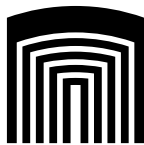


발 간 등 록 번 호
33-9750000-000082-01

헌법재판연구 제24권

형벌규정에 대한 위헌결정의 시적효력에 관한 연구



헌법재판소

헌법재판소에서는 1989년부터 매년 학술단체 등에 연구용역을 의뢰하여 헌법재판제도에 관한 연구를 하여 왔습니다. 이 책자는 2013년도 연구 계획에 의하여 (사)한국헌법학회로부터 제출받은 연구보고서로서 헌법재판제도연구에 활용되도록 하고자 발간한 것입니다.

머 리 말

우리 헌법은 법률에 대한 위헌결정이 가지는 효력의 의미와 그 위헌결정의 효력발생시점에 대하여 아무런 언급이 없다. 그런데, 헌법재판소법 제47조 제2항은 “위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실한다. 다만, 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다.”고 하여 비형벌조항에 대한 위헌결정은 장래효를, 형벌조항에 대한 위헌결정은 소급효를 갖는다고 규정하고 있다. 그리고 헌법재판소는 이러한 헌법재판소법의 태도는 헌법에 위반되지 않는다고 판결하였다.

그러나 형벌조항에 대한 위헌결정의 무조건적인 소급효 인정은 여러 가지 문제점을 야기하고 있다. 헌법재판소법 제47조 제3항, 제4항, 제75조 제6항에 따른 재심사건의 홍수와 ‘형사보상 및 명예회복에 관한 법률’에 따른 형사보상의 문제가 있다. 특히 형법은 1953년 제정 이래로 그 내용이 거의 변함이 없이 유지되고 있기 때문에, 형법조항의 위헌결정에 따른 재심 및 형사보상 문제는 커다란 부담으로 다가오고 있다. 예를 들어 간통죄 조항이나 사형제 조항에 대한 위헌결정이 선고될 경우, 그에 뒤따를 법원의 사건부담 및 국가재정의 부담이 그 한 예이다. 이러한 실무적인 문제제기뿐만 아니라, 처음에는 합헌적인 내용의 규정이었으나 사후에 사회의 발전, 특별형법의 제정에 따른 체계부조화 및 국민 법감정의 변화 등으로 후발적으로 위헌적인 내용으로 변경되는 경우에도 그에 대한 위헌결정이 제한 없는 소급효를 갖도록 하는 것이 법치국가적으로 허용될 수 있느냐 하는 문제제기는 또 다른 차원의 논의를 요한다.

이에 대한 주요 외국의 입법례 및 판례는 그 나라의 역사, 사회·경제·문화적 전통, 그리고 국민의 법감정 등을 포함한 법제도의 상이(相異)에 따라 각각 다른 모습을 보이고 있다. 따라서 헌법재판소법 제47조 제2항 단서에도 불구하고 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효를 제한할 수 있느냐 하는 문제제기가

가능하다. 이에 따라 이 연구는 우선 헌법재판소의 해석 즉 결정으로 형벌조항에 대한 소급효를 제한할 수 있는지 여부를 검토하였는데, 이 부분에서는 입법연혁에 따라 소급효를 제한하는 방안, 후발적으로 위헌사유가 발생한 경우에 소급효를 제한하는 방안, 그리고 헌법불합치결정을 활용하는 방안을 각 분석하고 그 장단점을 제시하였다. 다음으로 헌법재판소법을 개정하여 형벌조항에 대한 소급효를 제한할 수 있는 근거조항을 마련하는 방안을 검토하였는데, 이 부분에서는 이미 국회에 제출되어 있는 의원입법안과 헌법재판소의 헌법재판소법 개정의견서를 각각 분석하여 그 문제점을 지적하고 대안을 제시하였다.

이 연구의 제1장은 박경철 교수가, 제2장은 박진영 교수가, 제3장의 제1절부터 제3절까지는 홍영기 교수가, 제4절은 김현철 교수가 담당하였고, 제4장은 홍영기 교수가, 제5장의 제1절부터 제3절은 김현철 교수가, 제4절과 제5절은 박경철 교수가 담당하였으며, 제6장은 박경철 교수가, 제7장은 김현철 교수가 각 담당하였다. 우리 연구진은 이 연구를 위해 수 차례 연구모임을 개최하여 연구내용에 관한 검토 및 의견교환을 통하여 연구의 일관성 및 완성도를 높이려고 노력하였다. 그렇지만 각자가 가지고 있는 학문적 입장을 가급적 존중하였기 때문에, 일부 중복된 서술과 부분적으로 상호 일치하지 않는 내용이 있을 수 있으며, 각자의 집필부분에 대하여는 집필자가 책임지도록 하였다. 이 연구를 할 수 있도록 전폭적으로 지원해 준 헌법재판소와 헌법학회 관계자분들께 감사드린다.

2013. 12.

공동연구책임자 김현철

목 차

제1장 서론	1
제1절 연구의 목적	1
제2절 연구의 범위와 방법	6
I. 연구의 범위	6
II. 연구의 방법	6
제2장 한국에서의 판례와 학설의 태도	9
제1절 헌법재판소의 태도	9
I. 합헌결정 후 위헌결정으로 변경한 사례들	9
1. 헌재 2003. 11. 27. 2002헌바24 결정	9
가. 사실관계	9
나. 심판의 대상	10
다. 헌법재판소의 결정내용	10
라. 결정주문	11
2. 헌재 2004. 12. 16. 2003헌가12 결정	11
가. 사실관계	12
나. 심판의 대상	12
다. 헌법재판소의 결정내용	12
라. 결정주문	14
3. 헌재 2006. 4. 27. 2006헌가5 결정	14
가. 사실관계	14
나. 심판의 대상	15

다. 헌법재판소의 결정내용	15
라. 결정주문	16
마. 관련된 법원 판례	17
4. 헌재 2009. 11. 26. 2008헌바58 결정	21
가. 사건의 개요	21
나. 심판의 대상	22
다. 헌법재판소의 결정내용	22
라. 결정주문	25
5. 헌재 2010. 9. 30. 2009헌바2 결정	26
가. 사건의 개요	26
나. 심판의 대상	26
다. 헌법재판소의 결정내용	27
라. 결정주문	28
II. 헌법불합치결정을 한 사례들	28
1. 학교보건법 제6조 제1항 제2호 등 위헌제청사건	28
가. 사실관계	28
나. 심판의 대상	29
다. 헌법재판소의 결정내용	29
라. 결정주문	31
마. 결정 후 당해사건에 관한 법원의 사후처리	32
2. 영화진흥법 제21조 제3항 제5호 등 위헌제청사건	34
가. 사실관계	35
나. 심판의 대상	35
다. 헌법재판소의 결정내용	36
라. 결정주문	37
3. 의료법 제19조의2 제2항 위헌확인 등 사건	38

가. 사실관계	38
나. 심판의 대상	39
다. 헌법재판소의 결정내용	39
라. 결정주문	40
마. 결정 후 당해사건에 관한 법원의 사후 처리	41
4. 집회 및 시위에 관한 법률 제10조 등 위헌제정사건	42
가. 사실관계	43
나. 심판의 대상	43
다. 헌법재판소의 결정내용	43
라. 결정주문	47
제2절 대법원의 태도	48
I. 합헌결정 후 위헌결정이 이루어진 사례에 관한 판례	48
1. 대법원 2011. 4. 14. 선고 2010도5606 판결	48
가. 사안	48
나. 대법원의 판결내용	48
II. 헌법불합치결정과 관련한 사례들에 관한 판례	50
1. 학교보건법 결정(헌재 2004. 5. 27. 2003헌가11 등 결정) 관련 사건	50
가. 사안	51
나. 대법원의 판결내용	51
2. 영화진흥법 결정(헌재 2008. 7. 31. 2007헌가4 결정) 관련사건	52
3. 의료법 결정(헌재 2008. 7. 31. 2004헌마1010 등 결정) 관련사건	52
4. 야간옥외집회에 관한 결정(헌재 2009. 9. 24. 2008헌가25 결정) 관련사건	55
가. 사안	55
나. 대법원의 판결내용	61
5. 소결	63

제3절 형벌규정에 대한 위헌결정의 시적 효력에 관한 학설의 태도	63
I. 문제의 소재	63
II. 법률에 대한 위헌결정의 효력에 관한 학설	64
1. 위헌법률의 효력에 관한 학설	64
가. 당연무효설	64
나. 폐지무효설	67
다. 판례의 입장	71
2. 위헌결정의 소급효 문제에 관한 학설	73
가. 소급효 긍정설	73
나. 소급효 부정설	75
다. 판례의 입장	75
3. 소결	79
III. 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 가능여부에 관한 학설	82
1. 긍정설(헌법불합치결정 가능설)	82
2. 부정설(헌법불합치결정 불가능설)	84
3. 소결	85

제3장 위헌결정의 시적 효력에 관한 외국의 입법례와 학설의 태도 87

제1절 서설	87
I. 일반적인 위헌결정의 효력에 관한 입법례	87
1. 위헌결정에 소급효를 원칙적으로 인정하면서 이를 부분적으로 제한하는 입법례	87
가. 독일	87
나. 스페인	88

다. 포르투갈	89
2. 위헌결정에 장래효를 원칙으로 하면서 부분적으로 소급효를 인정하는 입법례	89
가. 오스트리아	89
나. 터키	90
3. 위헌결정에 소급효를 인정할 것인가를 구체적인 사건마다 결정하는 입법례	90
가. 미합중국	90
나. 독일 일부 주	90
4. 우리나라	91
II. 형벌조항의 위헌결정의 효력에 관한 입법례	91
제2절 독일의 법제와 연방헌법재판소의 태도	92
I. 독일의 위헌법률심사	92
II. 헌법재판소의 결정	93
1. 구조	93
2. 결정의 방식	94
가. 원칙	94
나. 다른 방식	95
다. 무효선언의 조건	96
라. 형벌규정의 경우	98
마. 위헌결정의 효력에 대한 견해	99
3. 연방헌법재판소의 태도	102
가. 원칙 - 예외에 대한 설명	102
나. 형벌 관련규정의 예	107
다. 소급적 무효	110
라. 기한 조건부 무효	113

다. 참고 : 시대적 변화에 따른 기관력의 고려	115
제3절 오스트리아의 법제와 헌법재판소의 태도	117
I. 구조	117
II. 결정방식과 효력	118
III. 헌법재판소의 태도	120
제4절 미국의 법제와 미국 연방대법원의 태도	123
I. 서	123
II. 미국연방대법원 판례의 동향	125
1. Linkletter v. Walker 사건 [1965] (habeas corpus)	125
가. 사건의 개요	125
나. 법정의견(다수의견)의 요지	126
다. 반대의견의 요지	128
라. 이 판결의 의의	128
2. Stovall v. Denno 사건 [1967] (habeas corpus)	129
가. 사건의 개요	129
나. 법정의견(다수의견)의 요지	131
다. 반대의견의 요지	132
라. 이 판결의 의의	132
3. Desist v. United States 사건 [1967] (direct review)	133
가. 사건의 개요	133
나. 법정의견(복수의견)의 요지	134
다. 반대의견의 요지	134
라. 이 판결의 의의	135
4. United States v. Johnson 사건 [1982] (direct review)	135
가. 사건의 개요	135

나. 법정의견(다수의견)의 요지	136
다. 반대의견의 요지	137
라. 이 판결의 의의	138
5. 후속 판례	139
가. Shea v. Louisiana 사건 [1985] (direct review)	139
나. Teague v. Lane 사건 [1989] (habeas corpus)	140
6. 기타	141
가. 형사절차법이 위헌인 경우 : Brown v. Louisiana 사건 [1980]	141
나. 주(州)의 권한과의 관계 : Danforth v. Minnesota 사건 [2008]	145
7. 소결	149

제4장 국가형벌권 제한에 대한 형법철학적, 형사정책적 고찰 ... 173

제1절 제기된 문제	173
I. 결여된 논의	173
II. 중요한 (형)법원칙	176
제2절 형벌권의 의미	178
I. 형벌의 개념과 특징(해악성)	178
II. 국가형벌권 행사의 의미	182
III. 형벌권 제한을 위한 문제상황	184
제3절 국가형벌권의 시간적 제한	185
I. 국가형벌권 행사의 상대성	185
1. 국가형벌권 제한의 일반론	185
2. 법치국가원칙에서 벗어난 형벌권의 제한	189
II. 시간적 흐름에 따른 형벌권의 제한	192
1. ‘시간의 힘’	193

2. 형벌권을 제한하는 시간	194
3. 형벌권의 시·공간적 한계	196
4. 법익의 시간중속성	199
5. 도덕적 법익의 특수성	201
6. 시간적 한계설정의 당위	204
7. 위헌법률심사의 의미	207
제4절 형법상 소급효금지원칙의 의미와 제한의 원리	209
I. 죄형법정주의의 의미	210
1. 죄형법정주의의 개념과 근거	210
2. 죄형법정주의는 시민의 자유보장을 위한 원리인가?	211
3. 죄형법정주의의 근본적 의미	214
II. 소급효금지원칙과 그 예외	216
1. 소급효금지원칙의 의미	217
2. 소급효금지원칙 예외의 원리	217
III. 위헌결정과 죄형법정주의	219
1. 예외규정에 포섭	219
2. 위헌결정 소급효의 근거와 제한	220
3. 위헌결정 소급효제한입법의 소급효?	221
제5절 객관성 보장수단으로서 일사부재리	222
I. 일사부재리원칙에 대한 일반적 견해	223
II. 일사부재리원칙은 시민의 권리보장의 도구인가?	224
III. 일사부재리원칙의 근거	227
1. 국가기관의 한계 승인	227
2. 법적 안정성	229
3. 구체적 정의에 대응하는 일사부재리의 역할	230

제6절 형사정책적 고려	232
I. 소급적 무효의 형사정책적 의미	232
II. 위헌결정에 대한 장애	236
III. 소급적 무효의 정책적 목적?	237
제7절 요약	239

제5장 해석론적 해결방안 241

제1절 서설	241
제2절 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효 제한의 필요성	244
I. 형벌조항에 대한 위헌결정의 효과	244
II. 해석론적 해결방안	247
1. 서설	247
2. 몇 가지 사례와 구체적 해석론	247
가. 건축법 사건	247
나. 혼인빙자간음죄(형법 제304조) 사건	251
다. 간통죄(형법 제241조) 사건	253
3. 후발적 위헌사유?	256
4. 합헌결정의 차단효?	258
III. 소결	259
제3절 합헌결정 후 위헌결정시 소급효의 시간적 범위	260
I. 형벌조항에 대한 헌법재판소의 판례변경 사례	260
II. 구체적 검토	262
1. 헌재 2003. 1. 20. 2001헌가4 결정	262
2. 헌재 2003. 11. 27. 2002헌바24 결정	263
3. 헌재 2004. 12. 16. 2003헌가12 결정	264

4. 헌재 2006. 4. 27. 2006헌가5 결정	264
5. 헌재 2008. 5. 29. 2006헌마1096 결정	266
6. 헌재 2009. 2. 26. 2005헌마764등 결정	267
7. 헌재 2009. 9. 24. 2008헌가25 결정	268
8. 헌재 2009. 11. 26. 2008헌바58등 결정	269
9. 헌재 2010. 9. 30. 2009헌바2 결정	270
10. 헌재 2011. 12. 29. 2007헌마1001등 결정	271
III. 소결	272
제4절 헌법불합치결정 형식의 활용가능성	273
I. 비형벌법규에 대한 헌법불합치결정에 관한 일반론	273
1. 의의	273
2. 헌법불합치결정사유	274
3. 헌법불합치결정의 효력	276
가. 헌법불합치법률의 형식적 존속	276
나. 헌법불합치법률의 원칙적 적용금지 및 절차의 정지 ...	277
다. 입법자의 입법개선 의무와 개선입법의 효력	278
라. 개선입법없이 입법시한을 도과한 경우 헌법불합치 선언된 법률의 효력	280
II. 학설의 태도	282
1. 전면적 긍정설	282
가. 서설	282
나. 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 논거	282
다. 적용중지의 헌법불합치결정과 개선입법의 적용범위 ...	284
라. 잠정적용의 헌법불합치결정과 개선입법의 적용범위 ...	286
2. 부분 긍정설	287
3. 부정설	288

III. 평가	290
1. 서설	290
2. 헌법재판소법 제47조 제2항 단서의 형벌조항의 의미	291
3. 잠정적용의 헌법불합치결정의 문제점	293
4. 적용중지의 헌법불합치결정의 문제점	297
가. 개선입법의 소급적용과 형사소급입법금지원칙	297
나. 헌법재판소법 제47조 제2항 단서의 입법취지	303
다. 외국의 입법례와 판례	305
5. 소결	308
제5절 결어	311

제6장 입법론적 해결방안 314

제1절 서설	314
제2절 소급무효를 전제로 하는 개정방안	317
I. 합헌결정 이후 위헌결정의 소급효만을 제한하는 방안	317
1. 내용	317
2. 평가	317
II. 소급효 제한의 일반적 가능성을 헌법재판소에 부여하는 방안 ...	320
1. 내용	320
2. 평가	320
제3절 형벌조항에 대해서도 장래무효원칙을 채택하는 방안	322
I. 내용	322
II. 평가	325
제4절 헌법불합치결정의 가능성을 명시하는 방안	326
I. 내용	326

II. 평가	327
제5절 결어	328

제7장 결론 331

제1절 논의의 정리	331
제2절 헌법재판소의 해석(결정)에 의한 소급효 제한	332
I. 입법 연혁에 따라 소급효를 제한하는 방안	333
II. 후발적으로 위헌사유가 발생한 경우에 소급효를 제한하는 방안	334
III. 헌법불합치결정을 활용하는 방안	335
제3절 헌법재판소법의 개정에 의한 소급효 제한	336

< 표목차 >

[표 1] 형벌조항 소급효에 관한 입법례	91
[표 2] 형벌조항에 대한 헌법재판소의 판례변경 분석	261
참고문헌	338
연구자 약력	367

제1장 서론

제1절 연구의 목적

헌법재판소의 법률에 대한 위헌결정의 효력에 관하여 헌법재판소법 제47조 제2항은 “위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실한다. 다만, 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다.”고 규정하고, 제3항은 “제2항 단서의 경우에 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항에 근거한 유죄의 확정판결에 대하여는 재심을 청구할 수 있다.”, 그리고 제4항은 “제3항의 재심에 대하여는 「형사소송법」을 준용한다.”고 규정하고 있다. 즉, 헌법재판소법은 비형벌조항에 관한 위헌결정에 대하여는 장래효를, 형벌조항에 관한 위헌결정에 대해서는 소급효를 규정하였고, 재심을 청구할 수 있음을 명시적으로 규정하고 있다. 따라서 형벌조항에 대한 위헌결정으로 형벌조항이 소급하여 무효가 된다고 하더라도 이로 인하여 위헌의 법률에 근거하여 이루어진 유죄의 확정판결 자체가 무효로 되거나 이의 집행 자체가 정지 내지 금지되는 것은 아니다.

헌법재판소법 제47조 제2항 단서에서는 형벌조항에 대한 헌법재판소의 위헌결정은 소급하여 효력이 발생한다고 규정하고 있을 뿐이고 소급되는 시점에 관하여 규정하고 있지 않고 있는데, 일반적으로 처음부터, 즉 해당 형벌조항의 제정시까지 소급하여 효력이 소멸되는 것으로 해석하고 있다.¹⁾ 대법원도 이런

1) 남복현, 「헌법불합치결정의 현안」, 한국학술정보, 2013, 267면 [이하, 각주에 일부 생략되어 있는 문헌의 전체 제목은 책 말미의 ‘참고문헌’을 참조할 것]; 허영, “헌법불합치결정”, 「헌법재판의 새로운 지평(이강국 헌법재판소장 퇴임기념논문집)」, 박영사, 2013, 57면; 황치연, “위헌결정의 시적 효력”, 「헌법재판의 새로운 지평(이강국 헌법재판소장 퇴임기념논문집)」, 박영사, 2013, 540면. 반면에 현행 헌법재판소법 제47조 제2항 단서에서는 소급시점에 대하여 아무런 언급이 없다는 점에서 법률이 헌법에 위반되는 시점에 소급하여 무효가 되는 것이며, 법률이 제정된 때부터 위헌인 경우가 아닌 한, 헌법재판소가 위헌결정을 하면서 법률이 헌법에 위반되는 시점, 즉 소급시점을 정할 수 있다는 견해도 있다. 김학성, 「헌법학원론」, 박영사, 2012, 995면; 허완중, “형벌에 관한 법률이나 법률조항에 대한 위헌결정의 소급시점”, 「인권과정의」 통권425호(2012.5.), 범조협회, 51면 이하 참조. 구체적 상황에 관계없이 언제나 위헌인 경우를 절대적 위헌, 상황에 따라 위헌이 되는 경우를 상대적 위헌으

맥락에서 헌법재판소의 위헌결정으로 인하여 형벌조항이 소급하여 그 효력을 상실한 경우에는 당해 법조를 적용하여 기소한 피고사건은 ‘범죄로 되지 아니한 때’에 해당한다고 보아 무죄를 선고하여야 하고, 그렇지 아니하고 ‘범죄 후의 법령의 개폐로 형이 폐지되었을 때’에 해당하는 것으로 보아 면소판결을 하여서는 아니 된다고 한다.²⁾ 그 결과 형벌조항에 대해서 헌법재판소가 위헌결정을 하면, 그 형벌조항은 법제정당시로 소급하여 효력을 상실하고, 이미 확정된 수많은 유죄판결에 대한 재심을 허용하여야 하며, 이에 따라 형사보상의 문제가 발생하게 된다.

그런데 형벌조항이 처음부터 위헌인 경우에는 헌법재판소법 제47조 제2항 단서에 따라 헌법재판소의 위헌결정으로 법제정시에 소급하여 무효가 되었음을 인정하는 것에 부당한 점은 없다.³⁾ 하지만 규범들은 일정한 사회 안에서 특정한 문화를 배경으로 존재하게 되는 것이기 때문에 시대적 상황에 따라 변화하는 것이고, 국가형벌권 역시 죄형법정주의원칙에 따라 필연적으로 특정한 장소와 시간의 한계 속에서 특정한 법률에 의존하여 존재하고 행사된다.⁴⁾ 특히 형벌법규는 사회의 도덕관념이나 가치체계에 기초를 두고 있어서 그 처벌의 정당성이나 범위는 특정 국가라는 공간과 특정한 시간적 배경 하에서 정치·사회·경제·문화 각 영역의 동태적 변화 또는 발전에 불가피하게 영향을

로 구분하면서 전자의 경우에는 소급하여 즉 처음부터 무효이지만, 후자의 경우에는 향후무효 내지 미래무효를 포함하는 현재부터 무효가 된다는 주장도 있다. 정종섭, 「헌법소송법」, 박영사, 2012, 352면.

- 2) 대법원 1992. 5. 8. 선고 91도2825 판결; 대법원 2011. 4. 14. 선고 2010도5605 판결; 대법원 2009. 1. 15. 선고 2004도7111 판결; 대법원 2011. 6. 23. 선고 2008도7562 전원합의체 판결.
- 3) 그렇지만 형벌법규에 대한 헌법재판소의 위헌결정에 반드시 소급효를 인정하여야 하는가 하는 문제에 대해서는 논의의 여지가 있다. 즉 형사범영역에서 반드시 법적 정의가 우선되어야 하고, 이를 위해서 법적 안정성은 희생되어야 하는 것은 아니며, 소급효금지원칙이나 일사부재리원칙을 시민의 자유보장의 도구로만 생각한다면 위헌결정으로 인해 형벌을 소급적으로 무효로 만드는 것이 이 원칙들에 위배되는 것이 아니라고 볼 수 있지만, 이들 형사법적 원칙들이 형벌과 그 집행의 엄정성과 명확성을 확보하기 위한 것으로 볼 경우에는 즉 법적 안정성과 명확성을 강조하는 의미로 이해할 수도 있기 때문이다. 이러한 논의에 관하여 자세한 것은 홍영기, “소급효금지원칙의 확립근거와 구체적 적용”, 「安岩法學」 통권 제22호(2006. 4), 안암법학회, 69면 이하 참조.
- 4) 홍영기, 앞의 논문, 86면.

받을 수밖에 없다. 이러한 상황에서 국회가 변화에 적절히 대응하지 못하여 종래에는 합헌으로 평가되었던 형벌법규가 변화된 헌법적 현실에 부합하지 않게 된 경우, 즉 후발적으로 위헌이 된 경우 헌법재판소의 위헌결정으로 해당 형벌법규가 예외 없이 그 법률의 제정시로 소급하여 효력을 잃고, 그에 따라 위 형벌법규에 근거하여 유죄의 확정판결을 받았던 모든 사람들에게 재심을 허용하여 무죄판결을 받게 하고 형사보상을 받게 한다면, 재심사건의 증가로 인한 법원의 업무부담이 증가되고, 형사보상으로 인한 국가의 경제적 부담이 가중되는 기술적, 부차적 문제를 야기할 뿐만 아니라 일정한 시간적, 문화적 상황을 배경으로 하는 국가형벌권 행사의 고유한 속성을 무시하고 과거에는 정당화되었던 형사사법의 정의를 부인하는 결과를 초래하고, 법질서에 대한 국민의 신뢰를 오히려 확보하지 못하는 문제점이 있다.⁵⁾

또한 실무적으로도 어떠한 형벌법규가 제정당시에는 합헌이었는데, 시대의 변화에 따라 더 이상 가벌성을 가지지 아니하거나 행위의 위법성에 비하여 형벌의 정도가 지나치다고 인식되어 위헌이라고 평가되는 경우에도 헌법재판소가 위헌결정을 하면 법제정시에 소급하여 효력이 상실된다고 하면 헌법재판소로 하여금 위헌결정을 주저하게 할 수 있고, 그 결과 현재의 기본권 보호에 충실하지 못하게 하는 문제점이 있다.⁶⁾ 그리고 입법자로서도 위헌결정으로 인한 소급효를 막기 위하여 미래에 있을 수 있는 시대적 변화를 충분히 내다보고 형벌규정을 제정하여야 하는데, 국가기관에게 이러한 통찰력을 갖도록 요구하는 것 또한 국가기관의 능력의 한계를 벗어나는 과도한 요청이고, 이로 말미암아 현실에 대응하는 신속한 입법을 할 수 없게 하는 문제점이 있다.

그리고 헌법재판소가 일정한 형벌조항에 대해서 종전에 합헌결정을 하였다가 행위의 가벌성에 관한 국민 법감정에 변화가 있음을 이유로 하여 판례를 변경하여 위헌결정을 선고하는 경우에도 헌법재판소법 제47조 제2항 단서를

5) 같은 취지: 대법원 2011. 6. 23. 선고 2008도7562 별개의견(안대희, 신영철, 이인복 별개의견). 즉 후발적 위헌의 경우 헌법재판소의 위헌결정에 전면적 소급효를 인정하는 것은 오히려 법적 정의에 반하는 결과를 초래하는 문제점이 있다. 형법의 정형화와 지속성과 예측가능성에 관하여 자세한 것은 이 보고서 '제4장 제6절 I. 소급적 무효의 형사정책적 의미' 참조.

6) 유사한 취지: 대법원 2011. 6. 23. 선고 2008도7562 별개의견(안대희, 신영철, 이인복 별개의견).

적용하여 동 형벌조항은 제정된 때까지 소급하여 효력을 상실하는 것으로 이해하는 것은 문제가 있는 것으로 보인다. 헌법재판소는 이와 같은 경우 소급효의 효력발생시점을 특별히 언급하지 아니하고 있고,⁷⁾ 대법원은 이와 같은 경우에도 헌법재판소법 제47조 제2항 단서를 적용하여 형벌조항은 제정된 때까지 소급하여 효력을 상실하는 것으로 판시하고 있다.

또한 헌법재판소법 제47조 제2항 단서에서 형벌조항에 대한 헌법재판소의 위헌결정은 소급하여 효력이 발생한다고 규정하고 있을 뿐이고 소급되는 시점에 관하여 규정한 바 없다는 점에 비추어볼 때 헌법재판소의 형벌조항의 효력이 항상 법제정당시에 소급하여 효력이 소멸되는 것으로 해석하는 것이 타당한가 하는 의문을 제기하는 견해도 있다.⁸⁾ 즉 헌법재판소법 제47조 제2항 단서에서 형벌조항에 대한 헌법재판소의 위헌결정의 효력이 소급되는 시점에 관하여 규정한 바 없다는 점과 비형벌조항에 대한 위헌결정에 대하여 장래효를 규정한 헌법재판소법 제47조 제2항 본문의 경우에도 헌법재판소와 대법원은 판례로 일정한 경우에는 소급효를 인정하고 있다는 점을 고려할 때 헌법재판소의 위헌결정의 효력이 소급되는 시점은 형벌조항이 헌법과 충돌할 때, 즉 헌법에 위반되는 시점으로 소급된다고 이해하는 것이 논리적이고 타당하며, 따라서 원시적 위헌인 경우에는 법제정당시에 소급하여 효력이 상실되지만, 후발적 위헌인 경우에는 헌법에 위반되는 때부터 효력이 상실된다고 하는 것이 논리적으로 보인다. 이런 이유로 헌법재판소가 헌법재판소법 제47조 제2항 단서에 근거하여 형벌조항에 대한 위헌결정을 하면서 소급시점을 정할 수 있는가 하는 것이 문제된다.

또한 형벌조항에 대한 헌법재판소의 위헌결정의 소급효를 제한하는 하나의 방법으로 헌법불합치결정형식을 사용하여야 한다는 주장도 있다.⁹⁾ 헌법재판소는,

7) 헌재 2009. 11. 26. 2008헌바58 결정; 헌재 2003. 11. 27. 2002헌바24 결정; 헌재 2004. 12. 16. 2003헌가12 결정; 헌재 2006. 4. 27. 2006헌가5 결정; 헌재 2010. 9. 30. 2009헌바2 결정.

8) 각주 1) 참조.

9) 남복현, 앞의 책, 266면 이하; 이명웅, “헌법불합치결정의 사유 및 효력”, 「헌법논총」 제20집, 헌법재판소, 2009, 394면 이하; 황우여, “위헌결정의 효력”, 「금당김철수교수 화갑논문집, 헌법재판의 이론과 실제」, 박영사, 1993, 329면; 전정환/문광삼/남복현, 「헌법재판소 결정의 효력에 관한 연구」, 헌법재

형벌조항에 대하여 헌법불합치결정을 하는 이유와 요건에 관하여 특별히 언급하지 않은 채 형벌조항에 대해서 적용중지의 헌법불합치결정과 잠정적용의 헌법불합치결정을 한 바 있다. 형벌조항에 대한 헌법불합치결정은 적용중지의 헌법불합치결정이든, 잠정적용의 헌법불합치결정이든 헌법불합치로 선언된 법률조항의 효력발생시기를 헌법재판소법 제47조 제2항 단서의 규정에 반하여 장래로 미룬다는 점에서 형벌조항에 대한 헌법불합치결정은 위헌결정의 소급효를 제한하기 위하여 사용되었든, 그렇지 아니하든 사실상 위헌결정의 소급효를 제한하는 기능을 한다. 이런 점에서 형벌조항에 대한 헌법불합치결정이 허용되는지 여부는 형벌규정에 대한 위헌결정의 시적 효력범위와 일정한 연관성이 있다. 그런데 형벌조항에 대한 헌법재판소의 헌법불합치결정은 개선입법의 소급적용 내지는 위헌법률의 잠정적용을 내용으로 하기 때문에 헌법 제13조 제1항의 형사소급입법금지원칙과 헌법 제12조 제1항 제2문의 죄형법정주의원칙과 관련하여 많은 논란을 야기하고 있다. 특히 대법원은, 헌법재판소가 형벌조항에 대해서 행한 헌법불합치결정이 헌법재판소법 제47조 제2항 단서와 헌법 제12조 제1항과 제13조 제1항에 위배되는 문제점을 지적하면서 헌법재판소의 헌법불합치결정의 기속력을 인정하지 않고 형벌조항에 대한 헌법불합치결정을 단순위헌결정으로 이해하고 있다.¹⁰⁾

형벌조항에 대한 헌법재판소의 위헌결정의 효력과 관련된 여러 문제 상황, 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효의 무제한적 인정 및 그에 따른 재심청구의 허용 등의 문제점, 후발적 위헌의 경우 위헌결정의 효력발생시점, 합헌결정 이후 위헌결정시 위헌결정의 효력발생시점, 그리고 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 가능성과 한계 등에 관한 문제는 단순히 학문적·이론적인 연구대상에 그치지 않고, 간통죄와 사형제도처럼 오랜 세월 지속되어온 형벌제도에 대한 위헌결정에도 전면적으로 소급효를 인정하고 재심을 허용한다면 형사사법의 정의라는 측면에서나 법적 안정성의 측면에서나 쉽게 해결되기 어려운 문제점을 야기함과 동시에 국민의 기본권에도 중대한 영향을 미친다는 점에서 사회적 파급효과 역시 매우 큰 의미를 가진다.

판연구 제7권, 헌법재판소, 1996, 379면 이하; 지성수, 「헌법불합치결정에 관한 연구」, 이화여자대학교 대학원, 박사학위논문, 2013, 172면.

10) 대법원 2009. 1. 15. 선고 2004도7111 판결; 대법원 2011. 6. 23. 선고 2008도 7562 전원합의체 판결.

이런 점에서 ‘형벌규정에 대한 위헌결정의 시적 효력에 관한 연구’를 통하여 형벌규정에 대한 위헌결정에 대해서 소급효를 인정하고 있는 헌법재판소법 제47조 제2항 단서를 형벌제도의 본질, 죄형법정주의, 형법상 소급입법금지원칙의 의미, 위헌결정의 소급효의 형사정책적 의미 그리고 헌법재판소 합헌결정과 위헌결정의 효력 등을 종합적으로 고려하여 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효를 제한할 수 있는 합리적인 해석방안의 가능성과 한계를 살펴보고, 더 나아가 소급효로 인한 문제점을 완화할 수 있는 입법론적 해결방안을 살펴보는 것이 필요하다.

제2절 연구의 범위와 방법

I. 연구의 범위

위와 같은 문제인식 하에 본 연구는 헌법재판소와 대법원의 그 동안의 판례를 분석하고, 헌법재판을 시행하고 있는 주요국(독일, 오스트리아, 미국 등)의 입법례와 판례를 검토한 후에 다음과 같은 내용의 의문들에 관해서 검토하고자 한다.

첫째, 과거의 시대정신에서는 합헌이었으나 이후에 위헌으로 바뀌는 경우 헌법재판소의 위헌결정의 소급효의 범위는 어디까지 제한할 수 있는가?

둘째, 이와 관련하여 동일한 형벌조항에 대한 헌법재판소의 합헌결정 이후 위헌결정을 선고하는 경우에 소급효가 미치는 시간적 범위를 헌법재판소의 합헌결정 시점으로 제한할 수 있는가?

셋째, 형벌조항에 대한 단순위헌결정이 그 소급효와 관련하여 법적 안정성의 관점에서 여러 가지 문제점을 야기하고 있으므로 이에 대한 대책으로 헌법불합치결정을 활용할 수 있을 것인가? 이 경우에 제기될 수 있는 문제점은 무엇인가?

넷째, 입법론적으로 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효를 제한하거나 대체할 수 있는 생각 가능한 방안을 검토한다.

II. 연구의 방법

본 연구를 수행함에 있어서 ‘형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효’에 관한 헌법이론적, 헌법소송법적 측면과 형법철학적, 형사정책적 측면을 융·결합시킬

수 있는 학제간의 연구를 촉진하는 방향으로 연구를 진행한다.

그리고 연구를 함에 있어서 헌법재판소의 형벌법규에 대한 위헌결정의 효력 및 위헌결정의 소급효 및 국가형벌권의 본질과 한계에 관하여 논의하고 있는 문헌을 중심으로 연구하는 문헌적 연구방법을 취한다.

또한 위헌결정의 효력 내지 소급효에 대한 한국 헌법과 헌법재판소법의 규정과 판례에 관한 연구뿐만 아니라 비교법적 관점에서 위헌결정의 시적 범위에 관한 독일, 오스트리아, 미국 등의 외국 헌법과 헌법재판소법 등의 법률의 규정과 판례에 관한 연구를 포함하여 연구를 진행한다.

이와 같은 연구방법에 입각하여 다음 순서로 연구를 전개하기로 한다.

제2장에서는 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효로 인하여 현재 문제되는 상황들과 관련하여 헌법재판소가 합헌결정후 위헌결정으로 판례를 변경한 사례들과 헌법불합치결정을 한 판례와 이에 대한 대법원의 태도 그리고 형벌규정에 대한 위헌결정의 시적 효력에 관한 헌법이론적 검토와 더불어 현행법의 의미와 헌법재판소와 대법원의 판례에 대한 학설의 태도에 관하여 살펴본다.

제3장에서는 위헌결정의 시적 효력에 관한 외국의 입법례와 학설의 태도를 살펴본다. 먼저 법률에 대한 위헌결정의 일반적인 효력에 관한 입법례를 살펴보고, 독일, 오스트리아, 미국의 법제와 이에 대한 연방헌법재판소와 연방대법원의 태도를 살펴본다.

제4장에서는 국가형벌권 제한에 관한 형법철학적, 형사정책적 의미를 살펴본다. 이를 통하여 국가형벌권 행사의 의미와 상대성, 그리고 죄형법정주의의 근본적 의의 및 국가형벌권의 시간적 제한과 관련하여 형사법상 소급효금지원칙과 일사부재리원칙의 의미에 관하여 살펴보고, 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효가 가지는 형사정책적 의미를 살펴본다.

제5장에서는 형벌조항에 대한 위헌결정에 소급효를 인정하고 재심을 허용하고 있는 현행 법제에서 형벌조항에 대한 헌법재판소의 위헌결정의 소급효를 제한할 수 있는 해석론적 방안에 관하여 검토한다. 현행 법제에서 형벌조항에 대한 헌법재판소의 위헌결정의 소급효를 제한할 수 있는 방안으로 행위의 가벌성에 관한 국민 법감정의 변화 등으로 인하여 형벌조항이 후발적으로 위헌으로 된 경우, 헌법재판소법 제47조 제2항 단서에서 헌법재판소에게 위헌결정

의 소급효를 제한할 수 있는 가능성을 명시적으로 인정하고 있지 않음에도 불구하고, 헌법재판소가 법적 안정성과 구체적 타당성의 요청을 형량하여 구체적인 사건의 결정에서 심판대상이 된 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효를 법제정 시 이후의 특정시점으로 제한할 수 있는지 여부와 헌법재판소가 동일한 형벌조항에 대해서 합헌결정을 한 후 태도를 변경하여 위헌결정하는 경우 위헌결정의 소급효를 제한할 수 있는지 여부에 관하여 살펴본다. 그리고 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효를 제한하기 위한 수단으로 아니면 결정 자체의 속성에서 위헌결정의 소급효를 제한하는 헌법불합치결정 형식을 형벌조항의 경우에도 활용할 수 있는가 하는 점을 검토한다.

제6장에서는 ‘형벌규정에 대한 위헌결정의 시적 효력’과 관련하여 입법론적 해결방안을 살펴본다. 이에 관한 입법방안으로 첫째, 형벌조항에 대해서도 장래 무효원칙을 채택하는 방안, 둘째, 형벌조항에 대한 위헌결정에만 소급무효를 원칙으로 하는 현행 헌법재판소법의 태도를 바탕으로 하면서 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효 제한의 일반적 가능성을 헌법재판소에 부여하는 방안과 합헌결정 이후 위헌결정을 한 경우에만 위헌결정의 소급효를 제한하는 방안, 그리고 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효를 제한해야 하는 특별한 사정이 있는 경우 헌법재판소로 하여금 장래무효를 채택하도록 하는 방안, 헌법불합치결정의 가능성을 명시하는 방안 등이 있는데, 각 방안의 내용과 장단점을 검토한다.¹¹⁾

11) 비형벌조항에 대한 위헌결정에 대해서 장래무효를 규정하고 있는 헌법재판소법 제47조 제2항 본문이 위헌법률심판제도를 통하여 헌법의 최고규범력을 확보하려는 헌법의 취지에 부합되지 아니한다는 주장(헌재 2008. 9. 25. 2006헌바108, 판례집 20-2(상), 488면 이하(조대현 재판관의 헌법불합치의견)도 있을 뿐만 아니라 비형벌조항에 대한 위헌결정에 대해서 장래무효원칙을 채택하고 있음에도 불구하고 헌법재판소(헌재 1993. 5. 13. 92헌가10등)와 대법원(대법원 1992. 2. 14. 선고 91누1462 판결; 대법원 1994. 10. 25. 선고 93다42740 판결)의 판례를 통하여 확정판결의 기판력이나 행정처분의 확정력이 발생한 경우 등을 제외하고는 광범위하게 소급효를 인정하고 있다는 점에서 비형벌조항이든 형벌조항이든 헌법재판소의 위헌결정에 원칙적으로 소급효를 인정하면서 다만 헌법재판소가 구체적 사안과 관련하여 소급효를 제한할 수 있는 가능성을 인정하는 것도 하나의 입법적 방안으로 검토될 수 있다. 하지만 이 보고서는 ‘형벌규정’에 대한 위헌결정의 시적 효력에 관한 것이고, 이미 헌법재판소법 제47조 제2항 단서에서 형벌조항에 대한 위헌결정에 소급효를 인정하고 있기 때문에 이 방안에 관해서는 논의에서 제외하기로 한다.

제2장 한국에서의 판례와 학설의 태도

그동안 헌법재판소가 형벌조항에 대하여 합헌결정 후에 판례를 변경하여 위헌결정을 내린 사례 10건¹²⁾ 중 주요사례 5건과 형벌조항에 대하여 잠정적용의 또는 적용중지의 헌법불합치결정을 한 사례 4건을 검토해 보고, 그와 관련한 대법원 판례들의 태도를 살펴본 후에, 형벌조항에 대한 위헌결정의 효력과 관련한 국내의 학설들에 대하여 살펴봄으로써, 우리나라에서 형벌조항에 대한 위헌결정의 효력에 관한 실무와 학계의 논의들을 통해 문제점을 조망해 보겠다.

제1절 헌법재판소의 태도

1. 합헌결정 후 위헌결정으로 변경한 사례들

1. 현재 2003. 11. 27. 2002헌바24 결정

단순매수나 단순판매목적 소지의 마약사범에 대하여도 사형·무기 또는 10년 이상의 징역에 처하도록 규정한 구 ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’ 제11조 제1항 중 구 마약법 제60조 제1항에 관한 부분이 헌법에 위반되지 아니한다고 판시한 현재 1995. 4. 20. 91헌바11 결정을 일부 변경하여 위헌 선언하였다.

가. 사실관계

청구인은 마약인 아편을 매수하여 판매목적으로 소지하고, 향정신성의약품의 일종인 메스암페타민(속칭 히로뽕)을 매수·매도하고 소지하였다는 이유로 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(마약)죄 및 마약류관리에관한법률위반(향정)죄로 2001. 6. 28. 서울지방법원에서, 같은 해 11. 14. 서울고등법원에서 징역 5년을 선고받고 상고하여 대법원(2001도6375)에 소송 계속 중 특정범죄가중처벌

12) 위 10건의 사례들 목록은 이 보고서 제5장 제3절 1. 참조.

등에관한법률(2000. 1. 12. 법률 제6146호로 개정된 것, 이하 “특가법”이라 한다) 제11조 제1항에 대하여 위헌법률심판제청신청(2001초632)을 하였으나 대법원이 2002. 2. 5. 상고를 기각하면서 위헌법률심판제청신청도 함께 기각하자, 위 조항이 헌법 제10조, 제11조, 제37조 제2항에 위반된다고 주장하면서 헌법소원 심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

심판대상조문은 마약류관리에관한법률(2000. 1. 12. 법률 제6146호로 개정된 것) 제3조 제2호 내지 제4호, 제4조 제1항, 제18조 제1항 또는 제21조 제1항의 규정에 위반하여 마약을 수출입·제조·매매나 매매의 알선을 한 자 또는 수출입·제조·매매나 매매의 알선을 할 목적으로 소지·소유한 자를 사형·무기 또는 10년 이상의 징역에 처하여 가중처벌하는 특정범죄가중처벌등에관한법률(2000. 1. 12. 법률 제6146호로 개정된 것) 제11조 제1항 중 마약류관리에관한법률 제58조 제1항 제1호 소정의 ‘매수’ 및 ‘판매목적 소지’에 관한 부분이다.

다. 헌법재판소의 결정내용

특가법 제11조 제1항에서는 마약 매수의 영리범·상습범, 단순범, 미수범, 예비범·음모범의 경우를 가리지 않고 일률적으로 영리범·상습범의 법정형과 동일한 사형·무기 또는 10년 이상의 징역에 처하도록 하고, 특가법은 매수한 마약의 양이나 위험성의 정도, 마약사용의 결과로 타인의 신체에 상해나 사망을 일으켰느냐의 여부 등 죄질이나 비난가능성의 정도를 구별하지 않으므로, 결국 위 특가법 조항은 그나마 존재하던 마약류관리에관한법률상의 단순범과 영리범의 구별조차 소멸시켜 불법의 정도, 죄질의 차이 및 비난가능성에 있어서의 질적 차이를 무시함으로써 죄질과 책임에 따라 적절하게 형벌을 정하지 못하게 하는 바, 책임과 형벌간의 비례성 원칙과 실질적 법치국가원리에 위반된다고 판시하였다.

마약의 판매목적소지는 마약의 매도행위에 대한 예비죄를 독립된 구성요건으로 한 것인바, 마약의 매도행위는 영리의 추구를 그 핵심적 성질로 하므로

비영리의 단순판매목적 소지는 그 행위의 발생 개연성 및 마약확산에 기여하는 정도가 극히 미미하다 할 것인데, 위 특가법 조항이 이러한 행위까지 영리범과 동일하게 가중처벌하는 것은 국가형벌권의 지나친 남용이라 판단하였다.

위 특가법 조항은 단순매수나 단순판매목적 소지의 마약사범에 대하여도 사형·무기 또는 10년 이상의 징역에 처하도록 규정하고 있어, 예컨대 단 한 차례 극히 소량의 마약을 매수하거나 소지하고 있었던 경우, 실무상 작광감경을 하더라도 별도의 법률상 감경사유가 없는 한 집행유예를 선고할 수 없도록 법관의 양형선택과 판단권을 극도로 제한하고 또한 범죄자의 귀책사유에 알맞은 형벌을 선고할 수 없도록 법관의 양형결정권을 원천적으로 제한하고 있어 매우 부당하다고 보았다.

마약류 자체가 가지는 위험성의 측면이나 우리 사회에서 차지하고 있는 비중에서 있어서도 향정신성의약품관리법 위반사범과 달리 마약사범에 대하여만 형을 가중하여야 할 정도로 마약이 향정신성의약품에 비해 더욱 위험하다고 볼 수 없고, 범죄의 실태와 검찰에서의 기소율이나 형사재판의 결과 등을 감안하고 마약류 규제법규의 연혁을 살펴보면 마약사범만을 가중처벌 하여야 할 합리적 근거를 찾아보기 어렵다고 할 것인데, 위 특가법 조항은 아무런 합리적 근거 없이 매수와 판매목적 소지의 마약사범만을 가중처벌하고 있으므로 형벌 체계상의 균형성을 현저히 상실하여 평등원칙에 위반된다고 판시하였다.

라. 결정주문

심판대상조항에 대하여 위헌을 선언하고, 구 특가법 제11조 제1항 중 구 마약법 제60조 제1항에 관한 부분이 헌법에 위반되지 아니한다고 판시한 헌재 1995. 4. 20. 91헌바11결정은 위 결정과 저촉되는 한도 내에서 이를 변경하였다.

2. 헌재 2004. 12. 16. 2003헌가12 결정

‘폭력행위 등 처벌에 관한 법률’ 제3조 제2항을 합헌 선언한 헌재 1995. 3. 23. 94헌가4 결정을 일부 변경하여 위헌 선언하였다.

가. 사실관계

제청신청인은 ① 2002. 12. 25. 03:40경 서울 노원구 월계동 287 소재 조흥은행 앞길에서, 그 곳을 지나가던 각 16세의 여성인 피해자들에게 아무런 이유 없이 시비를 걸었다가 피해자들이 화를 낸다는 이유로 주먹 등으로 위 피해자들을 때려 상해를 가하고, ② 같은 일시 경 위 조흥은행 앞 인근 건물에 있는 ‘두꺼비학교’호프집에서, 위와 같이 제청신청인으로부터 맞은 피해자들이 위 호프집 안으로 제청신청인을 쫓아오자 그 곳 주방에 놓여 있던 위험한 물건인 식칼을 손에 들고 위 피해자들을 향하여 휘두르면서 생명이나 신체에 어떠한 해악을 가할 듯한 태도를 보여 위 피해자들을 협박하였다는 혐의로, 당해사건 법원에 위 ①항에 대하여는 폭력행위등처벌에관한법률(이하 “폭처법”이라 한다) 제2조 제2항·제1항, 형법 제257조 제1항 위반으로, 위 ②항에 대하여는 폭처법 제3조 제2항·제1항, 제2조 제1항, 형법 제283조 제1항 위반으로 기소되었다.

이에 제청신청인은 그 소송 계속 중에 폭처법(1990. 12. 31. 법률 제4294호로 개정된 것) 제3조 제2항이 위헌이라고 주장하며 위헌법률심판제청을 신청하였고, 당해사건 법원이 위 신청을 받아들여 제기된 위헌법률심판 사건이다.

나. 심판의 대상

야간에 형법 제257조 제1항(상해), 제260조 제1항(폭행), 제276조 제1항(체포, 감금), 제283조 제1항(협박), 제319조(주거침입, 퇴거불응), 제324조(폭력에 의한 권리행사방해), 제350조(공갈) 또는 제366조(손괴)의 죄를 범한 자를 5년 이상의 유기징역에 처하도록 한 ‘폭력행위 등 처벌에 관한 법률(1990. 12. 31. 법률 제4294호로 개정된 것, 이하 ‘폭처법’이라 한다)’ 제3조 제2항 중 “야간에 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 형법 제283조 제1항(협박)의 죄를 범한 자”부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 위헌여부가 심판대상이다.

다. 헌법재판소의 결정내용

이 사건 법률조항을 포함한 폭처법 제3조 제2항은 동 조항의 적용대상인 형

법 본조에 대하여 일률적으로 5년 이상의 유기징역에 처하는 것으로 규정하고 있다. 그런데 위 각 형법상의 범죄는 죄질과 행위의 태양 및 그 위험성이 사뭇 다르고, 이에 따라 원래의 법정형은 낮게는 폭행(제260조 제1항)이나 협박(제283조 제1항)과 같이 구류 또는 과료가 가능한 것에서부터 높게는 상해(제257조 제1항) 또는 공갈(제350조)과 같이 10년 이하의 징역에 이르기까지 그 경중에 차이가 많음에도 불구하고, 그 행위가 야간에 행해지고 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하였다는 사정만으로 일률적으로 5년 이상의 유기징역형에 처하도록 규정한 것은 실질적 법치국가 내지는 사회적 법치국가가 지향하는 죄형법정주의의 취지에 어긋날 뿐만 아니라 기본권을 제한하는 입법을 함에 있어서 지켜야 할 헌법적 한계인 과잉금지의 원칙 내지는 비례의 원칙에도 어긋난다고 보았다.

폭처법 제3조 제2항에 해당하는 범죄와 유사하거나 관련 있는 범죄로서 동조항에 해당하지 아니하는 범죄를 살펴보면, 예컨대 형법 제259조 제1항의 상해치사의 경우 사람의 사망이라는 엄청난 결과를 초래한 범죄임에도 3년 이상의 유기징역형으로 그 법정형이 규정되어 있는데, 상해치사의 범죄를 야간에 흉기 기타 물건을 휴대하여 범한 경우에도 그 법정형은 여전히 3년 이상의 유기징역형을 고려하면, 야간에 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 형법 제283조 제1항의 협박죄를 범한 자를 5년 이상의 유기징역에 처하도록 규정하고 있는 이 사건 법률조항의 법정형은 형벌의 체계정당성에 어긋난다고 보았다.

또한, 예컨대 야간에 위험한 물건을 휴대하여 상해를 가한 자 또는 체포·감금, 갈취한 자를 5년 이상의 유기징역에 처하는 것이 폭력행위의 근절이라는 입법목적을 달성하기 위하여 불가피한 입법자의 선택이었다 하더라도, 이 사건 법률조항은 이러한 폭력행위자를 행위내용 및 결과불법이 전혀 다른, “협박”을 가한 자를 야간에 위험한 물건의 휴대라는 범죄의 시간과 수단을 매개로, 상해를 가한 자 또는 체포·감금, 갈취한 자와 동일하다고 평가하고 있는 바, 이는 달리 취급하여야 할 것을 명백히 자의적으로 동일하게 취급한 결과로서, 형벌 체계상의 균형성을 현저히 상실하여 평등원칙에도 위배된다고 보았다. 이 사건 법률조항은 지나치게 과중한 형벌을 규정함으로써 죄질과 그에 따른 행위자의 책임 사이에 비례관계가 준수되지 않아 인간의 존엄과 가치를 존중하고 보호

하려는 실질적 법치국가 이념에 어긋나고, 형벌 본래의 기능과 목적을 달성하는데 필요한 정도를 현저히 일탈하여 과잉금지원칙에 위배되며, 형벌체제상의 균형성을 상실하여 다른 범죄와의 관계에서 평등의 원칙에도 위반된다고 판단하였다.

라. 결정주문

헌법재판소는 이 사건 법률조항이 헌법에 위반된다고 선언하고, 이와 달리 폭처법(1961. 6. 20. 법률 제625호로 제정되고 1990. 12. 31. 법률 제4294호로 개정된 것) 제3조 제2항이 헌법에 위반되지 아니한다고 판시한 헌재 1995. 3. 23. 94헌가4 결정은 이 결정의 견해와 저촉되는 한도 내에서 이를 변경하였다.

3. 헌재 2006. 4. 27. 2006헌가5 결정

금융기관 임·직원이 범하는 특정 경제범죄에 대하여 가중 처벌하는 ‘특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률’ 제5조 제4항 제1호에 대하여 합헌 선언하였던 헌재 2005. 6. 30. 2004헌바4등 결정을 변경하여 위 조항에 대하여 위헌을 선언하였다.

가. 사실관계

당해사건의 피고인은 은행 지점 차장으로서 대출업무를 담당하면서 ① 공소의 1로부터 청탁을 받고 미분양 빌라 24세대를 담보로 16억 원 상당을 대출해 준 대가로 7회에 걸쳐 합계 금 6,900만 원을 교부받고, ② 공소 외 2로부터 20억 원 상당의 대출기환을 연장해 준 대가로 4회에 걸쳐 합계 금 2,250만 원을 교부받았다는 공소사실로 인천지방법원에 기소되었는데, 위 법원은 2005. 6. 23. 위 ①의 행위에 대하여는 특정경제범죄가중처벌등에관한법률(1990. 12. 31. 법률 제4292호로 개정되고, 2004. 12. 31. 법률 제7311호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘특경법’이라 한다) 제5조 제1항, 제4항 제1호를, 위 ②의 행위에 대하여는 같은 법 제5조 제1항, 제4항 제2호를 각 적용하여, 피고인을 징역 5년에 처하고

9,150만 원을 추징한다는 판결(인천지방법원 2005고합133)을 선고하였고, 항소심 법원인 서울고등법원은 2005. 11. 2. 피고인의 항소를 기각하는 판결(서울고등법원 2005노1455)을 선고하였으며, 대법원이 상고심(대법원 2005도8744 판결) 계속 중 특경법 제5조 제4항 중 제1호 및 제2호 부분이 헌법에 위반된다는 이유로 직권으로 제정하여 이루어진 위헌법률심판사건이다.

나. 심판의 대상

금융기관 임·직원이 범한 수재죄에 있어서 수수·요구 또는 약속한 금품 기타 이익의 가액(이하 “수수액”이라 한다)이 5천만 원 이상인 때에는 무기 또는 10년 이상의 징역에, 수수액이 1천만 원 이상 5천만 원 미만인 때에는 5년 이상의 유기징역에 각 처하도록 하여 금융기관 임·직원이 범하는 수재죄에 대하여 가중 처벌하는 특경법 제5조 제4항 중 제1호 및 제2호 부분(이하 이 사건 법률조항’이라 한다)의 위헌여부이다.

다. 헌법재판소의 결정내용

금융기관 임·직원의 부정부패로 대형 금융사고가 발생함으로써 국가경제가 어려움이 처하였을 때 제정되었고, 공무원이 아닌 금융기관의 임·직원도 공무원에 버금가는 정도의 청렴성과 업무의 불가매수성이 요구됨을 전제로, 금융기관의 임·직원이 범하는 특정경제범죄를 가중 처벌하는 방법으로 잠재적인 범죄자에 대한 위하를 통하여 일반예방효과를 극대화함으로써, 건전한 경제질서를 확립하고 나아가 국민경제의 발전에 이바지할 것을 목적으로 제정된 이 사건 법률조항은 당초의 목적이었던 일반예방의 목적을 전혀 달성하지 못하고 있고, 다른 나라의 입법례에서도 그 유례를 찾아보기 힘든 제도라고 보았다. 또한 이 사건 법률조항 중 제1호 부분은 수수액이 5,000만 원 이상인 경우에는 범인의 성행, 전과 유무, 범행의 동기, 범행 후의 정황 등 죄질과 상관없이 무기 또는 10년 이상의 징역에 처하도록 규정하고 있어, 법관으로 하여금 작량감경을 하더라도 별도의 법률상 감경사유가 없는 한 집행유예를 선고할 수 없도록 함으로써 법관의 양형선택과 판단권을 극도로 제한하고 있는 바, 이는 살인

죄(사형, 무기 또는 5년 이상의 징역)의 경우에도 작량감경의 사유가 있는 경우에는 집행유예가 가능한 것과 비교할 때 매우 부당하다고 판단하였다. 또한, 이 사건 법률조항 중 제2호 부분도 수수액이 1,000만 원 이상 5,000만 원 미만인 경우 5년 이상의 유기징역에 처하도록 규정하고 있어 작량감경을 하지 않으면 집행유예를 선고할 수 없게 되어, 실무상 작량감경이 일상화되어 있는 실정이라고 실시하였다.

결국 이 사건 법률조항이 수재 행위자에 대한 엄정한 처벌을 통한 일반예방이라는 당초의 목적을 달성하지 못하고 있음은 물론 오히려 수범자들에게 법의 권위를 떨어뜨리는 위험을 초래할 수 있어 형사 정책적으로도 불합리한 결과를 가져오고 있고, 행위 불법의 크기와 행위자 책임의 정도를 훨씬 초과하는 과중하고 가혹한 형벌을 규정한 것이라는 의심을 가지기에 충분하다고 판시하였다.

현대 사회에서는 국가기관 이외에도 공적인 성격을 가진 기관, 단체의 활동이 증대하고 있고, 그 중요성도 커지고 있는 바, 공공의 이익에 직, 간접적인 관련을 맺고 있고 그 직무의 공정성이 가지는 사회적 의미도 매우 큰 영역의 종사자들에 대하여는 그 직무에 관해 공무원에 준하는 공정성과 청렴성이 요구되고, 이러한 기관, 단체의 종사자들의 직무에 관한 뇌물 수수를 금지함으로써 그 직무집행의 공정을 확보할 필요가 있지만, 이 사건 법률조항의 범정형은 그 죄질과 보호법익이 유사한 변호사, 파산관재인, 공인회계사 등의 수재죄의 범정형과 비교하여 지나치게 과중할 뿐만 아니라, 최근 이 사건 법률조항과 동일하게 수뢰액을 기준으로 가중 처벌할 것을 규정하고 있던 구 특정범죄가중처벌등에관한법률(2005. 12. 29. 법률 제7767호로 개정되기 전의 것) 제2조 제1항이 개정됨에 따라 금융기관의 임·직원으로서의 일정한 경우에는 오히려 공무원보다도 더 중한 범정형으로 처벌되는 불합리한 결과가 발생하게 되므로, 이 사건 법률조항은 다른 범죄와의 관계에서 형벌체계상 균형을 상실하여 평등의 원칙에 위반된다고 보았다.

라. 결정주문

이 사건 법률조항에 대하여 위헌결정을 하였다. 그리하여, 이와 달리 특경법

제5조 제4항 제1호가 헌법에 위반되지 아니한다고 판시한 헌재 2005. 6. 30. 2004헌바4등 결정을 일부 변경하였다.

마. 관련된 법원 판례

위 위헌결정 이후 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효와 관련하여 이루어진 법원 판결이 있었다. 피고인은 2004. 1. 28.경 자신이 노조위원장으로 있는 은행의 대출 담당 직원을 통하여 공소외인이 위 은행으로부터 25억 원을 대출받도록 알선하고, 같은 날 자신의 노조위원장 사무실에서 공소외인으로부터 위 대출을 알선한 대가로 3억 6,000만 원을 교부받은 범죄사실로, 2009. 11. 10. 위 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조 제4항 제1호, 제3항 위반으로 기소되었다(서울중앙지방법원 2009고합1301 판결).

이에 대하여 법원은, 피고인에 대하여 적용될 수 있는 구 특정경제범죄가중처벌 등에 관한 법률 제5조 제4항 제1호의 가중처벌 벌칙규정은 헌재 2006. 4. 27. 2006헌가5 결정에 의하여 위헌결정이 있는 바, 위헌결정으로 인하여 형벌에 관한 법률 또는 법률조항이 소급하여 그 효력을 상실한 경우에는 당해 법조를 적용하여 기소한 피고 사건은 범죄로 되지 아니한 때에 해당한다고 할 것이므로, 피고인에 대하여는 위 가중처벌 벌칙규정을 적용할 수 없고 원래의 벌칙규정인 구 특정경제범죄가중처벌 등에 관한 법률 제5조 제3항, 제1항을 적용하여 처벌할 수 있을 뿐이라고 보았다. 그런데 구 특정경제범죄가중처벌 등에 관한 법률 제5조 제3항, 제1항에 의하면 그 법정형이 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지로 되어 있어, 위 죄는 형사소송법 부칙 제3조, 구 형사소송법(2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정되기 전의 것) 제250조, 형법 제50조, 위 구 형사소송법 제249조 제1항 제4호에 의하여 공소시효가 5년인바, 이 사건 공소는 범죄행위가 종료된 때부터 5년 이상이 경과된 2009. 11. 10. 제기되어 공소시효가 완성되었을 때에 해당한다는 이유로 형사소송법 제326조 제3호를 적용하여 면소를 선고하였다.¹³⁾

검사는, 이 사건 공소사실은 수수금액이 1억 원 이상인 경우로서 법률의 변

13) 서울중앙지방법원 2009. 12. 30. 선고 2009고합1301 판결 참조.

경에 의하여 형이 구법보다 가볍게 된 때에 해당하여 신법인 현행 특경법 제5조 제4항 제1호, 제3항을 적용하여야 하는데, 그에 의하면 법정형이 무기 또는 10년 이상의 징역으로서 공소시효가 10년이고, 위 공소사실에 대하여 행위시법인 구 특경법 제5조 제4항 제1호, 제3항을 적용한다 하더라도, 수수금액이 1억 원 이상인 경우에는 위 현재 2006. 4. 27. 2006헌가5 위헌결정의 효력이 미치지 아니하여 위 벌칙규정이 그대로 유효하거나 위 2006헌가5 위헌결정에 따라 구 특경법 제5조 제4항 제1호는 같은 조항에 대한 합헌결정인 2004헌바4 결정이 내려진 2005. 6. 30.까지만 소급적으로 효력을 상실하게 되므로 결국 피고인의 이 사건 공소사실에 대해서는 법정형이 무기 또는 10년 이상의 징역에 해당하고 그에 대한 공소시효가 10년이기 때문에, 피고인의 이 사건 공소사실에 대해서는 아직 공소시효가 완성되지 아니하여 1심판결이 위법하다며 항소하였다.

이에 대하여 항소심 법원은 검사의 항소를 기각하였다.¹⁴⁾ 항소심 법원은 피고인의 공소사실에 대하여 적용될 수 있는 처벌규정인 현행 특경법 제5조 제4항 제1호, 제3항이 행위시의 처벌규정인 구 특경법 제5조 제4항 제1호, 제3항보다 가볍게 처벌하는 것으로 처벌규정이 변경된 것은 아니므로, 위 공소사실에 대하여는 행위시법인 구 특경법 제5조 제4항 제1호, 제3항을 적용하여야 한다고 보았다. 또, 이 사건 공소사실에 대하여 적용되는 가중처벌 벌칙규정인 구 특경법 제5조 제4항 제1호는 현재 2006. 4. 27. 2006헌가5 결정에 따라 헌법재판소법 제47조 제2항 단서에 의하여 소급적으로 그 효력을 잃게 되었고, 한정위헌결정이나 한정합헌결정 등에서의와 같이 당해결정에서 결정의 효력범위를 제한하지 아니한 이상, 일정한 수수금액에 대해서는 위 위헌결정의 효력이 미치지 아니한다고 볼 수 없으므로, 위 공소사실에 대해서는 원래의 벌칙규정인 구 특경법 제5조 제3항, 제1항을 적용할 수밖에 없다고 보았다. 그런데 원래의 벌칙규정인 구 특경법 제5조 제3항, 제1항에 의할 경우 법정형이 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지로서 그 공소시효가 5년이기 때문에 이 사건 공소제기가 범죄행위가 종료한 때부터 5년 이상이 경과된 후에 이루어진 것이 명백한 이상 면소를 선고한 원심판결이 정당하다고판시하였다. 한편, 위 현재 2006헌가5 위헌결정에서 위헌을 선언한 법률조항이 효력을 잃게 되는 시기를

14) 서울고등법원 2010. 4. 16. 선고 2010노116 판결 참조.

특별히 제한하지 아니한 이상, 헌법재판소법 제47조 제2항 단서에 의하여 이 사건 공소사실에 대하여 적용되는 가중처벌 벌칙규정인 구 특경법 제5조 제4항 제1호는 법률 제정 시부터 소급적으로 효력을 상실하게 된다. 따라서 구 특경법 제5조 제4항 제1호에 대하여 합헌결정인 2004헌바4 결정이 내려졌던 2005. 6. 30.까지는 위 조항이 유효하고, 그 이후부터 소급적으로 위 조항이 효력을 잃는다는 검사의 항소이유에 관한 주장 또한 이유 없다고 판시하였다.

위 항소심 결정에 대하여 검사가 상고하였으나, 대법원은 상고를 기각하였다.¹⁵⁾ 대법원은 피고인이 이 사건 공소사실 기재 범행으로 2004. 1. 28. 수수하였다는 금액은 3억 6,000만 원인데 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률이 2007. 5. 17. 법률 제8444호로 개정되었어도 위 수수액에 관하여는 개정 전후를 통하여 형의 경중이 없으므로 행위시법인 개정 전의 위 법률의 해당 조항을 적용하여야 하므로, 원심 판단에 상고이유 주장과 같은 신법우선의 원칙에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다고 보았다. 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다는 상고이유에 대하여도, 원심의 판단에 법리를 오해한 잘못이 없다고 설시하여 검사의 주장을 배척하였다. 위헌결정에 소급효를 인정하는 것은 개별 사건에 있어서의 정의 내지 평등의 원칙을 구현하는 측면이 있는 반면, 법적 안정성 내지 신뢰보호의 원칙에는 배치되는 측면도 있어 그 중 어느 원칙을 보다 중시할 것인지는 원칙적으로 입법적 선택의 문제라 할 수 있는 바, 우리 헌법재판소법이 형벌조항에 대한 위헌결정과 비형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효를 명문으로 달리 규정한 것도 그 때문이라고 보았다. 그런데 이러한 입법적 결단에도 불구하고 그 효력이 다양할 수밖에 없는 위헌결정의 특수성 때문에 예외적으로 소급효의 부분적인 인정 또는 소급효의 제한가능성을 부정할 수는 없으므로, 당사자의 소급적 권리구제를 위한 구체적 타당성의 요청, 소급효 인정에 따른 법적 안정성 또는 신뢰보호의 침해 우려, 구법에 의하여 형성된 법적 질서 혹은 기득권과 위헌결정에 따른 법적 안정성 또는 신뢰보호의 침해 우려, 구법에 의하여 형성된 법적 질서 혹은 기득권과 위헌결정에 따른 새로운 법적 질서의 조

15) 대법원 2011. 4. 14. 선고 2010도5606 판결 참조.

화 등 제반 이익을 종합적으로 고려할 때 맹목적인 소급효의 인정이나 부인이 오히려 정의와 형평 등 헌법적 이념에 심하게 배치될 경우에는 법문의 규정에도 불구하고 그 소급효의 범위를 달리 정할 필요성이 있고, 이는 대법원과 헌법재판소가 비 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효와 관련하여 이미 명시적으로 채택하고 있는 법리라고 판시하였다. 형벌조항의 경우에도 그것이 제정이나 개정 이후의 시대적·사회적 상황의 변화로 말미암아 비로소 위헌적인 것으로 평가받는 경우에는 위헌결정의 전면적인 소급효를 인정하는 것이 오히려 사법적 정의에 현저히 반하는 결과를 초래할 수 있으므로, 헌법재판소법 제47조 제2항 단서의 규정에도 불구하고 그 소급효를 제한할 필요성이 있음은 비형벌조항의 경우와 크게 다르지 않고, 특히 동일한 형벌조항에 대하여 과거 헌법재판소의 결정에 의하여 그 조항의 합헌성이 선언된 일이 있음에도 불구하고 그 후의 사회상황의 변화에 따른 사정변경 때문에 새로 위헌으로 결정된 경우에는 더욱 그러하다고 보았다. 다만, 형벌조항에 대한 위헌결정의 경우 죄형법정주의 등 헌법과 형사법 하에서 형벌이 가지는 특수성으로 인하여 위헌결정의 소급효와 그에 따른 재심청구권을 명시적으로 규정한 법률의 문언에 반하여 해석으로 그 소급효 및 피고인의 재심에 관한 권리를 제한하는 것은 어렵고, 그에 따른 현저한 불합리는 결국 입법에 의하여 해결할 수밖에 없는 문제라고 판시하였다. 그리하여, 현재 2006. 4. 27. 2006헌가5 결정에 의하여 위헌으로 선언된 구 특경법 제5조 제4항 제1호의 가중처벌조항은 헌법재판소법 제47조 제2항 단서에 의하여 소급하여 그 효력을 상실하고, 비록 그에 앞서 현재 2005. 6. 30. 2004헌바4등 결정에서 동일한 조항이 합헌으로 선언된 일이 있고, 위 위헌결정이 그 후에 발생한 관련 법률의 개정 등 외부적 사정변경을 이유로 한 것이라 해도 법률상 달리 볼 수는 없으므로,¹⁶⁾ 위 가중처벌 조항이 위헌으로 선언되어 효력을 상실한 이상 이 사건에서는 원래의 처벌조항을 적용할 수밖에 없고, 그에 따라 이 사건 공소는 범죄행위가 종료한 때로부터 5년이 경과한 후

16) 검사가 상고이유에서 지적하는 것처럼 이와 같은 해석이 법적 안정성 및 신뢰보호의 원칙에 반할 뿐만 아니라, 이 사건 형벌조항의 경우에는 최초 합헌결정 후 사정변경에 기인한 위헌결정의 경위에 비추어 구체적 타당성이 없음이 분명하지만, 이의 시정은 국회의 입법을 통해서만 도모될 수 있을 뿐이라고 부기하였다. 위의 대법원 판결 참조.

에 제기되어 공소시효가 완성된 경우에 해당한다고 한 원심판단은 정당하다고 판시하였다.

4. 현재 2009. 11. 26. 2008헌바58 결정

헌법재판소는 2009. 11. 26. 선고한 2008헌바58 결정에서, 형법 제304조 중 ‘혼인을 빙자하여 음행의 상습 없는 부녀를 기망하여 간음한 자’ 부분에 대하여 합헌을 선언한 현재 2002. 10. 31. 99헌바40등 결정을 변경하여 “형법 제304조 (1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정되고, 1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 중 ‘혼인을 빙자하여 음행의 상습 없는 부녀를 기망하여 간음한 자’부분은 헌법에 위반된다.”고 선언하였다.

가. 사건의 개요

청구인 1은 2006. 2. 14.부터 2006. 4. 13.까지 사이에 4회에 걸쳐 혼인을 빙자하여 음행의 상습 없는 공소 외 1을 각 간음하고, 2005. 9. 22.부터 2005. 10. 2. 까지 사이에 4회에 걸쳐 혼인을 빙자하여 음행의 상습없는 공소 외 2를 각 간음하였다는 등의 이유로, 혼인빙자간음, 사기 및 절도로 기소되었다. 청구인 1은 1심(서울중앙지방법원 2007고단3067 판결) 및 2심(서울중앙지방법원 2007노4045 판결)에서 징역 2년 6월을 각 선고받아 상고하였고, 그 소송 계속 중에 혼인빙자간음죄를 처벌하는 형법 제304조가 헌법상 사생활의 비밀과 자유를 침해하고 평등원칙에 위반된다는 등의 이유로 대법원에 위헌법률심판제청을 신청하였다.

대법원은 2008. 6. 12. 위 위헌법률심판제청신청을 기각하였고, 같은 날 원심 판결 중 절도 부분이 ‘컴퓨터 등 사용 사기’에 해당하고 사기 부분 중 일부는 증거가 부족하다는 이유로 원심판결을 파기하였다. 이에 청구인 1은 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 헌법소원심판을 청구하였고, 그 후 청구인 1은 파기 환송심에서 징역 2년 6월을 선고받고(서울중앙지방법원 2008노2023 판결) 상고하였으나 2008. 12. 11. 대법원에서 상고 기각되어(대법원 2008도8937 판결) 그 판결이 확정되었다(현재 2008헌바58 사건).

청구인 2는 배우자와 혼인신고하여 그 사이에 2명의 자녀가 있는자인바,

2005. 12. 30.부터 2008. 2. 1.까지 사이에 76회에 걸쳐 혼인을 빙자하여 음행의 상습 없는 공소 외 3을 각 간음하고, 2007. 5. 27.부터 2008. 2. 3.까지 사이에 58회에 걸쳐 혼인을 빙자하여 음행의 상습 없는 공소 외 4를 각 간음하였다는 이유로 형법 제304조의 혼인빙자간음죄로 기소되었다. 청구인 2는 1심(서울동부지방법원 2008고단3301 판결) 계속 중에 혼인빙자간음죄를 처벌하는 형법 제304조가 헌법상 사생활의 비밀과 자유를 침해하고 평등원칙에 위반된다는 등의 이유로 위헌법률심판제청을 신청하였는데(서울동부지방법원 2009초기546 판결), 1심 법원은 2009. 7. 16. 위 위헌법률심판제청신청을 기각함과 동시에 청구인 2에 대하여 위 공소사실을 모두 유죄로 인정하고 징역 10월을 선고하였다.

이에 청구인 2는 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 헌법소원심판을 청구하고, 1심 판결에 대하여도 항소(서울동부지방법원 2009노1104 판결) 하였다(현재 2009헌바191 사건).

나. 심판의 대상

이 사건의 심판대상은 형법 제304조(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정되고, 1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 중 ‘혼인을 빙자하여 음행의 상습 없는 부녀를 기망하여 간음한 자’부분(이하에서는 이 부분만을 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 위헌 여부이고, 그 내용은 다음과 같다.

형법 제304조(혼인빙자간음) 혼인을 빙자하거나 기타 위계로써 음행의 상습 없는 부녀를 기망하여 간음한 자는 2년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다.

다. 헌법재판소의 결정내용

(1) 법정의견

헌법재판소는 이 사건 법률조항이 목적의 정당성, 수단의 적절성 및 피해의 최소성을 갖추지 못하였고 법익의 균형성도 이루지 못하여, 헌법 제37조 제2항

의 과잉금지원칙을 위반하여 남성의 성적 자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 과잉 제한하므로 헌법에 위반된다고 판단하였다.

먼저 입법목적의 정당성과 관련하여, 남성이 위력이나 폭력 등 해악적 방법을 수반하지 않고서 여성을 애정행위의 상대방으로 선택하는 문제는 그 행위의 성질상 국가의 개입이 자제되어야 할 사적인 내밀한 영역인데다 또 그 속성상 과장이 수반되게 마련이어서 우리 형법이 혼전 성관계를 처벌대상으로 하지 않고 있으므로 혼전 성관계의 과정에서 이루어지는 통상적 유도행위 또한 처벌해야 할 이유가 없다고 보았다. 여성이 혼전 성관계를 요구하는 상대방 남자와 성관계를 가질 것인가의 여부를 스스로 결정한 후 자신의 결정이 착오에 의한 것이라고 주장하면서 상대방 남성의 처벌을 요구하는 것은 여성 스스로가 자신의 성적 자기결정권을 부인하는 행위일 뿐 아니라, 혼인빙자간음죄가 다수의 남성과 성관계를 맺는 여성 일체를 ‘음행의 상습 있는 부녀’로 낙인찍어 보호의 대상에서 제외시키고 보호대상을 ‘음행의 상습 없는 부녀’로 한정함으로써 여성에 대한 남성 우월적 정조관념에 기초한 가부장적·도덕주의적 성 이데올로기를 강요하는 셈이 된다고 보았다. 결국 이 사건 법률조항은 남녀평등의 사회를 지향하고 실현해야 할 국가의 헌법적 의무(헌법 제36조 제1항)에 반하는 것이자, 여성을 유아시(幼兒視)함으로써 여성을 보호한다는 미명 아래 사실상 국가 스스로가 여성의 성적 자기결정권을 부인하는 것이 되므로, 이 사건 법률조항이 보호하고자 하는 여성의 성적 자기결정권은 여성의 존엄과 가치에 역행하는 것으로 판단하였다.

다음으로, 결혼과 성에 관한 국민의 법의식에 많은 변화가 생겨나 여성의 착오에 의한 혼전 성관계를 형사 법률이 적극적으로 보호해야 할 필요성은 이미 미미해졌고, 성인이 어떤 종류의 성행위와 사랑을 하건, 그것은 원칙적으로 개인의 자유 영역에 속하며, 다만 그것이 외부에 표출되어 명백히 사회에 해악을 끼칠 때에만 법률이 이를 규제하면 충분하고, 사생활에 대한 비(非)범죄화 경향이 현대 형법의 추세이며, 세계적으로도 혼인빙자간음죄를 폐지해 가는 추세이고 일본, 독일, 프랑스 등에도 혼인빙자간음죄에 대한 처벌규정이 없는 점, 기타 국가 형벌로서의 처단기능의 약화, 형사처벌로 인한 부작용 대두의 점 등을 고려하면, 그 목적을 달성하기 위하여 혼인빙자간음행위를 형사처벌하는 것

은 수단의 적절성과 피해의 최소성을 갖추지 못한 것으로 보았다.

또한 이 사건 법률조항은 개인의 내밀한 성생활의 영역을 형사처벌의 대상으로 삼음으로써 남성의 성적 자기결정권과 사생활의 비밀과 자유라는 기본권을 지나치게 제한하는 것인 반면, 이로 인하여 추구되는 공익은 오늘날 보호의 실효성이 현격히 저하된 음행의 상습 없는 부녀들만의 ‘성행위 동기의 착오의 보호’로서 그것이 침해되는 기본권보다 중대하다고는 볼 수 없으므로, 법익의 균형성도 상실하였다고 판단하였다.

(2) 반대의견

이에 대하여는 재판관 3인¹⁷⁾의 반대의견이 있었고, 그 요지는 다음과 같다.

이 사건 법률조항이 부녀만 보호대상으로 규정한 이유는 여자가 남자에 대하여 혼인을 빙자하는 경우에는 남자의 성적 자기결정권이 침해될 가능성이 적다고 보았기 때문인데, 남녀는 신체구조가 다르고 성관계에 대한 윤리적·정서적 인식에도 차이가 있는 점을 고려하면, 이러한 입법자의 판단이 남녀를 불합리하게 차별하는 것이라고 보기 어렵다. 또한 혼인빙자의 상대가 음행의 상습 없는 부녀인 경우에는 음행의 상습 있는 부녀의 경우보다 혼인빙자로 인하여 기망에 빠져 정교(情交)에 응할 가능성이 크다고 본 것이므로, 음행의 상습 있는 부녀를 불합리하게 차별한다고 보기 어렵고, 가부장적 정조관념이나 부녀의 혼전 순결을 강요하는 것이라고 볼 수 없다.

혼인을 빙자하여 부녀를 간음하는 행위는 자신만의 영역을 벗어나 다른 인격체의 법익을 침해하는 행위이기 때문에 자기결정권의 내재적 한계를 벗어나는 것이고, 따라서 이 사건 법률조항이 혼인을 빙자하여 음행의 상습 없는 부녀를 간음한 남자의 성적 자기결정권을 침해한다고 볼 수는 없다. 또한 남성이 혼인할 의사가 없으면서 혼인하겠다고 속이는 행위까지 헌법 제17조에 의하여 보호되는 사생활에 속한다고 할 수는 없으므로, 남자가 혼인빙자행위라는 부정한 수단을 사용한 이상, 상대방 부녀에게 거짓을 알아차리지 못한 과실이 있다고 하여 혼인빙자 간음행위의 가벌성을 부정할 수 없다.

17) 재판관 이강국, 재판관 조대현, 재판관 송두환 3인의 의견이다.

남자의 혼인빙자로 인하여 여자가 속아서 정교에 응하여 피해를 입었다고 고소하는 경우에는 사생활의 영역과 기본권의 내재적 한계를 벗어나 사회질서 침해의 문제로 표출된 것이므로, 이러한 단계에서는 사회질서 유지의 필요성이 당사자들의 사생활을 보호할 필요성보다 훨씬 크다. 또한 개인의 사생활이 타인의 법익을 침해할 경우에는 순전한 개인의 영역을 벗어나는 것이고 기본권의 내재적 한계를 벗어나는 것이기 때문에 그 한도에서 헌법 제17조의 보호범위를 벗어난다고 봄이 상당하므로, 남자가 혼인을 빙자하여 부녀를 간음한 행위를 처벌한다고 하여 법익균형이 잘못되었다고 볼 수 없다.

혼인빙자행위와 정교 동의 및 정교 사이에 인과관계가 인정되어 가벌성이 뚜렷한 경우만 처벌하기 위한 것으로서 합리적인 이유가 있다고 할 것이므로, 평등의 원칙에 위반된다고도 보기 어렵다.¹⁸⁾

라. 결정주문

헌법재판소는 이 사건 법률조항에 대하여 위헌을 선언하고, 종전에 헌법재판소가 이 결정과 견해를 달리하여 형법 제304조(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정되고 1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것)는 헌법에 위반되지 아니한다고 판시한 헌재 2002. 10. 31. 99헌바40 등 결정은 이 결정과 저촉되는 범위 내에서 이를 변경하였다.

18) 재판관 송두환은 위 합헌의견에 다음과 같은 요지의 보충의견을 개진하였다. “이 사건 법률조항이 남녀 간의 은밀한 사통 행위 자체를 처벌하는 조항이라면 모르되, 피해 부녀가 상대방의 위계, 기망에 의한 피해를 입고 상대방에 대한 조사 및 처벌을 적극적으로 요청(이 사건 죄는 친고죄이다)하는 경우를 남녀 간의 내밀한 사사(私事)에 불과하다고 하여 국가가 개입해서는 안 되는 영역이라고 할 수 없다. 우리 사회의 여성들 모두가 더 이상 헌법이나 법률의 보호와 배려를 필요로 하지 않게 되었다고는 볼 수 없고, 아직도 헌법이나 법률의 보호와 배려를 필요로 하는 소수의 여성들이 존재한다고 보는 이상, 이 사건 법률조항을 지금 시점에서 서둘러 폐기하여야 한다고 할 수는 없다. 이 사건 법률조항은 오직 남성이 여성을 쾌락의 대상으로 여겨 혼인의사도 없이 혼인빙자의 위계로써 기망하여 성관계를 편취하는 반사회적인 행위를 제재하는 것일 뿐 인바, 이러한 점들을 무시하고 이 사건 법률조항이 남성의 성적 자기결정권을 침해하는 것이라고 한다면 이는 결과적으로 성관계에 관하여 위계, 기망, 편취의 자유를 인정하는 셈이 될 것이며, 이것이 부당함은 명백하다.”

5. 현재 2010. 9. 30. 2009헌바2 결정

구 수산업법(1990. 8. 1. 법률 제4252호로 전부 개정되고, 1995. 12. 30. 법률 제5131호로 개정되기 전의 것) 제52조 제2항, 제3항이 헌법에 위반되지 아니한다고 판시한 현재 1994. 6. 30. 93헌가15등 결정을 변경하여 “구 수산업법(2007. 4. 11. 법률 제8377호로 전부 개정되고 2009. 4. 22. 법률 제9626호로 전부 개정되기 전의 것) 제53조 제2항 및 제3항은 헌법에 위반된다.”고 선언하였다.

가. 사건의 개요

청구인은, ‘여수시 선적 근해형망어선의 임차 선주 겸 선장으로서, 위 선박의 조업구역은 전라북도 연해로 제한되어 있고 그 제한에 위반하지 아니할 것 등을 조건으로 어업허가를 받았음을 알면서도 조업구역 제한조건을 무시한 채, 2008. 5. 24. 14:35경부터 15:20경 사이에 전남 완도군 고금면 장항리 앞 해상에서 조업을 감행하여 수면바다에 자연서식 중인 바지락 50kg(시가 5만 원 상당)을 포획·채취하였다’는 공소사실로 광주지방법원 해남지원에 약식 기소되어 벌금 300만 원의 약식명령을 고지받자 2008. 8. 4. 위 법원에 정식재판(광주지방법원 2008고정142 판결)을 청구하였다.

청구인은 위 재판 중, 구 수산자원보호령(2010. 4. 20. 대통령령 제22128호로 폐지되기 전의 것) 제37조 제5호, 제20조 제1항은 법률의 수권이 없는 규정이고, 구 수산업법(2009. 4. 22. 법률 제9626호로 전부 개정되기 전의 것) 제53조 제1항 제3호, 제5호, 제77조 제1항 제1호를 수권 법률로 본다 하더라도 이는 죄형법정주의, 포괄위임금지원칙 등에 위반되어 위헌이라고 주장하며 위 법령조항들에 대한 위헌법률심판 제청(광주지방법원 2008초기37 판결)을 신청하였으나 위 법원이 이를 기각하자, 헌법재판소법 제68조 제2항에 의하여 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

어업단속·위생관리·유통질서, 그 밖에 어업조정을 위하여 법률의 위임에 따라 제정되는 대통령령에 필요한 별칙을 둘 수 있도록 한 구 수산업법(2007.

4. 11. 법률 제8377호로 전부 개정되고, 2009. 4. 22. 법률 제9626호로 전부 개정되기 전의 것) 제53조(어업조정에 관한 명령) 제2항 및 위 벌칙에는 500만 원 이하의 벌금·구류(拘留) 또는 과료(科料)의 규정을 둘 수 있도록 한 같은 조 제3항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 위헌여부이다.

다. 헌법재판소의 결정내용

헌법재판소는 이 사건 법률조항이 하위법령인 대통령령에 위임하고 있는 것은 일정한 제한이나 금지에 위반한 행위의 가벌성 및 처벌의 정도에 대한 판단인데, 이는 사회공동체의 가치관 또는 법 감정을 고려하여 입법자가 정책적으로 결정하여야 할 문제로서, 사회적 상황에 따라 수시로 급변하는 것이라고 할 수 없으며 미리 법률로써 자세히 정하기 어려운 정도로 전문적이고 기술적인 사항이라고 볼 수도 없다고 보았다. 한편 수산업법이 제정된 이래 형벌로 처벌할 필요가 있는 일정한 위반 행위들에 대해서는 “벌칙”의 장에서 직접 규정해 오고 있었고, 최근 개정된 수산업법과 새로이 제정된 수산자원관리법도 어업조정이나 수산자원의 보호에 관한 내용 중 일부를 대통령령 등 하위법령에 위임하면서도 그 위반 행위에 대한 처벌은 하위법령에 위임하지 않고 직접 규정한 점을 보더라도 이 사건 법률조항이 처벌조항을 하위법령에 위임하였어야 할 필요성을 인정하기 어렵다고 보았다.

또한 이 사건 법률조항은 “대통령령으로 필요한 벌칙을 둘 수 있다.”고만 할 뿐, 어떠한 사항들의 위반 행위에 대해 벌칙을 둘 수 있는지에 대해서는 아무런 기준도 제시하지 않고 있고, 대통령령에 규정할 벌칙으로 ‘500만 원 이하의 벌금·구류 또는 과료’를 규정하고 있지만, 대통령령에 의해 처벌될 수 있는 행위유형들도 죄질과 불법의 정도가 다양할 수 있고 그에 따라 처벌의 정도 또한 달라질 수 있는데, 다양한 유형의 구성요건적 행위들에 대해 각각 어느 정도의 처벌이 가해질 것인지에 대해서는 아무런 기준을 제시하지 않고 있어, 어떠한 사항들을 위반하면 처벌받게 될 것인지, 어느 정도로 처벌될 것인지를 예측할 수 없으므로, 이 사건 법률조항은 헌법 제11조 제1항의 죄형법정주의 원칙에 위배된다고 하였다.

라. 결정주문

심판대상 조항들에 대하여 위헌을 선언하면서 위 결정과 저촉되는 헌법재판소 1994. 6. 30. 93헌가15등 결정을 변경하였다.

II. 헌법불합치결정을 한 사례들

헌법재판소는 현재까지 4건의 사건에서 형벌조항에 대하여 헌법불합치결정을 선고하였다. 그러나 형벌조항에 대한 각 헌법불합치결정에서 헌법재판소는 새로운 근거를 제시하거나 특별한 설명을 한 바가 없다.

1. 학교보건법 제6조 제1항 제2호 등 위헌제청사건

헌법재판소는 학교보건법 제6조 제1항 본문 제2호는 같은 법 제19조와 결합하여 형벌에 관한 법률조항을 이루는데, 헌법재판소는 학교보건법 제6조 제1항 본문 제2호 중 ‘극장’부분 가운데 고등교육법 제2조에 규정한 각 학교에 관한 부분에 대하여는 단순위헌결정을 하였으나, 학교보건법 제6조 제1항 본문 제2호 중 ‘극장’부분 가운데 초·중등교육법 제2조에 규정한 각 학교에 관한 부분에 대하여는 헌법불합치결정을 내리고, 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 입법자가 개정할 때까지 이 조항의 적용을 중지하도록 적용중지명령을 내렸다.¹⁹⁾

가. 사실관계

주위 19m 지점에 유치원이 있어 학교환경위생정화구역에 속하는 지역에서 극장을 운영하던 제청신청인은 학교보건법 소정의 학교환경위생정화구역 내에서 극장을 운영하여 영업행위를 하였다는 이유로 기소되어 재판을 받던 중, 학교보건법 제6조 제1항 제2호 중 ‘극장’부분이 헌법 제15조의 직업의 자유 등의 기본권을 침해하는 조항으로서 위헌이라고 주장하면서 위 법원에 위헌법률심판제청을 신청하고, 당해사건 법원이 위헌법률심판을 제청한²⁰⁾ 사건과, 초등학교

19) 현재 2004. 5. 27. 2003헌가1등, 판례집 16-1, 670.

교로부터 10m 가량 떨어진 곳에서 극장을 운영하여 영업행위를 하였다는 이유로 학교보건법위반으로 기소되어 재판을 받던 중 당해사건 담당재판부가 재판의 전제가 된 학교보건법 제6조 제1항 제2호 ‘극장’부분, 제19조의 위헌여부가 위 재판의 전제가 된다고 하여 직권으로 위헌법률심판을 제청한 사건(2004헌가4)이 병합되어 심리되었다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판대상 조항은 누구든지 학교환경위생정화구역²¹⁾ 안에서는 극장, 총포화약류의 제조장 및 저장소, 고압가스·천연가스·액화석유가스 제조소 및 저장소의 행위 또는 시설을 하여서는 아니 된다고 규정한 학교보건법 제6조 제1항 본문 제2호 중 ‘극장’부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라고 한다)의 위헌여부이다.²²⁾

다. 헌법재판소의 결정내용

헌법재판소는, 이 사건 법률조항이 정하는 ‘학교’의 의미는 학교보건법의 입

20) 광주지방법원 2002초기434 판결.

21) 학교보건법 제5조(학교환경위생정화구역의 설정) 제1항에 따르면 학교환경위생정화구역은 학교의 보건·위생 및 학습환경을 보호하기 위하여 학교경계선으로부터 200m를 초과하지 않는 범위 내에서 대통령령이 정하는 바에 따라 교육감이 지정하는 구역이다.

22) 2003헌가1 사건의 제청법원은 이 사건 법률조항에 대하여만 위헌법률심판을 제청한데 대하여, 2004헌가4 사건의 제청법원은 이 사건 법률조항과 함께 이 사건 법률조항을 위반한 행위에 대한 처벌규정인 학교보건법 제19조에 대하여도 그 위헌여부심판을 제청하였다. 이에 대하여 헌법재판소는 위 2004헌가4 사건 제청법원의 제청이유를 살펴보면 처벌규정인 학교보건법 제19조 자체의 위헌여부를 문제 삼는 것이 아니라 동 조항을 처벌규정으로 삼고 있는 금지규정인 이 사건 법률조항이 위헌이라고 의심할 만한 상당한 이유가 있다고 하여 위헌제청하고 있는 것이라고 보아, 이 사건 위헌법률심판에서는 이 사건 법률조항의 위헌성 판단으로 족하고 제청법원이 그 고유한 위헌사유를 다루고 있지 아니한 학교보건법 제19조에 대한 별도의 위헌여부 판단이 반드시 필요한 것은 아니라고 보아, 학교보건법 제19조는 심판의 대상에서 제외하였다.

법목적 및 학교보건법시행령의 규정취지를 종합하여 살펴 볼 때 학교보건법시행령 제2조에 규정된 모든 학교 즉, 유치원 초·중·고등학교 및 대학을 포함하는 개념이고, 누구든지 정화구역 안에서 극장시설 및 영업을 하여서는 아니 된다고 규정하고 있는 이 사건 법률조항의 ‘극장’이란 그 사전적 의미 및 이 사건 법률조항의 입법취지를 종합하여 살펴볼 때 연극 등의 공연을 위한 무대 공연시설과 영화 상영을 위한 극장 시설을 모두 포함하는 개념이라고 설하였다. 그런데 이 사건 법률조항은 대학 부근 정화구역 내의 극장을 일반적으로 금지하고 있는 바, 대학생들은 고등학교를 졸업한 자 또는 법령에 의하여 이와 동등 이상의 학력이 있는 자 중에서 선발되므로 신체적·정신적으로 성숙하여 자신의 판단에 따라 자율적으로 행동하고 책임을 질 수 있는 시기에 이르렀다고 할 것이므로, 이와 같은 대학생의 신체적·정신적 성숙성에 비추어 볼 때 대학생이 영화의 오락성에 탐닉하여 학습을 소홀히 할 가능성이 적으며, 그와 같은 가능성이 있다고 하여도 이는 자율성을 가장 큰 특징으로 하는 대학교육이 용인해야 할 부분이라고 보았다. 따라서 대학의 정화구역에 관하여는 학교보건법 제6조 제1항 단서에서 규율하는 바와 같은 예외조항의 유무와 상관없이 극장에 대한 일반적 금지를 둘 필요성을 인정하기 어려우므로, 결국, 대학의 정화구역 안에서 극장시설을 금지하는 이 사건 법률조항은 극장운영자의 직업수행의 자유를 필요·최소한 정도의 범위에서 제한한 것이라고 볼 수 없어 최소 침해성의 원칙에 반한다고 판단하였다.

또한 이 사건 법률조항은 유치원 및 초·중·고등학교의 정화구역 내의 극장시설 및 영업도 일반적으로 금지하고 있는 바, 그 정화구역 중 금지의 예외가 인정되는 구역을 제외한 나머지 구역은 어떠한 경우에도 예외가 인정되지 아니하는 절대금지구역이다. 그런데 국가·지방자치단체 또는 문화재단 등 비영리단체가 운영하는 공연장 및 영화상영관, 순수예술이나 아동·청소년을 위한 전용공연장 등을 포함한 예술적 관람물의 공연을 목적으로 하는 공연법상의 공연장, 순수예술이나 아동·청소년을 위한 영화진흥법상의 전용영화상영관 등의 경우에는 정화구역 내에 위치하더라도 초·중·고등학교 학생들에게 유해한 환경이라고 하기 보다는 오히려 학생들의 문화적 성장을 위하여 유익한 시설로서의 성격을 가지고 있어 바람직한 방향으로 활용될 가능성이 높다는

점을 부인하기 어렵다. 그렇다면 정화구역 내의 절대금지구역에서는 이와 같은 유형의 극장에 대한 예외를 허용할 수 있는 가능성을 전혀 인정하지 아니하고 일률적으로 금지하고 있는 이 사건 법률조항은 그 입법목적은 달성하기 위하여 필요한 정도 이상으로 극장운영자의 기본권을 제한하는 법률이라고 보았다.

그리고 이 사건 법률조항은 극장운영자의 표현의 자유 및 예술의 자유도 필요한 이상으로 과도하게 침해하고, 표현·예술의 자유의 보장과 공연장 및 영화상영관 등이 담당하는 문화국가형성의 기능의 중요성을 간과하고 있어, 표현의 자유 및 예술의 자유를 침해하며, 오늘날 영화 및 공연을 중심으로 하는 문화산업은 높은 부가가치를 실현하는 첨단산업으로서의 의미를 가지고 있으므로, 직업교육이 날로 강조되는 대학교육에 있어서 문화에의 손쉬운 접근가능성은 중요한 기본권으로서의 의미를 갖게 되어, 이 사건 법률조항은 대학생의 자유로운 문화향유에 관한 권리 등 행복추구권을 침해하고 있다고 설시하였다.

아동과 청소년은 부모와 국가에 의한 단순한 보호의 대상이 아닌 독자적인 인격체이며, 그의 인격권은 성인과 마찬가지로 인간의 존엄성 및 행복추구권을 보장하는 헌법 제10조에 의하여 보호된다. 따라서 헌법이 보장하는 인간의 존엄성 및 행복추구권은 국가의 교육권한과 부모의 교육권의 범주 내에서 아동에게도 자신의 교육환경에 관하여 스스로 결정할 권리, 그리고 자유롭게 문화를 향유할 권리를 부여한다고 할 것이다. 이 사건 법률조항은 아동·청소년의 문화향유에 관한 권리 등 인격의 자유로운 발현과 형성을 충분히 고려하고 있지 아니하므로 아동·청소년의 자유로운 문화향유에 관한 권리 등 행복추구권을 침해하고 있다고 보았다.

라. 결정주문

이 사건 결정의 주문형태와 관련하여 헌법재판소는, 이 사건 법률조항에 대하여 단순 위헌의 판단이 내려진다면 극장에 관한 초·중·고등학교·유치원 정화구역 내 금지가 모두 효력을 잃게 됨으로써 합헌적으로 규율된 새로운 입법이 마련되기 전까지는 학교환경위생정화구역 내에도 제한상영관을 제외한 모든 극장이 자유롭게 설치될 수 있게 될 것이므로, 그 결과 단순위헌의 결정

이 내려진 후 입법을 하는 입법자로서는 이미 자유롭게 설치된 극장에 대하여 신뢰원칙 보호의 필요성 등의 한계로 인하여 새로운 입법수단을 마련하는 데 있어서 제약을 받게 된다고 실시하였다. 그리고 이는 이 결정의 취지에서 정당한 목적으로서 인정한 공익의 측면에서 비추어 보아도 바람직하지 아니하므로, 이 사건 법률조항 중 초·중등교육법 제2조에 규정한 각 학교에 관한 부분에 대하여는 단순위헌의 판단을 하기 보다는 헌법불합치결정을 하여 입법자에게 위헌적인 상태를 제거할 수 있는 여러 가지의 입법수단 선택의 가능성을 인정할 필요성이 있는 경우라고 보아, 초·중·고등학교·유치원 정화구역 부분에 관하여는 헌법불합치결정이 타당하다고 판단하였다.

그리하여 헌법재판소는 학교보건법 제6조 제1항 본문 제2호 중 ‘극장’ 부분 가운데 고등교육법 제2조에 규정한 각 학교에 관한 부분에 대하여는 단순위헌 결정을 하였으나, 학교보건법 제6조 제1항 본문 제2호 중 ‘극장’ 부분 가운데 초·중등교육법 제2조에 규정한 각 학교에 관한 부분에 대하여는 헌법불합치를 선언하면서 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 입법자가 개정할 때까지 이 부분 법률조항의 적용을 중지하여야 한다는 적용중지를 명하였다.

잠정적용이 아니라 적용중지를 명한 이유에 대하여 헌법재판소는, 이 사건 법률조항이 학교보건법 제19조와 결합하여 형사처벌조항을 이루고 있으므로 잠정적으로 적용하게 할 경우 위헌성을 담고 있는 이 사건 법률조항에 기하여 형사처벌절차가 진행될 가능성을 부인하기 어려우며 이와 같은 사태가 바람직하지 아니하다는 점을 들었다.

마. 결정 후 당해사건에 관한 법원의 사후처리

위 헌법불합치결정이 있는 후 2004헌가1 사건의 당해사건을 담당한 광주지방법원은 제청신청인에 대하여 무죄판결을 선고하였다(광주지방법원 2002고단 1864 판결). 위 법원은 제청신청인의 행위가 형사처벌의 근거가 되는 법률규정이 헌법상 권리를 침해하는 것으로 효력이 없으나 입법의 공백을 우려하여 위헌 선언을 하지 아니하고 헌법불합치결정과 함께 그 적용이 중지된바, 이는 형사소송법 제326조 제4호의 ‘범죄 후 법령개폐로 형이 폐지되었을 때’에 해당되

지는 않는 것으로(위 형사소송법 제326조에 규정된 면소사유를 제한적으로 규정한 것으로 해석한다) 면소사유라 볼 수 없으므로, 이 사건 공소사실은 범죄로 되지 아니하는 경우에 해당하여 형사소송법 제325조 전단에 의하여 무죄를 선고한다고 판시하였다.²³⁾

이에 검사가 항소하였는데, 그 항소이유는 헌법재판소의 위 결정은 법률의 효력이 소급하여 상실되는 단순위헌결정과는 달리 법률의 효력이 유지되고 있으면서 다만 그 적용만을 중지하여야 한다는 것이어서, 그 법률의 효력이 유지되는 이상 피고인에 대한 이 사건 공소사실은 구성요건을 모두 충족하는 것이므로 유죄의 판단을 하여야 하며, 설사 법률의 적용중지를 명한 헌법재판소 결정의 취지에 따라 이 사건 공소사실에 대하여 범죄로 되지 않는 경우에 해당한다고 해석하더라도, 본건은 ‘범죄 후 법령의 개폐로 형이 폐지된 경우’에 준하는 것으로 해석하는 것이 상당하므로 형사소송법 제326조 제4호의 규정을 적용하여 면소판결을 하여야 함에도 불구하고, 원심이 법리를 오해하여 무죄를 선고함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다는 것이었다.²⁴⁾

이에 대하여 항소심 법원은 검사의 항소를 기각하였다(광주지방법원 2004노1401 판결). 헌법불합치결정도 단순위헌결정과 같이 당해 법률이나 법률조항의 위헌성이 확인된 것이긴 하나, 여러 가지 사유에 의하여 당해 법률을 헌법재판소가 스스로 폐기하지는 아니하고 다만 확인된 위헌상태를 입법자로 하여금 입법활동을 통하여 헌법과 합치되는 방향으로 조형할 수 있는 소재를 제공하는 것이어서 위헌결정의 일종이라고 보아야 할 것이므로, 헌법재판소가 대상법률에 대하여 헌법불합치결정을 하는 경우에도 그 결정의 효력은 헌법과 법률이 규정하는 위헌결정의 효력이 준용된다고 해석하여야 한다고 보았다. 한편 헌법재판소법 제47조 제2항의 위헌결정의 장래효과 무제한 관철되는 경우에는 위헌결정 이전에 위헌법률에 의하여 이미 그 구성요건이 충족된 모든 법률관계에 대하여, 특히 당해사건에조차 위헌결정 이후에도 여전히 그 위헌법률이 적용되어야 한다는 결과가 발생하는데, 법률의 위헌여부의 심판재청은 그 전체가 된 당해사건에서 위헌으로 결정된 법률조항의 적용을 받지 않으려는 데 그

23) 광주지방법원 2004. 6. 18. 선고 2002고단1864 판결 참조.

24) 광주지방법원 2004. 10. 6. 선고 2004노1401 판결 참조.

목적이 있고, 헌법 제107조 제1항에도 위헌결정의 효력이 일반적으로 소급하지 아니하더라도 당해사건에 한하여서는 소급하는 것으로 보아 위헌으로 결정된 법률조항의 적용을 배제한 다음 당해사건을 재판하도록 하려는 취지가 포함되어 있다고 보여 질 뿐 아니라, 만일 제청을 하게 된 당해사건에 있어서도 소급효를 인정하지 않는다면 제청 당시 이미 위헌 여부 심판의 전제성을 흠결하여 제청조처 할 수 없다고 해석되어야하기 때문에, 구체적 규범통제의 실효성을 보장하기 위해서라도 적어도 당해사건에 대하여는 위헌결정의 소급효를 인정하여야 한다고 보았다. 그리하여 헌법재판소가 그 적용중지를 명한 학교보건법 제6조 제1항 제2호의 ‘학교’부분과 결합하여 형사처벌 조항을 이루고 있는 초·중등교육법 제2조에 규정한 ‘각 학교’에 관한 부분은 적어도 이 사건에 관한 한 소급하여 그 효력이 소멸한 것으로 보아야 할 것이므로, 이 사건 공소사실은 범죄로 되지 아니하는 경우에 해당하는 것이어서 원심판결이 정당하다고 판시하였다.

2. 영화진흥법 제21조 제3항 제5호 등 위헌제청사건

영화 및 비디오물 진흥에 관한 법률 제94조의 구성요건으로 작용하는 같은 법 제29조 제2항 제5호에 대하여 헌법재판소는 헌법불합치결정을 내리면서 2009년 12월 31일을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용하도록 잠정 적용명령을 내렸다.²⁵⁾

‘제한상영가’등급의 영화를 정의한 ‘영화 및 비디오물 진흥에 관한 법률’ 제29조 제2항 제5호에 대해서는, 이 규정은 위헌성이 제한상영가 등급제도 자체에 있는 것이 아니라 제한상영가 등급이 무엇인지를 명확하게 정하지 못한 입법의 잘못에 있다는 이유로 헌법불합치결정을 하면서 2009. 12. 31.까지 입법자가 입법을 개선할 때까지 위 법률조항의 계속 적용을 명하였다. 다만, 당해사건에 관하여는 그 적용을 중지하고 영화 및 비디오물 진흥에 관한 법률이 개정될 때를 기다려 개정된 신법을 적용하여야 할 것이라고 이유 중에 실시하였다.

25) 헌재 2008. 7. 31. 2007헌가4, 판례집 20-2상, 20쪽.

가. 사실관계

제청신청인은 2005. 11. 18. 영상물등급위원회에 카르로스 레이가다스(Carlos Reygadas) 감독의 ‘천국의 전쟁’(Battle in Heaven, 이하 ‘이 사건 영화’라 한다)에 대하여 등급분류 신청을 하였다. 영상물등급위원회가 2005. 11. 24. 이 사건 영화의 내용 중 ‘발기된 남성 성기의 구강섹스, 속까지 보여주는 여성 성기 및 발기된 남성 성기의 노골적 노출, 발기된 남성 성기 확대장면, 예수 그림 속의 음모노출, 남녀가 나체로 누워 있는 장면 등 섹스장면의 리얼함이 여과 없이 묘사되어 있고, 전혀 없이 노골적인 표현으로 판단된다’는 이유로 제한상영가 등급 판정처분(이하 ‘이 사건 처분’이라 한다)을 하였다. 제청신청인은 2006. 2. 28. 서울행정법원에 이 사건 처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하고(서울행정법원 2006구합9085 판결), 2006. 5. 13. 제한상영가 등급 판정을 규정한 영화진흥법 제21조 제3항 제5호 및 같은 조 제7항에 대하여 위헌법률심판제청을 신청하였다(서울행정법원 2006아935 판결). 이에 당해사건 법원은 위 법률조항에 대한 위헌법률심판을 제청하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 영화진흥법(2002. 1. 26. 법률 제6632호로 개정되고, 2006. 4. 28. 법률 제7943호로 폐지된 것, 이하 ‘영진법’이라고만 한다) 제21조 제3항 제5호 및 제21조 제7항 후문 중 ‘제3항 제5호’ 부분이 헌법에 위반되는지 여부이다.

그런데, 2006. 4. 28. 국회는 영화와 비디오를 하나로 묶고 종래 영진법에서 정한 내용들을 흡수하여 영화 및 비디오물 진흥에 관한 법률(2006. 4. 28. 법률 제7943호로 개정된 것, 이하 ‘영비법’이라고만 한다)을 제정하였고, 특히 영진법 제21조 제3항 제5호의 내용은 영비법 제29조 제2항 제5호에서 규정하고, 영진법 제21조 제7항에 해당하는 규정은 이를 삭제하였다.

영비법 제29조 제2항 제5호는 제한상영가 등급의 영화에 대하여 ‘상영 및 광고·선전에 있어서 일정한 제한이 필요한 영화’라고 하여 이 사건 영진법의 규정과 동일하게 규정하고 있고, 이 영비법 조항에도 동일한 심사기준이 적용되

는 결과 그 위헌 여부에 관하여도 영진법 규정들과 동일한 결론에 이르게 되는 것이 명백하므로, 헌법재판소는 영비법 제29조 제2항 제5호도 이 사건 심판의 대상에 포함시켰다(이하 이상의 법조항들을 통틀어 ‘이 사건 심판대상 조항’²⁶⁾이라 한다).

다. 헌법재판소의 결정내용

헌법재판소는, 영진법 제21조 제3항 제5호는 ‘제한상영가’등급의 영화를 ‘상영 및 광고·선전에 있어서 일정한 제한이 필요한 영화’라고 규정하고 있는데, 이 규정은 제한상영가 등급의 영화가 어떤 영화인지를 말해주기보다는 제한상영가 등급을 받은 영화가 사후에 어떠한 법률적 제한을 받는지를 기술하고 있는 바, 이것으로는 제한상영가 등급의 영화가 어떤 영화인지를 알 수가 없으므로 영진법 제21조 제3항 제5호는 명확성원칙에 위배된다고 보았다.

한편, 영진법 제21조 제7항 후문 중 ‘제3항 제5호’부분의 위임 규정은 영화상영 등급 분류의 구체적 기준을 영상물등급위원회의 규정에 위임하고 있는데, 이 사건 위임 규정에서 위임하고 있는 사항은 제한상영가 등급 분류의 기준에 대한 것으로 그 내용이 사회현상에 따라 급변하는 내용들도 아니고, 특별히 전문성이 요구되는 것도 아니며, 그렇다고 기술적인 사항도 아닐 뿐만 아니라, 더욱이 표현의 자유의 제한과 관련되어 있다는 점에서 경미한 사항이라고도 할 수 없는데도, 이 사건 위임 규정은 영상물등급위원회의 규정에 위임하고 있는

26) 영화진흥법 제21조(상영등급분류) ③ 제1항의 규정에 의한 영화의 상영등급은 다음 각 호와 같다. 다만, 예고편·광고영화 등 본편 영화 상영 전에 상영되는 모든 영화는 제1호에 해당하는 경우에 한하여 상영등급을 분류 받을 수 있다.

5.“제한상영가” : 상영 및 광고·선전에 있어서 일정한 제한이 필요한 영화

⑦ 제1항의 규정에 의한 상영등급분류의 절차 및 방법, 제3항의 규정에 의한 상영등급분류의 구체적 기준 등에 관하여 필요한 사항은 영상물등급위원회의 규정으로 정한다.

영화 및 비디오물 진흥에 관한 법률 제29조(상영등급분류) ② 제1항 본문의 규정에 의한 영화의 상영등급은 다음 각 호와 같다. 다만, 예고편·광고영화 등 영화 상영 전에 상영되는 영화는 제1호에 해당하는 경우에 한하여 상영등급을 분류 받을 수 있다.

5. 제한상영가 : 상영 및 광고·선전에 있어서 일정한 제한이 필요한 영화

바, 이는 그 자체로서 포괄위임금지원칙을 위반하고 있다고 판단하였다. 나아가 이 사건 위임 규정은 등급분류의 기준에 관하여 아무런 언급 없이 영상물 등급위원회가 그 규정으로 이를 정하도록 하고 있는 바, 이것만으로는 무엇이 제한상영가 등급을 정하는 기준인지에 대해 전혀 알 수 없고, 다른 관련 규정들을 살펴보다라도 위임되는 내용이 구체적으로 무엇인지 알 수 없으므로 포괄위임금지원칙에 위반된다고 보았다.

영진법 제21조 제3항 제5호가 전환된 영비법 제29조 제2항 제5호도 제한상영가 등급의 영화를 종전과 똑같이 규정하고 있는 바, 이 역시 명확성원칙에 위반된다고 보았다.

라. 결정주문

이 사건 결정의 주문에서 헌법재판소는, 이 사건 심판대상 조항에 대해 위헌 결정을 하여 당장 그 효력을 상실시킬 경우 법적 공백상태가 발생할 것이므로 이를 방지하기 위하여 헌법불합치결정을 선언하였다. 그리고 영비법 제29조 제2항 제5호는 입법자가 2009. 12. 31.을 기한으로 새 입법을 마련할 때까지 잠정 적용할 것을 명하였고, 영진법 규정은 당해 사건과 관련하여서는 여전히 효력을 유지하고 있으므로 당해 사건에 관해 그 적용을 중지할 것을 명하였다.²⁷⁾ 영진법 규정에 대하여는 이유 중에서 제한상영가 등급에 관하여 정하고 있는 영비법이 개정될 때를 기다려 개정된 신법을 적용하여야 할 것이라고 설시하였다.

27) 위 결정의 주문은 다음과 같다. 헌재 2008. 7. 31. 2007헌가4, 판례집 20-2상, 20-41쪽.

1. 영화진흥법(2002. 1. 26. 법률 제6632호로 개정되고, 2006. 4. 28. 법률 제7943호로 폐지된 것) 제21조 제3항 제5호 및 제21조 제7항 후문 중 ‘제3항 제5호’ 부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 위 법률조항의 적용을 중지하여야 한다.
2. ‘영화 및 비디오물 진흥에 관한 법률’(2006. 4. 28. 법률 제7943호로 개정된 것) 제29조 제2항 제5호는 헌법에 합치되지 아니한다. 위 법률조항은 2009. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용한다.

3. 의료법 제19조의2 제2항 위헌확인 등 사건

의료법 제88조와 결합하여 형벌에 관한 법률조항으로 기능하는²⁸⁾ 같은 법 제20조 제2항에 대하여 헌법재판소는 헌법에 합치하지 않는다고 선언하면서 2009년 12월 31일을 시한으로 입법자가 개선할 때까지 계속 적용하도록 잠정 적용명령을 하였다.²⁹⁾

가. 사실관계

청구외인과 결혼하여 2003. 4.경 혼인신고를 마친 청구인은 청구외인이 2004. 5.경 임신하여 2004. 12. 23. 초음파검사를 받음에 있어 의사에게 태아의 성별을 알려줄 것을 요청하였다. 청구인은 담당의사로부터 “의료인은 태아 또는 임부에 대한 진찰이나 검사를 통하여 알게 된 태아의 성별을 임부 본인, 그 가족 기타 다른 사람이 알 수 있도록 하여서는 아니 된다.”는 의료법 제19조의2 제2항을 이유로 거절당하게 되자 위 의료법 규정이 자신의 기본권을 침해한다고 주장하며 헌법소원심판을 청구하였다(헌재 2004헌마1010 사건).

산부인과 전문의로서 1999년경부터 서울 동작구에서 산부인과 병원을 운영하고 있던 청구인이 2005. 5. 4. 보건복지부장관(현 보건복지가족부장관, 이하 현행 명칭을 사용한다)으로부터 청구인이 2001. 7.부터 3차례에 걸쳐 산모인 환자에게 태아의 성별을 확인하여 주어 의료법 제19조의2 제2항을 위반하였다는 이유로 6월간의 의사면허자격정지처분을 받게 되자, 서울행정법원에 보건복지

28) 구 의료법(1987. 11. 28. 법률 제3948호로 개정되고, 2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정되기 전의 것) 제67조(벌칙)는 “제19조, 제19조의2, 제20조 제1항, 제25조 제3항, 제30조 제4항, 제31조 제1항 단서, 제48조 제3항, 제51조 제2항(제61조 제3항에서 준용하는 경우를 포함한다), 제54조 제3항의 규정에 위반한 자 또는 제61조 제1항의 규정에 의한 안마사의 자격인정을 받지 아니하고 영리를 목적으로 안마행위를 한 자는 3년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 제19조, 제20조 제1항 또는 제54조 제3항의 규정을 위반한 자에 대한 공소는 고소가 있어야 한다.”라고 규정하여 성별고지 금지 규정을 위반한 의사를 형사처벌하는 규정을 두었고, 태아성별고지금지 는 위 형사처벌의 구성요건에 해당하였다.

29) 헌재 2008. 7. 31. 2004헌마1010등, 판례집 20-2상, 236쪽.

가족부장관을 상대로 위 의사면허자격정지처분의 취소를 구하는 소송을 제기(서울행정법원 2005구합16857 판결)하고, 그 재판 계속 중 의료법 제19조의2 제2항에 대한 위헌법률심판제청을 신청하였다. 서울행정법원이 위헌법률심판제청신청을 기각하자 청구인은 헌법재판소법 제68조 제2항에 의하여 헌법소원심판을 청구하였다(헌재 2005헌바90 사건).

헌법재판소는 심판의 대상이 동일한 위 두 사건을 병합하여 심판하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 의료인으로 하여금 태아 또는 임부에 대한 진찰이나 검사를 통하여 알게 된 태아의 성별을 임부 본인, 그 가족 기타 다른 사람이 알 수 있도록 하는 것을 금지하는 의료법(1987. 11. 28. 법률 제3948호로 개정되고, 2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 의료법’이라 한다) 제19조의2 제2항(이하 ‘이 사건 규정’이라 한다) 및 의료법 제20조 제2항(2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정되고, 2009. 12. 31. 법률 제9906호에 의하여 개정되기 전의 것)³⁰⁾이 헌법에 위반되어 기본권을 침해하는지 여부이다.

다. 헌법재판소의 결정내용

이 사건에서 헌법재판소는, 이 사건 규정의 태아 성별 고지 금지는 낙태, 특히 성별을 이유로 한 낙태를 방지함으로써 성비의 불균형을 해소하고 태아의 생명권을 보호하기 위해 입법된 것인바, 임신 기간이 통상 40주라고 할 때, 낙태가 비교적 자유롭게 행해질 수 있는 시기가 있는 반면, 낙태를 할 경우 태아

30) 2007. 4. 11. 국회는 위 의료법을 법률 제8366호로 전부 개정 하였던 바, 구 의료법 19조의2 제2항은 일부 문언의 변경에도 불구하고 그 실질적 내용에는 변함이 없이 개정 의료법 제20조 제2항으로 조문의 위치가 변경되어 존재하고 있었다. 헌법재판소는 의료법 제20조 제2항은 그 위헌 여부에 관하여 구 의료법 제19조의2 제2항과 결론을 같이할 것이 명백하다는 이유로 의료법 제20조 제2항도 이 사건 심판대상에 포함시켰다. 헌재 2008. 7. 31. 2004헌마1010 등, 판례집 20-2상, 240쪽.

는 물론, 산모의 생명이나 건강에 중대한 위험을 초래하여 낙태가 거의 불가능하게 되는 시기도 있는데, 성별을 이유로 하는 낙태가 임신 기간의 전 기간에 걸쳐 이루어질 것이라는 전제 하에, 이 사건 규정이 낙태가 사실상 불가능하게 되는 임신 후반기에 이르러서도 태아에 대한 성별 정보를 태아의 부모에게 알려 주지 못하게 하는 것은 최소침해성 원칙을 위반하는 것이고, 이와 같이 임신후반기 공익에 대한 보호의 필요성이 거의 제기되지 않는 낙태 불가능 시기 이후에도 의사가 자유롭게 직업수행을 하는 자유를 제한하고, 임부나 그 가족의 태아 성별 정보에 대한 접근을 방해하는 것은 기본권 제한의 법익 균형성 요건도 갖추지 못한 것이어서 이 사건 규정은 헌법에 위반된다고 보았다. 국회가 2007. 4. 11. 법률 제8366호로 의료법을 전부 개정하여 위 제19조의2 제2항을 제20조 제2항에서 규정하고 있는데, 그 내용에는 변함이 없으므로 이 규정 역시 의료인의 직업수행의 자유와 태아 부모의 태아성별 정보에 대한 접근을 방해받지 않을 권리를 침해하므로 헌법에 위반된다고 판단하였다.

라. 결정주문

판결주문과 관련하여 헌법재판소는, 이 사건 심판대상 규정들에 대해 단순위헌결정을 할 경우 태아의 성별 고지 금지에 대한 근거 규정이 사라져 법적 공백상태가 발생하게 될 것이라는 이유로 헌법불합치결정을 하였다. 그리고 의료법 제20조 제2항은 입법자가 2009. 12. 31.을 기한으로 새 입법을 마련할 때까지 잠정 적용을 명하였고, 구 의료법 제19조의2 제2항은 이미 개정되어 효력을 상실하고 있지만, 2005헌바90 당해 사건과 관련하여서는 여전히 그 효력을 유지하고 있으므로 당해 사건과 관련하여 그 적용을 중지할 것을 명하였다.³¹⁾ 그

31) 위 결정의 주문은 다음과 같다. 헌재 2008. 7. 31. 2004헌마1010등, 판례집 20-2상, 236쪽.

1. 의료법 제19조의2 제2항(1987. 11. 28. 법률 제3948호로 개정되고, 2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정되기 전의 것)은 헌법에 합치되지 아니한다. 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 위 법률조항의 적용을 중지하여야 한다.
2. 의료법 제20조 제2항(2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정된 것)은 헌법에 합치되지 아니한다. 위 규정은 2009. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.

리고 이유에서 국회가 의료법 규정을 개정하면 그 개정 법률을 당해사건에 적용하여야 한다고 설시하였다.³²⁾

마. 결정 후 당해사건에 관한 법원의 사후 처리

위 2005헌바90 사건의 당해사건 법원인 서울행정법원은 헌법재판소의 헌법불합치결정이 이루어지기 전인 2005. 10. 5. 당해사건에 관하여 청구인의 청구를 기각하는 원고패소판결을 선고하였다.³³⁾ 청구인은 2003. 2. 18. 서울지방법원으로부터 산모에게 태아의 성별을 알 수 있도록 한 의료법위반 범죄사실에 관하여 선고유예 판결을 선고받았고, 그 형사판결은 원고의 항소 및 상고가 모두 기각되어 확정되었으며, 보건복지부장관은 그 형사처벌이 확정되자 청구인에게 의사면허자격정지 6월의 처분을 한 당해사건에서, 처분사유의 부존재로 인한 위법이나 재량권 일탈·남용의 위법을 찾아볼 수 없고, 이 사건 법률조항이 의사의 직업의 자유나 행복추구권, 산모의 알권리나 행복추구권을 침해한다거나 평등의 원칙 또는 과잉금지원칙에 위배하는 위헌조항이라고 보기 어려우므로 위헌인 법률 조항을 적용하여 위법하다고 볼 수도 없다는 것이 판결의 요지였다.

헌법재판소의 심판대상 조항에 대한 헌법불합치결정이 있는 후에 의료법이 개정되었는데, 개정된 의료법 제20조 제2항은 “의료인은 임신 32주 이전에 태어나 임부를 진찰하거나 검사하면서 알게 된 태아의 성(性)을 임부, 임부의 가족, 그 밖의 다른 사람이 알게 하여서는 아니 된다.”라고 규정하였고, 개정 의료법 부칙은 “이 법은 공포한 날부터 시행한다.”고 규정하였다.

그 이후 당해사건에 대한 항소심 판결이 선고되었는데, 항소심 법원은 청구인의 항소를 기각하였다.³⁴⁾ 항소심에서 청구인(원고)은 헌법재판소의 위 헌법불합치결정이 있는 후 개정된 의료법(2009. 12. 31. 법률 제9906호로 개정된 것) 제20조 제2항, 제66조 제1항 제4호, 의료관계 행정처분 규칙(2010. 3. 19. 보건복지부령 제1호로 개정된 것) 제4조 [별표] 행정처분기준 제1호 라목 2)에 의하

32) 헌재 2008. 7. 31. 2004헌마1010등, 판례집 20-2상, 256쪽.

33) 서울행정법원 2005. 10. 5. 선고 2005구합16857 판결 참조.

34) 서울고등법원 2011. 1. 26. 선고 2005누24386 판결 참조.

면, 이 사건과 같이 원고가 행한 임신 32주 이전 태아의 성감별에 대하여는 1년의 범위에서 면허자격을 정지시킬 수 있고, 이로 인한 의료관계법령의 위반행위에 관하여 법원으로부터 선고유예의 판결을 받은 경우 해당 처분기준의 1/3 범위에서 감경하도록 규정하고 있는 바, 위 규정들은 이 사건에도 소급 적용되는 것이므로, 이와 달리 청구인(원고)에 대한 면허취소사유를 의료법 위반에 대한 선고유예 판결에 근거하여 6월의 의사면허자격정지로 감경한 이 사건 처분은 위법하다고 주장하였다.

이에 대하여 항소심 법원은, 헌법재판소의 헌법불합치결정의 내용 및 그 주된 이유, 개정 의료법 중 태아의 성 감별 행위 등에 관한 규정의 내용 및 그 시행시기 등에 비추어 보면, 헌법재판소가 이 사건 법률조항이 위헌임에도 굳이 헌법불합치결정을 한 것은, 그 위헌성이 제거된 개정 법률이 시행되기 전까지는 종전의 법령규정을 그대로 잠정 적용하는 것을 허용하는 취지의 결정이라고 보아야 할 것이고(대법원 1998. 3. 13. 선고 96누6059 판결 참조), 개정 의료법의 시행일 전에 이 사건 조항을 적용하여 의사면허자격정지처분의 효력을 그대로 유지함이 옳다는 판단에서 나온 것이임이 분명하다(대법원 2009. 1. 15. 선고 2008두15596 판결 참조)고 보았다. 그리하여, 개정의료법 제20조 제2항, 제65조 제1항 4호, 제66조 제1항 제4호 등의 적용시기인 2009. 12. 31. 전에 원고가 행한 임부에 대한 태아의 성별 고지에 대해서는 개정 의료법의 위 개정 규정들이 소급하여 적용되는 것은 아니라고 할 것이므로, 개정 전 이 사건 조항을 적용하여 결정한 이 사건 처분은 적법하다 할 것이어서, 청구인(원고)의 주장은 이유 없다고 판시하여 항소인(원고)의 항소를 기각하였다.

청구인(원고)는 항소심판결에 불복하여 2011. 2. 21. 대법원에 상고하였다가, 2011. 10. 27. 상고를 취하하여 원심판결이 확정되었다.

4. 집회 및 시위에 관한 법률 제10조 등 위헌제청사건

집회 및 시위에 관한 법률 제23조 제1호의 구성요건인 같은 법 제10조 중 ‘옥외집회’ 부분에 대해서 헌법재판소는 헌법불합치결정을 하면서 2010년 6월 30일을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용하도록 잠정적용명령을 하였다.³⁵⁾

가. 사실관계

이 사건은 2008. 5. 9. 19:35경부터 21:47경까지 야간에 옥외에서 미국산 쇠고기 수입반대 촛불집회를 주최하였다는 등의 이유로 집회 및 시위에 관한 법률 위반 등 혐의로 기소된(서울중앙지방법원 2008고단3949 판결) 제청신청인이, 1심 형사재판 계속 중 자신에게 적용된 ‘집회 및 시위에 관한 법률’ 제10조, 제23조 제1호가 헌법상 금지되는 집회의 사전 허가제를 규정한 것으로서 헌법에 위반된다고 주장하며 위헌법률심판제청을 신청을 하고, 당해사건 법원이 이를 받아들여 이루어진 위헌법률심판사건이다.

나. 심판의 대상

심판의 대상은, ‘집회 및 시위에 관한 법률’(2007. 5. 11. 법률 제8424호로 전부 개정된 것, 이하 ‘집시법’이라 한다) 제10조³⁶⁾ 중 “옥외집회” 부분 및 제23조 제1호³⁷⁾ 중 “제10조 본문의 옥외집회” 부분(이하 위 두 조항을 합하여 ‘이 사건 법률조항들’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이다.³⁸⁾

다. 헌법재판소의 결정내용

이 사건에서 재판관들의 의견은 5인의 위헌의견과 2인의 헌법불합치의견 및

35) 헌재 2009. 9. 24. 2008헌가25, 판례집 21-2상, 427쪽.

36) 집회 및 시위에 관한 법률(2007. 5. 11. 법률 제8424호로 전부 개정된 것) 제10조(옥외집회와 시위의 금지 시간) 누구든지 해가 뜨기 전이나 해가 진 후에는 옥외집회 또는 시위를 하여서는 아니 된다. 다만, 집회의 성격상 부득이하여 주최자가 질서유지인을 두고 미리 신고한 경우에는 관할경찰관서장은 질서유지를 위한 조건을 붙여 해가 뜨기 전이나 해가 진 후에도 옥외집회를 허용할 수 있다.

37) 제23조(벌칙) 제10조 본문 또는 제11조를 위반한 자, 제12조에 따른 금지를 위반한 자는 다음 각 호의 구분에 따라 처벌한다.

1. 주최자는 1년 이하의 징역 또는 100만 원 이하의 벌금

38) 제청법원은 법 제10조 및 제23조 제1호 전체에 대하여 위헌법률심판제청을 하였으나, 헌법재판소는 그 법률조항들 중 제청신청인에게 적용된 부분은 ‘옥외집회’에 관한 부분이라고 보이므로 심판의 대상을 위와 같이 한정하였다.

2인의 합헌의견으로 나뉘었다.

재판관 5인³⁹⁾의 위헌의견의 요지는 다음과 같다.

헌법 제21조 제2항은, 집회에 대한 허가제는 집회에 대한 검열제와 마찬가지로 이를 절대적으로 금지하겠다는 헌법개정권력자인 국민들의 헌법가치적 합의이며 헌법적 결단이다. 또한 위 조항은 헌법 자체에서 직접 집회의 자유에 대한 제한의 한계를 명시한 것이므로 기본권 제한에 관한 일반적 법률유보조항인 헌법 제37조 제2항에 앞서서, 우선적이고 제1차적인 위헌심사기준이 되어야 한다. 헌법 제21조 제2항에서 금지하고 있는 ‘허가’는 행정권이 주체가 되어 집회 이전에 예방적 조치로서 집회의 내용·시간·장소 등을 사전심사하여 일반적인 집회금지를 특정한 경우에 해제함으로써 집회를 할 수 있게 하는 제도, 즉 허가를 받지 아니한 집회를 금지하는 제도를 의미한다.

집시법 제10조 본문은 야간옥외집회를 일반적으로 금지하고, 그 단서는 행정권인 관할경찰서장이 집회의 성격 등을 포함하여 야간옥외집회의 허용 여부를 사전에 심사하여 결정한다는 것이므로, 결국 야간옥외집회에 관한 일반적 금지를 규정한 집시법 제10조 본문과 관할 경찰서장에 의한 예외적 허용을 규정한 단서는 그 전체로서 야간옥외집회에 대한 허가를 규정한 것이라고 보지 않을 수 없고, 이는 헌법 제21조 제2항에 정면으로 위반된다. 따라서 집시법 제10조 중 “옥외집회” 부분은 헌법 제21조 제2항에 의하여 금지되는 허가제를 규정한 것으로서 헌법에 위반되고, 이에 위반한 경우에 적용되는 처벌조항인 집시법 제23조 제1호 중 “제10조 본문의 옥외집회” 부분도 헌법에 위반된다.⁴⁰⁾

재판관 2인⁴¹⁾의 헌법불합치의견의 요지는 다음과 같다.

39) 재판관 이강국, 재판관 이공현, 재판관 조대현, 재판관 김종대, 재판관 송두환 5인의 의견이다.

40) 이에 대하여 재판관 조대현과 재판관 송두환의 위헌보충의견을 개진하였는데, 그 내용은 이 사건 법률조항들이 헌법 제21조 제2항에 위반된다고만 선언할 경우에 국회가 집시법 제10조 단서를 삭제하면 행정청이 집회의 허부를 결정하는 허가제에 해당되지 않게 되어 헌법 제21조 제2항에 위반되는 점은 해소되지만, 집시법 제10조 본문이 야간옥외집회를 일반적·전면적으로 금지하고 있는 점의 위헌성은 해소되지 않게 된다. 따라서 집시법 제10조 본문은 야간옥외집회를 일반적·전면적으로 금지하여 합리적 사유도 없이 집회의 자유를 상당부분 박탈하는 것이므로 헌법 제37조 제2항에 위반된다고 선언할 필요가 있다는 것이었다.

‘행정청이 주체가 되어 집회의 허용 여부를 사전에 결정하는 것’으로서 행정청에 의한 사전허가는 헌법상 금지되지만, 입법자가 법률로써 일반적으로 집회를 제한하는 것은 헌법상 ‘사전허가금지’에 해당하지 않는다. 집시법 제10조 본문은 “해가 뜨기 전이나 해가 진 후에는” 옥외집회를 못 하도록 시간적 제한을 규정한 것이고, 단서는 오히려 본문에 의한 제한을 완화시키려는 규정이다. 따라서 본문에 의한 시간적 제한이 집회의 자유를 과도하게 제한하는지 여부는 별론으로 하고, 단서의 “관할경찰관서장의 허용”이 ‘옥외집회에 대한 일반적인 사전허가’라고는 볼 수 없는 것이다. 집시법 제10조는 법률에 의하여 옥외집회의 시간적 제한을 규정한 것으로서 그 단서 조항의 존재에 관계없이 헌법 제21조 제2항의 ‘사전허가금지’에 위반되지 않는다.

옥외집회는 그 속성상 공공의 안녕질서, 법적 평화 및 타인의 평온과 마찰을 빚을 가능성이 크다. 야간이라는 특수한 시간적 상황은 시민들의 평온이 더욱더 요청되는 시간대이고, 집회참가자 입장에서도 주간보다 감성적으로 민감해져 자제력이 낮아질 가능성이 높다. 또한 행정관서 입장에서도 야간옥외집회는 질서를 유지시키기가 어렵다. 집시법 제10조는 야간옥외집회의 위와 같은 특징과 차별성을 고려하여, 원칙적으로 야간옥외집회를 제한하는 것이므로, 그 입법목적의 정당성과 수단의 적합성이 인정된다.

한편 집시법 제10조에 의하면 낮 시간이 짧은 동절기의 평일의 경우에는 직장인이나 학생은 사실상 집회를 주최하거나 참가할 수 없게 되어, 집회의 자유를 실질적으로 박탈하거나 명목상의 것으로 만드는 결과를 초래하게 된다. 또한 도시화·산업화가 진행된 현대 사회에서, ‘야간’이라는 시간으로 인한 특징이나 차별성은 보다 구체적으로 표현하면 ‘심야’의 특수성으로 인한 위험성이라고도 할 수 있다. 집시법 제10조는 목적달성을 위해 필요한 정도를 넘는 지나친 제한이다. 나아가 우리 집시법은 제8조, 제12조, 제14조 등에서 국민의 평온과 사회의 공공질서가 보호될 수 있는 보완장치를 마련하고 있으므로, 옥외집회가 금지되는 야간시간대를 집시법 제10조와 같이 광범위하게 정하지 않더라도 입법목적은 달성하는데 큰 어려움이 없다. 집시법 제10조 단서는, 관할경찰관서장이 일정한 조건하에 집회를 허용할 수 있도록 규정하고 있으나, 그 허용

41) 재판관 민형기, 재판관 목영준 2인의 의견이다.

여부를 행정청의 판단에 맡기고 있는 이상, 과도한 제한을 완화하는 적절한 방법이라고 할 수 없다. 따라서 집시법 제10조는 침해최소성의 원칙에 반하고, 법익균형성도 갖추지 못하였다.

따라서 집시법 제10조 중 ‘옥외집회’에 관한 부분은 과잉금지 원칙에 위배하여 집회의 자유를 침해하는 것으로 헌법에 위반되고, 이를 구성요건으로 하는 집시법 제23조 제1호의 해당 부분 역시 헌법에 위반된다.

재판관 2인⁴²⁾의 반대의견의 요지는 다음과 같다.

집회의 자유에 대한 내용중립적인 시간, 장소 및 방법에 관한 규제는 구체적이고 명확한 기준에 의하여 이루어지는 한, 헌법 제21조 제2항의 금지된 허가에 해당하지 않는다. 이러한 입장은, 언론·출판에 대한 허가 및 검열금지에 관한 우리 재판소의 기존 해석과도 상통하는 것이고, 입법자도 같은 전제에서 집회의 자유를 제한하는 각종 규제조항을 마련해 놓고 있다.

따라서 집시법 제10조가 헌법 제21조 제2항에서 금지하는 집회에 대한 허가에 해당하는지 여부는, 결국 그 사전적 제한의 기준이 내용중립적인 것으로서 구체적이고 명확한 것인지에 따라 결정되어질 문제라고 할 것인데, 집시법 제10조는 옥외집회의 자유를 제한함에 있어서 야간이라는 내용 중립적이고 구체적이며 명확한 시간적 기준을 정하고 있으므로, 집시법 제10조가 헌법 제21조 제2항에서 금지하고 있는 허가에 해당한다고 볼 수는 없다.

집시법 제10조는 집회 및 시위의 보장과 공공의 안녕질서 유지의 조화라는 정당한 입법목적 하에 규정된 것으로서, 야간의 옥외집회는 ‘야간’이라는 특수성과 ‘옥외집회’라는 속성상 공공의 안녕질서를 침해할 수 있는 높은 개연성을 지니고 있다는 점에서, 야간옥외집회의 원칙적 금지를 규정한 집시법 제10조는 입법목적 달성에 기여할 수 있는 적합한 수단이라고 할 것이다.

또한 야간옥외집회를 시간적으로 또는 공간적·장소적으로 더 세분화하여 규제하는 것이 사실상 어렵고, 특히 필요한 야간옥외집회의 경우에는 일정한 조건하에서 허용되며, 대안적 의사형성 및 소통수단도 마련되어 있는 점 등을 종합해 보면, 집시법 제10조가 침해의 최소성 및 법익 균형성 원칙에 위배된다고 볼 수도 없다.

42) 재판관 김희욱, 재판관 이동흡 2인의 의견이다.

한편 입법목적 달성을 위하여 옥외집회에 대하여 어느 정도의 시간적 규제가 필요한 것인가 하는 문제는 당시의 집회 및 시위 문화의 성숙도, 법과 질서에 대한 존중의 정도 등을 종합적으로 고려하여 궁극적으로 의회가 입법재량으로 결정할 문제라 할 것인데, 집시법 제10조가 입법재량의 범위를 현저히 벗어난 것으로 보기는 어려우며, 타인의 기본권 보호와 존중이라는 관점에서조차 야간옥외집회를 규제할 정당한 국가적 이익이 인정된다.

라. 결정주문

이 사건 결정의 주문과 관련하여서는, 위헌의견이 5인이고, 헌법불합치의견이 2인이므로, 단순위헌 의견에 헌법불합치 의견을 합산하면 헌법재판소법 제23조 제2항 제1호에 규정된 법률의 위헌결정을 함에 필요한 심판정족수에 이르게 되었다. 따라서 헌법재판소는 이 사건 법률조항들에 대하여 헌법불합치결정을 하면서, 이 사건 법률조항들에는 위헌적인 부분과 합헌적인 부분이 공존하고 있다는 이유로 입법자가 2010. 6. 30. 이전에 개선입법을 할 때까지 계속 적용되어 그 효력을 유지하도록 계속적용을 명하였다. 아울러 종전에 헌법재판소가 이 결정과 견해를 달리해, 구 ‘집회 및 시위에 관한 법률’(1989. 3. 29. 법률 제4095호로 전부 개정된 것) 제10조는 헌법에 위반되지 않는다고 판시한 헌재 1994. 4. 28. 91헌바14 결정은 이 결정과 저촉되는 범위 내에서 이를 변경하였다.⁴³⁾ 위 계속적용명령의 주문은 2인 재판관의 헌법불합치의견에 따른 것이었는데, 이에 대하여는 헌법불합치를 선언함에 있어 심판대상 조항에 대한 적용중지를 명할 것인지 잠정적용을 명할 것인지는 헌법불합치의견을 개진한 재판관의 견해에 따라야 할 것이 아니라 위헌의견을 개진한 재판관들과 헌법불합치의견을 개진한 재판관들이 다시 합의해야 할 사항이라는 취지의 반대이견⁴⁴⁾이 있었다.

43) 위 결정의 주문은 다음과 같다. 헌재 2009. 9. 24. 2008헌가25, 판례집 21-2상, 432쪽.

‘집회 및 시위에 관한 법률’(2007. 5. 11. 법률 제8424호로 전부 개정된 것) 제10조 중 “옥외집회” 부분 및 제23조 제1호 중 “제10조 본문의 옥외집회” 부분은 헌법에 합치되지 아니한다.

위 조항들은 2010. 6. 30.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.

44) 재판관 조대현은 적용중지의견을 피력하였다. 이 사건 법률조항들은 형벌에 관

제2절 대법원의 태도

1. 합헌결정 후 위헌결정이 이루어진 사례에 관한 판례

1. 대법원 2011. 4. 14. 선고 2010도5606 판결 〔특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(수재등)〕

구 특경법 제5조 제4항 제1호의 가중처벌조항은 현재 2006. 4. 27. 2006헌가5 결정에서 위헌으로 선언되었는데, 그에 앞서 현재 2005. 6. 30. 2004헌바4등 결정에서 동일한 조항이 합헌으로 선언되었다.

가. 사안

원심이 공소사실에 대하여는 효력을 상실한 가중처벌 조항인 구 특경법 제5조 제4항 제1호 대신에 원래의 벌칙규정인 구 특경법 제5조 제3항, 제1항을 적용하여야 하고, 구 특경법 제5조 제3항 위반죄는 같은 조 제1항에 따라 그 법정형이 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지에 해당하여 공소시효가 5년인데, 범죄행위가 종료한 때로부터 5년이 경과한 2009. 11. 10.에 공소가 제기된 사건에 대하여 공소시효가 완성된 경우에 해당한다고 한 제1심의 판단을 그대로 유지하자, 검사가 원심에 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다는 이유로 상고한 사건이다.

나. 대법원의 판결내용

이 사건에서 대법원은, 위헌결정에 소급효를 인정하는 것은 개별 사건에 있

한 법률조항인데, 위헌 부분이 포함된 이 사건 법률조항들을 헌법불합치결정 선고 후 개선입법 이전에 계속 적용하게 허용하는 것은 위헌법률의 규범력을 제거하려는 위헌법률심판제도의 본지에 어긋나고 헌법재판소법 제47조 제2항에 위반되므로, 이 사건 법률조항들은 개선입법이 이루어질 때까지 적용 중지되어야 하고 계속 적용하게 해서는 아니 된다는 것이 반대의견의 요지이다. 현재 2009. 9. 24. 2008헌가25, 판례집 21-2상, 462-467쪽.

어서의 정의 내지 평등의 원칙을 구현하는 측면이 있는 반면, 법적 안정성 내지 신뢰보호의 원칙에는 배치되는 측면도 있어 그 중 어느 원칙을 보다 중시할 것인지는 원칙적으로 입법적 선택의 문제라 할 수 있는 바, 우리 헌법재판소법이 형벌조항에 대한 위헌결정과 비형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효를 명문으로 달리 규정한 것도 그 때문이라고 보았다.

그런데 이러한 입법적 결단에도 불구하고 그 효력이 다양할 수밖에 없는 위헌결정의 특수성 때문에 예외적으로 소급효의 부분적인 인정 또는 소급효의 제한 가능성을 부정할 수는 없으므로, 당사자의 소급적 권리구제를 위한 구체적인 타당성의 요청, 소급효 인정에 따른 법적 안정성 또는 신뢰보호의 침해 우려, 구법에 의하여 형성된 법적 질서 혹은 기득권과 위헌결정에 따른 새로운 법적 질서의 조화 등 제반 이익을 종합적으로 고려할 때 맹목적인 소급효의 인정이나 부인이 오히려 정의와 형평 등 헌법적 이념에 심하게 배치될 경우에는 법문의 규정에도 불구하고 그 소급효의 범위를 달리 정할 필요성이 있다. 대법원과 헌법재판소는 비 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효와 관련하여 이와 같은 법리를 이미 명시적으로 채택하고 있음(대법원 2003. 7. 24. 선고 2001다47871 전원합의체 판결, 대법원 2009. 5. 14. 선고 2007두16202 판결, 헌법재판소 2008. 9. 25. 선고 2006헌바108 결정 등 참조)을 지적하였다.

형벌조항의 경우에도 그것이 제정이나 개정 이후의 시대적·사회적 상황의 변화로 말미암아 비로소 위헌적인 것으로 평가받는 경우에는 위헌결정의 전면적인 소급효를 인정하는 것이 오히려 사법적 정의에 현저히 반하는 결과를 초래할 수 있으므로, 헌법재판소법 제47조 제2항 단서의 규정에도 불구하고 그 소급효를 제한할 필요성이 있음은 비형벌조항의 경우와 크게 다르지 않다. 특히 동일한 형벌조항에 대하여 과거 헌법재판소의 결정에 의하여 그 조항의 합헌성이 선언된 일이 있음에도 불구하고 그 후의 사회상황의 변화에 따른 사정변경 때문에 새로 위헌으로 결정된 경우에는 더욱 그러하다는 점을 실시하였다.

그러나 형벌조항에 대한 위헌결정의 경우 죄형법정주의 등 헌법과 형사법 하에서 형벌이 가지는 특수성으로 인하여 위헌결정의 소급효와 그에 따른 재심청구권을 명시적으로 규정한 법률의 문언에 반하여 해석으로 그 소급효 및 피고인의 재심에 관한 권리를 제한하는 것은 어렵고, 그에 따른 현저한 불합리

는 결국 입법에 의하여 해결할 수밖에 없다고 판단하였다.

이 사건에서 구 특경법 제5조 제4항 제1호의 가중처벌조항은 헌법재판소 2006. 4. 27. 선고 2006헌가5 결정에서 위헌으로 선언되었으므로 헌법재판소법 제47조 제2항 단서에 의하여 소급하여 그 효력을 상실하였는 바, 비록 그에 앞서 헌법재판소 2005. 6. 30. 선고 2004헌바4, 2005헌바44(병합) 결정에서 동일한 조항이 합헌으로 선언된 일이 있고, 위 위헌결정이 그 후에 발생한 관련 법률의 개정 등 외부적 사정변경을 이유로 한 것이라 해도 법률상 달리 볼 수는 없다(상고이유에서 지적하는 것처럼 이와 같은 해석이 법적 안정성 및 신뢰보호의 원칙에 반할 뿐만 아니라, 이 사건 형벌조항의 경우에는 최초 합헌결정 후 사정변경에 기인한 위헌결정의 경위에 비추어 구체적 타당성이 없음이 분명하지만, 앞서 실시한 바와 같이 이의 시정은 국회의 입법을 통해서만 도모될 수 있을 뿐이다). 따라서 위 가중처벌 조항이 위헌으로 선언되어 효력을 상실한 이상 이 사건에서는 원래의 처벌조항을 적용할 수밖에 없다고 보았다.

그리하여 위 가중처벌 조항이 위헌으로 선언되어 효력을 상실한 이상 이 사건에서는 원래의 처벌조항을 적용할 수밖에 없고, 같은 취지에서 원심이 이 사건 공소사실에 대하여는 효력을 상실한 가중처벌 조항인 구 특경법 제5조 제4항 제1호 대신에 원래의 벌칙규정인 구 특경법 제5조 제3항, 제1항을 적용하여야 하고, 구 특경법 제5조 제3항 위반죄는 같은 조 제1항에 따라 그 법정형이 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지에 해당하여 공소시효가 5년인데, 이 사건 공소는 범죄행위가 종료한 때로부터 5년이 경과한 2009. 11. 10.에 제기되었음이 기록상 명백하여 공소시효가 완성된 경우에 해당한다고 한 제1심의 판단을 그대로 유지한 것은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다고 보아 상고를 기각하였다.

II. 헌법불합치결정과 관련한 사례들에 관한 판례

1. 학교보건법 결정(헌재 2004. 5. 27. 2003헌가1등 결정) 관련 사건 - 대법원 2009. 1. 15. 선고 2004도7111 판결⁴⁵⁾

헌재 2004. 5. 27. 2003헌가1등 학교보건법 제6조 제1항 제2호 등 위헌제청사건결정과 관련된 이 사건에서 대법원은, 법원이 헌법 제107조 제1항 등에 근거하여 법률의 위헌여부의 심판을 제청하는 것은 그 전제가 된 당해사건에서 위헌으로 결정된 법률조항을 적용하지 않으려는 데에 그 목적이 있다는 점과 헌법재판소법 제45조, 제47조의 규정취지에 비추어 보면, 당해 사건에 적용되는 법률조항에 대한 헌법재판소의 헌법불합치결정은 위헌결정에 해당한다고 보았다.

가. 사안

검사는 피고인이 1999. 1. 24.부터 2001. 9. 7.경까지 유치원 출입문으로부터 19m의 장소에서 극장영업행위를 하였다는 공소사실에 대하여 구 학교보건법(2005. 3. 24. 법률 제7396호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구법’이라 한다) 제6조 제1항 본문 제2호, 제19조를 적용하여 이 사건 공소를 제기하였는데, 헌법재판소는 2004. 5. 27. 제1심 법원의 위헌법률심판제청 등에 기한 헌법재판소 2003헌가1, 2004헌가4(병합) 사건에서, “구법 제6조 제1항 본문 제2호 중 ‘극장’ 부분 가운데 초·중등교육법 제2조에 규정한 각 학교에 관한 부분은 헌법에 합치하지 아니한다. 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 입법자가 개정할 때까지 이 부분 법률조항의 적용을 중지하여야 한다.”는 내용이 포함된 헌법불합치결정을 선고하였다. 원심은 검사의 주장을 모두 배척하고 형사소송법 제325조 전단에 의하여 피고인에게 무죄를 선고한 제1심 판결을 그대로 유지하였고, 이에 검사가 상고한 사건이다.

나. 대법원의 판결내용

형벌에 관한 법률조항에 대해서 위헌결정이 선고되면 그 법률조항의 효력이 소급하여 상실되고, 당해 사건 뿐 아니라 위헌으로 선언된 형벌조항에 근거한 기존의 모든 유죄확정판결에 대해서까지 전면적으로 재심이 허용된다는 헌법재판소법 제47조 제2항 단서, 제3항의 규정에 비추어 보면, 헌법불합치결정의

45) 판례공보 2009상, 174쪽.

전면적인 소급효가 미치는 형사사건에서 헌법에 합치되지 않는다고 선언된 법률조항을 피고인에 대한 처벌법규로 더 이상 적용할 수 없다고 판단하였다.

그리하여 유치원 인근 학교환경위생정화구역 내에서의 극장영업행위에 대하여 구 학교보건법(2005. 3. 24. 법률 제7396호로 개정되기 전의 것) 제16조 제1항 본문 제2호, 제19조를 적용하여 공소제기 되었으나 당해 법률조항이 헌법불합치결정된 사안에서, 헌법불합치결정에 따라 개정된 법률은 피고인이 공소사실 기재와 같은 행위를 한 다음에 입법화한 것이 분명하므로, 이미 헌법에 합치되지 않는다고 선언된 구법을 토대로 개정된 법률조항을 소급적용하여 피고인을 처벌하는 것은 헌법 제12조 제1항 및 제13조 제1항의 명문규정에 어긋나 허용될 수 없다고 하여, 피고인에게 무죄를 선고한 원심이 정당하다고 보아 검사의 상고를 기각하였다.

위 판결에 따르면 대법원은 형벌에 관한 법률(조항)에 대한 헌법재판소의 헌법불합치결정을 단순위헌결정으로 취급하는 것으로 보인다.

2. 영화진흥법 결정(헌재 2008. 7. 31. 2007헌가4 결정) 관련사건

영화 및 비디오물 진흥에 관한 법률 제94조의 구성요건으로 작용하는 같은 법 제29조 제2항 제5호에 대해서 헌법재판소는 헌법불합치결정을 내리면서 2009년 12월 31일을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용하도록 잠정 적용명령을 내리면서, 이유에서 당해사건에 관하여는 입법자의 개선입법을 기다려 개선입법을 적용할 것을 실시하였던 영화진흥법 제21조 제3항 제5호 등 위헌제청사건의 당해사건(서울행정법원 2006구합9085 제한상영가 등급 분류결정취소 사건)은 2009. 4. 소취하로 종료되었다.

3. 의료법 결정(헌재 2008. 7. 31. 2004헌마1010 등 결정) 관련사건

이 사건 법률조항은 금지조항이 행정제재와 형사제재의 구성요건을 겸하고 있는 경우인바, 위 당해사건(서울고등법원 2005누24386 사건)은 의료법 개정을 기다리며 추정되었다가 2011. 1. 26. 항소기각 판결이 선고되었고, 그 무렵 상고 취하로 확정되었다.

당해사건 항소심 법원은, 이 사건 처분의 근거조항인 의료인의 태아 성별감별행위 등 금지에 관한 구 의료법(1987. 11. 28. 법률 제3948호로 개정되고, 2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 의료법’이라 한다) 제19조의2 제2항(이하 ‘이 사건 조항’이라 한다)에 대하여 헌법재판소가 2008. 7. 31. 헌법불합치결정을 하였고, 그 후 이 사건 변론종결 전에 개정된 의료법(2009. 12. 31. 법률 제9906호로 개정된 것) 제20조 제2항, 제66조 제1항 제4호, 의료관계 행정처분 규칙(2010. 3. 19. 보건복지부령 제1호로 개정된 것) 제4조 [별표] 행정처분기준 제1호 라목 2)에 의하면, 이 사건과 같이 위험제청신청인이 행한 임신 32주 이전 태아의 성 감별에 대하여는 1년의 범위에서 면허자격을 정지시킬 수 있고, 이로 인한 의료관계법령의 위반행위에 관하여 법원으로부터 선고유예의 판결을 받은 경우 해당 처분기준의 1/3 범위에서 감경하도록 규정하고 있는 바 위 규정들은 이 사건에도 소급 적용되는 것이므로, 이와 달리 제청신청인에 대한 면허취소사유를 의료법 위반에 대한 선고유예 판결에 근거하여 6월의 의사면허자격정지로 감경한 이 사건 처분이 위법하다는 위험제청신청인(항소인)의 주장에 대하여 다음과 같이 판단하였다.

“…… 구 의료법 제19조의2 제2항은 의료인은 태아 또는 임부에 대한 진찰이나 검사를 통하여 알게 된 태아의 성별을 임부 본인, 그 가족 기타 다른 사람이 알 수 있도록 하여서는 아니 된다고 규정하였는데, 헌법재판소는 2008. 7. 31. 선고한 2004헌마1010, 2005헌바90(병합) 사건에서 ‘성별을 이유로 하는 낙태가 임신 기간의 전 기간에 걸쳐 이루어질 것이라는 전제 하에, 이 사건 규정이 낙태가 사실상 불가능하게 되는 임신 후반기에 이르러서도 태아에 대한 성별 정보를 태아의 부모에게 알려 주지 못하게 하는 것은 최소침해성 원칙을 위반하는 것이고, 이와 같이 임신후반기 공익에 대한 보호의 필요성이 거의 제기되지 않는 낙태 불가능 시기 이후에도 의사가 자유롭게 직업수행을 하는 자유를 제한하고, 임부나 그 가족의 태아 성별 정보에 대한 접근을 방해하는 것은 기본권 제한의 법익 균형성 요건도 갖추지 못한 것이어서 이 사건 규정은 헌법에 위반되긴 하지만, 단순위헌결정을 할 경우 태아의 성별 고지 금지에 대한 근거 규정이 사라져 법적 공백상태가 발생하게 될 것이므로 헌법불합치결정을 하고, 이 사건 조항은 2009. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속

적용 된다'고 선고한 사실은 당원에 현저하다.

이에 따라 2009. 12. 31. 법률 제9906호로 개정되어 시행된 「의료법」(이하 '개정 의료법'이라 한다)은 제20조 제2항에서 '의료인은 임신 32주 이전에 태아나 임부를 진찰하거나 검사하면서 알게 된 태아의 성(性)을 임부, 임부의 가족, 그 밖의 다른 사람이 알게 하여서는 아니 된다'라고 규정하면서, 그 부칙에서 '이 법은 공포한 날부터 시행 한다'고 규정하였다.

한편, 원고는 임신 12주, 14주, 21주에 내원한 산모에게 진찰과정에서 알게 된 태아의 성별을 고지한 행위로 이 사건 조항 위반으로 받은 선고유예 판결이 확정되었고, 피고가 구 의료법이 적용 중인 2005. 5. 4. 이 사건 처분을 한 사실은 앞서 본 바와 같다. 이 사건 조항에 대한 위 헌법재판소의 헌법불합치 결정의 내용 및 그 주된 이유, 개정 의료법 중 태아의 성 감별 행위 등에 관한 규정의 내용 및 그 시행시기 등에 비추어 보면, 헌법재판소가 이 사건 조항이 위헌임에도 굳이 헌법불합치결정을 한 것은, 그 위헌성이 제거된 개정 법률이 시행되기 전까지는 종전의 법령 규정을 그대로 잠정 적용하는 것을 허용하는 취지의 결정이라고 보아야 할 것이고(대법원 1998. 3. 13. 선고 96누6059 판결 참조), 개정 의료법의 시행일 전에 이 사건 조항을 적용하여 한 의사면허자격 정지 처분의 효력을 그대로 유지함이 옳다는 판단에서 나온 것이임이 분명하다(대법원 2009. 1. 15. 선고 2008두15596 판결 참조).

따라서 개정 의료법 제20조 제2항, 제65조 제1항 4호, 제66조 제1항 제4호 등의 적용시기인 2009. 12. 31. 전에 원고가 행한 임부에 대한 태아의 성별 고지에 대해서는 개정 의료법의 위 개정 규정들이 소급하여 적용되는 것은 아니라고 할 것이므로, 개정 전 이 사건 조항을 적용하여 한 이 사건 처분은 적법하므로 위헌제청신청인의 주장은 이유 없다.”

위 헌법불합치결정이 이루어지기 전에는 구 의료법 조항을 적용하여 형사처벌이 이루어진 판례들을 찾아볼 수 있었으나,⁴⁶⁾ 위 헌법불합치 결정 이후에는

46) 부산지방법원 동부지원 1999. 4. 21. 선고 98고단4689 판결 : 조산사를 운영하는 피고인이 그 고용인인 조산사로 하여금 태아의 성별을 알려주고 치료비 명목으로 돈을 지급받았다는 범죄사실로 징역 8월을 선고받았고, 항소심(부산지방법원 1999. 7. 1. 선고 99노1986 판결)은 원심판결을 파기하고 징역 8월에 집행유예 1년을 선고하였다. 그 외에도 서울지방법원 1998. 9. 9. 선고

위 의료법 조항을 구성요건으로 하여 형사처벌하거나 무죄를 선고한 하급심 판례를 찾아볼 수 없었고, 위 헌법불합치결정 이전에 이루어진 위 유죄판결들과 관련하여 헌법불합치결정 이후에 재심이 청구된 사례들도 발견하기 어려웠다. 그러나 만약 위 헌법불합치결정 이전에 이루어진 유죄의 형사판결에 대한 재심 청구가 이루어진다면 법원은 이를 받아들여 무죄판결을 할 것으로 예상된다.⁴⁷⁾

4. 야간옥외집회에 관한 결정

(헌재 2009. 9. 24. 2008헌가25 결정) 관련사건

- 대법원 2011. 6. 23. 선고 2008도7562 전원합의체 판결⁴⁸⁾

가. 사안

원심은 피고인에 대한 이 사건 공소사실 중 피고인이 야간옥외집회를 주최하였다는 취지의 각 공소사실을 집회 및 시위에 관한 법률(2007. 5. 11. 법률 제8424호로 전부 개정된 것, 이하 ‘집시법’이라 한다) 제23조 제1호, 제10조 본문을 적용하여 유죄로 인정한 제1심판결을 그대로 유지하였다. 그런데 원심판결 선고 후 헌법재판소는 주문에서 “집시법 제10조 중 ‘옥외집회’ 부분 및 제23조 제1호 중 ‘제10조 본문의 옥외집회’ 부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 위 조항들은 2010. 6. 30.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”, 이 유 중 결론에서 “만일 위 일자까지 개선입법이 이루어지지 않는 경우 위 법률 조항들은 2010. 7. 1.부터 그 효력을 상실하도록 한다.”라는 내용의 헌법불합치결정을 선고하였고(헌법재판소 2009. 9. 24. 2008헌가25 전원재판부 결정, 이하 ‘이 사건 헌법불합치결정’이라 한다), 국회는 2010. 6. 30.까지 집시법의 위 조항

97노3312 판결 : 선고유예(벌금 1,000만 원); 서울지방법원 1997. 8. 1. 선고 97노3977 판결 : 선고유예(벌금 300만 원); 서울중앙지방법원 1998. 5. 14. 선고 97노1933 판결 : 선고유예(벌금 200만 원) 등 다수의 판결이 있었다.

47) 전정환/문광삼/남복현, 「헌법재판소결정의 효력에 관한 연구(헌법재판연구 제7권)」, 헌법재판소, 1996. 379-381쪽, 288-289쪽. 헌법재판소법 제47조 제3항에 따라 재심을 청구할 수 있는 형벌법규는 범죄구성요건에 관한 실체법규를 지칭하는 것으로, 실제적인 형벌법규는 행정법상의 벌칙규정에도 적용된다고 할 것이기 때문이다.

48) 판례공보 2011하, 1487쪽.

들을 개정하지 아니하였다.

위 헌법불합치결정 이후 하급심에서, 헌법불합치결정을 받은 위 집시법 제23조 제1호, 제10호(집회 주최)로 기소된 사건에 대하여는 무죄판결이 선고되었고, 49) 집시법 제23조 제3호, 제10조(집회 참가)로 기소된 사건에 대하여는 1건의 유죄판결⁵⁰⁾을 제외하고는 대부분 무죄판결이 선고되었다.⁵¹⁾ 무죄의 이유로

49) 대전지방법원 서산지원 2009. 11. 20. 선고 2009고정203 판결: 피고인 중 1인의 집시법위반의 공소사실에 대하여 처벌할 법규가 존재하지 아니하여 범죄로 되지 아니하는 때에 해당하므로, 형사소송법 제325조 전단에 의하여 무죄를 선고하였는데, 그 이유는 “…… 위 공소는 집회 및 시위에 관한 법률 제23조 제1호, 제10조 본문에 의하여 제기되었고, 헌법재판소는 2009. 9. 24. 2008헌가25 사건에서 집시법 제10조 중 ‘옥외집회’ 부분 및 제23조 제1호 중 ‘제10조 본문의 옥외집회’ 부분은 헌법에 합치되지 아니한다는 결정을 선고하였는 바, 헌법불합치결정은 위헌결정의 일종이라고 할 것이고, 같은 법 제23조 제1호는 같은 법 제10조 본문을 위반하는 것을 구성요건으로 삼고 있으므로 같은 법 제10조 본문은 같은 법 제23조 제1호와 결합하여 형벌에 관한 법률의 조항을 이룬다고 볼 것이며, 형벌에 관한 법률조항이 위헌으로 결정될 경우 이는 소급하여 그 효력을 상실하고 그 법률조항에 근거한 기존의 모든 유죄의 확정판결에 대해서까지 전면적으로 재심이 허용된다는 헌법재판소법 제47조 제2항 단서, 제3항의 규정에 비추어 볼 때, 이와 같이 헌법불합치결정의 전면적인 소급효가 미치는 형사사건에서 법원으로서 헌법에 합치되지 않는다고 선언된 위 법률조항을 더 이상 처벌법규로 적용할 수 없다고 할 것이고(대법원 2009. 1. 15. 선고 2004도7111 판결 참조), 한편 헌법재판소는 “위 조항들은 2010. 6. 30.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”라는 주문을 부가하여 위 결정을 선고하였는 바, 위 시한이 도과하거나 입법자가 이를 개정하기 전까지는 위 법률조항이 계속 적용되므로 해가 뜨기 전이나 해가 진 후에 여전히 옥외집회를 할 수 없고 그에 따른 행정적 규제가 따르는 것은 별론으로 하고, 그 위반을 이유로 위 법률조항을 적용하여 형사처벌을 하는 것은 역시 마찬가지로의 이유로 허용되지 않는다고 할 것이며 (만약 위 법률조항을 적용하여 선고한 유죄판결이 확정된 후 위 공소사실과 같은 옥외집회가 허용되는 것으로 위 법률조항이 개정된다고 한다면, 그러한 법 개정 자체는 위헌결정이라고 볼 수 없어 헌법재판소법 제47조 제3항이 정하는 재심사유에 해당하지 않는다고 볼 여지가 있는 바, 이러한 결과는 너무나도 부당하다고 할 것이다), 설사 위 결정에 따라 위 법률조항이 개정된다고 하더라도, 이를 위 공소사실에 대하여 소급적용하여 형사처벌을 하는 것도 헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항에 위배되어 역시 허용될 수 없다.”고 보았다.

50) 울산지방법원 2009. 9. 29. 선고 2009고합100 판결 : 공소사실에 관하여 유죄를 인정하여 형을 선고하였고 헌법재판소가 2009. 9. 24. 2008헌가25 사건에서 집시법 제10조 중 ‘옥외집회’ 부분 및 제23조 제1호 중 ‘제10조 본문의 옥

외집회' 부분에 대하여 헌법불합치결정을 하였다"는 사정은 양형에 있어 참작 사유로 삼았다. 위 1심판결에 대한 항소심이 현재 계속 중이다.

- 51) 서울중앙지방법원 2009. 10. 28. 선고 2009고정1140 판결 : “① 집시법 제10조 본문의 ‘옥외집회’ 부분은 경찰권발동근거 등 행정법규로서의 측면과(이하 편의상 ‘행정법규로서의 옥외집회’라 한다) 형벌법규의 구성요건으로서의 측면(이하 편의상 ‘형벌법규로서의 옥외집회’라 한다) 등 양면적 성질을 겸유하고 있는 바, 제23조 제3호, 제10조 본문에 위반한 사람을 처벌하기 위한 구성요건은 “제10조 본문에 따른 금지된 옥외집회라는 사실을 알면서 참가할 것”을 요구하고 있어 제10조 본문은 제23조 제3호와 결합하여 형벌에 관한 법률조항을 이루고 있는 점, ② 위 헌법불합치결정과 같은 헌법재판소의 헌법불합치결정은 헌법재판소법 제45조, 제47조의 규정취지 등에 비추어 볼 때 위헌결정의 일종이라는 것이 우리 헌법재판소, 법원 및 학계의 일반적인 견해인 점, ③ 문리해석의 방법에 의하여 이 사건 결정의 법적 효력을 살펴보면, 위 각 옥외집회 조항을 이 사건 결정일인 2009. 9. 24.부터 2010. 6. 30.을 시한으로 임법자가 개정할 때까지 계속 적용하되, 이 사건 결정의 효력이 발생하는 2010. 7. 1.(‘개헌입법의 개정일 또는 시행일’을 포함하는 취지로 보인다. 이하 같다)에 위 각 옥외집회 조항이 위헌조항으로서 그 법적 효력을 상실한다는 것인데, 행정법규로서의 옥외집회 조항은 2010. 7. 1.부터 위헌으로 확정되어 법률로서의 효력을 상실하지만(헌법재판소법 제47조 제2항 본문), 국회가 개헌입법으로 이 부분에 관하여 소급적으로 적용하는 조항 등의 경과규정을 둬으로써 그 동안에 발생할 수 있는 법적 공백 및 혼란 상태를 합헌적인 상태로 회복할 수 있어 그 법적인 의미가 있는 반면, 형벌법규로서의 옥외집회 조항의 경우, 2010. 7. 1. 위헌으로 확정되어 소급하여 그 조항의 효력이 상실되고(헌법재판소법 제47조 제2항 단서), 위 조항에 근거한 모든 유죄의 확정판결에 대하여 전면적으로 재심이 허용되고(헌법재판소법 제47조 제3항), 국회가 개헌입법으로 이 부분에 관하여 소급적으로 적용하여 피고인을 처벌하는 조항을 두는 것은 헌법 제12조 제1항 및 제13조 제1항의 형벌불소급의 원칙에 위배되어 결코 허용될 수 없는 이상 위 기간 동안에 발생할 수 있는 법적 공백 및 혼란 상태를 합헌적인 상태로 회복할 수 있는 방안이 전혀 없을 뿐만 아니라, 위 조항을 처벌근거로 한 과거 및 현재 유죄의 확정판결을 받은 모든 피고인이 재심청구를 하게 되면 결국 피고인에게 처벌법규가 위헌·무효로 확정되어 존재하지 않는다는 이유로 피고인에게 무죄를 선고할 수밖에 없어 위 조항을 계속 적용하여 현재 피고인에게 유죄를 선고할 때에는 위 조항을 적용하지 않는 경우에 비하여 오히려 심각한 법적 혼란이 야기되는 점, ④ 헌법재판소가 이 사건 결정을 함에 있어서 위 헌법불합치결정의 정족수에 관한 합의는 있었지만, 위 잠정적용결정에 관한 합의는 없었던 것으로 보이는 점, 형사재판에 있어서는 의심스러운 때에는 피고인의 이익으로 재판을 하여야 한다는 점, 집시법 제10조 본문은 행정법규로서의 측면과 형벌법규의 구성요건으로서의 측면의 양면성을 동시에 겸유하고 있는 점, 이 사건 결정의 주문 형식 등 제반 사정에 비추어 보면, 위 잠정적용결정으로 인하여 위 헌법불합치결정의 본질이 위헌결정에서 합헌결정으로 변질된다고 볼 수

없으며, 형벌법규로서의 옥외집회 조항의 적용과 관련하여 위와 같이 2010. 7. 1. 이후에는 법원에 계속 중인 사건에 관하여는 공판질차 또는 유죄가 확정된 사건에 관하여는 재심질차를 각 거쳐 위 조항이 위헌·무효의 법률이라는 사유로 피고인에게 무죄를 선고하는 한이 있더라도 2010. 7. 1. 이전에는 위 잠정적용결정에 따라 위 조항을 계속 적용하여 피고인에게 유죄를 선고할 것을 요구하는 것이 헌법재판소의 의사결정내용이라고 받아들이기는 상당히 곤란한 점 등의 제반 사정에 비추어 볼 때, 형벌법규로서의 옥외집회 조항은 위 잠정적용결정에도 불구하고 이 사건 결정일인 2009. 9. 24. 이미 위 헌법 불합치결정의 효력이 발생하여 위헌·무효임이 확인되었다고 봄이 상당하므로, 결국 이 사건 공소사실 중 ‘옥외집회’에 관한 부분은 처벌할 법규가 존재하지 아니하여 죄가 되지 아니하는 경우에 해당한다 할 것이다. 나아가, 이 사건 결정에 따라 2010. 7. 1. 이전에는 형벌법규로서의 ‘옥외집회’ 조항도 계속 적용하여야 한다는 입장을 취한다 하더라도, 형벌법규는 명확하여야 한다는 죄형법정주의의 원칙, 의심스러울 때에는 피고인의 이익으로 재판을 하여야 한다는 형사법상의 대원칙과 무죄추정의 원칙, 법률의 위헌여부 뿐만 아니라 위헌범위의 확정에 관하여도 헌법재판소에 권한이 있을 뿐(헌법재판소법 제45조) 법원이 법리해석의 방법으로 그 위헌범위를 확정·보충할 수는 없는 점, 이 사건 결정으로 인하여 위 각 ‘옥외집회’는 ‘합헌집회’와 ‘위헌집회’가 공존하게 되었는데, 법관으로서의 헌법재판소에서 위헌임이 확인된 위 헌집회 부분을 적용하여 피고인에 대하여 유죄의 재판을 할 수 없는 점 등의 사정에 비추어 볼 때, 이 사건 결정으로 인하여 형벌법규로서의 옥외집회의 구성요건이 불명확하게 되어 어떠한 시간대에 개최된 옥외집회가 피고인을 처벌할 수 있는 합헌집회인지 여부를 확정할 수 없는 이상, 피고인이 참가한 위 각 집회가 피고인에 대한 처벌근거규정인 형벌법규로서의 ‘옥외집회’ 중 ‘합헌집회’에 해당한다고 단정할 수 없다 할 것이고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로, 이 사건 공소사실은 범죄사실의 증거가 없는 때에 해당한다. 그렇다면, 피고인에 대한 이 사건 공소사실은 죄가 되지 아니할 뿐만 아니라 범죄사실의 증거가 없는 때에 해당하므로 형사소송법 제325조 전단 및 후단에 따라 무죄를 선고한다.”는 것이 무죄선고의 이유였다;

서울중앙지방법원 2009. 10. 29. 선고 2009고정1389 판결 : “…… 헌법재판소가 위 적용법조의 계속적용을 명하였음에도 불구하고 아래 각 항 기재와 같은 이유로 위 헌법불합치결정에 따라 이 사건 공소사실에 대하여 이 사건 법률조항을 적용하여 피고인을 처벌할 수 없다.

가. 헌법불합치결정은 법률이 헌법에 위반되어 무효로 선언되어야 함에도 위 헌결정으로 인하여 입법자의 입법형성권을 침해할 우려가 있거나 법적 공백이나 혼란을 초래할 우려가 있는 등 특별한 헌법적 사유가 있을 때에 예외적으로 그 법률의 위헌성만을 확인하는 변형결정의 일종으로 위 헌결정에 해당한다.

나. 법원은 헌법 제107조 제1항에 따라 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판하여야 하고, 헌법불합치결정은 위헌결정의 하나이므로 헌법재판소법 제47조

제1항에 따라 법원을 기속한다.

- 다. 한편, 헌법재판소법 제47조 제2항, 제3항에 의하면 위헌으로 결정된 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실하며, 위헌으로 결정된 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항에 근거하여 이미 유죄판결이 확정된 경우에는 재심을 청구할 수 있다.
- 라. 결국, 헌법재판소는 이 사건 헌법불합치결정에서 이 사건 법률조항을 2010. 6. 10.까지 계속 적용할 것을 선언하였으나, 이는 위헌결정의 효력에 관한 헌법재판소법 제47조 제2항과 충돌하게 되어 법원으로서는 이 사건 법률조항을 적용하여 재판을 함에 있어 ‘계속적용’의 의미를 합리적으로 해석할 필요가 있다.
- 마. 헌법재판소가 이 사건 법률조항의 계속적용을 명한 취지는 개정입법 시 한까지 입법부가 이 사건 법률조항의 위헌성을 제거한 개선입법을 마련하면 그 개정입법에 따라 피고인의 재판을 진행하여야 한다는 것으로 보인다. 그리고 2010. 6. 30. 이후에는 이 사건 법률조항은 위헌으로 돌아가 더 이상 적용할 수 없게 된다.
- 바. 그러나 앞으로 입법부가 어떠한 개선입법을 마련하더라도 이는 헌법 제12조 제1항 제2문과 제13조 제1항이 명시하고 있는 죄형법정주의 원칙과 형벌불소급의 원칙에 위배되어 피고인에 대한 처벌 근거가 될 수 없다. 또한, 헌법재판소의 결정에 따라 이 사건 법률조항을 계속 적용하여 피고인에게 유죄판결이 확정될 경우 피고인은 헌법재판소법 제47조 제3항에 따라 재심을 청구할 수 있고, 그 경우에도 역시 같은 이유로 개정입법은 적용될 수 없다. 헌법재판소가 정한 개정입법 시한까지 재판이 확정되지 않을 경우에는 당연히 이 사건 법률조항과 개정입법 모두를 적용할 수 없게 된다.
- 사. 따라서 위와 같은 문제점을 고려한다면 이 사건 법률조항을 적용하여 기소된 사건을 재판하여야 하는 법원으로서 헌법재판소가 명한 계속적용의 기속력은 이 사건 법률조항의 행정법규로서의 효력부분에 한정되며, 형벌법규로서의 효력에 관하여는 미치지 아니한다고 볼 수밖에 없다.
- 아. 그렇다면, 앞서 본 바와 같이 헌법불합치결정의 전면적인 소급효가 미치는 형사사건에서 법원은 헌법재판소의 계속적용 결정에도 불구하고, 헌법에 합치되지 않는다고 선언된 이 사건 법률조항을 더 이상 피고인에 대한 처벌법규로 적용할 수 없다. ……”;

서울중앙지방법원 2009. 10. 29. 선고 2009고단5806 판결 : “…… 헌법재판소의 위헌판단에 따른 법률조항의 효력 상실범위는 ‘결정이유’가 아닌 ‘결정주문’을 기준으로 해야 하고, 이 사건 헌법불합치결정의 주문에서 형벌법규의 구성요건을 이루는 집시법 제23조 제1호 중 ‘제10조 본문의 옥외집회’ 부분 전부를 위헌으로 선언한 이상 비록 그 이유에서 위 조항에 위헌부분과 합헌부분이 병존하고 있다고 판시하였더라도 이는 입법자의 형성재량에 관한 예시로서의 의미만을 가질 뿐, 이로 인하여 주문에서 위헌으로 선언한 형벌조항의 효력범위에 변동이 생기는 것은 아니라고 할 것이다. 나아가, 그 결정주문에 ‘2010. 6. 30.까지 적용한다’는 내용이 부가되어 있다 하더라도

는 대체로 대법원 2009. 1. 15. 선고 2004도7111 판결 이유를 원용하면서, ① 헌법불합치결정도 위헌결정의 일종으로서 그 법률조항이 소급하여 효력이 상실

헌법재판소법 제47조 제2항 단서, 제3항에 의하여 형벌조항의 효력이 소급하여 상실하고, 이에 근거한 모든 유죄의 확정판결에 대하여 전면적으로 재심이 허용되는 점, 국회가 개선입법으로 이 부분에 관하여 소급하여 피고인을 처벌하는 조항을 두는 것은 헌법 제12조 제1항 및 제13조 제1항의 형벌 불소급의 원칙에 위배되어 결코 허용될 수 없는 점, 잠정적용의 근거로 제시한 법적 공백 및 혼란 상태를 합헌적인 상태로 회복할 수 있는 방안이 현실적으로 존재하지 않는 점, 위 조항을 처벌근거로 한 과거 및 현재 유죄의 확정판결을 받은 모든 피고인이 재심청구를 하게 되면 결국 피고인에게 처벌법규가 위헌·무효로 확정되어 존재하지 않는다는 이유로 피고인에게 무죄를 선고할 수밖에 없는 점 등에 비추어 보면, 그러한 부가적 주문만으로 헌법불합치결정의 성격이 위헌결정에서 합헌결정으로 전환된다거나 해당 형벌조항의 합헌성이 일시적으로 유지되는 것도 아니라고 할 것이다. 따라서 이 사건 헌법불합치결정의 주문에 포함된 잠정적용부분은 그 성격상 행정법규의 성격을 가지는 ‘집시법 제10조 중 옥외집회 부분’에만 제한되어 효력을 가질 뿐 집시법 제23조 제1호에 인용되어 형벌법규의 구성요건을 이루는 ‘집시법 제10조 본문의 옥외집회’ 부분에 대하여는 적용되지 않는다. ……”;

서울중앙지방법원 2009. 11. 2. 선고 2009고정2176판결 : “헌법재판소의 헌법불합치결정은 헌법재판소법 제47조 제1항이 정한 위헌결정의 일종(헌법재판소 1989. 9. 8. 선고 88헌가6 등 참조)이므로, 형벌에 관한 법률조항에 대하여 헌법불합치결정이 선고되는 경우에도 헌법재판소법 제47조 제2항 단서, 제3항에 의하여 그 법률조항의 효력이 소급하여 상실되고, 당해 사건뿐만 아니라 헌법불합치가 선언된 형벌조항에 근거한 기존의 모든 유죄확정판결에 대해서까지 전면적으로 재심이 허용된다고 할 것이다(대법원 2009. 1. 15. 선고 2004도7111 판결 등 참조). 그리고 헌법재판소의 위헌판단에 따른 법률조항의 효력 상실범위는 ‘결정이유’가 아닌 ‘결정주문’을 기준으로 해야 하고, 이 사건 헌법불합치결정의 주문에서 형벌법규의 구성요건을 이루는 집시법 제23조 제1호 중 ‘제10조 본문의 옥외집회’ 부분 전부를 위헌결정의 일종인 헌법불합치결정으로 선언한 이상 비록 그 이유에서 위 조항에 위헌 부분과 합헌부분이 병존하고 있다고 판시하였더라도 이로 인하여 주문에서 위헌으로 선언한 형벌조항의 효력범위에 변동이 생기는 것은 아니라고 할 것이다. 또한 위에서 본 헌법불합치결정의 법적 성격에 비추어 볼 때, 그 결정주문에 ‘2010. 6. 30.까지 적용한다’는 내용이 부가되어 있다 하더라도 그러한 부가적 주문만으로 헌법불합치결정의 성격이 위헌결정에서 합헌결정으로 전환된다고 볼 수 없고, 해당 형벌조항의 합헌성이 일시적으로 유지된다고 보기도 어렵다. 따라서 이 사건 헌법불합치결정의 주문에 포함된 잠정적용 부분은 집시법 제23조 제1호에 인용되어 형벌법규의 구성요건을 이루는 집시법 ‘제10조 본문의 옥외집회’ 부분에 대하여는 적용되지 않는다고 할 것이다. ……”

되고 전면적인 재심이 허용된다는 점, ② 개선입법으로 처벌조항을 두는 것은 형벌불소급의 원칙에 위배된다는 점, ③ 형벌조항에 대한 헌법불합치결정을 하면서 해당 형벌조항에 대한 잠정적용을 명하는 것은 형벌조항에 관한 헌법재판소법 제47조 제2항과 충돌하고, 다만 행정법규의 성격을 가지는 부분에 대하여만 효력을 가진다고 보아야 한다는 점 등을 근거로 들었다.

나. 대법원의 판결내용

(1) 법정의견

헌법재판소의 헌법불합치결정은 헌법과 헌법재판소법이 규정하고 있지 않은 변형된 형태이지만 법률조항에 대한 위헌결정에 해당하고, 집회 및 시위에 관한 법률(2007. 5. 11. 법률 제8424호로 전부 개정된 것, 이하 ‘집시법’이라 한다) 제23조 제1호는 집회 주최자가 집시법 제10조 본문을 위반할 것을 구성요건으로 삼고 있어 집시법 제10조 본문은 집시법 제23조 제1호와 결합하여 형벌에 관한 법률조항을 이루게 되므로, 집시법의 위 조항들(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)에 대하여 선고된 헌법불합치결정(헌법재판소 2009. 9. 24. 선고 2008헌가25 전원재판부 결정, 이하 ‘이 사건 헌법불합치결정’이라 한다)은 형벌에 관한 법률조항에 대한 위헌결정이다. 그리고 헌법재판소법 제47조 제2항 단서는 형벌에 관한 법률조항에 대하여 위헌결정이 선고된 경우 그 조항이 소급하여 효력을 상실한다고 규정하고 있으므로, 형벌에 관한 법률조항이 소급하여 효력을 상실한 경우에 당해 조항을 적용하여 공소가 제기된 피고사건은 범죄로 되지 아니한 때에 해당하고, 법원은 이에 대하여 형사소송법 제325조 전단에 따라 무죄를 선고하여야 한다.

또한 헌법 제111조 제1항과 헌법재판소법 제45조 본문에 의하면 헌법재판소는 법률 또는 법률조항의 위헌 여부만을 심판·결정할 수 있으므로, 형벌에 관한 법률조항이 위헌으로 결정된 이상 그 조항은 헌법재판소법 제47조 제2항 단서에 정해진 대로 효력이 상실된다. 그러므로 헌법재판소가 이 사건 헌법불합치결정의 주문에서 이 사건 법률조항이 개정될 때까지 계속 적용되고, 이유 중 결론에서 개정시한까지 개선입법이 이루어지지 않는 경우 그 다음날부터

효력을 상실하도록 하였다라도, 이 사건 헌법불합치결정을 위헌결정으로 보는 이상 이와 달리 해석할 여지가 없다. 따라서 피고인이 야간옥외집회를 주최하였다는 취지의 공소사실에 대하여 원심이 집회 및 시위에 관한 법률(2007. 5. 11. 법률 제8424호로 전부 개정된 것) 제23조 제1호, 제10조 본문을 적용하여 유죄를 인정하였는데, 원심판결 선고 후 헌법재판소가 위 법률조항에 대해 헌법불합치결정을 선고하면서 개정시한을 정하여 입법개선을 촉구하였는데도 위 시한까지 법률 개정이 이루어지지 않은 사안에서, 위 법률조항은 소급하여 효력을 상실하므로 이를 적용하여 공소가 제기된 위 피고사건에 대하여 형사소송법 제325조 전단에 따라 무죄를 선고하여야 한다고 하였다.⁵²⁾

(2) 별개의견

이에 대하여는 대법관 3인⁵³⁾의 별개의견이 있었다. 헌법재판소가 어떠한 형벌법규에 위헌성이 있다고 인정하면서도 그 가운데 합헌적 부분 또한 존재되어 있어 국회 입법에 의한 구분 필요성이 있거나 단순위헌결정이 가져올 법적 안정성에 대한 침해가능성이 중대하다고 보아, 헌법재판소법 제47조 제2항 단서에 따른 소급효의 적용을 배제하는 것이 불가피하다고 판단하여 단순위헌결정이 아닌 헌법불합치결정을 하면서 아울러 일정한 개선입법이 마련되어 시행되기까지 해당 법규의 잠정적용을 명한 경우, 법원으로서도 이러한 헌법적 가치와 이익형량에 관한 헌법재판소의 판단을 존중할 필요가 있고, 다수의견과 같이 예외적 소급효 제한의 헌법적 당부를 따지지 않은 채 단지 헌법불합치결정이 위헌결정의 일종이고 헌법불합치결정의 대상이 형벌법규이므로 당연히 헌법재판소법 제47조 제2항 단서의 적용에 따라 소급효가 인정될 뿐 여기에 어떠한 예외도 허용될 수 없다고 기계적으로 해석할 것은 아니다. 이 사건 헌법불합치결정은 개선입법이 이루어지지 않은 경우 처음부터 단순위헌결정이 있었던 것과 동일한 상태로 돌아가는 것이 아니라 개선입법의 시한이 만료된 다음날부터 이 사건 법률조항의 효력이 상실되도록 한 취지라고 보아, 피고인

52) 위 사건의 다수의견.

53) 대법관 안대희, 대법관 신영철, 대법관 이인복 3인이다.

에 대한 야간옥외집회 주최의 공소사실은 형벌의 근거가 되는 위 법률조항이 개정시한 만료 다음날부터 효력이 상실됨에 따라 ‘범죄 후 법령 개폐로 형이 폐지되었을 때’에 해당한다고 볼 수 있으므로, 형사소송법 제326조 제4호에 따라 면소를 선고하여야 한다고 하였다.

5. 소결

위의 대법원 관례들의 입장을 종합하면, 대법원은 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 효력을 위헌결정과 동일하게 보아 해당 형벌조항의 제정 시까지 소급하여 효력을 상실하며, 과거 해당 형벌조항에 의하여 형사처벌을 받았던 모든 사건에 대하여 재심청구가 가능하다고 보는 듯하다. 다만 태아 성별고지금지에 관한 의료법 사건(헌재 2008. 7. 31. 2004헌마1010등 결정)과 관련하여서는, 개정 의료법 제20조 제2항, 제65조 제1항 4호, 제66조 제1항 제4호 등의 적용시기인 2009. 12. 31. 전에 행한 임부에 대한 태아의 성별 고지에 대해서는 개정 의료법의 위 개정 규정들이 소급하여 적용되는 것은 아니라고 보고 개정 전의 의료법조항을 적용하여 이루어진 영업정지처분을 적법하다고 판단하였으나, 영업정지의 행정처분이 아니라 성별고지금지위무를 위반한데 대한 형사처벌의 확정판결이 문제되었다면 재심청구를 받아들여 무죄판결을 선고하였을 것으로 보인다.

제3절 형벌규정에 대한 위헌결정의 시적 효력에 관한 학설의 태도

1. 문제의 소재

우리 헌법재판소법 제47조 제2항 단서를 해석함에 있어서 헌법재판소에 의하여 위헌선언된 법률의 효력과 관련한 독일의 당연무효설과 폐기무효설(파기무효설)의 논의가 적용될 수 있는지 살펴볼 필요가 있다. 헌법재판소법 제47조 제2항 본문의 장래효가 어떻게 실무적으로 변용되어 적용되는가를 살펴본다.

이러한 장래효의 변용으로 인한 소급효의 해석 적용이 법적으로 타당한가도 살펴보아야 한다. 이러한 작업을 통하여 헌법재판소법 제47조 제2항 단서의 소급효의 시적 범위를 제한할 수 있는가, 제한할 수 있다면 어떻게 어느 시점까지로 제한할 수 있는가를 고찰해 보고자 한다. 그 다음으로 헌법재판소가 형벌조항에 대한 위헌결정을 선고하듯이 형벌조항에 대해 헌법불합치결정을 선고할 수 있는지 여부와 그 논거를 살펴본다.

II. 법률에 대한 위헌결정의 효력에 관한 학설

위헌법률의 효력에 관하여는 두 가지가 문제되는 바, 그 하나는 헌법에 위반된 법률은 당연무효인가 아니면 당연무효는 아니고 헌법재판소에 의한 위헌판정이 있음으로써 비로소 효력을 상실하는가 하는 점이고, 그 둘은 위헌판정이 있기 전의 법률관계에 대하여 위헌선언된 법률이 적용될 수 있는가 아닌가 하는 점이다. 하지만 위 두 가지 문제가 반드시 연동되는 문제는 아니다. 이하 순서대로 살펴본다.

1. 위헌법률의 효력에 관한 학설

가. 당연무효설

- (1) 위헌법률이 원래 무효라는 전통적인 입장에 기인하고 있다. 즉, 위헌법률은 처음부터 그리고 법상 당연히, 즉 형성적 행위를 필요로 하지 않고 법적으로 무효가 된다. 위헌법률은 헌법에 저촉되면 처음부터 그 효력이 없다. 이 경우 헌법재판소의 위헌결정은 확인판결로서 단지 선언적인 효력만을 지니게 된다. 당연무효설에 의하면, 위헌법률은 당연히 효력이 없고, 헌법재판소는 기속력을 가지고 단지 위헌법률이 무효임을 확인할 뿐이라고 한다.

헌법재판소의 결정은 법률이 아니고, 또 법률의 효력 상실은 명백히 법률의 폐지와 다른 것으로, 법률은 헌법재판소의 결정으로 인해서 비로소 폐지되는 것이 아니고, 원래부터 무효이었던 것이며, 헌법재판소는 위헌

결정을 통해 당해 법률이 위헌이었음을 유권적으로 확인해 주는 것에 불과하다고 한다. 따라서 법률에 대한 위헌결정이 있었다고 해서 법률을 폐지하는 법률이 따로 제정된 것이 아니고, 당해 법률은 무효인 것으로 당연히 그 적용이 일반적으로 배제되는 상태로 존치되는 것이므로, 이러한 점을 간과하고 행위시법주의와 재판시법주의를 적용해서 당해사건에의 소급효까지도 부인해야 한다거나, 예외적으로 일반사건에까지 소급효를 인정해야 한다는 것은 타당한 입장이 아니라고 한다.⁵⁴⁾ 우리 헌법이 채택하고 있는 구체적 규범통제제도는 국민 개개인의 주관적 권리의 구체 기능을 기본적인 전제로 하는 바, 헌법재판소법 제47조 제2항은 오직 구체적 규범통제를 위해 존재하는 것이므로, 같은 조항을 해석함에 있어 주관적 권리구제를 기본적인 전제로 하지 않으면 안 되는데, 헌법이 가장 본질적이고 핵심적인 것으로 인식한 주관적 권리구제기능이 폐지무효설에 따라 부수적이고 예외적인 것으로 인식되는 것은 타당하지 않다고 한다.

우리 헌법은 구체적 규범통제를 예정하고 있음에 따라 일단 법률이 제정되고 시행되어 구체적인 법률관계에 적용된 이후에 법률의 위헌여부 판단이 이루어진다는 점에서 위헌법률의 시행시점과 위헌결정의 선고시점 사이에 존재하는 위헌법률의 적용상태를 현실적으로 회피하기 어렵다는 문제가 노정되나, 이 현상은 예방적 규범통제를 채택하지 않고 사후적 규범통제를 취하는 헌법체계 하에서는 필연적으로 나타나는 문제점이므로, 위헌 법률의 적용이 이루어진 후 비로소 법률의 위헌성에 관한 다툼이 가능하다고 하여 합헌성 추정의 법리를 적용하여 일단 위헌결정이 이루어지기 전까지는 유효한 법률임을 인정한다면 그것은 헌법 스스로 헌법의 규범성(불가침성)을 훼손하는 것이 된다고 한다.

폐지무효설의 입장에서는 사후적 규범통제라는 제도 자체는 위헌법률의 당연무효라는 원칙에 전혀 부합하지 않음을 지적하면서, 사후적 규범통제를 허용하는 법체계하에서는 헌법재판소가 법률을 위헌으로 결정한다 하더라도 위헌법률에 의해 야기된 법적인 현상을 완전히 과거의 상태로 되돌릴 수 없으므로, 당연무효설이 적용될 여지는 없고, 따라서 법률은

54) 전정환/문광삼/남복현, 앞의 책, 244쪽.

헌법재판소의 결정이 있기 전까지는 유효한 것으로 보아야 한다고 주장하나, 구체적 규범통제는 권리침해의 구제방법 중 일단 침해된 이후 침해된 권리를 사후적으로 구제해 주는 방법으로서, 이 제도 자체는 사후적인 권리구제를 모색하는 제도로서의 고유한 특성을 지닌 것일 뿐, 헌법재판소의 결정에 의해 폐지되기까지는 유효한 것임을 당연한 전제로 삼는 것은 아니라고 한다.

법규범은 구체적인 법률관계에 적용됨으로써 그 효과는 사실적 측면에서 그리고 규범적 측면에서 동시에 발생하게 되고, 헌법재판소가 법률을 위헌으로 결정한다 할지라도 양자의 효과를 모두 제거하기는 어렵다는 현실적인 문제점이 야기된다. 위헌법률에 근거한 각종 법적 행위가 법적 근거 없이 수행된 것이 되므로 사실적 효과까지 부인하기 위해서는 각종 법적 행위를 부인하여야 한다. 그런데 그렇게 할 경우 법적 혼란이 초래될 수도 있게 된다. 위헌법률이 제정된 이후 많은 시일이 도과된 다음 위헌결정이 이루어질 경우에는 이러한 법적 혼란이 더욱 가중될 것이다. 이러한 이유로 독일에서는 연방헌법재판소법 제79조 제2항에 확정력을 발생한, 더 이상 다룰 수 없는 법적 행위에 대해서는 위헌결정의 법적 효과가 영향을 미치지 않는다고 규정하게 된 것이고, 사실적 효과 그 자체에 정당성이 인정되어 존치되는 것이 아니다. 이러한 논리형식은 우리 법체계에도 그대로 반영될 수 있다.

법률의 효력 상실을 법률의 폐지로 파악함으로써 나타나는 필연적인 결과로 많은 논자들은 헌법재판소의 법률에 관한 위헌결정이 국회의 입법기능, 즉 법률의 제정, 개정 및 폐지기능을 대체하는 것으로 이해한다. 법률의 효력상실을 법률의 폐지로 파악함은 헌법재판소가 법률 폐지권을 가진다는 의미가 되는 바, 이는 헌법재판소를 소극적인 입법권자로 이해하는 것이다. 그렇다면 헌법재판, 그 중에서도 위헌법률심사의 본질을 입법작용으로 보아야 할 것이나, 국내에는 헌법재판을 제4의 국가작용 내지는 정치적 사법작용, 또는 사법작용으로 이해하는 견해만 있을 뿐, 이를 입법작용으로 이해하는 견해는 찾아볼 수 없다는 점을 주장하기도 한다.

(2) 이 견해에 대하여는, 다음과 같은 비판이 있다.⁵⁵⁾ 첫째, 특정 법률이 존속하려면, 먼저 그 효력이 발생하고 나서 그 효력이 상실될 수 있다. 그런데 당연무효설에 의하면, 위헌법률은 처음부터 당연히 무효가 된다는 것인데, 이러한 당연무효설에 의하면 위헌법률은 당연히 무효이기에 소급효 내지 장래효와 무관하게 된다. 둘째, 특정 법률이 위헌이라는 것은 효력명령을 전제로 하여 일정한 법적 요건을 충족한 경우에 발생하는 문제이지, 법적 효과인 무효와 연결되는 것은 아니다. 셋째, 위헌법률은 법상 당연히 무효라는 것은 하나의 의제일 뿐이며, 위헌결정의 주체를 도외시하고 위헌결정의 효력만을 논하는 것은 무리가 있다. 넷째, 당연 무효인 법률은 위헌법률심판의 제청대상이 될 수 없다.

(3) 이러한 당연무효설에 따르면 형벌조항에 대한 소급효를 규정한 헌법재판소법 제47조 제2항 단서는 위헌결정의 효력에 관하여 법적 안정성의 견지에서 결정 당시 이미 다룰 수 없는 것으로 확정된 법률관계에 대하여는 위헌무효의 효과를 주장할 수 없도록 한 헌법재판소법 제47조 제2항 본문과 달리 위헌법률의 효력에 관한 원칙으로 돌아가 기본권 제한의 정도가 매우 중하고 형의 집행이 종료한 경우라 하더라도 유죄판결에 따른 부수적 효과들이 상존하는 형벌법규의 경우에는 이미 판결이 확정된 사건에 대해서도 재심청구를 허용하여 소급적인 적용배제를 허용하고 있는 것으로 볼 수 있다.

나. 폐지무효설

(1) 법률에 대한 헌법재판소의 위헌결정이 있어도 그 법률의 효력이 처음부터 당연히 무효인 것은 아니고, 헌법재판소의 결정이라는 법률의 효력을 상실시키는 조치에 의하여 비로소 법률의 효력이 폐지될 수 있다고 본다. 헌법에 위반되는 법률도 일단 권위 있는 판단이 있을 때까지 유효하

55) 이부하, “법률조항에 대한 헌법재판소의 위헌결정의 소급효에 대한 고찰 - 헌법재판소 결정과 대법원 판결들을 분석하며-”, 「공법학연구」 제14권 제2호, 한국비교공법학회, 2013, 386-387쪽.

며 사실상 법질서의 일부를 구성한다는 것이다. 위헌인 법률은 특별한 취소행위에 의하여 폐지될 때까지 비록 헌법에 반한다 할지라도 유효하다는 것이다. 이에 의하면 법률의 위헌결정은 확인판결이 아니고 형성판결의 성격을 지닌다. 위헌인 법률은 헌법재판소의 결정이 있어야만 비로소 그 효력을 상실하기 때문에 헌법재판소의 결정은 창설적 효력을 가지며, 위헌으로 결정한 법률이 효력을 상실하는 시점도 당연히 처음으로 소급하는 것은 아니라는 결론에 귀결된다.

폐지무효설에 따르면 위헌법률은 헌법재판소의 재판이 있어야만 그 효력을 상실하므로 그 폐지가 소급적으로 이루어지는지 아니면 장래적으로 이루어지는지의 여부는 입법정책에 맡겨질 수밖에 없다고 한다.⁵⁶⁾ 헌법재판소의 위헌결정이 소급효를 가진다는 것은 무효선언뿐만 아니라, 헌법불합치결정도 가능하다는 것을 의미한다. 우리 헌법 제107조 제1항의 위헌법률심판에 있어서 법원의 위헌법률심판제청권은 위헌법률이 당연히 무효인 것은 아니라는 것을 전제로 한다고 본다. 또 법원이 위헌법률심판제청시 헌법재판소법 제42조 제1항에 의거하여 당해 소송사건의 재판이 헌법재판소의 위헌여부의 결정이 있을 때까지 정지되는 것은 위헌법률을 제청시부터 법률로 적용할 수 없는 적용무효이기 때문이라고 한다. 위헌 여부가 문제되는 법률에 대해 헌법재판소는 과거무효의 위헌결정을 하는 것이고, 헌법재판소의 위헌결정이 있을 때까지 그 법률의 적용을 정지하는 것이라고 한다.

폐지무효설은 헌법에 위반된다는 것이 법리상 필연적으로 당연무효가 되는 것은 아니라는 점, 헌법의 최고성이나 실정법질서의 통일은 위헌법률의 효력을 없애므로써 보장할 수 있으며 위헌법률을 반드시 당연무효라고 해야 보장되는 것은 아니라는 점, 법률이 헌법에 위반되는 경우는 위반의 정도나 내용·형식·절차 등에서의 위반과 같이 평가에서 다양

56) 정태호, “법률에 대한 위헌결정의 소급효문제에 대한 비판적 고찰”, 「법률행정논총」, 전남대학교 법학연구소, 2000, 226-227쪽; 손용근, “위헌결정에 대한 소급효가 미치는 범위에 관한 비판적 고찰”, 「사법논집」 제24집, 법원도서관, 1993, 94쪽; 황우여, “위헌결정의 효력”, 「헌법재판의 이론과 실제(금광 김철수 화갑기념 논문집)」, 박영사, 1993, 316쪽.

할 수 있는 형태가 있다는 점, 국가행위 가운데 당연히 무효인 것과 무효화할 수 있는 것은 구별하여야 한다는 점, 법률이 존재하는 이상 헌법재판소에 의해 위헌으로 결정되기 전까지는 국가기관이 유효한 법률로서 적용하여야 한다는 점, 위헌결정된 법률을 처음부터 당연무효라고 하면 그 법률을 전제로 한 모든 국가행위는 근거법률이 없는 상태에서 행해진 것이라는 결론에 이른다는 점, 법률의 효력을 상실시키기 위해서는 헌법재판소의 심판을 받아야 한다는 점, 헌법에서 당연무효를 정하고 있지 않을 뿐 아니라 헌법재판소법 제47조 제2항, 제47조 제1항, 제75조 제5항의 문언해석상 당연무효설이 도출되기는 어렵다는 점 등을 근거로 하고 있다.⁵⁷⁾

(2) 폐지무효설에 대한 비판으로는 다음의 점들이 지적된다.⁵⁸⁾

첫째, 폐지무효설이 주장하는 위헌결정의 장래효나 미래효는 구체적 규범통제의 본질적 속성에 부합하지 않는다. 위헌결정의 장래효 원칙이나 미래효 원칙의 채택은 예외적인 소급효를 전제로 하지 않는 한 성립 불가능하다. 구체적 규범통제절차의 개시원인을 제공한 사건, 즉 당해사건에 관한 처리방안은 폐지무효설이 취하는 이론적 틀과는 전혀 무관하다. 헌법재판소법 제47조 제2항은 구체적 규범통제를 위하여 존재하는 것인바, 같은 조항을 해석함에 있어 주관적 권리구제를 기본적인 전제로 하지 않으면 안 된다. 헌법이 가장 본질적이고 핵심적인 것으로 인식한 주관적 권리구제기능이 헌법재판소법과 실무에서 부수적이고 예외적인 것으로 인식되는 것은 타당하지 않다.

둘째, 폐지무효설의 논리체계는 법률이 기본적으로 이미 제정되어 유효하게 적용되고 있었음을 전제로 하기 때문에 위헌결정에 의하여 당해 법률의 폐지시점만을 고려하게 되는 것인데, 이러한 태도는 일단 성립된 이상 존중되어야 한다는 법적 안정성을 우선시하는 사고로서 기본적으로 법실증주의적 관점을 취할 때에만 가능하다.

57) 정종섭, 「헌법소송법」, 박영사, 2008, 320-321쪽.

58) 진정환/문광삼/남복현, 앞의 책, 238-252쪽.

셋째, 위헌법률의 적용이 이루어진 후 비로소 법률의 위헌성에 관한 다툼이 가능하다고 하여 합헌성 추정의 법리를 적용하여 일단 위헌결정이 이루어지기 전까지는 유효한 법률임을 인정한다면 그것은 헌법 스스로 헌법의 규범성(불가침성)을 훼손하는 것이다.⁵⁹⁾ 권리침해의 구제방법에는 침해되기 이전에 침해를 방지하는 방법도 있지만, 일단 침해된 이후 침해된 권리를 사후적으로 구제해 주는 방법도 있는 바, 구체적 규범통제제도는 후자에 속하는 것으로서 사후적인 권리구제를 모색하는 제도로서의 고유한 특성을 지닌 것이지, 헌법재판소의 결정에 의해 폐지되기 전까지는 유효한 것임을 당연한 전제로 삼는 것은 아니다.

넷째, 법규범은 구체적인 법률관계에 적용됨으로써 그 효과는 사실적 측면과 규범적 측면에서 동시에 발생하게 되는 바, 헌법재판소가 법률을 위헌으로 결정한다 할지라도 양자의 효과를 모두 제거하기는 어렵다는 현실적인 어려움이 발생하고 그것을 모두 제거하려 할 경우 법적 혼란이 초래될 수 있다. 이러한 점에서 독일 연방헌법재판소법 제79조 제2항이 확정력을 발생한, 더 이상 다툴 수 없는 법적 행위에 대해서는 위헌결정의 법적 효과가 영향을 미치지 않는다고 규정하게 된 것인바, 이러한 논리형식은 우리 법체계에도 그대로 반영할 수 있다.

다섯째, 폐지무효설을 취하는 학자들은 법률의 효력 상실을 법률의 폐지로 파악함으로써 인하여 헌법재판소의 법률에 대한 위헌결정이 국회의 입법기능, 즉 법률의 제정, 개정 및 폐지기능을 대체하는 것으로 이해하고 있는데, 그렇게 본다면 헌법재판소는 소극적인 입법권자로 되고 헌법재판, 특히 위헌법률심판의 본질을 입법작용으로 보아야 할 것이다. 그러나 국내에서 헌법재판, 위헌법률심판의 본질을 제4의 국가작용 내지 정치적 사법작용 또는 사법작용으로 파악하는데 이견이 없다.

(3) 폐지무효설에 입각하게 되면, 헌법재판소법 제47조 제2항 단서가 규정하

59) 정종섭 교수는 폐지무효설의 입장이지만, 헌법재판소의 위헌결정이 있기 전에는 법률은 입법형성권을 가진 국가기관인 국회가 행한 입법작용의 결과로서 통용력을 지니고 있기 때문에 유효한 것일 뿐 법률의 합헌성이 추정되기 때문은 아니라고 한다. 정종섭, 앞의 책, 321쪽.

는 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효는 법적 안정성을 중시하여 원칙적 장래효를 규정한 같은 조 본문에 대하여 형벌에 관한 법률조항에 대하여는 실질적 정의를 중시하는 해결방법을 선택하여 예외를 설정한 것으로 볼 수 있다.

다. 판례의 입장

우리나라에서 위헌법률의 효력에 관한 논의는 대부분 폐지무효설에 입각한 것으로 보인다. 대법원이나 헌법재판소의 견해도 폐지무효설에 입각한 것으로 볼 수 있다.

(1) 헌법재판소의 태도

헌법재판소는 헌법재판소법 제47조 제2항 본문에 대한 위헌법률심판사건에서 위 조항에 대해 합헌결정을 하면서 결정이유에서 위 법률조항을 특별한 예외를 허용하는 원칙규정으로 이해·해석하는 한 헌법에 위반되지 아니한다고 판시하였고, 여기서 특별한 예외는 구체적 규범통제의 실효성을 보장하기 위해서 인정된다고 보았다. 위 법률조항이 합헌인 이유에 관하여 헌법재판제도의 본질과 기능이 미래지향적인 법 규정의 재정비라는 점, 비교법적으로 고찰해볼 때 이는 우리만의 독특한 입법례가 아니고 오스트리아나 터키와 유사한 입법례라는 점, 위헌법률의 효력에 관하여 헌법은 직접적인 규정을 두고 있지 않고 입법권자의 입법형성권에 위임하고 있다는 점을 열거하였다. 헌법재판소는 헌법재판소법 제47조 제2항의 ‘효력을 상실한다’의 의미는 특정한 법률규정이 처음부터 당연히 무효로 되는 것이 아니라, 헌법재판소의 형성판결에 의해 소급적으로 효력을 잃는다는 의미로 본다. 또한 헌법재판소는 소급효를 지닌 위헌결정을 선고할 수 있는 권한을 지녔기 때문에 헌법불합치결정을 내릴 수 있는 권한도 가지고 있다고 한다. 즉, 폐지무효설에 의할 경우, 법률의 효력 상실 시점을 정함에 있어서 법률 제정 당시까지의 소급효만을 주장하지 않고 법적 안정성을 해하지 않는 시점까지 소급효의 발생시점을 정할 수 있다고 한다.

(2) 대법원의 태도

대법원은 법률의 위헌여부의 심판제청은 그 전제가 된 당해사건에서 위헌으로 결정된 법률조항을 적용받지 않으려는 데 그 목적이 있고, 만약 위헌법률심판을 제청하게 된 당해사건에 있어서도 소급효를 인정하지 않는다면 제청 당시 이미 위헌여부 심판의 전제성을 흠결하여 제청조차 할 수 없다고 해석되어야 하기 때문에, 구체적 규범통제의 실효성을 보장하기 위하여 예외적으로 소급효를 허용한다고 하여, 위헌법률심판의 계기를 제공한 당해사건에 있어 비 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효를 인정하고 있다.⁶⁰⁾ 또한, 대법원은 법원에 계속 중인 사건은 어느 것이나 위헌결정이 있기 전에 헌법재판소의 위헌결정을 위한 계기를 부여할 수 있었던 것인데도 헌법재판소의 위헌결정을 미리 받지 못한 우연한 사정 때문에 위헌법률의 적용을 받게 되어 권리구제의 측면에서 매우 불공평하고 불합리할 뿐만 아니라, 그렇게 보지 아니하면 헌법 제107조 제1항, 헌법 제111조 제1항 제1호가 규정하는 위헌법률에 대한 구체적 규범통제의 실효성도 보장하기 어려우며, 위헌결정의 효력에 관하여 위와 같이 제한적인 소급효를 인정한다 하여 법적 안정성을 크게 해칠 우려도 없다는 점을 들어, 헌법재판소의 위헌결정의 효력은 위헌결정 당시 법원에 계속 중인 사건뿐만 아니라 위헌결정 이후에 같은 이유로 제소된 일반사건에도 미친다고 보고 있다.⁶¹⁾

이러한 대법원의 논리는 헌법재판소가 법률을 위헌으로 결정함으로써 행위시법과 재판시법이 서로 달라지는 것으로 이해하는 것인바, 행위시법과 재판시법이 서로 다르다는 논리는 궁극적으로 법률의 효력 상실을 법률의 폐지로 이해함으로써 가능한 것이고, 헌법재판소법 제47조 제2항을 적용할 경우에는 구체적 규범통제의 실효성이 없어지기 때문에, 이 조항의 취지에 따른다면 권리구제를 해주지 말아야 하나, 그렇게 할 경우 권리구제의 측면에서 불공평하고 불합리한 결과가 초래되므로, 국민의 기본권을 신장해 주기 위하여 예외적으로 소급효를 허용해 준다는 것이다. 이는 헌법재판소법 제47조 제2항의 비 형벌법규의 효력 상실을 장래효 원칙을 규정한 것으로 이해하는 것으로, 폐지무효설

60) 대법원 1991. 6. 11. 선고 90다5450 판결.

61) 대법원 1993. 1. 15. 선고 92다12377 판결; 대법원 1993. 1. 15. 선고 91누5747 판결; 대법원 1993. 2. 26. 선고 92누12247 판결.

의 입장에 선 것으로 볼 수 있다.⁶²⁾

2. 위헌결정의 소급효 문제에 관한 학설

한편 법률에 대한 위헌결정이 어떤 성질을 가지는지, 즉 원칙적으로 소급효를 가지는지 아니면 법률에 의하여 결정될 수 있는 성질의 것인지에 관하여 견해가 나뉜다.

가. 소급효 긍정설

(1) 당연무효설에 따른 소급효 긍정설

위에서 본 당연무효설과 같이 법률에 대한 위헌결정은 확인판결로서 위헌결정된 법률은 당연무효라는 견해에 따르면, 위헌으로 선언된 법률은 논리상 당연히 소급적으로 효력을 상실한다고 보게 된다.

(2) 한편 폐지무효설에 따르더라도 소급효를 긍정하는 견해가 가능하다. 위헌법률의 효력에 관하여는 우리 헌법이 침묵하고 있으므로 법률 차원에서 이를 결정할 수 있지만, 위헌 선언된 법률이 소급적으로 효력을 잃는지 아닌지에 관한 사항은 단순한 입법사항으로서 입법자가 정책적으로 결정할 문제라고 볼 수는 없다는 입장이다.⁶³⁾

그 논리적 근거로는 헌법 제103조, 제27조 제1항 및 제10조 후단을 든다. 헌법 제103조는 “법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다.”라고 규정하여 법관이 헌법과 법률에 구속됨을 명시하고 있는 바, 법률이 헌법에 위반되는 때에는 어느 것을 따라야 하는가가 문제되고, 헌법의 우위, 최고법규성을 긍정한다면 당연히 법관으로서 헌법에 위반되는 법률을 적용하여서는 안 된다는 결론에 이르게 된다고 한다. 위헌결정에 원칙적으로 소급효가 없다면 법관으로서 위헌결정 이후에도 그 이전에 성립한 법률관계에 대

62) 진정환/문광삼/남복현, 앞의 책, 235-236쪽.

63) 윤진수, “위헌법률의 효력-헌법재판소법 제47조 제2항의 헌법적 검토-”, 「헌법논총」 제1집, 헌법재판소, 1990, 312-318쪽.

하여는 여전히 위헌인 법률을 적용하여야 하는데, 이는 헌법 제103조와 정면으로 모순된다는 것이다. 위 원칙은 헌법상의 원칙인 만큼 그에 대한 예외를 인정하더라도 헌법상 근거가 있어야 할 것이고, 단순히 법률에 의하여 예외를 인정할 수는 없는 것이라고 한다.

다음으로, 헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.”라고 하여 국민의 기본권으로서 재판청구권을 인정하고 있는 바, 여기서 말하는 “법률에 의한 재판”이란 재판 절차가 법률에 의하여야 하는 것만을 의미할 뿐만 아니라 그 재판의 내용 또한 법률에 의하여야 하고, 그 법률은 합헌적인 법률이어야 한다는 것이다. 따라서 국민으로서는 재판청구권에 기하여 위헌인 법률의 적용을 거부할 권리가 있다고 할 것이고, 위헌법률심사제도 자체가 법질서의 통일성을 보장하기 위한 하나의 수단이라고 할 수 있으므로 위헌결정의 소급효를 부정하는 것은 이러한 재판청구권을 부인하는 결과가 되어 허용될 수 없다고 한다.

마지막으로, 헌법 제10조 후단은 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 가진다.”고 하여 국가의 기본권 보장 의무를 규정하고 있는데, 법률이 위헌인 이유가 국민의 기본권을 침해하는데 있다면 위헌결정의 소급효를 제한하여 위헌인 법률의 계속 적용을 인정하는 것은 이러한 국가의 기본권 보장 의무에 정면으로 반하는 것이 된다고 한다.

이러한 소급효 긍정설에 따르면, 위헌결정의 효력에 관하여 형벌조항을 제외하고는 원칙적 장래효를 규정하고 있는 헌법재판소법 제47조 제2항은 헌법 제103조, 제27조 제1항, 제10조 후단에 위반되는 위헌성을 지닌다고 한다. 뿐만 아니라 위헌으로 결정된 법률조항이 당해사건에 대하여만 적용이 배제되고 그 이외의 위헌결정 이전 사건에 대하여는 그대로 적용된다면 이는 헌법상의 평등의 원칙과 어긋나게 된다고 한다. 뿐만 아니라, 어느 법률이 위헌심사절차를 거쳐 일단 위헌으로 결정되었다 하더라도 그 법률이 다른 사건에서는 여전히 적용된다면, 그 다른 사건을 다루는 법원은 다시 그 법률에 대하여 위헌제청을 하여 위헌결정을 받아 그 법률의 적용을 배제할 수 있고, 또 그와 같이 하여야 한다는 문제가 생기므로, 불필요한 절차를 거듭하게 되는 비경제 또는 불합리를 낳게 되므로 위헌결정에 원칙적으로 소급효를 인정하는 것이 문제를 직접

적으로 해결하는 길이라고 한다.

소급효의 범위에 관하여는, 위헌인 법률을 적용한 판결이 이미 확정된 경우에까지 소급효가 미쳐서 재심 등의 방법으로 다룰 기회가 보장되어야 하는가가 가장 문제되는데, 외국의 입법례들을 살펴보다라도 재심은 형사판결의 경우 등 극히 예외적으로만 인정되는 점, 확정판결에 기판력을 인정하여 특별한 사유가 없는 한 그 효력을 존중하고 재심도 극히 제한적으로만 인정하는 것은 법적 안정성을 유지하기 위한 것이고, 그러한 법적 안정성의 요구는 단순한 소송법적 차원만의 문제는 아니고 헌법상 법치국가원리에서 유래하는 헌법 차원의 문제이므로, 위헌결정의 소급효와 법적 안정성을 적정한 지점에서 조화시키는 것은 기본적으로 입법재량에 속하는 사항이라고 한다. 그리하여 법률이 위헌결정 당시에 이미 확정되어 기판력이 발생한 사안에 대하여는 특별히 구체적 타당성 내지 실체적 정의의 요청이 큰 형사판결의 경우를 제외하고는 재심청구를 허용하지 않더라도 그것은 헌법에 위반된다고 볼 수 없다는 입장을 보이고 있다.

나. 소급효 부정설

위헌결정의 소급효가 논리상 당연히 또는 헌법에 의하여 원칙적으로 인정되는 것은 아니고, 입법정책상 예외적으로 법률에 의하여 일부 소급효를 인정할 수 있다고 보는 입장이다.

우리 헌법이 위헌결정의 소급효 문제에 대하여 침묵하고 있는 한 이는 결국 입법자가 결정할 문제라고 보면서, 즉시효 주의를 채택한 헌법재판소법 제47조 제2항은 입법자가 재량범위 내에서 입법 정책적으로 즉시효 주의를 채택한 것이고 위 조항은 법적 안정성과 구체적 타당성 내지 정의를 형량하여 예외적으로 해석에 의하여 일부 소급효를 인정하는 한 헌법에 위반되지 아니한다고 본다.

다. 판례의 입장

(1) 헌법재판소의 태도

헌법재판소는 헌법재판소법 제47조 제2항에 대한 위헌소원사건(헌재 1993. 5. 13. 92헌가10등 결정)에서 이 문제에 관한 입장을 밝혔다. 헌법재판소는 헌법이 위헌으로 선고된 법률의 시적 효력범위의 문제에 관하여 직접적으로 아무런 규정을 두지 아니하고 하위법규에 맡겨 놓고 있으므로 특단의 사정이 없는 한 입법자가 법적 안정성과 개인의 권리구제 등 제반이익을 비교형량하여 가면서 결정할 입법정책의 문제라고 보았다. 입법자는 헌법 제47조 제2항 본문의 규정을 통하여 형벌법규를 제외하고는 법적 안정성을 더 높이 평가하는 방안을 선택하였는바, 이는 헌법상 법치주의 원칙의 파생인 법적 안정성 내지는 신뢰보호의 원칙에 의하여 정당화되며, 따라서 원칙적으로 이로써 헌법이 침해되는 것은 아니라고 판시하였다.

다만, 효력이 다양할 수밖에 없는 위헌결정의 특수성을 감안할 때 예외적으로 소급효를 인정하여야 할 것이라고 보았다. 즉, ① 구체적 규범통제의 실효성 보장의 견지에서 법원의 제청·헌법소원심판의 청구 등을 통하여 헌법재판소에 법률의 위헌결정을 위한 계기를 부여한 당해사건, 위헌결정이 있기 전에 이와 동종의 위헌여부에 관하여 헌법재판소에 위헌제청을 하였거나 법원에 위헌제청 신청을 한 경우의 당해사건, ② 따로 위헌제청신청을 아니하였지만 당해 법률 또는 법률의 조항이 재판의 전제가 되어 법원에 계속 중인 사건, ③ 당사자의 권리구제를 위한 구체적 타당성의 요청이 현저한 반면에 소급효를 인정하여도 법적 안정성을 침해할 우려가 없고 나아가 구법에 의하여 형성된 기득권자의 이익이 해쳐질 사안이 아닌 경우로서 소급효의 부인이 오히려 정의와 형평 등 헌법적 이념에 심히 배치되는 때에는 소급효가 인정되어야 한다고 보았다.

그리고 어떤 사안이 ③의 범주에 속하는가에 관하여는 본래적으로 규범통제를 담당하는 헌법재판소가 위헌선언을 하면서 직접 그 결정주문에서 밝혀야 할 것이나⁶⁴⁾, 직접 밝힌 바 없으면 그와 같은 경우에 해당하는가의 여부는 일반 법원이 구체적 사건에서 해당 법률의 연혁·성질·보호범의 등을 검토하고 제반 이익을 형량해서 합리적·합목적적으로 정하여 대처할 수밖에 없을 것이

64) 헌법재판소가 위헌결정을 내리면서 그 결정의 소급범위를 명시하여 밝힌 예는 현재까지 찾아볼 수 없고, 법률의 위헌결정을 내리면서 가능한 경우를 모두 검토하여 소급효를 인정하여야 할 경우를 밝힌다는 것은 실제상 기대하기 힘든 일로 보인다.

라고 보았다.

헌법재판소는 헌법재판소법 제47조 제2항의 원칙적 합헌성을 뒷받침하는 논거로 세 가지를 제시한바, ① 어떤 법률이 헌법에 위반되는 경우 그 모습에는 여러 가지가 있을 수 있는데 모두 일률적으로 소급효를 갖는 위헌결정을 내릴 수는 없다는 점, ② 미래지향적인 법 규정의 재정비라는 헌법재판의 본질과 기능상 위헌결정의 소급효는 원칙적으로 제한될 수밖에 없는 바, 헌법재판이란 법률의 위헌결정에 의하여 구법질서를 송두리째 뒤집어 과거를 백지화하는 사회혁명적인 과장을 일으키는 것이 아니고, 정의와 형평상 도저히 묵과되어서는 안 될 경우에 최소한도로 기존의 질서를 허무는 것으로 이해되며, 전면적인 소급효를 고집하게 되면 위헌선언을 주저하는 억제효과를 빚게 될 것이라는 점, ③ 법률에 대한 위헌결정의 효력에 관련된 외국의 입법례도 다양한 바 이 중 어느 방안을 택할 것인지는 헌법적 근거가 없는 한 입법자의 입법 정책적 결정사항이라는 점이 그것이다.

(2) 대법원의 태도

대법원은 1991. 6. 11. 선고 90다5450 판결 및 1991. 6. 28. 선고 90다9346 판결에서 법률의 위헌결정을 위한 계기를 부여한 당해사건에 관하여 위헌결정의 소급효가 미친다는 점을 확인한 이래, 1991. 12. 24. 선고 90다8176 판결에서는, 위와 같은 의미의 당해사건 만이 아니라 위헌결정이 있기 전에 이와 동종의 위헌여부에 관하여 헌법재판소에 위헌여부심판제청이 있거나 법원에 위헌여부심판제청이 되어 있는 경우의 당해사건과 별도로 위헌제청신청 등은 하지 아니하였으나 위헌여부가 쟁점이 되어 법원에 계속 중인 모든 일반사건에까지 위헌결정의 소급효가 인정되어야 한다고 판시하였다.

그리고 1993. 1. 15. 선고 92다12377 판결에서 마침내 헌법재판소의 위헌결정의 효력은 위헌결정 이후에 제소된 일반사건에도 미친다고 하여 결국 위헌결정의 원칙적 소급효를 인정한 이후 이러한 입장을 그대로 유지해 오고 있다. 다만, 1994. 10. 25. 선고 93다42740 판결 이래 종래의 입장을 유지하면서도 “다른 법리에 의하여 소급효를 제한할 수 있다.”라고 하여 위헌결정의 소급효원칙

에 대하여 예외를 인정할 수 있는 여지를 남겨두었다.

대법원은 위 판결에서 위헌결정의 소급효의 범위와 관련하여 “그 미치는 범위가 무한정일 수는 없고 법원이 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항을 적용하지는 않더라도 다른 법리에 의하여 그 소급효를 제한하는 것까지 부정되는 것은 아니라 할 것이며, 법적 안정성의 유지나 당사자의 신뢰보호를 위하여 불가피한 경우에 위헌결정의 소급효를 제한하는 것은 오히려 법치주의의 원칙상 요구되는 바라 할 것”이라고 판시하여 소급효원칙에 대한 예외의 기준을 제시하고 있다. 대법원은 판결이 이미 확정된 사건,⁶⁵⁾ 행정처분에 확정력이 발생한 경우⁶⁶⁾ 등을 소급효 원칙에 대한 예외로 보았다.

대법원은 위헌결정의 소급효 인정범위를 위헌결정 이후에 법원에 제소된 일반사건에까지 확장되는 것으로 봄으로써 위헌결정이 전면적으로 소급효를 가지는 것을 원칙으로 하면서 예외적으로 소급효를 제한할 수 있다는 입장을 취하고 있고, 그 예외적 소급효 제한의 범위는 당연무효설을 전제로 하는 독일기본법 하에서 독일연방헌법재판소법 명시적으로 소급효를 제한하고 있는 범위⁶⁷⁾와 대체로 일치하는 것으로 보인다. 즉, 이미 판결이 확정되어 기판력이 생긴 사안,⁶⁸⁾ 확정된 행정처분의 경우⁶⁹⁾ 위헌결정의 소급효가 제한되고, 행정처분이 확정된 경우라도 그에 기한 집행처분이 이루어지지 않은 경우에는 위헌결정 이후 집행은 할 수 없다고 보았다.⁷⁰⁾

65) 대법원 1993. 4. 27. 선고 92누9777 판결.

66) 대법원 1994. 10. 28. 선고 92누9463 판결.

67) 독일연방헌법재판소법 제79조 제2항은 특별한 법률규정이 있는 경우를 제외하고는 더 이상 취소할 수 없게 된 처분의 효력은 무효선언에 의하여 영향을 받지 않는다고 하고, 또한 무효선언에 기한 부당이득 반환청구권도 배제하고 있다. 여기서 더 이상 취소할 수 없게 된 처분이라 함은 이미 확정된 판결이나 행정처분을 말하나, 취소할 수 없이 확정된 행정처분이라도 그에 기한 강제집행이 아직 이루어지지 않았으면 그 강제집행은 허용되지 않는다. 윤진수, 앞의 논문, 297쪽.

68) 대법원 1993. 4. 27. 선고 92누9777 판결; 대법원 1994. 1. 24. 선고 94다28017 판결; 대법원 2003. 7. 11. 선고 2003다19572 판결.

69) 대법원 1994. 10. 28. 선고 92누9463 판결; 대법원 1994. 10. 28. 선고 93다41860 판결.

70) 대법원 2002. 11. 22. 선고 2002다46102 판결.

3. 소결

위헌법률의 효력에 관하여는, 헌법에 위반된 법률이 당연 무효인가 혹은 당연 무효는 아니고 헌법재판소에 의하여 위헌판정이 있음으로서 비로소 효력을 상실하는가 하는 점이다. 그러나 위헌 결정된 법률이 소급효를 가지는가, 즉 위헌판정이 있기 전의 법률관계에 대하여 위헌인 법률이 적용될 수 있는가의 여부가 위 문제에 당연히 연동되는 문제는 아니다.⁷¹⁾ 위헌법률이 당연 무효라면 위헌법률은 위헌판정이 있기 전의 법률관계에 대하여 적용될 수 없는 것이 원칙이겠지만, 법적 안정성을 위하여 입법정책적으로 위헌 판정이 있기 전의 법률관계로서 사법적으로 다룰 여지가 남아 있지 않고 확정된 경우 그 효과를 뒤집을 수 없도록 예외를 규정할 수 있다 할 것이고, 위헌법률이 당연 무효가 아니라면(폐지무효라면) 위헌판정 이전의 법률관계에 적용될 법률은 위헌판정의 소급효를 인정할 것인가에 관한 입법정책에 따라 장래효, 소급효, 미래효 중에서 선택될 수 있다.

따라서 위헌법률의 효력 문제에 있어서도 위헌법률이 당연 무효인가의 문제와 위헌결정의 소급효 유무의 문제는 나누어 고찰될 필요가 있다. 위헌법률은 당연 무효인가, 아니면 일단 유효하고 헌법재판소의 결정에 의하여 비로소 효력을 상실하는 것인가에 관하여 우리 헌법은 분명히 대답하고 있지 않다. 이 문제와 관련한 헌법의 태도를 엿볼 수 있는 규정으로서 구체적 규범통제를 규정한 헌법 제107조 제1항, 헌법 부칙 제5조를 종합하여 보더라도 위헌법률의 효력 여부에 관한 분명한 답을 찾을 수 없으므로, 이 문제는 결국 헌법보다 하위법인 헌법재판소법 제47조 제2항의 해석에 따라 이루어져야 할 것이다.

그러나 위헌법률이 당연 무효인지 여부가 헌법재판소법의 해석에 의하여 결정된다고 할 때, 위헌결정이 어떤 효력을 가지는가, 즉 원칙적으로 소급효를 가지는가 아니면 원칙적으로 장래효를 가질 뿐인가의 문제도 법률의 차원에서 결정되어도 되는 것인가에 관하여는 위의 문제와 달리 깊이 성찰해 보아야 한다. 위헌결정에 원칙적으로 소급효를 인정하여야 한다는 명시적인 헌법규정은

71) 허영, 「헌법소송법론(제4판)」, 법문사, 2009, 236쪽; 윤진수, “위헌법률의 효력-헌법재판소법 제47조 제2항의 헌법적 검토-”, 「헌법논총」 제1집, 헌법재판소, 1990, 308-320쪽.

없지만 이를 뒷받침할 헌법상의 근거로는 헌법 제103조, 제27조 제1항 및 제10조 후단이 존재한다. 위헌결정에 원칙적으로 소급효가 없다면 법관으로서의 위헌결정 이후에도 그 이전에 성립한 법률관계에 대해서는 여전히 위헌인 법률을 적용하여야 하는데, 이는 헌법 제103조와 정면으로 모순되어 보인다. 또, 헌법 제27조 제1항이 정하는 국민의 기본권으로서 재판청구권의 관점에서 볼 때 위헌결정의 소급효를 원칙적으로 부정하는 것은 재판청구권을 부인하는 결과가 되어 허용되기 어려워 보인다. 국민의 재판청구권도 기본권의 일종으로 국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 위하여 제한될 수는 있지만, 그 경우도 비례의 원칙에 따라야 하는 한계가 있으므로 단순히 법적 안정성만을 이유로 위헌결정의 소급효를 전면적으로 부정하는 것은 헌법 제37조 제2항 위반의 의심이 든다. 더욱이 국가의 기본권 보장 의무를 규정하고 있는 헌법 제10조 후단에 비추어 법률이 위헌인 이유가 국민의 기본권을 침해하는데 있는 경우, 위헌결정의 소급효를 제한하여 위헌인 법률의 계속적용을 인정하는 것은 국가의 기본권 보장 의무에 정면으로 반하게 되는 측면이 있다. 대법원 판례는 법률의 위헌결정을 위한 계기를 부여한 당해사건, 위헌결정이 있기 전에 이와 동종의 위헌여부에 관하여 헌법재판소에 위헌여부심판제청이 있거나 법원에 위헌여부심판제청이 되어 있는 경우의 당해사건은 물론, 별도로 위헌제청신청 등은 하지 아니하였으나 위헌여부가 쟁점이 되어 법원에 계속 중인 모든 일반사건은 물론, 나아가 위헌결정 이후에 해소된 일반사건에도 위헌결정의 소급효가 미친다고 위헌결정의 원칙적 소급효를 인정하고 있는 바, 당해사건의 위헌결정에 소급효를 인정하는 것은 우리 법제가 채택하고 있는 구체적 규범통제의 실효성 보장을 위해 당연한 것으로 인정되는 점, 당해 사건에 소급효를 인정한다면 동일한 쟁점으로 소송이 계속 중이던 병행사건에 대하여도 소급효를 인정하지 않을 수 없는데, 이는 비슷한 시기에 동일한 법률조항의 위헌성을 다투며 계속된 사건들 중에서 우연히 당해사건으로 선택된 사건의 당사자만 구제받는다 것은 너무 불합리하고 형평에 어긋나기 때문인 점, 위헌결정 이후에 동일한 헌법적 쟁점을 둘러싸고 제기된 일반사건의 당사자는 단지 이미 위헌결정이 있었다는 이유만으로 구제받을 수 없다고 보는 것은 형평과 정의의 관점에서 용인되기 어려운 점 등에 터 잡아 이루어진 것으로 보인다.⁷²⁾

이러한 점들을 모아보면, 헌법재판소법 제47조 제2항이 형벌법규를 제외하고는 위헌결정의 소급효를 전적으로 부정하고 있는 부분은 헌법 제103조, 제27조 제1항, 제10조 후단에 위반되어 위헌이라는 의심을 가질 수도 있다.⁷²⁾ 헌법재판소와 법원이 위헌결정의 계기가 된 당해사건, 위헌결정 당시에 법원에 계속 중인 병행사건에 대하여, 이에 더하여 법원이 위헌결정 이후에 제기된 일반 사건에 대하여 위헌결정의 소급효를 인정하여 위헌법률의 적용을 거부하는 판례의 확립을 통하여 비 형벌법규에 대한 위헌결정의 장래효 원칙을 사법적으로 다룰 수 없는 상태로 이미 확정된 법률관계에 한정함으로써, 헌법재판소법 제47조 제2항의 문제점을 해석을 통하여 완화하여 법적 안정성과 구체적 타당성, 평등의 원칙을 조화시키고 있는 점은 다행이라 하겠다.

위헌결정의 소급효 인정이 헌법차원의 문제라고 하더라도 그 적용범위에 있어서 무한계라고 할 수는 없고 법적 안정성에 의하여 어느 정도 제한을 받는 것도 헌법상 용인되는 것이라 할 수 있다. 위헌결정의 소급효와 법적 안정성을 어떻게 조화시킬 것인가는 기본적으로 입법재량의 문제라 할 것이나, 형벌에 관한 법률조항의 경우 위헌의 법률에 의하여 처벌받는 사람이 있어서는 안 된다는 구체적 타당성이 기판력의 존중이라는 법적 안정성의 요구보다 더 중대한 의미를 가지므로, 우리 입법자는 형벌에 관한 법률조항의 경우 위헌결정에 기한 재심을 허용하는 것이 더 정의에 합치한다고 보아 헌법재판소법 제47조 제2항의 규정을 두게 된 것으로 보인다.

따라서 현재의 헌법재판소법 제47조 제2항보다 더 나아가 형벌에 관한 법률조항을 포함한 모든 법률의 위헌결정에 관하여 원칙적으로 장래효를 규정하게 된다면 그에 대하여는 더 큰 위헌시비를 불러올 수 있을 것이다. 그러므로 입

72) 이상훈, “위헌결정과 헌법불합치결정의 효력 및 그 재판실무상 적용”, 「사법논집」 제38집, 법원도서관, 2004, 21-22쪽.

73) 대법원이 위헌결정의 소급효를 확정하는데에는 충분한 근거가 있지만, 결과적으로 이는 헌법재판소가 합헌결정을 내린 헌법재판소법 제47조 제2항에 어긋나는 셈이 되어 위 법조항을 무시하고 새로운 입법을 한 것이라는 비판을 받을 우려가 있다. 이렇게 법조문과 법실무 운영에 큰 괴리를 보이는 현상은 어떤 방법으로도든 해소되어야 할 것이며, 결국은 헌법재판소법 개정의 경우에 위헌결정의 효력에 관하여 원칙적으로 소급효를 인정함으로써 해결하는 것이 바람직해 보인다. 이상훈, 앞의 논문, 22쪽; 윤진수, 앞의 논문, 315쪽.

법론적으로 형벌에 관한 법률조항에 관하여도 사정변경의 원칙에 따른 위헌결정이 이루어지는 경우로서 이미 확정된 형사판결에 대한 재심을 허용하지 않아야 할 만큼 법적 안정성의 요청이 큰 예외적인 상황을 해결하기 위하여 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효를 차단하여야 할 경우에도, 위헌결정의 장래효가 원칙으로 규정되는 것은 곤란하고, 헌법 제37조 제2항을 감안하여 위헌결정의 소급효 원칙에 대한 엄격한 예외를 인정하는 규정방식이 바람직할 것으로 생각된다. 그리하여 형벌조항에 대한 위헌결정 당시에 형사판결이 확정된 사안에 대하여도 위헌결정의 소급효를 인정하는 것이 오히려 더 위헌적인 상황을 초래하는 극히 예외적인 경우에 있어서는 헌법재판소가 형벌조항에 대한 위헌결정을 선고하면서 아울러 재심청구 규정의 적용배제를 함께 명할 수 있도록 입법하는 방안을 강구해 볼 수도 있을 것이다.

Ⅲ. 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 가능여부에 관한 학설

우리 헌법재판소법 제47조 제2항 단서에 의한 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효원칙 및 같은 조 제3항에 의한 이미 확정된 형사판결에 대한 재심의 허용과 관련하여, 이미 확정된 형사판결의 기판력을 복멸시키는 것이 법적 안정성의 요청에 심히 반하는 예외적인 경우, 헌법재판소가 헌법불합치결정이라는 변형결정을 통하여 위헌결정의 소급효를 차단할 수 있는지의 문제가 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효 문제와 관련하여 제기된다. 이에 대한 학설은 크게 긍정하는 입장과 부정하는 입장으로 나누어지는데, 이 문제에 관한 자세한 검토는 이 보고서 제5장 제4절에서 이루어질 것이므로, 여기서는 간략히 일별해 본다.

1. 긍정설(헌법불합치결정 가능설)

형벌에 관한 법률(조항)을 단순히 위헌으로 결정할 때에 중대한 법적 혼란이 발생한다면 헌법불합치결정이 선고될 수 있다는 입장이다.⁷⁴⁾ 위헌으로 결정된

74) 남복현, 앞의 논문, 379-381쪽; 남복현, “헌법불합치결정을 둘러싼 법적 쟁점의 검토 - 실제적 형벌법규를 중심으로 -”, 「헌법실무연구」 제10권, 박영

형벌에 관한 법률(조항)의 효력을 형벌에 관한 법률(조항)과 헌법이 충돌하는 시점까지 소급하여 상실시키고 재심청구를 폭넓게 허용하여 정의는 철저하게 확보할 수 있지만, 이때에 법적 안정성의 파괴는 상상을 불허하므로, 이론과 현실의 절충이나 타협을 모색하여야 한다고 한다. 그리고 개선입법에서는 헌법불합치로 결정된 법률보다 범죄의 구성요건을 엄격하게 규정하거나 형량을 완화하여 규정할 것이므로, 형벌불소급의 원칙에 어긋나지 않는다고 한다. 헌법재판소법 제47조 제2항은 청구인용에 해당하는 대표적인 결정유형으로서 위헌결정을 예시한 것이라는 점, 위 조항 본문의 해석상 장래효 원칙과 예외적인 소급효를 도출해낼 수 있는 것과 마찬가지로 형벌법규에 대한 위헌결정에 의한 소급적 효력 상실의 효과나 재심청구효과를 불합치결정으로 완화시킬 수 있다고 보아야 하는 점, 형벌법규에서 반드시 정의만을 추구해야 하는 것은 아니라는 점, 독일의 경우 입법실체가 매우 치밀해서 불합치결정의 필요성이 거의 없어 헌법불합치결정이 이루어지지 않으나 우리의 경우는 그렇지 못한 경우가 많다는 점 등도 논거로 언급된다.

형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 위헌으로 결정되어야 하는데, 이때의 위헌결정에는 법률의 전부 또는 일부의 단순위헌결정은 물론 헌법재판소법 제47조 제1항이 정한 위헌결정의 일종인 헌법불합치결정도 포함된다는 견해도 있다.⁷⁵⁾

또, 헌법재판소법 제47조 제2항을 제한적으로 변형 해석하여 원칙적인 장래효와 예외적인 소급효를 그대로 인정하고, 다만 형벌과 관련 없는 법률(조항)의 미래무효와 형벌에 관한 법률(조항)의 장래효(미래무효를 포함)를 헌법재판소가 정할 수 있는 것으로 해석하는 것이 타당하다는 견해도 있다.⁷⁶⁾

그 밖에 형벌에 관한 법률(조항)이 위헌결정을 받으면 소급하여 효력을 상실하는데(헌법재판소법 제47조 제2항 단서), 형벌조항에 대하여 헌법불합치결정을 선고하고 나서 계속 적용하게 하는 것은 위헌법률에 따른 형사처벌을 허용하는 것이므로 법치국가적으로 문제가 있다고 하면서, 형사법규에 대하여 적용

사, 2009, 487-488쪽.

75) 황우여, 앞의 논문, 329쪽.

76) 이현환, “위헌결정의 방식에 관한 연구”, 「헌법재판의 이론과 실제(금광 김철수 화갑기념 논문집)」, 박영사, 1993, 290-291쪽.

중지형 헌법불합치결정은 허용되나, 잠정적용형 헌법불합치결정은 허용되지 않는다는 견해도 있다.⁷⁷⁾

2. 부정설(헌법불합치결정 불가능설)

어떠한 법률조항이 형사처벌의 근거조항이 되거나 형사처벌조항일 때에 그 규정이 위헌이면 바로 위헌을 선언해야지 헌법불합치결정은 적합하지 않다는 견해가 있다.⁷⁸⁾ 형벌에 관한 법률(조항)에 대해서 위헌결정을 하면 그 조항은 법제정 당시부터 소급하여 효력을 상실하는데, 헌법불합치결정은 법률의 효력 상실을 일정 기간 유예하는 데에 본질적 의의가 있어서, 위헌인 형벌에 관한 법률(조항)을 소급하여 효력을 상실시키는 것이 실제적 정의에 합치되고, 이때에는 법적 안정성이라는 법이념이 후퇴할 수밖에 없기 때문이라고 한다.

또, 헌법재판소법 제47조 제2항 단서와 같은 법 제75조는 형벌에 관한 법률(조항)에 대한 위헌결정의 전면적 소급효를 명시적으로 규정하고, 해당 법률(조항)을 처벌 근거법률로 적용하여 이미 확정된 유죄판결에 대해서까지도 일반적으로 재심을 청구할 수 있으므로(헌법재판소법 제47조 제3항, 제75조), 위헌결정의 전면적인 소급효가 미치는 형사사건에서 법원은 이미 헌법불합치결정을 받은 법률규정을 더는 피고인에 대한 형벌조항으로 적용할 수 없고, 헌법불합치결정으로 말미암아 사후적으로 개정된 개선입법을 그 시행 이전에 종료한 행위에 대한 처벌 근거법률로서 소급적용하는 것은 헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항에 규정된 형벌불소급원칙에 어긋난다고 하면서 형벌에 관한 법률(조항)에 대한 헌법불합치결정을 부정하는 견해도 있다.

한편, 국가가 형벌권을 발동할 수 있게 하고 국민의 형사처벌과 관련이 있는 법률조항이 위헌이면 헌법불합치결정을 자제하고 원칙적으로 단순위헌결정을 선고하여야 한다는 견해⁷⁹⁾도 있다. 법적 안정성이 헌법불합치결정을 하는 주된

77) 김현철, “한정위헌결정과 한정합헌·헌법불합치결정의 관계”, 「법학논총」 제29집 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2009, 305쪽.

78) 방승주, “헌법불합치결정의 문제점과 그 개선방안”, 「헌법학연구」 제13권 제3호, 한국헌법학회, 2007, 71쪽.

79) 박진우, “헌법불합치결정에 대한 비판적 검토”, 「법학연구」 제35집, 한국법

이유 중 하나이나, 국가의 형벌권 발동과 관련될 때에는 법적 안정성보다는 실체적 진실 발견과 구체적 정의 실현이 더 우선되어야 하는데, 헌법재판소법 제47조 제2항에서 위헌으로 결정된 형벌에 관한 법률(조항)의 직접 소급효를 인정하는 것은 법적 안정성의 요청보다 구체적 정의 실현의 요청을 우선시하는 것으로 파악할 수 있으므로, 국가의 형벌권 발동이나 국민의 형사처벌과 관련되는 법률이나 법률조항이 위헌적 요소를 내포하면 헌법재판소는 구체적 정의의 요청 때문에 단순위헌결정을 선고하여야 하고, 입법적 고려 등이 요청되어 단순위헌결정이 곤란하다면 헌법불합치결정보다는 한정위헌결정을 하는 것이 타당하다고 한다.

형벌법규의 오류를 일반 국민에게 전가해서는 안 된다는 점, 독일에서 형벌에 대한 헌법불합치결정이 이루어진 사례가 없는 점, 헌법불합치결정에 대한 실정법적 근거가 없는 점 등도 근거로 제시된다.

3. 소결

근본적으로 형벌규정의 위헌결정에 대하여 전면적인 소급효를 부여하는 것에 대하여 다양한 비판적인 견해들이 있고, 여러 가지 이유에서 이를 제한해야 할 사회적 필요성이 있다. 그러나 그러한 현실적 필요성만으로 형벌규정에 대한 헌법불합치결정이 가능하다고 보는 것은 헌법재판소법 제47조 제2항 단서의 규정을 무시하는 것으로서 현행법 하에서는 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 효력을 인정하기는 어렵다고 생각된다.

헌법재판소법이 명문으로 형벌규정에 대한 헌법불합치결정을 할 수 있는 근거규정을 두지 않은 점, 헌법재판소법은 형벌규정에 대한 위헌결정의 효력을 비 형벌규정에 대한 위헌결정의 효력과 완전히 다르게 취급하고 있는 바, 형벌규정에 대한 헌법불합치결정은 헌법재판소법 제47조 제2항 단서에 배치되는 점, 헌법불합치결정의 소급효의 범위와 개선입법의 소급효 적용범위가 다르다고 보는 이상 형벌에 대한 헌법불합치결정을 인정하더라도 개선입법의 소급적용과 관련하여 많은 문제점이 발생할 수 있는 바, 이는 형벌법규에 요구되는

학회, 2009, 10-11쪽.

속성과 맞지 않는 점, 헌법재판소가 정한 개선입법시한까지 개선입법이 이루어지지 않는 경우 헌법불합치결정은 단순위헌결정이 되어 헌법불합치결정을 한 의미나 효과가 사라지는 점, 헌법불합치결정으로 형벌규정이 무효화되므로, 개선입법에 의한 처벌은 형벌불소급의 원칙에 위반되는 점, 독일에 있어서도 형벌규정에 대한 헌법불합치결정이 있는 경우 재심을 청구할 수 있도록 규정하고 있음에도 불구하고(독일 연방헌법재판소법 제79조 제1항) 독일에서 형벌조항에 대한 헌법불합치결정이 이루어진 예를 찾아볼 수 없는 점 등을 종합하여 볼 때, 형벌규정에 대한 헌법불합치결정을 통하여 형벌규정에 대한 실효시기를 장래로 미루거나 소급효를 제한할 수 있다고 보기는 어렵다.

제3장 위헌결정의 시적 효력에 관한 외국의 입법례와 학설의 태도

제1절 서설

1. 일반적인 위헌결정의 효력에 관한 입법례

헌재 1993. 5. 13. 92헌가10등 사건에서 헌법재판소가 밝힌 법률에 대한 일반적인 위헌결정의 효력에 관련된 외국의 입법례를 살펴보면 다음 세 가지 형태로 요약된다.⁸⁰⁾

1. 위헌결정에 소급효를 원칙적으로 인정하면서 이를 부분적으로 제한하는 입법례

첫째로, 위헌결정에 소급효(ex tunc)를 원칙적으로 인정하면서 이를 부분적으로 제한하는 예로서는 독일, 스페인, 포르투갈 등이 있다.

가. 독일

독일은 “위헌인 법률은 위헌상태가 발생한 시점에 소급하여 법률상 당연히 효력을 가지지 아니한다.”는 전제하에 연방헌법재판소법 제78조⁸¹⁾에서 위헌인 법률은 무효임을 규정하면서도, 동법 제79조⁸²⁾에서는 이러한 위헌선고의 소급

80) 판례집 5-1, 226, 246-249 참조.

81) 제78조(재판) 연방헌법재판소가 연방법(聯邦法)이 기본법(基本法)과, 또는 지방법(支邦法)이 기본법 또는 기타의 연방법과 합치하지 아니한다는 확신에 이른 경우에는, 연방헌법재판소는 그 법을 무효로 선언한다. 동일한 법의 다른 규정이 동일한 이유로 기본법 또는 기타의 연방법과 합치하지 아니하는 경우에는, 연방헌법재판소는 마찬가지로 그 규정을 무효로 선언할 수 있다.

82) 제79조(재판의 효력) ①기본법에 합치하지 아니한다거나 제78조(재판)에 의하여 무효라고 선언된 규범 또는 연방헌법재판소에 의하여 기본법과 합치하지 아니하는 것으로 선언된 규범의 해석에 근거한 형사 확정 판결내용에 대하여

효를 제한하여 형사판결의 경우에는 재심이 허용되지만 그 이외에 위헌무효인 법규에 바탕을 둔 더 이상의 취소할 수 없게 된 처분(확정된 재판이나 행정처분을 의미한다고 한다)에 대하여는 그 효력에 영향을 미치지 않고, 이러한 처분에 의하여 얻은 이득도 부당이득반환청구의 대상으로 할 수 없는 것으로 규정하고 있다(이러한 소급효의 제한규정은 개별적 정의와 법적 안정성의 타협이라는 전제하에서 독일연방헌법재판소는 합헌인 것으로 계속 판시하여 오고 있다).

한편, 독일연방헌법재판소는 일찍부터 위헌선고의 소급효의 폐해를 막기 위하여 장래효 내지 미래효만 있는 헌법불합치선언을 하여 왔고 그 후 이러한 불합치선언은 동법 제31조 제2항⁸³⁾으로 반영되어 법제화되었다.

나. 스페인

스페인 헌법재판소법 제39조 제1항 및 제40조 제1항에서 헌법재판소가 위헌으로 선고한 법률은 무효라고 규정하여 위헌판결의 소급효를 인정하면서도, 형량이나 제재의 경감을 가져오거나 책임의 배제, 제한을 가져올 형사소송 또는 행정심판의 경우를 제외하고는 확정판결에 대한 재심을 허용하지 않는다고 규정하고 있다.

는 형사소송법의 규정에 의한 재심절차가 허용된다. ②그 밖의 경우에는 제95조 제2항(재판소원 및 처분소원이 인용된 경우)의 규정 또는 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고 제78조에 의하여 무효라고 선언된 규범에 근거한 더 이상 불복할 수 없는 결정은 그대로 존속한다. 이러한 결정에 근거한 집행은 허용되지 아니한다. 민사소송법의 규정에 의한 강제집행을 실행해야 할 경우에는 민사소송법 제767조의 규정을 준용한다. 이에 대해서 부당이득을 이유로 하는 청구는 불가능하다.

- 83) 제31조(재판의 구속력) ①연방헌법재판소의 재판은 연방과 지방의 헌법기관 및 모든 법원과 행정청을 구속한다. ②제13조 제6호(추상적 규범통제), 제11호(구체적 규범통제), 제12호(국제법규에 대한 위헌제정) 및 제14호(법이 연방법으로서 효력을 지속하는지 여부)의 사건에서는 연방헌법재판소의 재판은 법률로서의 효력을 가진다[제1문]. 연방헌법재판소가 법률이 기본법에 합치한다고 또는 불합치한다고, 또는 무효라고 선언한 경우에는 제13조 제8호의 2(헌법소원)의 사건에서도 위와 같다[제2문]. 법률이 기본법 또는 기타 연방법에 합치한다고 또는 불합치한다고, 또는 무효라고 선언된 경우에는 연방법무장관이 재판주문을 법률판보에 공고하여야 한다[제3문]. 제13조 제12호 및 제14호 사건의 재판주문에도 이를 준용한다[제4문].

다. 포르투갈

포르투갈은 헌법 제282조에서 헌법재판소의 위헌 또는 위법의 선언은 위헌 또는 위법으로 선언된 규범의 발효시로 소급하여 효력을 발생하지만 기판력있는 재판에 의하여 확정된 사건에는 그 소급효가 미치지 아니하고, 예외적으로 형사사건, 징계사건 및 경범죄사건에서 위헌 또는 위법의 선고가 당사자에게 유리할 때에는 확정된 사건에도 소급효가 미치며, 다만 법적 안정성이나 형평 기타 특별한 공익상의 필요가 있을 때에는 헌법재판소가 직접 위와 같은 소급효를 제한하는 재판주문을 낼 수 있도록 하고 있다.

2. 위헌결정에 장래효를 원칙으로 하면서 부분적으로 소급효를 인정하는 입법례

둘째로, 위헌결정에 장래효(ex nunc)를 원칙으로 하면서 부분적으로 소급효를 인정하는 입법례로는 오스트리아, 터키 등이 있다.

가. 오스트리아

오스트리아는 헌법 제140조 내지 제3항 내지 제4항에서 헌법재판소의 위헌 선고는 위헌인 법률을 폐지하는 것으로 규정하는 한편, 동조 제5항에서는 헌법재판소의 판결에 의한 법률의 폐지는 그 판결의 공고일로부터 효력을 발생한다고 하여 장래효를 원칙으로 하고 이 점은 형벌에 관한 법규의 경우도 마찬가지인 것으로 하며, 다만 헌법재판소는 선고 후 18개월의 범위내에서 위헌법규의 실효시기를 미래로 미룰 수 있도록 미래효(pro futuro)를 규정하고, 동조 제7항은 “헌법재판소가 위헌결정에서 달리 정하지 않는 한 위헌결정 이전에 구성요건이 실현된 사안에 대하여는 당해사건을 제외하고는 그 법률이 계속 적용된다.”고 규정하고 있다.

나. 터키

터키는 헌법 제153조에서 헌법재판소에서 위헌으로 선고된 법률 등은 그 재판이 공고된 날로부터 효력을 상실하고, 다만 필요한 경우에는 헌법재판소가 그 효력상실의 시점을 위헌공고일로부터 최장 1년까지 연기할 수 있다고 규정하고, 특히 위헌의 재판은 소급효가 없음을 명문화하고 있다.

3. 위헌결정에 소급효를 인정할 것인가를 구체적인 사건마다 결정하는 입법례

셋째로, 위헌결정에 소급효를 인정할 것인가를 구체적인 사건마다 결정하는 예로는 미합중국, 독일의 일부 주(州) 등이 있다.

가. 미합중국

미합중국에서 연방대법원의 위헌판결의 시적 효력범위에 관하여는 연방헌법이나 법률에 명문의 규정이 없고 판례로 이를 규율하는 바, “연방헌법은 소급효를 금지하지도 요구하지도 않는다.”라는 대원칙 아래 위헌판결의 시적효력범위 문제를 헌법문제로 보지 않고, 구체적인 사건마다 법적 안정성과 개인의 권리구제 등 제반이익을 비교형량하여 연방대법원이 위헌판결에 소급효를 줄 것인가를 결정할 수 있는 정책판단의 문제로 보고 있다.

나. 독일 일부 주

독일의 일부 주(헤센주 등)에서도 위헌인 주법(州法)의 소급무효를 법에서 직접 규정하지 않고, 위헌으로 확정된 때 주(州)헌법재판소가 그 판결주문에서 소급효를 부여하며, 재심을 허용할 것인가의 여부와 어떠한 조건 하에서 허용할 것인가도 함께 결정한다.

4. 우리나라

이상 비교법적 고찰에 의하여 우리 헌법재판소법 제47조 제2항은 결코 세계에 유래가 없는 특수입법례가 아니고 위헌결정에 장래효만을 인정하면서 부분적으로 소급효를 인정하는 두 번째 형태의 입법례에 속하는 것임을 알 수 있다.

II. 형벌조항의 위헌결정의 효력에 관한 입법례

형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효에 관한 입법례를 보면 다음 표와 같다.⁸⁴⁾

[표 1] 형벌조항 소급효에 관한 입법례

국가	효과	소급효 인정여부	재심 가능 여부	비고
독일(연방), 스페인		소급효 인정	재심 가능	-
포르투갈		소급효 인정 (예외적 소급효 제한)	소급효 인정시 재심 가능	현재 권한으로 예외적 소급효 제한 - 예외사유 : 법적 안정성 및 형평 기타 특별한 공익상 필요 있을 경우
오스트리아		소급효 불인정 (예외적 소급효 인정)	소급효 인정시 재심 가능	현재 권한으로 소급효 인정 여부 및 소급효 인정범위 결정
이탈리아		소급효 불인정	재심 불가	다만, 위헌결정시 확정판결의 효과 및 집행을 무효화 - 사실상 소급효 인정
프랑스, 터키, 페루		소급효 불인정	재심 불가	-
미국		명문 규정 없음	좌동	연방대법원 권한으로 소급효 인정여부 결정, 원칙적으로 확정된 사건을 제외하고 전면적으로 소급적용

84) 서규영 외 4인, 「헌법재판소법 제47조 제2항 단서의 개정에 관한 연구용역 보고서」, 법무부, 2011, 18면 이하.

이하에서는 대표적으로 독일의 법제와 연방헌법재판소의 태도(제2절), 오스트리아의 법제와 헌법재판소의 태도(제3절), 그리고 미국의 법제와 연방대법원의 태도(제4절)를 각각 살펴보기로 한다.

제2절 독일의 법제와 연방헌법재판소의 태도

1. 독일의 위헌법률심사

독일의 연방헌법재판소는 추상적 규범통제를 시행하고 있다. 연방법이나 주법이 헌법에 위배되는지 여부 또는 주법이 상위법인 연방법에 위배되는지 여부를 평가하는데, 이 경우 연방정부, 주정부 내지 연방의회 재적의원 4분의 1 이상의 청구에 의하여 연방헌법재판소가 심판하도록 되어 있다(독일기본법 제93조 제1항, 제2호, 연방헌법재판소법 제13조 제6호). 구체적 규범통제가 당해 사건에 대한 규범의 재판전제성이 위헌제청의 적법요건인 것과는 달리 추상적 규범통제에서는 실제 재판의 전제가 되지 않는 규범을 대상으로 한 심리가 가능하고, 제청자가 심판제청을 취하한 경우라고 하더라도 평가를 해야 할 필요가 있다면 위헌심판이 가능하다. 심판의 대상이 되는 법률은 원칙적으로 일반 시민을 수범자로 하는 모든 법령[Außenwirkung]에 해당하고, 순수한 행정법규들에 대해서는 위헌심사를 하지 않는 것으로 되어 있다.

구체적인 규범통제도 가능하여, 법원이 사안의 전제가 되는 법률이 위헌법률이라고 여기는 경우에는 언제나 연방헌법재판소에 결정을 구하도록 한다. 이 경우에는 법적 분쟁에 대한 결정을 위해 위헌의 의심이 있는 규범의 효력이 문제되는 것이 조건이다(기본법 제100조 제1항 제1문). 독일의 연방헌법재판소는 ‘주요 이유를 선별적으로 구성할 수 있는 등의 이유로, 재판의 기판력이 불확실하고 이러한 이유로 소송관련자들 사이에 장차의 관계에 관한 법적 분쟁이 예상될 수 있는 경우’에 재판의 전제성이 존재한다고 보아 요건의 적용범위를 정해두고 있다. 원칙적으로 재판의 전제성을 주문에 영향을 미치는 경우에 인정하고, 예외적으로 ‘재판의 결론을 이끌어내는 이유를 달리하는 데 관련되어 있고 또한 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우’에도 요건이 충족된다고 본다.

II. 헌법재판소의 결정

1. 구조

문제가 제기된 법률이 기본법(의 정신)과 상응하지 않는다는 평가가 있게 되면 연방헌법재판소는 그 규범을 무효로 선언(Nichtigerklärung)한다. 그러나 입법자가 여러가지 다른 방식을 통해서 위헌성 부분을 배제할 수 있는 경우라고 한다면 반드시 무효로 결정해야 하는 것은 아니다. 그 경우에 헌법재판소는 규범이 기본법에 합치되지 아니한다는 불합치결정(Unvereinbarerklärung)을 하는 것으로도 충분하다. 후자의 경우는 대개 평등원칙을 위배하는 경우에 있는 결정으로서, 이 때에 입법자는 위헌인 규범을 장차 포기하거나 또는 지금까지 손해를 입은 쪽에 유리한 혜택을 주는 것으로 결정내릴 가능성이 남아 있기 때문이다. 연방헌법재판소가 여기에 관여하여 해당 규범을 무효로 만드는 결정을 하게 되면, 이와 같은 입법자의 형성적인 재량을 침해하는 것일 수도 있다.⁸⁵⁾

연방헌법재판소가 법률을 기본법에 부합하는 것으로, 또는 그렇지 않다고 하거나 무효가 된다고 결정을 하면 이는 법적인 효력을 갖게 된다. 위헌이나 합헌의 확정이 모든 주체에게 효력을 발생하게 하여 국가(기관) 사이나 국민들 간에도 효력이 발생한다. 그러나 이와 같은 결정의 효력이 연방헌법재판소 자체를 언제나 구속하는 것은 아니다. 그 결정례와 다른 결정을 내리는 것도 가능하다. 이것은 연방헌법재판소의 재판관들도 결점이 없이 완벽한 재판을 할 수는 없는 것이라는 의미를 갖는 것이며,⁸⁶⁾ 다른 한편으로는 과거의 결정의 배경이 된 상황들이 영구적으로 계속 지속되는 것은 아니기 때문에 다른 평가를 할 수 있는 가능성을 열어둔다는 의미가 있다.⁸⁷⁾ 이와 같은 체계는 규범피라미드의 기본적 구조 속에서 당연한 것이라고 할 수 있다. 위헌결정의 효력이 하위의 모든 법률적 판단에 영향을 미치는 것은 타당하지만, 장차 위헌심사를 할 수 있는 헌법재판소를 구속하는 것은 불합리하기 때문이다.

85) Limbach, Das Bundesverfassungsgericht, 2. Aufl., 2010, S. 56 f.

86) Limbach, a. a. O., S. 57.

87) 낙태의 위헌성에 대한 헌법재판소 결정의 변화에 대해서는 Limbach, a. a. O., S. 57 ff.

2. 결정의 방식

가. 원칙

독일연방헌법재판소법 제78조는 ‘연방헌법재판소가 연방법이 기본법과, 또는 지방법이 기본법 또는 기타의 연방법과 합치하지 아니한다는 확신에 이른 경우에는, 연방헌법재판소는 그 법을 무효로 선언한다. 동일한 법의 다른 규정이 동일한 이유로 기본법 또는 기타의 연방법과 합치하지 아니하는 경우에는, 연방헌법재판소는 마찬가지로 그 규정을 무효로 선언할 수 있다.’고 규정하고 있다.⁸⁸⁾

그리고 제79조 제1항에서는 “기본법에 합치하지 아니한다거나 제78조에 의하여 무효라고 선언된 규범 또는 연방헌법재판소에 의하여 기본법과 합치하지 아니하는 것으로 선언된 규범의 해석에 근거한 형사 확정 판결내용에 대하여는 형사소송법의 규정에 의한 재심절차가 허용된다.”고 하고 있고,⁸⁹⁾ 제2항에서는 ‘그 밖의 경우에는 제95조 제2항(재판소원 및 처분소원이 인용된 경우)의 규정 또는 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고 제78조에 의하여 무효라고 선언된 규범에 근거한 더 이상 불복할 수 없는 결정은 그대로 존속한다. 이러한 결정에 근거한 집행은 허용되지 아니한다. 민사소송법의 규정에 의한 강제집행을 실행해야 할 경우에는 민사소송법 제767조의 규정을 준용한다. 이에 대해서 법에 부당이득을 이유로 하는 청구는 불가능하다.’고 규정하고 있다.⁹⁰⁾

88) §78 Kommt das Bundesverfassungsgericht zu der Überzeugung, daß Bundesrecht mit dem Grundgesetz oder Landesrecht mit dem Grundgesetz oder dem sonstigen Bundesrecht unvereinbar ist, so erklärt es das Gesetz für nichtig. Sind weitere Bestimmungen des gleichen Gesetzes aus denselben Gründen mit dem Grundgesetz oder sonstigem Bundesrecht unvereinbar, so kann sie das Bundesverfassungsgericht gleichfalls für nichtig erklären.

89) §79 (1) Gegen ein rechtskräftiges Strafurteil, das auf einer mit dem Grundgesetz für unvereinbar oder nach § 78 für nichtig erklärten Norm oder auf der Auslegung einer Norm beruht, die vom Bundesverfassungsgericht für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt worden ist, ist die Wiederaufnahme des Verfahrens nach den Vorschriften der Strafprozeßordnung zulässig.

90) (2) Im übrigen bleiben vorbehaltlich der Vorschrift des § 95 Abs. 2 oder einer besonderen gesetzlichen Regelung die nicht mehr anfechtbaren

나. 다른 방식

법률의 일부 또는 효력 가운데 제한적으로 무효가 된다고 하여 전체를 소급적으로 무효로 보아야 한다면 법적 안정성을 해하게 될 것이므로 상대적으로 무효인 것으로 볼 수 있다고 확인할 필요가 있기 때문에 부분적으로 무효를 결정하는 경우도 있다. 이를 부분무효결정(Teilnichtigkeitserklärung)이라고 부른다.⁹¹⁾ 특히 형사판결에 대해서 재심이 허용되는 것으로 보고 있으므로 전적으로 모두를 무효로 하는 경우에 그에 대한 사후적인 처리의 부담이 클 것이 예상되는 경우에 이와 같은 방식을 이용한다고 한다. 연방헌법재판소법 제79조에 따라 헌법재판소결정의 효력범위가 문제되는 경우에 기존에 이어져 왔던 상태를 유지하는 것과 과거의 불합리한 상황을 교정하는 것 사이에 적절한 해결방법을 모색해야만 한다. 이러한 변형된 형태의 결정이 가능한 이유는 과거 상태의 안정성이 더 중요한 것으로 보이는 경우라면, 지금 법적 관계가 다양하면서 예견할 수 없는 상황에 부딪치더라도 그 상황을 그대로 유지하게끔 하는 일종의 경직성(Aufrechterhaltung)을 중요시하는 태도로 여겨지고 있다.⁹²⁾

위에서 본 바와 같이 독일연방헌법재판소는 법률의 위헌성을 인정하면서도 그 위헌성만을 확인하고 무효의 선언을 하지 않는 이른바 헌법불합치결정(Unvereinbarerklärung)을 하는 경우도 있다. 그런데 이 결정의 성격은 불분명하며 이에 대한 근거규정도 없다. 이 변형적인 재판의 형식이 필요하다는 데에는 대체로 의견이 일치되어 있는 것으로 보인다. 이 변형재판의 목적은 규정되어 있는 무효선언의 의도치 않은 법적 효과가 생기는 것을 방지하기 위한 것이라고 한다. 또한 연방헌법재판소의 재판시점으로부터 입법자가 그 규율대상

Entscheidungen, die auf einer gemäß § 78 für nichtig erklärten Norm beruhen, unberührt. Die Vollstreckung aus einer solchen Entscheidung ist unzulässig. Soweit die Zwangsvollstreckung nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung durchzuführen ist, gilt die Vorschrift des § 767 der Zivilprozeßordnung entsprechend. Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung sind ausgeschlossen.

91) Lechner/Zuck, BVerfGG. Kommentar, 6. Aufl., § 78, Rn. 5 f.

92) Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht [정태호 역], 「독일헌법재판론」, 미리교역, 2001, 349면.

을 새롭게 규정할 때까지의 기간 동안에 위헌규범의 잠정적인 적용을 가능하게 하려는 것이었다고 한다.⁹³⁾ 무효결정에 비하여 현재까지 이루어져 왔던 규범적인 상태를 상대적으로 더 강하게 존중한다는 의미를 갖고 있다. 해당 규범이 아직까지 효력을 갖고 있는 것이고 단지 규정의 유효성이 미치는 범위에서만 제한이 있다는 결정이라고 보고 있다. 이는 법적인 상태를 완전히 무효로 만드는 것에 비하여 헌법에 위배되는 정도가 조금 덜 하므로 근본적으로는 이를 유지해야 한다는 결정에 해당한다고 한다.⁹⁴⁾ 아래 판례에서 볼 수 있듯이 효력에 대한 연방헌법재판소의 의견에 따르면 불합치결정 또한 보통의 경우에 위헌법률을 무효로 선언한 경우와 마찬가지로 더 이상 적용할 수 없는 것으로 본다는 점에서 같으며, 이러한 무효의 효력을 소급적으로 미치게 한다는 점에 대해서도 어떠한 다른 규정이 없다.⁹⁵⁾

그런데 여기서 헌법에 불합치한다는 표현(unvereinbar)이 헌법재판소가 헌법불합치결정을 내릴 때에만 사용되는 것이 아니라는 점에 대해서는 주의가 필요하다. 헌법재판소의 결정 가운데에 많은 부분이 헌법에 위배되는(verfassungswidrig), 또는 헌법에 불합치하는 것으로 쓰이는 경우가 많으나, 이러한 예가 선언되는 결정에 따라 좌우되는 것은 아니다. 결정의 종류와 무관한 (또는 상위의⁹⁶⁾) 표현으로 쓰이는 것과 구별해야 한다.

다. 무효선언의 조건

여러 상황을 종합해 보면, 독일의 연방헌법재판소의 위헌결정이 소급적으로

93) Schlaich, 앞의 책, 351면.

94) BVerfGE 61, 319(356).

95) 불합치선언이 되었으나 무효가 아닌 법률에 기초를 두고 있는 심판대상이 된 판결을 연방헌법재판소법 제95조 제3항에 의하여 취소한다. 이에 그치지 아니하고 당해 사건의 관할법원으로 하여금 당해 소송의 절차를 입법자가 위헌 규정을 헌법에 합치하는 규율을 통해서 대체할 때까지 정지할 것을 확인한다. 그리하여 당해소송의 당사자들이 재판소원에 대한 심판 이후 또는 구체적 규범통제 절차에서 심판이 행해진 후 본래 내려져야 하는 법원판결의 기판력에 의한 장애에 부딪히지 않고 경우에 따라서는 더 유리한 새로운 규정의 적용을 받는 것이 보장된다(Schlaich, 앞의 책, 362면 이하).

96) Lechner/Zuck, BVerfGG. Kommentar, 6. Aufl., § 78의 제목 II.

해당 법률을 완전히 무효로 만드는 경우는 다음과 같은 전제조건을 따르는 때라고 할 수 있다.⁹⁷⁾

- 우선 연방헌법재판소에 의해서 해당규범의 무효성이 판단되어야 한다. 예를 들어 잠정적이거나 일시적인 명령 등에 의해서 법률의 사실적 효력이 정지될 수는 없다. 왜냐하면 죄형법정주의가 있기 때문에 법률의 변경을 거치지 않고서 그러한 것들에 의해서 형벌을 부과할 수 있는 법률이 규범적인 효력을 갖고 있는가 하는 평가가 이루어질 수는 없는 것이기 때문이다. 단순위헌결정인 경우, 그리고 상응하는 새로운 법률을 제정해야 하는 입법자의 의무가 있다고 볼 수 있는 상황에서라면 위헌적인 상황이 소급적으로 처음부터 무효인 것으로 보아서는 안 된다.
- 만약에 역사적으로 법의 필요가 더 이상 요구되지 아니하여 무효로 결정된 것이 아니라 다른 이유가 있는 것이라면, 해당 규범과 유사한 내용을 가지고 있는 다른 합헌적인 규정이 존재하여야만 한다. 이와 같은 유사한 규정은 위헌여부가 문제되었다고 하더라도 그 폐지나 개정이 필요한 것으로 여겨지지 아니하였거나, 또는 다른 이유로부터도 그 규범적인 효력이 문제되지 않고 유효한 것이어야 한다. 해당하는 규범이 폐지되지 아니하였거나 일반적인 법률 경합의 원리에 의해 효력이 배제되지 아니한 것이어야 하나, 내용적으로는 위헌결정이 내려진 규범이 규율하는 상황과 같은 상황을 포괄하는 그러한 법률이 존재해야만 한다.
- 위와 같은 경우에 법률의 일부분이 무효가 되는 경우에 한하여, 그리고 그에 따라 종래의 다른 개별적인 법규들은 효력을 그대로 유지하게 된다면, 추가적인 입법적 구상의 통일성이 요구된다. 입법자가 해당 규범만 무효가 된다는 것을 인식하고서도 그 밖의 다른 규정들이 효력을 유지함에 따라 당해 규범의 무효가 있을 수도 있다는 것을 받아들이는 한에서 무효결정이 이루어질 수 있다.

97) 이하의 기준은 Ipsen, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, 1980, S. 264를 이전의 서술들을 종합하여 구성한 것임.

라. 형벌규정의 경우

헌법재판소법 제78조에 따르면 일반적인 규정의 경우에 위헌결정의 효력은 소급하여 적용된다. 즉 모든 범규범의 상황을 과거로 돌이켜 무효로 만드는 것이다. 여기서 지금까지 진행되어 온 상태를 유지해야 한다는 의미의 법적 안정성의 요청과 위헌인 법률을 소급적으로 무효로 보아야 하는 필요성 사이에 갈등이 존재하게 된다.

법률은 이러한 문제에 대해서 절충적인 해결방식을 도모하고 있다. 모든 시민을 만족시키는 방식을 취하기보다는 명백하게 법적인 생활에 가장 최선이 될 수 있는 방식을 추구한다. 법률은 무엇보다도 공법적인 작용(형사, 민사재판, 행정작용) 등의 규정에 대해서 입법자의 의도가 우선시되는 경우에 그 적용을 받도록 하고 있다. 연방헌법재판소에 따르면 법 제79조의 의도는 법적 안정성이 추구하는 평등의 원칙과 정의의 원리를 승인하는 규정이라고 보고 있다.⁹⁸⁾ 이러한 관련성에 따라서 제79조는 연방헌법재판소의 결정이 어떠한 규정을 무효로 하거나 기본법에 불합치하는 것으로 결정하는 때에는, 일반적인 법원칙의 지배를 받지 않는다고 보고 있다. 이 때 일반적인 법원칙이란 법원의 결정(판결)은 이미 진행된 법률관계에 대해서는 영향을 미치지 아니하고 장래에 있을 법적 관계에 영향을 미치게 된다는 원칙을 말한다. 바로 이 법원칙은 특히 형법적인 유죄판결이 내려진 사안이나 민사법적으로 강제집행이 이루어진 때에 예외에 놓이도록 되어 있다. 여기서 제79조는 이종의 원칙-예외 관계를 염두에 두고 있는 것이라고 보고 있다.⁹⁹⁾ 제79조 제2항 제1문은 불복할 수 없이 선언된 결정의 존재를 분명히 확인해야 한다고 하고 있다(과거관련성). 그리고 제2항 제2, 3문에서는 이러한 결정이 집행되는 것을 불허하는 내용이 담겨 있다(미래관련성). 곧 이러한 내용을 갖는 제2항은 제79조 제1항의 근본적인 내용에 대한 예외로서 유효하게 유죄판결이 내려지는 경우를 확정하고 있는 것이다.

구 연방헌법재판소법에 의하면 규범이 무효인 것으로 선언된 때에는 그와

98) BVerfGE 2, 380 (404); 7, 194 (195).

99) Lechner/Zuck, BVerfGG. Kommentar, 6. Aufl., § 79, Rn. 4a.

관련된 유효한 유죄판결에 대해서는 형사소송법의 규정에 의해서 재심을 청구할 수 있는 것으로 되어 있었다. 이후 1970년의 법개정을 통해서 연방헌법재판소에 의하여 기본법과 합치하지 아니하는 것으로 선언된 규범의 해석에 근거한 형사판결의 내용에 대하여는 형사소송법의 규정에 의한 재심절차가 허용된다고 하여 절차의 재심을 청구할 수 있는 범위가 확대되었다. 이에 따르면 유죄판결의 법적 효력은 직접적으로 폐지되는 것이 아니라 불복가능한 형태가 되었다고 보는 것이 맞다. 제1항에 규정된 새로운 재심의 허용성에 대해서는 아직 형사소송법에 규정이 만들어지지 않는 것이다.

제2항 제2문에 언급된 집행의 금지는 법률의 제2항 제1문에 규정된 결정들에 의해서 주어진 집행이라고 생각하면 된다. 이것은 제1항의 유죄판결에 대한 것이 아니다. 제79조의 1항은 세 가지의 경우를 나누어놓고 있다. 기본법에 불합치되는 것으로 결정된 규정, 무효인 규정, 그리고 헌법재판소에 의해서 기본법에 위배되는 것으로 선언된 형벌규정의 적용이 그것이다. 앞의 두 가지는 규정되어 있는 형식이며, 마지막 한 가지는 헌법에 합치되는 해석의 적용사안에 대한 것이다.¹⁰⁰⁾

법적으로 유효하게 선고된 유죄판결이 위헌적인 규정(의 해석)과 관련이 있는 것이어야 한다. 이것은 당해의 법원이 문제가 되는 규정을 근거로 하였고, 이러한 규정의 해석 및 적용이 없었다면 그 판결이 다르게 이루어졌을 것이라는 사실을 전제로 하고 있다. 위헌적인 규정(의 해석)에 관련되었는가 하는 점에 대해서는 그 가능성만 입증되는 것으로 충분하다.¹⁰¹⁾

마. 위헌결정의 효력에 대한 견해

위헌결정의 구조에는 기본적으로 법체계의 피라미드적 단계 사고가 전제되어 있다. 위헌이라는 결정이 헌법적 근거를 통해 이루어지게 된다면 그에 이어서 하위 규범들은 당연히 상위법의 당위명령 밖에 놓이게 되므로 곧 무효가 된다는 사고이다. 이러한 무효결정의 성격에 대해서 그리고 그 적용범위에 대

100) Lechner/Zuck, BVerfGG. Kommentar, 6. Aufl., § 79, Rn. 6.

101) Lechner/Zuck, BVerfGG. Kommentar, 6. Aufl., § 79, Rn. 7.

해서 명확히 하고 있는 법률규정은 없다. 기본법 제100조 제1항 제1문에 따르면 법률의 유효여부가 재판의 전제가 된다면 위헌이라고 생각하는 법률에 대해서 위헌심사를 청구할 의무를 진다고 되어 있는데, 이러한 태도에 비추어 본다면 위헌심사의 결과 무효로 결정되면 해당하는 법률이 곧 효력을 잃게 되는 것은 맞다. 그러나 그 법적 성격이나 효력범위에 대해서 학설에 맡겨져 있다. 이 점은 무효결정 뿐만 아니라, 헌법불합치결정에 있어서도 마찬가지라고 보아야 한다. 무효결정의 효력에 비하여 헌법불합치결정이 소급적용을 더 제한된다는 식의 차이는 규정되어 있지 않으며, 양자는 그 면에서 - 아래의 헌법재판소 결정례에서 보듯이 - 어떠한 차이를 염두에 두고 있지 않다고 생각된다.

다수설에 따르면 무효결정은 해당 법질서를 더 이상 사안에 귀속시킬 수 없으며, 그에 따라 어떠한 구범적인 유효성도 더 이상 갖지 못하게 만드는 것으로 보고 있다. 이러한 무효결정을 받은 법률은 이제 그때로부터 ‘구법’이 되는 것이라고 보고 있다. 이러한 태도를 일컬어 ‘당연무효설’이라고 한다. 마우러(Maurer)는 이를 가리켜, 무효결정을 받은 구법이 다시금 유효하게 될 것인가가 중요한 것이 아니라, 오히려 과거에 무효였던 법인데, 아직도 효력이 있었던 것이 문제되는 경우라고 말한다.¹⁰²⁾

물론 이처럼 연방헌법재판소가 법률에 대해서 위헌결정을 하면 당연히 소급하여 무효가 되는 것으로 보는 시각에 의할 때에도, 어느 시점까지 소급되는가가 문제될 수 있다. 이에 대해서 소급효가 이르는 시점에 대해서 아무런 단서가 없으면, 해당 법률(조항)이 헌법 이후에 발효된 경우에는 그 발효 시점으로 부터, 그리고 해당 법률(조항)이 헌법 이전에 발효된 경우에는 독일기본법의 효력이 생긴 시기까지 소급하는 것으로 이해하고 있는 것으로 보인다.¹⁰³⁾

위헌법률이 원시적으로 당연무효라는 관념은 법관의 구범심사권을 해명하고 정당화하려는 의도에서 이미 19세기 초반에 형성된 것이라고 할 수 있다.¹⁰⁴⁾ 이러한 사고를 소위 ‘무효도그마’(Nichtigkeitdogma)라고 하는데, 즉 무효인 법

102) Maurer, Die Rechtsfolgen der Nichtigkeitsklärung von Gesetzen, 1964, S. 61; Ipsen, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, 1980, S. 258에서 재인용.

103) Lechner/Zuck, BVerfGG. Kommentar, 6. Aufl., § 78, Rn. 3 f.

104) 이에 대해서는 Schlaich, 앞의 책, 340면.

률은 존재하지 않는 것으로 보고, 이에 따라서 법관은 이를 적용할 필요가 없게 되는 것이다.¹⁰⁵⁾ 이는 원시적으로(ex tunc) 무효이고, 추가적인 형성행위 없이도(ipsa jure) 법적으로 효력이 없다. 이와 같은 결정은 지금까지 이용되어 온 규범을 현실에 부합시키는 작업으로 이루어진다. 즉 당위의 내용인 해당 법 규범이 현실에 비추어 보아 더 이상 효력을 유지할 수 없다는 평가가 내려질 때에 이를 반영하기 위한 것이기 때문에 현재의 상황(Sein)을 법체계(Sollen)에 상응시키고자 하는 것이다.¹⁰⁶⁾

독일에서 이와 같은 해석에 대해서 강력한 반대의 견해가 있다. 우선 무효의 대상이 되는 법률이 역사적인 관점에서 계속 무효인 것으로 결정되었어야 하는 상태에 있었던 것인가를 문제 삼게 된다. 그 결과, 법률이 처음부터 부정당한 것이 아니라 사회적인 규범요청이 역사적으로 변경되게 된 결과로부터 위헌결정이 내려진 때에 해당한다면 이는 소급적으로 무효인 것으로 보지 않아야 한다는 주장이 있다.¹⁰⁷⁾ 또한 위헌결정이라는 것이 그 법률이 처음부터 효력이 없다는 결정과는 구별되는 것이라고 생각되어야 한다는 반론도 있다. 이에 따르면 위헌의 결정은 곧 법적용자들이 앞으로는 그 법률을 적용하지 말 것을 지시하는 것에 불과할 뿐이지, 해당 법이 처음부터 아무런 효력이 없다는 것을 선언한다고 볼 수는 없다는 것이다.¹⁰⁸⁾ 기본법 제100조에 따르면 “법원이 재판에서 그 효력이 문제되는 법률이 위헌이라 생각할 때에는 그 절차를 중지하고... 연방헌법재판소의 결정을 구해야 한다.”고 하고 있는데, 이것은 곧 법적용자가 판결에 영향을 미치게 될 수 있는 규범이 위헌적이라는 데에 대해서 확신할 때에 형성될 수 있는 절차라고 보고 있는 것이기 때문에, 그 밖의 법적 절차에서 이 규범 전체를 같은 맥락에서 완전히 무효인 것으로 볼 수 있는 것인지를 결정해 달라는 요구라고 할 수는 없다는 것이다.¹⁰⁹⁾ 특히 구체적 규범

105) Ipsen, a. a. O., S. 258.

106) Ipsen, a. a. O., S. 258. f.

107) Ipsen, J., a. a. O., S. 263. f.

108) Riechelmann, F., *Rechtssicherheit als Freiheitsschutz. Struktur des verfassungsrechtlichen Bestandsschutzes*, 2009, S. 118 f; Pestalozza, C., *Verfassungsprozessrecht*, 3. Aufl., 1991, § 20, Rn. 16.

109) Riechelmann, a. a. O.

통제에서의 이러한 점은 소급효를 허용하여 해당 법률을 처음부터 무효라고 볼 수 없다는 의미이기도 하다. 일정한 법률이 지금 문제되는 사안과 관련하여 위헌결정이 곧 이미 내려진 재판의 결과까지 모두 위헌인 법률에 의해 이루어 졌다는 평가라고 볼 수는 없는 것이기 때문이다.

또한 위헌결정을 통해서 해당 규범이 기본법 제100조에 따라 ‘효력이 없다’고 결정하게 된 것이, 곧 그 법률이 처음부터 존재하지 아니하였던 것과 같은 것으로 이해될 수 있는지도 의문이라는 지적이 있다.¹¹⁰⁾ 법률을 그와 같이 처음부터 존재하지 아니한 것으로 보고자 하는 시도는 위헌결정이 일종의 자연법적인 영향력을 갖고 있는 것처럼 행세하는 것일 뿐만 아니라, 존재하는 것까지 없애버릴 수 있는 권한, 즉 일종의 자연과학적인 역할을 담당하는 것처럼 비쳐진다는 것이다.¹¹¹⁾

그리고 결국 이와 같은 상황은 개별 국가기관의 기능 및 권력분립의 원칙에도 반할 수 있다고 보고 있다. 위헌결정 역시 법관이 해당 법규범이 적용될 수 없음을 결단한 것에 해당하는데, 이로부터 법률이 곧바로 당연무효가 된다고 보고, 이것이 소급효까지 인정되어야 한다면 이는 입법기관의 역할까지 법관이 대신 하게 되는 모습이라고 지적할 수 있다. 이러한 성격규정이 오히려 위헌적일 수 있다는 반론이 제기되고 있다.¹¹²⁾

3. 연방헌법재판소의 태도

가. 원칙 - 예외에 대한 설명

연방헌법재판소의 결정 가운데 이와 같은 독일의 위헌결정에 대한 규정의 근본적인 취지를 드러내어 보이는 예가 있다.¹¹³⁾ 이 결정에서 연방헌법재판소는 다음과 같은 태도를 보이고 있다.

연방헌법재판소법 제79조는 제1, 2항에서 연방헌법재판소의 재판부의 결정의

110) Riechelmann, a. a. O., S. 119.

111) Riechelmann, a. a. O.; Pestalozza, a. a. O.

112) Riechelmann, a. a. O., S. 120; Pestalozza, a. a. O., § 20, Rn. 17.

113) 이하는 BVerfG, 1 BvR 1905/02, 6. 12. 2005, Absatz-Nr. (1 - 72);

www.bverfg.de/entscheidungen/rs20051206_1bv190502.html 에서 인용함.

결과가 재판의 전제가 되는 어떠한 범규범을 위헌이라고 결정한 경우에 이것은 곧 법률적 효력이 생기는 것이고, 그에 대해서는 불복할 수 없음을 명시하고 있다. 이것은 입법자가 연방헌법재판소법¹¹⁴⁾을 입법할 때 가진 생각은 이와 같이 당연무효가 되는 법률의 효력은 소급적으로 무효가 되게끔 하는 데에 있었다고 보고 있다.¹¹⁵⁾ 그러면서도 이 범조문에 따라서 무효의 법적 결과는 법적 안정성 또는 법적 평안이라는 관점 하에서 제한될 수 있는 것에만 해당하게 된다는 것이다.¹¹⁶⁾

연방헌법재판소에 따르면 이러한 생각은 오늘날까지도 변경되지 않고 남아 있는 헌법재판소법 제79조 제2항 제1문에 드러나 있는데, 이는 특별한 규정 즉 헌법재판소법 제95조 제2항에 의한 경우를 제외하고는 더 이상 불복할 수 없는 결정이라고 보고 있으며, 그에 따라 무효가 된 법률의 존재성은 더 이상 문제삼지 않고 그대로 폐지되는 것으로 보고자 하는 것이라고 보고 있다. 그리고 이와 같은 원칙에 대해서 입법자는 오로지 형벌의 경우에만 예외를 두려 하는 입장이라고 하고 있다.¹¹⁷⁾ 형벌규정에 대해서 이렇게 예외를 두는 것은 형벌의 특별한 특징 때문이라고 하면서, 위헌적인 형벌규정과 관련되어 발생한 형벌의 결손이 누구의 부담으로도 귀속되지 않아야 한다는 원리로 인해서라고 보고 있다. 입법자가 연방헌법재판소법 제79조 제1항에 추가적인 재심의 사유들을 규정해 두게 된 데에 이러한 이유가 있다는 점을 밝히고 있다.¹¹⁸⁾ 이 추가적인 입법으로부터 이제 유죄판결을 받은 자들이 형사소송법에 규정된 내용에 따라서 이와 같은 법률의 문제점이 위헌적인 이유로 인해서 폐지되거나 수정된 때에는 이미 받은 유죄판결을 다시금 되돌이킬 수 있는 기회가 주어지게 된 것이며,¹¹⁹⁾ 바로 이 경우에만 결정의 효력에 예외가 존재할 수 있는 것이 된다.

114) 1951. BGBl I S. 243.

115) 이에 대해서는 BTDrucks I/788, S. 34 § 72를 볼 것.

116) 이에 대해서 자세히는 Dr. Wahl [CDU] und Neumayer [FDP] in der 112. Sitzung des 1. Deutschen Bundestages am 18. Januar 1951, Sten. Ber., S. 4227 f., 4234 (B), (C), 이에 대해서는 이미 BVerfGE 2, 380 (404 f.); 7, 194 (195 f.); 20, 230 (235); 37, 217 (262)에서도 드러난다.

117) 이에 대해서는 BVerfGE 11, 263 (265); 32, 387 (389); 37, 217 (262).

118) 이에 대해서는 BVerfGE 12, 338 (340).

119) 이에 대해서는 BVerfGE 15, 309 (312).

그 밖의 권한의 행사(예를 들어 행정행위와 법원의 판결)는 헌법재판소법 제 79조 제1항 제1문에 여전히 해당된다고 하면서,¹²⁰⁾ 그러나 이 경우들에도 아직 그 권한행사에 의해 집행이 이루어지지 않은 경우라고 한다면 위헌결정 이후에 그 집행은 하지 못하게 하는 것이 타당한데, 이것이 제2, 3문에 부합한다고 본다. 여기에 해당하는 다른 예가 민사소송법에 따른 강제집행(§ 767 ZPO)이라고 할 수 있다고 하면서 연방헌법재판소는 이와 같은 규정들 그리고 헌법재판소법 제79조 제2항의 취지로부터 다음과 같은 법적 결론들을 염두에 두고 있다고 한다. 공권력의 행위들이 위헌적인 토대에 놓여 있어 불복할 수 없는 것으로서 결정되었다고 하더라도 그것은 소급적으로 없어지는 것이 아니라 이미 과거에 흘러왔던 상태들을 제거할 수 없는 불완전한 효력만 갖는 것이라고 하는 것이다. 그렇지만 다른 한편으로 위헌적인 결정을 강제적으로 관철하는 것을 통해서 있을 수 있는 미래의 결과들은 적어도 배제되어야 하는 것이라는 생각을 보이고 있다.¹²¹⁾

바로 이와 같은 목적과 체계 사고 위에서 입법자가 연방헌법재판소법의 네 번째 개정¹²²⁾에서 제79조 제1항을 변경한 이래로 아무런 개정 없이 이어져 오늘날 유효한 규범이 되고 있다고 밝히고 있다. 이 개정법에 따르면 형사절차에서 내려진 재판이 연방헌법재판소에 의해서 더 이상 유효하지 아니한 것으로서 위헌결정이 있었던 때에는 이미 유효하게 종결된 형사절차에 대해서 재심을 할 가능성이 제한되고 있지 아니한데, 즉 그것은 법률의 변경의 효력시점에 국한되지 않는다고 한다. 오히려 명시적으로 유효한 형사재판이 연방헌법재판소에 의해서 기본법에 합치되지 아니하는 것(unvereinbar)으로 결정된 규정 또는 그 규정의 해석에 의한 경우라고 할지라도 이와 같은 재심의 가능성은 여전히 있다는 점을 명확히 하고 있다. 이러한 점에서 무효결정과 헌법불합치결정은 기본적으로 효력범위 면에서 같은 맥락에 놓이게 된다.

정부가 개정안을 내놓을 때에는 포함되지 아니하였던 이와 같은 내용의 법률은 독일연방의회의 입법안으로 거슬러 올라간다. 개정을 위한 입법안이 필요

120) 이에 대해서는 BVerfGE 15, 309 (312); 37, 217 (262); 81, 363 (384).

121) BVerfGE 20, 230 (236); 37, 217 (263); 91, 83 (90 f.); 97, 35 (48)를 볼 것.

122) 21. Dezember 1970 (BGBl I S. 1765).

하던 때였다. 왜냐하면 그 당시에는 병역기피자들에 대한 소송이 형사부에서 진행되던 시기였으므로,¹²³⁾ 연방헌법재판소에 의해서 위헌적인 것으로 결정된 법률 또는 그 해석과 관련되어 이미 유죄의 판결이 있었던 형사사건에 대해서 재심이 가능한가가 문제되었었다. 이러한 역사적 배경에서 입법안은 어떠한 법규정이 무효인 것으로 선언된 것의 형사절차에 대한 재심과 같은 맥락에 놓고자 하는 생각이었다는 것이다. 실제적으로 보면 유죄판결이 위헌적인 법률적용에 의한 것이든, 위헌적인 법규정에 의한 것이든 어떠한 근본적인 차이점도 없다. 어떠한 법규정이 연방헌법재판소에 의해서 무효가 아니라 기본법에 불합치하는 것으로 선언되는 사안의 경우도 명백하게 이에 포함시키게 되는 것은 결국 양자를 분명히 달리 선언하는 정도에만 기여하게 된다는 의도이다.¹²⁴⁾

헌법재판소법 제79조의 전체구도에 대해서 이와 같이 보완적인 내용을 추가하는 것은 제1항에 대한 예외를 설정하는 것에 그친다는 사실은 제2항의 제1문의 원칙에 대해서도 파악되는 것이며, 이것은 또한 그와 관련된 제2, 3문의 집행금지에 적용되어야 한다는 사실은 법률의 실질에서 멀어지는 것이 아니라고 보고 있다. 이와 같은 제한에 대한 근거는 그 밖에서도 드러나는 것이 아니라는 것이다. 반대로 어떠한 규범이 무효로 선언되어 더 이상 불복될 수 없는 상황과 완전히 어울리지 아니하게 되는 것이라면, 헌법재판소법 제79조 제2항 제1문과 무관한 것으로 두면서 그것이 오로지 제79조 제2항 제2, 3문에 따른 집행의 금지만에 놓여 있는 것으로써, 그리고 그에 반해 제79조 제1항이 헌법 불합치와 위헌적인 적용으로 비쳐지는 사안들에 대해서는 이미 제79조 제2항 제1문에 해당하지 아니하는 것으로 보아야 한다는 의미가 된다고 한다. 이렇게 보는 것은 제79조 2항의 법 문언을 제1항과 비교해 볼 때 그 개정이래로 드러났던 규정의 흠결이 입법자가 미리 인식하지 못했던 것으로써, 그가 독일 연방 의회에 만약에 그와 같은 것이 인식되었다라면 제2항과 제1항의 원칙-예외의 관계를 고려해 볼 때 완전히 더 폭넓게 유지된 채 남아 있었을 그런 내용이라는 점을 알 수 있게 된다고 본다. 또한 그로부터 법 제79조 제2항을 연방헌법

123) 이 사안에 대해서는 Dr. Arndt [SPD] in der 81. Sitzung des 6. Deutschen Bundestages am 2. Dezember 1970, Sten. Ber., S. 4597 (A).

124) BTDrucks VI/1471, S. 6 zu Art. 1 Nr. 15 a.

재판소가 무효선언을 하지 아니하고 기본법에 합치되지 않음을 확인하는 결정을 내린 때에도 유추하여 적용될 수 있을 것이라는 점을 밝힌 때에 이와 같은 내용으로부터 추론되었을 것이 당연하다고 할 수 있다고 하였다.¹²⁵⁾

연방헌법재판소는 규범 자체가 아니라 그 해석과 적용을 하는 방식이 기본법에 합치되지 아니한다고 선언한 경우에 다른 이해가 있을 수 없다는 점을 분명히 한다. 헌법재판소법 제79조 제1항의 범주에서와 마찬가지로 제79조 제2항은 실제로 어떠한 본질적인 차이를 법 규정의 위헌적인 적용과 위헌적인 규정 그 자체 간에 두고 있는 것이 아니라고 해야 할 것이기 때문이라는 것이다. 전자의 경우에 연방헌법재판소는 규범의 내용 가운데 이미 알려진 해석의 규칙들에 따라 가능한 몇 가지의 의미에 부합하는 경우에 그 규범이 오류가 있는 것이라고 하지 않고, 오히려 헌법에 합치하는 것으로 해석하면서, 오로지 위헌적인 방법으로 이해되는 방식만을 지적한 것이라고 할 수 있다.¹²⁶⁾ 향후에는 이와 같은 위헌적인 이해가 무효인 것으로 또는 기본법에 합치되지 않는 규정으로서 무효결정이나 헌법불합치결정을 내리게 될 수 있을 가능성을 배제하고 있는 것이다. 이러한 상황이 헌법재판소법 제31조 제2항 제2문과 제31조 제1항에 따른 다양한 법적인 효과를 고려하지 아니하고 입법자를 의도하게끔 만들었다면 위헌적인 적용의 경우를 무효와 규정의 적용범위에서 헌법불합치의 경우와 다른 것으로 받아들이는 것은 내용적인 모순의 가능성을 피하기 위해서 그리고 그에 따라서 법 제79조 제2항과 제1항의 원칙-예외관계를 유지하기 위해서 요청되었던 것이며, 이것은 제1문을 79조 제2항의 제2, 3문에 합치되게 하는 규정으로 만들고자 한 것에서 비롯되었다고 본다. 제79조 제2항은 그러므로 불복이 불가능한 선언이 법률해석의 다양성에서 비롯된 것이 아니고 그것이 헌법재판소가 위헌인 것으로 선언하는 때에 적용하게 된다는 것을 분명히 하고 있는 것이다.

125) BVerfGE 37, 217 (262 f.); 81, 363 (384) 참조.

126) 헌법합치적인 해석에 대해서는 일반적으로 BVerfGE 40, 88 (94); 64, 229 (242); 83, 201 (214 f.)를 참조하라. 법적 상태를 유지하는 목적에 대해서는 특히 BVerfGE 86, 288 (320 f.)를 볼 것.

나. 형벌 관련규정의 예

형벌규정에 의한 유죄판결내용에 대해서 재심절차가 진행된 사례는 쉽게 찾아보기 어려우므로 이하에서는 유죄판결을 받은 사안에 대해서 집행의 가능성에 대해 연방헌법재판소가 그 범위를 확정한 다른 결정을 소개한다.¹²⁷⁾ 이하의 사례에서 연방헌법재판소는 연방헌법재판소법 제79조의 해석과 관련하여 이 법에 의해서 허용되는 재심은 집행의 금지를 말하고자 하는 것이 아니라, 위헌이 결정된 규범의 폐지가 재심을 통해서 다시금 불복할 수 있게끔 한다는 내용에 지나지 않는다는 것을 밝히고 있다.

헌법소원의 청구인은 하급심판결¹²⁸⁾에서 독일형법 제330조a를 근거로 하여 3주의 금고형을 선고받았다. 법원의 유죄판결의 근거는 다음과 같았다. 피고인이 주의의무를 다 하지 아니하여서 알코올을 지나치게 많이 마셨던 것은 예견 가능한 결과로서 바로 그와 같은 방만한 행위를 할 것이라는 점에 대해서 알고 있었고, 그 상태에서 만취되어 책임무능력 상태에 빠지게 되었으며, 자연스러운 행위의사를 가지고 운전불능의 상태에서 운전을 하였다는 것은 교통질서를 위반한 것이라고 해야 한다는 것이다(독일운전면허규칙 제2, 71조, 독일도로교통규칙 제1, 8, 49조, 독일형법 제73조).

1962년 7월 26일 피고인은 법원에 소를 제기하였는데, 이에 따르면 형사소송법 제458조 제1항에 의거하여 1962년 1월 4일의 판결에 따른 형집행은 불가능하다는 것이었는데, 왜냐하면 연방헌법재판소에 의해서 위헌인 것으로 결정된 독일운전면허규칙 제2조와 제71조를 근거로 한 유죄판결이었기 때문이라고 주장하였다. 1962년 8월 6일 법원은 이 청구를 기각하였다. 피고인이 저지른바 만취한 명정(酩酊)상태에서 부주의하게 운전한 행위는 독일운전면허규칙 제71조와 독일도로교통규칙 제49조가 헌법재판소에 따라 위헌결정을 받은 것과 무관하게 여전히 다른 법, 즉 독일운전면허규칙 제2조, 도로교통법 제21조에 의해서 그 가벌성이 남아 있는 것이라고 할 수 있기 때문이라고 하였다. 이에 피고인은 1962년 8월 10일에 항소하였고, 1962년 12월 12일 고등법원도 유죄의 판

127) 이하의 내용은 BVerfG, NJW 1963, S. 756 ff. BVerfG, vom 7. 3. 1963 - 2 BvR 56/63 결정에 대한 것이다.

128) AG W. mit Urteil v. 4. 1. 1962 - 84 Es 231/61.

결을 내렸다. 그 근거는 다음과 같았다. 형사소송법 제458조에 따라서 형벌의 집행의 가능성에 대해서 이의제기를 하는 것은 집행을 명한 그 결정의 합법성 자체의 이유로는 제기될 수 없다는 것이었다. 1962년 1월 4일 법원의 판결은 연방헌법재판소에 의해서 독일운전면허규칙 제71조, 독일도로교통규칙 제49조가 무효인 것으로 결정되었지만 여전히 집행될 수 있는 것이라는 것이다.

청구인은 1963년 1월 31일 자신이 기본법 제104조에 규정된 기본권을 침해 당했다는 이유로 헌법소원을 청구하였다. 자신이 법원의 판결에 의해서 법치국가원칙에 어긋나는 방식에 의해 형집행을 당했다는 이유에서였다. 헌법재판소법 제79조 제1항에 따르면 이와 같은 형집행에 대해서는 재심의 사유가 된다고 하면서, 유죄판결을 당한 사람이 절차에 대한 재심의 가능성을 이용할 수 없게 된다면 이것은 이 법 제79조 제2항에 드러나고 있는 바, 형집행에 대해 더 불이익한 처우가 이루어질 수 있는 것을 배제하도록 하는 규정에 어긋나게끔 형벌을 부과하는 것이라고 주장하고 있다.

이에 대해서 연방헌법재판소는 다음과 같이 밝히고 있다. 판례에 의하면 유죄판결시에 있을 수 있는 결함은 원칙적으로 판결에 대한 헌법소원을 통해서만 그 정정이 허용된다고 전제한다.¹²⁹⁾ 그리고 그 결정의 권한의 범위에서 이루어진 집행절차에 의해서 형을 집행한 기관이 새로운 기본권의 침해를 야기한 것이라면, 헌법소원이 이와 같은 집행의 작용에 대해서 이루어지는 것은 허용된다고 보고 있다. 이러한 내용은 형사소송법 제458조 제1항에 규정된 바 법원의 결정에 대해서도 타당한데, 이로 인해 형집행의 가능성에 대한 불복이 있을 때에 그러하다고 한다.

그렇지만 연방헌법재판소는 위헌심사의 청구인은 그 기본권이 침해되었다고 주장하는 당해 형사재판이 형법 제330조a를 이유로 하여 이루어진 것인데, 이는 다른 부분 독일운전면허규칙 제71조와 독일도로교통규칙 제49조의 요건에 부합하는 것이라는 점이 문제된다. 이 후자의 규정들은 헌법재판소에 의해서 무효로 선언되었다는 점에서 청구인은 그 기본권이 침해되었다는 주장을 하고 있으며, 이를 이유로 하여 형의 집행이 허용되어서는 안 된다고 주장하고 있는 것이다. 이와 같은 청구는 원칙적으로 오히려 형집행절차의 법적인 결함을 근

129) BVerfGE 1, 332 (341) = NJW 1952, S. 1129.

거로 하여야만 한다는 점을 분명히 한다. 이로부터 기본법 제104조 제1항의 자유권을 침해한 경우에 청구가 가능하다는 것이다.

그렇지만 청구인의 지급과 같은 주장에서 기본권 침해가 있다는 내용은 헌법재판소법 제79조에 대한 오해에서 비롯된 것이라고 보고 있다. 이 법조문에 대해서 청구인은 형의 집행이 이미 무효가 된 법률의 법적인 효력에 힘입어 이루어지는 것으로 보고 이를 금지해야 한다고 하고 있다고 지적하고 있지만, 이 무효가 된 법률규정들은 형벌을 확정하는 것으로 가벌성을 확인하는, 즉 판결의 해석과 적용의 기초가 되는 규정들이 아니라, 이루어진 재판의 집행과 적용에 대한 규정들에 불과하다는 점을 연방헌법재판소는 명확히 구별하고 있다. 이처럼 형벌의 유무, 그 경중의 근거가 되는 법조문이 아니라 형의 작용과 집행에 대한 규정이 문제가 된 때에 이를 이유로 기본권이 침해되었다고 주장하는 것은 허용될 수 없다는 점을 근거로 들고 있는 것이다.

물론 헌법재판소는 헌법재판소가 무효로 선언한 이와 같은 성격의 규정들이 모든 경우에 집행의 가능성에 대한 것으로서 절차의 재심사유가 되지 않는 것으로 보아야 할 것인지에 대해서는 불분명한 것이기 때문에 그것이 학설에 의존되어 있다는 점을 인정하고 있다. 판례와 학설도 이에 대해서 일치된 견해가 없다는 것을 밝힌다.¹³⁰⁾ 헌법재판소법 제79조의 문언의 이해와 의미의 연결을 보았을 때, 이것은 형집행의 허용성에 대해서 이야기하고 있다고 보고 있다. 이렇게 본다면 형집행이 허용되어야 하는가 여부는 가벌성의 유무에 대한 것뿐만 아니라 실제 절차적으로 이를 관철하는 법률에도 그 근거가 놓여 있다고 해석된다. 이에 대해 헌법재판소는 입법자가 제79조 제1항과 제2항을 입법할 때에 그는 이것이 법적으로 효력을 갖는 유죄판결들에 대한 규정과 더 이상 불복할 수 없는 결정들에 대한 규정 사이를 분명히 구별하려 했다고 보려 한다. 헌법재판소는 법 제79조 제1항이 의미하는 바, 법적 효력이 부여된 유죄판결에 대해서 허용되는 재심이라는 것은 형집행을 하지 말라는 뜻이 아니라, 유죄판결을 받은 사람으로 하여금 어떠한 규범이 무효로 선언되어 폐지된 경우

130) 이러한 점은 독일이나 우리나라에서 실체형법적인 규정 이외에 형사소송법적 규정에도 소급효금지원칙이 적용되는가 여부에 대해서 견해가 나뉘는 것과 같은 맥락에 놓여 있다.

에 그것과 관련되었던 판결에 대한 재심청구의 가능성을 열어둔다는 데에 그 의미가 있다고 이해하고 있다. 제79조 제2항은 무효가 된 법률과 관련되어 있는 유죄판결이 아니라 다른 기타 권력작용(결정들)에 해당하는 것이다. 제2항 제2문에서 언급되고 있는 집행의 금지라는 것은 법률에서 이것이 제2항 제1문의 경우들에 해당되었을 때에 적용될 수 있는 개념인 것이지, 이 법의 제1항인 유죄판결의 경우에 대한 규정이 아니라고 보고 있다. 입법자료¹³¹⁾를 통해서 볼 때에도 입법자들이 이와 같은 해석 이외에 달리 의도했다고 볼 이유는 없다는 점을 분명히 언급하고 있다. 위헌인 것으로 선언된 규범들에 의해서 이루어진 유죄판결의 집행에 대해서 다른 사안들에 있어서는 그것이 법치국가원리에 비추어 볼 때 헌법소원의 대상이 될 수 있는지 여부는 이 내용 가운데 포함된 것이 아니라고 본다. 이러한 점에서 볼 때 만약에 유죄의 판결이 형법상 책임의 충족이나 형벌권의 발생에 의한 것이 아니라, 그 형벌규정과 유사한 내용을 가지고 있는 다른 법규정에 의해서 근거지어질 수 있는 것이라고 볼 수 있는 때에는, 그로부터 이루어진 유죄의 판결은 이 문제영역에 놓이는 것이 아니라고 하고 있다. 이러한 사안에서 절차에 대한 재심은 그 자체 이미 무효가 된 실질적인 판결의 근거(사안에서는 독일운전면허규칙 제71조, 독일도로교통법 제21조에 의거)만을 대신하여 진행되는 것이라는 것이다. 이와 같은 근거에서 1962년 1월 4일에 이루어진 재판의 결과에 대한 집행은 이 유죄의 판결이 있게 된 재판의 결과에 대해서 불복이 기각되어야 하는 것과 마찬가지로, 기본권의 침해에 해당하지 않으므로 특별한 영향을 받지 않고 이루어져야 한다는 것이 헌법재판소의 태도이다.

다. 소급적 무효

형벌규정의 위헌결정과 관련하여 연방헌법재판소의 또 다른 결정은 형법 제 90조a 제1항과 관련하여 정당에 특권을 부여하는 것에 대한 사항과 관련된 다.¹³²⁾ 여기서 재판부는 누구도 정당의 위헌적인 활동에 대해서 정당성을 부여

131) 연방헌법재판소법에 대한 기본법 합치성 및 법적 본질에 대한 논의로서 Ausschluß-Drucks. 94, VI. Teil, S. 78 ff.

132) BVerfGE 12, 296. 21. März 1961 31. Januar 1961 - 2 BvR 27/60 -에 대한

할 수 없다는 점을 분명히 하고자 하였다.

해당 사안이 처음 문제되었을 때의 규정은 § 90a 제1항, 제3항(15. Mai 1871의 형법전. 25. 8. 1953 개정법 BGBl. I S. 1083)이었다. 이후 연방헌법재판소는 이 법률이 기본법 제21조에 위배된다고 하여 이를 무효로 결정한 바 있다. 이 법률은 국가적 법익을 침해하는 범죄로서 국가 및 그 상징물을 모독하는 것을 행위태양으로 하고 있는데, 이를 우리 형법으로 보면 국가모독죄, 국기·국장모독죄, 국기·국장비방죄와 유사한 내용을 가진 것이었다.

당시 법률의 내용을 보면, 제1항은 헌법적인 질서나 국민의 정서에 반하는 목적이나 활동을 갖도록 조직을 결성하는 사람 또는 이와 같은 조직을 결성하기 위하여 배후에서 이를 조종하는 사람은 징역형에 처한다는 것이었으며, 제2항에서는 특별한 중대한 행위의 유형에서는 이를 가중처벌한다는 내용이 들어 있고, 제3항은 이에 대한 예외의 규정으로서 형법의 효력범위 내에서 활동하는 정치적인 정당에 대해서는 연방헌법재판소에 의해서 이러한 정당의 활동이 위헌적이라는 것이 결정된 때에 한하여 처벌한다는 내용이 들어 있었다.

이에 대해서 헌법소원을 청구한 자는 1951년부터 1956년 구속될 때까지 친공산주의적인 성격의 독소우애단(獨蘇友愛團: GDSF)의 지도적인 역할을 하던 사람이었다. 그는 동시에 독일공산당(KPD)의 당원이기도 했다. 그는 이 두 단체에서 서로 연결책을 담당하는 활동을 하고 있었는데, 1956년 11월 13일 지방법원은 그에 대해 이 두 단체의 활동을 이유로 위 범조문 등에 의거하여 2년의 징역형을 선고하였다. 이러한 판결에 불복하여 제기한 항소심에서도 원칙적으로 성공적이지 못했다. 연방대법원의 제3형사부는 이와 같은 판결을 파기하면서, 청구인의 처벌이 독소우애단의 활동으로 인해 주어진 것이라면 근거가 없는 것이라고 밝히면서, 아울러 독일공산당의 활동 때문에 내려진 유죄판결부분에 대해서도 검토가 필요하다고 하였다.

우선 연방헌법재판소는 형법 제90조a 제3항의 소급적 적용이 기본법 제103조 제2항에서 금지된 소급효에 해당하는가를 판단하였다. 항소심은 이를 금지된 소급적용이라고 본 바 있다. 연방헌법재판소는 소급효금지원칙의 적용범위에 포함되는가 여부는 전적으로 해당 규정의 법적 성격으로부터 결정되어야

구두변론을 근거로 하고 있음.

한다고 보고 있다. 그에 따라서 제90조a의 제3항에 규정되어 있는 절차는 소송법적인 성격의 것이지, 실체법적인 가벌성의 조건이 아니기 때문에, 즉 다시 말해서 이것은 형벌을 근거짓는 조건이 아니라 소송조건에 불과하기 때문에 소급효금지원칙이 금지하는 실질에 부합하지 아니하는 것으로 보았다. 항소심의 판단이 위헌적이라는 것이다.

또한 연방헌법재판소는 정당으로서 기본법 제21조에 의해서 더 우월한 지위를 누리게 되는 것은 합리적이지 않다고 하면서, 정당의 위헌성에 대해서 결정을 하는 것이 연방헌법재판소에 유보되어 있는 것은 특별한 근거가 없는 불평등한 취급이라는 점을 분명히 하고 있다. 정치적인 결속을 통한 정당의 위헌성과 그렇지 않은 다른 단체의 위헌성을 구별하여 평가하는 것은 합리적인 근거가 없다는 이유에서이다. 정치적인 배경을 통해서 인정받고 있는 정당인가 하는 점이 구성요건에 해당하는가를 결정적으로 판가름하는 조건이 되는 것은 불합리한 것으로 보고 있다.

또한 연방헌법재판소는 형법 제90조a가 결사의 자유를 규정한 기본법 제9조 2항에도 반한다고 밝혔다. 정치적인 정당들은 그러나 기본법 제9조 제2항의 의미에 부합하는 것은 아니라고 하였다. 기본법 제9조 제2항이 직접적으로 명시하고 있는 특별한 결사의 금지라는 의미는 더 나아가 형법적인 소추가 이루어지지 않는 범주 내에서의 행위를 뜻한다고 하면서 이에 해당하지 아니하는 정당들은 그에 반하여 기본법 제21조에 따라 존재하는 정당의 특권에 따른 것으로서는 위헌적이라는 것이 연방헌법재판소의 견해이며, 이러한 위헌결정은 비소급적(ex nunc)으로 적용되어야 한다는 점을 분명히 하고 있다.

기본법 제103조 제2항은 그 행위가 있을 당시의 형법이 기준이 되어야 한다는 것으로서 소급적용이 허용되지 않는다는 의미인데, 형법 제90조a는 이와 배치되는 것이 아니라고 한다. 이 규정은 단지 행위가 1951년 9월 1일 이후에 저질러진 행위에 대해서 효력이 있다는 것이며, 이에 따라 형사소추의 조건들은 이러한 기본법의 내용과 관계가 없다는 것이다. 그러므로 제90조a 제3항은 오로지 기본법 제21조인 정치적 정당의 기본권 문제에 그친다는 것이다. 기본법 제21조 제2항 제1문은 ‘그 목적이나 추종자의 행태에 있어 자유민주적 기본질서를 침해 또는 폐지하려 하거나 또는 독일연방공화국의 존립을 위태롭게 하

려고 하는 정당은 위헌'이라고 하여 위헌적인 정당을 확인하는 표지를 담고 있다. 연방헌법재판소는 이에 대한 평가를 할 때에 오로지 구성요건에 확인만을 하는데, 이때에는 기본법 제21조 제2항 제1문의 구성요건을 충족하고 있다는 점을 확인하지 아니하면서 허용된 수단을 통해서 조치들이 허용되지 아니하였다는 것을 확인하는 데에 그치는 것이라고 보고 있다. 그렇기 때문에 연방헌법재판소가 한 정당의 위헌성을 평가할 수 있는 것이지만 이것은 실체법적인 법적 상태에 해당하는 정당의 행위들과 대립되는 형식적인 장애들을 해소하는 데에 그치게 된다는 것이다.

이러한 법률의 위헌결정의 효력에 대해서 마지막으로 연방헌법재판소는 그에 소급효가 있음을 명확히 하고 있다. 형법 제90조a가 제3항에서 정당의 활동을 형법적으로 위협한다고 평가되는 이상, 이것은 기본법 제21조 제1항과 제2항에 반하는 것이 되어 무효가 되어야 한다. 그런데 이것은 소급효금지에 해당하는 것인가의 문제를 남기게 된다고 하면서, 이러한 경우라면 청구인이 독일 공산당의 활동으로서 유죄판결을 받았으므로 이것은 법적인 근거가 없는 유죄판결인 셈이라고 보고 있다. 이 지방법원의 판결, 그리고 항소심법원의 판결은 청구인의 기본권을 침해한 결과가 되었다고 본다. 이러한 점에서 판결 및 그 전제가 되는 규범이 소급적으로 전부 무효가 된다고 판시하고 있다.

라. 기한 조건부 무효

기존에 독일의 연방헌법재판소는 기간의 제한이 없는 보안감호에 대해서 합헌이라는 결정을 내렸다. 예를 들어 2004년 2월 5일의 결정에 의하면 보안감호가 형벌이라고 볼 수 없는 것이고 개선과 보안을 위한 처분에 불과한 것이기 때문에 이에 대해서는 소급효금지원칙을 적용하지 않아도 무방하다는 것이었다.¹³³⁾ 그러나 2011년 5월 4일 독일의 연방헌법재판소는 그동안 합헌결정을 해왔던 보안감호에 대해서, 그리고 독일 형법이 규정하고 있는 장기 10년이 종료한 이후의 보안감호와 사후적 보안감호에 대해 위헌결정을 내린 바 있다.¹³⁴⁾

133) 제2재판부가 진행한 5. Februar 2004, - 2 BvR 2029/01 -, 자세한 내용은 www.bverf.de/entscheidungen/rs20040205_2bvr202901.html 참조.

134) 2 BvR 2365/09, 2 BvR 740/10, 2 BvR 2333/08, 2 BvR 571/10, 2 BvR 1152/10,

독일연방헌법재판소의 제2재판부는 형법과 소년법상 보안감호의 명령과 기간을 명시하고 있는 모든 조항이 기본법 제104조에 따른 제2조 제2항 제2문의 구금인의 자유권과 일치하지 않는다고 보았다. 예를 들어 독일 형법 제67조의d 제3항은 보안감호로 인한 수용이 10년 간 집행된 경우에 법원은 피수용자가 자신의 습벽으로 인해서 피해자에게 정신적 또는 육체적으로 중한 침해를 줄 우려가 있는 경우에는 보안처분을 종료하지 않도록 하고 있다. 연방헌법재판소에서는 이러한 규정이 헌법상 차별적 명령요청을 충족하지 못한다는 점, 최고 10년 동안 보안감호를 받은 사람에 대해서 기간을 사후적으로 연장하는 것 또한 성인이나 소년에게 적용되는 형벌규정상의 보안감호에 대해서 사후적인 처분도 가능하도록 하고 있는 내용에 대한 헌법소원에서 이러한 내용들이 기본법 제20조 등의 기본법보호의 정신에 부합하지 않는다고 본 것이다.

이와 같은 근거에서 위헌결정을 내렸지만 그 효력의 범위에 대해서는 다음과 같은 제한조건을 포함시키고 있다. 다만 연방헌법재판소에서는 새로운 법규정이 효력을 발휘하기까지의 최장 2013년 5월 31일까지 위헌결정이 된 규정이 여전히 유효하다고 결정하여, 이러한 위헌결정에 소급적인 효력이 있다고 보지 않도록 하고 있다. 추가로 다음과 같은 경과규정을 두고 있다.

(1) 이전의 10년을 넘어 계속해서 보안감호의 수용 하에 있는 사건과 사후적 보안감호의 경우, '만약 사람에게서 또는 피수용인의 행동에서 심각한 폭력 또는 성범죄 등의 높은 위험성을 확실히 예측할 수 있고 이러한 경우가 치료감호법 제1조 제2항 제1호에서 의미하는 심리적 장애에서 비롯되었을 때에 보안감호 수용이나 수용기간의 연장을 명할 수 있다'고 보고 있다. 이를 집행하는 법원은 지체 없이 이러한 계속적인 보안감호의 전제조건들이 존재하고 있는지 조사하여야만 하고, 조건들이 갖추어지지 않았다고 판단되는 경우에는 보안감호인을 늦어도 2011년 12월 31일까지 석방해야만 한다. (2) 보안감호의 명령과 기간에 관한 나머지의 다른 규정들은 경과기간 동안 비례성에 대한 엄격한 평

<http://www.bundesverfassungsgericht.de/pressemitteilungen/bvg11-031.html>.

사례에 대한 분석으로는 이정념, “독일에서의 보안감호에 관한 최근 논의들 - 2011년 5월 4일 독일 연방헌법재판소의 결정을 중심으로 -”, 「법조」(660), 법조협회, 2011. 9, 287면 이하 참조.

가절차를 통하여 적용될 수 있다고 하였다. 비례성을 판단함에 있어서는 일반적으로 당사자에게 장래의 중대한 폭력범죄 또는 성범죄의 위험성이 있는 경우인가가 중요하다.

이 사례에서 독일의 연방헌법재판소는 이와 같은 위험결정을 통해 해당 법률이 무효가 된 것으로 보는 경우에 아무런 조건을 추가하지 않으면 곧 소급적으로 위험결정이 효력을 미치게 될 것이므로 일정한 효력범위에 대한 요건들을 판결 안에 포함시키는 방식을 취하고 있는 것으로 확인된다.

마. 참고 : 시대적 변화에 따른 기관력의 고려

참고로 위헌법률심사 결과 법률의 위헌성으로 인해 기본권이 침해된 것은 인정될 수 있지만, 그 배경이 된 시대적 상황의 변화로 인한 것이므로 위헌법률로 결정하지 아니한 사례를 소개하고자 한다.¹³⁵⁾ 법률의 위헌성 판단이 시대적 상황에 종속된다는 점에 대한 예가 될 것이다.

사안에서 1972년 노동법원은 노동법 제80조 이하에 따른 결정의 범위 안에서 헌법소원청구인의 노동능력을 확인한 바 있다. 그녀가 필요한 조건을 갖추고 있다는 것이었다. 그러나 이 조건에는 일정정도의 업무수행력이나 노동조합에 대한 단결력 등의 기준은 없었는데, 이 기준들은 판례가 계속하여 인정해 온 것들이다. 그런데 당시의 노동법원은 이러한 기준들이 필요 없다고 판시해 오고 있었다. 이러한 노동법원의 당시 결정은 법적 효력을 갖고 있었다. 1996년 철강산업조합인 IG Metall은 소를 제기하였는데, 청구인이 노동법적인 능력, 즉 조합원으로서 자격이 없다는 것이었다. 임금계약에 대한 협상이 청구인에 의해서 바로 종결되어 버렸고, 이러한 결과는 IG Metall 측에서 원래 그 당시의 협상에 응하지 아니한 채 그대로 지나쳐 버릴 것을 의도했던 협상이라는 이유에서였다.

135) 이하의 내용은 BVerfG, 1 BvR 4/01 vom 23.2.2001, Absatz-Nr. (1 - 14), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20010223_1bvr000401.html - 1 BvR 4/01 - 에서 인용하였다. 연방노동법원의 6. Juni 2000 - 1 ABR 21/99 - 결정 그리고 그 이전 Zwischen - Beschluss des Arbeitsgerichts Stuttgart vom 19. Februar 1998 - 15 BV 250/96 - 를 헌법소원의 대상으로 하고 있다.

공판기간에 노동법원은 IG Metall측이 행한 소제기가 이유 있다고 판시하였다. 노동법원은 1972년에 있었던 법원의 결정의 효력이 그대로 존속되지 않는다고 보고 있다. 왜냐하면 독일의 통일작업이 진행되던 기간에 실제로 본질적인 관계들이 모두 변경되어 있기 때문이라는 것이었다. 청구인은 이러한 재판에 대해서 항소하였다. 항소심에서 고등법원은 노동법원의 결정을 변경하고 IG Metall 측의 주장을 받아들이지 않고 있다. 1972년에 있었던 결정의 효력을 무위로 돌리는 것은 허용되지 않는다는 이유에서였다. 노동조합의 결정에서 실제로 중요한 관계에 대한 본질적인 내용 또한 변경된 바 없다고 보았다. 이에 대해서 IG Metall 측은 이에 다시금 연방노동법원에 상고하였다. 여기서 연방노동법원은 고등노동법원의 결정을 파기하고 지방노동법원의 손을 들어 주었다. IG Metall 측의 청구는 1972년 결정의 효력에 영향을 받지 않는다고 본 것이다. 물론 고등법원이 그랬던 것처럼 본질적인 관련성은 변경된 바 없다고 하였지만, 실질적인 법적 관련성이 변경된 것이라는 것이다. 1972년에 내려진 결정의 실질적인 효력은 독일의 통일로 인한 법률적인 일련의 조치들과 노동환경의 변화에 따라서 없어졌다는 것이 이유였다. 형식적으로 평가의 기준의 다른 모습들에 다다르게 되었는데, 왜냐하면 입법자의 의지에 따라서 결정된 바이기 때문에 더 이상 법관에 의하여 보충되어야 하는 법의 영역에 남아 있지 않게 되었다는 것이다.

헌법소원의 청구인은 이것이 기본법 제9조 제3항, 기본법 제20조 제3항을 노동법원의 중간결정 그리고 연방노동법원의 결정을 통해서 침해된 것이라고 주장하고 있다. 1972년 결정의 법적인 효력이 없어졌다는 것은 잘못된 것이며, 이것은 입법자가 단지 그와 같이 확인하겠다는 점에 대한 변경에 불과한 것이라는 주장이다. 이에 연방헌법재판소는 이 헌법소원은 법 제93조a 제2항의 의미에 부합하지 아니하는 것으로 보고 있다. 그것은 다른 기본법으로부터 답변된 내용에 부합하지 않으며, 이것은 위헌적인 법원의 판결이라 볼 수 없는 것이다.¹³⁶⁾ 그리고 이와 같은 결정이 집회 및 결사의 자유를 규정한 기본법을 침해

136) BVerfGE 90, 22 (24). 이것은 특별히 기본법 제9조 제3항의 문제이다(이에 대해서는 BVerfGE 18, 18 (27 f.); 57, 29 (37); 58, 233 (248); 64, 208 (213); 84, 212 (224 f., 229); 92, 365 (394 ff.); 93, 352 (357 ff.); 100, 214 (223)), 그리고 이와 같은 법치국가사상의 관점에 대해서는 BVerfGE 3, 225 (237

하지 않는 것이라고 한다.

또한 이는 기본법 제2조 제1항의 법치국가원칙에도 위배되지 아니한다고 하면서 법원의 결정의 효력은 실제적인 정의로서 법치국가원칙의 가장 중요한 부분을 이루는 법적 안정성의 요소이기도 하다고 강조한다. 법원의 결정과 재판은 사회 내에서 이루어지고 있는 갈등의 상황을 종결시키는 작용을 하는 것으로서 이러한 결정이 집행력을 갖게 되어야만 사회구성원들에게 법적 평안이라는 결과가 생겨나는 것임을 다시 한 번 강조하고 있다.¹³⁷⁾ 법적 안정성의 원칙은 실질적 정의와 갈등의 관계에 놓일 수 있는 것이지만, 상황에 따른 자의적인 판단이 이루어지는 것은 국가의 권력이 불합리하게 수행되는 것이기 때문에, 원칙적으로 한 번 결정된 내용에 대해서는 다시금 간섭하지 않는 것이 타당하다고 보고 있다. 이 경우에 물론 이러한 원칙이 어느 정도까지 유지되어야 하는지는 불분명하다고 한다. 입법자들이 법률의 효력범위를 명시하고 있지는 않아, 이에 대해서는 학설과 판례에 맡겨져 있는 것이지만, 효력의 범위는 일반적인 시대적 상황에 놓여 있는 것으로서 특히 독일연방의 통일과 같은 시대적 상황은 그 효력의 범위를 다르게 만들 수 있는 충분한 역사적 사실이 될 수 있다는 점을 확인하고 있다.

제3절 오스트리아의 법제와 헌법재판소의 태도

1. 구조

오스트리아의 경우에는 헌법재판소의 기능이 다른 어떠한 국가보다 중요하다고 할 수 있다. 오스트리아의 헌법재판소는 가장 오래된 유럽의 헌법재판소로서 이미 90년 가까이 유지되고 있다. 헌법재판소의 기능에 대해서는 오스트리아 헌법 137조 내지 148조에 규정되어 있고, 특히 위헌법률심판에 대해서는 헌법 제139조, 제140조, 140a조, 헌법재판소법 제62조 내지 제65a조에 명시되어 있다. 또한 추상적·구체적 규범통제가 모두 가능한 것으로 되어 있다. 추상적

f.); 7, 89 (92); 15, 313 (319 f.); 47, 146 (161); 53, 115 (127 f.); 70, 297 (308 f.)를 아울러 참조할 것.

137) BVerfGE 47, 146 (161).

규범통제는 주법률에 대하여는 연방정부 또는 주의회의원 1/3의 제청에 의하여, 연방법률에 대하여는 주정부 또는 연방하원의원 1/3 또는 연방상원의원 1/3의 제청에 의하여 심판하도록 하고 있다. 구체적 규범통제는 ① 법원(독립행정위원회 등 포함)은 법률의 위헌여부가 재판의 전제가 되는 경우 위헌인 법률의 폐지를 요청하는 심판제청과, ② 위헌인 법률로 인하여 자신의 권리가 직접 침해되었다고 주장하는 개인에 있어서 그 법률이 법원의 결정이나 행정처분의 발령 없이 그 개인에게 그러한 효력을 발생한 경우에 한하여, 법률의 폐지를 요청하는 심판을 청구하는 것, 그리고 ③ 헌법재판소가 행정처분에 대한 소원 심판 등 헌법재판소에 계속 중인 사건에 적용될 법률의 위헌 여부에 대하여 직권으로 심판하는 방식의 세 가지로 나뉜다(오스트리아 헌법 제140조 제1항).

II. 결정방식과 효력

오스트리아 헌법 제140조에 따르면 헌법재판소는 법률의 폐지가 명시적으로 청구되었거나 헌법재판소가 그 법률이 전제된 법적 사안을 적용해야 할 경우에만 어떠한 법률이 위헌적인 것으로 결정할 수 있다(제3항). 헌법재판소법에 의하면 헌법재판소는 법률의 위헌성이 드러날 때 그 법률 전체에 대해서인지 또는 위헌적인 부분에 대해서만 폐지할 것인지를 같이 판단해야 한다(제64조 제1항 VfGG). 헌법재판소가 그 법률이 위헌적인 것이어서 폐지하는 것으로 판단한 경우에는 연방수상 또는 현재 주지사에게 즉시 그 폐지를 고지할 의무가 있다. 폐지는 헌법재판소가 그 폐지의 효력시기에 대해서 특별히 정하지 아니하는 한, 이러한 고지일로부터 효력이 발휘된다고 하면서, 이 기간이 18개월을 넘을 수 없게끔 규정하고 있다(헌법 제140조 제5항).

연방헌법재판소가 어떠한 법률이 위헌이라고 판단하여 폐지하는 경우에 위헌결정에 따른 추가적인 내용이 부가되지 아니하는 한 폐지의 효력은 그날로부터 개시되며, 헌법재판소에 의해서 위헌이라고 판단된 그 법률에 의해서 무효가 되었던 규정들은 다시금 효력을 되찾게 된다(제6항). 법률의 위헌결정에 대하여만 기속력이 있는 것으로 되어 있다(오스트리아 헌법 제140조 제7항).¹³⁸⁾

138) 법률의 전부 또는 일부가 아니라 그 특정 적용영역에 한정하여 이를 폐지하

이러한 입법은 헌법재판소가 법률 또는 법률조항의 위헌여부만을 결정하고, 법률의 위헌결정에만 기속력을 부여하며, 위헌으로 결정된 법률 또는 법률조항에 대해서 위헌결정일로부터 그 효력을 상실하도록 규정하고 있다는 점에서는 우리나라와 같다. 연방헌법재판소의 모든 결정에 기속력을 부여하고 있는 독일과는 다른 점이다.

오스트리아는 이처럼 원칙적으로 위헌결정의 소급효를 인정하지 아니하면서 단지 위헌법률을 장래효를 전제로 폐지할(aufheben) 수 있도록 하고 있다.¹³⁹⁾ 헌법 제140조 제5항 제3, 4문에서는 “폐지는 헌법재판소가 효력을 상실하는 기간을 명확히 하지 않은 경우에 공고일을 지나면 효력을 발생한다고 하면서 이 기간은 18개월을 넘을 수 없다.”고 하고 있다. 연방헌법재판소가 그 폐지결정에서 이렇게 제5항에 따른 기간을 정해두었다면 예외적으로 그 법률은 이 기간이 도과하는 데에 이르는 모든 사안들에 대해서 근거조문이 될 수 있다고 하고 있다(제7항 제3문). 제7항 제2문에서는 연방헌법재판소가 법률을 폐지하는 결정에서 달리 판시하지 아니한다면 폐지일 이전에 이미 구성요건이 충족된(vor der Aufhebung verwirklichten Tatbestände) 경우에는 여전히 종전의 법률이 적용된다고 규정해 두었다.

이외에 오스트리아의 헌법이나 헌법재판소법에는 형벌규정을 특별히 취급하는 예외규정이 없다. 형법, 형벌규정이나 다른 규정을 달리 취급하지 않겠다는 것인데, 위에서 본 바와 같이 ‘달리 판시하지 아니하는 경우’라는 유보적인 표현을 덧붙여서 ‘소급적으로 폐지하는 것’으로 결정할 수 있다는 점을 추가하여 놓은 것이 특징이다. 오스트리아 헌법재판소는 개개의 위헌법률에 대한 판결에

는 결정을 하는 것은 헌법재판소의 권한을 넘는 것으로서 허용되지 않는다고 하고 있고(VfSlg 4170/1962), 헌법재판소가 위헌법률심판의 결정 주문에서 법률의 특정 해석이나 적용에 한정하여 위헌이라고 선언하거나 이를 합헌이라고 결정한 경우는 없다. 곧 심판대상인 법률을 합헌적으로 해석하는 경우, 우리나라나 독일 연방헌법재판소와는 달리, 결정주문에서는 위헌제정 기각 또는 합헌의 선언을 하고 단지 결정이유에서 당해 법률의 합헌적 해석을 제시하고 있다(VfSlg 6142/1970; VfGH 7. 3. 1996, G 72/95).

139) 이 폐지의 효력은 그 선고와 동시에 발생하거나 선고 후 1년 이하의 기간 내에서 헌법재판소가 정한 시점에 비로소 발생할 수도 있게 되어 있다. 그 시점까지 위헌법률은 유효하며 폐지 이전에는 헌법 제89조에 따라 집행부나 일반 법원에 법률에 대한 심사권이 없다(Schlaich, 앞의 책, 341면).

서 소급효의 대상이 되는 당해소송사건의 범위에 관하여 구체적으로 결정을 내리고 있는 것으로 보인다. 이 점에서 오스트리아의 위헌결정의 효력은 우리나라 및 독일과 원칙-예외 면에서 정반대의 방법을 이용하고 있다고 볼 수 있다. 오스트리아는 형벌규정에 대한 예외를 만들지 않았지만, 결정을 통해서 예외를 둘 수 있게끔 하고 있는데 반해, 우리나라와 독일은 형벌규정에 대한 소급효를 인정해야 한다는 예외를 두고 있으면서, 소급효를 인정하지 않아야 할 구체적인 사안에 대해서 논하고 있는 것이기 때문이다. 즉 후자는 ‘예외의 예외’를 논하는 상황이다.

양 제도의 차이는 크다. 결과적으로 오스트리아의 경우에는 법적 안정성을 중시하여 ‘소급효금지원칙’을 전면에 내세우면서 특별한 경우에 구체적인 정의에 맞게 소급효를 부여할 수 있다고 하고 있지만, 우리나라와 독일의 경우에는 형법의 제한을 통한 ‘시민의 자유보장’을 정의의 원칙으로 두면서, 특별한 경우에 법적 안정성을 위하여 소급효금지원칙이 우월한 것으로 볼 수 있게끔 하고자 하는 것이기 때문이다.

III. 헌법재판소의 태도

예외적으로 소급효를 인정하게 되는 경우와 관련하여 1998년 6월 9일에 있었던 구폐기물법(Oö AbfallwirtschaftsG 1990, Landesgesetz LGBl. Nr. 63/1997 포함)에 대한 위헌결정 사례를 간단히 언급하고자 한다.¹⁴⁰⁾

오스트리아 헌법재판소는 이 법률의 위헌적인 부분을 이야기하면서 새로운 법률에 대한 결정이 ‘ex tunc’, 즉 과거의 사례에 소급적으로 효력을 갖게 되는지를 밝히고 있다. 이로부터 소급적용이 되는 사례들이 생겨나게 된다는 점을 분명히 지적하면서 내용에 의문이 드는 법문언이 있음을 이유로 해서 그 법률이 헌법에 합치되는 쪽으로 해석될 수 없다는 결론이 도출되었고, 이러한 결론이 곧 그 전에 있어왔던 법률에 의한 효력들이 소급적으로 무효가 되는 것인가 하는 물음이 생긴다고 지적한다.

140) VfGH Ents. 15164. 09.06.1998. 같은 내용이 포함된 다른 예는 VfGH. 15133. 12.03.1998.

헌법재판소는 사안과 같이 특별한 경우에 위헌의 결정 그리고 그에 따른 새로운 조치들이 과거의 상태에 소급하여 효력을 발생하게 되는 것이 타당하다고 하면서, 지금 법전에 포함되어 있는 주의 법률들이 유효하다는 뜻은 이에 대한 효력의 범위가 과거에 있었던 사안, 현재에 있는 사안 그리고 미래의 사례에도 계속 미치게 된다는 것을 뜻하는 것인데, 이러한 같은 의미에서 어떠한 법률이 위헌적인 것으로 결정되는 경우라면 그 법률도 곧 소급적으로 무효가 되는 것이라고 보게 될 경우가 있다고 하고 있다. 그리고 그 위헌적인 법률로 인해서 야기된 법적인 상태도 처음부터 헌법에 부합하지 아니하는 것이라고 볼 수도 있어야 한다고 본다. 이로부터 주법(Landesgesetz LGBL. Nr. 63/1997)이 위헌이라고 본다면 이 법률로부터 초래된 과거의 모든 사정들도 위헌인 상태이기 때문에 이를 배제해야 하는 것이라고 보는 것이 타당하고, 이를 근거로 한 헌법재판소의 심사권한도 더 이상 존재하지 않는 것으로 보아야 한다는 것이다.

법률에서 문제가 제기되는 부분은 순수하게 내용적인 것으로 이해할 수 있다고 하면서, 가능한 한 새로운 법률의 공포된 내용은 소급적으로 그리고 과거 상태를 되돌이키게끔(derogatorisch) 유효하다는 점을 헌법재판소가 명확하게 할 필요가 있다고 한다. 이러한 명확한 지적을 통해 법 관계자가 원래 공고되었던 내용과 어떠한 공통적인 효력의 경합이 없이 언제나 새로운 법률이 타당한 것으로 이해하게끔 할 것이기 때문이라고 한다. 또한 이와 같은 판단은 새로운 법률에 의하여 과거의 위헌적인 법률로 인해 초래된 상황을 교정하게 된다는 의미가 있다는 점을 강조한다. 소급효금지원칙을 배제하는 이유에 대해서는, 이것이 곧 과거의 위헌적인 법률(O.ö. Abfallwirtschaftsgesetz 1990)의 그 결함으로 인해서 과거의 의미로부터도 법적 상태가 이미 위헌적인 상황이 되었는데 하는 물음과 무관하게, 일정한 과거까지 돌이켜 새로운 법적 상태를 만들어 준다는 데에 의의가 있다고 보고 있다. 새로운 법률의 효력과 더불어 어차피 계속 유효하였던 과거의 법률들은 어떠한 내용적인 변경이 없이도 새로 결정된 이후의 상태에 맞게 이용될 것이기도 하다는 것이다.¹⁴¹⁾ 헌법과 행정법의 영역에서도 새로 등장한 주법이 그때까지 이용되어 왔던 실정법과 마찬가지로 쓰인다는 것은 이미 익숙한 것이라고 하고 있다. 물론 주법을 입법하는

141) AB Blg 989/1997를 볼 것.

사람들은 소급적으로 적용될 것을 기대하지 않고 있는데, 그들이 이와 같은 새로운 헌법에 합치되는 내용을 담은 법률의 결정은 오로지 장래를 향해서만 효력을 발휘하는 것이며, 과거의 법률적인 결정들은 그로부터 효력이 없게 되는 것으로 여기고 있다는 점은 여기서 고려되지 않는다고 밝히고 있다.

그 상황에 공고된 법률의 효력을 과거까지 소급하는 것은 원칙적으로 헌법에 부합하지 않는 것이라는 사실을 추가하고 있다. 특히 그에 앞선 선례들을 통제하고자 하는 법률이 형벌규정들에 해당하는 경우에는 더욱 그러하다고 한다. 헌법적인 이념은 소급효급지를 명하고 있고, 이러한 내용은 유럽인권협약 등에서도 분명히 확인되고 있는 죄형법정주의(*nullum crimen sine lege*)의 표현이라고 하면서,¹⁴²⁾ 일부의 문헌에 따르면 이러한 법리에 의할 때 형법적 법률이 위헌으로서 무효인 것으로 결정된 때에는 소급적으로 그 효력이 확장되지 않는다고 보기도 한다고 지적하고 있다.¹⁴³⁾ 그렇지만 이와는 달리 위헌적인 것으로 공고된 법률이 헌법재판소에 의해서 위헌이므로 폐지되어야 한다는 확정이 있는 때에는 처음의 상태로 돌려(*ex tunc*), 즉 소급하여 새로운 법률의 상태를 과거에 적용하는 것으로, 그리고 과거의 위헌적인 내용은 이로써 대체되는 것으로 보아야 하는 것인데, 그럼에도 불구하고 헌법재판소의 절차가 개시된 그 해당사안과 과거의 모든 관계되는 사안들에게까지 이 결정의 내용이 적용되는 것이 타당하게 된다는 것이다. 이와 같은 상황에서는 헌법재판소의 결정은 과거의 사정들이 모두 그 법률의 위헌성이 확인됨에 따라서 헌법에 부합하지 아니하는 시대착오적인 것(*obsolet*)임을 분명히 하는 것이라고 보고 있다. 이에 따라서 그에 대한 헌법적인 심사권한이 있는가 하는 의미는 결론적으로 볼 때 타당하지 않다고 할 수 있다고 한다.

142) 이에 대해서는 Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar, 2. A, 1996, Rz 2 zu Art7 MRK; VfSlg. 11776/1988); Bei Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar, 2. A, 1996, Rz 3 Art7.을 볼 것.

143) Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar, 2. A, 1996, Rz 3 Art7.

제4절 미국의 법제와 미국 연방대법원의 태도

1. 서

미국의 경우 헌법뿐만 아니라 법률에서도 위헌판결의 소급적용 여부에 대한 언급이 없다. 또한 미국식 사법심사제도는 당해 사건에서 어떤 법률조항의 위헌을 확인하더라도 원칙적으로는 이를 당해 사건에서 적용을 배제함에 그치므로, 우리나라와 같은 헌법재판소제도하에서 법률조항에 대한 위헌선언이 기속력이나 대세적 효력을 갖는 것과 다르다. 따라서 미국에서는 독일이나 오스트리아처럼 어느 법률조항이 위헌이라는 결정이 선고된 경우 그 위헌결정에 소급효가 있는지의 문제보다는, 종래의 수사상의 관행 등을 위헌이라고 판시하는 등 연방대법원이 헌법해석에 관한 새로운 법리를 정립한 경우에 그 법리를 소급적용할 수 있느냐 하는 점이 주로 문제된다.

미국에서의 전통적인 견해는 William Blackstone(1723-1780)의 언급과 같이 “법원의 임무는 ‘새로운 법을 선언’하는 것이 아니라 ‘옛날의(기존의) 법을 유지하고 해설하는 것’¹⁴⁴⁾으로써,¹⁴⁵⁾ 법관은 ‘법의 창조자’가 아니라 ‘법의 발견자’라고 보았으므로¹⁴⁶⁾ 헌법문제에 관한 판례의 소급효는 당연한 것이었다.¹⁴⁷⁾ 즉, common law 체계 하에서는 누구도 “법원의 판결은 오로지 미래를 위한 법이 된다.”라고 말할 수 없었다. 실제로 연방대법원은 1886년의 Norton v. Shelby County¹⁴⁸⁾ 사건에서, “위헌의 행위(unconstitutional action)는 어떠한

144) 1 Blackstone, Commentaries 69 (15th ed. 1809). Linkletter v. Walker, 381 U.S. 618, 623-624 (1965)에서 재인용.

145) 그런데 Blackstone이 이러한 ‘확인이론’의 선구자로 항상 인용되지만, Sir Matthew Hale 이라는 사람이 Blackstone이 출생하기 13년 전에 출판한 「History of the Common Law (1710)」라는 책에서 그와 매우 유사한 주장이 언급되어 있다고 한다. Gray, 「Nature and Sources of the Law 206 (1st ed. 1909)」. 위 381 U.S. at 624, 법정의견의 [Footnote 7]에서 재인용.

146) Gray, “The judge rather than being the creator of the law was but its discoverer.” 「Nature and Sources of the Law 222 (1st ed. 1909)」. 위 381 U.S. at 624에서 재인용.

147) 윤진수, “위헌법률의 효력 - 헌법재판소법 제47조 제2항의 헌법적 검토 -”, 「헌법논총」 제1집, 헌법재판소, 1990, 301면.

148) 118 U.S. 425 (1886)

권리를 부여하거나 의무를 부과할 수 없으며 어떠한 보호도 주지 않는다. 그것은 어떠한 직무도 창설하지 못한다. 그것은 법적인 관점에서 보면 마치 아예 없었던 것과 마찬가지로 적용될 수 없다.”고 판시하여¹⁴⁹⁾ 이러한 법리를 따랐고,¹⁵⁰⁾ 1910년의 *Kuhn v. Fairmont Coal Co.*¹⁵¹⁾ 사건의 반대의견에서 Holmes 대법관은, “나는 연방대법원이 ‘일반적인 주(법원)의 판결은 오로지 미래를 위한 법이 되어야 한다’고 말할 아무런 권한도 알지 못한다. 법원의 재판은 1000년 동안이나 소급적용이 되어 왔다.”고 실시하였다.¹⁵²⁾

그러나 그 후 John Austin(1790-1859)과 같이 법관은 단순히 법을 발견하는 것 이상의 역할을 한다는 견해가 유력해지면서 소급효에 관한 생각도 점차 달라지게 되었다. 즉, Austin은 “법관은 사실상 법을 발견하는 것 이상의 일을 한다. 다시 말하면, 법관은 법의 해석을 통하여 모호하고 불명확하거나 일반규정인 제정법이나 관례법(common law) 용어들 - 그 자체로는 비어 있는 크레바스(crevices)에 불과한 - 의 갈라진 틈을 메우는 것이다.”라고 주장하였다.¹⁵³⁾ 이러한 접근방법의 함축된 의미는 ‘어떤 판결이 파기되었을 때 이전의 판결은 잘못된 것’이라는 점을 받아들여, 그러나 이는 종전의 판례가 파기하는 판결로 없어지는 것이 아니라 파기될 때까지는 법적으로 유효한 사실로서 인정되어야 하며, 새로운 판례가 선고될 때까지 그 사이에 있었던 판결들은 그 효력에 방해를 받지 않는다는 것이다.¹⁵⁴⁾

그런데 연방대법원이 1960년대의 “형사법혁명(criminal law revolution)”¹⁵⁵⁾

149) 118 U.S. at 442.

150) 381 U.S. at 624.

151) 215 U.S. 349 (1910)

152) 215 U.S. at 372. 위 381 U.S. at 624, 법정의견의 [Footnote 6]에서 재인용.

153) 381 U.S. at 624-625.

154) 381 U.S. at 625.

155) 미국연방 제8항소법원에서 1974. 6. 21. 선고된 *Kirby v. Ciccone*, 491 F.2d 1310 (1974) 사건(per curiam 판결이다)에서 반대의견을 작성한 Lay 판사는, “나는 ‘형사법혁명’ 시대는 이제 끝났으며 공정한 절차와 과정에 관한 기본적인 법리들이 합리적으로 확립되었다는 것은 일반적으로 인식되고 있다고 생각한다. 점점 더 많은 법집행자들이 최소한 기본적인 헌법적 절차에 충실하려고 노력한다.”라고 실시하였다. (I think it is universally recognized that the ‘criminal law revolution’ is now over and the basic doctrines of fair procedure and process are reasonably settled. More and

에서 형사절차에 관한 헌법상의 법리들을 새로이 정립하면서, 이러한 법리들이 소급하여 적용되느냐 하는 점이 쟁점으로 등장하게 되었다.¹⁵⁶⁾

II. 미국연방대법원 판례의 동향

1. Linkletter v. Walker¹⁵⁷⁾ 사건 [1965] (habeas corpus)

가. 사건의 개요

1965년의 Linkletter v. Walker 사건은 형사소송에서의 소급효 법리 문제를 본격적으로 다룬 최초의 판결이라고 할 수 있는데, 이 사건의 개요는 다음과 같다. 상고인 Linkletter는 1959. 5. 28. 루이지애나 법원에서 강도협의로 징역 9년의 유죄판결을 받았고 동 판결은 州대법원에서 지지되었다.¹⁵⁸⁾ 그 이후에 연방대법원은 1961. 6. 19.에 선고한 Mapp v. Ohio¹⁵⁹⁾ 사건에서, “불법적으로 수집된 증거는 주(법원)의 형사공판절차에서 받아들여질 수 없다.”¹⁶⁰⁾고 판시하였다.¹⁶¹⁾ 그러자 위 확정판결에 따라 복역중이던 Linkletter는 인신보호영장(writ of habeas corpus)¹⁶²⁾을 발부하여 줄 것을 연방지방법원에 신청하였다. 동 신청은 연방지방법원과 연방항소법원에서 기각되었는데, 그 이유는 상고인

more law enforcement officials at least attempt to adhere to basic constitutional processes.)

156) 윤진수, 앞의 논문, 301면.

157) 381 U.S. 618 (1965)

158) 즉, 유죄판결이 확정되었다.

159) 367 U.S. 643 (1961)

160) 즉, 증거능력이 없다는 의미이다.

161) 367 U.S. at 655.

162) 인신제출영장(人身提出令狀)이라고도 한다. 타인을 구속하고 있는 자에게 일정한 목적을 위하여 피구속자를 법원 또는 법관의 면전에 제출할 것을 명하는 영장으로서, 영장에 “인신을 보호할 것”(habeas corpus, You have the body)이라고 적혀 있는 점에서 이같이 부른다. 이상도, 「법률영한사전」, (주)청림출판, 1998, 256면. 인신보호영장 사건은 피구급자가 그 구급이 연방법을 위반하였다는 이유로 교도소장을 상대로 연방법원에 제기하는 소송으로서, 이러한 habeas corpus 사건은 절차상 민사소송(civil litigation)으로 취급되며 우리 법제상 재심제도와 유사한 기능을 한다.

자신과 그의 재산에 대한 압수수색은 불법이지만 위 Mapp 사건의 증거배제법리(exclusionary rule)는 소급하지 않기 때문이라는 것이었다. 연방대법원은 Linkletter의 상고허가신청에 대하여, “Mapp 사건에서 선언된 증거배제법리는 그 법리가 선고되기 전에 이미 확정된 주(법원)의 유죄판결에는 적용되지 않는다.”고 판시하였다.¹⁶³⁾ [소급적용 부인 - 상고 기각]

나. 법정의견(다수의견)의 요지

대법관 7:2의 의견을 대표하여 Clark 대법관이 집필한 법정의견(다수의견)의 요지는 다음과 같다.

- (a) 확정판결이 난 이후에 선고된 ‘무효법리’는, 그것이 다른 절차에서 공격된(collaterally attacked)¹⁶⁴⁾ 경우에, 자동적으로 소급효를 갖는 것이 아니라, 개별 관계와 행위 또는 기득권이라고 주장되는 권리들, 당사자의 지위, 최종성을 갖는다고 보이는 이전의 판결들,¹⁶⁵⁾ 그리고 법률의 성격과 이전의 적용의 관점에서 본 법정정책(public policy)¹⁶⁶⁾에 대한 종합적 고려에 따라 달라진다.¹⁶⁷⁾
- (b) 소급효에 관한 이러한 법리는 민사소송과 형사소송에서 아무런 차이가 없다.¹⁶⁸⁾
- (c) 헌법은 소급효에 관하여 이를 금지하지도 요구하지도 않으므로, 연방대법원은 각 사건에서 소급적용이 적절한지 장래적용이 적절한지를 결정

163) 381 U.S. at 619.

164) “collateral attack”이란 다른 절차에서 선고된 판결을 다투는 것을 말한다. 인신보호영장의 청구는 그 한 예이다. “indirect attack”이라고도 한다. Black’s Law Dictionary, abridged 9th edition, West, a Thomson Reuters business, 2010, p.239.

165) 확정판결을 의미한다.

166) 입법부나 법원에 의해서 州와 전체 사회에 근본적인 관심사로 간주되는 원칙이나 기준을 말하며, “policy of the law”라고도 한다. Black’s Law Dictionary (2010), p.1060.

167) Chicot Drainage Dist. v. Baxter State Bank, 308 U.S. 371 (1940) 참조.

168) “No distinction is drawn between civil and criminal litigation.”

한다.¹⁶⁹⁾ 이러한 접근태도는 미국연방헌법 수정 제4조¹⁷⁰⁾가 금지하는 불합리한 압수수색(unreasonable search and seizure)과 관련하여 볼 때도 옳다.

- (d) *Mapp v. Ohio* 사건 판결의 기본적인 목적은 증거배제법리를 통하여 미국연방헌법 수정 제4조의 시행(집행)에 있는데, 이러한 목적은 그 법리를 소급적용함으로써 증진되는 것이 아니다.
- (e) 법리가 소급적용되었던 다른 영역은 형사 제1심 공판절차(trial court)¹⁷¹⁾의 공정성에 관련된 것이었고, 이 사건은 그 점을 다루는 것이 아니다.
- (f) 이 사건보다 앞서 있었던 *Mapp* 사건에서의 (헌법에 위반된) 압수수색 날짜는 법적으로 중요하지 않다. 중요한 날짜는 연방대법원이 “미국연방헌법 수정 제4조의 압수수색 규정에 위반하여 수집된 증거의 배제는 주(법원)에도 요구된다.”라고 판시하여, 이전의 *Wolf v. Colorado*¹⁷²⁾ 사건의 법리¹⁷³⁾를 변경한 *Mapp* 사건의 판결선고일(1961. 6. 19.)이다.¹⁷⁴⁾

169) “The Constitution neither prohibits nor requires retroactive effect and in each case the Court determines whether retroactive or prospective application is appropriate.” [판결요지에서. 본문에서는 “However, we believe that the Constitution neither prohibits nor requires retrospective effect. As Justice Cardozo said, ‘We think the federal constitution has no voice upon the subject.’”라고 판시하고 있음. 381 U.S. at 630]

170) [미국연방헌법 수정 제4조] : “부당한 수색·체포·압수로부터 신체·가택·서류 및 통신의 안전을 보장받는 국민의 권리는 이를 침해할 수 없다. 체포·수색·압수의 영장은, 상당한 이유에 의하여 선서 또는 확약에 의하여 뒷받침되고 특히 수색될 장소, 체포될 사람 또는 압수될 물품을 기재하지 아니하고는 이를 발할 수 없다.” 이하 미국연방헌법(수정조항포함)의 번역은 Alexander Hamilton, James Madison, John Jay[김동영 옮김], 『The Federalist Papers (페더럴리스트 페이퍼)』, 한울아카데미, 1995, 부록에 첨부된 ‘아메리카합중국 헌법’을 참조하였음.

171) 이 절차에서 처음으로 증거가 제출되고 이에 대한 판단이 이루어진다. “court of first instance” 또는 “instance court”라고도 한다. Black’s Law Dictionary (2010), p.328.

172) 338 U.S. 25 (1949)

173) *Wolf* 사건에서는 이러한 증거배제 법리가 주(법원)에는 적용되지 않는다고 하였다. 이를 ‘Wolf doctrine’이라고 한다.

174) 381 U.S. at 619-621.

다. 반대의견의 요지

이에 대하여 Black 대법관은 Douglas 대법관이 동참한 반대의견에서, “Mapp이 Ohio 주에서 범한 범죄행위는 1957. 5. 23. 일어났고, Linkletter가 Luisiana 주에서 범한 범죄행위는 Mapp의 경우보다 1년 3개월 정도 이후인 1958. 8. 16.에 일어났다. 루이지애나에서의 Linkletter에 대한 기소 및 유죄판결(1959. 5. 28.), 주대법원의 상고기각(1960. 2.), 그리고 재심리(rehearing)¹⁷⁵⁾ 신청이 기각된 것은 1960. 3. 21.이었고, 이 모든 절차가 그의 범죄행위로부터 1년 7개월 만에 이루어졌다. 한편 오하이오에서의 Mapp에 대한 기소 및 주대법원의 상고기각은 1960. 3. 23.에 있었고, 이는 그녀¹⁷⁶⁾의 범죄행위로부터 거의 2년 10개월 만에 이루어졌다. 따라서 오하이오 주에서의 절차가 루이지애나 주에서의 절차처럼 빨리 진행되었거나 루이지애나 주에서의 절차가 오하이오 주에서의 절차처럼 늦게 진행되었다면, Mapp 사건이 연방대법원에서 선고된 시점(1961. 6. 19.)에서 Linkletter 사건은 ‘확정’되지 않았을 것이므로, 이렇게 당사자의 책임으로 돌릴 수 없는 우연한 사정에 의하여 새로운 법리의 소급적용 여부를 결정한다는 것은 불합리하다.”는 취지에서, Mapp 사건 판결의 법리가 이 사건에도 소급적용되어야 한다는 의견을 제시하였다.¹⁷⁷⁾

라. 이 판결의 의의

연방대법원(법정의견)은, 어떤 법리를 소급적용할 것인가를 결정함에 있어서는 법원이 개별적인 사건에 있어서 문제가 된 법리의 이전의 역사, 그 법리의 목적과 효과를 살펴보고, 또한 소급적용이 그 법리의 작동을 촉진할 것인가 아니면 지체시킬 것인가를 살펴봄으로써 그 장점과 단점을 비교衡量 하여야 한다고 판시하였다.¹⁷⁸⁾ 구체적으로, 이 사건에 있어서는 폐기된 관례에 대한 신

175) rehearing(再審理, 續審) : 법원의 어떤 사건, 신청, 또는 상소에 대한 두 번째 또는 계속되는 심리를 말하는 것으로서, 보통으로 법원 판결이나 의견의 잘못 또는 누락이 있다고 주장되는 경우에 행해진다. Black's Law Dictionary (2010), p.1095.

176) Mapp은 여성이다.

177) 381 U.S. at 641-654.

회에 상당한 이유가 있는 반면, 확정된 사건에까지 소급효를 인정하는 것이 경찰의 위법행위를 억제한다는 Mapp 판결의 목적에 기여하는 것도 아니고,¹⁷⁹⁾ 또한 소급적용은 재판절차에 매우 큰 부담을 준다¹⁸⁰⁾는 이유를 들어, Mapp 사건의 법리는 그 “선고 당시 아직 재판에 계속 중인 사건에는 적용”되지만 이 사건처럼 그 당시 이미 확정된 사건에까지 소급하여 적용되지는 않는다고 판시한 것이다. 이 판결의 의의는 종전에는 (Blackstone의 입장에 따라) 새로운 판례의 법리는 당연히 확정된 사건에도 적용된다고 보던 것을 (Austin의 입장에 따라) 수정한 데 있다는 평가가 있다.¹⁸¹⁾

2. Stovall v. Denno¹⁸²⁾ 사건¹⁸³⁾ [1967] (habeas corpus)

가. 사건의 개요

상고인(Stovall)은 의사 Behrendt를 살해한 혐의로 기소되어 사형을 선고받았다. 그는 살해 다음날 체포되었는데, 변호사(변호인)를 대동할 시간이 주어지지 않은 채로 자신을 수감채운 경찰관을 포함한 경찰관들에 의하여 병원에 입원해 있던 Behrendt 여사 - 그녀는 남편의 공격자(강도)¹⁸⁴⁾에 의하여 심각하게 부상을 당했다 - 에게 보여주기 위하여 인도되었다. 그녀는 Stovall을 보고 또 경찰관이 지시하는 대로 그가 말하는 것을 듣고 나서 그가 살인자라고 확인해 주었

178) “we must then weigh the merits and demerits in each case by looking to the prior history of the rule in question, its purpose and effect, and whether retrospective operation will further or retard its operation.” 381 U.S. at 630.

179) “We cannot say that this purpose would be advanced by making the rule retrospective. The misconduct of the police prior to Mapp has already occurred and will not be corrected by releasing the prisoners involved.” 381 U.S. at 638.

180) “To make the rule of Mapp retrospective would tax the administration of justice to the utmost.” 381 U.S. at 638.

181) 윤진수, 앞의 논문, 303면.

182) 388 U.S. 293 (1967)

183) 위 판결의 전문(법정의견) 번역은 이 절의 II.항 말미에 별첨(1).

184) 상고인 Stovall을 의미함.

다. Behrendt 여사와 경찰관들은 Stovall의 제1심 공판 때 병원에서의 확인절차에 대하여 증언했으며, 그녀는 법정에서 상고인을 범인이라고 확인하였다. 州最高法院는 Stovall이 범인이라는 것을 인정하였다. 상고인은 Behrendt 여사의 확인은 자신의 미국연방헌법 수정 제5조,¹⁸⁵⁾ 제6조,¹⁸⁶⁾ 그리고 제14조(제1항)¹⁸⁷⁾188)의 권리를 침해하였다는 이유로 연방지방법원에 인신보호영장 청구를 하였다. 연방지방법원 소부(panel)는 다른 쟁점에 관한 변론(hearing)을 거쳐 Stovall의 청구를 배척하였다. 연방항소법원 전원재판부(en banc)는 Stovall의 청구를 기각한 원심결정을 파기하기로 결정한 연방항소법원 소부의 판결(panel decision)을 뒤집고, 연방지방법원의 결정을 지지하였다. 연방대법원도 연방항소법원의 판결¹⁸⁹⁾을 지지하였다. [소급적용 부인 - 상고 기각]

185) [미국연방헌법 수정 제5조] : “누구든지 대배심에 의한 고발 또는 기소가 있지 아니하는 한 사형에 해당하는 죄 또는 과립치죄에 관하여 심리를 받지 아니한다. 다만 육군이나 해군에서 또는 전지나 사면지에 복무 중에 있는 민병대에서 발생한 사건에 관하여는 예외로 한다. 누구든지 동일한 범행으로 생명이나 신체에 대한 위협을 거듭 받지 아니하며, 어떠한 형사사건에 있어서도 자기에게 불리한 증언을 강요당하지 아니하며, 누구든지 적법절차에 의하지 아니하고는 생명, 자유 또는 재산을 박탈당하지 아니한다. 또한 정당한 보상 없이 사유재산이 공동용으로 수용당하지 아니한다.”

186) [미국연방헌법 수정 제6조] : “모든 형사소추에 있어서, 피고인은 범죄가 행하여진 주 및 법률이 미리 정하는 지역의 공정한 배심에 의한 신속한 공판을 받을 권리, 사건의 성격과 이유에 관하여 통고받을 권리, 자기에게 불리한 증언과 대질신문을 받을 권리, 자기에게 유리한 증언을 얻기 위하여 강제적 수속(강제처분)을 취할 권리, 자신의 변호를 위하여 변호인의 도움을 받을 권리가 있다.”

187) 1866. 6. 13. 제안되어 1868. 7. 28. 효력이 발생한 미국연방헌법 수정 제14조 제1항은 크게 네 부분으로 구성되어 있다. 흑인의 시민권을 통일적으로 규정한 부분, 특권과 면책조항, 적법절차조항, 평등보호조항이 그것이다.

188) [미국연방헌법 수정 제14조] 제1항 : “합중국에서 출생하고 또는 귀화하고, 합중국의 관할권에 속하는 모든 사람은 합중국 및 그 거주하는 주(州)의 시민이다. 어떠한 주도 합중국 시민의 특권과 면책권을 박탈하는 법률을 제정하거나 시행할 수 없다. 어떠한 주도 적법절차에 의하지 아니하고는 어떠한 사람으로부터도 생명, 자유 또는 재산을 박탈할 수 없으며, 그 관할권 내에 있는 어떠한 사람에 대하여도 법률에 의한 평등한 보호를 거부하지 못한다.”

189) 355 F. 2d 731.

나. 법정의견(다수의견)의 요지

재판관 6:3의 다수의견을 대표하여 Brennan 대법관이 집필한 법정의견은, 소급적용의 여부를 정하기 위해서는 “(a) 새로운 법리가 추구하는 목적(purpose), (b) 법집행 당국이 종래의 법리에 대하여 가졌던 신뢰(reliance)의 정도, (c) 새로운 법리의 소급적용이 사법(판결)의 집행(administration of justice)¹⁹⁰⁾에 미치는 효과” 라는 세 가지 기준을 따져보아야 한다고 하면서, 이러한 기준을 적용한 결과 Wade 및 Gilbert 사건¹⁹¹⁾은 다음과 같은 이유로 그 사건 및 그 사건이 선고된 1967. 6. 12. 이후에 행해진 대질의 경우에만 적용되고, 그 이전의 사건에는 적용되지 않는다고 판시하였다.¹⁹²⁾

- (1) 오늘 연방대법원이 United States v. Wade 사건과 Gilbert v. California 사건 판결에서 수립한 헌법적 법리(constitutional rule)는, 변호사가 없는 상태에서 범인을 확인할 목적으로 대질한 쟁점을 포함한 사건으로서 오늘 이후에 그러한 대질이 수행된 사건에만 적용된다.¹⁹³⁾
- (2) 비록 범인확인만을 목적으로 피의자를 보여주는 관행이 광범위하게 비난 받아 왔다 하더라도, 대질행위에 따르는 적법절차 위반여부는 주변상황의 종합적 고려에 따라 달라질 수 있다. 이 사건에서는 적법절차 위반이 없는데, 그 이유는 Behrendt 여사는 피의자의 혐의를 벗길 수 있는 위치에 있는 유일한 사람이었기 때문이다. 즉, 그녀는 통상적인 범인식별절차(lineup)를 위하여 경찰서에 갈 수 없었고, 그녀가 얼마나 더 살 수 있을지 알 수 있는 방법이 없었기 때문이다.

190) Desist v. United States, 394 U.S. 244 (1969) 사건에서는 이를 “judicial administration”으로 표현하고 있다. *Id.* at 261.

191) 같은 날 선고한 United States v. Wade, 388 U.S. 218 (1961) 사건 및 Gilbert v. California, 388 U.S. 263 (1961) 사건을 말함.

192) And see Linkletter v. Walker, 381 U.S. 618, 640 (dissenting opinion); Johnson v. New Jersey, 384 U.S. 719, 736 (dissenting opinion)

193) 즉, 장래효를 갖는다는 의미이다.

다. 반대의견의 요지

이 사건에서 제시된 반대의견 중 Douglas 대법관은 이 사안에서 변호인의 도움을 받을 권리가 박탈된 것은 1963년의 *Gideon v. Wainwright*¹⁹⁴⁾ 사건과 *Douglas v. California*¹⁹⁵⁾ 사건에서와 같이 소급효를 가져야 한다는 견해를 밝혔다.¹⁹⁶⁾

Fortas 대법관은 부적절한 병원에서의 범인확인절차가 상고인의 미국연방헌법 수정 제14조(적법절차)를 위반하였기 때문에 원심판결을 파기하고 새로운 공판절차를 요구해야 한다는 의견을 제시하였다. 그는 *Wade* 사건과 *Gilbert* 사건의 법리의 소급적용 여부는 언급하지 않았다.¹⁹⁷⁾

Black 대법관은 *Wade* 사건과 *Gilbert* 사건의 법리가 소급적용되어야 하며, 따라서 미국연방헌법 수정 제6조에 의해 보장되는 변호인의 조력을 받을 권리의 침해를 이유로 새로운 공판절차를 요구하기 위하여 원심판결을 파기하여야 한다는 의견을 제시하였다.¹⁹⁸⁾

라. 이 판결의 의의

이 사건도 인신보호영장을 청구한 사건인데,¹⁹⁹⁾ 연방대법원은 같은 날 선고한 위 *Wade* 사건 및 *Gilbert* 사건에서의 법리, 즉 “범인인지의 여부를 확인하기 위하여 변호인 없이 피고인을 피해자와 대질한 경우에 그로 인한 증거는 증거능력이 없다.”는 법리를 이 사건에도 적용할 것인지의 여부를 심리하였다. 이 사건 이후에는 후술하는 *U.S. v. Johnson* 사건에 이르기까지 연방대법원이 형사사건에 있어서 새로운 헌법상의 법리를 정립하여도 대체로 이 *Stovall* 판결이 제시한 법리에 따라 (확정되지 아니한) 당해 사건에 대하여만 소급하여

194) 372 U.S. 335 (1963)

195) 372 U.S. 353 (1963)

196) 388 U.S. at 303.

197) 388 U.S. at 303.

198) 388 U.S. at 304-307.

199) 즉 채심절차(habeas corpus)이고, 이 점에서 당해 사건의 재판확정 전 비약 상고절차(direct review)인 *Wade* 사건 및 *Gilbert* 사건과 다르다.

적용되는 방향으로 처리되었다. 즉, 위 Linkletter 사건에서보다 더 소급적용되는 범위가 축소되었다. 그러나 이처럼 당해 사건에 대하여만 소급효를 인정하고 그 이외의 사건에는 소급효를 인정하지 않는데 대하여는 비판적인 견해도 유력하였다.²⁰⁰⁾

3. Desist v. United States²⁰¹⁾ 사건 [1967] (direct review)²⁰²⁾

가. 사건의 개요

상고인들은 뉴욕 남부지역 지방법원에서 배심원단에 의해 ‘연방 마약단속법을 위반하여 헤로인을 수입하여 숨기려고 모의했다’는 이유로 유죄평결을 받았다. 정부가 제출한 증거의 중요한 부분이 뉴욕 시내의 호텔방에서 상고인들 중 몇몇의 대화를 녹음한 테이프였다. 그 테이프들은 옆방에 있던 연방 관리들에 의하여 전자녹음장치(도청장치)에 의하여 만들어진 것이었는데, 이는 물리적으로 상고인들의 방에 침투한 것은 아니었다. “침범(trespass)”이나 “헌법적으로 보호되는 영역에의 실제적인 침투(actual intrusion into a constitutionally protected area)”는 없었기 때문에, 뉴욕주 지방법원과 항소법원은 ‘그 도청은 미국연방헌법 수정 제14조에서 보호되는 자신들의 권리를 침해하였기 때문에 그 증거는 증거능력이 없다’는 상고인들의 주장을 배척하였다. 따라서 유죄평

200) M. Cappelletti / W. Cohen, *Comparative Constitutional Law*, 1979, p.108 ff. 참조.

201) 394 U.S. 244 (1969)

202) “direct appeal”이라고도 하며, 형사 제1심(trial court) 판결 후 항소심절차를 거치지 아니하고 최고법원에 바로 상고되는 것을 말한다. 이러한 비약상고는 예컨대 주 법률에 헌법위반 여부의 쟁점을 포함하는 경우에 이루어진다. Black’s Law Dictionary (2010), p.88. 이러한 절차는 원래의 형사재판이 확정되기 전의 절차이므로, habeas corpus가 재판확정 후 일종의 재심절차인 것과 대비하여 이 글에서는 ‘재판확정 전 비약상고 절차’라고 번역하였다. [참고로, 우리 형사소송법 제372조도 ‘원심판결이 인정한 사실에 대하여 법령을 적용하지 아니하였거나 법령의 적용에 착오가 있는 때’(제1호)와 ‘원심판결이 있은 후 형의 폐지나 변경 또는 사면이 있는 때’(제2호) 제1심 판결에 대하여 항소를 제기하지 아니하고 상고를 할 수 있는 “비약적 상고”를 규정하고 있다.]

결은 유지되었고, 연방대법원은 위 쟁점에 대하여 판단하기 위해 사건이송명령 영장(certiorari)을 발하였다.²⁰³⁾ [소급적용 부인 - 상고 기각]

나. 법정의견(복수의견)의 요지

(Marshall 대법관이 심리와 판결에 참여하지 않은) 이 사건에서 대법관 5²⁰⁴⁾:3의 의견을 대표하여 Stewart 대법관이 작성한 복수의견(plurality opinion)²⁰⁵⁾은, “미국연방헌법 수정 제4조의 효력이 미치는 범위는 주어진 울타리에 대한 물리적인 침범이 있는가 없는가에 달려 있지 않으며, 사적인 대화에 대한 모든 전자적인 도청은 일반적으로 정확한 한계와 보호장치 하에서 합리적인 근거에 따라 치안판사(magistrate)에 의하여 승인된 경우에만 헌법적인 기준을 충족시키는 압수수색이다.”라고 판시한 Katz v. United States²⁰⁶⁾ 사건 판결은 장래를 향하여만 적용된다고²⁰⁷⁾ 하였다.

다. 반대의견의 요지

이 사건에서는 Douglas 대법관과 Harlan 대법관, 그리고 Fortas 대법관이 반대의견을 제시하였는데, 특히 Harlan 대법관의 반대의견은 아래 United States v. Johnson 사건에서 연방대법원의 다수의견이 되었다.

Harlan 대법관은, “법원은 특정 사건을 그 사건 자체에 의하여 판단하는 것이 원칙인데, Stovall 사건에 있어서처럼 한 사건만을 구제하고 유사한 다른 사

203) 394 U.S. at 246-247. 즉, 이 사건은 재심사건(인신보호영장 청구사건)이 아니라 당해 사건의 상소심에 해당하는 사건이다.

204) 그 중 Black 대법관은 이 사건의 유죄판결을 유지한다는 점에서만 동조의견을 제시하였다. 394 U.S. at 255. 따라서 Stewart 대법관이 작성한 의견은 다수의견(majority opinion)이 아니라 복수의견(plurality opinion)이 되었다.

205) 과반수(majority)를 구성하는데 필요한 재판관의 표를 확보하지는 못하였으나 다른 의견보다는 (상대적으로) 다수인 의견을 말한다. Black's Law Dictionary (2010), p.944. majority opinion과 다른 점은 선례로서의 구속력이 인정되지 않는다는 것이다.

206) 389 U.S. 347 (1967)

207) 즉, 장래효만을 갖는다는 것이다.

건에 있어서는 구제를 거부하는 것은 이러한 원칙에 어긋나므로 Linkletter 사건에서와 같이 새로운 법리는 연방대법원이 심사하는 모든 사건에 다같이 소급적용되어야 하고 다만 확정판결이 있는 후 인신보호영장이 청구된 경우에 있어서만 이와 달리 취급되어야 한다.”²⁰⁸⁾고 주장하였다.²⁰⁹⁾

라. 이 판결의 의의

이 판결의 다수의견은 위 Stovall 판결의 법리에 따라, 연방대법원이 형사사건에 있어서 새로운 헌법상의 법리를 정립하여도 (확정되지 아니한) 당해 사건에 대하여만 소급하여 적용된다는 견해를 취하였으나, 이에 대하여 Harlan 대법관이 반대의견에서 이전의 Linkletter 사건의 법리로 되돌아가자는 견해를 밝혔고 이 견해가 아래에서 보는 United States v. Johnson 사건에서 다시 연방대법원의 법정외견이 되었다는 데에 그 의미가 있다.

4. United States v. Johnson²¹⁰⁾ 사건 [1982] (direct review)

가. 사건의 개요

연방대법원은 1980년의 Payton v. New York²¹¹⁾ 사건에서, “미국연방헌법 수정 제14조는 경찰관이 영장없이 그리고 동의없이 통상적인 중범죄(felony) 체포를 위하여 범죄혐의자의 집에 들어가는 것을 금지한다.”고 판결하였다. 위와 같은 Payton 판결이 있기 전에 피상고인(Johnson)은 체포영장 없이 그의 집에 들어온 비밀수사단 요원들(Secret Service agents)에 의해 연방범죄를 범했다는 혐의로 체포되었다. 연방지방법원은 피고인이 체포된 후에 했다는 범죄 인정 진술(incriminating statements)의 효력을 다투기 위한 피상고인의 공판전 심리신청(pretrial motion)을 기각하였다. 형사 제1심 공판절차에서 이러한 증거

208) 즉, 이 경우에는 소급적용이 배제된다는 의미이다.

209) Harlan 대법관의 반대의견의 번역문은 이 절의 II.항 말미에 별첨(2).

210) 457 U.S. 537 (1982)

211) 445 U.S. 573 (1980)

는 받아들여졌고 피상고인은 유죄판결을 받았다. 그리고 그의 사건이 재판확정 전 비약상고절차(direct appeal)에 계속 중인 동안 위 Payton 판결이 선고되었다. Payton 판결에 힘입어 연방항소법원은 Payton 판결은 소급적용된다고 판시하면서 피상고인에 대한 유죄판결을 파기하였다. 연방대법원은 연방항소법원의 판결을 지지하였다. [소급적용 인정 - (국가축의) 상고 기각]

나. 법정의견(다수의견)의 요지

대법관 5:4의 다수의견을 대표하여 Blackmun 대법관이 작성한 법정의견의 요지는 다음과 같다.²¹²⁾ : 미국연방헌법 수정 제4조를 해석하는 연방대법원의 판결은, 현존하는 소급효 선례들에 의하여 명백히 규율되고 있는 사례를 제외하고는²¹³⁾ 동 판결이 선고되기 전에 아직 확정되지 아니한 모든 유죄판결에 소급적용되어야 한다. 그러므로 Payton 판결은 피상고인의 사건에 소급적용되어야 한다.

- (a) 피상고인의 이번 사건은 현존하는 선례에 의하여 명백히 규율되는 소급효 문제를 제기하지 않는다. 연방대법원의 어떤 판결이 단순히 확립된 원칙들을 새로운 사실관계에 적용하는 것인 경우에는 ‘후의 사건의 법리는 이전의 사건에 (소급)적용된다’는 뻔한 결론에 이르게 된다. 반대로 연방대법원이 어떤 형사절차에 관한 법리를 “과거의 법리와는 명백한 단절(a clear break with the past)이 있는 경우”라고 선언하는 경우에 연방대법원은 거의 항상 그 새로운 원칙이 비소급적이라고 확인하였다. 또한 연방대법원은 완전한 소급적용을, 형사 제1심 법원(trial court)은 유죄판결을 하거나 피고인을 처벌할 권한이 없다는 점과 함께, 필요한 것으로 인정하였다. 피상고인의 사건은 - Payton 판결이 확립된 선례를 새로운 사실관계에 적용하지 않았고, 전적으로 새롭고 기대할 수 없었던 법원리를 선언한 것도 아니며, 형사 제1심 법원이 Payton을 유죄판결 할

212) 457 U.S. at 538-539.

213) 즉, 이러한 사건의 경우에는 소급적용 되지 않는다는 의미이다.

권한이 없다거나 미국연방헌법 수정 제4조가 그의 행위를 처벌로부터 면제시켜 준다고 판시하지도 않았기 때문에 - 이러한 범주의 어디에도 속하지 않는다.

- (b) 이 사건에서 제기된 소급효 문제는 Payton 판결의 법리를 동 판결이 선고될 당시에 재판확정 전 비약상고절차(direct appeal)로 소송계속 중인 모든 사건에 적용함으로써 깨끗하게 해결된다. 그렇게 하는 것은 (1) 판결작성 원칙에 연방대법원의 최초의 이해 - 1965년의 Linkletter v. Walker²¹⁴ 사건과 1966년의 Tehan v. United States ex rel. Shott²¹⁵ 사건에서, “모든 새롭게 선언되는 형사절차에 관한 헌법해석 법리는 최소한 그 법리가 선고될 때 아직 확정되지 아니한 유죄판결에 소급적용된다.”고 판시한 - 를 제공해 준다. 그리고 (2) “모든 소송 당사자에게 그들 자신의 사건의 관점에서 정의를 행하고,²¹⁶ 헌법적 원칙들을 다루는 연방대법원의 최선의 이해의 관점에서 재판확정 전 비약상고심리절차(direct review)로 연방대법원에 소송계속 중인 모든 사건을 해결한다.”²¹⁷는 연방대법원의 사법적 책임과 조화를 이룬다. 또한, (3) 유사한 상황에 있는 피고인들을 동등하게 대우한다는 목표를 증진시킨다.
- (c) 이 사건에서 제기된 소급효 문제에 관한 위와 같은 접근방법의 채택에 반하여 United States v. Peltier²¹⁸ 사건에 터 잡은 정부의 의견은 그 이유 없다.

다. 반대의견의 요지

Burger 대법관, Rehnquist 대법관, O'Connor 대법관이 가담한 반대의견을 집필한 White 대법관의 반대의견의 요지는 다음과 같다.

214) 381 U.S. 618 (1965)

215) 382 U.S. 406 (1966)

216) Desist v. United States, 394 U.S. 244, 259 (Harlan, J., dissenting)

217) Mackey v. United States, 401 U.S. 667, 679 (separate opinion of Harlan, J.)

218) 422 U.S. 531 (1975)

“내 생각에 이 사건은 *United States v. Peltier* 사건에 의하여 규율되고 있다. *Peltier* 사건은 두 가지 원칙을 확립하였다. 첫째, 새로운 헌법적 원리의 소급적용은 그 원리의 주요한 목적이 ‘실질적으로 형사재판(*criminal court*)의 사실확정의 기능에 손상을 주고 그리하여 이미 끝난 사실심절차에서의 유죄평결(*guilty verdicts*)의 정확성에 대하여 심각한 질문을 야기하는 형사재판의 측면을 극복하기 위한 것일 때²¹⁹⁾ 적합하다. 둘째, 그러한 배제법리의 새로운 확장은 이러한 목적에 기여하지 못하고, 따라서 일반적으로 소급적용될 수 없다. 연방대법원이 *Payton v. New York* 사건에서 내린 결정은 이러한 일반 원리에 대한 예외를 정당화해 주는 특별한 것이 아무 것도 없다.”

라. 이 판결의 의의

이 사건에서는 1980년의 *Payton V. New York* 사건에서 판시한 법리, 즉 “미국연방헌법 수정 제4조에 의하여 경찰관이 중죄(*felony*) 혐의자를 구속하기 위하여 영장없이 상대방의 동의도 받지 않고 용의자의 집에 들어가는 것은 금지된다.”는 법리가 그 판결선고 전에 피고인이 구속된 경우에도 적용되는가 하는 점이 문제되었다. *Blackmun* 대법관이 집필한 다수의견은 위 *Desist v. United States* 사건에서의 *Harlan* 대법관의 반대의견을 인용하면서 미국연방헌법 수정 제4조에 관한 연방대법원의 판례는 *Stovall* 사건과 같이, “중전의 선례에 의하여 규율되는 경우²²⁰⁾를 제외하고는 그 판결이 선고될 당시 아직 확정되지 않은 모든 사건에 소급하여 적용된다.”고 판시하였다는 점에 그 의의가 있다.²²¹⁾ 즉, 위 *Stovall* 사건에서는 소급적용 되는 범위가 당해 사건으로 축소되었으나 이 사건에서 소급적용되는 범위가 위 *Linkletter* 사건에서 판시한 내용대로 다시 회복되었다고 할 수 있다.

219) *Id.* at 535, quoting *Williams v. United States*, 401 U.S. 646, 653 (1971)

220) 이는 주로 새로운 판례가 과거의 법리와의 명백한 단절(*a clear break with the past*)이 있는 경우이다. *Desist v. United States*, 394 U.S. 244, 248 참조.

221) 윤진수, 앞의 논문, 303면.

5. 후속 판례

가. Shea v. Louisiana²²²⁾ 사건 [1985] (direct review)

상고인(Shea)은 루이지애나주에서 무장강도 혐의로 체포된 후 경찰서로 인치되어 경찰관에 의해 심문을 받았다. Miranda 원칙을 고지 받은 후 그는 변호사를 볼 때까지 어떠한 진술도 하고 싶지 않다고 말했고 그 심문은 중지되었다. 그러나 그 다음날 상고인이 변호사와 접견하기 전에, 같은 경찰서의 다른 경찰관은 상고인이 변호사와 접견을 했는지 물어보지도 않고 그리고 상고인이 심문을 받고 싶은지에 대해 말한 바도 없는데, 그 사건에 대해 진술할 것을 요구하였다. Miranda 권리가 다시 한 번 상고인에게 고지된 후에 상고인은 자신이 위 강도짓을 했다고 구술로 자백하였다. 상고인의 이의제기에도 불구하고 그 자백은 형사 제1심 공판절차에 증거로 제출되었고 그는 유죄판결을 선고받았다. 상고인의 공판과 유죄판결 후 상고인이 루이지애나주 대법원에 상소²²³⁾하여 동 사건이 주 대법원에 소송계속 중인 사이에, 연방대법원은 Edwards v. Arizona²²⁴⁾ 사건에서 “형사피고인이 변호사를 요청했음에도 변호인의 입회 없는 상태에서 경찰관이 부추겨 시작된 심문절차에서 얻어진 자백의 사용은 미국연방헌법 수정 제5조 및 제14조에 의하여 보호되는 형사피고인의 권리를 침해하는 것”이라고 판결하였다. Edwards 판결의 법리가 침해되었음을 인정하면서도 루이지애나주 대법원은 위 Edwards 판결의 법리는 상고인의 사건에 적용될 수 없다고 판시하였다.

이에 대하여 연방대법원(다수의견)은, Edwards 판결의 법리는 Edwards 판결이 선고될 때 재판확정 전 비약상고절차(direct appeal) 상태로 소송계속 중인 사건들에도 적용된다고 판시하면서 원심판결을 파기환송 하였다. [소급적용 인정 - (소급적용을 부인한 원심판결 파기환송)]

222) 470 U.S. 51 (1985)

223) 비약상고(direct appeal)를 말함.

224) 451 U.S. 477 (1981)

나. Teague v. Lane²²⁵⁾ 사건 [1989] (habeas corpus)

상고인 - 흑인이다 - 은 고의살인(謀殺, attempted murder) 및 기타 혐의로 전원이 백인인 배심원단에 의하여 일리노이주법원에 기소되었다. 배심원을 선택하는 과정에서 검사는 10번의 기피제도(peremptory challenges)²²⁶⁾를 모두 사용하여 배심원단에서 흑인들을 배제하였다. 상고인은 두 번이나, 자신은 자신의 동료들(peers)²²⁷⁾로 구성된 배심원단을 가질 권리가 있다고 주장하면서 잘못된 공판절차를 다투었으나 그 뜻을 이루지 못하였다. 항소심에서도 그는 지역공동체를 대표하는 배심원단에 의하여 심리를 받을 권리가 있다고 주장하였으나 역시 받아들여지지 않았고, 그는 연방지방법원에 인신보호영장을 청구하였다. 연방지방법원은 그의 청구를 배척하였으나 연방항소법원 소부(panel)는 대배심(jury)에 적용되는 미국연방헌법 수정 제6조의 fair cross section 요건²²⁸⁾은 소배심(petit jury)에도 역시 적용된다고 하면서, 그의 경우는 “일용 차별을 받은 사례(a prima facie case of discrimination)”가 된다고 판시하였다. 그러나 연방항소법원 전원재판부(en banc)는 변론을 다시 열기로 하고 변론을 연방대법원의 Batson v. Kentucky²²⁹⁾ 사건의 판결선고까지 연기하였다. 연방대법원은 1986. 4. 30. 선고한 Batson 사건에서, “피고인은 자신이 ‘인식할 수 있는 인종그룹의 일원’인 점, ‘검사가 배심원 기피권을 피고인의 인종과 같은 인종을 배심원단으로부터 배제하는 목적으로 행사하였다는 점’을 입증함으로써 위와 같은 ‘일용 차별을 받은 사례’로 만들 수 있다.”고 판시하였다. 그러나 연

225) 489 U.S. 288 (1989)

226) 이러한 기피는 어떠한 이유제시도 필요 없다. 다만, 소수인종을 차별하는 방법으로 사용되어서는 안 된다. Black's Law Dictionary (2010), p.208.

227) 흑인을 말한다.

228) fair cross section requirement : 미국연방헌법 수정 제6조에 의하여 보장되는, 불편부당한 배심원단에 대한 어떤 사람의 권리는 ‘잠재적인 배심원 풀은(법원의) 관할 안의 (인종간)인구구성비를 잘 반영해야 한다’는 요건을 포함한다. 잠재적인 배심원 풀은 그 관할구역의 (인종간)인구구성비와 완벽하게 일치할 필요는 없다. 그러나 각 (인종)그룹의 대표는 공정해야 하며, 어떤 그룹에 대한 조직적인 배제나 과소대표가 법적으로 있어서는 안 된다. Black's Law Dictionary (2010), p.528.

229) 476 U.S. 79. (1986) 1985. 12. 12. 공개변론을 거쳐 1986. 4. 30. 판결이 선고되었다.

방항소법원(전원재판부)은 연방대법원이 1986. 6. 30. 선고한 *Allen v. Hardy*²³⁰⁾ 사건에서 *Batson* 법리는 상고인의 경우와 같이 동 법리가 재판확정 후의 재심 절차(collateral review) 사건에는 소급적용 될 수 없다고 판시했다는 이유로, 상고인은 위 *Batson* 판결의 혜택을 받을 수 없다고 판결하였다. 연방항소법원은 또한 위 *fair cross section* 요건은 대배심에만 적용된다고 판시하였다. 연방대법원은 원심판결을 지지하였다.²³¹⁾ [소급적용 부인 - 상고 기각]

6. 기타

가. 형사절차법이 위헌인 경우 : *Brown v. Louisiana*²³²⁾ 사건 [1980] (direct review)

(1) 사건의 개요

6명 배심원단의 만장일치가 아닌 평결에 따라 중죄(felony)²³³⁾의 유죄판결을 받고 상소한 사건이 루이지애나주대법원에 계속되어 있는 동안에, 연방대법원은 1979. 4. 17. *Burch v. Louisiana*²³⁴⁾ 사건에서 “6명 배심원단의 만장일치가 아닌 평결에 의하여 경죄가 아닌(nonpetty offense)²³⁵⁾ 범죄의 유죄판결을 허용하는 루이지애나주 헌법 및 형사소송법 조항²³⁶⁾은 연방헌법에 위반된다.”는

230) 478 U.S. 255 (1986)

231) 489 U.S. at 289-290.

232) 447 U.S. 323 (1980)

233) 통상 사형 또는 1년 이상의 유기징역에 처해질 수 있는 심각한 범죄를 말하며, 여기에는 주거침입강도(burglary), 방화(arson), 강간(rape), 살인(murder)의 죄가 포함된다. felony는 ‘major crime’ 또는 ‘serious crime’이라고도 불린다. *Black’s Law Dictionary* (2010), p.544.

234) 441 U.S. 130 (1979)

235) 즉, 중죄(felony)를 말한다.

236) 상고인에 대한 제1심 형사공판(trial) 당시의 루이지애나주의 1979년 헌법 제1조 제17절 및 형사소송법 제782조 (A)항은 다음과 같이 규정하고 있었다. : “사형에 처해질 수 있는 범죄사건은 12명으로 구성되는 배심원단 앞에서 공판절차가 진행되어야 하고, 그 평결은 12명 전원의 만장일치에 의하여 이루어져야 한다. 필요적으로 노역(勞役)이 부과되는 징역형에 처해질 수 있

판결을 선고하였다. 그러나 루이지애나주대법원은 1979. 5. 21. 상소인의 유죄판결을 인정한 원심판결을 유지하는 판결을 선고하면서, 위 Burch 판결의 법리는 동 판결 선고 전에 선출된 배심원단에 의하여 진행된 형사소송에 소급적용되어서는 아니 된다고 판시하였다. 이에 연방대법원은 1980. 3. 25. 대법관 6:3의 의견으로 위 루이지애나주대법원 판결을 파기, 환송하였다. [소급적용 인정 - (소급적용을 부인한 원심판결 파기환송)]

(2) 법정의견(다수의견)의 요지

대법관 6:3의 의견을 대표하여 Brennan 대법관이 집필한 다수의견에는 Stewart·Marshall·Blackmun 대법관이 동참했는데, 이 다수의견에는 아래에서 보는 바와 같이 Stevens 대법관과 Powell 대법관의 동조의견(concurring opinion)이 있다. 다수의견은 아래와 같은 이유로 Burch v. Louisiana 사건에서 선언된, "6명 배심원단의 전원일치 의견이 아닌 평결로 州 법원에서 이루어진 중죄에 대한 유죄판결은 미국연방헌법 수정 제14조를 통하여 州에도 적용되는 수정 제6조에 의해 보장되는, 피고인의 재판청구권(the accused's right to trial)을 침해한다."는 법리는 소급적용되어야 한다고 결론지었다.

- (a) 형사소송에 관한 새로운 헌법적 법리가 소급적용되어야 하는지를 결정하는 기준은 3가지 요인을 고려해야 한다. 즉, "(i) 새로운 법리가 추구하는 목적(purpose), (ii) 법집행 당국이 종래의 법리에 대하여 가졌던 신뢰(reliance)의 정도, (iii) 새로운 법리의 소급적용이 사법(판결)의 집행(administration of justice)에 미치는 효과"가 그것이다. 이 세 가지 요인

는 있는 범죄사건은 12명으로 구성되는 배심원단 앞에서 공판절차가 진행되어야 하고, 그 평결은 12명 중 10명 이상의 동의에 의하여 이루어져야 한다. 노역(勞役)이 부과되거나 부과되지 않는 6월 이상의 징역형에 처해질 수 있는 있는 범죄사건은 6명으로 구성되는 배심원단 앞에서 공판절차가 진행되어야 하고, 그 평결은 6명 중 5명 이상의 동의에 의하여 이루어져야 한다." 이 조항은 Burch v. Louisiana 사건 판결 이후인 1979년에 루이지애나 법률 제56-2호로 6명 배심원단의 전원일치만으로 평결할 수 있다는 내용으로 개정되었다. Brown v. Louisiana 사건의 [footnote 1], 447 U.S. at 326.

중 가장 중요한 것은 (i) 요인이며, (ii)와 (iii) 요인의 중요성은 오직 (i) 요인이 소급효 또는 장래효에 대한 분명한 기준을 제시하지 못할 때만 주어지는 것이다.

- (b) Burch 사건 판결은 “6명 배심원단의 전원일치에 따른 평결은 배심원재판의 실질적 내용을 보장하고 배심원 평결의 신뢰성을 확보하기 위하여 헌법적으로 요구된다.”는 법리를 확립하였다. 이러한 Burch 사건 법리의 목적(i)은 중범죄 사건의 유죄여부를 결정하는 기능을 적절하게 수행하는 배심원단의 능력을 위협하는 관행을 제거하기 위한 것이므로 이러한 법리는 명백히 소급적용되어야 한다.
- (c) 옛 법리에 대한 州의 善意에 기한 신뢰(ii)와 사법(판결)의 집행에 대해 소급효가 미치는 영향(iii)은 반대의 결과²³⁷⁾를 고려하는 것이 아니다. 이 사건에서 Burch 사건 이전의 법리에 대한 정당화될 수 있는 신뢰는 미미하다. 왜냐하면 장래효만이 주어진 다른 사건들과는 달리, Burch 사건 판결은 연방대법원의 이전의 어떤 선례도 변경하는 것이 아니고 지금까지 적법성에 의문의 여지가 없던 관행을 무효화하는 것도 아니기 때문이다. 마찬가지로 이 사건에서 Burch 사건 법리의 소급적용이 형사법의 집행에 파괴적인 영향을 주는 것도 아니다. 왜냐하면 1979년까지 단지 2개의 州만이 6명 배심원단의 전원일치가 아닌 평결로도 유죄판결을 할 수 있도록 허용했고, 그들 중 하나인 루이지애나주에서는 1975년까지 이러한 제도가 없었기 때문이다. 더군다나 이 사건의 판결은 지난 4년간 루이지애나 주에서 있었던 ‘위헌적인’ 배심원단에 의해 진행된 모든 유죄판결(convictions)의 유효성에 영향을 미치는 것이 아니라 오로지 만장일치에 이르지 못했던 유죄평결(verdict)에만 영향을 미칠 것이다.

한편, Stevens 대법관이 가담한 동조의견(concurring opinion)을 작성한 Powell 대법관은 법정외의견의 결론에는 찬성하면서도, Burch 사건의 법리는 이 사건뿐만 아니라 이 사건과 같이 Burch 판결이 선고될 당시 법원에 계속 중인

237) 즉, ‘장래효’를 말한다. 뒤에서 보듯이 소급효를 부인하는 반대의견은 이 점을 내세우고 있다.

모든 사건에 적용되어야 한다는²³⁸⁾ 의견을 제시하였다.²³⁹⁾

(3) 반대의견의 요지

Burger 대법관과 White 대법관이 동참한 반대의견에서 Rehnquist 대법관은 아래와 같은 이유로 Burch 사건의 법리는 이 사건에 소급적용 되어서는 안 된다는 의견을 제시하였다.²⁴⁰⁾

“나는 소급적용할지 여부에 대한 다수의견의 기준에는 동의하지만 그러한 기준을 이 사건에 적용하여 Burch 사건의 법리를 소급적용하는 것에 대하여는 동의할 수 없다. 이 사건에서 가장 중요한 문제는 루이지애나주 배심원단이 5:1로 평결한 것이 무고한 사람에 대한 유죄판결에 이르게 한 것인지 여부이다. 다수의견이 판시하고 있듯이,²⁴¹⁾ 오직 이러한 가능성에 대한 평가가 ‘위헌으로 평가받은 관행이 과거의 형사사건에서의 유죄판결에 대한 신뢰에 의문을 던지는 것으로 나타나는 경우’에만 형사절차에 관한 새로운 법리가 소급적용되어야 한다. 연방대법원의 선례들이나 상식적인 경험의 그 어느 것도 5:1 투표가 본질적으로 신뢰할 수 없다는 결론을 지지하지 않는다. 나는, 다수의견이 배심원단의 실수의 가능성을 과장하고 있을 뿐만 아니라, (오늘의 다수의견의 판시내용과 관련이 있게 될) 이전의 법리에 대한 州의 신뢰나 루이지애나주 사법시스템의 집행에 대한 부담을 불공정하게 과소평가하고 있다고 생각한다.”²⁴²⁾

238) 즉, 법정의견은 Burch 판결의 법리가 이 사건뿐만 아니라 Burch 판결이 선고될 당시 법원에 사건이 계속 중이던 다른 모든 사건에 이 법리가 적용되어야 하는지 여부에 대하여는 판단하지 아니하였다.

239) 447 U.S. at 338.

240) 447 U.S. at 338-343.

241) 447 U.S. at 329.

242) 447 U.S. at 338-339.

나. 주(州)의 권한과의 관계 : Danforth v. Minnesota²⁴³⁾ 사건 [2008]
(direct review)

(1) 사건의 개요

한편 비교적 최근에 미국연방대법원이 미네소타 주대법원에 certiorari(사건 이송명령영장)를 발한 Danforth v. Minnesota 사건이 2007. 10. 31. 변론을 거쳐 2008. 2. 20. 선고되었는데, 이 사건에서도 소급효 문제를 다루고 있다. 연방대법원은 2004. 3. 8. 선고한 Crawford v. Washington²⁴⁴⁾ 사건에서, 형사사건에서의 증언의 신빙성에 관한 “새로운 법리”를 선언하였는데, 그 후에 Danforth v. Minnesota 사건의 상고인(Danforth)은 자신의 형사 제1심 공판절차에서 피해자의 녹음된 진술을 증거로 받아들인 것은 위 “Crawford 법리”를 위반했다는 이유로 ‘州的 유죄판결후의 구제’(state postconviction relief)를 신청하였다. 미네소타주 형사 제1심 법원과 항소심 법원은 Teague v. Lane²⁴⁵⁾ 사건을 인용하면서 위 Crawford 법리는 상고인의 사건에 소급적용되지 않는다고 판결하였다. 미네소타주 대법원은 하급심 법원의 판시내용에 동의하면서, 주 법원들은 형사절차에 관한 “새로운 헌법적 법리”를 선언하는 연방대법원의 판결에 연방대법원이 준 것보다 더 광범위하게 소급적용을 할 수 없다고 판단하였다. 그러나 연방대법원은, “Teague 사건 판결은 주 법원들로 하여금 형사절차에 관한 새로운 법리에 위 Teague 사건의 의견이 요구하는 것보다 더 광범위한 효과를 부여하는 것을 제한하지 않는다.”고 판시하면서, 미네소타주 대법원의 판결²⁴⁶⁾을 파기환송하였다. [소급적용 인정 - 소급적용을 부인한 원심 판결 파기환송]

243) 552 U.S. 264 (2008)

244) 541 U.S. 36 (2004)

245) 489 U.S. 288 (1989)

246) 718 N.W. 2d 451.

(2) 법정의견(다수의견)의 요지

대법관 7:2의 의견을 대표하여 Stevens 대법관이 작성한 다수의견의 요지는 다음과 같다.

- (a) Crawford 사건에서 연방대법원은 Teague 사건에서 정의된 “새로운 법리” - 왜냐하면 피고인에 대한 유죄판결이 확정될 때 선례로서 존재하지 않았기 때문에 - 를 선언하였다.²⁴⁷⁾ 그러나 그것은 연방대법원 자신이 고안한 것이라거나 건전한 정책(sound policy)에 관한 연방대법원 자신의 견해의 산출물은 아니었다.²⁴⁸⁾
- (b) 연방대법원은 처음에 Linkletter v. Walker 사건에서 (앞에서 설명한) “소급효 기준”을 채택하였으나,²⁴⁹⁾ 나중에 재판확정 전 비약상고절차(direct review)로서 소송계속중인 사건에서(Griffith v. Kentucky),²⁵⁰⁾ 그리고 연방 인신보호영장 청구사건(Teague v. Lane)²⁵¹⁾에서는 이 기준을 버렸다. Teague 사건의 법리에 따르면 형사절차에 있어서의 새로운 법리는 연방 인신보호영장 청구사건에는 - 그 법리가 확실히 기본적인 개인의 행위를 州의 규제권한 위에 놓거나 그 법리가 형사절차의 “획기적인(watershed)” 법리가 아닌 한²⁵²⁾ - 소급적용되지 않을 수 있다.²⁵³⁾
- (c) Linkletter 판결이나 Teague 판결 모두 헌법침해에 대하여 연방 인신보호영장 청구로서 가능한 구제 이상의 광범위한 구제를 제공할 주(법원)의 권한을 명시적으로든 묵시적으로든 제한하지 않았다. 그리고 Teague 판결의 법리는 연방 인신보호영장 청구사건에서 내려진 것이기 때문에, 주(법원)가 유죄판결 이후의 절차에서 더 광범위한 구제를 제공할 수 있

247) Teague, 489 U.S., at 301 (plurality opinion)

248) Crawford, 541 U.S., at 67.

249) 381 U.S. 618, 629

250) 479 U.S. 314 (1987)

251) 489 U.S. 288 (1989)

252) 즉, 그 법리가 확실히 기본적인 개인의 행위를 州의 규제권한 위에 놓거나, 형사절차의 “획기적인(watershed)” 법리라면 소급적용 될 수도 있다는 의미이다.

253) 489 U.S. at 310.

는지에 대하여는 관계가 없다는 점은 분명하다. Teague 판결에서 O'Connor 대법관의 “비소급효”에 관한 전반적인 논증은, 새로운 법리하에서 구제받을 수 있는 계층에 관한 정의가 사법관이나 사법원이 그녀가 정의한 것보다 더 광범위한 계층에게 새로운 법리의 혜택을 부여하는 것을 금지한다는 점을 단정하거나 심지어는 암시하는 것도 아니다.

Teague 판결의 전반적인 비소급효 판시는 연방대법원이 연방 인신보호영장 법리를 해석하는 권한의 행사였다. Teague 판결은 오로지 연방 법원이 연방법률을 적용하는 권한을 확대하는 제정법상의 권한에 근거한 것이기 때문에, 동 판결은 사 법원에 구속적 의무를 부과하는 것으로 해석되어서는 안 된다. 동 판결의 문언과 논증 역시 그 법리는 오로지 연방법원이 사법원의 (확정된) 유죄판결을 다루는 인신보호영장(habeas corpus) 청구사건을 심리하는데 적용되는 것임을 보여준다. 연방법률을 적용하는데 있어서의 통일성이라는 연방의 이익은, 각 주는 그들이 연방 헌법을 침해하지 않는 한 자신의 법률을 만들고 집행하는 절대적인 권한을 가진 독립적인 주권자라는 일반원칙보다 우위에 있는 것이 아니다.

Teague 판결의 법리는 주 법원의 유죄판결을 파기하는 연방대법원의 권한을 제한하기 위한 의도였지, 주 법원이 주 법원의 유죄판결을 심사할 때 새로운 헌법적 법리의 침해에 대하여 구제할 권한을 제한하기 위한 의도는 아니었다. 후속 판례들도 이러한 견해를 지지한다.²⁵⁴⁾

- (d) 1973년의 *Michigan v. Payne*²⁵⁵⁾ 사건이나 1990년의 *American Trucking Assns., Inc. v. Smith*²⁵⁶⁾ 사건도 연방헌법 위반을 이유로 한 Teague 판결에서 명하는 것보다 더 광범위한 구제를 제공할 주 법원의 권한에 대하여 의문을 제기하지 않는다.
- (e) Teague 판결에서 명시적으로 선언되었거나 또는 연방법률의 어떤 다른 자료에서건 간에, 그 어떤 연방 법리도 사법원이 형사절차에 관한 새로운 법리에 더 광범위한 소급효를 주는 것을 금지하지 않는다.

254) See, e.g., *Beard v. Banks*, 542 U.S. 406, 412 (2004)

255) 412 U.S. 47 (1973)

256) 496 U.S. 167 (1990)

(3) 반대의견의 요지

Kennedy 대법관이 동참한 반대의견에서 Roberts 대법관은 “미국연방헌법의 의미에 관한 연방대법원의 새로운 판결들 중 일부는 이미 확정된 사건들에 소급적용되며, 일부는 그렇지 아니다. 연방대법원은 어떤 특정한 판결이 소급효를 갖는지 여부는 그 자체로 연방법에 관한 문제라고 판시한 바 있다. 연방법의 문제에 관한 한 연방대법원이 ‘무엇이 법인지’를 확인하는 것은 연방대법원의 ‘권한이자 의무’이다.²⁵⁷⁾ 주 법원들은 자신의 주 법률에 관한 한 최종적인 심판자이고, 연방대법원은 연방법에 관한 한 최종적인 심판자이다. 그러므로 주 법원들은 연방법을 해석하는 연방대법원의 판결이 소급효를 갖는지 여부에 대한 연방대법원의 판결에 따라야 한다.²⁵⁸⁾ (……) Danforth의 유죄판결은 Crawford 사건에서 새로운 법리가 선언되기 전에 이미 확정되었다. Whorton v. Bockting²⁵⁹⁾ 사건에서 연방대법원은 Crawford 사건 판결의 법리는 재판확정 후 재심사건(collateral review)에는 소급적용 될 수 없다고 판시하였다. 이 사안도 마찬가지로 결과가 주어져야 한다.”는 이유로 원심판결은 유지되어야 한다는 내용의 의견을 제시하였다.

257) *Marbury v. Madison*, 1 Cranch (5 U.S.) 137 (1803) : “It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is.” *Id.* at 177.

258) 또한 Roberts 대법관은, 1989년의 *Teague v. Lane* 사건에서 법정외의견(복수 의견)을 집필한 O'Connor 대법관이 1990년의 *American Trucking Assns., Inc. v. Smith* 사건에서 “연방대법원의 헌법해석에 관한 판결이 소급효를 갖는지 여부는 연방법의 문제이다. 주 법률이 문제가 되는 경우 주 법원들은 일반적으로 그들의 판결에서 소급효 여부를 결정한 권한을 갖는다. 그러나 특정한 연방헌법 규정이 어떤 의미를 갖는지, 그 규정이 무엇을 보장하는지, 그리고 그러한 헌법규정이 (공권력의 행사에 의하여) 침해를 받았는지 여부에 관한 연방헌법의 해석에 관한 연방대법원 판결의 소급적용 여부는 연방법의 문제이다.”(496 U.S. 167, 177-178, plurality opinion of O'Connor, J.)라고 판시하였다는 점을 들고 있다.

259) 549 U.S. 406 (2007)

7. 소결

이상 미국 연방대법원의 판례를 살펴본 바를 정리하면 다음과 같다.

첫째, 소급효 법리는 형사사건과 민사사건이 다르지 않다.

둘째, 형사사건에 있어서 연방대법원에 의하여 선언된 헌법해석에 관한 새로운 법리는, 인신보호영장(habeas corpus) 청구사건과 같은 확정판결 후 재심절차에는 소급적용되지 않는다.

셋째, 재판확정 전 비약상고절차(direct review)에 있어서는 판례의 변동이 있었지만, 지금은 헌법해석에 관한 새로운 법리가 이들 사건에 소급적용된다는 것이 다수의견이다.

넷째, 우리나라의 법제와는 다르지만 연방대법원의 헌법해석에 관한 새로운 법리의 소급적용 여부에 관하여 주 법원은 그 구체범위를 재량으로 넓힐 수 있다는 것이 다수의견의 입장이다.

한편, “새로운 헌법상 법리의 주된 목적이 진실의 발견이라는 형사재판의 기능이 손상되고 과거 재판에 있어서의 유죄판결이 정확하였는지에 관하여 중대한 의문이 제기되는 것을 막는데 있을 때”에는 완전한 소급효(complete retroactive effect)가 인정되는데,²⁶⁰⁾ 구체적으로 이에 해당하는 예로서는 “배심원의 전원일치가 아니어도 유죄판결을 할 수 있다.”는 주 법률이 헌법위반인 경우²⁶¹⁾ 등이 이에 해당한다.²⁶²⁾ 다만 주의할 점은, 이러한 경우에도 당해 사건 또는 당해 사건과 같은 입장에 있는, 새로운 법리의 선언 당시 법원에 계속 중인 사건(direct review)에 소급효가 미치는지 여부에 대한 견해의 대립일 뿐, 이미 확정된 사건에까지는 소급효가 미치지 않는다는 점에 대해서는 의문의 여지가 없다는 것이다.

260) Williams v. U.S., 401 U.S. 646, 653 (1971) : “Where the major purpose of new constitutional doctrine is to overcome an aspect of the criminal trial that substantially impairs its truth-finding function and so raises serious questions about the accuracy of guilty verdicts in past trials, the new rule has been given complete retroactive effect.”

261) Brown v. Louisiana, 447 U.S. 323 (1980)

262) U.S. v. Johnson, 457 U.S. 537, 550의 [footnote 11] 참조.

[별첨 1]

STOVALL v. DENNO, 388 U.S. 293 (1967)

Argued February 16, 1967.

Decided June 12, 1967.

상고인(Stovall)은 의사 Behrendt를 살해한 혐의로 기소되어 사형을 선고받았다. 그는 살해 다음날 체포되었는데, 변호사(변호인)을 대동할 시간이 주어지지 않은 채로 자신에게 수갑을 채운 경찰관을 포함한 경찰관들에 의하여 병원에 입원해 있던 Behrendt 여사 - 그녀는 남편의 공격자(강도)²⁶³에 의하여 심각하게 부상을 당했다 - 에게 보여주기 위하여 인도되었다. 그녀는 Stovall을 보고 또 경찰관이 지시하는 대로 그가 말하는 것을 듣고 나서 그가 살인자라고 확인해 주었다. Behrendt 여사와 경찰관들은 Stovall의 제1심 공판 때 병원에서 확인절차에 대하여 증언했으며, 그녀는 법정에서 상고인을 (범인이라고) 확인하였다. 州 최고법원은 Stovall이 범인이라는 것을 인정하였고, 상고인은 Behrendt 여사의 확인은 자신의 미국연방헌법 수정 제5조, 제6조, 그리고 제14 조상의 권리를 침해하였다는 이유로 연방지방법원에 인신보호영장(habeas corpus) 청구를 하였다. 연방지방법원은 다른 쟁점에 관한 변론(hearing)을 거쳐 Stovall의 청구를 배척하였다. 연방항소법원 전원재판부는 Stovall의 헌법에 근거한 청구를 기각한 원심결정을 파기하기로 한 연방항소법원 소부 결정(panel decision)을 뒤집고, 연방지방법원의 결정을 지지하였다. 연방대법원의 판시내용은 다음과 같다.

1. 오늘 연방대법원이 United States v. Wade²⁶⁴ 사건과 Gilbert v. California²⁶⁵ 사건 판결에서 수립한 헌법적 법리(constitutional rule)는 변호사가 없는 상태에서 범인을 확인할 목적으로 대질한 쟁점을 포함한

263) 상고인 Stovall을 의미함. [번역자 註]

264) 388 U.S. 218 (1961) [번역자 註]

265) 388 U.S. 263 (1961) [번역자 註]

사건으로서 오늘 이후에 그러한 대질이 수행된 사건에만 적용된다.²⁶⁶⁾

2. 비록 범인확인만을 목적으로 피의자를 보여주는 관행이 광범위하게 비난 받아 왔다 하더라도, 대질행위에 따르는 적법절차 위반여부는 주변상황의 종합적 고려에 따라 달라질 수 있다. 이 사건에서는 적법절차 위반이 없는데, 그 이유는 Behrendt 여사는 피의자의 혐의를 벗길 수 있는 위치에 있는 유일한 사람이었기 때문이다. 즉, 그녀는 통상적인 범인식별절차 (lineup)를 위하여 경찰서에 갈 수 없었고, 그녀가 얼마나 더 살 수 있는 지 알 수 있는 방법이 없었기 때문이다.

따라서 항소심판결(355 F.2d 731)은 유지된다. [388 U.S. 293, 294]

BRENANN 대법관이 발표한 법정의견은 다음과 같다.

이 사건에서 상고인의 연방 인신보호영장 청구는, 상고인에 대한 州의 형사 유죄판결이 결함이 있는 범인식별 증거를 받아들인 것이기 때문에 오늘 United States v. Wade 사건과 Gilbert v. California 사건 판결에서 쟁점이 되었던 바와 같이 헌법적으로 문제가 있다고 주장하는 점에서 위 유죄판결을 다른 소송 절차에서(collaterally) 공격하고 있다. 그러므로 이 사건은, 위 Wade 사건과 Gilbert 사건에서 발표된, “피의자를 변호사가 없는 상태에서 사실심(1심) 공판 전에 범인을 확인하는 증인들에게 보여줌으로써 결함이 있게 된 범인확인 증거의 배제”를 요구하는 법리는 어느 범위까지 소급적으로 적용되어야 하는가를 결정하는 계기를 제공하고 있다.²⁶⁷⁾²⁶⁸⁾ 한편, 이 사건에서 문제가 된 특정한 대질 사실로 인하여 상고인의 미국연방헌법 수정 제14조의 적법절차가 부인되었는지 하는 점도 또 다른 쟁점이다. [388 U.S. 293, 295]

266) 즉, 장래효를 갖는다는 의미이다. [번역자 註]

267) See Linkletter v. Walker, 381 U.S. 618 ; Tehan v. Shott, 382 U.S. 406 ; Johnson v. New Jersey, 384 U.S. 719.

268) [Footnote 1] 비록 피상고인이 소급효 항변을 제기하지는 않았지만, 뉴욕주 법무부장관(Attorney General)은 법정조언자(as amicus curiae)로서 광범위하게 소급효 쟁점을 제기하였고, 상고인도 그의 준비서면에서 이러한 문제를 언급하고 있다. Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643, 646, n. 3와 비교하라.

의사인 Paul Behrendt는 1961년 8월 23일 자정 무렵에 롱아일랜드 Garden City에 있는 그의 자택 부엌에서 칼에 찔려 사망했다. 의사인 Behrendt의 부인 역시 내과의사인데, 남편을 따라 부엌으로 갔고 공격자(강도)에게 달려들었다. 강도는 그녀를 마룻바닥에 내동댕이친 후, 그녀를 11번이나 칼로 찔렀다. 경찰이 부엌 바닥에서 셔츠를, 상고인의 것으로 추정되는 지갑 안에서 열쇠들을 발견했다. 경찰은 다음날인 8월 24일 오후에 그를 체포했다. 즉각적인 심문이 시작되었으나 상고인이 변호사를 대동할 때까지 동 절차가 지체되었다.

Behrendt 여사는 병원에 입원하였고 생명을 살리기 위한 큰 수술을 받았다. 경찰은 상고인에게 변호사를 대동할 시간을 주지 않은 채 의사와 협의하여 수술이 끝난 8월 25일 정오경에 상고인을 (Behrendt 여사가 입원해 있는) 병실로 데려갔다. 상고인은 수갑이 차인 채로 지방검찰청 직원 2명과 5명의 경찰과 함께 병실로 갔다. 상고인은 그 방에서 유일한 흑인이었다. 경찰 한 명이 Behrendt 여사에게 상고인이 “그 사람이 맞냐”는 질문을 하고 경찰관의 지시에 따라 상고인이 목소리 확인을 위하여 몇 마디를 따라 한 후에 Behrendt 여사는 그녀의 병실 침대에서 그를 범인이라고 확인하였다. 어떤 증인도 그때 사용된 말들을 기억하지는 못했다. Behrendt 여사와 경찰들은 그날 병실에서 한 범인확인에 대하여 사실심(1심) 공판에서 증언하였고, 그녀는 법정에서 다시 상고인을 범인이라고 확인하였다.

상고인의 유죄가 인정되었고 사형선고를 받았다. 뉴욕 항소법원은 의견 없이 (without opinion) 1심판결을 지지하였다.²⁶⁹⁾ 상고인은 (뉴욕 남부 지구를 위한) 연방지방법원에 인신보호영장을 청구하였다. 그는 사실심(1심) 공판에서 주장하기를, 그에게 부인된 헌법적 권리들 중에서 Behrendt 여사의 범인확인 증거를 법원이 받아들인 것은 미국연방헌법 수정 제5조, 제6조, 제14조 하에서 보장되는 그의 권리를 침해하였다는 것이다. [388 U.S. 293, 296] 왜냐하면 그는 변호사의 도움 없이, 경찰이 자신을 범인이라고 믿는 터라, 증인의 관심을 불공정하게 촉발하게 되는 환경에서 병실에서의 대질에 강제적으로 끌려갔기 때문이라는 것이다. 연방지방법원은 (이 사건의 연방대법원에서의 쟁점과는 관련 없는) 무효라고 주장하는 압수수색 절차에 대한 변론을 실시한 후에 상고인의

269) 13 N. Y. 2d 1094, 196 N. E. 2d 65.

청구를 기각하였다.

연방항소법원의 항소심에서 처음에 소부(panel)에서는 Behrendt 여사의 범인 확인 증거의 증거능력 여부에 대한 쟁점과 관련하여 병실에서의 범인확인 절차는 상고인의 헌법상 권리인 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하였기 때문에 증거능력이 없다고 판단하면서 연방지방법원의 판결을 파기하는 결정을 하였다. 그 후 연방항소법원 전원재판부는 소부의 결정을 무효화시키고 연방지방법원의 판결을 지지하였다.²⁷⁰⁾ 우리는 사건이송명령영장(certiorari)을 발하였다.²⁷¹⁾ 그리고 이 사건을 Wade 사건과 Gilbert 사건의 변론과 함께 다루기로 하였다.

우리는, Wade 사건과 Gilbert 사건은 당해 사건과 오늘 이후 변호사가 없는 상태에서 수행된 범인확인 목적을 위한 대질이라는 쟁점을 포함하고 있는 모든 장래의 사건들에게만 영향을 미친다는²⁷²⁾ 판시를 한다. 따라서 Wade 사건과 Gilbert 사건의 법리를 이 사건에 적용할 수는 없다. 우리는 또한 상고인이 미국연방헌법 수정 제14조에서 보호하는 적법절차를 박탈당하지 않았다고 판단한다. 따라서 항소심 판결은 유지된다.

I .

형사절차에서의 다른 헌법적 법리의 소급효에 관한 연방대법원의 최근의 논의들은 이 사건에서는 불필요하다.²⁷³⁾ “이들 사건들은 헌법적인 쟁점을 포함한 형사소송에서 ‘연방대법원은 상황의 긴급성이 요구된다면 정의의 관점에서 이러한 헌법적 법리에 장래효(prospective)를 부여’할 수 있다는 원칙을 확립하였다.”²⁷⁴⁾ [388 U.S. 293, 297] 이 문제의 해결을 위한 기준은 ‘첫째, 새로운 법리가 추구하는 목적, 둘째, 법집행 당국이 종래의 법리에 대하여 가졌던 신뢰의 정도, 셋째, 새로운 법리의 소급적용이 사법(판결)의 집행에 미치는 효과’²⁷⁵⁾를 포함한다.

270) 355 F. 2d 731.

271) 384 U.S. 1000

272) 즉, 장래효만 가진다는. [번역자 註]

273) 위 Linkletter v. Walker; Tehan v. Shott; Johnson v. New Jersey 사건 참조.

274) 위 Johnson 사건, 384 U.S., at 726-727.

“어떤 법리를 소급적용 할 것인가 또는 소급적용하지 않을 것인가는 그 법리의 기초가 되는 헌법의 규정에 의하여 자동적으로 결정되는 것이 아니다. 형사절차에서의 각각의 헌법적 법리는 각 사건의 고유한 기능, 선례의 배경, 사법(판결)의 집행에 미치는 고유의 영향을 가지고 있다. 그리고 이러한 요소들이 결합하는 모습은 문제된 그 법리에 따라 불가피하게 다양하다.”²⁷⁶⁾

Wade 사건과 Gilbert 사건은 법집행 당국자들로 하여금 변호인에게 통지하지 않고 또 변호인이 없는 상태에서 피의자를 범인확인을 위한 목적으로 증인들에게 데려가는 것을 억제하는 배제법리(exclusionary rules)를 확립하였다. 잘못된 범인확인 절차에 기반한 유죄판결은 정의의 심대한 실패이다. Wade 사건과 Gilbert 사건의 법리는 경험이 증명하듯이 공판전의 대질이 초래할 수 있는 불공정을 방지함으로써, 그리고 공판에서의 증인의 범인확인 증언의 의미 있는 심사를 확보함으로써 그러한 가능성을 최소화하기 위한 목적을 가지고 있다. 그러면 이러한 법리가 소급적용되어야만 하는가? 우리는 그렇게 생각하지 않는다.

변호인의 조력을 받을 권리는, 그 권리의 부인이 거의 변함없이 예를 들면 공정한 재판을 부인하게 되는 기소의 전 단계에서 소급적용되어 왔다는 점은 사실이다. 공판 그 자체(trial itself)에 관한 *Gideon v. Wainwright*²⁷⁷⁾ 사건, 또는 몇 가지 형태의 심문(some forms of arraignment)에 관한 *Hamilton v. Alabama*²⁷⁸⁾ 사건, 또는 항소(on appeal)에 관한 *Douglas v. California*²⁷⁹⁾ 사건 참조. [388 U.S. 293, 298]

“공판의 기본적인 목적은 진실의 발견에 있다. 그리고 형사공판의 기술적인 복잡성을 통하여 변호사의 도움을 부인하거나 피고인이 가난하다는 이유로 유죄판결에 대한 항소의 충분한 기회를 부인하는 것은 그러한 목적을 방해하고 무고한 자를 유죄로 만드는 것을 포함하여 형사절차를 오염시킨다는 것은 분

275) (a) the purpose to be served by the new standards, (b) the extent of the reliance by law enforcement authorities on the old standards, and (c) the effect on the administration of justice of a retroactive application of the new standards. [번역자 註]

276) 위 Johnson 사건 판결, at 728.

277) 372 U.S. 335

278) 368 U.S. 52

279) 372 U.S. 353

명하다.”²⁸⁰⁾ 우리는 또한 공판에서의 사실확인 절차에서 나타날 수 있는 심각한 결함을 교정하기 위하여 형사절차의 법리를 소급적용해 왔다.²⁸¹⁾

비록 Wade 사건과 Gilbert 사건의 법리가 범인확인 증거의 영역에서 사실확인 절차의 신뢰성을 강화함으로써 공판에서의 불공정을 피하기 위한 목적을 가졌다 하더라도 “형사절차에서의 헌법적인 법리가 공판에서 사실확인 절차의 신뢰성을 강화하는지 아닌지의 문제는 필연적으로 그 정도의 문제이다.”²⁸²⁾ 비난받는 관행이 공판절차에서 사실확정의 진정성을 어느 정도 오염시키는가의 문제는 필연적으로 가능성의 문제(question of probabilities)이다. 그러한 가능성은 이제는 이전에 종래의 정당화된 법리에 대하여 가졌던 신뢰 그리고 사법(판결)의 집행의 관점에서 본 소급효의 영향에 비추어 평가되어야 한다.

우리는 Wade 사건에서 범인식별을 위한 대질과정에서 본질적으로 나타나는 위험성과 불공정성에 대하여 개괄적으로 설명한 바 있다. 그 점에서 불공정성의 가능성은, 대질이 자주 수행되는 방법 때문에 그리고 피의자가 사건의 재구성(reconstructing)²⁸³⁾ 과정에 종종 배제되고 그럼으로써 공판절차에서 범인확인절차의 쟁점에 대한 완전한 청문기회를 갖지 못하게 된다는 점에서, 심대하다. 변호인의 참여는 대질절차에서나 범인확인절차의 쟁점에 관한 변론절차에서 공정성을 의미있게 증진시킬 것이다. 그러므로 우리는 대질절차는 “핵심단계”(critical stage)이고 변호인의 참여는 모든 대질절차에 요구된다는 결론에 이르렀다. [388 U.S. 293, 299]

그러나 제1심 공판절차나 항소심절차에서 변호인이 없는 사건들과는 달리 범인확인을 위한 대질절차는 변호인 없이도 빈틈없이 공정하게, 그리고 공판절차에서 피의자에 대한 편견없이 수행될 수 있고 또 그렇게 자주 수행되어 왔다는 것을 확신있게 주장할 수 있다는 점이 인정되어야 할 것이다. 그러므로 한편으로는 Wade 사건과 Gilbert 사건에서 확립된 배제법리(exclusionary rules)가 우리의 사법시스템에 대한 진정성(integrity)과 신뢰성(reliability)을 확신시키고자 하는 필요에 의해 정당화된다고 느끼는 반면, 불공정성에 대한 문제가 없는 사

280) 위 *Tehan v. Shott* 사건, at 416.

281) 예를 들어 *Jackson v. Denno*, 378 U.S. 368

282) 위 *Johnson v. New Jersey*, at 728-729.

283) 현장검증을 말하는 것으로 보인다. [번역자 註]

례에서는 이들 법리는 의심의 여지없이 영향을 미치게 될 것이다.

물론 우리는 과거에 마치 공판절차에 변호인이 없었으므로 부정의(injustices)가 있었던 것과 같이 범인확인을 위한 대질절차에 변호인이 참여하도록 함으로써 피할 수 있었던 부정의(injustices)가 있었다는 점을 인정해야 한다. 그러나 대질 사례에서 부정의가 일어나지 않았다고 우리가 말할 수 있는 확실성과 빈도는 제1심 공판절차나 항소심절차에서 변호사 없이 진행된 사례들과 소급적용을 위한 목적의 점에서 그 상황의 처리를 정당화함에 있어서, 특히 아래에서 요약한 바와 같이 강하게 상호충돌하는 이익들(strong countervailing interests)의 관점에서, 그리고 모든 사람들이 - 이 사안에서 Stovall이 시도하고 있는 것처럼 - 그러한 대질절차가 불공정하기 때문에 적법절차원칙을 위배하여 그의 권리를 침해하였다고 주장하거나 입증하는 것이 여전히 남아 있다는 점에서 아주 충분히 다르다.²⁸⁴⁾

상호충돌하는 (이익들의) 고려라는 비정상적인 힘은 우리가 장래효(prospective application)에 호의적인 결론에 이르게 된 논거를 강화해준다. 지금까지 연방정부나 50개 州정부의 법집행자들은, 헌법은 범인확인을 위한 공판전의 대질절차에서 변호사의 입회를 요구하지 않았다는 전제하에 업무를 수행하여 왔다. 오늘 판시한 법리들은 우리의 사례에서 (적용되도록) 전조가 된 것이 아니다. 어떠한 법원도 Wade 사건에서 연방항소법원이 판결하기까지는 그러한 요구를 판시하지 않았다.²⁸⁵⁾ [388 U.S. 293, 300]

미국법원의 압도적인 다수는 증거문제를 증거의 허용성(admissibility)의 문제가 아닌 배심을 위한 증거의 신뢰성(credibility for the jury)의 문제로 다루어 왔다. 법집행 당국자들은 실질적으로 만장일치로 정당하다는 - 지금은 더 이상 유효하지 않지만 - 평가로 (변호인 없이) 제1심 공판전의 대질절차를 행해 왔는데 그것은 정당하였다. 따라서 Wade 사건과 Gilbert 사건의 법리를 소급적용하는 것은 '우리의 형사법의 실현을 심각하게 방해할 것'이라는 점은 매우 분명하다.²⁸⁶⁾

284) See *Palmer v. Peyton*, 359 F. 2d 199 (C. A. 4th Cir. 1966).

285) 358 F.2d 557

286) 위 *Johnson v. New Jersey*, at 731.

위 *Tehan v. Shott* 사건에서 우리는 *Griffin v. California*²⁸⁷⁾ 사건에서의 “no-comment” 법리를 소급적용하지 않는 것이 설득력이 있다고 보았는데, 그 이유는 이러한 소급적용이 피고인이 증언대에 서지 않는 것에 대한 comment 를 허용하는 6개 州에 심각한 영향을 끼치게 될 것이기 때문이었다. 우리는 “이러한 주들에게 공판절차에서 진술하지 않은 모든 피고인들에게 유죄판결을 할 수 없다고 요구하는 것은 그들의 형사법의 실현에 미치는 영향이 너무나 파괴적이어서 더 이상의 설명이 불필요하다”고 판시하였다. 382 U.S., at 419.

그러한 영향은 *Wade* 사건과 *Gilbert* 사건의 법리를 소급적용하는 것으로부터 기대되는 영향과 비교하면 심각하지 않다. 최소한 현재의 형사사건의 진행은 변론에서 범인확인 증거의 오염(불법성) 여부를 결정하는 절차에 의하여, 그리고 그러한 오염된 증거를 허용하는 것은 해악이 없는 실수인지 여부를 결정하는 절차에 의하여 방해를 받게 될 것이다. 의심의 여지없이 심문은 증언을 들을 수 없다는 점과 희미해진 기억 때문에 제한받게 될 것이다. 그러므로 우리는 *Wade* 사건과 *Gilbert* 사건의 법리는 소급적용 되어서는 아니 된다는 결론에 이르렀다.

우리는 또한 이 사건에서와 같이 확정된 유죄판결과 여러 공판단계 및 재판 확정 전의 상소절차(direct review)의 유죄판결 사이에는 아무런 차이점이 없다는 결론에 이르렀다. 우리는 사법(판결)의 집행에 대한 신뢰 및 부담의 요소들을 그러한 차이를 지지하지 않는 것으로 만드는 압도적인 중요성을 갖는 것으로 간주한다.²⁸⁸⁾ [388 U.S. 293, 301]

그러므로 우리는 *Wade*와 *Gilbert*는 변호인이 없는 상태에서 공판진 대질이 시행된 자로서 그들 사건에서 확립된 법리의 혜택을 받을 수 있는 유일한 희생자들임을 인정한다. 그러나 그들만이 그러한 혜택을 받아야 한다는 것은 헌법재판이 단순한 부수적 의견이 아니라는 필요성에 따른 불가피한 결과이다. 우리가 구체적인 사건성 속에서만 쟁점을 해결코자 하는, 미국연방헌법 제3조의 명령에 뿌리박은 건전한 판결절차²⁸⁹⁾와 법에서의 변화를 요구하는 논쟁들

287) 380 U.S. 609

288) [Footnote 2] Schaefer, *The Control of "Sunbursts": Techniques of Prospective Overruling*, 22 Record of N. Y. C. B. A. 394, 408-411 (1967).

289) [Footnote 3] Note, *Prospective Overruling and Retroactive Application in*

을 증진시키기 위한 변호인이라는 유인책에 대한 가능한 영향 하에서만 쟁점을 해결코자 하는 것은²⁹⁰⁾ Wade와 Gilbert에게 오늘의 판결의 혜택을 부인함에 있어 영향을 미친다. 불공평성은 아마도 새로운 법리의 혜택을 그 법리가 선언된 사건의 당사자들에게만 부여하고 제1심 공판절차나 항소심 절차에서 동일한 쟁점을 제기한 비슷한 상황 하에 있는 당사자에게는 부여하지 않는 것으로부터 야기될 것이다.²⁹¹⁾ 그러나 우리는 관계 당사자들만이 그러한 혜택의 수익자라는 사실을 건전한 판결절차 원칙을 고수하기 위한 심각하지 않은 비용으로 간주한다.

II.

이제 우리는 상고인에게, 비록 Wade 사건과 Gilbert 사건의 법리가 그의 사건에 적용되지 않는다 하더라도, 이번 사건에서 수행된 대질절차가 어쨌든 회복할 수 없는 잘못된 범인확인절차에 불필요하게 시사적이고 전도적이어서 (unnecessarily suggestive and conductive) 적법절차원칙이 부인되었다고 주장할 수 있는 권리가 주어졌는지 여부에 대한 문제로 돌아가려 한다. [388 U.S. 293, 302] 이것은 변호인에 관한 권리주장과는 별개로 그의 유죄판결에 대한 공격으로서 인정된 근거이다.²⁹²⁾ 용의자를 (경찰관에서의) 정상적인 lineup 절차가 아니라 오로지 범인확인절차를 위하여 사람들에게 데려가는 관행은 광범위하게 비난받고 있다.²⁹³⁾ 그러나 대질절차에서 적법절차를 위반했는지 여부

the Federal Courts, 71 Yale L. J. 907, 930-933 (1962).

290) [Footnote 4] See Mishkin, Foreword, The Supreme Court 1964 Term, 79 Harv. L. Rev. 56, 60-61 (1965).

291) [Footnote 5] See Mishkin, n. 4, supra, at 61, n. 23; Bender, The Retroactive Effect of an Overruling Constitutional Decision: Mapp v. Ohio, 110 U. Pa. L. Rev. 650, 675-678 (1962); Schwartz, Retroactivity, Reliability, and Due Process: A Reply to Professor Mishkin, 33 U. Chi. L. Rev. 719, 764 (1966).

292) Palmer v. Peyton, 359 F. 2d 199 (C. A. 4th Cir. 1966).

293) [Footnote 6] See Wall, Eye-Witness Identification in Criminal Cases 26-40; Paul, Identification of Accused Persons, 12 Austl. L. J. 42, 44 (1938); [388 U.S. 293, 303] Williams & Hammelmann, Identification Parades, Part I, 1963. Crim. L. Rev. 479, 480-481; Frankfurter, The Case of Sacco

는 그를 둘러싸고 있는 종합적인 환경요인에 달려 있다. 그리고 기록에 의하면 Stovall을 즉시 Behrendt 여사에게 대질을 위하여 데려간 것은 절박한 사정이 있었기 때문이다. 항소심 전원재판부는 다음과 같이 판시하였다.²⁹⁴⁾

“이 세상에는 Stovall의 혐의를 벗겨줄 수 있는 유일한 사람이 단 한 사람만이 있다. 그녀의, 그리고 그녀만의 ‘그는 범인이 아니에요’라는 말이 Stovall에게 자유를 줄 수 있었던 것이다. 그 병원은 법원이나 교도소에서 멀리 떨어져 있지 않았다. 누구도 Behrendt 여사가 얼마나 더 살 수 있는지 알 수 없었다. 공격자(강도)를 확인하는 책임감에 임하여, 즉각적인 행동의 필요성, 그리고 Behrendt 여사가 교도소를 방문할 수 없었다는 점 때문에 경찰은 실행가능한 유일한 절차를 따라 Stovall을 (Behrendt 여사가 입원해 있는) 병실로 데려간 것이다. 이러한 조건하에서 Stovall이 주장하는 바와 같이 자신은 통상적으로 경찰에서의 lineup을 받았어야 한다는 점은 문제가 되지 않는다.”

항소심 판결은 유지된다. [388 U.S. 293, 303]

and Vanzetti 31-32.

294) 355 F.2d, at 735.

[별첨 2]

DESIST v. UNITED STATES, 394 U.S. 244 (1969)

Argued November 12, 1968.

Decided March 24, 1969.

MR. JUSTICE HARLAN, dissenting.

연방대법원이 *Linkletter v. Walker*²⁹⁵⁾ 사건에서, 형사사건에서 내린 “헌법해석에 관한 판결은 반드시 소급적용 될 필요가 없다.”는 개념을 받아들인 후 4년이라는 짧은 기간 동안에,²⁹⁶⁾ 우리는 그러한 원칙의 적용을 따르는 많은 법리들을 생산해 왔다. [394 U.S. 244, 257] 연방대법원은 (1) 어떤 “새로운” 법리들은 그 법리가 선언된 당시 재판확정 전 비약상고절차(*direct review*)에 있는 모든 사건에 적용되어야 한다고 판결하였고,²⁹⁷⁾ (2) 어떤 법리들은 형사공판절차가 아직 시작되지 아니한 사건들에 적용되어야 한다고 했으며,²⁹⁸⁾ (3) 어떤 법리들은, 그 법리에 따르면 오염된(*tainted*), 즉 위법인 증거가 아직 형사공판절차에 제출되지 아니한 사건들에 적용되어야 한다고 했고,²⁹⁹⁾ (4) 어떤 법리들은 그 새로운 법리가 선언된 당해 사건의 당사자들에게 그리고 그와 같이 금지된 당국자들의 행위가 아직 일어나지 아니한 장래의 모든 사건에 적용되어야 한다고 판결하였다.³⁰⁰⁾

비록 한 건 이상의 판결에서, 사실확정 단계의 완전성에 영향을 끼치는 “새로운” 법리들은 소급적으로 적용되어야 한다고 선언되었다³⁰¹⁾ 하더라도, 이러

295) 381 U.S. 618 (1965)

296) [Footnote 1] 헌법해석에 관련되지 않은 사건에서도 한 번 이러한 법리가 적용되었다. See *Lee v. Florida*, 392 U.S. 378 (1968), and its aftermath in *Fuller v. Alaska*, 393 U.S. 80 (1968)

297) *Linkletter v. Walker*, *supra*; *Tehan v. Shott*, 382 U.S. 406 (1966).

298) *Johnson v. New Jersey*, 384 U.S. 719 (1966)

299) *Fuller v. Alaska*, 393 U.S. 80 (1968)

300) *Stovall v. Denno*, 388 U.S. 293 (1967); *DeStefano v. Woods*, 392 U.S. 631 (1968)

한 요구는 어느 정도는 *Johnson v. New Jersey*³⁰²⁾ 사건에서, 그리고 나아가 *Stovall v. Denno*³⁰³⁾ 사건에서 훼손되었다. 또한 비록 어떤 법리가 (새로운 것이 아니라) 앞선 판례법에서 이미 그 전조가 보였던 것이라면 그 판결은 소급 적용되어야 한다는 판시가 있었다 하더라도,³⁰⁴⁾ 오늘 연방대법원(다수의견)은 그러한 논쟁을 버리고 있다. 실로 지금 연방대법원은, “비교적 새로운” 연방 판례법들은 재고되어야 한다는 양보에도 불구하고, 연방 사법체계 내에서 소급효를 거절함에 있어 최종적으로 *Katz v. United States*³⁰⁵⁾ 사건에서 선언된 현존하는 원리로부터도 떠나고 있는 것이다.³⁰⁶⁾ [394 U.S. 244, 258]

나는 과거에 이렇게 짧은 기간 동안 그렇게 많은 불일치하는 법리들과 서로 어긋나는 원칙들을 생산해 낸 의견들에 가담해 왔다. 나는 원칙적으로 내게 매우 불합리하게 보였던 헌법해석에 관한 판결들의 영향을 제한하는 것이 중요하다고 생각했기 때문에 그렇게 한 것이다. 그렇지만 나는 이제 더 이상 Linkletter 원칙을 적용하려는 우리의 노력을 성격지운 법리적인 혼란에 만족하는 상태로 머물지 않을 것이다. “소급효” 법리는 재고되어야 한다.

I. 재판확정 전 비약상고절차 사건에 대한 소급효 : RETROACTIVITY ON DIRECT REVIEW

숙고한 끝에, 나는 2년 전 위 *Stovall v. Denno* 사건에서 처음으로 선언되었고 오늘 (다수의견에 의하여) 재확인된, 연방대법원으로 하여금 자신의 사건이 그 법리를 확립하는 수단으로 선택된 사건의 특정 재판 당사자에게만 예외를

301) *Linkletter v. Walker*, supra, at 639; see also *Tehan v. Shott*, supra, at 416; *Fuller v. Alaska*, supra, at 81.

302) supra, at 728-729.

303) supra, at 299; see also *DeStefano v. Woods*, supra.

304) *Johnson v. New Jersey*, supra, at 731; *Berger v. California*, 393 U.S. 314 (1969)

305) 389 U.S. 347 (1967)

306) 앞의 251-252면을 *Linkletter v. Walker*, supra, at 637; *Tehan v. Shott*, supra, at 418-419; *Johnson v. New Jersey*, supra, at 731-732; *Stovall v. Denno*, supra, at 300 사건과 비교해 보라.

인정하고 “새로운” 헌법해석에 관한 법리를 장래를 향하여 적용하는 것을 허용하는 법리를 더 이상 받아들일 수 없다. 실로 나는 모든 “새로운” 헌법해석에 관한 법리는 최소한 그 “새로운” 판결이 선고될 당시 연방대법원에 의한 재판 확정 전 비약상고(direct review)를 받을 수 있는 모든 사건들에 적용되어야 한다는 Linkletter 원칙이 옳았다는 결론에 이르렀다. 기본적인 원칙의 중요한 문제들이 지금 위협에 처해 있다. 나도 동의하는 헌법재판에 관한 고전적인 견해에 따르면, 형사피고인들은 단지 과분한 선물(largesse)을 요청하기 위하여 연방대법원에 재판을 청구해서는 아니 된다. 연방대법원은 오직 어떤 사건의 특정한 사실들이 본안에 관한 정당한 재판을 통한 해결을 요구하는 헌법적인 쟁점을 결정하기 위한 권한만을 갖고 있다.³⁰⁷⁾

우리는 우리가 그렇게 하기를 좋아하기 때문에 또는 그렇게 하는 것이 현명하다고 생각한다는 이유로 범죄자들을 교도소에서 놓아주는 것이 아니라, 그의 사건에서 정부의 공권력행위가 헌법상 원칙을 침해하였기 때문에 그렇게 하는 것이다. 그리고 비슷한 상황에 처한 다른 피고인들이 우리 앞에 왔을 때 우리는 같은 구제를 그들에게 제공해야 하며, 우리가 다른 판단을 내릴 때에는 그럴 만한 이유를 제시해야 한다. [394 U.S. 244, 259] 그런데 우리가 비슷한 상황에 있는 피고인들 중 이 “새로운” 헌법원칙의 혜택을 받을 자를 임의로 선택할 때, 우리는 이러한 사법의 전통에서 벗어나고 있는 것이다.

오늘 재확인된 불합리한 성격의 법리는 다음과 같은 가정을 고려할 때 가장 잘 드러날 것이다. 오늘 이 사건에서 미국연방 제2항소법원이 연방대법원의 *Katz v. United States*³⁰⁸⁾에서 추구한 논증 - “Olmstead 사건과 Goldman 사건 법리의 토대가 후속 판례에 의해서 너무나 훼손되어서 위 두 사건에서 선언된 침범법리(‘trespass’ doctrine)가 더 이상 규율적이지(controlling) 않다”고 결론을 내리고 있다.³⁰⁹⁾ - 을 기대했다고 가정해 보자. 우리는 제2항소법원이 선언한 원칙들은, *Katz* 사건에서의 법리와 동일함에도 불구하고, *Katz* 법리가 소급효가 없기 때문에 적용되어서는 안 된다는 이유로 그 사건을 파기환송 했

307) See *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137 (1803)

308) *supra*, at 352-353.

309) *Id.*, at 353.

을 것인가? 그와는 반대로, 나는 담대하게 우리는 하급심 법원이 우리가 Katz 사건에서 판시했던 것과 똑같은 결론에 이르렀기 때문에 만족했을 것이라고 말하고 싶다.

만일 “새로운” 헌법해석에 관한 법리가 정말 옳다면, 우리는 그러한 법리를 취한 하급심 법원의 판결을 파기해서는 안 된다. 뿐만 아니라 우리가 받아들인 논거를 배척한 하급심 판결을 지지해서도 안 된다. 그 어떤 선택도, 모든 소송 당사자에게 그 자신의 사건의 관점에서 재판을 행하는 것은, 다른 법원들의 과제인 것과 마찬가지로, 연방대법원의 과제라는 자명한 이치를 속이는 것이다. 우리의 판결들이 초입법부의 명령이 아니라 법에 따른 법원의 적법한 산출물이라고 적절하게 평가될 때만, 우리의 판결들은 이러한 근본적인 전체의 관점에서 정당화될 수 있다. 소급효 법리의 영역에서 이전의 발전들을 재검토해 보면, 나로 하여금 불가피하게 이 사건의 유일하고 견고한 해결책은 항소법원의 판결을 무효화하고 이 사건을 Katz 사건 법리의 관점에서 다시 더 검토하도록 환송해야 한다는 결론에 이르게 한다. [394 U.S. 244, 260]

II. 인신보호영장 청구사건의 소급효 :

RETROACTIVITY ON HABEAS CORPUS

나의 관점에서 보면, 앞에서 밝힌 것만으로도 이미 우리 앞에 놓인 사건의 해결은 충분하다. 평상시 같으면 나는 더 이상 나아가지 않았을 것이다. 그러나 나는 이 사건에서 인신보호영장 청구사건에 소급효 법리의 적용에 대하여 1963년의 *Fay v. Noia*³¹⁰⁾ 사건과 오늘 선고한 *Kaufman v. United States*³¹¹⁾ 사건에서 확립된 바와 같이 그 “위대한 영장”³¹²⁾의 지배적인 범위의 관점에서 얼마간 살펴보는 것이 바람직하고 적절하다고 생각한다.

나는 이러한 작업이 - 그 어떤 이전의 연방대법원의 소급효에 관한 판결도 (이 사건과 같이) 인신보호영장 청구사건에서 소급효의 적용에 있어 고려해야

310) 372 U.S. 391

311) ante, p.217.

312) 인신보호영장(the writ of habeas corpus)를 말함. [번역자 註]

하는 아주 다른 요인들에 직면한 적이 없었기 때문에 - 다음과 같은 이유로 적절하다고 믿는다. (1) 인신보호영장 청구사건에서 Katz 사건 법리의 소급적용은 이 사건³¹³⁾ 판결에 의하여 끝이 난 것처럼 보이기 때문이다. (2) 인신보호영장 청구사건에서의 소급효 법리는 이제 나에게서 “목적(purpose)”, “신뢰(reliance)”, 그리고 사법(판결)의 “집행”(judicial “administration”)이라는 기준 - 이러한 기준은 현재까지는 재판확정 전 비약상고사건(direct review)에서나 인신보호영장 청구사건(habeas corpus)에서 똑같이 소급효 적용의 기준으로 간주되어 왔다 - 이상을 요구하는 것으로 보이기 때문이다.³¹⁴⁾ 그리고 (3) 소급효 법리는 여전히 발전하는 단계에 있기 때문이다.

아래에서 나는 인신보호영장 청구사건에 대한 소급효 법리의 복잡성 - 내가 생각하기에는 지나간 판례들(선례)에서는 충분히 탐구되지 않았고, 그러한 고려사항들과 관계있는 장래의 인신보호영장 청구사건들을 위한 그러한 고려사항의 어느 것에 대하여도 명확한 견해를 표명하지 않은 - 을 적나라하게 드러내 주는 고려대상들 중 얼마를 단순히 제시하고자 한다.

A.

내가 늘 주장했듯이 상소 사건을 심리하는 법원(a reviewing court)은 재판확정 전 비약상고사건(direct review)의 당사자들에 의해서 제기되는 모든 중요한 쟁점들에 대하여 판단해야 할 의무를 가지지만, 연방법원들(the federal courts)은 인신보호영장 청구사건에서는 결코 그러한 의무를 가지고 있지 않다. [394 U.S. 244, 261] 실제로 Brown v. Allen³¹⁵⁾ 사건에 이르기까지, 연방법원들은 만일 인신보호영장 청구사건의 청구인들이 (인신보호영장 청구의 대상이 된) 원래의 재판절차에서 그의 주장을 제기할 공정한 기회를 보장받았다면 인신보호영장 사건의 청구인들이 제기하는 헌법적 쟁점에 대하여 결코 심리하지 않았다.³¹⁶⁾³¹⁷⁾

313) Desist v. United States를 말함. [번역자註]

314) ante, at 249.

315) 344 U.S. 443 (1953)

316) [Footnote 2] 그렇지만 인신보호영장의 청구인이 그의 유죄판결의 근거가 된

이러한 이유로 인신보호영장이 제약되었기 때문에, “새로운” 헌법해석에 관한 법리를 확정된 유죄판결에 적용하는 문제는 너무 희소하게 제기되었기 때문에, 소급효 쟁점은 그 당시에는 중요한 문제로 고려될 수 없었다. Brown 사건에서조차도 인신보호영장 청구사건에서 “새로운” 법리를 소급적용하는 문제는 형사판결의 최종성³¹⁸⁾을 무너뜨리는 데 어떠한 실질적인 기여를 하지 못했다. 인신보호영장 청구인이 원심재판에서나 항소심 재판에서 “새로운” 헌법적인 법리를 주장하는 경우는 거의 없었다. 그러나 Brown 사건이 인신보호영장 청구사건을 다루는 법원으로 하여금 그 “새로운” 법리를 적용할 것인지를 허용한 유일한 사건이었다.³¹⁹⁾

소급효와 확정판결의 최종성 사이의 충돌은 연방대법원의 *Fay v. Noia*, *supra* 사건에서 유일하게 중요한 문제가 되었다. 연방대법원은 그 사건 판결에서 처음으로, 최소한 어떤 경우에는 인신보호영장 청구인은 처음의 형사절차에서는 그와 같은 “새로운” 법리가 제시되지도 않았음에도 불구하고 그의 유죄판결을 다른 소송절차에서(collaterally) 공격할 수 있다는 판시를 했다. 이와 같이 *Noia* 판결은 연방대법원이 어떤 “새로운” 헌법해석에 관한 법리를 선언할 때마다 수많은 죄수들이 그들의 유죄판결에 대하여 다시 소송을 제기 할 수 있는 문을 연 것이다. [394 U.S. 244, 262]

나는 여전히 *Noia* 판결 - 위 *Kaufman v. United States* 사건에서보다 “위대한 영장”의 범위를 더 광범위하게 제시했다 - 은 변호의 여지없이 “위대한 영장”의 범위를 정의한 ‘역사적인 원칙들(historical principles)’과 우리의 헌법적 발전의 기초를 세운 ‘연방주의 원칙들(principles of federalism)’로부터 벗어

州 법률조항의 위헌성을 공격하는 경우라면, 이러한 일반적인 원칙에 대한 예외가 성립한다. See, e. g., *Ex parte Siebold*, 100 U.S. 371 (1880). 이러한 상황에서 州는 그 행위를 금지할 권한을 갖지 못하기 때문에, 그 범죄자가 감옥에 계속 머물러 있어야 한다고 주장하는 것은 헌법적으로 타당할 수 없다.

317) See my dissent in *Fay v. Noia*, *supra*, at 449-463; see also Bator, *Finality in Criminal Law and Federal Habeas Corpus for State Prisoners*, 76 *Harv. L. Rev.* 441, 463 (1963).

318) “재판의 확정”을 의미함. [번역자註]

319) Cf. *Sunal v. Large*, 332 U.S. 174 (1947)

났다는 것을 믿고 있다. 그럼에도 불구하고 이 점에 근거한 나의 견해는 지배적이지 못하다.³²⁰⁾ 그리고 인신보호영장의 범위에 대한 재심사 사건이 계속 중이기 때문에 나는 스스로 Noia 사건에서 단초를 놓은 소급효 문제의 기초를 생각해 보아야 할 책임감을 갖고 있다. 왜냐하면, 이렇게 빠르게 점증하는 헌법적 변화의 시대에 연방 사법절차의 완전성이 유지될 수 있는지 여부는 아주 중요한 문제이기 때문이다.

B.

매우 확장된 인신보호영장은 현재 두 가지 중요한 기능을 하고 있는 것으로 보인다.³²¹⁾ 첫째, 인신보호영장은 ‘무고한 자가 유죄판결을 받을 수도 있다’고 하는 허용될 수 없는 큰 위험을 만드는 절차에 의해서는 누구도 감금되지 않는다는 점을 확인시켜 준다. 이로부터 기존의 사실확인 절차를 의미 있게 향상시키는 모든 “새로운” 헌법해석에 관한 법리들은 인신보호영장 청구사건에 소급적용되어야 한다는 결과가 따라온다.³²²⁾

그러나 새로운 인신보호영장 청구사건은 최초의 형사 공판절차의 사실확인 장치에 의미 있는 영향을 끼치는 그러한 법리들에만 관련되어 있는 것은 아니다. 지배적인 관념에 따르면, *Kaufman v. United States*,³²³⁾ 인신보호영장의 위협(threat of habeas)은 이 나라 어디서나 그들의 절차를 확립된 헌법해석 기준과 일치하게 수행하는 형사 제1심 법원이나 항소심 법원들을 위하여 필요한 추가적인 유인책으로서의 기능을 하고 있다. [394 U.S. 244, 263] 이러한 억제 기능(deterrence function)을 수행하기 위하여, 인신보호영장 청구사건을 다루는 법원은 이전의 선례들이 분명히 밝혔듯이 모든 “새로운” 헌법해석에 관한 법리들을 반드시 소급적으로 적용할 필요는 없다. 다만 이러한 사례에서 인신보호

320) 자신의 의견이 소수의견이라는 의미일 것이다. [번역자 註]

321) See *Kaufman v. United States*, supra, at 229; Mishkin, *The Supreme Court, 1964 Term - Foreword: The High Court, The Great Writ, and the Due Process of Time and Law*, 79 Harv. L. Rev. 56, 77-101 (1965).

322) See my Brother BLACK'S dissent in *Kaufman v. United States*, supra, at 235-236.

323) supra, at 224-226.

영장 청구사건을 다루는 법원은 오로지 그 최초의 절차가 일어난 시점에서 지배적이었던 헌법적 해석기준만을 (소급) 적용할 필요가 있는 것이다.

그렇지만, 인신보호영장 청구인이 그가 유죄판결을 받을 당시 지배적이었던 법리를 적용받을 권한이 있다는 이론은 연방대법원이 인식한 것으로 보이는 것보다 더 복잡하다. 첫째, 어떤 특정한 판결이 정말로 전혀 “새로운” 법리를 선언한 것인지 아니면 그 판결이 단지 어떤 사건을 해결하기 위하여 이전의 판례에서 이미 판단된 것과 매우 유사한 잘 확립된 헌법원칙을 적용한 것인지를 결정하는 것이 필요하다.

예를 들어 바로 얼마 전에, 연방대법원은 미국연방헌법 수정 제4조 하에서 수색영장의 발부에 필요한 조건들을 더 정확하게 정의하기 위하여 시도한 적이 있다.³²⁴⁾ 연방대법원은 전에 Spinelli 사건에서 제기된 상황과 정확히 똑같은 상황을 이전에는 결코 접하지 못했기 때문에 그 사건에서 연방대법원은, 치안판사(magistrate)는 자신이 범죄행위에 관련되었다는 선서진술인(affiant)의 결론의 유효성을 판단할 수 있을 때만 영장을 발부할 수 있다는 확립된 법리에 의지하였다.³²⁵⁾

확실히 Spinelli 판결은 확대된 인신보호영장 청구과정 아래에서 - 그것이 1969년까지는 선언되지 않았기 때문에 - 소급적용되어서는 안 된다고 생각할 수는 없다. 누구도 연방대법원의 헌법해석에 관한 판례의 - 전부는 아닐지라도 - 상당수는 그 내용이 매년 드라마틱하게 변하는 것이 아니라 그 의미가 세대에 걸쳐 천천히 그리고 미묘하게 변하는 근본적인 원칙들에 근거하고 있다고 인식하고 있는 블랙스톤의 교조주의적 추종자가 될 필요는 없다. 그러한 맥락에서, [394 U.S. 244, 264] 모든 인신보호영장 청구사건에 그 “새로운” 법리를 적용해서는 안 된다고 주장하는 것은 매우 어렵게 보인다. 왜냐하면 어느 누구도 연방대법원이 인신보호영장 청구인의 유죄판결이 확정되었을 때와는 다르게 판결했다고 자신 있게 말할 수는 없기 때문이다.

그렇지만 Katz 사건을 보면, 연방대법원이 다르게 판결한 때가 있다는 것을

324) Spinelli v. United States, 393 U.S. 410 (1969)

325) Johnson v. United States, 333 U.S. 10, 14 (1948); Aguilar v. Texas, 378 U.S. 108 (1964)

자신있게 말할 수 있을 것이다. 왜냐하면 *Olmstead* 사건, *Goldman* 사건, 그리고 *On Lee* 사건에서 연방대법원이 그렇게 했기 때문이다.³²⁶⁾ 심지어 인신보호영장 청구사건에 대한 지배적인 견해 하에서도 이러한 사실은 중요하다. 비록 다른 소송절차에서의 공격의 위협(threat of collateral attack)이 연방하급심법원과 주법원이 헌법을 따른다고 확신하는 것이 필요하다 할지라도, 하급심법원들은 그들이 선례구속(stare decisis)의 원칙에 따라 연방대법원에 의하여 유권적으로 선언된 법리들을 따랐을 때에는 이를 비난할 수는 없다. 누군가 이러한 법리의 변경에 책임이 있다면, 그것은 연방대법원에 있다.

그러나 이러한 상황이라 하더라도, 만약 인신보호영장 청구인이 그의 유죄판결 당시에 지배적이었던 헌법해석에 관한 법리를 따를 권리가 부여되었다면, 선례구속의 원칙은 언제나 소급효 문제에 대한 완벽한 대안이 될 수 없다. 예를 들어, 미국연방헌법 수정 제4조의 법리를 연방대법원의 *Silverman v. United States*³²⁷⁾ 판결 후에 존재했던 그대로의 상태로 생각해 보자. STEWART 대법관이 오늘 선고했듯이,³²⁸⁾ *Silverman* 판결은 *Goldman* 법리와 *Olmstead* 법리를 지지하는 원칙들을 배척하는 데까지 멀리 간 것이다. *Silverman* 판결에서 연방대법원은 미국연방헌법 수정 제4조가 보호하는 범위는 불법행위범이나 부동산법의 관점에서 볼 때 불가피하게 중요한 것이 아니라고 경고하였다. 365 U.S., at 511.

다수의견은 다음과 같은 경고로 결론지었다. “우리는 이 사건에서 *Goldman* 판결의 법리를 재검토할 필요를 느끼지 못하며 한 발자국도 그 이상 나아가는 것을 사양한다.”³²⁹⁾ [394 U.S. 244, 265] 그 이름에 걸 맞는 어떤 변호사라도 *Silverman* 판결을 읽은 후에도 *Goldman* 법리의 계속되는 활력성에 자신 있게 의지할 것이라고 믿는 것은 매우 어렵다. 뿐만 아니라 하급심법원이 *Silverman* 판결의 입장에서 *Goldman* 법리를 따르는 것을 사양하는 것이 부적절했다는 것이 나에게서는 아무리 해도 명쾌하지 않다.³³⁰⁾ 확대된 인신보호영장의 억제 목

326) [Footnote 3] *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928); *Goldman v. United States*, 316 U.S. 129 (1942); *On Lee v. United States*, 343 U.S. 747 (1952)

327) 365 U.S. 505 (1961)

328) ante, at 248.

329) *Id.*, at 512.

적(deterrence purpose)을 가정하면, “Katz 법리는 Silverman 판결이 선고될 때 확정되지 아니한 모든 사건에 적용되어야 한다”는 것은 설득력 있는 주장이 될 것이다.³³¹⁾ [394 U.S. 244, 266]

330) [Footnote 4] Silverman 판결이 선고된 후에 우리는 우리의 판결들을 “침범 법리(trespass doctrine)”가 피해질 수 있다는 방법으로 규정하는 것이 조심스러웠다. Lopez v. United States, 373 U.S. 427, 439 (1963) 사건에서, 우리는 다음과 같이 판시하였다: 「Olmstead 판결과 Goldman 판결의 법리의 유효성은 이 사건에서는 문제되지 않는다. 실제로 이 사건은 그 단어를 어떻게 적절히 표현한다 하더라도 도청(eavesdropping)의 문제를 포함하고 있지 않다. 정부는 대화를 듣기 위하여, 다른 방법으로는 들을 수 없는 어떤 전기장치를 사용하지 않았다. 대신에 그 장치는 정부 요원이 한 당사자였던 그 대화의 가능한 가장 신뢰할 만한 증거를 얻기 위하여 사용되었다. Berger v. New York, 388 U.S. 41 사건에서 연방대법원은, 뉴욕주의 도청 법규는 - 심지어 ‘침범’을 요구하는 전자장치를 이용한 조사(수사)의 권한과 관련해서도 - 허용되지 않는 모호성을 가지고 있다고 판단하였다. 연방대법원은 “이 판결은 제기된 다른 관점에 관한 어떤 토론의 필요성도 없앤다.” 라고 판시했다. *Id.*, at 44. 더욱이 Berger 판결은, “미국연방헌법 수정 제4 조는 사적인 대화의 완전성을 보호하지 않는다는 Olmstead 판결의 선언을 우리가 이미 배척했다는 것을 분명히 하였다. 그러한 행위는, 마찬가지로 Olmstead 판결에서 뿌리를 내린, 여전히 계속되고 있는 ‘침범’ 법리의 유효성에 대한 변호사나 하급심법원의 자신감을 거의 강화하지 않는다.”고 말했다. 마지막으로, Clinton v. Virginia, 377 U.S. 158 (1964) 사건에서 ‘이유가 기재되지 않은(per curiam)’ 원심판결 파기판결은 ‘침범’ 법리를 전제로 한 것이었다는 연방대법원의 제안(see ante, at 248, n. 11)은, 그 사건의 의견에 의하여 지지되지 않는다. 오직 Clark 대법관만이 명시적으로 그의 판단이 위 법리에 기초한 것이라는 점을 밝혔다. 다수의견의 다른 7명의 대법관들은 그 파기판결이 근거한 논거를 밝히지 않았다.」

331) [Footnote 5] 나는 FORTAS 대법관이 그의 반대 의견에서 말한 것에 대하여 많은 의문을 제기하지는 않지만, 나는 그가 취하고 있는 소급효 문제에 대한 극단적인 입장을 받아들 수 없다. [394 U.S. 244, 266] 1961년에 Silverman 판결이 선고되기 전에는, 연방대법원의 어느 판결도 Olmstead 법리의 개념상의 근거를 훼손하지 않았다. 1961년 이전에는 가장 양심적인 경찰이나 판사도 그 “침범” 법리의 유효성을 의심할 이유가 없었다. 그럼에도 불구하고 FORTAS 대법관은 Silverman 판결 이전에 유죄판결이 확정된 죄수에게 인신보호영장을 부여하려고 한다. 이러한 결과는, 인신보호영장 청구사건을 다루는 법원들이 우리의 의견에 “개념상의 충실성(conceptual faithfulness)”을 요구하고 그들이 선언하는 법리에 대한 “단순한 판결에 대한 복종(merely decisional obedience)”을 요구하지 않는다는 것은 정당하다고 가정한다 하더라도, 정당화될 수 없다. See post, at 277.

C.

물론 Katz 판결은 지금까지 받아들여진 헌법해석에 대한 법리의 가장 근본적인 전제에서 혁명적인 변화를 목격한 지난 10년간 덜 혁신적인 판례 중의 하나였다. 그리고 누군가가 인신보호영장 청구인이 그의 유죄판결이 있었던 때에 성립된 법리를 적용받아야 한다고 주장한다면, 유사한 어려움이 연방대법원의 다른 기념비적인 판결의 소급적용과 관련하여 발생한다. 예를 들어 배제법리(exclusionary rule)를 州법원에 부과한 *Mapp v. Ohio*³³²⁾ 사건에서 연방대법원이 판결한 것이 하급심 법원으로 하여금 다른 권리장전의 보장규정들이 미국연방헌법 수정 제14조의 적법절차 속으로 수용되어야 한다는 주장에 직면할 때 이제 더 이상 선례구속의 원칙을 의지하지 말라는 충분한 지시였다고 주장하는 것은 가능하다. 이러한 입장에서부터 다양한 다른 권리장전 규정들을 적법절차 조항 안으로 수용하는 모든 후속 판결들은 *Mapp* 판결이 선고될 때 향소심에 계속 중이던 모든 인신보호영장 청구사건에 적용되어야 한다는 결론이 따라올 것이다.

다른 한편, 선례구속의 원칙은 연방대법원이 어떤 특별한 보장규정이 주에 적용된다고 분명하게 밝힐 때까지는 여전히 하급심법원을 위하여 적절한 법리라고 주장할 수 있을 것이다. 이러한 입장에서부터 *Griffin v. California*³³³⁾ 사건에서 판시한 연방대법원의 법리는 自己負罪(self-incrimination)에 반하는 미국연방헌법 수정 제5조의 특권(privilege)을 수용하는 절차를 시작한 첫 번째 사건인 *Malloy v. Hogan*³³⁴⁾ 사건에 소급적용되어야 하고, *Duncan v. Louisiana*³³⁵⁾ 사건은 州에게 연방정부에게와 마찬가지로 형사배심을 제공하라고 요구한 (연방대법원의) 판결 전에 확정된 어떤 사례에도 적용되어서는 안 된다는 결론이 따라올 수 있다. [394 U.S. 244, 267]

이러한 입장의 그 어느 것도 인신보호영장에 관한 연방대법원의 새로운 견

332) 367 U.S. 643 (1961)

333) 380 U.S. 609 (1965)

334) 378 U.S. 1 (1964)

335) 391 U.S. 145 (1968)

해와 조화를 이루지 않는다. 실로 만일 연방대법원의 Mapp 판결이 무엇이든지 간에 BLACK 대법관의 수용론자 견해("incorporationist" philosophy)를 아주 순수한 형태로 받아들인 어떤 지시를 주었다면,³³⁶ 하급심법원이 형사피고인에 의하여 발전된 새로운 주장에 반응하는 오래된 선례에 의지하는 것은 부적절하게 보일 것이다.

그러나 연방대법원은 BLACK 대법관의 헌법적인 전제를 온전한 형태로 받아들인 적이 결코 없다. 대신에 연방대법원은 각 개별 권리장전 보장규정의 성격이 州에게 부과되기 전에 연방대법원에 의하여 검토되는 "선택적 수용"(selective incorporation)의 길을 따랐다. 이러한 접근방법의 특별한 성격과 헌법재판의 전통적인 관념에 있어서 연방주의의 근본적인 위치를 고려하면, 하급심 법원들은 연방대법원이 어떤 특정 권리장전 보장규정이 "수용"되었다고 명백히 선언할 때까지는 전통적인 적법절차 법리를 적절하게 따를 수 있다는 것이 확실히 강력한 주장이 될 수 있을 것이다.

Escobedo 판결, Miranda 판결, Wade 판결, 그리고 Gilbert 판결³³⁷ 사이에 소급적용 목적과 관련된 관계는 새로운 인신보호영장 개념 하에서 또 다른 어려운 문제를 야기한다. [394 U.S. 244, 268] 범인확인을 위한 "line-up" 사건들인 Wade 판결과 Gilbert 판결은 Miranda 판결이 선고될 당시 소송계속 중이던 모든 사건에 소급적용되어야 한다는 주장이 있을 수 있다. Miranda 판결이 경찰관들에게 피고인들은 형사절차에 있어서 중요한 단계("critical stage")에서 변호인을 대동할 기회를 가질 것이라는 점을 확신시키는 우호적인 요건들을 주었기 때문에, 경찰관들이나 하급심 법원들은 다른 중요한 단계들은 동등하게 취급되지 않을 것이라고 적절히 가정할 수 있다는 주장이 있을 수 있다.

유사하게, Miranda 판결과 "line-up" 판결들에서 선언된 법리들은 Escobedo v. Illinois 판결이 미국연방헌법 수정 제6조는 경찰서에서도 적용된다고 선언할 당시 항소심에 소송계속 중이던 모든 사건에 적용되어야 한다는 제안이 있을 수 있다. 왜냐하면 Gideon v. Wainwright³³⁸ 사건에서 이미 州는 형사공판 절

336) see Adamson v. California, 332 U.S. 46, 68-123 (1947).

337) [Footnote 6] Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 478 (1964); Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966); United States v. Wade, 388 U.S. 218 (1967); Gilbert v. California, 388 U.S. 263 (1967)

차에서 가난한 자들에게 국선변호인을 제공해 주어야 한다는 법리를 확립했기 때문이다.

만약에 인신보호영장 청구인의 유죄판결 당시에 적용되던 선례들의 적절한 의미를 입안하는(to chart out) 것이 요구된다면 인신보호영장 청구사건을 다루는 법원들은 어렵고 복잡한 문제에 봉착할 것이라는 점은 의심의 여지가 없다. 각각의 “새로운” 법리를 오직 그 법리가 선언될 당시 소송계속 중인 사례들에만 적용함으로써 인신보호영장에 관한 “최상의 법”(“choice of law”) 문제를 가능하면 단순하게 만드는 것은 가장 중요한 것이라고 주장할 수 있을 것이다. 한편으로 이것은 분명히 더 단순하지만, 그 단순함은 인신보호영장 청구인은 자신의 사건이 자신의 유죄판결 당시에 지배적인 헌법적 기준에 의하여 판단되어야 한다는 원칙과 타협하는 비용을 치르고서야 얻어질 것이다.

나는 전술한 논의에서 인신보호영장에 관한 소급효 문제의 모든 복잡성에 관하여 다 했다고 주장하지는 않는다. 하지만 내가 토론한 논의사항들은 이러한 새로운 법리가 사법 전통(judicial tradition)의 기초들과 조화를 이루는 가운데 적용될 수 있도록 우리가 가고 있는 소급효 영역을 열심히 살펴보아야 한다고 제언하는 것이다. [394 U.S. 244, 269] 불행하게도 연방대법원은 이러한 과제를 시도하려 하지 않고 있다.

나의 이 (반대)의견의 Part I에서 언급한 이유들 때문에 나는 연방항소법원의 판결을 지지하는 다수의견에 대하여 동의할 수 없다. 나는 이 사건을 위 법원으로 하여금 *Katz v. United States* 사건의 입장에서 다시 판단해 보도록 하기 위하여 파기환송하는 것이 옳다고 본다.

338) 372 U.S. 335 (1963)

제4장 국가형벌권 제한에 대한 형법철학적, 형사정책적 고찰

제1절 제기된 문제

1. 결여된 논의

이 연구에서는 일정한 법률을 근거로 과거에 진행되었던 국가의 형벌권 행사가, 해당 법률의 위헌결정을 이유로 하여 소급하여 무효인 것으로 보아야 하는가, 소급적으로 무효가 된다고 한다면 그로 인해 형벌을 받은 사람들에게 대해서 국가가 어떠한 조치를 하여야 하는가 하는 질문이 중요하게 다루어진다. 그런데 이 질문들은 ‘소급적 처리 비용의 증가’, ‘재심절차의 폭증’, ‘보상청구의 과다’, ‘전과자의 구제필요’ 등 단순한 논거를 통해서 답변될 수 있는 것이 아니라고 해야 한다. 국가형벌권의 안정된 실현과 시민의 자유보장의 대립된 가치를 성찰해야만 언어될 수 있는 대답을 기대하고 있는 것이기 때문이다.

헌법재판소법은 ‘위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실하지만, 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항³³⁹⁾은 소급하여 그 효력을 상실한다’고 하여 곧 위헌결정의 효력에 대해서 다른 법률과 형벌에 관한 법률을 구별하고자 한다. 이러한 규정의 합리성 및 개정가능성에 대해서 적지 않은 논의가 있었음에도 불구하고 다음과 같은 질문을 거의 다루지 않았던 것은 의외이다.

“형벌의 근거인 법률을 그 밖의 다른 법률과 다르게 취급하는 것은 타당한가?”
“만약에 그렇다면 어떠한 이유에서 그러한가?”

339) 형벌에 관한 법률 내지 그 법률조항을 단순히 ‘형법(조항)’이라고 쓰는 것도 허용된다. 형법은 현행 형법전만을 의미하는 것이 아니라, 넓은 의미로서 법규정 가운데 형벌이라는 반작용을 포함하는 모든 규정을 뜻하는 것이기 때문이다(배종대, 「형법총론」, 홍문사, 2012, 4면).

물론 이러한 질문에 대한 논증이 전혀 없는 것은 아니지만 거의 의미는 없다고 봐도 무방하다. 대체로 ‘국가형벌권의 발동에 관련된 형벌에 관한 법률(조항)에 대한 위헌결정에는 구체적 정의의 요청이 최우선적으로 고려되어야 한다는 전제’ 때문이라고 보는 정도에 그치고 있기 때문이다.³⁴⁰⁾ 형법(조항)에 대한 이와 같은 시각은 더 나아가 구체적 물음에 열려 있으므로, 실제로 아무런 답을 하지 않는 셈이다. 형법 이외의 규정의 위헌결정 여부는 정의의 요청과 무관한 것이라는 말인지, 여기서 의미하는 ‘구체적 정의의 요청’이라는 것의 실체가 도대체 무엇인지에 대한 체계적인 논증을 찾아보기는 어렵다.³⁴¹⁾ 이 논란을 한 마디로 ‘정의와 법적 안정성의 대립관계’로 요약하는 경우³⁴²⁾에도 문제는 같은 문제가 그대로 남게 된다. 이미 집행된 형벌권을 소급적으로 무효로 만드는 것이 어떠한 이유에서 ‘정의’에 부합하는 것인지, 만약에 그와 같은 과거가 부정의한 결과였다면, 이를 그대로 유지하도록 내버려 두는 것이 이른바 ‘법적 안정성’의 원래 의미인지 궁금해진다.³⁴³⁾

바로 여기에 이 연구의 태생적인 어려움이 놓여 있다. 헌법과 헌법재판소법, 그리고 헌법재판소가 어떠한 이유에서 형벌규정을 다른 규범들과 구별하고 있는지에 대한 입장을 분명히 밝히고 있지 아니하기 때문에, 그에 대한 지지도, 논박도 구체화할 수가 없다. 지금 거론되고 있는 여러 개정안들도 이와 유사한 분위기 하에서 진행되고 있다. 그 개정안들이 어떠한 이유에서 형법(조항) 무효의 소급효를 인정하거나 배제 또는 제한하는지에 대한 이론적인 근거는 충분히 설명되고 있지 않은 것이다. 앞에서 나열한 것과 같은 ‘현실적인 불합리함’에 대

340) 헌법재판소의 결정에서 찾아볼 수 있는 논거이다. 박진우, “형벌조항에 관한 위헌결정의 소급효에 대한 비판적 고찰”, 「세계헌법연구」 17-2, 국제헌법학회, 2011, 422면 이하 참조.

341) 추가적으로 일반국민의 법감정, 형벌조항의 취지와 기능 등을 고려한다는 서술은 박진우, 앞의 논문, 425면.

342) 현재 1997. 1. 16, 90헌마110; 허완중, “형벌에 관한 법률이나 법률조항에 대한 위헌결정의 소급시점”, 「인권과 정의」 통권 425호, 법조협회, 2012, 55면 이하.

343) 어떠한 맥락에서 이런 용어를 사용하는지 일상적인 시각으로 보면 짐작은 가지지만, 그와 같은 전문용어의 사용법은 ‘정의’, ‘법적 안정성’을 양대 법이념으로 자리 잡게 한 라트브루흐는 물론 이후 대부분의 법철학 문헌들의 내용과 거리가 멀다는 점을 언급하지 않을 수 없다.

한 짧은 언급이 그 이론적인 토대를 대신하고 있는 것은 아쉬운 일이다.

물론 짧게나마 다른 나라의 입법 조사 결과를 검토하는 작업은 있었다. 그동안 제시된 근거 가운데 많은 부분이 이러한 비교법적 논증에 해당하는 것으로 보인다. 그러나 이러한 입법론만으로는 분명한 한계에 부딪히게 된다. 헌법재판소의 판단은 전적으로 해당 국가의 당시 사회구성원들이 대화를 통해서 축적되어 온 요청들을 법체계에 반영할 것인가를 결정내리는 작업이다. 다른 나라의 입법례 또는 다른 나라의 판례를 분석하는 것으로는 일정한 근거 및 제한을 논하는 데에 충분한 근거를 제시할 수가 없다. 그 분석은 단지 참조할 수 있는 보조적 자료를 제공하는 데에 그치는 것일 뿐이다. 그 나라의 입법과 판례는 그 나라의 법체계의 사정에서 이어진 것이므로 우리나라에서 영향을 받을 수 있는 내용은 분명히 제한되어 있다고 해야 한다.

대표적으로 독일 연방헌법재판소(법)의 특수성을 예로 들어 볼 수 있다. 독일의 위헌결정 효력의 입법에는 고유한 역사적 배경이 있다. 제2차 대전 이후 라드브루흐(Radbruch)는 그의 유명한 공식에서 ‘실정법은 그 내용이 정의롭지 못하고 함목적성이 없는 경우에도 일단 우선권을 갖는다. 그러나 실정법률과 정의의 모순이 참을 수 없는 정도에 이르렀다면 그 부정당한 법은 정의에 자리를 내어주어야 한다’고 하였다. 그리고 이때 ‘참을 수 없음’의 기준으로서, ‘실정법을 제정하면서 정의의 핵심을 이루는 평등을 의식적으로 부정한 경우’를 뜻하는 것이라고 밝혔다.³⁴⁴⁾ 이러한 공식이 인정되는 독일은 ‘처음부터 아예 법이라고 볼 수조차 없는 부정직한 규정들이 적지 않았던 경험을 갖고 있었다. 그렇기 때문에 위헌인 법률들을 처음부터 소급하여 무효로 만드는 식의 결정 방식이 원칙이 되었다고 할 수 있다. 비교적 최근에 고안된 우리의 헌법재판의 역할을 논할 때에 이러한 두 나라의 역사적 체험의 차이를 염두에 두지 않을 수 없을 것으로 사료된다. 단순한 법비교가 법개정작업의 결정적인 단서가 될 수는 없다는 뜻이다.

‘우리 헌법재판의 효력을 독일식으로 해야 하는가, 오스트리아식으로 해야 하는가’ 하는 식의 논의가 주를 이루게 된다면, 한 국가의 성격과 체계, 그 지위를 결정하는 최상위법 효력의 향방을 결정하고자 하는 작업으로서의 품위에

344) Radbruch, SJZ 1946, S. 107.

도 맞지 않는다고 생각한다. 특히 다른 법률에 비할 때 형벌규정의 입법, 개정, 폐지는 전적으로 해당하는 국가 안에서 이루어지는 사회윤리적인 요청들과 매우 밀접하게 맞닿아 있다. 이를 둘러싼 효력범위를 논하는 때에 입법 비교의 의의는 더욱 제한될 수밖에 없을 것이다.

II. 중요한 (형)법원칙

경우에 따라서는 위에서 언급한 질문에 대한 답이 기정사실화 되어 있어서 이를 굳이 반복할 필요가 없었다고 말할 수도 있다. 즉 왜 형법을 다르게 취급하는지에 대해서는 대체로 대응하는 내용이 주어져 있는 것처럼 보인다. 이는 일반적으로 형벌적인 반작용을 포함하고 있는 법률과 그로 인한 형벌권의 행사는 시민의 권리를 가장 크게 침해할 수 있는 국가의 수단이기 때문에, 그 법률이 무효로 결정된다면 과거에 이루어진 형벌조치는 소급적으로 무효가 되고, 그에 따라 침해된 권리에 대해서도 보상을 하는 것이 타당하다고 보고 있는 것으로 생각된다. 그러나 일반적으로 믿고 있는 이 관념이 과연 합리적인가 하는 것에 대해서는 지금까지 논의된 바 없었다. 이러한 보편적 견해는 다음의 몇 가지의 전제가 분명히 논증될 때에만 정당한 것으로 여겨질 수 있을 것이다.

1. 형벌의 근거가 되는 법률이 무효선언을 통해서 효력을 잃게 되고, 그 효과가 과거의 사안에도 미치게 된다는 것은, 곧 해당 법률이 과거의 상황에서도 효력이 없었던 것으로 볼 수 있는 배경이 입증되어야만 한다. 과거와 현재를 불문하고 위헌적인 내용을 갖고 있는 법이기 때문에 어느 시점에서 위헌결정을 받은 것이라면, 위헌결정의 효력을 소급적으로 적용하는 것은 합리적인 방식일 것이다. 그러나 과거의 사회, 문화적 환경에서 합헌적으로 여겨졌던 법률이 어느 시점에 이르러 역사적인 배경이 달라서 위헌적인 법률로 결정 내려지게 된 경우라면 그와 같은 위헌결정이 소급적으로 적용되어야 할 것인지에 대해서는 더 나아가 논증이 필요하다.

2. 형벌은 행위시의 법률에 의해서 근거지어지는 것이 원칙이다. 이는 죄형법정주의 및 그 파생원리인 소급효금지원칙의 내용이며, 형법뿐만 아니라 다

른 모든 법규정의 공통된 효력 범위이기도 하다. ‘현재 존재하는 법률에 따라 사안을 평가한다’는 것은 법원리이기에 앞서 상식에 해당한다. 바로 이 원칙대로라면 법률을 위헌으로 결정하여 그 법률이 무효가 되도록 한 조치의 효과 또한 그 이후의 장래시점에 효력을 미치게 된다. 그러나 위헌결정의 대상이 형벌을 부과하는 법률규정인 경우에는 소급적으로 형벌의 집행을 무효로 해야 한다고 보고 있으며, 이에 대해서는 소급효금지원칙의 예외가 적용되는 것이라고 한다. 이는 시민의 자유의 보장에 기여하는 방향으로 소급적으로도 입법과 법 적용이 가능하다는 일반적인 이론에 따른 결론이다. 이러한 일반적인 견해의 타당성은 논의될 여지가 있다. 시민의 권리보장이라는 테제와 죄형법정주의 및 소급효금지원칙이 강한 연관성이 있는 것이 아니라면, 위와 같은 방식은 합리적이라고 볼 수 없기 때문이다.

3. 형사절차를 거쳐 일단 한 번 재판결과가 있었고 더욱이 그로 인한 형집행까지 완료되었다면 그 효력을 다시 물을 수는 없다. 이것은 일사부재리원칙의 당연한 결론이다. 그 근거가 된 법률이 위헌결정을 받았을 때 이와 같은 일사부재리원칙이 당연히 무의미해지는 것인지는 불분명하다. 위헌결정의 소급효를 인정하여 이미 이루어진 재판의 효력을 다시 묻고자 한다면 그 경우에 일사부재리원칙이 포기되어야 하는 이유가 논증되어야만 한다. 일반적으로 의하면 일사부재리원칙은 시민의 자유보장을 위해 기능하는 원리이기 때문에, 이미 판결의 효력이 있었다고 하더라도 그로 인한 형집행을 받은 사람의 권리를 확대하는 경우는 일사부재리원칙을 침해하는 것이 아니라고 한다. 이와 같은 논증은 일사부재리원칙이 곧 시민의 권리보장적 장치라는 점을 전제로 하고 있는데, 과연 이와 같은 생각이 원칙의 본질에 부합하는지에 대해서는 나아간 물음이 있을 수 있다.

4. 국가의 형벌권 행사 및 그 제한은 일정한 정책적 목적에 따라 이루어져야 한다. 위헌결정의 소급적인 적용 또한 넓은 의미의 형사정책적인 국가작용이라고 본다면, 그 정책의 목적이 무엇인지, 그리고 그 정책의 방향이 장래에도 유효한 것으로 계속 이어질 수 있는 것인지 검토 되어야만 한다.

이하의 연구는 위와 같은 네 가지 질문들에 대한 답을 하는데 할애 될 것이

다. 우선 국가형벌권의 본질을 밝히고, 그 형벌권의 행사가 시대·문화적인 상황에 따라 변화하는 대상임을 논증할 것이다. 죄형법정주의와 일사부재리원칙의 본질적인 검토를 통해 소급효의 인정이 범이론적으로 합리적이지 아니함을 논하고, 형사정책적으로 이와 같은 조치가 형사사법에 미치는 영향을 함께 언급할 것이다. 내용상 많은 부분이 (법)철학적인 토대 및 이론들과 관련되는 것은 불가피해 보인다.

제2절 형벌권의 의미

1. 형벌의 개념과 특징(해악성)

주어진 문제는 결국 형벌권 행사의 범위에 대한 것이다. 이는 전통적으로 국가기관의 권한과 관련하여 가장 중요하게 다루어져 온 대상이라고 할 수 있다. 형벌을 기초로 한 국가형벌권의 행사 및 그 제한은 사인 간의 법적 관계 또는 다른 국가권력의 작용에 비할 때에 훨씬 더 엄격한 요건에 의해서 이루어져 온 것이며, 그 배경에는 규범수범자들의 권리를 가장 크게 침해하는 수단이 포함되어 있다는 생각이 자리 잡고 있다. 이러한 일반적인 관념의 토대가 되는 형벌의 특징을 우선 확인하고자 한다. 형벌은 과거에 있었던 범죄행위에 대해서 국가가 부과하는 해악으로서의 반작용이라고 정의된다. 이 정의에는 크게 보아, 다음과 같은 세 가지 개념요소가 포함되어 있다.

첫째, 형벌은 과거의 범죄행위를 대상으로 한다. 형벌의 의의가 과거 범죄에 대한 책임의 비난에 놓여 있는 것인가 아니면 미래 있을 수 있는 범죄의 예방에 있다고 할 것인가 하는 물음은 과거 형법학의 역사에서 오랜 기간 동안 핵심문제로 진행되어 왔다.³⁴⁵⁾ 그러나 어떠한 형벌이론에 따른다고 하더라도 형벌은 과거의 범죄행위에 대하여 부과되는 것이라는 점에는 이의가 있을 수 없다. 형벌개념은 존재하는 범죄행위를 확인하고 그것에 따라 행위자를 처벌한다는 데에서 벗어날 수 없다. 그러므로 이로부터 형벌이라고 할 수 없는 조치들

345) 여러 문헌 가운데에서 특히 Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl., 1990, S. 282 ff.

이 구별된다. 국가가 부과하는 해악이라고 할지라도 장래의 행위를 예방하는 데에만 목적이 놓여 있는 경우라면 이를 형벌이라고 개념지우지 아니하는 것이다.³⁴⁶⁾

둘째, 형벌은 국가기관이 부과하는 반작용이다. 그러나 형벌의 탄생과정에서부터 이와 같이 징벌의 주체가 고정되어 있었던 것은 아니었다. 고대와 중세에 이르기까지 형벌은 아직 복수의 의미에서 크게 벗어나지 못했으며, 피해자에게 복수의 권리를 부여했던 고대의 전통에서 벗어난 이후에도 피해자가 행위자를 고소하는 데에 국가형벌권의 행사가 좌우되고 있었다. 이것은 국가기관이 형벌을 집행할 지라도 피해자를 대신하여 응징하는 제도라는 관념에 머물러 있었기 때문이다. 근대의 사상, 특히 사회계약설의 영향은 이러한 생각으로부터 벗어나는 기회를 주었다.³⁴⁷⁾ 타인의 행위로부터 침해를 받은 경우에 사적으로 복수를 진행하게 되고 이와 같은 복수행위가 반복되는 이른바 ‘만인의 만인에 대한 투쟁상태’인 자연상태는 당시 홉스(T. Hobbes)가 이야기한 사회계약의 배경이었다. 이와 같은 상태로부터 벗어날 수 있게 하는 유일한 방법은 개인적인 차원에서 범죄행위에 대해 스스로 행위자에게 복수를 하는 것이 아니라, 행위자와 피해자가 아닌 제3자로 하여금 범죄행위에 대한 대응을 대신 하도록 말기는 방법뿐이다. 이리하여 시민들은 자신들 스스로에 대한 방어권 및 복수에 대한 권리를 양도하여 국가와 법 조직을 형성하게 된다.³⁴⁸⁾ 바로 이러한 과정에서 의미가 있는 것은 이제 개인적으로 주고받는 응보의 연속과정에서 벗어나기 위해서 국가가 형벌권을 독점하게 되었다는 사실이다. 근대적 의미의 공

346) 예를 들어 자동차 도로 위에 설치된 과속방지턱은 수범자들이 해악을 입을 수 있는 국가가 만든 것이지만 미래의 과속행위를 방지하는 데에만 전적인 기능이 주어진 것으로서 이를 형벌이라고 부를 수는 없다.

347) Schreiber, Gesetz und Richter, 1976, 35면 이하; NK-Hassemer, § 1 Rn. 10; Roxin, AT I § 5 Rn. 18 이하. 더 자세하게는 Dannecker, Das intertemporale Strafrecht, 1993, S. 76 ff.

348) Hobbes, Der Leviathan[übersetzt von Kilian], 2007, S. 138 ff; Locke, [조현수 역], 「통치론」, 타임기획, 2005, 26면 이하, 109면 이하. 홉스의 방법론과 차이는 로크, 앞의 책, 39면 이하. 물론 사회계약설이 국가와 국가권력의 탄생을 실제로 말해주는 것이 아니라 그 개념화 당시 ‘계몽’이라는 목적에 따른 의도적인 기획이었다(Schmelzisen, Recht und Rechtsdenken, München 1968, 96면 참조).

형벌 제도는 이러한 계기를 통하여 뿌리내리게 되었다.

이와 같이 근대 공형벌 제도가 확립된 것은 다음과 같은 파생적인 효과를 가져왔다. 우선 국가가 형벌권을 독점하게 됨으로써 피해자는 이전의 주도적인 권리행사자의 지위로부터 형사절차의 뒷전으로 내려앉게 되는데, 이를 가리켜 피해자의 중립화(Neutralisierung des Opfers)라고 일컫는다. 복수를 할 수 있는 권리를 빼앗긴 근대 이후의 피해자는 형사절차 내에서 범죄행위를 경험한 증인의 지위를 넘어서는 다른 위치를 점하지 못하게 되며, 이와 같은 모습은 현대에 이르러 피해자학이 새롭게 주목받고 있는 사정과 무관하게 그대로 유지되고 있다. 국가는 피해자를 위한 복수로부터 떠나, 행위자의 범죄행위를 객관적으로 정확히 평가하고 이에 상응하는 형벌을 부과하는 이성적인 주체로서 형벌권을 행사하는 것이 원칙으로 되어 있다. 피해자에 대한 국가의 의무는 이와 같은 법치국가적인 구조에서가 아니라 사회국가적인 관심사에 머물게 되는 것이다. 국가가 형벌권을 독점하게 된 데에 따르는 다른 의미는 이로부터 국가의 형벌의무가 함께 근거지어진다는 데에 놓여 있다. 어떠한 권리를 한 주체가 독점한다는 의미는 곧 그가 아니면 그 권리는 행사되지 못한다는 것이며, 이로써 권리가 곧 의무가 된다는 뜻이다. 이제 근대 이후의 국가는 객관적으로 확정되어 있는 법률을 전제로 그 위반행위에 대해서 반드시 형벌권을 행사해야 하며, 이를 통해서 사회의 구성원들의 법익을 보호해야만 하는 지위에 놓이게 되었다.

셋째, 형벌은 과거에 이루어진 범죄행위에 대해서 응징을 하는 작용임과 동시에 장래 일어날 수 있는 범죄행위를 예방하는 기능을 담당해야만 한다. 이와 같은 역할을 충족시키기 위해서는 필연적으로 ‘해악성’을 가질 것이 요구된다. 과거에 존재한 해악으로서 ‘범죄’를 저지른 사람의 책임에 상응하는 대가가 해악 없이 이루어질 수 없는 것이며, 일반예방적 효과로서 형벌을 통해서 일반인들이 범죄를 저지르지 않도록 위하(威嚇)하기 위해서는 범죄로부터 얻을 수 있는 이득을 상쇄시킬 수 있는 수준의 해악성을 띠어야 하는 것이다.³⁴⁹⁾ 이와 같

349) 이미 로크(Locke)도 각각의 범죄는 그 범죄가 가해자에게 불리한 교환이 되고 그로 하여금 자신의 행동을 후회하게 하고 다른 사람들로 하여금 그와 비슷한 행동을 하는 것을 두려워하게 하기 충분할 정도로 엄격하게 처벌되어야 한다는 점을 명백히 하고 있다(Locke, [조현수 역], 앞의 책, 30면).

이 일반예방적인 효과를 위해서 범죄로부터 얻을 수 있는 이익을 넘어서는 해악을 부과해야 한다는 점에서 형벌의 특유성, 즉 “해악의 정도”에 대한 본질을 알 수 있게 된다. 형법적으로 규정된 범죄행위는 국가 내에서 시민이 저지할 수 있는 가장 강력한 타인의 법익침해를 내용으로 하고 있다. 이러한 정도를 넘어서는 수준의 ‘해악’을 포함하는 수단이 형벌이 될 때에만 그러한 범죄를 막을 수 있게 되는 것이다. 예를 들어 실수로 다른 사람의 비싼 물건을 깨뜨린 경우 그것은 민사상 배상의 문제가 될 뿐, 형법상 처벌받지 않는다. 이는 과실손괴를 처벌하는 규정이 없기 때문이며, 형법은 이를 넘어서 고의로 다른 사람의 물건을 훼손한 경우만을 금지하고 있다. 이는 고의로 다른 사람의 물건을 훼손하는 일이 없게 하기 위해서 형벌을 부과하려 하는 것이므로, 형법은 행위자가 다른 사람의 물건을 손괴함으로써 얻을 수 있는 만족 수준을 넘어서는 더 강한 반작용을 부과해야 한다. 그러므로 손괴하는 물건의 액수를 넘어서는 벌금의 부과, 그보다 더 강한 징역이나 금고형을 부과할 수 있게 되는 것이다.

형벌의 해악성은 이와 같은 형벌 그 자체로부터 비롯되는 권리침해만을 의미하지 않는다는 데에 또 다른 특징이 있다. 형벌의 집행은 곧 그 수형자들을 ‘사회로부터 격리’시키는 작용을 하게 된다. 그것은 형법이 이를 의도하였든 그렇지 않든 간에 마찬가지이다. 다른 범규정에 의한 반작용(손해배상, 과태료 처분 등)을 겪었다고 해서 그 대상자는 다소 법적으로 완전하지 못했다는 점 이외에 사회적으로 특별한 시선을 받지 않는다. 그러나 형법적인 범죄를 저질러 형집행을 당했다는 사실은 다른 사회구성원으로 하여금 그를 반드시 주의해야 할 사람으로 여기게끔 만든다. 다른 법 위반은 그 해당하는 상대방에 대해서만 손해를 끼친, 또는 끼칠 수 있는 사람이라는 인상을 주는 반면에, 범죄행위를 했다는 사실은 다른 사회구성원 누구에게라도 범죄를 다시 저지르게 될 것이라는 좋지 않은 인상을 심어주기 때문이다. 이는 수형자들이 사회에 다시금 복귀하여 정상적인 직업생활 및 인간관계 등을 이어가는 것이 매우 어려워지는 이유이다.

바로 이와 같은 인상은 단지 주위 사람들의 평판이나 느낌만으로 남아 있는 것이 아니라, “전과(前科)”라는 공식적인 언어로 고착 된다. 형법적으로 전과의 존재는 형식적으로 고정된, 특별한 예외가 없으면 벗어날 수 없는 것으로서 사

회구성원들 간에 비공식적으로 찍힌 ‘낙인’이라는 의미에 그치는 것이 아니라, 실제로 이후 다른 범죄가 저질러지는 경우에 때로는 구성요건적으로 기능하여 죄책을 더 무겁게 만드는 조건으로 사용된다. 그렇지 않은 경우라고 하더라도 이후 양형절차에서는 반드시 피고인에게 불리한 정보가 된다.

바로 이러한 점에서 형벌규정이 다른 법규정과 다른 속성이 분명히 드러나게 된다. 형법은 그 법의 존재가 비롯된 이유에서부터 이미 범죄의 정도를 넘어서는 강력한 반작용을 염두에 두면서, 그 결과로서는 사회구성원들의 강력한 반감을 불러일으키게 되는 것이다. 이렇기에 국가의 가장 강력한 권한이 형벌권이라는 점도 이로부터 이해된다. 형법의 기원이 곧 법의 기원이기도 하고 - 사회계약설에 따르면 - 국가의 기원과도 맞물려 있기 때문에 형벌권이 국가의 권력을 대표하는 것이기도 하다. 바로 이러한 점에서 형벌작용은 다른 모든 법적 효과에 대비할 때, 가장 조심스럽게 행사되어야 하는 것이 분명해진다. 분명한 근거가 없이 형벌이 부과되어서는 안 되며, 근거가 불분명할 때에는 언제나 형벌을 배제하는 방식으로 물러나야 한다는 것이 법치국가적인 형법사상이다.

II. 국가형벌권 행사의 의미

위에서 언급한 과정에 의해 국가가 독점하게 된 국가권력의 핵심적인 양상은 국가형벌권(Strafanspruch)으로 불린다. 그 권한은 형벌이라는 가장 강력한 수단을 통해 행사되는 것이며, 이는 국가가 갖는 고유의 주관적 권리에 해당한다. 주관적 권리성은 법률에 의존한 국가의 구체적인 권리행사를 뜻하는 것이 아니라, 오히려 실정법을 근거짓거나 제한할 수도 있는 초실정법적인 개념으로 존재하게 된다.³⁵⁰⁾ 이와 같은 주관적 권리가 현실적으로 어떻게 행사되고 있으며 어떻게 행사되어야 하는가가 중요한 내용이 된다.

독일어인 ‘Strafanspruch’라는 개념에서 ‘Anspruch’는 ‘청구권’으로 번역되는 것이 일반적이다. 형벌을 집행해 달라는 요청이 곧 청구권과 같은 의미였으므로 사법상의 청구권과 어원을 같이 하고 있다. 과거에 형벌에 대한 청구는 고소,

350) 국가형벌권을 이렇게 파악하려는 입장을 주관설이라고 한다(예를 들어 Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1863, 4면; Binding, Handbuch des Strafrechts I, 1885, 4면 이하).

고발을 한 私인이 형벌을 집행할 권한이 있는 주체에게 형벌을 부과해 달라는 요구를 할 수 있는 권리로부터 비롯되었으므로 사법적인 성격을 갖고 있었다. 그러나 근대적 의미의 형벌권은 더 이상 사법적 청구권과 같은 성격을 갖지 않게 되었다. 근대화의 과정에서 국가가 형벌권을 독점하게 되었고, 이러한 과정에서 고소, 고발의 기능이 현저히 축소되었다. 특히 피해자의 고소는 극히 일부 친고죄 등에서만 소송조건으로서 의미가 남아 있을 뿐, 이제 대부분의 범죄에서는 수사가 진행될 수 있게 하는 단서에 불과하다. 형사사건을 판단하는 법원에 형벌부과를 요청하는 것은 이제 더 이상 피해자 등의 사인이 행하는 것이 아니라 검사라는 또 다른 국가조직이 감당하게 되었으며, 이것이 이른바 ‘탄핵주의’의 의미이다. 이처럼 검사가 공소를 제기하게 된 것으로부터 이제 국가기관이 온전히 형벌권행사를 독점적으로 담당하게 된 것이다. 형벌권이라는 청구권의 형식은 국가기관이 다른 국가기관에게 요청하는 내용에 해당한다.

이처럼 국가형벌권의 요청이 국가 자신을 향한 것이라고 이해한다면 형법전의 규범명령도 사법의 당위와 다른 속성을 갖게 된다는 것을 알 수 있다. 형법전의 법조문들은 ‘...을 저지른 자는 ...에 처한다’는 형식으로 쓰여 있는데, 이 규범의 명령은 일반시민을 규범의 수범자로 정하고 있는 것이 아니라, 국가기관을 규범명령의 대상으로 삼고 있는 것이라고 보아야 한다. 즉 ‘...한 행위를 하지 말라’는 규범내용이 아니라, ‘...을 저지른 자를 ...에 처하라’는 명령으로 이해해야 한다. 형벌권의 특유한 점이 여기에 놓여 있다. ‘형벌이 주어져야 한다’는 명령은 바로 국가 자신을 수범자로 한 정언명령이 된다.³⁵¹⁾

여기서 앞서 말한 바와 같이 국가가 지니는 형벌의 권리는 국가의 형벌의무라는 측면을 함께 포함한다는 점이 한 번 더 분명해진다. 이와 같이 행사된 형벌권에 따라 형벌을 받게 되는 범죄행위자는 형벌집행에 대한 수인의 의무가 있으며, 형벌에 대한 권리 일체를 국가에게 일임한 일반시민들은 국가가 그 형벌의무를 일관되게 행사함으로써 그 권리를 보호받게 된다. 이러한 기본틀은 근대형법 체계가 정초된 이후 일관되게 이어져 온 내용이다. 이러한 형벌의무를 통해서, 국가는 국가기관 자신의 불가피한 한계상황을 제외하면 형벌권행사

351) Binding, 앞의 책, 191면 이하; Binding, Die Normen und ihre Übertretung I, 13면.

를 포기할 수 없는 지위에 놓이게 되었다. 이와 같은 국가의 주관적 형벌권과 형벌의 의무는 이제 구체적인 법률을 전제로 하여 일정한 범죄행위가 확정되었을 때에 발견되는데 이를 객관적인 의미의 국가형벌권(또는 의무)라고 할 수 있다.³⁵²⁾ 현실에서 부과되는 형벌은 모두 이와 같은 객관적인 의미의 국가형벌권의 실현이다.³⁵³⁾

III. 형벌권 제한을 위한 문제상황

이처럼 국가의 형벌권이 현실적·객관적으로 기능을 발휘하기 위해서는 상응하는 법률을 전제로 하는 것이므로 객관적인 형벌권 행사의 가능성은 법률의 존재여부, 개폐여부에 완전히 종속되어 있다. 이 때 연구에서 문제되는 상황은 여기서 일정한 법률을 기초로 하여 이미 형벌권이 행사되었는데, 그 법률이 위헌결정을 받게 되어 무효가 된 경우에 이미 행사된 형벌권을 처음으로 되돌려 효력을 상실하게 하는 것으로 보아야 하는지, 그렇지 않으면 장래에만 그 무효의 효력이 미치는 것인지 하는 질문에 놓여 있다. 만약 형벌권에 근거되었던 법률의 위헌결정 이후에 그 법률에 따라 행했던 재판 전체를 소급해서 무효인 것으로 보고자 한다면, 다음과 같은 논거가 타당하다는 것이 증명되어야 한다.

첫째, 국가의 형벌권은 범죄의 존재여부에 따라 일관되게 행사되어야 하는 것이며, 형벌권은 오로지 시민의 자유보장에 기여하는 때에만 제한될 수 있는 것이다. 둘째, 형법의 소급입법금지, 소급적용금지의 원칙은 중요한 법치국가적 원리이나, 이것은 시민의 자유를 확대시키는 상황에서는 예외적으로 적용되지 않는다는 논거이다. 셋째, 한 번 이루어진 재판의 결과를 다시 묻지 않는다는 일사부재리원칙 또한 피고인의 자유의 확대에 기여하는 때에는 예외적으로 적

352) Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1권 1904, S. 183; Esser, Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und Staates, 1949, S. 154.

353) 그러나 주관적 권리성을 생략하고 국가의 권한을 객관적인 의미로만 정의내리는 것은 한계가 있다. 이와 같은 이해는 사법권과 집행권 이외에 입법권을 근거지울 수 없고, 형법전만으로 법관의 해석과 적용을 법률에 묶어둘 강제력 또한 해명할 수가 없는 것이기 때문이다(같은 견해는 Klose, ZStW 1974, S. 52 ff.).

용되지 않는다는 것이다.

이하에서는 위와 같은 주장의 타당성에 대해 논할 것이다. 국가형벌권은 일정한 시간적 흐름 안에서 특정한 범주에서만 유효하다는 사실과, 시민의 자유보장에 유리한 경우가 있다고 하더라도 소급효금지원칙이나 일사부재리원리는 그 본질상 포기될 수 없다는 점을 강조하고자 한다.

제3절 국가형벌권의 시간적 제한

형벌이라는 국가의 반작용이 시민의 권리를 가장 강력하고도 지속적으로 침해할 수 있는 것이므로 그로부터 국가가 근거 없이, 또는 근거가 불분명한 경우에는 언제나 형벌권의 행사를 자제해야 한다는 원리가 중요함을 밝혔다. 이로부터 연구에 필요한 답을 얻었다고 할 수도 있다. 위헌법률로 결정되어 법률적 근거가 더 이상 존재하지 않게 되었다면 그 전까지 집행된 형벌을 모두 소급하여 무효가 되는 것으로 보는 것이 시민의 권리보장에 더 유익한 것이라고 여겨지기 때문에, 제한 없이 소급적 무효를 인정해야 한다고 주장할 수 있게 된다. 그렇지만 형벌권의 행사 및 제한의 근거가 오로지 시민의 권리보장의 관점에 놓여 있는 것이 아니라, 단지 시대적 상황의 변화 그 자체로도 근거지어질 수 있다면 그 대답은 그렇게 간단한 것이 아니다.

Ⅰ. 국가형벌권 행사의 상대성

1. 국가형벌권 제한의 일반론

위와 같이 정초된 국가의 형벌권, 형벌의무는 법원칙과 법률에 따라 명확한 정언명령적 당위로 규정되어 있다. 즉 형법전에는 ‘... 를 저지른 자는 ...로 처벌된다’고 명시되어 있으며, ‘... 를 저지른 자가 ... 하는 경우에 (또는 ... 할 때에만) 처벌한다’고 쓰여 있지 않다. 형법은 국가를 향한 절대적인 규범명령을 포함하고 있는 것이다. 그러나 이와 같은 당위규범이 현실에서 언제나 그대로 이행되는 것은 아니다. 국가형벌권이 원칙에 따라 행사될 수 없는 일정한 한계에 직면한다. 연구와 관련하여 중요한 내용은, 국가의 형벌권 그리고 그 전제가

되는 형법이 언제나 역사적, 시대적 상황에 따라 허용되거나 제한되는 상태를 반복하여 왔다는 사실이다. 형법은 한 사회에 소속된 구성원들의 당대의 규범적인 요청들을 반영하고 있는 것이므로 시간의 흐름에 따라 서로 다른 형법의 토대가 형성되고 유지되며 사라지게 된다는 것은 쉽게 인식할 수 있는 것이다. 그러나 기존의 일반적인 법이론은 이와 같은 시간적인 한계의 조건들에 대해서 크게 주목하지 못했다. 형벌권행사가 시간적인 제한에 놓여 있다는 사실은 피의자, 피고인의 권리보장을 위해서 통제되어야 한다는 것이 더 강력한 제한의 논거에 비하면 거의 언급되고 있지 않는 상황이라고 할 수 있다.

이러한 현재의 일반적인 형벌권 제한이론은 뚜렷한 사상적 배경을 바탕으로 하고 있다. 피의자, 피고인을 비롯하여 잠재적 범죄자라고 할 수 있는 시민들의 권리보장을 목적으로 하여 형벌권이 제한되어야 한다는 사고는 근대 이성법 체계가 자리잡은 이후 자유주의적 법치국가의 영향에 의해 굳어져 온 생각이며, 이미 대부분의 문명국가에서 인정되고 있는 방식이기도 하다. 다음과 같은 대표적인 예들이 있다.

아래에 살펴보겠지만, 죄형법정주의는 현행 형법체계에서 가장 강력한 국가형벌권의 제한원리로 알려져 있다. 일정한 행위 이전에 그 행위를 형법상 범죄로 근거짓기 위한 범죄의 구성요건과 효과가 명확한 법률로써 확정되어 있지 아니한 경우에는 국가가 처벌권을 행사하지 못함을 지시한다(형법이 없으면 범죄도 형벌도 없다: *nulla poena, nullum crimen sine lege*). 특히 이 원리의 파생원칙인 ‘소급효금지원칙’은 어떠한 행위를 처벌하기 위해서 그 행위 이전에 그에 상응하는 형법률이 규정되어 있어야 한다는 원칙이다. 사전에 확정된 법률이 없었다면 그 행위는 처벌될 수 없다. 이후에 변경된 법률을 그 이전의 사안에 적용할 수도 없다. 의심스러운 때에는 피고인의 이익으로(*in dubio pro reo*)원칙 또한 법치국가원칙으로부터 비롯된 형벌권 제한원리이다. 가벌성이 분명히 입증되거나 근거지어지지 않는 경우, 명백한 형벌부과나 형가중의 증거가 없는 경우에는 피고인에 대해 더 유리한 판결을 해야 한다는 뜻이다.³⁵⁴⁾ 형

354) 이에 대해서는 Müller-Dietz, *Strafe und Staat*, 1973, S. 40 ff.; Stree, *In dubio pro reo*, 1962, S. 12 ff.; Michael, *Der Grundsatz in dubio pro reo im Strafverfahrensrecht*, 1981, S. 1 ff.

법의 보충성·단편성·최후수단성 등의 성질도 형벌권 제한을 의미한다. 사회에서 있을 수 있는 여러 문제상황 가운데에서 다른 사회적 통제수단으로 제어할 수 없는 경우에 한해 비로소 형법이 개입해야 한다는 뜻이다.³⁵⁵⁾

위와 같은 원칙들의 배경에는 근대로 접어들게 되는 계기가 되었던 계몽주의로부터 출발한 자유주의적인 법치국가원칙이 놓여 있다. 그 토대에는 국가권력과 시민자유 간의 대립관계가 전제되어 있다. 당시 가장 중요한 관심은 국가권력으로부터 시민의 자유를 확보하는 데에 놓여 있었기 때문인데, 특별히 국가가 지닌 가장 강력한 권한이라고 할 수 있는 형벌권은 시민의 자유권에 대응해서 반드시 제한되어야 하는 것으로 여겨지기 시작하였다. 국가는 형벌권을 비롯한 권력을 통하여 언제나 자신의 권력을 확대하고자 하는 본성을 갖고 있기에, 시민들은 그에 대응하여 위에서 본 것과 같은 여러 법치국가적인 원리의 도움을 받아 자신들의 권리부분을 유지하게 된다는 것이다.

이와 같은 전통적인 국가권력의 근거 및 제한에 대한 이론에는 사상사적으로 분명한 국가개념이 관통하고 있다. 그것은 국가개념 및 그 외연이 실재하는, 또는 관념적으로 떠올릴 수 있는, 인간의 전체 삶의 공간으로서 세계의 범주와 정확히 일치한다는 생각이다. 즉 인간들이 살아가는 시간적·공간적 전체 배경에 바로 국가가 놓여 있다는 것이다. 이러한 국가관에서 국가 외부에 놓이는 통제 밖의 영역은 생각될 수 없다. 그렇기에 인간의 삶과 자유의 확보 또한 국가라는 체계 안에서 비로소 생각될 수 있다고 여기는 것이다. 사상사적으로 국가개념에 대한 다양한 형태들이 논하여졌지만 이와 같은 토대는 공통적이다. 이미 플라톤의 전체국가 개념과 캄파넬라의 이상사회,³⁵⁶⁾ 이념을 거쳐 계몽주의적 국가관으로서 루소의 ‘결여된 자연상태’ 개념, 근대의 절대적 이상(이성)국가 개념에서 일관되어 온 것일 뿐만 아니라, 20세기의 전체주의국가관이나 공산주의국가관, 그리고 현재 헌법적인 원리로 되어 있는 법치국가·사회국가사

355) 광범위하게 ‘의심스러울 때에는 자유의 이익으로-원칙’도 유사한 내용으로서 통제가 반드시 필요하지 않거나, 또는 자율적인 사회통제에 의해 가능한 경우라면, 법적인 규제가 허용되어서는 안 된다는 내용이다.

356) 캄파넬라(Campanella, Tommaso: 1568~1639)는 이상적인 공산주의적 사회를 그려내면서 모두가 생산을 공동으로 하고 함께 누리는 공간을 구상하였는데, 그러한 이념 또한 전체 국가 내에서 이루어지게 된다는 이론적 한계를 보이고 있다.

상을 통틀어 이 토대는 변하지 않고 있다.³⁵⁷⁾

인간이 살아가는 전체 세계를 국가의 테두리와 동일한 공간으로 바라본다는 점은 개인의 자유와 권리의 보장과 제한이 전적으로 국가의 활동에 의해서 좌우된다는 결론으로 나아가게 된다. 그리하여 근대 이래로 국가에 대해서 시민들은 상반된 요청을 하게 된다. 국가권력은 외부의 침입이나 범죄로부터 시민의 안전을 적극적으로 보호하기 위해서 충분히 강해야 하는 것이지만, 시민의 자유영역을 보장하기 위해서는 그 스스로 시민을 억압하는 권력으로 회귀하게 되지 않도록 소극적으로 제한되어야 한다는 요청이 그것이다. 국가 외부의 ‘권력의 빈 터’는 사상적으로 중요하게 다루어진 경험이 없다. 위의 두 가지 국가의 과제가 해태되는 경우만이 부정적인 의미로서 상상될 수 있는데 그 상황은 비판적인 의미에서 권력의 진공상태(Machtvakuum)가 된다고 보고 있다.³⁵⁸⁾

앞에 나열한 보편적인 국가형별권 한계의 장치들은 이와 같은 국가관을 토대로 하여 확립된 자유주의적 법치국가원칙에서 비롯된다.³⁵⁹⁾ 기존 국가형별권의 한계를 근거짓는 유일한 근거라고도 할 수 있는 이 법치국가원칙은 국가권력과 시민의 자유영역을 대립된 관계로 설정하고, 국가가 권력을 행사하지 않는 곳이 바로 시민의 자유영역이 된다는 기본구조 위에서 시민의 권리를 보호하는 일종의 방패막이의 기능을 담당하고 있다.³⁶⁰⁾ 개인들은 자신의 자유를 자율에 따라 향유하며 자신의 이해관계에 따라 행위를 결정하고자 하고, 국가는 스스로의 강제력을 자제함으로써 이러한 자유의 조건을 만들어주는 것이며, 이

357) 이러한 전통에 대해서는 Löwenstein, Die nichtregierte Gesellschaft. Gemeinsame Prinzipien des alten chinesischen Taoismus mit dem modernen europäischen Liberalismus, 2001, S. 29 f. 참조.

358) 예를 들어 Zippelius, Allgemeine Staatslehre, 1994, S. 52 f. 이와 같은 국가관에 대한 체계적 연구로, 홍영기, “국가권력의 한계 어디에서 비롯되는가”, 「법철학연구」 8-1, 한국법철학회, 2005, 216면 이하.

359) Maunz-Dürig GG, Art. 103 Rn. 104; Müller-Dietz, a. a. O., S. 42 f.; Schreiber, Gesetz und Richter, 1976, 33면 이하; Volk, JuS 1975, S. 26 f.; Michael, a. a. O., S. 2; Montenbruck, In dubio pro reo aus normtheoretischer, straf- und strafverfahrensrechtlicher Sicht, 1985, S. 17 f.; Kayßer, Die Grenzen des Strafrechts, 1996, S. 93 f.; NK-Hassemer, § 1 Rn. 9.

360) Schreiber, a. a. O., S. 35 f.; NK-Hassemer, § 1 Rn. 10; Roxin, AT I § 5 Rn. 18 f.; Dannecker, Das intertemporale Strafrecht, 1993, S. 76 f.

자유 개념은 국가가 개입하지 않고 내버려두는 공간으로서 비로소 개인이 향유할 수 있다는 소극적 의미를 갖게 된다.

2. 법치국가원칙에서 벗어난 형벌권의 제한

그렇지만 이러한 자유주의 법치국가원칙으로부터 설명되지 못하는 국가형벌권이 한계영역들이 존재한다는 점을 여기서 논증하려 한다. 시민의 자유보장목적에 부합하는 경우가 아님에도, 행위의 실질적인 위법성과 행위자의 책임이 명백하게 존재하지만 처벌되지 않는 경우들이다.

가장 대표적인 예는 형법의 효력을 시간적·장소적으로 제한하는 형법 제1조에서 제8조까지의 규정들이다. 이 내용들은 이미 범죄행위가 존재하거나 존재할 수 있다고 하더라도 국가의 형벌권이 미치지 못하는 한계를 확정해 놓고 있는데, 이는 결국 시간적·공간적인 범위 안에서만 형벌권이 미칠 수 있다는 것이 반영된 규정들이다. 공소시효, 형집행시효 등 형법상 시효의 규정들도 시간적 효력제한의 다른 제도에 해당한다. 이처럼 형법은 이미 일정한 시간적·공간적 한계 안에서만 국가의 형벌권이 효력이 있다는 점을 전제하고 있는 것이다. 이외에도 혐의가 충분하지만 공소제기를 하지 아니할 수 있다는 기소편의주의(불기소·기소유예, 형소법 제247조 ①항)³⁶¹⁾, 형법전 제59조, 제62조의 유예규정이나 제52조에서 제56조까지의 감면·감경규정 등 또한 일정한 전제조건 하에 범죄행위에 대한 형벌을 미루거나 배제할 것을 규정하고 있다. 형법의 각칙의 여러 규정들에서도 가벌성이 인정되나 형벌을 면제할 수 있는 가능성들이 확인되고 있다. 실제 발생하는 범죄에 비해서 결코 적지 않은 수가 바로 이와 같은 요건에 따라 형벌로 처벌되지 않게 되는 것이다. 비교적 최근에 인지된 이러한 “형벌 없는 범죄”(straflose Straftaten, Straftaten ohne Strafe)

361) 독일형소법 제153조, 제153조 a, 153조 c 1항, 3호, 제154조, 제154조 a 와 154조 b 2항 에서 규정된 공소의 배제 가능성들은 행위자에 대한 처벌이 상대적으로 의미가 없는 경우에 처벌하지 않을 것을 규정한다. 이 규정에 대해서는 Blum, Strafbefreiungsgründe und ihre kriminalpolitischen Begründung, 1996. S. 39 f., 57 f.; Naucke, Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik, 같은 제목의 그의 논문집 1989, S. 235 f.; Schüler-Springorum, FS-Roxin, 2001, S. 1024 ff.; Nehm, a. a. O., S. 9 f.

의 영역들은 점점 더 확대되고 있다고 할 수 있다.³⁶²⁾

더 중요한 것은 현실적으로 국가의 형사사법기관의 역량이 미치지 못하여 처벌되지 않고 제한되어 있는 형벌권의 영역이 있다는 점이다. 이 광범위한 영역에 대해서 이른바 ‘암수[暗數: 숨은 범죄]’ 연구가 진행되어 왔다. 연구결과는 다음과 같은 몇 가지 단계로부터 국가가 처벌하는 범죄가 일부에 그치게 된다는 것을 입증하고 있다.

(1) 우선 규범설정과정에서부터 예외가 존재하게 된다. 사회구성원들은 어떠한 행위를 형법적인 범죄로 규정할 것인가를 논의하면서 서로 다른 범죄에 대한 생각과 정의에 의존하고, 이것은 입법 과정에서도 마찬가지이다.³⁶³⁾ 그 결과 국가형벌권의 개입해야 하는 행위임에도 법률로 금지되지 아니하는 행위유형이 존재한다. (2) 범죄행위가 실제로 발생한 것과 사회구성원들이 인식하는 범죄사이의 양적인 차이가 있다. 범죄는 피해자 등의 고소권자가 행하는 고소, 제3자의 고발 또는 수사기관의 인지 등에 의해서 드러나게 되는데, 범죄를 인지하는 데에서부터 그리고 이와 같은 과정들을 거쳐 형사사법의 문턱에 이르게 하는 데에 이르기까지 대량의 범죄행위들이 탈락된다.³⁶⁴⁾ (3) 위와 같은 과정을 통해 수사기관에 전달된 범죄행위들 가운데서도 수사절차와 공소제기 과정에서 많은 수의 범죄들이 법적인 평가 이전에 탈락된다. 예를 들어 그 행위유형과 그 정도에 비추어 보아 굳이 처벌이 필요하지 않다고 여겨지는 경우, 증거확보가 어렵다고 평가되는 경우, 기타 개인적인 판단에 의해 미리 절차가 종료된다.³⁶⁵⁾ (4) 법관의 최종 판단에서도 죄가 아니라는 이유 이외에 비정형적인 근거의 면소, 유예판결이나 무죄판결도 드물지 않다.

피해자 조사 등을 통해 실제로 이루어진 범죄를 추산해 본다면, 약 75퍼센트의 범죄는 수사기관에 알려지지도 않는다고 한다.³⁶⁶⁾ 수사기관에 알려진 범죄

362) Schüler-Springorum, a. a. O., S. 1023; Achenbach, Lüderssen(편), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? 1998, S. 105 f.

363) Cramer, FS-Maurach 1972, S. 493.

364) Müller-Dietz, NStZ 1993, S. 58.

365) Kaiser, Kriminologie, 1996 § 37 Rn. 14 f.

가운데에서도 공소에 이르는 동안 얼마나 많은 범죄를 선별해서 기소하는가 하는 것은 경찰에 의한 범죄수사 개시의 통계와 유·무죄판결에 이른 경우만을 비교하면 알 수 있다.³⁶⁷⁾ 통계에 따르면 처음 수사기관에 알려진 범죄건수와 대비할 때, 대체로 1퍼센트 내외의 유죄판결이 이루어진다는 점이 확인되고 있다.³⁶⁸⁾

이와 같은 결과들은 법치국가원칙에 따르고 있다는 형사사법의 한계를 드러내어 보인다. 기소되고 처벌되는 경우가 적어도 통계상으로는 ‘원칙’(Regel)으로 불릴 만 하지는 않다는 것을 알게 된다. 오히려 범죄의 불처벌이 양적으로는 더 보편적이다.³⁶⁹⁾ 범죄를 형법적으로 인지하고 그것을 처벌하는 것이 단지 예외로서만 가능하다는 사실은 이미 상식과 체험을 통해 알고 있는 것이기도 하다. 과거부터 현재까지 헤아릴 수 없이 많은 형법적 처벌이 있었고, 지금도 또한 사회 안에서 계속 이루어지고 있지만 그것이 결코 원칙의 지위를 차지하지는 않는다는 점을 분명히 알고 있다. 불법적인 전쟁개시, 쿠데타, 대량학살, 기타 인권을 말살했던 가장 중대한 사건들을 역사 안에서 떠올려 본다고 해도 대부분의 사안은 애초에 사법적인 시각 안에조차 들어오지 못했다. 이러한 한계가 예거(Jäger)의 표현처럼³⁷⁰⁾ ‘공소 및 처벌과정의 선별성’ 때문인 것도 아니다. 국가형벌권이 스스로 갖고 있는 불가피한 한계 때문이다. 이러한 한계에 대한 생각은 그동안 형법과 국가법의 범주에서 다루어진 적이 없었다.

이처럼 국가형벌권이 불합리하게 행사되는 모습은 규범에 대한 신뢰와 안정성을 떨어뜨린다. 비정형적으로 존재하고 있는 국가권력 한계에 대한 생각은 곧 시민의 권리보호를 약화시킬 것으로 여겨진다. 물론 이 범주에서도 범죄행

366) Zipf, a. a. O., S. 489 f. 중요한 범죄만 볼 경우 살인죄와 살인미수는 86%, 강간 91%, 아동강간 91%, 사기 92% 등이 수사기관에 알려지지 않는다고 한다. 또한 음란죄와 같이 도덕적인 가치가 담겨 있는 범죄의 경우에는 약 99% 정도가 압수에 놓이는 것으로 짐작되고 있다(Popitz, Über die Präventivwirkung des Nichtwissens, 1968, S. 12).

367) 자세히는 P-A. Albrecht, Kriminologie, 1999, S. 130 ff.

368) Kaiser, 앞의 책, § 37 Rn. 18 참조.

369) 같은 견해는 Naucke, a. a. O., S. 157. 여기서 ‘원칙’은 마땅히 이루어져야 할 바를 말하는 규범적인 표현이 아니다.

370) Jäger, Makrokriminalität, 1989, S. 18 ff.

위자의 개인적인 권리와 자유영역은 당연히 확대될 수 있는 것이지만, 이 불처벌의 영역은 전통적인 자유주의 법치국가 사상에 의해 정당화될 수가 없다. 법치국가적인 한계를 벗어난 영역들에 대해서 “형법상 재량의 한 형태”라고 보는 경우도 있었다.³⁷¹⁾ 그러나 재량이라고 불릴 수 있으려면 형사사법기관이 이러한 영역을 모두 간과하고 있고 충분히 처벌을 할 수 있는 상태에 있지만 일정한 조건에 의해서 처벌의 가능성과 그 정도를 조절할 수 있는 상태가 전제되어야만 할 것이다. 이러한 영역은 시민의 자유보장을 위해서 제한되는 것도 아니고, 재량의 판단에 의해 놓아둔 것도 아니며, 단지 형사사법기관의 불가피한 역량의 한계를 드러내어 보일 뿐이다.

II. 시간적 흐름에 따른 형벌권의 제한

여기서의 사고에 의하면 국가의 형벌권은 시민의 자유보장을 위해서가 아니라, 국가 그 자신의 한계지워진 존재성 그 자체에 의해 제한될 수 있다는 것이다. 국가는 이상적으로 작동하는 절대적인 주체일 수 없으며, 전체 세계 안에서 단지 유한한, 하나의 (현)존재일 뿐이라는 점을 확인하게 된다.³⁷²⁾ 이러한 현실에서 국가권력을 법과 법률 안에 구속해야 한다는 요청은 더 이상, 처분이 불가능한 시민의 권리로부터 직접 파생되는 것이 아니라, 오히려 국가 자신이

371) 예를 들어 뉘(Nehm)은 법치국가 형사사법이 예외 없는 명령과 금지에만 있는 것이 아니라 입법자가 허용한 보완가능성과 그것에 따른 사법의 자유영역에도 놓여 있는 것이라고 한다. 헌법을 비롯한 전체적인 법질서에서 볼 때, 공소가 강제되지 않거나, 더 이상 형벌의 관심이 될 수 없는 예외를 마련하고 있는 것이며, 따라서 이 재량 영역에서 처벌을 하지 않는 것은 형사소송의 기본체계상 문제될 것이 아니라고 한다(Nehm, a. a. O., S. 6 ff.; Kleinknecht/Meyer-Großner, § 152 Rn. 7 f.; Erb, a. a. O., S. 46 ff. 참조).

372) 바로 이러한 관계에서 그림(Grimm)은 법치국가적인 구속이 더 이상 시민의 자유영역을 보장하기 위한 것이 아니라, 이른바 국가 스스로의 자기구속(Selbstbindung)이라고 말하고 있다. 법치국가의 본래적인 가치를 상실하지 않게 하려면 이러한 자기구속은 국가의 권력을 제한하는 것의 효과를 개별적인 권리의 증진에 연계할 수 있도록 조정해야 한다고 주장한다(Grimm, "Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats", in: Wachsende Staatsaufgaben - Sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, S. 291 ff.).

결단하고 스스로 그 제한을 받아들여야만 하는 문제에 속하게 되었다. 형법 및 그를 전제로 한 형벌권이 시간적으로 제한되어 있다는 사실은 이렇게 국가 스스로의 존재성과 역량의 한계가 있다는 점을 분명하게 보여주는 가장 분명한 예이다. 국가는 오로지 일부의 사안만을 인식할 수 있으며, 제한된 공간, 제한된 시간, 제한된 소송 조건 안에서만 형벌권을 행사할 수 있을 뿐이다.

그렇다면 국가형벌권이 시간의 흐름에 따라 근거지어지거나 제한되는 까닭은 무엇인가.

1. '시간의 힘'

19세기 일부 학자들은 '시간의 작용' 자체에 형법과 형벌권을 제한하는 힘이 있다는 주장을 하기도 하였다.³⁷³⁾ 그러나 당대 많은 학자들은 이런 식의 설명이 불분명한 것이라고 비판하면서, 형벌권을 제한하기 위해서는 더 구체적인 개념이 필요하다고 지적하였다. 리스트(v. Listz)는 '시간이 모든 대상을 소실시키는 힘이 있다'는 식의 모호한 법칙을 말할 것이 아니라 법질서가 담당하고자 하는 목적이 왜 소실되는가를 중요하게 다루어야 하는 것이라고 반박하였다.³⁷⁴⁾ 킬(Kill)은 시니컬하게 '그렇다면 우리가 영토주의에 따라서 형벌권을 한정하는 것은 공간의 힘이라고 할 것인가'라고 반문하기도 하였다.³⁷⁵⁾ 시간의 힘이라는 개념은 동어반복에 불과하다는 비판도 있다. 시간의 힘 때문에 형법과 형벌권이 제한된다는 이야기는 이들 대상이 시간적인 한계에 놓인다는 말의 반복일 뿐, 나아가 무엇 때문에 제한되는지에 대해서는 구체적으로 답변되지 않고 남아 있었기 때문이다.³⁷⁶⁾

373) Köstlin, System des deutschen Strafrechts, 1855, S. 481; Abegg, a. a. O., S. 25 f.; Berner, a. a. O., S. 252; Risch, GS 36, Dambach GA, Bd. 9, S. 1861. 비교적 최근에도 보켈만은 시간적 제한의 근거를 헤라크리토스의 '모든 것은 흐른다'는 말에서 찾고 있다. 시간의 흐름이 사안을 과거의 것이 되게 하고 낯설게 한다는 것이다(Bockelmann, a. a. O., S. 330 ff.).

374) v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1927, S. 436 ff.; Bloy, a. a. O., S. 186 ff. 배히터도 이 이론은 단지 응보적 관점을 다시금 다른 말로 표현하고 있을 뿐이라고 한다(Wächter, Deutsches Strafrecht, 1881, S. 302).

375) Kill, GS 1868, S. 343.

376) Lourié, a. a. O., S. 38 ff.

그러나 당시의 ‘시간의 힘’ 이론은 위와 같은 비판에 의해서 간단히 넘어갈 수준으로 아무런 내용이 없었다고는 할 수는 없다. 그때까지의 형법의 제한 개념은 위에서 본 바와 같이 범치국가적인 이념 이외의 다른 관념을 찾아내지 않으려 하고 있었다. 게다가 시간 그 자체로 인하여 형법과 형벌권이 제한된다는 사실에 대해서는 한편으로는 굳이 언급할 필요가 없는 당연한 것으로 여기면서도 다른 한편으로는 이를 예외적인 상황으로 치부해버리려 했었다. 이러한 상황에 비추어 보았을 때 구체성이 결여되어 있다는 데에서 이 이론의 단점을 찾은 것은 잘못이다. 시간의 힘 이론은 기존에 형벌의 목적이 제한된다거나 시민의 권리를 보장해야 한다는 식의 구체적인 논거 이외에, 단순히 시간의 흐름 속에서 국가의 형벌권이 생성되기도 하고 제한되기도 한다는 논리를 제공해 주려는 시도였기 때문이다. 기존에 언급된 바 없는 시간의 흐름이라는 다른 속성을 언급하는 이상 추상적인 성격은 불가피하게 전제되어 있을 수밖에 없었을 것이다. 그러나 시간의 힘 자체의 어떤 특징으로 인해 형법과 형벌권이 제한되는가에 대한 더 나아간 논증이 결여되어 있다는 것은 단점이라고 할 수 있다. 전통 철학의 물음, 즉 시간이 어떠한 대상과 별개로 외부에 존재하는 강제력인가, 아니면 그 대상의 과거화(늙음)를 관념적으로 언어화한 것인가³⁷⁷⁾와 같은 물음을 추가적으로 제기할 수 있을 것이다.

2. 형벌권을 제한하는 시간

형법과 형벌권의 존재근거가 시간의 흐름 속에서 발생하고 소멸한다고 할 때, 시간의 어떠한 속성이 그러한 역할을 하는지 간단히 확인하고자 한다.

모든 실존하는 존재자에게 주어진 공통 조건으로서 시간은 단순히 시계 또는 달력에 의해 표시되는 시간개념이 아니다. 후자는 단순히 시간의 표시단위에 불과하다. 추상적인 시간관념을 전제하고 살펴보았을 때 그 개념은 통일되어 있지 않음을 알 수 있다. 사상사적으로 시간에 대한 두 가지 관념이 있어왔다. 하나는 사물이 시간과 무관한 것으로서 존재하고, 시간은 그 사물 존재의 배경이 된다는 것이었고, 다른 하나는 시간이 사물의 변화성 자체이며, 사물의

377) 예를 들어 Jaspers, Nachlaß zur philosophischen Logik, 1991, S. 101.

변화와 흐름의 결과라고 할 수 있다는 생각이다. 처음 견해에 따르면 시간의 흐름은 존재하는 사물에 독립되어 ‘흘러가는’ 것으로서 어떠한 변화와 무관한 독립적인 시간개념 자체도 생각될 수 있는 것이 된다. 이와 같은 시간은 상대적으로 객관적인 속성을 띠는 것으로서 정확하게 측정될 수 있다. 두 번째 견해에 따르면 시간은 사물이 변화하는 데에 대한 결과이며 사물과 시간은 서로 얽매이게 된다.³⁷⁸⁾

사물의 생성과 소멸과 시간의 흐름이 무관하다는 전자의 시각은 많은 사상가들에 의해서 꾸준히 극복되어 온 방법이라고 할 수 있는데, 시간의 흐름과 사물의 늙음이 서로 종속되어 있다는 사실은 역사적·철학적 내용으로만 언급되는 것이 아니라, 오늘날에는 물리적인 관찰로도 입증되는 내용이다.³⁷⁹⁾ 이렇

378) Bartels, Grundprobleme der modernen Naturphilosophie, S. 50 ff. 동양의 사고는 급진적인 후자의 견해라고 할 수 있다(Maturana, Die Natur der Zeit, S. 120 ff.). 동양에서 움직임과 시간적인 상대성은 불가피한 진리로 받아들여지고 있다. 일정시간이 흐른 이후에 사라지는 존재자의 개념은 서양의 생각과는 다르다. 서양에서는 사라지는 것에 대해서 다소 두렵고 신비로운 것으로 보고 있지만 동양에서는 이것을 아주 당연하고 분명한 것으로 파악한다. 변화하는 존재자의 토대가 되는 것이 서양의 헤라클레이토스에서는 로고스이나, 동양에서는 無이다. 무는 빈 곳이며 놓아줌인데 여기서 무가 놓아둠의 의미로 쓰인다면 그것은 모든 것이 생기도록 놓아두는 것, 모든 것을 자연 그대로 놓아두는 것을 뜻한다(Pöggeler, Neue Wege mit Heidegger, S. 437 ff.). 그것은 노장사상에서 생성과 되어짐 그리고 모든 사물의 사라짐의 근원으로 파악된다. 모든 사물은 서로 작용하는 가운데 생성한다. 이러한 존재의 생각에서 존재냐 무냐 하는 양자택일적인 생각은 없다. 단지 그것은 모든 것을 감싸 안는 무로서 되돌아갈 뿐이다. “만물은 그것이 관철되는 한, 오고 간다. 그것은 생겨나며 꽃피고 그 뿌리로 다시금 돌아간다. 그 근원으로 돌아간다는 말은 고요함, 즉 무로 돌아간다는 뜻이다. 이 고요함으로 가는 것은 그의 정해진 운명으로 돌아간다는 것이다. 이러한 자신의 존재의 한계를 인식하는 것은 곧 영원을 인식하는 것이다.” (Lao Tse, a. a. O., § 16.) 이러한 과정에서 우리는 무가 영원히 존재하는데, 존재자와 존재가 그 위에서 리드미컬하게 생성하고 사라지는 그림을 그려볼 수 있다. 노자의 문장 “몸뚱이는 죽지만 무는 영원하다.” (Lao Tse, a. a. O.) 라는 말은 이러한 존재와 무의 관계를 말해준다.

379) Bartels, Grundprobleme der modernen Naturphilosophie, 54면 이하. 이러한 시간개념에 대한 인식은 고대 철학에서부터 이어져 온 것이다. 보켈만(Bockelmann, Niederschriften, S. 330)은 특히 헤라클레이토스를 인용하는데, 그는 존재에 대한 시간적 변동의 생각을 주장한 대표적인 사상가였다. 세상의 본질을 여러 대립되는 개념에 대한 긴장관계로 파악하면서(밤과 낮,

게 이해되는 시간 개념은 현존재로 존재하는 데에 얽혀 있는 시간이며, 바로 그와 함께 존재자의 존재는 나타나고 지속되며 사라져가게 된다. 시간은 곧 존재의 변동, 과정, 일의 벌어짐, 과거로 사라짐 등과 같은 의미를 갖게 된다. 모든 존재자는 ‘없음’으로부터 어느 순간에 생겨나 일정한 시간을 존재하다가 다시금 없는 데로 사라지게 되는데, 이러한 ‘시간성’(Zeitlichkeit)은 존재자가 지니는 특별한 성질이며, 그 안에 시간성이 깃들지 않고서는 현존재의 과정이 드러날 수 없게 되는 것이다. 이와 무관한 절대적이면서 이상적인 시간개념이란 존재하지 아니하는 것이고, 사물과 무관하게 흘러가는 객관적인 시간개념도 생각될 수 없기에, 시간의 흐름과 무관한 존재자도 현실에서 찾아볼 수 없다. 시간은 오로지 사물 때문에 존재한다. 봄이라는 시간이 오기 때문에 꽃이 핀다는 것이 잘못된 것이다. 오히려 꽃이 피기 때문에 그것을 ‘봄’이라고 부르는 것이 맞다.

3. 형벌권의 시·공간적 한계

시간의 흐름에 따라 형벌권이 생성되고 제한되는 원리를 더 구체적으로 설명하는 것은 불필요하며 가능하지도 않다. 왜냐하면 시간의 흐름에 따라서 존재성이 제한된다는 것은 더 이상 근거지을 필요가 없는 명제로서, 그보다 더 구체적이거나 명확한 근거를 대려 하면 근거를 대야 하는 명제보다 그 이유가

존재와 무, 삶과 죽음 등), 동시에 이러한 대립되는 사물들과 현상들은 조화를 이루는 한 길로 이어지게 된다는 것이다. 세상의 지속됨이란 이러한 현상들의 변화에 있다고 보고 있다(Bächli, Heraklit, S. 26 ff.). 세상은 끊임없는 움직임과 변화이므로 어떠한 사물도 멈춰있는 것은 없고, 지금 존재하는 것으로 보이는 것은 다양한 변화의 움직임들이 있는 가운데 한 단면에 지나지 않는다고 한다. 이로부터 그의 ‘모든 것은 흐른다’(panta rhei [Alles fließt])는 명제가 나온다. 사람이 같은 강물에 발을 담글 수 없다고 하면서, 강이 흘러가서 그러할 뿐만 아니라, 인간 자신 또한 강물과 더불어 달라졌기 때문이라고 하였다(Praechter, Die Philosophie des Altertums, S. 53 f.). 불변하는 원소를 발견하려고 했던 당대의 자연철학과 구별되는 방향에 서 있었다. 고정되어 있다고 생각될 수 있는 유일한 것은 하나의 우주적인 원리로서 로고스이다. 헤라클리토스에게는 변화하지 않는 세계의 법칙으로서 로고스는 움직임이라는 존재의 법칙에 하나의 변화하지 않는 토대가 된다(Hügli/Lübcke, Philosophielexikon, S. 276 f.).

더 불분명하게 되는 오류, 곧 선결문제의 오류(*petitio principii*)에 빠지게 된다.³⁸⁰⁾ 또한 있던 존재자가 없게 되는 이유에 대한 논증에서 전체존재가 이루어지지 않게 하기 위해서 어떤 구성요건이 결여되어야 하는가에 대한 답은 정해져 있지 않다. 하나이든, 여러 개이든 상관없으며, 그것이 복수인 경우에 헤아리는 순서도 전혀 중요한 것이 아니다. 즉 ‘없는 것이 없(어지)는’ 이유에 대해서, 하나의 부존재의 조건을 선택해야 한다거나 많은 조건들을 반드시 순서에 맞게 나열해야 할 필요는 없다.³⁸¹⁾ 결국 전체존재가 없어진다는 점에서 아무런 차이가 있을 수 없기 때문에 부존재의 하위의 구체적인 근거가 정확히 무엇인지 지적할 필요가 없고, 그 개수도 중요하지 않으며 고려순서도 논리적으로 의미가 없다.³⁸²⁾

따라서 논리적으로는 형법과 형벌권이 시간의 흐름에 따라서 제한된다는 사실 이외에 ‘어떠한 형벌권의 요인 때문에 형벌권이 시간 안에서 발생하고 사라지는가’에 대해서는 답할 필요가 없다. 그렇지만 다음과 같은 예를 들어 설명할 수는 있을 것이다.

앞서 말한 같이 국가의 형벌권이 실질적이고 구체적인 권리가 되기 위해서는 개별 국가의 사법권·집행권과 더불어, 미리 확정된 형법에 의해서 특정되어야 한다. 우선 형벌권을 행사하는 주체인 국가의 존재 자체가 시간적인 한계에 놓이게 된다. 역사적으로 여러 국가들이 탄생하고 사라져 간 것이 이를 방증하는데, 후설(Husserl)은 이를 다음과 같이 아주 단호하게 표현한다. “우리는 국가 또는 국가를 넘어서 조직 또는 어떠한 정치적인 실체가 지속되는 그 삶의 법칙은 알지 못한다. 그러나 우리는 그것의 현존재가 이러한 시간적인 제한

380) 증명되어야 할 명제보다 그것을 위해서 드는 논거가 더 불분명한 경우를 뜻한다(Hong, *Zeitablauf als Grenze des staatlichen Strafanspruchs*, S. 152 f.).

381) 법학방법론에서 유사한 예시로는 Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, 3. Aufl., 1956, S. 38 ff.; Röhl, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 583 f.

382) 전체 존재를 S, 개별 존재의 조건들을 $V^1, V^2, V^3 \dots$ 이라고 한다면 $S = V^1 + V^2 + V^3 \dots$ 와 같이 표시될 수 있다. 각 조건들의 양과 질이 이러한 덧셈 관계에서는 중요하다. 그러나 부존재로서 없음을 N, 없게 된 까닭들을 $V^1, V^2, V^3 \dots$ 라고 한다면 $N = V^1 \times V^2 \times V^3 \dots = 0$ 이라고 할 수 있다. 이러한 곱셈관계에서 조건 $V^1, V^2, V^3 \dots$ 가운데 무슨 조건이 0이 되었는가, 어떠한 순서로 0이 되었는가는 입증할 필요가 없다.

안에 놓인다는 그 성격은 분명히 알고 있다.”³⁸³⁾ 뿐만 아니라 국가기관의 작용이나 효력도 시간적으로 제한된다. 국가기관이 시대적 배경에 따라서 계속 생성되고 소멸되는 것도 물론이고, 한 국가기관도 자체의 역량이 제한되어 있어 그 권한의 행사가 특정한 시대를 넘어 계속 이어질 수는 없다. 정책의 목적과 업무의 필요성은 시간의 흐름에 따라 변경된다. 그 가운데에서 특히 국가형벌권을 직접적으로 행사하는 형사사법기관도 시대적인 환경과 당대의 목적에 따라 새롭게 생성되기도 하고 강화되기도 하며 어느 순간 권한이 제한되기도 한다. 형사사법기관이 특정한 사안에 대해서 권한을 행사하는 시간은 상대적으로 더욱 짧다.³⁸⁴⁾

연구대상과 관련하여 특히 의미 있는 것은, 형벌권의 전제가 되는 형법규범이 갖는 시간성이다. 특정한 법규범은 특정한 사회 내에서, 일정한 시간적인 범주 안에서만 효력을 갖는다는 사실이 여기서 중요하다. 법률의 생명은 오직 사회의 규범에 대한 필요성에 종속되어 있는 것인데, 그 필요성이 언제나 시대적인 상황 속에서 발생하고 강조되었다가 사라져가는 것이기 때문이다.³⁸⁵⁾ 법제화 작업이 있는 경우는 그 해당 사회에서 바로 그 당시의 법률에 대한 필요성이 먼저 축적되어 왔기 때문이다. 이렇게 사회를 이루는 구성원들의 법률의 필요에 대한 생각은 시간의 흐름 속에서 바뀌는 것이므로, 모든 법률의 체계는 역사의 한 단면만을 반영하고 있다고 해야 한다. 물론 법률에 대한 필요가 곧장 실정법이 되는 것은 아니다. 일정한 수 이상 사회구성원들의 요청이 강하게 지속적으로 이어지고 그러한 요청이 축적되었을 때 심사숙고를 통해서 법률이 제정된다. 이와 같이 제정된 법률 자체에 시간적 한계가 있다는 것이 그 법률효력의 전제가 되어 있지는 않다. 일부 한시법을 제외하면 일반적으로 법률형식은 장차 계속 유효한 것처럼 보인다. 그러나 대부분의 법률 또는 구체적인

383) Husserl, *Recht und Zeit*, S. 11.

384) 유럽인권협약의 제6조의 내용이기도 하고, 우리 헌법 제27조 제3항, 독일기본법 제2조 제2항에서도 강조되고 있다. 원칙에 대해서 자세히는 Pfeiffer, *Das strafrechtliche Beschleunigungsgebot*, S. 329 ff.; Radke, *Bestrafungshindernisse aufgrund des Zeitablaufs*, S. 52 ff.; Rebmann, *NStZ* 1984, S. 244; Blum, *Strafbefreiungsgründe*, S. 32 f.

385) 이에 대해서는 특히 Husserl, *Recht und Zeit*, S. 10 f., 23 ff.; Neumann, *Rechtspositivismus, Rechtsrealismus, Rechtsmoralismus*, S. 109.

규범의 내용들은 법률이 제정되는 데에 이르기까지 배경이 되었던 사회적인 요청이 시대의 변화에 따라서 사라져감에 의해 그 효력 또한 약화되고 어느 순간에는 더 이상 의미 있는 법률로 남아 있지 않게 된다. 형법의 경우에 극히 일부의 핵심적인 범죄규정들을 제외하면 역사적 흐름에 따라 언제나 개별법률이 변화되어 왔다는 것을 알 수 있다. 이와 같은 시간적 제한이란, 이처럼 종이 위에 쓰여진 구체적인 법률의 내용이 시간적 흐름 안에서 변경된다는 사실만을 뜻하는 것이 아니다. 우리나라와 같이 추상적인 규범통제가 불가능하고 헌법재판소가 일정한 사안과 관련하여서만 법률의 효력을 논할 수 있는 경우라고 한다면 법률 그 자체는 쉽게 폐지되거나 변경되지 않고 대체로 그대로 존속되는 편이라고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 사회적인 요청이 변경되어 감에 따라서, 즉 시대적인 정신이 달라짐에 따라서 존재하는 개별적 법률의 법적 효력은 달라지게 된다. 어느 시대에 자주 적용되는 법률이 다른 시대에서는 거의 쓰여지지 않는 예는 매우 흔한 것이다. 국가보안법, 간첩죄관련규정, 화염병처벌에 대한 규정들은 20여 년 전과 지금 같은 형태로 남아 있지만 상황의 변화에 따라서 효력이 관철되는 빈도가 현저히 달려져 있다. 반면에 프라이버시의 침해, 환경범죄, 기업범죄 등의 규정처럼 현대사회에서 활발한 기능을 발휘하는 규정들도 많이 찾아볼 수 있다. 즉 법률의 폐쇄와 무관하게 법률의 해석과 적용의 가능성은 언제나 특정한 사회, 특정한 시대적 배경에 직접 연관되어 있다.³⁸⁶⁾ 이것은 특히 아래에서 보듯이 형법이 보호하고자 하는 가치가 변경되기 때문이다.

4. 법익의 시간종속성

법률의 시간적인 제한은 물론, 그 법률에 규율하고자 하는 대상이 갖는 시간종속성에 의존되어 있다고 할 수 있다. 법률이 해당 시대의 문화적인 상황에

386) 자세한 것은 Winkler, *Zeit und Recht*, S. 160 ff.; Husserl, *Recht und Zeit*, S. 26 f. 같은 맥락에서 조훈 교수는 '시공을 초월하여 불변하는 기준으로서의 형법 또는 형법조문을 예정한다는 것은 너무 소박한 견해가 되고 있다'고 지적하고 있다(조훈, "규범과 시간 - 구성요건 변경의 시간적 의미 -", 「형사법연구」 9, 한국형사법학회, 1997, 91면).

그 배경을 두고 있는데, 바로 이와 같은 상황이 시간의 흐름에 따라서 변화하는 것이다. 이 점은 굳이 입증될 필요가 없는 사실이다. 지금까지 우리가 법률을 만들고 개정하며 폐지해 온 모든 경험을 통해서 이는 쉽게 알 수 있다.

신의 명령을 도그마로 삼아 왔던 중세까지의 형법은, 타인의 법익을 침해하는 행위를 금지하고자 했던 근대 이후의 형법과 분명히 다르다. 그리고 그 이후, 타인의 법익을 침해하지 않는 행위를 단계별로 형법전에서 삭제해온 비범죄화의 역사가 근대 이후 형법사라고 해도 과언이 아니다. 즉 형법이 보호하고자 하는 법익(法益)이 곧 일정한 사회, 특정한 역사적 배경을 바탕으로 하고 있으며, 이 법익은 시대에 따라서 변경된다. 그로부터 형법규범들은 일정한 사회 안에서 특정한 문화를 배경으로 존재하게 되는 것이다. 이미 ‘법익’이 법적으로 보호할 만한 이익이라는 뜻을 갖고 있으므로 - 이 정의의 동어반복적인 성격에서 보듯이 - 이 개념은 일정한 시간 안에서 당대의 법의 목적들과 보호할 만하다는 의미의 가치관련성, 그리고 이익개념에 종속되고 있다. 여기서 기능하는 이른바 ‘체계초월적인 법익’³⁸⁷⁾은 그 법익을 법률의 보호대상으로 편입할 것인가 또는 배제할 것인가를 결정하는 기준으로 쓰이기 때문에, 법익의 정의에 포함된 ‘법’개념은 무엇인가로 채워져야 할 대상인 것이지, 존재하는 것으로 확인될 수 있는 그 무엇이 아니다. 또한 ‘이익’은 중립적인 단어로서 어떠한 특정한, 특정사회에서 추구될 수 있는 그 모든 것을 포함할 수 있다.³⁸⁸⁾ 따라서 법익개념에서 남아 있는 요소는 바로 ‘보호할 만하다’는 데에 집중되어 있다. 형법이 소위 ‘보호할 만한’가치를 보호한다고 할 때, 보호해야 하는 당위가 무엇으로부터 비롯되는 것인지가 중요해진다.

법익이라는 개념이 아직 자리 잡기 이전에 형법이 보호하고자 하는 가치는 대체로 고정불변 하는 것으로 여겨졌다. 아직 법률이 본격적으로 세분화되기 이전의 형벌규정들은 핵심적인 몇 가지 대상을 보호하고자 한 것이었다. 생명, 신체, 재산 등의 대상만을 보호하고자 했던 당시에는 이와 같은 규정들이 변화될 수 없을 것이라고 여겼다. 물론 이와 같은 핵심영역의 보호필요성은 여전히

387) 이는 현행법에 국한되지 않고, 실정법을 비판할 수 있는 기능을 담당하는 실질적 개념이다.

388) 중세시대의 법질서는 신의 관점에서 하나의 ‘이익’을 보호하려 했다고 말할 수도 있는 것이다.

지속되는 것이기는 하지만, 그 보호의 범위는 지금까지 끊임없이 변화되어 왔다. 예를 들어 근대 이전에는 살인자의 ‘생명권’이 적어도 살인사건의 피해자로부터는 보호할 대상이 되지 못했다. 그리고 노예나 농노, 여성이나 장애인 등의 신체와 재산은 형법에 의해 보호받지 못했다.

중세시대에 보호 대상이었던 신의 명령은 시대적인 상황에 따라 변화되지 않는 절대적인 대상이었다.³⁸⁹⁾ 그에 따라 매우 중대한 범죄라고 생각되었던 ‘瀆神罪’, ‘동성애행위’, ‘獸姦’ 등의 유형들은 근대 이후에 들어서 타인의 법익을 침해하는 행위가 아니라는 이유로부터 형법의 보호대상에서 순차적으로 삭제되었다. 타인에 대한 법익침해의 관념 자체가 변경될 수 있다는 생각은 19세기를 넘어 본격적으로 논의되었다. 예를 들어 칸트가 모든 법명제를 선형적인 명제로 생각하면서 그것의 토대에 바로 이성의 법칙(Vernunftgesetz)이 놓여 있다고 한 것³⁹⁰⁾은 절대적으로 보호되어야 할 법익이 있으며, 그것은 어떠한 시대적 맥락에서도 마찬가지로 일 것이라는 믿음에 의한 것이었다. 그렇지만 특히 현대의 법사상에 이르러 법이 보호하는 가치가 고정된 불변의 자연법적 근거에 있지 아니한 것이며, 결국 사회구성원인 인간의 관심과 그것을 반영하는 과정에 의하여 결정된다는 점이 분명하게 받아들여지고 있다. 그 결과 지금은 법적인 보호이익이 개인적인 차원에 머무는 것이 아니라 한 사회에서 공통되는 당위는 해당 사회의 당대의 의사소통을 통해 확인되고 걸러진 관심(Lust)의 체계라는 것이 인정되고 있다고 할 수 있다.

5. 도덕적 법익의 특유성

이와 같은 상황에서 가장 과격하게 법익의 목록에서 배제되고 있는 것은 도덕의 영역과 밀접한 관계가 있는 가치들이다. 위에서 말한 예들 즉 동성 간의

389) 토마스 아퀴나스가 영원한 법인 신의 명령으로부터 파생된 자연법, 즉 인간에 의한 영원한 것에 대한 인식, 무엇보다도 원칙에 입각하여 영원한 존재를 인간의 존재영역으로 옮겨 놓은 그 무엇을 인식하고자 한 것(이에 대해서는 Naucke, 「법철학의 기본개념들」 [변종필/최희수 역], 지산, 2000, 82면 이하)도 마찬가지로 차원에 놓인다.

390) Kant, *Metaphysik der Sitten*, VI, 249(AB 63).

성교행위 등은 바로 이러한 맥락에서 시대적인 배경에 따라서 점차 중요한 범죄행위가 아니라 도덕을 침해하는 행위에 불과한 것으로, 더 나아가 개인의 취향 및 선택의 문제일 뿐 도덕성의 침해도 없는 것으로 차츰 행위의 평가가 변모해 가고 있는 상황이다. 근래에 헌법재판소가 혼인빙자간음죄에 대해서 이는 남성만을 처벌 대상으로 해 남녀평등에 반할 뿐 아니라, 여성을 보호한다는 미명 아래 여성의 성적 자기결정권을 부인하고 있어 여성의 존엄과 가치에 역행하는 법률이라 하여 위헌결정을 내린 것³⁹¹⁾ 또한 이와 같은 맥락에 놓여 있다고 볼 수 있다.

지금 문제의 대상이 되고 있는 간통죄의 경우도 마찬가지이다. - 간통죄 폐지를 둘러싼 형법이론적인 고찰은 지금 연구의 범위를 넘어선 것이므로 - 간략히만 언급한다면 배우자간 신뢰를 저버리고 혼인 외의 성관계를 하는 간통행위는 우리나라뿐만 아니라 근대까지 대부분의 문명국가가 형법적으로 처벌되어야 하는 범죄행위라고 규정하고 있었다. 그러던 가운데 형법은 곧 '타인의 법익을 침해하는 행위'를 처벌해야 하는 것이라는 합리적인 사고가 자리 잡게 되었고, 여기서 결혼 생활에서 지켜야 하는 정조가 곧 형법이 보호해야 하는 법익이 될 수 있는 것인가가 중요한 논점으로 등장하게 된 것이다. 많은 국가가 이와 같은 체계비판적인 법익의 역할에 의해서 도덕침해에 불과한 간통죄를 형법전으로부터 폐지하게 되었다는 사실은 주지하고 있는 것이다. 우리의 경우 간통죄는 타인의 법익을 침해하는 범죄가 아니라, 사회적인 풍속을 해하는 범죄로 구별되어 있는데, 부분간에 정절을 지켜야 한다는 가족 내에서의 도덕의식을 사회적인 풍속으로 확대시켜, 이를 곧 형법을 통해서 통제하고자 하는 것이 법이론적으로 정당한지에 대한 논란이 이어져 오고 있다. 타인에 대한 법익의 침해를 형법적 의미의 범죄로 남겨두고자 하며, 법과 도덕의 영역은 준별되어야 한다는 신념을 가진 대부분의 형법학자들은 간통죄를 형법에서 삭제하는 것에 대해서 찬성하고 있다.³⁹²⁾

391) 헌재 2009. 11. 26, 2008헌바58 결정.

392) 형법학계에서 전혀 논의되지 아니하였던 한 가지만을 여기서 추가로 언급하고자 한다. 간통죄는 '필요적 공범' 가운데 '대항범'이라고 하여, 두 사람은 반드시 공범이 되는 유형으로 파악하는 것이 일반적인 견해이다. 그러나 이러한 서술들은 간통의 고의를 가진, 배우자 있는 일방의 행위자가 간통의

간통행위처럼 특히 사회구성원들의 도덕의식, 법의식과 직접 닿아 있는 행위의 유형들이 시대상황과 해당 문화의 영향 하에 놓여 있다는 점에 대해서는 긴 논의가 필요하지 않을 것이다. 일정시대에는 사회구성원들이 범죄행위로 인식하고 있었던 것을 이후 다른 시대에서는 도덕의식의 침체에 불과한 것으로 보게 된다. 바로 그와 같은 사회구성원들의 요청에 대해서 형법은 형벌권을 행사할 것인지, 그렇지 않으면 스스로 자제할 것인지를 결정하게 되는 것이다. 형사절차실무에서는 이와 같은 시대적인 분위기에 따라 비공식적인 절차에 의해서 간통죄를 사실적으로 비범죄화해 왔다고도 볼 수 있다. 즉 간통행위가 있다고 하여 이를 모두 형사절차에 편입시키지 아니하게 되었는데, 여기에는 간통죄가 친고죄라는 점과, 그에 따라 고소불가분원칙(일방에 대한 고소의 취소는 상간자에 대하여도 효력이 있다는 것)의 적용을 확대함으로써 가능했다.³⁹³⁾

고의가 없는 다른 미혼의 상대방과 간음행위를 한 경우를 설명하지 못한다. 그 기혼자는 간통에 해당하고, 미혼자 무죄인 것이 분명하다. 일방이 피해자인 경우에는 행위자가 배우자 있는 자라고 할지라도 강간죄의 일죄만 성립하는 것이 타당하다는 점에서도 같은 예외가 있다(이에 대해서는 이견이 있을 수 있으나, 간통죄는 풍속을 해하는 죄라는 점에서 강간행위만이 성립된다고 보아야 한다). 이들 경우는 필요적 공범이 되지 못하므로 형사소송법상 고소불가분의 원칙도 적용되지 아니한다. 간통죄의 보호범익은 사회적 법익으로 되어 있지만 형사사법의 실무나 현실적으로는 개인적 법익의 침해로 여겨지면서 일어나는 모순관계가 적지 않다는 것이 이들 문제의 핵심이다.

393) 형사소송법상 간통죄의 고소는 이혼소송의 청구를 전제로 하면서(제299조) 간통죄에서 이혼소송을 취하한 경우에 간통죄 고소를 취소하는 것을 간주하게끔 되어 있다(법 제229조 2항). 판례(대법원 1975.6.24. 선고 75도1449 전원합의체 판결)는 간통피고사건에 대한 제1심판결 선고 후에 고소인의 이혼심판청구 사건이 취하간주된 경우에는 간통고소는 소급하여 효력을 상실하고 간통의 상간자가 이미 유죄판결을 받아 확정되었어도 이론을 달리하지 않는다고 하여 고소불가분원칙을 제한하고 고소권자의 의사도 존중함으로써 간통죄의 실질적인 비범죄화가 가능하도록 판시한 바 있다. 다른 판례(대법원 1994. 6. 10. 선고 94도774 판결)에서는 형사소송법 제229조 제1항에 의할 때, 간통고소는 혼인이 해소되거나 이혼소송을 제기한 후가 아니면 할 수 없다고 규정하고 있으므로, 고소는 혼인관계의 부존재 또는 이혼소송의 계속을 그 유효조건으로 하고 있다 할 것이고, 이러한 조건은 공소제기 시부터 재판이 종결될 때까지 구비하여야 하는 것이므로, 위 조건을 구비하지 아니한 고소는 위 법조에 위반되는 고소라 할 수 있고, 위 고소 당시 이혼소송을 제기하였다 하더라도 그 소송절차에서 소장이 각하된 경우에는

이제 이와 같은 방식의 비공식적인 비범죄화에 그치지 아니하고, 실제로 위헌 결정 내지 형법개정을 통해서 간통죄를 폐지하는 것이 검토되고 있는 현재의 상황은 바로 이와 같은 사회구성원들의 규범의식의 변화를 반영하고자 하는 시도에 해당한다. 이는 법률규정이 시대정신의 변경에 의해 폐지될 것인가를 논하는 전형적인 사례이다. 이 경우에 해당 법률의 무효결정이 과거의 모든 사안까지 소급적으로 적용되어야 한다는 결론에 대해 적지 않은 반론이 있게 되는 것이다.

6. 시간적 한계설정의 당위

나아간 물음이 가능하다. 사회구성원들의 인식의 변화를 왜 반드시 형법규범에 주어지는 시간적 제한으로서 받아들여야 하는가 하는 질문이다. 구체적으로는 다음과 같이 물을 수도 있다. ‘비록 간통죄의 보호법익이 더 이상 형법의 영역에 있지 않다는 것이 확인된다고 하더라도 왜 굳이 그 법률을 폐지해야 하는 것인가?’, ‘특정한 법률에 대해서 위헌결정이 내려진 경우에 이를 무효로 한다면, 그와 관련된 과거 전체 사례에 대해서 소급적으로 범죄가 될 수 없었던 것이라 확인해 준다고 하여 무슨 문제가 될 수 있을 수 있는가?’ 요약하면 이런 물음이다. ‘시간적으로 한계가 있다는 것은 이해되지만 왜 굳이 이를 반드시 법적으로 확인해야 하는가?’

이러한 물음들은 중요한 방법론적인 의문을 포함한다. ‘존재(Sein)’에 속하는 변수가 ‘당위(Sollen)’의 체계에 바로 영향을 줄 수는 없다는 것은 전통적인 방법이원주의(Methodendualismus)의 의미이다.³⁹⁴⁾ 존재의 변경이 곧 규범의 체

최초부터 이혼소송을 제기하지 아니한 것과 같다고 보아야 한다는 취지의 판단을 하기도 하였다.

394) 가장 유명한 것은 흄의 방법론이다. “‘이다’와 ‘아니다’와 같은 일반적인 명제의 결합 대신에 모든 명제가 ‘해야 한다’나 ‘하지 말아야 한다’와 관계되어 있음을 알게 될 때 나는 놀라곤 한다. 이 변화는 쉽게 알아차릴 수 없는 것이지만 궁극적인 중요성을 지닌다. 왜냐하면 ‘해야 한다’나 ‘하지 말아야 한다’라는 것은 관찰되거나 설명될 수 있는 것 또한 동시에 전적으로 불가능하게 보이는 대상에 대해 합리적인 설명이 필요하다는 것과는 전적으로 다른 원리로부터 연역되는 것이기 때문이다”(Hume, 「인간 본성에 관한 논고 [이준호 역]」, 살림출판사 2005, 233면 이하).

계를 바꾸어야 할 근거가 되지는 못하는 것이다. ‘시간의 힘’, ‘시간의 흐름 안에서 모든 것이 변한다’는 진리로부터 규범의 효력에 대한 결정을 변경하고자 한다면 이는 곧 존재로부터 바로 당위를 이끌어내려 하는 방법론적 오류이다. ‘규범’은 곧 현실 안에서 이루어지는 사실들 위에 덧붙여지는 어떠한 인간의 인위적인 질서지움의 필요성에 대한 것이다. 법이 지니는 이러한 반사실적(kontrafaktisch) 성격에서 본다면 형벌권 제한의 본질은 ‘시간의 흐름 안에서 어떠한 것이 변화되어 간다’는 사실로만 근거지어질 것이 아니다. 오히려 필요한 것은 이러한 사실 위에서 형법을 적용해야 하거나, 적용하지 말아야 하는 ‘당위’가 어떻게 정당화되는가 하는 논의인 것이다.

사회구성원들의 의식이나 시대적인 상황은 존재의 영역에 놓여 있는 것인데, 이것이 달라지는 것이 필연적인 것이라고 하더라도 왜 형벌규정의 개정과 폐지에 직접 연결되어야 하는가를 묻게 된다. 과거의 시대정신이 달랐다는 것은 존재에만 해당하는 내용인데, 왜 지금 이루어지는 법률무효의 효과를 그때까지 소급적으로 적용할 수 없어야 한다는 것인가의 질문도 바로 같은 맥락에 놓여 있다. 이러한 방법론적인 비판에 대응하기 위해서는 형법규범을 개정, 폐지하거나 달리 적용해야 하는 필요성을 근거지을 수 있는 ‘당위’가 있다는 것을 확인해야만 한다. 형법이 왜 시대정신의 변화에 부합하여 일정한 시간적인 제한을 스스로 설정해야 하는가에 대해서 답해야만 한다. 사회구성원들의 법인식과 도덕의식의 변화에도 불구하고 형법전은 다양한 인식들을 포괄할 수 있는 형태로 그대로 유지해야 하는 것이 아닌가 묻는 것에 대해, 제한이 필요한 ‘당위’로 답을 해야만 한다.

바로 여기서 ‘제한이 곧 존재됨을 확인하는 원리’를 언급할 필요가 있다. 법체계와 그것을 전제로 하고 있는 형벌권에서 ‘제한’은 단지 권한의 행사를 한정 짓는 부정의 의미만을 갖는 것이 아니라, 적극적이고 긍정적인 작용을 갖고 있다는 점이다. 예를 들어 형법은 우리나라의 영토에서 일어난 범죄만을 형벌권 행사 대상으로 하는 것을 원칙으로 하고 있다. 즉 형벌권이 더 이상 유효할 수 없는 공간적인 영역을 지시하는 한계규정이 존재한다. 이러한 한계가 왜 필요한지 물을 수 있다. 이 한계지움으로 인해 형벌권이 존재하는 영역과 그렇지 않은 영역 사이의 경계가 정해지는데, 바로 이러한 과정을 통해, 즉 형벌권의

존재가 부정되는 영역이 확정됨으로써 그와 대조되는 영역에 형벌권의 존재가 특정된다는 것이 중요하다. 즉 형벌권 존재 영역 외부에 형벌권이 미치지 않는 범위가 정해짐으로써 형벌권이 구체화될 수 있는 범주가 비로소 확인되는 것이다. 이 규정이 없거나 ‘형벌권은 전 세계에 미친다’고 규정하였을 때의 허황된 상황과 대조해 보면 이와 같이 특정해야 할 필요성이 이해된다. 이와 같은 점은 형법규범이 명확하게 규정되어야 하는 이유에서도 찾아볼 수 있다. 어떠한 형벌규정이 ‘부정적인 행위는 처벌한다’고 쓰여 있다면, 그 포섭의 범위는 거의 무제한적으로 넓어지게 될 것이다. 이와 같은 제한 없는 상황은 일견 작용의 대상을 확대하는 것처럼 비쳐지지만, 실상은 제한이 없음으로 인해 어떠한 특정한 대상도 확인할 수 없는 상태에 내맡겨져 있는 것을 의미하게 된다.

존재하지 아니하는 영역을 확정함으로써 어떠한 것이 ‘존재하는 영역’을 특정하는 방식은 부정의 원리(negatives Prinzip)로 일컬어지는 전통적인 방법론이라고 할 수 있다. 이에 따르면 어떠한 존재가 확인되기 위해서는 그를 둘러싸고 있는 빈 영역, 즉 그 존재가 미치지 못하는 부정의 영역이 있어야 하며, 그 부정의 영역을 확인하는 결과, 존재성이 확인되고 드러나게 된다는 것이다.³⁹⁵⁾ 존재자가 존재하는 것으로 알게 하기 위해서는 존재하지 않는 부분을 반드시 확정해야 하는데, 이것이 존재자를 인식할 수 있도록 하는 ‘당위’라고 할 수 있다.

위에서 형벌권은 처벌을 담당하는 유일한 주체로서 국가가 갖는 권리와 의무를 밝혔다. 여기서 국가의 형벌권이 단지 이와 같이 하나의 추상적인 권리와 의무로만 파악된다면, 그것은 아직 구체적인 기능과 효력을 실어 나르는 법

395) 수목화에서 구름 속에 있는 달을 그리고자 할 때, 달을 직접 그리는 것이 아니라, 달 주변에 비어 있는 구름과 하늘을 그림으로써, 즉 무를 그림으로써 유를 그리게 되는 것과 같은 이치이다(배중대, 「형사정책」, 24/14 참조). 이 방법론을 고르기아스(Gorgias von Leontinoi)는 “무(無)는 존재와 더불어 같은 존재론적인 차원에서 서로를 상대화하고 있다.”고 하였다. 즉 ‘어떠한 것이 존재한다’는 인식이 있다면, 이러한 인식은 ‘존재 외부의 다른 타자가 아니다’라는 인식이라고 한 것(Praechter, Die Philosophie des Altertums, 1958, 120면 이하)을 시작으로 현대에서 칼 포퍼(K. R. Popper)의 반증(Falsifikation) 개념에 이르기까지(이에 대해서는 Popper, Objektive Erkenntnis, 1973, 15면, 25면, 50면 이하) 보편화된 방법론이다.

개념이 아니다. 즉 특정되지 않은 추상적인 형벌권개념은 범죄행위에 가해질 수 있는 국가의 원천적이고 임의적인 해악부과에 대한 하나의 가능성으로만 생각되는 데에 그치게 된다. 이와 같은 추상적인 의미의 형벌권이 구체적인 도구가 되기 위해서는 그 형벌권 행사의 막연한 가능성을 여러 방식으로 제한하는 것이 필요하다. 국가의 형벌권의 전제가 되는 형법규범의 효력이 시간적으로 제한되고 있다는 현실적인 사정에 그치는 것이 아니라, 그 제한되는 속성을 반드시 법률을 통해서 확인해야 하는 이유도 여기에 놓여 있다. 사회구성원들이 범죄에 대해서 갖는 인상, 규범 및 도덕에 대한 의식 등이 변화함에도 불구하고 형벌을 규정한 형법이 개정되거나 폐지되지 않음으로써 이러한 존재를 반영하지 않으면, 그 형법이 기초하는 형벌권은 더 이상 구체화된 도구가 되지 못하고, 일정한 가능성을 지시하고 있는 추상적인 관념에 머물게 된다. 시간적인 제한이 없이 국가 형벌권이 과거, 현재, 미래에 놓인 모든 범죄를 처벌하는 국가의 권력으로 존재할 수 있다고 전제하고 그와 같이 행사될 것을 요청한다면, 이때의 형벌권은 실제로 실현가능한 권능이 아닌 하나의 허황된 관념에 그치고 마는 것이다. 이미 후셀이 그의 책에서 표현했듯이,³⁹⁶⁾ 국가의 형벌권은 바로 시간적인 제한을 통해서만 비로소 하나의 도구로서 구체적이고 실질적인 목적에 쓰임새를 발휘하게 되는 것이다. 이렇게 본다면 국가 형벌권의 시간적인 제한은 그 자체로 형벌권의 특징이자 정당화이다.

7. 위헌법률심사의 의미

우리의 연구와 관련해서도 이러한 원리가 중요해진다. 일정한 시대적 상황에서 그 당시의 보호법익을 보호하고자 하는 형법은 사회구성원의 법익에 대한 생각에 따라서 변화되고자 하는 내적인 동력을 갖게 된다. 그러나 굳이 이와 같은 사회적인 요청들을 반영하지 않고서 그대로 머물러 있어도 된다고도 볼 수 있다. 그렇지만 이미 시대정신을 반영하지 못하게 된 형벌규정이 그대로 남아 있는 것은, 그 법률이 적용되어야 하는지 그렇지 않은지에 대한 분명한 한계를 갖지 못하게 된다는 뜻이며, 결국 판단자의 자의에 의하여 적용가능성이

396) Husserl, a. a. O., S. 32 ff.

좌우되는 결과가 될 것이다. 이것은 객관적인 해결을 목적으로 하는 법적 해결 방식의 본래 의미에 반한다. 이러한 때에 특정한 형벌규정이 지금 시간적 범주, 즉 시대상황에 어울리지 아니한다는 사실을 국가기관이 명확하게 선언해 줄 필요가 있게 되는데, 이 역할을 담당하는 것이 바로 헌법재판소가 수행하는 위헌법률심사제도라고 할 수 있다. 위헌법률심사제도는 법이 처음부터 잘못 입법되어 정의의 요청에 어울리지 아니하였던 것만을 가려내는 것이 아니라, 처음에는 그 시대에 적절한 법률이었지만, 문제된 상황에서 더 이상 결정적인 정의의 요청을 담아내지 못하게 된 법률의 효력을 무효로 할 수 있도록 하고 있기 때문이다. 바로 이러한 후자의 상황이라면 위헌법률의 심사결과 위헌결정이 내려지게 되는 경우, 그 결정의 효력은 그때로부터 장래를 향해 생겨나는 것일 뿐이라고 보는 것이 합리적이다.

예를 들어 지금의 간통죄 처벌규정이 바로 이와 같은 상황에 놓여 있다고 생각된다. 이 죄가 처음 우리 형법전에 입법된 때의 상황에 대한 자료를 확인해 보지 않더라도, 간통죄가 당시의 사회에서 매우 중대한 법익 침해였을 것이라는 점에 대해서는 누구도 의심하지 않는다. 다른 나라의 입법도 마찬가지였으며, 근대 이후에 이르러 문명사회의 여러 국가의 법이 순차적으로 간통행위를 형법적으로 처리하지 않도록 개정해 왔던 것이다. 우리나라 형법학계에서도 이미 간통죄가 법이론적으로 정당화되기 어려운 규정이라는 점이 어느 정도 공유되고 있는 결론이라고도 볼 수 있다. 그럼에도 불구하고 지금 실정법이 그대로 남아 있다는 사실로부터 문제가 되고 있는 것이다. 이미 주변에서 수많은 간통행위를 묵도하고 있는 시민들은 실제로 그 행위가 처벌받고 있지 않기 때문에 결국 그 법률을 신뢰해야 하는지에 대해 의심을 품고 있다. 이미 헌법재판에서도 문제삼게 되었으므로 이제 실무에서도 그 법을 적용해서 처벌해야 할지 불분명한 느낌을 받는다. 학자들은 이 법률이 더 이상 필요 없는 것이라고 말한다.

바로 여기에서 헌법재판소의 결단이 필요하다. 물론 현실적으로 아무런 규범성을 갖고 있지 아니한 법률이라면 그냥 남겨두어도 상관없다고 볼 수도 있을 것이다. 그렇지만 한계지움을 통해 규범효력의 의미를 적극적으로 분명하게 만들어주어야만 한다. 형벌권이 반드시 일정한 시대적 상황 하에서만 타당한 것

이며, 그에 대한 반영으로부터 구체적인 시간적 존재범주가 확정되어야 하는 이유는, 추상적 형벌권으로서 허구적인 모양이 아니라 오로지 일정한 시간 안에서 특정되는 법개념으로 구체화되기 위한 조건이라고 하였다. 바로 그와 같은 이유에서 간통죄의 규범성이 형법학자들은 물론 형사실무와 국민들 사이에 공유되고 있다면 헌법재판소는 반드시 이 해당 법률을 반드시 위헌결정을 함으로써 무효가 되는 것으로 확정해 주어야만 한다.

이 결정이 소급적으로 적용되어야 할 근거는 없다. 시대적인 상황과 그에 따른 사회구성원의 규범적인 요청이 전과 달라져서 헌법재판소가 위헌결정을 하였다면 그것은 곧 과거에 범죄로 보고자 했던 행위의 유형이 현재 또는 장래에는 범죄가 되지 않는 것으로 해야 한다는 점을 확인한 것이라고 할 수 있다. 이와 같이 시간적인 효력의 범주를 확정하는 데에 헌법재판소 결정의 의미가 담겨 있는 것이다. 이 말은 곧 과거에 저질러졌던 행위가 당대의 법률에 의하였을 때에는 위법한 것임을 포함하게 된다. 이처럼 유효했던 과거를, 더 이상 범죄행위로 평가하지 아니하는 현재 및 미래로부터 단절시키는 결단이 요구된다. 그럼에도 이 결정의 효력을 과거의 불특정다수의 사안에 소급적으로 적용해야 하는지 여부를 문제 삼는 것은 ‘시간적 한계를 특정함으로써 자의적인 상황에서 벗어나고자 하는 결단’의 본래 의미를 퇴색하게 하는 것이 아니라 할 수 없다.

제4절 형법상 소급효금지원칙의 의미와 제한의 원리

지금까지 국가형벌권이 시간의 흐름에 따라서 반드시 제한되어야만 하는 원리에 대해서 논증하였다. 형벌권이 특정한 시대 안에서만 유효한 것으로 확인된다고 해도 남아 있는 물음이 있다. 형법규범이 시간의 흐름에 따라서 더 이상 효력이 없는 것으로 결정된다고 할 때, 이미 주어진 형벌을 소급적으로 무효인 것으로 보아야 하는가 하는 점이다. 이 물음에 대한 답은 일반적으로 주어져 있다. 즉, 죄형법정주의의 원칙에 의할 때 소급입법, 소급적용은 허용되지 아니하는 것이지만, 규범의 변경이 수범자인 시민들의 자유보장에 유리한 경우라면 소급효를 인정해야 한다는 것이다. 그것이 죄형법정주의의 원래 의미에

부합한다고 하고 있다. 그렇지만 형벌규범의 무효결정을 과거부터 소급적으로 적용하는 것이 과연 죄형법정주의, 소급효금지원칙의 근본적인 의미에 상응하는지에 대해서 논증이 더 진행되어야 한다.

1. 죄형법정주의의 의의

죄형법정주의는 형사사법을 전반적으로 지배하는 가장 중요한 원칙이지만 그 본래의 의미가 명확하게 공유되고 있는 것은 아니다. 우선적으로 ‘죄형법정주의가 뜻하는 바가 무엇인가’, 즉 ‘범죄와 형벌이 왜 법률로 특정되어야만 하는가’ 하는 본질적인 질문이 그 근본으로부터 확실히 대답되어야 할 것이다.

1. 죄형법정주의의 개념과 근거

죄형법정주의는 형법상 처벌의 대상이 되는 범죄의 목록과 그에 상응하는 형벌의 종류와 정도가, 해당 행위가 있기 이전에 법률로서 확정되어 있을 것을 요청한다(*nullum crimen, nulla poena sine lege*: 법률이 없이는 범죄도 없고 형벌도 없다). 형법과 형벌은 국가가 개입하여 행위자의 권리를 가장 강력하고도 직접적으로 침해하는 수단이기 때문에, 가장 엄격한 법치국가원칙의 내용을 갖고 있다. 죄형법정주의의 취지, 즉 ‘왜 범죄와 형벌의 종류와 정도가 법률에 확정되어야 하는가’라는 매우 근본적인 물음이 여기서 의미가 있다. 이에 대하여서는 여러 답변이 있어 왔다.

우선 죄형법정주의의 이론적인 토대를 일반예방사상으로부터 찾는 견해가 있는데, 이는 범죄가 되는 행위와 그것을 처벌하는 형벌의 내용이 법률에 확실히 규정되어 있어야 범죄예방의 효과가 생긴다는 데에서 착안한 것이다.³⁹⁷⁾³⁹⁸⁾

397) A. R. Feuerbach/Mittermaier, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 1840, S. 41. 이러한 포이어바흐의 견해는 1813년 바이에른 형법 제1조의 기초가 되었다(Baumann, *Der Aufstand des schlechten Gewissens*, 1965, S. 12).

398) 이 견해는 형법전에 명시된 법규가 잠재적 행위자에게 미치는 실질적인 영향력을 과대평가하고 있다고 비판받는다. 범죄자가 실제로 법률문언을 정확

책임원칙으로 설명하는 견해도 있다. 자유의지를 지닌 행위자는 바로 그에 대한 비난가능성이 드러나는 경우, 즉 범죄라는 사실이 인식되었던 경우나 또는 그의 잘못으로 인식하지 못한 상황에서 달리 행위할 수 있었음에도 그 결과를 감수하고 행위한 경우에만 처벌받을 수 있는 것이므로 구체화된 형벌규정이 범죄자의 행위 시에 행위를 결정하는 변수로서 미리 갖추어져 있을 것이 요구된다고 한다.³⁹⁹⁾⁴⁰⁰⁾ 민주주의원칙이나 권력분립원리로부터 죄형법정주의를 이끌어내는 견해도 유력하다. 전근대적인 문화에서 권력국가가 형벌권을 정치의 수단으로 삼았던 것에 비하여, 민주주의 체제는 이러한 형벌권을 시민의 대표인 입법자에게 구속되도록 한 것으로부터 비롯되었으므로 민주주의가 곧 죄형법정주의의 뿌리라는 것이다.⁴⁰¹⁾⁴⁰²⁾

2. 죄형법정주의는 시민의 자유보장을 위한 원리인가?

위와 같은 여러 근거가 있음에도 불구하고, 현재 우리나라뿐만 아니라 독일

히 인식하여 범죄로부터 물러나는 상황은 비현실적이기 때문이다(Binding, Handbuch des Strafrechts I, 1885, 17면 이하; Marxen, GA 1985, S. 546; Grünwald, ZStW 1964, S. 10; Schönemann, a. a. O., S. 11; Jakobs, AT, § 4 Rn. 3, 각주 5).

399) Sax, Grundsätze der Strafrechtspflege, Bitterman u. a.(Hg.), Die Grundrechte, 3. Bd., 1958, S. 998 f.; 유사한 견해로는 Maunz-Durig GG, Abs. II Art. 103 Rn. 165; Heydebreck, Die gesetzliche Verlängerung von Strafverfolgungsfristen früher begangener Delikte nach dem Grundgesetz, 1965, S. 24 ff.; BVerfGE, 20, 323 (331).

400) 책임비난을 위해 형법전의 범죄·처벌의 확정된 내용까지 인식할 것을 요청한다면, 형법상 책임은 행위자의 불법의식에 따른 것이 아니라 이를 넘어서 형법상 객관적인 가벌성 전체에 대한 인식개념으로까지 확대되는데, 이를 행위자에게 요구할 수는 없다는 비판이 있다(Schreiber, Gesetz und Richter, 1976, 211면; Jakobs, AT, § 4 Rn. 3; Grünwald, ZStW 1964, S. 10 f.; Schönemann, a. a. O., S. 15; Welke, KJ 1995, S. 372).

401) Grünwald, ZStW 1964, S. 13 f.; Mangakis, ZStW 1969, 1003면; Habermas, Faktizität und Geltung, 1992, 특히 S. 183 f.

402) 그러나 죄형법정주의의 일차적 의미는, 범죄와 형벌이 ‘시민들 또는 그 대표 권한에 의해 결정되어야 한다’는 데에 있는 것이 아니라, ‘만드시 법률로 확정되어야 한다’는 데에 있기 때문이다. 즉, 그 확정 방식은 죄형법정주의의 의미와 일단 무관하다(Marxen, GA 1985, S. 546; Jakobs, AT, § 4 Rn. 4).

의 판례와 통설은 죄형법정주의를 피의자, 피고인 등 (잠재적) 행위자를 위한 권리보장의 수단으로 이해하는 것이 일반적이다. 서구 근대 계몽주의, 자유주의 사상에 놓여 있는 이러한 전통에 따라 리스트(v. Liszt)는 범죄와 형벌이 법률에 의해서 분명하게 정해짐으로써 그만큼 시민(행위자)의 자유영역이 확보된다는 것을 강조하면서, 법률에 의해서만 국가가 형벌권을 행사하게끔 함으로써 형법전은 행위자를 위한 하나의 자유확보의 규범, 즉 행위자를 위한 마그나카르타가 된다고 하였다.⁴⁰³⁾ 여기서 국가권력을 제한하기 위한 도구로써 형법은 결국 시민의 자유영역을 확보하는 수단이며, 국가의 정책이 넘어설 수 없는 한계가 된다고 한다.⁴⁰⁴⁾

그렇지만 이와 같은 일반적인 설명, 즉 죄형법정주의가 서구 근대의 자유주의사상, 그의 표현인 개인의 권리보장관점으로부터 비롯된 것이라는 사실에 대해서 쉽게 긍정할 수 없는 이유가 있다. 우선 그 원칙의 역사적인 유래를 볼 때 그러하다. 범죄와 형벌의 종류와 정도가 법률로서 정해져야 한다는 원칙은 이미 서구에서 로마법시대부터 인정된 것이었으며,⁴⁰⁵⁾ 계몽주의 시대에 이르러서는 죄형법정주의가 이미 완성된 형태로 많은 입법례에서 발견되고 있었다.⁴⁰⁶⁾ 또한 서구 근대화와 무관한 동양의 고대 입법에서도 죄형법정주의는 아

403) v. Liszt, Über den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts, H. Rüping(Hg.), Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge II, 1893, S. 79 f.

404) 심재우, “죄형법정주의의 현대적 의의”, 「고시계」 1978/1, 국가고시학회, 12-18면; Binding, 앞의 책, 21면 이하; Asúa, ZStW 1951, S. 179 f.; Baumann, a. a. O., S. 10 f.; Schreiber, ZStW 1968, 348, S. 364; Arndt, JZ 1965, S. 148; Grünwald, MDR 1965, S. 521 f.; Benda, Verjährung und Rechtsstaat, 1965, S. 9; Bockelmann, AT, 2 Aufl. 1975, S. 16; Mangakis, ZStW 1969, S. 998 ff.; Dannecker, Das intertemporale Strafrecht, 1993, S. 260 ff.; Erb, ZStW 1996, 274 f.; LK-Gribbohm, § 1 Rn. 1.; NK-Hassemer, § 1 Rn. 9 ff.; BVerfGE 13, 271; 14, 297; 15, 234; 25, 285; 26, 42; 37, 207.

405) 이에 대해 자세히는 Dannecker, 앞의 책, 33면. 이미 키케로는 그의 책에서 “어떠한 행위가 그것을 불법이라고 규정하고 있는 법률에 상응한 것이 아니라면 그에 대한 처벌이 배제되어야 한다.”고 하여 이미 죄형법정주의를 그대로 인정하고 있다(Schreiber, Gesetz und Richter, S. 19, 각주 15를 참조).

406) 예를 들어 오스트리아의 Josephina법(1787)과 프로이센의 일반 란트법(1794)에서는 흔히 죄형법정주의의 시초로 언급되는 프랑스의 인간과 시민의 권리

주 오랜 전통에 속해 있다. 이 원칙이 구체적으로 형법전에 나타난 것은 3세기 말 춘추전국시대에 해당하며, 당률에서도 이와 동일한 규정이 확인되고 있다.⁴⁰⁷⁾ 이러한 역사적인 사실은 죄형법정주의는 시민의 권리보장이라는 서구 자유주의의 목표와 다른 이유에서 출발된 것이라는 점을 방증한다. 위의 일반 예방사상, 책임원칙, 민주주의원리, 권력분립 등의 토대로 죄형법정주의를 직접 근거지으려는 시도들 역시 역사적인 순서로 보아서 옳지 않은 설명이라고 해야 할 것이다.

법이론적으로도, 국가와 시민의 대립구도를 전제하고 시민의 자유영역을 확보하기 위해서 국가의 권력을 제한한다는 테제는 죄형법정주의를 완전하게 근거 짓지 못한다. 우선 시민의 자유보장테제는 왜 자유보장을 위한 형법이 반드시 ‘법률로서 쓰여져야만 하는가’를 직접 답할 수가 없다. 법률에 의할 때에 사법권 행사가 예측가능하게 제한되며 그 결과 시민의 자유영역이 자연히 확보될 것이라는 설명에 그치고 있다. 또한 이 테제는 죄형법정주의의 중립적인 성격을 설명하지 못한다. 죄형법정주의의 한쪽 방향, 즉 (잠재적) 행위자의 권리보장이라는 방향에만 기여하고자 하기 때문이다. 국가형벌권의 작용이 행위자의 주관적 권리보장과 무관하거나 오히려 개인의 권리확장에 결정적으로 유리한 것이라고 해도 이것이 임의와 즉흥적인 동기에 의한 경우라면 이는 죄형법정주의를 침해하는 것이다. 법률에 의한 형사사범이 아니라는 점에서 마찬가지로 정치적인 목적에 따른 광범위한 사면이나, 특정한 행위자를 겨냥한 감형조치 또는 범죄자에 대한 임의적인 불기소처분은 모두 죄형법정주의에 반하게 된다.

에 관한 선언(1787)에서와 마찬가지로 완전한 형태의 죄형법정주의가 인정되어 있었다(Schünemann, a. a. O., S. 2).

407) 이에 대한 자세한 자료는, 김택민, 「중국고대형법」, 아카넷, 2002, 57면 이하; Hirsch, GS-Tjong 1985, S. 50 f.; Arth. Kaufmann, Vergleichende Rechtsphilosophie, ders., Über Gerechtigkeit, 1993, S. 448.

408) Sax, a. a. O.; Grimm, Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats, ders. u. a.(Hg.), Wachende Staatsaufgaben, 1990, S. 298 f.

3. 죄형법정주의의 근본적 의미

죄형법정주의의 근본적인 의미는 ‘왜 범죄의 목록과 형벌의 종류, 경중이 법률로 정해져야 하는가’라는 궁극적인 물음에 대한 답에 해당한다. 이것은 곧 형벌의 대상, 즉 형법이 규정해야 하는 바가 법률로 있어야 하는 이유이며, 법이 규정하는 내용이 법률로 있어야 하는 까닭이다.

법률이 정해져있지 아니한 상황과 대조해 봄으로써 법률실정성의 의미를 발견할 수 있을 것이다. 생활관계는 극도의 다양성을 갖고 있으며, 시간에 따라 항상 변화하는 역동성을 띤다. 이러한 사안들의 판단이 고정된 기준 없이 이루어진다면 각 판단자가 갖는 개별적인 선이해와 내심에 좌우될 것이다. 최종 판단이 가능하다고 할지라도 고정된 기준이 없이는 비슷한 각 사안들에 대해 완전히 다른 결론이 내려지게 된다. 끝없는 논쟁을 끊고, 사안을 통일적으로 판단하기 위한 도구가 곧 법이라고 한다면, 법은 그 대상을 일관되게 처리하기 위한 기준으로서 ‘고정된’ 그 무엇일 수밖에 없다. 다시 말해 현실 문제를 해결할 수 있는 법의 특징에 바로 해결 규칙을 명문으로 확정할 필요가 놓여 있다.

더 나아가 물음도 가능하다. 우리는 왜 사안을 판단자의 자의적인 기준에 따라 해결하면 안 되는가? 이에 대하여는 ‘같은 내용은 같게, 다른 내용은 다르게 판단하는 것’이 곧 정의로운 것이라고 답할 수 있다.⁴⁰⁹⁾ 또는 다양한 사안 모두에 대해서 각기 다를 수 있는 기준들을 계속 대입하고 그에 따라 판단하는 것이 소송경제에 반한다는 이유도 가능한 답이 될 것이다.⁴¹⁰⁾ 알렉시(Alexy)는 실정법주의의 근간을 자의금지, 책임원칙 그리고 예견가능성으로 답하고 있다.⁴¹¹⁾

그러나 여기서 하나의 전체를 주목해볼 수 있다. 그것은 바로 판단자(사법기관)가 모든 현실에서의 사안을 개별적으로 ‘개별적·구체적 비례(Proportionalität)에 정확히 맞게’ 예외 없이 해결할 능력이 처음부터 제한되어 있다는 사실이다. 만약에 사법기관이 신과 같은 존재여서 모든 사안이 지니는 개별 상황요소를

409) Aristoteles, Nikomachische Ethik, Buch V, 1131a, 1137b.

410) Beccaria, 앞의 책, 64면 이하.

411) Alexy, Mauerschützen, 1993, S. 34. 그러나 이 개념들은 법 실정의 근본이 윗가기보다는 그 효과 내지 실정화의 뜻 자체를 반복한 것이다.

예외 없이 고려하여, 그들 자신 뿐 아니라 모든 사회구성원의 정의(감정)에 맞게 해결할 수 있는 능력이 있다면 그 능력에 의존하는 판단이 가장 정의로운 것이다. 그 경우라면 오히려 법률에 따르는 방식이 부정의하다.⁴¹²⁾ 그러나 낱말의 개별적인 상황을 구체적 정의에 맞게 예외 없이 판단할 수 있는 사법이란 완전무결한 지혜자로 이루어지지 않은 속세에서는 실현될 수가 없다. 이러한 현실에서 이제 실정법은 이상적인 방식은 아니지만 유일한 대안으로서 필요한 것이 되었고, 이러한 능력의 한계를 승인한 결과, 이제 개별사안을 축소하는 작업으로서 사안들의 과격화 추상화가 진행되며, 이와 같이 추상화된 실정법에 맞추어 개별사안이 판단하게 된 것이다. 개별적 정의는 어느 정도 포기되는 대신에, 안정된 법 적용에 따른 평등취급이 자리 잡게 되었다.⁴¹³⁾ 이렇게 본다면, 사안의 해결방식이 법률로 실정되어야 하는 이유는 바로 인간의 인식 능력과 처리능력이 제한되어 있기 때문이라고 하지 않을 수 없다.

그러나 단지 사안을 법률에 의하여 해결한다고 해서 위와 같은 취지가 유지되는 것은 아니다. 만약에 범죄와 형벌에 대한 입법이, 특정한 한 사안의 해결에 목적을 두고 이루어지는 경우라면 실정성원칙의 근본취지에 반한다. 이미 알려진 특정사안을 염두에 둔 실정법 제정은 실제로는 구체적인 사안을 법률 없이 ‘직접’ 판단하는 개별적인 처리와 같은 것이며, 곧 객관적 형벌권의 본질적인 한계를 넘어서는 것이기 때문이다. 법률을 두고 특정 사안에 따라 적용하거나 적용하지 아니하는 방식도 실정성원칙의 본래 의미를 훼손하게 된다.

412) 플라톤은 처음부터 법률에 의한 해결을 불완전한 것으로 보았다. 사안이라는 것은 처음부터 서로 같은 것이 있을 수 없고, 시간적으로 고정되어 있지 않은 변화무쌍한 것이므로, 이를 고정된 법률에 의하여 결정하는 것은 처음부터 잘못된 방식이라는 것이다. 그는 오히려 각 사안마다 그에 정확히 합당한 것을 결정내리는 지혜자의 결정(예를 들어 솔로몬 재판)만을 정의로운 것으로, 일반화된 법률을 ‘스스로 판단할 수 없는 무지한 사람들의 방식’으로 보고 있다(Platon, *Politikos*, 294a-d).

413) 아리스토텔레스도 개별 사안의 옳은 판단과 정해진 법률 적용 사이에 충돌 가능성을 인식하고 있었다. 그러나 명문화된 법률에 의한 해결만이 현실적인 가치 확인을 위한 불가피한 방법임을 인정하고 있다. 그것은 어쩔 수 없는 차선의 정의라고 하면서, 법률이 필요하다는 의미는 바로 그것이 보편적으로 있어야 하며, 또한 (개별적 해결에 비추어 보면) 불완전하다는 데에 있다고 한다(Aristoteles, 앞의 책). 형사소송의 이와 같은 한계에 대해서는 Henkel, *Strafverfahrensrecht*, 1968, § 100 I, S. 383 f.

따라서 죄형법정주의는 ‘실정법에 의할 것’ 그 형식성을 넘어서 실정법 자체의 성격에 대한 제한까지 포함해야 한다. 그것은 바로 현실에서 일어난 구체적인 사안과 실정법으로 존재하는 법률 사이에 일정한 간격이 유지되어야 한다는 ‘거리두기’(Distanzierung)라고 할 수 있다. 이는 다른 말로 ‘법률이 일반성을 떨 것’, 즉 일반성원칙(Allgemeinheitsprinzip)으로 표현된다. 여기서 일반성이란 범죄와 형벌에 대한 법률이, 그것이 적용되는 구체적인 사안이 있기 이전에, 그리고 장래 불특정 다수의 사안이 적용될 정도의 보편성을 지니고 규정되어야 함을 뜻한다. 이로부터 죄형법정주의의 파생원리들이 도출된다. 그리고 죄형법정주의는 추상화된 법률에 의해 사안이 해결될 뿐, 특정 사안을 향한 주관과 자의의 개입이 배제되어야 한다는 객관성보장(Objektivitätsgarantie)으로 작동하게 된다.⁴¹⁴⁾ 시민들은 법을 신뢰할 수 있게 되는데, 이러한 의미의 신뢰 보호는 형법을 믿었던 개인의 주관적인 신뢰가 아니라, 국가가 원칙이나 도덕, 관습 등을 이유로 형벌을 부과하지 않으리라는 것과 사법기관이 법률에 의해 평등하게 판단하고, 그 결과가 구속력 있게 지속될 것이라는 점에 대한 신뢰를 뜻한다.⁴¹⁵⁾

II. 소급효금지원칙과 그 예외

이와 같이 죄형법정주의가 객관성 보장의 원리로 작용해야 한다고 할 때, 우리 연구와 관련해서 중요한 것은 그 파생원칙으로 알려져 있는 소급효금지원칙에 대한 것이다. 소급효금지원칙에서도 죄형법정주의의 객관적, 중립적 의의가 그대로 이어진다.

414) 김영환, “공소시효와 형벌불소급의 원칙”, 「형사판례연구」 5, 한국형사정책연구원, 1997, 25면; Schreiber, ZStW 1968, S. 367; Jakobs, AT, § 4 Rn. 9; Marxen, GA 1985, S. 547; Grünwald, JZ 1976, S. 773; Grimm, a. a. O., S. 294; Erb, ZStW 1996, S. 277. 이와 동일한 동양법 인식은 김택민, 위의 책, 58면.

415) Burian, GA 1997, S. 162 ff.

1. 소급효금지원칙의 의의

형벌규정의 소급적용금지, 또는 소급적인 형법입법금지(개별입법금지)를 포함하는 소급효금지원칙은 죄형법정주의의 가장 중요한 파생원칙이다. 이미 발생한 특정한 사안의 해결을 입법 및 효력발생의 목적으로 삼는 것을 금지하고자 한다. 오로지 형법입법은 장래에 발생할 수 있는 불특정 다수의 사안에만 관련되어야 하며, 형사사법도 행위시에 존재했던 법률에 따라 이루어져야 한다.

우리 형법 제1조의 시간적 효력규정이 죄형법정주의와 소급효금지를 근거짓고 있다는 일반적인 해석 또한 이 점을 분명히 하고 있다. 법률이 확정된 절차를 거쳐서 시민들에게 인식된 이후에야 효력이 발휘될 수 있다는 점은 법률인식가능성의 차원에서 본다면 위의 실정성원칙에서 비롯되는 당연한 요청이라고 할 수 있다. 국가가 지니는 처벌에 대한 권리와 의무는 단순한 반사회적인 행위가 아니라, 오직 실정법에 규정된 범죄만을 대상으로 할 수 있다. 이를 위해서 범죄를 정한 법률은 형벌권을 존재하게 하는 행위 이전에 확정되어 있어야만 한다.

앞서 시간적 제한의 근거 및 죄형법정주의의 의의에서 본 바와 같이, 이와 같은 내용으로부터 비롯된 죄형법정주의 및 형법 제1조의 근거는 자유주의적 법치국가원칙에서 비롯된 것이거나 피의자, 피고인 등 행위자의 보장원리가 아니라고 하여야 한다. 국가의 형벌권이 구체적인 행위, 그것의 가벌성을 규정할 구체적인 법률에 의해 존재하게 되는 것임을 명백히 함으로서 구체적인 형벌권 존재의 시간적 범위를 정하고자 한 것이다.

2. 소급효금지원칙 예외의 원리

우리 형법은 제1조 제2항에서 “법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하거나 형이 구범보다 경한 때에는 신법에 의한다.”고 하고 있고, 제3항에서는 “재판의 확정 후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하는 때에는 형의 집행을 면제한다.”고 하여 소급효금지원칙의 예외를 정하고 있다. 제1항이 의미하는 소급효금지가 국가형벌권의 시간적인 제한의 표현으로서 법률실정성의 원칙으로부터 비롯된 것이므로, 이 제2, 3항의 규정은

소급효금지원칙 자체의 내용으로부터 근거지어지는 것이 아니라, 다른 근거로부터 만들어진 예외에 해당한다고 보고 있다.

소급효금지원칙이 예외적으로 유지되지 않는 상황은 충분히 있을 수 있다. 실정성원칙으로서 죄형법정주의 및 소급효금지원칙이 갖는 국가와 행위자 사이의 중립성을 갖는 원칙이었다. 그러나 이들 원칙이 갖고 있는 본래의 의미대로 지속될 수 있는 가능성은 시종 그대로 일관될 수가 없었다. 구체적인 사안에 있어서 원칙이 왜곡될 가능성은 언제나 존재한다. 범죄행위가 발생하는 경우에 이에 대한 관찰자로서 전체사회의 구성원들은 형사사법기관에 행위자를 강하게 처벌해야 한다는 요구를 하게 된다. 이에 더하여 국가 권력에 내재된 힘은 언제나 이러한 현실적인 요청들에 직접 반응하여 자신의 권한을 확대시키고자 하는 특징을 지니고 있다. 말하자면 국가권력과 일반인의 관심은 언제나 위에서 확보된 거리, 즉 법률과 현실의 간극을 다시 줄이는 데에 집착하게 되는 것이다.⁴¹⁶⁾ 이와 같은 상황에서 실정성원칙으로서의 죄형법정주의는 그 중립적인 성격에 다른 가치, 즉 시민의 권리보장이라는 근대의 자유주의적인 이념을 추가하게 되었다. 죄형법정주의, 소급효금지원칙의 예외는 그 원칙 자체와는 달리 이와 같은 근대정신의 산물이라고 보지 않을 수 없다. 이제 근대 이래의 법치국가사상은 중립적인 당위로서 죄형법정주의가 채울 수 없는 간극을 국가형벌권을 부정하여 시민의 권리를 보장하는 데로 나아가도록 강제하는 예외 상황을 포함시키게 되었다. 바로 이러한 의미를 강조할 때에 죄형법정주의의 시민의 권리보장적인 마그나카르타로서의 기능이 더욱 강조되고, 위와 같은 죄형법정주의의 예외규정이 이해된다.⁴¹⁷⁾

소급효금지원칙이 본래 의미하는 바, 행위시 실정된 법률에 의해서만 사법판단이 이루어져야 한다는 것과, 그 예외규정 즉 시민에게 유리한 경우에는 행위 시법주의를 적용하지 않아도 된다는 내용 사이에서 무엇을 우선해야 하는가에 대한 질문은 여전히 남아 있다. 위헌결정의 소급효를 인정할 것인가에 대한 논의는 바로 이와 같은 원칙과 예외 사이의 긴장관계 위에 놓여 있다.

416) Mangakis, ZStW 1969, 1000면; Langer, a. a. O., S. 421.

417) 결론면에서 같은 Il-Su Kim, FS-Roxin 2001, S. 141. 이러한 의미에서 하이데브레크은 죄형법정주의의 방법론을 ‘의심스러운 때에는 자유의 이익으로-원칙’과 같은 맥락에 있다고 본다(Heydebreck, a. a. O., S. 17).

III. 위헌결정과 죄형법정주의

1. 예외규정에 포섭

헌법재판소에 의해서 법률의 효력이 무효가 된다고 하는 것이 위 규정의 본문, 즉 ‘법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하는 때’에 해당 하는 것으로 보아야 하는가가 중요하다. 일반적으로 형법 제1조의 원리에서 파생된 (예외)의 원칙이고, ‘범죄의 성립과 법률의 변경’이라는 요건으로부터 ‘경한 법’과 ‘중한 법’의 차이가 결정된다는 점으로 인해, 이에 대해서 긍정하고 있는 것으로 보인다. 그러나 ‘처벌’에 관한 법률의 변경에 있어서 구법과 신법 조문 사이에서 경한 법을 확인하는 것은 어려운 일이 아니지만, ‘범죄의 성립’ 그 자체에 관한 법률의 변경에서 구법과 신법을 비교하는 것은 쉬운 일이 아니다. 그것은 구성요건을 해석하는 작업을 수반해야만 하는 것이다. 또한 형법 개정 등의 작업을 전후하여 변경 전과 변경 후의 구성요건이 계속성을 유지하고 있다면 그에 대해서는 ‘중한 법’과 ‘경한 법’이라는 구별이 가능하지만, 동일성 또는 계속성이 없이 형법의 개정 정도에 해당하는 변경이 있다면 그것은 제2항의 문제가 아니라, 바로 제3항의 문제가 된다고 해야 한다.⁴¹⁸⁾ 이에 대한 법적 인 효과는 곧 ‘형의 집행을 면제’하는 것이 된다. 재판을 확정된 이후부터 형의 집행이 이루어지기 전까지의 시간적 흐름 속에서 이와 같은 규정의 효력이 일어나게 되는 것이다. 즉 법률의 변경에 의하여 행위가 범죄를 구성하지 아니하게 된다는 의미에는 부합하지만, 이는 행위 이후에 재판이 이루어지고, 그 이후에 법률이 변경된 경우로서 재판 이후 형집행이 이루어지지 않고 있는 상황을 규정하고 있는 것이다. 이것은 형벌규정이 첫머리에 형법의 시간적·공간적 한계를 확정하면서, 형법전의 효력이 있을 수 없는 경우를 함께 규정하는 것이, 유효해야 할 법률 자체가 유효하지 않은 경우를 확정하게 된다는 점에서 모순이 내재된다는 인식을 했을 수도 있다. 또한 일정한 사회적인 요청에 따라 있을 수 있는 형법의 변경 자체에 대해서는 소급효를 일관되게 인정할 수 없다는 사실을 승인한 것이라고 볼 수도 있을 것이다. 이와 같은 의식이 전혀 없다

418) 이에 대해서는 조훈, 앞의 논문, 96면 이하.

고 하더라도 형벌규정의 변경에 의해서 과거에 집행이 이미 이루어진 형벌까지 전반적으로 무효로 취급할 수 있을 것이라는 사실에 대해서 염두에 두고 있지는 않은 것이라는 점은 분명해 보인다.

위헌결정 소급효의 다른 실정법적인 근거는 헌법재판소의 법률에 대한 위헌결정의 효력에 관한 헌법재판소법 제47조 제2항이다. “위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실한다. 다만, 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다.”고 규정하고, 제3항은 “제2항 단서의 경우에 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항에 근거한 유죄의 확정판결에 대하여는 재심을 청구할 수 있다.” 그리고 제4항은 “제3항의 재심에 대하여는 「형사소송법」을 준용한다.”고 규정하고 있다. 이 법규정의 해석 및 적용에 대한 문제가 남아 있으나(이에 대해서는 다른 장에서 논함), 이른바 소급효금지원칙의 예외규정이라고 하고 있는 이 형법조문들의 취지에는 해당하지 않는다고 보아야 할 것이다.

2. 위헌결정 소급효의 근거와 제한

법률의 개폐, 그 변경의 소급적인 적용이 허용될 수 없다는 내용은 죄형법정주의의 근본적인 의미로부터 나온 결론임에 반하여, 행위자에게 유리한 방향으로 소급효를 인정하는 것이 예외적으로 허용된다는 것은 죄형법정주의에 해당하지 아니하는 예외이면서, 근대의 자유주의적 법치국가이념에 부합하는 것임을 논증하였다.

자유주의 이념, 피고인보장적 원리에 의해서 국가의 형벌권이 필요한 만큼의 최소한의 투입에 그쳐야 한다는 것에 대해서는 이론의 여지가 있을 수 없다. 그러나 이와 같은 요청이 형법과 형벌권의 시간적인 효력범위, 죄형법정주의, 소급효금지원칙 등을 모두 무의미하게 만들 정도의 당위로 생각될 수는 없다. 위헌결정을 소급적으로 적용하여 과거에 이루어진 모든 재판의 결과에 대해 재심사유로 삼는다거나 그 결과로서 형벌이 부과된 모든 대상들에게 보상을 해주어야 하는 등의 조치는 박약한 근거 위에 놓여 있다고 할 수 있다. 해당하는 규정의 의의는 바로 그 규범이 만들어지고 시행된 그 당시에서 찾아야 하

는 것인데, 그 규정이 과거의 사회에서 갖고 있던 의의가 분명히 확인되는 한 비록 그것이 현재 위헌결정을 받는다고 하더라도 과거의 사안까지 소급하여 무효로 만들 수는 없는 것이라고 보아야 한다. 앞 절에서 말한 대로 위헌결정은 곧 ‘과거에 해당 규범의 사회적인 의의가 확인되었으나 장차 그 의의를 찾을 수 없다’는 것으로서 규범의 시간성을 확정하고자 하는 것이다. 과거에는 규범이 강제적으로 관철될 필요가 있다고 결정한 내용으로부터, 과거에 해당 규범의 효력을 전반적으로 무효로 하는 효과가 도출될 수는 없다. 그것은 모순에 해당한다.

죄형법정주의는 법률의 근거를 기준으로 하여 법률의 시간적인 효력범위 내에서 저질러진 범죄행위만을 처벌하도록 강제하고 있다. 다른 한편 이 원칙은 법률의 시간적인 효력범위 안에서 저질러진 범죄행위라면 정형적으로, 예외 없이 처벌하도록 강제하는 것이기도 하다. 죄형법정주의는 피고인이나 국가, 어느 한편에 유리한 쪽에 치우친 원리가 아니라, 법률에 따른 객관적인 관철, 자의를 배제한 평가를 강제하는 중립적인 내용을 갖고 있는 것이다. 정당한 법률적인 근거 없이 처벌을 하는 것이 허용되지 않듯이, 법이론적으로 정당한 법률적 근거 없이 처벌을 무효로 하는 것도 바로 이 원리에 의해서 허용될 수 없다.

3. 위헌결정 소급효제한입법의 소급효?

소급효금지원칙과 관련된 또 다른 문제제기의 가능성은 위헌결정의 소급효를 제한하는 조치가 소급적으로 적용될 수 있는가 하는 것이다. 형벌규정은 그 위헌결정의 효과가 소급적으로 미치게 된다는 지금의 현행법에 대해서 일정한 예외 내지 제한의 규정을 신설하거나 법문을 수정하게 되는 경우에, 그와 같은 입법적 조치를 기존 현행법에 적용하면 대부분의 경우에는 그 법률로 인해서 과거에 처벌받았던 사람들이 그와 같은 새로운 법규정의 적용을 받게 된다면, 재심 등을 통해 자신의 권리를 회복시킬 가능성이 소급적으로 축소되는 것과 다름없는 효과가 생기게 된다.

소급효금지는 원칙적으로 현재 변경된 입법의 내용을 현재 및 장래에만 유효한 것으로 보게끔 한다. 이와 같은 중립적인 원칙의 의의를 다시금 상기해

본다면, 위헌결정의 소급효제한 방식이 개정된다고 해도 그로부터 과거에 확인된 권리의 침해가 이루어져서는 안 된다고 해야 한다. 문제는 여기서 헌법재판소법의 변경을 통해서 상실될 수 있는 과거 처벌을 받았던 사람들의 ‘권리’가 실질적으로 존재하는가 하는 점이다. 그것은 이미 확인되거나 확보된 객체가 아니라, 장차 위헌결정이 있을 때에 재심을 거쳐 예외적으로 현실화될 수도 있는 것에 불과하다. 이러한 것을 권리로 부를 수는 없다. 현실화되지 아니한 가설적인 이득에 불과한 것이라고 해야 한다. 소급효금지원칙은 이와 같은 가정적인 상황에 구체화될 수 있는 반사적인 이득을 보장하는 목적을 갖고 있지 않다.

앞서 죄형법정주의를 통해서 시민들은 법을 신뢰할 수 있게 된다고 하였다. 이러한 의미의 신뢰보호는 형법적 조치를 통해서 자신의 권리가 구제될 것이라고 믿는 개인의 주관적인 신뢰가 아니라, 사법기관이 법률에 의해 평등하게 판단하고, 그 결과가 구속력 있게 지속될 것이라는 점에 대한 신뢰를 뜻한다는 점을 다시 강조하지 않을 수 없다.

제5절 객관성 보장수단으로서 일사부재리

또 다른 문제제기는 일사부재리의 원칙과 관련을 맺는다. 이미 재판이 이루어지고 형이 집행되었음에도 불구하고 그 전제가 된 법률의 효력이 상실되었다고 해서 재판의 결과를 전부 무효로 하는 조치들은 일사부재리의 원칙에 반하는 것은 아닌지 논의가 필요해 보인다. 이러한 방식이 일사부재리원칙을 침해한다는 생각은 일반적으로 받아들여지기 어려운 것으로 여겨지고 있다. 통설적인 견해는 일사부재리원칙이 시민의 권리보장을 위한 기본권의 원리이기 때문에, 시민인 피고인의 이익을 위해서는 일사부재리원칙이 적용되지 않는다고 볼 것이기 때문이다. 이러한 일반적인 인식이 타당한 것인지에 대해서는 거의 아무런 논의가 없었다.

I. 일사부재리원칙에 대한 일반적 견해

일사부재리원칙은 피고인으로 하여금 한 번의 사안으로 두 번 이상 재판받지 않게끔 하는 범치국가적 보장원리로 이해되는 것이 일반적이다. “모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며, 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌을 받지 아니한다.”는 헌법 제13조 제1항 규정은 이 원칙이 기본권으로서 보장되어야 함을 확인하고 있다. 이 원리에 따라 피고인은 하나의 사안을 통해 일회의 절차에만 연루되는 주관적 공권을 갖게 되며, 이로부터 같은 사안으로 다시 재판받지 않으리라는 그의 신뢰가 보호된다고 한다.⁴¹⁹⁾ 헌법학에서도 헌법 제13조 제1항을 일사부재리원칙으로 새기면서 신체의 자유에 대한 시민의 기본권으로부터 파생된 것으로 이해하고 있다.⁴²⁰⁾ 일사부재리원칙을 이와 같이 바라본다면 그 원리는 법적 안정성을 보장하는 것을 넘어서, 인권보장이라는 하나의 정의 이념에도 미치게 된다.⁴²¹⁾

419) 백형구/차용석, 「주석 형사소송법 (1)」, 한국사법행정학회, 2009, 188면 이하; 신동운, 1187면; 윤동호, “공소사실의 동일성 개념의 재고찰”, 「비교형사법연구」 제8권 제2호(2006.12), 비교형사법학회, 2006, 305면; 임동규, 앞의 책, 2면; 이상돈, “공소장변경의 허용범위와 일사부재리의 효력범위”, 142면; 이재상, 678면; 백형구/최용성, 734면; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 397; Thomas, a. a. O., S. 36; BGHSt 5, 323, 328; BVerfGE 23, 191, 203ff. 이러한 시각에 대해서는 계속된 논쟁이 있어 왔다(자세히는 Duden, Über die rechtliche Natur des Grundsatzes Ne bis in idem, S. 18).

420) 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2010, 420면; 성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2011, 369면; 장영수, 「헌법학 II - 기본권론」, 홍문사, 2003, 277면; Maunz/Zippelius, Deutsches Staatsrecht, S. 365; Maunz/Dürig-Schmidt/Aßmann, GG Kommentar, Abs. III Art. 103, Rn. 258 f., 271 f. 형사사법의 결과로 주어지는 형벌이 대체로 피고인의 신체적 자유를 제한하게 된다는 데에 근거한 것으로 보인다. 그러나 일사부재리원칙은 단지 피고인의 인신구속적인 형벌부과만을 금지하는 것이 아니라 재산형, 명예형을 포함하여 어떠한 불이익도 반복되어서는 안 된다는 점을 지시하는 것이라는 점에서 본다면 이는 좁은 영역의 이해에 그친다고 할 수 있다. 또한 이준일, 「헌법학강의」, 홍문사, 2009, 491면 이하는 이에 추가하여 일사부재리원칙을 죄형법정주의로부터 파생된 원리라고 보고 있다. 헌법 제13조 제1항이 두 원리를 함께 쓰고 있기는 하나, ‘국가형벌권의 한계설정’이라는 기본적인 속성 이외에 공통된 규범내용은 없다고 해야 할 것이다(죄형법정주의의 근거에 대해서는 홍영기, “죄형법정주의의 근본적 의미”, 「형사법연구」 제24호, 한국형사법학회(2005. 겨울), 13면 이하).

그리고 이와 같은 사고에서 일사부재리원칙의 예외의 근거도 논증된다. 헌법 재판소가 법률의 효력에 대한 변경을 야기하여 피고인(행위자, 수형자)의 자유를 더 넓게 인정하게 되었다면, 이 경우에는 일사부재리원칙의 예외의 경우로서 소급적으로 재판의 효력을 무효로 만드는 평가가 이어져야 한다고 볼 수 있을 것이다.

II. 일사부재리원칙은 시민의 권리보장의 도구인가?

그러나 여기서 우리는 일사부재리원칙이 과연 시민의 권리를 보장하고자 하는 직접적인 필요로부터 승인된 것이라고 볼 수 있는가 하는 점을 묻지 않을 수 없다. 앞서 죄형법정주의의 논의와 마찬가지로 일사부재리원칙의 근본적인 의미와 그 기능을 먼저 생각해보아야 한다.

일사부재리(“ne bis in idem”[not twice for the same])는 일정한 사안이 형사사법으로 처리되면, 그와 동일성이 인정되는 사실에 대해 재차 국가형벌권 행사가 문제되어서는 안 된다는 원칙이다. 고대 그리스 아테네의 정치가 데모스테네스(Demosthenes, 기원전 384 - 322)의 기록에서 이미 기판력⁴²²⁾을 인정해야 할 필요가 소개되고 있듯이⁴²³⁾ 일사부재리원칙의 유래는 매우 오래된 것이다. 중요한 점은, 기원전의 절차형식에서도 이 원칙이 지켜졌을 것으로 짐작될 뿐이며, 그 최초의 연원을 찾는 것이 의미가 없다는 사실이다. 왜냐하면 사람들이 간 갈등을 종결짓고자 하는 사법과 재판의 근본적인 성질을 고려해 본다면

421) E. Neumann, Ne bis in idem - Strafantrag und -Verjährung in ihrer rechtlichen Stellung zum § 380 der Reichstrafprozeßordnung, S. 22.

422) 기판력(res judicata)은 구체적인 소송을 전제로 하여 한 번 정해진 물적 효력범위를 반복하게 하지 않게끔 한다. 즉 확정된 판결의 효력에 객관·주관적 범위 그리고 시간적 범위가 한계 지워진다는 점을 확인하는 것으로서 일사부재리원칙이 실정법 안에서 구체화된 개념이라고 할 수 있다(박진완, “헌법재판소와 국회의와의 관계”, 「헌법학연구」 제11권 제2호, 한국헌법학회(2005.6), 92면). 기판력과 일사부재리 개념에 대한 자세한 고찰로는 임동규, 「일사부재리의 원칙에 대한 연구」, 서울대학교 박사학위논문, 서울대학교 대학원, 1994, 99면 이하.

423) Neuhaus, Der strafverfahrensrechtliche Tatbegriff - “ne bis in idem”, 서문 참조.

한 번 이루어진 재판의 효력을 다시금 다룰 수 없게 하는 작용(Sperrwirkung)은 모든 재판에 당연히 수반되어 있었을 것이기 때문이다. 즉 일사부재리원칙의 탄생은 재판 자체의 기원과 정확히 일치할 것으로 생각된다. 남아 있는 다른 기록에 따르면 로마법에서는 한 번 이루어진 유무죄판단에 대해서 다시금 이를 심리할 수 없도록 하였고, 원칙적으로 피고인의 유·불리를 불문하고 지켜야 하는 원칙(exceptio rei iudicatae)이었다고 한다.⁴²⁴⁾ 로마법을 수용한 카논법도 하나의 절차 안에서 여러 번 처벌할 수 없는 것으로 제한하였다.⁴²⁵⁾ 영미법 전통에서는 14세기 에드워드 1세에서 리처드 3세까지를 규율했던 판례집인 이른바 “Yearbook”에 이중처벌을 금지하는 내용이 남아 있다.⁴²⁶⁾ 이는 형법과 민법에 교차로도 적용되어, 형벌을 받은 사안은 민사재판으로 다룰 수 없게 하였고 그 반대도 마찬가지였다. 이후 형법과 민법이 서로 영향을 받지 않도록 개정된 일부의 변경을 제외하면 그 이후까지 법원칙으로서 확고하게 인정되고 있다.⁴²⁷⁾

이와 같은 역사적인 사실은 연구와 관련하여 간과할 수 없는 중요한 내용을 우리에게 알려주고 있다. 바로 일사부재리원칙이 시민의 권리보장, 피고인보장의 원리로부터 비롯된 것이 아니라는 점이다. 앞서 언급한 바와 같이 시민의 권리보장을 목적으로 한 자유주의적 법치국가 사상은 계몽주의 영향에 이어 근대에 이르러 완성된 이념인 데에 반해 일사부재리의 원칙은 이보다 훨씬 더 오래된 전통에 놓여 있음이 확인된다. 물론 이 원리가 피고인의 권리를 보장하는 주요한 기능을 담당하고 있는 것은 사실이지만, 그 기원적인 의미가 피고인 보장목적에 놓여 있는 것은 아니라는 뜻이다.

역사적인 배경 이외에도 아주 단순한 법이론적인 원리만 생각해보더라도 일

424) Dithmar, Der Grundsatz „ne bis in idem,, und das fortgesetzte Delikt, S. 5 f.; Thomas, Das Recht auf Einmaligkeit der Strafverfolgung, S. 31; Köbler, Etymologisches Rechtswörterbuch, S. 281.

425) Rüping, Bonner Kommentar, § 103 III, Rn. 2. 그러나 로마법과 카논법은 일사부재리의 효력범위를 결정하는 사건의 동일성 개념을 중요하게 여기지는 않았다(Neuhaus, a. a. O., S. 14).

426) 이에 따른 판례는 Hooper/Ormerod u. a., Blackstone's Criminal Practice, S. 1568 f.

427) Thomas, a. a. O., S. 54 f. 참조.

사부재리가 직접적으로 피고인의 권리보장을 하고자 하는 수단이 아니라는 것을 알게 된다. 어느 법제를 불문하고 일사부재리는 행위자의 권리를 보장하는 방향으로만 작용하는 것이 아니라, 그 반대의 방향으로도 동일하게 기능하고 있다. 즉 피고인이 무죄판결을 받았을 경우에 뿐만 아니라, 유죄판결을 받은 때에도 이를 다시금 심리할 수 없도록 한다. 일사부재리는 처음부터 피고인 보장이라는 편향된 방향성을 띠고 인식된 원리가 아니라 국가와 시민의 대립관계와 일단 무관한 중립적인 원리이기 때문이다.⁴²⁸⁾

일사부재리원칙과 시민의 권리보장의 근거는 서로 상응되지 않는다는 사실은 피고인이 중한 처벌을 받게 된 때에라도 다시금 재판을 해서는 안 된다는 점과, 실제로 시민의 권리보장을 강조하는 때에 현실에서 일사부재리원칙의 강제성이 약화되는 경우가 있다는 점에서도 드러난다. 일사부재리가 피고인의 권리보장을 위해서만 작용한다면 그 규범적인 당위가 거의 유지되기 어렵다는 뜻이다. 예를 들어 실제로 상해치사행위를 저지른 사람을, 일회의 재판에서 단지 경범죄로만 처벌하게 된 경우라고 할지라도 일사부재리원칙의 지배를 받게 되어 사안을 다시금 재판하지 못한다. 이 행위자에게 실제로 저지른 중범죄에 상응한 처벌을 받지 말아야 할 권리가 있다고 생각될 수는 없다. 즉 이와 같은 권리, 상해치사죄를 저지른 행위자가 구류 5일에 처해져야 할 권리를 누리도록 일사부재리의 원리가 작동되는 것은 아니다.⁴²⁹⁾

일사부재리원칙의 예외도 마찬가지이다. 행위자의 권리가 확대되는 상황이라고 해서 언제나 예외적으로 일사부재리원칙이 지켜지지 말아야 한다는 논증도 결코 합리적이지 않다. 간통행위로 인해서 유죄의 재판이 이루어진 경우, 형법

428) 헌법 제13조 제1항은 이중처벌금지원칙을 의미하는 것으로서 이는 기본권보장의 이념으로부터 비롯된 것이지만 일사부재리원칙이나 기판력은 이러한 의미와 무관한 법적 안정성의 요청으로부터 기원한다고 보아 양자를 구별하는 견해도 있다. 헌법의 이중처벌금지원칙을 폭넓게 보아 시민의 기본권 영역을 확장하고자 하는 의도에서이다(김승태, “이중처벌 금지원칙에 대한 헌법해석의 재검토”, 「공법연구」 제35권 제4호, 한국공법연구, 2007, 380면 이하). 헌법상 기본권목록이 시민의 권리보장 관점에서 확립된 것이며, 일사부재리원칙은 그보다 앞서 중립적 규범성을 갖는다고 볼 때 의미 있는 구별이라고 생각한다.

429) BGHSt, 29, 288 (296); Helmken, Strafklageverbrauch, S. 717 f.

이 이후에 변경되었을 때에 이 행위자의 권리를 국가가 적극적으로 보장하기 위해서 일사부재리원칙을 포기하고 일단 이루어진 재판의 효과를 없게 만들어야 한다는 강제는 어떠한 상위원리로부터도 근거지어질 수 없다.⁴³⁰⁾

III. 일사부재리원칙의 근거

1. 국가기관의 한계 승인

그렇다면 일사부재리원칙의 근본적인 토대는 어디에 놓여 있다고 해야 할 것인가. 이는 ‘왜 형사사법은 단지 일회적 재판권을 행사하는 데에 그쳐야 하는가’라는 물음이다. 이에 답하기 위해서는 무엇보다도 - 앞서 죄형법정주의의 의의를 설명한 것과 마찬가지로 - 형사절차를 통해서도 실체적 진실, 즉 실제로 존재했던 사실 자체를 그대로 구현해낼 수가 없으며, 따라서 그로부터 실체적 정의에 그대로 부합하는 형벌정의를 실현은 결코 가능하지 않다는 불편한 진실을 언급하지 않을 수 없다. 형사사법기관이 실체적 진실을 발견할 수 없다는 것은 형사절차의 비효율성이나 불합리성으로부터 비롯되는 한계가 아니다. 궁극적으로 국가기관의 한계, 나아가 전지전능한 신이 아니라 바로 인간이기에 그 능력이 제한되어 있다는 사실을 승인해야 하는 것이다. 형사절차는 바로 이러한 한계를 뛰어넘어, 더 나아가 정의를 추구할 역량이 없다. 그리고 그 결과

430) 시민의 권리보장 테제 이외에, ‘소송경제’도 일사부재리원칙을 근거 짓는 이념으로 생각되고 있다. 하나의 사안을 놓고 일회 이상의 절차를 반복하게 된다면 이는 비경제적인 형사사법이 될 것이기 때문이다(신동운, 1187면; Binding, *Strafrecht und Strafprozess*, Bd. 2. 1915, S. 303, BK-Rüping, § 103 III, Rn. 10에서 인용; Neuhaus, a. a. O., S. 162 f.). 그러나 이 개념은 진실에 근접하도록 사안을 구성해내어 정확한 죄책에 따른 형벌을 부과해야 한다는 형사절차 본연의 목적을 제한하기에는 매우 부족한 내용에 그치게 된다. 국가기관이 겪는 번거로움으로 인해 형벌정의를 포기하는 것으로 요약될 것이다. 일사부재리를 하나의 소송조건으로서 소송장애를 유발하는 실정법적인 지위에 그치는 것으로 이해하는 예도 있다. 미치(Mitsch)는 일사부재리원칙에 피고인보장의 헌법원리의 지위가 있는 것이 아니라고 하면서, 그 의미는 수사 및 공판을 중단시키는 하나의 소송장애조건에 국한된다고 보고 있다(Mitsch, *Dauerdelikt und Strafklageverbrauch*, S. 1010). 이러한 형식적인 근거가 큰 의미가 없다는 사실은 굳이 강조할 필요가 없을 것으로 본다.

형사절차를 통해서 비롯되는 어떠한 해결도 당사자의 개별적인 정의에 대한 기대를 충족시켜주지 못한다.⁴³¹⁾

이 상황에서 구체적 정의에 접근해 가기 위해서 사법기관은 이미 판단된 사안과 관련하여 크고 작은 불합리가 새롭게 드러날 때에 다시금 절차를 반복하게 될 수 있으며, 이러한 과정은 진실에 해당하는 결과가 이룩될 때까지 무한히 계속될 것이다. 그렇지만 현실적인 한계에 따라 이러한 궁극적인 정의는 결코 실현될 수가 없기에, 언젠가는 이 과정이 중단되어야만 한다. 결국 판단자의 자의에 따라 중단될 것이며 이는 객관성 확보라는 범규범 및 사법절차의 근본 기능에 반하게 된다. 구체적인 정의를 완전히 이룩하고자 하는 불가능한 의도, 그리고 언젠가는 그것이 중단될 수밖에 없는 자의로부터, 법적 해결의 확실한 도구성을 지켜내는 장치가 필요해진다. 이로부터 모든 문명국가의 형사사법은 그 스스로의 한계를 승인하고 - 신과 같은 완전한 지혜자에 의한 재판에서는 결코 필요하지 않았을 - 절차를 일회성 그치게끔 규정하게 된다.

그 결과 일회성 재판에 실제적·절차적 확정력을 인정하는 것만이 불확실한 상태에서 주장과 반론이 반복되는 상황을 저지할 수 있게 된다. 구체적 정의에 비추어 이 같은 제한이 지나치게 경직된 것으로 여겨질 경우에만 예외적인 불복(상소, 재심 등)의 가능성이 설정되어 있을 뿐이다. 일사부재리는 이처럼 국가기관, 그리고 인간의 불가피한 한계를 중립적으로 승인하는 제도로서, 구체적인 정의의 실현을 향해 계속 나아가지 못하게 하는 장치이다. 이러한 승인은 이제 실정법을 통해 제도화되었고, 그에 따라 국가가 불리한 결론이 내려졌다고 하더라도 피고인은 한 번만 재판을 받을 권리를 아울러 보장받게 된다. 그가 적극적으로 마땅히 누려야 할 권리를 확인받는 것이 아니라, 단지 반사적으로 그 권리를 인정받게 되는 것이며 이러한 의미에서만 일사부재리는 권리보장의 기능을 담당하고 있다. 반대로 상소, 재심 등의 방법 이외에는 피고인이 한 번 받은 불이익 또한 그대로 확정되어 다시 재판을 받을 수 없다.

431) 루만은 이를 일컬어 형사절차가 추구하는 목적은 결국 보편화된 장치를 통해서 사회적 기대를 충족하는 정도에 놓여 있으며, 그것은 개인들의 기대가 이를 통해서 완전히 충족되는 것인가 하는 질문은 무관한 것이라고 하였다(Luhmann, Legitimation durch Verfahren, S. 27 f.).

2. 법적 안정성

이러한 일사부재리원칙을 통해 형사사법의 법적 안정성이 실현된다는 점은 쉽게 이해할 수 있다.⁴³²⁾ 형사소송에서 법적 안정성은, 일정한 과정이 이미 진행된 때라면 그 절차 및 절차에서 다루어진 내용에 대해 재차 심리의 대상으로 삼지 않도록 하는 일종의 경직성(Rigidität)을 뜻하게 된다.⁴³³⁾ 일사부재리는 바로 이와 같은 ‘절차의 법적 안정성’을 지탱하는 가장 대표적인 원리이며, 재판이 종결된 이후에는 이어지는 구체적인 사안 규명, 개별적인 행위자의 주장으로부터 거리를 두고, 다시금 불안정한 지위에 놓이지 않도록 형사절차를 최종적으로 고정시키는 기능을 담당한다.

전지전능한 신의 재판에서는 일사부재리가 필요 없으며, 인간이 구체적인 정의를 완전하게 실현할 수 없다는 데에 일사부재리원칙의 전제가 놓여 있다고 하였다. 이러한 점에서 본다면 일사부재리원칙이 구현하는 이와 같은 법적 안정성은 정의의 요청과 편재적으로 대립된다는 것을 알 수 있다. 어느 재판과정 이든 완벽하게 정의를 실현할 수는 없는 것이지만 기관력은 그대로 생겨나기 때문이다. 그런데 현실적으로 정의와 법적 안정성의 괴리가 크게 문제되는 경우가 있다. 우선, 실제 사안에 비하여 지나치게 약한 형의 선고가 이루어진 때가 이에 해당한다. 소추기관이 의도적으로 또는 부주의하게 실제 범죄사실에 비해서 지나치게 좁은 범위의 사실만 기소하여 재판이 이루어진 경우에도 일사부재리원칙에 따라서 그 범죄사실 전부에 기관력이 미치지 되며, 이로부터 범죄사실에 상응하는 처벌은 더 이상 불가능해지는 상황이다.

반면에, 그 반대되는 경우도 있다. 한 번의 재판이 이루어져 처벌을 받았는데, 그 이후에 사정이 변경되어 처벌의 근거가 없어진 때의 문제이다. 연구테마는 바로 이 경우에 해당한다. 법률의 효력이 변경되었을 때에 재판의 효력을

432) 범철학에서 법적 안정성은 ‘법에 의한 지배’ 그 자체이다. 사안의 해결이 오로지 법률에 의해 이루어져야 한다는 이념으로 이해할 수 있다. 일사부재리와 법적 안정성 관계에 대해서는 Dithmar, a. a. O., S. 11; Neuhaus, a. a. O., S. 13, 156 f.; Maunz/Dürig-Schmidt/Aßmann, a. a. O., Rn. 260은 이를 참여자간 법적 평안으로 이해하고 있는데, 이는 불분명한 서술일 뿐 아니라 민사상 기관력에 대비되는 일사부재리원칙의 의미를 부각시키지 못하게 된다.

433) 예컨대 절차유지의 원칙도 이 이념을 실현한다.

처음부터 무효인 것으로 다시금 되돌려야 하는가의 문제제기인 것이다. 이 두 가지 방향에서 제기되는 문제는 모두 법적 안정성을 지금 요청되는 현실적인 정의의 이념에 따라서 제한할 수 있는가 하는 문제로 귀결되고 있다.

여기서 일사부재리원칙을 형벌과 관련된 정의의 이념으로 제한할 수 있는지, 만약 그렇다면 어느 수준까지 제한할 수 있는지가 중요해진다. 이 법적 안정성과 대립되는 형사사법의 정의는 곧 ‘특정한 범죄행위를 저지른 자를 그에 상응하는 형벌을 부과할 것, 또한 그와 같은 행위를 저지르지 않은 자라면 처벌하지 않을 것’을 의미하게 된다. 이것이 곧 일사부재리원칙의 반대 축에서 국가를 강제하는 동력으로 작용하는 실체적 정의라고 할 수 있다. 실체형법이 추구하는 정의의 구체적 내용은 형벌이 주어져야 하는 이유에 대한 답이 될 것이며, 그에 대해서는 전통적인 형벌목적론, 즉 형벌이론(Straftheorie)의 여러 개념이 생각될 수 있다. 제한된 범위 내에서 이를 요약한다면, 형사절차를 통해 실현되어야 할 실체적 정의의 개별적인 내용은 응보 내지 예방과 같은 형벌부과 목적으로부터 도출된다. 즉 이미 주어진 재판의 결과가 있지만 그럼에도 해당 사안에 대해서 응보의 필요성이 크거나 형벌예방의 목적이 중대하다고 할 때에 바로 이와 같은 내용의 정의는 법적 안정성과 대립되게 된다.⁴³⁴⁾

3. 구체적 정의에 대응하는 일사부재리의 역할

이와 같은 법이념 간 대립이 언제나 상존하며 경우에 따라서 그 갈등이 큰 상황도 있게 되는데, 최근에 논증에서 눈에 띄는 변화가 있다고 생각된다. 바로 실체적 정의의 요청에 따라 법적 안정성이 쉽게 자리를 내어 주는 경향이 있으며, 그로 인해서 일사부재리원칙을 쉽게 침해하고자 하는 시도가 반복되고 있다는 점이다. 형사법학에서 자주 문제되는 경우는, 피고인이 처음에 경한 범죄를 저지른 것으로 알려져서 재판을 받은 이후에, 실제로 더 중한 범죄를 저지른 자임이 드러나는 사례들이다. 최근 법원은 이러한 때에 처음에 있었던 재판

434) 신동운, 1203면; 이은모, 748면; 이재상, 25면 이하; Maunz/Dürig-Schmidt/Aßmann, a. a. O., Rn. 260; Saliger, Radbruchsche Formel und Rechtsstaat(운재왕 역, 「라드브루흐 공식과 법치국가」, 길안사, 2000), 104면; Röhl, Rechtstheorie, S. 501; Neuhaus, a. a. O., S. 154.

의 결과와 실제 문제된 범죄유형이 ‘일사’부재리의 범주에 들어오지 아니하는 ‘다른 사안’이라는 점을 강조함으로써 이 피리를 극복하고자 하는 경향을 보이고 있다.⁴³⁵⁾

연구와 관련된 주제는 이와 반대 방향에서 있는 것이지만, 일사부재리원칙을 구체적인 상황에 따라 포기하려는 경향과 관련된다는 점에서 마찬가지이다. 즉 형법의 정의로서 형벌의 필요성이 더 이상 존재하지 않게 된 구체적인 상황에 따라서 이미 확정된 재판이라고 할지라도 소급적으로 전부 무효로 보아야 하는 것이라는 주장에 대한 것이다. 이러한 내용은 특히 행위자에게 불리한 소급효가 아니라, 유리한 쪽으로 진행되는 때이므로 언제나 쉽게 일사부재리원칙이 침해될 수 있다는 전제 위에 놓여 있다.

여기서 일사부재리원칙의 근본적 의미를 다시 강조해야 할 필요가 있다. 그것은 형사사법기관인 국가기관이 한 번 다른 사안에 대해 신뢰를 부여하는 것으로서 다시금 처음부터 대화를 진행하고자 하지 않게 만든다는 의의로서, 곧 재판이라는 형식의 가장 중요한 의미에서 비롯된다고 하였다. 이러한 궁극적인 의미는 피고인에게 유리한 변경 요청이 있다고 해도 여전히 타당하게 유지되어야만 한다. 될 수 있는 대로 시민에게 유리한 작용으로 허용되어야 한다는 자유주의적 법치국가의 이념은 사법의 여러 원리들 가운데 하나에 그치는 것으로서, 사법이라는 국가 기능 그 자체의 의미를 결코 넘어설 수는 없다고 해야 할 것이다.

또한 중요한 점은 이와 같이 대립되는 법적 안정성과 실체법적 정의의 요청 가운데 전자의 가치는 주로 법전문가들만 이해할 수 있는 특수한 내용인 반면에 후자의 이념은 일반인들도 일상적으로 쉽게 받아들일 수 있는 가치라는 사실이다. 일사부재리원칙은 위에서 언급한 것처럼 재판의 역사와 궤를 같이하는 연혁적인 전통을 갖고 있으면서도, 국가형벌권 행사의 한계를 승인하고 그로부터 법적인 안정성을 유지하고자 하는 결정적인 규범원리에 해당한다. 그렇지만 이 내용은 법적 안정성이라는 전문적이면서도 특수한 원리라고 여겨지게 되고,

435) 가장 잘 알려진 사례는 대법원 1994. 3. 22. 선고 93도2080 전원합의체 판결. 유사한 취지로는 대법원 2002. 11. 22. 선고 2001도849 판결; 대법원 2005. 1. 13. 선고 2004도6390 판결; 대법원 2006. 3. 23. 선고 2005도9678 판결; 대법원 2006. 10. 27. 선고 2004도7510 판결 등.

이에 반해 ‘처벌의 근거가 되는 법률의 효력이 없어졌다면 기왕에 처벌받은 사람들의 권리를 한꺼번에 회복시키라’는 요청은 더 쉽게 다가오는 정의감정과 닿아 있는 것이다.

그러나 비록 일사부재리원칙을 포기함으로써 특정한 행위자군이 유리한 지위를 갖게 될 수 있다고 하더라도 국가 형벌작용의 정형성은 일사부재리의 원칙 하에서 안정되게 유지되어야 할 것으로 생각한다. 이미 한 번 법적인 평가가 이루어져, 그로부터 이미 형벌이 집행된 이후에 사회구성원들의 규범에 대한 인식이 변경되었다고 해서 그 효력을 처음부터 무효인 것으로 보게 되면, 재판이 가져야 하는 고유한 속성인 안정된 결과의 지속성이 깨어지고 끊임없이 개별 규범의 효력이 재검토되는 상황에서 국가형벌권 행사의 신뢰도 유지되지 못할 것이기 때문이다. 상황마다 주어지는 개별적인 정의감정에 따른 요청들은 ‘가까이 놓여 있는 정의’를 호소하고 있지만, 일사부재리원칙을 지켜내고자 하는 법원리는 ‘멀리 놓여 있는 정의’를 위해 그 본래의 지위가 계속 유지되어야만 할 것이다.

제6절 형사정책적 고려

위에서 형벌권 행사 및 그 제한의 배경이 되는 형법의 정의는 형벌의 목적론으로부터 근거지어질 수 있다는 점을 밝혔다. 이와 같은 법원의 판단은 전적으로는 일정한 목적을 갖고 이루어지는 정책적인 결단이 될 것이므로, 그 목적의 타당성과 더불어 목적달성의 가능성, 정책에 따른 효과를 검토하는 작업이 병행되어야만 한다. 일정한 목적에 따라 죄형법정주의와 일사부재리원칙을 배제하고 형벌권을 제한하고자 한다면, 그와 같은 평가에 의하여 어떠한 장래의 결과가 있을 수 있는지를 예견하고 이에 대하여 대비할 필요가 있다.

1. 소급적 무효의 형사정책적 의미

형법은 가장 강력한 권리침해를 법효과로 삼고 있다. 이와 같은 특징을 갖고 있기에 형벌권의 행사는 어떠한 사법절차보다 정형화되어야 한다. 형법이 정형

화되어야 한다는 요청은 곧 형벌권이 자의적이거나 방만하게 운영되어서는 안 되므로 정도를 지키는 수준으로 제한되어 행사되어야 한다는 것이며, 그 제한 역시 예측가능하면서도 지속성 있는 신뢰 안에서 이루어져야 한다는 의미이다.⁴³⁶⁾ 언제나 변화하는 속성을 띠는 사회적인 요청에 의해서 곧바로 정당화되거나 또는 자의적으로 제한되어서는 안 된다. 이는 형벌의 정형화과제에 반한다. 사법절차는 지속성을 유지하는 법률을 근거로 하여, 예측가능한 재판을 형성하며 그 집행 또한 안정적으로 행해져야 하는 것이다. 이것은 법이라는 도구를 수단으로 하지 아니하고 즉흥적, 임의적으로 이루어지는 다른 절차와 구별되는 사법절차의 고유한 특징을 이루게 된다.

위헌결정의 효과를 소급적으로 적용하게 되는 경우, 그것은 형벌의 정형적인 관철의 예외로 생각될 것이다. 다른 법체계와 달리 형사법은 고유한 지속성과 예측가능성이 가장 강하게 요구되는 것이므로, 예외적인 처리는 매우 신중하게 이루어져야 할 필요가 있다. 형법전 각칙에 규정된 대부분의 범죄행위 유형들은 우리나라 형법이 처음 제정된 1953년의 모습에서 크게 달라지지 않은 것이다. 일정한 행위를 범죄행위로 평가하는 양상이 반세기 이상 지속되더라도 큰 문제가 없다고 여겨질 정도로 형벌의 변경은 더디게 이루어진다. 형벌을 부과하거나 제한하는 작용이 변화에 바로 반응하는 것이 아니라, 매우 엄격하게 진행된다는 뜻이다.

이와 같은 사정은 오랜 기간 지속시켜 온 형벌조문 가운데 어느 한 가지 유형에 대해서 위헌결정을 내리는 것이 매우 조심스러운 작업임을 알게 해 준다. 다른 어떠한 하위법률보다 위헌결정의 효과는 크다. 그로부터 범죄에 대한 사회구성원들의 인상이 달라질 뿐만 아니라, 윤리관에도 직접적인 영향을 미치게 될 것이다. 위헌결정은 그만큼 예외적인 상황을 배경으로 하게 된다. 이 경우 어떠한 특정한 행위의 구성요건이 위헌심사를 통해서 효력을 상실하게 하는 것은, 매우 긴 역사 안에서 시민들의 규범의식 자체가 점진적으로 변경되어왔고, 그로부터 지금의 법의식에 어울리지 아니하는 결과들이 충분히 축적되어 왔다는 의미가 될 것이다. 오랜 기간 처벌의 역사가 진행되어 왔을 것이므로, 그 결정의 소급효를 처음으로 되돌리는 방식으로 인정하는 방식은 매우 불합

436) 배종대, 「형법총론」, 홍문사, 2012, 8/20 이하 참조.

리한 결과를 가져오게 될 것으로 짐작할 수 있다. 규범의식이 충분한 기간을 거쳐 변경되었다는 것은, 그 전의 의식에 의해서는 당해 행위를 처벌하는 것을 승인해 온 사회구성원의 합의가 지속되었다가, 차츰 그 의식이 변모해 왔음을 뜻한다. 현재의 사정 및 장래에 미칠 정책적인 목적으로 인해 형벌규범이 위헌이라는 결정을 한 데에 형벌이론적인 고려가 포함되어 있을 것이다. 과거에는 형벌을 통해서 행위자의 죄값을 묻고 그와 같은 행위가 다른 사람들로부터 일어나지 않도록 예방을 하는 의미가 있었지만, 현재와 장래에는 그러한 목적이 큰 의미가 없다는 고려이다. 그런데 그 결과를 과거에 부과된 형벌작용까지 모두 소급하여 적용하는 것은 어떠한 형사정책적인 고려에 의한 것인지 불분명하다. 응보의 목적이 원래 존재하지 않았다거나 과거에 예방의 필요가 없었다는 것에 대한 사후적인 재평가를 의미하지 않는다면, 그 소급적용은 어떠한 정책적인 목적에도 기여하지 아니하는 불합리한 조치로 생각될 우려가 있다. 오랜 기간 규범의 효력이 지속되어 왔던 형벌규정이, 이제 시대적인 상황이 변하여 위헌결정을 하고자 할 때에 언제나 유사한 문제가 반복될 것이다. 형벌의 역사만큼이나 형집행의 역사도 그동안 매우 길었으므로, 그에 의해서 처벌받은 사람들의 수도 광범위한 경우에 이와 같이 불분명한 목적을 가진 소급적용의 합리성은 더욱 떨어지게 될 것이다.

형법각칙의 범죄유형이 아니라, 특별형법의 내용에 대한 것이라면 문제는 더욱 심각해진다. 최근 형사사법에서 형벌부과의 근거는 전통적인 형법의 영역보다 대체로 일정한 정책적인 목적을 두고 있는 특별형법들에 의한 경우가 두 배를 넘고 있다.⁴³⁷⁾ 강한 형벌에 대한 일상적인 관심에 따라 특별형법에 대한 광범위한 입법이 매우 손쉽게 이루어지고 있는 상황이다. 법률은 그 필요에 대한 심사숙고 없이 만들어져, 형법 위에 특별형법, 그 위에 다시 다른 특별형법이 입법되고 있다.⁴³⁸⁾ 헌법재판소는 추상적 규범통제를 하지 않으므로 전혀 사용되지 아니하는 법률이라고 하더라도 그 존재의 의의를 찾지 못한 채 계속 축적되어 가고 있으며 그 상황은 장차 견잡을 수 없게 되어가고 있는 것이다.

437) 이와 같은 상황에 대한 문제제기는 배종대, “특별’형법을 ‘보통’형법으로 만들기”, 「형사정책」 18-1, 한국형사정책학회, 2006, 11면 이하.

438) 배종대, 앞의 논문, 13면 이하.

형법의 정형화과제는 이제 모호한 이념내용에 그칠 뿐, 누구도 주목하지 않는 가치가 되어버렸다. 이미 그로부터 형벌권 행사의 정형성은 크게 후퇴되고 있는 것으로 보인다. 현재 우리나라에서 드러나는 형법개정, 특히 특별형법 제정에 대한 요청은 지속적인 사회적 필요를 전제로 전문적인 연구를 통해 이루어지지 않고 있으며, 매스미디어의 범죄보도에 대한 일반인들의 감정적인 분노에 바로 잇따르는 형식으로 생겨난다. 그리고 그것은 구체적인 정책분석 없이 곧바로 입법에 반영된다. 이와 같이 작성된 형벌규정들은 법익보호를 목적으로 하는 것이 아니라 있을 수 있는 추상적인 위험들을 광범위하게 예방하고 안전을 적극적으로 도모하기 위한 직접적인 수단으로 변모하고 있거나, 또는 후자의 효과마저도 거둘 수 없는 것이 분명함에도 불구하고 단지 상징적인 조치로서 제정되고 있다.⁴³⁹⁾

바로 이와 같은 상황에서 전문적인 입법의 근거를 갖추지 않은 법률들이 양산됨에 따라, 추후에 그 법률에 대한 위헌성 여부에 대한 평가도 계속 이어질 수 있을 것으로 생각해 볼 수 있다. 만약 이와 같은 상황에서 그 경우마다 그 법률로 인해 형벌을 받았던 모든 수범자들에게 소급적인 무효성을 인정해주어야 한다면 법률의 사회적인 신뢰와 규범의 안정화는 거의 불가능해진다. 형벌이 추구해야 하는 일반예방효과란 예측가능하면서 예외 없는 형벌부과를 통해 얻을 수 있는 것이다. 무효의 소급적용은 이와 같은 형벌의 일반예방적인 효과를 크게 후퇴시킬 것이다. 형벌의 정형화된 집행을 통해서 형법규범이 예측가능한 당위로 안정될 수 있게 되며, 그로부터 사회의 통합에도 기여하게 된다는 형벌의 적극적 일반예방의 효과⁴⁴⁰⁾ 또한 기대하기 어려워진다.

439) 배중대, 위의 논문, 11면 이하; P-A. Albrecht, 앞의 논문, S. 266 f.; Hassemer, Strafrecht im Wandel, JRP 2007, S. 81; Scherr · Herrmann, Sicherheit in der Krise, Sozial Extra 2009, S. 27 ff.

440) 이에 대해서는 Hassemer, Einige Bemerkungen über „positive Generalprävention“, S. 147 ff.; ders., Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, S. 324 f.; Schumann, Positive Generalprävention, S. 1~13; Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, S. 7 ff.

II. 위헌결정에 대한 장애

형법규범은 당시 사회의 규범인식을 반영하고 있는 것이기 때문에, 역사의 흐름에 따라 변화할 수 있는 가능성 위에 놓여 있다. 즉 시대적인 규범의식을 반영하여 매우 예외적인 상황에서 제정·개정·폐지할 수 있는 가능성이 있어야 한다. 빈번하게 변경되어서는 안 되며, 오랜 시간에 걸친 사회적인 의사소통을 통해서 변경의 필요성이 지속적으로 확인되어야만 한다. 바로 이와 같은 과정을 충분히 거쳐 이제 일정한 형법규범에 대한 변경의 필요성이 공통적으로 인식되고 있는 때라면 헌법재판소는 그에 맞추어 위헌으로 평가되는 형법규정에 대한 심사를 할 수 있어야만 한다.

그런데 이러한 상황에서 형벌조항에 대한 위헌결정이 반드시 소급적인 형집행의 면제, 또는 재심의 전제로 이어지게 된다면, 위와 같이 적극적으로 시대정신에 부합하는 형법전으로 만들어가고자 노력하는 대화의 가능성은 거의 대부분 차단될 것이다. 오랜 시간 형집행이 이루어진 상황이라면 감당하기 어려운 수준의 절차적, 경제적 부담을 양산하게 될 것으로 우려되기 때문이다. 구체적인 사안을 전제로 한 규범의 통제가 가능한 상황으로부터 위헌심사가 가능해 진다면 더욱 적극적인 판단을 해야 하는 때라고 할 수 있다. 해당 규범의 정당성과 유효성에 대한 면밀한 평가를 통해서 더 이상 사회적 규범으로서 가치를 확보하지 못하고 있다고 생각되면 언제든 형벌의 전제가 되는 규범의 효력을 부인할 수 있어야만 한다. 이때에 위헌결정을 소급적으로 적용하여 이로 인해 처벌받은 과거의 모든 행위자들에게 처음부터 형벌을 받지 않았어야 한다는 사실을 승인해주어야 한다면 이는 형벌의 위헌결정에 큰 장애요인이 될 것으로 예상된다. 형벌을 적극적으로 부과하게끔 하는 특별형법은 아무런 제지를 받지 않고 쉽게 만들어지는 반면에 그 효력을 묻는 작업은 거의 가능하지 않도록 한다. 전혀 심사숙고 없이 만들어진 법률들이, 그 부작용으로 인해 개정이나 폐지를 하고자 할 때에만 지나친 심사숙고를 겪게 되는 것은 모순이다. 이제 전체 형벌의 체계는 방만한 모습으로 남아 있게 되고, 그 결과 형법규정을 통해서 처벌작용을 하고자 하는 주체의 자의적인 판단에 따라 원하는 법을

끌라서 쓰는 불합리한 지경에 이르게 될 수도 있다.

또한 광범위한 소급효를 허용할 때의 어려움을 미리 감안하여, 입법절차에서부터 이미 장차 매우 먼 미래에 있을 수 있는 시대적 변화를 충분히 내다보고 형벌규정을 제정해야 한다고 해야 하는데, 이러한 통찰력을 갖도록 요구하는 것 또한 국가기관의 한계를 벗어나야 한다는 과도한 요청이라고 해야 할 것이다.

Ⅲ. 소급적 무효의 정책적 목적?

처음의 문제제기를 다시 상기하고자 한다. 형벌규정의 입법, 개정, 폐지의 효과를 어느 정도에 미치게끔 해야 하는가 하는 질문의 답은 무엇보다도 형사정책적인 목적을 통해서 답변되어야만 한다. 이때 형벌규정의 폐지효과를 소급적으로 적용하고자 한다면 그것은 ‘어떠한 정책적 목적을 추구하는 것인가?’

위에서 언급한 것처럼 이미 진행된 절차내용을 전면적으로 부정하는 과정은 곧 법의 신뢰를 무너뜨리게 되고, 사회 내에서 자리잡아야 하는 규범의 안정화 과제에 반하는 것이라고 하였다. 이와 같은 부작용을 넘어서는 긍정적인 효과를 기대할 수 있을 때에만 소급적용이 정당화될 수 있을 것이다. 유죄판결을 받은 상태인 자, 수형자, 이미 형벌의 집행을 마친 자 등의 권리를 회복시킨다는 데에 더 큰 의의가 있다고 볼 수도 있을 것이다. 지금까지 상세하게 논증한 모든 내용을 통해 볼 때 그러한 개별적인 대상들의 권리를 회복시키는 것이 소급효금지, 일사부재리의 일반 원리에 반하는 것으로 보아야 할 것이지만, 그래도 현실적으로는 그 개인들이 자신에게 주어졌던 유죄의 판결이 잘못되었다는 것을 추후에라도 확인받는 것은 분명히 그에게 이익이 될 것이라는 기대도 충분히 있을 수 있다. 그러한 처리 과정에는 국가의 시간적, 비용적 에너지가 많이 소요될 것이지만 ‘시민의 잃어버린 권리를 회복시키는 과정’이라고 본다면 그 비용은 절약해야 하는 것이 아니라, 당연히 국가가 부담해야 하는 일종의 ‘과거사 처리 비용’이라고 말할 수 있을지도 모른다. 즉 국가가 부정한 법을 가지고 부정한 사법의 결과를 부정의하게 집행했다면, 그에 대해서는 어떠한 수준의 비용을 부담하고서라도 이를 국가 스스로 되돌이켜 주어야 한다는 것은 분명히 맞는 이야기이다.

그런데, 지금 진행되고 있는 우리 헌법재판소의 위헌심사의 건들이 과연 이와 같은 목적을 확인시키는 작업이라고 볼 수 있는 것인가? 위헌결정된 형벌 규정을 통해 처벌받은 개별적인 사람들이 모두 원래는 정당한 권리자였기 때문에, 잘못된 사법을 정정하는 과정을 거쳐서 복권시켜야만 하는 대상들인가? 아무리 많은 비용이 든다고 해도 이들의 권리를 확인시켜주는 작업을 해야 할 형사정책적인 목적이 있는가?

과거에 독일이 그러했듯, 처음부터 완전히 부정의한 내용을 갖고 있던 법률임이 아무런 이의 없이 확인되는 경우라면 위의 질문들에 대해서 쉽게 긍정할 수 있을 것이다. 그렇지만 지금 문제되는 우리의 위헌심사의 대상들은 처음부터 부정의한 내용으로서 사회구성원들의 어떠한 도덕적인 요청에도 근거하지 아니한 것이었다고 볼 수가 없다. 일정 시대에 매우 강한 규범적 명령을 가졌던 것이었으나, 이제 사회 전체의 윤리적인 평가기준이 바뀌어서 더 이상 법규범으로 통제하지 않아도 되는 것으로 확인된 대상에 불과하다. 누가 봐도 애초에 전혀 정의롭지 않은 규정에 의해 처벌받았던 사람이라면 아무리 긴 시대가 지난 이후에라도, 아무리 많은 비용이 들더라도 그 권리를 소급적으로 회복시켜야 할 의무를 반드시 국가가 짊어져야만 한다. 그러나 지금 ‘장차 간통죄를 형법적으로 처벌하지는 않아야 한다’는 결정을 내리는 것이 곧 ‘지금까지의 모든 간통행위는 법적으로 허용되는 행위였다’라는 선언으로 새겨지는 것이 옳다고는 누구도 생각하지 않는다. 이러한 상황에서 이 규범이 더 이상 효력이 없다고 결정할 때에, 그로부터 국가가 과거의 모든 행위자들의 권리를 회복시켜주는 것이 국가의 합리적인 의무가 될 수 있다고 생각할 사회의 구성원도 거의 찾아볼 수 없을 것이다.

개별적인 과거 행위자들의 시각에서 보아도 정책의 합리성은 의심스럽다. 과연 그러한 대상자들이 국가를 상대로 과거 불법에 의해 침해된 자신의 잃어버린 권리를 회복시켜 줄 것을 당당하게 요구할 수 있을 것인지도 의문이다. 간통죄와 같이 비도덕적인 행위가 곧 형벌의 대상인 경우에는 더욱 그러하다. 오히려 재심을 비롯한 제반 과정이 행위자의 안정화된 상태를 뒤늦게 혼란스럽게 할 수도 있게 된다. 그렇기에, 경우에 따라 불거질 수 있는 개인적 차원의 ‘부작용’을 감내하면서까지 국가에게 굳이 재심을 청구하고 ‘잃어버린 권리’를

회복하겠다고 나서는 사람들이 바라는 내심의 기대가 무엇인지도 짐작해 볼 수 있다. 간통으로 처벌받은 자로서 그가 ‘국가의 불법’에 의해 침해된 자신의 명예를 회복하겠다는 정의감이 큰 사람일지, 아니면 엄치를 묻어두고 어떻게 든 제도를 이용하여 국가를 상대로 경제적인 보상을 얻어내려 하는 사람일지 추측하는 것은 지금 상황에서도 전혀 어렵지 않다.

제7절 요약

형법과 그것을 진제로 둔 형벌권은 일정한 사회에서 당시의 시대상황을 배경으로 하게 된다. 그리고 형법은 다른 법률에 비해서 매우 늦지만 그래도 점진적으로 변경되어가고 있는 규범의식을 드러내어 보인다. 이를 매개로 한 국가의 형벌권은 그 행사와 제한 모두 일정한 시간적인 테두리 안에서만 이루어지는 것으로서 이를 넘어서 유효하게 하거나 소급하여 무효로 만드는 것은 그 이론적인 근거를 찾기 어렵다고 할 수 있다.

시민의 자유보장이라는 근대 자유주의적 법치국가 사고로부터, 형벌권의 제한으로 인해 피고인 등 시민의 자유가 확대되는 것은 어느 정도 엄격한 근거 없이도 가능하다고 이해되고 있다. 이로부터 시민의 자유보장적 장치로 알려져 있는 죄형법정주의나 일사부재리원칙 또한 쉽게 그 예외가 인정되는 것처럼 보인다. 그러나 죄형법정주의는 근대의 자유주의적인 근거로부터 시작된 것이 아니라 법률실정성원리, 즉 자의적인 판단을 배제하고 개별사안에 대한 감정으로부터 거리를 둔, 객관적인 처리를 위해서 고대에서부터 인정된 원칙임을 확인해 볼 수 있다. 일사부재리원칙 또한 시민의 기본권 보장의 사고가 자리잡기 훨씬 이전, 일회적 재판의 확정력이 필요하다는 사법의 본질로부터 확립된 원칙이라고 보아야 한다. 이러한 원칙의 본질을 고려해 본다면 피고인 또는 이미 형벌을 받은 자들로부터 형벌을 배제하는 방향으로 소급적용하는 방식 또한 엄격한 반대의 근거를 통해서 논증되어야 하는 것이다.

한 시대의 특정한 사법기관은 역사적인 규범인식이 변경된 것까지 소급적으로 뒤처리를 할 수도 없고, 그럴 수 있는 자격도 없다. 일정한 시대 안에서 주어진 임무를 감당하는 것에만 그 역량이 속해 있다는 점을 분명히 해야 한다.

형벌권의 시간적인 제한을 인식하는 것, 그리고 죄형법정주의와 일사부재리의 지혜를 잊지 않는 것은 바로 이와 같이 형사사법기관이 겸양을 갖추어야 한다는 윤리적인 당위를 지켜가는 길이기도 하다.

제5장 해석론적 해결방안

제1절 서설

헌법재판소법 제47조 제2항은 “위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실한다. 다만, 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다.”고 하여 형벌조항에 대한 위헌결정은 소급효를 갖는다고 규정하고 있다. 그런데, 일반적으로 어떤 법률이 헌법에 위반되는 경우 그 모습에는 여러 가지가 있을 수 있다.⁴⁴¹⁾

- I. 첫째, 제정 당시에는 합헌이었으나 후발적인 사정변경으로 인하여 위헌인 법률로 되는 경우가 있다. 그와 같은 예로 외국의 경우를 보면 국회의원 정수 배분규정이 제정당시에는 선거구 간의 국회의원 1인당의 선거인수 또는 인구수의 비율차가 크게 벌어지지 아니하여 합헌이었지만, 그 뒤의 인구의 이동 등에 의하여 비율차가 크게 벌어져 헌법의 선거권 평등의 요청에 반할 정도에 이룸으로써 위헌상태에 이르는 경우가 있는데, 비록 현재까지 우리나라의 경우는 이러한 이유로 위헌으로 선고된 법률 또는 법률의 조항은 없지만, 헌법재판소는 그 가능성을 여러 차례 시사한 바 있다(헌재 1990. 6. 25. 90헌가11 결정; 헌재 1992. 1. 28. 89헌가8 결정; 헌재 1993. 3. 11. 90헌가70 결정 등 참조). 그렇다면 후발적 위헌법률의 경우는 위헌선언을 하여도 장래에 향하여 효력을 잃는 장래효를 가질 수밖에 없을 것이며, 성질상 제정당시로 소급효를 인정해서는 안 될 것은 물론, 인정할 필요도 없을 것이다.
- II. 둘째, 법률의 조항 자체에는 위헌성이 없으나 평등의 원칙 위반이나 체계부조화 등으로 말미암아 재조정하지 않으면 위헌을 면할 수 없는 경우가 있다. 예컨대, 특정집단에게만 특별한 이익을 베푸는 이른바 ‘수혜법률’에 대해 있을 수 있는 일로, 저소득층을 위하여 재판외의 절차로서 법

441) 헌재 1993. 5. 13. 92헌가10등, 판례집 5-1, 226, 242-245 참조.

를상담을 베푸는 내용의 상담부조법(相談扶助法)에서 노동법사건에서는 상담을 베푸는 것을 배제시켰는데, 이는 노동법사건의 당사자에 대한 수혜배제로 평등의 원칙을 어겼다는 이유로 위헌이 되는 경우이다. 그럼에도 불구하고 이러한 경우까지 모두 그 법률의 제정당시로 소급하여 효력을 상실시킨다면 법의 공백으로 인하여 일반 법률사건까지도 법률상담의 혜택을 박탈하는 부당한 결과를 낳지 않을 수 없다. 따라서 이와 같은 경우에 외국의 헌법재판례에서는 소급적 법폐지가 아니라 오히려 특별한 사정이 없는 한 입법자에게 평등의 원칙 위반이나 체계부조화 등을 제거하는 입법을 할 것을 촉구하고 새로 법을 제정하기까지 경과적 조치로서 그 법률의 효력을 지속시키고 있다.⁴⁴²⁾

III. 셋째, 제정당시부터 원시적으로 위헌인 법률 또는 법률의 조항의 경우이다. 즉, 원시적 위헌법률인 경우인데, 이와 같은 경우라 하여도 일률적으로 쉽사리 소급효를 관철시킬 수는 없다.

먼저, 당사자의 권리구제보다도 법적 안정성에 치명적인 침해를 주는 경우를 상정할 수 있다. 예컨대, 만일 위헌인 선거법의 규정들에 의하여 선거가 치루어졌다고 할 때에 여기에 소급효를 인정한다면 이미 치른 선거자체가 위헌무효로 되어 전반적으로 재선거를 실시하여야 하는 심각한 국면에 이를 수밖에 없게 될 것이다. 특히 국회의원선거법의 규정이 위헌이라고 한다면 소급효에 의하여 경우에 따라서는 현재의 국회의원은 모두 자격을 상실하게 되어 위헌인 국회의원선거법을 합헌상태로 개정할 국회조차 존재하지 않게 된다는 극심한 혼란의 상태가 생길 수도 있을 것이다. 이러한 이유때문에 일본 최고재판소가 중의원선거법상의 중의원 의원정족수 배분규정의 위헌소송에서 그 위헌성을 인정하면서도 사정판결의 법리를 빌어 선거를 무효화하지 않았음은 주지의 사실이다.⁴⁴³⁾

442) 헌법불합치 및 잠정적용의 결정유형을 말한다.

443) 우리 헌법재판소도 인천광역시 계양구 중 유독 계양1동만을 분리하여 강화군 선거구에 편입시킨 것은 위헌이라며 위 '계양구·강화군 읍선거구란'에 대하여 제기된 헌법소원인 현재 1998. 11. 26. 96헌마54 결정에서, 위 선거구란에 대하여 특별한 사정이 없는 한 입법재량의 범위를 일탈한 것으로써 위헌적 요소를 지닌 선거구획정으로 보아야 한다고 하면서도, 입법 당시 제15대 국회의원선거가 임박한 상태에서의 시간부족, 위 선거구란의 한시적 성격

다음으로, 원시적 위헌법률이라 하여도 소급효를 말미암아, 합헌추정의 원칙에 의하여 제대로 된 법률로 믿은 선의의 국민의 신뢰 내지 기득권을 동요시키고 이미 형성된 법률관계의 안정을 해치는 경우가 생길 수 있다. 예를 들면, 특정계층에 조세감면을 베푸는 것이 베풀어서는 안될 특권이어서 그에 관한 규정이 위헌이 되었다고 할 때 그럼에도 이에 소급효를 인정하여 원상회복시켜야 한다면, 선의의 국민의 신뢰이익이 침해될 것은 물론, 누구나 그 시대의 법을 존중하여야 하는가 하면 그 시대의 법대로 이익을 향유하게 되는 것이 법치주의일진대, 법치주의의 원리에도 배치되는 것이 아닐 수 없을 것이다. 나아가 원래 위헌결정의 효과에는 법률폐지의 법규적 효력이 따르는 것이므로, 44) 위헌결정에 함부로 소급효를 인정하게 된다면 소급입법에 의하여 기히 취득한 재산권이 박탈당하는 결과가 되어 헌법 제13조 제2항의 규정에 저촉될 수도 있다. 이 점을 고려하여 헌법재판소의 위헌결정에 광범위한 소급효를 인정하는 대표적인 나라인 독일에서도 구법질서에 의하여 얻은 이득에 대하여 부당이득 반환청구를 허용치 않고 있는 것이다. 445)

또한, 위헌결정에 소급효를 엄격하게 관찰시킨다면 위헌선언한 구법을 적용하여 기관력 있는 판결로 종결된 사안 전반에 걸쳐 재고하여 백지화하여야 할

등 특수한 사정을 고려하여 합헌결정을 선고하였다(판례집 10-2, 742 이하).

444) 반대견해로 허완중, “위헌결정의 법률요건적 효력”, 「헌법학연구」 제19권 제3호, 한국헌법학회, 2013.9, 414-415면 : “법률이 폐지되면 당연히 법률의 효력도 상실되지만, 법률의 효력이 상실된다는 것에서 법률이 폐지된다는 결과를 당연히 도출할 수는 없다. 헌법은 입법자인 국회만이 법률을 폐지할 수 있다고 규정하고 있을 뿐이지, 헌법재판소에 법률을 폐지할 권한을 부여하지 않는다. 즉, 법률의 제·개정과 폐지는 입법권의 핵심적인 내용으로서 국회의 전속적 권한이므로(헌법 제40조), 헌법에 별도의 규정이 없는 한 헌법재판소는 법률을 폐지할 수 없다.”

445) 독일연방헌법재판소법 제79조(재판의 효력) ①기본법에 합치하지 아니한다거나 제78조(재판)에 의하여 무효라고 선언된 규범 또는 연방헌법재판소에 의하여 기본법과 합치하지 아니하는 것으로 선언된 규범의 해석에 근거한 형사확정 재판에 대하여는 형사소송법의 규정에 의한 재심절차가 허용된다. ②그 밖의 경우에는 제95조 제2항(재판소원 및 처분소원이 인용된 경우)의 규정 또는 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고 제78조에 의하여 무효라고 선언된 규범에 근거한 더 이상 취소할 수 없는 결정은 방해받지 아니한다. 이러한 결정에 근거한 집행은 허용되지 아니한다. … 부당이득을 이유로 하는 청구는 불가능하다.

것으로, 재심은 비단 유죄판결의 경우만이 아니라 모든 확정판결사건 일반에까지 확대시켜야 할 것이다. 독일의 입법례도 그렇지 않다. 또 비록 형벌에 관한 법규가 위헌결정의 소급효 때문에 그에 기한 유죄판결이 재심사유가 되어도 형사실체법규에 관하여 위헌결정이 난 경우가 그에 해당되는 것이지, 형사절차법규에 위헌결정이 난 경우는 원칙적으로 포함되지 아니함을 유의해야 할 것이다.⁴⁴⁶⁾

이상 본 바에 의하여 원시적 위헌법률이라 하여도 쉽사리 소급효를 인정하기는 어렵다고 할 것이며, 그리하여 독일 법제가 위헌법률에 관한 무효설에 입각한 소급효를 원칙으로 하고 있지만 소급효의 제한규정을 두는 한편, 실무운영상 소급효를 완화시키기 위하여 장래효(선고 즉시 효력이 생기는 즉시효 또는 현재효)나 미래효(선고 후 일정기간 경과 뒤에 효력발생)밖에 없는 위헌선언을 선택하여야 할 때가 적지 않으며, 그 비율이 위헌결정의 과반수를 점한다는 것도 결코 우연이 아니라고 할 것이다.

제2절 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효 제한의 필요성

1. 형벌조항에 대한 위헌결정의 효과

앞에서 본 바와 같이 헌법재판소법 제47조 제2항 단서는 형벌조항⁴⁴⁷⁾에 대

446) “헌법재판소법 제47조 제2항 단서규정에 의하여 위헌결정의 법규적 효력에 의하여 소급효가 인정되는 ‘형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항’의 범위는 실제적인 형벌법규에 한정하여야 하고, 위헌으로 결정된 법률이 형사소송절차에 관한 절차법적인 법률인 경우에는 동 조항이 적용되지 않는 것으로 가급적 좁게 해석하는 것이 제도적으로 합당하다.”(헌재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 887, 재판관 한병채, 재판관 이시윤, 재판관 김문희의 보충의견 중에서)

447) 여기에서 형벌조항이라 함은 형사법 중에서도 범죄구성요건에 관한 실체법규를 지칭한다. 그러므로 형벌조항뿐만 아니라 각종 특별형벌의 형벌조항도 포함된다. 그리고 행정법상의 벌칙규정에도 적용된다. 즉, 행정벌 중 행정형벌뿐만 아니라 행정질서벌에 관한 법률조항이 위헌결정된 경우에도 소급적으로 그 적용이 거부되고 또한 재심이 허용된다. 보호감호처분에 관한 법률조항도 실제적 형벌법규로 보아야 할 것이다(헌재 1989. 7. 14. 88헌가5등, 판례집 1, 69, 81 참조). 전정환/문광삼/남복현, 「헌법재판소결정의 효력에

한 위헌결정은 소급효를 갖는다고 규정하고 있고, 같은 조 제3항은 위헌으로 결정된 법률조항에 근거한 유죄의 확정판결에 대하여는 재심을 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 이들 조항은 헌법재판소법 제68조 제2항의 규정에 따른 이른바 “규범통제형 헌법소원”에서 형벌조항에 대하여 위헌결정이 내려지는 경우에도 준용된다(헌법재판소법 제75조 제6항). 그리고 대법원 판례에 의하면, 위헌결정으로 인하여 형벌에 관한 법률 또는 법률조항이 소급하여 그 효력을 상실한 경우에는 당해 법조를 적용하여 기소한 “피고사건이 범죄로 되지 아니한 때”(형사소송법 제325조)에 해당하여 무죄를 선고하여야 한다.⁴⁴⁸⁾

이는 유죄판결에 따른 부수적 효과를 제거하기 위한 것이다. 즉, 형이 집행된 이후라 할지라도 명예회복이라는 이익이 있고, 또 재심에서 무죄판결을 받는 경우 그 판결은 관보와 재심담당법원 소재지의 신문지에 공시되고(형사소송법 제440조), 그 이외에도 집행된 벌금, 몰수된 물건 또는 추징금액의 환부 등과 같은 법률상 이익을 보전받을 수 있다.⁴⁴⁹⁾

뿐만 아니라 헌법 제28조는 “형사피의자 또는 형사피고인으로서 구금되었던 자가 법률이 정하는 불기소처분을 받거나 무죄판결을 받은 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가에 상당한 보상을 청구할 수 있다.”고 규정하고 있고, ‘형사보상 및 명예회복에 관한 법률’ 제2조(보상요건) 제1항은 “「형사소송법」에 따른 일반절차 또는 재심이나 비상상고(非常上告)⁴⁵⁰⁾ 절차에서 무죄재판을 받아 확정된 사건의 피고인이 미결구금(未決拘禁)을 당하였을 때에는 이 법에 따라 국가에 대하여 그 구금에 대한 보상을 청구할 수 있다.”고 규정하고 있다.

예컨대, 형법상 간통죄⁴⁵¹⁾에 대하여 위헌결정이 내려지면 이 규정에 따라

관한 연구 (헌법재판연구 제7권)», 헌법재판소, 1996, 288-289면.

448) 대법원 1991. 10. 22. 선고 91도1617 전원합의체 판결. 同旨, 대법원 1992. 5. 8. 선고 91도2825 판결; 대법원 2003. 6. 27. 선고 2002도7403 판결; 대법원 2007. 6. 28. 선고 2005도8317 판결.

449) 이재상, 「신형사소송법」, 박영사, 2010, 764면.

450) 비상상고란 확정판결에 대하여 그 심판의 범령위반을 이유로 허용되는 비상구제절차를 말한다. 이재상, 「신형사소송법」, 박영사, 2010, 769면. 형사소송법 제441조(비상상고이유)는 “검찰총장은 판결이 확정된 후 그 사건의 심판이 범령에 위반한 것을 발견한 때에는 대법원에 비상상고를 할 수 있다.”라고 규정하고 있다.

451) 형법 제241조(간통) ①배우자있는 자가 간통한 때에는 2년 이하의 징역에

1953년 형법 제정 시부터 간통죄로 유죄 확정판결을 받은 사람이나 그 유족은 모두 재심을 청구할 수 있고, 재심결과에 따라 구금된 기간만큼 국가에 보상을 청구할 수 있게 된다. 그 대상자만도 10만 명 안팎으로 추정되고, 형사보상금 액수만도 수천억 원대일 것으로 전망된다고 한다.⁴⁵²⁾

한편 법원행정처가 발간한 「사법연감」에 따르면, 지방법원의 경우 2009년 까지 200명 선을 유지하던 형사보상청구 인용대상⁴⁵³⁾이 2010년에는 8,230명으로 크게 증가했고, 2011년에는 지방법원 형사공판 사건에서 무죄선고를 받은 인원 49,006명 중 33,025명이 형사보상을 신청해 그 중 20,625명의 신청이 인용되었고, 2012년에는 무죄선고를 받은 인원 61,429명 중 44,413명이 형사보상을 신청해 그 중 41,732명의 신청이 인용되었다.⁴⁵⁴⁾ 지급된 보상금액은 지방법원에서 2011년에는 183억 1,600여만 원에 이르러 건당 888,000원 정도를 보상받았고, 2012년에는 370억 6,734만원을 받아 건당 역시 888,000원 정도를 보상받았다. 이와 같은 현상은 헌법재판소가 2009. 7. 30. 2008헌가17 사건에서 구 도로법 제86조의 양벌규정에 대하여 위헌결정을 내리면서 관련 재심사건이 급증해 2010년에 22,382명이던 무죄선고 인원이 위에서 보듯이 2011년에는 49,006명으로 두 배 이상 늘었다. 도로법 위헌결정과 관련하여 형사보상 결정이 내려진 건수는 20,191건으로 형사보상 사건(20,625명)의 거의 대부분(98%)을 차지했고, 액수에서도 지급액 183억여 원 중 120억여 원을 차지했다(66%). 2012년에도 도로법 위헌결정과 관련하여 형사보상 결정이 내려진 건수는 41,108건으로 형사보상 사건(41,732명)의 거의 대부분을 차지했고(99%), 액수에서도 지급액 370억 6,734만 원 중 261억 7,184만 원을 차지했다(71%).⁴⁵⁵⁾

처한다. 그와 상간한 자도 같다.

②전항의 죄는 배우자의 고소가 있어야 논한다. 단, 배우자가 간통을 중용 또는 유서한 때에는 고소할 수 없다.

452) 한겨레신문, 2013.6.4.자, 10면 기사 참조.

453) 2003년 198명, 2004년 257명, 2005년 172명, 2006년 184명, 2007년 195명, 2008년 276명, 2009년 216명.

454) 고등법원의 경우 2003년 49명, 2004년 40명, 2005년 46명, 2006년 30명, 2007년 39명, 2008년 54명, 2009년 55명, 2010년 43명, 2011년 67명, 2012년 93명으로 역시 2011년과 2012년에 급증하였다.

455) 「2012년 사법연감」은 법률신문 제4065호, 2012.9.20.자, 3면에서 재인용, 「2013년 사법연감」은 680·951·955·965·966면 참조.

II. 해석론적 해결방안

1. 서설

현행 헌법과 헌법재판소법 하에서 헌법재판소가 헌법 및 헌법재판소법의 해석을 통하여, 다시 말하여 헌법재판소의 결정으로 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효를 제한하는 방안은 크게 몇 가지로 논의되고 있다. 첫째, 심판대상인 법률조항의 입법연혁을 살펴 위헌결정의 대상이 된 당해 조항에 의하여 유죄 확정판결을 받은 자들에게만 재심을 허용함으로써 위헌결정의 소급효를 실질적으로 제한하는 방안이 있고,⁴⁵⁶⁾ 둘째, 후발적 위헌사유가 발생한 법률조항의 경우에 해당 후발적 위헌사유가 발생한 시점까지만 소급효를 인정하는 방안이 있으며, 셋째, 같은 심판대상이라도 종전에 헌법재판소의 합헌결정이 있는 경우에는 원칙적으로 동 합헌결정(합헌결정이 여러 번 있었던 경우에는 최종 합헌결정) 때까지만 소급효를 인정하는 방안이 있고, 넷째, 형벌조항에 대한 헌법불합치결정을 활용하는 방안이 있다. 그 밖에 재판의 전제성 요건을 엄격히 적용함으로써 결과적으로 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효를 제한하는 방안이 있다.

이 중에서 헌법불합치결정을 활용하는 방안의 타당성 여부에 대하여는 절(節)을 달리하여 제4절에서 집중적으로 살펴보기로 하고, 이 절(節)의 이하에서는 위와 같은 해석론적 해결방안과 관련하여 그동안 헌법재판소에서 문제가 되었던 몇 가지 사례를 검토하고, 제3절에서는 헌법재판소에서 합헌결정 후 위헌결정이 있었던 사례를 분석해 보기로 한다.

2. 몇 가지 사례와 구체적 해석론

가. 건축법 사건

甲은 관할관청의 허가 없이 자신이 대표이사로서 있는 A회사 소유의 근린생

456) 이 부분은 엄밀하게 보면 위헌결정의 소급효제한의 문제라기보다는 “소급효가 문제되는 법률조항이 구체적으로 무엇인지”의 문제라고 볼 수 있으나, 넓게 보면 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효를 제한하는 효과가 있으므로 함께 논의하기로 한다.

활시설 건물을 사무실로 용도변경한 행위로 동 회사와 같이 공소제기되어 1992. 10. 29. 서울지방법원(92고단3194)에서 구 건축법(1991. 5. 31. 법률 제 4381호로 전문개정되기 전의 것) 제54조 제1항, 제5조 제1항, 제48조 위반으로 甲은 벌금 300만원, A회사는 벌금 500만원을 선고받고 그 형이 확정되었다. 그런데 헌법재판소는 그 후 1997. 5. 29. 선고한 94헌바22 사건에서 “건축법(1991. 5. 31. 법률 제4381호로 전문개정된 것) 제78조 제1항 중 제14조의 규정에 의한 제8조 제1항 부분은 헌법에 위반된다.”는 위헌결정을 내렸다.⁴⁵⁷⁾ 그러자 甲과 A회사는 건축물의 무단 용도변경행위의 처벌에 관한 건축법의 개정 전후의 조문내용에 차이가 없으므로 구 건축법의 조항도 위헌이 된다는 이유로 재심청구를 하였고, 서울지방법원은 1997. 12. 4. 재심개시결정(97재고단9)을 하였으며 즉시항고기간의 도과로 확정되었다.

그 후 위 법원에서 재심공판절차를 진행하는 과정에서 甲과 A회사는 구 건축법 제54조 제1항 중 제48조 규정에 의한 제5조 제1항 부분에 대한 위헌여부 심판의 제청신청을 하였고, 법원은 이를 받아들여 1998. 8. 27. 헌법재판소에 위헌여부의 심판을 제청하였다(98헌가9).⁴⁵⁸⁾ 이에 대하여 헌법재판소는 2000. 1. 27. 재판관 7:2의 의견으로 위 사건이 재판의 전제성이 있는 것으로 인정한 후,⁴⁵⁹⁾ “구 건축법(1991. 5. 31. 법률 제4381호로 전문개정되기 전의 것) 제54조 제1항 중 제48조 규정에 의한 제5조 제1항 부분은 헌법에 위반된다.”는 위헌결정을 선고하였다.⁴⁶⁰⁾

457) 판례집 9-1, 529 이하. [위헌사유는 죄형법정주의 및 포괄위임금지원칙 위반]

458) 판례집 12-1, 1 이하.

459) “형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항에 대한 위헌결정으로 유죄의 확정판결에 대해 재심이 청구되어 재심개시결정이 확정되면 법원은 그 사건에 대해 다시 심판을 하여야 하며(헌법재판소법 제47조 제4항, 형사소송법 제438조 제1항), 불복없이 확정된 재심개시결정의 효력은 이후 이를 다룰 수 없는 것인데, 기록에 의하면 이 사건 재심개시결정에 대한 즉시항고기간의 도과로 재심개시결정이 확정된 사실이 인정되므로, 법원으로서도 비록 재심사유가 없었다 하더라도 그 사건에 대해 다시 심판을 하여야 하며 이후 위 재심개시결정의 효력은 상소심에서도 이를 다룰 수 없다. 그리고 재심재판에 있어서 제청신청인들의 무단용도변경행위는 이 사건 법률조항의 위헌여부에 따라 무죄가 될 수도 있으므로 이 사건 법률조항의 위헌여부는 재판의 전제가 된다. 따라서 이 사건 법률조항의 위헌여부가 재판의 전제가 된 이상 법원의 위헌심판제청은 적법하다 할 것이다.”(위 판례집 8)

이와 같은 다수의견에 대하여 재판관 2인의 반대의견은 법원의 이 위헌여부 심판 제청은 부적법하여 각하하는 것이 옳다고 하면서 다음과 같이 설시하고 있다.

「위헌결정 이전에 확정된 형사사건에 그 위헌결정의 효력이 미치는지 여부를 결정하는 문제는, 법원의 재심청구사유의 유무 및 법률해석에 관한 판단영역에 속하므로 헌법재판소는 이에 관여할 수 없는 것이 원칙이다. 그러나 이 사건에서 제청법원은 헌법재판소의 위헌결정이 전문개정된 신 건축법의 형벌조항⁴⁶¹⁾에 대한 것이었음에도 불구하고 구 건축법인 이 사건 법률조항⁴⁶²⁾을 적용하여 확정된 사건도 헌법재판소법 제47조, 제75조 제7항에 관련된 소송사건인 것으로 보고 재심개시결정을 한 것이 분명하다. (중략)

다시 말하면, 재심공판절차에서 공소장의 적용법조에 대한 위헌여부심판의 제청은 형사소송법 제420조에 열거된 재심이유에 의하여 재심개시결정을 한 때에는 가능하나, 이 사건처럼 헌법재판소법 제47조, 제75조 제7항에 의하여 재심개시결정을 한 경우에는 공소장의 적용법조에 대한 위헌여부심판의 제청은 허용할 수 없는 것으로 해석된다. 그러므로 신 건축법의 형벌조항에 대한 위헌결정의 효력이 이 사건 법률조항을 적용한 확정된 사건에도 미치는지 여부에 관하여, 만일 헌법재판소가 위헌결정의 효력범위를 따지거나 이 사건 법률조항

460) 위헌사유는 위 94헌바22 결정과 같이 죄형법정주의 및 포괄위임금지원칙 위반.

461) 신 건축법 제78조(벌칙) ① 도시계획구역 안에서 제8조 제1항……의 규정에 위반하여 건축물을 건축……한 건축주 및 공사시공자(건축주 및 공사시공자가 법인인 경우에는 그 대표자를 말한다. 이하 같다)는 3년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

제8조(건축허가) ① ……건축물을 건축……하고자 하는 자는 미리 시장 또는 군수의 허가를 받아야 한다.

제14조(용도변경) ① 건축물의 용도를 변경하는 행위는 대통령령이 정하는 바에 의하여 이를 건축물의 건축으로 본다.

462) 구 건축법 제54조(벌칙) ① 도시계획구역 안에서 제5조 제1항 본문……에 위반하여 건축물을 건축하거나 대수선하는 건축주(법인인 경우에는 그 대표자를 말한다. 이하 같다)는 3년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

제5조(건축허가) ① ……건축물을 건축…… 하거나 대수선하고자 하는 자는 미리 시장 또는 군수의 허가를 받아야 한다.

제48조(용도변경) 건축물의 용도를 변경하는 행위는 대통령령이 정하는 바에 따라 이 법의 적용에 있어서는 이를 건축물의 건축으로 본다.

에 대한 위헌성 심사를 한다면, 그것은 재심판결에 대한 상소심 공판절차에서 다투게 될 재심청구 사유의 유무와 법률해석의 영역을 침해하는 결과가 되므로, 헌법재판소는 이 위헌여부심판의 제청에 대한 실질적인 판단은 할 수 없다고 보아야 한다. (중략)

다수의견은 법원의 위헌여부심판 제청에 관한 우리의 기존의 선례와 구별할 필요가 없는 것으로 보고 이 사건 법률조항을 헌법에 위반된다고 선언하였다. 그러나, 이 결정으로 인하여 신 건축법에 대한 위헌결정의 효력을 구 건축법인이 사건 법률조항과 관련된 소송사건도 재심을 청구할 수 있게 그 범위를 넓힌 것은 법적 안정성을 크게 해치는 결과를 빚게 된다(법무부장관의 의견에 의하면, 구 건축법 위반에 해당되는 사건은 78,415건이고 인원은 86,715명으로 상당 부분이 용도변경으로 처벌되었다고 한다). 이러한 다수의견의 결론은 신 건축법에 대한 위헌결정의 효력이 주문뿐만 아니라 이유에도 미치는 것으로 인정한 셈이 되므로, 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효가 어느 범위까지 미칠지 그 한계를 가늠할 길이 없다. 더욱이, 형사사건의 재심은 민사·특별사건과는 달리(민사소송법 제426조, 제427조, 행정소송법 제8조 참조), 형사소송법에 재심을 제기할 수 있는 기간에 대한 제한규정도 두지 않았다.

이와 같은 불합리한 다수의견의 결론과 논증은 그 정당성에 의문을 갖게 하고, 법해석론에서 요구하는 객관성과 설득력의 측면에서 보더라도 도저히 수긍이 되지 아니한다. 이러한 이유 때문에 우리가 말하는 새로운 영역, 그곳은 다수의견이 따르고 있는 선례가 지배하는 기존의 영역과는 사뭇 다르므로 이 새로운 영역에 적용될 새 룰(Rule)을 필요로 하는 것이다.⁴⁶³⁾

이와 같이 재심사유가 없음에도 법원의 재심개시결정이 확정됨으로써 어떤 법률조항이 재판의 전제가 된 경우에, 헌법재판소가 위헌법률심판이나 규범통제형 헌법소원심판에 요구되는 재판의 전제성 요건을 충족했다고 인정하는 것은 형벌조항의 소급효 문제와 관련하여 법적 안정성의 측면에서 심각한 부작용을 초래할 수 있다.

더군다나 기존 법률의 일부를 추가·수정·삭제하는 방식으로 법률이 일부 개정된 경우에는 개정법률이 시행됨과 동시에 그 개정내용이 기존법령의 내용

463) 위 판례집 12-15면.

에 흡수되므로, 개정법률에 종전 법률의 본칙이나 부칙에 규정되어 있던 개별 내용을 다시 반영하지 않더라도 종전 법률의 내용이 일부 개정으로 인하여 실효되지 않는다. 그러나 법률이 전부 개정된 경우에는 기존 법률을 폐지하고 새로운 법률을 제정하는 것과 마찬가지로 종전의 본칙은 물론 부칙규정도 모두 소멸하는 것이므로 특별한 사정이 없는 한 종전의 법률 부칙의 경과규정도 실효된다.⁴⁶⁴⁾

요컨대, 위 구 건축법과 신 건축법의 해당 조항은 전혀 다른 법률조항이었다. 따라서 헌법재판소법에 따를 때, 신 건축법 조항에 대한 헌법재판소의 1997. 5. 29.자 위헌결정에 따라 1991. 5. 31. 이후에 동 조항이 적용되어 유죄 확정판결을 받은 자들이 재심을 청구할 수 있음은 별론으로 하고, 구 건축법 조항이 적용되어 유죄 확정판결을 받은 자들이 제기하는 재심청구는 재심사유가 없었던 것이므로 법원에서 기각되어야 하고, 그럼에도 불구하고 법원에서 위헌제청을 하였더라도 이에 대하여 헌법재판소는 재판의 전제성 결여나 기타의 이유로 부적법 각하결정을 했어야 한다. 즉, 재판의 전제성 요건을 활용하여 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효가 남용되는 것을 방지하는 방안이다.⁴⁶⁵⁾

나. 혼인빙자간음죄(형법 제304조) 사건

헌법재판소는 현재 2009. 11. 26. 2008헌바58등 사건에서 재판관 6:3의 의견으로, 「형법 제304조(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정되고, 1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 중 “혼인을 빙자하여 음행의 상습없는 부녀를 기망하여 간음한 자” 부분은 헌법에 위반된다.」는 결정을 선고하였다.⁴⁶⁶⁾ 이 결정에서

464) 대법원 1996. 4. 9. 선고 95누11405 판결; 대법원 2002. 7. 26. 선고 2001두 11168 판결; 대법원 2004. 6. 24. 선고 2002두10780 판결; 현재 2012. 5. 31. 2009헌바123등, 판례집 24-1하, 281, 294 참조. 다만, 형법의 경우에는 1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 이후 타법(정부조직법) 개정으로 인한 정부부처명의 변경을 포함하여 9차례 개정이 있었는데, 모두 일부개정이었고 전부 개정된 경우는 없다. 법제처 홈페이지 중 국가법령정보센터의 형법의 ‘연혁’ 참조.

465) 다만, 헌법재판소의 실무례에서는 이에 해당하는 사례가 많지 않을 것이다.

466) 판례집 21-2하, 520 이하. 이 결정은 현재 2002. 10. 31. 99헌바40등 결정에서 (재판관 7:2의 의견으로) 합헌결정을 내린 선례(판례집 14-2, 390 이하)

헌법재판소는 1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 형법 제304조(혼인빙자 등에 의한 간음)⁴⁶⁷를 심판대상으로 하였는데, 동 조항은 “혼인을 빙자하거나 기타 위계로써 음행의 상습 없는 부녀를 기망하여 간음한 자는 2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.”고 규정하였다.⁴⁶⁸ 그런데 동 개정법 이전의 형법 제304조(혼인빙자등에 의한 간음)는 “혼인을 빙자하거나 기타 위계로써 음행의 상습없는 부녀를 기망하여 간음한 자는 2년 이하의 징역 또는 2만5천환 이하의 벌금에 처한다.”고 규정하여 ‘2만5천환 이하의 벌금’을 ‘500만원 이하의 벌금’으로 바꾼 것이다.

따라서 헌법재판소의 2009. 11. 26. 위헌결정으로 소급하는 지점이 어디까지 인가 하는 점이 문제될 수 있다.⁴⁶⁹ 이 경우 위 1995. 12. 29. 개정법 제304조와 개정전 제304조는 실질적으로 같은 내용이고 헌법재판소의 위헌결정도 법정형(특히 벌금형)이 문제가 아니라 그 구성요건 부분의 위헌성을 지적한 것이어서 위 헌법재판소의 위헌결정은 위 형법조항이 제정된 1953. 9. 18.까지 소급되어야 한다는 의견이 있을 수 있다. 즉, 1953. 9. 18. 형법이 제정된 이후로 위 제304조에 따라 혼인빙자간음죄로 유죄의 확정판결을 받은 사람들은 모두 재

를 변경하여 위헌결정을 선고한 것이다. 그런데 헌법재판소는 이 99헌바40 등 결정에서, “다만 입법자로서는 혼인빙자간음죄의 폐지론자들이 그 논거로 제시하는 바, 첫째 개인의 사생활 영역에 속하는 남녀간의 내밀한 성적 문제에 법이 지나치게 개입하는 것은 부적절하고, 둘째 세계적으로도 혼인빙자간음행위를 처벌하는 입법례가 드물며, 셋째 이 사건 법률조항이 협박을 하거나 위자료를 받아내기 위한 수단으로 악용되는 경우가 많고, 넷째 국가형벌로서의 처단기능이 많이 약화되었으며, 다섯째 형사정책적으로도 형벌의 억제효과가 거의 없고, 여섯째 여성보호의 실효성도 의문이라는 점 등에 대한 면밀한 관찰을 통하여 혼인빙자간음죄를 앞으로도 계속 존치할 것인지 여부에 관한 진지한 접근이 필요하다고 보여 진다.”는 내용을 부기하였는바(위 판례집, 401), 국회는 헌법재판소의 후속결정(위헌결정)에 이르기까지 폐지 또는 개정의 노력을 하지 아니하였다.

467) 시행일은 1996년 7월 1일이다.(동법 부칙 제1조) 이하 이 후에서 (제정 또는 개정) 법률의 시행일은 따로 적지 아니한다.

468) 한편, 입법자는 2012. 12. 18. 법률 제11574호로 형법을 개정하면서 형법 제304조를 삭제하였다.

469) 다만, 주지하는 바와 같이 형법 제304조에 대하여는 헌법재판소가 2002. 10. 31. 합헌결정을 선고한 바 있는데(99헌바40등), 헌법재판소의 위헌결정 전에 같은 조항에 대한 합헌결정이 있었던 경우 후의 위헌결정이 종전의 합헌결정 시점까지만 소급하는지 여부는 별개의 문제이다.

심을 청구하여 무죄판결을 받을 수 있고, 구금되었던 자들은 형사보상을 청구할 있다는 것이다.⁴⁷⁰⁾

그러나 이 경우에도 헌법재판소의 위헌결정은 위와 같이 1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 형법 제304조에 따라 동 조항의 시행일인 1996. 7. 1. 이후에 유죄 확정판결을 받은 자만이 재심을 청구할 수 있는 것으로 엄격하게 해석, 적용하여야 할 것이다.⁴⁷¹⁾ 신·구법 조항의 내용이 실질적으로 같다는 이유로 재심청구를 허용한다면 그에 따르는 형사보상의 문제까지 연쇄적인 파급효과를 초래하게 될 것이기 때문이다. 헌법재판소의 위헌결정의 소급효 문제는 법률조항의 형식적 동일성 여부에 따라 인정되어야 하는 것이다.

다. 간통죄(형법 제241조) 사건

헌법재판소는 그 동안 형법상 간통죄 규정에 대하여 4차례에 걸쳐 합헌결정을 선고한 바 있다.

(1) 합헌결정례

헌법재판소는 먼저 현재 1990. 9. 10. 89헌마82 사건에서 재판관 6:3의 의견으로 “형법(1953. 9. 18. 법률 제293호) 제241조는 헌법에 위반되지 아니한다.”는 결정을 선고하였고,⁴⁷²⁾ 그 후 현재 1993. 3. 11. 90헌가70 사건에서도 역시

470) 하태영, “혼인빙자간음죄 위헌결정과 소급효문제”, 「법률저널」 2009.12.18. 자, 6면 기고문 참조.

471) 한편, 허완중 박사는 이에 대하여, “따라서 위헌결정의 소급효는 심판대상인 형법 제304조가 효력을 발생한 1997년 1월 1일(1996년 7월 1일의 오기인 듯하다)을 넘어 미칠 수 없다. 그리고 선고시점인 2002년 10월 31일에 합헌결정을 통해서 심판대상인 형법 제304조가 합헌임이 확인되었으므로, 위헌결정은 2002년 10월 31일 0시를 넘어 소급할 수 없다. 결론적으로 사정변경시점을 확정할 수 없어서 형법 제304조의 적용을 받는 자에게 유리하게 위헌결정의 소급효는 형법 제304조가 개정되어 효력을 발생한 시점인 1997년 1월 1일 0시까지 소급하는 것이 원칙이지만, 이전 합헌결정의 차단효로 말미암아 2002년 10월 31일 0시까지만 소급한다고 보아야 할 것이다.”라고 한다. 同人, “형벌에 관한 법률이나 법률조항에 대한 위헌결정의 소급시점”, 「인권과정의」 Vol. 425, 범조협회, 2012.5, 61-62면.

재판관 6:3의 의견으로 “형법(1953. 9. 18. 법률 제293호) 제241조는 헌법에 위반되지 아니한다.”는 결정을 선고하였다.⁴⁷³⁾

한편 헌법재판소는 그 후 헌재 2001. 10. 25. 2000헌바60 사건에서 재판관 8:1의 의견으로 “형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제241조는 헌법에 위반되지 아니한다.”는 결정을 선고하면서,⁴⁷⁴⁾ “다만 입법자로서는 그동안 꾸준히 제기되고 있는 간통죄폐지론의 논거로 주장되고 있는 바, 첫째 기본적으로 개인간의 윤리적 문제에 속하는 간통죄는 세계적으로 폐지추세에 있으며, 둘째 개인의 사생활 영역에 속하는 내밀한 성적 문제에 법이 개입함은 부적절하고, 셋째 협박이나 위자료를 받기 위한 수단으로 악용되는 경우가 많으며, 넷째 수사나 재판과정에서 대부분 고소취소되어 국가형벌로서의 처단기능이 약화되었을 뿐만 아니라, 다섯째 형사정책적으로 보더라도 형벌의 억제효과나 재사회화의 효과는 거의 없고, 여섯째 가정이나 여성보호를 위한 실효성도 의문이라는 점 등과 관련, 우리의 법의식의 흐름과의 면밀한 검토를 통하여 앞으로 간통죄의 폐지여부에 대한 진지한 접근이 요구된다.”고 부기하였는바,⁴⁷⁵⁾ 그럼에도 불구하고 국회는 아무런 노력을 기울이지 않았고, 결국 헌법재판소는 헌재 2008. 10. 30. 2007헌가17등 사건에서도 재판관 4:5⁴⁷⁶⁾의 의견으로 “형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제241조는 헌법에 위반되지 아니한다.”는 결정을 선고하였다.⁴⁷⁷⁾

그러므로 다음에 간통죄 사건이 다시 헌법재판소의 심판대 위에 오르고 그 때까지 동 조항의 폐지나 개정이 이루어지지 아니하여 헌법재판소가 위헌결정을 내리더라도, 국가(국회)는 위헌결정에 따르는 재심청구 및 형사보상청구의 흥수에 대하여 책임을 저야 마땅할 것이다.

472) 판례집 2, 306 이하.

473) 판례집 5-1, 18 이하.

474) 판례집 13-2, 480 이하.

475) 위 판례집 487.

476) 이 중 재판관 4인은 단순위헌의견을, 재판관 1인은 헌법불합치의견을 각 제시하였다.

477) 판례집 20-2상, 696 이하.

(2) 평가

위와 같이 헌법재판소의 위 네 차례 합헌결정의 심판대상은 1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 형법 제241조로 동일하다. 그런데 향후 새로운 사건에서 헌법재판소가 형법 제241조에 대하여 위헌결정을 선고하는 경우에 그 위헌결정의 소급효는 어디까지 미치게 될까? 헌법재판소법 제47조 제2항 단서에서 규정한 바와 같이 위 형법규정이 제정된 1953. 9. 18. 이후에 동 조항이 적용되어 유죄판결이 확정된 사람들 모두에게 소급효가 미칠까? 아니면 헌법재판소가 합헌결정한 시점까지, 구체적으로는 마지막으로 합헌결정한 시점까지 소급효가 미치는 것으로 보아야 하는 걸까?

대법원은 이 문제와 관련하여 2011. 4. 14. 선고한 2010도5605 판결에서 다음과 같이 판시한 바 있다.

「위헌결정에 소급효를 인정하는 것은 개별사건에 있어서의 정의 내지 평등의 원칙을 구현하는 측면이 있는 반면, 법적 안정성 내지 신뢰보호의 원칙에는 배치되는 측면도 있어 그 중 어느 원칙을 보다 중시할 것인지는 원칙적으로 입법적 선택의 문제라 할 수 있고, 우리 헌법재판소법이 형벌조항에 대한 위헌결과와 비형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효를 명문으로 달리 규정한 것도 그 때문이다.

그런데 이러한 입법적 결단에도 불구하고 그 효력이 다양할 수밖에 없는 위헌결정의 특수성 때문에 예외적으로 부분적인 소급효의 인정 또는 소급효의 제한 가능성을 부정할 수는 없다. 따라서 당사자의 소급적 권리구제를 위한 구체적 타당성의 요청, 소급효 인정에 따른 법적 안정성 또는 신뢰보호의 침해 우려, 구법에 의하여 형성된 법적 질서 혹은 기득권과 위헌결정에 따른 새로운 법적 질서의 조화 등 제반 이익을 종합적으로 고려하여 맹목적인 소급효의 인정이나 부인이 오히려 정의와 형평 등 헌법적 이념에 심히 배치되는 것으로 인정될 때에는, 법문의 규정에도 불구하고 그 소급효의 범위를 달리 정할 필요성이 인정된다고 할 것이다. 이미 대법원과 헌법재판소는 비형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효와 관련하여 이와 같은 법리를 명시적으로 채택하고 있다(대법원 2003. 7. 24. 선고 2001다48781 전원합의체 판결, 대법원 2009. 5. 14. 선고

2007두16202 판결, 헌법재판소 2008. 9. 25. 선고 2006헌바108 전원재판부 결정 등 참조).

형벌조항의 경우에도 그 제정이나 개정 이후의 시대적·사회적 상황의 변화로 말미암아 비로소 위헌적인 것으로 평가받는 경우에는 그 조항의 효력발생 시점까지 위헌결정의 전면적인 소급효를 인정하는 것이 오히려 사법적 정의에 현저히 반하는 결과를 초래할 수 있으므로, 헌법재판소법 제47조 제2항 단서의 규정에도 불구하고 그 소급효를 제한할 필요성이 있음은 비형벌조항의 경우와 크게 다르지 않다 할 것이다. 특히 동일한 형벌조항에 대하여 과거 헌법재판소의 결정에 의하여 그 조항의 합헌성이 선언된 바 있음에도 그 후의 사정변경 때문에 새로 위헌으로 결정된 경우에는 더욱 그러할 것이다.

그럼에도 형벌조항에 대한 위헌결정의 경우, 죄형법정주의 등 헌법과 형사법 하에서 형벌이 가지는 특수성에 비추어 위헌결정의 소급효와 그에 따른 재심 청구권을 명시적으로 규정한 법률의 문언에 반하여 해석으로 그 소급효 및 피고인의 재심에 관한 권리를 제한하는 것은 허용되기 어렵다 할 것이고, 그에 따른 현저한 불합리는 결국 입법에 의하여 해결할 수밖에 없을 것이다.」

살피건대 이러한 법원의 입장에 따르면, 앞에서 본 바와 같이 선례의 합헌결정과 후속결정인 위헌결정의 심판대상의 연혁이 다른 경우는 별론으로 하고, 전후 결정의 심판대상의 내용과 연혁이 전혀 동일한 경우에는 후속 위헌결정은 헌법재판소법 제47조 제2항 단서에 따라 동 법률조항의 제정시 또는 개정 시까지 일반적으로 소급효가 미치는 것으로 보아야 할 것이다.

3. 후발적 위헌사유?

형벌조항에 대한 위헌결정의 효력은 해당 법률조항에 위헌성이 발생한 시점까지만 소급한다⁴⁷⁸⁾는 견해가 있다. 즉, 원시적 위헌이면 법률의 제정시점이나 개정시점(정확하게 말하자면 법률이 제정되거나 개정되어 효력이 발생한 시점),⁴⁷⁹⁾ 후발적 위헌이면 사정변경 발생시점까지만 위헌결정의 효력이 소급할 수

478) 독일에서는 “당연무효설”에 따라 연방헌법재판소가 무효선언을 하면 해당 법률조항은 ‘헌법과 법률이 충돌하는 시점’(통상적으로는 제정시점)으로 소급하여 무효가 된다고 한다.

있다는 견해이다. 이러한 견해에 따르면, 여기서 법률의 제정시점이나 개정시점은 명확하게 확정할 수 있으나, 사정변경시점은 확정하기 어렵다는 문제가 있다. 법적 안정성이나 법적 명확성을 보장하여야 하므로, 그리고 형벌조항에 대한 위헌결정은 해당 법률의 적용을 받는 사람에게 유리한 때에만 소급되고 형사상 불이익한 결과를 가져오는 때에는 소급하지 않으므로, 사정변경시점을 확정할 수 없다면 당사자에게 유리하게 법률의 제정시점이나 개정시점까지 소급된다고 한다.⁴⁸⁰⁾

비슷한 취지로, 당연무효설 중 ‘법효력규범설’을 채택할 경우에는 그 위헌시점은 형벌조항의 제정시점으로 획일적으로 정해질 수 있지만, ‘규범충돌설’을 채택할 경우에는 소급적인 적용배제시점은 반드시 그 형벌조항의 제정시점으로 나타나는 것은 아니며, 형벌조항이 헌법개정 이후에 제정된 것이라면 당연히 제정시점까지 소급하나 헌법개정 이전에 제정된 것이라면 헌법개정시점까지 소급한다는 견해도 있다. 이러한 견해는, 형벌조항에 대하여 위헌결정이 선고된다 할지라도 당해 법률의 제정시점으로 소급하는 것이 아니라 규범충돌시점까지만 소급하는 경우도 있을 수 있게 되며, 그러한 경우 규범충돌시점 이후에 성립한 범죄에 대해서는 무죄판결을, 그 이전에 성립한 범죄에 관해서는 재판이 계속중일 경우에 한해 면소판결을 하여야 한다는 입장이다.⁴⁸¹⁾

그러나 이러한 견해의 가장 큰 취약점은 후발적으로 위헌사유가 발생한 시점을 특정하기가 어렵다는 점이고, 따라서 이러한 경우에는 법률의 제정시점이나 개정시점까지 소급된다고 하므로, 그렇다면 실효적인 대안이 될 수가 없다고 판단된다. 한편, 위 규범충돌설의 경우 독일 기본법 제정 전후의 법률조항에 대한 독일의 논의를 바탕으로 하고 있는 것으로 보인다. 그런데, 헌법재판

479) 심사기준인 헌법의 효력이 먼저 발생하고 법률의 효력이 나중에 발생하였다면 법률의 효력이 발생한 시점을, 법률의 효력이 먼저 발생하고 심사기준인 헌법의 효력이 나중에 발생하였다면 헌법의 효력이 발생한 시점을 뜻한다.

480) 허완중, 앞의 논문(2012.5), 54-55면.

481) 전정환/문광삼/남복현, 앞의 책(1996), 294-295면; 同旨, 장윤기, “[판례평석] 헌법재판소에서 위헌으로 결정된 법률의 효력 -대법원 1993. 1. 15. 선고 92다 12377 판결-”, 『사법행정』, 사법행정학회, 1993.6, 60면; 황우여, “위헌결정의 효력”, 『헌법재판의 이론과 실제 (금강김철수교수 화갑기념논문집)』, 박영사, 1993, 330면.

소는 소위 유신헌법하의 긴급조치에 대한 위헌소원 사건에서, “헌법재판소의 헌법해석은 헌법이 내포하고 있는 특정한 가치를 탐색·확인하고 이를 규범적으로 관철하는 작업이므로, 헌법재판소가 행하는 구체적 규범통제의 심사기준은 원칙적으로 헌법재판을 할 당시에 규범적 효력을 가지는 헌법이라 할 것이다. 그러므로 이 사건 긴급조치들⁴⁸²⁾의 위헌성을 심사하는 준거규범은 유신헌법이 아니라 현행헌법이라고 봄이 타당하다.”라고 판시하였는바,⁴⁸³⁾ 위 규범 충돌설에 따르면 현행헌법 이전에 (즉 유신헌법 하에서) 긴급조치로 인하여 처벌 받은 사람들에게는 소급효가 미치지 않게 되는 바, 이는 법치국가의 측면에서나 법적 정의의 측면에서 부당한 결과를 초래하게 될 것이다. 무엇보다도 이들에겐 헌법재판소의 선례뿐만 아니라 대법원의 선례에 비추어보아도 받아들여질 가능성이 없다는 약점을 가지고 있다.

4. 합헌결정의 차단효?

헌법재판소가 어떤 형벌조항에 대하여 합헌결정을 선고한 경우에는 동 합헌결정이 내려진 시점을 기준으로 해당 법률조항은 합헌임이 확정되기 때문에 뒤에 같은 조항에 대한 헌법재판소의 위헌결정이 있다고 하더라도 그 효력이 상실되지 않는다고 보아야 한다는 견해가 있다. 이러한 견해에 의하면, 이전에 합헌결정이 내려지고 나서 위헌결정이 내려진 때에는 위헌결정의 소급시점은 합헌결정의 효력이 발생하는 합헌결정이 내려진 날 0시까지 소급하는 것으로 보아야 한다고 주장한다. 그리고 위헌결정을 내린 날과 이전에 합헌결정을 내린 날 사이의 특정시점에 사정변경이 있다는 것을 밝힐 수 있다면 그 시점까지만 위헌결정의 효력이 소급하며, 사정변경시점을 확정하기 어렵다면 당사자에게 유리하게 해석하여야 하므로 합헌결정이 내려진 날까지 소급한다고 보아

482) 긴급조치 제1호(1974.1.8. 대통령 긴급조치 제1호로 제정되고, 1974.8.23. 대통령 긴급조치 제5호 ‘대통령 긴급조치 제1호와 동 제4호의 해제에 관한 긴급조치’로 해제된 것), 제2호(1974.1.8. 대통령 긴급조치 제2호로 제정된 것) 및 제9호(‘국가안전과 공공질서의 수호를 위한 대통령 긴급조치’(1975.5.13. 대통령 긴급조치 제9호로 제정되고, 1979. 12. 7. 대통령공고 제67호로 해제된 것))를 말함.

483) 헌재 2013. 3. 21. 2010헌바70등, 공보 198, 472, 477.

야 한다는 것이다.⁴⁸⁴⁾

그러나 우선 헌법재판소가 어떤 형벌조항에 대하여 합헌결정을 선고한 경우에는 동 합헌결정이 내려진 시점을 기준으로 해당 법률조항은 합헌임이 확정된다고 볼 논리적인 근거가 없다. 또한, 헌법재판소의 합헌결정 후 국민의식의 변화 등 후발적 사정변경이 있다는 이유로 위헌결정에 이른 경우에 어느 시점부터 그러한 변화가 생겼는지를 확인하기 어렵고, 이러한 경우에는 당사자에게 유리하게 해석하여 헌법재판소의 합헌결정까지 소급효가 미친다고 보는 경우, 어떤 형벌조항에 대한 헌법재판소의 합헌결정이 있기 전에 동 조항이 적용되어 유죄 확정판결을 받은 자들과 헌법재판소의 합헌결정 후에 유죄 확정판결을 받은 자들 사이에 형평상(평등원칙위반) 문제가 제기될 뿐만 아니라, 종전의 합헌결정이 잘못이었다는 평가에서 견해를 변경하여 위헌결정에 이른 것이라면 종전의 합헌결정까지만 소급효가 미친다고 보는 것은 설득력을 가질 수 없다.

그런 점에서 2013년 4월 10일 김진태의원 등 10인의 의원이 발의한 헌법재판소법 개정안(의안번호 4470) 제47조 제3항에서 “형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다. 다만, 해당 법률에 대하여 종전에 합헌으로 결정한 사건이 있는 경우에는 그 결정이 있는 날로 소급하여 효력을 상실한다.”⁴⁸⁵⁾고 하는 헌법재판소법 개정법률안은 문제가 있다.

III. 소결

이상 살펴본 바와 같이 헌법재판소가 형사처벌에 관한 신·구법에 대하여 재판의 전제성 요건을 엄격히 적용함으로써 결과적으로 위헌결정의 소급효를 제한하는 방안은 그 사례가 많지 않다는 점에서 실효성이 크지 않고, 후발적 위헌사유가 있거나 종전에 합헌결정이 있는 경우 그 시점까지만 소급하는 것으로 제한하는 방안은 논리적, 사실적 어려움에 봉착할 수 있을 뿐만 아니라, 현재까지는 법원이 이러한 입장을 받아들이고 있지 않기 때문에 실효성이 의

484) 허완중, 앞의 논문(2012.5), 58면.

485) 18대 국회에서 박선영의원 등 14인의 의원이 2011년 4월 8일 발의한 헌법재판소법 개정법률안(의안번호 11462)도 이와 같은 내용을 담고 있다.

문시된다. 그러므로 후술하는 헌법불합치결정을 활용하는 방안을 제외하면 현실적으로는 심판대상인 형벌조항의 입법연혁을 고려한 엄격한 해석을 통한 소급효의 제한이 고려할 만하다고 할 것이다. 다음의 제3절에서는 헌법재판소에서 합헌결정 이후에 위헌결정이 있었던 경우를 분석해 봄으로써 실제로 소급효가 어느 정도 문제되는지, 심판대상의 엄격한 해석을 통한 소급효제한의 가능성을 검토해 보기로 한다.

제3절 합헌결정 후 위헌결정시 소급효의 시간적 범위

1. 형벌조항에 대한 헌법재판소의 판례변경 사례

형벌조항에 대하여 헌법재판소가 1988. 9. 1. 개소 이래 2013. 10. 31.까지 합헌결정을 한 후에 판례를 변경하여 위헌결정을 선고한 사례는 모두 10회로 그 내용은 다음 표와 같다.⁴⁸⁶⁾ 이하에서는 전(합헌결정)·후(위헌결정) 판례의 심판대상 법률조항의 동일성 여부를 기준으로 하여 소급효 여부를 결정해야 한다는 관점에서, 아래 판례변경의 경우를 분석해 보기로 한다.

다만 먼저 전제해야 할 것은, 헌법재판소가 아래에서 보는 바와 같이⁴⁸⁷⁾ 합헌결정 후에 위헌결정을 한 사례는 전(합헌결정)·후(위헌결정) 판례의 심판대상 법률조항이 완전히 같은 경우만이 아니라는 점이다.⁴⁸⁸⁾ 그리하여 헌법재판소는 “...(합헌) 결정은 이 결정의 견해와 저촉되는 한도 내에서 이를 변경하기로 한다.”는 문구를 사용하고 있다.⁴⁸⁹⁾

486) 헌법재판소법 일부개정법률안(김진태의원 대표발의: 의안번호 4470, 발의연월일 2013. 4. 10)에 대한 국회 법제사법위원회 전문위원(이상용)의 검토보고서(2013. 6), 5면 및 김현철, 「판례 헌법소송법」, 전남대학교출판부, 2012, 46-49면, 그리고 헌법재판소 홈페이지 자료 참조.

487) 형사처벌조항에 대한 판례변경 이외에도 주문변경에 관한 많은 사례가 있다. 그 구체적인 예는 김현철, 앞의 책, 46-49면 참조.

488) 오히려 아래에서 보는 바와 같이 다른 경우가 더 많다.

489) 예컨대, “따라서 (공직선거)법 제84조 중 ‘자치구·시·군의회의원선거의 후보자’ 부분에 대하여는 위헌선언을 하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이와는 달리 법 제84조 중 ‘자치구·시·군의회의원선거의 후보자’ 부분이 헌법에 위반되지 아니한다고 판시한 현재 1999. 11. 25. 99헌바28 결정은 이 결

[표 2] 형벌조항에 대한 헌법재판소의 관례변경 분석

심판대상조문	합헌 결정		위헌 결정	
	선고일	사건번호	선고일	사건번호
공직선거및선거부정방지법 제84조 중 "자치구·시·군의회의원선거의 후보자" 부분	1999. 11. 25.	99헌바28	2003. 1. 20. (위헌)	2001헌가4
특정범죄가중처벌등에관한법률 제11조 제1항 중 마약류관리에관한법률 제58조 제1항 제1호 소정의 "매수" 및 "판매목적소지" 에 관한 부분	1995. 4. 20.	91헌바11	2003. 11. 27. (위헌)	2002헌바24
폭력행위등처벌에관한법률 제3조 제2항 중 "야간에 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 형법 제283조 제1항(협박)의 죄를 범한 자" 부분	1995. 3. 23.	94헌가4	2004. 12. 16. (위헌)	2003헌가12
특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제5조 제4항 중 제1호 및 제2호 부분	2005. 6. 30.	2004헌바4등	2006. 4. 27. (위헌)	2006헌가5
공직선거법 제255조 제1항 제10호 중 '제86조 제1항 제2호' 부분	2005. 6. 30.	2004헌바33	2008. 5. 29. (한정위헌)	2006헌마1096
교통사고처리특례법 제4조 제1항 본문	1997. 1. 16.	90헌마110등	2009. 2. 26. (한정위헌)	2005헌마764등
집회및시위에관한법률 제23조 제1호 중 "제10조 본문의 옥외집회" 부분	1994. 4. 28.	91헌바14	2009. 9. 24. (헌법불합치)	2008헌가25
형법 제304조 중 "혼인을 빙자하여 음행의 상습없는 부녀를 기망하여 간음한 자" 부분	2002. 10. 31.	99헌바40등	2009. 11. 26. (위헌)	2008헌바58등
수산업법 제53조 제2항, 제3항	1994. 6. 30.	93헌가15등	2010. 9. 30. (위헌)	2009헌바2
공직선거법 제255조 제2항 제5호 중 제93조 제1항의 '그 밖에 이와 유사한 것' 부분	2009. 7. 30.	2007헌마718	2011. 12. 29. (한정위헌)	2007헌마1001 등

정의 견해와 저촉되는 한도 내에서 이를 변경하기로 한다."고 실시한 헌재 2003. 1. 20. 2001헌가4 결정(판례집 15-1, 7, 21-22)과, "그러므로, 이와는 달리 구 특가법(1980. 12. 18. 법률 제3280호로 개정되고 2000. 1. 12. 법률 제6146호로 개정되기 전의 것) 제11조 제1항 중 구 마약법(1993. 12. 27. 법률 제4632호로 개정되기 전의 것) 제60조 제1항에 관한 부분이 헌법에 위반되지 아니한다고 판시한 헌재 1995. 4. 20. 91헌바11 결정은 이 결정의 견해와 저촉되는 한도 내에서 이를 변경하기로 한다."고 실시한 헌재 2003. 11. 27. 2002헌바24 결정(판례집 15-2하, 242, 257) 참조.

II. 구체적 검토

1. 헌재 2003. 1. 20. 2001헌가4 결정

헌법재판소는 헌재 1999. 11. 25. 99헌바28 사건에서 「공직선거및선거부정방지법(1995. 4. 1. 법률 제4947호로 개정된 것) 제84조 중 “자치구·시·군의회의원선거의 후보자” 부분⁴⁹⁰⁾은 헌법에 위반되지 아니한다.」는 합헌결정을 선고하였는데(재판관 8:0),⁴⁹¹⁾ 그 후 헌재 2003. 1. 20. 2001헌가4 사건에서 위 선례를 변경하여 「공직선거및선거부정방지법(1995. 4. 1. 법률 제4947호로 개정되고, 2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정되기 전의 것) 제84조 중 “자치구·시·군의회의원선거의 후보자” 부분은 헌법에 위반된다.」는 위헌결정을 선고하였다(재판관 6:3).⁴⁹²⁾

이 두 결정의 주문에서 보듯이 두 결정에서의 심판대상은 정확히 일치한다. 따라서 헌법재판소법에 따르면 위 위헌결정의 소급효가 1995. 4. 1. 이후에 동조항이 적용되어 유죄판결을 받은 모든 사람에게 미치고, 구금되었던 경우에는 형사보상청구도 가능하게 될 것이다.⁴⁹³⁾

490) 위 공직선거및선거부정방지법 제84조(무소속후보자등의 정당표방금지)는 “자치구·시·군의회의원선거의 후보자와 무소속후보자는 특정 정당으로부터의 지지 또는 추천받음을 표방할 수 없다. 다만, 정당의 당원경력의 표시는 그러하지 아니하다.”고 규정하고, 제256조(각종제한규정위반죄) 제1항은 “다음 각 호의 1에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 400만원 이하의 벌금에 처한다.”고 규정하면서 그 제1호는 “선거운동과 관련하여 다음 각목의 1에 해당하는 자”라고 하고, 그 라목에서 “제84조(무소속후보자등의 정당표방금지)의 규정에 위반하여 특정 정당으로부터의 지지 또는 추천받음을 표방한 자”라고 규정하고 있으므로, 이 사건 심판대상조항은 형벌조항(의 구성요건 부분)이라고 보아야 할 것이다; 同旨, 대법원 2009. 1. 15. 선고 2004도7111 판결 : “피고인이 1999. 1. 24.부터 2001. 9. 7.경까지 유치원 출입문으로부터 19m의 장소에서 극장영업행위를 하였다는 공소사실에 대하여 적용된 구 학교보건법(2005. 3. 24. 법률 제7396호로 개정되기 전의 것) 제19조는 당사자의 행위가 동법 제6조 제1항의 규정에 위반한 것을 구성요건으로 삼고 있으므로 동법 제6조 제1항 본문 제2호는 동법 제19조와 결합하여 형벌에 관한 법률조항을 이루는 것이라고 볼 수 있다.”

491) 판례집 11-2, 543 이하.

492) 판례집 15-1, 7 이하.

493) 위 위헌결정 당시 법원에 계속 중이거나 수사 중인 사건에도 미치는 것은 당

2. 현재 2003. 11. 27. 2002헌바24 결정

헌법재판소는 현재 1995. 4. 20. 91헌바11 사건에서 「특정범죄가중처벌등에 관한 법률 제11조 제1항⁴⁹⁴⁾ 및 구 마약법 제60조 제1항(1993. 12. 27. 법률 제4632호로 개정되기 전의 것)⁴⁹⁵⁾은 모두 헌법에 위반되지 아니한다.」는 합헌결정을 선고하였는데(재판관 5:4)⁴⁹⁶⁾ 그 후 현재 2003. 11. 27. 2002헌바24 사건에서 위 선례를 변경하여 「특정범죄가중처벌등에관한법률(2000. 1. 12. 법률 제6146호로 개정된 것) 제11조 제1항⁴⁹⁷⁾ 중 마약류관리에 관한 법률 제58조⁴⁹⁸⁾ 제1항 제1호 소정의 “매수” 및 “판매목적소지”에 관한 부분은 헌법에 위반된다.」는 위헌결정을 선고하였다(재판관 9:0)⁴⁹⁹⁾

그런데 위 91헌바11 사건의 심판대상조항인 ‘특정범죄가중처벌등에관한법률 제11조 제1항 및 구 마약법 제60조 제1항(1993. 12. 27. 법률 제4632호로 개정되기 전의 것)’과 2002헌바24 사건의 심판대상조항인 ‘특정범죄가중처벌등에관한법률(2000. 1. 12. 법률 제6146호로 개정된 것) 제11조 제1항 중 마약류관리에 관한 법률 제58조 제1항 제1호 소정의 “매수” 및 “판매목적소지”에 관한 부분’

연하다. 따라서 앞으로 이 항(II)에서 이 부분은 별도로 언급하지 아니한다.

494) 특정범죄가중처벌등에관한법률 제11조 ① 마약법 제60조에 규정된 죄를 범한 자는 사형·무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다.

495) 구 마약법(1993. 12. 27. 법률 제4632호로 개정되기 전의 것) 제60조 ① 제4조, 제6조 제2호·제3호 및 제5호, 제20조 제1항, 제23조 제1항, 제26조 제1항 또는 제29조 제1항의 규정을 위반하여 마약을 수입·수출·제조·제제·소분이나 매매·매매의 알선을 한 자 또는 수입·수출·제조·제제·소분이나 매매·매매의 알선을 할 목적으로 소지한 자는 무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다.

496) 판례집 7-1, 478 이하.

497) 특정범죄가중처벌등에관한법률(2000. 1. 12. 법률 제6146호로 개정된 것) 제11조(마약사범의 가중처벌) ① 마약류관리에관한법률 제58조 중 마약과 관련된 규정된 죄를 범한 자는 사형·무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다.

498) 마약류관리에관한법률(2000. 1. 12. 법률 제6146호로 제정된 것) 제58조(벌칙) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다. 1. 제3조 제2호 내지 제4호, 제4조 제1항, 제18조 제1항 또는 제21조 제1항의 규정에 위반하여 마약을 수출입·제조·매매나 매매의 알선을 한 자 또는 수출입·제조·매매나 매매의 알선을 할 목적으로 소지·소유한 자

499) 판례집 15-2하, 242 이하.

은 형식상 서로 같지 아니하다. 따라서 위 위헌결정의 소급효는 2000. 1. 12. 이후에 동 조항이 적용되어 유죄 확정판결을 받은 사람에게만 미쳐야 하고, 그들만이 재심을 청구할 수 있다고 보아야 한다.

3. 현재 2004. 12. 16. 2003헌가12 결정

헌법재판소는 현재 1995. 3. 23. 94헌가4 사건에서 「폭력행위등처벌에관한법률(1961. 6. 20. 법률 제625로 제정; 1990. 12. 31. 법률 제4294호 개정) 제3조 제2항은 헌법에 위반되지 아니한다.」는 합헌결정을 선고하였는데(재판관 9:0),⁵⁰⁰⁾ 그 후 현재 2004. 12. 16. 2003헌가12 사건에서 위 선례를 변경하여 「폭력행위등처벌에관한법률(1990. 12. 31. 법률 제4294호로 개정된 것) 제3조 제2항 중 “야간에 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 형법 제283조 제1항(협박)의 죄를 범한 자” 부분은 헌법에 위반된다.」는 위헌결정을 선고하였다(재판관 9:0).⁵⁰¹⁾

그런데 위 94헌가4 사건의 당해사건에서 제청신청인에게 적용된 법률조항은 공소사실 중 (1)항은 폭력행위등처벌에관한법률 제3조 제2항, 제1항, 제2조 제1항, 형법 제350조 제1항(공갈), 공소사실 (2)항은 폭력행위등처벌에관한법률 제3조 제2항, 제1항, 제2조 제1항, 형법 제257조 제1항(상해)이었다. 즉, 위 두 결정의 심판대상조항은 형식상 서로 같지 아니한 것이다. 따라서 위 위헌결정의 소급효는 1990. 12. 31. 이후에 폭력행위등처벌에관한법률 제3조 제2항 중 “야간에 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 형법 제283조 제1항(협박)” 부분이 적용되어 유죄판결을 받은 사람에게만 미쳐야 하고, 그들만이 재심을 청구할 수 있다고 보아야 한다.

4. 현재 2006. 4. 27. 2006헌가5 결정

헌법재판소는 현재 2005. 6. 30. 2004헌바4등 사건에서 「특정경제범죄가중처벌등에관한법률(1990. 12. 31. 법률 제4292호로 개정된 것) 제5조 제4항 제1호는 헌법에 위반되지 아니한다.」는 합헌결정을 선고하였는데(재판관 7:1),⁵⁰²⁾ 그

500) 판례집 7-1, 342 이하.

501) 판례집 16-2하, 446 이하.

후 헌재 2006. 4. 27. 2006헌가5 사건에서 위 선례를 변경하여 「특정경제범죄 가중처벌등에관한법률(1990. 12. 31. 법률 제4292호로 개정되고, 2004. 12. 31. 법률 제7311호로 개정되기 전의 것) 제5조 제4항 중 제1호 및 제2호 부분은 헌법에 위반된다.」는 위헌결정을 선고하였다(재판관 8:0).⁵⁰³⁾

그런데 위 2004헌바4등 결정의 심판대상과 위 2006헌가5 결정의 심판대상은 동 조항들의 연혁에서 보듯이 형식상 같지 아니하다. 따라서 위 위헌결정의 소급효는 1990. 12. 31. 법률 제4292호로 개정되고, 2004. 12. 31. 법률 제7311호로 개정되기 전의 위 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제5조 제4항 중 제1호 및 제2호 부분이 적용되어 유죄 확정판결을 받은 사람들에게만 미쳐야 하고, 그들만이 재심을 청구할 수 있다고 보아야 한다.

502) 판례집 17-1, 907 이하.

503) 판례집 18-1상, 491 이하. 헌법재판소는 이에 대하여 후행사건에서, “이처럼 동일한 내용의 조항에 대하여 헌법재판소가 합헌결정을 하였다가 이를 번복하여 위헌결정을 하게 된 주요한 이유는 2005. 12. 29. 뇌물죄에 대한 가중처벌 규정인 ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’ 제2조 제1항이 개정되면서 금융기관 임·직원의 직무관련 수재행위가 공무원의 수뢰행위보다 중하게 처벌받는 상황이 발생하였기 때문이다.”라고 설명하였다.(헌재 2012. 12. 27. 2011헌바217, 판례집 24-2하, 443, 458) 한편, 이와 같이 후발적인 사정변경에 의한 위헌결정의 경우 동 위헌결정의 소급효가 미치는 범위에 관하여 대법원은, “구 ‘특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률’(2007. 5. 17. 법률 제8444호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 특정법’이라 한다) 제5조 제4항 제1호는 헌법재판소 2006. 4. 27. 2006헌가5 전원재판부 결정에서 위헌으로 선언되었으므로 헌법재판소법 제47조 제2항 단서에 의하여 소급하여 그 효력을 상실하였다고 할 것이고, 그에 앞서 헌법재판소 2005. 6. 30. 2004헌바4, 2005헌바44(병합) 전원재판부 결정에서 동일한 조항이 합헌으로 선언된 바가 있고, 위 위헌결정은 그 후에 발생한 관련 법률의 개정 등 외부적 사정변경을 이유로 한 법원의 위헌법률심판제청에 따른 것이라 해도 법률상 달리 볼 수는 없다. 상고이유에서 지적하는 것처럼 이와 같은 해석이 법적 안정성 및 신뢰보호의 원칙에 반할 뿐만 아니라 이 사건 형벌조항의 경우에는 최초 합헌결정 후 사정변경에 기인한 위헌결정의 경위에 비추어 구체적 타당성의 원칙에마저 부합하지 않는 측면이 있음은 분명하다 할 것이지만, (앞서 실시한 바와 같이) 이는 입법만이 유일한 합법적인 해결책이라 할 것이다.”라고 하여(대법원 2011. 4. 14. 선고 2010도5605 판결), 헌법재판소의 합헌결정 후에 위헌결정이 있는 경우라도 그리고 그것이 후발적인 사정변경에 의한 것이라고 하더라도 헌법재판소법 제47조 제2항 단서에 의한 소급효를 갖는다는 점에 대하여는 변함이 없다는 취지로 판시하였다.

5. 현재 2008. 5. 29. 2006헌마1096 결정

헌법재판소는 현재 2005. 6. 30. 2004헌바33 사건에서 「공직선거및선거부정방지법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정된 것) 제86조 제1항 제2호와 제255조 제1항 제10호⁵⁰⁴⁾는 헌법에 위반되지 아니한다.」는 합헌결정을 선고하였는데 (재판관 7:2),⁵⁰⁵⁾ 그 후 현재 2008. 5. 29. 2006헌마1096 사건에서 위 선례를 변경하여 「공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제86조 제1항 제2호, 제255조 제1항 제10호 중 ‘제86조 제1항 제2호⁵⁰⁶⁾ 부분은 공무원의 지위를

504) 공선법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정된 것) 제86조(공무원 등의 선거에 영향을 미치는 행위금지) ①공무원(국회의원과 그 보좌관·비서관·비서 및 지방의회의원을 제외한다), 제53조(공무원 등의 입후보) 제1항 제4호 및 제6호에 규정된 기관 등의 상근 임·직원, 통·리·반의 장, 주민자치위원회위원과 향토예비군소대장급 이상의 간부, 특별법에 의하여 설립된 국민운동단체로서 국가나 지방자치단체의 출연 또는 보조를 받는 단체(바르게살기운동협의회·새마을운동협의회·한국자유총연맹을 말한다)의 상근 임·직원 및 이들 단체 등(시·도조직 및 구·시·군조직을 포함한다)의 대표자 또는 국민건강보험법에 의하여 설립된 국민건강보험공단의 상근 임·직원은 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

2. 선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 행위

공선법 제255조(부정선거운동죄) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 600만원 이하의 벌금에 처한다.

10. 제86조(공무원 등의 선거에 영향을 미치는 행위금지) 제1항 제1호 내지 제4호, 제2항 내지 제4항의 규정에 위반한 행위를 하거나 하게 한 자 또는 같은 조 제5항의 규정에 위반한 행위를 한 자

505) 판례집 17-1, 927 이하.

506) 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제255조(부정선거운동죄) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 600만원 이하의 벌금에 처한다.

10. 제86조(공무원 등의 선거에 영향을 미치는 행위금지) 제1항 제1호 내지 제4호, 제2항, 제3항 또는 제5항의 규정에 위반한 행위를 하거나 하게 한 자 또는 같은 조 제6항의 규정에 위반한 행위를 한 자

제86조(공무원 등의 선거에 영향을 미치는 행위금지) ①공무원(국회의원과 그 보좌관·비서관·비서 및 지방의회의원을 제외한다), 제53조(공무원 등의 입후보) 제1항 제4호 및 제6호에 규정된 기관 등의 상근 임·직원, 통·리·반의 장, 주민자치위원회위원과 향토예비군소대장급 이상의 간부, 특별법에 의하여 설립된 국민운동단체로서 국가나 지방자치단체의 출연 또는 보조를 받는 단체(바르게살기운동협의회·새마을운동협의회·한국자유총연맹을 말한다)의 상근 임·직원 및 이들 단체

이용하지 아니한 행위에 대하여 적용하는 한 헌법에 위반된다.»는 한정위헌결정을 선고하였다(재판관 7:2).⁵⁰⁷⁾

그런데 위 2004헌바33 결정의 심판대상과 위 2006헌마1096 결정의 심판대상은 동 조항들의 연혁은 다르나 이와 같은 연혁의 차이는 법률명이 달라진 것에서 기인한 것일 뿐, 그 내용은 (심판대상조항만을 보면) 동일하다. 따라서 위 한정위헌결정의 소급효는 2004. 3. 12. 이후에 공직선거법 제86조 제1항 제2호, 제255조 제1항 제10호 중 ‘제86조 제1항 제2호’ 부분이 공무원의 지위를 이용하지 아니한 행위에 대하여 적용되어 유죄 확정판결을 받은 사람들에게 미쳐야 하고, 그들만이 재심을 청구할 수 있다고 보아야 한다.

6. 현재 2009. 2. 26. 2005헌마764등 결정

헌법재판소는 현재 1997. 1. 16. 90헌마110등 사건에서 검사의 불기소처분과 동 불기소처분의 근거가 된 교통사고처리특례법(1993. 6. 11. 법률 제4548호로 개정되기 전의 것) 제4조 제1항을 심판대상으로 심리한 끝에 「1. 청구인들의 이 사건 각 심판청구 중 각 불기소처분에 대한 청구부분을 모두 각하한다. 2. 청구인들의 나머지 심판청구를 모두 기각한다.»는 결정을 선고하였는데,⁵⁰⁸⁾ 그 후 현재 2009. 2. 26. 2005헌마764등 사건에서 위 선례를 변경하여 「교통사고처리특례법(2003. 5. 29. 법률 제6891호로 개정된 것) 제4조 제1항 본문 중 업무상 과실 또는 중대한 과실로 인한 교통사고로 말미암아 피해자로 하여금 중상해에 이르게 한 경우에 공소를 제기할 수 없도록 규정한 부분은 헌법에 위반된다.»는 한정위헌결정을 선고하였다(재판관 7:2).⁵⁰⁹⁾

등(시·도조직 및 구·시·군조직을 포함한다)의 대표자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

2. 선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 행위

507) 판례집 20-1하, 270 이하.

508) 판례집 9-1, 90 이하. 그 중 위 법률조항에 대하여는 재판관 4(합헌):5(위헌)로 의견이 나뉘어 위헌론에 찬성한 재판관이 다수의견이기는 하지만 헌법재판소법 제23조 제2항 단서 제1호에 정한 헌법소원의 인용결정의 정족수에 이르지 못하여 이 부분에 대한 청구인들의 심판청구를 기각하는 결정이 선고되었다.(위 판례집 155)

그런데 위 90헌마110등 결정의 심판대상과 위 2005헌마764등 결정의 심판대상은 동 조항들의 연혁에서 보듯이 형식상 같지 아니하다. 뿐만 아니라 이들 사건의 심판대상조항은 소위 “불처벌의 특례” 규정이기 때문에 앞에서 본 바와 같이 위헌결정에 따른 소급효의 문제는 없다.⁵¹⁰⁾

7. 현재 2009. 9. 24. 2008헌가25 결정

헌법재판소는 현재 1994. 4. 28. 91헌바14 사건에서 「집회및시위에관한법률(1989. 3. 29. 법률 제4095호로 전문개정된 것) 제2조 제1호, 제10조, 제19조 제2항은 헌법에 위반되지 아니한다.」는 합헌결정을 선고하였는데(재판관 7:2),⁵¹¹⁾ 그 후 현재 2009. 9. 24. 2008헌가25 사건에서 위 선례를 변경하여 「집회 및 시위에 관한 법률’(2007. 5. 11. 법률 제8424호로 전부 개정된 것) 제10조 중 “옥외집회” 부분 및 제23조 제1호 중 “제10조 본문의 옥외집회” 부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 위 조항들은 2010. 6. 30.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.」는 헌법불합치 및 잠정적용을 명하는 결정을 선고하였다.⁵¹²⁾

그런데 입법자는 위 입법개선 시한인 2010. 6. 30.까지 입법개선을 하지 못하였고, 따라서 위 조항은 2010. 7. 1.부터 그 효력을 상실하였다. 한편 위 91헌바14 결정의 심판대상과 위 2008헌가25 결정의 심판대상은 동 조항들의 연혁에서 보듯이 형식상 같지 아니하다.⁵¹³⁾ 따라서 2007. 5. 11. 이후에 위 집시법 조

509) 판례집 21-1상, 156 이하.

510) “특례법 제4조 제1항은 비록 형벌에 관한 것이기는 하지만 불처벌의 특례를 규정한 것이어서, 위 법률조항에 대한 위헌결정의 소급효를 인정할 경우 오히려 형사처벌을 받지 않았던 자들에게 형사상의 불이익이 미치게 되므로 이와 같은 경우까지 헌법재판소법 제47조 제2항 단서의 적용범위에 포함시키는 것은 그 규정의 취지에 반하고, 따라서 위 법률조항이 헌법에 위반된다고 선고되더라도 형사처벌을 받지 않았던 자들을 소급하여 처벌할 수는 없다.”(현재 1997. 1. 16. 90헌마110 등, 판례집 9-1. 90, 107; 同旨, 현재 2009. 2. 26. 2005헌마764등, 판례집 21-1상, 156, 171)

511) 판례집 6-1, 281 이하.

512) 판례집 21-2상, 427 이하. 이 결정은 재판관 5(위헌):2(잠정적용 헌법불합치):2(합헌)의 의견에 따라 이와 같은 주문이 선고되었다.(위 판례집 463)

513) 뿐만 아니라, “기존 법률의 일부를 추가·수정·삭제하는 방식으로 법률이

항이 적용되어 유죄 확정판결을 받은 사람들만이 2010. 7. 1.부터 재심을 청구할 수 있다고 보아야 한다.

8. 현재 2009. 11. 26. 2008헌바58등 결정

헌법재판소는 현재 2002. 10. 31. 99헌바40등 사건에서 「형법 제304조(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정되고, 1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것)는 헌법에 위반되지 아니한다.」는 합헌결정을 선고하였는데(재판관 7:2),⁵¹⁴⁾ 그 후 현재 2009. 11. 26. 2008헌바58 사건에서 위 선례를 변경하여 「형법 제304조(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정되고, 1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 중 “혼인을 빙자하여 음행의 상습없는 부녀를 기망하여 간음한 자” 부분은 헌법에 위반된다.」는 위헌결정을 선고하였다(재판관 6:3).⁵¹⁵⁾

그런데 위 두 사건 결정의 심판대상조항의 연혁에서 볼 수 있듯이 위 두 조항은 동 조항 중 중 “혼인을 빙자하여 음행의 상습없는 부녀를 기망하여 간음한 자” 부분에 대하여는 그 내용이 동일하다. 따라서 위 위헌결정으로 소급하여 그 효력이 상실되는 조항은 1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정되고, 1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 형법 제304조⁵¹⁶⁾의 해당 부분이다.

일부 개정된 경우에는 개정법률이 시행됨과 동시에 그 개정내용이 기존 법령의 내용에 흡수되므로, 개정법률에 종전 법률의 본칙이나 부칙에 규정되어 있던 개별 내용을 다시 반영하지 않더라도 종전 법률의 내용이 일부 개정으로 인하여 실효되지 않으나, 법률이 전부 개정된 경우에는 기존 법률을 폐지하고 새로운 법률을 제정하는 것과 마찬가지로 종전의 본칙은 물론 부칙 규정도 모두 소멸하는 것이므로 특별한 사정이 없는 한 종전의 법률 부칙의 경과규정도 실효된다.”는 대법원판례의 입장(대법원 1996. 4. 9. 선고 95누11405 판결; 대법원 2002. 7. 26. 선고 2001두11168 판결; 대법원 2004. 6. 24. 선고 2002두10780 판결 참조)을 고려하면, 위 두 조항이 서로 같지 아니함을 알 수 있다.

514) 판례집 14-2, 390 이하.

515) 판례집 21-2하, 520 이하.

516) 「제304조(혼인빙자등에 의한 간음) 혼인을 빙자하거나 기타 위계로써 음행의 상습없는 부녀를 기망하여 간음한 자는 2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.」 한편 1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정되기 전의 동 조항은 “제304조(혼인빙자등에 의한 간음) 혼인을 빙자하거나 기타 위계로써 음행의 상습없는 부녀를 기망하여 간음한 자는 2년 이하의 징역 또는

한편, 위 법률 제5057호 개정법 조항은 종전의 ‘2만5천환 이하의 벌금’을 ‘500만원 이하의 벌금’으로 개정한 것에 불과하여 실질적인 변경이 있었다고는 할 수 없고 헌법재판소의 위헌결정도 법정형 부분이 아니라 해당 구성요건 부분에 대한 것이었으므로, 위 위헌결정의 소급효는 형법이 법률 제293호로 제정된 1953. 9. 18. 이후에 동 조항이 적용된 모든 사람에게 미친다는 의견이 있을 수 있다.⁵¹⁷⁾

그러나 형벌조항의 소급효가 가지는 불합리한 측면을 고려할 때 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효는 해당 위헌결정에서 특정한 심판대상조항의 효력발생 이후에 동 조항이 적용되어 유죄 확정판결을 받은 자들에게만 미치는 것으로 해석해야 할 것이다. 따라서 혼인빙자간음죄의 경우에도 1995. 12. 29. 이후에 동 조항 부분이 적용되어 유죄 확정판결을 받은 사람들만이 재심을 청구할 수 있다고 보아야 한다.

9. 현재 2010. 9. 30. 2009헌바2 결정

헌법재판소는 현재 1994. 6. 30. 93헌가15등 사건에서 「수산업법(1990. 8. 1. 법률 제4252호) 제52조 제1항 제4호 중 “어구의 선적 또는 그 사용에 관한 제한 또는 금지” 부분, 같은 조 제2항, 제3항 및 제79조 제1항 제2호 중 “어구의 제한 또는 금지” 부분, 같은 조 제2항 중 제52조 제2항, 제3항 준용부분은 각 헌법에 위반되지 아니한다.»는 합헌결정을 선고하였는데(재판관 9:0),⁵¹⁸⁾ 그 후 현재 2010. 9. 30. 2009헌바2 사건에서 위 선례를 변경하여 「구 수산업법(2007. 4. 11. 법률 제8377호로 전부 개정되고 2009. 4. 22. 법률 제9626호로 전부 개정되기 전의 것) 제53조 제2항 및 제3항은 헌법에 위반된다.»는 위헌결정을 선고하였다(재판관 6:3).⁵¹⁹⁾

그런데 위 93헌가15등 결정의 심판대상과 위 2009헌바2 결정의 심판대상은

2만5천환 이하의 벌금에 처한다.”고 규정하고 있었다.

517) 법원의 실무례는 재심청구나 형사보상의 면에서 이와 같이 해석하여 운영하고 있는 것으로 보인다.

518) 판례집 6-1, 576 이하.

519) 판례집 22-2상, 1 이하.

동 조항들의 연혁에서 보듯이 형식상 같지 아니하다.⁵²⁰⁾ 따라서 위 위헌결정의 소급효는 2009. 4. 22. 이후에 위 수산업법 조항이 적용되어 유죄 확정판결을 받은 사람들에게만 미치고, 그들만이 재심을 청구할 수 있다고 보아야 한다.

10. 현재 2011. 12. 29. 2007헌마1001등 결정

헌법재판소는 현재 2009. 7. 30. 2007헌마718 사건에서 「선거일 전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 일정한 내용의 문서 기타 이와 유사한 것을 배부하는 등의 행위를 금지하는 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제93조 제1항 본문 중 ‘기타 유사한 것’ 부분」에 대한 청구인의 심판청구를 기각하는 결정을 선고하였는데(재판관 4:4),⁵²¹⁾ 그 후 현재 2011. 12. 29. 2007헌마1001등 사건에서 위 선례를 변경하여 「구 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정되고 2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정되기 전의 것) 제93조 제1항 및 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제255조 제2항 제5호 중 제93조 제1항의 각 ‘기타 이와 유사한 것’과 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것) 제93조 제1항 및 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제255조 제2항 제5호 중 제93조 제1항의 각 ‘그 밖에 이와 유사한 것’에, ‘정보통신망을 이용하여 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등 정보를 게시하거나 전자우편을 전송하는 방법’이 포함되는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반된다.」는 한정위헌결정을 선고하였다(재판관 6:2).⁵²²⁾

그런데 위 2007헌마718 결정의 심판대상조항과 위 2007헌마1001등 결정의 심판대상조항의 연혁은 같으나, 전자의 사건에서 청구인은 공직선거법 제93조 제1항의 일부 세부 분류 가운데 특히 ‘녹화테이프 기타 유사한 것’ 부분이 위헌

520) 전술한 바와 같이, 법률이 전부 개정된 경우에는 기존 법률을 폐지하고 새로운 법률을 제정하는 것과 마찬가지로 중전의 본칙은 물론 부칙 규정도 모두 소멸하는 것이므로 특별한 사정이 없는 한 중전의 법률 부칙의 경과 규정도 실효된다는 대법원판례의 입장에서 보더라도, 위 두 조항이 서로 같지 아니함을 알 수 있다.

521) 판례집 21-2상, 311 이하.

522) 판례집 23-2하, 739 이하.

이라고 주장하였고, 이에 대하여 헌법재판소는 “청구인이 말하는 이른바 ‘UCC’는 ‘테이프’라는 저장매체를 통하여 전달되는 것이 아니라 전자적 정보의 형태로 전달되는 바, 청구인이 주장하는 ‘UCC’ 배포금지법 제93조 제1항 가운데 ‘기타 유사한 것’ 부분에 기인한 것”이라는 이유로 심판대상을 위와 같이 한정한 데 반하여,⁵²³⁾ 후자의 사건에서는 ‘정보통신망을 이용하여 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등 정보를 게시하거나 전자우편을 전송하는 방법’의 위헌여부였기 때문에, 엄격히 보면 양자의 심판대상은 그 내용이 서로 동일하지 아니하다. 따라서 위 한정위헌결정의 소급효는 2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정되고 2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정되기 전의 구 공직선거법의 위 조항이 적용되어 유죄 확정판결을 받은 사람들에게만 미치고, 그들만이 재심을 청구할 수 있다고 보아야 한다.

III. 소결

이상 살펴본 바와 같이 헌법재판소가 형벌조항에 대하여 합헌결정을 한 후 위헌결정을 한 사례에서, 전(합헌결정)·후(위헌결정) 판례의 심판대상 법률조항이 서로 다른 경우가 훨씬 더 많은 것을 알 수 있다. 따라서 법원이 후발적인 위헌사유가 생긴 경우이거나 헌법재판소의 합헌결정 후에 위헌결정이 내려진 경우를 막론하고 형벌조항에 대한 위헌결정의 전면적인 소급효를 인정하고 있는 상황에서, 헌법재판소법에 명시적인 규정이 없다면 헌법재판소의 해석(판례)으로 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효를 제한하는 방안은 실효성이 없다고 보인다. 그러므로 전(합헌결정)·후(위헌결정) 판례의 심판대상 법률조항의 동일성 여부로 소급효 인정여부, 다시 말하면 소급효의 제한여부를 결정하는 방안이 현실적인 대안이 될 수 있을 것이다. 다만 이 경우 결정문의 주문 또는 이유에서 밝혀주는 것이 바람직할 것인지는 사안에 따라 적절히 판단하면 될 것으로 생각된다.

523) 판례집 21-2상, 311, 319.

제4절 헌법불합치결정 형식의 활용가능성

1. 비형벌법규에 대한 헌법불합치결정에 관한 일반론

1. 의의

헌법불합치결정형식이란 심판대상인 법조문의 위헌성을 인정하면서도 위헌 결정을 할 경우 발생할 법률의 공백상태와 이로 인한 법적 혼란을 방지하고 입법권자의 입법형성의 자유를 존중하기 위하여 심판대상 법률조항에 대해서 ‘위헌결정’을 하는 대신 ‘헌법에 합치되지 아니한다’라고 결정하면서 심판대상 법조문을 잠정적으로 적용하게 하거나 적용을 중지할 것과 더불어 입법자에게 입법개선 의무를 부과하는 결정유형이다.⁵²⁴⁾

헌법불합치결정은 위헌의 법률을 잠정적으로 존속하게 한다는 점에서, 특히 잠정적용의 헌법불합치결정은 위헌의 법률조항을 잠정적으로 적용한다는 점에서 법치국가원리의 법적 정의에 반하는 측면이 있다는 점에서 위헌의 법률조항을 잠정적으로 적용하는 위헌적인 상태가 오히려 위헌결정으로 인하여 법적 규율이 없는 합헌적인 상태보다 오히려 헌법적으로 더욱 바람직하다고 판단되는 경우에만 예외적으로 인정되어야 한다.⁵²⁵⁾ 헌법불합치결정형식은 변형결정

524) 유사한 취지: 남복현, 앞의 책, 258면; 헌법재판소, 「헌법재판실무제요(제1 개정증보판)」, 헌법재판소, 2008, 162면; 허영, 「헌법소송법론」, 박영사, 2013, 249면 이하; 방승주, “헌법불합치결정의 문제점과 그 개선방안”, 「헌법학연구」 제13권 제3호 제1책, 한국헌법학회, 2007, 50면; 김학성, “헌법불합치결정에 관한 연구”, 「헌법규범과 헌법현실」, 법문사, 2000, 461면.

525) 이런 이유로 적용중지의 헌법불합치결정형식이 헌법불합치결정의 원칙적인 형태로 평가된다. 김하열, “헌법불합치결정의 사유와 효력”, 「저스티스」 통권 128호(2012.2), 한국법학원, 2012, 157면; 김현철, “한정위헌결정과 한정합헌·헌법불합치결정의 관계”, 「법학논총」 제29집 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2009, 301면 이하; 남복현, 앞의 책, 246면; 허완중, “형벌에 관한 법률(조항)에 대한 헌법재판소의 헌법불합치결정”, 「공법연구」 제38집 제4호, 한국공법학회, 2010, 151면. 또한 헌법불합치결정 중에서 잠정적용을 명한 경우가 양적으로는 많지만, 헌법재판소가 주문에서 잠정적용 여부를 밝히지 아니하면서 결정요지 가운데서 이를 밝힌 경우 예외 없이 적용중지를 명했음을 이유로 헌법재판소는 적용중지를 원칙적인 형태로 하고 있다고 평가된다. 장영수, “헌법불합치결정의 성격 및 유형과 법적 효력에 관한 연

의 일종으로 헌법재판소법에 명문으로 규정하고 있지는 않지만, 비형벌법규에 대한 헌법불합치결정에 대해서는 그 필요성에 대해서 학계와 실무에서 긍정되고 있다.

그런데 적용중지의 헌법불합치결정이든, 잠정적용의 헌법불합치 결정이든, 헌법불합치결정은 법적 안정성의 관점에서 위헌결정의 효력발생시기 즉 위헌성이 있는 것으로 판단된 법률의 효력상실시기를 비형벌법규이든 형벌법규이든 헌법재판소의 결정시점으로부터 장래 일정시기로 연기하는 결정형식이라는 점에서 위헌결정의 법적 효과를 제약하는 효과가 있다.⁵²⁶⁾ 특히 형벌조항에 대한 헌법불합치결정은 위헌결정의 효력을 한시적으로 유예한다는 점에서 헌법재판소법 제47조 제2항 단서에 규정된 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효를 실질적으로 배제하는 의미를 가진다.⁵²⁷⁾ 이런 점에서 헌법재판소가 형벌법규에 대하여 행한 헌법불합치결정형식 역시 형벌규정에 대한 위헌결정의 시적 효력에 관한 연구의 한 부분을 차지할 수 있다.

2. 헌법불합치결정사유

헌법재판소는, 헌법불합치결정이 정당화되는 사유에 관해서 단순위헌결정을 하였을 경우 초래될 법적 공백과 이로 인한 법적 혼란을 방지하기 위하여 헌법불합치결정을 사용하고 있다. 예컨대, ‘평등원칙에 위배되는 수혜적 법률에 대해서 단순위헌결정을 하면 법을 신뢰한 수혜자의 신뢰이익을 해치는 법적 문제가 있고, 평등원칙에 부합하는 내용의 법률을 구체적으로 어떻게 형성할

구”, 「고려법학」 제60호(2011. 3), 고려대학교 법학연구원, 374면. 이에 대해서 위헌결정에 장래효를 인정하는 우리나라의 법제에서는 적용중지의 헌법불합치결정은 실질적으로 단순위헌결정과 다를 것이 없음을 이유로 이를 인정할 실익이 없다는 견해도 있다. 정중섭, 앞의 책, 392면; 허영, 앞의 책, 255면.

526) 유사한 취지: 헌법재판소, 「헌법재판실무제요(제1개정증보판)」, 162면.

527) 또한 형벌조항에 대한 헌법불합치결정에는 헌법불합치결정에 따른 개선입법의 소급적용과 관련하여 헌법이 명시하고 있는 죄형법정주의와 행위시법주의, 그리고 형사소급입법금지원칙과 관련하여 중대한 헌법적 문제점을 내포하고 있다. 이런 점에서 형벌조항에 대한 헌법불합치결정에는 복잡한 여러 문제를 내포하고 있고 실무상 혼선이 야기되고 있다.

것인가와 관련하여 입법자에게 형성의 여지가 있는 경우에는 법률의 위헌성을 인정하면서도 수혜자의 신뢰를 보호하면서도 평등원칙을 구현하고자 하는 경우⁵²⁸⁾ 그리고 ‘법률에 대해서 위헌결정을 하여 법률의 효력을 즉시 잃게 하면 법적 공백이나 법적 혼란상태가 발생하게 되어 위헌결정으로 초래되는 상황이 위헌의 법률을 잠정적으로 존속시키거나 잠정적으로 적용하게 하는 경우보다 더 위헌적 상태를 초래할 우려가 있는 경우’⁵²⁹⁾ 그리고 ‘자유권을 침해하는 법률일지라도 법률의 합헌부분과 위헌부분의 경계가 불분명하여 헌법재판소의 단순위헌결정으로는 적절하게 구분하여 대처하기가 어렵고, 이와 관련하여 입법자에게 위헌상태를 제거할 수 있는 여러 가지의 선택가능성을 인정할 수 있는 경우’⁵³⁰⁾에 헌법불합치결정을 사용하고 있다.⁵³¹⁾

앞의 두 경우는 독일 연방헌법재판소에서도 인정하고 있는 사유이고 이에 대한 비판론은 많지 않지만, 세 번째의 경우에는 이를 독자적인 헌법불합치결정사유로 보는 견해도 있으나⁵³²⁾ 자유권을 침해하는 법률의 경우 그 법률에는 합헌인 부분과 위헌인 부분이 섞여 있을 것이고, 합헌인 부분과 위헌인 부분이

528) 헌재 2001. 11. 29. 99헌마494; 헌재 2008. 5. 29. 2006헌바5등; 헌재 2001. 6. 28. 99헌마516; 헌재 1997. 8. 21. 94헌바19등.

529) 헌재 1999. 5. 27. 98헌바70; 헌재 2000. 7. 20. 99헌가7; 헌재 2003. 12. 18. 2002헌바14; 헌재 2002. 9. 19. 2000헌바84; 헌재 2007. 6. 28. 2004헌마644; 헌재 1999. 10. 21. 97헌바26; 헌재 2004. 5. 27. 2003헌가1; 헌재 2005. 2. 3. 2001헌가9; 헌재 2006. 2. 23. 2004헌마675.

530) 헌재 1994. 7. 29. 92헌바49; 헌재 1993. 3. 11. 88헌마5; 헌재 1991. 3. 11. 91헌바21; 헌재 2002. 5. 30. 2000헌마81; 헌재 2004. 5. 27. 2003헌가1; 헌재 2009. 9. 24. 2008헌가25. 이런 사유를 제시하고 있는 것은 아니지만 이와 같은 취지로 이해할 수 있는 경우로 헌재 2006. 5. 25. 2005헌가17; 헌재 2008. 11. 27. 2007헌마1024 참조.

531) 자세한 것은 헌법재판소, 「헌법재판실무제요(제1개정증보판)」, 162면 이하; 이명웅, 앞의 논문, 378면 이하; 최환, “헌법불합치결정의 법적 성격과 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 독자적 허용성 및 효력”, 「판례연구」 23집(2012. 2), 부산판례연구회, 578면; 장영수, 앞의 논문, 360면 이하; 방승주, 앞의 논문, 49면 이하 참조.

532) 한수웅, “헌법불합치결정의 헌법적 근거와 효력- 독일에서의 판례와 이론을 중심으로”, 「헌법논총」 제6집(1995), 헌법재판소, 505면; 이상훈, “위헌결정과 헌법불합치결정의 효력 및 그 재판실무상 적용”, 「사법논집」 제38집, 법원도서관, 2004. 12, 58면 이하.

만일 양적으로나 질적으로 구별되지 않는다고 한다면 입법자가 위헌인 부분을 특정하지 아니하고 입법했다는 이유로 즉 명확성원칙 내지 과잉금지원칙에 위배하였음을 이유로 위헌결정을 하여야 하는 것이 타당하고, 이런 경우에까지 입법자의 입법형성권을 이유로 위헌결정의 효력발생시기를 연기하는 것은 위헌법률심판제도의 취지에 반하고 헌법불합치결정형식이 법률의 위헌성을 전제로 하는 결정이라는 점에서 예외적이고 제한적으로 인정되어야 한다는 점에서 이 경우는 헌법불합치결정을 정당화하는 사유가 될 수 없다는 비판이 많다.⁵³³⁾

생각건대, 자유권을 침해하는 법률의 경우 대부분의 경우 제한 자체는 가능한데 제한의 정도나 범위가 과도한지 여부가 문제되는 것이므로 법률조항에 위헌인 부분과 합헌인 부분의 경계가 불분명하기 때문에 입법자의 입법형성권을 존중할 필요가 있다는 이유만으로 헌법불합치결정을 한다면 위헌법률심판제도의 존재의의를 부정하게 될 것이다. 따라서 이는 독자적인 헌법불합치결정 사유가 될 수 없다고 이해하는 것이 타당하다고 판단된다.

3. 헌법불합치결정의 효력

가. 헌법불합치법률의 형식적 존속

위헌결정은 위헌법률의 효력을 즉시 상실시킴으로써 해당 법률이 더 이상 법질서에 존재하지 아니하는 상태, 법적 공백상태를 형성함으로써 피해자를 구제하는데 반하여, 헌법불합치결정은 해당 법률이 위헌임에도 불구하고 그 형식적 존속은 인정하면서 입법자로 하여금 그 내용을 헌법에 합치되게 형성하도록 하여 새로이 제정된 법률에서 그 실질적 내용을 정하여 적용시키는 방식으

533) 헌재 2008. 11. 27. 2006헌마352, 판례집 20-2하, 387면 이하(이공현 재판관의 견해); 김주환, “헌법불합치결정의 적용영역과 그 효과”, 「헌법학연구」 제11권 제2호(2005. 6), 한국헌법학회, 510면 이하; 방승주, 앞의 논문, 99면 이하; 허영, 앞의 논문, 51면; 황도수, “헌법불합치결정에 관한 새로운 체계의 시도”, 「헌법실무연구」 제4권, 헌법실무연구회, 2003, 259면; 허완중, 앞의 논문(2010), 149면 이하 참조; 최환, 앞의 논문, 578면 이하 참조. 한편 다른 사유와 결합하지 않은 채 단순히 합헌과 위헌의 경계가 불분명하다는 것만을 이유로 하는 헌법불합치결정을 내리는 것은 정당화되기 어렵다는 견해도 있다. 이명용, 앞의 논문, 378면.

로 피해자를 구제하게 된다.⁵³⁴⁾ 이런 점에서 헌법불합치결정의 경우, 위헌적 법률은 개선입법이 있을 때까지 형식적으로 존속한다.⁵³⁵⁾

다만 헌법재판소가 잠정적용의 헌법불합치결정을 하는 경우에는 예외적으로 개선입법이 이루어질 때까지 위헌의 법률이 잠정적으로 적용되며, 따라서 이 경우에는 개선입법이 있을 때까지 실질적으로 존속하게 된다. 잠정적용의 헌법불합치결정은 법치국가원리에 비추어볼 때 매우 이례적인 것이므로 이것은 법적 안정성과 구체적 타당성과 형평이라는 관점에서 예외적으로 인정되어야 한다.

나. 헌법불합치법률의 원칙적 적용금지 및 절차의 정지

헌법재판소가 법률의 위헌성을 확인한 이상 위헌 법률을 계속 적용하는 것은 법치국가원리에 비추어 볼 때 허용될 수 없다는 점에서 헌법불합치선언된 법률은 형식적으로는 존속시키더라도 원칙적으로는 적용되어서는 아니 된다. 따라서 모든 국가기관은 헌법불합치선언된 법률의 적용과 집행 등을 하여서는 아니 된다.⁵³⁶⁾ 헌법불합치결정이 있는 경우 행정관청과 법원은 원칙적으로 계류된 절차를 입법자의 개선입법이 있거나 법률이 폐지될 때까지 중지하여야 하며, 이는 입법자가 법률을 헌법재판소의 결정취지에 따라 헌법에 부합되게 개정하는 경우 개정법률을 적용하게 하기 위한 것이다.⁵³⁷⁾

헌법불합치결정에 의한 법률의 적용중지의 범위는 위헌결정에 소급효가 미치는 범위와 같다.⁵³⁸⁾ 따라서 위헌제청을 한 당해 사건, 위헌결정이 있기 전에

534) 황도수, 앞의 논문, 259면.

535) 보다 정확히 표현하면 헌법재판소가 명한 입법개선시한까지 입법개선이 이루어져 효력이 발생하는 경우에는 그 때까지, 그렇지 아니하고 입법개선시한을 도과한 경우에는 헌법재판소가 명한 입법개선시한까지 잠정적으로 존속을 유지한다.

536) 최환, 앞의 논문, 580면 이하; 헌법재판소, 「헌법재판실무제요(제1개정증보판)」, 169면, 한수웅, 앞의 논문, 523면.

537) 헌재 2000. 1. 27. 96헌바95등, 판례집 12-1, 39면; 최환, 앞의 논문, 581면. 위헌결정과 헌법불합치결정의 실질적 차이는 위헌결정이 있으면 법원이나 행정기관 등 국가기관은 위헌적 법률의 적용이 배제된 상태에서 구체적 사안에 관하여 판단을 하여야 하지만 헌법불합치결정의 경우에는 구체적 사건에 대한 판단을 입법자의 개선입법이 있을 때까지 잠정적으로 보류하게 하는 데 있다.

이와 동종의 위헌 여부에 관하여 헌법재판소에 위헌여부심판제청을 하였거나 법원에 위헌여부심판제청신청을 한 경우의 당해 사건과 따로 위헌제청신청은 아니하였지만 당해 법률 또는 법률의 조항이 재판의 전제가 되어 법원에 계속 중인 사건에 대한 재판은 개선입법이 있을 때까지 중지되어야 한다. 뿐만 아니라 사안에 따라서는 헌법불합치결정 이후에 위와 같은 이유로 제소된 일반사건에 대한 재판이나 처분도 중지된다.⁵³⁹⁾

다만 헌법재판소가 잠정적용의 헌법불합치결정을 하는 경우에는 예외적으로 개선입법이 이루어질 때까지 위헌의 법률을 잠정적으로 적용된다.

다. 입법자의 입법개선 의무와 개선입법의 효력

헌법불합치결정에는 입법자에 대하여 개선입법을 촉구하는 결정이 당연히 포함되어 있어 입법자에게 입법개선 의무를 부과하는 결정형식이다.⁵⁴⁰⁾ 따라서 입법자는 헌법재판소가 정한 입법개선시한까지 불합치선언된 법률의 위헌성을 제거하는 개선입법을 하여야 한다.

적용중지의 헌법불합치결정으로 인한 개선입법은 개선입법의 시행일 이후의 사안뿐만 아니라 헌법불합치결정시점 이후부터 개선입법의 시행일까지의 위헌적 상태를 제거하고 더 나아가 헌법불합치결정의 소급효가 미처서 헌법불합치선언된 법률조항의 적용이 중지되고 있는 모든 사안에 대해서 원칙적으로 적용된다. 그렇기 때문에 헌법불합치결정에 의하여 개선입법이 제정되는 경우 입법자는 적어도 헌법불합치결정 이후부터 개선입법시행일 전까지의 법상태와 헌법불합치결정의 소급효로 인하여 헌법불합치선언된 법률조항의 적용이 중지된 모든 사안에 소급적용 하기 위한 경과규정을 반드시 두어야 한다.

그런데 개선입법에서 경과규정을 두지 아니한 경우의 개선입법을 헌법불합

538) 대법원 1991. 6. 11. 선고 90다5450 판결; 대법원 1991. 6. 28. 선고 90누9346 판결; 대법원 1991. 12. 24. 선고 90다8176 판결; 대법원 2002. 4. 2. 선고 99다3358 판결.

539) 대법원 1993. 1. 15. 선고 92다12377 판결; 대법원 1993. 11. 26. 선고 93다30013 판결.

540) 김하열, 앞의 논문, 158면; 이명웅, 앞의 논문, 375면; 장영수, 앞의 논문, 377면; 한수웅, 앞의 논문, 433면.

치결정이후부터 개선입법시행일전까지의 법상태와 헌법불합치결정의 소급효로 인하여 헌법불합치선언된 법률조항의 적용이 중지된 모든 사안에 소급적용할 수 있는지 여부가 문제되는데, 이에 대해서 헌법재판소와 대법원은 개선입법에 경과규정이 없더라도 헌법불합치결정의 취지나 위헌심판에서의 구체적 규범통제의 실효성 보장이라는 측면을 고려하여 소급효를 인정하고 있다.⁵⁴¹⁾ 적용중지의 헌법불합치결정의 소급효는 개선입법의 소급적용을 의미하는 것이고, 개선입법의 소급적용 여부와 소급적용의 범위는 원칙적으로 입법자의 재량에 달린 것이기는 하지만, 적용중지의 헌법불합치결정의 취지와 위헌법률심판제도의 실효성 확보 그리고 무엇보다도 국민의 기본권 보호를 위해서는 위헌결정의 소급효가 인정되는 제한된 범위 내에서는 개선입법에서 소급적용에 관한 명문의 경과규정을 두고 있지 아니하더라도 개선입법을 소급적용하는 것이 타당하다고 판단된다.⁵⁴²⁾

다만 잠정적용의 헌법불합치결정에 따른 개선입법의 경우 개선입법의 소급효가 배제된다는 견해⁵⁴³⁾와 당해사건에만 소급적용하여야 한다는 견해,⁵⁴⁴⁾ 입법

541) 헌재 1995. 7. 27. 93헌바1, 판례집 7-2, 246면 이하 참조; 헌재 1995. 11. 30. 91헌바1, 판례집 7-2, 594면 이하 참조; 헌법재판소 2003. 12. 18. 2002헌바14, 32; 대법원 1996. 1. 26. 선고 93누17911 판결; 대법원 2002. 4. 2. 선고 99다3358 판결; 대법원 2002. 5. 14. 선고 2000다62476 판결; 대법원 2002. 11. 8. 선고 2002다21882 판결; 대법원 2006. 3. 9. 선고 2003다52647 판결 참조. 헌법재판소의 태도에 관한 이런 평가에 대하여 의문을 제기하는 견해로는 최환, 앞의 논문, 587면 각주 79) 참조.

542) 남북현, 앞의 책, 260면; 한수웅, 앞의 논문, 525면 이하; 허완중, 앞의 논문(2010), 152면. 적용중지의 헌법불합치결정의 경우 개선입법에서 소급적용에 관한 경과규정을 두지 않더라도 불합치결정시점까지 소급적용되며, 당해사건의 경우에도 소급적용되지만 병행사건이나 일반사건의 경우에는 개별사안마다 판단하여야 한다는 견해도 있다. 자세한 것은 이명웅, 앞의 논문, 388면 이하 참조. 한편 개선입법에 소급적용에 관한 경과규정을 두지 아니한 경우 일반원칙에 따라 장래효만 있다고 보아야 하며 당연히 소급적용된다고 볼 수 없다는 견해도 있다. 정종섭, 앞의 책, 401면; 황도수, 앞의 논문, 263면 이하; 김시철, “형벌조항에 대한 헌법불합치결정(대상판결 : 대법원 2009. 1. 15. 선고 2004도7111 판결)”, 「사법」 8호 (2009. 6), 사법발전재단, 204면 이하; 윤진수, “상속의 단순승인 의제규정에 대한 헌법불합치 결정의 소급효가 미치는 범위”, 「헌법논총」 제11집, 헌법재판소, 2000, 218면; 지성수, 앞의 논문, 156면.

543) 이준일, 「헌법학강의」 제3판, 홍문사, 2009, 1201면; 박진우, “헌법불합치결

자의 판단에 따라 헌법불합치결정이후부터 개선입법시행이전까지의 법상태를 개선입법으로 규율하는 경과규정을 두는 것이 가능하다는 견해,⁵⁴⁵⁾ 그리고 개선입법에서 소급효를 규정하지 아니하는 한 개선입법전에 확정된 사건의 경우에는 소급효가 미치지 아니하며 개선입법시점까지 확정되지 아니한 사건의 경우에는 불합치결정된 법률과 개선입법이 경합한다는 견해⁵⁴⁶⁾가 있다. 그런데 대법원은 잠정적용의 헌법불합치결정의 경우라도 헌법불합치결정의 취지나 위헌법률심판제도의 실효성보장이라는 측면을 고려할 때 개선입법에서 소급적용에 관한 경과규정을 두지 않았더라도 적어도 헌법불합치결정을 하게 된 당해사건 및 불합치결정 당시에 구법 조항의 위헌여부가 쟁점이 되어 법원에 계속 중인 사건에 대해서는 개선입법이 소급적용되어야 한다는 태도를 취하고 있다.⁵⁴⁷⁾

라. 개선입법없이 입법시한을 도과한 경우 헌법불합치선언된 법률의 효력

헌법재판소가 헌법불합치결정을 하면서 결정주문이나 이유에서 명시적으로 입법개선 의무를 불이행한 경우 대상법률의 효력이 상실한다고 판시한 경우에는 헌법불합치선언된 법률의 효력이 상실되는 것은 분명하지만, 헌법재판소가 결정에서 입법개선시한을 도과한 경우의 법적 효과에 관하여 아무런 판단을 하지 않은 경우 특별한 사정이 없는 한 헌법불합치선언된 법률이 입법개선시한의 도과로 인하여 당연히 효력이 상실되는 것은 아니라는 견해⁵⁴⁸⁾와 입법개선시한을 도과한 다음 날로부터 헌법불합치선언된 법률은 위헌법률로서 효력

정에 대한 비판적 검토”, 「법학연구」 제35집, 한국법학회, 2009. 21면 참조.

544) 이명웅, 앞의 논문, 391면 이하 참조.

545) 방승주, 앞의 논문, 75면 이하, 88면; 이인호/오수정, “헌법불합치결정에 따른 입법개선 의무의 이행현황 분석과 비판”, 「중앙법학」 제12집 제1호(2010. 3), 중앙대학교 법학연구소, 57면 참조.

546) 남복현, 앞의 책, 292면 이하 참조.

547) 대법원 2006. 3. 9. 선고 2003다52647 판결; 대법원 2008. 2. 1. 선고 2007다9009 판결; 대법원 2010. 4. 8. 선고 2007다80497 판결; 대법원 2011. 9. 29. 선고 2008두18885 판결.

548) 황도수, 앞의 논문, 264면 이하; 남복현, 앞의 책, 233면 이하 참조.

이 당연히 상실된다는 견해⁵⁴⁹⁾가 있다.

헌법재판소가 명시적으로 입법의 시한을 명시한 경우, 헌법불합치결정은 위헌결정의 일종으로서 법적 안정성을 위하여 위헌결정의 효력발생시기, 즉 법률의 효력상실시기를 유예하는 성질의 결정이므로 입법개선시한까지 법률을 개정하지 아니한 경우에는 입법개선시한을 도과한 후에는 당연히 헌법불합치선언된 법률의 효력이 상실되는 것으로 보는 것이 타당하다. 다만 효력상실시점에 관하여 논란이 있는데, 헌법재판소는 잠정적용의 헌법불합치결정에서 정한 입법개선시한을 준수하지 아니한 경우⁵⁵⁰⁾뿐만 아니라 적용중지의 헌법불합치결정에서 정한 입법개선시한을 준수하지 않은 경우에도 입법개선시한을 도과한 다음날부터 불합치결정된 법률의 효력이 상실한다고 관시하고 있다.⁵⁵¹⁾ 그런데 적용중지의 헌법불합치결정의 경우에도 입법개선시한이 도과한 다음날부터 불합치선언된 법률의 효력이 상실된다고 이해하면 헌법불합치결정 당시에 법원에 계속된 사건으로 헌법불합치결정으로 절차진행이 정지된 사건과 헌법불합치결정시점부터 입법개선시한까지 발생한 사건에 적용할 어떠한 규범도 존재하지 않는 법적 공백상태 내지 불확정상태로 만들기 때문에⁵⁵²⁾ 적용중지의 헌법불합치결정의 경우에는 입법개선시한이 도과한 다음날부터 헌법불합치로 결정된 법률의 효력이 상실하는 것이 아니라 헌법불합치결정시점에 소급하여 그 때부터 효력을 상실하는 것으로 이해하는 것이 타당하다.⁵⁵³⁾

549) 김시철, 앞의 논문, 204면; 이명웅, 앞의 논문, 393면 이하 참조(다만 적용중지의 경우에는 헌법불합치결정시점부터 법률조항이 적용되지 아니하므로 당해사건이나 병행사건에는 소급적 효력이 인정될 수 있다).

550) 헌재 2013. 8. 29. 2010헌바354등; 헌재 2013. 9. 26. 2013헌바170; 대법원 2012. 10. 11. 선고 2012도7455 판결.

551) 헌재 1997. 7. 16. 95헌가6등; 헌재 1997. 8. 21. 94헌바19 등; 헌재 1999. 12. 23. 99헌가2; 헌재 2001. 5. 31. 99헌가18 등; 헌재 2008. 5. 29. 2006헌바5; 헌재 2009. 4. 30. 2007헌가8; 헌재 2010. 9. 2. 2010헌마418.

552) 지성수, 앞의 논문, 137면.

553) 이명웅, 앞의 논문, 394면; 지성수, 앞의 논문, 135면 이하 참조. 이런 관점에서 볼 때 헌법재판소가 입법개선시한을 명시하는 적용중지의 헌법불합치결정을 하면서 입법자가 입법개선시한까지 법률을 개정하지 아니한 경우 그 다음날로부터 법률의 효력이 상실된다고 관시하는 태도(헌재 1997. 7. 16. 95헌가6; 헌재 1997. 8. 21. 94헌바19; 헌재 1999. 12. 23. 99헌가2; 헌재 2008. 5. 29. 2006헌바5; 헌재 2010. 9. 2. 2010헌마418)는 시정되어야 한다.

그리고 헌법재판소가 불합치결정을 하면서 입법개선시한을 명시하지 아니한 경우에는 상당한 기간이 경과하였다는 사정만으로 법률의 효력이 상실된다고 하는 것은 법적 안정성을 해치는 문제가 있으므로 헌법재판소에 입법부작위에 대한 헌법소원을 제기하거나 국가배상소송을 통하여 권리구제를 받아야 할 것이다.⁵⁵⁴⁾

II. 학설의 태도

1. 전면적 긍정설

가. 서설

헌법재판소법 제47조 제2항 단서에서 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효를 명시하고 있고, 동법 제47조 제3항에서 위헌으로 결정된 법률이나 법률조항에 근거한 형사유죄확정판결에 대한 재심을 허용하고 있다. 이처럼 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효로 인하여 확정판결에 대해서도 재심을 청구할 수 있게 하는 것은 중대한 법적 혼란이 발생할 수 있으므로 형벌조항에 대해서도 중대한 법적 공백이나 혼란 방지 등 헌법불합치결정을 할 사유가 있으면 형벌조항에 대해서도 헌법재판소법 제47조 제2항 단서에도 불구하고 적용중지의 헌법불합치결정은 물론이고 잠정적용의 헌법불합치결정을 선고할 수 있다는 입장이다.

아래에서는 긍정설의 논거를 살펴보고, 헌법불합치결정으로 인한 개선입법의 적용범위를 적용중지의 헌법불합치결정의 경우와 잠정적용의 헌법불합치결정의 경우로 나누어 살펴본다.

나. 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 논거

형벌조항에 대해서 헌법불합치결정형식이 인정되어야 한다는 견해의 논거를 보면 다음과 같다.

먼저, 형벌조항에 대해서 단순위헌결정이 내려지면 헌법재판소법 제47조 제2

554) 이명웅, 앞의 논문, 394면 참조.

항 단서로 인하여 법제정시점까지 또는 형벌조항이 헌법과 충돌하게 된 시점까지 소급하여 효력이 상실되고, 헌법재판소법 제47조 제3항에 의하여 이미 확정된 유죄판결에 대해서도 전면적으로 재심을 허용하고 있어 중대한 법적 혼란이 발생하고 법적 안정성이 파괴될 위험성이 있음을 논거로 한다.⁵⁵⁵⁾

둘째, 비형벌법규에 대한 헌법불합치결정을 정당화하는 사유가 형벌법규에 대한 위헌결정의 경우에도 인정되는 경우 형벌법규에 대해서도 헌법불합치결정형식을 사용할 수 있어야 한다는 점을 논거로 한다. 즉 형벌법규의 경우에도 위헌결정시 중대한 법적 공백이나 혼란이 야기되거나 위헌결정으로 더 위헌적 상태를 초래할 위험성이 있는 경우 이를 방지하기 위하여 헌법불합치결정이 필요하다고 주장한다.⁵⁵⁶⁾ 또한 심판대상 형벌조항에 합헌부분과 위헌부분이 혼재하고 있는 경우 헌법재판소의 단순위헌결정이나 한정결정형식으로 양자를 분리할 수 없고, 이에 관해서는 입법자의 입법형성권을 존중하여야 하는 경우가 있을 수 있는데, 이와 같은 경우에 단순위헌결정을 내리면 형사처벌이 합헌인 부분의 범죄행위에 관한 처벌까지 할 수 없는 법적 공백상태가 발생하고 더불어 합헌적인 부분의 범죄행위에 대한 유죄확정판결에 대해서도 재심청구가 가능하게 되는 불합리한 문제가 발생하므로 단순위헌결정의 전면적 소급효로 인한 법적 안정성의 파괴를 헌법불합치결정을 통하여 제한할 필요가 있다는 점에서 형벌조항에 대한 헌법불합치결정을 허용하여야 한다고 한다.⁵⁵⁷⁾

또한 형벌법규의 영역에서 법적 안정성과 법적 정의가 충돌하는 경우 반드시 법적 정의를 우선시할 것이 헌법적으로 요구되는 것은 아니고, 따라서 형벌조항에 대한 헌법재판소의 위헌결정에 반드시 소급효를 인정하여야 하는 것은 아니고, 이는 입법정책적 차원의 문제⁵⁵⁸⁾이며, 이런 맥락에서 우리 헌법재판소

555) 남북현, 앞의 책, 266면 이하; 이명웅, 앞의 논문, 394면 이하; 황우여, 앞의 논문, 329면; 전정환/문광삼/남북현, 앞의 책, 379면 이하. 헌법재판소의 위헌결정형식과 관련하여 헌법재판소에게 변형결정을 할 수 있다는 관점에서 형벌조항에 대해서도 미래무효를 포함한 장래효를 가지는 결정을 할 수 있다는 입장으로는 이현환, 앞의 논문, 291면 이하.

556) 이명웅, 앞의 논문, 395면; 유사한 취지: 김하열, 앞의 논문, 172면.

557) 한수웅, 앞의 논문, 534면; 이영진, “형벌에 관한 법률조항에 대한 헌법불합치결정의 효력”, 「재판과 관례」 제19집, 대구관례연구회 2010, 610면.

558) 같은 취지: 이명웅, 앞의 논문, 396면 각주 52); 남북현, 앞의 책, 269면; 허

와 대법원은 헌법재판소법 제47조 제2항 본문의 규정에도 불구하고 비형벌법규에 대한 위헌결정의 장래효원칙에 대한 예외로 소급효를 제한적으로 인정하고 있다는 점에서 형벌법규에 대한 위헌결정에도 헌법재판소법 제47조 제2항 단서의 규정에도 불구하고 소급효를 제한할 수 있다고 주장한다.⁵⁵⁹⁾ 또한 형벌법규에 대해서 헌법불합치결정을 인정하여야 하는 입장에서는 우리나라가 장기간의 독재를 거치는 과정에서 많은 위헌적 형사법률이 제정되었고, 법원이나 헌법재판소의 소극적 태도로 인하여 위헌적 형사법률이 잔존하고 있으며, 게다가 한국 의회주의의 미성숙으로 인해 형벌과 관련한 입법 역시 졸속으로 이루어지고 있는 현실에서 형벌조항에 대한 헌법불합치결정을 인정하지 아니하면 반드시 형사처벌 되어야 할 행위를 규율할 수 없는 법적 공백상태를 초래할 우려가 있기 때문에 형벌조항에 대한 헌법불합치결정을 인정하여야 한다고 주장한다.⁵⁶⁰⁾

다. 적용중지의 헌법불합치결정과 개선입법의 적용범위

적용중지의 헌법불합치결정은 위헌성이 제거된 개선입법에 의한 소급적용을 전제로 하므로 헌법재판소법 제47조 제2항 단서에 배치되는 것은 아니며, 특히 헌법불합치결정의 취지에 따라 개선된 입법은 헌법불합치로 선언된 규범보다 범죄의 구성요건이 협소하게 되거나 형벌의 정도가 완화된 입법인 것이므로 헌법이 금지하는 형사소급입법에 해당하지 아니한다고 한다.⁵⁶¹⁾ 그래서 헌법불

완중, 앞의 논문(2010), 147면; 헌재 1993. 5. 13. 92헌가10등, 판례집 5-1, 226 이하; 2000. 8. 31. 2000헌바6, 공보 49, 744 이하; 2008. 9. 25. 2006헌바108, 판례집 20-2(상), 488면 이하. 반면에 2006헌바108 결정에서 조대현 재판관은 헌법재판소법 제47조 제2항 본문에 대해서 위헌법률의 소급적 실효를 부정함으로써 위헌법률심판제도를 마련하여 헌법의 최고규범력을 확보 하려는 헌법의 취지에 부합되지 아니한다고 주장한다. 헌재 2008. 9. 25. 2006헌바108, 판례집 20-2(상), 488면 이하 참조.

559) 남복현, 앞의 책, 266면 이하; 이명용, 앞의 논문, 396면; 이현환, 앞의 논문, 290면.

560) 남복현, 앞의 책, 266면 이하; 같은 취지: 허완중, 앞의 논문(2010), 139면 이하 참조.

561) 남복현, 앞의 책, 283면; 허완중, 앞의 논문(2010), 147면. 한편 형벌조항에 대한 헌법불합치결정이 가능하다고 인정하면서도 헌법불합치결정은 본질적

합치결정의 경우 헌법불합치로 결정된 법률조항 전체가 소급하여 실효되는 것이 아니라 개선입법에 의하여 합헌이라고 판단된 부분은 그대로 존속하여 적용되고, 개선입법에 의하여 확정적으로 위헌으로 판단되어 제거된 부분만이 소급하여 실효되는 것이라고 한다. 이에 따르면 헌법불합치로 선언된 법률이 제정된 때부터 헌법불합치결정 당시까지의 사건 중에서 확정되지 아니한 사건, 헌법불합치결정당시 헌법불합치로 결정된 법률이나 법률조항에 근거한 유죄의 확정판결에 대한 재심청구사건, 그리고 헌법불합치결정 이후 개선입법⁵⁶²⁾의 시행일 이전까지의 사건에 대해서도 특별한 사정이 없는 한 개선입법의 내용에 따라 재판을 하여야 한다고 한다.

따라서 개선입법이 적용중지된 위헌법률을 대체하는 결과, 위헌결정의 경우와 달리 당해사건, 병행사건, 일반사건의 경우에 당연히 무죄판결을 받는 것이 아니고 구체적인 범죄행위가 개선입법의 구성요건에 해당하는지 여부에 따라, 즉 개선입법의 구성요건에 해당하면 유죄판결이, 그렇지 않으면 무죄판결이 선고되어야 한다. 또한 헌법불합치선언된 법률에 근거한 유죄의 확정판결에 대한 재심청구에 대해서도 당연히 재심이 허용되는 것이 아니라 개선입법에서 합헌적인 형사처벌로 인정된 부분에 대해서는 재심이 허용되지 아니고, 개선입법에서 위헌적인 형사처벌로 인정하여 삭제된 부분에 대해서만 재심이 허용된다고 한다.⁵⁶³⁾ 그리고 개선입법전에 재심이 청구된 경우 개선입법이 있을 때

으로 장래효를 가지므로 헌법재판소법 제47조 제2항 단서의 소급효는 헌법 불합치결정의 경우에는 적용될 수 없다는 견해도 있다. 이명용, 앞의 논문, 398면; 유사한 취지: 이헌환, 앞의 논문, 291면. 이 견해에 따르면 형벌조항에 대한 헌법불합치결정에 소급효가 부여되는 것이 헌법재판소법 제47조 제2항 단서의 규정 때문이 아니고, 비형벌법규의 위헌결정의 소급효가 미치는 범위에서는 헌법불합치결정의 소급효가 인정되므로 개선입법이 그 범위 내에서는 소급적용되는 것이며, 확정된 유죄판결에 대해서는 개선입법에서 따로 정하지 아니하는 한 재심은 불가능하다고 한다.

562) 이 경우 개선입법은 헌법재판소가 헌법불합치결정에서 정한 입법개선시한을 준수한 개선입법을 의미한다.

563) 이런 맥락에서 남북현교수는 긍정설의 입장에서 2009. 1. 15. 선고된 대법원의 2004도7111 판결을 비판하고 있다. 즉 적용중지의 헌법불합치결정은 불합치선언된 법률의 적용배제와 개선입법으로의 대체를 전제로 하므로 대법원은 대상판결에서 상고를 기각할 것이 아니라 원심에 파기환송하여 원심으로 하여금 개선입법에 따라 재판하도록 하여야 했다고 비판한다. 이 사건의

까지 재판의 진행을 정지하여야 한다.

라. 잠정적용의 헌법불합치결정과 개선입법의 적용범위

잠정적용의 헌법불합치결정이 선고될 경우 헌법불합치 형벌조항은, 제정시점부터 헌법재판소의 헌법불합치결정 당시에 진행 중인 재판에는 물론이고 결정시점 이후 개선입법이 시행되기 전까지의 사건에도 잠정적으로 계속 적용되어 형사처벌의 근거조항이 되며, 개선입법시행일 이후에는 개선입법에 의하여 규율된다고 한다. 또한 개선입법에서 별도의 경과규정을 두고 있지 아니하는 한, 병행사건이나 일반사건에 대한 소급효나 개선입법시행전에 이미 확정된 유죄판결에 대한 재심도 허용되지 아니하며, 단지 개선입법이 헌법불합치결정된 형벌조

경우에 학교보건법에 대한 헌법재판소의 헌법불합치결정에 따라 관할 교육감이 허가하는 경우 비상설 상영장을 초·중등학교에 설치, 운영 할 수 있도록 시행령을 개정하였으므로 개선입법의 구성요건에 해당하지를 검토하여 유죄의 여부를 판단했어야 한다고 비판한다. 그에 따라 사안의 경우 비상설상영장이 아닌 영화상영관을 설치·운영 하였으므로 개선입법의 취지에 따라 유죄를 인정함이 타당하다고 한다. 남북현, 앞의 책, 282면 이하 참조. 자세한 것은 남북현, 「판례평석: 위헌결정과 헌법불합치결정의 법적 효과에 있어 편차 : 대소판례: 대법 2009. 1. 15. 선고 2004도7111판결」, 「한양법학」 제26집(2009. 5.), 한양법학회, 329면 이하 참조.

그러나 이런 주장에 대해서 절대정화구역 내에서 영화관영업은 한 이 사건의 경우에 원심법원이 개선입법을 적용한다고 하더라도 유죄로 판단할 수 없다는 비판이 있다. 즉 헌법불합치선언된 구 학교보건법의 경우 이 사건 공소사실과 같은 절대정화구역에서의 극장영업행위를 예외 없이 금지하고 이를 위반할 경우 처벌하는 내용이었다. 반면에 헌법불합치결정 이후 구 학교보건법시행령을 개정하여 절대정화구역 내에서도 교육감 등의 인정을 받을 경우에는 영화관 등 극장영업이 가능하도록 하였다. 그런데 구 학교보건법 하에서는 영화관의 경우 교육감 등의 인정을 받는 제도 자체가 존재하지 아니하였기 때문에 이 사건 피고인이 공소제기된 범죄행위당시에는 교육감의 인정을 받는다는 것이 아예 불가능하였다. 따라서 이 사건의 경우에 긍정설을 취하여 개선입법을 소급적용하더라도 개선입법이 요구하는 적법요건을 갖추는 것이 불가능하여 적법행위의 기대가능성이 없으며, 혹은 이런 점에 비추어 개선입법의 부칙에서 명시적으로 경과규정을 두고 있지 아니한 점 등을 고려할 때 오히려 입법자의 의도가 개선입법의 소급적용을 배제하는 것으로 해석하여 구성요건해당성이 없는 것으로 보아 무죄판결 하는 것이 타당하다고 한다. 최환, 앞의 논문, 597면 각주 105) 참조.

항보다 구성요건이나 형이 경한 경우 형법 제1조 제2항, 제3항 그리고 형사소송법 제326조 제4호에 따라 해결되어야 한다고 한다.⁵⁶⁴⁾

형벌조항에 대한 잠정적용의 헌법불합치결정을 인정하는 견해에서는 잠정적용의 헌법불합치결정은 적용중지로 피할 수 없는 법치국가원리에 비추어볼 때 용인하기 어려운 법적 공백과 혼란을 막기 위한 예외적인 경우에만 허용되어야 하며, 허용되는 경우에도 위헌적 형벌조항이 계속 적용되는 부작용을 최소화하기 위해서 적어도 당해사건에 대해서는 적용을 중지하고 개선입법에 따라 처리하거나 당해사건에 대해서는 잠정적용 후에도 신법을 소급적용하거나 기타 필요한 경과규율을 두는 것이 바람직하다거나,⁵⁶⁵⁾ 개선입법이 발효되기 전에 불합치형벌조항을 적용하여 유죄판결이 이미 확정된 경우라도 개선입법에서 위헌으로 확정된 부분에 대해서는 재심이 허용되어야 한다는 주장⁵⁶⁶⁾이 있다.

2. 부분 긍정설

부분 긍정설은 형벌법규에 대한 헌법불합치결정은 잠정적용의 헌법불합치결정 내지는 적용중지의 헌법불합치결정 어느 하나에만 허용된다는 견해로 나뉜다.

적용중지의 헌법불합치결정만이 허용된다는 견해는 형벌조항에 대한 단순위헌결정의 소급효로 인하여 법적 공백이나 법적 혼란을 일으킬 우려가 있는 경우 헌법불합치결정이 허용되어야 하지만, 형벌조항에 대해서 위헌이라고 판단하면서도 계속적용을 명하는 것은 위헌법률에 따른 형사처벌을 허용하는 것이므로 이는 법치국가원리 내지 국가의 기본권보장의무와 죄형법정주의의 특성을 고려하면 헌법적으로 정당화되기 어렵다는 점을 논거로 한다.⁵⁶⁷⁾

564) 납복현, 앞의 책, 290면; 이명웅, 앞의 논문, 399면 참조.

565) 이명웅, 앞의 논문, 399면.

566) 전정환/문광삼/납복현, 앞의 책, 380면; 황우여, 앞의 논문, 333면 이하 참조; 이영진, 앞의 논문, 633면.

567) 김현철, 앞의 논문, 305면; 김하열, 앞의 논문, 170면 이하; 허완중, 앞의 논문(2010), 152면; 최창호, “형벌법규 위헌심사에 관한 연구: 양형규정을 중심으로”, 「형사법과 헌법이념」 제3권, 박영사, 2010, 414면 이하; 허영, “헌법재판과 입법”, 「헌법논총」 제19집, 헌법재판소, 2008, 40면 참조. 한편 허영교수는 위헌결정에 장래효를 인정하는 우리 법제에서는 적용중지의 헌법불합치결정이 필요하지 않다는 주장을 하면서도 형벌조항에 대한 위헌결정

형벌법규에 대한 헌법불합치결정은 원칙적으로 잠정적용의 헌법불합치결정만이 허용된다는 견해는, 형벌법규에 대한 헌법불합치결정은 원칙적으로 인정되지 아니하지만, 위헌결정을 선고하는 경우 중대한 법적 혼란을 예상되는 경우 잠정적용의 헌법불합치결정을 할 수 있으며, 이 경우 헌법재판소는 단순히 잠정적용을 명할 것이 아니라 피해자의 피해를 최소화하는 방향으로 특별한 경과규율을 정할 수 있으며, 이 경우 경과규율에 의하여 헌법재판소법 제47조 제3항에 규정된 확정판결에 대한 재심을 부정하여서는 아니 된다고 한다.⁵⁶⁸⁾ 이 주장은 독일 연방헌법재판소의 낙태판결(BVerfGE 39, 1)이나 국적법 판결(BVerfGE 37, 217)과 같이 구법의 잠정적용을 명하는 것에서 나아가서 아예 새로운 내용을 갖는 과도기법을 독일연방헌법재판소법에 규정된 가처분(독일연방헌법재판소법 제32조)이나 집행명령(독일연방헌법재판소법 제35조)의 형태로 발령하는 적극적인 경과조치를 헌법재판소가 부가할 수 있어야 한다는 것으로 이해된다.⁵⁶⁹⁾

3. 부정설

부정설은, 헌법불합치결정은 위헌법률의 효력상실을 일정기간 유예시키는 것에 본질적 의의가 있는데, 형벌조항은 국민의 기본권을 중대하게 제한하는 국가작용이고 그렇기 때문에 헌법에 명시된 헌법 제12조 제1항의 죄형법정주의와 제13조 제1항의 행위시법주의와 형사소급입법금지원칙을 고려할 때, 형벌조항이 위헌인 경우 소급하여 그 효력을 상실시키는 것이 실제적 정의에 합치되고 이때에는 법적 안정성이라는 법이념이 후퇴하여야 하기 때문에 형벌조항이 위헌이면 위헌결정을 하여야 하고, 그에 대한 헌법불합치결정은 허용되지 아니한다고 한다.⁵⁷⁰⁾

의 소급효를 제한할 필요가 있을 때에만 제한적으로 형벌조항에 대한 적용중지의 헌법불합치결정을 할 수 있다고 하였으나, 그 후 견해를 변경하여 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 가능성을 부정하고 있다. 허영, “헌법불합치결정”, 「헌법재판의 새로운 지평(이강국 헌법재판소장 퇴임기념논문집)」, 2013, 57면; 허영, 앞의 책, 253면 참조.

568) 황도수, 앞의 논문, 270면 이하 참조.

569) 최환, 앞의 논문, 598면 각주 107).

형벌조항에 대한 헌법불합치결정이 법적 안정성의 관점에서 현실적으로 필요하다고 하더라도 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효를 규정하고 있는 헌법재판소법 제47조 제2항 단서와 위헌으로 선언된 형벌조항에 근거한 유죄확정판결에 대해서 재심이 전면적으로 허용하는 헌법재판소법 제47조 제3항의 규정에 비추어볼 때 허용될 수 없으며, 적용중지의 헌법불합치결정의 경우 개선입법에 의한 대체적용을 전제로 하고 있는데, 이는 당해사건이나 병행사건의 경우 피고인의 행위가 있는 후에 개정된 개선입법을 그 시행일 이전에 이미 종료한 피고인의 행위에 소급적용하여 처벌하는 것인데, 이는 형벌조항에 관한 소급입법을 절대적으로 금지한 헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항에 정면으로 위배된다는 점에서 형벌조항에 대한 헌법불합치결정은 허용될 수 없다고 한다.⁵⁷¹⁾

그 결과 형벌조항에 대한 적용중지의 헌법불합치결정이든, 잠정적용의 헌법불합치결정이든 헌법불합치결정은 현행 법제상 허용되지 아니한다는 입장에서는 설사 헌법재판소가 형벌조항에 대하여 법적 안정성 등을 고려하여 헌법불합치결정을 하더라도 헌법불합치결정은 그 본질상 위헌결정의 하나이고, 따라서 헌법재판소법 제47조 제2항 단서에 의하여 형벌조항에 대한 헌법재판소의 위헌판단으로 헌법불합치결정된 형벌조항은 소급하여 효력이 상실되며, 이미 확정된 유죄판결에 대해서는 헌법재판소법 제47조 제3항에 의하여 전면적으로 재심을 청구할 수 있으며, 헌법불합치결정에 따라 개정된 개선입법을 소급적용하여 피고인을 처벌하는 것은 헌법 제12조 제1항의 죄형법정주의와 제13조 제1항의 행위시법주의와 헌법 제13조 제2항의 형사소급입법금지원칙에 위배된다는 입장이다. 대법원도 이와 같은 입장에서 헌법재판소의 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 기속력을 부정하고 있다.⁵⁷²⁾

570) 방승주, 앞의 논문, 71면; 정종섭, 앞의 책, 384면. 한편 정종섭교수는 같은 책, 389면과 394면에서는 형벌조항에 대한 잠정적용의 헌법불합치결정을 인정하는 전제에서 서술하고 있는데, 이는 헌법재판소가 형벌조항에 대한 잠정적용의 헌법불합치결정을 사용하고 있기 때문에 이를 전제로 하는 서술로 이해된다.

571) 김시철, 앞의 논문, 208면 이하; 최환, 앞의 논문, 603면 이하.

572) 대법원 2009. 1. 15. 선고 2004도7111 판결; 대법원 2011. 6. 23. 선고 2008도7562 판결.

III. 평가

1. 서설

앞에서 살펴본 것처럼 형벌조항에 대한 헌법불합치결정을 긍정하는 견해는, 위헌결정형식의 선택권이 헌법재판소에 있다는 이유로, 또는 비형벌법규에 대한 위헌결정의 효력발생시기와 관련하여 헌법재판소법 제47조 제2항 본문의 문언과 달리 헌법재판소와 대법원의 판례를 통하여 예외적으로 소급효가 인정되고 있음을 이유로 형벌법규에 대한 헌법재판소의 위헌결정의 소급효에 대해서도 헌법재판소법 제47조 제2항 단서에도 불구하고 헌법재판소의 결정을 통하여 예외가 허용될 수 있으며, 형벌규정에 대한 위헌결정에 전면적 소급효를 부여할 경우 이로 인한 법적 안정성을 해치는 경우가 발생하므로 이를 막기 위해서는 헌법불합치결정형식을 사용할 수 있다고 보아야 한다고 주장한다. 형벌조항에 대한 헌법불합치결정에 따른 개선입법을 소급적용 하는 것이 형벌불소급원칙에 위배된다는 주장에 대해서 형벌불소급의 원칙 내지 형사소급입법금지원칙은 소급적인 범죄구성요건 제정과 소급적인 형벌 가중을 엄격히 금지하는 취지이지, 범죄구성요건이 소급하여 축소되거나 형벌을 소급하여 완화하는 것까지 금지하는 취지는 아니므로 개선입법의 적용이 헌법 제12조 제1항이나 제13조 제1항과는 충돌되지 않는다고 주장한다.

그런데 비형벌법규와 달리 형벌법규의 경우에는 헌법 제12조 제1항에서 명시적으로 죄형법정주의와 적법절차의 원칙을, 그리고 헌법 제13조 제1항에서 행위시법주의 및 형사소급입법금지원칙을 규정하고 있고, 헌법재판소법 제47조 제2항 단서에서 명시적으로 형벌법규에 대한 헌법재판소의 위헌결정의 소급효를 규정하고 있고, 이에 따라 동조 제3항에서는 비형벌법규에 대한 위헌결정의 경우와 달리 위헌법률에 따른 유죄의 확정판결에 대한 재심을 허용하고 있기 때문에 형벌조항에 대한 헌법불합치결정은 헌법불합치결정을 통한 비형벌법규에 대한 위헌결정의 장래효배제의 문제와 동일시할 수 없는 문제점이 있다.

잠정적용의 헌법불합치결정은 헌법재판소가 형사책임의 근거가 되는 법률이 위헌이라고 인정하면서도 법적 공백 등을 이유로 잠정적으로 적용하여 형벌을 가한다는 점에서 법치국가원리에서 비롯되는 헌법 제12조 제1항의 죄형법정주

의 및 적법절차원칙의 위배여부가 문제된다. 그리고 적용중지의 헌법불합치결정형식은 헌법재판소가 위헌이라고 판단한 법률의 적용을 입법자에 의한 개선입법이 있을 때까지 잠정적으로 적용을 중지시키면서 헌법재판소의 헌법불합치결정으로 절차진행이 정지된 사건과 재심청구사건에 대해서 개선입법을 소급적용하여 개선입법에 따라 형사책임의 유무를 판단하도록 한다는 점에서 헌법재판소법 제47조 제2항의 명문의 규정에 위배될 뿐만 아니라 헌법 제13조 제1항의 형사소급입법금지원칙에 위배되는 것이 아닌가 하는 것이 문제된다.

아래에서는 잠정적용의 헌법불합치결정의 문제점과 적용중지의 헌법불합치결정의 문제점을 구별하여 살펴본다. 이에 앞서 헌법재판소의 위헌결정에 소급효가 인정되는 헌법재판소법 제47조 제2항 단서의 ‘형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항’의 의미를 살펴본다.

2. 헌법재판소법 제47조 제2항 단서의 형벌조항의 의미

헌법재판소법 제47조 제2항 단서의 ‘형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항’이란 ‘범죄의 성립과 처벌에 관한 실체적인 법률 또는 법률의 조항’을 의미하는 것이며, 형사소송법 등 절차적 법률 또는 법률의 조항(예컨대, 공소시효제도, 피고인의 출석권이나 방어권 등 소송절차에 관한 것)은 비록 그 법률의 내용이나 성질상 실체적인 법률 또는 법률의 조항과 동일시 될 수 있을 정도의 중대한 것이라고 하더라도 여기에 포함되지 않는다.⁵⁷³⁾ 따라서 헌법불합치결정의 허용여부가 문제되는 형벌법규는 헌법재판소법 제47조 제2항 단서의 소급효가 적용되는 실체적 형벌법규 즉, 범죄의 구성요건과 형벌에 관한 사항을 내용으로 하는 법률 내지 법률조항을 의미한다.

실체적 형벌에 관하여 규정하고 있는 법규인 한, 자연범인지 아니면 법정범인 구별하지 아니한다고 할 것이다.⁵⁷⁴⁾ 오늘날 형벌은 법률이 제정되기 전에

573) 헌재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집, 4, 853(887); 헌재 1993. 12. 23. 93헌가2. 같은 취지: 대법원 1999. 8. 9. 선고 98모143 결정.

574) 행정질서벌도 형벌의 일종으로 이해하여 형벌조항에 대한 헌법불합치결정이 가능한가 하는 문제는 행정질서벌에도 적용된다는 견해(전정환/문광삼/남복현, 앞의 책, 288면)가 있다. 하지만 형벌이란 형법 제41조에 규정된 형이

이미 사회·윤리적으로 비난의 대상이 되는 범죄행위에 대한 제재수단으로 활용될 뿐만 아니라 일정한 행정목적 달성을 위하여 국민에게 부과된 일정한 의무를 불이행한 경우에도 이에 대한 제재수단으로 활용되고 있다. 전자를 형사벌, 후자를 행정형벌로 구분하기도 한다. 형사벌이 부과되는 범죄행위인 형사범은 법제정이전에 이미 사회·윤리적으로 비난의 대상이 되는 행위에 대한 형사제재라는 점에서 자연범이라고도 한다. 반면에 행정형벌이 부과되는 범죄행위인 행정범의 경우 행위 그 자체로서 죄악시되는 것이 아니고, 법령에 의하여 행정목적에 위하여 부과된 의무를 전제로 하고 이 의무를 이행하지 않는 것을 범죄로 하는 것이므로 법정범이라고도 한다. 또한 자연범은 기본적인 생활관계에 관한 법률위반으로 인한 형사제재 내지는 법률이 제정되기 전에 이미 사회·윤리적으로 비난의 대상이 되는 행위에 대한 형사제재가 부과되는 범죄행위에 내지 이에 관한 규정을 의미하는 반면에, 법정범 내지 행정형벌은 부수적 생활관계에 관한 법률위반행위에 가해지는 형사제재 내지 법률에 의하여 비로소 위법성이 인정되어 형사처벌의 대상이 되는 행위를 의미하는 것으로 구별되기도 하고, 또 법정범의 경우 형사범의 경우와 달리 대부분 자기의 행위에 대한 가벌성의 인식이나 위법성의 인식 없이 처벌받는 경우가 많다는 점에서 양자는 구별된다.⁵⁷⁵⁾

그렇지만 자연범과 법정범의 이런 차이에도 불구하고 법정범인 행정형벌에도 원칙적으로 형법총칙과 형법상의 책임론 및 형벌론에 관한 일반원칙이 적용된다는 것이 다수설이다.⁵⁷⁶⁾ 또한 국민의 입장에서 볼 때 행정형벌도 형법에 규정된 형사제재수단을 사용하여 국민의 신체의 자유 내지 재산권을 제한하고, 형집행을 종료한 후에도 전과자로 기록된다는 점에서 학문적으로나 법제의 정비와 관련하여 자연범과 법정범을 구별하는 것이 이론적인 의미가 있지만, 국민에게 미치는 영향이라는 관점에서 볼 때 기본적으로 자연범과 법정범을 구

부과되는 경우를 의미하므로 과태료 등 행정질서벌은 형벌에 해당하지 아니한다고 이해된다. 따라서 헌법불합치결정이 형벌조항에도 가능한가 하는 문제는 행정질서벌에는 원칙적으로 적용되지 아니한다.

575) 자연범과 법정범의 구별에 관한 자세한 것은 최봉석, “행정형벌에 관한 일고”, 「법조」(Vol. 555), 법조협회, 2002.12, 116면 참조.

576) 박상기, 「형법총론」, 박영사, 2012, 4면; 신동운, 「형법총론」, 법문사, 2011, 4면; 최봉석, 앞의 논문, 128면 이하 참조.

별할 실익이 없다는 점에서 형벌조항에 대한 위헌결정의 효력을 판단함에 있어서 자연범과 법정범을 구별할 필요가 없다고 판단된다.

다만 실제적 형벌법규라고 하더라도 불처벌의 특례를 규정한 것이 평등원칙 등에 위배되어 위헌으로 결정되는 경우 이런 형벌법규에 대한 위헌결정에 소급효를 인정하면 그 조항에 의거하여 형사처벌을 받지 않았던 자들에게까지 형사상의 불이익이 미치게 되는 경우에는 법적 안정성의 요청 때문에 위헌결정의 소급효가 미치지 아니하기 때문에⁵⁷⁷⁾ 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 가능성에 관한 논의의 대상이 되지 아니한다.

3. 잠정적용의 헌법불합치결정의 문제점

현행 헌법은 제12조 제1항에서는 ‘법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는’ 처벌·보안처분, 강제노역을 받지 아니함을 규정하고 있다. 이는 처벌·보안처분, 강제노역은 법률에 정해져야 하며, 그 실제적인 내용과 실현절차가 합리성과 정당성을 갖춘 적정한 것이어야 함을 의미한다.⁵⁷⁸⁾ 이와 같은 실질적 법치주의가 강조되는 현행 헌법질서에서 죄형법정주의도 ‘적정한 법률이 없으면 범죄도 없고, 형벌도 없다’는 적정성의 원칙을 내용으로 하고 있다.⁵⁷⁹⁾ 그런데 잠정적용의 헌법불합치결정을 인정하면 개선입법이 발효될 때까지 헌법불합치결정의 계기를 제공한 당해사건을 비롯하여 개선입법이 시행될 때까지 발생한 사건에는 헌법불합치로 결정된 형벌조항을 계속 적용하여야 한다. 뿐만 아니라 잠정적용의 헌법불합치결정의 취지를 고려하면 개선입법에 별도의 경과규정을 두지 아니하는 한, 원칙적으로 개선입법시행전까지 헌법불합치로 결정된 형벌조항에 근거하여 이루어진 유죄의 확정판결에 대한 재심이 허용되지 아니한다. 이와 같은 결과는 위헌법률에 근거한 유죄확정판결에 대하여 재심을 허용하고 있는 헌법재판소법 제47조 제3항의 명문의 규정에도 반하는 결과를 초래한다.⁵⁸⁰⁾ 또한 형벌에 관한 법률조항에 대한 헌법불합치결정 후 그 조항이 적용

577) 헌재 1997. 1. 16. 90헌마110등, 판례집 9-1, 90(107).

578) 헌재 1992. 12. 24. 92헌가8.

579) 박상기, 앞의 책, 40면 이하; 신동운, 앞의 책, 35면 이하; 이재상, 「형법총론」, 박영사, 2012, 30면 이하 참조.

되어 처벌받은 행위가 그 이후의 개선입법에 의하여 위헌무효인 부분으로 평가되어 개선입법에서 삭제된 경우, 설사 이런 경우에 재심을 허용하는 명문의 규정을 둔다고 하더라도, 그 당사자는 회복하기 어려운 피해를 입을 수밖에 없게 된다.⁵⁸¹⁾ 이런 점에서 잠정적용의 헌법불합치결정으로 초래되는 법적 상태는 죄형법정주의의 적정성의 원칙에 위배된다.⁵⁸²⁾

이런 문제점 때문에 잠정적용의 헌법불합치결정을 인정하는 견해 중에는 당해사건에 대해서는 위헌법률의 적용을 중지하고 개선입법에 따라 처리하거나 잠정적용 후에도 신법의 소급적용을 인정하거나 기타 필요한 경과규율을 두는 것이 바람직하다는 견해⁵⁸³⁾와 개선입법이 발효되기 전에 불합치형벌조항을 적용하여 유죄판결이 이미 확정된 경우라도 개선입법으로 위헌으로 확정된 부분에 대해서는 재심이 허용되어야 한다는 주장⁵⁸⁴⁾도 있다. 하지만 잠정적용이라는 의미는 당해사건, 동종사건, 병행사건 및 일반사건에 불합치선언된 법률을 적용하여야 한다는 것이므로 전자의 주장은 당해사건에만 개선입법을 소급적용함으로써 동종사건 등과의 형평성문제가 있으며, 후자의 주장은, 잠정적용의 헌법불합치결정은 법적 공백상태를 막기 위하여 개선입법시까지 불합치선언된 법률조항의 계속 적용 및 개선입법의 소급효 배제를 전제로 하는 것이어서 개선입법에 의하여 위헌부분으로 분류된 행위에 대해서 이미 유죄의 확정판결이 있는 경우 개선입법에서 소급적용한다는 경과규정을 두고 있지 아니하는 한, 당연히 재심사유가 된다고 보기 어렵다는 문제점이 있으며, 또한 헌법재판소법 제47조 제3항의 재심은 위헌으로 결정된 형벌조항이 소급하여 그 효력을 상실한 경우에 적용되는 것인데, 헌법재판소의 잠정적용의 헌법불합치결정의 취지

580) 최환, 앞의 논문, 615면.

581) 대법원 2011. 6. 23. 선고 2008도7562 전원합의체 판결(다수의견에 대한 대법관 차한성, 대법관 이상훈의 보충의견). 그런데 대법원 2008도7562 전원합의체 판결은 형벌조항에 대한 헌법불합치결정을 단순위헌결정으로 보고, 심판대상 법률은 소급하여 효력을 상실한다고 판시하고 있다. 이것은 심판대상 법률에 대해서 잠정적용의 헌법불합치결정을 한 헌법재판소 2008헌가25 결정의 기속력에 위배되는 문제점이 있다.

582) 최환, 앞의 논문, 614면 이하 참조.

583) 이명웅, 앞의 논문, 399면.

584) 전정환/문광삼/남복헌, 앞의 책, 380면; 황우여, 앞의 논문, 333면 이하 참조; 이영진, 앞의 논문, 633면.

에 따르면 불합치법률조항이 개선입법의 발효시까지 여전히 효력을 유지하다가 신법으로 대체되는 것이기에 때문에 소급적으로 효력을 상실하는 것으로 보기는 어렵기 때문에 당연히 재심사유가 될 수 없다는 문제점이 있다.⁵⁸⁵⁾

그리고 법적 안정성을 위한 잠정적용의 헌법불합치결정은 단순위헌결정의 소급효로 인한 법적 안정성의 파괴를 방지하기 위하여 장래의 법적 불안정성을 초래하는 문제점이 있다.⁵⁸⁶⁾ 잠정적용의 헌법불합치결정이 있는 경우 법원으로서 불합치결정당시에 법원에 계속 중인 사건, 이후에 공소제기된 사건 그리고 재심청구사건에 대해서 헌법재판소의 잠정적용결정에 따라 불합치선언된 법률을 적용하여 유죄판결을 할 수도 있고, 개선입법이 있을 때까지 절차진행을 정지할 수도 있다. 후자의 경우 법원이 개선입법이 있을 때까지 절차의 진행을 정지하여 개선입법에 따른 재판을 받는 경우에는 불합치선언된 법률보다 완화된, 즉 범죄가 되지 아니하거나 보다 경한 죄로 처벌받을 수 있는 반면에⁵⁸⁷⁾ 전자의 경우 불합치선언된 법률의 적용을 받아 개선입법에 비하여 불리한 재판을 받게 되는 문제점이 있다. 개선입법에서 불합치선언된 법률을 적용하여 이루어진 종전의 확정판결에 대한 재심여부를 명확히 하지 아니하는 경우 불합치결정 이후 불합치형벌조항을 적용하여 이루어진 유죄확정판결에 대한 재심이 허용되는지 여부를 두고 논란이 발생할 것이다. 또한 잠정적용의 헌법불합치결정에서 정한 입법개선시한을 입법자가 준수하지 아니한 경우 위헌결정의 효력발생시기와 관련하여, 비형벌조항에 대한 잠정적용의 헌법불합치결정의 경우처럼 입법개선시한을 도과한 다음날부터 장래를 향하여 법률의 효력이 상실하는 것인지,⁵⁸⁸⁾ 아니면 입법개선시한을 도과한 다음날부터 소급하여 법률

585) 이런 주장의 문제점에 관한 자세한 것은 최환, 앞의 논문, 596면 각주 103) 참조.

586) 유사한 취지: 최환, 앞의 논문, 616면; 남북현, 앞의 책, 295면; 장영수, 앞의 논문, 383면.

587) 이 경우에는 헌법불합치결정된 법률과 개선입법이 경합하게 되는데, 법원은 헌법재판소의 헌법불합치결정에 따라 불합치결정된 법률을 적용하여야 할 의무가 있지만, 피고인들이 적극적으로 개선입법의 적용을 요구할 것이기 때문에 법원은 결국 개선입법을 적용할 것이라는 견해도 있다. 남북현, 앞의 책, 293면 이하 참조.

588) 대법원 2011. 6. 23. 선고 2008도7562 판결에서 별개의견을 제시한 대법관 안대희, 대법관 신영철, 대법관 이인복의 의견.

의 효력이 상실하는 것⁵⁸⁹⁾인지, 하는 것이 논란이 된다. 이처럼 잠정적용의 헌법불합치결정에서는 법원의 태도 내지 재판시점, 개선입법의 시점, 그리고 개선입법의 내용과 재심을 허용하는지 여부 등의 우연적 요소에 따라 피고인에 대한 형사소추 여부와 처벌의 정도, 그리고 재심의 허용여부 등이 달라진다는 점에서 명확성과 예측가능성이 요구되는 형사법분야에서 구체적 정의와 형평에 반하는 결과를 초래할 우려가 있다.

특히 입법자가 입법개선의무이행을 태만히 하여 시한 내에 개선입법을 마련하지 않은 경우 위헌결정이 있는 것과 같은 효력이 발생하여 위헌결정의 효력이 그때부터 법제정당시로 소급하여 해당법률의 효력이 상실되는 것으로 이해하는 것이 형벌조항에 대한 위헌결정에 소급효를 인정하는 취지에 비추어볼 때 타당하다고 이해되는데, 이렇게 이해할 경우 잠정적용의 헌법불합치결정으로 인해 정의에 반하는 결과를 초래할 뿐만 아니라 불합치결정시점보다 더 많은 재심대상사건을 생산하게 된다는 점에서 법적 안정성을 해치는 결과도 초래하고, 헌법불합치결정을 통해 회피하려고 했던 법적 공백 상태가 야기되는 것이다. 실제로 국회는, 집시법의 야간집회금지조항에 대한 헌법재판소의 잠정적용의 헌법불합치결정에서 정한 입법개선시한(2010. 6. 30.)이 지난 지금 현재 까지도 개선입법을 하고 있지 않다.⁵⁹⁰⁾ 입법자로 하여금 입법개선의무 이행을 강제하거나 불이행의 경우 이를 제재할 제도적 장치가 없는 현실에서 형벌조항에 대해서 잠정적용의 헌법불합치결정을 하는 것은 타당하지 아니하다.

형벌권은 다른 어느 국가작용보다 국민의 자유를 심대하게 제한하는 국가권력작용이므로 이를 규율하는 형벌규범은 사회와 개인의 이익을 보장하기 위하

589) 같은 취지: 이준상, “헌법불합치결정과 관련된 재판실무상의 문제점 - 형벌조항을 중심으로-”, 「재판실무연구」, 광주지방법원, 2009. 1, 453-455쪽; 최환, 앞의 논문, 616면.

590) 국회가 입법개선시한을 제때에 준수하지 않는 경우가 적지 않다고 한다. 이에 관하여 자세한 것은 이인호/오수정, 앞의 논문, 45면 이하; 장영수, 앞의 논문, 383, 386면.(개선입법시한을 정한 경우에도 이를 지키지 않은 경우가 상당히 많으며, 특히 개선입법시한을 정하지 아니한 경우에는 아예 개선입법을 마련하지 않고 넘어가는 경우까지 적지 않았다) 반면에 입법자가 대체로 헌법재판소가 제시한 입법개선시한을 준수한다는 견해로는 방승주, 앞의 논문, 101면 이하 참조.

여 불가피한 경우 최후 수단으로 적용되어야 한다.⁵⁹¹⁾ 긍정설은, 잠정적용의 헌법불합치결정은 위헌적인 형벌조항을 계속 적용하거나 이에 근거한 유죄확정판결에 대한 재심을 불허해야 할 만큼 법적 정의를 압도하는 법적 안정성이 절대적으로 요구되는 경우에만 가능하다고 한다.⁵⁹²⁾ 이는, 형벌조항에 대해서 단순위헌결정을 한다면 정치공동체의 법질서가 파탄나는, 지극히 예외적인 상황에서나 가능한데, 이러한 상황을 전제로 하여 원칙적으로 잠정적용의 헌법불합치결정을 인정할 실익이 있는지 의문이다. 형벌조항에 대한 잠정적용의 헌법불합치결정을 긍정하는 입장에서도 이런 취지의 주장을 하고 있다. 위헌의 형벌조항을 계속 적용하여야 할 절대적인 법적 안정성의 요청이 존재하는지도 의문이며, 헌법불합치로 선언된 형벌조항의 계속적용은 구체적 사건에서의 법적 정의와 절대적 부조화를 야기하며, 개선입법에서 소급효를 인정하지 아니한다고 하더라도 형법 제1조 제1항 및 제2항, 그리고 형사소송법 제326조 제4호에 따라 잠정적용의 헌법불합치결정은 관철될 수 없다고 한다.⁵⁹³⁾

결론적으로 잠정적용의 헌법불합치결정은 헌법에 규정된 법치국가원리와 죄형법정주의에 위배될 뿐만 아니라 잠정적용의 헌법불합치결정의 근거가 되는 법적 안정성의 요청과도 조화될 수 없다는 점에서 허용될 수 없는 결정형식으로 이해된다.⁵⁹⁴⁾

4. 적용중지의 헌법불합치결정의 문제점

가. 개선입법의 소급적용과 형사소급입법금지원칙

(1) 형사소급입법금지원칙의 전제조건

적용중지의 헌법불합치결정이 가능하다는 주장에 따르면 입법자의 개선입법이 있을 때까지 절차진행이 정지되고, 불합치결정 이후 개정된 개선입법은 헌법불합치결정의 계기를 제공한 당해사건과 헌법불합치결정 당시에 헌법재판소나

591) 최환, 앞의 논문, 615면.

592) 이명웅, 앞의 논문, 402면; 남복현, 앞의 책, 290면.

593) 남복현, 앞의 책, 297면 참조.

594) 같은 취지: 허영, 앞의 논문, 57면.

법원에 계속 중인 사건에 소급적용될 뿐만 아니라 헌법불합치결정 이후 개선입법이 시행되기 전에 발생한 사건에도 개선입법을 소급적으로 적용할 것을 예정하고 있다. 궁정철은 형벌조항에 대한 헌법불합치결정과 관련하여 헌법 제13조 제1항과 형법 제1조 제1항의 “행위시의 법률”을 형식적으로 이해하여 행위 당시에 위헌인 부분과 합헌인 부분이 혼재된 형벌법규가 존재하였으므로 위헌성이 제거된 개선입법을 소급적용하더라도 형사소급입법금지원칙에 위배되지 아니한다고 이해한다.

하지만 헌법 제13조 제1항과 형법 제1조 제1항의 “행위시의 법률”은 단순히 형식적으로 법률이 존재하고 있어야 한다는 의미가 아니라 헌법 제12조 제1항의 죄형법정주의와 적법절차의 원칙에 비추어볼 때 헌법에 합치되는 합헌적 법률이 존재하여야 한다는 의미이다.⁵⁹⁵⁾ 따라서 헌법불합치선언된 법률은 실질적으로 위헌의 법률이므로 형사처벌의 근거법률이 될 수 없고, 따라서 헌법불합치선언된 법률이 적용되어야 하는 행위에 대해서 행위이후에 개정된 신법을 적용하는 것은 헌법이 금지하는 형사소급입법에 의한 형사처벌이라는 헌법적 문제점을 야기하게 한다. 현행 헌법은 죄형법정주의와 형사소급입법금지원칙을 규정하고 있을 뿐만 아니라 헌법 제27조에서 법률에 의한 재판을 받을 권리를 국민의 기본권으로 보장하고 있다는 점에서 죄형법정주의와 형사소급입법금지원칙은 단순히 형사법의 기본원리에 그치는 것이 아니고 헌법원칙 내지 형사사법절차에서 국민에게 보장되어야 할 기본권의 보호범위에 속하고 있다는 점에서 이에 위반되는 법해석과 적용은 허용되지 아니한다고 할 것이다.

이런 관점에서 볼 때 헌법재판소가, 형벌조항에 대해서 헌법불합치결정이 필요한 이유로 ‘심판대상 법률에 위헌적인 부분과 합헌적인 부분이 공존하고 있는데, 헌법재판소가 위헌인 부분은 특정하여 제거할 수는 없고 입법자에게 위헌적인 상태를 제거할 수 있는 여러 가지의 입법수단 선택의 가능성을 인정할 필요성이 있는 경우’를 내세우고 있는 것은⁵⁹⁶⁾ 죄형법정주의에 위배될 소지가

595) 헌법 제27조에서 법률에 의한 재판을 받을 권리를 국민의 기본권으로 보장하고 있다. 여기서 법률이란 단순히 형식적 의미의 법률이 존재하기만 하면 되는 것이 아니라 현행 헌법이 채택하고 있는 법치주의와 죄형법정주의에 비추어볼 때 합헌적 법률을 전제로 하는 것이다.

596) 헌재 2009. 9. 24. 2008헌가25, 판례집 21-2상, 427(452).

있다고 판단된다. 왜냐하면 적용중지의 헌법불합치결정의 경우에는 개선입법의 소급적용을 전제로 하지만, 행위시의 법률 자체가 위헌이기 때문이다.

생각건대 형벌조항에 합헌인 부분과 위헌인 부분이 혼재하고 있다고 하는 것은 죄형법정주의의 파생원칙인 명확성원칙 내지는 과잉금지원칙에 위반하는 문제가 있다.⁵⁹⁷⁾

명확성원칙은 형사법분야에서 특히 강조되는데, 범죄의 구성요건에 의하여 금지되는 행위와 허용되는 행위가 무엇인지 알 수 있도록 분명하게 규정하여야 한다는 원칙이다. 범죄구성요건이 불명확하거나 포섭하는 범위가 넓어 금지되는 행위를 특정할 수 없는 형벌규정은 죄형법정주의와 조화될 수 없다. 위헌인 부분과 합헌인 부분을 뚜렷이 구별할 수 없는 형벌조항은 범죄의 구성요건이 불명확하다는 것에 다름 아니고, 그런 형벌조항에 의하여 형사소추된 피고인이 사후에 이를 구별한 개선입법으로 처벌받는 것은 불명확한 형벌조항에 기한 형사소추를 허용한다는 점에서 명확성원칙과 이를 내용으로 하는 죄형법정주의에 위배됨과 동시에 범죄구성요건을 행위이후에 명확히 한 법률을 적용하여 처벌한다는 점에서 형벌불소급원칙에도 위배되는 것이다.⁵⁹⁸⁾

그리고 자유권을 제한하는 대부분의 법률은 합헌인 부분과 위헌인 부분이 혼재하고 있기 마련이다. 왜냐하면 기본권제한입법의 한계로서 기능하는 과잉금지원칙을 자유권을 제한하는 법률에 적용하는 경우 과잉금지원칙의 준수 여부를 논증하는데 필요한 사고단계 중에서 기본권 제한의 ‘목적의 정당성’과 ‘수단의 적합성’ 정도는 긍정되고, ‘수단의 필요성’ 단계에서 선택된 기본권 제한수단에 합헌인 부분과 위헌인 부분이 혼재하는 것이기 때문이다. 따라서 선택된 기본권 제한수단이 ‘수단의 상당성’ 부분을 충족하지 못하여 과잉금지원칙에 위배되어 위헌이라고 결정하여야 할 경우까지 기본권제한입법에 합헌인 부분과 위헌인 부분이 혼재하고 있고, 이를 구분하기 위해서는 입법자에게 형성의 가

597) 같은 취지: 대법원 2011. 6. 23. 선고 2008도7562 전원합의체 판결 중에서 다수의견에 대한 대법관 차한성, 대법관 이상훈의 보충의견; 최환, 앞의 논문, 608면 참조; 방승주, 앞의 논문, 75면 이하, 88면 이하 참조. 기본권을 제한하는 법규범이 명확하지 아니한 경우에는 명확성원칙에 위반될 뿐만 아니라 과잉금지원칙에도 위반되는 경우라고 할 것이다. 이런 취지의 판례로는 헌재 2002. 6. 27. 99헌마480 참조.

598) 최환, 앞의 논문, 608면. 613면.

능성이 있다는 이유로 또는 입법자의 입법형성권의 존중을 이유로 형벌조항에 대하여 헌법불합치결정을 한다면 기본권제한입법의 한계로서 과잉금지원칙과 위헌법률심사제도의 존재의의를 부정하는 결과를 초래할 우려가 있다.⁵⁹⁹⁾

결론적으로 형벌조항에 대한 헌법재판소의 위헌결정이 가지는 소급효와 전면적 재심청구 허용이라는 헌법재판소법의 문제점을 해결하기 위하여 형벌조항에 대한 헌법불합치결정을 하여 헌법이 금지하는 불명확한 형벌조항에 의한 형사소추와 사후입법에 의한 처벌을 허용하는 것은 적절하지 않다고 판단된다.

(2) 형사소급입법금지원칙의 의미

헌법재판소는 헌법 제13조 제1항 전단에 규정된 형사소급입법금지원칙은 죄형법정주의의 내용을 헌법에 수용한 것이라는 점에서 소급적인 범죄구성요건의 제정과 소급적인 형벌의 가중을 엄격히 금지하는 것으로, 즉 범죄구성요건과 형벌에 관한 진정소급입법금지원칙은 원칙적으로 절대적으로 보장되어야 하는 반면에, 소추가능성에만 연관될 뿐이고 가벌성에는 영향을 미치지 않는 범죄의 성립과 처벌이외의 영역에서는 예컨대 공소시효가 완성된 후 공소시효를 연장하는 내용의 진정소급입법은 절대적으로 금지되는 것은 아니라는 입장을 취하고 있다.⁶⁰⁰⁾

599) 같은 취지: 김주환, 앞의 논문, 510면; 전광석, “불합치결정에 대한 헌법재판소 결정 분석”, 「사법행정」 제379호(1992.7), 한국사법행정학회, 56면; 장영수, 앞의 논문, 361면; 최환, 앞의 논문, 613면; 방승주, 앞의 논문, 75면 이하, 88면 이하 참조. 이런 이유로 입법자의 입법형성권의 존중을 독자적인 헌법불합치결정의 사유로 인정하는 것은 타당하지 아니하며, 위헌결정으로 인하여 법적 공백상태가 발생하여 위헌의 법률의 적용하는 경우보다 더 위헌적 상태를 초래하는 예외적 사정이 있을 때에만 헌법불합치결정을 인정하여야 한다. 자유권을 제한하는 법률의 적용대상이 필요이상으로 넓어 과잉제한하는 양적 과잉제한의 경우와 적용대상의 범위는 적정하지만 제한의 정도가 필요이상으로 과도하게 제한하는 질적 과잉제한의 경우로 구분하여 전자의 경우에는 위헌으로 판단되는 인적, 물적 범위를 한정하여 그 부분에 대해서만 위헌결정 내지 한정위헌결정을 하여야 하고 후자의 경우에는 단순 위헌결정을 하여야 한다는 견해가 있다. 방승주, 앞의 논문, 76면 참조.

600) 현재 1996. 2. 16. 96헌가2 등, 판례집 8-1, 51. 반면에 5인의 재판관은 형사실체법의 영역에서는 진정소급입법금지원칙이 절대적으로 관철되어야 할 뿐만 아니라 “공소시효가 이미 완성되어 소추할 수 없는 상태에 이른 뒤에 뒤

긍정설은, 형벌불소급원칙에 대한 헌법재판소의 이와 같은 태도를 바탕으로 헌법 제13조 제1항의 형벌불소급원칙은 종래에 없던 범죄구성요건을 행위이후에 사후적으로 창설하거나 형벌을 가중하는 내용의 법규를 제정하여 그 법률을 소급적용하여 사후적으로 처벌하고자 하는 것을 금지하는 것이므로 범죄의 구성요건을 엄격히 제한하여 범죄의 성립범위를 좁게 하거나 가벌성을 완화하는 내용의 법규를 사후적으로 개정된 후 이를 소급적용하는 경우에는 헌법 제12조 제1항의 죄형법정주의와 제13조 제1항의 형벌불소급원칙에 위배되는 것은 아니라고 하면서, 헌법불합치결정에 따른 개선입법의 경우에는 언제나 범죄구성요건이 축소되거나 형벌이 완화되는 내용일 것이므로 이를 소급적용하더라도 죄형법정주의와 형벌불소급원칙에 위배되지 아니한다고 주장한다.⁶⁰¹⁾

하지만 적용중지의 헌법불합치결정의 경우 개선입법이 불합치법률을 대체하는 효과를 가진다고 하는 것은 개선입법이 불합치법률의 제정시점에 제정된 것으로 사실상 의제하는 것일 뿐이고, 실제에 있어서는 형벌조항에 대한 헌법불합치결정 선고 그 자체로써 일단 불합치선언된 법률의 적용중지의 효과와 법적 공백상태가 발생하게 되고, 헌법재판소가 명시한 입법개선시한내에 사후적으로 개정된 개선입법이, 개선입법이 제정되기 전에 발생한 피고인의 과거의 행위를 규율하는 것이므로 이는 개선입법을 소급적용하여 처벌하는 것이므로 사후입법에 의한 소급처벌임을 부정할 수 없다.⁶⁰²⁾

늦게 소추가 가능하도록 하는 새로운 법률을 제정하는 것은 결과적으로 형벌에 미치는 사실적 영향에서는 형벌을 사후적으로 가능하게 하는 새로운 범죄구성요건의 제정과 실질에 있어서는 마찬가지이므로, 공소시효가 이미 완성된 경우에 그 뒤 다시 소추할 수 있도록 법률로써 규정하는 것은 헌법 제12조 제1항 후단의 적법절차의 원칙과 제13조 제1항 전단의 형벌불소급의 원칙 정신에 비추어 헌법적으로 받아들일 수 없는 위헌적인 것이다.”라고 주장하고 있다.

601) 김하열, 앞의 논문, 175면; 남복현, 앞의 책, 283면; 허완중, 앞의 논문(2010), 147면; 이영진, 앞의 논문, 627면 이하 참조. 김하열교수는 형벌조항에 대한 적용중지의 헌법불합치결정의 가능성을 인정하면서도 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효를 제한하기 위한 수단으로 헌법불합치결정을 하여서는 아니 된다고 주장하고 있다.

602) 같은 취지: 최환, 앞의 논문, 606면; 대법원 2009. 1. 15. 선고 2004도7111 판결. 대법원 2004도7111 판결은 이와 같은 이유로 헌법재판소가 재판의 전제가 된 법률에 대하여 적용중지의 헌법불합치 결정을 하였음에도 그 기속력

특히 입법개선시한이 도과한 후 제정된 개선입법을 불합치결정으로 정지된 사건에 소급적용하거나 헌법불합치결정 선고 후 개선입법시행 이전에 형성된 법률관계를 개선입법에 의하여 처벌하는 경우를 상정해보면 소급입법에 의한 처벌임이 보다 명확해진다.⁶⁰³⁾ 헌법불합치결정선고 이후부터 개선입법시행 때까지의 사이에는 헌법불합치선언된 법률의 적용이 중지됨은 물론이고 개선입법도 마련되지 아니한 상태이다. 그런데 이 기간에는 일반국민으로서 자신의 행위가 구성요건에 해당할 것인지, 가벌성이 있는지 여부를 판단할 수 있는 아무런 구체적 기준을 가질 수 없다. 그럼에도 사후적으로 구성요건이나 행위의 가벌성을 새롭게 정한 개선입법에 근거해서 개선입법에서 정한 구성요건에 포섭되는 행위에 대하여 형사소추와 처벌이 가능하다고 해석하는 것은 우리 헌법이 정한 형벌불소급원칙에 위반되는 것이다.⁶⁰⁴⁾

또한 헌법재판소의 헌법불합치결정에 따라 입법자가 법률을 개정을 하는 과정에서 이를 어떻게 합헌적인 방향으로 개정할 것인가에 관해서는 입법자에게 광범위한 입법형성권이 인정되어 개선입법의 구체적 내용은 매우 다양한 형태로 이루어질 수 있다. 그 결과 헌법재판소의 결정에 반하는 개선입법이 형성될 수도 있다. 이런 점에서 개선입법이 피고인 등에게 항상 형사상 유리하다고 단정하기 어렵고, 이로 인하여 해당 형벌조항의 적용으로 유죄판결을 받았거나 받을 수 있는 국민의 법적 지위는 매우 불안정하게 되어 개선입법이 형벌조항으로서 가져야 할 예측가능성을 가질 수 없다.

그리고 긍정설 중에는 심판대상 법률에 위헌적인 부분과 합헌적인 부분이 공존하고 있는 경우 입법자의 입법형성권을 존중하여 헌법불합치결정을 하는 헌법재판소의 태도와 관련하여 형벌조항의 규범내용 중에서 위헌부분과 합헌부분이 혼재되어 있는 경우 헌법불합치결정을 함으로써 불합치로 선언된 형벌

을 부정하는 문제점이 있다.

603) 최환, 앞의 논문, 606면. 헌법재판소는 잠정적용의 헌법불합치결정에서 정한 입법개선시한이 지난 후 법률을 개정하면서, 헌법재판소가 정한 입법개선시한을 도과한 이후부터 개선입법시행 때까지 개선입법을 소급적용하도록 규정한 공무원연금법 부칙조항이 소급입법금지원칙에 위배되어 위헌이라고 판시하고 있다. 현재 2013. 8. 29. 2010헌바354 등, 공보 제203호, 1121면 이하; 현재 2013. 9. 26. 2013헌바170, 공보 제204호, 1354면 이하 참조.

604) 최환, 앞의 논문, 606면 이하 참조.

조항의 합헌부분의 규범력은 소급하여 무효화되지 아니하고 개선입법시까지 유지되는 것이고, 개선입법에 의하여 제거된 위헌부분만 소급하여 효력을 상실하며, 따라서 위헌부분을 제거하여 합헌부분만 남게 된 개선입법을 소급적용하는 것은 형벌불소급원칙에 위배되는 것은 아니라는 견해가 있다.⁶⁰⁵⁾

생각건대 이와 같은 견해는 헌법불합치결정의 효력이 미치는 범위는 결정주문을 기준으로 판단하여야 하는 것이고 결정이유를 고려하여 헌법불합치결정의 효력이 미치는 범위를 판단하는 것은 타당하지 아니하다는 소송법적 문제점⁶⁰⁶⁾이 있을 뿐만 아니라 범죄의 구성요건이 협소해지거나 형벌이 완화되는 방향으로 개정된 형사입법은 소급적용 될 수 있지만, 앞서서도 지적한 것처럼 이는 원 법률 자체가 명확성을 갖추고 있는 등 합헌임을 전제로 한다는 점을 간과하고 있다. 불합치선언된 원래의 법률의 범죄구성요건이나 형벌이 불명확하고 포괄적인 내용을 담고 있어 합헌인 부분과 위헌인 부분이 공존하고 있어 불명확하여 위헌으로 평가되는 한, 헌법불합치결정 후 사후의 개선입법으로 범죄행위의 구성요건을 엄격히 제한하거나 형벌을 완화한다고 하여 과거의 행위를 개선된 입법으로 규제하고 형사처벌하는 경우 이 역시 형사소급입법금지원칙에 위배된다고 판단된다. 이와 같은 주장은 매우 기교적인 주장으로 이를 허용할 경우 형사제재에 관한 법률이 졸속으로 제정, 개정되어 국민의 기본권을 함부로 광범위하게 침해할 위험성이 있다.

나. 헌법재판소법 제47조 제2항 단서의 입법취지

현행 헌법은 “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다.”(헌법 제107조 제1항)고 규정하고 있을 뿐이고 법률에 대한 헌법재판소의 위헌결정에 어떠한 효력을 부여할 것인가에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 아니하고 있다. 그 결과 헌법에서는 헌법재판소의 법률에 대한 위헌결정의 효력의 의미와 효력발생

605) 이영진, 앞의 논문, 621면 이하, 627면 이하.

606) 김시철, 앞의 논문, 207면 이하 참조. 서울중앙지방법원 2009. 10. 29. 선고 2009고단5806 판결; 서울중앙지방법원 2009. 11. 2. 선고 2009고정2176 판결 참조.

시기에 관한 문제, 즉 법률의 효력상실 여부와 법률에 대한 헌법재판소의 위헌결정의 소급효 인정 여부와 그 범위에 관한 절대적인 기준을 찾을 수 없다는 점에서 법률에 대한 헌법재판소의 위헌결정의 효력과 발생시기 등에 관한 것은 헌법적 문제가 아니라 법적 안정성의 요청과 개인의 권리구제의 요청 등 제반이익을 비교형량하여 결정하여야 할 입법정책의 문제이다.⁶⁰⁷⁾

그런데 현행 헌법재판소법 제47조 제2항 본문에서는 법적 안정성의 요청을 우선하여 형벌조항에 대한 위헌결정에 대하여 장래효를 규정하고 있다.⁶⁰⁸⁾ 반면에, 헌법재판소법 제47조 제2항 단서에서는 형벌조항에 대한 위헌결정에 소급효를 인정하고 있으며, 동법 동조 제3항에서는 위헌의 법률에 근거한 유죄의 형사확정판결에 대한 재심을 전면적으로 허용하고 있다. 형벌조항에 관한 헌법재판소의 위헌결정에 소급효를 인정한 것은 법적 안정성의 요청보다 법적 정의의 실현과 국민의 권리구제 및 기본권보호의 요청을 우선시키는 입법자의 결단이라고 할 것이다. 형벌조항에 대한 헌법재판소의 위헌결정에 소급효를 인정하는 헌법재판소법 제47조 제2항 단서는 헌법 제12조 제1항의 죄형법정주의의 정신에 부합하는 것으로 평가되고 있다.⁶⁰⁹⁾

이런 점에 비추어볼 때 소급효의 발생시기를 후발적 위헌의 경우 어느 시기로 소급할 것인가 하는 점은 논란의 여지가 있지만, 위헌결정의 소급효를 부정

607) 같은 취지: 이명웅, 앞의 논문, 396면 각주 52); 유사한 취지: 정종섭, 앞의 책, 345면; 허완중, “한국헌법에 따른 헌법재판소법 제47조 제2항의 해석”, 「공법연구」 제37집 제4호, 한국공법학회, 2009. 6. 237면 이하; 헌재 1993. 5. 13. 92헌가10, 판례집 5-1, 249면; 헌재 2000. 8. 31. 2000헌바6, 공보 49, 744면 이하.

608) 그럼에도 불구하고 헌법재판소와 대법원은 구체적 규범통제의 실효성 확보와 형평성, 국민의 권리보호를 위하여 확정판결의 기판력이나 행정행위의 불가변력(확정력)을 해치지 아니하는 범위 내에서 제한적으로 소급효를 인정하고 있다. 헌재 1993. 5. 13. 92헌가10; 대법원 1991. 6. 11. 선고 90다5450 판결; 대법원 1991. 6. 28. 선고 90누9346 판결; 대법원 1991. 12. 24. 선고 90다8176 판결. 한편 대법원은 위헌결정이후에 제소된 일반사건의 경우에도 경우에 따라서는 위헌결정의 효력이 미친다고 판시하기도 한다. 대법원 1993. 1. 15. 선고 92다12377 판결; 대법원 1993. 7. 16. 선고 93다3783 판결; 대법원 1993. 11. 26. 선고 93다30013 판결.

609) 정종섭, 앞의 책, 346면; 허영, 앞의 논문, 57면; 이재상, 「형법총론」, 박영사, 2011, 17면. 이에 대한 비판적 문제제기로는 홍영기, 앞의 논문(2006), 83면 이하 참조.

하고 개선입법의 소급적용을 전제로 하는 형벌조항에 대한 헌법불합치결정형식을 해석을 통하여 허용할 수 없다고 판단된다. 그렇지 않고 헌법재판소의 주장처럼 형벌조항에 대한 헌법불합치결정을 인정하게 되면 당해사건 등 미확정사건에 대한 재판과 재심은 개선입법의 내용에 따라 처리되어 선별적으로 형사유죄판결을 받아 형사처벌되어야 하며, 재심의 가능성이 배제되어야 한다. 이와 같은 결론은 위헌결정의 소급효를 규정하고 있는 헌법재판소법 제47조 제2항 단서의 취지와 위헌법률에 근거한 유죄판결에 대해서 전면적으로 재심을 허용하여 무죄판결을 받을 가능성을 보장하고 있는 헌법재판소법 제47조 제3항에 정면으로 위배되는 것이고, 합헌적인 법률에 의한 재판을 받을 국민의 권리를 침해하는 것으로 평가된다.⁶¹⁰⁾ 따라서 비형벌조항에 대한 헌법불합치결정이 명시적인 법적 근거없이도 헌법재판소법 제45조에서 정한 위헌결정의 일종으로 받아들여지며, 통상 적용중지와 개선입법의 소급적용을 인정하고 있는데, 이는 위헌결정을 하게 된 당해 사건, 위헌결정이 있기 전에 이와 동종의 위헌 여부에 관하여 헌법재판소에 위헌심판제청을 하였거나 법원에 위헌심판제청신청을 한 사건, 따로 위헌심판제청신청은 아니하였지만 당해 법률 또는 법률의 조항이 재판의 전제가 되어 법원에 계속 중인 사건 및 위헌결정 이후에 위와 같은 이유로 재소된 일반사건에 대하여 위헌결정의 소급효를 인정하지 않을 경우 권리구제의 측면에서 형평에 반하는 결과를 초래하고 구체적 규범통제의 실효성을 확보하지 못하는 결과를 초래하는 것을 막기 위한 것이라는 점에서 소급효 인정이 예외적으로 정당화되는 것이라고 할 것이다. 이런 점을 간과하고, 비형벌조항에 대한 헌법불합치결정이 인정되고 있다고 하여 형벌조항에 대한 헌법불합치결정이 허용된다고 주장하는 것은 형벌의 특수성과 이에 입각한 헌법재판소법의 명문의 규정에 위배되어 타당하지 않다고 판단된다.⁶¹¹⁾

다. 외국의 입법례와 판례

독일의 경우 1970년 독일연방헌법재판소법의 개정으로 형벌조항에 대한 헌

610) 유사한 취지: 최환, 앞의 논문, 610면.

611) 이준상, 앞의 논문, 449면; 최환, 앞의 논문, 611면.

법불합치결정을 근거로 재심을 청구할 수 있음을 명시하고 있는 독일연방헌법 재판소법 제79조 제1항을 통하여 형벌조항에 대해서도 헌법불합치결정을 할 수 있는 간접적인 법적 근거가 마련되었음에도 불구하고 독일연방헌법재판소는 지난 40여 년간 형벌조항에 대해서 헌법불합치결정을 선고한 사례는 없다는 점에 주목해야 한다.⁶¹²⁾

독일 기본법 제103조 제2항⁶¹³⁾은 우리 헌법 제13조 제1항과 유사한 내용을 규정하고 있는데, 독일의 지배적 견해는 시민의 권리를 제한하거나 의무를 부담하는 내용의 진정소급입법은 원칙적으로 허용되지 아니하고 다만 특별하고 중대한 이유가 있는 경우에 한하여 예외적으로 허용된다고 하면서도 형벌에 관한 소급입법은 독일 기본법 제103조 제2항에 의하여 절대적으로 금지되는 것으로 이해하고 있다.⁶¹⁴⁾ 또한 연방헌법재판소법 제79조에서 위헌결정에 원칙적으로 소급무효의 효력을 인정하면서도 비형벌조항에 대한 위헌결정의 경우 이미 확정된 재판의 효력에는 영향을 미치지 못하도록 규정(독일연방헌법재판소법 제79조 제2항)하고 있는 반면에 형벌조항에 대한 위헌결정의 경우 위헌결정 당시 이미 확정된 유죄의 확정판결에 대해서는 우리나라와 마찬가지로 전면적인 재심제도를 규정(독일연방헌법재판소법 제79조 제1항)하고 있다. 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 가능성을 간접적으로 인정하고 있음에도 불구하고 독일연방헌법재판소는, 독일 기본법에 명시된 형사소급입법금지원칙과 유죄확정판결에 대한 전면적 재심을 규정하고 있는 연방헌법재판소법으로 인하여 형벌조항에 대해서 헌법불합치결정을 하지 않는 것으로 이해된다.⁶¹⁵⁾

긍정설 중에서는 이와 같은 독일연방헌법재판소의 태도는 독일의 입법과정이 투명하고 치밀할 뿐만 아니라 다양한 형태의 입법통제장치가 있어 위헌으로 결정될 형벌법규가 많지 않기 때문에 헌법불합치결정을 한 사례가 없을 뿐

612) 같은 취지: 김시철, 앞의 논문, 195면; 남북현, 앞의 책, 265면; 허영, 앞의 논문, 52면 참조.

613) 행위를 하기 이전에 그에 대한 형벌이 법률에 명시된 경우에만 그 행위를 처벌할 수 있다.

614) BVerfGE 30, 376. Mauer, Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz, HdStR 3, S. 234; M. Sachs, Grundgesetz Kommentar, S. 2046; Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 103 Abs. 2 Rn. 238.

615) 김시철, 앞의 논문, 206면 참조.

이기 때문에 독일연방헌법재판소의 태도를 우리나라에서 그대로 따를 수 없으며, 특히 우리나라의 경우 장기간의 독재를 거치는 과정에서 많은 위헌적 형사법률이 제정되었고, 법원이나 헌법재판소의 소극적 태도로 인하여 위헌적 형사법률이 잔존하고 있으며, 게다가 한국 의회주의의 미성숙으로 인해 형벌과 관련한 입법 역시 졸속으로 이루어지고 있는 현실에서 형벌조항에 대한 헌법불합치결정을 인정하지 아니하면 반드시 형사처벌되어야 할 행위를 규율할 수 없는 법적 공백상태를 초래할 우려가 있기 때문에 형벌조항에 대한 헌법불합치결정을 인정하여야 한다는 주장이 있다.⁶¹⁶⁾ 그러나 형벌조항에 대한 우리의 입법현실을 고려하여 형벌조항에 대한 헌법불합치결정을 인정하여야 한다는 견해는 위헌법률심판제도의 제도적 취지를 부정하는 것일 뿐만 아니라 졸속입법현상을 시정하지 못하고 오히려 용인하고 촉진하는 결과만을 초래하여 법치국가적으로 바람직하지 않는 법상태를 초래하는 문제점이 있다.

또한 형벌조항에 대한 헌법불합치결정을 인정하는 학자들 중에서 일부는 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효를 제한하기 위하여 헌법불합치결정형식을 활용하여야 한다는 주장을 하고 있다.⁶¹⁷⁾ 그런데, 원칙적으로 헌법재판소의 위헌결정에 소급효를 인정하고 있는 독일에서도 독일연방헌법재판소법 제79조 제1항에서 형벌조항에 대한 헌법불합치결정을 재심사유로 규정하고 있으며, 독일연방헌법재판소도 헌법불합치결정의 효력이 위헌무효확인결정의 효력에 비하여 소급효를 제한하는 결정형식으로 이해하고 있지 아니하고 헌법불합치결정의 소급효력 발생에서는 무효확인결정과 다를 바 없다는 입장을 취하고 있다.⁶¹⁸⁾⁶¹⁹⁾ 이런 점을 고려할 때 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효를 제한하기 위하여 헌법불합치결정형식을 활용하여야 한다는 주장은 타당하지 아니하다고 판단된다.⁶²⁰⁾

616) 남복현, 앞의 책, 265면 이하; 허완중, 앞의 논문(2010), 139면 이하 참조.

617) 남복현, 앞의 책, 266면; 이명용, 앞의 논문, 394면; 지성수, 앞의 논문, 172면.

618) BVerfGE 37, 217(261); 55, 100(110); 73, 40(101); 79, 245(254), Schlaich, 앞의 책, 351면 각주 58); Schlaich · Koriath, Das Bundesverfassungsgericht, 6. Auflage, Verlag C.H.Beck, 2003, RN. 396.

619) 독일연방헌법재판소의 이와 같은 태도에 관한 주장으로 허영, 앞의 논문, 52면 참조.

620) 같은 취지: 김하열, 앞의 논문, 174면.

5. 소결

형벌조항에 대한 헌법불합치결정을 인정하는 견해는, 현행 헌법재판소법 제47조 제2항 단서와 동조 제3항에 정면으로 반하고, 더 나아가 형사법에 관한 헌법의 기본원칙에 위배되며, 그리하여 헌법과 법률에 의한 정당한 재판받을 국민의 권리를 침해하는 문제점이 있기 때문에 현행법의 해석론으로는 허용될 수 없다고 보는 것이 타당하다.⁶²¹⁾ 즉 잠정적용의 헌법불합치결정은 헌법재판소가 형사책임의 근거가 되는 법률이 위헌이라고 인정하면서도 법적 공백등을 이유로 잠정적으로 적용하여 형벌을 가한다는 점에서 법치국가원리에서 비롯되는 헌법 제12조 제1항의 죄형법정주의 및 적법절차원칙에의 위배되는 문제점이 인정된다. 그리고 적용중지의 헌법불합치결정형식은 헌법재판소가 위헌이라고 판단한 법률의 적용을 입법자에 의한 개선입법이 있을 때까지 잠정적으로 적용을 중지시키면서 헌법재판소의 헌법불합치결정으로 절차진행이 정지된 사건과 재심청구사건에 대해서 행위이후에 제정된 개선입법을 소급적용하여 개선입법에 따라 형사책임의 유무를 판단하도록 한다는 점에서 헌법재판소법 제47조 제2항 단서와 동조 제3항의 명문의 규정에 위배될 뿐만 아니라 헌법 제13조 제1항의 형사소급입법금지원칙에 위배되는 문제점이 인정된다.

형벌조항에 대한 헌법불합치결정을 긍정하는 견해는 법적 공백상태의 방지 내지는 전면적 소급효와 전면적 재심청구로 인한 법적 안정성의 파괴 내지 법적 불안정성을 이유로 제시하고 있지만, 통상적으로 위헌법률심판청구나 헌법소원심판청구 후 상당기간이 지난 후에 법률의 위헌여부에 관한 헌법재판소의 결정이 이루어진다는 점을 고려할 때 헌법재판소의 심리기간 동안 법령을 개정함으로써 법적 공백상태를 예방할 수 있는 경우가 적지 아니하며, 법령 개정을 태만히 한 국가기관의 과오를 국민에게 전가시키는 것은 국가권력의 기본권구속성의 원칙에 위반된다는 점에서 법적 공백상태의 방지를 이유로 하는 헌법불합치결정은 예외적으로 인정되어야 할 뿐만 아니라 특히 형사법분야에서는 더욱 엄격히 해석하여야 한다. 이와 같은 견해는 사회질서 유지 내지 범죄인필벌사상에 입각하여 형사범영역에서 개인의 자유와 재산권이 중대한 제

621) 최환, 앞의 논문, 610면; 이준상, 앞의 논문, 449면.

한을 초래하기 때문에 명확성원칙과 죄형법정주의가 엄격히 적용되어야 함을 간과하고 있다는 비판을 면할 수 없다.⁶²²⁾

헌법불합치결정형식은 법률의 위헌성을 인정하면서도 위헌결정으로 인한 법적 공백상태 등을 방지하기 위하여 위헌의 법률을 잠정적으로 존속시키는 결정이라는 점에서 법치국가원리에 위배될 소지가 있어 제한적이고 예외적으로 인정되어야 할 결정형식이다.⁶²³⁾ 특히 형벌조항은 피고인의 자유권을 제한하는 전형적인 침해규범이므로 형벌과 관련된 입법의 실수나 하자를 헌법불합치결정형식으로 치유, 보완하려고 하는 것은 죄형법정주의의 기본정신을 훼손하는 것이다. 그렇게 한다면 질서유지라는 국가목적 내지 공익만을 중시하고 이로 말미암아 법률에 의한 기본권제한원칙은 사실상 형해화되어 국민의 기본권침해의 위험성이 더욱 커지게 된다.

헌법재판소는 전통적인 형사법에 해당하는 법률에 대해서는 헌법불합치결정을 한 사례가 없는데 반하여 행정형벌에 관한 법률에 대해서만 적용중지와 잠정적용의 헌법불합치결정을 하고 있다. 설사 개선입법이 헌법불합치로 선언된 형벌조항보다 범죄구성요건을 엄격히 제한하고 또는 형벌의 정도가 완화되어 있다고 하더라도 부수적 생활관계를 규율하기 위한 행정형벌조항에 대해서 이런 논리를 사용하면서까지 개선입법을 소급적용하여 처벌하면서 달성해야 할 중대한 공익이 있는지, 행정형벌규정에 대해서 단순위헌결정 했을 때 중대한 법적 공백상태 내지 법적 혼란이 초래되는지 매우 의문스럽다.⁶²⁴⁾ 또한 다른

622) 실무상으로 그와 같은 법적 안정성의 파괴로 인하여 현저한 불합리가 흔하게 나타나게 될 것으로는 보이지 않는다는 지적도 있다. 형벌조항에 대한 헌법불합치결정을 인정하는 견해에서 주장하는 졸속입법, 여론입법에 의한 각종 특별형법이나 가중처벌조항의 경우 이를 단순위헌으로 결정하더라도 형법 등 기본적인 처벌조항에 의하여 처벌가능하고, 통상 잦은 개정이 이루어진 경우가 많아 당해법률의 개정이전으로 위헌결정의 효력이 소급하지는 않을 것이므로 법적 안정성의 파괴가 제한적이어서 전면적인 재심청구의 허용에 의한 부작용도 그리 크지 않을 것으로 보고 있다(최환, 앞의 논문, 612면).

623) 유사한 취지: 허영, 앞의 논문, 51면; 전광석, “헌법재판에 있어서의 결정주문의 유형과 효력”, 「헌법재판연구」 제2권, 1991, 181면 이하; 전정환/문광삼/남복현, 앞의 책, 136면; 정종섭, 앞의 책, 384면 참조. 헌법불합치결정형식을 결정의 효력에 규정함으로써 간접적으로 인정하고 있는 독일에서도 제한적으로 이해하고 있다. Schlaich, 앞의 책, 356면 참조.

행정제재수단이나 실효성확보수단 등에 대한 숙고가 결여된 채 주로 그 제재 효과가 큰 형벌을 사용하려고 하는 입법부와 행정부의 태도로 인하여 행정형벌이 남용되고 있는 우리의 현실을 고려할 때⁶²⁵⁾ 행정형벌에 대한 헌법재판소의 헌법불합치결정은 행정형벌의 남용을 방지·시정할 수 없고, 오히려 입법부에 의한 졸속입법과 행정편의주의적인 행정형벌규정의 남발을 야기할 우려가 있다.

자유민주적 법치국가에서 국가권력의 기본권구속성과 법구속성의 요청을 고려할 때⁶²⁶⁾ 국가권력에 의한 기본권 제한은 원칙적으로 예외적인 것이어야 하고, 적절한 절차를 거쳐 합헌적으로 제정된 법률에 따라 이루어져야 한다. 이런 점을 고려할 때 형벌조항에 합헌부분과 위헌부분의 경계가 불분명하여 헌법재판소의 위헌결정으로는 적절하게 구분하여 대처하기가 어렵고, 이와 관련하여 입법자에게 위헌상태를 제거할 수 있는 여러 가지의 선택가능성을 인정할 수 있어 입법권자의 입법형성권을 존중하여야 한다거나 법적 공백상태를 막기 위해서 불가피한 경우에 헌법불합치결정을 할 수 있다는 것은 국가목적 달성만을 강조하는 국가편의주의적 사고가 내재되어 있는 것으로 국가권력의 기본권구속성과 법구속성을 요청하는 법치국가원리에 위배될 뿐만 아니라 국가의 국민기본권보장 의무를 규정한 헌법 제10조에 위배되는 주장이라고 판단된다.⁶²⁷⁾⁶²⁸⁾

624) 헌법재판소의 집시법의 야간집회금지조항에 대한 헌법불합치결정(헌재 2009. 9. 24. 2008헌가25)에서 정한 입법개선시한이 지난 지금 현재까지도 개선입법이 이루어지지 않고 있다는 것은 집시법에서의 야간집회시위금지규정이 없다고 하여 중대한 법적 불안정성을 초래하는 것은 아님을 반증하는 것일 수 있다.

625) 국가의 사회국가적 의무에 따른 국가기능 역시 확대되고 있는데, 이와 궤를 같이 하여 행정벌이 확대되고 있는데, 더욱이 행정벌 내부영역에서도 과태료 등의 행정질서벌보다 행정형벌에 대한 의존도는 더욱 높아가고 있으며 벌칙의 강도가 점점 확대되고 있다. 그리하여 과태료 등의 행정질서법적 제재수단은 오히려 예외적으로 규정되어 있는 실정이다. 자세한 것은 최봉석, 앞의 논문, 139면 이하; 정연권, 「행정벌의 특수성에 관한 고찰: 행정형벌의 질서벌화를 중심으로」, 부산대학교 행정대학원(석사학위논문), 1987, 49면.

626) 이에 관한 자세한 것은 허영, 「한국헌법론」, 박영사, 2013, 655면 이하; 박경철, “통치권의 정당화원리로서 국민주권”, 「공법연구」 제31집 제1호(2002. 11), 401면 이하 참조.

제5절 결어

헌법재판소법 제47조 제2항은 “위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날로부터 효력을 상실한다. 다만, 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다.”고 하여 형벌조항에 대한 위헌결정은 소급효를 갖는다고 규정하고 있다.

이 조항에 대하여 헌법재판소는 현재 1993. 5. 13. 92헌가10등 사건에서, “헌법재판소에 의하여 위헌으로 선고된 법률 또는 법률의 조항이 제정 당시로 소급하여 효력을 상실하는가 아니면 장래에 향하여 효력을 상실하는가의 문제는 특단의 사정이 없는 한 헌법적합성의 문제라기보다는 입법자가 법적 안정성과 개인의 권리구제 등 제반이익을 비교형량하여 가면서 결정할 입법정책의 문제인 것으로 보인다. 우리의 입법자는 헌법재판소법 제47조 제2항 본문의 규정을 통하여 형벌법규를 제외하고는 법적 안정성을 더 높이 평가하는 방안을 선택하였는바, 이에 의하여 구체적 타당성이나 평등의 원칙이 완벽하게 실현되지 않는다고 하더라도 헌법상 범치주의의 원칙의 파생인 법적 안정성 내지 신뢰 보호의 원칙에 의하여 정당화된다 할 것이고, 특단의 사정이 없는 한 이로써 헌법이 침해되는 것은 아니라 할 것이다.”라고 하였고, 현재 2001. 12. 20. 2001헌바7등 사건에서는 “형벌은 본질상 사회윤리적인 불승인과 행위자 개인에 대

627) 같은 취지: 허완중, 앞의 논문(2010), 151면 이하 참조.

628) 대법원은 형벌조항에 대한 헌법재판소의 헌법불합치결정은 단순위헌결정으로 보고 해당형벌조항은 당연히 소급하여 상실되는 것으로 이해하고 있다. 그런데 이와 같은 대법원의 태도는 헌법재판소법 제47조 제1항에 규정된 헌법재판소 결정의 기속력을 부정한다는 점에서 최고사법기관의 하나인 대법원이 법을 위반하는 행태를 보이고 있다. 특히 2011. 6. 23. 선고된 2008도7562 판결에서 집시법 제10조 중 ‘옥외집회’ 부분 및 제23조 제1호 중 ‘제10조 본문의 옥외집회’ 부분에 대한 헌법재판소의 헌법불합치결정을 위헌결정으로 이해하고 해당 형벌조항은 소급하여 효력이 상실된다고 판시하고 있는데, 이 사건에서 대법원은 헌법재판소의 헌법불합치결정을 존중하면서도 입법개선시한을 도과하였음을 이유로 비형벌조항에 대한 잠정적용의 헌법불합치결정의 경우와 달리 형벌조항에 대한 위헌결정에는 소급효가 있음을 지적하면서 입법개선시한을 도과한 다음날 위헌결정의 효력이 발생하는 것으로 보아 형벌조항의 효력이 소급하여 상실된다는 이론구성을 제시함으로써 동일한 결론을 이끌어내는 것이 타당했다고 판단된다.

한 비난이 포함되는데 반하여, ‘택지소유 상한에 관한 법률’(이하 “택상법”이라 한다) 상의 부담금은 택상법 상의 목적을 실현하기 위한 이행강제수단에 불과할 뿐, 초과택지 소유행위에 대한 사회윤리적인 불승인이나 행위자 개인에 대한 비난을 당연히 포함하고 있는 것은 아닐 뿐만 아니라, 형벌을 받은 자는 전과기록(수형인명부·수형인명표·수사자료표)에 기재되기 때문에 집행을 종료한 후에도 법률상·사실상의 불이익을 받을 수 있으므로 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항에 대하여 위헌결정이 선고된 경우에는 그 소급효를 인정하여 그 조항으로 인한 국민의 불이익을 해소할 필요가 더욱더 크다고 하겠다. 따라서 비록 헌법재판소법 제47조 제2항 단서가 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항에 한하여 위헌결정의 소급효를 인정하였다고 하더라도 이는 형벌과 택상법 상의 부담금과의 위와 같은 본질적 차이 내지 법률상·사실상의 차이로 인하여 생기는 것으로 이를 두고 자의적인 차별이라고 할 수 없다.”고 판시하여 ‘비형벌조항에는 대하여 원칙적 장래효, 형벌조항에 대하여는 소급효’를 채택한 입법자의 선택(헌법재판소법 제47조 제2항)에 대하여 합헌판단을 내렸다.

그런데 앞에서 본 바와 같이 형벌조항에 대한 소급효는 동 형벌조항에 의하여 유죄 확정판결을 받은 자들에 의한 재심청구와 형사보상청구의 폭주 등 실무상 문제점을 노정시키고 있고, 이에 대한 해결책으로 해석론적, 그리고 입법론적 대안이 제시되고 있다. 그 중 해석론으로는 특히 후발적인 사정변경의 경우, 그 사정변경이 있는 시점까지만 소급효를 인정하는 방안, 헌법재판소의 합헌결정이 있는 경우는 그 마지막 합헌결정시까지만 소급효를 인정하는 방안, 그 밖에 헌법불합치결정을 활용하는 방안 등이 주장되고 있다.

그러나 이와 같은 대안은 모두 논리적, 현실적 결함을 가지고 있다. 예컨대 후발적인 사정변경 중 ‘국민들의 법감정의 변화’는 그 시점을 특정하기가 어렵고, 헌법재판소의 판례변경은 (이전 판결이 잘못되었다는) 재판관들의 견해변경에 따른 경우가 많은데 그런 경우까지 소급효를 제한하는 것은 불합리하다고 할 것이다. 또한 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 경우, 헌법재판소가 일부 사례에서 적용중지를 명하는 헌법불합치결정⁶²⁹⁾뿐만 아니라 잠정적용을 명하는 헌법불합치결정⁶³⁰⁾도 선고한 바 있지만 이러한 헌법재판소의 태도에 대

629) 헌재 2004. 5. 27. 2003헌가1 결정.

하여는 비판적인 견해가 있다.

결국 이와 같은 대안은 채택하기가 어렵다고 할 것이다. 그러므로 헌법재판소법의 개정이 따르지 아니한 상태에서는 헌법재판소가 주문에서 밝힌 법률조항의 연혁을 고려한 엄격한 해석을 채택하는 방안이 고려될 수 있다. 즉, 어떤 형벌조항이 개정되었고 그 개정조항에 대하여 헌법재판소가 위헌결정을 하는 경우, 그 개정시점까지만 소급효를 인정하는 방안이다. 다만, 그 개정이 내용상 실질적인 변경을 초래한 경우에만 소급효를 제한할 것인지, 아니면 '법정형'만의 개정⁶³¹⁾ 등 구성요건에는 변화가 없는 경우까지도 소급효를 제한할 것인지는 논란의 여지가 있을 수 있다. 어쨌든 이러한 소급효의 인정시점은 헌법재판소가 주문에서 또는 이유에서 밝히는 것이 바람직할 것이다.

630) 현재 2009. 9. 24. 2008헌가25 결정.

631) 법정형만의 개정이라도 그 개정된 법정형 자체에 위헌성이 있는 등, 경우에 따라서는 그 조항의 실질적인 변경으로 볼 수 있는 경우도 생길 수 있다.

제6장 입법론적 해결방안

제1절 서설

현행 헌법은 법률에 대한 헌법재판소의 위헌결정의 효력의 의미와 효력의 발생시점에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않고, 헌법재판소법은 제47조 제2항에서 비형벌조항에 관한 위헌결정에 대해서는 법적 안정성의 원칙을 우선하여 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실한다고 규정하면서도 형벌조항에 관한 위헌결정에 대해서는 소급하여 효력을 상실한다고 규정하고 있는 점, 헌법재판소의 법률에 대한 위헌결정의 기속력을 인정하고 있는 헌법재판소법 제47조 제1항과 헌법소원 인용시 처분의 근거법률에 대하여 위헌결정을 할 수 있음을 규정한 헌법재판소법 제75조 제5항의 표현에 비추어볼 때 현행 헌법재판소법은 당연무효설을 채택한 것으로 볼 수 없고 폐지무효설에 가깝다고 할 수 있다.⁶³²⁾ 이렇게 이해할 때 법률은 국민으로부터 직접 민주적 정당성을 부여받아 입법권을 가진 국회가 행한 입법작용의 결과이므로 헌법재판소의 위헌결정이 있기 전까지는 잠정적으로 통용력을 가지고 있기 때문에 유효하다고 보아야 하며, 헌법재판소의 위헌결정에 의하여 비로소 효력을 상실하게 된다.⁶³³⁾ 따라서 법률에 대한 헌법재판소의 위헌결정은 형성적 성질의 재판작용으로 이해하는 것이 타당하다.

그리고 폐지무효설의 입장을 취할 경우 헌법재판소에 의하여 위헌으로 결정된 법률의 효력을 상실시키는 시점은 헌법에 특별한 규정이 없는 한, 입법자가 소급효, 장래효(향후효, 즉시효), 미래효 등으로 결정할 수 있는 입법정책의 문제로 이해된다.⁶³⁴⁾ 현행 헌법재판소법은 비형벌조항에 대한 위헌결정에 대해서

632) 정종섭, 앞의 책, 342면 이하 참조; 김운용, 「위헌심사론」, 서울 삼지원, 1998, 559면; 윤진수, 앞의 논문(1990), 310면; 반대의견: 전정환/문광삼/남복현, 앞의 책, 238면 이하 참조.

633) 같은 취지, 정종섭, 앞의 책, 345면. 이를 법률의 합헌성 추정으로 이해하는 것은 적절하지 않음을 지적하고 있다.

634) 정종섭, 앞의 책, 344면.

는 법적 안정성의 요청을 더 높이 평가하여 항후무효를(제47조 제2항 본문), 형벌조항에 대한 위헌결정의 경우에는 법적 안정성보다 법적 정의의 요청을 강조하여 소급무효를(제47조 제2항 단서) 채택하고 있다. 헌법재판소는 형벌조항에 대한 위헌결정의 효력과 비형벌조항에 대한 위헌결정의 효력을 달리 정하고 있는 헌법재판소법의 태도는 헌법에 위반되지 않는다고 결정하였다.⁶³⁵⁾

그런데 다양한 생활관계를 일반적으로 규율해야 하는 법률의 특수성 때문에 그 효력이 다양할 수밖에 없고, 따라서 이에 대한 위헌결정의 효력 역시 어느 하나로 일률적, 획일적으로 정하는 것이 적절하지 않은 경우가 있다.⁶³⁶⁾ 예를 들어 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효 역시 일률적으로 법제정당시로 소급할 것이 아니고 경우에 따라서는 소급효를 법제정이후의 어떤 시점으로 제한해야 할 필요성이 있음을 부정할 수 없다. 비교법적으로도 법률에 대한 위헌결정의 효력에 관한 소급효주의와 장래효주의의 입법례와 그 나라의 판례를 살펴본 바에 따르면 오늘날 위헌결정의 효력에 관하여 어떤 원칙을 취하든 절대적인 순수한 소급효주의나 장래효주의를 고집하는 나라는 없고, 어느 하나를 원칙으로 하면서 예외를 인정하고 있다는 점이다.⁶³⁷⁾

여기에서 헌법재판소법 제47조 제2항은 위헌결정의 효력발생시기에 관한 일정한 원칙만을 규정한 것이고, 구체적인 타당성이 인정되는 경우에는 예외를 인정할 수 있는가 하는 것이 문제된다. 비형벌조항에 대한 헌법재판소의 위헌결정에 대해서는 헌법재판소와 대법원의 판례를 통하여 예외가 인정되고 있다. 하지만 헌법재판소법 제47조 제2항 단서에 의하여 형벌조항에 대한 헌법재판소의 위헌결정에 인정되는 위헌결정의 소급무효를 제한하기 위한 해석론적 방

635) 헌재 1993. 5. 13. 92헌가10등; 헌재 2001. 12. 20. 2001헌바7등.

636) 같은 취지: 대법원 2011. 4. 14. 선고 2010도5605 판결, 법원공보 2011 상, 956면 이하; 대법원 2011. 6. 23. 선고 2008도7562 전원합의체 판결, 법원공보 2011 하, 1487면 이하(대법관 안대희, 대법관 신영철, 대법관 이인복의 별개 의견). 같은 취지: Ch. Starck, “Types of Unconstitutionality Decisions”, 제1회 헌법재판연구원 국제학술심포지엄 발표자료집, 2012. 12. 12. 108면, 홍강훈(번역), “위헌결정의 유형-헌법불합치결정을 중심으로”, 「제1회 헌법재판연구원 국제학술심포지엄 발표자료집」, 2012. 12. 12. 83면.

637) 손용근, “위헌결정의 소급효가 미치는 범위에 관한 비판적 고찰”, 「사법논집」 제24집, 법원도서관, 1993, 36면 이하 참조. 유사한 취지: Ch. Starck, 앞의 논문, 97면, 홍강훈(번역), 앞의 번역문, 77면.

안으로 헌법재판소의 합헌결정이 있는 경우는 그 마지막 합헌결정시까지만 소급효를 인정하는 방안, 그리고 헌법불합치결정을 활용하는 방안 등이 주장되고 있지만, 각각의 해석론적 방안들은 헌법적으로나 헌법소송법적으로 난점이 있음을 확인하였다. 다만 법률의 위헌결정의 효력에 관한 현행 헌법재판소법이 폐지무효설을 취하고 있는 점, 법률에 대한 헌법재판소의 위헌결정이 형성판결이라는 점, 그리고 법률은 헌법에 위반할 때 위헌무효가 되는 것이므로, 형벌조항이 사정변경으로 후발적 위헌이라고 평가되는 경우 위헌으로 된 시점부터 효력을 상실한다고 이해하는 것이 논리적이라고 할 수 있다. 이런 점을 고려할 때 헌법재판소의 결정으로 그 사정변경이 있는 시점까지만 소급효를 인정하는 것은 해석론적으로 가능하다고 판단된다. 다만 이 경우 과연 헌법재판소가 사정변경의 시점을 특정할 수 있는가 하는 의문과 더불어 헌법재판소의 위헌결정의 소급효를 제한하는 명문의 규정이 없기 때문에 국민의 기본권보호에 역행하는 결정을 한다는 비판을 면하기 어렵고, 또한 현행 헌법재판소법의 해석으로는 헌법재판소가 형벌조항에 대한 위헌결정에 소급효를 인정할 필요가 없다고 판단하는 경우에도 헌법재판소는 위헌결정의 소급효의 시점을 제한할 수 있을 뿐이고, 헌법재판소가 형벌조항에 대한 위헌결정을 하면서 장래효만을 가지는 위헌결정을 할 수는 없다는 문제점이 있다.

형벌규정에 대한 위헌결정의 소급효 제한 내지 형벌규정에 대한 위헌결정의 시적 효력과 관련하여 입법론적 해결방안으로 검토할 수 있는 것은 첫째, 형벌조항에 대한 위헌결정에만 소급무효를 원칙으로 하는 현행 헌법재판소법의 태도를 바탕으로 하면서 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효 제한의 일반적 가능성을 헌법재판소에 부여하는 방안과 합헌결정이후에 이루어진 위헌결정의 소급효만을 제한하는 방안, 그리고 소급효 제한의 필요성이 있는 경우 헌법재판소로 하여금 장래무효를 채택하도록 하는 방안, 헌법불합치결정의 가능성을 명시하는 방안 등이 있고, 둘째, 형벌조항에 대해서도 장래무효원칙을 채택하면서 헌법재판소의 판단에 따라 예외적으로 소급효를 인정할 수 있음을 명시하는 방안을 생각할 수 있다.

제2절 소급무효를 전제로 하는 개정방안⁶³⁸⁾

1. 합헌결정이후 위헌결정의 소급효만을 제한하는 방안

1. 내용

이 방안은 형벌조항에 대한 헌법재판소의 위헌결정이전에 헌법재판소에 의하여 먼저 합헌결정이 이루어진 경우에만 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효를 합헌결정시점으로 제한하는 방안이다. 이러한 내용의 개정안은 18대 국회에서 2011년 4월 8일 박선영 의원 등 14인의 의원이 발의한 헌법재판소법개정법률안(의안번호 1811462)과 19대 국회에서는 2013년 4월 10일 김진태 의원 등 10인의 의원이 발의한 헌법재판소법 개정안(의안번호 4470)에 나타나 있다. 동 개정안 제47조 제3항에서는 “형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다. 다만, 해당 법률에 대하여 종전에 합헌으로 결정한 사건이 있는 경우에는 그 결정이 있는 날로 소급하여 효력을 상실한다.”고 규정하고 있다.

2. 평가

이 방안은 형벌조항에 대한 헌법재판소의 위헌결정의 소급효가 제한되는 경우를 ‘합헌결정이 있는 이후에 위헌결정을 한 경우’로 한정하고, 이 때 소급시점을 합헌결정이후부터 소급한다고 명문으로 규정함으로써 형벌조항에 대한 헌법재판소의 위헌결정의 소급효가 제한되는 경우와 소급시점을 분명히 하고 이를 통하여 헌법재판소의 자의를 배제할 수 있다는 점에서 장점이 있다.

그렇지만 논리적으로 볼 때 원시적 위헌인 경우에는 법제정시점부터 위헌무효로 보아야 하고, 후발적 위헌 내지 사후적 위헌인 경우에는 해당법률이 헌법

638) 형벌조항에 대한 위헌결정의 효력발생시기와 비형벌조항에 대한 위헌결정의 효력발생시기를 각각 달리하는 경우 비형벌조항과 형벌조항은 원칙과 예외의 관계에 있는 것이 아니므로 각각 항을 달리하여 독자적으로 규정하는 것이 바람직하다고 생각된다.

에 모순, 저촉되는 때에 비로소 위헌으로 되는 것이므로 이때에 위헌의 법률이 되어 효력이 상실되는 것으로 이해하는 것이 타당하다. 이런 점에서 헌법재판소가 동일한 형벌조항에 대해서 먼저 합헌결정을 한 이후 위헌결정을 한 경우에 합헌결정이 선고된 날부터 위헌의 법률로서 효력을 상실한다는 것은 합헌결정이 선고된 날에 사정변경이 발생한 것으로 의제하여 해당 법률 또는 법률조항에 위헌성이 있는 것으로 보는 것인데, 이는 매우 부자연스럽고 구체적 타당성의 측면에서 문제가 있다.⁶³⁹⁾ 즉 종전의 합헌결정선고일 전후로 하여 법률의 위헌성이 달라진다고 하는 것은 소급시점을 명확히 하기 위해서 내지는 재판관의 자의를 막기 위해서라고 하더라도 매우 설득력이 약하다.

그리고 시대의 변화에 따른 국민 법감정의 변화로 인해서 위헌성을 가지게 된 법률 또는 법률조항이라도 과거 헌법소원이나 위헌법률심판이 청구된 바 없을 수도 있는데, 과거에 합헌결정이 내려졌는지 여부와 같은 우연한 사정으로 인해 위헌결정의 소급효가 미치는 범위가 달라진다는 것은 구체적 타당성과 형평의 측면에서 문제가 있다.⁶⁴⁰⁾

또한 합헌결정 이후에 위헌결정을 한 이유가 시대적·사회적 상황의 변화로 인한 국민 법감정 내지 국민 법의식의 변화에 따른 것인지 아니면 종전의 판례에 대한 법적 견해의 변경에 불과한 것인지를 구분하지 않고 무조건 소급효를 종전의 합헌결정시점으로 제한하는 경우에 불합리한 결과를 야기한다는 문제점이 있다.⁶⁴¹⁾ 즉 혼인빙자간음죄의 경우 국민 법의식의 변화를 판례변경의 이유임을 밝히고 있으나,⁶⁴²⁾ 특정범죄가중처벌등에관한법률 제11조 제1항 위헌소원사건⁶⁴³⁾ 폭력행위등처벌에관한법률 제3조 제2항 위헌제청사건⁶⁴⁴⁾ 특정경

639) 같은 취지: 황치연, 앞의 논문, 542면; 서규영의 4인, 「헌법재판소법 제47조 제2항 단서의 개정에 관한 연구용역 보고서」, 법무부, 2011, 37면.

640) 서규영의 4인, 앞의 보고서, 36면 이하 참조.

641) 서규영의 4인, 앞의 보고서, 34. 이런 문제점을 해결하기 위해서는 제47조 제2항 단서를 “다만 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실하되, 헌법재판소가 이미 합헌으로 결정하였던 경우에는 위헌으로 결정할 당시에 그 합헌결정 이후에 한하여 소급하도록 할 수 있다”고 개정하는 방안이 있다. 서규영의 4인, 앞의 보고서, 36면.

642) 헌재 2009. 11. 26. 2008헌바58 등, 판례집 21-2하, 534면 이하 참조.

643) 헌재 2003. 11. 27. 2002헌바24.

644) 헌재 2004. 12. 16. 2003헌가12.

제범죄가중처벌등에 관한 법률 제5조 제4항 제1호 등 위헌제청사건과⁶⁴⁵⁾ 구 수산업법 제53조 제2항 및 제3항 등의 위헌소원사건⁶⁴⁶⁾ 등에서는 행위의 가벌성에 관한 국민 법감정의 변화 등을 판례 변경의 주된 이유로 실시하고 있지 않다. 이런 점을 고려할 때 과거의 합헌결정이 있었다는 형식적 이유만으로 일률적으로 소급효를 제한한다면 오히려 형사사법의 정의에 반하는 결과를 초래할 수도 있다.

또한 헌법재판소의 위헌결정의 소급효를 제한하는 사유와 소급시점을 이 방안에 따라 한정하는 경우에는 경우에 따라서는 형벌조항이 장기간 적용되어 형사처벌의 근거로 사용되었으나 국민 법관념의 변화 등으로 이제는 합헌성을 가질 수 없게 된 경우임에도 불구하고 위헌결정의 소급효로 인하여 발생하는 재심청구로 인한 법원의 부담 증가 내지 형사보상금 지급 부담 등을 회피하기 위하여 또는 과거에 이루어진 형사사법행위의 정당성을 인정하고 재심을 제한하기 위해서 헌법재판소는 위헌이라고 판단함에도 불구하고 일단 먼저 합헌이라고 판단한 후 다음에 문제되는 사건에서 위헌이라고 결정하는 불합리가 발생할 수 있다.

그리고 헌법소송법적으로 볼 때 현행 헌법재판소법 제47조 제2항에서는 위헌법률심판절차에서 위헌결정에만 법규적 효력 내지 대세적 효력을 인정하는 반면에 합헌결정에는 법규적 효력을 인정하고 있지 않다. 이와 같은 개정방안으로 형벌조항에 대한 헌법재판소의 합헌결정에는 사실상 법규적 효력을 가지게 되는 반면에 비형벌조항에 대한 헌법재판소의 합헌결정에는 법규적 효력이 인정되지 아니하는 불합리가 발생할 수 있다.⁶⁴⁷⁾ 또한 이 방안은 기존의 합헌결정이 있었다고 하더라도 그 이후의 헌법재판소의 위헌결정은 헌법재판소법 제23조 제2호에 의하여 기존의 합헌결정을 폐기하는 효과가 있음을 간과하고 있다.⁶⁴⁸⁾

645) 헌재 2006. 4. 27. 2006헌가5.

646) 헌재 2010. 9. 30. 2009헌바2.

647) 유사한 취지: 허영, 앞의 논문, 58면. 이런 점에서 합헌결정을 기준으로 소급효를 제한하기 위해서는 합헌결정에도 법규적 효력을 인정하는 법개정이 동시에 이루어져야 한다.

648) 황치연, 앞의 논문, 540면.

이런 점에 비추어볼 때 형벌조항에 대한 헌법재판소의 위헌결정의 소급효를 종전의 합헌결정이 있는 경우에만 종전의 합헌결정시점을 기준으로 제한하는 것이 적절한 방안인지 의문이다.

II. 소급효 제한의 일반적 가능성을 헌법재판소에 부여하는 방안

1. 내용

형벌조항에 대한 위헌결정에만 소급무효를 원칙으로 하되 소급효를 제한할 수 있는 일반적 가능성을 헌법재판소에 부여하는 방안을 생각할 수 있다. 즉 헌법재판소가 제반사정을 참작하여 결정하도록 하는 방안이다. 이 방안은 헌법재판소가 2013년 국회에 제출한 헌법재판소법 개정의견서에 수용되어 있는 방안이다. 이 개정의견서 제47조 제2항에는 “위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실한다. 다만, 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 위헌결정에서 달리 정하지 않는 한 소급하여 그 효력을 상실한다.”고 규정하고 있다.

2. 평가

헌법재판소가 형벌조항에 대해서 위헌결정을 할 때 구체적 사안에 적용되는 형벌법률이 가지는 위헌의 성격이나 헌법재판소의 판례 변경의 이유 등을 고려하여 소급효의 시점을 정할 수 있도록 하는 방안에 따라 경우 종전에 합헌결정이 있는지 여부에 상관없이, 그리고 합헌결정에서 위헌결정으로의 견해를 변경한 경우 헌법재판소가 형벌조항의 제정이나 개정이후의 시대적·사회적 상황의 변화로 인한 국민의 법감정의 변화로 말미암아 형벌조항이 비로소 위헌성을 띠는 것으로 평가하는 것인지 아니면 헌법재판소의 단순한 법적 견해의 변경에 따라 형벌조항이 위헌성이 띠는 것으로 평가하는 것인지에 따라 소급효의 인정여부를 달리 정할 수 있고, 또한 헌법재판소가 형벌조항의 제정이나 개정이후의 시대적·사회적 상황의 변화로 인한 국민의 법감정의 변화로 말미암아 형벌조항이 비로소 위헌성을 띠는 것으로 평가하는 때에는 소급효의

시기를 법제정당시가 아닌 해당 형벌조항이 헌법에 위반된 때부터 효력을 상실하도록 하여 소급효를 제한할 수 있다. 그럼으로써 구체적 타당성을 기할 수 있고, 국민 법감정의 변화에 맞추어 적절하게 형사사법의 정의를 실현할 수 있다. 그럼으로써 재심사건의 증가로 인한 법원의 업무 부담 증가를 완화시킬 수 있고, 형사보상금의 지급부담을 줄일 수 있다.

하지만 시대적·사회적 상황의 변화로 인한 행위의 가벌성에 관한 국민의 법감정이 변화되어 형벌조항이 위헌이라고 판단되는 경우 언제부터 국민의 법감정이 변화되었는지를 과연 특정할 수 있는가 하는 점이다. 국민 법감정의 변화로 형벌조항이 위헌성을 가지게 되는 경우는 매우 긴 역사 안에서 시민들의 규범의식 자체가 점진적으로 변경된 경우라고 할 것이다. 이런 경우 국민 법감정의 변화로 특정법률이 위헌으로 된 특정한 시점을 합리적으로 논증하기 어렵다는 문제점이 있다.⁶⁴⁹⁾ 결국 헌법재판소의 판단에 따라 위헌결정의 효력이 발생하는 시점이 정해진다는 점에서 헌법재판소의 결정에 따라 유, 무죄의 판단 범위, 재심 및 형사보상의 범위가 형벌규정마다 달라져서 법적 안정성과 예측가능성을 해칠 우려가 있다.⁶⁵⁰⁾ 따라서 재판관의 자의가 개입될 경우 부당한 결과를 초래할 수 있다는 문제점이 있다. 설령 헌법재판소 재판관의 자의가 개입되지 아니하였다고 하더라도 헌법재판소가 위헌결정에서 정하는 특정 시점을 기준으로 위헌결정의 소급효의 적용을 받는 자와 적용을 받지 못하는 자간에 차별이 발생할 위험성이 있고,⁶⁵¹⁾ 이로 인하여 헌법재판소 결정의 정당성에 대한 논란이 발생할 가능성이 있다.

649) 같은 취지: 황치연, 앞의 논문, 540면. 형벌조항이 사후적으로 위헌으로 되었지만 위헌으로 변경된 시점을 특정할 수 없는 경우에는 ‘의심스러울 때에는 피고인의 이익으로(in dubio pro reo)’라는 형사법의 기본원칙에 따라 법제정당시로 소급하여 효력이 상실한다고 이해되어야 할 것이다. 같은 취지: 허완중, 앞의 논문(2012), 55면 참조.

650) 서규영외 4인, 앞의 보고서, 39면.

651) 같은 취지: 황치연, 앞의 논문, 540면.

제3절 형벌조항에 대해서도 장래무효원칙을 채택하는 방안

1. 내용

이 방안은 법적 안정성이나 법적 평화의 관점에서 원칙적으로 법률의 변경 또는 법률에 대한 위헌결정은 이미 확정된 법률관계에는 영향을 주어서는 아니되고 장래효를 가져야 한다는 법원칙⁶⁵²⁾으로부터 형벌법규가 반드시 예외에 놓여야 하는지에 대해서 의문을 제기하는 입장에서 주장될 수 있는 방안이다.

앞서 살펴본 것과 같이 형벌법규라고 해서 소급효금지원칙의 예외에 놓여야만 하는 이론적인 근거가 매우 불분명하다는 주장이 있을 뿐만 아니라, 확정된 형사재판의 효력을 다시금 물을 수 있는 가능성을 열어두는 것이 일사부재리 원칙의 근본적인 기능에도 반할 수 있다는 지적도 있다. 즉 위헌결정의 소급효를 인정할 경우 발생하는 법적 불안정 내지 법적 혼란과 이로 인한 법질서에 대한 국민의 신뢰 저하 등을 우려하거나 국민 여론이나 사회적 요청에 대응하여 특수형법 내지 행정형법이 증가하고 있는 최근의 법현실, 그리고 입법자의 입법이 처음부터 원시적으로 위헌인 경우보다는 시대와 문화의 변화에 따른 법감정의 변화로 위헌인 경우가 더 많다는 점을 고려하여 형벌조항에 대한 위헌결정에도 장래효만 인정하고 소급효를 인정할 가능성을 인정하지 아니하는 경우, 즉 헌법재판소법 제47조 제2항 단서와 같은 조 제3항과 제4항을 삭제하는 방안과 형벌조항에 대한 위헌결정의 효력도 장래무효를 원칙으로 하되, 다만 소급효를 인정하여야 할 특별한 사정이 있는 경우에는 헌법재판소로 하여금 소급효를 인정할 수 있게 하는 방안을 생각해 볼 수 있다.

최근 형벌이 근거를 두고 있는 법률들은 일정한 정책적인 목적을 달성하기 위한 특별형법 내지 행정형법이 대부분이다. 특히 사회적인 요청이나 국민 여

652) 유사한 취지: Lechner/Zuck, BVerfGG. Kommentar, 6. Aufl., 2011, § 79, Rn. 1ff. Lechner/Zuck는 이런 관점에서 헌법재판소의 법률에 대한 위헌결정의 효력은 장래효가 원칙임을 전제로 위헌결정의 효력에 관한 독일연방헌법재판소법 제79조는 이종의 원칙과 예외의 관계에 있다고 평가하고 있다. Lechner/Zuck, aaO., Rn. 4a.

론에 즉시 반응하는 입법들이 이루어지면서 형벌권도 비이성적으로 확대되는 상황이 자주 발생하고 있다. 이러한 즉흥적인 입법은 곧 그 법률에 대한 위헌 평가 또한 수시로 있을 수 있게 되는데, 그 경우마다 그 법률로 인해 형벌을 받았던 모든 수범자들에게 소급적인 무효성을 인정해주어야 한다면 법률의 사회적인 승인은 더욱 더 어려워진다고 할 수 있다. 그로인하여 형벌의 일반예방적 효과는 크게 후퇴될 수 있다.⁶⁵³⁾ 이런 점에서 형벌조항에 대한 위헌결정에 전면적 소급효를 인정하여 법제정시부터 위헌무효의 법률로 하는 것은 시대의 변화상황에 대응하여야 하는 형벌법규의 특징을 염두에 두지 않은 문제점이 있다.

또한 위헌결정에 광범위한 소급효를 부여하게 되면, 입법자는 지금 현재의 법적 문제상황 뿐만 아니라 장차 먼 미래에 있을 수 있는 시대적 변화를 내다 보고 법률을 제정하여야 하는데, 입법자에게 이와 같은 통찰력을 갖도록 요구하는 것 또한 국가기관의 능력의 한계를 벗어나는 과도한 요청이라고 볼 수 있을 것이다.⁶⁵⁴⁾

위헌결정의 효력에 장래효를 인정할 것인지, 소급효를 인정할 것인지 아니면 미래효를 인정할 것인지 여부는 입법정책적 차원의 문제이고, 특히 형벌조항에 대한 위헌결정의 효력에 반드시 소급효를 인정하여야 할 필연적 헌법적 논거나 이유를 찾을 수 없다는 점에서⁶⁵⁵⁾ 헌법재판소법 제47조 제2항 전문에서 위헌결정의 효력과 관련하여 원칙적으로 법적 안정성을 중시하여 비형벌법규에 대한 위헌결정의 장래효를 규정하고 있음을 고려하여 형벌조항에 대한 헌법재판소의 위헌결정에 대해서도 장래효를 원칙으로 하고, 다만 예외적으로 헌법재판소가 법제정당시부터 위헌이라고 인정하는 경우에만 예외적으로 위헌결정에 소급효를 인정하는 방안을 생각할 수 있다.

위헌결정의 효력으로 장래무효의 원칙을 취하면서 위헌결정의 소급효를 예

653) 홍영기, 앞의 논문(2006), 86면 참조.

654) 유사한 취지: 홍영기, 앞의 논문(2006), 81면 이하 참조.

655) 헌법재판소도, 비형벌조항에 대한 위헌결정과 달리 형벌조항에 대한 위헌결정에 소급효를 인정하는 것이 합리적 이유가 있기 때문에 평등원칙에 위배되지 아니한다고 판시하고 있을 뿐이고, 형벌조항에 대한 위헌결정에 반드시 소급효를 인정하여야 하기 때문에 위헌이 아니라고 판시하고 있지는 않다. 헌재 2001. 12. 20. 2001헌바7등, 판례집 13-2, 854(860) 참조.

외적으로 인정하는 경우 형벌조항에 대한 위헌결정에만 예외적으로 헌법재판소가 소급효를 인정할 수 있도록 하는 방안 또는 모든 법률조항에 대해서 헌법재판소의 판단으로 예외적으로 소급효를 인정하는 방안이 있을 수 있다. 생각건대 위헌결정의 소급효를 예외적으로 인정하는 경우 소급효가 인정되는 위헌결정을 형벌조항에 국한해야 할 이유는 없다고 판단된다.

형벌조항에 대한 위헌결정에도 장래무효원칙을 취하게 되면 헌법재판소가 위헌결정에서 특별히 법제정때부터 원시적으로 위헌임을 인정하거나 아니면 결정선고이전의 특정시점부터 위헌임을 인정하는 경우가 아니면, 형벌조항에 대한 위헌결정에 인정되는 소급효의 범위는 비형벌조항에 대한 위헌결정에 인정되는 범위에서의 소급효가 인정되어야 한다. 즉, 법원의 제청, 헌법소원심판 청구 등을 통하여 헌법재판소에 법률의 위헌결정의 계기를 부여한 당해사건과 위헌결정이 있기 전에 이와 동종의 위헌여부에 관하여 헌법재판소에 위헌제청을 하였거나 법원에 위헌제청신청을 한 경우의 당해사건, 그리고 따로 위헌제청신청을 아니하였지만 당해 법률 또는 법률의 조항이 재판의 전제가 되어 법원에 계속중인 병행사건에 대하여는 당연히 소급효가 인정될 것이다. 그리하여 당사자에게는 “피고사건이 범죄로 되지 아니한 때”(형사소송법 제325조)에 해당하여 무죄판결이 선고되어야 할 것이다.⁶⁵⁶⁾

그리고 형벌조항에 대한 위헌결정 이후 제소된 일반사건의 경우에도 형벌을 받은 자는 전과기록(수형인명부·수형인명표·수사자료표)에 기재되기 때문에 집행을 종료한 후에도 법률상·사실상의 불이익을 받을 수 있으므로 그 조항으로 인한 국민의 불이익을 해소할 필요가 더욱더 크다는 점을 고려할 때, 비형벌조항에 대한 위헌결정이 있는 경우보다 소급효를 인정해야 하는 범위는 더 넓어져야 할 것이다. 즉 위헌결정이 선고된 법률에 의하여 규율되는 범죄행

656) 견해에 따라서는 이 경우 헌법재판소의 위헌결정은 장래효를 가지는 것이므로 ‘범죄 후 법령의 개폐로 형이 폐지되었을 때’(형사소송법 제326조 제4호)에 해당하여 면소판결을 하여야 한다고 이해될 여지도 있다. 대법원 2011. 6. 23. 선고 2008도7562 전원합의체 판결의 소수의견은 잠정적용의 헌법불합치결정에서 정한 입법개선시한을 도과한 경우 헌법불합치선언된 형벌조항은 입법개선시한을 도과한 다음날부터 효력이 상실되었음을 이유로 “범죄후의 법령개폐로 형이 폐지되었을 때”(형사소송법 제326조 제4호)에 해당한다고 보아 면소판결을 해야 한다는 의견을 제시하였다.

위에 대해서는 위헌결정선고 당시에 수사단계에 있는 경우, 수사당국(검찰)에서는 동 조항을 적용하여 기소할 수 없을 것이고,⁶⁵⁷⁾ 그럼에도 불구하고 검찰이 기소한다면 법원으로서 “피고사건이 범죄로 되지 아니한 때”(형사소송법 제325조)에 해당하여 무죄를 선고하거나 “범죄후의 법령개폐로 형이 폐지되었을 때”(형사소송법 제326조 제4호)에 해당한다고 보아 면소판결을 해야 할 것이다.

또한 장래무효원칙을 채택하는 경우 형벌조항에 대한 헌법재판소의 위헌결정이 있다고 하더라도 이미 확정된 유죄판결에 대한 재심은 원칙적으로 허용되지 않는다. 다만, 아직 형집행이 완료되지 아니한 수형자에 대해서는 위헌결정의 소급효를 예외적으로 인정하여야 할 것이다.⁶⁵⁸⁾

II. 평가

형벌조항에 대한 헌법재판소의 위헌결정에 장래무효만을 인정하고 헌법재판소로 하여금 소급효를 인정할 수 있는 권한을 인정하지 아니하는 경우 법적 안정성을 확실하게 보장할 수 있으며, 위헌결정에 따른 사후조치의 필요성 역시 크지 않다는 장점이 있다. 위헌인 형벌조항으로 처벌받은 사람은 재심으로 구제받을 수 없지만, 필요한 경우 의회에서 특별법을 제정하여 상당한 범위에서 위헌결정이 내려진 법률 또는 법률조항으로 처벌받은 이에 대해 재심을 청구할 수 있도록 하는 것이 가능할 것이다.⁶⁵⁹⁾

하지만 의회가 특별법을 제정하여 위헌의 형벌법규로 형사처벌을 받은 사람을 구제할 것인지 여부는 그때그때의 정치상황에 따라 달라질 수 있고, 그 결과 형평에 반하는 결과를 초래할 수 있다는 문제점이 있다. 형사처벌은 국민의

657) 검찰에서는 “혐의없음(범죄인정안됨)”의 불기소처분 또는 ‘범죄 후 법령의 개폐로 형이 폐지된 경우’로 보아 “공소권없음”의 불기소처분을 하게 될 것이다.(검찰사건사무규칙 제69조 제3항 참조)

658) 따라서 형법 제1조 제2항(범죄후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하거나 형이 구법보다 경한 때에는 신법에 의한다.)과 제3항(재판확정후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하는 때에는 형의 집행을 면제한다.)에 따라 처리하여야 한다.

659) 자세한 것은 서규영외 4인, 앞의 보고서 40면 참조.

자유와 권리를 가장 강력하게 제한하는 제재조치임을 고려할 때 헌법재판소로 하여금 위헌결정의 소급효를 인정할 수 있는 가능성 자체를 인정하지 아니하는 방안은 유죄인정의 근거법률이 법제정당시부터 위헌이라는 이유로 위헌결정이 이루어진 경우에도 재심에 의한 구제를 일률적으로 부정하게 되는데, 이는 국민의 기본권보호관점에서 정당화되기 어렵다고 판단된다.⁶⁶⁰⁾

원칙적으로 장래효를 인정하되 헌법재판소의 결정으로 소급효를 인정할 수 있도록 하는 입법방안은 형벌조항과 비형벌조항에 대한 위헌결정의 효력을 통일화, 단일화시키면서도 각 개별법률조항이 내포된 다양한 법적 상태를 고려하여 소급효를 인정할 수 있다는 점에서 법적 안정성을 꾀하면서도 구체적 타당성 내지 법적 정의도 실현할 수 있다.

그렇지만 다른 한편으로는 위헌의 법률에 근거하여 이미 확정된 유죄판결에 대해서 원칙적으로 재심을 허용하지 아니한다는 점에서 과연 실질적 법치국가 원리 내지 법적 정의에 부합하는가 하는 비판이 있을 수 있고, 특히 유죄의 확정판결을 받았지만, 형집행을 종료하지 아니한 수형자에 대해서만 위헌결정의 효력을 소급적으로 인정하는 경우 형집행을 종료한 자와 형집행중인 자를 차별할 합리적 이유가 있는가 하는 문제점이 있다. 이런 점에서 형벌조항에 대한 위헌결정에 장래무효를 원칙으로 예외적으로 사안에 따라 소급무효를 인정하는 방안은 헌법이론적으로나 국민의 권리구제라는 측면에서 문제가 있다고 판단된다.

제4절 헌법불합치결정의 가능성을 명시하는 방안

1. 내용

재판의 주문을 어떻게 내느냐의 주문의 방식문제는 민사소송에서 그러하듯 헌법재판에 대해서도 아무런 명문의 규정이 없으며, 따라서 재판의 본질상 주문을 어떻게 표시할 것인지는 재판소의 재량에 일임된 사항이라고 할 수 있다.⁶⁶¹⁾

660) 같은 취지: 서규영외 4인, 앞의 보고서, 41면.

661) 헌재 1989. 9. 8. 88헌가6, 판례집 1, 260면 참조.

하지만 현행 헌법재판소법은 법률에 대한 헌법재판소의 위헌결정이 가지는 장래무효 내지 소급무효를 제한할 수 있는 가능성에 관하여 명문의 규정을 두고 있지 아니 할 뿐만 아니라 헌법불합치결정과 한정위헌결정 등 소위 변형결정형식의 가능성과 그에 따른 결정의 효력에 관하여 명문의 규정을 두고 있지 아니하다. 특히 헌법불합치결정의 경우 법률의 위헌성을 인정하면서도 법적 공백 방지와 입법형성권의 존중 등을 이유로 예외적으로 위헌적 법률의 존속을 인정한다는 점에서 법치국가원리에 반하는 측면이 있을 뿐만 아니라 헌법불합치결정의 요건 내지 기준, 잠정적용의 헌법불합치결정과 적용중지의 헌법불합치결정의 요건 내지 기준 및 효력, 개선입법의 효력, 입법개선시한을 도과한 경우의 헌법불합치결정의 효력 및 그 발생시기 등에 관한 명문의 규정이 없기 때문에 많은 논란을 야기하고 있다는 점에서 법적 안정성의 관점에서 문제가 있다.

그렇기 때문에 헌법불합치결정형식의 법적 근거를 명확히 하는 것이 필요할 뿐만 아니라 적용중지의 헌법불합치결정이 가능한 경우와 잠정적용의 헌법불합치결정이 가능한 경우에 대한 기준, 입법개선시한의 명시 여부, 입법개선시한을 도과한 경우 결정의 효력, 잠정적용의 헌법불합치결정의 경우 개선입법에서 소급적용에 관한 경과규정을 두고 있지 아니한 경우의 재심의 허용여부 등에 관하여 다양한 주장이 제기되고 있는 점을 고려하여 이에 관한 명확한 기준을 법률에 명시하는 것이 필요하다.⁶⁶²⁾

이런 관점에서 비형벌조항뿐만 아니라 형벌조항에 대해서도 헌법불합치결정의 가능성을 인정하는 방향으로 헌법재판소법을 개정하는 방안을 생각해 볼 수 있다.

II. 평가

헌법불합치결정이 가능한 조건과 그 효력을 상세히 명시적으로 규정하는 방향으로 헌법재판소법을 개정하는 경우 헌법불합치결정의 적법성을 둘러싼 논

662) 같은 취지: 김하열, 앞의 논문, 385면 참조; 김현철, 앞의 논문, 309면 이하. 구체적인 개정방안에 관해서는 김현철, 앞의 논문, 310면; 양건/김문현/남복현, 「헌법재판소법의 개정방향에 관한 연구용역보고서」, 헌법재판소, 1999. 12. 197면 이하 참조.

쟁을 종식시킬 수 있고, 헌법불합치결정에 따른 다양한 법적 문제를 보다 명확하게 함으로써 예측가능성과 법적 안정성을 실현할 수 있다는 장점이 있다.

그런데 비형벌조항에 대한 헌법불합치결정과 달리 형벌조항에 대한 헌법불합치결정형식을 헌법이 아닌 헌법재판소법에 규정하더라도 위에서도 지적한 것처럼 형벌조항에 대한 잠정적용의 헌법불합치결정은 중대한 법적 공백을 막기 위한 것이기는 하지만 위헌의 법률로 형사처벌한다는 점에서 헌법 제12조 제1항의 죄형법정주의 내지 적법절차에 위배되는 측면이 있고, 또한 적용중지의 헌법불합치결정은 개선입법에 의한 처벌을 전제로 하는데, 이 경우 소급입법에 의한 형사처벌을 금지하고 있는 헌법 제13조 제1항에 위배될 소지가 있다는 점에서 위헌 논란을 피하기 어려울 것으로 판단된다.

제5절 결어

위에서 언급된 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효를 제한하는 각각의 입법론적 방안들은 각각 장단점을 가지고 있다. 생각건대 형벌조항에 대한 위헌결정의 효력으로 소급무효를 원칙으로 하면서도 소급효 제한의 일반적 가능성을 헌법재판소에 부여하는 방안과 형벌조항에 대해서도 장래무효원칙을 채택하면서 예외적으로 소급효를 인정하는 방안이 보다 합리적인 대안이라고 판단된다.

그런데 형벌조항에 대한 위헌결정에 대해서 헌법재판소의 결정선고일을 기준시점으로 장래무효를 원칙하고 예외적으로 소급효를 인정하는 방안은 형벌법규가 후발적 위헌인 경우처럼 위헌으로 된 시점을 특정하기 곤란한 경우 소급시점을 전적으로 헌법재판소의 판단에 맡겨둘 것이 아니라 위헌결정일로부터 장래에 향하여 효력을 상실하도록 함으로써 과거에 이루어진 형사사범의 정의를 실현할 수 있는 동시에 소급시점에 대한 헌법재판소의 판단과 관련된 논쟁을 예방하고 예측가능성을 줄 수 있고, 소급시점을 헌법재판소의 결정으로 제한하는 것이 아니고 국민의 대표기관인 국회의 입법을 통해서 제한함으로써 관련당사자들로 하여금 쉽게 승복하게 할 수 있고, 헌법재판소 결정이 불필요한 논란에 휩쓸리지 않게 함으로써 헌법재판소의 권위를 유지할 수 있다는 점에서 바람직할 수 있다.⁶⁶³⁾ 하지만 장래무효를 원칙으로 하는 방안은 원시적

위헌의 법률에 의한 유죄의 확정판결에 대해서 원칙적으로 재심을 허용하지 아니 할 수 있게 됨으로써 위헌의 법률에 의한 형사처벌을 용인하여야 한다는 점에서 법적 정의의 관념과 헌법의 죄형법정주의와 적법절차원칙의 정신에 위배될 소지가 있다.

헌법재판소의 법률에 대한 위헌결정에 장래무효를 채택하게 되면 법관은 위헌결정이 선고된 이후에도 위헌결정이전에 성립한 법률관계에 대해서는 여전히 위헌의 법률을 적용하여야 한다. 이것은 국가의 기본권보장의무를 규정하고 있는 헌법 제10조에 부합하지 않을 뿐만 아니라 헌법과 합헌적인 법률에 따라 재판받을 국민의 재판청구권을 침해하는 문제가 있다는 점에서 그리고 현행 헌법재판소법 제47조 제2항 전단은 비형벌조항에 대한 위헌결정에 장래무효를 인정하고 있는데, 헌법재판소와 대법원은 광범위한 예외를 인정하여 소급효를 인정하고 있다는 점에서 위헌결정에 원칙적으로 소급무효의 효력을 인정하는 것이 이론적으로는 타당하다고 판단된다. 특히 형벌규정에 대한 위헌결정의 경우에는 실질적 법치주의 내지 죄형법정주의의 정신에 비추어 볼 때 더욱 그러하다.

그리고 헌법재판소가 국회에 제안한 헌법재판소법 개정의견서에 나타난 것처럼 헌법재판소에게 위헌결정시 소급효를 제한할 수 있는 가능성을 포괄적으로 부여하는 방안은 심판대상이 된 법률의 특성을 고려하여 위헌결정의 효력 발생시기를 정할 수 있다는 점에서 구체적 타당성을 실현하고 국민 법감정의 변화에 맞추어 적절하게 형사사법의 정의를 실현할 수 있다는 점에서 이론적으로 가장 바람직한 방안이기는 하다. 하지만, 실무적인 관점에서 볼 때 헌법재판소가 법제정시점이 아닌 그 이후의 어느 특정시점으로 소급하여 효력을 상실시키려고 하는 경우 소급시점을 확정하기가 쉽지 아닐 뿐만 아니라 헌법재판소가 정한 특정시점을 전후로 하여 법률의 위헌여부가 달라짐으로 인하여 형평에 반하는 결과가 초래되어 관련당사자의 불만을 야기하여 헌법재판소의 결정이 불필요한 논란의 대상이 될 위험성이 있다.

이런 점을 고려할 때 형벌조항에 대한 위헌결정에 원칙적으로 소급효를 인정하되, 헌법재판소로 하여금 구체적 사안의 성격과 심판대상 법률의 특징 등

663) 유사한 취지: 서규영외 4인, 앞의 보고서, 42면 참조.

을 고려하여 소급효의 시점을 법제정이후의 어느 시점으로 일부 제한할 수 있게 할 뿐만 아니라 경우에 따라서는 장래효 내지 위헌결정에 따른 전면적 재심을 허용하고 있는 헌법재판소법 제47조 제3항의 적용배제를 명할 수 있도록 하는 방안⁶⁶⁴)이 바람직하다고 판단된다.

그 외에도 심판대상이 된 법률이나 법률조항이 위헌심판의 시점에서는 위헌이라고 단정하기 어려워 합헌으로 평가되지만, 여러 가지 상황의 전개양상에 비추어볼 때 머지않은 장래에 위헌될 가능성이 높은 경우, 즉 머지않은 장래에 후발적 위헌사유가 발생할 우려가 있는 경우 입법자에게 입법개선을 촉구하는 내용의 입법개선촉구결정형식(Appellentscheidung)⁶⁶⁵)을 도입하는 것도 하나의 방안이 될 수 있다.⁶⁶⁶ 입법촉구결정은 헌법불합치결정과 달리 심판대상 법률조항이 위헌임을 인정하는 결정은 아니라는 점에서 위헌결정의 소급효문제는 발생하지 않으면서도 입법자로 하여금 법률을 개정하도록 의무지움으로써 오랜 기간 적용되어온 형벌조항에 대한 위헌결정을 방지할 수 있다는 점에서 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효로 인한 문제점들을 해결하는데 기여할 수 있다.

664) 헌법재판소의 헌법재판소법 개정의견서에는 이런 점이 불명확하다. 헌법재판소법 제47조 제3항의 적용배제를 명하는 결정은 사실상 장래효를 인정하는 것과 유사한 결과를 초래한다.

665) 입법개선촉구결정형식에 관하여 자세한 것은 전광석, “헌법재판에 있어서의 결정주문의 유형과 효력-서독 연방헌법재판소의 결정유형에 관한 논의에서 무엇을 배울 것인가?-", 「헌법재판연구」 제2권, 헌법재판소, 1991, 160면 이하; 허영, 앞의 책, 233면 참조. 우리 헌법재판소가 결정주문에서 명시적으로 입법개선촉구결정형식을 채택한 적은 없고, 단지 결정이유에서 입법개선이 필요함을 밝힌 경우는 있다. 헌재 1993. 7. 29. 93헌마23, 판례집 5-2, 233면; 헌재 1996. 2. 29. 92헌바8, 판례집 8-1, 108면.

666) 황치연, 앞의 논문, 543면.

제7장 결 론

제1절 논의의 정리

우리 헌법은 법률(조항)에 대한 위헌결정이 가지는 효력의 의미와 그 위헌결정의 효력발생시점에 대하여 아무런 언급이 없다. 그런데, 헌법재판소법 제47조 제2항은 “위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실한다. 다만, 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다.”고 하여 비형벌조항에 대한 위헌결정은 (원칙적) 장래효, 형벌조항에 대한 위헌결정은 소급효를 갖는다고 규정하고 있다. 그리고 헌법재판소는 이러한 헌법재판소법의 태도는 헌법에 위반되지 않는다고 판결하였다.

그러나 형벌조항에 대한 위헌결정의 무조건적인 소급효 인정은 앞에서 본 바와 같이 여러 가지 문제점을 제기하고 있다. 헌법재판소법 제47조 제3항, 제4항, 제75조 제6항에 따른 재심사건의 홍수와 ‘형사보상 및 명예회복에 관한 법률’에 따른 형사보상의 문제가 있다. 특히 형법은 1953년 제정 이래로 거의 그 내용이 변함이 없이 유지되고 있기 때문에, 형벌조항의 위헌결정에 따른 재심 및 형사보상 문제는 커다란 부담으로 다가오고 있다. 예를 들어 간통죄 조항에 대한 위헌결정이나 사형제 조항에 대한 위헌결정이 선고될 경우, 그에 뒤따를 법원의 사건부담 및 국가재정의 부담이 거론되고 있다.⁶⁶⁷⁾

이러한 실무적인 문제제기뿐만 아니라, 처음에는 합헌적인 내용의 규정이었으나 사후에 사회의 발전, 특별형법의 제정에 따른 체계부조화 및 국민 법감정의 변화 등으로 후발적으로 위헌적인 내용으로 변경되는 경우에도 그에 대한 위헌결정이 소급효를 갖도록 하는 것이 법치국가적으로 허용될 수 있느냐 하는 문제제기는 또 다른 차원의 논의를 요한다.

이에 대한 주요 외국의 입법례를 보면 첫째, 독일(연방)과 스페인의 경우는 소급효를 인정하고 재심도 가능하도록 규정하고 있으며, 둘째, 포르투갈은 원칙

667) 예컨대, 하태영, “혼인빙자간음죄 위헌결정과 소급효문제”, 법률저널, 2009.12.18.자, 6면 기고문; 한겨레신문, 2013.6.4.자. 10면 기사 참조.

적으로 소급효를 인정하고 그에 대한 재심도 가능하나 예외적으로 헌법재판소가 법적 안정성 및 형평성 기타 특별한 공익상 필요가 있다고 인정하는 경우에는 소급효를 제한할 수 있도록 하고 있다. 셋째, 오스트리아는 형벌조항에 대한 위헌결정도 원칙적으로는 소급효를 갖지 아니하나 헌법재판소가 예외적인 상황에서는 소급효를 인정할 수 있고 그 경우 소급효가 인정되는 시적 범위도 결정한다. 넷째, 이탈리아 역시 형벌조항에 대한 위헌결정에도 소급효를 인정하지 않고 따라서 재심도 불가하나 다만 위헌결정시 확정판결의 효과 및 집행을 무효화할 수 있기 때문에 사실상 소급효를 인정한 것과 마찬가지로 한다. 다섯째, 프랑스와 터키, 페루는 형벌조항에 대한 소급효를 인정하지 아니하며 따라서 재심도 할 수 없다. 마지막으로, 미국은 헌법이나 법률에 이에 대한 명문의 규정은 없으며 연방대법원이 소급효를 인정하고 있으나 이 경우에도 유죄판결이 확정된 사건에까지 소급효를 인정하고 있지는 않다.

이와 같이 세계 각국의 입장은 그 나라의 역사, 사회·경제·문화적 전통, 그리고 국민의 법감정 등을 포함한 법제도의 상이(相異)에 따라 각각 다른 모습을 보이고 있다. 우리 헌법도 법률조항에 대한 위헌결정의 소급적용 여부에 대하여는, 형벌조항에 대한 그것을 포함하여, 아무런 지침도 주고 있지 않으며 헌법재판소는 이를 입법정책의 문제라고 보고 있다. 따라서 헌법재판소법 제47조 제2항 단서에도 불구하고 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효를 제한할 수 있느냐 하는 문제제기가 가능하다. 그런 점에서 우선 헌법재판소가 헌법 및 헌법재판소법의 해석으로, 즉 헌법재판소가 결정문의 주문 또는 이유에서 위헌결정의 소급효를 제한할 수 있는가, 이를 인정한다면 어떤 경우에 어떤 방법으로 제한할 수 있는가 하는 문제가 논의되는 것이다. 나아가 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효 문제는 입법정책의 영역이라고 한다면, 헌법재판소법의 개정을 통한 소급효 제한의 시도는 바람직한지 그리고 헌법재판소법의 개정이 필요하다면 어떤 내용으로 입법하는 것이 요구되는가 하는 점이다.

제2절 헌법재판소의 해석(결정)에 의한 소급효 제한

헌법재판소가 헌법재판소법의 개정 없이 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급

효를 그 결정에서 제한하는 방법에는 크게 세 가지가 거론되고 있다. 첫째, 위헌결정의 대상인 형벌조항의 입법(개정)연혁에 주의하여 소급효를 제한하는 방안과, 둘째, 헌법재판소가 종전에 합헌결정을 한 형벌조항에 대하여 후에 위헌결정을 선고하는 경우 또는 원래는 합헌이었으나 관련 법률의 개정이나 시대상황 또는 국민의 법감정의 변화 등 후발적으로 사정변경이 생겨 위헌결정을 선고하는 경우(이를 ‘후발적으로 위헌사유가 발생한 경우’로 함께 언급한다) 그 위헌결정의 소급효를 제한하는 방안, 그리고 셋째, 헌법불합치결정을 활용하여 실질적으로 위헌결정의 소급효를 제한하는 방안이 그것이다.

1. 입법 연혁에 따라 소급효를 제한하는 방안

이는 심판대상이 된 형벌조항이 개정된 경우라면 헌법재판소의 그 형벌조항에 대한 위헌결정은 위 개정시점까지만 소급하도록 하는 방안이다. 여기에는 다시 그 개정이 전부(전문)개정인 경우와 일부개정인 경우를 나누어 살펴볼 수 있다.

먼저, 예를 들어 (형법은 지금까지 전부개정된 적이 없다) 특별형법이나 행정형법이 전부개정된 경우에는 구법은 본칙뿐만 아니라 부칙까지 전부 그 효력을 상실한다는 것이므로⁶⁶⁸⁾ 그 전부개정 이후의 조항에 대한 위헌결정은 그 전부개정된 시점까지만 소급하는 데에 별다른 어려움이 없다. 다만, 전부개정되었다 하더라도 그 전부개정 전후의 내용이 완전히 같거나, 일부 변경이 있더라도 실질적으로 같은 내용인 경우에는 사실상 변경이 없었다고 보아야 하므로, 전부개정 후의 조항에 대한 위헌결정이라도 그 개정 전까지 소급해야 하는 것이 아닌가 하는 의문이 있을 수는 있다. 그러나 이 경우에도 그 개정형식이 전부개정이었다면 구법은 효력을 상실한 것으로 보아 전부개정된 신법조항에 대한 위헌결정은 그 전부개정된 이후의 유죄 확정판결에까지만 소급효과 미친다고 보아야 한다. 그리고 이 경우 이러한 의문을 해소하기 위하여 헌법재판소가 그 소급효의 제한시점을 결정의 이유에서 제시할 수 있을 것이다.

668) 대법원 1996. 4. 9. 선고 95누11405 판결; 대법원 2002. 7. 26. 선고 2001두11168 판결; 대법원 2004. 6. 24. 선고 2002두10780 판결; 헌재 2012. 5. 31. 2009헌바123등, 판례집 24-1하, 281, 294 참조.

다음으로, 형벌조항의 개정이 부분개정인 경우에는 다시 두 가지로 나누어 살펴볼 수 있다. 첫째, 개정 전후의 내용이 실질적으로 달라진 경우이다. 이 경우에는 개정 후의 조항에 대한 위헌결정은 그 개정시까지만 소급한다고 보아야 하며, 이에 대하여는 역시 별 다른 문제가 없다고 보인다. 둘째로, 개정 전후의 내용이 사실상 같은 경우, 특히 일부 문구의 변경이나 큰 차이 없는 법정형의 변화만 있는 경우에는 어떻게 보아야 할 것인지 문제될 수 있다. 개정 전후의 양 조항이 사실상 같은 내용이라면 사소한 문구나 법정형의 변화에도 불구하고 양 조항은 같은 조항으로 보아 개정과 관계없이 소급효가 미친다고 볼 수도 있겠으나, 이러한 경우에도 양 조항의 동일성을 엄격하게 형식적으로 구분하는 입장에서는 어쨌든 법률조항의 개정이 있었으므로 양 조항은 그 내용이 다르고 따라서 개정 후의 조항에 대한 위헌결정은 개정 전의 조항이 적용된 사건에는 미치지 아니한다는 입장도 있을 수 있다. 이 경우에도 헌법재판소가 그 결정이유에서 소급효의 제한을 제시할 수 있을 것이다.

요컨대, 형벌조항의 개정영향을 살펴서 그 전후 조항의 동일성 여부를 엄격하게 형식적으로 판단하여 그 소급효를 제한하는 내용을 헌법재판소 위헌결정의 이유에서 밝히는 방안을 고려할 수 있을 것이다.

II. 후발적으로 위헌사유가 발생한 경우에 소급효를 제한하는 방안

헌법재판소가 종전에 합헌결정을 한 형벌조항에 대하여 후에 위헌결정을 선고하는 경우 또는 원래는 합헌이었으나 관련 법률의 개정이나 시대상황 또는 국민의 법감정의 변화 등 후발적으로 사정변경이 생겨 위헌결정을 선고하는 경우, 즉 ‘후발적으로 위헌사유가 발생한 경우’에도 헌법재판소가 결정이유에서 위헌결정의 소급효를 제한하는 방안이 있을 수 있다.

그러나 이러한 경우는 종전에 합헌이었던 법률조항이 언제부터 위헌의 상태로 되었는지에 대한 판단이 어렵고, 따라서 위헌결정의 소급효를 어느 시점까지 인정할 것인지에 대한 헌법재판소의 판단은 자의적이라는 비판에 직면할 수 있다. 더군다나 헌법재판소법에 명문의 근거규정이 없이도 이러한 소급효

제한이 가능한지에 대하여도 의문이 제기될 수 있다. 그리고 무엇보다도 현재까지 법원이 이러한 입장을 받아들이지 않고 있다는 점에서 실효성을 갖기 어렵다고 할 것이다.

III. 헌법불합치결정을 활용하는 방안

다음으로 형벌조항에 대하여도 헌법불합치결정이 가능하다는 전제하에 형벌조항에 대한 위헌결정 대신 헌법불합치결정의 주문을 선택함으로써 위헌결정의 소급효를 제한하는 방안이 있을 수 있다. 물론 형벌조항에 대한 헌법불합치결정에 대하여는 헌법 제12조 제1항의 죄형법정주의와 헌법 제13조 제1항의 형벌불소급의 원칙을 이유로 잠정적용형 헌법불합치결정은 물론이고 적용중지형 헌법불합치결정도 허용될 수 없다는 견해가 유력한데,⁶⁶⁹⁾ 일단 헌법불합치결정 후의 개선입법은 위헌성이 제거된 내용일 것이고 또한 구법보다는 피고인에게 유리한 내용일 것이므로 죄형법정주의 및 형벌불소급의 원칙이 적용되지 않는다고 본다면,⁶⁷⁰⁾ 헌법불합치결정도 위헌결정의 소급효를 제한하는 방안으로 고려할 수 있을 것이다. 실제로 헌법재판소는 형벌조항에 대하여 적용중지형 헌법불합치결정⁶⁷¹⁾은 물론이고 잠정적용형 헌법불합치결정⁶⁷²⁾을 선고한 바 있다.

그러나 이러한 방안에 대하여는 앞서서도 보았듯이 그 논리적인 타당성 여부를 떠나서 대법원이 헌법불합치결정을 (적용중지든, 잠정적용이든) 단순위헌결정과 마찬가지로 보아 그 적용을 배제하고 있기 때문에, 현실적으로는 실익이 없어 보인다. 만약에 헌법재판소가 위헌결정의 소급효를 제한하고자 하는 목적으로 헌법불합치결정을 선택한다면, 그리고 그러한 취지를 결정문에 반영하려면 앞에서 본 학설 중 긍정설의 입장에서 치밀한 논증이 요구된다고 할 것이다.

669) 형벌조항에 대한 헌법불합치결정을 단순위헌결정으로 보는 대법원 판례(다수의견)도 같은 입장인 것으로 보인다.

670) 대법원의 소수의견이 이러한 입장인 것으로 보인다.

671) 예컨대, 현재 2004. 5. 27. 2003헌가1등, 판례집 16-1, 670 이하.

672) 예컨대, 현재 2009. 9. 24. 2008헌가25, 판례집 21-2 상, 427 이하.

제3절 헌법재판소법의 개정에 의한 소급효 제한

헌법재판소법을 개정하여 형벌조항에 대한 위헌결정의 경우에도 소급효를 제한할 수 있는 규정을 신설하는 방안에 대하여 그 동안 두 가지 방향에서 개정안 또는 개정의견서가 제시되었다. 김진태의원의 개정안과 박영선의원의 개정안과 같이 헌법재판소가 합헌결정한 이후에 위헌결정을 하는 경우에는 그 (마지막) 합헌결정을 선고한 이후부터만 위헌결정의 소급효가 미치도록 하는 방안, 헌법재판소의 개정의견서와 같이 위와 같은 특정한 내용의 제한을 두지 않고 헌법재판소가 달리 정하는 경우에는 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효를 제한할 수 있도록 하는 방안이 그것이다.

우선, 김진태/박영선 의원의 헌법재판소법 개정안은 앞에서 보았듯이 헌법재판소가 합헌결정한 시점까지만 소급효가 미친다고 보는 근거가 취약하고, 헌법재판소의 위헌결정이 단순히 종전의 합헌결정에 대한 견해변경에 따른 것이라면 합리적인 논거가 될 수 없다. 또한, 합헌결정 후에 후발적인 사정변경이 있는 경우라도 예를 들어 그 사정변경이 사회의 발전이나 국민의 법감정의 변화가 그 이유라면 합헌결정 후 사정변경이 이루어진 어느 시점을 특정하여 그 때까지만 소급효가 인정된다고 보는 것이 타당할 텐데, 그 시점을 특정하는 것도 헌법재판소의 자의적인 판단이라는 비판이 있을 수 있다.

그러므로 헌법재판소의 개정의견서와 같이 헌법재판소법 제47조 제2항을 “위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실한다. 다만, 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 위헌결정에서 달리 정하지 않는 한 소급하여 그 효력을 상실한다.”라고 하여 헌법재판소가 위헌결정에서 소급효를 제한할 수 있는 근거규정을 두는 것이 무난한 방안이라고 볼 수 있다. 그러나 이 개정 방안도 앞에서 본 바와 같이, 여기서 헌법재판소가 위헌결정에서 ‘달리 정한다’는 의미가 단순히 헌법재판소가 소급효의 시점을 선택할 수 있다⁶⁷³⁾는 의미인지, 아니면 경우에 따라 장래효를 인정할 수 있다는 의미

673) 이는 국민 법감정의 변화에 따라 적절한 법적 정의를 실현할 수 있어 구체적인 타당성을 실현할 수 있는 방안이나, 앞에서 살펴본 바와 같이 언제부터 사정변경이 발생하였는지를 특정하기 어렵다는 문제점이 있다.

인지 불명확하다는 점에서 논란의 여지는 있다. 따라서 헌법재판소가 일정한 경우에 장래효를 인정할 수 있다는 내용으로 특정하여 규정하는 방법도 고려할 수 있을 것이다. 다만, 위 규정이 장래효 선언은 물론이고 소급효 시점의 일부 제한 선언도 가능하다는 취지로 해석되는 경우에는 위에서 살핀 헌법재판소의 해석(결정)에 의한 소급효 제한 방안과의 유기적인 결합에 의하여 형벌조항에 대한 소급효의 제한을 가능케 하는 기능을 수행할 수 있을 것이다.

참고문헌

1. 국내문헌

1) 단행본

- 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2010.
- 김운용, 「위헌심사론」, 서울 삼지원, 1998.
- 김택민, 「중국고대형법」, 아카넷, 2002.
- 김학성, 「헌법학원론」, 박영사, 2012.
- 김현철, 「판례 헌법소송법」, 전남대학교출판부, 2012.
- 남복현, 「헌법불합치결정의 현안」, 한국학술정보, 2011.
- 박상기, 「형법총론」, 박영사, 2012.
- 배종대, 「형법총론」, 홍문사, 2012.
- 배종대, 「형사정책」, 홍문사, 2011.
- 백형구/차용석, 「주석 형사소송법 (1)」, 한국사법행정학회, 2009.
- 서규영 외 4인, 「헌법재판소법 제47조 제2항 단서의 개정에 관한 연구용역 보고서」, 법무부 법무실 국가송무과 연구용역, 2011.
- 성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2011.
- 손용근, “위헌결정의 소급효가 미치는 범위에 관한 비판적 고찰”, 「사법논집」 제24집, 법원도서관, 1993.
- 손우대, 「행정벌에 관한 연구」, 단국대학교 대학원, 석사학위논문, 1988.
- 신동운, 「형법총론」, 법문사, 2011.
- 양진/김문현/남복현, 「헌법재판소법의 개정방향에 관한 연구용역보고서」, 헌법재판소, 1999. 12.
- 이상도, 「법률영한사전」, (주)청림출판, 1998.
- 이재상, 「신형사소송법」, 박영사, 2010.
- 이재상, 「형법총론」, 박영사, 2011.
- 이재상, 「형법총론」, 박영사, 2012.

- 이준일, 「헌법학강의」 제3판, 홍문사, 2009.
- 임동규, 「일사부재리의 원칙에 대한 연구」, 서울대학교 박사학위논문, 서울대학교 대학원, 1994.
- 장영수, 「헌법학 II - 기본권론」, 홍문사, 2003.
- 전정환/문광삼/남복현, 「헌법재판소 결정의 효력에 관한 연구」, 헌법재판연구 제7권, 헌법재판소, 1996.
- 정연권, 「행정벌의 특수성에 관한 고찰: 행정형벌의 질서벌화를 중심으로」, 부산대학교 석사학위논문, 부산대학교 행정대학원, 1987.
- 정종섭, 「헌법소송법」, 박영사, 2008.
- 정종섭, 「헌법소송법」, 박영사, 2010.
- 정종섭, 「헌법소송법」, 박영사, 2012.
- 지성수, 「헌법불합치결정에 관한 연구」, 이화여자대학교 박사학위논문, 이화여자대학교 대학원, 2013.
- 허 영, 「한국헌법론」, 박영사, 2013.
- 허 영, 「헌법소송법론」 제4판, 박영사, 2009.
- 헌법재판소, 「헌법재판실무제요(제1개정증보판)」, 헌법재판소, 2008.
- Alexander Hamilton, James Madison, John Jay [김동영 옮김], 「The Federalist Papers (페더럴리스트 페이퍼)」, 한울아카데미, 1995.
- Hume [이준호 역], 「인간 본성에 관한 논고」, 살림출판사, 2005.
- Locke [조현수 역], 「통치론」, 타임기획, 2005.
- Naucke [변종필/최희수 역], 「법철학의 기본개념들」, 지산, 2000.
- Saliger, Radbruchsche Formel und Rechtsstaat [윤재왕 역], 「라드브루흐 공식과 법치국가」, 길안사, 2000.
- Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht [정태호 역], 「독일헌법재판론」, 미리교역, 2001.

2) 학술 논문

- 김승대, “이중처벌 금지원칙에 대한 헌법해석의 재검토”, 「공법연구」 제35권 제4호, 한국공법연구, 2007.
- 김시철, “형벌조항에 대한 헌법불합치결정 : 대상판결 : 대법원 2009. 1. 15. 선고 2004도7111 판결”, 「사법」 8호(2009년 6월), 사법발전재단, 2009.
- 김영환, “공소시효와 형벌불소급의 원칙”, 「형사판례연구」 5, 한국형사정책연구원, 1997.
- 김주환, “헌법불합치결정의 적용영역과 그 효과”, 「헌법학연구」 제11권 제2호 (2005. 6), 한국헌법학회, 2005.
- 김하열, “헌법불합치결정의 사유와 효력”, 「저스티스」 통권 128호(2012.2), 한국법학원, 2012.
- 김학성, “헌법불합치결정에 관한 연구”, 「헌법규범과 헌법현실」, 법문사, 2000.
- 김현철, “한정위헌결정과 헌정합헌·헌법불합치결정의 관계”, 「법학논총」 제29집 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2009.
- 김학성, “헌법불합치결정에 관한 연구”, 「헌법규범과 헌법현실」, 법문사, 2000.
- 남복현, “헌법불합치결정을 둘러싼 법적 쟁점의 검토-실체적 형벌법규를 중심으로-”, 「헌법실무연구」 제10권, 박영사, 2009.
- 남복현, “판례평석: 위헌결정과 헌법불합치결정의 법적 효과에 있어 편차 : 대상판례: 대법원 2009. 1. 15. 선고 2004도7111 판결”, 「한양법학」 제26집 (2009. 5.), 한양법학회, 2009.
- 박경철, “통치권의 정당화원리로서 국민주권”, 「공법연구」 제31집 제1호(2002. 11), 한국공법학회, 2002.
- 박진완, “헌법재판소와 국회의와의 관계”, 「헌법학연구」 제11권 제2호(2005.6), 한국헌법학회, 2005.
- 박진우, “형벌조항에 관한 위헌결정의 소급효에 대한 비판적 고찰”, 「세계헌법연구」 17-2, 국제헌법학회, 2011.
- 박진우, “헌법불합치결정에 대한 비판적 검토”, 「법학연구」 제35집, 한국법학회, 2009.

- 방승주, “헌법불합치결정의 문제점과 그 개선방안”, 「헌법학연구」 제13권 제3호 제1책, 한국헌법학회, 2007.
- 배중대, “‘특별’형법을 ‘보통’형법으로 만들기”, 「형사정책」 18-1, 한국형사정책학회, 2006.
- 손용근, “위헌결정의 소급효가 미치는 범위에 관한 비판적 고찰”, 「사법논집」 제24집, 법원도서관, 1993.
- 심재우, “죄형법정주의의 현대적 의의”, 「고시계」, 국가고시학회, 1978/1.
- 윤동호, “공소사실의 동일성 개념의 재고찰”, 「비교형사법연구」 제8권 제2호 (2006.12), 비교형사법학회, 2006.
- 윤진수, “위헌법률의 효력 - 헌법재판소법 제47조 제2항의 헌법적 검토 -”, 「헌법논총」 제1집, 헌법재판소, 1990.
- 윤진수, “상속의 단순승인 의제규정에 대한 헌법불합치 결정의 소급효가 미치는 범위”, 「헌법논총」 제11집, 헌법재판소, 2000.
- 이명웅, “헌법불합치결정의 사유 및 효력”, 「헌법논총」 제20집(2009), 헌법재판소, 2009.
- 이부하, “법률조항에 대한 헌법재판소의 위헌결정의 소급효에 대한 고찰 - 헌법재판소 결정과 대법원 판결들을 분석하며-”, 「공법학연구」 제14권 제2호, 한국비교공법학회, 2013.
- 이상훈, “위헌결정과 헌법불합치결정의 효력 및 그 재판실무상 적용”, 「사법논집」 제38집, 법원도서관, 2004.
- 이영진, “형벌에 관한 법률조항에 대한 헌법불합치결정의 효력”, 「재판과 판례」 제19집, 대구판례연구회, 2010.
- 이인호/오수정, “헌법불합치결정에 따른 입법개선업무의 이행현황 분석과 비판”, 「중앙법학」 제12집 제1호(2010. 3), 중앙대학교 법학연구소, 2010.
- 이정남, “독일에서의 보안감호에 관한 최근 논의들 - 2011년 5월 4일 독일 연방헌법재판소의 결정을 중심으로 -”, 「법조」, 법조협회, 2011.
- 이준상, “헌법불합치결정과 관련된 재판실무상의 문제점 - 형벌조항을 중심으로-”, 「재판실무연구」, 광주지방법원, 2009. 1.
- 이현환, “위헌결정의 방식에 관한 연구”, 「헌법재판의 이론과 실제」, 박영사,

1993.

- 장영수, “헌법불합치결정의 성격 및 유형과 법적 효력에 관한 연구”, 「고려법학」 제60호(2011. 3), 고려대학교 법학연구원, 2011.
- 장윤기, “[판례평석] 헌법재판소에서 위헌으로 결정된 법률의 효력 -대법원 1993. 1. 15. 선고 92다12377 판결-”, 「사법행정」, 사법행정학회, 1993. 6.
- 전광석, “불합치결정에 대한 헌법재판소 결정 분석”, 「사법행정」 제379호(1992.7), 한국사법행정학회, 1992.
- 전광석, “헌법재판에 있어서의 결정주문의 유형과 효력-서독 연방헌법재판소의 결정유형에 관한 논의에서 무엇을 배울 것인가?-", 「헌법재판연구」 제2권, 헌법재판소, 1991.
- 정태호, “법률에 대한 위헌결정의 소급효문제에 대한 비판적 고찰”, 「법률행정 논총」, 전남대학교 법학연구소, 2000.
- 조 훈, “규범과 시간 - 구성요건 변경의 시간적 의미 -”, 「형사법연구」 9, 한국형사법학회, 1997.
- 최봉석, “행정형벌에 관한 일고”, 「법조」 2002.12(Vol. 555), 법조협회, 2012.
- 최창호, “형벌법규 위헌심사에 관한 연구: 양형규정을 중심으로”, 「형사법과 헌법이념」 제3권, 박영사, 2010.
- 최 환, “헌법불합치결정의 법적 성격과 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 독자적 허용성 및 효력”, 「판례연구」 23집(2012.02), 부산판례연구회, 2012.
- 한수웅, “헌법불합치결정의 헌법적 근거와 효력- 독일에서의 판례와 이론을 중심으로”, 「헌법논총」 제6집, 헌법재판소, 1995.
- 허 영, “헌법불합치결정”, 「헌법재판의 새로운 지평(이강국 헌법재판소장 퇴임 기념논문집)」, 박영사, 2013.
- 허 영, “헌법재판과 입법”, 「헌법논총」 제19집, 헌법재판소, 2008.
- 허완중, “형벌에 관한 법률이나 법률조항에 대한 위헌결정의 소급시점”, 「인권과 정의」 통권425호, 법조협회, 2012.
- 허완중, “형벌에 관한 법률(조항)에 대한 헌법재판소의 헌법불합치결정”, 「공법연구」 제38집 제4호, 한국공법학회, 2010.

- 허완중, “위헌결정의 법률요건적 효력”, 「헌법학연구」 제19권 제3호, 한국헌법학회, 2013.9.
- 허완중, “한국헌법에 따른 헌법재판소법 제47조 제2항의 해석”, 「공법연구」 제37집 제4호(2009. 6), 비교공법학회, 2009.
- 홍영기, “국가권력의 한계 어디에서 비롯되는가”, 「법철학연구」 8-1, 한국법철학회, 2005.
- 홍영기, “죄형법정주의의 근본적 의미”, 「형사법연구」 제24호(2005. 겨울), 한국형사법학회, 2005.
- 홍영기, “소급효금지원칙의 확립근거와 구체적 적용”, 「안암법학」 통권 제22호(2006. 4), 안암법학회, 2006.
- 황도수, “헌법불합치결정에 관한 새로운 체계의 시도”, 「헌법실무연구」 제4권, 헌법실무연구회, 2003.
- 황우여, “위헌결정의 효력”, 「금량김철수교수 화갑논문집, 헌법재판의 이론과 실제」, 박영사, 1993.
- 황치연, “위헌결정의 시적 효력”, 「헌법재판의 새로운 지평(이강국 헌법재판소장 퇴임기념논문집)」, 박영사, 2013.
- Ch. Starck [홍강훈 역], “Types of Unconstitutionality Decisions(위헌결정의 유형 - 헌법불합치결정을 중심으로)”, 제1회 헌법재판연구원 국제학술 심포지엄 발표자료집, 2012. 12. 12.

2. 외국문헌

- Achenbach, Lüderssen(편), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?, 1998.
- Albrecht, P-A., Kriminologie, 1999.
- Alexy, Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit, 1993.
- Aristoteles, Nikomachische Ethik, Buch V, 1969.

- Arndt, Zum Problem der strafrechtlichen Verjährung, JZ 1965.
- Bächli, Heraklit, Einheit der Gegensätze, 2001.
- Bartels, Grundprobleme der modernen Naturphilosophie, 1996.
- Bator, Finality in Criminal Law and Federal Habeas Corpus for State Prisoners, 76 Harv. L. Rev. 441, 463, 1963.
- Baumann, Der Aufstand des schlechten Gewissens, 1965.
- Bei Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar, 2. A, 1996.
- Benda, Verjährung und Rechtsstaat, 1965.
- Bender, The Retroactive Effect of an Overruling Constitutional Decision: Mapp v. Ohio, 110 U. Pa. L. Rev. 650, 675-678, 1962.
- Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1863.
- Binding, Die Normen und ihre Übertretung I, 1870.
- Binding, Handbuch des Strafrechts I, 1885.
- Binding, Strafrecht und Strafprozess, Bd. 2. 1915.
- Black's Law Dictionary, abridged 9th edition, West, a Thomson Reuters business, 2010.
- Blum, Strafbefreiungsgründe und ihre kriminalpolitischen Begründung, 1996.
- Bockelmann, Niederschriften über die Sitzung der Großen Strafrechtskommission, 1958.
- Bockelmann, Strafrecht AT., 2. Aufl. 1975.
- Cramer, Ahndungsbedürfnis und staatlicher Sanktionsanspruch. Bemerkungen zu einer Reform der Verfahrenseinstellung aus Gründen der Opportunität, in: Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag am 25. März, 1972.
- Cappelletti M. / Cohen W., Comparative Constitutional Law, 1979.
- Dannecker, Das intertemporale Strafrecht, 1993.
- Dithmar, Der Grundsatz „ne bis in idem“, und das fortgesetzte Delikt, 1995.
- Duden, Über die rechtliche Natur des Grundsatzes Ne bis in idem, der Vorschriften über den Strafantrag und der Bestimmung über die

- Verjährung, insbesondere im Hinblick auf § 380 StPO, 1914.
- Engisch, Einführung in das juristische Denken, 3. Aufl., 1956.
- Erb, Die Schutzfunktion von Art. 103 Abs. 2 GG bei Rechtfertigungsgründen.
Zur Reichweite des Grundsatzes „nullum crimen sine lege“ unter besonderer Berücksichtigung der „Mauerschützen-Fälle“ und der „sozialethischen Einschränkung“ des Notwehrs, ZStW, 1996.
- Esser, Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und Staates, 1949.
- Feuerbach/Mittermaier A. R. Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 1840.
- Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Band 1., 1904.
- Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar, 2. Aufl., 1996.
- Gray, Nature and Sources of the Law 206 (1st ed.), 1909.
- Grimm, Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats, in: Wachsende Staatsaufgaben – Sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990.
- Grünwald, Bedeutung und Begründung des Satzes „nulla poena sine lege“, ZStW (76) 1964.
- Grünwald, Zur verfassungsrechtlichen Problematik der rückwirkenden Änderung von Verjährungsvorschriften, MDR 1965.
- Habermas, Faktizität und Geltung, 1992.
- Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl., 1990.
- Hassemer, Strafrecht im Wandel, JRP 2007.
- Henkel, Strafverfahrensrecht, 1968.
- Heydebreck, Die gesetzliche Verlängerung von Strafverfolgungsfristen früher begangener Delikte nach dem Grundgesetz, 1965.
- Hirsch, Rechtfertigungsgründe und Analogieverbot, in: Gedächtnisschrift für Zong Uk Tjong, Herausgegeben von Hans-Heinrich Jescheck, Jhong-Won Kim, Haruno Nishihara und Hans-Ludwig Schreiber, Tokio 1985.
- Hobbes, Der Leviathan [übersetzt von Kilian], 2007.

Hong, Zeitablauf als Grenze des staatlichen Strafanspruchs, 2005.

Hooper/Ormerod u. a., Blackstone's Criminal Practice, 2008.

Hügli/Lübcke, Philosophielexikon, 1997.

Husserl, Recht und Zeit. Fünf rechtsphilosophische Essays, 1955.

Ipsen, J., Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, 1980.

Jäger, Makrocriminalität, 1989.

Jakobs, Strafrecht. AT., 1993.

Jaspers, Nachlaß zur philosophischen Logik, 1991.

Kaiser, Kriminologie, 1996.

Kayßer, Die Grenzen des Strafrechts, 1996.

Kaufmann, Arth., Vergleichende Rechtsphilosophie, ders., Über Gerechtigkeit, 1993.

Kayßer, Die Grenzen des Strafrechts, 1996.

Kill, Ueber die Gründe und den Rechtsgrund der Criminal-Verjährung, GS 1868.

Kim Il-Su , FS-Roxin 2001.

Kleinknecht/Meyer-Großner, StPO, Kommentar, 2012.

Klose, „Jus puniendi“ und Grundgesetz, ZStW, 1974.

Köbler, Etymologisches Rechtswörterbuch, 1995.

Köstlin, System des deutschen Strafrechts, 1855.

Lechner/Zuck, BVerfGG. Kommentar, 6. Aufl., 2012.

Limbach, Das Bundesverfassungsgericht, 2. Aufl., 2010.

Linda Mishkin, The Supreme Court, 1964 Term - Foreword: The High Court, The Great Writ, and the Due Process of Time and Law, 79 Harv. L. Rev. 56, 77-101 (1965).

Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1927.

Liszt, Über den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts, H. Rüping(Hg.), Strafrechtliche

- Aufsätze und Vorträge II, 1893.
- Löwenstein, Die nichtregierte Gesellschaft. Gemeinsame Prinzipien des alten chinesischen Taoismus mit dem modernen europäischen Liberalismus, 2001.
- Lüderssen(Aufl.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? 1998.
- Luhmann, Legitimation durch Verfahren, 2001.
- Mangakis, Über die Wirksamkeit des Satzes „nulla poena sine lege“, ZStW 1969.
- Marxen, trafgesetzgebung als Experiment?, GA, 1985.
- Maturana, Die Natur der Zeit, in: Gimmler Antje/ Sandbothe Mike / Zimmerli Walter (Hrsg.): Die Wiederentdeckung der Zeit. Reflexionen Analysen Konzepte, Darmstadt, 1997.
- Maunz/Dürig-Schmidt/Aßmann, GG Kommentar, 2010.
- Maurer, Die Rechtsfolgen der Nichtigerklärung von Gesetzen, 1964.
- Michael, Der Grundsatz in dubio pro reo im Strafverfahrensrecht, 1981.
- Mitsch, Dauerdelikt und Strafklageverbrauch, MDR 1988.
- Montenbruck, In dubio pro reo aus normtheoretischer, straf- und strafverfahrensrechtlicher Sicht, 1985.
- Müller-Dietz, Die soziale Wahrnehmung von Kriminalität, NStZ 1993.
- Müller-Dietz, Strafe und Staat, 1973.
- Naucke, Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik, 1989.
- Neuhaus, Der strafverfahrensrechtliche Tatbegriff – “ne bis in idem”, 1985.
- Neumann, E., Ne bis in idem – Strafantrag und -Verjährung in ihrer rechtlichen Stellung zum § 380 der Reichstrafprozeßordnung, 1920.
- Neumann, Rechtspositivismus, Rechtsrealismus und Rechtsmoralismus in der Diskussion um die strafrechtliche Bewältigung politischer Systemwechsel, in: Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai

2002. Herausgegeben von Cornelius Prittitz, Michael Baumann, Klaus Günther, Lothar Kuhlen, Reinhard Merkel, Cornelius Nestler und Lorenz Schulz, Baden-Baden 2002.
- Paul, Identification of Accused Persons, 12 Austl. L. J. 42, 44 (1938).
- Pestalozza, C., Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl., 1991.
- Pöggeler, Neue Wege mit Heidegger, 1992.
- Popitz, Über die Präventivwirkung des Nichtwissens, 1968.
- Popper, Objektive Erkenntnis, 1973.
- Praechter, Die Philosophie des Altertums, 1958.
- Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946.
- Radke, Bestrafungshindernisse aufgrund des Zeitablaufs. Verjährungseintritt und Verfahrenüberlängen im Erwachsenen- und Jugendstrafrecht, Aachen 2001.
- Rebmann, Strafprozessuale Bewältigung von Großenverfahren, NStZ 1984.
- Riechelmann, F., Rechtssicherheit als Freiheitsschutz. Struktur des verfassungsrechtlichen Bestandsschutzes, 2009.
- Risch, GS 36, Dambach GA, Bd. 9, S. 1861.
- Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 2001.
- Röhl, Rechtstheorie, 2009.
- Roxin, Strafrecht AT. I, 2003.
- Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 2011.
- Sachs, Grundgesetz Kommentar, 1999.
- Sax, Grundsätze der Strafrechtspflege, Bitterman u. a.(Hg.), Die Grundrechte, 3. Bd., 1958.
- Schaefer, The Control of "Sunbursts": Techniques of Prospective Overruling, 22 Record of N. Y. C. B. A. 394, 408-411 (1967).
- Scherr/Herrmann, Sicherheit in der Krise, Sozial Extra 2009.
- Schlaich/Koriath, Das Bundesverfassungsgericht, 6. Auflage, Verlag C.H.Beck, 2003.

- Schmelzeisen, Recht und Rechtsdenken, 1968.
- Schreiber, H-L., Gesetz und Richter. Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege, Frankfurt a. M. 1976.
- Schreiber, H-L., Zur Zulässigkeit der rückwirkenden Verlängerung von Verjährungsfristen früher begangener Delikte, ZStW 1968.
- Schüler-Springorum, Von Spuren keine Spur, in: Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001. Herausgegeben von Bernd Schünemann, Hans Achenbach, Wilfried Bottke, Bernhard Haffke und Hans-Joachim Rudolphi, 2001.
- Schwartz, Retroactivity, Reliability, and Due Process: A Reply to Professor Mishkin, 33 U. Chi. L. Rev. 719, 764, 1966.
- Stree, In dubio pro reo, 1962.
- The High Court, The Great Writ, and the Due Process of Time and Law, 79 Harv. L. Rev. 56, 77-101, 1965.
- Thomas, Das Recht auf Einmaligkeit der Strafverfolgung, 1998.
- Wächter, Deutsches Strafrecht, 1881.
- Welke, Rückwirkungsverbot zugunsten staatlicher Kriminalität?, KJ 1995.
- Williams & Hammelmann, Identification Parades, Part I, 1963.
- Winkler, Zeit und Recht. Kritische Anmerkungen zur Zeitgebundenheit des Rechts und des Rechtsdenkens (Forschungen aus Staat und Recht 100), 1995.
- Zippelius, Allgemeine Staatslehre, 1994.

[부록]

오스트리아 헌법(발췌)

D. Verfassungsgerichtshof

Artikel 137.

Der Verfassungsgerichtshof erkennt über vermögensrechtliche Ansprüche gegen den Bund, die Länder, die Gemeinden und die Gemeindeverbände, die weder im ordentlichen Rechtsweg auszutragen noch durch Bescheid einer Verwaltungsbehörde zu erledigen sind.

Artikel 138.

(1) Der Verfassungsgerichtshof erkennt über Kompetenzkonflikte

1. zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden;
2. zwischen ordentlichen Gerichten und dem Asylgerichtshof oder dem Verwaltungsgerichtshof, zwischen dem Asylgerichtshof und dem Verwaltungsgerichtshof sowie zwischen dem Verfassungsgerichtshof selbst und allen anderen Gerichten;
3. zwischen dem Bund und einem Land oder zwischen den Ländern untereinander.

(2) Der Verfassungsgerichtshof stellt weiters auf Antrag der Bundesregierung oder einer Landesregierung fest, ob ein Akt der Gesetzgebung oder Vollziehung in die Zuständigkeit des Bundes oder der Länder fällt.

Artikel 138a.

(1) Auf Antrag der Bundesregierung oder einer beteiligten Landesregierung stellt der Verfassungsgerichtshof fest, ob eine Vereinbarung im Sinne des Art. 15a Abs. 1 vorliegt und ob von einem Land oder dem Bund die aus einer solchen Vereinbarung folgenden Verpflichtungen, soweit es sich nicht um

vermögensrechtliche Ansprüche handelt, erfüllt worden sind.

(2) Wenn es in einer Vereinbarung im Sinne des Art. 15a Abs. 2 vorgesehen ist, stellt der Verfassungsgerichtshof ferner auf Antrag einer beteiligten Landesregierung fest, ob eine solche Vereinbarung vorliegt und ob die aus einer solchen Vereinbarung folgenden Verpflichtungen, soweit es sich nicht um vermögensrechtliche Ansprüche handelt, erfüllt worden sind.

Artikel 139.

(1) Der Verfassungsgerichtshof erkennt über Gesetzwidrigkeit von Verordnungen einer Bundes- oder Landesbehörde auf Antrag eines Gerichtes, eines unabhängigen Verwaltungssenates oder des Bundesvergabeamtes, sofern aber der Verfassungsgerichtshof eine solche Verordnung in einer anhängigen Rechtssache anzuwenden hätte, von Amts wegen. Er erkennt über Gesetzwidrigkeit von Verordnungen einer Landesbehörde auch auf Antrag der Bundesregierung und über Gesetzwidrigkeit von Verordnungen einer Bundesbehörde auch auf Antrag einer Landesregierung und über Gesetzwidrigkeit von Verordnungen einer Gemeindeaufsichtsbehörde nach Art. 119a Abs. 6 auch auf Antrag der betreffenden Gemeinde. Er erkennt ferner über die Gesetzwidrigkeit von Verordnungen auf Antrag einer Person, die unmittelbar durch diese Gesetzwidrigkeit in ihren Rechten verletzt zu sein behauptet, sofern die Verordnung ohne Fällung einer gerichtlichen Entscheidung oder ohne Erlassung eines Bescheides für diese Person wirksam geworden ist; für solche Anträge gilt Art. 89 Abs. 3 sinngemäß.

(2) Wird in einer beim Verfassungsgerichtshof anhängigen Rechtssache, in der der Verfassungsgerichtshof eine Verordnung anzuwenden hat, die Partei klaglos gestellt, so ist ein bereits eingeleitetes Verfahren zur Prüfung der Gesetzmäßigkeit der Verordnung dennoch fortzusetzen.

(3) Der Verfassungsgerichtshof darf eine Verordnung nur insoweit als gesetzwidrig aufheben, als ihre Aufhebung ausdrücklich beantragt wurde oder

als sie der Verfassungsgerichtshof in der bei ihm anhängigen Rechtssache anzuwenden hätte. Gelangt der Verfassungsgerichtshof jedoch zur Auffassung, dass die ganze Verordnung

- a) der gesetzlichen Grundlage entbehrt,
- b) von einer unzuständigen Behörde erlassen wurde oder
- c) in gesetzwidriger Weise kundgemacht

wurde, so hat er die ganze Verordnung als gesetzwidrig aufzuheben. Dies gilt nicht, wenn die Aufhebung der ganzen Verordnung offensichtlich den rechtlichen Interessen der Partei zuwiderläuft, die einen Antrag gemäß dem letzten Satz des Abs. 1 gestellt hat oder deren Rechtssache Anlass für die Einleitung eines amtswegigen Verordnungsprüfungsverfahrens gegeben hat.

(4) Ist die Verordnung im Zeitpunkt der Fällung des Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes bereits außer Kraft getreten und wurde das Verfahren von Amts wegen eingeleitet oder der Antrag von einem Gericht, von einem unabhängigen Verwaltungssenat, vom Bundesvergabeamt oder von einer Person gestellt, die unmittelbar durch die Gesetzwidrigkeit der Verordnung in ihren Rechten verletzt zu sein behauptet, so hat der Verfassungsgerichtshof auszusprechen, ob die Verordnung gesetzwidrig war. Abs. 3 gilt sinngemäß.

(5) Das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes, mit dem eine Verordnung als gesetzwidrig aufgehoben wird, verpflichtet die zuständige oberste Behörde des Bundes oder des Landes zur unverzüglichen Kundmachung der Aufhebung. Dies gilt sinngemäß für den Fall eines Ausspruches gemäß Abs. 4. Die Aufhebung tritt mit Ablauf des Tages der Kundmachung in Kraft, wenn nicht der Verfassungsgerichtshof für das Außerkrafttreten eine Frist bestimmt, die sechs Monate, wenn aber gesetzliche Vorkehrungen erforderlich sind, 18 Monate nicht überschreiten darf.

(6) Ist eine Verordnung wegen Gesetzwidrigkeit aufgehoben worden oder hat der Verfassungsgerichtshof gemäß Abs. 4 ausgesprochen, dass eine Verordnung gesetzwidrig war, so sind alle Gerichte und Verwaltungsbehörden an den Spruch

des Verfassungsgerichtshofes gebunden. Auf die vor der Aufhebung verwirklichten Tatbestände mit Ausnahme des Anlassfalles ist jedoch die Verordnung weiterhin anzuwenden, sofern der Verfassungsgerichtshof nicht in seinem aufhebenden Erkenntnis anderes ausspricht. Hat der Verfassungsgerichtshof in seinem aufhebenden Erkenntnis eine Frist gemäß Abs. 5 gesetzt, so ist die Verordnung auf alle bis zum Ablauf dieser Frist verwirklichten Tatbestände mit Ausnahme des Anlassfalles anzuwenden.

Artikel 139a.

Der Verfassungsgerichtshof erkennt über Gesetzwidrigkeit von Kundmachungen über die Wiederverlautbarung eines Gesetzes (Staatsvertrages) auf Antrag eines Gerichtes, eines unabhängigen Verwaltungssenates oder des Bundesvergabebeamtes, sofern aber der Verfassungsgerichtshof eine solche Kundmachung in einer anhängigen Rechtssache anzuwenden hätte, von Amts wegen. Er erkennt über Gesetzwidrigkeit solcher Kundmachungen eines Landes auch auf Antrag der Bundesregierung und über Gesetzwidrigkeit solcher Kundmachungen des Bundes auch auf Antrag einer Landesregierung. Er erkennt ferner über Gesetzwidrigkeit solcher Kundmachungen auch auf Antrag einer Person, die unmittelbar durch diese Gesetzwidrigkeit in ihren Rechten verletzt zu sein behauptet, sofern die Kundmachung ohne Fällung einer gerichtlichen Entscheidung oder ohne Erlassung eines Bescheides für diese Person wirksam geworden ist. Art. 139 Abs. 2 bis 6 ist sinngemäß anzuwenden.

Artikel 140.

(1) Der Verfassungsgerichtshof erkennt über Verfassungswidrigkeit eines Bundes- oder Landesgesetzes auf Antrag des Obersten Gerichtshofes oder eines zur Entscheidung in zweiter Instanz zuständigen Gerichtes, eines unabhängigen Verwaltungssenates, des Asylgerichtshofes, des Verwaltungsgerichtshofes oder des Bundesvergabebeamtes, sofern er aber ein solches Gesetz in einer anhängigen

Rechtssache anzuwenden hätte, von Amts wegen. Er erkennt über Verfassungswidrigkeit von Landesgesetzen auch auf Antrag der Bundesregierung und über Verfassungswidrigkeit von Bundesgesetzen auch auf Antrag einer Landesregierung, eines Drittels der Mitglieder des Nationalrates oder eines Drittels der Mitglieder des Bundesrates. Durch Landesverfassungsgesetz kann bestimmt werden, dass ein solches Antragsrecht hinsichtlich der Verfassungswidrigkeit von Landesgesetzen auch einem Drittel der Mitglieder des Landtages zusteht. Der Verfassungsgerichtshof erkennt ferner über Verfassungswidrigkeit von Gesetzen auf Antrag einer Person, die unmittelbar durch diese Verfassungswidrigkeit in ihren Rechten verletzt zu sein behauptet, sofern das Gesetz ohne Fällung einer gerichtlichen Entscheidung oder ohne Erlassung eines Bescheides für diese Person wirksam geworden ist; für solche Anträge gilt Art. 89 Abs. 3 sinngemäß.

(2) Wird in einer beim Verfassungsgerichtshof anhängigen Rechtssache, in der der Verfassungsgerichtshof ein Gesetz anzuwenden hat, die Partei klaglos gestellt, so ist ein bereits eingeleitetes Verfahren zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes dennoch fortzusetzen.

(3) Der Verfassungsgerichtshof darf ein Gesetz nur insoweit als verfassungswidrig aufheben, als seine Aufhebung ausdrücklich beantragt wurde oder als der Verfassungsgerichtshof das Gesetz in der bei ihm anhängigen Rechtssache anzuwenden hätte. Gelangt der Verfassungsgerichtshof jedoch zu der Auffassung, dass das ganze Gesetz von einem nach der Kompetenzverteilung nicht berufenen Gesetzgebungsorgan erlassen oder in verfassungswidriger Weise kundgemacht wurde, so hat er das ganze Gesetz als verfassungswidrig aufzuheben. Dies gilt nicht, wenn die Aufhebung des ganzen Gesetzes offensichtlich den rechtlichen Interessen der Partei zuwiderläuft, die einen Antrag gemäß dem letzten Satz des Abs. 1 gestellt hat oder deren Rechtssache Anlass für die Einleitung eines amtswegigen Gesetzesprüfungsverfahrens gegeben hat.

(4) Ist das Gesetz im Zeitpunkt der Fällung des Erkenntnisses des

Verfassungsgerichtshofes bereits außer Kraft getreten und wurde das Verfahren von Amts wegen eingeleitet oder der Antrag von einem Gericht, von einem unabhängigen Verwaltungssenat, vom Bundesvergabeamt oder von einer Person gestellt, die unmittelbar durch die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes in ihren Rechten verletzt zu sein behauptet, so hat der Verfassungsgerichtshof auszusprechen, ob das Gesetz verfassungswidrig war. Abs. 3 gilt sinngemäß.

(5) Das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes, mit dem ein Gesetz als verfassungswidrig aufgehoben wird, verpflichtet den Bundeskanzler oder den zuständigen Landeshauptmann zur unverzüglichen Kundmachung der Aufhebung. Dies gilt sinngemäß für den Fall eines Ausspruches gemäß Abs. 4. Die Aufhebung tritt mit Ablauf des Tages der Kundmachung in Kraft, wenn nicht der Verfassungsgerichtshof für das Außerkrafttreten eine Frist bestimmt. Diese Frist darf 18 Monate nicht überschreiten.

(6) Wird durch ein Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes ein Gesetz als verfassungswidrig aufgehoben, so treten mit dem Tag des Inkrafttretens der Aufhebung, falls das Erkenntnis nicht anderes ausspricht, die gesetzlichen Bestimmungen wieder in Kraft, die durch das vom Verfassungsgerichtshof als verfassungswidrig erkannte Gesetz aufgehoben worden waren. In der Kundmachung über die Aufhebung des Gesetzes ist auch zu verlautbaren, ob und welche gesetzlichen Bestimmungen wieder in Kraft treten.

(7) Ist ein Gesetz wegen Verfassungswidrigkeit aufgehoben worden oder hat der Verfassungsgerichtshof gemäß Abs. 4 ausgesprochen, dass ein Gesetz verfassungswidrig war, so sind alle Gerichte und Verwaltungsbehörden an den Spruch des Verfassungsgerichtshofes gebunden. Auf die vor der Aufhebung verwirklichten Tatbestände mit Ausnahme des Anlassfalles ist jedoch das Gesetz weiterhin anzuwenden, sofern der Verfassungsgerichtshof nicht in seinem aufhebenden Erkenntnis anderes ausspricht. Hat der Verfassungsgerichtshof in seinem aufhebenden Erkenntnis eine Frist gemäß Abs. 5 gesetzt, so ist das Gesetz auf alle bis zum Ablauf dieser Frist verwirklichten Tatbestände mit

Ausnahme des Anlaffunges anzuwenden.

Artikel 140a.

Der Verfassungsgerichtshof erkennt über Rechtswidrigkeit von Staatsverträgen. Auf die politischen, gesetzändernden und Gesetzesergänzenden Staatsverträge und auf die Staatsverträge, durch die die vertraglichen Grundlagen der Europäischen Union geändert werden, ist Art. 140, auf alle anderen Staatsverträge Art. 139 sinngemäß mit folgenden Maßgaben anzuwenden:

1. Ein Staatsvertrag, dessen Verfassungs- oder Gesetzeswidrigkeit der Verfassungsgerichtshof feststellt, ist mit Ablauf des Tages der Kundmachung des Erkenntnisses von den zu seiner Vollziehung berufenen Organen nicht mehr anzuwenden, wenn nicht der Verfassungsgerichtshof eine Frist bestimmt, innerhalb der der Staatsvertrag weiterhin anzuwenden ist; diese Frist darf bei den politischen, gesetzändernden und Gesetzesergänzenden Staatsverträgen und bei den Staatsverträgen, durch die die vertraglichen Grundlagen der Europäischen Union geändert werden, zwei Jahre, bei allen anderen Staatsverträgen ein Jahr nicht überschreiten.

2. Ferner treten mit Ablauf des Tages der Kundmachung des Erkenntnisses eine Anordnung, dass der Staatsvertrag durch die Erlassung von Verordnungen zu erfüllen ist, oder ein Beschluss, dass der Staatsvertrag durch die Erlassung von Gesetzen zu erfüllen ist, außer Kraft.

Artikel 141.

(1) Der Verfassungsgerichtshof erkennt

a) über die Anfechtung der Wahl des Bundespräsidenten, von Wahlen zu den allgemeinen Vertretungskörpern, zum Europäischen Parlament und zu den satzungsgebenden Organen (Vertretungskörpern) der gesetzlichen beruflichen Vertretungen;

b) über Anfechtungen von Wahlen in die Landesregierung und in die mit der

Vollziehung betrauten Organe einer Gemeinde;

c) auf Antrag eines allgemeinen Vertretungskörpers auf Mandatsverlust eines seiner Mitglieder; auf Antrag von wenigstens elf Abgeordneten des Europäischen Parlamentes aus der Republik Österreich auf Mandatsverlust eines Abgeordneten des Europäischen Parlamentes aus der Republik Österreich;

d) auf Antrag eines satzungsgebenden Organes (Vertretungskörpers) einer gesetzlichen beruflichen Vertretung auf Mandatsverlust eines der Mitglieder eines solchen Organes;

e) soweit in den die Wahlen regelnden Bundes- oder Landesgesetzen die Erklärung des Mandatsverlustes durch Bescheid einer Verwaltungsbehörde vorgesehen ist, über die Anfechtung solcher Bescheide, durch die der Verlust des Mandates in einem allgemeinen Vertretungskörper, in einem mit der Vollziehung betrauten Organ einer Gemeinde oder in einem satzungsgebenden Organ (Vertretungskörper) einer gesetzlichen beruflichen Vertretung ausgesprochen wurde, nach Erschöpfung des Instanzenzuges.

Die Anfechtung (der Antrag) kann auf die behauptete Rechtswidrigkeit des Wahlverfahrens beziehungsweise auf einen gesetzlich vorgesehenen Grund für den Verlust der Mitgliedschaft in einem allgemeinen Vertretungskörper, im Europäischen Parlament, in einem mit der Vollziehung betrauten Organ einer Gemeinde oder in einem satzungsgebenden Organ (Vertretungskörper) einer gesetzlichen beruflichen Vertretung gegründet werden. Der Verfassungsgerichtshof hat einer Wahlanfechtung stattzugeben, wenn die behauptete Rechtswidrigkeit eines Wahlverfahrens erwiesen wurde und auf das Wahlergebnis von Einfluss war. In dem Verfahren vor den Verwaltungsbehörden hat auch der allgemeine Vertretungskörper und die gesetzliche berufliche Vertretung Parteistellung.

(2) Wird einer Anfechtung gemäß Abs. 1 lit. a stattgegeben und dadurch die teilweise oder gänzliche Wiederholung der Wahl zu einem allgemeinen Vertretungskörper, zum Europäischen Parlament oder zu einem satzungsgebenden Organ der gesetzlichen beruflichen Vertretungen erforderlich, so verlieren die

betroffenen Mitglieder dieses Vertretungskörpers ihr Mandat im Zeitpunkt der Übernahme desselben durch jene Mitglieder, die bei der innerhalb von 100 Tagen nach der Zustellung des Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes durchzuführenden Wiederholungswahl gewählt wurden.

(3) Unter welchen Voraussetzungen der Verfassungsgerichtshof über Anfechtungen des Ergebnisses von Volksbegehren, Volksabstimmungen, Volksbefragungen und Europäischen Bürgerinitiativen zu entscheiden hat, wird durch Bundesgesetz geregelt. Bundesgesetzlich kann auch angeordnet werden, wie lang im Hinblick auf eine solche Anfechtungsmöglichkeit mit der Kundmachung des Bundesgesetzes, über das eine Volksabstimmung erfolgte, zugewartet werden muss.

Artikel 142.

(1) Der Verfassungsgerichtshof erkennt über die Anklage, mit der die verfassungsmäßige Verantwortlichkeit der obersten Bundes- und Landesorgane für die durch ihre Amtstätigkeit erfolgten schuldhaften Rechtsverletzungen geltend gemacht wird.

(2) Die Anklage kann erhoben werden:

a) gegen den Bundespräsidenten wegen Verletzung der Bundesverfassung: durch Beschluss der Bundesversammlung;

b) gegen die Mitglieder der Bundesregierung und die ihnen hinsichtlich der Verantwortlichkeit gleichgestellten Organe wegen Gesetzesverletzung: durch Beschluss des Nationalrates;

c) gegen einen österreichischen Vertreter im Rat wegen Gesetzesverletzung in Angelegenheiten, in denen die Gesetzgebung Bundessache wäre: durch Beschluss des Nationalrates, wegen Gesetzesverletzung in Angelegenheiten, in denen die Gesetzgebung Landessache wäre: durch gleichlautende Beschlüsse aller Landtage;

d) gegen die Mitglieder einer Landesregierung und die ihnen hinsichtlich der Verantwortlichkeit durch dieses Gesetz oder durch die Landesverfassung gleichgestellten Organe wegen Gesetzesverletzung: durch Beschluss des

zuständigen Landtages:

e) gegen einen Landeshauptmann, dessen Stellvertreter (Art. 105 Abs. 1) oder ein Mitglied der Landesregierung (Art. 103 Abs. 2 und 3) wegen Gesetzesverletzung sowie wegen Nichtbefolgung der Verordnungen oder sonstigen Anordnungen (Weisungen) des Bundes in Angelegenheiten der mittelbaren Bundesverwaltung, wenn es sich um ein Mitglied der Landesregierung handelt, auch der Weisungen des Landeshauptmannes in diesen Angelegenheiten: durch Beschluss der Bundesregierung;

f) gegen Organe der Bundeshauptstadt Wien, soweit sie Aufgaben aus dem Bereich der Bundesvollziehung im eigenen Wirkungsbereich besorgen, wegen Gesetzesverletzung: durch Beschluss der Bundesregierung;

g) gegen einen Landeshauptmann wegen Nichtbefolgung einer Weisung gemäß Art. 14 Abs. 8: durch Beschluss der Bundesregierung;

h) gegen einen Präsidenten oder Amtsführenden Präsidenten des Landesschulrates wegen Gesetzesverletzung sowie wegen Nichtbefolgung der Verordnungen oder sonstigen Anordnungen (Weisungen) des Bundes: durch Beschluss der Bundesregierung;

i) gegen die Mitglieder einer Landesregierung wegen Gesetzesverletzung sowie wegen Behinderung der Befugnisse gemäß Art. 11 Abs. 9, soweit sie Angelegenheiten des Art. 11 Abs. 1 Z 8 betreffen: durch Beschluss des Nationalrates oder der Bundesregierung.

(3) Wird von der Bundesregierung gemäß Abs. 2 lit. e die Anklage nur gegen einen Landeshauptmann oder dessen Stellvertreter erhoben, und erweist es sich, dass einem nach Art. 103 Abs. 2 mit Angelegenheiten der mittelbaren Bundesverwaltung befassten anderen Mitglied der Landesregierung ein Verschulden im Sinne des Abs. 2 lit. e zur Last fällt, so kann die Bundesregierung jederzeit bis zur Fällung des Erkenntnisses ihre Anklage auch auf dieses Mitglied der Landesregierung ausdehnen.

(4) Das verurteilende Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes hat auf Verlust

des Amtes, unter besonders erschwerenden Umständen auch auf zeitlichen Verlust der politischen Rechte, zu lauten; bei geringfügigen Rechtsverletzungen in den in Abs. 2 unter c, e, g und h erwähnten Fällen kann sich der Verfassungsgerichtshof auf die Feststellung beschränken, dass eine Rechtsverletzung vorliegt. Der Verlust des Amtes des Präsidenten des Landesschulrates hat auch den Verlust jenes Amtes zur Folge, mit dem das Amt des Präsidenten gemäß Art. 81a Abs. 3 lit. b verbunden ist.

(5) Der Bundespräsident kann von dem ihm nach Art. 65 Abs. 2 lit. c zustehenden Recht nur auf Antrag des Vertretungskörpers oder der Vertretungskörper, von dem oder von denen die Anklage beschlossen worden ist, wenn aber die Bundesregierung die Anklage beschlossen hat, nur auf deren Antrag Gebrauch machen, und zwar in allen Fällen nur mit Zustimmung des Angeklagten.

Artikel 143.

Die Anklage gegen die in Art. 142 Genannten kann auch wegen strafgerichtlich zu verfolgender Handlungen erhoben werden, die mit der Amtstätigkeit des Anzuklagenden in Verbindung stehen. In diesem Falle wird der Verfassungsgerichtshof allein zuständig; die bei den ordentlichen Strafgerichten etwa bereits anhängige Untersuchung geht auf ihn über. Der Verfassungsgerichtshof kann in solchen Fällen neben dem Art. 142 Abs. 4 auch die strafgesetzlichen Bestimmungen anwenden.

Artikel 144.

(1) Der Verfassungsgerichtshof erkennt über Beschwerden gegen Bescheide der Verwaltungsbehörden einschließlich der unabhängigen Verwaltungssenate, soweit der Beschwerdeführer durch den Bescheid in einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht oder wegen Anwendung einer gesetzwidrigen Verordnung, einer gesetzwidrigen Kundmachung über die Wiederverlautbarung eines Gesetzes (Staatsvertrages), eines verfassungswidrigen Gesetzes oder eines rechtswidrigen

Staatsvertrages in seinen Rechten verletzt zu sein behauptet. Die Beschwerde kann erst nach Erschöpfung des Instanzenzuges erhoben werden.

(2) Der Verfassungsgerichtshof kann die Behandlung einer Beschwerde bis zur Verhandlung durch Beschluss ablehnen, wenn sie keine hinreichende Aussicht auf Erfolg hat oder von der Entscheidung die Klärung einer verfassungsrechtlichen Frage nicht zu erwarten ist. Die Ablehnung der Behandlung ist unzulässig, wenn es sich um einen Fall handelt, der nach Art. 133 von der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes ausgeschlossen ist.

(3) Findet der Verfassungsgerichtshof, dass durch den angefochtenen Bescheid der Verwaltungsbehörde ein Recht im Sinne des Abs. 1 nicht verletzt wurde, und handelt es sich nicht um einen Fall, der nach Art. 133 von der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes ausgeschlossen ist, so hat der Verfassungsgerichtshof auf Antrag des Beschwerdeführers die Beschwerde zur Entscheidung darüber, ob der Beschwerdeführer durch den Bescheid in einem sonstigen Recht verletzt wurde, dem Verwaltungsgerichtshof abzutreten. Dies gilt sinngemäß bei Beschlüssen nach Abs. 2.

Artikel 144a.

(1) Der Verfassungsgerichtshof erkennt über Beschwerden gegen Entscheidungen des Asylgerichtshofes, soweit der Beschwerdeführer durch die Entscheidung in einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht oder wegen Anwendung einer gesetzwidrigen Verordnung, einer gesetzwidrigen Kundmachung über die Wiederverlautbarung eines Gesetzes (Staatsvertrages), eines verfassungswidrigen Gesetzes oder eines rechtswidrigen Staatsvertrages in seinen Rechten verletzt zu sein behauptet.

(2) Der Verfassungsgerichtshof kann die Behandlung einer Beschwerde bis zur Verhandlung durch Beschluss ablehnen, wenn sie keine hinreichende Aussicht auf Erfolg hat oder von der Entscheidung die Klärung einer verfassungsrechtlichen Frage nicht zu erwarten ist.

Artikel 145.

Der Verfassungsgerichtshof erkennt über Verletzungen des Völkerrechtes nach den Bestimmungen eines besonderen Bundesgesetzes.

Artikel 146.

(1) Die Exekution der Erkenntnisse des Verfassungsgerichtshofes nach Art. 126a, Art. 127c Z 1 und Art. 137 wird von den ordentlichen Gerichten durchgeführt.

(2) Die Exekution der übrigen Erkenntnisse des Verfassungsgerichtshofes liegt dem Bundespräsidenten ob. Sie ist nach dessen Weisungen durch die nach seinem Ermessen hiezu beauftragten Organe des Bundes oder der Länder einschließlich des Bundesheeres durchzuführen. Der Antrag auf Exekution solcher Erkenntnisse ist vom Verfassungsgerichtshof beim Bundespräsidenten zu stellen. Die erwähnten Weisungen des Bundespräsidenten bedürfen, wenn es sich um Exekutionen gegen den Bund oder gegen Bundesorgane handelt, keiner Gegenzeichnung nach Art. 67.

Artikel 147.

(1) Der Verfassungsgerichtshof besteht aus einem Präsidenten, einem Vizepräsidenten, zwölf weiteren Mitgliedern und sechs Ersatzmitgliedern.

(2) Den Präsidenten, den Vizepräsidenten, sechs weitere Mitglieder und drei Ersatzmitglieder ernennt der Bundespräsident auf Vorschlag der Bundesregierung; diese Mitglieder und Ersatzmitglieder sind aus dem Kreis der Richter, Verwaltungsbeamten und Professoren eines rechtswissenschaftlichen Faches an einer Universität zu entnehmen. Die übrigen sechs Mitglieder und drei Ersatzmitglieder ernennt der Bundespräsident auf Grund von Vorschlägen, die für drei Mitglieder und zwei Ersatzmitglieder der Nationalrat und für drei Mitglieder und ein Ersatzmitglied der Bundesrat erstatten. Drei Mitglieder und

zwei Ersatzmitglieder müssen ihren ständigen Wohnsitz außerhalb der Bundeshauptstadt Wien haben. Verwaltungsbeamte des Dienststandes, die zu Mitgliedern oder Ersatzmitgliedern ernannt werden, sind unter Entfall ihrer Bezüge außer Dienst zu stellen. Dies gilt nicht für zum Ersatzmitglied ernannte Verwaltungsbeamte, die von allen weisungsgebundenen Tätigkeiten befreit worden sind, für die Dauer dieser Befreiung.

(3) Die Mitglieder und die Ersatzmitglieder des Verfassungsgerichtshofes müssen das Studium der Rechtswissenschaften oder die rechts- und staatswissenschaftlichen Studien abgeschlossen haben und über eine zehnjährige juristische Berufserfahrung verfügen.

(4) Dem Verfassungsgerichtshof können Mitglieder der Bundesregierung, einer Landesregierung, eines allgemeinen Vertretungskörpers oder des Europäischen Parlaments nicht angehören; für Mitglieder eines allgemeinen Vertretungskörpers oder des Europäischen Parlaments, die auf eine bestimmte Gesetzgebungs- oder Funktionsperiode gewählt wurden, dauert die Unvereinbarkeit auch bei vorzeitigem Verzicht auf das Mandat bis zum Ablauf der Gesetzgebungs- oder Funktionsperiode fort. Endlich können dem Verfassungsgerichtshof Personen nicht angehören, die Angestellte oder sonstige Funktionäre einer politischen Partei sind.

(5) Zum Präsidenten oder Vizepräsidenten des Verfassungsgerichtshofes kann nicht ernannt werden, wer eine der im Abs. 4 bezeichneten Funktionen in den letzten fünf Jahren ausgeübt hat.

(6) Auf die Mitglieder und die Ersatzmitglieder des Verfassungsgerichtshofes finden Art. 87 Abs. 1 und 2 und Art. 88 Abs. 2 Anwendung; die näheren Bestimmungen werden in dem gemäß Art. 148 ergehenden Bundesgesetz geregelt. Als Altersgrenze, nach deren Erreichung ihr Amt endet, wird der 31. Dezember des Jahres bestimmt, in dem das Mitglied oder das Ersatzmitglied das siebzigste Lebensjahr vollendet hat.

(7) Wenn ein Mitglied oder Ersatzmitglied drei aufeinanderfolgenden

Einladungen zu einer Verhandlung des Verfassungsgerichtshofes ohne genügende Entschuldigung keine Folge geleistet hat, so hat dies nach seiner Anhörung der Verfassungsgerichtshof festzustellen. Diese Feststellung hat den Verlust der Mitgliedschaft oder der Eigenschaft als Ersatzmitglied zur Folge.

Artikel 148.

Die näheren Bestimmungen über die Organisation und das Verfahren des Verfassungsgerichtshofes werden durch ein besonderes Bundesgesetz und auf Grund dieses durch eine vom Verfassungsgerichtshof zu beschließende Geschäftsordnung geregelt.

오스트리아 헌법재판소법(발췌)

§ 62 VfGG

(1) Der Antrag, ein Gesetz als verfassungswidrig aufzuheben, muss begehren, dass entweder das Gesetz seinem ganzen Inhalt nach oder dass bestimmte Stellen des Gesetzes als verfassungswidrig aufgehoben werden. Der Antrag hat die gegen die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes sprechenden Bedenken im Einzelnen darzulegen. Wird ein solcher Antrag von einer Person gestellt, die unmittelbar durch die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes in ihren Rechten verletzt zu sein behauptet (Art. 140 Abs. 1 Z 1 lit. c B-VG), so ist auch darzutun, inwieweit das Gesetz ohne Fällung einer gerichtlichen Entscheidung oder ohne Erlassung eines Bescheides für sie wirksam geworden ist.

(2) Anträge gemäß Abs. 1, die von einem Drittel der Mitglieder des Nationalrates, des Bundesrates oder eines Landtages (Art. 140 Abs. 1 Z 2 und 3 B-VG) eingebracht werden und nicht die Unterschrift eines bevollmächtigten Rechtsanwaltes tragen, sind von allen Antragstellern zu unterfertigen. Die Antragsteller haben einen oder mehrere Bevollmächtigte namhaft zu machen.

Wird ein solcher nicht ausdrücklich namhaft gemacht, so gilt der erstunterzeichnete Antragsteller als Bevollmächtigter.

(3) Hat ein Gericht (Art. 140 Abs. 1 Z 1 lit. a B-VG) einen Antrag auf Aufhebung eines Gesetzes oder von bestimmten Stellen eines solchen gestellt, so dürfen in dem bei ihm anhängigen Verfahren bis zur Verkündung bzw. Zustellung des Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes nur solche Handlungen vorgenommen oder Anordnungen und Entscheidungen getroffen werden, die durch das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes nicht beeinflusst werden können oder die die Frage nicht abschließend regeln und keinen Aufschub gestatten.

(4) Hat das Gericht (Art. 140 Abs. 1 Z 1 lit. a B-VG) das Gesetz, dessen Aufhebung beantragt wurde, nicht mehr anzuwenden, so ist der Antrag unverzüglich zurückzuziehen.

§ 63 VfGG

(1) Der Präsident ordnet ohne Verzug die Verhandlung an. Zu dieser sind der Antragsteller und die zur Vertretung des angefochtenen Gesetzes berufene Regierung zu laden. Zur Vertretung eines angefochtenen Bundesgesetzes ist die Bundesregierung, eines angefochtenen Landesgesetzes die Landesregierung berufen. Ist der Antrag von einem Gericht (einem unabhängigen Verwaltungssenat, dem Bundesvergabeamt) gestellt worden, so sind auch die an der Sache beteiligten Parteien zu laden.

(2) Zugleich mit der Anberaumung der Verhandlung wird die berufene Regierung aufgefordert, eine schriftliche Äußerung über den Gegenstand dem Verfassungsgerichtshof so rechtzeitig vorzulegen, dass die Äußerung spätestens eine Woche vor der Verhandlung dem Gerichtshof vorliegt.

(3) Das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes ist tunlichst binnen einem Monate nach Einlangen des Antrages zu fällen.

§ 64 VfGG

(1) Das Erkenntnis hat auszusprechen, ob der ganze Inhalt des Gesetzes oder bestimmte Stellen als verfassungswidrig aufgehoben werden.

(2) Lautet das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes auf Aufhebung, so ist es auch dem Bundeskanzler oder dem zuständigen Landeshauptmann zuzustellen. In der nach Art. 140 Abs. 5 B-VG zu erlassenden Kundmachung muss zum Ausdruck gebracht werden, dass das Gesetz durch das genau zu bezeichnende Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes aufgehoben worden ist.

§ 65 VfGG

Diese Bestimmungen finden sinngemäß Anwendung, wenn der Verfassungsgerichtshof über die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes von Amts wegen (Art. 140 Abs. 1 B-VG) zu entscheiden hat.

§ 65a VfGG

Wurde das Gesetzesprüfungsverfahren auf Antrag einer Person, die unmittelbar durch die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes in ihren Rechten verletzt zu sein behauptet, eingeleitet, so sind ihr im Falle des Obsiegens die erwachsenen Prozeßkosten im Falle eines Bundesgesetzes vom Bund, im Falle eines Landesgesetzes vom betreffenden Land zu ersetzen.

연구자 약력

1. 책임연구자 김현철

서울대학교 법과대학 졸업
연세대학교 대학원 졸업(법학석사, 법학박사)
법원행정고등고시 합격(제7기)
춘천지방법원 법원사무관
헌법재판소 사무관, 서기관
헌법재판소 헌법연구관, 부장연구관
미국 Santa Clara Law School 객원연구원
(현) 전남대학교 법학전문대학원 교수
(현) 한국헌법학회 부회장

2. 공동연구자 박경철

서울대학교 법과대학 졸업
연세대학교 대학원 졸업(법학석사, 법학박사)
독일 Köln 대학교 국가철학·법정책연구소(Seminar für Staatsphilosophie und Rechtspolitik) 객원연구원
독일 Freiburg 대학교 공법연구소(Institut für Öffentliches Recht) 연구교수
(현) 강원대학교 법학전문대학원 교수
(현) 강원대학교 비교법학연구소 소장
(현) 한국공법학회 편집위원
(현) 한국헌법학회 출판이사

3. 공동연구자 박진영

서울대학교 법과대학 졸업
서울대학교 대학원 졸업(법학석사)

서울대학교 법학박사 수료
부산지방법원, 인천지방법원, 서울남부지방법원 판사
미국 American University Law School 객원연구원
서울고등법원 판사
헌법재판소 헌법연구관
(현) 경희대학교 법학전문대학원 교수
(현) 중앙행정심판위원회 위원
(현) 법제처 법령심의위원회 위원

4. 공동연구자 홍영기

고려대학교 법과대학 졸업
고려대학교 대학원 졸업(법학석사)
독일 Humboldt Univ. Berlin 졸업(법학박사)
독일정부학술교류처(DAAD)장학생
가톨릭대학교 조교수
독일 막스플랑크 형법학 연구소 연구원
(현) 고려대학교 법학전문대학원 부교수

판 권

소 유

헌법재판연구 제24권

형벌규정에 대한 위헌결정의
시적 효력에 관한 연구

2013년 12월 14일 인쇄

2013년 12월 17일 발행

발행처 **헌법재판소**

서울 종로구 북촌로 15(재동 83)

전화: (대) 708-3456

인쇄 (주)서라벌 E&P

(비매품)

