

## 형벌규정에 대한 헌법재판소 위헌결정의 시적 효력범위에 관한 비판적 검토

김혜경\*

### 국 | 문 | 요 | 약

헌법재판소는 입법권자의 광범위한 입법형성권을 이유로 형사처벌 조항에 대한 위헌심사에서 매우 소극적인 태도를 취하다가, 최근에는 합헌이라고 보았던 형벌조문에 대하여 위헌판결을 하거나 더 나아가 헌법불합치결정이라는 변형결정을 통해서 보다 적극적으로 형벌조항에 대한 위헌의견을 개진하는 것으로 보인다. 그런데 헌법재판소가 유독 형벌조항의 위헌결정의 효력에 대하여 달리 취급하는 바는, 그것이 국가의 전형적인 이종의 기본권 침해영역임과 동시에 위헌적 형벌조항의 집행으로 인한 국가과오를 그 이면으로 하기 때문이다.

여기에서는 헌법재판소의 결정과 관련하여 특히 형벌규정에 대한 헌법재판소 위헌결정의 효력을, 헌법재판소법 제47조 제3항이 비형벌조항과 분리하여 소급효로 규정한 점에 대한 함의를 살펴보았다. 그리고 형벌조항에 대한 헌법재판소의 위헌결정 및 그 효력에 관하여 헌가형 위헌법률제정사건과 헌바형 위헌심사형 헌법소원을 분리하여 검토하였다.

헌가형 위헌법률제정의 경우에는 위헌법률제정 후 헌법재판소 결정 이전에 법률이 폐지된 경우와 헌법재판소 결정 이전에 법률이 개정된 경우, 그리고 헌법재판소에서 해당 조항을 위헌결정한 경우 재심청구권 및 원심법원에서의 재판의 종류, 헌법재판소 한정합헌결정 이후 재심청구의 경우 및 해당 형벌조항에 대하여 과거에 합헌결정을 한 이후에 다시 위헌결정을 한 경우 등을 나누어 살펴보았다. 또한 헌바 위헌심사형 헌법소원사건의 경우에도 위헌소원 제기 후 결정전에 법률이 폐지된 경우 재판의 전제성이 인정될 것인가의 문제 및 해당 법률의 폐지가 대법원 판례의 견해인 동기설을 취할 경우 폐지된 법률 적용 여부가 달라지므로 이에 대한 헌법재판소의 결정여부도 좌우되는지 여부를 살펴보고, 헌법재판소의 위헌결정이 있는 경우, 위헌소원 제기 후 검사의 공소취소 등의 사정변경이 있는 경우 재판의 전제성 판단문제, 그리고 위헌소원 제기 후 공소사실의 적용법조가 변경된 경우나 공소장에 예비적 기재 또는 택일적 기재된 적용법조 중 일부가 위헌소원의 심판대상이 된 경우 재판의 전제성 판단 등에 관하여 검토하였다.

그리고 마지막으로 형벌조항의 위헌결정의 함의와 시적 효력과 관련하여, 시적 효력범위의 제한가능성 및 위헌결정의 효력으로서 무죄를 목적으로 하는 재심청구에 대한 입법정책적 제한과 헌법재판소의 해석상의 제한 가능성에 대하여 논지를 전개하였고, 형벌조항이라 하더라도 그 속성에 따라 소급효가 아닌 미래효나 장래효 또는 제한적 효력이 가능한지 여부에 관하여

\* 계명대학교 경찰행정학과 교수·법학박사

살펴보았다.

입법자의 광범위한 입법형성권에도 불구하고, 국민의 기본권 침해를 본질로 하는 형벌조항에 대하여 그 위헌 여부가 헌법재판소에 의한 심사의 대상이 될 수 있어야 함은 물론이다. 그리고 실질적 정의관념과 법적 안정성이라는 헌법이념을 어떻게 반영하여 형벌조항에 대한 위헌결정의 효력을 정립할 것인가 역시, 궁극적으로는 국민의 기본권을 보장하고 법적 신뢰를 존중하는 방향으로 결정되어야 할 것이다

---

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2022.3.31.1.1>.

- ❖ 주제어 : 헌법재판소법, 위헌결정, 헌법불합치결정, 시적 효력범위, 소급효, 죄형법정주의, 헌법소원, 형벌조항, 위헌법률제청

## I. 들어가며

형법은 죄형법정주의를 근간으로 하여, 파생원칙으로서 명확성의 원칙, 소급효금지원칙, 법률주의, 유추해석금지 원칙 등을 표명하고 있다. 죄형법정주의는 근대 이후로 의사결정의 자유를 전제로 규범에 반하는 심정적 반가치태도의 형성에 대한 법적 비난이라는 형벌부과의 정당성을 확보하기 위한 전제로서, 수범자에게 무엇이 법에 의하여 금지되고, 그와 같은 금지규범의 위반에 의한 불이익이 어떠한지를 사전에 계고하는 장치로서도 의미를 가진다. 그러나 입법자의 입법형성권이라 함은 “특정의 인간 행위에 대하여 그것이 불법이며 범죄라 하여 국가가 형벌권을 행사하여 이를 규제할 것인지, 아니면 단순히 도덕률에 맡길 것인지 및 법정형의 종류와 범위의 선택 문제는 그 범죄의 죄질과 보호 법익에 대한 고려뿐만 아니라 우리의 역사와 문화, 입법 당시의 시대적 상황, 국민 일반의 가치관 내지 법감정 그리고 범죄 예방을 위한 형사정책적 측면 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 사항으로서 입법재량 내지 형성의 자유가 인정”<sup>1)</sup>되어야 한다는 일관된 견해에 따르면 입법형성권이 보장됨과 동시에 불완전하거나 불명확한 입법형성권의 행사로 인한 법적 불완전성의 감수는 불가피하다.

헌법재판소는 이처럼 광범위한 입법권자의 입법형성권을 해석을 통해 보장함과 동시에 그와 같은 입법형성권의 범위를 일탈한 법률에 대한 심사를 통해 자의적이거나 불명확하거나 체계정당성에 부합하지 않는 법률조항에 대한 판단 또한 담보한다. 특히 형사입법은 금지규범을 통한 일반적 행동자유권 및 개별 기본권 침해와 처벌규정을 통한 생명권 및 기타 개인의 기본권 침해라는 국가형벌권에 의한 기본권의 이중적 침해의 영역이라는 점에서, 해당 형사입법의 위헌성 심사는 헌법재판소 결정기능 중에서도 기본권과 직접 결부된다고 보지 않을 수 없다.

그럼에도 불구하고 헌법재판소는 입법권자의 광범위한 입법형성권을 이유로 형사처벌조항에 대한 위헌심사에서 매우 소극적인 태도를 취하다가, 최근에는 합헌이라고 보았던 형법조문에 대하여 위헌판결을 하거나 더 나아가 헌법불합치결정이라는 변형결정을 통해서 보다 적극적으로 형벌조항에 대한 위헌의견을 개진하는 것으로 보인다.

우선 전자의 경우, 헌법재판소법이 2014년의 일부개정을 통하여 제47조의 위헌결정

1) 헌재결 1995. 4. 20, 91헌바11; 헌재결 2002. 10. 31. 99헌바40 등.

의 효력에 있어서 형벌조항에 대한 효력을 장래효에 해당하는 비형벌조항과 항을 분리하여 그 효력에 대한 제한을 함으로써 위헌결정에 후속되는 형사보상의 범위를 감소시켰다는 점에서 반대로 국가부담을 감소시키되 위헌결정의 여지에 관한 지평을 넓힌 것은 아닌가 한다. 즉, 제47조 제3항 단서를 통하여 형벌법규 위헌에 대한 소급효의 예외로서, “해당 법률 또는 법률의 조항에 대하여 종전에 합헌으로 결정한 사건이 있는 경우에는 그 결정이 있는 날의 다음 날로 소급”효의 효력기간을 단축시킴으로서 위헌결정에 대한 후속 부담을 경감한 것으로 이해된다. 즉, 다른 법률의 영역과는 달리 형법의 최후수단성이라는 고유의 속성으로 인하여 형법은 사회의 가치변화를 후발적으로 수용하여 이를 형법정신에 담아야 한다는 점, 그로 인해 입법의 움직임이 전방위적으로 우선될 수 없다는 점에서 사후적 평가에 의하여 위헌으로 판단될 소지는 언제나 잠재적 위험성으로 보유했을 수밖에 없다는 점, 그럼에도 불구하고 형법이 동서고금을 관통하는 인간으로서의 도덕성을 바탕으로 한다는 점 등은 형법의 안정성이라는 장점을 드러내기도 하지만, 다른 한편으로는 그 자체가 형법에 고유하게 내재된 잠재적 위헌가능성을 의미하기도 한다.

또한 변형결정인 헌법불합치결정은 형벌법규 위헌의 입법 당시로의 소급효를 제한함으로써 보다 정치하게 입법정비를 할 수 있는 시적 범위를 부여함으로써 입법권자들의 위헌결정에 따른 부담을 경감한 것으로 해석할 수 있다. 즉, 입법 당시로의 소급이 길게는 반세기를 넘는 동안 적용된 형법의 ‘과오’를 지적하게 됨으로써, 형법의 정당성이 동태적인 사회가치의 변화를 적절히 담는 그릇으로서의 한계를 가질 때, 형법을 원천적으로 봉쇄하기 보다는 개선의 시한을 둬으로써 입법권자 스스로 ‘반성’하고 ‘개전의 정’을 입법개선을 통해 이룰 수 있는 기회를 준다는 점에서 보다 ‘착한’ 결정으로서의 역할을 할 수 있는 것이다.

이와 같이 헌법재판소가 유독 형벌조항의 위헌결정의 효력에 대하여 달리 취급하는 바는, 앞서 언급한 바와 같이 그것이 국가의 전형적인 이중의 기본권 침해영역임과 동시에 위헌적 형벌조항의 집행으로 인한 국가과오를 그 이면으로 하기 때문이다.

그런데 그와 같은 형벌조항에 대한 위헌결정의 효력은 집행권자인 국가의 측면에서 가지는 함의도 중요할 뿐만 아니라, 수범자의 입장에서는 형벌조항에 의한 기본권침해의 특정 당사자의 구제방법 및 일반 국민의 법정 안정성의 보장 역시 매우 민감한 사안이다.

다만 위헌법률의 효력에 관하여 헌법재판소는 그것이 소급효인가 장래효인가의 문제는 “헌법적합성의 문제라기 보다는 입법자가 법적 안정성과 개인의 권리구제 등 제반이익을 비교형량”하여 결정할 필요가 있는 입법정책으로 그 부담을 돌리고 있고, 헌법재판소 법은 ‘입법정책’으로서 무효의 소급효를 선택하였다. 그리고 그와 같은 입법정책의 최상의 효율성의 문제는 최대한 신속하게 법률의 위헌상태를 제거함에 있을 것이다. 물론 이에 관하여도 위헌법률의 효력이 당연무효인가 또는 폐지무효인가라는 헌법적 논쟁뿐만 아니라, 그것이 재심의 대상이 되어서 개인이 구제받을 수 있는가 또는 형사보상청구로 인한 금전적 보전이 가능한가의 문제까지 다양한 영역에 걸쳐서 검토가 필요할 것이다.

이러한 문제의식을 근간으로 하여 여기에서는 형벌법규에 대한 헌법재판소 결정의 효력 및 시적 범위에 관하여 형사법적 측면에서 접근해 보고자 한다. 그동안 이러한 문제는 헌법의 영역에서만 주로 다루어져 왔으나, 최근 보다 적극적이고 전방위적인 헌법소원의 제기와 헌법재판소의 결정이 형벌법규에 대한 해석과 입법권자의 형사입법의 기본 방향에 대하여 부여하는 함의가 매우 크다는 점에서, 형벌조항의 위헌결정에 한정하여 우선 위헌결정의 소급효의 효력에 관하여 살펴보고(Ⅱ), 위헌결정의 시적 효력 범위 및 타당성에 관하여 검토한 후(Ⅲ), 이에 대한 구제방법이 있는지 여부 및 형법에 있어서 가장 중요한 법적 공백과 법적 안정성 간의 보다 바람직한 방안의 모색이 가능한지(Ⅳ)를 살펴보고자 한다.

## Ⅱ. 형벌조항에 대한 위헌결정의 시적 효력

### 1. 당연무효설

#### 가. 의의

당연무효설은 헌법재판소의 위헌결정이 형성적 효력을 가진다고 보기 보다는 처음부터 당연히 무효인 형벌조항에 대하여 무효임을 확인하는 선언적 효력을 가지는 것으로 본다. 즉, 헌법재판소에 의한 법률의 효력 상실은 해당 결정에 의하여 비로소 폐지되는 것이 아니라, 처음부터 무효였던 형벌조항이 위헌임을 유권적으로 확인해 주는 것이다.

“위헌법률은 무효이고, 무효인 법률은 처음부터 법현실에 존재한 적이 없다”<sup>2)</sup>는 사고를 반영한 것으로, 존재하지 않는 법률은 결정으로 제거할 수도 없기 때문에 단지 무효인 것을 무효로 선언하여 확인할 뿐이다.

다만 해당 형벌조항이 처음부터 당연히 무효라 하더라도 “위헌법률의 시행시점과 위헌결정의 선고시점 사이에 존재하는 위헌법률의 적용상태를 현실적으로 피하기 어렵다”<sup>3)</sup>는 문제는, 헌법재판이 사후적 규범통제장치로서 위헌적인 법률이 구체적인 사안에 적용되고 난 이후에 비로소 해당 법률의 위헌성 여부에 대한 다툼이 가능하다는 점으로부터 초래되는 불가피한 현상이라고 본다.

이러한 당연무효는 우리 형법과 같이 반세기 이상 거의 개정 없이 적용되어 오는 법현실에 비추어보면, 법적 안정성을 크게 해할 우려가 있는 것도 부인할 수 없다. 이에 따라 독일 연방헌법재판소법 제79조 제2항은 위헌결정 당시 이미 확정된 판결은 위헌결정에 아무런 영향을 받지 않음을 명문화함으로써, 이와 같은 법적 혼란을 방지하고 있다. 즉, 규범적 측면에서는 당연무효이지만 법률을 통해 그 효력을 제한함으로써 “사실적 효과 그 자체에 정당성이 인정되어 존치되는 것은 아니”<sup>4)</sup>라고 보는 것이다. 그러나 그와 같은 법적 효력의 제한 없이 일단 제정 시점에서의 소급효를 인정하는 우리 헌법재판소법 제47조 제3항에 따르면 형벌조항에 대한 위헌결정이 초래하는 실질적 정의추구에 의한 법적 불안정성은 감수해야 할 것이다.

## 나. 비판점

당연무효설에 있어서 가장 본질적인 문제점은 헌법재판소 결정에 의해서 효력이 상실되려면, 그 전제로서 효력이 있는, 즉 유효한 법률이었음을 전제로 하여야만 그 법률의 유효 또는 무효여부를 판단할 수 있다는 점이다. 대법원의 일부 견해에 따르면 “법률이 헌법에 위반된다는 사정은 헌법재판소의 위헌결정이 있기 전에는 객관적으로 명백한 것이라고 할 수 없”<sup>5)</sup>다고 하는데,<sup>5)</sup> 따라서 특별한 사정이 없는 한 이에 기초한 국가행위의 하지는 취소사유일 뿐 당연무효 사유가 아니라고 본다.

2) 한수용, 헌법학, 법문사, 2019, 1435면 참조.

3) 김현철, 형벌규정에 대한 위헌결정의 시적효력에 관한 연구, 헌법재판소, 2013, 65면 인용.

4) 김현철, 앞의 보고서, 66면.

5) 대법원 2012. 2. 16. 선고 2010두10907 전원합의체 판결의 반대이견 중 일부를 발췌한 것이다.

또한 헌법재판소의 위헌결정에 대하여는 소급효인지 장래효인지가 문제되는데, 당연 무효라고 할 때에는 법률제정 당시부터 효력이 없는 것이기 때문에 위헌결정의 효력을 판단하거나 다룰 필요조차도 없게 된다. 더 나아가 만일 그와 같은 당연무효인 법률은 위헌법률심판의 제청대상이 될 수 없다고까지 논박한다.<sup>6)</sup>

한편으로 위헌법률심판의 대상과 관련하여서는 폐지된 법률이나 조항도 예외적으로 그 위헌여부가 재판의 전제가 되는 경우에는 심판의 대상이 된다고 봄이 판례의 입장인데,<sup>7)</sup> 위헌제정이든 위헌소원이든 비록 판단시점에서는 폐지된 법률이라도 해당 사안에는 적용된 법률이므로, 해당 법률의 시행 당시에 발생한 구체적 사건에 대하여 특별한 규정이 없는 한 폐지된 법률이 적용되어 재판이 행해질 수 밖에 없다는 점을 그 이유로 한다. 그러나 당연무효설에 따르면 폐지되어 존재하지 않는 법률에 대한 심판이 어떠한 의미를 가지는지 의문이다. 당연무효 여부는 존재하는 법률에 대한 효력에 대한 선언이라는 점에서, 오히려 법률의 폐지는 법률로서 행해지기 때문에 결과적으로 폐지된 법률이 아니라 해당 법률을 폐지하는 법률의 유효성을 선언하는 것으로 비추어진다.

## 2. 폐지무효설

### 가. 의의

장래무효설이라고도 하며, 헌법재판소결정의 형성적 효력을 인정함을 전제로 하여서 해당 결정이 입법된 법률의 효력을 상실시키는 유권적 조치에 해당한다고 보아, 결정을 통해 법률의 효력이 폐지된다고 본다. 그 결과 비록 헌법에 위반되는 법률이 존재한다고 하더라도 이를 위헌이라고 판단하는 결정이 있기 전까지는 유효한 법률로서 전체 법질서의 일부를 구성하며, 위헌결정으로 인하여 비로소 그 효력이 상실되기 때문에 위헌결정의 효력이 반드시 소급되어야 하는 것은 아니다. 오히려 폐지무효설에 따르면 결정의 장래효를 규정하는 비형벌조항에 대한 효력규정이 원칙이고, 형벌규정에 대한 소급효는 해당 “법률(헌법재판소법 제4조 제3항)”에 의하여 창설되어지는 효력이라고 본다. 구체적으로는 위헌법률은 위헌결정으로 그 효력을 상실하게 되는 것일 뿐이고, 효력상실의 시

6) 김현철, 앞의 보고서, 67면.

7) 헌재결 1989. 12. 18, 89헌마32등.

적 범위를 장래효로 할 것인가 소급효로 할 것인가 또는 특정한 제한적 시점으로 할 것인가 여부는 입법정책의 문제일 뿐이라고 한다.<sup>8)</sup> 이에 따라 헌법불합치결정 역시 가능한 것으로 이해한다.

폐지무효설은 실질적 정의보다는 법적 안정성을 중시하는 원칙으로, 비형벌조항에 대하여 장래효를 인정한다고 하더라도 심판의 전제가 된 당해 사건에 대하여는 소급효를 인정함이 법리적으로 타당하다. 더 나아가 헌법재판소는 예외적으로 소급효를 인정해야 하는 범위에 대해서 첫째, 당해 사건 및 위헌결정이 있기 전에 이와 동종의 위헌여부를 헌법재판소에 위헌제청하였거나 법원에 위헌제청신청을 한 동종사건, 당해 법률조항이 재판의 전제가 되어 법원에 계속 중인 사건, 둘째, 위헌결정 이후에 제소된 사건은 구체적 타당성의 요청이 현저한 반면에 소급효를 인정하여도 법적 안정성을 해할 우려가 없으며, 구법에 의하여 형성된 기득권자의 이득이 해쳐질 사안이 아니라는 정의와 형평 등 헌법적 이념의 추구를 위해서 소급효를 인정할 수 있는 경우로 정리된다.<sup>9)</sup>

폐지무효설의 가장 설득력이 있는 논거로서는, 만일 위헌결정된 법률이 제정 당시부터 당연무효라고 한다면 해당 법률을 근거로 하여 행한 모든 국가기관의 행위들은 근거 법률 없이 행해진 것으로서 국가행위라고 볼 수 없게 된다는 점에 있는 것으로 보인다. 이는 형법에 있어서 더욱 설득력이 있는 논거로서, 위헌결정이 된 당해 형법조항으로 이루어진 유죄의 확정판결에 대하여, 사법기관이 존재하지 않는 법을 근거로 재판을 하였다면 법원은 헌법과 법률에 의하여 심판하여야 한다는 헌법 제103조에 위반될 뿐만 아니라, 이를 근거로 한 형집행, 즉 국가형벌권의 행사가 모두 원천적으로 무효가 됨으로 인하여 해당 영역에 관한 한 국가형벌권을 형해화하는 결과를 초래하게 될 것이다.

## 나. 비판점

폐지무효설의 가장 큰 난점은 헌법재판소의 위헌결정으로 인하여 비로소 법률이 폐지됨으로 인해 무효라고 본다면, 이는 헌법재판소가 법률폐지 기능 즉 입법기능을 하는 것

8) 손용근, “위헌결정에 대한 소급효가 미치는 범위에 관한 비판적 고찰”, 사법논집 제24집, 법원도서관, 1993, 94면 이하; 황우여, “위헌결정의 효력”, 헌법재판의 이론과 실제-금량 김철수 교수 화갑기념논문집, 박영사, 1993, 316면 이하 참조.

9) 헌재결 2000. 8. 31, 2000헌바6; 헌재결 1993. 5. 13. 92헌가10등 참조.

으로 이해될 우려가 있다는 점이다. 법률의 폐지는 입법부인 국회의 법률에 의해서만 가능함에도 불구하고, 위헌결정이 해당 법률 또는 조항의 무효에 대한 장래효 또는 미래효를 인정함으로써 결과적으로 법률을 폐지하는 효력을 발휘하고 이는 입법작용의 일부가 되는 결과를 초래하기 때문이다. 특히 형벌조항에 있어서 만일 장래효를 인정하게 된다면, 이는 형법 제1조 제2항의 범죄후 법률의 변경으로 범죄를 구성하지 아니하게 되는 경우에 해당하므로, 위헌결정에 의한 법률폐지가 면소판결에 해당하는지 여부가 문제될 수 있다. 다만, 헌법재판소법 제47조 제3항 및 제4항은 소급효를 명문화하고, 당연히 해당 사건이 무죄가 되는 것이 아니라 재심청구의 대상이 될 수 있다는 점만을 명시하고 있으므로 입법에 의하여 이러한 문제를 해결한 것으로 보아야 할 것이다.

그 외에도 폐지무효설은 실질적 정의는 도외시한 채, 법정 안정성만을 우선시함으로써 비교형량의 문제를 고려하지 않는 문제점이 있다. 또한 폐지무효의 결과 장래효 또는 미래효가 원칙이 된다면, 위헌제청심판을 신청한 당해 사건은 원칙적으로 위헌결정의 대상이 되지 않음으로써 권리구제에 아무런 효과를 발휘할 수 없는 문제점이 제기된다. 이에 대하여 헌법재판소가 당해 사건 및 병행사건 등에 대하여도 소급하여 효력이 발생한다고 함<sup>10)</sup>은 폐지무효설의 효력에 대한 문제점을 스스로 인식하고 이에 대처한 것은 아닌가 한다.

### 3. 위헌결정의 시적 효력

#### 가. 소급효의 타당성 여부

헌법재판소법이 여타의 법률에 대한 위헌결정이 장래효를 가지는 것과는 달리 유독 형벌조항에 관하여만 소급효를 명문화하는 이유는 기본권침해작용이 국가형벌권의 본질이기 때문이며, 국가형벌권 발동이 부정의(不正義) 함을 천명함으로써 실질적 정의를 회복하고자 함에 있다. 이에 관하여 헌법재판소는 “형벌에 관한 법률조항에 있어서는 이를 소급적으로 실효시킴으로써 당해 법률조항이 적용되는 유죄판결을 제거 내지 방지함으로써 실질적 정의를 실현하는 것이 법치국가 원리의 또 다른 이념인 법적 안정성의

10) 헌재결 2013. 6. 27, 2010헌마535.

요청보다 중요하며, 형사판결에 있어서의 실질적 정의는 위헌적인 법률을 적용한 확정된 유죄판결에까지도 그 법률에 대한 위헌결정의 효력을 미치게 할 때에 실현될 수 있다”<sup>11)</sup>는 데에 있다고 본다.

다만 해석상 국가형벌권에 의한 ‘기본권 침해’에 대한 실질적 정의회복에 핵심이 있으므로, 비록 형벌조항이라 하더라도 그것이 기본권침해가 아닌 불평등의 시정 또는 기본권의 보장적 측면이 강할 때에는 소급효를 인정하지 않고 헌법불합치결정을 통해 시혜적 측면을 보장하고자 한다. 예컨대, 위헌결정의 효력이 즉시 발생하여 해당 조항의 효력이 상실되면 이로 인하여 “임의적으로나 형을 감면할 근거 규정이 없어지게 되어 감면 적용을 받아야 할 사람도 감면할 수 없게 되는”<sup>12)</sup> 등 해당 조항을 신뢰한 수혜자의 신뢰이익을 해하는 법적인 문제점을 근거로 하여, 외국에서 형의 집행을 받은 자에 대한 임의적 감면조항을 입법 개선 시점까지 계속 적용을 명한 경우가 그 예이다.

이처럼 형벌조항의 위헌결정의 소급효는 죄형법정주의의 적용원리와 무관하지 않은 것으로 보인다. 죄형법정주의는 기본원리로서 그 어떠한 파생원리라 하더라도 ‘행위자에게 유리한 해석’을 허용함으로써, 국가형벌권으로부터 국민의 기본권을 최대한 보호하는 방향으로의 작동을 요청하기 때문이다.<sup>13)</sup>

## 나. 소급효의 발생시점

형벌조항에 관한 헌법재판소법 제47조 제3항은 소급효만 규정하고 있을 뿐, 소급시점 즉 해당 형벌조항의 효력이 무효화되는 시점이 언제부터인지에 대하여는 명확하게 규정하지 않는다. 따라서 해석론에 맡길 수 밖에 없지만, 입법론상으로는 법률규정에 의하여 이를 명시적으로 한정한다고 하여 그 자체가 위헌의 소지가 있는 것은 아니다.<sup>14)</sup> 오스트

11) 헌재결 1997. 1. 16, 90헌마110등.

12) 헌재결 2015. 5. 28, 2013헌마129. 형법 제7조 위헌소원에 대한 헌법불합치 결정.

13) 이형국/김혜경, 형법총론, 법문사, 2021, 36면.

14) 형벌법규의 위헌결정 효력에 관하여는 김경제, “위헌결정된 형벌법률에 대한 소급법리”, 유럽헌법연구 제16호, 유럽헌법학회, 2014/12, 417면 이하; 김현철, “형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효 제한-헌재 2016. 4. 28. 2015헌바216결정-”, 헌법재판연구 제3권 제2호, 헌법재판연구원, 2016, 3면 이하; 박진우, “형벌조항에 관한 위헌결정의 소급효에 대한 비판적 고찰”, 세계헌법연구 제17권 제2호, 세계헌법학회한국학회, 2011, 411면 이하; 손인혁, “형벌규정에 대한 헌법불합치결정의 필요성과 허용성에 관한 연구”, 헌법학연구 제25권 제4호, 한국헌법학회, 2019, 37면 이하; 장진숙, “위헌결정 소급효제한의 범위에 관한 비판적 고찰-형벌조항을 중심으로-”, 공법학연구 제14권 제1

리아나 독일 등은 각각 이를 법률에 의하여 제한하고 있지만, 우리 헌법재판소법에는 해당 제한규정이 존치하고 있지 않을 뿐이다.

이에 대하여 해당 조항의 최초의 제정 시점이라고 보는 견해<sup>15)</sup>가 있는바, 대법원 역시 이에 따르고 있다. 대법원은 “위헌결정으로 인하여 형벌에 관한 법률 또는 법률조항이 소급하여 그 효력을 상실한 경우에는 당해 법조를 적용하여 기소한 피고사건이 범죄로 되지 아니한 때에 해당한다고 할 것이고, 범죄 후의 법령의 개폐로 형이 폐지 되었을 때에 해당한다거나, 혹은 공소장에 기재된 사실이 진실하다 하더라도 범죄가 될 만한 사실이 포함되지 아니하는 때에 해당한다고는 할 수 없다.”<sup>16)</sup>고 보아 무죄판결을 할 것이지, 면소판결과 같은 형식재판을 통해 종결할 것은 아니라고 본다.

다만 이와 같이 형법 제정 당시부터 효력이 없다면, 결과적으로 입법권자가 헌법에 위반되는 입법을 행하고 이를 국민에게 적용함으로써 국민의 기본권을 침해하였으므로 형사보상의 문제가 발생한다. 형사보상 및 명예회복에 관한 법률(약칭 ‘형사보상법’)은 형사소송절차에서 무죄판결 등을 받은 자에 대한 정당한 보상 등을 목적으로 하는데, 재심절차에서 무죄재판을 받아 확정된 사건을 대상으로 하기 때문에 위헌결정으로 인한 재심청구대상이 되는 모든 사건은 원칙적으로 동법 제2조의 보상요건을 갖춘 경우 형사보상청구를 할 수 있게 된다. 물론 형사보상 역시 법률에 의하여 그 시적 효력범위를 제한할 수 있겠지만, 재심사건을 대상으로 하는 한 형사보상 자체의 시적 효력범위가 어디까지인가는 부수적 문제가 될 뿐이다. 실제로 형벌조항에 대한 위헌결정을 함에 있어서 보상범위는 현실적으로 매우 민감한 문제가 아닐 수 없다.

다음으로 만일 법률조항이 입법 당시에는 국민의 법감정에 합치하고 헌법정신에도 부합하였으나, 이후 사회의 동태적 변화가 국민의 법감정과 헌법정신에 영향을 미친 경우 까지도 제정 시로 소급하여 원천적으로 무효라고 할 것인가의 문제 역시 고민해야 할 것이다. 대법원은 법률의 폐지에 대하여 동기설을 취하면서 “법령이념의 변천에 따라 과

호, 한국비교공법학회, 2013/2, 3면 이하; 정준섭, “형벌법규에 대한 위헌·불합치결정의 효력”, 원광법학 제36집 제1호, 원광대학교 법학연구소, 2020/3, 41면 이하; 차승민/정준섭, “위헌결정을 받은 형벌법령이 적용된 형사사건의 재심이유-대법원 2013.4.18. 자 2010도363결정을 중심으로-”, 원광법학 제37집 제3호, 원광대학교 법학연구소, 2021/9, 121면 이하 참조.

15) 남북현, 헌법불합치결정의 현안, 한국학술정보, 2013, 267면 이하; 황치연, “위헌결정의 시적 효력”, 헌법재판의 새로운 지평-이강국 헌법재판소장 퇴임기념논문집, 박영사, 2013, 540면 등.

16) 대법원 1992. 5. 8. 선고 91도2825 판결.

거에 있어서 범죄로 본 행위에 대한 현재의 평가가 달라졌다”거나<sup>17)</sup> “반성적 고려에서 법령을 개폐”하였거나<sup>18)</sup> “종전의 조치가 과중하다는 데서 나온 반성적 조치”<sup>19)</sup>인 경우에는 형법 제1조 제2항을 적용하여 신법에 의함으로써 추급효를 부정한다. 마찬가지로 그와 같은 제정 당시의 법률이 개폐된 바 없더라도, 위헌결정의 사유와 동기설의 그와 같은 사유가 동일하다면 반드시 제정 당시부터 원천적으로 무효라고 하여야 하는가는 재고할 필요가 있을 것이다.

부가적으로, 형벌조항에 대한 위헌결정은 법원에 의하여 이미 선고된 유죄판결 그 자체가 무효가 되는 것도 아니고 유죄확정판결의 집행정지나 집행이 진행 중인 형의 집행정지의 효력이 있는 것은 결코 아니다. 오로지 재심청구를 통하여 유죄의 확정판결을 다투고 위헌결정의 소급효를 적용하여 무죄판결을 받을 가능성이 발생하는 것일 뿐이다. 또한 해당 형벌조항이란 실체법적 효력을 가지는 광의의 형법만을 의미하므로, 절차법에 해당하는 형사소송법 또는 형사절차 규정에 대한 위헌결정은 소급효가 인정되지 않는다.

### Ⅲ. 형벌조항에 대한 위헌결정의 시적 효력과 법률효과

#### 1. 허가형 위헌법률제정 사건의 경우

##### 가. 헌법재판소 결정 이전에 법률이 폐지된 경우

형벌조항과 관련하여 폐지된 법률조항이 심판대상이 되는가는 죄형법정주의가 반영된 형법 제1조 제2항 및 제3항의 적용 여부뿐만 아니라, 형사소송법상 형식재판 또는 실체재판의 대상인지 여부와도 직결된다.

우선 집회 및 시위에 관한 법률(이하 ‘집시법’이라 약칭함)에 있어서 개정되기 전의 구법에 대한 위헌심판제청의 적법 여부가 문제된 바 있는데,<sup>20)</sup> 헌법재판소는 동 법률이

17) 대법원 1984. 12. 11, 84도413 판결.

18) 대법원 2016. 1. 28. 2015도17907 판결.

19) 대법원 2013. 7. 11. 선고 2013도4862 판결; 대법원 2003. 10. 10. 선고 2003도2770 판결.

20) 헌재결 1989. 5. 24, 88헌가12. “체정법원은 같은 법원 87노1404 집회및시위에관한법률 위반사건에서 현저히 사회적 불안을 야기시킬 우려가 있는 집회 또는 시위를 금지한 집회및시위에관한법률

개정되었고, 개정된 법률에서는 해당 처벌규정이 모두 폐지되었으므로 그 위헌 여부가 재판의 전제가 될 수 없을 뿐만 아니라, 폐지된 법률의 위헌 여부를 판단해야 할 실익도 없다고 판단하여 각하하였다.

그러나 행위 시에 A법에 의하여 공소제기된 이후 법원에 의하여 위헌법률제청신청이 있고, 위헌법률제청에 관한 헌법재판소 결정이 있기 전에 해당 법률이 폐지된 경우에는 법적 판단이 달라진다. 위헌법률제청으로 인한 해당 재판의 정지효력에 의하여 재판은 정지가 되므로 형법 제1조 제2항에 의하여 법률의 변경으로 형이 폐지된 때에 해당하게 된다. 이는 행위 시 존재하던 위헌적 법률이 헌법재판소의 결정 시점 이전에 폐지됨으로써, 헌가 사건으로서의 위헌법률제청의 경우에는 재판정지의 효력이 있더라도, 적용법조의 부재로 재판의 전제성이 부정되어 각하 대상이 된다. 따라서 형법 제1조 제2항에 의하여 소급효에 의하여 재판시법인 법률 폐지를 적용하여 면소판결을 하게 된다. 즉, 헌법재판소 결정이 있기 이전이라도, 법률이 폐지된다면 법원은 폐지된 법률에 의하여 동기설에 따라 법률이념의 변천이라든가 입법자의 반성적 고려에 의한 법률변경으로 해석된다면 폐지된 신법에 의하여 면소판결을 하여야 한다.

문제는 법원의 확고한 입장으로서는 동기설을 취하더라도 해당 법률의 폐지가 그때그때의 사정변경에 의한 경우라고 판단되는 때이다. 그러나 이 경우에는 위헌법률제청신청 시점에서 해당 법률에 대하여 소 계속 중인 법원에서 위헌이라는 판단을 할 여지가 없게 된다. 즉, 위헌법률제청을 한다고 함은 해당 법률이 헌법정신에 위반됨을 전제로 하므로, 위헌제청을 한 당해 법원이 소 계속 후 폐지된 해당 법률에 대하여 사정변경에 의하여 폐지된 것으로 판단하였다면 이는 해당 법률을 위헌으로 해석한 것이 아니므로, 법률변경에도 불구하고 행위시법인 구법을 적용하여 유죄의 확정판결을 함은 자기모순에 빠지는 결과가 되어 버리기 때문이다.

---

제3조 제1항 제4호의 규정과 위와 같은 집회 또는 시위의 예비, 음모, 선전 또는 선동을 금지한 같은법 제3조 제2항의 규정 및 위와 같은 예비, 음모, 선전 또는 선동행위의 처벌을 규정한 같은법 제14조 제2항의 규정이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된다고 하여 위헌제청을 하였다. 그런데 집회및시위에관한법률은 1989.3.29. 법률 제4095호로 개정되었고, 개정된 법률에 의하여 현저히 사회적 불안을 야기시킬 우려가 있는 집회 및 시위의 금지규정이나 그와 같은 집회 및 시위의 예비, 음모, 선전 또는 선동행위 금지규정 그리고 위 각 금지규정 위반행위의 처벌규정은 모두 폐지되었으니 그 위헌여부가 더 이상 재판의 전제가 될 수 없게 되었을 뿐더러, 폐지된 법률의 위헌여부를 판단해야 할만한 별다른 이익이 있다고 인정되지도 아니한다.

다만 이 경우에도 헌법재판소는 해당 위헌제청법률에 대하여 이미 법률이 폐지되었으므로 재판의 실익이 없다는 이유로 각하결정을 할 수도 있고, 비록 폐지된 법률이라 하더라도 판단의 실익이 있다고 보면 권리보호를 위하여 위헌여부를 심사할 수 있다. 폐지된 법률이라도 당해 소송에서 적용될 수 있어 재판의 전제가 되는 경우에는 예외적으로 위헌제청의 대상이 될 수 있기 때문이다.<sup>21)</sup>

이 경우 만일 헌법재판소가 해당 구법 형벌조항에 대하여 위헌임을 결정한다면, 이미 구법에 의하여 면소판결이 확정된 사건이 재심청구의 대상이 되는가 여부가 문제된다. 면소판결이 확정됨으로써 당해 사건의 행위자는 구제를 받았더라도 형식재판에 해당하는 면소판결이, 위헌결정으로 무효임이 확인된 조항을 대상으로 하였다면 재심의 대상이 될 수 있는가 여부를 의미한다. 헌법재판소법 제47조 제4항은 위헌결정된 형벌조항을 근거로 한 유죄의 확정판결에 대하여는 재심을 청구할 수 있다고 하여, 재심의 대상을 유죄판결에 한정하고 있다는 점에서 면소판결이 확정된 사안은 재심청구의 대상은 될 수 없다고 봄이 타당하다.

#### 나. 헌법재판소 결정 이전에 법률이 개정된 경우

법원의 위헌제청 시점에서는 당해 사건에 구법의 형벌조항이 적용되었으므로 이를 대상으로 위헌제청을 하여서 재판의 전제성이 인정되었으나, 위헌제청 이후에 법률의 개정이 있고 소급효를 가지는 신법을 적용해야 하는 때에는 구법 조항은 심판 계속 중 재판의 전제성을 상실하게 되므로 각하하여야 한다.<sup>22)</sup>

마찬가지로 위헌제청된 형벌조항이 이후 개정되어 그 형이 구법보다 경하게 된 때에는 형법 제1조 제2항에 의하여 경한 신법을 적용하여야 하므로, 구법 조항은 재판의 전제성을 상실한다고 봄이 헌법재판소의 입장<sup>23)</sup>이다. 이 경우 구체적 구법통제절차로서의 본질상 위헌법률심판절차도 무의미해지므로, 구법 형벌조항에 대하여 위헌제청을 하였

21) 김유향, 기본강의 헌법, 윌비스, 2021, 1494-1495면 및 헌재결 1994. 6. 30, 92헌가18. 해당 사건에서 헌법재판소는 1981년 12월 17일 폐지된 국가보위에관한특별조치법에 대하여 위헌제청된 사건에 대하여 1994년 결정을 하면서, 상위법의 위헌여부가 하위법의 위헌 및 효력유무의 전제가 되고, 사위법칙이 위헌결정되면 하위법에 근거한 처분도 위헌무효가 될 수 있기 때문에 폐지된 상위법에 대한 결정이 처분에 직접 영향을 미쳐서 권리보호 유무에 직접 결부된다고 판단하였다.

22) 헌재결 2000. 8. 31, 97헌가12.

23) 헌재결 2006. 4. 27, 2005도헌가2.

던 소 계속 중인 법원은 위헌제청을 철회하여야 하고, 만일 법원이 철회하지 않을 때에는 헌법재판소는 재판의 전제성이 없다고 보아 부적법한 것으로 각하하여야 한다.<sup>24)</sup>

문제는 신법이 구법보다 경하여졌더라도, 해당 구법에 대한 위헌제청의 이유가 ‘형법의 체계정당성’을 이유로 한 경우에도 그와 같이 재판의 전제성을 부정할 수 있는가의 문제이다. 예컨대, 폭처법에 대하여 지금까지 헌법재판소는 일반법인 형법에 처벌규정이 존재함에도 불구하고 오로지 가중처벌을 할 목적으로 구성요건의 변경 또는 추가 없이 형사특별법을 제정한 입법에 대하여 지속적으로 위헌결정을 하여 왔다. 예를 들어 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 형법상 폭행죄, 협박죄, 재물손괴죄를 범한 자를 가중처벌하는 규정은 형벌체계상의 균형을 상실하여 평등원칙에 위배된다고 보아 위헌결정을 한 사례에서, 검사가 일반법과 특별법 중 어느 조항으로 공소제기 할 것인가에 따라서 피고인에게 벌금형 선고여부가 달라지고, 징역형의 하한이 최대 6배의 차이가 나는 등 심각한 형의 불균형을 초래하는 점을 지적하고 있다. 따라서 오로지 검사의 기소재량에만 맡기는 것은 법집행기관 스스로도 법 적용의 혼란이 있을 수 있고 이것이 결과적으로 국민에게 불이익을 초래함을 지적하였다.<sup>25)</sup>

마찬가지로 구법이 신법보다 경하여졌음에도 불구하고 구법의 존재 자체가 형법의 체계정당성에 부합하지 않을 경우에는 헌법재판소는 이를 각하함이 없이 위헌 여부를 심사하여야 할 것이다. 물론 이 때에도 헌법재판소가 위헌심사를 할 것인지 여부 자체도 스스로 결정하여야 하겠지만, 형벌 체계정당성은 형벌조항이 입법재량의 범위를 벗어난 것인지 여부에 대한 심사기준으로 작용하며<sup>26)</sup> 헌법재판소는 “형벌체계상의 균형을 잃은 자의적 입법”<sup>27)</sup>일 때에는 평등원칙 위반으로 위헌결정을 하고 있음을 고려하여야 할 것이다.

24) 한수웅, 헌법학, 법문사, 2019, 1431면 참조.

25) 헌재결 2015. 9. 24, 2014헌바154등(폭력행위등 처벌에 관한 법률 제3조 제1항 등 위헌소원으로, 해당 법률 제3조 제1항에 규정된 위험한 물건 휴대 폭행죄, 협박죄, 재물손괴죄 처벌조항 위헌소원 및 위헌제청사건에 대하여 헌법재판소는 위헌결정을 하였다).

26) 예컨대 헌재결 2016. 12. 29, 2016헌바258(구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제5조 제2항 위헌소원(특수강도강제추행사건)); 헌재결 2007. 10. 25, 2006헌바50(마약류관리에 관한 법률 제58조 제2항 위헌소원) 등.

27) 헌재결 2009. 6. 25, 2007헌바25(성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제5조 제2항 등 위헌소원).

#### 다. 헌법재판소에서 해당 조항을 위헌결정한 경우

위헌제청신청사건에 대하여 해당 형벌조항이 위헌결정 된다면 헌법재판소법 제47조 제3항에 의하여 그 효력이 제정 또는 입법 당시로 소급하여 상실하게 된다. 따라서 위헌 제청신청과 동시에 재판이 정지된 당해 사건은 무효인 법률을 심판대상으로 한 것이 되므로 무죄판결을 하여야 함은 물론, 그와 유사하게 해당 조항을 적용하여 소 계속 중인 형사사건은 확정판결 이전이라면 1심이든 항소심이나 상고심 계속 중이든 모두 무죄판결을 하여야 한다.

물론 소급하여 효력을 상실한다는 의미가 당연무효인지 폐지무효인지에 대한 견해의 대립은 있으나, 법적 효력이 있어서는 해당 형벌조항이 무효임은 마찬가지이므로 면소판결이 아닌 무죄판결을 함에는 변함이 없다. 그리고 동조 제4항에 의하여 위헌결정된 형벌조항의 적용을 받았던 모든 유죄의 확정판결 대상 사건은 재심의 대상이 된다. 따라서 확정판결을 한 원심법원에 재심을 청구할 수 있고, 재심을 청구받은 법원은 형벌조항에 대한 위헌결정을 전제로 하여 무죄판결을 하여야 한다.

#### 2. 헌법재판소 한정합헌결정 이후 재심청구를 한 경우

헌법재판소는 구 집시법에 대한 한정합헌결정을 한 후에, 해당 한정합헌결정의 대상 조문을 적용한 재심사건에서 무죄가 아닌 면소판결을 한 점에 대한 권리구제형 헌법소원(헌마 사건)을 각하하면서,<sup>28)</sup> 그 논거로서, 첫째, 한정합헌결정의 기속력은 위헌으로 판단된 법률의 해석 및 적용에 근거한 국가행위의 중지만을 의미한다는 점, 둘째, 동기설에 따른 반성적 고려에 의한 법률폐지의 재판상 효력은 면소판결이라는 점, 셋째, 형벌조항의 위헌부분이 일의적이지 않아서 위헌여부를 가리기 위해 구체적인 사실인정과 증거판

28) 헌재결 2014. 5. 29, 2012헌마641. 헌법재판소법 제68조 제1항 위헌확인 등(구 지회및시위에 관한 법률 위반 재심판결취소사건으로 구 집시법상 “현저히 사회적 불안을 야기시킬 우려가 있는 집회 또는 시위금지”가 한정합헌결정(헌재결 1992. 1. 28, 89헌가8) 이후 삭제되었고, 해당 규정을 적용한 재심사건에서 무죄가 아닌 면소판결을 함이 부당하다는 취지의 헌법소원사건이다.). 해당 사건은 이미 1982년 재심대상판결이 확정되었으나, 진실·화해를 위한 과거사정리위원회가 2009. 6. 15. 위 사건을 진실규명이 필요한 재심대상이라는 취지의 권고를 하였고, 이에 청구인들이 동 위원회의 권고를 근거로 하여 재심판결대상에 대한 재심을 다시 청구한 사건이다.

단을 한 결과 피고인의 해당 행위가 한정합헌결정의 위헌부분이 아닌 합헌부분에 해당한다고 판단할 가능성을 배제할 수 없다면 오히려 실제적 진실을 가리는 실체재판이 신청인에게 유리할 수도 없을 뿐만 아니라 소송경제적으로도 면소판결이나 실체판결이나 기속력이 있다는 점에서는 차이가 없다는 점이 주된 취지인 것으로 정리된다.

특히 마지막 부분에서 헌법재판소는 구체적인 사실관계가 한정합헌결정에서의 위헌부분인지 합헌부분인지 명백하지 않을 우려를 대비하여 증거를 기초로 한 실제적 진실을 밝히는 것보다는 면소판결로 소송을 종결함이 타당하다는 취지는, 의심스러운 때에는 피고인에게 이익이 되도록 재판할 것을 요청하는 형사소송법상 증거법의 기본원리를 따르는 것으로 보인다.<sup>29)</sup> 그러나 소위 ‘in dubio pro reo’ 원칙은 증명법칙으로서 결과적으로 무죄를 선고해야 함<sup>30)</sup>을 고려할 때, 이는 피고인의 이익이라는 사적 이익보다는 신속한 재판의 원칙이라는 공적 이익을 보다 우선시한 결정으로 이해된다.

또한 헌법재판소는 해당 조문의 적용여부에 대한 논의는 증거를 기초로 한 사실관계 증명을 전제로 하기 때문에 헌법재판소의 판단대상이 아니라고 보고, 이를 법원의 심판 대상으로 적시한 것으로 보인다. 즉, 해당 사실관계가 한정합헌결정 중에서 위헌부분인지 합헌부분인지는 사실에 의한 증명의 영역이므로 헌법재판소가 관여할 부분이 아니라고 판단함으로써 각하결정을 하는 대신, 소송경제를 이유로 하여 기각한 것으로, 만일 기각 결정에 따라서 법원이 이를 심사하게 된다면 법원은 재심에 대한 상고를 기각하게 될 것이다.

### 3. 해당 형벌조항에 대하여 합헌결정 이후 위헌결정을 한 경우

#### 가. 위헌결정의 소급효

헌법재판소법 제47조 제3항 단서는 해당 형벌조항에 대하여 종전에 합헌결정을 한 사건이 있는 경우에는 소급효의 시적 효력범위를 합헌결정 다음 날로 제한하고 있다. 따라

29) 대법원 2006. 4. 27, 선고 2006도735 “유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하므로, 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다.”

30) 이주원, 형사소송법, 박영사, 2020, 363면.

서 위헌결정을 받은 형벌조항을 대상으로 하는 사안이라 하더라도 법률상으로는 과거의 합헌결정 전후로 하여 확정판결이 있는지 여부에 관하여 법적 효력을 달리함이 타당하다. 즉, 종전의 합헌결정 이후로부터 위헌결정이 있는 때까지의 당해 형벌조항을 적용하여 유죄의 확정판결이 있는 경우에는 위헌결정의 소급효로 인하여 재심청구를 할 수 있고, 재심재판에서는 위헌결정을 반영하여 무죄로 판결하여야 한다.

그러나 종전의 합헌결정 이전의 사안, 즉 A 사건에 적용된 형벌조항에 대한 위헌제청 심판에 대하여 헌법재판소가 합헌결정을 한 이후에 동일한 형벌조항이 적용되어야 하는 B사건에 있어서는 해당 형벌조항을 위헌결정한 경우, 위헌결정의 소급효는 A사건에 미치지 아니하므로 A사건은 원칙적으로 위헌결정의 효력으로서 무효의 혜택을 받을 수 없다. 문제되는 바는 A 사건도 동조 제4항에 따른 재심청구대상이 될 수 있는가 및 재심에 적용되어야 할 판결의 종류 또는 효력이 무엇인가이다. 우선 동조 제4항은 제3항의 본문이나 단서에 대한 제한 없이 제3항의 경우에 위헌으로 결정된 법률조항에 근거한 유죄의 확정판결이라고 하였으므로, 합헌결정의 적용을 받았던 A사건도 ‘위헌으로 결정된 법률조항’에 근거하여 유죄의 확정이 되었다는 점에는 변함이 없으므로 제4항을 근거로 재심을 청구할 수 있다고 해석하여야 한다.

#### 나. 위헌결정된 형벌조항을 적용한 판결에 대한 재심청구의 경우

다음으로 재심청구시 유죄의 확정판결을 한 원심법원은 형식재판인 면소판결을 할 것인지 실체재판인 무죄판결을 할 것인지 문제된다. 앞서 합헌결정 이후의 유죄확정판결은 당연히 재심에서 무죄판결을 하여야 하나, 동조 제3항 단서가 소급효의 시적 효력범위를 합헌결정의 다음 날로 제한하였으므로, A사건에 대하여는 위헌결정의 소급효는 미치지 않게 되는 결과가 되기 때문이다. 따라서 법률해석만으로는 “범죄 후 법률의 변경으로 인하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하게 된 경우”로서 형법 제1조 제2항에 의하여 면소판결의 대상이 되는지, 아니면 “재판확정 후 법률이 변경되어 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하게 된 경우”로서 형법 제1조 제3항에 의하여 형집행면제만이 가능한지 우선 판단하여야 한다. 그러나 외형상 재판확정이 되었으므로 형법 제1조 제3항을 적용하게 된다면, 이미 시간적 간격으로 인하여 형집행이 완료된 경우가 대부분이므로 위헌결정에 의한 구제의 실익이 없게 되는 결과가 초래된다. 그뿐만 아니라 비록 소급효가 미

치지 않는다 하더라도, 헌법재판소법 제47조 제4항에 의하여 재심의 대상이 된다면 형사소송법 제326조 제4호에 따라서 “범죄 후의 법령개폐로 형이 폐지되었을 때”로 보아 면소판결을 함이 타당한가의 문제로 귀결된다.

이에 관하여 판례는 두 가지 전형적인 판결을 하였다. 헌법재판소가 2008년 10월 30일 합헌결정을 하였다가 2015년 2월 26일 위헌결정을 한 구 형법 제241조 간통죄 형벌조항의 적용에 관한 사안이 그것이다. 우선 A 사건은 2008년 합헌결정에 따라서 2009. 1. 23. 간통죄로 확정판결된 사안<sup>31)</sup>으로, 2015년 위헌결정 이후에 재심을 청구하였으며, 원심은 재심개시결정을 한 다음 “간통의 공소사실에 대하여 위헌결정으로 형벌법규가 효력을 상실하였다는 이유로 무죄를 선고”하였다. 이는 헌법재판소법 제47조 제3항 단서의 소급효 제한 시점 이후의 판결이므로 소급효에 의하여 무효의 시적 효력범위 내의 사건에 해당되기 때문이다.

반면 B사건<sup>32)</sup>에서 피고인이 1999년 간통죄로 유죄의 확정판결을 받은 이후 2019년에 원심법원에 재심을 청구하였으며, 대법원은 합헌결정 이전의 사건은 “범죄행위 당시 유효한 법률조항이 그 이후 폐지된 경우와 마찬가지로”라는 점에서 면소판결을 선고함이 타당하다고 판시하였다. 즉, 위헌결정의 무효의 효력이 동일 형벌조항에 대한 과거의 합헌결정 이전으로까지 소급할 수는 없되, 해당 법률조항이 위헌결정으로 무효가 된 이후의 재심에서는 해당 법률조항이 폐지된 것으로 보아 형식재판인 면소판결의 대상이 된다고 본 것이다.

물론 이 경우에도 과거의 동일한 형벌조항에 대한 합헌결정이 법률효력에 영향을 미친다는 점에 관하여는 논란의 여지가 있다. 합헌결정을 기준으로 한 극소한 시차가 행위자에게 부여하는 법적 효력을 달리하는 해석상의 차이를 법논리적으로 명백히 드러낼 수 없다는 점이 그것이다. 다만, 헌법재판소의 행간의 의미는 과거의 합헌결정에 대한 해석으로서 해당 조항이 “그때에는 맞고 지금은 틀리다”라는 우리 사회의 가치관의 동

31) 대법원 2018. 2. 28. 선고 2015도15782 판결. 해당 사안에서 피고인은 2009. 1. 15. 간통죄 및 상해죄로 징역 1년 및 집행유예 2년을 선고받아 2009. 1. 23 확정되었고(재심대상판결), 이후 2015. 2. 26. 위헌결정을 근거로 2015. 3. 17.에 해당 간통죄 유죄확정판결에 대하여 헌법재판소법 제47조 제3항, 제4항에 의하여 재심을 청구하였다.

32) 대법원 2019. 12. 24 선고 2019도15167판결. 해당 재심판결인 원심(서울북부지방법원 2019. 5. 31, 선고 2019재고단4판결)에 대한 항소심인 서울북부지방법원 2019. 9. 26. 선고 2019노1037판결은 재심에서 무죄를 주장한 피고인의 항소를 기각하였다.

적 변화가 법률해석의 변화에 직접 영향을 미쳐야 하고, 그 결과 과거의 가치관에는 부합했던 합헌적 조항이 가치관의 변화에 의하여 사회적 유해성이 실질적으로 무해화되었음을 법률조항의 해석에 반영한 것으로 이해하여야 할 것이다.

#### 4. 헌바 위헌심사형 헌법소원 사건의 경우

##### 가. 헌법소원 제기 후 헌법재판소 결정전 법률이 폐지된 경우

형사재판에서 피고인이 적용대상 형벌조항에 대한 위헌제청신청을 하였음에도 불구하고 법원이 이를 기각하였을 경우, 피고인은 당사자로서 위헌심사형 헌법소원(이하 ‘위헌소원’이라 약칭)을 제기할 수 있다. 위헌소원은 실질적으로 위헌법률심판에 해당하므로,<sup>33)</sup> 그 판단의 효력이 있어서는 위헌법률제청에 대한 심판과 동일하다. 따라서 폐지된 법률이라도 권리보호에 필요하다고 판단하는 때에는 심사의 대상이 될 수 있지만, 법률의 부존재 자체는 입법부작위를 다루는 것이어서 허용되지 않는다.<sup>34)</sup>

헌바 사건으로 위헌소원이 제기된 경우 재판정지의 효력이 없기 때문에, 소계속을 통해 확정판결에 이르게 될 경우 문제될 수 있다. 만일 헌법재판 결정 이전에 해당 조항이 폐지되었고, 그것이 확정판결 이전이라면 면소판결을 하여야 할 것이나, 재판시에는 존재하고 있어서 유죄의 확정판결을 한 이후에 폐지되었다면 형법 제1조 제3항에 의하여 형집행면제만 할 수 있을 뿐 실제재판의 결과가 달라지지는 않기 때문이다. 즉, 형의 폐지로 인하여 당연히 재판시법이 적용됨으로써 면소판결을 하거나 예외적으로 이미 폐지되기 전에 확정판결이 있는 후 헌법재판소의 결정이 있게 되면 형집행면제를 하여야 함은 행위자에게 유리한 판결을 해야 한다는 형법 제1조에 따라서 결론을 달리하지 않을 수 있다. 다만, 폐지된 법률에 대한 헌법재판소 결정의 실익을 찾는다면 폐지된 법률의 위헌선언을 통해서 무죄임을 확정할 수 있다는데 의미가 있다. 형식재판임에도 불구하고 실질적으로 일사부재리의 효력을 가지는 것이 면소판결임을 고려할 때 실질적 정의관념

33) 김유향, 앞의 책, 1556면; 정종섭, 앞의 책, 1554면.

34) 헌재결 2011. 5. 26, 2009헌바253. 이는 형사소송법 제260조 및 제262조, 그리고 형사소송법 전체가 관사의 범죄에 대한 재판에 국민참여를 규정하지 않은 것이 위헌인지 여부에 대한 위헌소원에서 해당 형사소송법 조항이 입법의 부존재에 해당하므로 심판대상이 될 수 없다고 판단하였다.

에 입각하여 행위자에게 무죄임을 선언함은, 공소사실의 존부에 관한 심리를 요하지 않는 형식재판과 심리를 통해 무죄를 입증하는 실체재판의 차이인 것이다.<sup>35)</sup>

이에 대하여 세분하여 살펴보면, 일단 존재하는 형벌조항인 때에는 원칙적으로 위헌소원의 대상이 될 수 있으나, 만일 헌법소원 제기 후 결정 전에 해당 형벌조항이 폐지된 경우 법적 효력이 문제될 수 있다. 위헌법률제청과 달리 위헌소원은 재판정지의 효력이 없으므로, 피고인의 위헌소원 여부와 관계 없이 해당 재판부는 소송 계속에 의하여 유죄의 확정판결을 할 수 있다. 다만, 재판확정 전 해당 A 형벌조항이 폐지된 때에는 범죄후 법률의 변경에 의하여 범죄를 구성하지 않게 된 것으로 보아 원칙적으로 형법 제1조 제2항을 적용함으로써 면소판결을 하여야 한다. 다만, 동기설에 의하여 사정변경에 의한 법률폐지로 법원이 판단하게 된다면 행위시법인 A 형벌조항을 그대로 적용하여야 하기 때문에 유죄의 확정판결을 해야 할 것이다. 이 경우 피고인이자 청구인인 행위자에게는 유죄의 확정판결을 받았으므로 여전히 권리보호의 필요가 인정되어, 헌법재판소는 해당 법률조항에 대하여 위헌여부를 심사하게 될 것이다. 그리고 헌법재판소가 위헌결정을 하게 된다면 A 형벌조항의 제정 시점으로 무효의 효력이 소급하므로, 유죄의 확정판결은 재심청구의 대상이 되고, 행위자는 재심을 통해 무죄판결을 받을 수 있게 될 것이다.

다음으로 A 형벌조항에 대하여 위헌소원을 제기하고 소송 계속의 정지효력이 없는 결과 유죄의 확정판결을 받았다면 형법상으로는 제1조 제2항의 대상은 될 수 없다. 따라서 유죄의 확정판결의 대상이 된 A 형벌조항은 여전히 헌법재판소의 심사의 대상이 되고, 만일 헌법재판소가 위헌결정을 하게 되는 경우 마찬가지로 소급효로 인하여 제정 당시부터 무효로 된다. 만일 A 형벌조항이 법률의 변경으로 폐지된 때에 해당한다면 이는 장래효를 가지므로 이미 확정판결이 된 행위자에게는 형법 제1조 제3항이 적용되어 판결된 형의 형집행면제만이 문제될 것이다. 그러나 위헌결정으로 인하여 소급효가 인정되므로 해당 확정판결은 재심청구의 대상이 됨은 물론이고 행위자는 재심을 통한 무죄의 확정판결을 받을 수 있다.

35) 대법원 역시 “범죄 후 법령의 개폐로 그 형이 폐지되었을 경우 면소판결을 선고하여야 함에도 이에 관하여 무죄로서의 실체적 재판을 하는 것은 위법”하다고 판시하고 있으며(대법원 2010. 7. 15. 선고 2007도7523 판결 등), 면소판결을 대상으로 실체판결을 구하는 상고는 불가능하다고 본다(대법원 2005. 9. 29. 선고 2005도4738 판결 등),

## 나. 헌법재판소의 위헌결정이 있는 경우

A 형벌조항에 대한 위헌소원 이후 소송 정지의 효력이 없음으로 인하여 유죄의 확정 판결을 받고, 그 이후에 헌법재판소의 위헌결정으로 인하여 비로소 해당 조항이 무효로 된다면, 형벌조항에 대한 무효의 소급효에 관한 일반효력에 따라서 당연히 청구인은 재심청구를 통해 구제받을 수 있다. 이는 위헌법률제청과 효력이 다를 바 없다.

헌법재판소 역시 패소가 확정된 경우 재판의 전제성에 관하여, “당해 소송사건이 이미 확정된 때라도 당사자는 재심을 청구할 수 있으므로” 재판의 전제성은 인정된다고 본다.<sup>36)</sup> 다만 해당 사안은 형벌조항에 대한 것은 아니고 영업정지처분의 취소를 구하는 소송에 대한 패소 이후라도, 동 소송 계속 중에 위헌법률심판제청신청을 하였음에도 기각되어 헌법소원심판에 이르면 권리구제의 이익이 있으므로 재판의 전제성이 인정된다고 보았다. 그와 같은 재판의 전제성은 대상 법률이 비형벌조항인지 형벌조항인지에 따라서 결론을 달리하지 않는다.

## 다. 위헌소원 제기 후 사정변경(검사의 공소취소 등)이 있는 경우

위헌소원 제기 후의 사정변경에 있어서, 우선 항소 취하로 패소가 확정된 경우<sup>37)</sup>나 항소심에서 소를 취하하여 사건이 종결된 경우<sup>38)</sup>의 재판의 전제성은 형벌조항에 대하여는 적용할 수 없는 사실관계이므로 재판의 전제성을 논할 여지가 없다. 다만, 후자의 경우 만일 공소제기된 사건에 대하여 1심에서 검사가 공소취소를 한 경우, 위헌소원에 있어서 재판의 전제성을 인정할 수 있을 것인가는 여전히 논란의 여지가 있어 보인다. 우선, 검사의 공소취소는 판결의 확정을 의미하는 것이 아니고 당해 사건에 대하여 언제든 동일한 형벌조항을 근거로 하여 다시 공소제기 할 수 있다는 점에서 해당 사안의 재판의 전제성을 인정할 수 있을 것인가 여부를 검토하여야 한다.

원칙적으로는 1심 소송 계속 중에 검사의 공소취소가 있다면, 당해 소송사건이 소취하로 말미암아 종료된 경우에 해당하므로 재판의 전제성을 갖추지 못하여 부적법하다는 점에서 각하함이 타당하다. 즉, 검사의 공소취소로 인하여 당해 사건이 종결된 이상 위헌

36) 헌재결 2010. 7. 29, 2006헌바75.

37) 헌재결 2015. 10. 21, 2014헌바170.

38) 헌재결 2010. 5. 27, 2008헌바110.

소원이 제기된 해당 형벌조항이 당해 사건에 적용될 여지가 없어 그 위헌 여부가 재판의 전제가 되지 않는 것으로 보아야 할 것이다.

그러나 헌법재판소가 구체적 규범통제를 기본으로 한다고 하더라도, 예외적으로 개별 사건을 떠나서 일반적으로 의미가 있으며 공공복리를 위하여 중요한 의미가 있는 경우<sup>39)</sup>, 객관적 헌법질서의 수호·유지를 위하여 헌법적 해명이 필요한 사안이나 기본권 침해가 반복될 위험이 있는 경우로서 심판의 필요성이 있다고 판단한 경우<sup>40)</sup>에는 당해 사건의 재판의 전제성을 인정할 사례에 비추어 본다면, 해당 형벌조항에 대한 헌법재판소의 판단에 따라 심사할지 여부 자체가 좌우될 것이다.

#### 라. 위헌소원 제기 후 공소사실 적용법조가 변경된 경우

위헌소원은 법원에 계속된 구체적 사건에 적용할 법률의 위헌여부를 재판의 전제성으로 본다. 따라서 “청구인들에 대한 공소사실에 관하여 적용되지 아니한 법률이나 법률조항의 위헌여부”는 다른 특별한 사정이 없는 한 당해 형사사건에서의 재판의 전제성을 인정할 수 없다고 봄이 헌법재판소의 태도이다.<sup>41)</sup> 따라서 당해 형사사건에서 위헌소원의 대상이 된 범위밖으로 기소된 것도 아니고 법원에서 해당 법을 적용한 바도 없다면 동법의 위헌 여부에 대한 심판청구는 부적법하므로 각하되어야 한다.<sup>42)</sup>

또한 “공소장의 적용법조란에 적시된 법률조항과 법원의 판결에서 적용된 법률조항이 일치하지 않는 경우”에는, 공소장에 기재된 법률조항이 구체적인 소송에서 법원이 적용한 바 없으므로 재판의 전제성이 인정될 수 없는 바, 공소장 기재 법률조항을 위헌결정을 한다고 하더라도 그로 인하여 (다른 특별한 사정이 없는 한) 당해 소송의 재판주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지지도 않기 때문이다.<sup>43)</sup> 이

39) 한수웅, 앞의 책, 1431면.

40) 헌재결 2013. 3. 21. 2010헌바132 등(구 헌법 제53조 등 위헌소원).

41) 헌재결 1989. 9. 29. 89헌마53 등.

42) 헌재결 1997. 1. 6. 89헌마240. 국가보위입법회의법 국가보안법의 위헌여부에 관한 헌법소원에서 헌법재판소는, 청구인들이 제기한 국가보위입법회의법에 대한 심판청구에 대하여 당해 소송사건(서울형사지방법원 90고합643)은 해당 법을 적용한 바 없으므로 국가보안법위반사건의 재판의 전제가 되었다고 할 수 없으므로 동법의 심판청구는 부적법하다고 판시하였다.

43) 헌재결 1993. 7. 29. 92헌바48. “문제된 법률의 위헌 여부가 재판의 전제가 된다 함은 우선 그 법률이 당해 본안사건에 적용될 법률이어야 하고 또 그 법률이 위헌무효일 때에는 합헌유효일 때와는 본안사건의 담당법원이 다른 내용의 판단을 하여야 할 경우 즉 판결의 결론인 주문이 달라

를 논거로 한다면, 위헌소원 제기 후 법원의 공소장변경명령 또는 검사의 공소장변경신청으로 적용법조가 변경되어, 위헌소원대상이 된 법률조항이 소송사건에 적용될 여지가 전혀 없게 된다면 재판의 전제성이 없으므로 각하될 것이다.

그러나 공소장에 수 개의 범죄사실과 적용법조를 예비적 또는 택일적으로 기재(형사소송법 제254조 제5항)하는 경우에는 기재된 모든 공소사실이 현실적 심판대상이 되므로, 공소장에 기재된 모든 적용법조는 법원이 어느 것을 먼저 심판하거나 적용하는가는 법원의 재량사항이므로 그 중 일부가 위헌소원의 대상이 되었다면 이에 대하여 재판의 전제성을 인정하여야 할 것이다.

## IV. 위헌결정의 함의와 시적 효력에 대한 문제점

### 1. 시적 효력 범위의 제한가능성

#### 가. 시적 효력 범위에 관한 규정의 부재

형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효에 대하여, 소급효만 규정할 뿐이지 소급시점이 명문화되어 있지 않다는 점에서는 소급효의 시적 효력범위에 관하여 다룰 수 있는 여지가 있게 된다. 이에 관하여 형법 제1조 제3항의 재판확정 후 법률변경의 효력에 비추어, 유죄판결이 확정된 후 법률변경으로 범죄를 구성하지 않으면 형집행을 면제하도록 한 해당 조항은 형법 제8조에 따라서 다른 법령에도 적용됨을 근거로 하는 견해에 따르면 재심을 하지 않고 형집행을 면제하더라도 법률해석상 문제가 없다고 본다. 또한 현실적 문제로서 위헌결정에 따른 재심청구 증가로 인한 법원의 업무부담 증가와 경제적 사유 등을 고려할 때 소급적용에 의한 재심이라는 법적 효력이 오히려 위헌결정을 쉽게 하지 못하게 하는 사유로 작용할 수 있다는 점을 우려하기도 한다.<sup>44)</sup>

우선 형법 제1조 제3항의 적용여부에 관하여는, 위헌결정 전에 이미 확정판결을 받은

지거나 또는 주문 자체는 달라지지 않는다고 하더라도 그 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 전혀 달라지는 경우여야 한다.”

44) 장윤기, “헌법재판소에서 위헌으로 결정된 법률의 효력”, 사법행정 제34권 제6호, 1993/6, 60면.

자에 대하여 위헌결정이 소급함으로써 당해 확정판결에 적용된 법률조항이 무효가 됨으로 인하여 법률의 변경으로 인하여 비로소 범죄를 구성하지 아니한 때에 해당할 수 없다. 즉, 해당 사건에 적용된 법률은 1개이고, 다만 적용법률이 유효하였다는 전제 하에 행한 확정판결이 해당 법률이 무효로 됨으로 인하여 재심청구의 대상이 될 뿐인 것이다. 따라서 재심결과는 법률이 아니므로 법률변경이 아니라 당해 법조항의 해석에 의한 위헌확인 에 해당하므로 형집행면제로 종결될 수 없다. 둘째, 현실적인 문제가 법리를 반복하거나 저지할 효력이 있는 것은 아니다. 법원의 업무량 증가는 이미 지나친 고소사건으로 인하여 경험한 바 있으며, 이는 사법기관의 정비를 통하여 해결해야 할 문제인 것이지, 반대로 그와 같은 현실적인 문제가 실질적 정의추구를 저해할 요소로 작용해서는 안된다.

다만, 헌법재판소 제47조 제3항 단서는 합헌결정이 있는 경우에만 명확히 소급의 시적 범위를 명시할 뿐이라는 점에서, 반드시 해당 위헌인 형벌조항의 제정 시점까지 반드시 소급해야 하는 것인가의 문제가 다시 제기된다. 이를 해석론으로 해결하기에는 매우 어려워 보이지만, 입법론을 제시함도 불가능한 것은 아니다. 이와 관련하여 헌법재판소는 “헌법재판소에 의하여 위헌으로 선고된 법률 또는 법률조항이 제정 당시로 소급하여 효력을 상실하는가 아니면 장래에 향하여 효력을 상실하는가의 문제는 특단의 사정이 없는 한 헌법적합성의 문제라기 보다는 입법자가 법적 안정성과 개인의 권리구제 등 제반 이익을 비교衡量하여 가면서 결정할 입법정책의 문제”로 이해한다.<sup>45)</sup> 해당 사안에서는 입법정책의 결과 해석적으로 당해 사건 및 병행사건 등에 대하여 예외를 인정함으로써 형평성을 고려하였지만, 핵심은 법치주의의 파생인 법적 안정성 내지 신뢰보호의 원칙 대비 구체적 타당성이나 평등원칙 및 실질적 정의 중에서 어느 것을 우선할 것인가에 따라서 시적 효력범위를 정할 수 있다고 본 점이다.

## 나. 찬반론의 검토

해석론상 소급효를 제한하여 특정 시점으로 소급의 시적 효력범위를 제한할 수 있다고 보는 견해<sup>46)</sup>에 의하면, 위헌결정의 효력을 어떻게 할 것인가는 형벌/비형벌법규 여부

45) 헌재결 1993. 5. 13, 92헌가10등(헌법재판소법 제47조 제2항 위헌제정사건).

46) 허완중, 한국 헌법에 따른 헌법재판소법 제47조 제3항의 해석, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015, 34면은 이를 “헌법과 형벌법규가 충돌하는 시점”이라고 표현하면서, 만일 소급시점을 제 개정시점

를 떠나서 구체적 타당성과 정의, 형평 등의 헌법이념을 고려하여 입법적으로 정할 수 있는 문제라고 보거나, 형벌조항이 제정 당시에는 합헌이었으나 후발적으로 발생한 사정변경으로 인해 위헌이 될 경우까지 제정시로 소급하여 무효로 함은 오히려 사법정의에 반한다고 본다.<sup>47)</sup>

한편, 소급효를 제한하되 헌법재판소법 제47조 제3항 단서와 같이 동일 조항에 대한 과거 합헌결정시점까지로 함이 타당하다는 견해가 있다.<sup>48)</sup> 헌법재판소가 단 한 번이라도 해당 형벌조항에 대하여 합헌결정을 내렸다면 최소한 그 시점까지는 위헌적 요소가 없었던 것으로 판단해야 함이 그 주된 논거이다. 그러나 합헌결정도 다양하므로, 위헌이라고 판단할 수 없으므로 합헌결정이 된 경우와 위헌이라는 견해가 지배적이지만 정족수가 모자라서 위헌이라고 판단할 수 없어서 합헌결정이 된 경우가 질적으로 같을 수는 없을 것이다.

입법적으로 해결해야 한다는 견해에 의하면, 소급효 여부는 입법정책의 문제이므로 명문의 규정이 없는 시점에서 기본권 제한과 직접 결부되는 소급효 제한을 해석으로 인정하기는 어렵다고 본다.<sup>49)</sup> 이는 재심청구권이라는 사법권리가 소급효의 시적 효력범위와 직접 결부되어 있음에도 불구하고 기본권을 법률이 아닌 해석으로 제한할 수 없다는 점, 소급효의 혜택에서 배제되는 자와 혜택을 받는 자 사이의 평등권 침해 문제, 후발적 위헌사유의 존재 시기를 해석으로 확정하기 어렵다는 점 등을 근거로 한다.

가장 중요한 점은 위헌결정 전에 존재하던 해당 법률조항에 대한 수범자의 신뢰보호의 문제라고 보여진다. 그리고 위헌결정의 소급효 문제가 사법정의의 구현과 맞물려 있다면 제정 시점까지의 소급효가 반드시 실질적 정의관념에 부합한다고 단정하기 어려울

---

으로 한정한다면 그 이후 후발적으로 발생하는 사정변경시점을 고려하지 않은 것으로써 “제·개정 시점과 사정변경시점 사이의 위헌성을 창조”하는 것이며 이는 기존의 위헌 여부를 확인하는 권한만을 보유한 헌법재판소의 권한 범위를 벗어나는 것이라고 비판한다.

- 47) 이와 관련하여서는 남복현, “형벌법규에 대한 위헌결정의 효력을 둘러싼 쟁점-위헌결정의 소급효 제한과 그 제한시점을 중심으로”, 공법연구 제43집 제1호, 한국공법학회, 2014, 246면 이하; 신현범, “형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효 제한 가능성”, 대법원관례해설 제88호, 법원행정처, 2011, 897면 이하.
- 48) 박진우, “형벌조항에 관한 위헌결정의 소급효에 대한 비판적 고찰”, 세계헌법연구 제17권 제2호, 2011. 419면 이하.
- 49) 서규영 외/ 헌법재판소법 제47조 제2항 단서의 개정에 관한 연구용역 보고서, 법무부 연구용역보고서, 2011, 31면 이하; 신현범, 앞의 논문, 907면 이하.

것이다.

#### 다. 시적 효력범위의 제한 가능성

소급효 제한의 필요성은 실질적 정의관념이 언제나 법적 안정성에 우위를 점하는 헌법정신인가의 문제와도 직결된다. 그리고 사정변경으로 인하여 생하는 후발적인 위헌성을 제정 입법 당시로 소급하여 일괄적으로 위헌이라고 판단함이 실질적 정의관념에 반드시 부합하는 것도 아니다. 뿐만 아니라 비형벌조항의 장래효에 대한 예외를 위헌결정을 통해 인정하고 있는 헌법재판소가 오로지 형벌조항의 소급효에 대해서만 예외를 결코 인정할 수 없다고 함이 법리적으로 타당한지도 확실치 않다. 여기에서는 소급효의 시적 효력범위의 제한이 가능하다는 점에 대한 몇 가지 논거를 제시함으로써, 그 제한가능성을 긍정하고자 한다.

첫째, 형벌조항에 대한 헌법재판소법 제47조 제3항은 소급효라는 효력만을 규정할뿐 효력의 시적 범위를 규정하지 않고 있어서 이는 해석( 또는 입법)에 맡길 수 밖에 없다. 그런데 비형벌조항에 대하여 동조 제2항이 장래효를 규정함에도 헌법재판소가 결정으로 해석을 통해 소급효를 제한적으로 인정한 것에 비추어 본다면, 반대로 형벌조항에 대한 동조 3항에서 소급효를 규정하였더라도 헌법재판소는 결정으로 이를 제한하는 해석을 할 수 있다고 보아야 할 것이다.

둘째, 형벌법규에 대한 소급효 제한 여부는 궁극적으로 헌법이 추구하는 ‘구체적 타당성 및 정의와 형평’ 등 헌법적 이념과 배치되는가 여부이다. 소급효의 제한이 실질적 정의관념에 부합하는가 또는 경우에 따라서는 실질적 정의관념을 추구하는 소급효가 오히려 구체적 타당성을 잃을 수 있지 않는가를 판단하여야 할 것이다.

셋째, 소급효의 시적 효력 범위의 제한은 위헌결정으로 인하여 동조 제4항에서 보장하는 재심청구권이 제한된다는 점에서 권리보장 및 평등원칙과 직결된다. 소급효의 범주 안에서만 재심청구를 함으로써 무죄판결을 받을 수 있는 자가 확정되기 때문에 어느 시점으로까지 소급효를 제한할 것인가는 누구에게 재심청구권을 보장할 것인가의 문제로 귀결되기 때문이다. 그러나 헌법재판소법 제47조 제3항 단서는 이미 과거에 동일 형벌조항에 대하여 합헌결정이 있었던 경우에는 해당 합헌결정 다음날부터 소급효가 인정된다고 보면서 재심청구권 자체를 부정하고 있지는 않다. 즉, 소급효가 어느 시점으로 시적

범위를 제한하는가와 관계없이, 그리고 과거에 해당 형벌조항에 대한 합헌결정이 있었는지 여부와 관계없이 위헌결정을 받은 해당 형벌조항으로 유죄의 확정판결을 받았던 자는 누구든지 재심청구권을 가진다. 다만, 소급효가 인정되는 시점 이후의 자는 재심청구에서 실체판결로서 무죄판결을 받을 수 있지만, 시적 효력범위가 미치지 않는 자는 재심청구를 할 수 있음은 물론이며 형식재판으로서 면소판결이 내려질 뿐이다. 물론 무죄판결과 면소판결은 법적 효력이 다르고, 형사보상의 대상 여부에서 차이가 있지만 확정력이 있는 재판을 통해 국가형벌권의 지배범위로부터 완전히 해방된다는 점에서는 평등하다.

마지막으로 소급효의 제한으로 인해 발생하는, 후속적인 형사보상에 있어서의 차등은 입법의 문제로서 양자 간에 최대한 격차를 해소할 것인가는 입법권자의 입법형성 또는 입법정책의 문제로 귀결된다고 볼 수 있다. 형사보상의 법적 성질에 관한 논의의 저변에는 기본적으로 사법기관의 오판으로 인한 개인의 기본권 보장 및 원상회복의 관념이 내재되어 있다. 그러나 국가기관의 오남용을 고의와 과실로 구분할 때, 재판작용에서의 오판은 과실 또는 무과실에 의한 경우가 대부분일 것이며, 보상범위 역시 입법정책으로 해결해야 하지 않을까 한다.

## 2. 무죄를 목적으로 하는 재심청구에 대한 헌법재판소의 제한 판단의 가능성

소급효를 후발적인 위헌요소 또는 사회가치관의 동적 변화를 고려하여 제한할 수 있다는 견해 또는 소급효의 제한을 정책적 문제로 귀결하고자 하는 주장이 설득력이 없는 것은 아니다. 앞서 소급효의 범주 안에서만 재심청구를 함으로써 무죄판결을 받을 수 있는 자가 확정되기 때문에 어느 시점으로까지 소급효를 제한할 것인가는 누구에게 재심청구권을 보장할 것인가의 문제로 귀결된다는 점을 살펴보았다. 이는 평등원칙에 따른 재심청구권의 보장에 관한 것으로, 항고나 재심과 같은 구제 또는 이의제기 절차가 반드시 누구에게나 보장되어야 할 권리인가를 우선 검토하여야 한다.

헌법재판소는 “어떤 사유를 특별항고사유로 정하여 특별항고를 허용할 것인가는 입법자가 법적 안정성과 법원의 업무부담 등을 고려하여 결정하여야 할 입법정책의 문제”<sup>50)</sup>라고 보았고, “재심을 청구할 권리가 헌법 제27조에서 규정한 재판을 받을 권리에 당연

50) 헌재결 2007. 11. 29, 2005헌바12.

히 포함된다고 할 수 없고 어떤 사유를 재심사유로 하여 재심이나 준재심을 허용할 것인가는 입법자가 확정된 판결이나 화해조서에 대한 법적 안정성, 재판의 신속, 적정성, 법원의 업무부담 등을 고려하여 결정하여야 할 입법정책의 문제<sup>51)</sup>라고 판시한다.

즉, 재심청구권이 헌법상 보장된 재판을 받을 권리로부터 당연히 도출되는 헌법상의 권리가 아닌 이상, 법률에 재심청구권자 또는 재심청구사유를 어떠한 방식으로 규정할 것인가는 평등원칙뿐만 아니라 법적 안정성과 실체적 진실발견이라는 실질적 정의의 비교형량, 그 밖에 형사절차의 이념으로서 신속한 재판의 원칙, 현실적인 법원의 업무부담 등을 종합적으로 고려하여 입법자의 입법적 결단으로 해결할 수 있다고 보아야 한다.

다만, 입법상으로 소급시점을 객관적 기준으로 명시하는 것이 가능함은 별론으로 하고, 면소판결이 아닌 무죄를 목적으로 하는 재심청구에 대한 헌법재판소의 제한 판단의 가능성이 있는가는 별개의 문제이다. 즉, 입법론적 해결이 아닌 해석상 제한의 여지가 있는지의 문제이다. 이미 비형벌조항에 대하여는 헌법재판소법상의 장래효 규정에도 불구하고 해석으로 소급효를 제한 인정하고 있기 때문에, 형벌조항에 대하여만 해석상 소급효를 제한함이 불가능하다고 한다면 그 자체에 모순이 발생한다. 다만, 어떠한 합리적인 사유로 소급효를 제한할 것인가는 헌법재판소의 과제일 것이다.

여기에서는 법해석 또는 논리상 형벌조항에 대한 해석에 의한 소급효의 제한이 불가능하지 않다는 점만 논하고자 한다. 다만 헌법재판소가 위헌결정을 함과 동시에 무죄의 구제가능성으로서 재심청구시점을 결정의 내용으로 할 때에도 그것이 이해관계인들의 권리보장의 격차를 최소화하면서도, 후속적으로 발생하는 위헌요소를 적확히 반영할 수 있도록 하여야 할 것이다. 이는 헌법재판소가 가지는 결정권한이라는, 헌법에 대한 최종적 해석권을 부여한 취지를 존중하는 것보다도, 형벌규정이 가지는 본질적인 속성으로서의 기본권침해작용과 국가에 의한 권리침해에 대한 기타의 구제수단과의 형평성, 국가의 권력작용에 대한 국민의 신뢰 등이 결정에 반영되어야 하기 때문이다.

### 3. 형벌조항의 위헌결정에 관한 미래효 또는 장래효 가능성

헌법재판소의 결정에 대하여 유독 형벌조항을 비형벌조항과 구분하여 소급효와 장래

51) 헌재결 1996. 3. 28, 93헌바27.

효로 상반되는 효력을 부여한 이유는 국가형벌권 행사에 있어서 실질적 정의실현의 우선성을 반영한 것이다. 그러나 이미 헌법불합치결정이라는 변형결정을 통해 제시한 것과 같이, 형벌조항이라고 하여 반드시 소급하여야만 정의가 실현되는 것은 아니다. 따라서 형벌조항의 위헌결정에 관하여 장래효 또는 장래의 어느 시점부터의 무효를 선언하는 것이 불가능하지는 않는지 검토할 필요가 있다.

우선, 형벌규정이라는 것이 반드시 위헌과 합헌의 일도양단의 면만 가지고 있는 것은 아니고, 경우에 따라서는 위헌적 요소와 합헌적 요소가 혼재되어 있을 수도 있다. 또한 위헌요소와 합헌요소가 혼재되어 있을 경우라도 어느 일부가 더 우위에 있음에도 불구하고 위헌요소가 존재하기 때문에 위헌이라고 결정할 수 밖에 없는 경우도 있다. 헌법재판소의 합헌결정은 반드시 합헌이기 때문에 합헌인 경우도 있지만 위헌이라고 선언할 수 없기 때문에 반사적으로 합헌이라고 해야 하기도 한다. 둘째, 형벌조항이라고 해서 반드시 모든 수범자의 기본권을 침해하는 것은 아니다. 어느 조항은 규범을 위반한 자의 권리보장을 위하여 상대적 최소침해를 규정하기도 하고, 반드시 일사부재리의 원칙이나 확정판결의 효력에 반하지는 않지만 국민의 법감정에 부합하지 않음으로 인하여 예외를 허용하기도 한다. 형법의 보장적 기능이 ‘범죄자의 마그나카르타’라는 별칭을 가지게 된 이유도 여기에 있다.

예컨대, 외국에서 형의 전부 또는 일부의 집행을 받은 자에 대한 형의 임의적 감면규정이 이중처벌금지의 원칙에는 반하지 않더라도 신체의 자유는 인간의 존엄과 가치를 구현하기 위한 모든 기본권의 전제조건이라는 점에서 최대한 보장해야 한다고 본 헌법재판소의 견해<sup>52)</sup>가 그 예이다. 이는 형사입법이 형사법의 기본원리에 반하지 않음에도 불구하고, 범죄자의 기본권도 최대한 보장하는 방향으로 국가형벌권의 실현과 국민의 기본권 보장의 요구를 조화시킬 것을 입법자에게 요청한 것이다.

따라서 형벌조항이라 하더라도 그 특수성을 감안하여 장래효 또는 미래효가 반드시 불가능하다고 할 것은 아니며, 이를 헌법재판소의 결정이라는 해석상의 문제로 남겨둘 것인지 입법정책의 문제로서 입법권자의 결단에 맡길 것인지는 해당 형벌조항의 특성을 고려하여 결정하여야 할 것이다.

52) 헌재결 2015. 5. 28, 2013헌바129(형법 제7조 위헌소원에서 외국에서 형의 집행을 받으 낮에 대한 임의적 감면조항에 관하여 헌법불합치 결정을 한 사례이다.)

## V. 마치며

국가형벌권은 국민의 기본권침해작용을 통해서만 실현될 수 있다는 점에서, 형벌조항과 형사절차는 헌법상 기본권과 직접 결부된다. 따라서 형법은 죄형법정주의를 천명하면서, 국가형벌권의 자의적 행사를 방지하고 수범자에게 유리한 해석을 허용함으로써 국민의 자유와 권리실현을 최우선의 과제로 삼고 있다. 그럼에도 불구하고 형벌조항으로 인하여 침해되는 일반적 행동자유권, 개별기본권 등이 위헌성 심사의 대상이 될 경우에는, 헌법재판소는 반드시 실질적 정의실현이라는 단 하나의 목적만을 고려하여 판단할 수 없는 것이 결정의 속성이자 헌법재판소의 기능이기도 하다.

여기에서는 이와 같은 헌법재판소의 결정과 관련하여 특히 형벌규정에 대한 헌법재판소 위헌결정의 효력을, 헌법재판소법 제47조 제3항이 비형벌조항과 분리하여 소급효로 규정한 점에 대한 함의를 살펴보았다. 그리고 형벌조항에 대한 헌법재판소의 위헌결정 및 그 효력에 관하여 허가형 위헌법률제청사건과 헌바형 위헌심사형 헌법소원을 분리하여 검토하였다.

허가형 위헌법률제청의 경우에는 위헌법률제청 후 헌법재판소 결정 이전에 법률이 폐지된 경우와 헌법재판소 결정 이전에 법률이 개정된 경우, 그리고 헌법재판소에서 해당 조항을 위헌결정한 경우 재심청구권 및 원심법원에서의 재판의 종류, 헌법재판소 한정합헌결정 이후 재심청구의 경우 및 해당 형벌조항에 대하여 과거에 합헌결정을 한 이후에 다시 위헌결정을 한 경우 등을 나누어 살펴보았다. 또한 헌바 위헌심사형 헌법소원사건의 경우에도 위헌소원 제기후 결정전에 법률이 폐지된 경우 재판의 전제성이 인정될 것인가의 문제 및 해당 법률의 폐지가, 대법원 판례의 견해인 동기설을 취할 경우 폐지된 법률 적용여부가 달라지므로 이에 대한 헌법재판소의 결정여부도 좌우되는지 여부를 살펴보았다. 그리고 헌법재판소의 위헌결정이 있는 경우, 위헌소원 제기 후 검사의 공소취소 등의 사정변경이 있는 경우 재판의 전제성 판단문제, 그리고 위헌소원 제기 후 공소사실의 적용법조가 변경된 경우나 공소장에 예비적 기재 또는 택일적 기재된 적용법조 중 일부가 위헌소원의 심판대상이 된 경우 재판의 전제성 판단 등에 관하여 검토하였다.

마지막으로 형벌조항의 위헌결정의 함의와 시적 효력과 관련하여, 시적 효력범위의 제한가능성 및 위헌결정의 효력으로서 무죄를 목적으로 하는 재심청구에 대한 입법정책

적 제한과 헌법재판소의 해석상의 제한 가능성에 대하여 논지를 전개하였고, 형벌조항이라 하더라도 그 속성에 따라 소급효가 아닌 미래효나 장래효 또는 제한적 효력이 가능한지 여부에 관하여 살펴보았다.

입법자의 광범위한 입법형성권에도 불구하고, 국민의 기본권침해를 본질로 하는 형벌조항에 대하여 그 위헌 여부가 헌법재판소에 의한 심사의 대상이 될 수 있어야 함은 물론이다. 그리고 실질적 정의관념과 법적 안정성이라는 헌법이념을 어떻게 반영하여 형벌조항에 대한 위헌결정의 효력을 정립할 것인가 역시, 궁극적으로는 국민의 기본권을 보장하고 법적 신뢰를 존중하는 방향으로 결정되어야 할 것이다. 여기에서는 형법 제1조의 시간적 적용범위와 관련하여 헌법재판소에서 위헌여부가 미치는 시적 범위와 그 효력에 관하여 살펴보고 해당 사안별로 문제점에 관하여 검토하였다. 최근 형벌조항에 대하여 적극적으로 의견을 개진하는 헌법재판소의 견해들이 형벌법규에 대한 해석과 입법권자의 형사입법의 기본방향에 부여하는 함의를 찾아내고 이에 대하여 보다 바람직한 방안을 모색하여야 할 시점에서 그 해석의 한 방안을 제시함에 본 논문의 의의를 두고자 한다.

## 참고문헌

### (단행본)

- 김유향, 기본강의 헌법, 윌비스, 2021
- 김현철, 형벌규정에 대한 위헌결정의 시적효력에 관한 연구, 헌법재판소, 2013
- 남복현, 헌법불합치결정의 현안, 한국학술정보, 2013
- 서규영 외/ 헌법재판소법 제47조 제2항 단서의 개정에 관한 연구용역 보고서, 법무부 연구용역보고서, 2011
- 이주원, 형사소송법, 박영사, 2020
- 이형국/김혜경, 형법총론, 법문사, 2021
- 한수용, 헌법학, 법문사, 2019
- 허완중, 한국 헌법에 따른 헌법재판소법 제47조 제3항의 해석, 헌법재판연구원, 2009

### (연구논문)

- 김경제, “위헌결정된 형벌법률에 대한 소급법리”, 유럽헌법연구 제16호, 유럽헌법학회, 2014/12
- 김현철, “형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효 제한- 헌재 2016. 4. 28. 2015헌바216결정 -”, 헌법재판연구 제3권 제2호, 헌법재판연구원, 2016
- 남복현, “형벌법규에 대한 위헌결정의 효력을 둘러싼 쟁점-위헌결정의 소급효제한과 그 제한시점을 중심으로-”, 공법연구 제43집 제1호, 한국공법학회, 2014
- 박진우, “형벌조항에 관한 위헌결정의 소급효에 대한 비판적 고찰”, 세계헌법연구 제17권 제2호, 세계헌법학회한국학회, 2011
- 손용근, “위헌결정에 대한 소급효가 미치는 범위에 관한 비판적 고찰”, 사법논집 제24집, 법원도서관, 1993
- 손인혁, “형벌규정에 대한 헌법불합치결정의 필요성과 허용성에 관한 연구”, 헌법학연구 제25권 제4호, 한국헌법학회, 2019
- 신현범, “형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효 제한 가능성”, 대법원판례해설 제88호, 법원행정처, 2011

- 장윤기, “헌법재판소에서 위헌으로 결정된 법률의 효력”, 사법행정 제34권 제6호, 1993/6
- 장진숙, “위헌결정 소급효제한의 범위에 관한 비판적 고찰 - 형벌조항을 중심으로 -”, 공법학연구 제14권 제1호, 한국비교공법학회, 2013/2
- 정준섭, “형벌법규에 대한 위헌·불합치결정의 효력”, 원광법학 제36집 제1호, 원광대학교 법학연구소, 2020/3
- 차승민/정준섭, “위헌결정을 받은 형벌법령이 적용된 형사사건의 재심이유 - 대법원 2013.4.18. 자 2010모363결정을 중심으로-”, 원광법학 제37집 제3호, 원광대학교 법학연구소, 2021/9
- 황우여, “위헌결정의 효력”, 헌법재판의 이론과 실제 - 금량 김철수 교수 화갑기념논문집, 박영사, 1993
- 황치연, “위헌결정의 시적 효력”, 헌법재판의 새로운 지평-이강국 헌법재판소장 퇴임기념논문집, 박영사, 2013

## The time-effective scope of the Constitutional Court's unconstitutional decision on the provisions of the Criminal Act

Kim, Hyekyung\*

The Constitutional Court took a very passive attitude in the examination of unconstitutionality against criminal law provisions on the grounds that the legislature has a very wide legislative right. Recently, however, he has actively expressed his opinion on the unconstitutionality of the criminal law clause, which was judged to be constitutional in the past, or has made a modified decision on whether the newly raised criminal law clause is unconstitutional.

The reason why the Constitutional Court in the past judged only criminal law provisions passively is that the state's right to punishment is a double infringement of the state's basic rights and at the same time implies state negligence due to the execution of unconstitutional criminal law provisions.

In this paper, we examined the effect of the Constitutional Court's unconstitutional decision on criminal law provisions in particular. In particular, Article 47(3) of the Constitutional Court Act says, "Any state or provision there is a closing to criminal punishment effectively retroactive: Provided, that where a decision of constitutional has priority in what case." The provision of "date on which the decision was made" is completely different from the provision of other legal provisions in paragraph 2 that are effective in the future. Here, the reasons for the difference in effect of paragraphs 2 and 3 were analyzed, and the specificity of the criminal law regulations and the meaning of the national right to punishment were examined.

In addition, the Constitutional Court's decision on unconstitutionality and its effect on the provisions of the Criminal Act were reviewed separately from the case of

---

\* Professor, College of Social Science, Keimyung University, Ph.D. in Law.

the constitutional law proposal and the constitutional petition for unconstitutionality examination.

In the case of a constitutional unconstitutional law proposal, the law was abolished before the Constitutional Court's decision, the Constitutional Court's decision on unconstitutionality, the right to request a retrial and the type of trial in the lower court, and the punishment. In the case of the Constitutional Court's unconstitutional review-type petition, we looked at whether the premise of the trial will be recognized if the law is abolished before the decision is filed, and whether the Constitutional Court decides to cancel the prosecution.

Finally, regarding the implications and poetic effect of the penal provisions, the argument was made on the legislative policy restrictions for acquittal and the interpretation of the Constitutional Court, not retroactive but future effects or restrictive effects.

❖ Key words: Constitutional Court Act, unconstitutional decision, constitutional nonconformity decision, time-effective scope, retroactive effect, nulla poena sine lege, constitutional petition, penal provisions, unconstitutional law proposal