

보도자료

초과 구금에 대한 형사보상을 규정하지 않은 형사보상법 사건

[2018헌마998 입법부작위 위헌확인;
2019헌가16 형사보상 및 명예회복에 관한 법률 제26조 제1항 위헌제청;
2021헌바167 형사보상 및 명예회복에 관한 법률 제26조 제1항 위헌소원]

[선 고]

헌법재판소는 2022년 2월 24일 재판관 6:3의 의견으로, ‘원판결의 근거가 된 가중 처벌규정에 대하여 헌법재판소의 위헌결정이 있었음을 이유로 개시된 재심절차에서, 공소장 변경을 통해 위헌결정된 가중처벌규정보다 법정형이 가벼운 처벌규정으로 적용법조가 변경되어 피고인이 무죄재판을 받지는 않았으나 원판결보다 가벼운 형으로 유죄판결이 확정된 경우, 재심판결에서 선고된 형을 초과하여 집행된 구금에 대하여 보상요건을 전혀 규정하지 아니한 ‘형사보상 및 명예회복에 관한 법률’ 제26조 제1항이 평등원칙을 위반하여 청구인들의 평등권을 침해하므로 위헌선언을 하되, 2023. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용을 명하는 헌법 불합치결정을 하였다. [\[헌법불합치\]](#)

이에 대하여는 위 조항이 헌법에 위반되지 않는다는 재판관 이선애, 재판관 이은애, 재판관 이종석의 반대의견이 있고, 일반적인 형사절차에서의 공소장 변경과 관련한 재판관 이미선의 법정의견에 대한 보충의견이 있다.



2022. 2. 24.
헌법재판소 공보관실

□ 사건개요

- 2018헌마998 사건의 청구인 한○○은 2007. 8. 21. 폭력행위등처벌에관한법률 위반(집단·흉기등상해)죄, 폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흉기등폭행)죄 등으로 징역 2년 6월을 선고받아 형 집행을 마쳤다. 그런데 헌법재판소는 2015. 9. 24. 2014헌마154등 사건에서, 구 ‘폭력행위 등 처벌에 관한 법률’(2006. 3. 24. 법률 제7891호로 개정되고, 2014. 12. 30. 법률 제12896호로 개정되기 전의 것) 제3조 제1항 중 ‘흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 형법 제260조 제1항(폭행), 제283조 제1항(협박), 제366조(재물손괴등)의 죄를 범한 자’에 관한 부분에 대하여 위헌결정을 선고하였다. 이에 따라 2016. 1. 6. 법률 제13718호로 개정된 ‘폭력행위 등 처벌에 관한 법률’에서는 위 제3조 제1항뿐만 아니라 이와 유사한 가중처벌 규정도 삭제하였고, 같은 날 법률 제13719호로 개정된 형법에는 위험한 물건을 휴대하여 상해죄를 범한 경우를 가중처벌하는 제258조의2(특수상해)가 신설되었다.

청구인에 대한 재심절차에서 검사는 재심대상판결 중, ① 각 폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흉기등상해)죄로 유죄판결이 선고된 부분에 대하여서는 공소사실은 그대로 유지한 채 죄명을 각 ‘특수상해죄’로, 적용법조를 각 ‘형법 제258조의2 제1항, 제257조 제1항’으로 교환적으로 변경하고, ② 폭력행위등처벌에관한법률 위반(집단·흉기등폭행)죄로 유죄판결이 선고된 부분에 대하여서는 공소사실은 그대로 유지한 채 죄명을 ‘특수폭행죄’로, 적용법조를 ‘형법 제261조, 제260조 제1항’으로 교환적으로 변경하는 내용의 공소장변경허가신청을 하였고, 법원은 이를 허가하였으며, 청구인은 2018. 4. 5. 특수상해죄, 특수폭행죄 등으로 징역 2년을 선고받아 확정되었다.

청구인은 ‘형사보상 및 명예회복에 관한 법률’(이하 ‘형사보상법’이라 한다) 제2조가 무죄 이외에 ‘재심절차에서 감형된 경우’를 형사보상 대상으로 규정하지 아니한 것이 자신의 기본권을 침해한다고 주장하면서 2018. 10. 2. 이 사건 헌법소원 심판을 청구하였다.

- 2019헌가16 사건의 당해사건 청구인인 강□□는 2005. 11. 10. 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(절도)죄 등으로 징역 2년을 선고받아 형 집행을 마쳤다. 그런데 헌법재판소는 2015. 2. 26. 2014헌가16등 사건에서 구 ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’(2010. 3. 31. 법률 제10210호로 개정된 것) 제5조의4 제1항 중

형법 제329조에 관한 부분에 대하여 위헌결정을 선고하였다. 이에 따라 2016. 1. 6. 법률 제13717호로 개정된 ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’에서는 위 제5조의4 제1항을 삭제하였다.

강□□에 대한 재심절차에서 검사는 재심대상판결 중 특정범죄가중처벌등에관한 법률위반(절도)죄로 유죄판결이 선고된 부분에 대하여 공소사실은 그대로 유지한 채 죄명을 ‘상습절도죄’로, 적용법조 중 ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의4 제1항’을 ‘형법 제332조’로 교환적으로 변경하는 내용의 공소장변경허가신청을 하였고, 법원은 이를 허가하였으며, 강□□는 2018. 5. 18. 상습절도죄 등으로 징역 1년 6월을 선고받아 확정되었다.

강□□는 ‘재심판결에서 선고된 징역 1년 6월의 기간을 초과하는 구금일수(6개월)에 대하여서는 형사보상이 인정되어야 한다’고 주장하면서 형사보상을 청구하였다가 기각되자 즉시항고를 하였는데, 항고심인 서울고등법원은 2019. 5. 1. 직권으로 형사보상법 제26조 제1항에 대한 위헌법률심판을 제청하였다.

- 2021헌바167 사건의 청구인 박△△은 2012. 10. 12. 특정범죄가중처벌등에관한 법률위반(절도)죄로 징역 1년 6월을 선고받아 형 집행을 마쳤다. 그런데 헌법재판소는 2015. 2. 26. 2014헌가16등 사건에서 구 ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’(2010. 3. 31. 법률 제10210호로 개정된 것) 제5조의4 제1항 중 형법 제329조에 관한 부분에 대하여 위헌결정을 선고하였고, 2016. 1. 6. 법률 제13717호로 개정된 ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’에서는 위 제5조의4 제1항을 삭제하였다.

청구인에 대한 재심절차에서 검사는 공소사실은 그대로 유지한 채 죄명을 ‘상습절도죄’로 변경하고, 적용법조 중 ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의4 제1항’을 ‘형법 제332조’로 교환적으로 변경하는 내용의 공소장변경허가신청을 하였고, 법원은 이를 허가하였으며, 청구인은 2019. 12. 13. 상습절도죄로 징역 1년을 선고받아 확정되었다.

청구인은 2020. 10. 7. ‘재심판결에서 선고된 징역 1년의 기간을 초과하는 구금일수에 대하여서는 형사보상이 인정되어야 한다’고 주장하면서 형사보상을 청구하고, 같은 날 형사보상법 제26조 제1항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나, 위 형사보상청구가 기각되고 위 제청신청이 각하되자, 2021. 6. 22. 형사보상법 제26조 제1항에 대하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

□ 심판대상

- 이 사건 심판대상은 ‘형사보상 및 명예회복에 관한 법률’(2011. 5. 23. 법률 제 10698호로 전부개정된 것) 제26조 제1항(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부 및 헌법에 위배되는지 여부이다.

[심판대상조항]

형사보상 및 명예회복에 관한 법률(2011. 5. 23. 법률 제10698호로 전부개정된 것) 제26조(면소 등의 경우) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에도 국가에 대하여 구금에 대한 보상을 청구할 수 있다.

1. 형사소송법에 따라 면소(免訴) 또는 공소기각(公訴棄却)의 재판을 받아 확정된 피고인이 면소 또는 공소기각의 재판을 할 만한 사유가 없었더라면 무죄재판을 받을 만한 현저한 사유가 있었을 경우
2. 치료감호법 제7조에 따라 치료감호의 독립 청구를 받은 피치료감호청구인의 치료감호사건이 범죄로 되지 아니하거나 범죄사실의 증거가 없는 때에 해당되어 청구기각의 판결을 받아 확정된 경우

[관련조항]

형사보상 및 명예회복에 관한 법률(2011. 5. 23. 법률 제10698호로 전부개정된 것) 제2조(보상 요건) ① 형사소송법에 따른 일반 절차 또는 재심(再審)이나 비상상고(非常上告) 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.

② 상소권회복에 의한 상소, 재심 또는 비상상고의 절차에서 무죄재판을 받아 확정된 사건의 피고인이 원판결(原判決)에 의하여 구금되거나 형 집행을 받았을 때에는 구금 또는 형의 집행에 대한 보상을 청구할 수 있다.

제4조(보상하지 아니할 수 있는 경우) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 법원은 재량(裁量)으로 보상청구의 전부 또는 일부를 기각(棄却)할 수 있다.

1. 형법 제9조 및 제10조 제1항의 사유로 무죄재판을 받은 경우
2. 본인이 수사 또는 심판을 그르칠 목적으로 거짓 자백을 하거나 다른 유죄의 증거를 만들으로써 기소(起訴), 미결구금 또는 유죄재판을 받게 된 것으로 인정된 경우

3. 1개의 재판으로 경합범(競合犯)의 일부에 대하여 무죄재판을 받고 다른 부분에 대하여 유죄재판을 받았을 경우

제26조(면소 등의 경우) ② 제1항에 따른 보상에 대하여는 무죄재판을 받아 확정된 사건의 피고인에 대한 보상에 관한 규정을 준용한다. 보상결정의 공시에 대하여도 또한 같다.

결정주문

- 형사보상 및 명예회복에 관한 법률(2011. 5. 23. 법률 제10698호로 전부개정된 것) 제26조 제1항은 헌법에 합치되지 아니한다. 위 조항은 2023. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.

이유의 요지

● 평등권 침해 여부(적극)

- 이 사건에서 문제되는 경우는 모두 원판결의 근거가 된 가중처벌규정에 대하여 헌법 재판소의 위헌결정이 있었음을 이유로 개시된 재심절차에서, 공소장의 교환적 변경을 통해 위헌결정된 가중처벌규정보다 법정형이 가벼운 처벌규정으로 적용법조가 변경되어 피고인이 무죄판결을 받지 않는 않았으나 원판결보다 가벼운 형으로 유죄판결이 확정됨에 따라 원판결에 따른 구금형 집행이 재심판결에서 선고된 형을 초과하게 된 경우이다.
- 청구인들은 재심절차에서 무죄판결을 선고받을 수 있었으나, 공소장의 교환적 변경이라는 소송법상 절차로 인하여 무죄재판을 받을 수 없게 되었다. 그러한 공소장 변경이 가능하였던 것은 기존 적용법조가 일반법인 형법규정의 구성요건 이외에 가중적 구성요건 표시의 추가 없이 법정형만 가중하는 위헌적인 특별법규정이었기 때문이다. 이때 재심절차에서 감형된 부분이 단순히 법관의 양형재량의 결과라고 단정할 수 없는 것은 죄형법정주의의 핵심이자 법관이 선고형을 결정하는 근간이 되는 형벌규정의 법정형 자체가 상이하기 때문이다. 그렇다면 적어도 원판결의 형 중에서 재심판결의 선고형을 초과하는 부분의 전부 또는 일부에 대해서는 위헌적인 법률의 적용과의 상관관계를 부인하기 어렵고, 그 상관관계가 인정될 경우 그 초과 부분은 무죄사유가 있던 부분에 대응하는 것으로 보아야 할 것이다. 이때 재심판결 확정 당시

아직 재심판결에서 선고된 형을 초과하는 구금이 이루어지지 아니한 상태라면 재심판결에서 선고된 형의 범위 내에서만 형 집행이 이루어짐으로써 구제받을 수 있을 것이나, 재심판결에서 선고된 형을 초과하는 구금이 이미 이루어진 상태라면 그 초과 구금은 위헌적인 법률의 집행으로 인한 과다 구금으로서 형사사법절차에 내재하는 위험으로 인하여 피고인의 신체의 자유에 중대한 피해 결과가 발생한 것으로 볼 수밖에 없다. 그럼에도 위와 같은 경우에 대하여 형사보상의 대상이 되지 않는다고 보는 것은 형벌규정에 관한 위헌결정의 소급효와 재심청구권을 규정한 헌법재판소법 제47조 제3항, 제4항의 취지에도 부합하지 않는다.

- 이 사건에서 문제되는 경우는 심판대상조항이 형사보상 대상으로 규정하고 있는 경우들과 본질적으로 다르다고 보기 어렵고, 다만 무죄재판을 받을 수 없었던 사유가 ‘적용법조에 대한 공소장의 교환적 변경’이라는 점에 차이가 있다.

그런데 공소장 변경 제도는 형벌권의 적정한 실현과 소송경제 도모라는 가치가 피고인의 방어권이 보장된 상태에서 이루어져야 한다는 취지에서 마련된 제도이지, 형사사법절차에 내재하는 위험의 결과로 이루어진 구금을 정당화하는 제도는 아니다. 형사사법기관이 피고인을 위한 비상구제절차인 재심절차에 이르러 공소장의 교환적 변경 등을 통해 무죄재판을 피하였다고 하더라도, 피고인이 그러한 형사사법절차 속에서 이미 신체의 자유에 관한 중대한 피해를 입었다면, 피고인 개인으로 하여금 그 피해를 부담하도록 하는 것은 헌법상 형사보상청구권의 취지에 어긋난다. 따라서 결과적으로 부당한 구금으로 이미 피고인의 신체의 자유에 관한 중대한 피해가 발생한 이상, 공소장의 교환적 변경을 통하여 무죄재판을 피하였다는 사정은 피고인에 대한 형사보상청구권 인정 여부를 달리할 합리적인 근거가 될 수 없다. 그럼에도 불구하고 심판대상조항이 이 사건에서 문제되는 경우를 형사보상 대상으로 규정하지 아니한 것은 불합리한 차별에 해당한다.

- 그렇다면 심판대상조항이 원판결의 근거가 된 가중처벌규정에 대하여 헌법재판소의 위헌결정이 있었음을 이유로 개시된 재심절차에서, 공소장 변경을 통해 위헌결정된 가중처벌규정보다 법정형이 가벼운 처벌규정으로 적용법조가 변경되어 피고인이 무죄재판을 받지 않는 않았으나 원판결보다 가벼운 형으로 유죄판결이 확정된 경우, 재심판결에서 선고된 형을 초과하여 집행된 구금에 대하여 보상요건을 전혀 규정하지 아니한 것은 현저히 자의적인 차별로서 평등원칙을 위반하여 청구인들의 평등권을 침해하므로 헌법에 위반된다.

● 헌법불합치결정의 필요성

- 심판대상조항에 대해서는 위헌결정을 하여야 할 것이나, 이에 대하여 위헌결정을 하여 당장 그 효력을 상실시킬 경우에는 심판대상조항이 형사보상 대상으로 규정하고 있는 다른 경우 역시 형사보상청구를 할 수 없게 되는 법적 공백상태가 발생할 수 있고, 위헌적인 규정을 합헌적으로 조정하는 임무는 원칙적으로 입법자의 형성재량에 속하는 사항이다. 따라서 입법자가 2023. 12. 31.을 시한으로 하여 심판대상조항을 개정할 때까지 심판대상조항의 계속 적용을 명하는 헌법불합치결정을 하기로 한다.

□ 반대의견(재판관 이선애, 재판관 이은애, 재판관 이종석)

- 입법자는 형사보상제도의 헌법정신과 국가재정 등 여러 사정을 고려하여 형사보상 대상을 구체적으로 정할 입법재량을 가지고, 이러한 입법재량은 형사보상제도의 헌법정신을 훼손하는 것이 아닌 이상 존중되어야 한다.
- 형사보상청구권은 국가가 형사사법절차를 운영함에 있어 ‘결과적으로’ ‘무고한 사람’을 구금한 경우 구금당한 개인에게 인정되는 권리이다. 청구인들에 대하여 일반 형법조항에 위반한 범죄의 증거가 있어 판결로써 형이 선고되었고, 판결의 주문과 이유 어디에서도 무죄의 판단이 이루어지지 않았으며, 원심절차와 재심절차의 공소사실이 완전히 동일하고, 죄수(罪數) 역시 동일하다는 점에서 이 사건의 경우 ‘결과적으로’ ‘무고한 사람’을 구금한 때에 해당한다고 볼 수 없다. 한편, 헌법재판소의 위헌결정으로 청구인들에 대한 원판결에 적용된 특별법 조항들의 효력이 소멸한 이상, 법조경합 관계로 인하여 원심절차에서 적용이 배제되었던 일반 형법조항을 적용하도록 재심절차에서 교환적으로 공소장을 변경하는 것은 국가형벌권의 적정한 행사를 위해 가능하고 필요하였으며, 헌법재판소의 결정 취지에도 부합한다. 이와 다른 공소장 변경의 경우를 가정하여 이 사건 청구인들이 실질적으로 무죄 재판을 받을 수 있었던 경우라고 볼 수 없다.
- 구체적인 사건에서의 양형은 법관이 다종다양한 양형사유를 두루 고려한 전체로서의 결과이고, 청구인들에 대한 감형이 가중처벌을 내용으로 하는 특별법 조항의 위헌성으로부터 비롯된 것이라고 단정하기 어려우며, 청구인들에 대한 재심판결에서 선고된 형을 초과하는 구금이 이미 이루어졌다고 하더라도, 그

초과 부분이 일반적인 형사소송절차에서 심급이 달라짐에 따라 발생할 수 있는 감형의 경우와 구분된다고 보기 어렵다.

- 따라서 이 사건에서 문제되는 경우는 심판대상조항이 형사보상 대상으로 규정하고 있는 경우들과 본질적으로 다르고, 실질적으로 형사보상이 요청되는 경우라고 볼 수도 없으므로, 심판대상조항이 평등권이나 형사보상청구권을 침해하여 헌법에 위반된다고 볼 수 없다.

□ **법정의견에 대한 보충의견(재판관 이미선)**

- 우리 헌법이 국가배상청구권에 관한 제29조보다 앞서 제28조에서 형사보상청구권을 규정한 것은, 국가의 형사사법절차에는 불가피하게 개인의 신체의 자유를 침해할 위험이 내재되어 있다는 한계를 인정하는 한편, 개인의 자유권을 보장·옹호하는 법치국가에서는 설령 적법한 형사사법작용일지라도 결과적으로 개인의 신체의 자유를 침해하였다면 사후적, 금전적으로라도 이를 정당하게 보상하는 것이 국가의 책무라고 보기 때문이다. 이처럼 헌법상 형사보상청구권은 국가의 형사사법작용의 정당성을 실질적으로 확보하고 개인의 신체의 자유라는 가치를 공고히 지키려는 헌법적 시도라는 점을 고려할 때, 헌법 제28조의 ‘무죄판결’은 외형상·형식상 무죄재판을 받은 경우뿐만 아니라 무죄재판을 받은 것과 실질적으로 동일시할 수 있는 경우까지 포괄하는 개념으로 해석하여야 한다.
- 대법원은 판결 이유에서 무죄로 판단된 경우에도 형사보상을 청구할 수 있다고 해석하고 있다. 따라서 공소장 변경 중에서도 ‘추가’ 형태에서는 판결 이유에서 무죄로 판단된 부분의 수사과 심리에 필요하였던 구금기간에 대하여 형사보상을 청구할 수 있는 길이 열려 있지만, ‘철회’ 또는 ‘변경’ 형태에서 기존 공소사실 중 철회된 부분의 수사과 심리에 필요하였던 구금기간에 대하여는 형사보상을 청구할 수 있는 길이 없다고 해석된다. 그러나 형사보상은 형사사법절차에 내재하는 불가피한 위험에 대하여 형사사법기관의 귀책사유를 따지지 않고 손실을 보상하는 것이라는 점에 비추어 볼 때, 양자 사이에 형사보상 가부를 좌우할 만한 차이가 있는 것은 아니다. 기존 공소사실에 무죄사유가 있었을 경우 공소장 변경 제도를 통하여 이를 적법하게 제거할 수 있었다고 하더라도, 무죄사유가 있었던 기존 공소사실의 수사와 심리에 필요하였던 구금기간 중에서 유죄에 대한 본형에 산입되고도 남은 구금

기간이 있다면, 외형상·형식상으로 무죄재판이 없더라도 무죄재판을 받은 것과 실질적으로 동일시할 수 있는 경우로서 형사보상청구의 대상이 되어야 한다.

□ 결정의 의의

- 이 사건은 원판결의 근거가 된 가중처벌규정에 대하여 헌법재판소의 위헌결정이 있었음을 이유로 개시된 재심절차에서, 공소장 변경을 통해 위헌결정된 가중처벌규정보다 법정형이 가벼운 처벌규정으로 적용법조가 변경되어 피고인이 무죄재판을 받지 않았으나 원판결보다 가벼운 형으로 유죄판결이 확정된 경우, 재심판결에서 선고된 형을 초과하여 집행된 구금에 대하여 보상요건을 전혀 규정하지 아니한 형사보상법 제26조 제1항에 대하여 위헌으로 판단한 최초의 결정이다.

다만 헌법재판소는 심판대상조항에 대하여 위헌결정을 하여 당장 그 효력을 상실시킬 경우에는 심판대상조항이 형사보상 대상으로 규정하고 있는 다른 경우 역시 형사보상청구를 할 수 없게 되는 법적 공백상태가 발생할 수 있고, 위헌적인 규정을 합헌적으로 조정하는 임무는 원칙적으로 입법자의 형성재량에 속하는 사항인 점을 고려하여, 입법자가 2023. 12. 31.을 시한으로 심판대상조항을 개정할 때까지 계속 적용을 명하는 헌법불합치결정을 하였다.

- 헌법재판소의 결정에 따라 향후 원판결의 근거가 된 가중처벌규정에 대하여 헌법재판소의 위헌결정이 있었음을 이유로 개시된 재심절차에서, 공소장 변경을 통해 위헌결정된 가중처벌규정보다 법정형이 가벼운 처벌규정으로 적용법조가 변경되어 피고인이 무죄재판을 받지 않았으나 원판결보다 가벼운 형으로 유죄판결이 확정된 경우, 재심판결에서 선고된 형을 초과하여 집행된 구금에 대하여 피고인들이 형사보상을 청구할 수 있는 길이 열릴 것으로 예상된다.
- 나아가 입법자는 이 사건에서 문제되는 경우뿐만 아니라 일반적인 형사절차에서 무죄재판을 받지 않았으나 공소장의 교환적 변경이 없었더라도 무죄재판을 받을만한 현저한 사유가 있었을 경우에 대하여 이를 형사보상 대상으로 규정할지 여부나 그 보상요건과 범위 등을 정할 입법재량을 가지므로, 향후 개선입법의 내용에 따라서는 이 사건에서 문제되는 경우뿐만 아니라 보다 폭넓은 범위에서, 외형상·형식상으로 무죄재판이 없다고 하더라도 형사사법절차에 내재하는 불가피한 위험으로 인하여 국민의 신체의 자유에 피해가 발생한 경우 형사보상을 청구할 수 있는 길이 열릴 가능성이 있다.