

소급효금지원칙과 판례변경의 소급효

- 형법 제16조(위법성의 착오)와 관련하여 -

임웅*·소재용**

I 서론	III 판례변경과 소급효금지원칙의 적용여부
1 시작하는말	1 학설 2 판례 3 소결
2 소급효금지원칙의 의의 및 근거	IV 판례변경과 위법성의 착오
3 소급효금지원칙의 적용범위	1 판례변경의 소급효와 형법 제16조의
II 형사법원에 의한 판례변경의	적용여부
의의 및 유형	2 판례변경과 금지착오에서의
1 판례변경과 소급효금지원칙의 적용문제	'정당한 이유'
2 판례변경의 유형 및 주요 사례	V. 맺음말

I. 서론

1. 시작하는 말

'법을 없으면 범죄 없고, 법을 없으면 형벌 없다'(nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege)는 짤막한 표어¹⁾로 대변되는 罪刑法定主義는 형법에 있어 단순히 빛 좋은 口號나 공허한 美辭麗句가 아니며, 법률의 이름으로 국가형벌을 정당화하기 위해 형법의 門前을 찬란하게 꾸며주는 裝飾品도 결코 아니다. 이것은 형법으로 하여

* 성균관대학교 법과대학 교수, 법학박사

** 성균관대학교 대학원 법학과 박사과정(형사법전공)

1) 이러한 라틴어 표어는 독일의 형법학자 A.v Feuerbach가 1801년에 출간된 그의 형법교과서에서 처음 사용한 것으로(Anselm v Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Penlichen Rechts, 10 Aufl., 1801, S 18), 죄형법정주의의 내용과 핵심사상을 간결하고도 함축적으로 표현하고 있다

금 일반국민과 범죄인의 自由의 人憲章(Magna Charta des friedlichen Staatsbürgers und Verbrechers)으로서²⁾ 그 (자유)보장적 기능을 최대한 발휘케 하는 실천적 기본 원리이며,³⁾ 오늘날 형사입법 및 형법해석을 지도·제약하는 형법의 최고원칙(oberster Grundsatz des Strafrechts)으로 확립되어 있다

인류가 쌓아온 法文化上 귀중한 遺産에 속하는이 죄형법정주의(Gesetzlichkeitsprinzip, Keine Strafe ohne Gesetz)란, '일정한 행위를 범죄로 하고 이에 대하여 일정한 형벌을 부과하기 위해서는 반드시 行爲時 以前에 명확하게 제정·공포된 成文의 法律을 필요로 한다는 원칙'을 의미한다.⁴⁾ 그리하여 이로부터 법률주의(lex scripta), 소급효금지의 원칙(lex praevia), 유추적용금지의 원칙(lex stricta), 명확성의 원칙(lex certa) 등 그 내용을 이루는 여러 구성원칙이 도출되며, 또한 오늘날 죄형법정주의의 現代的 意義에 발맞추어 법률의 내용까지도 문제삼는 적정성의 원칙이 그 실질적 내용으로서 새로이 논의되고 있다.

다만 이하에서 살펴볼 本稿에서의 논의대상은, 죄형법정주의의 내용을 이루는 여러 구성원칙 중에서 '소급효금지(Rückwirkungsverbot)의 원칙'과 관련하여 그 적용범위의 한계선상에서 논의되고 있는 여러 문제들 중 특히 형사법원에 의해 事後에 피고인에게 불리하게 變更된 判例의 경우에도 법률의 변경에 있어서와 마찬가지로 소급효금지의 원칙이 적용되는 것인지의 여부에 그 초점을 두고 살펴보기로 한다

2. 소급효금지원칙의 의의 및 근거

행위시에 아무런 범죄구성요건도 충족시키지 않는 행위를 事後立法(즉, 遡及立法)에 의해 소급적으로 범죄로 하거나, 또는 행위 당시의 처벌규정을 사후에 가중적으로 변경하여 소급적용하는 것을 금지하는 형법상의 원칙을 '遡及效禁止의 原則'(Der Grundsatz des Rückwirkungsverbots) 내지 '刑法不遡及의 原則'⁵⁾이라고 한다. 따라

2) F v. Liszt는 刑法典을 '범죄인의 마그나 카르타'라고 명명하였다(Franz v. Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd 2, 1905, S.80)

3) 죄형법정주의의 실천적 의의에 대해서는 김일수, 「한국형법 I [총론 I]」(개정판), 서울: 박영사, 1996, 179-180면, 同, "죄형법정주의(F)", 「대한변호사협회지」 제125호, 1987. 1, 37-38면 참조

4) 독일형법(StGB)은 그 첫머리인 제1조에서 이러한 내용의 죄형법정주의를 명시적·선언적으로 규정하고 있다

서 소급효금지의 원칙은 立法者로 하여금 불리한 소급입법을 하지 못하게 함과 동시에, 法院에 대해서도 후일 제정된 형벌법규를 그 이전의 행위에 소급적용하지 못하도록 구속하는 역할을 한다.⁶⁾ 즉, 立法者에게는 소급입법의 금지를, 法執行者에게는 소급적용의 금지를 의미한다. 대륙법계에서는 이 소급효금지의 원칙이 죄형법정주의의 파생원칙으로서 확립되어 있으나, 영미법계에서는 이것이 刑事事後法の 禁⁷⁾ (ex post facto law)로서 확립되어 있다.⁷⁾

현행법상의 근거규정으로서는 “범죄의 성립과 처벌은 行爲時의 法律에 의한다”고 하고 있는 형법 제1조 제1항과 “모든 국민은 行爲時의 法律에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니…한다”라고 규정한 헌법 제13조 제1항 前段이 이러한 소급효금지의 원칙을 명백히 선언하고 있다.⁸⁾⁹⁾

이러한 소급효금지의 원칙은, 범공동체에서 함께 생활하는 시민의 法的 ‘安定性’ 및 형법규범에 대한 豫測可能性과 信賴를 保護해주려는 法治國家理念에 그 주된 이론적 근거를 두고 있다.¹⁰⁾¹¹⁾ 즉, 행위시에 범죄가 되지 않는다고 신뢰한 행위자를 소급하

5) 형‘벌’불소급의 원칙이 아니라 형‘벌’불소급의 원칙이라는 용어가 정확한 것이다. 왜냐하면 소급효금지는 ‘법률’의 (시간적) 효력에 관한 것이지 형벌과 직결되지는 않는 것이기 때문이다.

6) A.Schonke/H.Schröder/(A.Eser), StGB(Kommentar), 26.Aufl., München C.H.Beck, 2001, §2 Rn.1; J.Wessels/W.Beulke, Strafrecht, AT, 31 Aufl., Heidelberg: C.F.Müller, 2001, S.12(Rn.48)

7) 이형국, 「형법총론」(제3판), 서울 법문사, 2003, 24면.

8) 통설의 입장이다. 이외는 반대로 형법 제1조 제1항이 형법의 시간적 적용범위에 관한 규정일 뿐 죄형법정주의에 관한 것은 아니라는 견해로는 강구진, “죄형법정주의와 직정절차의 원칙”, 「고시연구」1983. 5, 26면

9) 한편 獨逸의 경우에도, 독일형법(StGB) 제1조와 독일기본법(GG) 제103조 제2항이 “어떠한 행위이든 그것이 행해지기 이전에 그 可罰性이 法律로써 규정된 경우에만 처벌될 수 있다(Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde)”라고 하는 동일한 내용을 각각 규정하고 있고, 또 독일형법(StGB) 제2조 제1항에서는 “형벌과 그 부수효과는 行爲時에 유효한 법률에 의하여 정한다(Die Strafe und ihre Nebenfolgen bestimmen sich nach dem Gesetz, das zur Zeit der Tat gilt)”라고 하여, 소급효금지에 관한 明文의 규정을 두고 있다

10) H.H.Jescheck/T.Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5 Aufl., Berlin Duncker & Humblot, 1996, S.137, Horn/Samson/(H.J.Rudolph), SK-StGB(26 Lfg.), Bd.1(AT), 6.Aufl., Neuwied:Luchterhand, 2001, §1 Rn.7; Claus Roxin, Strafrecht, AT(Bd.1), 3.Aufl.,

여 처벌하거나, 그가 예측한 범위보다 더 불리한 처벌을 하여서는 법질서에 대한 국민의 일반적 신뢰와 행동의 자유를 보장할 수 없다는 인정의 취지 때문이다 또한 소급효금지의 원칙은 형사정책적으로 처벌의 공백이 발생한 위기상황에서 입법자 및 법집행자가 빠지기 쉬운 유혹을 차단·견제하기 위한 것이니 만큼,¹²⁾ 만약 이러한 동기에서 소급적으로 부과되는 형벌은 責任原則에 기초한 정당한 형벌이 아닐 뿐 아니라 (적극적) 一般豫防의 효과도 기대할 수 없다는 점에서 그 형사정책적 근거를 발견할 수 있다¹³⁾

3 소급효금지원칙의 적용범위

(1) 원칙적 적용범위와 그 例外

형법상 소급효금지의 원칙은 實體法上の 可罰性과 刑事制裁에 관한 일체의 요건 (Der gesamten Bereich des materiellen Strafrechts)에 관련하여 그 효력을 갖는다.¹⁴⁾ 따라서 행위가 있는 후에 새로운 구성요건을 신설하거나 형벌을 가중하는 사후입법의 소급적용은 물론이고, 實體法的인 犯罪과 刑罰에 관한 것인 한 위법성조각사유의 소급적인 폐지나 축소, 객관적 처벌요건이나 인적 처벌조각사유 등에 대한 불리한 소급변경, 그리고 형벌의 부수효과(선거권·피선거권·공무담임권 등 일정한 권리나 자격의 상실 등), 몰수, 자격상실 또는 자격정지, 선고유예 또는 집행유예의 요건 등을 행위자에게 불리하게 소급적으로 변경하는 것은 허용되지 아니한다¹⁵⁾

Munchen CHBeck, 1997, S.117(Rn.51), 김일수/서보학, 「새로 쓴 형법총론」(제9판), 서울 박영사, 2002, 60면; 이재상, 「형법총론」(제5판), 서울 박영사, 2003, 16-17면 등

- 11) 대법원도 소급효금지의 제도적 취지와 관련하여 다음과 같이 판시하고 있다. 즉, “헌법 제13조 소정의 형벌불소급의 원칙은, 범죄의 성립과 처벌을 행위시의 법률에 의하게 함으로써 사후법률에 의한 처벌을 금지하여 국민의 법적 안정성을 도모하려는데 그 목적이 있다”(대판 1995 7 28, 93도1977 同旨, 대판 1992 10 27, 92도2068)

- 12) 김일수/서보학, 앞의 책, 60면

- 13) A Schonke/H.Schroder/(A Eser), StGB(Kommentar), §2 Rn 1; 이재상, 앞의 책, 17면.

- 14) 김일수/서보학, 앞의 책, 60면, 서보학, “형사판례변경과 신뢰보호”, 「경희법학」 제34권 제1호, 경희대학교 경희법학연구소, 1999.12, 340-341면, H.H.Jescheck/T.Weigend, a a O, S 139, Claus Roxin, , a a O, S 118(Rn 53); J Wessels/W Beulke, a a O, S 12(Rn 48)

- 15) 이와 관련하여, 독일형법(StGB)은 제2조(시간적 적용범위) 제1항에서 “형벌과 그 부수효과는 行爲時에 유효한 법률에 의하여 정한다”라고 규정하고, 同條 제5항에서는 “제1항 내

이러한 소급효금지원칙은 刑事 實體法의 영역에서 원칙적으로 예외가 인정되지 않는 절대적인 원칙으로 확립될 필요가 있다.¹⁶⁾ 그러나 소급효금지원칙의 본래적 취지는 사후입법에 의한 '不當'한 처벌과 행위자에게 '不利'한 소급적용을 금지하는 것이므로, 피고인에게 '有利'한 방향으로 작용하는 경우에까지 이 원칙이 적용될 이유는 없다. 이러한 취지에서 형법도 제1조 제2항에서 "범죄후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하거나 刑이 舊法보다 輕한 때에는 新法에 의한다"라는 규정을 두고 있고, 同條 제3항에서는 "재판확정후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하는 때에는 刑의 집행을 면제한다"라고 규정하여, 범죄의 성립과 형벌의 종류·범위에 있어서 피고인에게 '有利'한 事後法의 소급효를 예외적으로 허용하고 있다.¹⁷⁾

(2) 적용상의 한계로서의 刑事判例變更의 문제

소급효금지원칙의 적용범위는 위에서 본 바와 같지만, 그러나 보다 구체적으로 논의할 심화시켜 보면 소급효금지의 적용범위를 둘러싸고 학설과 판례상 다툼과 논란이 많은 여러 한계문제가 존재하고 있다. 즉, ① 保安處分에 대한 적용여부의 문제,¹⁸⁾ ② 公訴時效 및 친고죄의 비친고죄화 등 소송법(절차법)적 규정에 있어서의 적용문제,¹⁹⁾ ③ 형사판례변경에 있어서의 적용문제,²⁰⁾ ④ 限時法에 있어서의 소급효(내지 추급효)의 인정문제,²¹⁾ 그리고 ⑤ 집단살해·인종학살 등 반인도적 범죄나 ⑥ 국가권력에 의해 조직적으로 자행되는 이른바 政權犯罪(예컨대, 舊동독에 있어서의 국경수

지 제4항의 규정은, 박탈(=수익몰수)·몰수 및 폐기에 관하여 이를 準用한다"고 하여, 이들에 대해 소급효금지의 원칙이 적용됨을 명시적으로 밝히고 있다.

16) 서보학, 앞의 논문(=「경회법학」), 341면. Vgl. BVerfGE 30, 367(385); 18, 429ff(439); 95, 96(131).

17) 독일형법(StGB) 제2조(시간적 적용범위) 제3항 및 제5항 참조

18) 대판 1997. 6. 13, 97도703 및 대판 1982. 2. 9, 81도2897, 1986. 10. 28, 86도1626, 1987. 2. 24, 86감도286 참조 또한 독일형법(StGB) 제2조(시간적 적용범위) 제6항 참조

19) 公訴時效에 관한 중요판례로서는 憲裁決 1996. 2. 16, 96헌가2, 96헌바7, 96헌바13(병합).

20) 이에 관한 판례로는 후술하는 대판 1999. 7. 15, 95도2870(전원합의제), 대판 1999. 9. 17, 97도3349.

21) 독일형법(StGB) 제2조(시간적 적용범위) 제4항 참조

비대에 의한 장벽사살사건²²⁾이나 정보기관에 의한 불법스파이행위²³⁾ 등)²⁴⁾에 대한 적용문제 등이 그 대표적인 한계사례로 거론되고 있다

다만 이하에서는, 위의 한계문제 가운데 최근 학계의 관심사로 부각되고 있는 형사 판례변경에 있어서의 소급효금지원칙의 적용문제(즉, ③의 문제)에 한정하여 논의를 전개하기로 한다는 점은 이미 앞에서 적어둔 바 있다.

II. 형사법원에 의한 판례변경의 의의 및 유형

1. 판례변경과 소급효금지원칙의 적용문제

행위 당시의 판례에 의하면 처벌되지 않는 행위였으나 그 후 판례가 이를 처벌하는 방향으로 변경된 경우와 같이, 행위 후에 피고인에게 불리하게 변경된 刑事判例 (Strafrechtsprechung)에 있어서 그 소급적 효력이 인정될 것인가에 관하여는 많은 논란과 견해의 대립이 있다. 즉, 소급효금지원칙에 관한 근거규정인 형법 제1조 제1항과 헌법 제13조 제1항에 있어서의 “行爲時의 法律”에 “行爲時의 判例”도 포함된다고 해석(또는 유추)할 수 있는지,²⁵⁾ 그리하여 피고인에게 불리한 “判例變更”의 경우에도 “法律變更”의 경우와 마찬가지로 소급효금지의 원칙이 적용되어 “행위시의 판례”에 따라야 하는지에 관하여 형법상 중요한 문제가 제기된다.

22) 독일에 있어서 이에 관한 이른바 ‘장벽경비판결’(Mauerschutzenurteil)에 대해서는 vgl BGHSt 39, 1=BGH, Urteil vom 3. 11. 1992, 5 StR 370/92(=BGH JZ 1993, S.202, 203; NJW 1995, S.2728, 2730), BVerfGE 95, 96(131)=BVerfG Beschl. vom 24. 10. 1996, 2 BvR 1851/94(=JZ 1997, 143ff.=NJW 1997, 929ff.).

23) 이에 관한 독일 연방최고법원(BGH) 및 연방헌법재판소(BVerfG)의 판결에 대해서는 vgl BGH, Urteil vom 30. 7. 1993, 3 StR 347/92(=BGHSt 39, 260ff.); BVerfG Beschl. vom 15. 5. 1995, Az. 2 BvL 19/91(=BVerfGE 92, 277ff.).

24) 이에 관한 상제는 안종택, “分斷國 統一과 형법적 과거청산정책의 법리에 관한 연구 - 남북한 형법 통합에 대비한 통일독일 모델의 비교법정책적 고찰”, 성균관대학교 법학석사학위논문, 2003.12, 22면 이하 참조

25) 이는 정확하게 말하면 ‘유추’(Analogie)에 해당할 수 있다. 그러나 이 경우 판례를 포함시키는 유추적용은 행위자에게 ‘有利’한 경우이므로, 이것이 반드시 유추적용금지에 반한다고는 보이지 않는다. 하지만 후술하는 바와 같이 죄형법정주의의 근본취지 및 명확성의 원칙, 형사법의 ‘法源’에 관한 법률주의(성문법주의), 그리고 판례의 법적 성격 등에 비추어 볼 때 크게 논란이 된다고 하겠다

이러한 判例變史의 소급효문제는 법이론적 측면에서는 ‘판례의 법적 성격’과도 불가분의 관계에 있는 것이지만,²⁶⁾ 아무튼 법원의 판례가 피고인에게 ‘유리’한 방향으로 변경되는 경우에는 이에 관해 어떠한 입장을 취하든 문제가 발생할 여지는 없다

따라서 ‘判例變史에 있어서의 소급효금지원칙의 적용문제’란, 형사법원이 종래의 판례와는 상반된 법적 견해를 취하여 피고인에게 ‘不利’하게 판례를 변경하면서 이를 현재 법원에 訴訟係屬(Rechtshangigkeit)중인 사건에 그대로 적용할 수 있는가의 문제, 즉 형사법원에 의한 ‘不利’한 판례변경과 소급효금지원칙과의 관계를 의미한다.²⁷⁾ 또한 여기서의 判例變史은 반드시 대법원 판례의 변경만을 지칭하는 것은 아니고 하급심의 판례변경도 당연히 포함하는 것이지만, 현실적인 논의대상으로 부각되고 있는 것은 주로 대법원 판례의 경우이다

2 판례변경의 유형 및 주요 사례

소급효금지원칙의 적용여부와 관련하여 문제되는 피고인에게 불리한 판례변경의 사례들은, 크게 보아 다음의 두 가지 유형으로 구분해 볼 수 있다.²⁸⁾

(1) 행위의 可罰性을 새로이 긍정하는 경우²⁹⁾

26) 장영민, “판례변경의 소급효(Ⅰ)”, 「법학논집」 제4권 제4호, 아화여자대학교 법학연구소, 2000.2, 39면; 정영일, 앞의 논문, 4면

27) 서보학, 앞의 논문(=「경희법학」), 337면.

28) 서보학, 앞의 논문(=「경희법학」), 342-345면, 정영일, “피고인에게 불리한 판례변경과 형법 제1조 제1항”, 「刑事判例의 研究(Ⅰ)·刑法」(志松이재상교수화갑기념논문집), 서울 박영사, 2003.1, 4-5면, 천진호, “피고인에게 불리한 판례의 변경과 소급효금지원칙”, 「刑事判例의 研究(Ⅰ)·刑法」(志松이재상교수화갑기념논문집), 서울 박영사, 2003.1, 14면, 하태영, “피고인에게 불리한 판례변경과 소급효금지의 문제”, 「경남법학」 제14집, 경남대학교 법학연구소, 1999.2, 168-180면, 同, “판례변경과 적극적 일반예방”, 「고시계」 제45권 제10호, 2000.10, 47-49면, 同, “적극적 일반예방의 관점에서 본 피고인에게 불리한 판례변경”, 「韓國 刑事法學의 새로운 地平」(柚一堂오선주교수정년기념논문집), 서울 형설출판사, 2001.2, 108-109면, 허일태, “피고인에게 불리한 판례의 변경과 소급효금지원칙”, 「형사판례연구(9)」, 형사판례연구회, 2001.6, 132-134면

29) 앞의 몇몇 문헌에서는 이에 해당하는 유형을 “(새로운) 범죄구성요건을 창설한 사례”로 이름지어 분류하고 있으나, ‘구성요건의 창설’은 이미 ‘立法’의 영역에 속하는 것이 아닌가 생각된다. 법원의 법해석인 판례는 기왕에 존재하는 범죄구성요건에 대한 해당성여부 즉,

판례변경의 첫째 유형은, 행위 당시의 판례에 의하면 처벌되지 않는 행위였으나, 그 후(즉, 행위시와 재판시 사이에 또는 당해사건의 재판시에) 법원이 새로이 可罰性을 인정하여 이를 처벌하는 방향으로 판례를 변경한 경우이다. 이의 유형은 주로 ‘행위주체’나 ‘행위객체’ 또는 ‘행위태양’(행위방법)과 관련하여 법원이 이들에 대한 인정범위를 종래보다 확장하는 태도를 취하는 경우에 생기며, 아래에 그 주요 사례를 예시해 본다(상세한 판결내용은 지면관계상 생략함).

가) 舊건축법 제57조의 兩罰規定이 위반행위의 이익귀속주체인 ‘業務上’에 대한 처벌규정임과 동시에 ‘行爲者’의 처벌규정이라고 입장을 변경한 대판 1999. 7. 15. 95도 2870(전원합의체)의 경우³⁰⁾

나) 타인의 사무를 처리할 의무의 주체가 ‘法人’인 경우 그 법인의 ‘대표기관’이 行任罪의 主體가 된다고 입장을 변경한 대판 1984. 10. 10. 82도 2595(전원합의체)의 경우

다) 1인 주식회사의 株主 겸 대표이사가 會社에 대한 관계에서(業務上) 背任罪의 主體가 될 수 있다고 입장을 변경한 대판 1983. 12. 13. 83도 2330(전원합의체)의 경우³¹⁾

라) 이른바 ‘복사문서’가 문서위조(형법 제231조) 및 동행사죄(형법 제234조)의 객체인 ‘文書’에 해당한다고 입장을 변경한 대판 1989. 9. 12. 87도 506(전원합의체)의 경우³²⁾

마) 제3자로부터 신분확인을 위하여 신분증명서의 제시를 요구받고 다른 사람의 ‘운전면허증’을 제시한 경우, ‘사용권한 없는 자의 용도에 따른 사용’으로서 공문서부정행사죄(형법 제230조)에 해당한다고 그 입장을 변경한 대판 2001. 4. 19. 2000도 1985(전원합의체)의 경우

바) 이 밖에도, ① 외국회사(United Video Network, Inc, 약칭 U.V.N.社)가 한국

행위의 가벌성여부를 판단하는데 그 역할이 제한되기 때문이다

30) 양벌규정의 해석 및 판례의 소급적용과 관련된 이 판결에 대한 상세한 검토는 구모영, “판례의 변경과 소급효금지원칙”, 「비교형사법연구」 제2호, 한국비교형사법학회, 2000.7, 172면 이하 참조.

31) 판례변경의 소급효문제 및 회사법이론(法人格否認論 등)과도 관련된 이 판결에 대한 상세한 평석과 비판은 김일수, “一人會社의 주주 겸 대표이사의 업무상 배임”, 「판례연구」 제4집, 고려대학교 법학연구소, 1986.12, 41-81면 참조

32) 현행형법 제237조의 2(복사문서 등) 참조

회사(한국미디어 주식회사)에 현물출자한 기자재와 관련하여 이 한국회사의 대표이사직에 있던 피고인이 그 기자재들을 한국회사가 그 외국회사로부터 수입한 것처럼 관계서류를 변조하거나 허위로 작성하여 제출하는 방법으로 은행으로 하여금 수입결제 대금으로 美貨(달러)를 미국으로 송금하게 하여 국외로 재산을 도피시킨 행위방식에 대해 종전의 불가벌적 태도를 바꾸어 새로이 가벌적 행위태양으로 판시한 대판 1999. 9. 17. 97도3349[특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(재산국외도피·업무상배임) 및 공문서변조·변조공문서행사]의 경우³³⁾와 ② 코높이키 미용성형 수술행위가 舊의 료법 제25조의 '의료행위'로서의 행위태양에 해당한다고 그 입장을 변경하여 판시한 대판 1974. 11. 26. 74도1114(의료법위반)의 경우를 이 유형에 해당하는 사례로 들 수 있다

(2) 가중된 형태의 범죄성립을 긍정하는 경우

판례변경의 둘째 유형은, 행위 당시의 종전판례보다 그 可罰性의 범위를 확장 내지 강화 하여 가중된 형태의 범죄성립을 인정하는 경우이다. 다음의 사례를 그 예로 들 수 있다.

가) 강도행위가 야간에 주거에 침입하여 이루어지는 특수강도죄의 실행의 착수시기에 관하여, 종전의 입장³⁴⁾과 달리 그 착수시기를 앞당겨 판시한 대판 1992. 7. 28. 92도917의 경우³⁵⁾³⁶⁾

33) 이 판결에 있어서의 보다 상세한 사실관계 및 소송경과에 대해서는 천진호, 앞의 논문, 11면 이하 참조

34) “형법 제334조 제1·2항 소정의 특수강도의 실행의 착수는 어디까지나 강도의 실행행위, 즉 사람의 반항을 억압할 수 있는 정도의 폭행 또는 협박에 나아갈 때에 있다 할 것이다”(대판 1991. 11. 22. 91도2296).

35) “판결내용· 형법 제334조 제1항 소정의 야간주거침입강도죄는 주거침입과 강도의 결합범으로서 시간적으로 주거침입행위가 선행되는 것이므로 주거침입을 한 때에 본죄의 실행에 착수한 것으로 볼 것인 바, 같은 조 제2항 소정의 흉기휴대·합동강도죄에 있어서도 그 강도행위가 야간에 주거에 침입하여 이루어지는 경우에는 주거침입을 한 때에 실행에 착수한 것으로 보는 것이 타당하다”

36) 다만 이 판례는 전원합의체판결도 아니고, 따라서 과연 대법원이 종전의 입장을 변경한 것인지의 여부는 분명하지 않은 점이 있다. 판례가 변경된 것이라고 보는 견해로는 김일수/서보학, 앞의 책, 65면, 서보학, 앞의 논문(=「경희법학」), 344-345면; 정영일, 앞의 논문, 4-5면, 하태영, 앞의 논문(=「경남법학」), 174-176면; 허일태, 앞의 논문(=「형사판

나) 합동범에 있어서의 '합동'의 의미에 관한 종전의 現場說의 입장을 완화하여, 현장 이외의 장소에서 가공한 자에 대하여도 합동범(즉, 합동절도)의 공동정범의 성립을 긍정한 대판 1998. 5. 21. 98도321(전원합의체)의 경우

(3) 獨逸에서 논의되는 대표적 사례

한편 獨逸의 경우에는, 판례변경의 소급효문제가 주로 독일형법 제316조(음주운전 금지)³⁷⁾상의 절대적 운전부적격상태의 천분을 한계(Promille-Grenze für absolute Fahruntüchtigkeit)를 표시해 주는 혈중알콜농도(Blutalkoholkonzentration)의 기준치에 대한 법원의 판례변경과 관련해서 논의되고 있다³⁸⁾ 즉, 음주운전자의 혈중알콜농도가 어느 정도일 때 당해조항에서 말하는 '차량을 안전하게 운행할 수 없는 상태', 즉 '절대적 운전부적격상태'(absolute Fahruntüchtigkeit)에 처해 있다고 판단하여 이를 규제할 것인지에 대해서는 법률에 명시적 규정이 없고, 따라서 법원이 대신 전문기관의 연구결과 등을 토대로 그 한계를 인정해 오고 있기 때문이다. 이에 관한 사례는 판례변경의 유형상으로는 위의 첫째 유형에 해당한다.

독일의 연방최고법원(BGH)은 1966. 12. 9자 판결³⁹⁾로써, 종래 독일형법 제315조의c 및 제316조상의 절대적 운전부적격의 한계치를 혈중알콜농도 1.5% °로 설정하고 있던 이전의 판례⁴⁰⁾를 불리하게 변경(강화)하여 이를 1.3% °로 낮추었고, 그리하여 종전에는 이 구성요건에 해당하지 않던 운전자(즉, 혈중알콜농도 1.3% ~1.5% °의

례연구(9)」), 133면

37) 독일형법(StGB) 제316조(음주운전금지, Trunkenheit im Verkehr)

① 알콜성음료(또는 기타 마취성약물)의 복용으로 인하여 차량을 안전하게 운행할 상태에 있지 아니함에도 불구하고 차량을 교통(제315조 내지 제315조의d)에 운행한 자는, 제315조의a(철도·선박·항공교통의 위태화) 또는 제315조의c(도로교통의 위태화)에서 그 刑을 규정하고 있지 아니한 경우에 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

② 前項의 행위를 과실로 야기한 자도, 제1항에 의하여 처벌한다

38) Winfried Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2 Aufl., München: C.H.Beck, 1990, S.264, H.Trondle/T.Fischer, StGB(Kommentar), 51.Aufl., München: C.H.Beck, 2003, § 1 Rn.17, 서보학, 앞의 논문(=「경희법학」), 345면; 하태영, 앞의 논문(=「경남법학」), 190면.

39) BGHSt 21, 157(167)(= JZ 1967, S.131).

40) BGH, Urteil vom 5. 11. 1953(= BGHSt 5, 168).

운전자)도 이후에는 同條의 구성요건에 해당되게 됨으로써, 이에 대한 처벌여부를 둘러싸고 불리하게 변경된 판례의 소급효문제가 소급효금지원칙의 적용문제와 관련하여 논란이 되었다.⁴¹⁾

그 후 1990. 1. 18 연방최고법원(BGH)은 독일보건청의 그간의 연구결과를 토대로 운전부적격의 판단지표인 혈중알콜농도의 기준치를 종전판례가 인정하고 있던 1.3% °에서 1.1% °로 재차 하향조정하였는데,⁴²⁾ 이에 따라 또 다시 같은 문제가 부각되었다

III. 판례변경과 소급효금지원칙의 적용여부

1. 학 설

(1) 적용긍정설(=소급효부정설)의 견해

먼저 소급효금지원칙의 적용을 긍정하는 견해는, 판례에 대해서도 일반국민의 規範的 信賴가 존재하고 또 이에 대한 국민의 豫測可能性과 法的 安定성을 보호해 줄 필요가 있으므로, 변경된 법원의 판례가 피고인에게 불리한 방향으로 소급적용되어서는 안된다는 장⁴³⁾이다. 독일학계의 소수설⁴⁴⁾의 입장이다.⁴⁵⁾

41) 장영민, 앞의 논문, 40면; 구모영, 앞의 논문, 187면 註 24, 하태영, 앞의 논문(=「경남법학」), 190면 참조

42) BGHSt 37, 89 mit Anm. Janiszewski NSTZ 1990, S 493; Horn/Samson/(H.J.Rudolphi), SK-StGB(26 Lfg.), §1 Rn.8

43) 배종대, 「형법총론」(제6판), 서울: 홍문사, 2001, 74면, 손해목, 「형법총론」, 서울 법문사, 1996, 61면, 신동운, 「형법총론」, 서울 법문사, 2001, 33면, 이영란, 「한국형법학(총론강의)」, 서울 숙명여자대학교 출판국, 2002, 37면, 이정원, 「형법총론」, 서울: 법지사, 2001, 38면, 이형국, 앞의 책, 24면, 정성근/박광민, 「형법총론」, 서울: 삼지원, 2001, 18면; 진계호, 「형법총론」, 서울: 대왕사, 1996, 82면, 강영철, 「죄형법정주의와 실질적 인권보장」, 「현대법학의 과제와 전망」(己南이중법교수정년기념논문집), 서울: 신양사, 1998, 227면, 하태영, 앞의 논문(=「경남법학」), 189-190면, 同, 앞의 논문(=「고시제」), 55면 이하; 同, 앞의 논문(=「韓國 刑事法學의 새로운 地平」), 114면 이하

44) Baumann/Weber, Strafrecht, AT, 9 Aufl., Bielefeld, 1985, §12 I 2a(S 124), Winfried Hassemer, a a O, S 263; Maurach/Zipf, Strafrecht, AT(Bd 1), 8.Aufl., 1992, §12 II Rn 8, A Schonke/H Schroder/ (A Eser), StGB(Kommentar), §2 Rn 9; Matthias Krah, "Fahruntüchtigkeit - Rückwirkende Änderung der Rechtsprechung und Art 103II GG",

적용공정설이 주장하는 논거들을 요약하여 보면, 대체로 다음과 같다.

첫째, 법원의 일관된 태도에 의하여 장기간 지속되어 온 확립된 판례는 이미 국민들 사이에 事實上 拘束力 있는 法規範으로 인식되고 있으며(즉, 사실상의 규범력, faktische Normenkraft), 따라서 法的 安定性和 豫測可能性이라는 관점에서 볼 때 일반국민의 이에 대한 信賴는 마땅히 保護해야 한다.⁴⁵⁾

둘째, 법관의 적극적인 법해석과 司法活動은 보장되어야 하지만, 한편으로 법관의 법형성은 법공동체에서 생활하는 시민의 법적 안정성과 규범수범자에 대한 신뢰보호의 원칙(Vertrauensschutzprinzip)이 지켜지는 범위 내에서 이루어져야 하며, 따라서 소급효금지원칙은 이러한 한계를 벗어나는 법원의 司法作用에 대한 통제장치의 역할을 한다.

셋째, 이미 확립된 판례를 예고없이 불리하게 변경하여 소급적용하는 것은 사실상 事後立法에 의한 소급처벌과 마찬가지로 피고인의 법적 신뢰 및 규범안정성을 해치게 되어 죄형법정주의의 기본정신에 반한다.

넷째, 추상적 법규범의 의미가 법원의 판결을 통하여 비로소 구체화되는 과정을 거친다면 판례는 법률을 보충하는 事實上의 立法作用(faktische gesetzesgleiche Wirkung)을 수행하는 것이며, 더구나 명확성이 결여된 법규정에 기인하여 불리한 방향으로 판례가 변경되었다면 소급효금지의 원칙은 적용되어야 한다.

다섯째, 법관의 법발견은 법률과 문제되는 事案 사이의 순수한 논리적·추론적 포섭과정으로만 볼 수 없고 법률 이외의 다양한 가치적 관점들이 동원되어 이루어지는 작업이므로, 법률과 법원의 판례는 함께 법상태를 창출하는 역할을 한다.⁴⁷⁾

여섯째, 법원의 판례도 시민에 대해 行爲準則으로서 기능하고 있으며, 법원에 의해 확립·유지되는 판례는 實質적으로 구체화된 규범의 형태로서 일반국민에게 인식되고 있다. 또한 경미한 법률의 변경보다 판례의 변경이 더 빈번히 그리고 더 강력하게 행

NJW 1991(Heft 13), S 809, Ulfnd Neumann, "Rückwirkungsverbot bei belastenden Rechtsprechungsänderungen der Strafgerichte?", ZStW 103(1991), S.331, Hans-Ludwig Schreiber, "Rückwirkungsverbot bei einer Änderung der Rechtsprechung im Strafrecht?", JZ 1973, S 718 usw

45) Horn/Samson/(H J Rudolph), SK-StGB(26 Lfg), § 1 Rn 8, 서보학, 앞의 논문(=「경회법학」), 348면; 정영일, 앞의 논문, 6면

46) 신동운, 앞의 책, 33면

47) H.L.Schreiber, a a O, S 716

위자를 불리하게 만들 수 있다⁴⁸⁾

일곱째, 우리의 법제가 비록 成文法主義를 취하고 있다고 하더라도, 현실적으로는 판례에 법규를 보충하는 기능이 인정되고 있고 또한 간접적·보충적 法源性이 인정되고 있기 때문에, 소급효금지원칙이 적용된다고 보는 것이 실질적 인권보장의 관점에서 타당하다⁴⁹⁾ 여덟째, 積極的 一般豫防의 관점에서 볼 때 피고인에게 불리한 판례변경의 소급효는 無意味(sinnlos)하다 적극적 일반예방의 사상적 핵심은 법규범에 대한 국민의 신뢰유지 및 강화에 그 초점이 있기 때문이다⁵⁰⁾

아홉째, 행위 당시 행위에 대한 규범적 금지가 없었다면 그 행위에 대해서는 법적 비난을 가할 수 없다는 責任原則은 형법상 포기할 수 없는 원칙이며, 판례변경의 경우에도 지켜져야 한다.⁵¹⁾

이상의 논거들에 의해 適用肯定說의 입장을 취하여 판례의 소급효를 부정하고 있는 이 견해는, 따라서 피고인에게 불리하게 판례가 변경된 경우 법원은 현재 소송계속중인 당해사건(즉, 과거의 사건)에 대해 이를 적용해서는 아니되며, 적어도 다음의 사건 또는 그 판결 이후에 발생하는 장래의 사건에서부터 적용할 것을 주장한다.⁵²⁾⁵³⁾ 즉, 법원은 당해사건에 대해서는 종전판례에 따라 판결하되, 변경된 새로운 견해를 판결 이유 중에 傍論으로 附記하여(이른바 ‘傍見을 통한 중간예고제’, obiter dictum) 향후 부터는 그 새로운 견해에 따라 판결한다는 것을 미리 변경예고(Änderungswarning)

48) 이정원, 앞의 책, 38면; Baumann/Weber, a. a. O, S.124

49) 강영철, 앞의 논문, 226-227면

50) 이러한 ‘적극적 일반예방’의 관점에서 형법 제1조의 근본적인 제검토 및 입법론적 개정이 필요하다는 견해로는 하태영, 앞의 논문(=「경남법학」), 189-190면, 196면 이하; 同, 앞의 논문(=「고시계」), 55면 이하; 同, 앞의 논문(=「韓國 刑事法學의 새로운 地平」), 114면 이하

51) Vgl. H.L.Schreiber, a a O, S 716(이에 대해서는 장영민, 앞의 논문, 43면 참조).

52) Vgl. Wilhelm Knittel, “Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung”, 1965, S.30ff.; H.L.Schreiber, a a O, S 717

53) 그러나 이러한 주장에 대해서는, 後述하는 바와 같이 적용부정설(=소급효금지설)의 입장에서부터 현행 소송법체계 및 법원조직법 제8조와 조화되지 않기 때문에 현실적으로 불가능하다는 비판이 제기되고 있다(서보학, 앞의 논문(=「경희법학」), 351면, 이재상, 앞의 책, 20면; 장영민, 앞의 논문, 44면, 정영일, 앞의 논문, 7면, 천진호, 앞의 논문, 17면 등. 또한 독일의 경우는 vgl U.Neumann, a a O, S 351ff., H.L.Schreiber, a a O, S.717, BGHSt 37, 89 mit Anm Janiszewski NSTZ 1990, S 493 usw)

함으로써 주의를 환기시킬 수 있다는 주장이다 그리고 이를 위하여 장래효만을 갖는 새로운 판결방식(예컨대, 이른바 ‘von-nun-an-Klausel’이나 영미법상의 ‘prospective overruling’ 등)의 도입을 주장한다.⁵⁴⁾

(2) 구분설(=제한적 소급효긍정설)의 견해

소급효금지원칙의 적용여부를 두 개의 영역으로 나누어 판단하는 구분설은, 판례변경이 법원의 法的 見解의 變更에 기인한 법창조활동(Akt der Rechtsschöpfung)에 해당하는 경우에는 신뢰보호를 위해 판례의 소급효가 금지되고, 반면에 단순히 客觀的 法狀況의 變更에 기인한 법해석 내지 법발견활동(Akt der Rechtsfindung)에 해당하는 경우에는 판례의 소급효가 인정된다는 절충적 입장의 견해⁵⁵⁾이다. 一分說로도 불리며, ‘제한적 적용부정설’이라고 할 수 있다 한편 이러한 구분설의 입장은, 마치 限防法의 효력에 관하여 우리 대법원이 취하고 있는 ‘동기설’의 입장과도 유사한 논리로 볼 수 있다.

구분설의 경우, 前者에 해당하는 例로서 1인회사의 주주 겸 대표이사가 회사에 대한 관계에서 (업무상) 배임죄의 주체가 될 수 있다고 한 판례변경⁵⁶⁾과 독일형법 제 316조(음주운전금지)와 관련된 혈중알콜농도측정 기준치에 대한 독일판례의 변경⁵⁷⁾을 거론하는 한편, 後者에 해당하는 例로서는 복사문서가 문서위조 및 동행사죄의 객체인 文書에 해당한다고 판시한 경우의 판례변경⁵⁸⁾을 들고 있다.⁵⁹⁾

54) Vgl. W Knittel, a a O, S.30ff, H L Schreiber, a a O, S.717.

55) 김일수, 「한국형법 I [총론上]」(개정판), 서울: 박영사, 1996, 187면; 同, 앞의 논문(=「판례연구」제4집), 78면; 同, “교사의 학생체벌권과 정당화사유”, 「판례연구」제3집, 고려대학교 법학연구소, 1984 12, 191면, 구모영, 앞의 논문, 186면 이하. 또한 하태훈, 「사례중심 형법총론」(전정판), 서울 법원사, 2002, 27면도 다소 불분명한 측면이 있기는 하지만, 이러한 입장으로 분류될 수 있다고 본다.

56) 대판 1983 12 13, 83도2330(전원합의체).

57) BGHSt 21, 157(167)(= JZ 1967, S.131); BGHSt 37, 89 mit Anm Januszewski NSTZ 1990, S.493

58) 대판 1989 9 12, 87도506(전원합의체).

59) 김일수, 앞의 책(=「한국형법 I [총론上]」), 187면

(3) 적용부정설(=소급효긍정설, 금지착오 유추적용설)의 견해

소급효금지원칙의 적용을 부정하는 견해는, '법률'만을 소급효금지의 대상으로 규정하고 있는 관련 법규정 및 소급효금지원칙의 본래적 취지를 고려할 때 '판례'의 변경은 이 원칙의 적용범위에 포함되지 아니하며, 따라서 피고인에게 불리한 판례변경의 경우에도 그 소급효가 긍정된다는 입장⁶⁰⁾이다. 독일학계의 다수설⁶¹⁾이 취하고 있는 입장이기도 하다⁶²⁾

적용부정설의 입장에서 주장하는 논거들을 요약하여 보면, 다음과 같다.

첫째, 형법 제1조 제1항과 헌법 제13조 제1항에서 규정하고 있는 소급효금지의 원칙은 본래 立法府에 의한 '법률'(實定法)의 변경에 적용되는 것이고, 司法府의 법해석인 '판례'의 변경에까지 적용될 것은 아니다.⁶³⁾

둘째, 판례는 구체적 사건에 대한 법적 판단에 지나지 않으므로, 우리 법제와 같은 成文法主義 아래서는 최고법원의 판례라고 하더라도 형법상 그 法源性이 인정되지 않으며,⁶⁴⁾ 따라서 일반적 구속력을 갖는 법률과는 구별된다.

셋째, 법원에 의한 새로운 법해석(즉, 판례의 변경)은 소급적인 처벌이 아니라 처

60) 김일수/서보학, 앞의 책, 65면; 박상기, 「형법총론」(제5판), 서울: 박영사, 2002, 31면; 손동권, 「형법총칙론」, 서울: 율곡출판사, 2001, 35면, 안동준, 「형법총론」, 서울: 학현사, 1998, 19면, 오영근, 「형법총론」, 서울: 대명출판사, 2002, 40면; 이재상, 앞의 책, 20면; 조준현, 「형법총론」(개정판), 서울: 법원사, 2000, 62면, 65면; 김신규, 「형법 제16조의 '정당한 이유'의 의미와 판례 검토」, 「형사법연구」 제15호, 한국형사법학회, 2001 6, 116면, 서보학, 앞의 논문(=「경회법학」), 349-351면, 심재무, 「소급효금지의 원칙」, 「경성법학」 제7호, 경성대학교 법학연구소, 1998 10, 116-117면, 정영일, 앞의 논문, 9-10면, 천진호, 앞의 논문, 19면 이하, 허일태, 앞의 논문(=「형사판례연구(9)」), 138면 이하(특히 141면)

61) H.H.Jeschek/T Weigend, a a O, S139; Harro Otto, Grundkurs Strafrecht, AT, 4 Aufl, Berlin: Walter de Gruyter & Co, 1992, S.24, Claus Roxin, , a. a O, § 5 Rn 61(S.121), Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11.Aufl, Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1969, §67 V 2 A a(S 461f), J.Wessels/W Beulke, a a O, § 2 Rn 51(S.12).Horn/Samson/(H.J.Rudolph),SK-StGB(26 Lfg),§1Rn 8,Jahnke/Laufhutte/Odersky/(G Gribbohm), LK-StGB(1 Lfg), 11.Aufl, Berlin Walter deGruyter & Co, 1992, § 2 Rn 38. H.Trondle/T.Fischer, StGB(Kommentar), 51.Aufl, Munchen: CHBeck, 2003, § 1 Rn 17 u.s.w.

62) Horn/Samson/(H.J.Rudolph), SK-StGB(26 Lfg), § 1 Rn.8; 서보학, 앞의 논문(=「경회법학」), 347면, 정영일, 앞의 논문, 8-9면; 천진호, 앞의 논문, 18면

63) 이재상, 앞의 책, 20면

음부터 이미 존재하고 있던 법률(또는 입법자)의 진정한 意思를 비로소 정확하게 인식해 내는 작업에 불과하다

넷째, 무엇이 일반국민에게 금지되어 있고 또 허용되어 있는가는 법률만이 결정할 수 있으며, 법원은 법률의 해석·적용을 그 본질적 임무로 삼는다

다섯째, 법관의 법해석은 법률조항에 대한 의미확인에 불과하며, 따라서 판례의 변경도 이러한 법해석의 변경을 의미할 뿐 법률조항 그 자체의 변경을 의미하지는 않는다⁶⁵⁾

여섯째, 변화하는 사회현실과 시대상황에 발맞춰 법률의 내용을 끊임없이 새롭게 형성하고 具體的 妥當性 및 正義의 요청을 실현하여야 하는 법원의 법발견(Rechtsfindung) 및 법형성(Rechtsfortbildung)의 과제에 충실해야 할 필요가 있다

일곱째, 법원의 해석이 종전의 先行判例에 엄격하게 구속된다고 하면, 이는 판결의 法에 대한 구속과 판결의 논증의무를 약화시킬 우려가 있으며,⁶⁶⁾ 결국 변경되어야 할 것으로 판단된 종전의 해석을 고정시키는 결과를 초래함으로써 법원에 의한 발전적 법형성을 가로막는 처사가 된다.⁶⁷⁾

여덟째, 법원은 재판시의 사건이 아닌 이미 발생한 과거의 사건에 대해 법적 판단을 내리는 것이므로 그 판결은 본질적으로 소급적이 될 수 밖에 없으며, 또한 법원에 의한 판례변경도 實定法 文言의 가능한 의미의 범위 내에서 행해져야 하는 속성상 실정법규의 개정보다는 예견가능성이 크고, 따라서 이에 대해 소급효를 긍정하더라도 시민의 법생활에 미치는 영향력은 법률의 개정만큼 중대하지 않다.⁶⁸⁾

아홉째, 판례의 소급효를 부정하는 적용긍정설의 입장에 충실할 경우, 상고심에서 종래의 판례를 변경하면서 이를 향후의 사건에서부터 적용하고 당해사건에 대해서는 종전의 판례에 따라 無罪를 선고하는 방식이 현행법 체계하에서 허용되지 않는다.⁶⁹⁾

열째, 소급효를 긍정하더라도 행위자가 변경전의(즉, 행위 당시의) 판례를 신뢰한 데 대한 보호는 위법성의 착오(금지착오)에 관한 형법 제16조에 의해서 해결이 가능

64) 대판 1999 7 15, 95도2870(전원합의체)의 소수의견(반대의견) 참조.

65) 대판 1999 7. 15, 95도2870(전원합의체); 대판 1999. 9. 17, 97도3349

66) 서보학, 앞의 논문(=「경회법학」), 346면

67) 천진호, 앞의 논문, 18면

68) 서보학, 앞의 논문(=「경회법학」), 347면, 정영일, 앞의 논문, 9-10면

69) 이재상, 앞의 책, 20면, 서보학, 앞의 논문(=「경회법학」), 351면

하다.⁷⁰⁾

종합해 보면, 이상의 논거들에 따라 소급효금지원칙의 適用否定說을 취하는 이 견해는, 피고인에게 불리하게 변경된 판례의 소급적용을 긍정하면서, 한편으로 종전의 판례를 신뢰한 데 대한 법적 보호를 위하여 禁il錯誤(형법 제16조)의 法理를 원용하는 입장을 취하고 있다.⁷¹⁾

2 판례

(1) 대법원판례의 입장

판례변경의 소급효문제와 관련하여, 우리 대법원은 최근 중요한 두 개의 판결을 연이어 선보이고 있다. 특히 舊건축법 제57조(兩罰規定)의 해석과 관련한 대판 1999. 7. 15, 95도2870(전원합의체)의 경우에는 이 문제를 놓고도 다수의견과 소수의견이 서로 양분된 채 대립하였고, 그 다수의견은 소급효금지원칙 適用否定說(즉, 소급효긍정설)의 입장을 분명히 하였다. 이러한 대법원의 입장은 곧이어 두 달 뒤에 나온 대판 1999. 9. 17, 97도3349에서 다시 한번 재확인되었다.

가) 대판 1999. 7. 15, 95도2870(전원합의체)(“부산영도아파트 不實施工事件判例”)

“판결내용: [다수의견] 형사처벌의 근거가 되는 것은 ‘법률’이지 판례가 아니고, 舊건축법 제57조에 관한 판례의 변경은 그 법률조항의 내용을 확인하는 것에 지나지 아니하여 이로써 위 법률조항 자체가 변경된 것이라고 볼 수는 없으므로, 행위 당시의 판례에 의하면 처벌대상이 되지 아니하는 것으로 해석되었던 행위를 판례의 변경에 따라 확인된 내용의 위 법률조항에 근거하여 처벌한다고 하여 그것이 형벌불소급의 원칙에 반한다고 할 수는 없다 할 것이다.

[소수의견(반대의견)] 형사법의 대원칙인 罪刑法定主義는, 범죄와 형벌은 법률로 정하게 하고 그러한 법률이 없으면 형벌을 부과할 수 없게 함으로써 국민의 법적 안

70) 김일수/서보학, 앞의 책, 65면; 이재상, 앞의 책, 20면 등

71) 그러나 소급효긍정설의 입장을 취하면서도 형법 제16조에 의한 해결에 대해서는 반대의견을 제시하는 견해도 있다(정영일, 앞의 논문, 9면). 또한 이 견해는 법원조직법 제7조 제1항 제3호의 규정(즉, “종전에 대법원에서 판시한 헌법·법률·명령 또는 규칙의 해석적용에 관한 의견을 변경할 필요가 있음을 인정하는 경우”에 대법원 전원합의체에서 심판권을 행사한다는 규정)을 우리 실정법상 판례변경의 소급효를 인정하는 明文의 근거규정으로 파악하고 있다(同, 앞의 논문, 10면)

정성을 보호하고 국민에게 예측가능성을 보장하여 국가 형벌권의 恣意的 行使로부터 국민의 자유와 권리를 보장하려는 법치국가적 형법의 기본원칙으로서, ... 우리 법제와 같은 成文法主義 아래서는 최고법원의 판례라고 하더라도 이것이 바로 법원(法源)이 되는 것은 아니지만, 실제의 법률생활에 있어서는 특히 최고법원 판례의 경우 事實上 拘束力을 가지고 국민에 대하여 그 행동의 지침을 부여하는 역할을 수행하는 한편, 당해사건을 최종적인 판단에 의하여 해결하는 기능 뿐만 아니라 법령해석의 통일이라는 제도적 기능도 아울러 가지고 있음을 고려할 때, 종래 대법원판례가 強硬추법의 양벌규정이 행위자 처벌의 근거규정이 될 수 없다고 일관되게 해석하여 옴으로써 국민의 법의식상 그러한 해석이 事實上 拘束力이 있는 법률해석으로 자리잡게 되었다고 할 수 있음에도 불구하고, 단지 다른 법률의 양벌규정과 해석을 같이 하려는 취지에서 국민에게 不利益한 방향으로 그 해석을 변경하고 그에 따라 위와 같은 대법원판례들을 소급적으로 변경하려는 것은, 형사법에서 국민에게 法的 安定性과 豫測可能性을 보장하기 위하여 소급입법금지의 원칙을 선언하고 있는 헌법의 정신과도 相容될 수 없는 것이다.”

나) 대판 1999. 9. 17, 97도3349[특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반

(재산국외도피·업무상배임) 및 공문서변조·변조공문서행사]⁷²⁾

“판결내용: 형사처벌의 근거가 되는 것은 ‘법률’이지 판례가 아니고, 형법조항에 관한 판례의 변경은 그 법률조항의 내용을 확인하는 것에 지나지 아니하여 이로써 그 법률조항 자체가 변경된 것이라고 볼 수는 없으므로, 행위 당시의 판례에 의하면 처벌대상이 되지 아니하는 것으로 해석되었던 행위를 판례의 변경에 따라 확인된 내용의 형법조항에 근거하여 처벌한다고 하여 그것이 헌법상 평등의 원칙과 형법불소급의 원칙에 반한다고 할 수는 없다.”

(2) 獨逸判例의 입장

불리한 판례변경에 대한 소급효금지원칙의 적용여부에 대해서, 獨逸의 판례⁷³⁾가 우리 대법원의 경우와 마찬가지로 適用否定說(즉, 소급효긍정설)의 입장을 취하고 있

72) 이 판결의 사실관계 및 소송경과에 대해서는 천진호, 앞의 논문, 11면 이하 참조

73) BVerfGE 18, 240(244), BVerfGE 74, 102(=NStZ 1990, S 537; NJW 1990, S 3140), BGHSt 21, 157, BGH VRS 32(1967), 229f., OLG Karlsruhe NJW 1967, S 2167 u s w

다는 데에 췌論이 없다.⁷⁴⁾ 즉, 법해석의 변화에 기인하는 '판례의 변경'은 독일형법 제2조 제3항이 의미하는 '법률의 변경'에 해당하지 않으며, 따라서 그 점에 의하여 소급효금지원칙(독일형법 제2조 제1항) 및 輕한 법의 원칙(독일형법 제2조 제3항)은 불리한 판례변경의 경우에는 적용되지 않는다는 입장이 연방최고법원(BGH) 및 연방헌법재판소(BVerfG)의 견해이다.⁷⁵⁾

그런데 獨逸의 이러한 판례들⁷⁶⁾은, 이미 앞에서 언급한 바와 같이 주로 독일형법 제316조(음주운전금지, Trunkenheit im Verkehr)상의 절대적 운전부적격상태(absolute Fahruntüchtigkeit)를 판단하는 혈중알콜농도(Blutalkoholkonzentration)의 기준치 인하에 대한 연방최고법원의 판례변경과 관련하여 도로교통의 분야에서 생겨난 것들이다. 연방헌법재판소도, 이 경우 혈중알콜농도의 기준치를 피고인에게 불리하게 낮춘 변경된 판례를 법원이 소급하여 그 이전의 사안에 적용하더라도, 이것이 독일기본법 제103조 제2항의 소급효금지원칙에 위배되지 않는다고 판시하였다.⁷⁷⁾

또한 고등법원(OLG)의 판례 중에는, 이처럼 혈중알콜농도의 기준치를 事後에 불리하게 변경한 판례를 당해사건의 피고인에게 소급적용하는 경우 禁止錯誤(Verbotsirrtum, 독일형법 제17조)에 해당할 수 있다고 판시한 것이 있어,⁷⁸⁾ 특히 주목을 끈다.

3. 소 결

이상에서, 판례변경의 소급효문제와 관련한 여러 학설과 우리 대법원 및 독일 판례의 입장을 그 주장의 논거들과 함께 자세히 살펴보았다. 학설간의 타통이 심하지만, 각각의 견해가 주장하는 다양한 論據들은 동시에 다른 견해에 대한 반론(비판)으로 제시될 수 있는 만큼, 또한 각 학설간의 주장내용이 서로 연관되어 있기도 하다.

이 가운데 우선 구분설에 대한 비판으로는, 판례변경이 법관의 법창조활동인가 법

74) Jahnke/Laufhütte/Odersky/(G.Gribbohm), LK-StGB(1.Lfg.), § 2 Rn.38; Horn/Samson/(H.J.Rudolph), SK-StGB(26.Lfg.), § 1 Rn.8.

75) Jahnke/Laufhütte/Odersky/(G.Gribbohm), LK-StGB(1.Lfg.), § 2 Rn.38.

76) 특히 Vgl. BGHSt 21, 157(167)(= JZ 1967, S.131); BGH VRS 32(1967), 229f., OLG Karlsruhe NJW 1967, S.2167 u.s.w.

77) BVerfG, Beschl. vom 23. 6. 1990, 2 BvR 752/90 = NJW 1990(Heft 49)("Promille-Grenze für absolute Fahruntüchtigkeit"), S.3140.

78) OLG Karlsruhe NJW 1967, S.2167 이에 대해서는 구모영, 앞의 논문, 187면 註 24 참조

해석 활동인가를 구별하기 어렵다는 점 외에, 법원이 피고인에게 불리한 법창조활동을 한다는 것은 피고인에게 불리한 유추적용을 하는 것과 다름 없으므로, 이는 판례 변경의 소급효문제가 아니라 애당초 유추적용금지원칙에의 위배여부를 검토할 문제라는 점을 적시하여 둔다.

또한 오늘날 우리의 법현실에서 법원의 판례, 특히 확립된 대법원판례가 차지하는 중요성과 실질적 의미에 비추어, 이러한 판례가 사실상의 규범력을 지니고 行爲準則으로 기능하는 측면을 무시할 수 없는 것도 사실이다. 바로 이러한 근거에서 판례에 대한 일반국민의 規範的 信賴 및 豫測可能性과 法的 安定性을 확보하기 위하여 판례 변경의 소급효를 제한하고자 하는 적용공정설(즉, 소급효부정설)의 견해나, 같은 입장을 취하는 前述의 대법원의 소수의견(반대의견)에도 특히 경청할 대목이 적지 않음을 이 기회에 강조하여 둔다

그러나 이 문제를 보다 정밀하게 검토하여 보면, 무엇보다도 죄형법정주의의 근본 정신에 더욱 충실할 필요가 있다고 생각된다.⁷⁹⁾ 즉, 형사법의 대원칙인 죄형법정주의가 본래 범죄와 형벌은 '법률'로 정하게 하고 그러한 '법률'이 없으면 형벌을 부과할 수 없게 함으로써 국민의 법적 안정성을 보호하고 국민에게 예측가능성을 보장하여 국가 형벌권의 恣意的 行使로부터 국민의 자유와 권리를 보장하려는 법치국가적 형법의 기본원칙임⁸⁰⁾을 상기할 때, 법원의 법해적인 '판례'가 형사법의 法源(Rechtsquellen)인 '법률'이 될 수는 없다고 함이 타당하다.⁸¹⁾ 이것이 바로 죄형법정주의의 기본원칙상 관습형법금지를 그 실질로 하는 '법률주의'(성문법주의)의 한 취지이며, 우리 형법 제1조 제1항과 헌법 제13조 제1항도 "행위시의 법률"로 규정함으로써 '법률'만이 소급효금지의 대상임을 분명히 명시하고 있다. 따라서 판례변경의 소급효를 부정하는 별도의 규정을 신설하지 않는 한, 明確性의 原則에 비추어 보더라도⁸²⁾

79) 허일태, 앞의 논문(=「형사판례연구(9)」), 138면 참조.

80) 이러한 표현은 앞에서 본 대판 1999. 7. 15, 95도2870(전원합의체)(“부산영도아파트 不實施工事件判例”)의 소수의견이 제시한 내용을 그대로 옮겨 적은 것이다

81) 이와 관련하여 “상급법원의 재판에 있어서의 판단은 ‘당해사건에 관하여’ 하급심을 기속한다”는 법원조직법 제8조의 규정도, 단지 破棄還送事件의 판결에서 상급법원이 행한 법적 판단에 하급심법원이 기속된다는 것을 의미할 뿐이므로(권영성, 「新版 헌법학원론」, 서울 법문사, 1997, 953면), 이것이 판례의 法源性에 대한 근거가 될 수는 없다고 본다

82) “형사법의 대원칙인 罪刑法定主義는, ·· 국가 형벌권의 恣意的 行使로부터 국민의 자유와 권리를 보장하려는 법치국가적 형법의 기본원칙으로서, 그 내용의 하나인 明確性의 原則은 형벌법규의 해석은 가능한 한 엄격하게 하여야 한다는 법률해석의 원리라고도 할 수 있

소급효금지의 원칙은 立法府에 의한 ‘법률’(實定法)의 변경에 대해서 적용되고, 司法府의 법해석인 ‘판례’의 변경에까지 적용될 것은 아니라고 할 것이므로,⁸³⁾ 適用否定說(즉, 소급효긍정설)의 입장이 타당하다고 본다.

다시 말해 소급효금지의 원칙이란 형법의 시간적 적용범위에 관한 ‘행위시법주의’를 천명한 것이니 만큼,⁸⁴⁾ 형법 제1조 제1항은 ‘行爲時法+義’를 규정하고 있는 것이지 ‘行爲時判例+義’를 규정하고 있는 것은 아니라고 하겠다. 즉 판례의 변경이 있더라도 어디까지나 ‘행위시의 법률’에 근거한 것이니 만큼, 판례의 소급효를 긍정하더라도 이것을 ‘소급효금지’나 ‘행위시법주의’의 원칙에 반하는 것은 아니라고 본다 좀 더 첨언하면, 법원이 구체적인 사례에서 立法者의 올바른 意思를 탐구하고 具體的인 止義의 요청을 실현하는 작업은 필연적으로 법원 자신의 견해수정, 즉 판례변경의 가능성을 전제하지 않을 수 없고, 그렇다면 국민들은 법이 설정해 놓은 테두리 안에서 이러한 법원의 견해는 언제든지 바뀔 수도 있는 유동적·가변적인 것임을 염두에 두어야 할 것이며, 따라서 변경된 판례의 소급적용에 따르는 불이익은 부득이하지만 스스로 甘受(Hinnehmen, In-Kauf-Nehmen)할 수 밖에 없는 것으로 이해해야 할 것이다.⁸⁵⁾

다만 이와 같이 소급효긍정설의 입장에 서는 경우에도, 다음 단계에서 행위자가 행위시(즉, 변경전)의 판례를 신뢰한 데 대한 법적 보호방안이 한편으로 필요하게 되는데, 이 문제는 일단 위법성의 착오(금지착오)에 관한 형법 제16조에 의해서 해결이 가능하다고 보지만, 이하에서 좀 더 살피기로 한다.

다"(대판 1999 7 15, 95도2870(전원합의체)의 소수의견)

83) 이제상, 앞의 책, 20면; 허일태, 앞의 논문(=「형사판례연구(9)」), 141면. 달리 표현하면, 법원의 恣意的 法適用을 미연에 방지하기 위한 원칙으로서 불가피한 소급효금지원칙을, 이번에는 법원의 恣意的 判決(법해석)을 막기 위해서 이에 대해 소급효금지원칙의 준수를 요구하는 것은 비논리적인 것으로도 보인다(허일태, 앞의 논문(=「형사판례연구(9)」), 141면)

84) 서보학, 앞의 논문(=「경희법학」), 338면.

85) 김일수/서보학, 앞의 책, 65면, 서보학, 앞의 논문(=「경희법학」), 350면.

IV. 판례변경과 위법성의 착오

1. 판례변경의 소급효와 형법 제16조의 적용여부

(1) 적극설(=금지착오 유추적용설)의 입장

前述한 바와 같이 판례변경의 소급효를 인정하는 소급효긍정설의 입장에서는, 변경된 판례의 소급적용에 따른 피고인의 불이익 구제와 신뢰보호의 문제는 禁II 錯誤(형법 제16조)의 법則을 원용함으로써 그 해결이 가능하다고 한다.⁸⁶⁾⁸⁷⁾ 즉, 소급효를 긍정하더라도 행위자가 변경전의(즉, 행위 당시의) 판례를 신뢰한 경우에는 자신의 행위가 법적으로 허용되는 것으로 誤認하게 되고, 따라서 행위자에게 ‘위법성의 착오’(금지착오)가 발생하게 되어 결국 형법 제16조의 문제가 되는데, 이 때 변경전의 판례에 대한 행위자의 신뢰는 同條에 있어서 ‘誤認에 정당한 이유’가 될 수 있다고 한다. 그리하여 이 ‘정당한 이유’의 유무에 따라 그 責任이 조각되거나 감경될 수 있다고 한다(責任說의 입장).

(2) 적극설에 대한 反論의 주장

위의 적극설(내지는 금지착오 유추적용설)의 입장에 대해서는, 그러한 해결방법이 우리 형법상 적절한 것이 되지 못한다는 일부의 反論(비판)이 있다.

적극설에 대한 첫째의 反論으로는, 금지착오에 관한 독일형법(StGB) 제17조의 경우에는 “不法을 행함(das Unrecht zu tun)을 통찰하지 못하였을 경우”라고 규정함으로써 판례변경의 소급효의 경우를 금지착오의 문제로 볼 여지도 있으나, 이에 관한 우리 형법 제16조는 “법령에 의하여 죄가 되지 아니하는 것”으로 못박고 있기 때문에 이 ‘법령’에 판례를 포함시킬 수 없는 문제점이 있다고 주장한다.⁸⁸⁾ 또한 금지착오를

86) 김일수, 앞의 논문(=「판례연구」 제4집), 76-77면, 김일수/서보학, 앞의 책, 65면, 434면, 이재상, 앞의 책, 20면, 336면; 서보학, 앞의 논문(=「경회법학」), 351면, 천진호, 앞의 논문, 19면 이하; 허일태, 앞의 논문(=「형사판례연구(9)」), 139면 등 또한 vgl. HH Jescheck/T Weigend, a. a. O., S. 139(Fn.6) u.s.w.

87) 이와는 달리 소급효긍정설의 입장을 취하면서도 형법 제16조에 의한 해결에 반대의견을 제시하는 견해(정영일, 앞의 논문, 9-10면)에 대해서는 前述한 바 있다

88) 배종대, 앞의 책, 74면; 구모영, 앞의 논문, 187-188면, 하태영, 앞의 논문(=「경남법학」), 189-190면, 同, 앞의 논문(=「고시계」), 55-56면; 同, 앞의 논문(=「韓國 刑事

인정하더라도 규범과 규범내용의 문제는 해결된 것으로 간주하고 우회하여 범죄체계의 책임단계에서 비로소 責任의 배제를 인정하는 것으로는 충분하지 않다고도 한다.⁸⁹⁾

그리고 적극설에 대한 또 다른 反論으로서, 然則錯誤의 理論은 법원이 당해사건에 관하여 종전의 판례를 변경하는지의 여부와는 관계없이 행위자의 종전판례에 대한 신뢰에 대하여 형법 제16조의 적용이 가능한지에 대한 판단을 하는 것이므로, 이 판례 변경의 소급효문제와는 기본적으로 無關한 理論이라는 의견이 있다.⁹⁰⁾ 그리하여 또한 판례변경의 문제는 행위자가 종전판례의 내용에 관하여 알고 있었는지의 여부와는 관계없이 소급되는 것이라고 한다.⁹¹⁾

(3) 소 결(反論에 대한 反論)

가) 주지하는 바와 같이, ‘위법성의 인식’이라 함은 자신의 행위가 法秩序에 違反하여 허용되지 않는다는 행위자의 인식을 말하며, 따라서 위법성인식의 ‘대상’은 위반하게 될 구체적인 형벌규정이나 범죄구성요건 그 자체가 아니다. 즉, 단지 자신의 행위가 共同體의 法秩序에 違背된다는 것, 즉 실질적으로 위법하다는 것, 법적으로 금지된다고 하는 인식을 가짐으로써 충분하다. 대법원도 이러한 취지에서 “범죄의 성립에 있어서 위법의 인식은 그 범죄사실이 社會正義와 條理에 어긋난다는 것을 인식하는 것으로서 족하고, 구체적인 해당 법조문까지 인식할 것을 요하는 것은 아니”라고 판시하고 있다.⁹²⁾

그리고 위법성인식의 反面을 이루는 것으로서 형법 제16조가 규정하고 있는 ‘위법성의 착오’(또는 ‘금지의 착오’)란, 행위자에게 이와 같은 위법성의 인식이 결여된 경우를 의미한다. 즉, 행위자가 자신이 무엇을 행하고 있는지는 알고 있으나 그 행하는 바가 금지되어 있지 아니하고 법적으로 허용되는 것으로 잘못 생각하고 있는 경우를 말한다. 이러한 위법성 착오의 유형 가운데, 금지규범의 존재 자체는 알고 있지만 규

法學의 새로운 地平」), 114-115면.

89) 배종대, 앞의 책, 74면, 구모영, 앞의 논문, 188면; 신동운, 앞의 책, 33면; 하태영, 앞의 논문(=「경남법학」), 189-190면

90) 정영일, 앞의 논문, 9면; 신동운, 앞의 책, 33면

91) 정영일, 앞의 논문, 9면.

92) 대판 1987. 3. 24, 86도2673. 同旨, 대판 1961. 2. 24, 4293형상937.

범을 잘못 해석함으로써 그 적용범위를 잘못 판단하여 자신의 행위가 법적으로 허용된다고 誤認한 경우를 특히 ‘포섭의 착오’(Subsumtionsirrtum)라고 한다. 예컨대, 제3자로부터 ‘신분확인’을 위하여 신분증명서의 제시를 요구받고 다른 사람의 ‘운전면허증’을 제시하면서, 이러한 행위가 형법 제230조의 공문서부정행사죄에 해당하지 아니한다고 잘못 해석한 경우이다.

나) 이러한 기본지식을 토대로, 앞에서 제기된 적극설에 대한 反論(비판)적 주장내용을 검토해 본다. 형법 제16조가 규정하고 있는 “法令에 의하여 罪가 되지 아니하는 것으로 誤認한 행위”에 있어서의 ‘법령’은 실질적 불법을 근거지우거나 배제하는데 관련된 것들을 의미하며, 형벌법규의 存否 및 그 효력범위에 따라 罪가 되지 아니하는 것으로 誤認한 경우를 말한다.⁹³⁾ 즉, 형법 제16조에서의 착오는 반드시 ‘형벌법규의 착오’를 의미하는 것이 아니라, 法秩序 違反의 여부에 대한 ‘일반적인 위법성의 착오’를 의미한다고 해석된다.⁹⁴⁾ 따라서 법령 그 자체의 형식적인 존재여부만을 일컫는 것이 아니라, 법령의 개념이 가지는 포섭의 범위(즉, 법령에 대한 해석)도 당연히 이에 해당한다⁹⁵⁾고 할 수 있다. 더구나 대부분의 법령은 형식적인 존재여부나 그 文言이 가지는 개념 자체로서 의미가 확정되는 것이 아니라, 법령에 대한 구체적인 해석을 통하여 그 의미가 확정되는 것이 일반적이다. 그렇다면 판례변경의 소급효문제에 있어서 변경전의 판례를 신뢰하여 자신의 행위가 죄가 되지 아니한다고 誤認한 것은 일종의 ‘包攝의 錯誤’(Subsumtionsirrtum)에 해당하며,⁹⁶⁾ 단지 그 착오의 계기를 판례가 제공하고 있는 것에 불과하다고 할 수 있다. 그러므로 단순히 판례가 ‘법령’이 아니라고 하여 이를 신뢰하여 행위한 경우가 금지착오의 사례에 해당할 수 없다고 하는 위의 첫째의 비판은 설득력이 없다고 생각된다.⁹⁷⁾ 더구나 ‘법질서 위반’의 여부에 대한 일반적인 위법성의 착오를 의미하는 형법 제16조의 “法令”과 관련한 해석에서는 판례를 제외시키면서, 오히려 죄형법정주의 내지 법률주의(성문법주의)의 원칙상 엄격한 해석이 요구되는 형법 제1조 제1항의 “法律”에 판례까지도 포함시켜 해석하려는 태도

93) 김일수/서보학, 앞의 책, 434면, 천진호, 앞의 논문, 20면.

94) 이재상, 앞의 책, 325면

95) 천진호, 앞의 논문, 20면

96) 김일수, 앞의 논문(=「판례연구」제4집), 74-77면

97) 김일수/서보학, 앞의 책, 434면, 천진호, 앞의 논문, 20면

는 논리적으로도 양립하기 어려운 것으로 보인다.

다음으로 위의 두 번째의 비판에 대해서도, 그러한 측면의 이유 및 구체적인 차이점을 반영한다면 형법 제16조(금지착오)의 직접적용이 아닌 '유추적용'⁹⁸⁾ 내지 '원용'이라는 표현을 사용하는 것은 가능할 수 있다고 본다

2. 판례변경과 금지착오에서의 '정당한 이유'

(1) '정당한 이유'의 의미

판례변경의 소급효를 긍정하면서 동시에 금지착오 유추적용설(즉, 적극설)의 입장에 서서 행위자의 신뢰보호를 구제하려는 경우에도, 더 나아가 禁止錯誤(형법 제16조)에 있어서의 '정당한 이유'의 판단이 문제된다 왜냐하면 행위자에게 위법성의 착오가 있었다고 하더라도 곧바로 責任이 조각되는 것은 아니고, 그러한 착오를 회피할 수 있었느냐 없었느냐 하는 '회피가능성'(Vermeidbarkeit)의 유무에 따라서 責任의 조각여부(즉, 정당한 이유의 유무)가 좌우되기 때문이다(통설).⁹⁹⁾

위법성의 인식을 독자적인 책임요소로 파악하는 責任說(Schuldtheorie)의 입장에서 보면, 위법성착오의 '회피가능성'은 궁극적으로 행위자에 대한 '비난가능성'(Vorwerfbarkeit)의 문제로 치환할 수 있는 것이지만, 獨逸의 연방최고법원(BGH)은 이 회피가능성과 관련하여 행위자가 적어도 '良心을 緊張시킬 것'(Anspannung des Gewissens)을 요구하고 있다.¹⁰⁰⁾ 양심을 긴장시켜야 할 정도는 구체적인 행위정황과 각 개인의 생활권 및 직업권 그리고 행위자의 개인적 능력을 고려해서 정해지는데, 이 때 행위자는 모든 정신적 인식능력을 동원하여 숙고하여야 하고, 자신의 행위의 적법여부를 의심할 만한 契機(Anlaß)가 생긴다면 자문을 구하거나 관계될 금지규범을 알아보는 등 착오를 제거해야 할 문의의무(Erkundigungspflicht) 내지 조사의무(Prüfungspflicht)가 있다.¹⁰¹⁾ 그러나, 예컨대 변호사의 자문에 따른 경우와 같이 자격있는 법률전문가나 전문기관 또는 관할관청에 상세히 문의하였다면, 비록 잘못된

98) 이 경우의 '유추적용'은 피고인에게 '유리'한 방향으로의 유추(Analogie)이므로 허용된다고 할 것이다.

99) 금지착오(Verbotsirrtum)에 관한 독일형법(StGB) 제17조 참조

100) Vgl. BGHSt 2, 201, 3, 366, 4, 242 u.s.w.

101) 박상기, 앞의 책, 244면, 신동운, 앞의 책, 395-396면; 이재상, 앞의 책, 334-335면; 이형국, 앞의 책, 237면 등

회답에 따랐다고 하더라도 필요한 문의의무를 이행한 것이 된다고 할 것이다

(2) '정당한 이유'의 판단

우리 대법원은 금지착오에 있어서 '정당한 이유'의 有無에 대한 확립된 판단기준을 갖고 있지 못하며,¹⁰²⁾ 나아가 불리한 판례변경의 소급효를 긍정하면서도 금지착오의 성립여부나 정당한 이유의 存否를 판단함에 있어서는 매우 소극적인 태도를 보이고 있다. 필자의 寡聞의 탓인지는 모르겠으나, 대법원이 판례변경의 소급효긍정과 관련하여 금지착오의 법리를 언급하여 판시한 경우는 아직 없는 듯하다.¹⁰³⁾ 다만 이미 앞에서 본 바와 같이, 獨逸의 경우에는 하급심(OLG)의 판결 중에 독일형법 제316조(음주운전금지)와 관련한 혈중알콜농도의 기준치를 事後에 불리하게 변경한 판례를 당해 사건의 피고인에게 소급적용하는 경우 금지착오(Verbotsirrtum, StGB §17)에 해당할 수 있다고 판시한 것이 있어¹⁰⁴⁾ 특히 주목을 끌고 있다.

'금지착오 성립여부'의 판단에 관하여 차제에 우리 대법원의 보다 적극적이고 전향적인 자세를 기대해 보면서, 판례변경의 소급효를 긍정하는 경우 행위자가 변경전의 판례를 신뢰한 것이 금지착오에서의 '정당한 이유'가 될 수 있는지의 여부를 검토하여 보기로 한다.

생각건대, 행위자의 행위가 그 당시의 판례에 의하여 처벌되지 않을 때에는 나아가 일반국민이 그 판례의 實質의 正當性까지 심사할 것은 기대할 수 없기 때문에, 원칙적으로 이를 신뢰하여 위법성의 인식에 이르지 못한 행위자가 처벌되어서는 아니될 것이다.¹⁰⁵⁾ 따라서 자신의 행위가 罪가 되지 아니한다는 행위시의 판례 때문에(즉,

102) '정당한 이유'의 有無 및 판단기준에 관한 대법원의 태도에 대해서는 김신규, 앞의 논문, 114면 이하, 정현미, "법률의 착오에서 정당한 이유의 판단기준", 「刑事判例의 研究(Ⅰ) 刑法」(志松이재상교수화갑기념논문집), 서울·박영사, 2003.1, 517면 이하에서 상세하게 정리해 두고 있다

103) 천진호, 앞의 논문, 21면 註 34; 김일수, 앞의 논문(=「판례연구」 제4집), 74-77면 참조

이러한 이유에 대해서는, 소송당사자가 소송에서 법률적 쟁점으로 다투지 아니하였기 때문이라고 분석하는 견해도 있으나(천진호, 앞의 논문, 21면 註 34), 피고인이 당해소송에서 금지착오(특히 포섭의 착오)에 관한 주장을 펴고 있다고 볼 수 있음에도 대법원이 이 점에 관한 법적 판단을 결여하고 있다고 비판하면서, 이러한 사정은 어떠한 경우에도 금지착오의 '회피가능성' 여부의 판단에서 피고인에게 유리하게 판단해 주어야 한다고 강조하는 견해도 있다(김일수, 앞의 논문(=「판례연구」 제4집), 74-77면).

104) OLG Karlsruhe NJW 1967, S 2167 이에 대해서는 구모영, 앞의 논문, 187면 註 24 참조

이러한 판례를 신뢰하였기 때문에) 자신의 행위의 위법성을 인식하지 못한 행위자의 경우는, 그 위법성의 착오에 '정당한 이유'가 있다고(즉, 회피가능성이 없다고) 인정되는 한¹⁰⁶⁾ 그 責任이 조각된다고 하겠다(責任說의 입장)¹⁰⁷⁾

이런 관점에서 볼 때 위법성의 착오에 대한 책임비난이 가능하기 위해서는 '문의의 무의 불이행'과 '위법성의 착오' 사이에 因果關係가 존재해야 하며, 마찬가지로의 논리로 '문의의무의 이행' 또는 '중전판례에 대한 신뢰'와 '위법성의 착오' 간에 因果關係가 존재하여야 그 정당한 이유를 인정하여 책임을 배제할 수 있다고 하겠다. 따라서 행위자가 기존의 판례를 모르고 행위한 경우에는, 문의·조사의무를 다한 것으로 볼 수 없어 거기에 정당한 이유가 있다고 인정하기는 어려울 것이다.¹⁰⁸⁾ 왜냐하면 자격있는 법률전문가 등에게 자세히 문의하였다면 비록 잘못된 회답에 따랐다고 하더라도 필요한 문의의무를 이행한 것이 되지만, 기존의 판례를 모르고 행위한 경우는 이와는 달리 문의의무의 이행으로 취급할 수 없기 때문이다. 다시 말해서 판례변경의 소급효규정에 따르는 행위자의 불이익을 금지착오의 법리에 따라 구제하고자 하는 근본적인 취지는, 적어도 자신의 행위를 정당화하는 종전의 판례를 믿고 그와 같이 행위한 자의 法的 安定性 및 信賴를 고려하는데 있다는 점에서 볼 때,¹⁰⁹⁾ 단순히 그러한 판례가 행위 당시 존재했었다는 사정만으로는 정당한 이유를 인정하여 행위자에 대한 책임비난을 전부 면제할 수는 없다고 보아야 하기 때문이다.¹¹⁰⁾ 즉, 이 경우에는 정당

105) 김일수/서보학, 앞의 책, 65면, 433면; 이재상, 앞의 책, 20면; 김신규, 앞의 논문, 116면, 천진호, 앞의 논문, 20면

106) 예컨대, 변호사 등의 법률전문가에게 문의하여 舊판례에 따른 법률조언을 받은 경우, 또는 舊판례의 내용이 언론보도를 통해 일반에게 널리 알려진 경우 등은 위법성의 착오에 정당한 이유를 인정할 수 있다고 본다(同旨, 김일수/서보학, 앞의 책, 65면, 서보학, 앞의 논문(=「경회법학」), 350면)

107) 김신규, 앞의 논문, 116면, 천진호, 앞의 논문, 20면, 허일태, 앞의 논문(=「형사판례연구(9)」), 139면

108) 同旨, 천진호, 앞의 논문, 23면, 허일태, 앞의 논문(=「형사판례연구(9)」), 139면 그러나 이와는 달리 이 때 행위자의 문의가 있었다고 하더라도 위법성의 착오는 제거되지 않았을 것이고, 따라서 문의와 착오 사이의 인과관계의 결여를 이유로 행위자에 대한 책임비난은 불가능할 것이라고 하여 정당한 이유를 인정하는 반대의 견해로는 임웅, 앞의 책(=「형법총론」), 302면, 이재상, 앞의 책, 336면, 김신규, 앞의 논문, 116면

109) 천진호, 앞의 논문, 23면.

110) 다만, 이러한 관점에서 보면 판례나 법률지식에 해박한 행위자가 그렇지 못한 경우보다

한 誤認의 契機(Anlaß)가 되는 신뢰의 기초가 不在할 뿐 아니라, 따라서 위법성의 인식이 어느 정도 개재되어 있거나 적어도 그 착오가 회피가능한 경우라고 보여지므로, 경우에 따라 그 책임을 감경할 수 있을 뿐이라고 할 것이다

반면 어떤 행위의 금지여부에 대해 서로 모순되는 판결이 共存하고 있는 경우에도, 행위자가 상급법원의 판결을 신뢰한 경우나 동급법원의 판결 중 새로운 판결을 신뢰한 경우에는, 금지착오의 성립에 있어 이른바 회피불가능한 착오로서 그 착오에 정당한 이유가 있는 경우로 인정할 수 있다¹¹¹⁾고 하겠다. 왜냐하면 법률전문가가 아닌 일반의 관점에서 보면 상급법원의 견해나 최근의 판결이 보다 有權的이라고 할 수 있고, 따라서 이 경우 행위자의 입장에서 착오를 제거해야 할 조사의무를 이행한 것으로 판단할 수 있기 때문이다.

그러나 당해사건과 그 小案을 달리하는 판례는 행위에 대한 법적 판단의 방향을 설정해 주는 것이 아니므로, 직접적 관련성이 없는 이러한 판례의 취지를 믿고 행위한 경우에는 정당한 이유를 인정할 수 없다.¹¹²⁾¹¹³⁾

V. 맺음말

이상에서 판례변경의 소급효문제에 관한 전반적인 내용을 다루어 보았다. 최근 우리 대법원이 이와 관련한 두 개의 중요한 판결을 연이어 선보임으로써, 이에 관한 논의에 한층 기폭제로 작용하였다고도 보여진다.

앞에서 이미 언급한 바와 같이, 법원의 판례에 대한 일반국민의 規範的 信賴 및 豫測可能性과 法的 安定性을 확보하기 위하여 판례변경의 소급효를 제한하고자 하는 소급효부정설의 주장에도 특히 경청할 대목이 적지 않음을 부인할 수는 없다. 그러나

오히려 유리한 법적 취급을 받게 되는 부조리한 측면이 생길 수도 있다는 의문이 제기될 수 있으나, 이는 '신뢰보호의 원칙'상 당연한 귀결이라고 본다

111) 김일수/서보학, 앞의 책, 65-66면, 서보학, 앞의 논문(=「경회법학」), 350면, 이재상, 앞의 책, 336면

112) 김신규, 앞의 논문, 117면

113) “판결요지 설사 피고인이 대법원의 판례에 비추어 자신의 행위가 무허가 의약품의 제조·판매행위에 해당하지 아니하는 것으로 오인하였다고 하더라도, 이는 사안을 달리하는 사건에 관한 대법원의 판례의 취지를 오해하였던 것에 불과하여, 그와 같은 사정만으로는 그 誤認에 정당한 사유가 있다고 볼 수 없다”(대판 1995 7 28, 95도1081).

무엇보다도 죄형법정주의의 근본정신 및 죄형법정주의의 한 구성원칙인 '법률주의'(성문법주의)의 취지, 그리고 우리 형법 제1조 제1항과 헌법 제13조 제1항의 ㄸ文에 충실할 때, 소급효금지의 원칙은 '법률'의 변경에 대해서 적용되고, 법원의 법해석인 '판례'의 변경에까지 적용될 것은 아니라고 할 것이므로, 학설로서는 소급효금정설의 입장이 타당하다고 본다.

다만 소급효문제에 대해서는 이와 같이 遡及效肯定說의 입장에 서게 되더라도, 한편으로 행위자가 변경전의 판례를 신뢰한 데 대한 법적 구제책을 강구해 볼 필요성이 있게 되는데, 현행형법상 이 문제는 금지착오(형법 제16조)의 법리를 원용 내지 유추해서 해결하는 것이 바람직하다고 생각된다. 즉, 행위자가 종전판례에 의하여 자신의 행위가 금지되어 있지 않다고 誤認하게 된 경위에 '정당한 이유'가 있는지의 유무를 검토하여 그 責任을 배제하거나 감경할 수 있도록 함으로써, 기존의 판례를 믿고 행위한 자의 法的 信賴를 保護해 줄 수 있다고 할 것이다.

끝으로 판례변경과 관련하여 한 마디 덧붙이고 싶은 것은, 우리 대법원이 종전에 판시한 의견을 스스로 변경할 필요가 있음을 인정하는 경우¹¹⁴⁾에도 이른바 전원합의체판결의 형식에 의하지 않은 채 편의적으로 이를 변경하는 태도를 종종 보임으로써, 그 입장변경의 여부를 외부에서 명확히 판단할 수 없는 문제점이 적지 않을 뿐 아니라, 사실상 행위준칙으로서 기능하는 판례에 대한 신뢰를 떨어뜨리고 국민의 법생활에 혼란을 가중시키는 측면이 있다는 점이다. 이 기회를 빌어 판례변경시에 보다 분명한 입장표명을 해줄 것을 촉구한다. 아울러 피고인에게 불리한 판례변경의 소급효를 긍정하고 있는 대법원이, 더 나아가 이 경우에도 금지착오의 성립여부를 보다 적극 검토함으로써 종전판례를 믿고 행위한 피고인의 신뢰보호와 법적 안정성의 확보에 기여할 수 있게 되기를 기대해 본다.



● 임용·소재용

소급효금지의 원칙(형법불소급의 원칙, Der Grundsatz des Rückwirkungsverbots) 형사판례변경(Belastende Rechtsprechungsänderung durch die Strafgerichte) 죄형법정주의(Gesetzlichkeitsprinzip, 'Keine Strafe ohne Gesetz') 위법성의 착오(금지착오, Verbotsirrtum)

114) 법원조직법 제7조 제1항 제3호 참조

[Zusammenfassung]

Rückwirkungsverbot und Belastende Rechtsprechungsänderung durch die Strafgerichte

Prof. Dr. YIM, Woong / SO, Jae-Yong

(1) Die Garantiefunktion des Strafgesetzes

Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde(Vgl. Artikel 1 des deutschen Strafgesetzbuches und Artikel 103 Absatz 2 des deutschen Grundgesetzes). Dieses Gesetzlichkeitsprinzip('Keine Strafe ohne Gesetz') garantiert den Schutz des Bürgers vor willkürlicher Ausübung und Ausdehnung der staatlichen Strafgewalt.

Es besagt, daß nur ein geschriebenes Gesetz die Strafbarkeit einer Handlung begründen und Strafe als Rechtsfolge androhen kann. Ferner müssen die einzelnen Strafbarkeitsvoraussetzungen und Straffolgen schon vor Begehung der Tat im Gesetz festgelegt gewesen sein.

(2) Der Grundsatz des Rückwirkungsverbots

Strafbegründen wie strafschärfenden Gesetzen darf weder vom Gesetzgeber noch vom Richter rückwirkende Kraft beigelegt werden. Dieses Rückwirkungsverbot umfaßt das ob und wie der Strafbarkeit; es gilt im gesamten Bereich des materiellen Strafrechts. Dabei ist jedoch zu beachten, daß das Rechtsstaatsprinzip für bereits abgeschlossene Sachverhalte die Rückwirkung von Gesetzesänderungen zum Nachteil des Betroffenen ausschließt.

(3) Der Grundsatz des Rückwirkungsverbots und die Belastende Rechtsprechungsänderung durch die Strafgerichte

Die Änderung einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung infolge eines Wandels in der Rechtsauffassung oder aufgrund neuerer Erkenntnisse unterliegt keinem Rückwirkungsverbot.

Der Grundsatz des Rückwirkungsverbots gilt nämlich nur für die Änderung von Gesetzen und nicht der Rechtsprechung, denn der Richter ist nicht Gesetzgeber, sondern hat Gesetze nach ihrem je gegebenen Sinngehalt auszulegen.

Und bei Ablehnung des Rückwirkungsverbots für die Rechtsprechungsänderung kann das Vertrauen des Bürgers immer noch durch Analogie vom Artikel 16 des koreanischen Strafgesetzbuches über den Verbotsirrtum geschützt werden.