무죄가 확정된 사람의 불이익을 위한 재심 규정의 위헌성[1)]

I. 사실관계

피고인의 불이익을 위한 형사사건의 재심은 형사소송법 제362조에 규정되어 있다. 2021년 12월에 '실체적 정의 수립을 위한 법률'[2)]을 통해 도입된 형사소송법 제362조 제5호에 따라 새로운 사실 또는 증거가 알려짐으로써 단독 또는 이전에 수집된 증거와 결합하여 무죄판결을 받은 피고인이 살인(형법 제211조)이나 특정한 국제형법상 범죄로 유죄로 인정될 수 있는 유력한 사유를 형성하는 경우에도 재심이 가능하게 되었다.

이 사건 청구인은 1983년에 강간과 살인 혐의로 기소되었다가 무죄 확정판결을 받았다. 2022년, 관할 검찰은 페르덴 주법원(Landgericht Verden)에 형사소송법 제362조 제5호에 따라 청구인에 대한 재심과 구속명령 발령을 신청하였다. 주법원은 청구인에 대한 재심을 허가하였고, 청구인의 구속을 명하였다(2022. 2. 25. 결정 - 1 Ks 148 Js 1066/22(102/22) -). 이에 대한 청구인의 이의제기를 첼레 주고등법원(Oberlandesgericht Celle)은 기각하였다(2022. 4. 20. 결정 - 2 Ws 62/22, 2 Ws 86/22 -). 청구인은 법원의 결정들과 형사소송법 제362조 제5호에 대해 헌법소원심판을 제기하면서 기본법 제103조 제3항[3)] 및 기본법 제2조 제1항[4)]과 연계한 동법 제20조 제3항[5)]에서

---

1) 연방헌법재판소 2023. 10. 31. 결정, 2 BvR 900/22

2) 정식 명칭은 '형사소송법 개정을 위한 법률 - 형사소송법 제362조에 따라 유죄판결을 받은 사람의 불이익을 위한 재심가능성의 확장과 민법상 소멸시효 변경(실체적 정의 수립을 위한 법률)'(Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung - Erweiterung der Wiederaufnahmemöglichkeiten zuungunsten des Verurteilten gemäß § 362 StPO und Änderung der zivilrechtlichen Verjährung (Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit)), 2021. 12. 21. (BGBl I S. 5252).

3) **[독일 기본법 제103조 제3항]**
누구도 동일한 행위를 이유로 일반형법에 의해 거듭 처벌받아서는 안 된다.

4) **[독일 기본법 제2조 제1항]**
모든 사람은, 다른 사람의 권리를 침해하지 않고 헌법질서나 도덕률(道德律)에 반하지 않는 한, 자신의 인격을 자유로이 실현할 권리를 갖는다.

5) **[독일 기본법 제20조 제3항]**
입법은 헌법적 질서에 구속되고, 집행과 사법은 법률과 법에 구속된다.

도출되는 권리가 침해되었다고 주장하였다.

청구인의 가명령(einstweilige Anordnung) 발령 신청에 기해 재판부는 주법원의 구속명령 집행을 두 차례에 걸쳐 유예하였다.

Ⅱ. 주문[6]

1. 2021. 12. 21. 법률(Bundesgesetzblatt I S. 5252)을 통해 도입된 형사소송법 제362조 제5호는 기본법 제103조 제1항 및 헌법상 신뢰보호원칙(기본법 제20조 제3항)과 연계하여서도 합치되지 아니하며 무효이다.

2. 첼레 주고등법원의 2022. 4. 20. 결정 - 2 Ws 62/22, 2 Ws 86/22 - 과 페르덴 주법원의 2022. 2. 25. 결정 - 1 Ks 148 Js 1066/22(102/22) - 은 기본법 제103조 제3항에서 도출되는 청구인의 기본권유사적 권리[7](grundrechtsgleiches Recht)를 침해한다. 해당 결정들을 파기한다. 사건은 페르덴 주법원으로 환송한다.

Ⅲ. 심판대상 및 쟁점, 관련조항

1. 심판대상 및 쟁점

이 사건은 1983년에 강간 및 살인 혐의로 기소되었다가 무죄판결을 받은 청구인이 2012년에 새로운 증거가 발견되면서 심판대상 규정에 따라 재심을 받아야 할 상황에 이르자 이를 명한 법원들의 결정에 불복하여 연방헌법재

6) 주문 중 가명령 결정 및 소송비용에 관한 부분은 생략하였다.

7) 독일 기본법 제1절(제1조 내지 제19조)의 제목은 '기본권(Die Grundrechte)'이며 해당 조항들에 포함된 권리가 이에 해당한다. 그 외에도 그 구조와 역사상 기본권에 근사한 규범이 존재한다. 기본법 제93조 제1항 제4호 a목에서는 이 권리를 기본권들과 같게 다루고 있다. 즉, 헌법소원은 기본법 제20조 제4항, 제33조, 제38조, 제101조, 제103조 및 제104조에 포함된 권리들을 원용해서 제기할 수 있다. 이 권리들을 기본권유사적 권리(grundrechtsgleiches Recht)라고 칭한다.

판소에 헌법소원심판을 청구한 사안이다. 헌법소원은 새로운 사실 또는 증거를 근거로 확정판결을 통해 무죄를 선고받은 사람의 불이익을 위해 재심을 가능하게 하는 것이 기본법 제103조 제3항에 합치되는지 및 새로운 규정을 소급하여 적용할 수 있는지에 관한 질문을 담고 있다.

연방헌법재판소는 재심의 근거가 된 심판대상 규정의 위헌 여부를 판단하였다. 심판대상은 2021. 12. 21. '실체적 정의 수립을 위한 법률'을 통해 도입된 형사소송법 제362조 제5호이며, 해당 조문의 내용은 다음과 같다.

형사소송법 제362조 확정판결 받은 사람의 불이익을 위한 재심

확정판결로 종결된 절차에 대하여 피고인의 불이익을 위한 재심은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 허용된다.

5. 새로운 사실 또는 증거가 알려짐으로써 단독 또는 이전에 수집된 증거와 결합하여 무죄판결을 받은 피고인이 살인(형법 제211조), 대량 학살(국제형법 제6조 제1항), 반인도적 범죄(국제형법 제7조 제1항 제1호와 제2호) 또는 사람에 대한 전쟁범죄(국제형법 제8조 제1항 제1호)로 유죄판결을 받아야 하는 유력한 사유를 형성하는 경우

2. 관련 조항

형사소송법 제362조 확정판결 받은 사람의 불이익을 위한 재심

확정판결로 종결된 절차에 대하여 피고인의 불이익을 위한 재심은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 허용된다.

1. 공판에서 피고인의 이익을 위하여 진정한 것으로 제출된 문서가 진정하지 않거나 변조되었던 경우

2. 증인 또는 감정인이 피고인의 이익을 위하여 증언이나 감정을 하면서 고의 또는 과실로 선서에 기한 의무의 위반죄 또는 선서 없는 고의의 허위진술죄를 저지른 경우

3. 본안과 관련하여 형사처벌의 대상이 되는 직무의무위반죄를 저지른 법관이나 참심원이 판결에 관여한 경우

4. 무죄판결 받은 사람이 법정에서 또는 법정 밖에서 범행에 대한 신빙성 있는 자백을 한 경우

Ⅳ. 판단

헌법소원은 적법하며 이유 있다. 청구인에 대한 형사절차의 재심은 위헌이다. 그 근거가 되는 조항인 형사소송법 제362조 제5호는 기본법 제103조 제3항에 위배된다.

1. 기본법 제103조 제3항은 유죄 또는 무죄판결을 받은 사람에게 주관적인 기본권유사적 권리를 보장하며, 그 권리는 우선 형사법원과 형사소추기관에 직접적으로 향한다.

누구도 동일한 행위로 인해 거듭 처벌받아서는 안 된다는 일사부재리의 원칙(ne bis in idem)은 공소권소멸의 원칙을 설명하고 있으며, 형사법원과 형사소추기관이 이를 형사절차의 모든 단계에서 직권으로 준수해야 하는 절차장애사유이다(BVerfGE 56, 22 <32>; 162, 358 <371 f. Rn. 46> 참조). 이 원칙에서 일반형법에 따른 재소추를 금지하는 부분은 기본법 제103조 제3항을 통해 헌법상 금지로 격상되었다(BVerfGE 3, 248 <251 f.>; 12, 62 <66>; 23, 191 <202>; 56, 22 <32> 참조). 동시에 기본법 제103조 제3항은 공소권소멸이라는 추상적인 원칙을 우선 기본권유사적 권리로 형성하고 있다. 당해

조항은 개인에게 보호를 보장하며 개인은 이를 개별적 법적 지위로서 주장할 수 있다(BVerfGE 56, 22<32>; 162, 358 <371 Rn. 46>; BVerfGK 13, 7 <11> 및 BVerfGE 3, 248 <252> 참조). 이러한 보호는 유죄판결 및 무죄판결을 받은 사람에게 동일하게 적용되며 형사소추가 재개되는 것을 미연에 방지한다.

입법자가 형사절차의 재심을 통해 거듭 형사소추를 하는 법적 요건을 수립하는 경우에도 기본법 제103조 제3항은 그대로 적용된다(BVerfGE 15, 303 <307> 참조). 기본법 제103조 제3항은 기본권유사적 권리로서 기본법 제1장의 기본권들과 마찬가지로 기본법 제1조 제3항[8]에 따라 입법자도 직접 구속해야 한다.

기본법 제103조 제3항에서 형사소추기관에 대해 확립된 일사부재리의 원칙은, 일반법에서 재심절차를 형성하여 거듭된 형사소추와 경우에 따라서는 새로운 판결까지 가능하게 한다면 실질적으로 효력을 잃게 될 것이다(BVerfGE 15, 303 <307>; BGHSt 5, 323 <331> 참조).

2. 기본법 제103조 제3항의 중복된 소추의 금지는 실질적 정의보다 법적 안정성에 우위를 부여한다. 기판력은 법치국가의 모든 결정에 영향을 미친다(BVerfGE 2, 380 <392 ff., 403 ff.>; 60, 253 <269 ff.> 참조). 특히 본안재판이 실체법상 부정확하거나 사실적 토대가 변함에 따라 부정확한 것이 되었을 때 기판력은 중요하다(BVerfGE 2, 380 <403 ff.>; 20, 230 <235>; 35, 41 <58>; 117, 302 <315> 참조). 국가행위, 특히 사법결정의 기판력은 법적 평온과 법적 안정성을 위해 그 내용의 정확성과 무관하게 파기되어서는 안 된다(BVerfGE 2, 380 <403 ff.> 참조). 결정의 기판력이 특정 수취인에게 이익이 된다면 그 중요성은 신뢰보호의 관점을 통해 더욱 강화된다(Sommermann, in : v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 7. Aufl. 2018,

8) **[독일 기본법 제1조 제3항]**
이하의 기본권은 직접 효력을 가지는 법으로서 입법과 집행 및 사법을 구속한다.

Art. 20 Rn. 304 참조). 이러한 경우에는 기판력이 실체적 정확성 명령과 실체적 정의의 명령 간의 긴장관계에 놓이게 된다(BVerfGE 22, 322 <329>; BVerfG, 제2재판부 2006. 9. 14. 결정 - 2 BvR 123/06 등 참조).

가. 실체적 정의의 원칙과 마찬가지로 법적 안정성의 원칙 또한 헌법적 위상을 가지므로 구체적 사안에서 두 원칙 중 어느 것에 우선순위를 매길지는 입법자에게 달려 있다(BVerfGE 3, 225 <237>; 15, 313 <319>; 22, 322 <329>, 131, 20 <46 f.> 참조). 하지만 기본법에서 이미 이러한 결정을 자체적으로 내린 경우에는 이야기가 달라진다(기본법 제117조 제1항에 관하여 BVerfGE 3, 225 <238 f.> 참조). 이러한 결정을 기본법 제103조 제3항이 담고 있다. 해당 조항에서 동일한 행위로 인해 거듭 처벌되어서는 안 된다고 규정하면서 이 규정의 적용범위인 형사판결에 대해 기본법은 실체적 정의의 원칙보다 법적 안정성의 원칙이 우선한다는 결정을 내렸다.

나. 기본법 제103조 제3항에서 법적 안정성이 우선한다는 결정은 절대적이다. 이에 따라 해당 조항의 기본권유사적 권리는 형량할 수 없다. 이는 문언이나 발생사적 관점에서 도출되지는 않지만 해당 규정의 체계와 의미 및 목적에서 이 결정이 엄격히 적용되어야 함을 알 수 있다.

(1) 기본법 제103조 제3항은 법치국가의 원리에 기반한 신뢰보호의 특성을 나타내며 형사절차에만 적용된다. 자체적 내용을 가진 특별규정으로서 기본법 제103조 제3항은 보호내용에 있어서 일반원칙을 넘어 기판력 있는 결정에 대한 신뢰를 보호하고 개인의 이익이 과도하게 침해되는 것을 방지한다. 이러한 광범위한 신뢰보호는 입법자가 법의 제정 또는 개정에 관해 갖는 이익보다 절대적으로 우선한다.

이러한 무조건성과 관련하여 기본법 제103조 제3항은 기본법 제103조 제2항[9]에 상응한다. 이 규범 또한 형법에 한정되는 일반적 헌법원칙에 대한 특

별규정이다. 일반적 소급금지의 특수한 경우로서 이 규정은 형법 입법자가 소급하는 형법을 제정하는 것을 예외 없이 금지하고 있다. 이러한 소급금지는 절대적으로 작용하며 형량의 여지가 없다(BVerfGE 30, 367 <385>; 95, 96 <132>; 109, 133 <171 f.> 참조). 동시에 기본법 제103조 제3항을 형량이 불가한 권리로 이해하게 되면 형법 영역의 절차 단계에서 개인의 실체권적 보호가 보완된다.

기본법 제103조 제2항과 제3항은 형사절차에서 준수되어야 할뿐만 아니라 형사절차 이전에도 법률로의 이행 없이도 기본권의 주체를 보호해야 하는 자유권에 가깝다. 이 점에서 기본법 제103조 제2항과 제3항은 예컨대 기본법 제103조 제1항[10]의 청문권 보장과 그 결을 달리한다. 모든 절차에서 적용되는 청문권은 입법자를 통한 절차법상의 형성을 요한다(BVerfGE 75, 302 <313 f.>; 89, 28 <35 f.>; 119, 292 <296> 참조).

(2) 기본법 제103조 제3항의 의미와 목적 또한 해당 규범이 절대적으로 적용됨을 시사한다. 개인의 권리적 측면에서건 사회적 목적의 측면에서건 기본법 제103조 제3항은 법적 안정성을 위해 상대적 보호를 허용하지 않는다.

개인의 권리로서 기본법 제103조 제3항의 목적은 무엇보다도 법적 안정성을 위해 국가의 처벌권을 제한하는 것이다(BVerfGE 56, 22 <31 f.>; BVerfGE 3, 248 <253 f.> 참조). 개인은 판결 후에 문제된 사실관계 때문에 다시 기소될 수 없다는 점을 신뢰할 수 있어야 한다(BVerfGE 56, 22 <31 f.> 참조). 따라서 이 기본권유사적 권리는 기본법 제103조 제2항(BVerfGE 109, 133 <171 f.> 참조)과 마찬가지로 당사자의 자유와 인간의 존엄에 기여한다. 이는 개인이 실체적 진실의 발견을 위해 단순한 대상으로 전락하는 것을 방지한다. 그렇기 때문에 규정된 절차가 본안판단을 통해 종결되었다면 동일한 행위에 대한 더 이상의 형사소추가 배제되는 것이다. 이처럼 기본법

---

9) **[독일 기본법 제103조 제2항]**
행위가 행해지기 전에 가벌성이 법률에 정해져 있는 경우에 한하여 처벌될 수 있다.

10) **[독일 기본법 제103조 제1항]**
누구든지 법정에서 법적 진술권을 갖는다.

제103조 제3항은 기소법정주의(Legalitätsprinzip)를 관철하는 것을 제한한다(BVerfGE 56, 22 <31 f.> 참조).

(3) 그 외에도 판결의 기판력은 법적 평온을 보장하는 역할을 한다(BVerfGE 2, 380 <403>; 56, 22 <31>; 115, 51 <62> 참조). 개인적 측면과는 별도로 사회적 측면에서도 법적 상황에 관한 종국적인 확정을 필요로 한다(Greco, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, 2015, S. 346 ff. 참조). 그러므로 현대 법치국가 질서는 절대적 진실이라는 이상을 달성하는 대신에 법적 절차를 통해 결정될 수 있는 단순히 상대적인 진실을 선택하기로 결정하였다. 형법 또한 '어떤 대가를 치르더라도' 진실을 조사할 것을 요구하는 것은 아니다(BGHSt 14, 358 <365>; 31, 304 <309> 참조).

이처럼 기본법 제103조 제3항은 재심법을 형성하는 입법자에 대해 절대적이고 형량 불가한 금지를 제시한다.

다. 형량불가한 금지를 명하는 기본권유사적 권리로서 기본법 제103조 제3항은 일반적 법치국가의 보장과 비교하여 좁게 해석해야 한다. 이러한 보호내용이 충족되는 경우, 입법자는 새로운 사실이나 증거의 발견으로 기본권의 주체에게 불이익을 주는 재심을 개시하는 것을 허용할 수 없다.

(1) 형사재판에서 실체적 결과를 변경하는데 중점을 두지 않고 법치주의원리와 양립할 수 없는 판결을 무효화할 목적의 재심절차를 두는 것은 기본법 제103조 제3항에 의해 금지되지 않는다. 이는 특히 형사소송법 제362조 제1호 내지 제4호에 따른 형사절차의 재심에 해당한다(Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 103 Rn. 32, 35; Nolte/Aust, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 103 Rn. 222 f. 참조). 사법 형식적·법적 절차 요건을 충족하지 않는 심각한 결함이 있는 것으

로 판명된 판결을 번복하고 절차를 반복할 수 있는 가능성은 판결의 타당성과 형사소송의 법치국가적 권위를 보장한다(BVerfGE 133, 168 <199 ff. Rn. 56 ff.> 참조). 형사소송법 제362조 제4호 또한 무죄판결의 변경을 우선적인 목적으로 하지 않는다. 오히려 법치국가의 형사소송의 권위를 문제 삼는 행위를 방지하는 것에 주된 목적이 있다(Frister, in SK-StPO, 5. Aful. 2018, § 362 Rn. 1; Temann, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 362 Rn. 1a, 26; Kaspar, in: Satzger/Schluckebier/widmaier, StPO, 5. Aufl. 2023, § 362 Rn. 7; Weiler, in: Dölling/Duttge/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 5. Aufl. 2022, § 362 StPO Rn. 6 참조; 다른 견해로 Kubiciel, GA 2021, S. 380 <392>; Schöch, in: Festschrift für Manfred Maiwald, 2010, S. 769 <779 f.>).

(2) 이에 반해 기본법 제103조 제3항은 새로 발견된 사실이나 증거에 근거하여 내용상 '더 정확한' 결정을 우선으로 하는 재심을 재개하는 것을 금지하고 있다. 내용상 '더 정확한' 즉 실체적 정의에 근접한 결정을 내리기 위한 형사판결의 수정은 기본법 제103조 제3항이 예정하는 실체적 정의보다 절대적 우위에 있는 법적 안정성과 합치되지 않는다.

사법적 형태로 완성된 판결을 통해 만들어진 법적 안정성은 새로운 사실이나 증거가 등장함으로 인해 번복되지 않는 것에까지 미친다(BVerfGE 56, 22 <31>; 65, 377 <383>, <385> 참조). 법치국가는 법적 안정성을 위해 개별 사건에서 부정확한 결정을 내릴 가능성을 감수한다(BVerfGE 2, 380 <403> 참조). 새로운 사실이나 증거는 기존 형사절차의 법형식성이나 법치국가원리의 위반 여부에 대해 의문을 제기하는 것이 아니므로, 기존 결정의 중대한 결함을 구성한다고 볼 수 없다. 그러므로 새로운 사실이나 증거에 기반한 재심을 허용하는 것은 기존 결정의 타당성을 강화하는 것이 아니라 오히려 이를 재평가하는 것을 목적으로 하는 것이다. 그렇지만 무엇보다도 무죄선고의 경우에는 기판력 있는 판결의 권위가 요구된다. 판결과 기판력의

과제 및 기능은 법원이 판결을 내리는 시점에서 결정 내용의 법적 영속성을 통해 법적 상황을 구속력 있게 확정하고 이를 통해 법적 안정성과 법적 평온을 수립하는 데에 있다(BVerfGE 47, 146 <161>).

라. 기본법 제103조 제3항의 의미가 변경되지 않았으므로 입법자는 새로운 사실이나 증거에 기반한 재심절차를 형성할 수 없다. 물론 형법과 형사소송법은 항상 변화에 직면해 있다. 특히 합의(Verständigung)의 허용은 형사소송에서 진실규명 기능에 영향을 미쳤다(BVerfGE 133, 168 <204 ff. Rn. 65 ff.> 참조). 그렇지만 이러한 전개가 형사절차의 헌법적 요건에 변화를 일으키지는 않았다(BVerfGE 133, 168 <225 ff. Rn. 100 ff.> 참조).

독일의 안정적인 민주주의 및 법치국가적 발전이 헌법 원칙으로부터 이탈하거나 헌법원칙의 약화를 더 이상 두려워하지 않아도 됨을 의미하지 않으므로 입법자에 대한 헌법상 요건을 축소할 수는 없다.

마. 형사절차의 재심 규정에 대한 입법자의 형성의 여지 확대는 피해자 및 그 친지의 이익에 기초할 수도 없다.

물론 기본법 제2조 제2항 제1문 및 제2문과 연계한 동법 제1조 제1항 제2문에 따른 국가의 보호의무는 특정 요건하에서 국가에 효과적인 형사소추를 청구할 수 있게 한다(BVerfG, 2014. 6. 26. 제2재판부 1지정재판부 결정 2 BvR 2699/10, Rn. 10; 2014. 10. 6. 제2재판부 3지정재판부 결정 2 BvR 1468/12, Rn. 11; 2015. 5. 19. 제2재판부 3지정재판부 결정 2 BvR 987/11, Rn. 20; 2020. 1. 15. 제2재판부 2지정재판부 결정 2 BvR 1763/16, Rn. 35 f.; 2022. 12. 21. 제2재판부 2지정재판부 결정 2 BvR 378/20, Rn. 53 참조). 그러나 효과적인 형사소추를 청구할 수 있는 권리는 구체적인 결과를 보장하는 것이 아니라 형사소추기관이 (효과적인) 조치를 취하도록 의무를 부과할 뿐이다(BVerfG, 2022. 12. 21. 제2재판부 2지정재판부 결정 2 BvR 378/20,

Rn. 56 참조). 새로운 사실이나 증거로 피고인에게 불이익을 주는 재심은 형사소추의 중대한 결함에 기반하고 있지 않으며 특히 범죄행위의 불소추를 이유로 한 것도 아니다. 법적 형태를 통해 시행된 형사절차의 끝에 있는 것은 유예가 아니라 무죄선고이다.

특히 수사방법이 지속적으로 개선되었다고 하여 이전 형사소추의 법치국가성에 대해 의문이 제기되는 것은 아니다. 미해결 사건이 이전에는 이용할 수 없었던 인지적 수단을 통해 가능해진다면 이는 이전 사안의 결과가 완전하지 않더라도 해당 사안이 법치국가적으로 무해함을 입증하는 것이다. 기술의 발달을 감안하면 추후 현대적 방식으로 사건을 조사하여 더 잘 규명할 기회를 얻을 수 있을 것이다. 그러나 첫 번째 절차와 관련된 모든 증거가 두 번째 절차에서도 여전히 이용 가능하지 않거나 첫 번째 절차에서만큼 생산적이지 않다는 사실로 인해 부담이 될 수도 있다. 새로운 사실이나 증거가 항상 출현하기 때문에 원칙적으로 결코 끝나지 않는 형사재판은 피해자나 그 유족에게 상당한 심리적 부담을 안겨줄 것이며, 이로 인해 범죄 후 시간이 흐를수록 올바른 해명과 재판의 필요성이 점점 더 줄어들게 될 것이다.

3. 이 사안에서 간접적으로 논쟁이 된 규범인 형사소송법 제362조 제5호는 기본법 제103조 제3항의 일사부재리 원칙에 위배된다.

가. 형사소송법 제362조 제5호의 규정은 일반형법을 대상으로 한다. 형사법전 제211조의 살인죄 구성요건 뿐만 아니라 형사소송법 제362조 제5호에서 담고 있는 국제형법에 따른 범죄도 기본법 제103조 제3항의 일반형법에 해당한다.

나. 나아가 형사소송법 제362조 제5호는 독일 법원의 형사 확정판결을 대상으로 하며, 여기에는 무죄선고도 해당한다. 해당 규범은 무죄선고를 받은

사람에게 불이익이 되는 재심을 허용함으로써 이미 최종판결을 받은 범죄행위의 거듭된 형사소추를 허용한다.

다. 형사소송법 제362조 제5호에 따른 재심 사유는 새로운 사실 또는 증거이다. 이러한 재심의 목적은 무엇보다도 무죄선고의 내용적 수정이다. 해당 규정의 도입법률의 부제인 '실체적 정의 수립을 위한 법률'부터 이러한 재심 사유 도입의 목적을 시사한다(BGBl I 2021 S. 5252). 입법취지에서도 새로운 사실이나 증거에 기반한 재심이 배제될 경우에 '불충분한' 내지 '전적으로 감내할 수 없는' 결과의 수정이라는 목적만을 시사하고 있다(BTDrucks 19/30399 S. 1, 9).

이처럼 형사소송법 제362조 제5호는 기본법 제103조 제3항에서 정하고 형량이 불가한 실체적 정의에 대한 법적 안정성의 우위 결정을 무력하게 만들고 있다.

4. 또한 형사소송법 제362조 제5호를 이 규정이 발효되기 전에 무죄 확정된 절차에까지 적용하게 되면 죄형법정주의에 따른 소급효금지(기본법 제103조 제3항과 연계한 기본법 제20조 제3항)에 위배되는 결과를 초래한다.

가. 연방헌법재판소는 판례에서 '진정'소급효와 '부진정'소급효를 구분해 오고 있다. 규범은 그 법적 결과가 공포되기 전에 이미 완료된 행위요건에 대해 부담이 되는 법적 결과를 적용하는 경우 법적 결과에 대한 소급을 초래하는 형태로서 '진정한' 소급효를 발현한다. 대조적으로, 규범이 현재 완료되지 않은 앞으로의 사실관계와 법적 관계에 영향을 미치고 이와 동시에 해당 법적 지위의 감축을 초래한다면 이는 구성요건에 대한 소급적 연결 형태로서 '부진정한' 소급효로 보아야 한다(BVerfGE 101, 239 <263>; 123, 186 <257>; 148, 217 <255 Rn. 136> 참조). 법적 결과에 대한 소급효과('진정한'

소급효과)는 원칙적으로 헌법상 용인될 수 없다(BVerfGE 13, 261 <271>; 95, 64 <87>; 122, 374 <394>; 131, 20 <39>; 141, 56 <73 Rn. 43>; 156, 354 <405 Rn. 140> 참조).

나. 형사소송법 제362조 제5호는 발효시점에서 이미 기판력 있게 종결된 절차의 재심을 가능하게 하므로 이것은 '진정' 소급효에 해당하며 예외적으로도 허용되지 않는다.

형사소송법 제362조 제5호는 그 발효시점인 2021년 12월 21일 전에 선고된 무죄확정판결도 포함한다. 이 규범은 경과규정 없이 제정되었으며 입법자의 의도를 명확히 인지할 수 있으므로 달리 해석될 여지가 없다. 입법취지에서도 계쟁 사안과 피해자의 아버지가 함께 제기한 독일 연방의회에의 청원에 대해 명시적으로 언급하고 있다(BTDrucks 19/30399, S. 10 참조).

다. 형사소송법 제362조 제5호가 발효되기 전에 이미 기판력이 생긴 무죄판결에 대해서까지 이를 적용하는 것은 법적 결과에 대한 소급효로서 '진정' 소급효가 된다. 형사절차에서 무죄선고는 형사절차의 계기가 된 범죄 혐의가 확인되지 않았다는 종국적이며 선언적인 내용을 담고 있다. 추후에 발효된 규범을 통해 재심이 재개된다면 이는 무죄선고의 법적 결과를 변경하게 된다.

형사소송법 제362조 제5호를 규정함으로써 도입되는 '진정'소급효는 헌법상 예외적으로 허용되지 않는다. 연방헌법재판소가 판례에서 인정한 예외의 요건이 존재하지 않는다. 무죄선고를 받은 사람은 무죄판결의 기판력이 지금까지의 법적 상황을 토대로만 파기될 수 있음을 신뢰할 수 있어야 한다. 일사부재리의 원칙은 무죄선고에 대한 신뢰의 보호 필요성을 인정하고 있으며 기본법 제103조 제3항은 이러한 신뢰보호에 헌법적 지위를 부여한다.

형사소송법 제362조 제5호에 포함된 범죄들에 시효가 배제된다는 사실도 결과에 영향을 미치지 않는다. 시효가 배제되는 범죄들에 대한 무죄선고는

추가적인 형사소추를 할 수 없게 한다. 무죄선고는 시효(BVerfGE 25, 269 <286 f.>; 156, 54 <413 Rn. 158 f.> 참조)와는 달리 특정 행위에 대한 처벌의 요건이 충족되지 않았다는 것에 관한 국가의 명시적인 결정이며, 이로써 추가적인 형사소추가 배제됨과 연결된다. 그러므로 무죄선고는 공소시효의 만료보다 훨씬 더 강한 분기점의 역할을 한다(Gerson, StV 2022, S. 124 <128 f.> 참조).

라. 당사자가 무죄선고의 시점에서 해당 판결이 실체법상 잘못되었다는 것을 알았는지 여부는 중요하지 않다. 무죄추정의 원칙(in dubio pro reo)에 따라 일사부재리의 원칙 및 기본법 제103조 제3항은 무죄선고를 받은 사람을 그의 실체법상 유죄 여부와 무관하게 보호한다(Kaspar, GA 2022, S. 21 <35> 참조).

마. 입법자가 형사소송법 제362조 제5호의 규정을 통해 의도한 실체적 정의의 원칙 실현은 법치국가에서 중요한 법적 안정성을 밀어내지 못한다. 유죄일 수도 있는 사람에게 무죄를 선고하고 이 무죄판결을 유지하는 것은 공동선의 관점에서 볼 때 '견딜 수 없는' 것이 아니라 무죄추정의 원칙이 핵심 역할을 하는 법치국가의 형사법질서의 결과이다.

5. 연방헌법재판소법 제95조[11] 제3항에 따라 형사소송법 제362조 제5호는 폐지 선언되어야 한다. 해당 조항에 기반하고 있는 주고등법원과 주법원의 결정은 연방헌법재판소법 제95조 제2항에 따라 파기하고 사건을 주법원에 환송해야 한다.

---

11) **[연방헌법재판소법 제95조]**
(1) 헌법소원이 인용된 경우에는 위반된 기본법의 조항과 당해 조항을 위반한 작위 또는 부작위를 확인해야 한다. 연방헌법재판소는 심판대상이 된 처분의 반복은 기본법에 위배된다는 취지를 선고할 수 있다.
(2) 결정(Entscheidung)에 대한 헌법소원이 인용된 경우, 연방헌법재판소는 당해 결정을 취소하고, 제90조 제2항 제1문의 경우에는 사건을 관할법원에 환송한다.
(3) 법률에 대한 헌법소원이 인용된 경우에는, 당해 법률이 무효임을 선고한다. 헌법소원이 제2항에 따라 취소된 결정이 위헌인 법률에 기인하였기 때문인 경우에도 이와 동일하다. 제79조의 규정을 준용한다.

Ⅴ. 재판관 뮐러(Müller)와 랑엔펠트(Langenfeld)의 반대의견

우리는 기존 재심사유에 피고인에게 불이익이 되는 사유를 보충하는 것이 기본법 제103조 제3항에 원칙적으로 위배된다는 재판부의 의견을 따를 수 없다.

1. 기본법 제103조 제3항의 보장 내용은 이와 대립하는 헌법적 가치와의 형량 및 그 결과로서 기존 재심사유를 보충하는 것에 원칙적으로 열려 있다.

가. 만약 기본법 제103조 제3항이 절대적으로 형량이 불가하다면 무죄선고를 받은 사람의 불이익을 위한 모든 재심은 원천적으로 허용되지 않을 것이다. 재판부의 다수의견도 무죄선고를 받은 사람의 불이익을 위한 형사소송법 제1호 내지 제4호에 따른 재심이 헌법상 문제가 없다고 보고 있다.

우리의 견해에 따르면 입법자는 기본법 제103조 제3항에서 도출되는 좁은 헌법적 한계를 고려하여 당사자에게 불이익을 주는 기존의 재심사유를 보충할 수 있다. 해당 규정은 유보 없이 보장되는 기본권유사적 권리이다. 이러한 규정은 헌법내재적 제한을 받는다.

나. 재판부의 다수가 기본법 제103조 제3항이 형량 불가하다는 근거로 제시한 규정의 체계는 설득력이 떨어진다. 기본법 제103조 제3항은 재판부가 바르게 언급한 것처럼 형사절차에만 적용되는 법치국가의 원칙에 기반한 신뢰보호의 특별한 표현이다. 하지만 이러한 특별한 신뢰보호가 입법자의 수정이익에 대해 무조건적인 우위를 갖는다는 것은 헌법제정자가 그러한 절대적인 법적 안정성이 헌법상 보장되는 실체적 정의원칙에 대하여 우위에 있다는 결정을 실제로 내렸다는 점을 전제로 한다. 그런 적은 없다. 오히려 헌법제정자는 일반법에 규정된 재심요건에 관여하지 않았다. 입법자가 어째서 이

로 인해 일사부재리 원칙의 또 다른 예외 - 그 예외들이 그러한 제한을 허용하는 헌법상 요건을 충족하고 기본법 제103조 제3항의 내재적 제한이 허용되는 구체성을 제시함에도 불구하고 - 를 규정하는 것에 방해받아야 하는지 알 수 없다. 재판부가 언급하는 기존 형사소송법 제362조 제1호 내지 제4호의 재심사유와 계쟁 규범인 형사소송법 제362조 제5호 간의 차이는 형량이 불가하다는 것에 관한 어떤 범주적인 차이를 설명할 수 없다.

다. 우리의 관점에서 볼 때, 만약 재심의 사유와 그 배경이 되는 실체적인 죄에 대한 적절한 처벌이 효과적인 형사재판의 표현으로서 원칙적으로 기판력 있는 판결의 존속보다 예외적으로 더 중요할 때 기판력 있게 종결된 형사재판의 피고인의 불이익을 위한 재심이 고려될 수 있음을 기존의 규정들은 확인해 준다. 형사소송법 제362조 제1호 내지 제4호에 규정된 구성요건은 헌법제정자가 그러한 우위가 있음을 이론의 여지가 없이 전제하였다는 점을 보여준다. 이는 그러한 상황에서는 기본법 제103조 제3항에 규정된 법적 안정성이 항상 우위에 있지 않은 헌법상 이론의 여지가 없는 상황이 있다는 점을 증명한다.

라. 형사소송법 제362조 제1호 내지 제3호의 전통적인 재심사유는 절차상 중대한 하자가 있는 경우의 재심을 규정하고 있다. 해당 사유들은 실질적으로 결함이 있는 논증과정의 수정을 가능하게 한다. 형사소송법 제362조 제5호의 경우에도 추후에 와서야 드러난 이전의 공판에서의 증거 결함으로 인해 내려진 무죄판결의 수정을 다루고 있다.

이는 특히 형사소송법 제362조 제4호와 관련하여 적용된다. 이에 따르면 추후에 신빙성 있는 자백을 하는 경우에 무죄선고를 받은 사람에게 부담이 되는 방식으로 증거상황은 변경되며 그 결과 재심이 가능하게 된다. 새로운 사실 또는 증거가 유죄판결을 형성하는 긴박한 사유를 형성할 것을 요건으로 하는 형사소송법 제362조 제5호의 경우에도 이와 다르지 않다.

재판부 다수의 견해는 해결하기 어려운 가치평가의 모순과 연결된다. 특히 경제사범 형사절차에서 위조(스스로 위조할 필요도 없었음)된 문서로 이익을 얻었고 무죄판결을 받은 사람이 다시금 기소되어야 하는(예시는 Hörnle, GA 2022, S. 184 <188> 참조) 반면에 살인죄로 기소되어 분자유전학 감정서로 범죄행위가 드러난 사람은 기소되지 않는 점을 어떻게 설명할 것인지 의문이다. 또한 무죄선고를 받은 후 전쟁범죄를 자백한 피고는 다시 기소될 수 있지만 역시 무죄선고를 받은 그의 동료는 자백하지 않음으로써 새로운 증거가 발견되더라도 무죄를 유지하는 경우도 받아들이기 어렵다.

마. 기본법 제103조 제3항의 의미와 목적도 - 재판부 다수의 견해와 달리 - 형량이 불가함을 요청하지 않는다. 개인의 권리로서 기본법 제103조 제3항의 목적은 개인의 법적 안정성을 위해 국가의 처벌권을 제한하는 것이다. 그 외에도 기본법 제103조 제3항은 법적 평온을 보장하는 역할도 한다. 이러한 기본법제정자의 결정은 예외적인 경우에 실체적 정의 수립을 위해 국가의 처벌권에 우위를 두는 기본법 제103조 제3항의 제한을 통해 파기되지 않는다. 형사소송법 제362조 제5호상의 중대한 범죄행위의 경우 압도적인 증거에도 불구하고 당사자의 무죄가 유지된다면 입법자는 법적 평온이 피해를 입더라도 이를 고려할 수 있다. 이러한 경우에 가능한 한 공백 없이 국가의 처벌권을 행사해야 하는 필요성을 입법자는 해당 범죄에 공소시효가 적용되지 않도록 규정함으로써 보여주었다.

바. 그러므로 기본법 제103조 제3항에 따른 공소권 소멸은 형사소송법 제362조 제5호를 통해 재심사유를 추가하는 제한에 대해 원칙적으로 대립 관계에 있는 것은 아니다. 해당 규범이 매우 중하고 공소시효가 없는 범죄행위에 한정하고 있으며 요건을 좁게 두고 있는 면에 비추어 볼 때 '제방 붕괴(Dammbruch)'의 위험은 없다. 형사소송법 제362조 제5호에 따른 재심 가능

성은 매우 적은 수의 중대한 범죄에 대한 국가의 처벌권 행사에 기여한다. 그 배후의 목적은 법적 평온을 공고히 하고 안정시키며 가장 우위에 있는 주관적 법적 이익과 근본적인 국제법의 이해를 보호하기 위한 규범의 시행이다.

2. 계쟁 규범인 형사소송법 제362조 제5호의 구체적 형성이 모든 측면에서 협의의 비례성을 충족하며 충분히 명확하게 규정되었는지 여부는 더 자세한 심사를 요한다.

3. 이와는 논외로 계쟁 규정은 기본법 제103조 제3항과 연계한 기본법 제20조 제3항에서 도출되는 죄형법정주의에 따른 소급효금지에 위배된다.

Ⅵ. 결정의 의의

이 사건은 1983년에 강간 및 살인 혐의로 기소되었다가 무죄판결을 받은 청구인이 2012년에 발견된 새로운 증거를 근거로 심판대상 규정에 따라 재심을 받아야 할 상황에 이르자 이를 명한 법원들의 결정에 불복하여 연방헌법재판소에 헌법소원심판을 제기한 사안이다. 독일 연방헌법재판소 제2재판부는 살인이나 전쟁범죄로 기소되었다가 무죄판결을 받은 피고인에 대해 새로운 사실이나 증거 발견에 따라 재심을 허용하는 2021년에 도입된 형사소송법 조항 제362조 제5호에 대해 일사부재리 원칙(기본법 제103조 제3항)과 죄형법정주의에 따른 소급효금지(기본법 제103조 제3항과 연계한 제20조 제3항)에 위배된다고 보고 해당 조항을 폐지하였다.