

형법 부칙 제2조 제1항 위헌소원 등

[2017. 10. 26. 2015헌바239, 2016헌바177(병합)]

【판시사항】

1. 1억 원 이상의 벌금형을 선고하는 경우 노역장유치기간의 하한을 정한 형법(2014. 5. 14. 법률 제12575호로 개정된 것) 제70조 제2항(이하 ‘노역장유치조항’이라 한다)이 과잉금지원칙에 반하여 청구인들의 신체의 자유를 침해하는지 여부(소극)

2. 노역장유치조항을 시행일 이후 최초로 공소제기되는 경우부터 적용하도록 한 형법 부칙(2014. 5. 14. 법률 제12575호) 제2조 제1항(이하 ‘부칙조항’이라 한다)이 형벌불소급원칙에 위반되는지 여부(적극)

【결정요지】

1. 벌금에 비해 노역장유치기간이 지나치게 짧게 정해지면 경제적 자력이 충분함에도 고액의 벌금 납입을 회피할 목적으로 복역하는 자들이 있을 수 있으므로, 벌금 납입을 심리적으로 강제할 수 있는 최소한의 유치기간을 정할 필요가 있다. 또한 고액 벌금에 대한 유치기간의 하한을 법률로 정해두면 1일 환형유치금액 간에 발생하는 불균형을 최소화할 수 있다. 노역장유치조항은 주로 특별형법상 경제범죄 등에 적용되는데, 이러한 범죄들은 범죄수익의 박탈과 함께 막대한 경제적 손실을 가하지 않으면 범죄의 발생을 막기 어렵다. 노역장유치조항은 벌금 액수에 따라 유치기간의 하한이 증가하도록 하여 범죄의 경중이나 죄질에 따른 형평성을 도모하고 있고, 노역장유치기간의 상한이 3년인 점과 선고되는 벌금 액수를 고려하면 그 하한이 지나치게 장기라고 보기 어렵다. 또한 노역장유치조항은 유치기간의 하한을 정하고 있을 뿐이므로 법관은 그 범위 내에서 다양한 양형요소들을 고려하여 1일 환형유치금액과 노역장유치기간을 정할 수 있다.

이러한 점들을 종합하면 노역장유치조항은 과잉금지원칙에 반하여 청구인들의 신체의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

2. 형벌불소급원칙에서 의미하는 ‘처벌’은 형법에 규정되어 있는 형식적 의미의 형벌 유형에 국한되지 않으며, 범죄행위에 따른 제재의 내용이나 실제적 효과가 형벌적 성격이 강하여 신체의 자유를 박탈하거나 이에 준하는 정도로 신체의 자유를 제한하는 경우에는 형벌불소급원칙이 적용되어야 한다. 노역장유치는 그 실질이 신체의 자유를 박탈하는 것으로서 징역형과 유사한 형벌적 성격을 가지고 있으므로 형벌불소급원칙의 적용대상이 된다.

노역장유치조항은 1억 원 이상의 벌금형을 선고받는 자에 대하여 유치기간의 하한을 중하게 변경시킨 것이므로, 이 조항 시행 전에 행한 범죄행위에 대해서는 범죄행위 당시에 존재하였던 법률을 적용하여야 한다. 그런데 부칙조항은 노역장유치조항의 시행 전에 행해진 범죄행위에 대해서도 공소제기의 시기가 노역장유치조항의 시행 이후이면 이를 적용하도록 하고 있으므로, 이는 범죄행위 당시 보다 불이익한 법률을 소급 적용하도록 하는 것으로서 헌법상 형벌불소급원칙에 위반된다.

재판관 강일원, 재판관 조용호의 부칙조항에 대한 별개의견

노역장유치란 벌금납입의 대체수단이자 납입강제기능을 갖는 벌금형의 집행방법이며, 벌금형에 대한 환형처분이라는 점에서 형벌과는 구별된다. 따라서 노역장유치기간의 하한을 정한 것은 벌금형을 대체하는 집행방법을 강화한 것에 불과하며, 이를 소급적용한다고 하여 형벌불소급의 문제가 발생한다고 보기는 어렵다.

다만, 부칙조항은 이미 종료된 범죄행위에 대하여도 사후에 개정된 법률조항을 적용하는 것이므로 이러한 소급입법이 헌법상 허용될 수 있는지 문제된다.

노역장유치는 실질이 자유형과 다르지 않으므로 이전보다 노역장유치기간이 늘어날 경우 중대한 기본권 침해의 결과를 초래할 수 있다. 따라서 벌금 미납시 어느 정도의 기간 동안 노역장에 유치될 수 있는지, 유치기

간의 상한이나 하한이 존재하는지 등에 관한 종전 법질서에 대한 신뢰는 보호의 필요성이 크다. 청구인들의 경우 범죄행위 당시에는 벌금액수와 상관없이 노역장유치조항에서 정한 기간보다 짧은 기간 동안 노역장유치를 선고받을 수 있다는 신뢰가 구축되어 있었다. 그런데 부칙조항은 종전보다 불리하게 개정된 노역장유치조항을 청구인들에게 적용함으로써 위와 같은 신뢰이익을 침해하고 있다. 반면, 노역장유치조항을 소급적용함으로써 달성할 수 있는 공익은 그리 크다고 볼 수 없다. 강화된 제재의 경고 기능이 작동되지 않은 상태에서 행한 행위에 대해 사후입법으로 무겁게 책임을 묻는 것은, 기존 법질서에 대한 신뢰보호와 법적 안정성을 위해 소급입법을 금지하는 정신에 부합하지 않는다. 따라서 부칙조항은 헌법상 소급입법금지원칙에 위반된다.

재판관 안창호의 노역장유치조항에 대한 보충의견

노역장유치조항은 주로 고액 벌금형의 필요적 병과를 규정한 특별형법상 범죄에 대하여 적용된다. 그런데 고액 벌금형의 필요적 병과는, 범죄행위로 얻은 금전적 이익에 대하여 몰수·추징이 예정되어 있는 경우 범죄자에게 이중으로 경제적 고통을 안겨줄 수 있고, 경제적 수익이 없거나 경미한 공범에 대하여는 과중한 형벌이 될 수 있다. 이러한 고액 벌금형의 병과규정과 노역장유치조항이 결합할 경우 실질적으로 과중한 자유형이 선고된 것과 같을 수 있고, 경제적으로 어려운 사람일수록 이러한 가능성이 커진다는 점에서 책임주의에 반할 수 있다.

또한 여러 양형 사유를 이유로 징역형에 대해 집행유예를 선고하면서 병과되는 벌금을 미납하였다고 하여 상당기간 노역장에 유치하는 것은 적절하지 않을 수 있고, 단기의 실형이라도 징역형이 벌금형보다 무거운 형인데 벌금형에 부수적으로 부과되는 노역장유치기간이 징역형보다 장기화되는 것은 타당하지 않다는 비판이 있을 수 있다.

그렇다면 비록 노역장유치조항이 과잉금지원칙에 위반되는 것은 아니라고 하더라도 고액 벌금형의 필요적 병과규정과 결합하여 위와 같은 다양한 비판이 있을 수 있으므로, 벌금형의 필요적 병과규정은 신중하

게 입법하여야 하고 기존의 특별형법 조항에 대하여도 입법개선의 노력을 기울여야 할 것이다.

【심판대상조문】

- 형법(2014. 5. 14. 법률 제12575호로 개정된 것) 제70조 (노역장유치) ① 생략
- ② 선고하는 벌금이 1억 원 이상 5억 원 미만인 경우에는 300일 이상, 5억 원 이상 50억 원 미만인 경우에는 500일 이상, 50억 원 이상인 경우에는 1,000일 이상의 유치기간을 정하여야 한다.
- 형법 부칙(2014. 5. 14. 법률 제12575호) 제2조 (적용례 및 경과조치) ① 제70조 제2항의 개정규정은 이 법 시행 후 최초로 공소가 제기되는 경우부터 적용한다.
- ② 생략

【참조조문】

- 형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제67조 (징역) 징역은 형무소내에 구치하여 징역에 복무하게 한다.
- 형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제69조 (벌금과 과료) ① 벌금과 과료는 판결확정일로부터 30일내에 납입하여야 한다. 단, 벌금을 선고할 때에는 동시에 그 금액을 완납할 때까지 노역장에 유치할 것을 명할 수 있다.
- ② 벌금을 납입하지 아니한 자는 1일 이상 3년 이하, 과료를 납입하지 아니한 자는 1일 이상 30일 미만의 기간 노역장에 유치하여 작업에 복무하게 한다.
- 형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제71조 (유치일수의 공제) 벌금 또는 과료의 선고를 받은 자가 그 일부를 납입한 때에는 벌금 또는 과료액과 유치기간의 일수에 비례하여 납입금액에 상당한 일수를 제한다.
- 형법(2014. 5. 14. 법률 제12575호로 개정된 것) 제70조 (노역장유치) ① 벌금 또는 과료를 선고할 때에는 납입하지 아니하는 경우의 유치기간을 정하여 동시에 선고하여야 한다.
- ② 생략
- 형법(2014. 12. 30. 법률 제12898호로 개정된 것) 제57조 (판결선고전 구금일수의 통산) ① 판결선고전의 구금일수는 그 전부를 유기징역, 유기금고, 벌금이나 과료에 관한 유치 또는 구류에 산입한다.
- ② 전항의 경우에는 구금일수의 1일은 징역, 금고, 벌금이나 과료에 관한 유치 또는 구류의 기간의 1일로 계산한다.
- 형사소송법(1954. 9. 23. 법률 제341호로 제정된 것) 제492조 (노역장유치의 집행) 벌금 또는 과료를 완납하지 못한 자에 대한 노역장유치의 집행에는 형의 집행에 관한 규정을 준용한다.

형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률(2016. 12. 2. 법률 제14281호로 제정된 것) 제2조 (정의)

1. 생략
2. “수형자”란 징역형·금고형 또는 구류형의 선고를 받아 그 형이 확정되어 교정시설에 수용된 사람과 벌금 또는 과료를 완납하지 아니하여 노역장 유치명령을 받아 교정시설에 수용된 사람을 말한다.
- 3.~4. 생략

【참조판례】

1. 헌재 2010. 6. 24. 2007헌바101등, 판례집 22-1하, 417, 432-433
헌재 2011. 9. 29. 2010헌바188등, 판례집 23-2상, 601, 611
헌재 2015. 7. 30. 2013헌바120, 판례집 27-2상, 106, 113-114
2. 헌재 1989. 7. 14. 88헌가5등, 판례집 1, 69, 81
헌재 1996. 2. 16. 96헌가2등, 판례집 8-1, 51, 83
헌재 2012. 12. 27. 2010헌가82등, 판례집 24-2하, 281, 297
헌재 2014. 8. 28. 2011헌마28등, 판례집 26-2상, 337, 369-370
대법원 1982. 2. 9. 선고 81도2897 판결
대법원 2008. 7. 24. 선고 2008어4 판결

【당 사 자】

- 청 구 인 1. 박○태(2015헌바239)
 대리인 법무법인(유한) 주원
 담당변호사 소영진 외 3인
2. 김○중(2016헌바177)
 대리인 변호사 김동하, 김리라
- 당 해 사 건 1. 대법원 2015도4677 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(허위세금계산서교부등)(2015헌바239)
2. 서울고등법원 2015노2707 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(조세), 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(허위세금계산서교부등)(2016헌바177)

【주 문】

1. 형법 부칙(2014. 5. 14. 법률 제12575호) 제2조 제1항은 헌법에 위반된다.

2. 형법(2014. 5. 14. 법률 제12575호로 개정된 것) 제70조 제2항은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건개요

가. 2015헌바239 사건

청구인은 ‘2012. 7. 25. 및 2013. 1. 25.경 부가가치세 확정신고를 함에 있어 합계 197억 원 상당의 허위의 세금계산서합계표를 제출하였다’는 범죄사실로 2014. 6. 26. 공소제기되었다.

1심 법원은 2014. 12. 19. ‘청구인을 징역 1년 6월 및 벌금 20억 원에 처하고, 벌금을 납입하지 아니하는 경우 400만 원을 1일로 환산한 기간 노역장에 유치한다’는 내용의 판결을 선고하였으며[서울북부지방법원 2014고합218·320(병합)], 이에 대한 항소(서울고등법원 2015노148) 및 상고(대법원 2015도4677)는 모두 기각되었다.

청구인은 위 상고심 계속 중 5억 원 이상 50억 원 미만의 벌금형을 선고하는 경우 500일 이상의 노역장유치기간을 정하도록 한 형법 제70조 제2항을 위조항의 시행일인 2014. 5. 14. 이후 최초로 공소가 제기되는 경우부터 적용하도록 한 형법 부칙 제2조 제1항이 죄형법정주의의 형벌불소급원칙 등에 반한다고 주장하며 위헌법률심판제청신청을 하였으나, 2015. 6. 11. 그 신청이 기각되자(대법원 2015초기301), 2015. 7. 14. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 2016헌바177 사건

청구인은 ‘청구외 천○윤, 이○찬, 최○수와 공모하여 영리의 목적으로, 2006. 10. 25., 2007. 1. 25., 2007. 4. 25. 세 차례에 걸쳐 합계 약 624억 원의 허위의 매입처별세금계산서합계표를, 2007. 1. 25., 2007. 4. 25. 두 차례에 걸쳐 합계 약 410억 원의 허위의 매출처별세금계산서합계표를 각 작성하여 정부에 제출하는 등 약 8억 원의 조세를 포탈하였다’는 범죄사실로 2015. 6. 11. 공소제기되었다.

1심 법원은 2015. 9. 11. ‘청구인을 징역 2년 6월 및 벌금 120억 원에 처하고, 벌금을 납입하지 아니하는 경우 1,200만 원을 1일로 환산한 기간 노역장에 유치한다’는 내용의 판결을 선고하였다(의정부지방법원 고양지원 2015고합118). 청구인은 이에 불복하여 항소하였으나, 2016. 4. 7. 징역형만 2년으로 감경되었

고 벌금형과 노역장유치 부분은 1심과 동일한 내용의 판결을 선고받았다(서울고등법원 2015노2707). 위 판결에 대한 상고는 2016. 6. 10. 기각되었다(대법원 2016도5582).

청구인은 위 항소심 계속 중 50억 원 이상의 벌금형을 선고하는 경우 1,000일 이상의 노역장유치기간을 정하도록 한 형법 제70조 제2항과 위 조항을 시행일 이후 최초로 공소가 제기되는 경우부터 적용하도록 한 형법 부칙 제2조 제1항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나, 2016. 4. 7. 그 신청이 기각되자(서울고등법원 2015초기475), 2016. 5. 2. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 심판대상

이 사건 심판대상은 형법(2014. 5. 14. 법률 제12575호로 개정된 것) 제70조 제2항(이하 ‘노역장유치조항’이라 한다) 및 형법 부칙(2014. 5. 14. 법률 제12575호) 제2조 제1항(이하 ‘부칙조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이다.

심판대상조항 및 관련조항은 다음과 같다.

[심판대상조항]

형법(2014. 5. 14. 법률 제12575호로 개정된 것)

제70조(노역장유치) ② 선고하는 벌금이 1억 원 이상 5억 원 미만인 경우에는 300일 이상, 5억 원 이상 50억 원 미만인 경우에는 500일 이상, 50억 원 이상인 경우에는 1,000일 이상의 유치기간을 정하여야 한다.

형법 부칙(2014. 5. 14. 법률 제12575호)

제2조(적용례 및 경과조치) ① 제70조 제2항의 개정규정은 이 법 시행 후 최초로 공소가 제기되는 경우부터 적용한다.

[관련조항]

형법(2014. 5. 14. 법률 제12575호로 개정된 것)

제70조(노역장유치) ① 벌금 또는 과료를 선고할 때에는 납입하지 아니하는 경우의 유치기간을 정하여 동시에 선고하여야 한다.

형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것)

제69조(벌금과 과료) ① 벌금과 과료는 판결확정일로부터 30일내에 납입하여야 한다. 단, 벌금을 선고할 때에는 동시에 그 금액을 완납할 때까지 노역장에 유치할 것을 명할 수 있다.

② 벌금을 납입하지 아니한 자는 1일 이상 3년 이하, 과료를 납입하지 아니

한 자는 1일 이상 30일 미만의 기간 노역장에 유치하여 작업에 복무하게 한다.

3. 청구인들의 주장

가. 노역장유치조항은 노역장유치기간의 하한을 일률적으로 정함으로써 구체적인 책임 정도에 따라 타당성 있는 노역장유치기간을 정할 수 없도록 하고 있으므로 죄형법정주의의 책임주의원칙에 반하고, 벌금을 납부할 자력이 있는 자와 없는 자를 차별하는 것이므로 평등원칙에 반한다. 또한 노역장유치조항은 1억 원 이상의 벌금형을 규정한 특별법상 범죄들에 대하여 주로 적용되는데, 특별법상 범죄들의 노역장유치기간의 하한을 형법에서 규정하고 있으므로 체계정당성에 반한다.

나. 노역장유치조항은 종전보다 장기간 노역장유치를 가능하게 하므로 사실상 형을 가중하는 규정이라 볼 수 있는데, 부칙조항은 노역장유치조항이 시행되기 전에 범죄를 저지른 자에 대하여도 노역장유치조항을 소급하여 적용하도록 하고 있으므로 죄형법정주의 및 형벌불소급원칙에 반한다. 또한 같은 날 동일한 범죄를 저지른 사람을 공소제기라는 우연한 사정을 기준으로 달리 처벌하는 것이므로 평등원칙에 반한다.

4. 판 단

가. 노역장유치제도 및 노역장유치조항의 입법취지

(1) 노역장유치의 의의 및 내용

노역장유치란 벌금형 및 과료형의 집행과 관련하여 벌금 등을 완납할 때까지 노역장에 유치하여 작업에 복무하게 하는 환형처분을 말한다. 노역장유치는 벌금형 등에 대한 환형처분이라는 점에서 노역형, 즉 강제노동 자체를 내용으로 하는 형벌과는 구별된다(헌재 2011. 9. 29. 2010헌바188등 참조). 노역장유치는 벌금 등 미납자가 노역장에 유치되면 유치일수만큼 벌금액 등이 탕감되므로 원칙적으로 벌금 등 납입의 대체수단이지만, 벌금 등 미납자에게 그 납입에 대한 강한 심리적 압박을 가한다는 점에서 납입강제의 기능도 있다.

벌금을 선고할 때에는 납입하지 아니하는 경우의 유치기간을 정하여 동시에 선고하며(형법 제70조 제1항), 벌금을 납입하지 아니한 자는 1일 이상 3년 이하의 기간동안 노역장에 유치하여 작업에 복무하게 한다(형법 제69조 제2항). 형법은 벌금액과 유치기간을 정하고 있을 뿐 1일 환형유치금액을 정하고 있지 않으나, 통상 벌금액을 유치기간으로 나누어 1일 환형유치금액을 파악한다. 노역장유치의 집행에는 형의 집행에 관한 규정이 준용되므로(형사소송법 제492조), 노역장유치의 명령을 받은 자는 징역형이 선고된 수형자와 함께 교

도소에 수감되어 정역에 복무한다(형법 제67조, 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 제2조 제2호). 벌금을 선고받은 자가 그 일부를 납입한 때에는 벌금액과 유치기간의 일수에 비례하여 납입금액에 상당한 일수를 제한다(형법 제71조). 판결선고 전의 구금일수는 그 전부를 벌금에 관한 유치기간에 산입하고, 구금일수의 1일은 유치기간의 1일로 계산한다(형법 제57조).

(2) 노역장유치조항의 입법배경 및 취지

종래 고액의 벌금을 선고받은 피고인이 1일 환형유치금액이 높게 책정됨으로써 단기간의 노역장유치만으로 벌금 전부를 면제받는 사례가 발생하기도 하였다. 특히 재력이 있는 사람들조차 경제적 자력이 충분함에도 단기간의 노역장유치로 고액의 벌금을 면제받는 것으로 나타나자, 이는 소위 ‘황제노역’이라 불리면서 국민적 비판을 받게 되었다. 또한 벌금 액수에 따라 1일 환형유치금액에서 지나친 불균형이 발생하는 것은 형사사법의 정의에 반하고 사법체계 전반에 대한 국민의 불신을 초래한다는 지적이 있었다. 노역장유치조항은 이러한 문제점에 대한 개선이 시급하다는 입법적 판단 하에 마련된 것이다. 노역장유치조항은 1억 원 이상의 벌금에 대한 노역장유치기간의 하한을 정함으로써 고액 벌금형을 단기간의 노역장유치로 무력화하지 못하도록 하고, 노역장유치기간에 대한 기준을 마련함으로써 1일 환형유치금액에 대한 형평성을 제고하기 위한 것이다.

나. 노역장유치조항의 위헌 여부

(1) 쟁점

노역장유치조항은 벌금 액수가 1억 원 이상인 청구인들로 하여금 벌금을 납입하지 아니한 경우 반드시 일정기간 이상 노역장에 유치되도록 하고 있으므로 과잉금지원칙에 반하여 청구인들의 신체의 자유를 침해하는지 여부가 문제된다.

청구인들은 노역장유치조항이 책임주의원칙에 반한다고 주장하나 이 부분 주장은 과잉금지원칙 위반 주장과 다르지 않고, 특별법이 아닌 형법에 노역장유치조항을 둔 것은 체계정당성에 위반된다고 주장하나 체계정당성에 위반된다고 해서 곧 위헌이 되는 것은 아니며 비례원칙 등 헌법의 규정이나 원칙을 위반하여야 하므로(헌재 2010. 6. 24. 2007헌바101등; 헌재 2015. 7. 30. 2013헌바120 참조), 이 부분 주장 역시 과잉금지원칙 위반 여부에 대한 판단으로 족하다.

청구인들은 노역장유치조항이 벌금을 납입할 자력이 있는 자와 없는 자를

차별한다고 주장하나, 이 조항은 경제적 능력의 유무와 상관없이 모든 벌금 미납자에게 적용되고, 벌금의 납입능력에 따른 노역장유치 가능성의 차이는 이 조항이 예정하고 있는 차별이 아니라 벌금형이라는 재산형이 가지고 있는 본질적인 성격에서 비롯된 것일 뿐이므로, 노역장유치조항이 경제적 능력이 있는 자와 없는 자를 차별한다고 볼 수 없다(헌재 2011. 9. 29. 2010헌바188등 참조).

(2) 과잉금지원칙 위반 여부

(가) 목적의 정당성과 수단의 적합성

노역장유치조항은 노역장유치가 고액 벌금의 납입을 회피하는 수단으로 이용되는 것을 막고 1일 환형유치금액에 대한 형평성을 제고하기 위한 것으로, 이러한 입법목적은 정당하다. 1억 원 이상의 벌금을 선고하는 경우 노역장유치기간의 하한을 법률에 정해두게 되면, 벌금의 납입을 심리적으로 강제할 수 있고 1일 환형유치금액 사이의 지나친 차이를 좁혀 형평성을 도모할 수 있으므로, 노역장유치조항은 입법목적 달성에 적절한 수단이다.

(나) 침해의 최소성

1) 노역장유치는 벌금을 납입하지 아니하면 자유박탈이라는 제재를 받게 된다는 경고를 주어 벌금의 납입을 강제하는 기능을 한다. 벌금에 비해 노역장유치기간이 지나치게 짧게 정해지면 경제적 자력이 충분함에도 고액의 벌금 납입을 회피할 목적으로 복역하는 자들이 있을 수 있으므로, 고액의 벌금 납입을 심리적으로 강제할 수 있는 최소한의 노역장유치기간을 정할 필요가 있다. 또한 현행법상 노역장유치기간의 상한이 3년으로 정해져 있어 고액 벌금일수록 1일 환형유치금액이 커지는 문제는 발생할 수밖에 없다고 하더라도, 고액 벌금에 대한 유치기간의 하한을 법률로 정해두면 1일 환형유치금액 간에 발생하는 불균형을 최소화 할 수 있다.

이러한 점에서 노역장유치기간의 하한 설정은 벌금 납입의 실효성을 확보하고 1일 환형유치금액 간의 형평성을 도모하기 위한 불가피한 방법이라고 할 수 있다.

2) 노역장유치조항은 벌금이 '1억 원 이상'인 경우부터 노역장유치기간의 하한을 정하고 있다. 노역장유치조항은 주로 특별형법상 '범죄이익의 일정 배수 이상'을 벌금의 하한으로 규정하고 있는 경제범죄나 식품·보건·환경범죄 등이 그 대상이 된다. 예컨대, '특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률'상의 뇌물죄(제2조), 관세법 위반(제6조), 조세포탈(제8조), 세금계산서 교부의무 위반(제8조의

2), ‘특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률’상의 수재 등의 죄(제5조), ‘보건범죄 단속에 관한 특별조치법’상 부정식품·부정의약품·부정유독물 제조(제2조~제4조), ‘환경범죄 등의 단속 및 가중처벌에 관한 법률’상 멸종위기 야생생물의 포획(제6조), 폐기물 불법처리(제7조), 식품위생법상 금지된 원료를 사용한 식품 판매, 위해식품 제조·판매, 유독기구 사용, 무허가 영업행위, 허위과장광고(제94조), ‘건강기능식품에 관한 법률’상 무허가 영업행위, 위해 건강기능식품 제조·판매, 허위과장광고(제43조) 등이 있다.

이러한 범죄들은 대체로 경제적 이익을 목적으로 하는 범죄로서 그 피해가 크고 경제 질서를 교란시키거나 사람의 생명·신체에 중대한 피해를 입히는 등 불법성이 중하다는 특징을 가진다. 벌금형을 선고받은 자에 대하여 벌금 납입의 철저한 집행을 통해 범죄수익의 박탈과 함께 막대한 경제적 손실을 가하지 않으면 그 범죄 발생을 막기 어렵다. 따라서 1억 원 이상의 벌금이 선고되는 경우에 노역장유치기간의 하한을 두는 것은 벌금의 납입을 실효적으로 확보하여 위와 같은 범죄 발생을 방지하기 위한 입법자의 결단으로서 입법의 한계를 벗어난 것이라고 할 수 없다.

3) 노역장유치조항은 벌금 액수에 따라 단계별로 유치기간의 하한이 증가하도록 하고 있어 범죄의 경중이나 죄질에 따른 형평성을 도모하고 있다. 노역장유치조항은 “선고하는 벌금이 1억 원 이상 5억 원 미만인 경우에는 300일 이상, 5억 원 이상 50억 원 미만인 경우에는 500일 이상, 50억 원 이상인 경우에는 1,000일 이상의 유치기간을 정하여야 한다.”고 규정하고 있으나, 종래부터 노역장유치기간의 상한이 3년으로 규정된 점과 선고되는 벌금 액수를 고려하면 그 하한이 지나치게 장기라고 보기 어렵다. 또한 노역장유치조항에 의한 1일 환형유치금액은, 벌금이 1억 원 이상 5억 원 미만인 경우 333천원에서 166만 6천원, 벌금이 5억 원 이상 50억 원 미만인 경우 100만 원에서 1000만 원, 벌금이 50억 원 이상인 경우 500만 원 이상으로, 벌금 액수에 따라 차이가 있으나, 이는 3년이라는 노역장유치기간의 상한 설정에 따른 불가피한 결과이다.

4) 노역장유치조항은 선고되는 벌금액에 따라 노역장유치기간의 하한을 정하고 있을 뿐이므로, 법관은 그 범위 내에서 다양한 양형요소들을 고려하여 1일 환형유치금액과 노역장유치기간을 정할 수 있다. 또한 법관은 범죄행위로 인한 수익을 몰수·추징하거나 피고인이 피해 회복을 위해 노력하는 등의 양형요소가 있으면 벌금을 감경할 수 있고 징역형과는 별도로 벌금형만의 선고를 유예할 수도 있다(형법 제59조 제2항). 나아가 노역장유치조항의 적용을 받는

범죄들은 대부분 징역형과 함께 벌금형의 필요적 병과로 규정되어 있으므로, 법원은 필요한 경우 징역형의 양형과정에서 노역장유치조항이 정한 유치기간의 하한을 참작함으로써 구체적 형평을 기할 수 있다.

5) 이러한 점들을 종합하면, 노역장유치조항은 침해의 최소성 요건을 충족한다.

(다) 법익 균형성

노역장유치조항은 고액 벌금형을 단기의 노역장유치로 무력화시키지 못하도록 하고, 1일 환형유치금액 사이에 지나친 차이가 발생하지 않게 함으로써 노역장유치제도의 공정성과 형평성을 제고하기 위한 것으로, 이러한 공익은 매우 중대하다.

반면, 그로 인하여 청구인들이 입게 되는 불이익은 선고된 벌금을 납입하지 아니한 경우에 일정기간 이상 노역장에 유치되어 신체의 자유를 제한받게 되는 것이다. 노역장유치는 벌금을 납입하지 않는 경우를 대비한 것으로 벌금을 납입한 때에는 집행될 여지가 없고, 노역장유치로 벌금형이 대체되는 점 등을 고려하면, 청구인들이 입게 되는 불이익이 노역장유치조항으로 달성하고자 하는 공익에 비하여 크다고 할 수 없다.

따라서 노역장유치조항은 법익 균형성 요건을 충족한다.

(3) 소결

그렇다면 노역장유치조항은 과잉금지원칙에 반하여 청구인들의 신체의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

다. 부칙조항의 위헌 여부

(1) 쟁점

부칙조항은 노역장유치조항이 개정되어 시행되기 전에 범죄를 저지른 경우라 하더라도 공소제기가 노역장유치조항 시행 이후에 이루어졌다면 노역장유치조항을 적용하도록 하고 있다. 이는 이미 종료된 범죄행위에 대하여 사후에 개정된 법률을 적용하는 것으로서 소급입법에 해당한다. 따라서 노역장유치가 형벌적 성격을 가진다면, 그리고 그 유치기간의 하한을 설정한 것이 불이익한 변경이라면 헌법 제13조 제1항의 형벌불소급원칙에 위반될 수 있다.

(2) 형벌불소급원칙의 의의 및 적용기준

헌법 제12조 제1항 후문은 “... 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.”라고 규정하고, 헌법 제13조 제1항 전단은 “모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는

행위로 소추되지 아니하며…”라고 하여 죄형법정주의와 형벌불소급원칙을 규정하고 있다. 위 조항들의 근본 취지는, 허용된 행위와 금지된 행위의 경계를 명확히 설정하여 어떠한 행위가 금지되어 있고 그에 위반한 경우 어떠한 처벌이 정해져 있는가를 미리 국민에게 알려 자신의 행위를 그에 맞출 수 있도록 하고, 사후입법에 의한 처벌이나 가중처벌을 금지함으로써 법적 안정성, 예측가능성 및 국민의 신뢰를 보호하기 위한 데 있다(헌재 1996. 2. 16. 96헌가 2등 참조).

그런데 형벌불소급원칙이 적용되는 ‘처벌’의 범위를 형법이 정한 형벌의 종류에만 한정되는 것으로 보게 되면, 형법이 정한 형벌 외의 형태로 가해질 수 있는 형사적 제재나 불이익은 소급적용이 허용되는 결과가 되어, 법적 안정성과 예측가능성을 보장하여 자의적 처벌로부터 국민을 보호하고자 하는 형벌불소급원칙의 취지가 몰각될 수 있다. 형벌불소급원칙에서 의미하는 ‘처벌’은 단지 형법에 규정되어 있는 형식적 의미의 형벌 유형에 국한되지 않는다.

헌법재판소는 일찍이 보안처분인 구 사회보호법상 ‘보호감호’에 대하여 ‘상습범 등에 대한 보안처분의 하나로서 신체에 대한 자유의 박탈을 그 내용으로 하는 보호감호처분은 형벌과 같은 차원에서의 적법한 절차와 헌법 제13조 제1항에 정한 죄형법정주의의 원칙에 따라 비로소 과해질 수 있는 것이라 할 수 있고, 따라서 그 요건이 되는 범죄에 관한 한 소급입법에 의한 보호감호처분은 허용될 수 없다.’고 판시하여 ‘형법이 규정한 형벌’ 외의 제재에 대해서도 형벌불소급원칙이 적용될 수 있음을 밝힌 바 있다(헌재 1989. 7. 14. 88헌가5등 참조). 그 후에도 헌법재판소는 ‘보안처분이라 하더라도 형벌적 성격이 강하여 신체의 자유를 박탈하거나 박탈에 준하는 정도로 신체의 자유를 제한하는 경우에는 형벌불소급원칙이 적용된다.’고 판시하고 있다(헌재 2012. 12. 27. 2010헌가82등; 헌재 2014. 8. 28. 2011헌마28등 참조).

대법원도 구 사회보호법상의 ‘보호감호’에 관하여 사회보호법 시행 이후에 저지른 범죄에 대하여만 보호감호 청구의 대상이 된다고 판시하였고(대법원 1982. 2. 9. 선고 81도2897 판결 참조), ‘가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’이 정한 보호처분 중하나인 ‘사회봉사명령’에 대하여도, 보안처분의 성격을 가지는 것이나 실질적으로는 신체적 자유를 제한하게 되므로 형벌불소급원칙에 따라 행위시법을 적용하여야 한다는 취지로 판결하였다(대법원 2008. 7. 24. 선고 2008어4 판결 참조).

이와 같이 헌법재판소와 대법원은 범죄행위에 따른 제재를 부과할 때 그 제

재의 형식적 분류보다는 그 제재의 실질이 가져오는 형벌적 불이익의 정도에 따라 형벌불소급원칙의 적용 여부를 판단하고 있다.

이러한 점들을 종합하여 볼 때, 범죄행위에 따른 제재의 내용이나 실제적 효과가 가중되거나 부수효과가 불이익하게 변경되는 경우에는 행위시법을 적용함이 바람직하다(독일 형법 제2조 제1항 참조). 특히 범죄행위에 따른 제재의 내용이나 실제적 효과가 형벌적 성격이 강하여, 신체의 자유를 박탈하거나 이에 준하는 정도로 신체의 자유를 제한하는 경우에는 법적 안정성, 예측 가능성 및 국민의 신뢰를 보호하기 위하여 형벌불소급원칙이 적용되어야 한다.

(3) 노역장유치조항과 형벌불소급원칙

(가) 형법은 “벌금을 납입하지 아니한 자는 1일 이상 3년 이하의 기간 노역장에 유치하여 작업에 복무하게 한다.”고 하고(제69조 제2항), “벌금을 선고할 때에는 납입하지 아니하는 경우의 유치기간을 정하여 동시에 선고하여야 한다.”고 규정하고 있다(제70조 제1항). 이와 같이 노역장유치는 벌금형에 대한 집행방법으로 그 자체가 독립된 형벌이 아니지만 벌금형에 부수적으로 부과되는 환형처분이다.

그리고 노역장유치의 집행에는 형의 집행에 관한 규정이 준용되고(형사소송법 제492조), 노역장유치의 명령을 받은 자는 징역형이 선고된 수형자와 함께 교도소에 수감되어 정역에 복무하는 등(형법 제67조, 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 제2조 제2호), 노역장유치는 집행방법이 징역형과 동일하다. 또한 형법은 판결선고 전의 구금일수 전부를 유치기간에 산입하고, 구금일수의 1일을 유치기간의 1일로 계산하는 등(형법 제57조), 노역장유치의 실질을 징역형과 같은 것으로 규정하고 있다.

따라서 노역장유치는 벌금형에 부수적으로 부과되는 환형처분으로서, 그 실질은 신체의 자유를 박탈하여 징역형과 유사한 형벌적 성격을 가지고 있으므로, 형벌불소급원칙의 적용대상이 된다.

(나) 형벌불소급원칙은 범죄행위시의 법률에 의해 범죄를 구성하지 않는 경우뿐만 아니라, 범죄행위시의 법률보다 형을 가중한 경우에도 적용된다. 형벌불소급원칙은 범죄행위시의 법률보다 형의 상한 또는 하한을 높인 경우에도 적용되며, 주형을 가중한 경우 외에도 부가형·병과형을 가중한 경우에도 적용된다.

앞서 본바와 같이, 노역장유치는 벌금형에 부수적으로 부과되는 환형처분으로서 실질은 신체의 자유를 박탈하여 징역형과 유사한 형벌적 성격을 가지고

있으므로, 노역장유치와 관련된 법률의 개정으로 동일한 벌금형을 선고받은 사람에게 그 기간이 장기화되는 등 불이익이 가증된 때에는, 범죄행위시의 법률에 따라 벌금을 납입하지 아니하는 경우의 유치기간을 정하여 선고하여야 한다.

종전에는 노역장유치와 관련하여 1일 이상 3년 이하의 기간 동안 노역장유치를 할 수 있다는 규정 외에 노역장유치기간의 하한이 정해져 있지 않았고, 벌금이 고액이더라도 노역장유치기간이 반드시 그에 비례하여 장기화되는 것은 아니었다. 그런데 노역장유치조항은 “선고하는 벌금이 1억 원 이상 5억 원 미만인 경우에는 300일 이상, 5억 원 이상 50억 원 미만인 경우에는 500일 이상, 50억 원 이상인 경우에는 1,000일 이상의 유치기간을 정하여야 한다.”고 규정하여, 1억 원 이상의 벌금형을 선고하는 경우에는 노역장유치기간을 300일 이상 등으로 하한을 정하였다. 그 결과 1억 이상의 벌금을 선고받는 자에 대한 노역장유치기간은 그 하한이 종전보다 장기화되었다. 이 사건에서도 노역장유치조항을 적용받은 청구인들은 이 조항 시행 전에 공소제기된 공범들보다 3배 내지 17배 가까이 장기기간의 노역장유치에 처하는 판결을 선고받았다.

따라서 노역장유치조항은 1억 원 이상의 벌금을 선고받은 자에 대하여는 노역장유치기간의 하한이 중하게 변경된 것이므로, 이 조항 시행 전에 행한 범죄행위에 대해서는 범죄행위 당시에 존재하였던 법률을 적용하여야 한다.

(4) 소결

부칙조항은 노역장유치조항의 시행 전에 행해진 범죄행위에 대해서도 공소제기의 시기가 노역장유치조항의 시행 이후이면 이를 적용하도록 하고 있는 바, 부칙조항은 범죄행위 당시 보다 불이익한 법률을 소급하여 적용하도록 하는 것이라고 할 수 있으므로, 헌법상 형벌불소급원칙에 위반된다.

이와 같이 부칙조항이 형벌불소급원칙에 반하여 헌법에 위반된다고 판단하는 이상 청구인들의 나머지 주장에 대하여는 더 나아가 판단하지 아니한다.

5. 결 론

노역장유치조항은 헌법에 위반되지 아니하고, 부칙조항은 헌법에 위반되므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 아래 6.과 같은 재판관 강일원, 재판관 조용호의 부칙조항에 대한 별개의견, 아래 7.과 같은 재판관 안창호의 노역장유치조항에 대한 보충의견이 있는 외에는 관여 재판관의 일치된 의견에 따른 것이다.

6. 재판관 강일원, 재판관 조용호의 부칙조항에 대한 별개의견

우리는 노역장유치조항과 부칙조항에 대한 다수의견의 결론에는 찬성하지만, 부칙조항이 헌법에 위반되는 이유에 관하여는 다수의견과 견해를 달리하므로 다음과 같이 의견을 밝힌다.

가. 노역장유치와 형벌불소급의 원칙 적용 여부

헌법 제13조 제1항 전단은 “모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며……”라고 하여 형벌불소급의 원칙을 규정하고 있다. 형벌불소급의 원칙에서 소급입법이 금지되는 영역은 범죄구성요건과 이에 따르는 형벌이다.

형벌불소급의 원칙은 가벌성의 조건을 사후적으로 변경하는, 다시 말해 소급적인 범죄구성요건의 제정과 소급적인 형벌의 가중을 금지하는 것을 말한다. 헌법이 형벌불소급의 원칙을 명시하고 있는 이유는 다수의견에서도 밝히고 있는 바와 같이 허용된 행위와 금지된 행위의 경계를 명확히 설정하여 어떠한 행위가 금지되어 있고 그에 위반한 경우 어떠한 처벌이 정해져 있는가를 국민에게 미리 알림으로써 사후입법에 의한 처벌이나 가중처벌을 금지하여 법적 안정성과 예측가능성, 그리고 법질서에 대한 신뢰를 확보하기 위함이다.

부칙조항은 노역장유치조항이 시행되기 전에 범죄를 저지른 경우라 하더라도 공소제기가 노역장유치조항 시행 이후에 이루어졌다면 이를 적용하도록 하여, 이미 노역장유치조항 시행 전에 종료된 행위에 대하여도 사후에 개정된 법률을 적용하도록 하였다는 점에서 소급입법에 해당한다.

문제는 종래와 달리, 선고하는 벌금형의 액수에 따라 유치기간의 하한을 설정한 노역장유치조항을 그 시행 후 최초로 공소가 제기되는 경우부터 적용하도록 한 것에 형벌불소급의 원칙을 적용할 수 있는가 하는 점이다.

노역장유치는 신체의 자유를 제한하는 자유형과 같은 외형을 가진다는 점에서 단지 금전을 납부하는 것보다 무겁게 평가될 수 있다. 그런데 벌금형의 대체수단인 노역장유치가 벌금납입을 강제하는 수단으로 기능하기 위해서는 노역장유치가 본형과 같은 정도의 고통을 줄 수 있어야 하고, 고액 벌금형이 단기간의 노역장유치로 무력화되어서는 아니 된다. 따라서 노역장유치가 단지 신체의 자유를 제한한다는 이유로 독자적인 형벌 또는 형벌과 동일한 평가를 할 수 있는 별도의 불이익한 제재라고 보기는 어렵다.

물론 노역장유치조항은 노역장유치기간 하한 규정이 없었던 종래 법체계 아래에서 야기된 이른바 ‘황제노역’의 문제점을 개선하고자 일정액 이상의 벌금형에 대해서는 노역장유치기간의 최소한을 정한 것이라는 점을 고려하면,

동일한 벌금형에 대해 종전보다 유치기간이 늘어날 가능성을 높였다는 점에서 제재의 사후적인 가중으로 볼 여지가 있다. 그러나 이러한 사후 입법이 헌법적으로 용인될 수 있는가의 문제와 이것이 형벌불소급의 원칙이 적용되는 영역인지의 문제는 전혀 다른 차원의 것이다. 단지 종전보다 유치기간이 장기화될 가능성을 높였다는 이유만으로 형벌불소급의 원칙이 적용되는 형벌의 중한 변경이라고 보기는 어렵다.

다수의견에서도 밝히고 있듯이, 노역장유치란 벌금형 및 과료형의 집행과 관련하여 벌금 등을 완납할 때까지 노역장에 유치하여 작업에 복무하게 하는 것으로서 벌금납입의 대체수단이자 납입강제기능을 갖는 벌금형의 집행방법이다. 이는 벌금형에 대한 환형처분이라는 점에서 노역형, 즉 강제노동 자체를 내용으로 하는 형벌과는 구별된다(헌재 2011. 9. 29. 2010헌바188등 참조). 벌금형에 대한 노역장유치는 이미 형벌을 받은 사건에 대해 또 다시 형을 부과하는 것이 아니라 단순히 형벌 집행방법의 변경에 불과하다(헌재 2005. 7. 21. 2003헌바98; 헌재 2009. 3. 26. 2008헌바52; 헌재 2010. 7. 29. 2008헌바88 등 참조). 따라서 개정 형법이 금액별 노역장유치기간의 하한을 정하면서 적용 대상을 법 시행 후 발생한 사건이 아니라 법 시행 후 공소가 제기되는 사건부터로 설정하였다고 하더라도 이는 벌금형을 대체하는 집행방법을 강화한 것에 불과하므로 여기에 형벌불소급의 문제가 발생한다고 보기는 어렵다.

다수의견은 구 사회보호법상의 ‘보호감호’와 ‘가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’상의 ‘사회봉사명령’ 등에 관한 헌법재판소의 선례 및 대법원판례를 인용하면서 노역장유치의 실질이 신체의 자유를 박탈하여 징역형과 유사한 형벌적 성질을 가지고 있으므로 형벌불소급원칙의 적용대상이 된다고 한다. 그러나 노역장유치는 벌금형을 대체하는 집행방법에 지나지 않고 부칙조항은 노역장유치조항의 시행에 관한 경과규정임에 반하여, 위 ‘보호감호’ 및 ‘사회봉사명령’은 위 각 특별법의 본칙에서 독자적인 제재로 규정되어 있고 신체의 자유를 제한하는 보안처분적 성질을 가지고 있는바, 양자는 그 입법취지와 규정형식 및 법적 성질 등이 다르므로 위 선례 및 대법원판례를 여기에 인용할 것은 아니다. 또한 다수의견은 제재의 내용이나 실제적 효과만을 중시한 채 ‘징역형과 유사한 형벌적 성격’이라는 표현으로 ‘형벌’의 개념을 확장하고 있고, 부칙조항 고유의 위헌성이 아니라 오히려 앞에서(4. 나.항 참조) 합헌으로 논증한 노역장유치조항을 중심으로 그 위헌성을 논증하는 모순이 있다.

나. 부칙조항이 소급입법금지원칙에 위반되는지 여부

부칙조항은 노역장유치조항을 그 시행 후 최초로 공소가 제기되는 경우부터 적용하도록 함으로써 이미 종료된 범죄행위에 대하여도 사후에 개정된 법률조항을 적용할 수 있게 하였다는 점에서 소급입법에 해당하므로, 이러한 소급입법이 헌법적으로 허용될 수 있는지를 살펴볼 필요가 있다.

새로운 입법으로 이미 종료된 사실관계 또는 법률관계에 작용하도록 하는 진정소급입법은 개인의 신뢰보호와 법적 안정성을 내용으로 하는 법치국가원리에 의하여 특단의 사정이 없는 한 헌법적으로 허용되지 않는다. 다만, 기존의 법을 변경해야 할 공익적 필요는 심히 중대한 반면에 그 법적 지위에 대한 개인의 신뢰를 보호하여야 할 필요는 상대적으로 정당화될 수 없는 특단의 사정이 있는 경우에는 예외적으로 허용될 수 있다(헌재 2006. 6. 29. 2005헌마165등).

노역장유치는 벌금형의 집행방법일 뿐 형벌 그 자체는 아니나, 실질이 자유형과 다르없기 때문에 동일한 벌금액수에 대해 이전보다 노역장유치기간이 늘어날 경우 중대한 기본권 침해의 결과를 초래할 수 있다. 따라서 벌금형을 선고받고 이를 미납하면 어느 정도의 기간 동안 노역장에 유치될 수 있는지, 유치기간의 상한이나 하한이 존재하는지 등에 대한 종전 법질서에 대한 신뢰는 보호의 필요성이 크다.

청구인들의 경우 종래의 법질서 아래에서도 벌금형에 대해 1일 이상 3년 이하의 기간 안에서는 노역장유치조항에서 정하고 있는 기간 이상을 노역장에 유치당하는 것이 얼마든지 가능하였지만, 노역장유치기간의 하한이 정해져 있지 않았기 때문에 벌금액이 고액이더라도 노역장유치기간이 그 벌금액에 비례하여 장기화되는 것은 아니었다. 또한 청구인들이 범죄행위를 할 당시에는 벌금 액수와 상관없이 노역장유치조항에서 정한 기간보다 짧은 기간 동안 노역장유치를 선고받을 수 있다는 신뢰가 구축되어 있었고, 법원의 실무관행도 그러하였다(구체적으로는 1억 원 이상의 벌금형을 선고받는 경우에도 300일 미만의, 5억 원 이상의 벌금형을 선고받는 경우에도 500일 미만의, 50억 원 이상의 벌금형을 선고받는 경우에도 1,000일 미만의 노역장유치에 처해질 수 있다는 신뢰). 따라서 이러한 노역장유치기간에 대한 신뢰는 법적 이익과 마찬가지로 보호될 필요가 있다.

그런데 노역장유치조항은 벌금액수에 따라 구간을 정하여 해당 액수마다 반드시 일정 기간 이상의 유치기간을 정하도록 함으로써 노역장유치기간을 사실상 종전보다 장기화한 것임에도 불구하고, 부칙조항은 이미 구법질서를 신뢰하여 행위하고 법적 지위를 형성한 청구인들에게 불리하게 개정된 노역장유

치조항을 적용하도록 하여 청구인들의 위와 같은 신뢰이익을 침해하고 있다. 다만, 위와 같이 구법 질서에 대한 청구인들의 신뢰를 보호할 필요성이 크고, 부칙조항이 그러한 신뢰이익을 침해하고 있다고 하더라도 부칙조항과 같은 소급입법을 허용할 수밖에 없는 공익상의 이유가 인정된다면 이러한 소급입법은 헌법적으로 용인될 수 있다.

그런데 고액 벌금형에 대한 납입기능을 강화하고 노역환산금액에 대한 형평성을 도모하고자 하는 노역장유치조항의 입법목적이 중요하다고 하더라도, 이러한 입법목적을 노역장유치조항이 시행되기 전에 범한 범죄에 대해서까지 소급적용함으로써 달성할 수 있는 공익은 그다지 크다고 볼 수 없다. 고액 벌금형을 단기의 노역장유치로 무력화하지 못하도록 하면서 벌금의 성실한 납입을 유도하겠다는 목적은 노역장유치조항과 같은 강화된 입법으로 비로소 효과를 발휘하게 되는 것이고, 이러한 입법이 존재하지 않았던 그 이전 상황에서는 그와 같은 효과를 기대하기가 어렵기 때문이다. 강화된 제재에 대한 경고 기능이 작동되지 않은 상태에서 행한 행위에 대해 사후입법으로 무겁게 책임을 묻는 것은, 기존 법질서에 대한 신뢰보호와 법적 안정성을 위해 소급입법을 금지하는 정신에 부합하지 않는다. 사후에 제정된 법을 통해 과거의 일들을 규율하는 것은 공익적 차원의 필요성만으로 용인되는 것은 아니며, 오히려 이러한 소급입법은 자칫 법질서 전체에 대한 불신만 키울 위험이 있다.

더욱이 부칙조항은 이 법 시행 후 최초로 공소가 제기되는 경우부터 적용함으로써 자의적인 법집행에 대한 우려마저 자아내고 있다. 동일한 시기에 이루어진 유사한 형태의 범죄행위라도 검사의 공소제기가 언제 이루어지는지에 따라 노역장유치기간에 현저하게 불합리한 결과를 가져올 수 있기 때문이다.

이상에서 본 바와 같이 이 사건 부칙조항은 소급입법금지원칙에 위반되는 것이다.

7. 재판관 안창호의 노역장유치조항에 대한 보충의견

나는 노역장유치조항이 헌법에 위반된다고 판단하지는 않지만, 고액의 벌금형을 필요적으로 병과하는 특별형법 규정이 노역장유치조항과 결합하여 그 범죄자에게 과도한 제재가 될 수 있어 관련 법률을 정비하는 입법개선이 필요하다고 생각하므로, 다음과 같이 보충의견을 개진한다.

가. 노역장유치조항은 선고하는 벌금이 ‘1억 원 이상’인 경우부터 노역장유치기간의 하한을 정하고 있다. 노역장유치조항은 주로 특별형법상 ‘범죄이익의 일정 배수 이상’을 벌금형의 하한으로 규정하고 있는 경제범죄나 식품·보

건·환경범죄 등이 그 대상이 된다.

‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’ 제2조(뇌물죄), 제6조(관세법상 허위신고, 밀수출입 등), 제8조(조세범 처벌법상 조세 포탈 등), 제8조의2(조세범 처벌법상 무거래 세금계산서 수수 등), ‘특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률’ 제5조(금융회사 임직원 수재 등), 제11조(무인가 단기금융업), ‘보건범죄 단속에 관한 특별조치법’ 제2조(부정식품 제조 등), 제3조(부정의약품 제조 등), 제4조(부정유독물 제조 등), 제5조(부정의료업자), ‘마약류 불법거래 방지에 관한 특별법’ 제6조(업으로 한 마약 수출입·제조·매매 등), ‘환경범죄 등의 단속 및 가중처벌에 관한 법률’ 제6조(멸종위기 야생생물 포획), 제7조(폐기물 불법처리), 제8조(제7조 누범가중), ‘건강기능식품에 관한 법률’ 제43조 제3항(무허가 영업행위 등) 등이 그러하다.

나. 어떤 행위를 범죄로 규정하고 이를 어떻게 처벌할 것인가 하는 문제는 원칙적으로 입법자가 우리의 역사와 문화, 입법 당시의 시대적 상황과 국민 일반의 가치관 내지 법 감정, 범죄의 실태와 죄질 및 보호법익 그리고 범죄예방 효과 등을 종합적으로 고려하여 결정하여야 할 국가의 입법정책에 관한 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다(헌재 1995. 11. 30. 94헌가3; 헌재 2010. 5. 27. 2009헌가28).

노역장유치조항이 적용될 수 있는 벌금형을 정한 경제범죄나 식품·보건·환경범죄 등은 대체로 경제적 이익을 목적으로 하는 범죄로서 그 피해가 크고 경제 질서를 교란시키거나 사람의 생명·신체에 중대한 피해를 입히는 등 불법성이 중하다. 이러한 범죄들은 범죄수익의 박탈과 함께 막대한 경제적 손실을 가하지 않으면 범죄발생을 막기 어려울 수 있으므로, 그 범죄발생의 방지를 위해 고액의 벌금을 부과할 필요가 있다. 한편, 법관은 양형 요소가 있으면 벌금액수를 감경할 수 있고 징역형과는 별도로 벌금형만의 선고를 유예할 수 있다(형법 제59조 제2항). 그리고 이러한 범죄들은 대부분 징역형과 함께 벌금형의 필요적 병과로 규정되어 있으므로, 법관은 필요한 경우 징역형의 양형과정에서 벌금형을 참작함으로써 구체적 형평을 기할 수 있다.

이러한 점을 고려하여, 헌법재판소는 노역장유치조항이 적용될 수 있는 벌금형을 정한 특별형법 조항에 대하여, 이는 범죄발생을 방지하기 위한 입법자의 결단이며 입법재량을 벗어난 것이라고 볼 수 없다고 하면서 합헌결정을 하고 있다(헌재 2013. 12. 26. 2012헌바217등; 헌재 2015. 12. 23. 2015헌바244; 헌재 2015. 12. 23. 2015헌바249; 헌재 2016. 5. 26. 2016헌바81; 헌재 2017. 7. 27.

2017헌바226 등).

다. ‘범죄이익의 일정 배수 이상’을 벌금형의 하한으로 규정하고 있는 경제범죄나 식품·보건·환경범죄 등은 많은 경우 벌금형의 필요적 병과를 규정하고 있다.

이러한 고액 벌금형의 필요적 병과는 범죄수익의 박탈에 더하여 재산의 손실을 통한 일반적 위하(威嚇)를 가하고자 하는 것이다. 그러나 범죄행위로 인하여 획득한 금전적 이익에 대하여 필요적 몰수·추징에 의한 박탈이 예정되어 있는 경우에는, 고액 벌금형을 필요적으로 병과하는 것은 범죄자에게 이중으로 경제적 고통을 안겨줄 수 있다.

특히 공범 중에는 경제적 수익이 없거나 경미한 경우가 있을 수 있는데, 이러한 경우에도 모든 공범에 대해 고액의 벌금형을 필요적으로 병과하는 것은 과중한 형벌이 될 수 있다. ‘범죄이익의 일정 배수 이상’을 벌금형의 하한으로 규정하고 있는 경제범죄 등과 관련하여 수인의 공범이 있는 경우에는, 해당 법률에 따라 공범 모두에게는 고액의 벌금형이 선고되고, 그들은 각자 선고받은 벌금을 납입하여야 하며, 몰수·추징과 달리 공범 중 특정인이 벌금을 납입하더라도 다른 공범은 자신이 선고받은 벌금형의 집행이 면제되지 아니하고 전액을 납입하여야 하기 때문이다.

라. 노역장유치조항은 선고하는 벌금이 1억 원 이상인 경우에는 일정기간 이상의 노역장유치기간을 정하도록 하고 있다(제70조 제2항).

이러한 노역장유치조항은 고액 벌금형의 필요적 병과를 규정한 특별형법조항과 결합해 범죄자에게 실질적으로 과중한 자유형이 될 수 있다. 법정의견에서 살펴본바와 같이 노역장유치는 그 실질이 신체의 자유를 박탈하여 징역형과 유사한 형벌적 성격을 가지고 있고, 노역장유치조항으로 인해 노역장유치기간이 상당기간 장기화 될 수 있다. 특히 경제적으로 어려운 사람에게는 벌금형이 1억 원 이상인 경우 이를 납부하는 것이 쉽지 아니하다고 할 것이므로, 이들에 대한 고액의 벌금형은 노역장유치로 환형될 가능성을 높게 한다. 그 결과 노역장유치조항은 고액의 벌금형을 선고받은 경제적 약자로 하여금 선고받은 징역형 이외에 추가로 상당기간 동안 교도소에 수감되어 정역에 복무하게 할 수 있으며, 이는 책임주의에 반한다는 비판이 제기될 수 있다.

마. 노역장유치조항은 징역형에 대해 집행유예를 선고하는 경우에도, 벌금을 납입하지 못할 때에는 벌금 액수에 따라 300일 이상, 500일 이상, 1000일 이상의 노역장유치기간을 정할 수 있도록 하고 있다.

그러나 범인의 연령·성행(性行)·지능 및 환경, 피해자에 대한 관계, 범행의 동기·수단 및 결과, 범행 후의 정황 등을 고려해 징역형에 대해 집행유예를 선고하면서, 경제적인 이유 등으로 병과되는 벌금을 납입하지 못했다는 이유만으로 위와 같이 상당기간 동안 노역장에 유치하여 작업에 복무하게 할 수 있도록 하는 것이 적절하지 아니하다는 비판이 있다. 아울러 단기의 실행이 선고되는 경우에도 징역형은 벌금형보다 무거운 형이므로(형법 제50조), 벌금형에 부수적으로 부과되는 환형처분인 노역장유치기간이 징역형보다 장기화 되는 것은 타당하지 아니하다는 비판도 있다.

한편, 형법 제59조 제2항은 “형을 병과할 경우에도 형의 전부 또는 일부에 대하여 그 선고를 유예할 수 있다.”고 규정하여, 징역형과 함께 벌금형을 선고하는 경우에 징역형과는 별도로 벌금형만의 선고를 유예할 수 있도록 하고 있다. 이와 같이 벌금형에 대하여 선고를 유예하는 경우, 그 대상이 되는 벌금 액수의 제한은 없다. 그런데 2016. 1. 6. 형법개정으로 벌금형에 대한 집행유예제도가 도입되면서, 그 대상을 500만 원 이하의 벌금의 형으로 제한하고 있다(형법 제62조 제1항). 일반적으로 집행유예보다 형이 가벼운 경우에 형의 선고를 유예하는 것이므로, 벌금형의 집행유예와 달리 벌금 액수의 제한없이 모든 벌금형에 대해 선고를 유예할 수 있는 것은 형벌체계상 정당하지 아니하다는 비판이 제기될 수 있다.

바. 이상의 내용을 종합하면, 노역장유치조항이 법정의견과 같이 과잉금지 원칙에 위반되는 것은 아니라고 하더라도, 이 조항으로 인해 선고되는 벌금이 1억 원 이상인 때에는 노역장유치기간이 일정기간 이상으로 장기화될 수 있으며, 고액의 벌금형을 필요적으로 병과하는 특별형법 규정은 노역장유치조항과 결합하여 책임원칙에 반할 수 있다는 비판이 제기되는 등 다양한 논란의 소지가 있다.

따라서 새로이 벌금형을 필요적으로 병과하는 특별형법 규정은 신중하게 입법하여야 하며, 아울러 종래 벌금형의 필요적 병과를 규정하고 있는 특별형법 조항에 대해서도 그 취지를 다시 새겨 합리적·체계적으로 정비하는 입법개선의 노력을 기울여야 할 것이다.

재판관 김이수 이진성 김창종 안창호 강일원 서기석

조용호(해외출장으로 행정전자서명 불능) 이선애