

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2019도15167 간통
피 고 인 피고인
상 고 인 피고인
원 심 판 결 서울북부지방법원 2019. 9. 26. 선고 2019노1037 판결
판 결 선 고 2019. 12. 24.

주 문

상고를 기각한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 이 사건의 경위

가. 피고인은 1996. 10. 중순, 1996. 11. 초순, 1997. 3. 초순, 1997. 6. 초순 각 간통하였다는 공소사실로 기소되었고, 제1심법원이 1999. 7. 8. 징역 6월에 집행유예 2년을 선고하였으며(이하 '이 사건 재심대상판결'이라 한다), 피고인이 항소, 상고하였으나 모두 기각되어 이 사건 재심대상판결이 확정되었다.

나. 헌법재판소는 2008. 10. 30. 구 형법(2016. 1. 6. 법률 제13719호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제241조가 헌법에 위반되지 아니한다고 결정하였다(이하 '종전 합헌결정'이라 한다), 2015. 2. 26. 구 형법 제241조가 헌법에 위반된다고 결정하였다(이하 '이 사건 위헌결정'이라 한다).

다. 피고인은 이 사건 위헌결정이 있는 후 이 사건 재심대상판결에 헌법재판소법 제47조 제4항에서 정한 재심이유가 있다고 주장하며 재심을 청구하였다. 제1심은 재심 개시결정을 한 후 심급에 따라 다시 심리하여, 이 사건 범행일 당시 유효하게 존재하였던 구 형법 제241조가 이 사건 위헌결정에 따라 종전 합헌결정일 다음 날로 소급하여 효력을 상실하게 되었으므로 형사소송법 제326조 제4호가 정한 '범죄 후의 법령개폐로 형이 폐지되었을 때'에 해당한다는 이유로 면소판결을 선고하였다.

라. 원심이 피고인의 항소를 기각하자 피고인은 구 형법 제241조에 대한 이 사건 위헌결정이 이 사건 공소사실에 미쳐 무죄가 선고되어야 한다는 취지로 상고하였다.

2. 대법원의 판단

이 사건 공소사실에 대하여 형사소송법 제326조 제4호가 정한 면소판결을 한 제1심의 판단을 유지한 원심의 판단에 잘못이 없으므로, 피고인의 상고이유를 받아들일 수 없다. 그 이유는 다음과 같다.

가. 구 헌법재판소법(2014. 5. 20. 법률 제12597호로 개정되기 전의 것) 제47조 제2항 단서는 위헌으로 결정된 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다고 정하면서 소급효를 제한하지 않았다. 그러나 위와 같이 개정된 헌법재판소법 제47조 제3항 단서는 형벌에 관한 해당 법률 또는 법률의 조항에 대하여 종전에 합헌으로 결정한 사건이 있는 경우에는 그 결정이 있는 날의 다음 날로 소급하여 효력을

상실한다고 정하여 소급효를 제한하고 있다. 한편 형사소송법 제326조 제4호는 '범죄 후의 법령개폐로 형이 폐지되었을 때'를 면소판결을 선고하여야 하는 경우로 정한다.

따라서 종전 합헌결정일 이전의 범죄행위에 대하여 재심개시결정이 확정되었는데 그 범죄행위에 적용될 법률 또는 법률의 조항이 위헌결정으로 헌법재판소법 제47조 제3항 단서에 의하여 종전 합헌결정일의 다음 날로 소급하여 효력을 상실하였다면 범죄 행위 당시 유효한 법률 또는 법률의 조항이 그 이후 폐지된 경우와 마찬가지로 법원은 형사소송법 제326조 제4호에 해당하는 것으로 보아 면소판결을 선고하여야 한다.

나. 앞에서 본 사실관계를 위 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 공소사실 기재 범행 일이 종전 합헌결정일 이전이고, 구 형법 제241조가 이 사건 위헌결정으로 인하여 종전 합헌결정일의 다음 날인 2008. 10. 31.로 소급하여 효력을 상실하므로 이 사건 공소사실을 심판하는 제1심은 형사소송법 제326조 제4호에 따라 면소판결을 선고하여야 한다. 이 사건 공소사실에 대하여 면소판결을 선고한 제1심 및 이를 유지한 원심의 조치는 위와 같은 법리에 따른 것으로 타당하다(상고이유로 들고 있는 대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986 전원합의체 판결은 이 사건에 적용되지 않는다).

3. 결론

그러므로 상고를 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 조희대 _____

대법관 김재형 _____

주 심 대법관 민유숙 _____

대법관 이동원 _____