

**간통·마약류 관리에 관한 법률위반(항정)·마약류 관리에 관한
법률위반(대마)**

[대법원 2011. 8. 25. 2009도9112]



【판시사항】

- [1] 간통 사건의 상소심에서 법률 위반을 이유로 제1심 공소기각판결을 파기하고 사건을 제1심법원에 환송하였는데 환송 후의 제1심판결 선고 전 간통죄의 고소가 취소된 경우, 법원이 취하여야 할 조치(=공소기각판결)
- [2] 피고인의 간통 공소사실에 대한 배우자의 고소가 효력이 없다는 이유로 공소를 기각한 제1심판결에 대하여 항소심 절차가 진행되던 중 고소인이 고소를 취소하였는데, 항소심이 공소기각 부분이 위법하다는 이유로 사건을 파기·환송하였고 환송 후의 제1심 및 원심이 간통을 유죄로 인정한 사안에서, 고소취소가 적법하므로 환송 후의 제1심 및 원심으로서는 공소를 기각하였어야 한다고 한 사례

【판결요지】

- [1] 형사소송법 제232조 제1항은 고소를 제1심판결 선고 전까지 취소할 수 있도록 규정하여 친고죄에서 고소취소의 시한을 한정하고 있다. 그런데 상소심에서 형사소송법 제366조 또는 제393조 등에 의하여 법률 위반을 이유로 제1심 공소기각판결을 파기하고 사건을 제1심법원에 환송함에 따라 다시 제1심 절차가 진행된 경우, 종전의 제1심판결은 이미 파기되어 효력을 상실하였으므로 환송 후의 제1심판결 선고 전에는 고소취소의 제한사유가 되는 제1심판결 선고가 없는 경우에 해당한다. 뿐만 아니라 특히 간통죄 고소는 제1심판결 선고 후 이혼소송이 취하된 경우 또는 피고인과 고소인이 다시 혼인한 경우에도 소급적으로 효력을 상실하게 되는 점까지 감안하면, 환송 후의 제1심판결 선고 전에 간통죄의 고소가 취소되면 형사소송법 제327조 제5호에 의하여 판결로써 공소를 기각하여야 한다.
- [2] 피고인의 간통 공소사실에 대한 배우자의 고소가 효력이 없다는 이유로 공소를 기각한 제1심판결에 대하여 항소심 절차가 진행되던 중 고소인이 고소를 취소하였는데, 항소심이 공소기각 부분이 위법하다는 이유로 사건을 파기·환송하였고 환송 후의 제1심 및 원심이 간통을 유죄로 인정한 사안에서, 고소취소가 항소심에서 종전 제1심 공소기각판결이 파기되고 사건이 제1심법원에 환송된 후 진행된 환송 후 제1심판결이 선고되기 전에 이루어진 것으로서 적법하므로, 형사소송법 제327조 제5호에 의하여 판결로써 공소를 기각하였어야 하는데도 이에 관한 실체 판단에 나아가 유죄를 인정한 원심판결에는 친고죄의 고소취소 시기에 관한 법리오해의 위법이 있다고 한 사례.

【참조조문】

- [1] 형사소송법 제232조 제1항, 제327조 제5호, 제366조, 제393조
- [2] 형법 제37조, 제241조, 형사소송법 제232조 제1항, 제327조 제2호, 제5호, 제366조, 제393조

【참조판례】

[1] 대법원 1975. 6. 24. 선고 75도1449 전원합의체 판결(공1975, 8591), 대법원 2002. 8. 23. 선고 2002도2898 판결, 대법원 2009. 12. 10. 선고 2009도7681 판결(공2010상, 185)

【전문】

【피 고 인】

【상 고 인】 피고인

【변 호 인】 변호사 김형철

【원심판결】 서울동부지법 2009. 8. 14. 선고 2009노801 판결

【주문】

】

원심판결을 파기하고, 사건을 서울동부지방법원 합의부에 환송한다.

【이유】

】 상고이유를 판단한다.

1. 형사소송법 제232조 제1항은 고소를 제1심판결 선고 전까지 취소할 수 있도록 규정함으로써 친고죄에서 고소취소의 시한을 한정하고 있다.

그런데 상소심에서 형사소송법 제366조 또는 제393조 등에 의하여 제1심의 공소기각판결이 법률에 위배됨을 이유로 이를 파기하고 사건을 제1심법원에 환송함에 따라 다시 제1심 절차가 진행된 경우, 종전의 제1심판결은 이미 파기되어 그 효력을 상실하였으므로, 환송 후의 제1심판결 선고 전에는 고소취소의 제한사유가 되는 제1심판결 선고가 없는 경우에 해당한다.

뿐만 아니라 특히 간통죄의 고소는 제1심판결 선고 후 이혼소송이 취하된 경우 또는 피고인과 고소인이 다시 혼인한 경우에도 소급적으로 효력을 상실하게 되는 점 (대법원 1975. 6. 24. 선고 75도1449 전원합의체 판결, 대법원 2009. 12. 10. 선고 2009도7681 판결 참조) 까지 감안하면, 환송 후 제1심판결 선고 전에 간통죄의 고소가 취소되면 형사소송법 제327조 제5호에 의하여 판결로써 공소를 기각하여야 할 것이다 .

2. 기록에 의하면, 이 사건 환송 전 제1심은 피고인에 대한 공소사실 중 마약류관리에 관한 법률 위반(향정), 마약류관리에 관한 법률 위반(대마) 등의 점을 유죄로 인정하였으나 각 간통의 점에 관해서는 배우자인 고소인이 이를 종용하였음이 인정되어 그 고소가 효력이 없다는 이유로 형사소송법 제327조 제2호에 의하여 공소기각판결을 선고한 사실, 위 환송 전 제1심판결에 대하여 피고인과 검사가 항소하여 항소심 절차가 진행되던 중 고소인이 피고인에 대한 고소를 취소한 사실, 위 항소심은 고소인이 피고인의 간통을 종용하였다고 볼 수 없어 공소기각 부분이 위법하다는 이유로 간통 부분 및 이와 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있는 나머지 유죄 부분 등 환송 전 제1심판결 전부를 파기하고 사건을 다시 제1심법원에 환송한 사실, 환송 후 제1심은 각 간통의 점을 비롯한 공소사실 전부를 유죄로 인정하고 피고인에 대하여 징역 8월을 선고하였는데, 원심은 마약류관리에 관한 법률 위반(대마)죄의 일부 적용법조가 누락되었음을 이유로 환송 후 제1심판결을 직권으로 파기하고 다시 각 간통의 점을 비롯한 공소사실 전부를 유죄로 인정하고 동일한 형을 선고한 사실을 알 수 있다.

3. 위 사실관계를 앞서 본 법리에 따라 살펴보면, 고소인의 위 간통 부분 고소취소는 그 후 항소심에서 종전 제1심의 공소기각판결이 파기되고 사건이 제1심법원에 환송된 후 진행된 환송 후 제1심의 판결이 선고되기 전에 이루어진 것으로서 적법한 고소취소에 해당하므로, 원심으로서는 형사소송법 제327조 제5호에 의하여 각 간통의 점에 대한 공소를 기각하였어야 할 것이다.

그럼에도 원심은 위와 같이 피고인에 대한 각 간통의 공소사실에 관한 실체판단에 나아가 이를 유죄로 인정하고 이는 나머지 범죄사실과 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있다고 하여 그 전부에 대하여 하나의 형을 선고하였으니, 원심판결에는 친고죄의 고소취소 시기에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있고, 이를 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

4. 그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 차한성(재판장) 박시환 신영철 박병대(주심)