

비친고죄로 개정된 법 시행 전의 범행에 대한 소급적용의 위헌성¹⁾

1. 사건개요

본건에서 문제된 범행은 2016년 11월 5일 일어난 13세 미만의 남아에 대한 강제외설행위로, 사건 당시 강제외설죄²⁾는 피해자가 고소하여야 처벌할 수 있는 친고죄로 운용되고 있었다. 그 이후 2017년 7월 13일 시행된 ‘형법의 일부를 개정하는 법률(刑法の一部を改正する法律)’(2017년 법률 제72호, 이하, 본법)에 따라 강제외설죄 등의 경우 피해자의 부담을 경감시켜주기 위하여 친고죄 적용을 배제하였다.

또한, 본법은 그 경과조치로 ‘이 법률에 의한 개정 전의 형법 제180조³⁾의 규정에 따른 친고죄로서, 이 법률 시행 전에 저지른 범행에 대해서는 법률 시행 당시 이미 고소할 수 없게 된 경우가 아니면, 이 법률의 시행 후에는 고소가 없어도 공소를 제기할 수 있다.’는 규정을 두었다(부칙 제2조⁴⁾). 친고죄의 고소기간은 ‘범인을 안 날부터 6개월’인데,⁵⁾ 2000년 5월의 법 개정, 이른바 범죄피해자보호관련2법(犯罪被害者保護關連二法)⁶⁾에 따라, 강제외설죄

1) 2020년 3월 10일 일본 최고재판소 제3소법정 판결(令和2年3月10日, 最高裁判所 第三小法廷 判決, 平成28年(受)第563号).

2) 제176조 [강제외설] 13세 이상인 자에 대하여 폭행 또는 협박을 사용하여 외설적인 행위를 한 자는 6월 이상 10년 이하의 징역에 처한다. 13세 미만인 자에 대해서 외설적인 행위를 한 자도 동일하다.

3) 형법 제180조 [친고죄] ① 제176조부터 제178조까지의 죄 및 이러한 죄의 미수죄는 고소가 없으면 공소를 제기할 수 없다. (하략)

* 제177조 [강간] 폭행 또는 협박을 사용하여 13세 이상의 여자를 간음한 자는 강간죄로서 3년 이상의 유기징역에 처한다. 13세 미만의 여자를 간음한 자도 동일하다. (2017년 개정 후: 제177조 [강제성교 등] 13세 이상의 자에 대하여 폭행 또는 협박을 사용하여 성교, 항문성교 또는 구강성교(이하, ‘성교 등’이라 함)를 한 자는 강제성교 등의 죄로 하고, 5년 이상의 유기징역에 처한다. 13세미만의 자에 대하여 성교 등을 한 자도 동일하다.)

* 제178조 [준강제외설 및 준강간] ① 사람의 심신상실 또는 항거불능을 이용하거나, 또는 심신을 상실시키거나 항거불능하게 하여, 외설적인 행위를 한 자는 제176조의 예에 따른다. ② 사람의 심신상실 또는 항거불능을 이용하거나, 또는 심신을 상실시키거나 항거불능하게 하여 성교 등을 한 자는 전조의 예에 따른다.

4) 부칙 제2조 [경과조치] ① 이 법률 시행 전에 한 행위의 처벌에 대해서는 여전히 종전에 예에 따른다. ② 이 법률에 의한 개정 전의 형법(이하, ‘구법’) 제180조 또는 제229조 본문의 규정에 따라 고소가 없으면 공소를 제기할 수 없다고 되어 있던 죄(구법 제224조의 죄 및 동조의 죄를 방조할 목적으로 범한 구법 제227조 제1항의 죄 및 이러한 죄의 미수죄를 제외함)로서, 이 법률 시행 전에 범한 것에 대해서는 이 법률 시행 시에 이미 법률상 고소가 이루어지는 일이 없어진 것을 제외하고, 이 법률 시행 후에는 고소가 없어도 공소를 제기할 수 있다.

5) 형사소송법 제235조 [친고죄의 고소기간] ① 친고죄의 고소는 범인을 안 날부터 6개월을 경과한 때는 할 수 없다. 다만, 다음에서 열거하는 고소에 대해서는 그렇지 않다. (하략)

6) 형사소송법 및 검찰심사의 일부를 개정하는 법률(刑事訴訟法及び檢察審査の一部を改正する法律)과 범죄피해자 등의 보호를 도모하기 위한 형사절차에 부수하는 조치에 관한 법률(犯罪被害者等の保護を図るための刑事手続に付随する措置に関する法律)을 묶어서 일컫는 것으로 범죄피해자의 법정에서의 의견진술, 공판기록의 열람

등에 대해서는 고소기간의 제한이 없어진 상태였다.

피고인 측은 형법 제176조의 ‘외설적인 행위’의 개념이 불명확하여 명확성의 원칙에 반할 뿐 아니라, 강제외설죄 등의 비친고죄화는 범죄 후의 법률에 따른 형의 변경(형법 제6조7)에 해당하므로, 해당 법 시행 전의 행위에 대해서는 더 가벼운 형을 부과하고 있는 개정 전의 친고죄규정이 적용되어야 하나, 동법률 부칙 제2조 제2항은 법 시행 전에 한 행위에 대하여 원칙적으로 비친고죄로 보는 것으로 규정하고 있고, 이것은 소급처벌을 금지한 헌법 제39조⁸⁾ 전단을 위반한 것으로 무효라고 주장하였다. 또한, 이를 근거로 하여 본건에 대한 고소가 없었음에도 불구하고, 공소를 기각하지 않고 부칙 제2조 제2항에 따라 비친고죄로서 유죄판결을 내린 원심 판결에는 소송절차의 법령위반 및 법령적용의 잘못이 있다고 하여 상고한 것이 본 사안이다.

2. 원심판결:9)

(1) 재판결과: 항소기각

(2) 판결요지:

부칙 제2조 제2항은 강제외설죄 등을 2017년 법률 제72호에 따라 비친고죄로 개정함에 있어, 동법 시행 전에 한 행위에 대해서도 시행 후에는 원칙적으로 비친고죄로 본다고 규정한 것이다. 강제외설 등의 죄가 친고죄로 되어 있었던 것은 범죄의 성질상, 기소에 의해 사안이 공개되면 피해자의 명예가 훼손되고, 정신적 고통 등의 불이익이 증가하는 경우가 많다고 하는 피해자 보호의 관점에 따른 것이었다. 반면, 상기의 법개정은 피해자가 고소여부를

및 복사할 권리 등의 9항목을 규정한 범죄피해자법이다. 피해자의 심정을 헤아려, 형사재판절차에 대한 피해자의 관여와 피해회복을 위한 규정을 담은 최초의 법정비이다.

7) 형법 제6조 [형의 변경] 범죄 후의 법률에 의해 형의 변경이 있었을 때는 가벼운 것을 적용한다.

8) 헌법 제39조 누구든지 실행 당시에 적법하였던 행위 또는 이미 무죄가 된 행위에 대해서는 형사상 책임을 지지 아니한다. 또한 동일 범죄에 대하여 거듭 형사상의 책임을 지지 아니한다.

9) 平成30(2018)年10月23日, 広島高等裁判所, 平成30年(う)第70号. 2심판결은 정본이 아닌, 고등재판소 형사재판속보집에서 가져옴.

결정하는 것은 그 자체가 정신적 부담을 동반하는 것이므로 이 부담은 제거되는 것이 적절하다고 하는 피해자보호의 관점에서 따른 것이다. 그리고 이러한 피해자보호의 취지는 개정 전에 한 행위에도 미치는 것이 상당하다고 보아, 그 경과조치로서 부칙 제2조 제2항 규정을 둔 것이라고 생각된다. 이처럼 2017년 법률 제72호에 의한 강제외설죄 등의 비친고죄화는 피해자보호를 위한 것으로, 피고인의 실체법 및 소송법상의 이익과는 직접적인 관련이 없다. 원래 친고죄에서의 고소는 소송조건에 해당할 뿐, 그 폐지는 실질적으로 보아도 형법 제6조의 형의 변경에 해당하지 않음은 이론의 여지가 없다. 마찬가지로 법 시행 전에 한 강제외설 등의 행위를 비친고죄로 하였다고 해서 그 행위의 위법성의 평가나 책임의 무게가 소급하여 변경되는 것도 아니다. 뿐만 아니라 부칙 제2조 제2항에 따라 비친고죄로서 공소제기의 대상이 되는 것은 ‘이 법률의 시행시에 이미 법률상 고소가 이루어지지 않게 된 것을 제외’한 것, 즉, 동법률의 시행 시에 장래적으로 고소가 이루어질 가능성이 있는 것에 한정되고 있고, 제외사유에 해당하는 경우에는 공소를 제기할 수 없게 되어 있다. 이상에 따르면, 부칙 제2조 제2항은 실체법 및 소송법상, 피고인이 될 수 있는 자의 이익을 해치는 것이 아니고, 그 법률상의 지위를 불안정하게 하는 것도 아니다. 따라서 부칙 제2조 제2항이 소급처벌의 금지를 정한 헌법 제39조 전단 혹은 그 취지에 위반하는 것이 아님은 분명하며, 이것을 전제로 하는 주장은 모두 받아들일 수 없다.

3. 본 판결

(1) 재판결과: 기각(전원일치)

[주문]

본건 상고를 기각한다.

(2) 판결이유:

1) ‘형법의 일부를 개정하는 법률’ 부칙 제2조 제2항이 위헌이라고 주장하는 점에 대하여

변호인은 본법 부칙 제2조 제2항이 소급처벌을 금지한 헌법 제39조에 위반한다고 주장한다.

그러나 친고죄는 일정 범죄에 대하여 범인의 소추·처벌에 관한 피해자의사를 존중한다는 관점에서 고소를 공소제기의 요건으로 한 것으로, 친고죄였던 범죄를 비친고죄로 하는 본법은 행위시점에서의 해당 행위에 대한 위법성의 평가나 책임의 무게를 소급하여 변경하는 것은 아니다. 그리고 본법 부칙 제2조 제2항은 본법의 시행시 이미 법률상 고소당하지 않게 된 것을 제외하고, 본법 시행 전의 행위에 대해서도 비친고죄로서 다루는 것으로 한 것이며, 피의자·피고인이 될 수 있는 자에 대하여 이미 그가 놓인 법률상의 지위를 현저하게 불안정하게 하는 것도 아니다.

따라서 형법을 개정하여 강제외설죄 등을 비친고죄로 한 본법의 경과조치로서 본법에 따라 비친고죄로 된 죄가 본법 시행 전에 저질러진 범행에 대하여, 본법의 시행시 이미 법률상 고소당하지 않게 된 것을 제외하고, 본법의 시행 후에는 고소가 없어도 공소를 제기할 수 있다고 한 본법 부칙 제2조 제2항은 헌법 제39조에 위반되지 않으며, 그 취지에 반한다고도 인정되지 않는다. 이렇게 해석하여야 함은 본 재판소의 판례(最高裁昭和23年(九)第2124号 同25年4月26日 大法院判決·刑集4卷4号7000頁¹⁰⁾, 最高裁昭和29年(あ)第215号 同30年6月1日 大法院判決·刑集9卷7号1103頁¹¹⁾)의 취지에 나타나 분명하므로, 주장은 이

10) 1950년 4월 26일 대법정 판결: 현행 헌법 시행에 동반하여 이른바 형소응급조치법(일본국헌법 시행에 따른 형사소송법의 응급적 조치에 관한 법률)이 규정되었는데 그 제13조 제2항은 ‘형사소송법 제412조 내지 414조의 규정은 적용하지 않는다.’고 규정하여, 구형사소송법과 달리, 현행법에서는 양형부당, 사실오인, 재심사유를 이유로 하는 상고는 허용되지 않게 되었다. 이에 피고인은 이 법률이 시행되기 전에 이루어진 범죄에 대해서도 이 법률을 적용하면 불이익을 받게 되므로 이 조항은 헌법 제39조의 사후법(소급입법)금지에 위반된다고 주장하여 다투었다. 재판부는 상고이유의 일부를 제한하는데 지나지 않는 소송절차에 관한 법규정을 적용하여 그 제정 이전의 행위를 심판하는 것이, 실령 행위시의 절차법보다 다소 피고인에 불이익을 줄 수 있다고 하여도, 헌법 제39조의 “누구도 실행시에 적법했던 행위에 대해서는 형사상의 책임이 묻어지지 않는다.”라는 법칙의 취지를 유추할 수 있는 경우에는 인정할 수 없다고 하여 피고인의 주장을 받아들이지 않았다.

11) 1955년 6월 1일 대법정 판결: 일본과 연합국 최고사령관의 각서에 따라 연합국인에 대하여 재판권을 행사할 수 없었던 기간(재판권 정지기간) 내에 연합국인에 의하여 저질러진 범죄에 대하여, 일본이 재판권을 회복

유가 없다.

2) 나머지 상고취지에 대하여

변호인의 그 나머지 상고취지 중 본법에 의한 개정 전의 형법 제176조 규정이 위헌이라는 점은, 동조에서 말하는 ‘외설적인 행위’의 개념이 불명확하다고 할 수는 없으므로 그 주장의 전제가 결여된 것이다. 그 나머지는 헌법위반, 판례위반을 주장하는 점을 포함하여, 그 실질은 단순히 법령위반을 주장하는 것이다. 다른 변호인의 상고취지는 헌법위반을 주장하는 점을 포함하여, 그 실질은 단순히 법령위반을 주장하는 것이므로, 어떤 것도 형소법 제405조¹²⁾의 상고이유에는 해당하지 않는다.

3) 따라서 형소법 제408조¹³⁾에 따라 재판관 전원일치의 의견으로 주문대로 판결한다.

(재판장 재판관 宮崎裕子, 재판관 戸倉三郎, 재판관 林景一, 재판관 宇賀克也, 재판관 林道晴)

한 후에 이를 심판하는 것은 사후(소급)입법금지에 관한 헌법 제39조의 규정을 위반하는 것이 아니며, 점령군 군사법원의 재판을 거친 사실에 대하여 다시 처벌하여도 헌법 제39조에 위배되지 않는다고 본 사건이다.

12) 형사소송법 제405조 [상고신청이유] 고등재판소가 한 제1심 또는 제2심 판결에 대해서는 아래의 사유가 있음을 이유로 하여 상고를 신청할 수 있다.

1. 헌법위반이 있을 것 또는 헌법해석에 잘못이 있을 것
2. 최고재판소의 판례와 상반되는 판단을 했을 것
3. 최고재판소의 판례가 없는 경우, 대심원 혹은 상고재판소인 고등재판소의 판례 또는 이 법률시행 후의 항소재판소인 고등재판소의 판례와 상반되는 판단을 했을 것

13) 형사소송법 제408조 [변론을 거치지 않는 상고기각의 판결] 상고재판소는 상고취의서 기타의 서류로 상고의 신청이유가 없음이 분명하다고 인정될 때는 변론을 거치지 않고, 판결로 상고를 기각할 수 있다.