

친고죄의 일부기소*

李 昇 鎬

(建國大學校 法科大學 法學科)

< 目 次 >

I. 문제제기	1. 친고죄 일부기소란?
II. 일죄 일부기소에 관한 학설과 판례의 검토	2. 학설의 검토
1. 일죄 일부기소란?	3. 판례의 검토
2. 학설의 내용	IV. 해결
3. 판례의 내용	1. 일죄 일부기소의 처리
III. 친고죄 일부기소에 관한 학설과 판례의 검토	2. 친고죄 일부기소에 대한 처리
	V. 맺는말

I. 문제의 제기

친고죄는 고소가 있어야 기소할 수 있는 범죄이다. 즉, 고소가 기소의 조건이다. 따라서 고소권자가 고소하지 않으면 아무리 행위의 범죄성이 강하다 할지라도 기소할 수 없게 된다. 여기서 혹시 고소가 없더라도 해당범죄 중 비친고죄로 처리될 수 있는 부분만을 떼어서 기소할 수 없겠는가 하는 문제가 제기된다. 즉, 강간죄에 있어서 강간 부분에 대한 고소가 없을 경우 폭행이나 협박만을 별도로 기소할 수는 없는가 하는 문제이다.

이러한 방책이 거론되는 이유는 우선 무엇보다도 사회의 객관적 정의를 실현시키려는 욕구 때문이다. 즉, 친고죄 중에서도 강간죄, 강제추행죄 등의 범죄는 고소가 없다는 이유만으로 형사 불처벌하기에는 행위의 범죄성이 너무 강하다는 것이 우리사회의 보편적인 인식이다. 그리하여 이런 류의 범죄에 있어서 고소권자의 고소가 없는 경우 형사사법의 앞문은 열 수 없다 할지라도 어찌어찌하여 혹시 옆문이라도 열 수 없을까, 그렇게라도 한다면 미흡하나마 나름대로 형사적 정의의 일정 부분은 충족될 수 있지 않을까 하는 주장이 제기되는 것이

* 이 논문은 1997학년도 건국대학교 신임교원 연구비지원에 의해 작성되었음.

다.

사실 친고죄에 관한 이러한 정의 실현의 필요성은 오늘날 우리사회에서 급속히 그 인식이 확대되고 있다. 즉, 강제적 성범죄를 위시한 친고죄에 대해서 비록 고소가 없더라도 어떤 형태든지 국가의 형사사법이 발동되어야 하지 않겠느냐는 주장이 강하게 제기되는 것이다. 그리하여 주지하는 바와 같이 몇몇 여성단체들에서는 강제적 성범죄를 친고죄로 하는 것 자체에 대해 반대하는 경향까지 보이고 있다. 여기서 이러한 여성단체들의 입법론적 주장이 어떤 그대로 옳은지 여부에 대해서는 찬반 양론이 존재하는 것 같지만, 어쨌든 그러한 여성단체들의 주장에 담겨 있는 정의 실현의 강력한 정서에 대해서만은 어느 정도 우리사회에 보편적인 공감대가 형성되어 있다고 판단된다.

그리하여 이 글은 우리사회의 이러한 현실적인 법감정을 법해석의 영역에 담아볼 수 없겠는가라는 문제의식을 바탕으로 쓰여졌다. 즉, 입법론적 차원에서 친고죄 규정의 존폐에 관해 제기될 수 있는 논의는 일단 별론으로 하고, 해석론의 영역에서 친고죄에 대해 고소가 없더라도 객관적 정의를 실현시키는 해법을 강구해 보려는 것이 이 글의 논제이다. 아울러 이러한 요청은 형사소송법의 해석에 있어서 친고죄의 일부기소를 가능하게 하면 어느 정도 충족될 수 있으리라는 것이 이 글의 인식이다.

그러나 결론부터 이야기하자면 현재 우리의 학설은 이구동성으로 친고죄의 일부기소를 불가능한 것으로 해석하고 있다. 다만 판례는 친고죄의 일부기소가 가능한 것으로 해석될 여지를 남기는 것으로 판단되는데, 그러면서도 뚜렷한 입장을 표명하고 있지는 않다. 따라서 이 글은 먼저 이러한 우리의 학설과 판례를 비판적으로 검토하고, 그 후에 친고죄의 일부기소를 가능하게 하는 해석론상의 논지를 구축하는 순서로 작업을 수행하게 될 것이다. 아울러 이 글의 주제인 친고죄 일부기소의 문제는 원래 일죄(一罪)의 일부기소가 가능한가라는 일반적인 논제의 한 특수영역으로서의 위치를 차지하고 있으며, 또 지금까지도 그런 맥락에서 논의되어 왔다. 따라서 동 주제에 대한 종래의 논의를 검토하려면 일죄 일부기소에 관한 논의를 먼저 정리, 소개하는 것이 필요하다. 우선 다음 장에서 일죄 일부기소에 관한 일반론적 논의를 먼저 검토하려는 것은 바로 이와 같은 이유 때문이다.

II. 일죄 일부기소에 관한 학설과 판례의 검토

1. 일죄 일부기소란?

일죄 일부기소란 형사소송에 있어서 하나의 죄의 일부만을 떼어서 기소하는 것을 말한다. 아울러 형사소송법상 일죄(一罪)란 단순일죄 뿐 아니라 과형상일죄(상상적 경합의 경우)를 포함하여 말하기 때문에¹⁾, 여기서 일죄의 일부기소라 함은 보다 정확하게 말하여 단순일죄나

과형상 일죄에 있어서 검사가 일죄 전체를 대상으로 하지 않고 일죄를 구성하는 일부의 행위만을 때어서 기소하는 것을 의미하게 된다. 예를 들어, 결합범으로서 단순일죄로 취급되는 강도상해(형법 337조)나 강도강간(형법 339조)의 범죄에 있어서 강도 부분만을 기소한다든지, 한번의 타격으로 상해(형법 257조 1항)와 손괴(형법 366조)의 결과를 동시에 야기한 상상적 경합에 있어서 상해 부분만을 기소하는 경우이다.

이러한 일죄 일부기소는 사실상 형사소송의 실무에서 적지 않게 사용되고 있다. 즉, 일죄의 나머지 부분에 대해서 유죄판결을 받아낼 가능성이 적기 때문에 도리없이 일부만을 기소한다거나, 일죄의 일부만 기소하여도 나뉘대로의 형사사법상 정의를 실행할 수 있다고 판단하여 일부기소만으로 끝내는 경우, 나아가 심지어는 원활한 공소유지에 대한 협력의 대가로 피고인에게 완화된 기소를 약속하고 이를 실행하는 차원에서 일부만을 기소하는 경우에 이르기까지 여러 가지 이유와 필요에 근거하여 일부기소가 행해지고 있는 것이다.²⁾ 따라서 이러한 일부기소를 형사소송법상 어떻게 다루어야 할 것인지가 문제되는 바, 이에 대한 논의가 바로 일죄 일부기소의 문제이다.

2. 학설의 내용

(1) 서

일죄 일부기소는 형사소송법상 다음과 같은 3가지의 논점을 제기한다. 우선 첫째로는 일죄 일부기소가 적법한가 하는 점이다. 즉, 공소제기 절차에 위반되지 않는가 하는 문제인데, 만약 위반된다면 동 사건에 대해서는 공소기각의 판결이 내려져야 할 것이기 때문에 이 문제는 해결해야 할 선결과제가 된다. 다음에 둘째와 셋째의 논제는 일단 일죄 일부기소가 적법한 기소라는 전제하에 그것의 효력범위가 어디까지인가 하는 문제이다. 보다 구체적으로 말하여, 둘째의 논제는 일죄 일부기소가 제기되었을 때 공소제기의 효력범위, 다시 말하여 법원의 심판대상이 어디까지인가 하는 것이고, 셋째의 논제는 동 사건에 대해 확정판결이 내려

1) 이렇게 형사소송상의 일죄 개념과 형법상의 일죄 개념은 일치하지 않는다(이재상, 형사소송법, 1998, 358면 ; 신동운, 형사소송법 I 개정판, 1996, 411면 참조).

2) 하지만 대다수의 학자들은 이러한 여러 경우들 중에서 명실상부하게 일죄 일부기소라고 할 수 있기 위해서는 일죄를 구성하는 다수의 부분행위들이 모두 범죄혐의를 충분히 가지고 있고 소송조건이 구비되어 유죄판결이 행해질 가능성을 갖추고 있어야 한다고 주장한다. 즉, 일죄의 전부에 대한 기소가 가능함에도 불구하고 일부만을 때어서 기소하는 것이 일죄 일부기소의 문제이지, 애당초 전부에 대한 기소가 불가능해서 도리없이 기소가 가능한 일부만을 기소하는 것은 일죄 일부기소라는 논제로 다루어질 성질의 문제가 아니라는 것이다(신동운, 형사소송법 I 개정판, 1996, 413면). 그러나 논의대상인 일죄 일부기소의 문제영역 자체를 이렇게 제한시키는 것은 옳지 않다는 것이 이 글의 생각이다. 즉, 실무에서 행해지는 일부기소의 케이스들은 모두 일죄 일부기소의 논의속에 포함시켜야 하며, 그것의 당부 내지 효력범위의 문제는 그 다음 본격적인 논의를 진행하면서 가타부타를 따질 성질의 것이라는 이야기이다. 따라서 이 글은 공소유지상 불가피해서 도리없이 일부기소가 행해지는 경우이건, 전부에 대한 기소가 가능함에도 불구하고 일부기소가 선택된 경우이건 일단 구별하지 않고 모두 일죄 일부기소의 경우에 포함시켜서 다루려고 한다.

졌을 때 그 확정판결의 효력범위는 어디까지인가 하는 것이다.

이러한 3가지 논제 중 첫 번째 사항에 대해서는 일단 대다수의 견해가 적법하다는 입장을 보인다. 즉, 일죄 일부기소가 위법한 것은 아니므로 공소기각의 판결이 내려져야 하는 것은 아니라는 이야기이다.³⁾ 아울러 세 번째 사항인 확정판결의 효력범위에 대해서도 거의 모든 견해는 별 이견없이 일죄 전체에 미친다는 입장을 취한다. 따라서 남는 것은 두 번째의 사항, 즉 공소제기의 효력 내지 법원의 심판범위가 어디까지인가 하는 문제인데, 이에 대해서는 견해가 전체설, 부분설, 절충설로 나뉜다. 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

(2) 전체설⁴⁾

이는 일부기소가 있더라도 공소제기의 효력은 일죄 전체에 미치며, 법원은 별 다른 절차 없이도 일죄 전체에 대해 심판해야 한다는 견해이다. 즉, 검사가 일죄의 일부만을 기소했다 하더라도 법원은 당연히 일죄 전체에 대해 판단할 수 있고, 이렇게 기소된 사실을 초과하여 심판함에 있어서 공소장 변경과 같은 별도의 절차는 필요없다는 것이다. 따라서 사실상 일부기소의 의미는 상실되는 셈이다.⁵⁾

3) 하지만 기존의 문헌은 이 부분에 있어서도 견해가 대립되는 것처럼 설명한다. 즉, 일죄 일부기소를 인정하는 견해와 인정하지 않는 견해가 있다고 하면서 전자를 불허설 혹은 소극설이라 하고 후자를 허용설 혹은 적극설이라고 소개하는 것이다. 하지만 이러한 이해는 각주 4에서 설명하는 바와 같이 옳지 않다. 불허설이건 소극설이건 모두 일죄 일부기소를 위법하다고 보아 공소기각의 판결이 내려져야 된다고 주장하는 것은 아니며, 단지 법원의 심판범위가 검사의 일부기소에 영향받아 기속되는가 하는 문제에 있어서만 부정하는 입장을 취하는 것이다. 즉, 불허설이나 허용설, 소극설이나 적극설은 일죄 일부기소가 위법한 것은 아니라는 점에 대해서는 모두 견해를 같이 한다.

4) 이 글에서 이야기하는 전체설은 다수의 학자들이 소위 전면불허설 혹은 소극설이라는 명칭으로 소개하는 견해를 가리킨다. 따라서 우선 기존의 문헌에 쓰여 있는 동 견해에 대한 설명을 잠깐 살펴보는 것이 필요하리라 판단된다. 대표적인 설명문구를 옮겨 보면 다음과 같다.

“전면불허설 : 이 견해는 검사의 일부기소를 일죄 인정하지 않는다. 전면불허설은 그 논거로서 우선 공소불가분의 원칙을 규정한 형사소송법 제 247조 2항을 든다. 이 견해는 우리 형사소송법이 범죄사실의 일부에 대한 공소는 그 효력이 전부에 미친다고 규정하고 있기 때문에 일부기소는 허용되지 않으며 따라서 일부기소의 문제는 처음부터 논의할 필요가 없다고 본다.”(신동운, 형사소송법 I 개정판, 1996, 414면)

즉, 기존의 문헌은 전면불허설 내지 소극설을 마치 일부기소 자체가 소송절차상 받아들여질 수 없다고 주장하는 견해인 것처럼 설명한다. 그러나 동 견해들을 심안해 보면 이러한 이해는 상당히 과장되어 있는 것임을 발견하게 된다. 즉, 소위 전면불허설 내지 소극설이라는 것도 검사가 행한 일부기소를 위법하다고 판단하는 견해는 아니다(백형구, 형사소송법강의 신정2판, 1996, 503면은 소극설을 설명하면서 일부기소를 ‘부당하지만 적법하다고 보는 견해’라고 소개한다). 만약 위법하다면 공소기각의 판결이 내려져야 하겠으나, 이러한 주장은 동 견해의 어디서도 발견되지 않는다. 일부기소가 있더라도 공소기각의 판결이 내려지는 것이 아니라 실체재판이 행해져야 것임은 위 전면불허설이나 소극설을 소개하는 문헌들에서도 확실하게 확인된다(다만 배종대, 이상돈, 형사소송법, 1996, 337-338면은 소극설이 일죄 일부기소의 경우에 공소기각의 판결을 내려야 한다는 견해인 것처럼 소개하나, 이는 동 견해에 대한 이해를 잘못한 것이라고 판단된다). 위 전면불허설을 소개하는 문헌도 위 설명을 한 후에 다음의 이야기를 덧붙인다.

“... 그런데 전면불허설은 일부기소를 수긍하지 않으면서도 일단 검사가 일부기소를 행한 경우 이를 곧바로 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반한 것으로 보지는 않는다. 설사 검사가 일부기소를 하였더라도 그 일부기소를 통하여 검사는 그것과 단일성, 동일성이 인정되는 전체 범죄사실을 법원에 심판대상으로 제시하고 있다고 보기 때문이다.”(신동운, 형사소송법 I 개정판, 1996, 415면)

5) 김기두, 형사소송법 전정신판, 1985, 240면 ; 서일교, 형사소송법 제 8개정판, 1979, 291면 ; 정영석, 형사소송법 제

이렇게 전체설이 일부기소시에도 전체에 대해 심판할 수 있다고 설명하는 저변에는 소위 직권주의적 소송관이 깔려 있다. 즉, 재판은 법원이 주도적으로 진행해 나가는 것이므로 심판범위를 결정함에 있어서도 당사자의 일방인 검사가 제시한 공소사실은 단지 참고자료가 될 뿐이고 궁극적인 결정주체는 법원이라는 것이다. 따라서 아무리 검사가 일죄의 일부에 대해서만 기소하더라도 법원은 일죄 전체에 대해서 심판할 수 있고, 이렇게 공소장에 명시적으로 기재된 일부사실을 넘어서 전체를 심판대상으로 함에는 법원의 직권적 판단 이외에 어떤 다른 절차도 필요로 되지 않는다.

그리고 이러한 직권주의적 심판대상 결정은 형사소송법 제 247조 2항의 공소불가분 원칙에서 비롯된 당연한 결론이라는 것이 동 견해의 주장이다. 즉, 형사소송법 제 247조 2항은 “범죄사실의 일부에 대한 공소는 그 전부에 대하여 효력을 미친다”고 규정하는 바, 이것은 곧 공소제기 효력의 불가분 뿐 아니라 심판대상의 불가분까지를 포함하여 이야기하는 것이고, 그렇다면 불가분의 범위내에 있는 범죄사실인 한 공소장에 명시적으로 기재된 사실이 아니더라도 법원이 직권으로 심판할 수 있을 것이라고 설명한다.

(3) 부분설

부분설은 일부기소가 제기되었다면 법원의 심판범위는 기소된 일부에 국한된다고 이해하는 견해이다. 즉, 심판대상은 마땅히 공소장에 기재된 범죄사실일 것이므로 검사가 일죄의 일부만을 공소사실로 기재하였다면 법원은 동 사실만을 심판대상으로 해야 한다는 입장이다. 아울러 공소장에 명시적으로 기재된 범죄사실을 넘어서 일죄 전체에 대해 심판하려면 공소장 변경이라는 별도의 절차를 거쳐서 일죄 전체를 새로이 공소사실로 추가해야 한다고 주장한다. 따라서 부분설에 의하면 법원이 실제 심판하는 범위와 심판할 수 있는 범위가 구별되는 바, 통상 전자는 현실적 심판의 범위로 후자는 잠재적 심판의 범위로 지칭된다. 그리하여 이러한 용어를 사용하여 설명하면 일죄의 일부가 기소된 경우에 현실적으로 심판할 범위는 기소된 일부에 국한되며, 일죄 전체는 잠재적 심판범위에 속하는 것일 뿐이라고 이해되는 것이다.⁶⁾

이렇게 볼 때 부분설은 당사자주의적 소송관을 기본관점으로 하는 견해이다. 즉, 소송의 주도권은 검사와 피고인이라는 당사자에게 있고 법원은 단지 심판자의 위치에 머물 뿐이므로 검사가 일죄의 일부만을 문제삼아 기소하였다면 마땅히 동 사실에 대해서만 법원이 심판할 따름이라는 것이다. 이렇게 법원은 검사의 공소사실에 철저히 기속되므로 일죄 전체에 대해서 심판하려면 당사자인 검사가 다시 일죄 전체를 공소장에 추가해 주어야 하며, 그렇지 않으면 법원의 직권에 의한 심판범위의 확장은 불가능하다. 싸움을 건 것만 판단해 주는 것,

4전정판, 1984, 271면.

6) 강구진, 형사소송법원론, 1982, 288면 ; 이재상, 형사소송법, 1998, 360면 ; 백형구, 형사소송법강의 신정2판, 1996, 503면.

이것이 법원의 임무요 역할이라는 이해이다.

따라서 부분설은 형사소송법 제 247조 2항 공소불가분의 원칙에서 실시된 공소제기 효력의 불가분적 범위는 공소장 변경이 가능한 범위, 즉 잠재적 심판대상의 범위를 이야기하는 것이지, 현실적 심판범위까지 말하는 것은 아니라고 해석한다. 즉, 공소제기의 효력이 불가분적으로 미치는 소위 '일죄'의 범위는 별개의 공소제기 없이도 동일한 소송절차 내에서 공소장의 내용을 변경함으로써 심판대상이 될 수 있는 범위를 이야기할 뿐이라는 것이다.

(4) 절충설

절충설은 기본적으로 전체설의 관점을 바탕으로 하면서 일부기소가 예비적, 택일적 기재의 방식으로 제기된 경우에만 부분설적 관점을 받아들이는 견해이다. 즉, 원칙적으로 일부기소는 법원의 심판대상을 기속하는 힘이 없으므로 검사가 일죄의 일부만을 기소하더라도 심판대상은 일죄 전체가 되지만, 예외적으로 일부기소가 예비적, 택일적 기재의 방식으로 제기된 경우에는 기소된 일부만이 심판대상이라고 이해하는 것이다.⁷⁾

아울러 이러한 절충설은 직권주의적 소송관을 기본 이념으로 하고 형사소송법 제 247조 2항 공소불가분의 원칙을 심판대상의 불가분까지 포함하는 것으로 파악하는 점에서는 전체설과 궤를 같이 한다. 하지만 그러면서도 예비적, 택일적 기재에 있어서 부분설과 결론을 같이 하는 것은 형사소송법 제 254조 5항에 규정된 예비적, 택일적 공소기재의 취지를 살리기 위해서 라고 한다. 즉, 동 규정은 소송경제를 꾀하기 위해 기소편의주의의 연장선상에서 공소사실의 예비적, 택일적 기재를 허용하고 있는 바, 그렇다면 이러한 예비적, 택일적 기재는 심판범위나 심판순위에 있어서 법원을 기속하는 것으로 보아야 한다는 것이다.

3. 판례의 내용 - 상습사기를 단순사기로만 기소한 사건(1989. 6. 13, 89도582) -

(1) 사실관계

이는 한일은행 청주지점의 보통예금계 직원인 피고인이 1987년 6월 초순경부터 1988년 4월 20일까지의 기간 동안에 피해자 18명에게 재형저축의 이자 이익을 챙겨주겠다고 속여 상당 금액을 편취한 사건이다. 즉, 피고인은 고객이 재형저축을 중도해약할 경우 해약절차를 거치지 않고 고객에게 해약금만 반환한 후 잔여금액을 불입하면 만기에 많은 이자소득을 얻을 수 있다는 점에 착안하여, 이를 미끼로 18명의 피해자에게 재형저축 중도해약자가 있는데 해약금을 대납하고 만기까지 원불입금을 납입하면 만기도래시 원금과 이자를 수령해 주겠다고 속여 상당금액을 편취한 것이다.

7) 신동운, 형사소송법 I 개정판, 1996, 417면

(2) 사건경과

검사는 피고인을 특정경제범죄가중처벌등에관한법률(이하 특경법이라 함)상의 사기죄로 기소하였다. 원심법원은 유죄판결을 내렸으나, 검사는 처벌이 너무 가볍다고 판단하여 다음 3가지 점을 이유로 들어 상고하였다. 첫째, 특경법은 사기 금액에 따라 형량을 무겁게 하도록 규정하고 있는데, 원심은 18명의 피해자에게 편취한 이득액을 모두 합산하지 않고 각 피해자별로 사기 금액을 나누어 판단함으로써 형량의 부당한 완화를 초래하였다는 것이다. 둘째, 피고인에게는 상습사기의 혐의가 있음에도 원심은 단순사기로 공소가 제기되었다는 점을 이유로 들어 단순사기로만 의율처단하였는 바, 이것 또한 형량의 부당한 완화의 이유가 되었다는 것이다. 셋째, 이 사안은 특경법 위반의 건인데도 원심은 형법 354조 친족상도례의 규정을 적용하여 친족 관계에 있는 일부 피해자의 고소가 없음을 이유로 들어 동 사안에 대해 공소기각의 판결을 내림으로써 결과적으로 처벌의 부당한 완화를 초래했다는 것이다.

(3) 대법원의 입장

대법원은 위 3가지 상고이유를 모두 이유없다고 배척하면서 상고를 기각하고 원심판결을 유지하였다. 즉, 첫째의 상고이유에 대해서는 피해자별로 별개의 사기죄가 성립하므로 사기 금액을 합산하지 않고 각 사기죄로 나누어 취급한 것은 당연한 처리라고 하였고, 셋째의 상고이유에 대해서도 형법 354조의 친족상도례 규정은 형법상의 재산죄 뿐 아니라 특경법상의 해당 범죄에도 적용되므로 친족관계에 있는 일부 피해자의 고소가 없을 경우 동 사건들을 공소기각 한 것은 옳다고 판단하였다.

아울러 일죄 일부기소의 논점과 관련하여 살펴 볼 사항인 두 번째의 상고이유에 대해서도 대법원은 피고인에게 상습사기의 혐의가 있다 하더라도 검사가 단순사기만을 기소한 이상 심판은 그것에 대해서만 행해진다고 함으로써 상고를 기각했던 것이다. 즉, 집합범으로서 형사소송법상 일죄로 다루어지는 상습사기 사안에서 검사가 그 중 일부인 단순사기만을 기소하였다면 심판범위는 검사가 기소한 단순사기만에 국한된다는 것이다. 이를 대법원의 판시내용을 통해 확인해 보면 다음과 같다.

“... 검사가 단순사기의 공소사실에 특경법 제 3조 제 1항 제 2호와 형법 제 347조 제 1항을 적용하여 단순사기의 특경법위반으로 기소한 경우에는 비록 상습성이 인정된다 하더라도 공소장의 변경이 없는 한 법원이 상습사기의 특경법위반으로 인정하여 처벌할 수는 없는 것이다. 원심이 위와 같은 취지에서 피고인을 단순사기의 특경법위반으로 의율 처단한 것은 정당하고 이러한 원심의 조치에 논지와 같은 법리오해의 위법이 없다...”

(4) 판결의 음미

이 사안과 관련하여 이 글이 관심을 갖는 대목은 상고이유 두 번째 점에 대한 법원의 입장이다. 즉, 상습사기 사건을 단순사기로만 기소한 경우에 법원이 어떤 조치를 취해야 하는가 하는 점이다. 이는 상습범이 소위 집합범으로서 형사소송법상 일죄로 다루어 지는 범죄이기 때문에, 결국 일죄의 일부만을 기소했을 때 그 효과가 어떻게 되는가 하는 문제이기 때문이다.

이와 관련하여 우리의 법원은 원심법원과 대법원 공히 일죄 일부기소를 인정하며, 심판대상은 공소장 변경이 없는 한 기소된 일부에만 한정된다는 견해를 취하는 것으로 확인되었다. 즉, 이 글에서 소개한 소위 부분설의 입장과 궤를 같이 하는 것이다.

Ⅲ. 친고죄 일부기소에 관한 학설과 판례의 검토

1. 친고죄의 일부기소란?

다시 한번 언급하거니와 친고죄의 일부기소란 친고죄를 구성하는 범죄의 여러 행위 중 일정 부분만을 따로 떼어서 기소하는 것을 말한다. 그 가장 비근한 예로는 강간죄의 경우에 있어서 폭행이나 협박만을 떼어서 기소하는 것을 들 수 있다.⁸⁾ 아울러 이러한 경우는 강간 부분에 관하여 고소가 없던지 고소가 취소된 경우에 검사의 입장에서는 그래야 할 현실적인 필요성을 강하게 느끼게 될 것이다.

2. 학설의 검토

(1) 서

일반적인 일죄 일부기소에서와 마찬가지로 친고죄의 일부기소에서도 이론적으로는 다음의 3가지 점이 해결해야 할 과제로 제기된다. 즉, 첫째, 친고죄의 일부기소는 적법한가? 둘째, 적법하다면 일부기소의 효력범위와 심판범위는 어디까지인가? 셋째, 일부기소 사안에 대해 확정판결이 내려진다면 동 판결의 효력범위는 어디까지인가? 하는 것이다.

그런데 학설은 일반적인 일죄 일부기소에서와는 달리 친고죄의 일부기소에서는 첫째의 논점에서부터 부정적인 입장을 취한다. 즉, 친고죄의 일부기소는 적법하지 않다는 것이다. 따라서 친고죄에 있어서 고소가 없거나 취소되었음에도 불구하고 비친고죄의 성격을 지닌 일부만을 떼어서 기소하였다면 이는 위법하므로 공소기각의 판결이 내려져야 한다고 주장한다. 따라서 기존의 학설은 둘째와 셋째의 논점에 대해서는 아예 언급을 하지 않는다. 적법하지 않는다면 효력범위의 문제는 논할 필요조차 없는 것이기 때문이다.

8) 신동운, 형사소송법 I 개정판, 1996, 417-418면 ; 배종대, 이상돈, 형사소송법, 1996, 338면.

하지만 학설이 이렇게 이구동성으로 친고죄의 일부기소가 적법하지 않다는 결론을 도출하더라도 그렇게 판단하는 이론적 근거는 다양하다. 특히 일반적인 일죄 일부기소를 어떻게 취급하는가에 대해 견해가 다르면 친고죄의 일부기소를 위법하다고 보는 근거도 다를 수 밖에 없다. 즉, 일죄 일부기소에 대해 제시된 전체설, 부분설, 절충설 등은 각기 나름의 근거를 들어 친고죄의 일부기소를 위법하다고 판단하는 것이다. 이에 대해 살펴보면 다음과 같다.

(2) 전체설의 관점에서 바라 본 친고죄의 일부기소

전체설은 일부기소가 있더라도 일죄 전체가 법원의 심판대상으로 된다는 견해이다. 따라서 이 관점하에서는 친고죄의 일부기소가 허용될 가능성은 없어진다. 왜냐하면 친고죄에 대해 일부기소가 있더라도 심판대상은 친고죄 전체일 것인 바, 동 친고죄에 대해 고소가 없거나 취소되었다면 소송을 진행시킬 수 없을 것이기 때문이다. 따라서 고소를 구비하지 못한 친고죄의 일부기소는 위법한 것으로 동 기소에 대해서는 공소기각의 판결이 내려지게 된다.

즉, 전체설의 관점에서는 그것이 근거하는 '심판범위의 직권적 결정'이라는 모토로 부터 논리필연적으로 친고죄의 일부기소를 허용하지 않는 입장이 당연히 도출되는 것이다.

(3) 부분설의 관점에서 바라 본 친고죄의 일부기소

부분설은 일부기소가 있을 경우 법원의 심판대상은 기소된 일부로 한정된다는 견해이다. 따라서 동 관점에 의하면 적어도 이론적으로는 친고죄의 일부기소가 허용될 가능성이 생긴다. 심판대상이 비친고죄로 취급되는 일부 범죄사실에 국한된다면 친고죄인 전체 범죄사실에 대해 고소가 구비되지 못하였더라도 비친고죄인 일부범죄사실의 소송을 진행해 나감에 하자가 없을 것이기 때문이다.

하지만 일반적인 일죄 일부기소를 당사자주의적 관점에서 긍정하는 부분설의 견해들도 친고죄의 일부기소에 대해서 많은 부정적인 입장을 취하는데⁹⁾, 그 근거로는 다음의 점들이 제시된다.

첫째, 친고죄의 취지 때문이라는 것이다. 즉, 친고죄는 고소가 구비되지 못하면 공소를 제기하지 못하도록 되어 있는 범죄인데, 고소가 없거나 취소되었음에도 친고죄의 수단이 되는 일부의 범죄사실만을 떼어서 기소할 수 있다고 한다면 친고죄의 취지가 몰각된다는 주장이다. 그리하여 일반적인 일죄 일부기소에서는 당사자인 검사의 일부기소 의사를 존중하여 소송을 진행시키면 되지만, 친고죄에서는 검사의 일부기소 자체가 고소를 받아내지 못했으면서도 기소상의 테크닉을 부려 친고죄라는 장애규정을 돌아나가려 한 것으로 탈법이므로 허용되어서는 안된다고 설명하는 것이다.

9) 이재상, 형사소송법, 1998, 360면 ; 백형구, 형사소송법강의 신정 2판, 1996, 503면 ; 장구진, 형사소송법원론, 1982, 288면 ; 배종대, 이상돈, 형사소송법, 1996, 338면.

둘째, 고소불가분의 원칙도 부정의 논거로 거론된다. 우선 형사소송법은 제 233조에서 고소의 주관적 불가분 원칙을 규정할 뿐 고소의 객관적 불가분에 대해서는 명문의 규정을 두고 있지 않지만, 오늘날 학계와 실무계에서는 공히 고소의 객관적 불가분 원칙을 당연히 전제되는 원칙으로 인정하는 것이 주지의 사실이다. 그리하여 이러한 고소의 객관적 불가분 원칙을 근거로 친고죄의 일부기소를 부정하려는 것인데, 구체적으로 양자가 어떠한 논리구조로 연결되는 것인지는 따로 설명하지 않는다. 다만 고소가 객관적으로 불가분이니 고소가 구비되지 못한 경우에 친고죄 전체에 대해 기소할 수 없는 것이라면 동 친고죄의 일부에 대해서도 기소할 수 없는 것 아니냐고 설명하는 것이다.

셋째, 단일한 범죄는 소송법상 불가분한 단위로 취급하는 것이 타당하다는 점도 논거로 제시된다. 즉, 강간죄와 같은 단일범죄에서는 형사소송상 폭행과 강간을 분리하여 다루는 것이 어색하다는 논지이다. 그러나 이러한 인식은 굳이 친고죄의 일부기소에서가 아니라 일반적인 일죄 일부기소에서 이미 판단되었어야 할 문제이다. 즉, 단일범죄에서 일부를 기소하는 것이 어색하다면 이는 친고죄 만이 아니라 일반적인 범죄에 모두 해당될 것이므로, 동 논지는 이미 일죄 일부기소에 대한 일반적인 논의에서 검토되었어야 했다는 이야기이다. 이렇게 동 주장은 굳이 친고죄의 일부기소만을 예외로 하여 허용하지 않겠다는 태도에 대한 적절한 논거가 되지 못하지만, 그러면서도 기존의 문헌들은 큰 주저없이 동 주장을 논거의 하나로 소개한다.

(4) 절충설의 관점에서 바라 본 친고죄의 일부기소

절충설은 원칙적으로 전체설을 받아들이면서도 공소장의 예비적, 택일적 기재의 경우에는 예외적으로 부분설을 채택하는 관점이다. 따라서 원칙적으로는 전체설의 논지에 따라 자연스럽게 친고죄의 일부기소가 위법하다는 결론이 도출된다. 하지만 예비적, 택일적 기재의 경우에는 친고죄의 일부기소에 대해 법원이 심리할 여지가 생긴다. 부분설을 택하면 강간죄 중에서 검사가 예비적, 택일적 기재의 형태로 폭행만을 공소제기한 경우에 그러한 검사의 의사가 존중되어야 하기 때문이다.

그러나 절충설을 취하는 견해도 친고죄에 있어서만은 원칙과 예외의 구별이 인정되지 않는다고 한다. 즉, 친고죄의 경우에는 예비적, 택일적 기재의 형태로 제기된 일부기소도 위법하다는 것이다. 여기서 그 근거가 문제되는데, 통상 예비적, 택일적 기재의 취지가 친고죄의 일부기소까지 허용하는 것은 아니라는 주장이 제시된다. 즉, 예비적, 택일적 기재는 소송경제와 피고인 보호의 관점에서 마련된 것이지 친고죄의 일부기소를 허용하는 것처럼 형사사법의 엄격화에 기여하자는 것은 아니므로 동 방식으로 친고죄를 일부기소하는 것은 허용될 수 없다는 것이다.¹⁰⁾

10) 신동운, 형사소송법 I 개정판, 1996, 418-419면

3. 판례의 검토

(1) 윤간사건(1976.4.27. 75도3365)

① 사실관계 및 사건의 경과

피고인 6명은 피해자를 윤간하였다. 그러나 피해자가 고소를 취소하였고 이에 따라 강간죄로 기소할 수 없게 된 검사는 폭행부분만을 떼어서 폭력행위등처벌에 관한 법률위반으로 기소하였다. 그러나 원심판결은 무죄를 선고하였고 이에 검사가 상고한 사건이다.

② 대법원의 입장

대법원은 원심판결을 유지하였다. 즉, 윤간의 수단이 된 폭행은 그것 자체가 별도로 폭력행위등처벌에 관한 법률위반이라고 볼 수 없으므로, 동 폭행부분의 기소는 무죄라고 한 것이다. 대법원의 판시내용을 옮겨보면 다음과 같다.

“2인이상 공동으로 폭행하여 강간하였을 경우에는 강간죄만 구성한다 할 것이고 별도로 폭력행위등 처벌에 관한 법률2조2항의 폭행죄를 구성한다고 할 수 없으니 강간죄에 대한 고소가 취소된 이상 동 강간죄의 수단이었던 폭행죄가 성립할 수 없다 할 것이니 같은 취지로 판단한 원심의 조치는 적법하고 위와 같은 경우에 폭행만을 분리하여 공소 제기하였다면 이는 범죄로 되지 아니하는 경우에 해당하므로 이에 대하여 무죄를 선고한 조치에 소론의 위법사유가 없고 폭행사실만을 분리하여 공소제기하였다 하여도 법원은 동 행위가 범죄를 구성하는지의 여부를 심리 판단하여야 하므로 심리한 결과 동 폭행이 강간행위의 수단이였음이 인정되고 동 강간죄에 대한 고소가 취소된 사실이 인정된다 하여 무죄선고를 하였음은 당연한 조처라 할 것이니 이 점에 대한 항소이유를 원심이 판단하지 아니하였다 하여 판결의 결과에는 아무 영향이 없다 할 것이므로 논지는 모두 그 이유 없어 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.”

③ 판결의 음미

이 판결을 읽을 때 우선 전제할 사항은 현행 특정범죄가중처벌법에서는 윤간이 비친고죄이므로(동법 제 16조) 고소가 취소되었다 하더라도 위와 같은 일부기소의 문제가 일어나지 않는다는 사실이다. 즉, 이 사례는 특정범죄가중처벌법이 시행되지 않아 윤간도 친고죄로 취급되던 시기에 문제되었던 것이다. 그리고 이렇게 윤간이 친고죄였음을 전제로 한다면 이것은 전형적으로 친고죄의 일부기소, 그것도 단일범죄인 친고죄의 일부기소에 대한 판결이다. 따라서 이 판결에 대한 대법원의 판단이 중요하게 주목을 끈다.

그런데 이 판결에서 대법원은 다음의 2가지 판단을 내리고 있다. 첫째, 친고죄에 대해 일부 기소가 있더라도 일단 심리 판단은 해야 한다는 것이다. 즉, 공소기각 판결의 사유가 아니라는 것인데, 이는 친고죄의 일부기소를 위법한 것으로 보지 않는다는 의미로서 기존의 학설과는 판이하게 다른 입장이다. 아울러 이렇게 일부기소를 적법한 것으로 받아들이면서 일부 기소시 심판대상은 기소된 일부범죄에 국한시키는 것이 동 판례의 태도이다. 즉, 강간죄에 있어서 그 수단인 폭행만이 기소된 경우에 심판대상은 폭행에 제한된다는 것인데, 이렇게 심판범위가 제한되는 것은 친고죄의 일부기소를 적법한 것으로 인정할 경우 당연히 도출되는 결론이다. 고소가 구비되지 못한 상태에서 친고죄의 전체범죄를 심판할 수는 없는 것이기 때문이다.

둘째, 윤간의 행위수단인 폭행만이 심판대상으로 올랐다면 이는 무죄로 된다는 것이다. 즉, 동 폭행은 폭력행위등처벌에 관한 법률에 위반되지 않는다고 판단한다. 그 이유로 대법원은 고소가 취소되었음을 거론하면서 “강간에 대한 고소가 취소되었으므로 강간의 수단인 폭행은 성립하지 않는다”라고 설명한다.

이러한 2가지 판단 중에서 이 글은 우선 첫째의 판단에 주목하고자 한다. 즉, 친고죄의 일부 기소가 최소한 위법하지 않으므로 공소기각의 판결이 내려져야 할 사유는 아니라는 점이다. 다시 말하여 이 판례는 기존의 학설과는 달리 친고죄의 일부기소를 충분히 행해질 수 있는 기소형태로 받아들이는 것이다. 그리고 나서 대법원은 무죄의 판단을 내렸는데, 동 판단의 당부는 그 다음의 문제이다.

(2) 차에 태워서 강간을 시도한 사건(1983. 4. 26. 83도323)

① 사실관계

피고인은 화물자동차 운전수로서 1980년 7월 10일 10시 22분경 동행을 부탁하는 17세의 피해여성을 자신의 화물차에 태웠다. 그런데 피해자를 태우고 가던 중 피고인은 강간할 마음이 들어서 11시 50분경 강제로 추행을 하고 이후 계속 강간하려 하였으나 뜻을 이루지 못하였다. 그러자 피고인은 피해자의 하차요구를 거절하고 시속 50킬로미터의 속도로 운행하여 탈출을 불가능하게 하면서 모 여관으로 차를 운행하였다. 피고인은 여관에 도착하여 피해자를 방으로 데려갔고, 강간하려 하였으나 피해자가 화장실에 들어가 문을 잠그고 소리를 질러서 미수에 그친 사건이다.

② 사건경과

검사는 피해자의 고소를 받아 피고인을 강간미수죄와 감금죄로 기소하였다. 그러나 원심판결 선고 전에 피해자가 고소를 취소하였고, 따라서 감금 부분만이 재판의 대상으로 되었으나

원심판결은 강간미수죄에 대한 고소가 취소된 이상 그 수단에 지나지 않는 감금은 별개의 범죄를 구성하지 않는다고 하여 무죄를 선고하였다.

이에 검사는 상고하였고 대법원에서는 강간미수와는 별도로 감금부분에 대하여 따로 유죄가 선고될 수 있는지가 논란되었다.

③ 대법원의 입장

대법원은 우선 이 사건에서의 강간미수와 감금을 상상적 경합의 관계에 있는 것으로 판단하였다. 즉, 이 사건에서는 감금이 강간의 수단으로 되었다 하더라도 통상 감금이 강간죄의 성립에 언제나 직접적으로 또 필요한 수단인 것은 아니므로 감금죄와 강간미수죄는 흡수관계가 아니라 상상적 경합의 관계에 놓인다는 것이다.

따라서 다음 단계에서는 형사소송법상 일죄로 취급되는 상상적 경합관계의 범죄 중 일부(감금)만이 따로 떼어져서 심판대상으로 될 수 있는지가 문제로 되었는데, 대법원은 마땅히 일죄의 일부인 감금에 대하여 유죄를 선고해야 한다고 하면서 원심판결을 파기하였다. 이와 관련된 대법원의 판시내용은 다음과 같다.

“... 이 사건에서 중한 강간미수죄가 친고죄로서 고소가 취소되었다 하더라도 가벼운 감금죄(폭력행위등 처벌에 관한 법률위반)에 대하여는 아무런 영향을 미치지 않으므로 원심은 당연히 공소제기된 감금죄에 관하여 심리판단하여야 할 것인데도 위 강간미수죄에 관한 고소의 취소가 있었다는 이유로 감금죄에 대하여 무죄를 선고한 원심판결에는 형법 제 40조의 해석을 잘못된 위법이 있고 이는 판결의 결과에 영향을 미쳤음이 뚜렷하므로 원심판결은 파기를 면할 수 없다.”

④ 판결의 음미

이 사안은 처음부터 일부기소된 사안은 아니었다. 그러나 강간미수에 대해 고소가 취소된 후에는 감금에 대해서만 일부기소된 셈이 되었고, 결국 원심법원과 대법원에서는 일죄 일부기소 사안에 대해 심리가 이루어진 것이다. 아울러 상상적 경합관계로서 형사소송법상 일죄로 취급되는 강간미수와 감금 중에서 강간미수는 친고죄이고 감금은 강간미수의 수단으로 사용된 범죄이니, 이 사안은 친고죄의 일부만이 기소된 사안과 성질을 같이 한다. 따라서 이 사안에 대한 법원의 입장은 곧 친고죄의 일부기소에 대한 법원의 판단을 나타낸다고 하겠다. 그런데 이에 대한 대법원의 판단은 유죄를 전제로 한 원심판결 파기이다. 즉, 감금부분만을 떼어서 심판하였고, 동 심판의 결과도 유죄이다. 결국 대법원은 강간미수와 감금이 상상적 경합관계로서 형사소송법상 일죄로 취급되어 도마에 오른 사안에서 친고죄 부분(강간미수)에 대해 고소가 취소되었더라도 비친고죄 부분(감금)만 떼내어 심판할 수 있다고 한 것이고, 이는 친고죄의 일부기소를 전적으로 인정하는 입장과 궤를 같이 한다(1984. 8. 21, 84도1550

판결에서도 같은 입장이 견지된다).

아울러 원심법원의 판단도 흥미롭다. 즉, 감금 부분에 대해 무죄를 선고했는데, 무죄란 일단 심판대상으로 삼긴 하였다는 의미이다. 즉, 강간미수에 대해 고소가 취소되었는데도 그것의 수단을 이룬 감금에 대해 공소기각의 판결이 아니라 무죄의 판결을 내렸다는 것은 적어도 친고죄의 일부기소가 심판대상으로 되기는 한다는 이야기이다. 따라서 원심법원의 판결에서도 친고죄의 일부기소가 부인된다는 논지는 찾아 볼 수 없다고 생각된다. 다만 이렇게 심판대상으로 하면서도 어떤 이유로 무죄의 선고를 하였는지는 별도로 따져보아야 할 문제이다.

IV. 해 결

1. 일죄 일부기소의 처리

우선 일반적인 범죄에 있어서 일죄 일부기소는 앞에서 살펴본 바와 같이 학설과 판례가 공히 인정하고 있는 상황이다. 즉, 적법한 기소이니 본안판결을 내려야 한다는 점에 대해서 이견이 없는 것이다. 아울러 내려진 확정판결의 효력이 일죄 전체에 미치게 된다는 점에도 견해가 일치되어 있다. 이렇게 일반적인 범죄에 있어서 일죄 일부기소가 적법한 기소로 다루어 지는 것은 형사사법의 실무상 일부기소를 피할 수 없기 때문이다. 즉, 포괄일죄나 과형상일죄의 경우만이 아니라 전형적인 단순일죄에 있어서도 검사가 일죄의 전부를 공소장에 기재하여 기소하는 것은 현실적으로 불가능하다. 하물며 결합범이나 상습범 등의 포괄일죄나 상상적 경합 형태의 과형상 일죄에서는 검사의 입장에서 볼 때 그 중 일부만을 기소해야 될 상황이 수시로 생겨날 수 있는 것이다.

그리하여 이러한 경우를 염두에 두어 일부 학설은 일죄 일부기소라는 것 자체를 “일죄 전체에 대해 범죄혐의가 충분하고 기소요건이 갖추어져서 유죄판결이 가능함에도 검사가 굳이 일부만을 기소하는 경우”로 제한해석하려 하지만¹¹⁾, 이러한 제한해석은 실무적인 차원에서 볼 때 아무런 의미를 갖지 못하는 개념적 유희일 뿐이다. 즉, 동 해석은 일죄 중 일부에만 유죄의 조건이 갖추어져서 그 일부만이 기소되는 경우는 당연히 허용되는 것이므로 소위 일죄 일부기소라는 제하로 논의되는 문제영역이 아니라고 이해하는 듯 하나, 그렇다면 일부기소를 제기한 어느 검사가 자기의 기소를 ‘전체에 대한 기소가 가능함에도 불구하고 굳이 일부만 기소한 경우’ 고변할 까닭이 있겠는가? 즉, 실무상 일부기소는 당연히 검사 입장에서 일죄 전체가 부적당하다고 판단했기 때문에 행해지는 것일테고, 그렇다면 이러한 검사의 판단을 법원이 받아들이지 않을 근거나 가능성은 여간해서 발견될 수 없는 것이다.¹²⁾

11) 각주 (2) 참조.

그리하여 일죄 일부기소가 행해졌을 때 법원이 취할 수 있는 조치는 심판의 범위를 일부로만 국한시킬 것인가 일죄 전체로 확대시킬 것인가 하는 문제 정도인데, 이 점에 대하여 당사자주의적 소송구조를 옹호하는 사람들은 부분설을 직권주의적 소송구조를 옹호하는 사람들은 전체설을 주장한다 함은 이미 앞에서 설명하였다. 즉, 일부설을 택하는가 전체설을 택하는가 하는 것은 우리의 형사소송 구조를 어떻게 이해하는가, 특히 형사소송법 제 247조 2항 공소불가분의 원칙을 어떤 소송구조하에서 해석하는가에 따라 좌우되는 문제이다. 따라서 형사소송 구조에 대한 가치관의 해명이 선행되어야 하는데, 이 글은 기본적으로 당사자주의적 소송관이 직권주의적 소송관보다는 더 미래지향적인 소송관이라는 생각을 갖고 있다. 즉, 양 소송관은 모두 각기의 장단점을 지니고 있고, 특히 변호인제도가 충실하지 못한 상황하에서는 직권주의적 소송관이 피고인 보호에 기여할 수 있다는 점도 인정되지만, 그것도 “법원을 믿는다(혹은 법원만 믿는다)”는 신뢰를 바탕으로 두었을 때 할 수 있는 이야기이고, 전체와 균형이 최상의 현실적인 민주원칙이라는 모토를 앞에 놓고 생각한다면, 결국 당사자주의가 직권주의보다는 더 민주적인 소송관이라고 해야 한다는 것이다.¹³⁾ 그리하여 이러한 인식을 바탕으로 이 글은 일죄 일부기소의 심판범위에 관하여 부분설이 타당하다고 판단한다. 즉, 기소된 일부만이 현실적인 심판대상으로 되고 기소사실을 넘어서 일죄 전체에 대하여 심판하려면 공소장변경이라는 절차를 거쳐야 한다는 것이다. 따라서 앞서 살펴본 바 부분설을 택하는 판례의 입장은 적절한 것으로 평가된다. 상습사기의 혐의가 있더라도 검사가 단순사기로만 기소하였다면 마땅히 법원의 심판범위는 단순사기에 국한된다. 아울러 이렇게 판례까지 부분설을 채택하는 것은 부분설이 형사사법의 실무상 훨씬 더 합리적이라는 판단에 근거를 둔 것은 아닐까 생각한다. 다시말해서 검사가 일부기소한 사건에 대해 굳이 법원보고 직권으로 전체에 대해 심판하라고 하는 것은 실무의 상황을 너무 도외시한 주문이다. 아마도 그러한 요구를 당하는 법원은 속으로 “법원이 그리 한가하지 않다”고 생각할지도 모를 일이다.

2. 친고죄의 일부기소에 대한 처리

(1) 개관

일반적인 일죄 일부기소에서와는 달리 친고죄의 일부기소에 있어서는 학설이 이구동성으로 적법성을 부정한다. 즉, 친고죄의 일부기소는 예외라는 것이다. 따라서 공소 내지 확정판결의 효력범위에 대해서는 논하지조차 않는다. 위법한 기소이므로 본안심리에 들어가기 전에 공소기각의 판결이 내려져야 한다고 생각하기 때문이다.

하지만 앞서 검토한 바와 같이 판례는 친고죄 중 일부범죄만이 기소된 사건들에 있어서

12) Achenbach, "Kriminalpolitische Tendenzen in den juengeren Reformen des Besonderen Strafrechts und des Strafprozessrechts", JuS 1980, 81 ff.

13) Daniel E. Hall, Criminal Law and Procedure 2nd ed., 1996, pp. 269-289.

학설이 제시하는 대로 공소기각의 판결을 내리지 않고 있다. 적어도 본안심리는 하는 것이다. 그 결론은 무죄판결이지만, 이렇게 본안판결을 내린다는 것은 동 기소가 위법한 것은 아니라는 취지로 확인된다.

이렇게 볼 때 친고죄 일부기소의 적법성을 따지는데 있어서 학설과 판례는 반대의 입장을 보이는 셈인데, 이 글은 일단 판례의 입장이 옳다고 판단한다. 즉, 일반적인 일죄 일부기소를 적법한 기소로 받아들이면서 굳이 친고죄의 일부기소만을 위법하다고 할 까닭이 없다는 것이다. 학설은 친고죄의 특수성이라든가 고소불가분의 원칙 등을 들어 친고죄 일부기소를 예외로 취급해야 한다고 주장하나, 이는 후술하는 바와 같이 설득력있는 설명이 되지 못한다는 것이 이 글의 입장이다.

하지만 이 글은 판례의 태도에도 문제가 있다고 생각한다. 즉, 적법한 기소로 받아들이는 것까지는 좋은데, 무죄판결을 내리는 것은 타당하지 않다. 본안심리를 하기로 했다면 기소된 일부범죄에 대해서만 판단하면 되는 것인데 동 일부범죄가 분명히 행해졌음에도 무죄판결을 내리는 것은 사리에 맞지 않는다. 따라서 친고죄의 일부기소를 받아들이기로 했다면 기소된 일부범죄에 대해서는 일반적인 증거법의 원칙에 입각하여 유, 무죄의 판단을 해야 한다는 것이 이 글의 생각이다.

그리고 이렇게 실질적인 본안심리를 한다면 공소제기의 효력범위나 구체적인 심판범위, 확정판결의 효력범위 등에 대해서도 나름의 구획이 그어져야 하는 바, 이러한 각 범위들은 일반적인 일죄 일부기소와 같이 다루어 져야 한다는 것이 이 글의 입장이다. 즉, 현실적 심판범위는 기소된 일부범죄이고 일죄 전체는 잠재적 심판범위에 해당되며, 확정판결의 효력은 당연히 일죄 전체에 미친다는 것이다. 그러면 이하에서는 이러한 각 논점들을 하나씩 살펴보기로 한다.

(2) 적법성

친고죄의 일부기소가 위법하다고 보는 학설의 논거들을 하나씩 검토해 보면 다음과 같다.

① 친고죄의 취지

당사자주의적 관점에서 일반적인 일죄 일부기소를 액면 그대로 받아들이면서도 친고죄에 대해서만은 일부기소가 허용되지 않는다고 주장하는 견해는 그 첫 번째 논거로서 소위 친고죄의 취지라는 것을 거론한다. 즉, 친고죄는 고소가 있어야 기소할 수 있는 범죄이므로 고소가 없거나 취소되었다면 마땅히 동 죄에 대하여 기소하지 말아야 할 것인데, 이 때 비친고인 일부범죄만의 기소를 허용한다면 애당초의 친고죄 취지가 물각된다는 것이다.

그러나 이러한 설명은 친고죄의 취지를 부당하게 확대하는 것으로 평가된다. 즉, 친고죄에서 고소없이 기소할 수 없는 부분은 친고죄 그 자체이지 친고죄를 이루는 부분범죄에 대해서까지 그러한 족쇄가 채워지는 것은 아니다. 다시 말하여 기소된 범죄가 친고죄라면 고소가

요구될 터이지만 검사가 공소장에 기재한 범죄가 비친고죄라면 거기에까지 고소가 요구되어야 할 까닭이 없는 것이다. 특히 당사자주의적 관점에 의하면 일죄 일부기소시 법원의 현실적 심판범위는 기소된 일부범죄에 국한되는 것으로 이해된다. 그렇다면 법원은 기소된 범죄가 비친고죄라면 비친고죄에 요구되는 소송조건의 구비여부만을 심사하면 되는 것이지, 기소된 범죄가 사실상 더 큰 범죄의 일부 아닐까 라는 점까지 생각하고 염려할 필요는 없다. 즉, 기소된 범죄가 친고죄인데 고소가 구비되지 못했다면 공소기각의 판결이 내려져야 하겠지만, 공소장에 기재된 범죄사실이 비친고죄의 형태로 짜여졌다면 마땅히 법원의 심리와 재판은 그에 준해서 행해지면 되는 것이다.

다시말하여 소위 친고죄의 취지라는 것은 “친고죄를 기소하려면 고소가 있어야 한다”는 것이지 그 이상도 그 이하도 아니라고 이 글은 생각한다. 즉, “공소장에 친고죄의 범죄사실을 기재하려면 반드시 고소를 받아내라” 라는 정도로 친고죄의 취지는 충분히 달성되는 것이고, 이것을 넘어서서 “친고죄와 관련있는 범죄까지도 꼭 고소를 받아내야 한다”는 요구까지 친고죄 규정이 하고 있는 것은 아니라는 이야기이다.

사실 인간의 행위는 부분적인 여러 조각들이 연결되고 얹혀진 복합적인 구조를 가지고 있다. 범죄행위도 마찬가지이다. 폭행하고, 협박하고, 모욕하고, 추행하고, 강간하는 행위가 동일 피해자를 대상으로 쫓 연결되어 일어나는 것이 범죄이다. 그러므로 이러한 일련의 범죄행위들 중에서 어느 부분에서부터 어느 부분까지를 끊어서 형사적으로 문제삼을 것인가는 누군가에 의해서든지 결정되어야 하는 바, 동 역할을 담당하는 것이 검사이다.¹⁴⁾ 그리고 동 역할의 수행에 검사가 강간 부분까지 전부 기소하기로 결정하였다면, 이때에는 고소가 구비되어야 하지만, 검사가 폭행 부분까지만 문제삼기로 하였다면 반의사불벌죄인 폭행죄의 소송조건만 구비되면 공판은 시작될 수 있어야 한다. 이렇게 볼 때 친고죄의 취지를 앞세워 친고죄의 일부기소를 위법하다고 설명하는 기존의 학설은 친고죄의 취지를 부당하게 과장한 것이라고 이 글은 판단한다.

② 고소불가분의 원칙

당사자주의적 관점에서 친고죄의 일부기소를 부정하기 위해 거론하는 또 하나의 논거는 고소의 객관적 불가분 원칙이다. 즉 고소가 구비되지 못하여 친고죄 전체에 대해 기소할 수 없는 경우라면 고소의 객관적 불가분 원칙상 동 친고죄의 일부에 대해서도 기소할 수 없는 것 아니냐는 설명이다.

하지만 이러한 설명은 고소의 객관적 불가분 원칙을 다분히 오해한 측면이 있다. 주지하는 바와 같이 고소의 객관적 불가분 원칙은 고소의 제기나 취소의 효력이 범죄 전체에 미친다는 것이다. 즉, 일죄의 일부에 대해 고소하더라도 이는 일죄 전체에 대해 고소한 것이나 같고 역시 일죄의 일부에 대해 고소를 취소하더라도 이는 일죄 전체에 대한 고소 취소로 다루

14) J.E. Hall Williams, The Role of the Prosecutor, 1988, Avebury, pp. 5-6.

어 진다는 원칙이다.¹⁵⁾ 그러므로 이것을 강간죄와 같은 친고죄에 적용시킨다면 폭행이나 협박 등 일부범죄에 대해 고소가 제기되면 그 고소의 효력은 전체범죄인 강간에 미치게 되고, 폭행이나 협박 등 일부범죄에 대해 고소가 취소되면 전체 범죄인 강간에 대해 고소가 취소되는 것으로 다루어 진다는 이야기가 된다.

따라서 고소가 공소제기의 조건인 친고죄에 있어서는 일부범죄에 대해 고소가 제기되면 검사는 전체범죄를 기소할 수 있고, 아울러 일부범죄에 대해 고소가 취소되면 검사는 전체범죄를 기소할 수는 없게 된다. 그러므로 만약 일부범죄에 대해 고소가 취소되었는데 전체범죄를 기소하면 이는 고소없이 친고죄를 기소한 것이므로 마땅히 공소기각의 판결이 내려져야 할 것인바, 여기까지가 친고죄와 관련하여 고소의 객관적 불가분 원칙이 갖는 의미내용이라고 이 글은 생각한다.

그런데 이 글에서 문제삼는 친고죄의 일부기소라 함은 고소가 구비되지 않은 상황에서 검사가 친고죄인 전체범죄를 기소한 것이 아니라 비친고죄인 일부범죄만을 기소한 경우이다. 따라서 이러한 일부기소를 허용한다고 해서 위에서 이야기한 고소의 객관적 불가분 원칙이 흔들리는 것은 아니다. 친고죄의 일부기소는 고소의 객관적 불가분 원칙을 전혀 무너뜨리지 않고 수행될 수 있다는 것이 이 글의 생각이다.

③ 단일범죄의 분리불가능

당사자주의적 관점에서 제시하는 마지막의 논거는 단일범죄인데 어떻게 분리기소할 수 있겠는가 하는 점이다. 하지만 이러한 주장은 반드시 친고죄만이 아니라 일반적인 범죄의 일죄 일부기소에 모두 해당되는 문제라고 이미 앞에서 지적하였다. 따라서 일죄 일부기소를 허용하면서 굳이 동 논거를 앞세워 친고죄의 일부기소만을 예외적으로 허용하지 않겠다 주장은 설득력이 없다. 즉, 단일범죄의 분리불가능성 주장은 친고죄의 일부기소를 일죄 일부기소의 예외로 취급해야 하는 논거가 되지 못하는 것이다.

④ 직권주의적 소송관

일죄 일부기소에서 전체설을 택하는 견해는 직권주의적 소송관을 앞세워 친고죄의 일부기소를 위법한 기소라고 설명한다. 즉, 일부만이 기소되더라도 직권주의에 의해 심판범죄가 전체로 된다면 친고죄에서도 일부가 기소되든 전체가 기소되든 친고죄 전체가 심판대상으로 될 것이므로, 고소가 갖추어지지 못하면 일부든 전체든 기소될 수 없는 것이라는 주장이다.

이렇게 직권주의를 내세워 친고죄의 일부기소를 부정하는 것은 그 나름의 논리력을 갖추고 있다. 직권주의적 관점에서 심판범위를 공소장에 기재된 범죄사실에 국한하지 않고 일죄 전체로 한다면 고소가 구비되지 못한 친고죄의 일부기소를 허용할 수 없는 것은 당연하다 할 것이다. 하지만 직권주의나 당사자주의나 하는 것은 논자가 택할 수 있는 하나의 소송구조관이다. 그리고 이 글이 당사자주의를 지향한다는 점은 이미 앞에서 표명하였다. 따라서 직권

15) 신동운, 형사소송법 I 개정판, 1996, 103-104면 ; 차용석, “고소를 둘러싼 제문제”, 월간고시 1993년 6월, 25-27면.

주의하에서만 이야기될 수 있는 동 논거는 당사자주의를 모토로 삼는 이 글에서는 딱히 취할 바 못된다. 애당초 논의의 문제라는 것이다.

⑤ 소결

지금까지의 검토를 토대로 이 글은 친고죄의 일부기소가 적법한 기소라고 일단 결론내린다. 즉, 공소기각의 판결이 내려져서는 안되고 본안심리가 행해져야 할 기소라는 것이다.

(3) 법원이 해야 할 일

친고죄의 일부기소가 적법하다면 법원은 동 사건에 대해서 심판해야 한다. 그리고 심판은 형사소송의 일반적 원칙에 따라 행해져야 한다. 즉, 기소된 범죄사실에 대해 유죄의 조건이 갖추어지면 유죄판결이 선고되고 그렇지 못하면 무죄판결이 선고되어야 하는 것이다. 그러나 우리의 법원은 소위 '윤건사건(1976.4.27, 75도3365)'과 '차에 태워서 강간을 시도한 사건(1983. 4. 26, 83도323)'에서 모두 별 검토없이 무죄판결을 선고하고 있다. 그리고 이러한 무죄판결의 근거로 유죄 조건의 불충분을 드는 것이 아니라 동 사건들이 고소가 갖추어 지지 않는 친고죄 사건임을 거론하고 있다.

그리하여 이러한 법원의 입장은 기존의 학설에 의해서도 의아한 취급을 받고 있는데¹⁶⁾, 이 글 역시 이 부분에 대해서는 같은 의견을 가지고 있다. 각기 기소된 범죄사실인 폭행과 감금에 대하여 유죄의 조건이 충분히 갖추어져 있음에도 불구하고 무죄라고 하는 것은 납득이 되지 않는다. 더욱이 무죄의 이유를 고소불비라고 하는 것은 형사재판의 원칙에 정면으로 위배된 것이다. 고소불비를 인정하려면 공소기각의 판결을 내려야 할 것이고 실체재판을 선고하려면 유, 무죄의 조건 충족 여부에 따라 유죄나 무죄냐의 판단을 해야 하는 것이다. 따라서 공소기각의 판결을 내리지 않고 실체재판을 하기로 하였다면 동 사건들에서는 유죄판결을 내려야 마땅하다는 것이 이 글의 입장이다. 아울러 구체적인 심판범위와 동 판결의 효력이 어디까지 미치는지가 문제되는데, 이에 대해서는 항을 바꾸어 설명하기로 한다.

(4) 공소제기의 효력범위와 법원의 심판범위

친고죄의 일부기소시 공소제기의 효력범위와 법원의 심판범위는 일반적인 일죄 일부기소에 관한 부분설의 견해와 궤를 같이하여 해결된다는 것이 이 글의 생각이다. 즉, 검사가 일부기소를 하였다 하더라도 공소불가분의 원칙에 따라 그러한 기소의 효력은 전체범죄에 미친다. 다만 현실적으로 법원이 심판해야 할 범위는 명시적으로 기소된 일부범죄만이며, 전체범죄는 잠재적 심판범위로서의 의미를 가지게 된다.

아울러 전체범죄가 현실적 심판의 대상으로 되려면 공소장변경이라는 절차를 거쳐야 한다.

16) 신동운, 형사소송법 I 개정판, 1996, 419면 참조. 하지만 차용석, "고소를 둘러싼 제문제", 월간고시 1993, 6월호, 29면은 무죄를 선고한 관례의 입장을 정당한 것으로 받아들이고 있다.

그런데 여기서의 전체범죄는 친고죄이다. 따라서 고소가 없는 상태에서 만약 전체범죄로 공소장이 변경되어 전체범죄가 현실적 심판의 범위로 되었다면 이 때에는 친고죄에 고소가 없는 경우이니 마땅히 공소기각의 판결이 내려져야 한다. 하지만 현실적 심판의 범위가 전체범죄로 확대되지 않고 일부범죄만에 제한되어 있는 상황이라면 그 일부범죄는 친고죄가 아니므로 당연히 본안재판이 가능한 것이다.

그리하여 이러한 해석에 의하면 공소제기의 효력범위와 법원의 심판범위도 무리없이 확정될 뿐 아니라 소위 공소불가분의 원칙도 흔들림없이 지켜진다는 것이 이 글의 입장이다. 즉, 공소불가분의 원칙이란 잠재적 심판의 범위가 불가분인 전체라는 의미이고, 이것은 친고죄의 기소이든 일반범죄의 기소이든 불문한다. 따라서 현실적 심판범위를 기소된 일부만에 국한시킨다고 해서 이러한 공소불가분의 원칙이 무너질 위험은 없는 것이다.

(5) 확정판결의 효력범위

친고죄의 일부기소에 대해 내려진 확정판결의 효력범위도 일반적인 일죄 일부기소의 경우와 같이 해결하면 된다. 즉, 기소된 일부범죄만에 대해 재판이 내려졌다 하더라도 동 확정판결의 효력은 일죄 전체에 미친다. 따라서 기소되지 않은 나머지 부분의 범죄에 대하여 후에 다시 기소하는 것은 허용되지 않는다. 소위 일사부재리의 원칙이란 확정판결 효력의 가장 대표적인 것이기 때문이다.

아울러 이렇게 확정판결의 효력을 일죄 전체에 미치게 하면 친고죄의 일부기소를 허용해도 기소남발의 방지나 피고인의 권익보호라는 문제도 어느 정도 지켜질 수 있으리라는 것이 이 글의 생각이다. 즉, 폭행 등의 일부범죄로만 재판받게 되면 그것에 대해서는 고소없이도 유죄판결을 받아낼 수 있겠지만, 동 판결의 효력은 강간죄 전체에 미치게 되어 그 후에는 강간죄에 대한 기소가 불가능해지니(비록 고소가 있더라도) 공소제기자도 어느 정도의 불이익을 감수하고서야 일부기소를 감행할 수 있으리라는 이야기이다. 이렇게 일부기소의 후일담까지 담보되어 있으니 굳이 친고죄라고 하여 일부기소를 허용하지 않을 필요가 어디 있겠는가라는 것이 이 글의 덧붙이는 주장이다.

V. 맺는 말 -친고죄 폐지보다는 친고죄 일부기소의 허용을!-

앞서 서두에서도 지적했듯이 이 글이 친고죄의 일부기소에 관심을 갖는 것은 친고죄의 대표적인 경우인 강제적 성범죄에 있어서 형사사법상의 정의를 충실히 실행하기 위해서이다. 즉, 아직 우리의 현실은 성범죄 피해자들이 고소를 주저하는 형편이고, 이로 말미암아 추잡한 성범죄자들이 아무런 형사사법상의 제재를 받지 않고 거리를 활보하는 것이 목도되는 바, 이를 막아 보려는 것이 이 글의 목표이다.

그런데 이러한 문제의식과 정의실행의 욕구를 공유하는 사람들 중에는 강제적 성범죄를 야에 비친고죄로 하자는 주장을 제기하는 경우가 있어 눈길을 끈다. 이는 특히 여성운동가들 사이에서 많이 발견되는데, 그들은 친고죄라는 굴레가 강제적 성범죄에 대한 형사사법의 무력화를 초래하였다고 생각하는 것이다. 그리하여 그들은 기회있을 때 마다 강제적 성범죄의 비친고죄화를 주장한다. 강제적 성범죄의 본질은 소위 정조침해가 아니라 사람에 대한 폭행에 있으니, 가장 높은 단계의 폭행범죄로 취급하여 비친고죄화 하자는 것이다.

그러나 이러한 비친고죄화의 주장은 다소 성급한 감이 있다. 강제적 성범죄의 피해자들이 고소하기를 꺼려한다면 이는 그들 나름대로 그래야만 하는 저간의 사정과 문화적 분위기가 있기 때문일텐데, 그러한 주저요인이 극복되지 않은 상태에서 제도적으로 친고죄의 커튼만을 걸어버린다면 그로 인해 당하게 되는 피해자의 이중적 고통과 이중적 피해는 어떻게 보상될 것인가? 즉, 비친고죄화는 전체를 위해 개인의 희생을 강요한다. 전체의 정의실현을 위해 개인의 명예를 내어 놓으라는 것이다. 하지만 피해자 개인의 명예는 아무리 전체의 정의실현을 모토로 내건다 하여도 합부로 포기를 요구할 성질의 것이 아니다. 적어도 개인의 권익이 중시되는 자유주의, 민주주의의 틀 속에서는 말이다.

여기서 우리는 친고죄라는 형사제도의 발상이 이렇게 전체의 정의실현과 개인의 명예가 상충되는 영역에서 개인의 명예 증시에 우선점을 두겠다는 인식에 바탕을 둔 것임을 다시 한 번 확인할 필요가 있다. 여자의 성적 순결이 여자의 상품성으로 평가되는 우리의 문화현실로 인해 강제적 성범죄에 있어서는 정의실현과 피해자의 명예보호가 충돌되는 기이한 현상이 벌어지는데, 이 때에는 일단 피해자의 명예를 우선적으로 보호해야 한다는 취지인 것이다. 그리하여 피해자에게 형사소추 발동의 키를 쥐어준 것인바, 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다는 것은 바로 이러한 의미이다.

이렇게 보면 강제적 성범죄의 친고죄 규정은 나름의 의미를 충분히 지니는 셈이다. 성문제에 대한 우리의 문화적 인식이 극복되지 않는 한, 강제적 성범죄에 관한 한 친고죄라는 굴레가 아직은 필요하다는 것이 이 글의 판단이다. 이러한 현실을 도외시한 채 비친고죄화를 주장하는 것은 무모한 도박이다. 어설픈 혁명, 대책없는 과격이 우리에게 남겨주는 것은 영광이 아니라 찢겨 터진 상처뿐이다. 이러한 차원에서 이 글은 강제적 성범죄의 비친고죄화는 반대하는 것이다.

그러면서 대안으로 제시하는 것이 일부기소라는 형사소송의 테크닉이다. 일부기소는 비친고죄화보다 피해자에게 덜 부담이 가는 방법이다. 강간죄로 문제삼는 것이 아니라 폭행죄로 기소하는 것이니 그나마 피해자에게는 덜 잔인할 수 있다. 그러면서도 형벌은 폭행죄의 상한 가까이에서 결정하면 되니, 어느 정도의 정의실현도 도모되는 셈이다. 이렇게 볼 때 우리의 문화현실하에서는 일부기소의 허용이 현행될 수 있다는 생각이다. 비친고죄화가 강성 혁명이 라면 일부기소의 허용은 온건한 개혁으로 평가될 수 있을 것이다.

《參考文獻》

장구진, 형사소송법원론, 1982, 학연사.

김기두, 형사소송법 전정신판, 1985, 박영사.

배종대 · 이상돈, 형사소송법, 1996, 홍문사.

백형구, 형사소송법강의 신정2판, 1996, 박영사.

서일교, 형사소송법 제8개정판, 1979, 박영사.

신동운, 형사소송법 I 개정판, 1996, 법문사.

이재상, 형사소송법 제5판, 1998, 박영사.

정영석, 형사소송법 제4전정판, 1984, 법문사.

차용석, "고소를 둘러싼 제문제", 월간고시, 1993년 6월호.

Achenbach, "Kriminalpolitische Tendenzen in den jungeren Repormen des Besonderen Strafrechts und des Strafprozessrecht", JuS, 1980.

Daniel E. Hall, Criminal Law and Procedure 2nd ed., 1996, Delmar Publishers.

J. E. Hall Williams, The Role of the Prosecutor, 1988, Avebury.

Mary P. Koss and Mary R. Harvey, The Rape Victim, 1987, The Stephen Greene Press.

Reihe Alternativkommentare, Kommentar zur Strafprozessordnung Bd. 2, 1993, Luchterhand.

Rudolphi/Frisch/Paeffgen/Rogall/Schlueter/Wolter, Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, 1996, Alfred Metzner Verlag.

Ruth E. Hall, Ask Any Woman, 1985, Falling Wall Press.

Susan Estrich, Real Rape, 1987, Harvard University Press.

SUMMARY

A Study on Partial Indictment of Rape

Lee, Seung Ho

(Department of Law, College of Law, Kon-Kuk University)

Rape is an offence subject to prosecution only upon complaint in Korea. Namely when the victim does not accuse the offender of a rape, the prosecutor cannot bring in an indictment against the rapist. But in many cases women do not report the rape to the police and the rapists do not suffer a punishment. Women have several reasons why they do not report the rape. First, they stand in fear of being put to shame. Second, they think that the police would not be useful or might not be on their side. Third, they worry that the offender would get back at them. In addition to that, there are other reasons of keeping silence, including that they are too young to report it.

Many feminists think that it's unfair, inhumane and unjust. Thus most of them argue that the rape statute should be amended, so that rape could be prosecuted without the complaint of the victim. But it could give rise to ill effects. Especially when the rape goes to trial against the victim's will, she could be placed in a delicate and distressing position. Thus I think that the solution of the feminists is too radical and extreme and this article is written to offer a practical alternative. The method is that the partial indictment could be allowed in rape. In other words, though women don't accuse the offender of a rape, the prosecutor could charge the rapist with a violence or threat. The concrete method is studied in this article.