

형사소송법상 직계존속에 대한 고소(고발)금지 규정의 위헌성 여부

-위헌법률심판을 요구하는 헌법소원 사례를 중심으로-

손 동 권*

목 차

- | | |
|---|----------------------------|
| I. 머리말 | 2. 적법성이 긍정될 경우 청구의 이유 |
| II. 고소 고발 금지규정에 대한 헌법소원 청구 사례에서의 구체적 쟁점 | 문제에 대한 쟁점사항 |
| 1. 헌법소원 청구의 적법성에 관한 쟁점 사항 | III. 상기한 구체적 쟁점에 대한 비판적 고찰 |
| | 1. 적법성에 대한 판단 |
| | 2. 청구의 이유에 대한 판단 |
| | IV. 맺는 말(입법론적 소견) |

I. 머리말

주지하는 바와 같이, 우리나라 형사소송법 제224조 및 제235조는 직계존속에 대한 고소와 고발을 금지하고 있다. 그런데 이 규정들이 위헌이라는 취지의 헌법소원이 어느 직계비속 고소인에 의하여 청구된 사례가 우리나라에서 발생하였다.¹⁾ 청구에 이른 과정은 다음과 같이 요약될 수 있다. 청구인은 자신의 모친을 무고 및 위증 혐의로 고소하였는데,²⁾

* 건국대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

1) 헌법재판소 2011. 2. 24. 선고, 2008헌바56 결정의 대상사건; 필자는 이 사건에 대해 2010. 9. 8. 개최된 공개변론에서 법무부 측의 참고인으로 진술하였는데, 이 글은 그때 진술한 내용을 기초로 작성된 것이다. 이 때 청구인 측의 참고인이 진술한 내용에 기초하여 작성된 글로는 남복현, “직계비속의 직계존속에 대한 고소권 박탈의 위헌성”, 헌법학연구 제18권 제1호(한국헌법학회, 2012), 148쪽 이하.

2) 그 이전에 청구인은 존속상해 혐의로 모친에 의해 고소당하여 기소되었고, 제1심(대

이에 대해 검사는 고소금지에 관한 형사소송법 제224조를 근거로 각하의 수사종결처분을 내렸고, 그에 대한 청구인의 검찰항고는 고등 검찰청에 의해 기각되었다.³⁾ 그러자 청구인은 고등법원에 재정신청을 하고서 심리 도중에 형사소송법 제224조 및 제225조가 평등원칙에 위반된다고 주장하면서 위헌법률심판제청을 신청하였는데, 중국적으로 고등법원은 재정신청을 이유 없는 것으로 기각하였고(참고로, 재정신청기각결정에 대한 불복은 현행법상 허용되지 않기 때문에 확정됨),⁴⁾ 다소 시차를 두면서 위헌법률심판제청 청구도 이유 없는 것으로(즉 위헌이 아니고 합헌이라는 취지로) 기각하였다. 그러자 청구인은 위헌법률심판제청 청구에 대한 고등법원의 기각결정을 근거로 직접 헌법재판소에 헌법소원을 제기하였다. 이 청구 자체는 헌법재판소법 제68조 제2항에 따르면⁵⁾ 법원에 법률의 위헌 여부 심판의 제청신청을 한 당사자는 그 법원이 신청을 기각할 경우 직접 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있기 때문에 일단 법적 근거를 가진 것으로 평가된다. 문제는 헌법소원청구의 심리를 계속하기 위해 요구되는 적법성과 청구의 이유(즉 위헌요소)까지 갖추어졌는가에 있다. 이 사건에 대해 헌법재판소는 재판관 4인이 합헌의견,⁶⁾ 재판관 5인이 위헌의견을⁷⁾ 제시함으로써 법률의 위헌선언

전지방법원 공주지원 2006고단260)에서 (증거불충분으로) 무죄판결을 받았으며, 그 이후 상소심 절차도 거치면서 최종적으로 무죄가 확정되었다. 이 무죄판결을 근거로 청구인은 모친을 무고 및 위증으로 고소한 것이다.

- 3) 참고로 2008년부터 시행된 개정 형사소송법은 재정신청을 모든 형사사건으로 확대하면서 항고전치주의를 도입하였다.
- 4) 형사소송법 제262조 제4항. 다만 본 사건에서와 같이 이유 없음의 기각결정이 아니라 법원이 형식적인 사유로 재정신청을 기각한 경우에는 예외적으로 대법원예의 재항고가 허용된다고 판시한 대법원 2011. 2. 10. 선고, 2009도407 결정.
- 5) 헌법재판소법 제41조에 따르면 위헌법률심사는 법원에 의해 청구되도록 규정되어 있다. 반면에 헌법재판소법 제68조에 따르면 헌법소원은 당사자가 직접 청구할 수 있다. 그리고 제68조 제1항은 일반적인 기본권침해 헌법소원에 관하여 규정하였지만, 제68조 제2항은 위헌법률심사를 당사자가 직접 헌법소원의 형태로 청구할 수 있도록 한 것이다.

에 필요한 정족수 6인에 미달하여 중국적으로 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 않는다고 판시하였다.⁸⁾ 본 법률 조항이 헌법재판소 결정에 의해 비록 합헌으로 귀결되었지만 재판관 다수가 위헌의견을 제시하였기 때문에 본 법률 조항의 위헌문제는 앞으로도 계속 헌법재판 내지 입법론의 형식으로 제기될 여지가 없지 않다. 이러한 문제점을 직시하여 본고는 이 번 헌법소원 사건에서 나타난 본 법률 조항을 둘러싼 구체적인 논쟁점에 대해 필자 나름대로의 견해를 밝힘으로써 장차 또다시 제기될 수 있는 헌법재판을 위한 이론적 논거는 물론이고 개선 입법론을 위한 소견까지 연결시켜 보고자 한다. 후자의 개선 입법론적 소견으로 연결시키기 위하여 본고는 본 사건에서 주로 다루어진 위헌법률의 문제를 검토

6) 합헌의견 이유: “범죄피해자의 고소권은 형사절차상의 법적인 권리에 불과하므로 원칙적으로 입법자가 그 나라의 고유한 사법문화와 윤리관, 문화전통을 고려하여 합목적적으로 결정할 수 있는 넓은 입법형성권을 갖는다. 가정의 영역에서는 법률의 역할보다 전통적 윤리의 역할이 더 강조되고, 그 윤리에는 인류 공통의 보편적인 윤리와 더불어 그 나라와 사회가 선택하고 축적해 온 고유한 문화전통과 윤리의식이 강하게 작용할 수밖에 없다. 우리는 오랜 세월동안 유교적 전통을 받아들이고 체화시켜 이는 현재에 이르기까지 일정한 부분 엄연히 우리의 고유한 의식으로 남아 있다. 이러한 측면에서 ‘효’라는 우리 고유의 전통규범을 수호하기 위하여 비속이 존속을 고소하는 행위의 반윤리성을 억제하고자 이를 제한하는 것은 합리적인 근거가 있는 차별이라고 할 수 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 헌법 제11조 제1항의 평등원칙에 위반되지 아니한다.”

7) 위헌의견 이유: “유교적 전통을 기반으로 한 가족제도의 기본질서 유지라는 이 사건 법률조항의 입법목적에 정당성은 있지만, 고소권을 박탈하여 기본권을 제한한다는 방식은 차별의 목적과 정도의 비례성과 관련하여 문제점이 있다. 존비속이라는 신분 관계는 범죄의 죄질과 책임의 측면에서 경중을 고려할 수 있는 요소는 될 수 있을지언정 국가형벌권의 행사 자체를 부정할 이유는 되지 못한다. 법이 보호할 가치가 없는 존속에 대해서까지 국가의 형벌권 행사를 포기하고 범죄피해자인 비속에 대한 보호 의무를 저버리는 것은 차별의 목적과 수단 간에 합리적인 균형관계가 있다고 볼 수 없으며, 고소권을 박탈하는 것만이 가족제도의 기본질서를 유지하기 위한 유일하고 불가결한 수단이라고 할 수도 없다. 따라서 이 사건 법률조항은 차별 목적의 비중과 차별의 정도 간에 비례성을 갖춘 것이라고 할 수 없으므로, 헌법상 평등원칙에 위배된다.”

8) 헌법재판소 2011. 2. 24. 선고, 2008헌바56 결정.

하는 기회에 친고죄와 비친고죄 사이의 차이에 기초한 형사법 내지 형사정책적 관점도 함께 조명해 보기로 한다.

Ⅱ. 고소 고발 금지규정에 대한 헌법소원 청구 사례에서의 구체적 쟁점

1. 헌법소원 청구의 적법성에 관한 쟁점사항

1.1 재정신청기각결정이 확정됨에 따른 재판의 전제성 구비 여부

본 사례의 근거조문인 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원에 있어서는 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 당해사건의 재판의 전제로 되어야 하고, 이 경우 재판의 전제가 된다고 하려면 그 법률이 당해사건 재판에서 적용되는 법률이어야 하고, 그 법률의 위헌 여부에 따라 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라야 한다.⁹⁾ 그런데 본 사례에서 당해사건의 재판인 재정신청은 기각되어 확정되었기 때문에 재판의 전제성이 갖추어졌는지가 문제된다. 이에 대해 이 번 헌법소원 사건의 청구인과 법무부 사이에서 제기된 긍정과 부정의 논지를 먼저 소개하기로 한다. 이를 위한 참고 사항으로서 우선 지적되어야 할 점은 재정신청 기각 결정에 대한 불복은 형사소송법에 의해 금지되어 있지만,¹⁰⁾ 헌법재판소의 위헌법률 결정의 경우에 헌법재판소법 제47조 제3항과 제75조 제7항에 의해 재심청구사유가 된다는 것이다. 전자의 규정은 위헌법률심판사건, 후자의 규정은 헌법소원 사건에서 위헌결정이 있는 경우에 각각 적용된다.

9) 헌법재판소 1995. 7. 21. 선고, 93헌바46 결정; 헌법재판소 2007. 4. 26. 선고, 2006헌바10 결정.

10) 형사소송법 제262조 제4항

1.1.1 법무부에 의해 제시된 적법성 부정의 논지

법무부는 다음과 같은 논지를 제시하면서 헌법소원의 적법성을 부정하였다. 본 청구사건과 관련된 전제재판으로서의 재정신청사건이 이미 기각 결정되었고, 이에 대해서는 불복이 금지되어 있는 점, (유죄, 항소 상고 기각) 판결의 형식에 대해서만 허용되는 재심청구도 금지되어 있는 점,¹¹⁾ 즉 헌법재판소법 제47조 제3항에 의해 인정되는 재심사유는 법률에 의해 유죄판결을 받은 경우에만 인정되는데 재정 신청 기각결정은 이에 해당하지 않는 점에 의하여 헌법재판소가 위헌결정을 하더라도 당해 사건의 주문 내지 재판의 내용에 관한 법률적 의미 등이 달라지지 않기 때문에¹²⁾ 이 사건 청구는 재판의 전제성이 부정되는 부적법한 청구로 평가되어야 한다.

1.1.2 청구인이 제시한 적법성 긍정의 논지

헌법소원 청구인은 다음과 같은 논지를 제시하면서 적법성을 긍정하였다. 이 사건은 위헌법률심판제청신청을 하였다가 기각되어 헌법재판소법 제68조 제2항의 규정에 따라 위헌소원을 제기한 사건으로서, 이 사건 심판대상이 된 법률조항의 위헌여부에 대한 해명이 헌법적으로 중요성이 있음에도 불구하고 그 해명이 없고, 한편 이 사건 법률조항은 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고, 직접적 현재적으로 직계비속의 고소권을 제한함으로써 기본권을 침해하고 있어 위 법률조항으로 인한 기본권의 침해가 반복될 위험성이 상존하므로, 위헌제청 당시 재판의 전제성이 인정되는 이상 위헌여부에 대한 판단이 필요한 사안이라는 논지로서 재판의 전제성을 긍정할 수 있을 것이다.¹³⁾ 그리고 고발금지

11) 형사소송법 제420조, 제421조; 대법원 1986. 10. 29. 선고, 86도3 결정의 태도이기도 함.

12) 이러한 경우 재판의 전제성을 부정한 헌법재판소 1995. 7. 21. 선고, 93헌바46 결정; 헌법재판소 2000. 7. 20. 선고, 99헌바61 결정.

13) 이러한 주장의 근거가 된 헌법재판소 판례로는 헌법재판소 1993. 12. 23. 선고, 93헌가2 결정; “위헌심판제청된 법률조항에 의하여 침해된다는 기본권이 중요하여 동

의 형소법 제235조는 같은 법 제224조를 그대로 준용하고 있기 때문에 제224조만 위헌선언 되는 경우 제235조는 무의미하게 되므로 제235조도 심판대상이 되어야 한다.

1.2 형사소송법 제235조(고발의 제한) 규정에 대한 재판 전제성의 구비 여부

본 사례의 경우 고소인인 청구인이 직계존속 고소금지규정 이외에 고발금지규정에 대해서도 헌법소원을 청구하였는데, 이것이 적법한 것인지도 문제된다. 그리고 고발인에게도 헌법소원청구 이익이 있는지의 문제도 대두된다.

1.2.1 청구인이 제시한 재판 전제성 긍정의 논지

이 사건의 경우 형사소송법 제235조(고발의 제한) 규정은 같은 법 제224조(고소의 제한)를 그대로 준용하고 있어, 제224조만을 위헌선언하게 되는 경우 준용할 규정이 없어 무의미하게 남겨지게 되는 때에 해당하므로 당연히 함께 위헌선언이 되어야 할 법률조항이라는 주장이 가능할 것이다.

1.2.2 법무부가 제시한 재판 전제성 부정의 논지

고소 고발의 의미 및 형사소송법이 고소 고발을 구분하여 규정하는 점 등을 종합하여 볼 때 동일인이 동일 사안에 대하여 고소권과 고발권

법률조항의 위헌 여부의 해명이 헌법적으로 중요성이 있는데도 그 해명이 없거나, 동 법률조항으로 인한 기본권의 침해가 반복될 위험성이 있는데도 좀처럼 그 법률조항에 대한 위헌심판의 기회를 갖기 어려운 경우에는 위헌제청 당시 재판의 전제성이 인정되는 한 당해소송이 종료되었더라도 예외적으로 객관적인 헌법질서의 수호·유지를 위하여 심판의 필요성을 인정하여 적극적으로 그 위 여부에 대한 판단을 하는 것이 헌법재판소의 존재이유에도 부합하고 그 임무를 다하는 것이 된다.”

을 점유할 수는 없다고 할 것이다. 이 사건에서 청구인은 피해자로서 사실상 고소권을 행사하였는데, 그렇다면 그는 고발권까지 행사할 수는 없다. 결국 형사소송법 제235조는 당해사건인 재정신청사건 재판에서 적용될 여지가 없는 법률로서 그 위헌 여부에 따라 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지지 않을 것이어서 이 부분에 관한 청구는 재판의 전제성이 부정되는 부적법한 청구라는 주장도 가능할 것이다.

2. 적법성이 긍정될 경우 청구의 이유 문제에 대한 쟁점사항

2.1 청구인이 제시한 이유 유(위헌)의 논지

청구인은 다음과 같은 논지로서 위헌성을 주장하였다: (가) 형소법 제224조 및 제235조는 범죄의 종류와 피해의 정도를 불문하고 어떠한 경우에도 고소, 고발을 할 수 없도록 함으로써 직계비속의 존속에 대한 고소권을 전면적으로 박탈하는 중대한 제한을 초래하게 되므로 평등원칙위반 여부 심사에 있어 엄격한 심사척도인 비례성 원칙에 따른 심사를 해야 하고, (나) 형소법 제224조 및 제235조는 봉건적 가부장제에 그 연혁을 두고 있어 입법목적의 정당성이 없고, 고소 고발권을 박탈하더라도 이미 상실한 직계존속에 대한 존경과 효심을 유지하기는 어려울 것임에도 불구하고 피해의 정도를 불문하고 전면적으로 고소 고발권을 박탈함은 지나친 제한으로서 비례성 원칙에 위반되며 (다) 완화된 심사척도, 즉 자의금지 원칙에 따라 심사해 보더라도 형소법 제224조 및 제235조는 봉건적 가부장제에 따라 직계존속의 권위를 유지해 주고 직계비속의 효도를 강요하는 데 불과하므로 직계비속이라는 사회적 신분에 의하여 피해자를 합리적 이유 없이 차별하여 직계비속의 평등권을 침해하는 것이어서, 어느 모로 보나 형소법 제224조 및 제235조는 평등원칙에

위반되어 위헌이다.¹⁴⁾

2.2 법무부가 제시한 이유 무(합헌)의 논지

전술한 위헌성에 비하여 법무부는 다음과 같은 논지로서 합헌성을 주장하였다: (가) 형소법 제224조 및 제235조에 의해 직계비속의 고소 고발권이 전면 박탈되는 것이 아니므로, 평등원칙위반 여부 심사에 있어 엄격한 심사척도, 즉 비례성 원칙에 따른 심사는 불필요하고 완화된 심사척도, 즉 자의금지 원칙에 따라 심사하는 정도로 충분하고, (나) 완화된 심사척도, 즉 자의금지 원칙에 따라 심사해 보면 형소법 제224조 및 제235조에는 합리적 이유가 있는 차별에 해당하며, (다) 엄격한 심사척도, 즉 비례성 원칙에 따른 심사를 하더라도 형소법 제224조 및 제235조에 대해서는 평등원칙에 위반하지 않는 합헌이다.

Ⅲ. 상기한 구체적 쟁점에 대한 비판적 고찰

1. 적법성에 대한 판단

1.1 고발제한규정에 대한 판단

먼저 청구인에 의해 제시된 고발제한규정이 재판 전제성 요건을 충족하는지를 판단해 보기로 한다. 현행법상(형사소송법 제260조, 검찰청법

14) 그리고 보호할 가치 없는 범인이 단지 존속이라는 이유만으로 법률에서 과잉보호를 한다는 것은 부당하다는 지적(주석 형사소송법 제4판(한국사법행정학회, 2009), 374쪽), 피해자 보호를 위하여 이러한 제한이 타당할지 의문이라는 지적(차용석/최용성, 형사소송법 제3판(21세기사, 2008), 172쪽 등도 보인다.

제10조) 검사의 불기소처분에 대한 재정신청은 항고 전치 절차를 거친 고소인만이 청구권자로 규정되어 있다. 반면에 고발인의 경우는 검사의 불기소처분에 대한 항고 재항고의 청구권자로 규정되어 있을 뿐이고 재정신청의 청구권자로서는 배제되어 있다. 다만 예외적으로 형법 제123조 내지 제126조의 죄(공무원의 직무에 관한 범죄로서 2011년 법개정을 통하여 형법 제126조의 피의사실공표죄가 추가되었음)에 한하여 고발인도 재정신청의 청구권자로 되어 있을 뿐이다. 그리고 원래 고발인은 검사의 불기소처분에 대해 헌법소원을 적법하게 청구할 수 있는 자도 아니다. 고소인과는 달리 검사의 불기소처분에 의해 헌법에 보장된 기본권의 직접적 침해가 있다고 볼 여지가 없기 때문이다.¹⁵⁾ 이와 같이 고소인과 고발인 사이에는 본 사건의 전제재판에 해당하는 재정신청과 관련하여 그 지위에 차이가 있다. 이러한 차이에 근거하여 고발제한규정에 대한 본 사건 헌법 소원 청구는 재판의 전제성이 부정되는 부적법한 청구로 평가되어야 한다. 그리고 형소법 제235조가 같은 법 제224조를 그대로 준용하고 있기 때문에 제224조만 위헌선언 되는 경우 제235조는 무의미하게 되므로 제235조도 심판대상이 되어야 한다

15) 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원청구사건에서 고발인에 대해 자기관련성을 부정한 헌법재판소 1989. 12. 22. 선고, 89헌마145 결정; 고소나 고발이 모두 수사개시의 단서가 된다고 하지만 고소는 범죄피해자의 보호가 주된 목적임에 대하여, 고발은 누구든지 범죄가 있다고 사료되는 때에 하는 것으로서 범죄규제를 통한 국가적 이익의 보호를 주목적으로 한다. 따라서 고소는 주로 주관적 개인적인 목적을 추구하는 것이므로 고소인 적격이 있는 형사피해자에게는 헌법 제27조 제5항이 당해 사건의 재판절차에서의 진술권이라는 주관적 기본권을 부여함에 대하여, 고발에 있어서는 고발인 자신의 개인적 이해관계를 떠나 국민의 일원으로서, 범죄규제를 통한 국법질서의 유지를 위하여 협력함을 주된 목적으로 하는 것이므로 고발인에게 개인적 주관적인 권리나 위에서 본 재판절차에서의 진술권 따위의 기본권은 허용될 수 없다. 따라서 이와 같이 국민의 일원으로서 국가의 수사권 발동을 촉구하는 의미에 그치는 일반범죄의 고발사건에 있어서 검사가 자의적으로 불기소처분을 하였다고 하여 달리 특별한 사정이 없으면 고발인이 자기의 기본권의 침해가 있었음을 전제로 자기관련성을 내세워 헌법소원 심판청구를 하는 것은 허용될 수 없을 것이다.

는 청구인의 주장은 단순한 입법형식의 문제와 법 규정 내용의 위헌성 문제를 혼동하는 것으로서 설득력 있는 주장으로 평가될 수 없다.

1.2 고소제한규정에 대한 판단

상기한 고발제한 규정과는 달리 고소제한 규정은 재정신청 사건에 적용될 수 있는 법 조항인 것은 명백하다. 그렇지만 청구인이 제시한 적법성 공격의 논거는 설득력이 약한 것으로 판단된다. 청구인의 논지에 따르면 이 사건 심판대상이 된 법률조항의 위헌여부에 대한 해명이 헌법적으로 중요성이 있음에도 불구하고 그 해명이 없고, 한편 이 사건 법률조항은 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고, 직접적 현재적으로 직계비속의 고소권을 제한함으로써 기본권을 침해하고 있어 위 법률조항으로 인한 기본권의 침해가 반복될 위험성이 상존한다면 위헌제청 당시 재판의 전제성이 인정되는 이상 위헌여부에 대한 판단이 필요한 사안이라는 것이다. 그러나 문제 규정 때문에 신체의 자유와 같은 중대한 기본권의 침해가 있는 경우(예컨대 위헌적인 강제구금 내지 형벌집행과 같은 것)에는 상기한 예외적 재판 전제성이 긍정되어도 무방하겠지만,¹⁶⁾ 고소제한과 같이 형사사법기관에게 범죄자의 처벌을 구하는

16) 보석허가결정에 대한 검사의 즉시항고 규정에 대해 이렇게 판시한 헌법재판소 1993.

12, 23, 선고, 93헌가2 결정; 이 사건 규정은 국민의 인신구속에 관련된 사항인 법원의 보석허가결정에 대한 집행정지의 효력이 있는 검사의 즉시항고권을 규정한 것으로서 그 규정의 위헌 여부는 기본권 중의 기본권이라 할 수 있는 국민의 신체의 자유와 관계되는 중요한 헌법문제라 아니할 수 없는데 그 문제에 관하여 헌법재판소에서 해명이 이루어진 바도 없다. 그리고 이 사건 규정이 위헌으로 심판되지 않는 한 법원의 보석이 있을 때마다 이 사건 규정에 의하여 이렇게 중요한 기본권인 신체의 자유의 침해가 반복될 것은 법문상 명백하다. 또한 이 사건 규정에 대한 위헌여부심판절차를 밟지 않고 원심법원 또는 항고법원의 재판을 받는 기간이, 위헌여부심판절차를 밟아 그 심판결정을 기다린 연후에 위 법원의 재판을 받는 기간보다 짧은 것이 통상이므로 보석허가를 받았으나 검사의 즉시항고로 피고인의 구속상태가 계속 중인 상황에서 법원이나 피고인이 이 사건 규정의 위헌여부심판제청 또는 그 신청을

등의 절차적 지위를 제한하는 정도로서 그러한 예외적 재판 전제성을 인정할 수 있을지는 의문이다. 결국 청구의 적법성 여부는 문제 법 조항에 대한 헌법재판소의 위헌결정이 있을 경우 이미 확정된 재정신청기각 결정에 대한 재심을 청구할 수 있는지에 의해 판단되어야 한다. 이 문제에 대해 법무부는 전제재판으로서의 재정신청사건이 이미 기각 결정되었고, 이에 대해서는 현행법상 불복이 금지되어 있으며, (유죄, 항소 상고 기각) 판결의 형식에 대해서만 허용되는 재심청구도 금지되어 있는 점에 의하여 헌법재판소가 위헌결정을 하더라도 당해 사건의 주문 내지 재판의 내용에 관한 법률적 의미 등이 달라지지 않는다는 이유로 적법성을 부정하였다. 그러나 헌법재판소법 제75조 제7항은 이 사건과 같이 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원이 있는 경우 만약 그 헌법소원이 인용된다면(즉 문제 법률조항에 대해 위헌결정이 내려진다면) 당해 헌법소원과 관련된 소송사건이 이미 확정된 때라도 당사자는 재심을 청구할 수 있는 것으로 규정하고 있다.¹⁷⁾ 이에 따르면 이 사건에서

한다는 것은 좀처럼 기대하기 어려워서, 이 사건 규정에 대한 위헌여부심판의 기회가 다시 있기 어려운 경우이다. 그리고 이 사건 규정은 형사소송법상 피고인의 구속 여부에 관한 소송절차규정으로서 법원은 종국판결 자체에는 영향이 없는 것으로 보아 구체적인 본안판결 자체는 그대로 진행하여 이미 종료되었지만 위헌여부심판 제청 당시에 있어서는 이 사건 규정의 위헌 여부가 제청법원에 계속 중이던 당해 안건인 보석허가결정에 대한 즉시항고사건에 관한 원심법원의 재판의 전제성이 있었던 점은 위에서 본 바와 같다. 그러므로 객관적인 헌법질서의 수호·유지를 그 임무의 하나로 하고 있는 헌법재판소로서는 제청받은 이 사건 규정에 대한 법률의 위헌여부심판의 필요성이 있다고 인정하여 이를 심판함은 그 임무를 다하는 것이고 그 심판은 적법성이 있다고 할 것이다.

- 17) 헌법재판소는 (i) 법원의 위헌법률심판제청·헌법소원심판의청구 등을 통하여 헌법재판소에 법률의 위헌결정을 위한 계기를 부여한 당해사건, (ii) 위헌결정이 있기 전에 이와 동종의 위헌여부에 관하여 헌법재판소에 위헌제청을 하였거나 법원에 위헌제청신청을 한 경우의 당해사건, (iii) 따로 위헌제청신청을 아니하였지만 당해 법률 또는 법률조항이 재판의 전제가 되어 법원에 계속 중인 사건 등에 대하여 위헌결정의 소급효를 인정한다(헌법재판소 1993. 5. 13. 선고, 92헌가10 결정). 이에 의하면 적어도 당해사건의 문제 법조항은 설령 본 사건에서와 같이 그것이 비형벌 조항이

헌법소원이 인용되어 문제 법률조항에 대해 위헌결정이 내려진다면 청구인은 확정된 재정신청기각결정에 대해 재심을 청구할 수 있고, 그 재심절차를 통해 당해사건 재판의 주문이 달라지거나 그 이유를 달리하여 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라질 수 있기 때문에 재판의 전제성이 인정될 수 있다.¹⁸⁾

2. 청구의 이유에 대한 판단

2.1 기본권(평등권)의 중대한 침해 여부와 그에 따른 엄격심사 원칙의 적용 여부

2.1.1 비친고죄의 경우

친고죄와 비친고죄 사이에는 고소와 고발의 공통된 개념 표지인 범죄자를 처벌해 달라는 의사표시가 가지는 효과에 있어서 상당한 차이가 있다. 비친고죄의 경우 고소 고발은 수사의 단서가 될 뿐이고, 범죄자의 처벌 여부를 종국적으로 결정하는 소송조건으로서의 효과는 없다. 이에 근거하여 비친고죄의 경우는 직계비속의 고소 고발이 사실상 있으면 고소 고발 금지의 법조항과는 관계 없이 형사사법 기관이 그 고소 고발을 수사의 단서로 삼아 직권으로 형사절차를 진행시킬 수 있을 것이다. 따라서 직계비속의 고소 고발이 있더라도 실무상 형사절차가 개시되지 않는다는 청구인의 주장은 정확하게 검증되지 않은 것으로 사료되고, 설령 그 주장이 타당하더라도 그것은 잘못된 실무운용의 문제이지, 법규정 자체의 위헌 문제와는 직접적 관련성이 없는 것으로 판단된다.

그리고 수사의 단서에는 고소 고발만 있는 것이 아니고, 범죄의 신고나

라 하더라도 위헌결정으로 소급무효가 되기 때문에 무효인 법 조항에 의해 이미 재판이 확정되었다 하더라도 재심이 허용되어야 하는 것은 이론적으로도 타당하다.

18) 이 사건에 대한 ‘헌법재판소 2011. 2. 24. 선고, 2008헌바56 결정’의 태도이기도 함.

제보 등 수많은 종류가 있다. 따라서 직계비속에 대해 고소 고발을 제한 하더라도 수사의 단서를 제공할 수 있는 그의 지위에는 아무런 영향을 받지 않는다. 그리고 고소 고발인에게 보장된 수사종결처분을 통지받을 수 있는 지위도(형사소송법 제258조) 직계비속이 사실상 고소한 이상 부정되지는 않을 것이다. 다만 고소인에게는 검사의 불기소처분에 대해서 불복할 수 있는 권리가 부여되어 있는데(검찰청법 제10조, 형사소송법 제260조), 직계비속이 금지된 고소 고발을 사실상 행사하면 검찰사건사무처리규칙 제69조 제3항에 따라 각하결정의 불기소처분 통지를 받도록 실무상 운용되고 있다. 결국 고소 고발이 법적으로 금지된 직계비속은 다른 고소 고발인에 비하여 수사절차의 단계에서는 검사의 불기소처분에 대한 불복 청구권이 제한되는 차이만 있는 것으로 귀결된다.¹⁹⁾ 그런데 직계비속 자신은 고소할 수 없더라도 ‘피해자의 법정대리인이 피의자이거나 법정대리인의 친족이 피의자인 때에는 피해자의 친족은 독립하여 고소할 수 있다’(형사소송법 제226조). 이와 같이 직계존속 범죄자에 대해 피해자 친족에게 고소권(동시에 검사의 불기소처분에 대한 불복권)이 보장되어 있기 때문에 직계비속 피해자의 직접적 불복권 제한만으로 기본권의 중대한 침해가 있는 것으로 평가되기는 어렵다. 특히 고발의 경우는 피해자와 범인 아닌 자, 즉 직접적 이해관계가 없는 사람들도 할 수 있는 것이기 때문에 친척, 이웃 사람, 공무원, 목격자 등 고발할 수 있는 자는 수 없이 많다. 수많은 고발할 수 있는 자 중에서 직계비속을 제한한다고 하여 기본권 침해가 문제될 것은 그다지 많지 않을 것으로 사료된다. 검사의 불기소처분에 대한 정식 고발인의 헌법소원도 허용되지 않는 것은 이를 설명하기에 충분할 것이다. 즉 고발권은 형사절차상 인정되는 법률상의 권리일 뿐 그 자체로 기본권의 성격을 갖는다고 볼 수는 없다.²⁰⁾ 결국, 고소 고발의 제한은 기본권의 중대한 제한을 초래하게 되므

19) 검사가 불기소처분을 하면 헌법이 범죄피해자에게 보장하고 있는 재판절차진술권(헌법 제27조 제5항)의 행사도 불가능하게 된다.

로 엄격한 심사척도인 비례성 원칙에 따른 심사가 요구된다는 주장은 비친고죄에 관한 일단 타당성이 결여된 것으로 귀결된다.

2.1.2 친고죄의 경우

친고죄(Antragsdelikt)에서는 피해자의 고소(특정한 범죄에서는 특정 공무원의 고발)가 없으면 범죄자에게 종국적으로 유죄판결을 내려 형사 처벌할 수 없다. 친고죄에서는 피해자의 고소가 소송조건(Strafverfolgungsvoraussetzung)이기 때문이다. 더 나아가 친고죄에서는 피해자에 의한 고소가능성이 없으면 수사착수도 허용되지 않는다는 것이 판례(대법원 1995. 2. 24. 선고, 94도252 판결)와 다수설의 태도이다.²¹⁾ 따라서 직계비속의 고소금지로 인해 비친고죄에 비하여 친고죄에서 피해자로서의 권리가 더 큰 제한을 받게 되는 것은 사실이다. 그러나 공적 문제를 해결하는 형사절차에서 개인의 의사에 처벌 여부를 맡기는 친고죄 자체가 -대부분을 차지하는 비친고죄에 비하여- 소수에 불과한 예외적 범죄유형이고, 이미 형사특별법에 의해서²²⁾ 직계존속에 대한 고소가 대폭적으로 허용되어서 실제로 직계비속의 고소권이 제한되는 영역은 일반형법의 비밀침해죄(형법 제316조)와 일부 특별형법상 친고죄에 한정된다.²³⁾ 그리고

20) 그에 비하여 범죄피해자의 고소권은 재판절차진술권(헌법 제27조 제5항)이라는 헌법상 기본권과 관련성이 있지만, 검사의 불기소 처분이 정당하게 이루어진 경우와 검사가 기소결정을 한 경우에는 이에 대한 기본권 침해의 문제는 발생할 수 없다.

21) 권오걸, 형사소송법(형설출판사, 2010), 195쪽; 배종대/이상돈/정승환, 신형사소송법(홍문사, 2008), 86쪽; 손동권, 형사소송법 개정신판(세창출판사, 2010), 165쪽, 211쪽; 신동운, 형사소송법 제3판(법문사, 2005), 69쪽; 신양균, 형사소송법 신판(화산미디어, 2009), 73쪽; 이은모, 형사소송법 제2판(박영사, 2011), 167쪽; 이재상, 신형사소송법 제2판(박영사, 2008), 187쪽; 그러나 독일에서는 지체 시에 실제적 진실발견에 장애를 초래할 경우에는 고소 이전에도 수사할 수 있다는 견해로는 Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 24. Aufl., S. 73; Peters, *Strafprozess*, 4. Aufl., S. 195.

22) 성폭력범죄의처벌등에관한특별법 제17조, 가정폭력범죄의처벌등에관한특별법 제6조 제2항

형사처벌은 불가피한 최후의 수단으로서만 이루어져야 한다는 보충성의 원칙(Subsidiaritätsprinzip)이 형사법의 기본원리로서 지배하고 있다. 그에 따라 오늘날에는 정식 형사절차로의 이행을 가급적 줄이려는 절차적 비범죄화 정책과 형사처벌 이외의 다른 대안적 방법(형사중재, 형사조정 등)으로 분쟁을 해결하려는 대체적 분쟁해결 정책이 바람직한 방향으로 추구하고 있다. 이러한 취지에서 친고죄의 경우에도 피해자와 가해자의 합의를 촉진시켜 가능한 형사절차를 밟지 않는 방향으로 피해자 고소(취소)권이 활용되도록 하는 것이 범죄자 처벌을 위해 형사절차에로 나아가는 적극적 방향으로의 활용 보다 더 큰 의미를 가질 것으로 판단된다. 또한 친고죄는 형사처벌의 여부를 피해자 개인의 의사에 맡기는 것이다. 즉 범죄자 처벌의 여부를 피해자 개인의 의사에 맡기더라도 큰 지장이 없을 정도로 공적 중요성이 덜한 범죄(또는 성범죄와 같이 피해자의 명예보호가 특별히 요구되는 범죄)라는 의미가 될 것이다. 이러한 성질의 친고죄 중에서 현재 일부 소수에서만 문제되는 직계 비속의 고소금지가 중대한 기본권 침해로 평가되기는 어려울 것이다. 결국, 친고죄의 경우에도 자의금지 원칙의 완화된 심사요건에 따른 심사가 판단 기준이 되어야 한다.

2.2 자의금지원칙 내지 비례성 원칙의 위반 여부

2.2.1 자의금지원칙의 위반 여부

완화된 심사원칙인 자의금지원칙에 따르면, 본질적으로 동일한 것을 다르게 취급하거나 합리적 근거가 없는 자의적인 차별취급이 있는 경우에는 헌법이 보장한 평등권을 침해하는 위헌이라고 하겠다. 그런데 직계 존비속관계는 우리나라 기본윤리질서의 영역은 물론이고 윤리 도덕의

23) 그리고 재산범죄에서 친족상도례 형면제 규정은 직계비속이 고소를 하더라도 그의 의사에 상응하는 효용성을 가질 수 없는 경우가 된다.

최소한을 규율하는 법 영역에서도 형벌가중(존속범죄의 경우), 형벌 면제(친족상도례의 경우) 등의 방법으로 그러한 관계가 없는 사이에서와는 다른 차이점이 구현되어 있다. 동일한 맥락에서 직계비속의 직계존속에 대한 고소 고발이 그러한 관계가 없는 자에 대한 고소 고발과 본질적으로 같다고 볼 수는 없다. 따라서 직계비속의 고소 고발 제한 규정은 본질적으로 동일한 것을 다르게 취급한 것으로 평가될 수는 없을 것이다.

다음으로 형사소송법 제224조 및 제235조는 직계비속이 직계존속으로부터 범죄피해를 입었음에도 불구하고 단지 직계존속이라는 이유만으로 그 피해를 직계비속 스스로가 감수하라는 의미일 뿐이고, 이것은 봉건적 가부장제에 따라 직계존속의 권위를 유지해 주고 직계비속의 효도를 강요하는 것에 불과하다는 청구인의 주장도 타당하다고 보기 어렵다.²⁴⁾ 형사소송법 제224조 및 제235조는 직계비속의 경우 직계존속에 대해 스스로 범죄 피해를 감수하라는 의미일 뿐이라는 주장은 일단 대부분을 차지하는 비친고죄에 관한한 타당하지 않다. 위에서 이미 설명한 바와 같이 비친고죄에서 피해자는 고소는 하지 못하더라도 범죄 신고를 통하

24) 이 법률조항은 유교적인 윤리관인 부모 또는 조부모에 대한 효도사상에 기초를 둔 규범으로, 자손은 실사 부모 또는 조부모의 행위로 피해를 입더라도 감수하는 것이 미풍양속에 합치하며 이들을 형사고소하는 것은 인륜에 반한다는 전통적 관념에 뿌리를 두고 있다. 일제 강점기의 의용 형사소송법은 부모·조부모에 대한 고소·고발만을 금지하였으나(제259조, 제270조), 이 사건 법률조항은 배우자의 직계존속에 대해서도 고소·고발을 금지하고 있고, 이러한 고소금지의 정신적인 근원은 조선왕조의 형사제도에서 찾아 볼 수 있다. 경국대전은 형전에서 ‘자손·처첩·노비가 부모나 가장의 비행을 진고(陳告)한 경우에는 모반(謀叛)이나 역반(逆反)사건 외에는 교수형에 처하고 노(奴)의 처나 비(婢)의 부(夫)가 상전의 집 가장의 비행을 진고한 경우에는 장(杖)일백, 유(流)삼천리의 형에 처한다’고 명문으로 규정하고 있고, 속대전은 형전에서 ‘무릇 자손으로서 그 부모·조부모를 고소한 자는 곡직(曲直)을 변리(辨理)하지 아니하고 법에 의하여 논죄함으로써 인륜을 밝히려 한다’고 규정하였으며, 이러한 규정은 대전통편(大典通編)이나 대전회통(大典會通)에도 계승되어 왔다. 이 법률조항의 연혁과 입법취지를 이와 같이 소개한 주석 형사소송법 제4판(한국사법행정학회, 2009), 373쪽.

여 얼마든지 범죄자 처벌의 절차를 밟게 할 수 있기 때문이다. 그리고 형사소송법 제224조 및 제235조는 봉건적 가부장제에 따라 직계존속의 권위를 유지해 주고 직계비속의 효도를 강요하는 것으로 그 의미를 한정해서도 안 된다. 법 규정의 의미는 과거 입법 당시 입법자 의사의 탐구에만 그쳐서는 안 되고, 오늘날 그 규정이 가지는 객관적 목적성의 관점에서 규명되어야 한다(소위 목적론적 해석방법: teleologische Auslegung). 객관적 목적성의 관점에서 바라본다면, 직계비속의 직계존속에 대한 법적 요구 사항은 봉건적 가족제도의 유산이라기보다는 오늘날에도 지켜야 할 사회윤리의 본질적 구성부분을 이루고 있는 가치질서이고, 특히 유교적 사상을 기반으로 전통적 문화를 계승·발전시켜 온 우리나라의 경우는 더욱 그러한 것이 현실이라고 할 것이다. 이에 근거하여 직계비속이라는 이유로 가중 처벌하는 것이 허용되고,²⁵⁾ 설령 피해자가 고소를 하였다고 하더라도 직계존비속 간 재산범죄의 경우에는 반드시 형을 면제하여야 하는 우리나라 현행 법체계에서, 형사처벌을 요구할 수 있는 등의 절차적 권리의 제한에 그치는 고소제한의 차별적 취급에 합리적 근거가 없는 자의적 규정이라고 평가할 수는 없을 것이다.

2.2.2 비례성 원칙의 위반 여부

만약 이 사건 심판의 대상이 직계비속의 고소 고발권에 중대한 제한을 초래한다고 보아 엄격한 심사척도, 즉 비례성의 원칙 위반 여부를 심사하여야 한다는 주장이 인용되는 것을 가정하여 이에 대한 위반 여부도 검토해 보기로 한다. 비례성의 원칙은 (i) 입법(차별)목적의 정당성 (ii) 차별취급의 필요성과 적합성 (iii) 법익의 균형성의 여부에 따라 판단되어야 한다(헌법재판소 2005. 5. 26. 선고, 2004헌가6 결정).

25) 존속상해치상죄의 형 가중 규정에 대해 그렇게 판시한 헌법재판소 2002. 3. 28. 선고, 2000헌바53 결정.

(i) 차별목적의 정당성에 관해: 상기한 자의금지 원칙 심사에서 밝힌 바와 같이, 고소 고발금지 규정은 직계존속의 어떠한 범죄 행위에 대해서도 직계비속은 무조건 절대적으로 피해를 감수하여야 한다는 의미로 해석될 수 없고(현행법 체계에서 이러한 해석은 일부 소수의 친고죄에서만 문제될 뿐이고, 이 경우에도 무능력 피해자의 친족에게는 고소권이 허용됨), 직계비속의 직계존속에 대한 존경과 사랑에 입각한 효도사상은 오늘날에도 계승 발전시켜야 할 우리나라의 기본적 가치질서이며, 형사절차로의 (계속적) 추행을 가급적 줄이는 것이 보충성 원칙 내지 절차적 비범죄화의 형사법 기본원리에도 합당하기 때문에 고소 고발금지 규정에 대해서는 차별목적의 정당성도 상당히 인정될 수 있다.

(ii) 차별취급의 필요성과 적합성에 관해: 전술한 바와 같이 비친고죄의 경우 고소 고발의 금지규정은 수사절차에서는 검사의 불기소처분이 있을 경우 불복청구권이 제한되는 정도의 의미를 갖는다.²⁶⁾ 그에 비하여 친고죄의 경우 고소 고발의 금지규정은 직계비속 피해자의 직계존속 가해자에 대한 형사절차로의 이행 청구권부터 제한하는 의미를 갖는다. 그런데 비친고죄의 경우 검사가 공적 지위에서 판단한 결과로서의 불기소 처분에 대해 개인인 직계비속의 불복청구를 제한하는 것은 물론이고, 문제되는 친고죄의 경우(현행법 체계에서 문제되는 것으로는 일반형법상 비밀침해죄와 일부 특별형법상 친고죄에 한정됨) 직계비속의 직계존속을 형사절차로 이행시킬 수 있는 권리부터 제한하는 것도 직계비속의 직계존속에

26) 기타 헌법이 범죄 피해자에게 보장하는 재판절차진술권(헌법 제27조 제5항)과 범죄 피해자구조청구권(헌법 제30조)도 고소금지와 관련성을 가지겠지만, 전자는 검사가 부당한 불기소처분을 했을 경우에만 권리제한의 문제가 발생할 것이고(반면에 검사가 공소제기를 했을 경우에는 고소금지와는 관계없이 범죄 피해자의 일반 지위에서 보장될 것이다), 후자는 피해자 일반의 권리로서 보장되기 때문에 고소금지와는 직접적 관련성이 없을 것이다(참고로 하위법률인 범죄피해자보호법 제19조에 의하면 친족 간의 범죄에서는 피해구조가 제한된다).

대한 존경과 사랑에 입각한 우리나라 기본 가치질서의 유지 목적과 형사 절차로의 이행을 가급적 좁히려는 보충성 원리 내지 절차적 비범죄화의 목적을 위해 적합하고도 필요한 수단인 것은 부정할 수 없다. 왜냐하면 직계비속의 고소 고발이 허용되어 실제로 형사절차로의 강제적 이행과 형사사법기관의 공적 판단에 대한 사인의 불복청구 등이 무차별적으로 이루어진다면 직계비속과 직계존속과의 관계는 더욱 악화될 것이고, 그들 사이에 보충성 원칙(절차적 비범죄화 내지 대체적 해결방안의 정책)에 상응하는 문제 해결 방법이 더욱 멀어질 것이기 때문이다.

(iii) 비례성(법익 균형성)에 관해: 직계존속에 대한 직계비속의 고소(고발) 금지규정은 형식상으로는 피해자 고소권을 전면적으로 제한하는 것으로 보이지만, 실질적으로는 비친고죄의 경우(본 사건의 경우)는 범죄 피해자의 지위가 일부 제한되는 것에 불과하고, 친고죄의 경우는 현행법 체계에서 일부 소수의 친고죄에서만 특별히 문제될 뿐이다(다만 그 대신에 무능력 피해자 친족에게 고소권이 부여되어 있음). 그에 비하여 직계존비속 사이에는 가급적 형사절차를 강제적으로 진행시킴이 없이 가정 내 화합과 사랑으로 분쟁이 해결되도록 하고, 직계비속의 직계존속에 대한 존경과 사랑에 기초한 가족질서가 우리나라의 기본적 가치질서로서 계속 유지 발전되어야 하는 공적 이익은 적지 않은 것으로 판단된다. 즉 법익 교량을 할 경우 고소금지로 인해 직계비속이 받게 될 손해보다는 이와 같은 기본적 가치질서유지의 공적 이익이 적다고 판단할 수 없는 것이다. 특히 현재 우리나라의 경우 민사사건에 활용하기 위해 형사고소를 남용하는 폐해가 큰 문제점으로 지적되고 있다.²⁷⁾ 만약 직계비속의 직계존속에 대한 고소 고발까지 무차별적으로 허용하게 되면 (특히 자생력이 약한) 직계존속이 형사절차의 대상자가 되어

27) 이러한 점을 지적한 박상기/손동권/이순래, 형사정책 제11판(한국형사정책연구원, 2011), 457쪽.

고생하는 피해 사례가 적지 않게 발생할 수도 있을 것이다. 남고소의 폐해가 크게 지적되는 우리나라의 현 실정에서는 더욱 더 직계비속의 고소 고발 금지 규정을 존치함으로써 얻는 공적 이익이 존치함으로써 입게 되는 직계비속 개인의 손해보다 작은 것으로 판단하여서는 안 된다. 결국, 직계비속의 고소 고발 금지 규정은 직계비속의 직계존속에 대한 존경과 사랑에 기초한 가족질서가 우리나라의 기본적 가치질서로 계속 유지되는 이상 비례성의 원칙에도 위반하지 않는 것으로 평가되어야 할 것이다.

IV. 맺는 말(입법론적 소견)

서두에서 언급한 바와 같이, 상기의 헌법소원 청구사건에서 우리나라 헌법재판소는 직계존속에 대한 고소 고발금지의 형사소송법 규정에 대해 필자가 제시한 논거와 유사한 취지로 최종 합헌결정을 내렸다. 그런데 헌법재판소의 합헌결정은 학설에서는 견해대립이 있지만,²⁸⁾ 우리나라 헌법재판소의 판시에 따르면 기속력이 없다.²⁹⁾ 따라서 헌법재판소에 의해 합헌으로 결정된 법률이더라도 판례에 따르면 차후에 다시 위헌재판의 대상이 될 수 있다. 특히 재판관 4인이 합헌의견, 재판관 5인이 위헌의견을 제시함으로써 법률의 위헌선언에 필요한 정족수 6인에 미달하여 합헌으로 귀결된 본 법률 조항이 계속 시행된다면 그에 대한 위헌 문제는 재 점화될 개연성이 더욱 높다. 그러나 헌법재판관의 구성과

28) 헌법재판관 구성의 변동에 따라 해석이 달라질 수 있다는 등의 논거에 의해 기속력을 부정하는 견해로는 김학성, 헌법학원론(박영사, 2011), 912쪽; 양건, 헌법강의 제2판(법문사, 2011), 1078쪽; 정종섭, 헌법소송법 제6판(박영사, 2010), 325쪽. 그러나 합헌결정의 기속력을 인정하는 반대견해로는 남북현, “합헌결정의 기속력부인론에 관한 비판적 검토”, 김기수교수정년기념논문집(1998), 1179쪽; 허영, 헌법소송법론 제5판(박영사, 2010), 230쪽.

29) 헌법재판소 1989. 9. 29. 선고, 89헌가86 결정; 헌법재판소 2000. 8. 31. 선고, 97헌가12 결정.

그 가치관(해석관)에 따라 합헌결정을 받았던 법률이 위헌법률로 바뀌는(그리고 위헌결정에 따라 해당 법조항은 강제적으로 폐지되는) 현상은³⁰⁾ 결코 바람직하지 않다.³¹⁾ 이러한 현상은 어떠한 가치관(해석관)을 가진 재판관이 다수로 구성되느냐에 의해 발생하는 것으로서 결국 헌법 재판(소)의 정치화 가능성을 높일 뿐이기 때문이다.³²⁾ 생각건대, 오랜 세월 동안 우리나라 법질서를 형성해 왔던 우리나라 고유의 전통적 법제도가 변화하는 시대조류에 맞지 않아 폐지하는 것이 옳다면 그 방법은 소수 헌법재판관에 의한 헌법재판을 통해 기본권 침해의 위헌결정에 따라 강제 폐지되는 것보다는, 국민을 대표하는 입법기관이 입법 정책적 관점에서 국민의 여론을 수렴하여 스스로 폐기시키는 것이 더욱 바람직하다. 이번 사건에 대해 헌법재판소가 재판관 4인이 합헌의견, 재판관 5인이 위헌의견을 제시함으로써 법률의 위헌선언에 필요한 정족수 6인에 미달하여 종국적으로 합헌으로 귀결시킨 취지도 바로 여기에 있는 것으로 사료된다. 이러한 관점에서 이 번 헌법재판소의 결정내용은 입법 정책적 관점에서 볼 때 결과적으로 적절한 조치였던 것으로 평가된다. 그런데 입법기관에 의한 법 폐지가 이루어지지 않고 직계존속에 대한 고소금지의 법 규정이 계속 존치 시행된다면, 직계비속 피해자의 지위가 불합리하게 훼손되지 않도록 형사실무가 바르게 운영되어야 한다. 특히

30) 예컨대, 혼인빙자간음죄에 대한 헌법재판소의 위헌결정(헌법재판소 2009. 11. 26. 선고, 2008헌바58, 2009헌바191 병합)이 여기에 해당하고, 이와 관련하여 그 소급효 인정에 대한 문제점이 제기되고 있음을 소개한 법률신문 2009. 11. 30.자 기사.

31) 특히 헌법재판소의 형벌법률에 대한 위헌 여부의 재판에는 각별한 신중성이 요구된다. 헌법재판소의 형벌법률에 대한 위헌결정은 그 형벌규정에 대한 전면적 소급무효가 인정되고, 이에 따라 과거 그 형벌조항의 적용을 받아 유죄확정판결을 받았던 사람들에게 의해 무죄판결을 구하는 재심청구와 무죄에 따른 국가배상청구가 쇄도할 경우 국가 사회적으로 미치는 파장이 매우 크기 때문이다. 이러한 점을 지적한 것으로는 손동권, “우리나라 최고 재판소 판례의 중요성과 문제성”, 정암 정성진박사 고회기념논문집, 한국 형사법학의 이론과 실천(박영사, 2010), 40쪽 이하.

32) 이러한 점을 지적한 손동권, “형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 문제점”, 형사법연구 제23권 제4호(한국형사법학회, 2011 겨울), 107쪽.

이 번 사건과 같이 비친고죄(위증, 무고죄)가 문제된 경우에는 직계비속의 고소 고발이 사실상 있으면 고소 고발 금지의 법 조항과는 관계없이 형사사법 기관은 그 고소 고발을 수사의 단서로 삼아 직권으로 형사절차를 진행시켜야 한다. 즉 직계비속의 고소 고발이 있으면 검사는 고소 고발 금지규정에 의거하여 수사절차의 진행 없이 곧바로 각하불기소처분을 내릴 것이 아니라,³³⁾ 수사절차를 진행한 후 고소권 행사에 한정된 불허용 확인처분과 동시에 범죄 실체와 관련된 판단도 해 주어야 한다 (이번 사건에서 검사는 직계존속 피의자와 공범관계에 있는 자에 대해서는 증거불충분에 따른 혐의 없음의 불기소처분을 내렸는데, 직계존속 피의자에게도 이와 같은 실체 관계적 처분이 함께 요구됨). 그리고 직계비속 피해자의 고소권은 부정되더라도 검사는 ‘피해자의 법정대리인이 피의자이거나 법정대리인의 친족이 피의자인 때에는 피해자의 친족은 독립하여 고소할 수 있다’는 형사소송법 제226조의 규정내용을 직계비속 피해자(예컨대 무능력자인 경우)가 필요하다면 이를 인지 이용할 수 있도록 홍보 지도도 해 주어야 한다. 끝으로, 직계존속에 대한 고소 고발 금지규정에 대하여 위헌의견이 오히려 다수인 형식상 합헌결정이 내려진 것을 계기로, 이제는 문제 법 조항의 -내용적 위헌성 문제로서가 아니라- 형사 정책적 필요성 내지 상당성이라는 관점에서의 개선입법론이 전개되어야 함을 지적하면서, 이 글을 맺는다.

(투고일 2012년 4월 30일, 심사(의뢰)일 2012년 5월 10일, 게재확정일 2012년 5월 31일)

주제어: 고소, 친고죄, 헌법소원, 비례성의 원칙, 직계존속

33) 이러한 점을 지정한 장진숙, “직계존속 고소금지조항과 효사상”, 헌법학연구 제18권 제1호(한국헌법학회, 2012. 3), 236쪽.

참고문헌

1. 단행본

- 권오걸, 형사소송법, 형설출판사, 2010.
- 김학성, 헌법학원론, 박영사, 2011.
- 노명선/이완규, 형사소송법 제2판, 성균관대학교출판부, 2011.
- 박상기/손동권/이순래, 형사정책 제11판, 한국형사정책연구원, 2011.
- 배종대/이상돈/정승환, 신형사소송법, 홍문사, 2008.
- 백형구/박일환/김희옥, 주식 형사소송법(II) 제4판, 한국사법행정학회, 2009.
- 손동권, 형사소송법(개정신판), 세창출판사, 2010.
- 송광섭, 형사소송법, 형설출판사, 2010.
- 신양균, 형사소송법, 화산미디어, 2008.
- 심희기/양동석, 형사소송법(쟁점강의), 삼영사, 2010.
- 양 건, 헌법강의 제2판, 법문사, 2011.
- 이은모, 형사소송법 제2판, 박영사, 2011.
- 이재상, 신형사소송법 제2판, 박영사 2008.
- 임동규, 형사소송법 제6판, 법문사, 2009.
- 장영수, 헌법학 제5판, 홍문사, 2010.
- 정웅석/백승민, 형사소송법, 대명출판사, 2007.
- 정종섭, 헌법소송법 제6판, 박영사, 2010.
- 차용석/최용성, 형사소송법 제3판, 21세기사, 2008.
- 한수웅, 헌법학, 법문사, 2011.
- 허 영, 헌법소송법론 제5판, 박영사, 2010.
- Kühne, Hans-Heiner, *Strafprozesslehre*, 7. Aufl., C.F. Mueller Lehr- und Handbuch, Heidelberg, 2007.
- Peters, Karl, *Strafprozess*, 4. Aufl., C.F. Mueller Juristischer Verlag,

Heidelberg, 1985.

Roxin, Claus, *Strafverfahrensrecht*, 24. Aufl., C.H. Becker'sche Verlagsbuchhandlung, Muenchen, 1993.

Rudolphi u.a., *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, 15. Aufl., Alfred Metzner Verlag, 1996.

2. 논문

남복현, “직계비속의 직계존속에 대한 고소권 박탈의 위헌성”, 헌법학연구 제18권 제1호, 한국헌법학회, 2012. 3.

손동권, “우리나라 최고 재판소 판례의 중요성과 문제성”, 정암 정성진박사 고회기념논문집: 한국형사법학의 이론과 실천, 박영사, 2010.

_____, “형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 문제점”, 형사법연구 제23권 제4호, 한국형사법학회, 2011. 12.

장진숙, “직계존속 고소금지조항과 효사상”, 헌법학연구 제18권 제1호, 한국헌법학회, 2012. 3.

[Zusammenfassung]

Das Verfassungswidrigkeitsproblem bei der Verbotsregelung der Strafantragsstellung gegenüber dem Vorfahr in Gerader Linie

Dong-Kwun Son*

Ein Strafantrag ist das Verlangen einer Person, dass jemand wegen einer bestimmten Tat strafrechtlich verfolgt wird. Der Strafantrag stellt das Begehren auf Durchführung der Strafverfolgung und Bestrafung des Täters dar. Nach § 223 des Koreanischen Strafprozessgesetz ist antragsberechtigt in der Regel nur derjenige, der durch die Tat verletzt ist. Als Rechtsfolge stellt das Strafantrag zunächst eine Anregung zu einem Taetigwerden der Strafverfolgungsorgane. Andere Rechtsfolge liegt aber bei dem Strafantragsdelikt in dem koreanischen Strafgesetzbuch vor. Unter einem im koreanischen Strafgesetzbuch geregelten Antragsdelikt versteht man eine Straftat, der nur auf Antrag des Verletzten von den Strafverfolgungsbehörden nachgegangen wird. Bei einem Antragsdelikt ist also der Strafantrag Voraussetzung für die Strafverfolgung. Der Strafantrag ist nämlich kein Tatbestandsmerkmal, sondern nur Prozessvoraussetzung (Strafverfolgungsvoraussetzung). Nach § 224 des koreanischen Strafprozessgesetz wird die Antragsstellung des Verletzten gegenüber dem Vorfahr in gerader Linie ausnahmsweise verboten. In Korea war in einem Verfassungsbeschwerdefall fraglich, ob diese Verbotsregelung der Strafantragsstellung gegenüber dem Vorfahr in gerader

* Juristische Fakultät an der Law School der Kon-Kuk Universität.

Linie verfassungswidrig sei. Die Verfassungsbeschwerde ist ein außerordentlicher Rechtsbehelf in Korea, mit dem Personen vor einem Verfassungsgericht eine Verletzung ihrer Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte durch Akte der Staatsgewalt geltend machen können. Das Verfassungsgericht erklärt bei der Prüfung der konkreten Normenkontrolle das Gesetz gem. § 45 KVerfGG für verfassungswidrig oder -mässig. Die Verfassungswidrigkeitserklärungen des Verfassungsgerichts binden gem. § 47 KVerfGG die Staatsorgane sowie alle Gerichte und Landesbehörden. Soweit ein Gesetz als mit der Verfassung unvereinbar erklärt wird, dann ist es nichtig. Das Ziel der vorliegenden Arbeit bezieht sich gerade auf dieses Problem durch Anmerkung zur “Entscheidung des Koreanischen Verfassungsgerichts vom 2011. 02. 24, 2008heonba56”.

Key Words : Strafantrag, Strafantragsdelikt, Verfassungsbeschwerde, Verhaetnismaessigkeitsprinzip, Vorfahr in gerader Linie