성균관대학교 법학연구원 『성균관법학』 10.17008/skklr.2021.33.2.002
제33권 제2호 (2021. 6.)
Sungkyunkwan Law Review Vol.33. No.2 (June 2021) pp 31 - 57

# 상상적 경합과 검사의 소추재량
## -대법원 2017. 12. 5. 선고 2017도13458 판결-

박경규*

【목 차】

Ⅰ. 문제제기

Ⅱ. 평석

1. 문제제기

2. 일부기소 문제의 소송법적 · 실체법적 함의

3. 과형상 일죄의 의미

4. 상상적 경합관계에서 소송계속 중 일부 기소가 드러난 경우 법원이 취해야 할 조치

III. 맺음말

【국 문 요 약】

2017년의 한 판결은 상상적 경합관계에 있는 범죄에서 “하나의 행위가 여러 범죄의 구성요건을 동시에 충족하는 경우 공소제기권자가 자의적으로 공소권을 행사하여 소추 재량을 현저히 벗어났다는 등의 특별한 사정이 없는 한 증명의 난이 등 여러 사정을 고려하여 그 중 일부 범죄에 관해서만 공소를 제기할 수도 있다”고 한다. 상상적 경합은 소송법상 일죄로 다루어지지만 실체법상으로는 수죄이다. 이 판결은 상상적 경합관계에 있는 범죄의 일부기소가 허용되는지를 판단하는 기준으로 “증명의 난이 등”을 언급하고 있을 뿐, 일부기소에 따라 형량산정에 차이가 있을 수 있는지, 일부기소의 원인이 무엇인지 등의 문제에 대해서는 언급하지 않고 있다. 이 글은 일죄의 일부기소의 의미, 일죄의 일부기소가

* 한국형사·법무정책연구원 부연구위원 / 법학박사.

소송법 및 실체법에서 가지는 함의를 살펴본 후, 소송계속 중 상상적 경합관계에 있는 범죄의 일부기소라는 것이 밝혀진 경우 법원이 어떠한 조치를 취해야 하는가라는 문제를 자세히 다룬다. 이 문제와 관련하여 필자는 일부기소의 원인이 무엇인지 그리고 일부기소가 법원의 처단형 산정에 영향을 미치는지 여부를 고려하여 법원이 취해야 할 조치를 결정해야 한다고 주장한다.

## I. 대상판결

### 1. 대상판결

대법원 2017. 12. 5. 선고 2017도13458 판결

#### 가. 사안의 개요

검사는 아래와 같은 공소사실로 甲(피고인)을 '공직선거법 제230조 제1항 제4호, 제135조 제3항 위반죄' 및 '공직선거법 제250조 위반죄(허위사실공표죄)'로 기소하였다.

"국회의원 선거에 입후보한 甲은 선거운동이 개시되기 하루 전인 2016. 3. 30.경 선거운동과 관련하여 자신의 페이스북에 선거홍보물 게재 등을 부탁하면서 을에게 200만원을 송금함으로써 공직선거법 제230조 제1항 제4호, 제135조 제3항 위반죄를 범하였고, 선거운동 기간 중인 2016. 4. 11. 선거운동과 관련하여 자신의 페이스북에 허위의 글을 게시함으로써 공직선거법 제250조 위반죄(허위사실공표죄)를 범하였다."

[참조조문]
제230조(매수 및 이해유도죄)
① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.
1 ~ 3호 생략

4. 제135조(선거사무관계자에 대한 수당과 실비보상) 제3항의 규정에 위반하여 수당·실비 기타 자원봉사에 대한 보상 등 명목여하를 불문하고 선거운동과 관련하여 금품 기타 이익의 제공 또는 그 제공의 의사를 표시하거나 그 제공을 약속한 자

5. 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 이 법에 따른 경우를 제외하고 문자·음성·화상·동영상 등을 인터넷 홈페이지의 게시판·대화방 등에 게시하거나 전자우편·문자메시지로 전송하게 하고 그 대가로 금품, 그 밖에 이익의 제공 또는 그 제공의 의사표시를 하거나 그 제공을 약속한 자

**나. 대법원의 판단**

공직선거법 제135조 제3항은 공직선거법의 규정에 따라 수당·실비 기타 이익을 제공하는 경우를 제외하고는 명목 여하를 불문하고 선거운동과 관련하여 금품 기타 이익의 제공 또는 그 제공의 의사를 표시하거나 약속하는 등의 행위를 금지하고 있다. 공직선거법 제230조 제1항 제4호는 '공직선거법 제135조 제3항의 규정을 위반하여 수당·실비 기타 자원봉사에 대한 보상 등 명목 여하를 불문하고 선거운동과 관련하여 금품 기타 이익의 제공 또는 그 제공의 의사를 표시하거나 그 제공을 약속한 자'를 처벌하는 규정을 두고 있다. 같은 항 제5호는 '선거에 영향을 미치게 하기 위하여 이 법에 따른 경우를 제외하고 문자·음성·화상·동영상 등을 인터넷 홈페이지의 게시판·대화방 등에 게시하거나 전자우편·문자메시지로 전송하게 하고 그 대가로 금품, 그 밖에 이익의 제공 또는 그 제공의 의사표시를 하거나 그 제공을 약속한 자'를 처벌하는 규정을 두고 있다. 공직선거법 제230조 제1항 제4호와 같은 항 제5호를 비교하면, 제4호는 공직선거법에서 정한 일정한 경우를 제외하고 선거운동과 관련하여 금품 기타 이익을 제공하는 등의 행위를 처벌하기 위한 규정이고, 제5호는 선거에 영향을 미치게 하기 위해 탈법 방법에 의한 문자 전송이나 인터넷 홈페이지의 게시판 게시 등의 행위에 대한 대가로 금품 기타 이익을 제공하는 등의 행위를 처벌하기 위한 규정이다. 위 두 규정은 위반행위의 대상, 대가 관계 유무, 선거에 영향을 미칠 목적의 유무 등 구성요

건과 규제대상에 차이가 있다. 따라서 후자가 전자에 대하여 특별법 관계에 있는 것이 아니고, 1개의 행위가 각각의 구성요건을 충족하는 경우에는 두 죄가 상상적 경합의 관계에 있다고 보아야 한다. 한편 하나의 행위가 여러 범죄의 구성요건을 동시에 충족하는 경우 공소제기권자는 자의적으로 공소권을 행사하여 소추 재량을 현저히 벗어났다는 등의 특별한 사정이 없는 한 증명의 난이 등 여러 사정을 고려하여 그중 일부 범죄에 관해서만 공소를 제기할 수도 있다(대법원 1999. 11. 26. 선고 99도1904 판결 참조).

이 사건에서 검사는 피고인의 행위에 대하여 공직선거법 제230조 제1항 제5호 위반죄로 공소를 제기하지 않고 같은 항 제4호, 제135조 제3항 위반죄로만 공소를 제기하였다. 이는 검사가 위 두 규정에 따른 구성요건의 충족 여부와 증명의 난이 등 여러 사정을 고려하여 위와 같이 공소를 제기한 것으로 볼 수 있고, 공소권을 자의적으로 행사하거나 소추 재량을 현저히 벗어났다고 보기 어렵다. 원심이 공소가 제기된 범위에서 피고인을 공직선거법 제230조 제1항 제4호, 제135조 제3항 위반죄로 처벌한 제1심판결을 그대로 유지한 조치는 적법하다. 원심의 판단에 적용법조에 관한 법령을 위반하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

### 2. 참조판결 1

대법원 1999. 11. 26. 선고 99도104 판결

#### 가. 사안의 개요

갑(피고인)은 국방부 합동조사단장으로부터 A의 병무비리사건과 관련하여 뇌물수수 등의 혐의로 수배 중인 B를 체포하도록 구체적인 임무를 부여받아 그 직무를 수행함에 있어 B와 여러 차례에 걸쳐 전화통화를 하고, 나아가 B를 위하여 서류를 전달해주는 한편 그의 예금통장까지 개설해 주고서도 그와 같은 사실을 보고조차 하지 아니하였다. 군검찰관은 갑을 직무유기죄로 기소하였다.

### 나. 대법원의 판단

하나의 행위가 부작위범인 직무유기죄와 작위범인 범인도피죄의 구성요건을 동시에 충족하는 경우 공소제기권자는 재량에 의하여 작위범인 범인도피죄로 공소를 제기하지 않고 부작위범인 직무유기죄로만 공소를 제기할 수도 있으므로, 군검찰관이 피고인의 행위를 범인도피죄로 공소를 제기하지 않고 직무유기죄로만 공소를 제기한 이 사건에서 원심이 그 공소범위 내에서 피고인을 직무유기죄로 인정하여 처벌한 조치는 수긍이 가고, 거기에 상고이유에서 지적하는 바와 같은 죄수에 관한 법리오해의 위법이 없다.

## 3. 참조판결 2

대법원 2008. 2. 14. 선고 2005도4202 판결

### 가. 사안의 개요

검사는 '수원중부경찰서 OO파출소 부소장 갑(피고인)은 X 등이 불법체류자임을 알면서도 이들의 신병을 출입국관리사무소에 인계하지 않고, 근무일지에 허위의 사실을 기재하여 훈방조치하였으며, 그 후 관련자로부터 뇌물을 수수하였다'는 이유로 갑을 직무유기죄와 부정처사후수뢰죄로 기소하였다.

### 가. 나. 대법원의 판단

하나의 행위가 부작위범인 직무유기죄와 작위범인 허위공문서작성·행사죄의 구성요건을 동시에 충족하는 경우 공소제기권자는 재량에 의하여 작위범인 허위공문서작성·행사죄로 공소를 제기하지 않고 부작위범인 직무유기죄로만 공소를 제기할 수도 있는 것이므로(위 대법원 1999. 11. 26. 선고 99도1904 판결 참조), 검사가 위 피고인의 행위를 허위공문서

작성·행사죄로 기소하지 않고 직무유기죄로만 공소를 제기한 이 사건에서 원심이 그 공소범위 내에서 위 피고인을 직무유기죄로 인정하여 처벌한 조치 역시 정당하다.

## II. 평석

### 1. 문제제기

평석 대상판결은 참조판결 1을 인용하면서 상상적 경합의 경우 검사가 "자의적으로 공소권을 행사하여 소추재량을 벗어났다는 등의 특별한 사정이 없는 한 증명의 난이 등 여러 사정을 고려하여 그중 일부 범죄에 관해서만 공소를 제기할 수 있다"고 하고 있다. 참조판결 1은 상상적 경합관계에서 일부기소를 명시적으로 인정한 최초의 판례이다.[1] 참조판결 2는 참조판결 1 이후에 동 판결을 인용하면서 상상적 경합에서 일부기소가 허용된다고 한 판례이다. 평석 대상판결을 참조판결 1 및 2와 비교하면, "공소제기권자가 자의적으로 공소권을 행사하여 소추 재량을 현저히 벗어났다는 등의 특별한 사정이 없는 한"이라는 문구가 추가된 것 외에는 큰 변화를 발견할 수 없다. 참조판결 1 및 2에서 의미하는 공소제기권자의 '재량'을 법에서 허용하는 기속적인 재량의 의미로 이해한다면, 대상판결은 참조판결 1과 2와 같은 기존의 판결이 밝힌 원칙('상상적 경합관계에서도 검사는 일부기소를 할 수 있다')을 보다 명확히 설시하고 있을 뿐이지, 일부기소와 관련하여 새로운 기준을 제시하고 있는 것으로 보이지는 않는다.[2]

대상판결은 기존 판결이 밝힌 원칙을 보다 명확히 하기 위해 '자의적으로 공소권을 행사하여 소추재량을 현저히 벗어났다는 등의 특별한 사

---

1) 심희기, "일죄의 일부기소와 법원이 취해야 할 조치", 고시연구 제28권 제2호, 2001.2, 128면.

2) 대상판결은 상상적 경합관계에서의 일부기소를 논하면서 참조판결 1을 인용하고 있는데, 참조판결 1은 하나의 행위로 부작위에 의한 직무유기죄와 작위에 의한 범인도피죄의 구성요건을 동시에 충족시킨 경우이다. 다른 판결에서는 하나의 행위로 작위범과 부작위범이 성립하는 경우에 작위로 실현시킨 범죄만이 성립한다고 한 경우가 있기에 작위범과 부작위범 간의 상상적 경합이 가능한가에 대해서 논란이 있다(이에 대해서는 윤동호, "부작위범의 죄수 및 경합", 법조 제66권 제2호, 2017, 641면 이하). 따라서 대상판결이 작위범과 부작위범 간의 상상적 경합을 인정한 것인가에 대한 논란이 있을 수 있는데 본고에서는 이에 대한 논의는 생략한다.

정이 없을 것'이라는 요건을 명시하면서, 해당 사건의 경우 그러한 예외적인 경우에 해당하지 않기 때문에 허용되는 일부기소라고 판단하였다. 그런데 대법원은 대상판결에서 어떠한 기준에 따라 허용되는 일부기소인지, 아닌지를 판단할 것인가와 관련하여서는 '증명의 난이 등 여러 사정'을 고려해서 판단해야 한다고만 하고 있을 뿐 상세한 기준을 제시하지는 않고 있다.

일반적으로 상상적 경합은 소송법상 일죄로 취급되지만, 실체법상 수죄이고 단지 처벌에 있어서만 가장 중한 죄에 정한 형으로 처벌될 뿐이다. 대상판결의 경우 상상적 경합관계에 있는 공직선거법 제230조 제1항 제4호 위반죄와 공직선거법 제230조 제1항 제5호 위반죄의 법정형은 동일하기 때문에 검사가 상상적 경합으로 기소하든, 상상적 경합관계에 있는 범죄 중 어느 범죄로만 기소하든 형량에 있어서 차이를 가져오지 않는다. 반면에 참조판결 1과 2의 경우 범인도피죄의 법정형과 (3년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금) 허위공문서작성·행사죄의 법정형은 (각각 7년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금) 직무유기죄의 법정형보다 (1년 이하의 징역이나 금고 또는 3년 이하의 자격정지) 높기 때문에 검사가 상상적 경합관계로 기소하는가, 그렇지 않은가(상상적 경합 관계에 있는 범죄 중 어느 범죄로 기소하는가)는 형량에 직접적으로 영향을 미친다. 그럼에도 불구하고 대상판결 및 참조판결 1과 2는 상상적 경합관계에 있는 범죄의 일부기소와 관련하여 형량문제에 대해서는 아무런 언급이 없다.[3)]

(소송법상) 일죄의 일부기소가 허용되는가에 대해서는 많은 논의가 있지만, 상상적 경합관계에 있는 범죄의 일부기소 문제는 단순일죄의 일부기소 또는 친고죄에서 고소가 없는 경우 친고죄의 수단인 범죄로서의 일

3) 참조판결 1과 유사한 사건에서 대법원은 범인도피죄만 성립한다고 보면서 직무유기죄와 범인도피죄의 상상적 경합을 인정한 항소심판결을 파기하였는데, 다음과 같이 형량 산정에 차이가 있다는 것을 파기의 이유로 들고 있다: "원심이 제1심 판시 범죄사실만으로 범인도피죄와 동시에 직무유기죄가 성립하고 양 죄는 상상적 경합범 관계에 있다고 판단한 제1심판결을 그대로 유지한 조치에는 직무유기죄 내지 작위범과 부작위범 사이의 경합범 관계 성립 여부에 관한 법리오해의 위법이 있다고 하지 않을 수 없고, 나아가 상상적 경합관계에 있는 수죄 중 그 일부만이 유죄로 인정된 경우와 그 전부가 유죄로 인정된 경우와는 양형의 조건을 참작함에 있어서 차이가 생겨 선고형을 정함에 있어 차이가 있을 수 있으므로, 원심판결의 위와 같은 위법은 판결 결과에 영향을 미친 것이라 할 것이다"

부기소 등의 문제에 비해 상대적으로 논의가 적은 듯하다. 그리고 '상상적 경합은 소송법상 일죄이므로 기판력과 일사부재리 효력이 상상적 경합관계에 있는 모든 범죄에 미친다'는 것은 예외 없는 법칙으로 이해되고 있는 듯하다.[4] 상상적 경합은 법조경합이나 포괄일죄와 달리 실체법상 수죄이고, 단지 처벌에 있어서만 일죄로 취급되는 과형상 일죄이다. 따라서 상상적 경합이 법조경합과 포괄일죄와 같이 소송법적으로 항상 일죄로 취급될 수 있을지는 의문이다. 그리고 상상적 경합은 단지 과형상 일죄이므로 일죄의 일부기소 문제와 관련하여서도 단순일죄의 일부기소 문제와 달리 취급할 필요가 있고, 상상적 경합관계에 있는 범죄의 일부기소가 허용되는지를 판단함에 있어서는 그 일부기소가 양형에 어떠한 영향을 미치는지를 중요한 기준으로 삼아 일부기소의 허용여부를 판단하여야 할 것으로 생각된다.

위와 같은 문제는 일부기소 문제가 소송법 및 절차법에서 어떠한 의미를 가지는지를 밝히는 것으로부터 시작한다. 따라서 이하에서는 먼저 일죄의 일부기소 문제의 의미 및 쟁점에 대해서 살펴본다(2). 다음으로 상상적 경합관계를 항상 소송법상 일죄로 취급할 수 있는가에 대해 살펴보고(III), 마지막으로 상상적 경합관계에서 일부기소가 어떠한 경우에 허용될 수 있는지에 대해 고찰한다(III).

---

4) 예컨대 최대호, "일죄일부에 대한 공소제기의 적법성", 고려법학 제61호, 2011.6, 원형식, "공소사실의 동일성 판단에서 규범적 요소의 적용한계 - 행위단일성을 중심으로 -", 비교형사법연구 제16권 제1호, 2014, 52면 이하; 윤동호, "일부기소의 심판대상과 일사부재리효력 - 사법적 범죄화 비판", 형사법연구 제26권 제3호, 2014.9, 181면 이하.

## 2. 일부기소 문제의 소송법적·실체법적 함의

### 가. 일죄의 일부기소에 대한 일반적 설명

일반적으로 '일죄의 일부기소'란 소송법상 일죄로 이해되는 단순일죄 또는 과형상 일죄에서 일죄의 전부에 대하여 범죄혐의가 인정되고, 소송조건이 구비된 경우임에도 불구하고 검사가 일부만의 공소를 제기하는 것이 허용되는가의 문제를 지칭한다.[5] 예컨대 강도상해의 사실을 강도로 기소하거나 상대적 친고죄인 형법 제331조 제1항의 특수절도에 대하여 고소가 있음에도 불구하고 그 수단으로 또는 그에 수반하여 행해진 재물손괴로 기소하는 것이 허용되는가의 문제를 뜻한다.[6]

이에 대해서는 적극설, 부정설 및 절충설이 있는 것으로 소개되고 있다. 적극설은 기소독점주의와 기소편의주의를 채택하고 있는 형사소송법에서 공소의 제기는 검사의 재량에 속한다고 보아야 하고, 형사소송법 제248조 제2항은 일죄의 일부에 대한 공소제기를 허용한다는 전제에서 규정된 것이라 할 것이므로 일죄의 일부기소도 허용된다는 견해이다.[7] 반면에 소극설은 일죄의 일부기소를 허용하는 것은 실체진실발견을 무시하고, 검사의 자의를 인정하는 결과가 되기 때문에 허용되지 않으므로 일죄의 일부기소가 있는 경우에 법원은 먼저 검사에게 공소장변경을 요구하고, 이에 검사가 응하지 않을 경우에는 공소기각판결을 내리는 것이 타당하다는 견해이다.[8] 절충설은 일죄의 일부에 대한 공소제기는 원칙적으로 허용되지 않으나 검사가 범죄사실의 일부를 예비적·택일적으로 기재한 경우에는 예외적으로 허용된다고 보는 견해이다.[9] 적극설은 참조판결 1을 들면서 판례도 일죄의 일부기소를 허용하고 있다는 것을 강조하고 있다.[10]

한편 친고죄에서 고소가 없는데도 불구하고 검사가 그 수단이 되는 범

---

5) 이재상·조균석, 「형사소송법」, 박영사, 2017, 412면; 배종대·이상돈·정승환, 「형사소송법」, 홍문사, 2009, 261면.
6) 이재상·조균석, 위의 책, 412면.
7) 이재상·조균석, 위의 책, 413면.
8) 배종대·이상돈·정승환, 앞의 책, 261면.
9) 신동운, 「신형사소송법」, 법문사, 2014, 635면.
10) 이재상·조균석, 앞의 책, 413면.

죄행위만으로 기소하는 것 또는 친고죄에서 피해자가 그 수단이 되는 범죄에 대해서만 고소하고 검사도 그 범죄로만 기소한 경우도 일죄의 일부기소의 문제로 설명되고 있다. 성범죄가 친고죄였던 시기에 대법원은 검사가 강간죄의 수단인 폭행·협박만으로 기소한 사건에서 공소기각판결을 하여야 한다고 판단하였다.[11] 현재 성범죄가 비친고죄로 되었기에 친고죄의 일부기소 문제는 상대적으로 약화되었으나 상대적 친고죄인 재산범죄와 관련하여 여전히 논의가 되고 있다.

### 나. 일반적 설명에 대한 비판

일죄의 일부기소에 대한 위와 같은 일반적 문제제기, 즉 '일죄의 일부기소가 허용되는가'라는 문제제기에 대해서는 다음과 같은 비판이 있다. 기소시점에 실체의 모든 범죄사실을 밝혀서 기소할 것을 검사에게 요구할 수 없기에 검사가 일죄의 일부기소를 하는 것을 현실적으로 막을 수 없다.[12] 그리고 일죄의 일부기소가 문제되는 시점은(=밝혀지는 시점은) 공소제기 시점이 아니라 수소법원이 어느 정도 실체심리를 한 다음에 수소법원이 '검사가 일죄의 전부가 아니라 일죄의 일부만을 기소한 것이 아닌가'하는 의심을 할 수 있게 된 때이거나 폭행·협박에 대해 기소가 되어 유죄판결이 확정된 후에 검사가 그 폭행·협박행위와 관련하여 다시 강도죄로 기소하는 경우와 같이 확정판결 후에 기존의 기소가 일죄의 일부기소로 밝혀지는 경우이다.[13] 따라서 일죄의 일부기소란 '검사가 일부기소를 하는 것이 허용되는가'의 문제가 아니라 소송계속 중에 일부기소가 드러난 경우 또는 확정판결 후에 기존의 기소가 일부기소로 드러난 경우 당해 사건과 관련하여 법원이 어떠한 조취를 취하여야 하는가의 문

---

11) 대법원 2002. 5. 16. 선고 2002도51 전원합의체 판결: "성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률이 시행된 이후에도 여전히 친고죄로 남아 있는 강간죄의 경우, 고소가 없거나 고소가 취소된 경우 또는 강간죄의 고소기간이 경과된 후에 고소가 있는 때에는 강간죄로 공소를 제기할 수 없음은 물론, 나아가 그 강간범행의 수단으로 또는 그에 수반하여 저질러진 폭행·협박의 점 또한 강간죄의 구성요소로서 그에 흡수되는 법조경합의 관계에 있는 만큼 이를 따로 떼어내어 폭행죄·협박죄 또는 폭력행위등처벌에관한법률위반의 죄로 공소제기할 수 없다고 해야 마땅하다. 이러한 공소제기를 허용한다면, 강간죄를 친고죄로 규정한 취지에 반하기 때문이다."

12) 홍영기, "소추재량권의 실현으로서 일죄일부기소", 안암법학 53권, 2017, 359면 이하; 윤동호, 주 4)의 논문, 180면.

13) 심희기, 앞의 글, 124면; 윤동호, 주 4)의 논문, 180면.

제로 이해하여야 한다는 비판이 있다.

이러한 비판은 '일죄의 전부에 대하여 범죄혐의가 인정되고 소송조건이 구비되었음에도 불구하고 검사가 일죄의 일부만을 공소제기하는 경우'로 한정하여 일죄의 일부기소로 이해할 것인지, 아니면 소송법상 일죄를 구성하는 범죄사실의 일부에 대한 기소로 드러난 경우라면 모두 일죄의 일부기소 사안으로 파악할 것인지의 문제와 관련된다. 아래에서 살펴보는 바와 같이 일죄의 일부기소를 일죄의 전부에 대한 범죄혐의가 인정되고, 소송조건이 갖추어졌음에도 불구하고 검사가 일부에 대해서만 공소제기를 하는 경우로 한정하여 이해할 필요는 없다고 생각된다.

### 다. 일죄의 일부기소 문제가 소송법 및 절차법에서 가지는 의미

#### 1) 일부기소의 의미

형사소송이 목적으로 하는 실체적 진실은 형사절차가 진행됨에 따라 서서히 드러난다. 공소제기권자인 검사는 유죄판결의 개연성이 있고, 기소할 필요가 있는 사건에서 기소하지만 기소단계에서 사안의 진상을 다 알지 못하는 경우가 많으며, 확정판결이 있더라도 법원의 재판이 실체적 진실을 규명하지 못하는 경우가 적지 않다. 그럼에도 불구하고 공소불가분의 원칙, 불고불리의 원칙 및 일사부재리의 원칙에 의해 일죄관계에 있는 범죄사실 일부에 대한 공소제기일지라도 법원은 원칙적으로 공소장에 기재된 공소사실만을 소송대상으로 삼아 심판하고, 확정판결이 있는 경우에는 공소장에 기재된 공소사실뿐만 아니라 일죄관계에 있는 범죄사실 전부에 대해 판결의 효력이 발생한다.

일죄관계에 있는 범죄사실 일부에 대한 기소일지라도 일죄 관계에 있는 범죄사실 전부에 대해 확정판결의 효력이 발생하고, 일사부재리효력이 미치는 것은 한편으로는 피고인의 이익을 보호하고, 법적 안정성에 기여하지만 다른 한편으로는 실체적 진실발견과 정의의 요청에 부합하지 못하는 경우도 있다. 사건의 실체적 진상에 의할 때 범죄자가 받을 수 있었던 형량에 비해 일죄의 일부기소로 인해 범죄자가 받은 형량이 현저히 낮은 경우가 그러한 경우에 해당한다. 검사가 기소 시점에 사안의 진상을 완벽하게 파악하고, 사안에의 법적용을 완벽하게 하여 기소하는 것은 무리이다.[14] 따라서 검사가 일죄관계에 있는 범죄사실 중 일부만을

가지고 기소하는 경우는 어쩔 수 없이 발생할 수밖에 없는데, 공소권 남용이론, 공소불가분의 원칙, 공소장변경요구제도, 일사부재리원칙, 실체적 진실발견의 요청 및 정의의 요청 등의 상관관계에 의할 때[15] 일죄관계에 있는 범죄사실 일부에 대한 기소가 소송계속 중 그리고 확정판결 후에 드러났을 때 법원이 어떠한 조치를 취해야 하는지를 체계적으로 이해하기 위해서는 일죄관계에 있는 범죄사실 일부에 대한 기소를 모두 일죄의 일부기소로 이해하고, 일죄관계에 있는 범죄사실 전부에 대해 범죄혐의가 인정됨에도 불구하고 검사가 일부기소를 한 경우는 일죄의 일부기소의 특별한 한 유형으로 파악하는 것이 적절해 보인다.

#### 2) 일부기소가 발생하는 이유

검사가 일죄의 일부기소를 한 경우는 여러 원인이 있을 수 있다. 검사가 일죄의 전부에 대하여 혐의는 가지고 있지만 그 일부의 입증에 자신이 없으므로 입증에 자신이 있는 부분을 집중공략하는 소추전술을 채택하여 일부기소를 하는 경우가 있을 수 있고, 일죄의 일부만 기소하여도 형사정의를 실현하는데 문제가 없다고 판단하여 일부기소를 하는 경우가 있을 수 있고, 수사에 협조한 피의자에게 협력의 대가로 일부 혐의사실에 대해서는 사실상의 기소유예처분을 할 의도하에 일부기소를 하는 경우가 있을 수 있다.[16]

#### 3) 일부기소가 소송법 및 절차법에서 가지는 쟁점

소송계속 중에 일부기소가 드러난 경우 그 일부기소의 원인이 무엇인가에 따라 경우에 따라서는 일부기소가 공소권남용에 해당하는지가 문제되는 경우도 있을 수 있다. 일죄의 전부 범죄사실에 대한 혐의가 명백함에도 검사가 일부기소를 한 경우, 특히 수사협력의 대가로 일부기소를 한 경우가 그러한 경우에 해당할 것이다.

확정판결 후에 검사가 일부기소를 한 것이 드러난 경우에는 확정판결

---

14) 이에 대해 자세히는 홍영기, 앞의 논문, 366면 이하("일죄일부의 공소제기가 허용되는가?"라고 묻는 대신에 오히려 "일죄전부의 공소제기가 가능한가?"라고 물어야 할 것이라고 함)

15) 이에 대해서는 윤동호, 주 4)의 논문, 179면 이하 참조.

16) 심희기, 앞의 글, 124면; 이승호, "친고죄의 일부기소", 일감법학 제3권, 1998, 189면.

의 일사부재리 효력이 미치는 범위가 문제된다. 이와 관련하여 검사가 사건의 진상을 파악하지 못하여 일부기소를 한 뒤에 중한 범죄사실을 발견하여 확정판결 받은 범죄자를 다시 중한 범죄로 기소한 경우에 우리 법원은 일사부재리효력이 후소에 미치지 않도록 하기 위해 기판력의 효력 범위를 제한하거나 소송법상 하나의 사안, 즉 소송법상 일죄로 볼 수 있는 사안일지라도 실체적 경합관계로 판단하고 있다.[17]

기판력의 효력범위를 제한한 예는 갑이 단순사기죄로 기소되어 유죄판결 받았는데, 이후 검사가 확정판결 전과 후에 범해진 사기행위를 이유로 상습사기로 기소한 사안에서 단순사기의 확정판결은 상습사기의 공소사실에 기판력을 미치지 않는다고 한 판결을[18] 들 수 있다. 참고로 이 판결에서 별개의견은 상습범일지라도 언제나 포괄일죄로 볼 수 있는 것은 아니고 이른바 연속범의 요건을 갖추지 않은 한 실체적 경합관계로 보아야 하므로 단순사기죄 확정판결의 효력이 미치지 않는다고 보았다.

소송법상 일죄로 볼 수 있는 사안임에도 불구하고 법원이 실체적 경합관계로 판단함으로써 확정판결의 기판력을 배제하는 경우는 적지 않다. 법조경합 관계로 볼 여지가 있는 사안에서 실체적 경합관계로 판단한 경우로는 다음 사건을 예로 들 수 있다:[19] 불심검문에서 갑이 가방을 가지고 있다는 사실이 밝혀졌고, 을이 강취한 것이며 을로부터 구매한 것이라는 갑의 진술을 토대로 갑은 장물취득죄로 기소되어 유죄판결을 받았는데, 그 후 을이 강취행위를 할 때 갑이 망을 보았고, 가방은 강취한 재물의 분배로 얻은 것이며, A가 상해를 입은 사실도 밝혀져서 갑이 다시 강도상해죄로 기소된 사건에서 대법원은 “유죄로 확정된 장물취득죄와 이 사건 강도상해죄는 범행일시가 근접하고 위 장물취득죄의 장물이 이 사건 강도상해죄의 목적물 중 일부이기는 하나, 그 범행의 일시, 장소가 서로 다르고, 강도상해죄는 피해자를 폭행하여 상해를 입히고 재물을 강취하였다는 것인 데 반하여 위 장물취득죄는 위와 같은 강도상해의 범행이 완료된 이후에 강도상해죄의 범인이 아닌 피고인이 다른 장소에서 그 장물을 교부받았음을 내용으로 하는 것으로서 그 수단, 방법, 상대방 등

17) 여러 판례를 예로 들면서 이를 잘 보여주고 있는 윤동호, 주 4)의 논문, 187면 이하.
18) 대법원 2004. 9. 16. 선고 2001도3206 전원합의체 판결.
19) 대법원 1994. 3. 22. 선고 93도2080 전원합의체 판결.

범죄사실의 내용이나 행위가 별개이고, 행위의 태양이나 피해법익도 다르고 죄질에도 현저한 차이가 있어, 위 장물취득죄와 이 사건 강도상해죄 사이에는 동일성이 있다고 보기 어렵고, 따라서 피고인이 장물취득죄로 받은 판결이 확정되었다고 하여 강도상해죄의 공소사실에 대하여 면소를 선고하여야 한다거나 피고인을 강도상해죄로 처벌하는 것이 일사부재리의 원칙에 어긋난다고는 할 수 없다."고 하면서 실체적 경합관계로 파악하여 공소사실의 동일성을 부정함으로써 일사부재리효력을 부정하였다.[20]

상상적 경합관계로 볼 수 있는 사안임에도 불구하고 실체적 경합으로 판단하여 확정판결의 기판력을 배제한 사건의 예로는 다음 사건을 들 수 있다.[21]

> 갑은 을 등과 피해자로부터 돈을 빼앗기로 공모하고 단란주점 앞길에서 그 주점 종업원인 피해자를 승용차에 태우고 가다가 을이 주먹으로 피해자를 때려 반항을 억압한 다음 그로부터 현금 35만 원 등이 들어있는 가방을 빼앗아 강취하고, 피해자에게 약 2주간의 치료를 요하는 안면부타박상 등의 상해를 가하였다. 갑 등은 계속해서 피해자를 태운 채 위 단란주점에서 약 15㎞ 떨어진 지점까지 운전하여 가다가 교통사고로 피해자는 갑 등으로부터 풀려놨다. 갑은 을 등과 함께 피해자를 자동차에 강제로 태우고 간 부분에 대하여는 2000. 11. 23. 서울고등법원에서 공동감금에 의한 폭력행위등처벌에관한법률위반죄로 다른 범죄사실과 함께 징역 2년 6월을 선고받고 그 판결이 확정되었는데, 이후 검사는 갑을 강도상해로 기소하였다.

위 사건에서 항소심은 이미 유죄가 확정된 위 감금에 관한 폭력행위등처벌에관한법률위반죄의 범죄사실과 이 사건 공소사실은 시간적·장소적으로 그 행위가 중복될 뿐만 아니라 감금행위가 강도의 수단이 되었던 것이므로, 양 죄는 1개의 행위가 수개의 죄에 해당하여 형법 제40조의

---

20) 이 사건의 경우 갑이 가방을 취득한 것은 불가벌적 사후행위에 해당하는 것으로 보아야 한다는 견해는 윤동호, 주 4)의 논문, 194, 198면.

21) 대법원 2003. 1. 10. 선고 2002도4380 판결.

상상적 경합관계에 있고, 따라서 이 사건 공소사실은 확정판결이 있은 때에 해당한다고 판단하여 갑에 대하여 면소판결을 하였다.[22] 반면에 대법원은 "갑은 을 등과 피해자로부터 돈을 빼앗자고 공모한 다음 그를 강제로 승용차에 태우고 가면서 공소사실과 같이 돈을 빼앗고 상해를 가한 뒤에도 계속하여 상당한 거리를 진행하여 가다가 교통사고를 일으켜 감금행위가 중단되었는데, 이와 같이 감금행위가 단순히 강도상해 범행의 수단이 되는 데 그치지 아니하고 그 범행이 끝난 뒤에도 계속되었으므로, 갑이 저지른 감금죄와 강도상해죄는 형법 제37조의 경합범 관계에 있다고 보아야 하고, 따라서 위 감금의 범행에 관한 확정판결의 효력은 이 사건 강도상해의 공소사실에까지 미치지 아니한다"고 하면서 항소심 판결을 파기하였다.

위 사건에서 검사가 다시 강도상해로 기소한 것은 공동감금의 확정판결은 갑이 저지른 범죄행위에 대한 응당한 처벌이 될 수 없기에 다시 기소한 것이고, 대법원은 일사부재리효력을 피하기 위해 공동감금과 강도상해는 상상적 경합이 아닌 실체적 경합관계에 있다고 판단하였다. 이를 통해 알 수 있듯이, 일죄의 일부기소는 재판계속 중에 일부기소가 발견된 경우에만 문제되는 것이 아니라 확정판결 후에 일부기소가 드러난 경우에도 문제되고, 일부기소의 문제는 소송법적으로는 공소권남용이론, 공소장변경제도, 공소불가분의 원칙, 불고불리의 원칙, 일사부재리의 원칙과 관련되지만 실체법적으로 죄수관계 판단과 연관되어 있다. 그리고 이러한 일죄 일부기소의 문제성을 제대로 파악하기 위해서는 단순히 '일죄관계에 있는 범죄 전부에 대해 범죄혐의가 있음에도 불구하고 검사가 일부기소를 한 경우'의 문제로 좁게 파악할 것이 아니라, 일부기소의 원인을 불문하고, 일부기소가 재판계속 중 또는 확정판결 후에 드러난 경우 법원이 어떠한 조치를 취해야 하는가의 문제로 넓게 파악하고, 그 일부기소의 원인이 무엇인가는 법원이 판단할 조치에 영향을 미치는 사유로 파악하는 것이 적절해 보인다.

---

22) 서울고법 2002. 7. 19. 선고 2002노1326 판결.

### 3. 과형상 일죄의 의미

일죄의 일부기소가 확정판결 후에 문제되는 경우는 검사가 해당 사안에 대해 다시 다른 중한 범죄로 기소하는 경우이고, 검사가 다시 기소하는 이유는 확정판결 받은 경한 범죄로는 형사정의가 실현되지 않았다고 판단하는 경우, 즉 범죄자에게 내려진 형량이 낮은 경우이다. 확정판결 후 일부기소가 드러난 사건에서 법원은 '공소제기의 효력과 일사부재리 효력은 공소사실의 동일성이 인정되는 경우, 즉 일죄 관계에 있는 범죄사실 전부에 미친다'는 원칙을 훼손하지 않기 위해 일죄관계로 파악될 수 있는 사안일지라도 실체적 경합 관계를 인정하는 경향에 있다. 이러한 경향은 상상적 경합관계로 볼 수 있는 사안에서도 그러하다. 상상적 경합관계로 볼 수 있는 사안인데 확정판결 후 일부기소가 드러난 경우 법원이 실체적 경합을 인정하여 일사부재리원칙 위반을 회피하는 태도를 취하게 된 것은 '상상적 경합은 소송법상 일죄이므로 상상적 경합관계에 있는 범죄 중 일부에 대한 확정판결은 상상적 경합관계에 있는 모든 범죄사실에 미친다'는 것을 예외가 있을 수 없는 원칙으로 생각하고 있기 때문이라고 보여진다.

상상적 경합은 하나의 행위로 수개의 죄를 범한 경우이기 때문에 소송법상으로 일죄로 취급되지만 하나의 범죄규정만 적용되는 법조경합 및 포괄일죄와 다르다. 법조경합의 경우 적용되는 범죄구성요건이 적용이 배제되는 범죄구성요건의 불법과 내용을 모두 포함하고 있기 때문에 적용되는 범죄구성요건에서 정한 법정형만 적용된다.[23] 반면에 상상적 경합의 경우 비록 하나의 행위일지라도 실체법상 수개의 죄를 범한 경우이고, 그 수개의 범죄구성요건이 모두 적용되지만 단지 처벌에 있어서만 가장 중한 죄에 정한 법정형으로 처벌될 뿐이다. 판례와 다수설은 상상적 경합이 실체법상 수죄라는 것을 명확히 하기 위해 "중한 죄에 정한 형으로 처벌한다"는 것은 "각 법조의 상한과 하한을 모두 중한 형의 범위 내에서 처단하여야 한다는 의미"라고 새기고 있다.[24] 판례와 다수설은 소송법상 일죄, 즉 '하나의 사안'에 해당한다면 공소불가분의 원칙과

23) 최병각, "법조경합의 본질과 특징", 비교형사법연구 제18권 제4호, 2016, 422-423면; 임웅, 「형법총론」, 법문사, 2016, 603-606면.

24) 대법원 1984. 2. 28. 선고 83도3160 판결; 임웅, 위의 책, 620면.

일사부재리원칙이 예외 없이 적용된다는 입장에서 공소제기의 효력과 일사부재리효력을 죄수판단에 종속시키고 있다.[25] 그러나 상상적 경합이 실체법상 수죄라는 점을 강조한다면 상상적 경합을 원칙적으로 소송법상 일죄로 본다고 할지라도 공소사실의 동일성이 인정되지 않는다면 예외적으로 공소제기의 효력과 일사부재리 효력이 상상적 경합관계에 있는 다른 범죄사실에 미치지 않는다고 볼 수 있을 것이다. 그러한 예외적 사유가 인정되는 경우란 일부기소된 범죄사실로는 형사정의를 실현하기 어려운 경우, 즉 전부 기소되었을 때 범죄자가 받았을 형량과 일부기소로 범죄자가 받은 형량 간에 현저한 차이가 있는 경우에 그러하다고 보아야 할 것이다. 판례는 공소사실의 동일성을 판단함에 있어서 규범적 요소를 고려하고 있는데, 판례가 규범적 요소를 고려하여 공소사실의 동일성을 판단하게 된 계기는 법조경합 관계에 있다고 볼 수 있는 범죄사실 중 불가벌적 사후행위에 해당하는 범죄사실로 일부기소 된 사건에서 검사가 확정판결 후 중한 범죄로 다시 기소한 사건이었다.[26] 법적 안정성과 피고인 보호를 위해 인정되고 있는 일사부재리원칙이 경한 죄로 일부 기소되어 범죄자가 현저히 낮은 형량을 받아 형사정의가 실현되었다고 볼 수 없는 사건에서도 형사정의의 요청과 실체적 진실발견의 요청에 우선하는 것으로 볼 수 있을지는 의문이다. 이러한 사건의 경우 공소사실의 동일성을 판단함에 있어서 규범적 요소를 강조하여 일사부재리효력이 미치지 않는다고 보면 되지, 굳이 죄수관계 판단을 달리할 필요가 있을까라는 의문이 든다. 이와 같이 이해할 경우 죄수관계 판단에 관한 원칙을 깨트리지 않으면서도 일부기소로 경한 형을 받은 범죄자를 다시 심판할 수 있을 것이고, 이러한 요청은 법조경합 관계와 상상적 경합의 차이를 고려하면 상상적 경합관계에서 더욱 그러하다고 보여진다.[27] 물론 일사부

25) 원형식, 앞의 논문, 52면 이하; 윤동호, 주 4)의 논문, 181면 이하 참조.

26) 대법원 1994. 3. 22. 선고 93도2080 전원합의체 판결.

27) 법조경합과 상상적 경합의 차이점을 강조하여 상상적 경합의 경우 형법 제38조에 따라 가중처벌하자는 견해(김선복, “상상적 경합의 법적 효과 - 형법 제40조에 대한 입법론적 검토 -”, 형사법연구 제11호, 1999.5, 141면 이하 참조), 하나의 행위로 침해하는 법익이나 행위태양이 중복되지 않는 독자적인 범죄 중에서 하나의 행위를 통하여 범죄목적을 달성하려고 치밀하게 준비하여 실체적 경합과 규범적으로 동일시할 수 있는 경우이거나 연결효과에 의한 상상적 경합의 경우에 한해 상상적 경합을 제한적으로 가중처벌하자는 견해도(한상훈, “상상적 경합의 유형, 효과에 대한 재검토와 형법 제40조의 입법론”, 형사

재리효력을 배제할 만한 예외적 경우란 현저한 형의 불균형이 있는 경우로 한정하여야 할 것이다.

### 4. 상상적 경합관계에서 소송계속 중 일부기소가 드러난 경우 법원이 취해야 할 조치

상상적 경합관계에서 소송계속 중 검사의 일부기소가 드러난 경우 법원은 일부기소의 원인과 일부기소가 판결에 미치는 영향을 고려하여 어떠한 조치를 취할지 판단해야 할 것이다.

#### 가. 일부기소의 원인 고려

검사가 충분히 수사노력을 다하였음에도 일죄관계에 있는 범죄사실 전부를 발견하지 못하여 일부기소를 한 경우에 일부기소가 적법한가라는 문제는 발생할 수 없을 것이다. 이 경우 소송계속 중에 다른 범죄사실도 발견되어 일부기소 사실이 드러난 경우 법원은 검사에게 공소장변경을 요구하고, 검사가 법원의 공소장변경 요구에 응하지 않는 경우에는 일부기소가 양형판단에 어떠한 영향을 미칠 수 있는가에 따라 판단해야 할 것이다.

검사가 수사에 자발적으로 협조한 피의자에게 협력의 대가로 상상적 경합관계에 있는 범죄 중 법정형이 낮은 범죄로 기소한 경우 그러한 사실만으로 검사의 기소가 위법하다고 볼 수는 없을 것이다.[28] 판례는 검사가 가벼운 형으로 처벌되도록 하겠다고 약속하고 자백을 유도한 경우 그 자백은 임의성에 의심이 간다는 이유로 자백의 증거능력을 배제하였다.[29] 검사가 가벼운 형으로 처벌받도록 해 주겠다고 하여 자백을 받은 경우가 아니라면 소추재량을 가지는 검사가 자발적으로 수사에 협조한 자를 경한 범죄로 기소하였다고 하여 그 공소제기가 위법하다고 볼 수 없다. 그러나 이 경우에도 일부기소가 판결에 어떠한 영향을 미치는지에 따라 법원이 취해야 할 조치가 결정된다고 보아야 할 것이다.

---

법연구 제22권 제1호, 2010, 229면 이하) 있다.

28) 심희기, 앞의 글, 128면; 류전철, “약속에 의한 자백과 유죄협상”, 비교형사법연구 제7권 제2호, 251면.

29) 대법원 1984. 5. 9. 선고 83도 2782 판결.

검사가 상상적 경합관계에 있는 범죄 모두에 대해 혐의를 취득했음에도 불구하고 소추전략으로 입증이 용이한 범죄로만 기소한 경우에도 이것만을 이유로 검사의 기소가 소추재량을 일탈한 것으로 볼 수는 없을 것이다. 대상판결 또한 이를 명백히 하고 있다.

**나. 일부기소가 처단형 산정에 미치는 영향을 고려**

상상적 경합관계에 있는 범죄에 대해 일부기소가 된 것으로 드러난 경우 법원은 일부기소의 원인과 함께 일부기소가 법원의 처단형 산정에 어떠한 영향을 미치는지에 따라 법원이 취해야 할 조치를 판단해야 할 것이다. 상상적 경합의 경우 법률에서 명시적으로 "가장 중한 죄에 정한 형으로 처벌한다"고 하고 있는데, 검사가 상상적 경합 관계에 있는 범죄 중 경한 죄로만 기소하여 낮은 처단형이 적용되도록 하는 것은 법률이 검사에게 허용하는 소추재량의 범위를 넘어선 것이라고 보아야 하기 때문이다.

**1) 법원의 처단형 산정에 영향이 없는 경우**

상상적 경합관계에 있는 범죄 중 어느 범죄로 기소되든 법원의 처단형 산정에 영향을 미칠 수 없는 경우라면 법원이 공소장변경 요구를 할 수도 있지만, 법원은 공소장변경을 요구하지 않고 기소된 범죄로만 심판할 수 있다고 보아야 한다. 참조판결 2와 대상판결의 사건이 이러한 경우에 해당한다. 참조판결 2의 경우 피고인 갑은 파출소로 연행된 불법체류자인 외국인을 근무일지에 허위사실을 기재하여 훈방조치하였고, 훈방조치의 대가로 관련자로부터 뇌물을 수수하였을 뿐만 아니라 다른 사안으로 뇌물을 수수함으로써 직무유기, 부정처사후수뢰, 뇌물수수로 기소되었다. 갑이 근무일지에 허위사실을 기재하면서 외국인 불법체류자들을 훈방조치한 것은 직무유기죄와 허위공문서작성·행사죄의 상상적 경합에 해당하는데 검사는 직무유기로만 기소하였다. 당해 사건의 경우 성립되는 각 범죄의 법정형은 부정처사후수뢰죄(1년 이상의 유기징역), 허위공문서작성죄 및 동행사죄(각각 7년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금), 수뢰죄(5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지), 직무유기죄(1년 이하의 징역이나 금고 또는 3년 이하의 자격정지)의 순으로 높은데, 상상

적 경합관계에 있는 직무유기죄와 허위공문서작성·행사죄 중 어느 범죄로 기소하든 가장 중한 죄인 부정처사후수뢰죄에 정한 형의 상한에 1/2 가중되기 때문에 법원의 처단형 산정에 영향을 미치지 않는다. 이러한 경우 검사가 확정판결 후에 다시 허위공문서작성·행사죄로 갑을 기소할 이유도 없을 것이다. 이와 같이 비록 검사가 상상적 경합관계에 있는 범죄 중 경한 죄로만 기소하였다고 할지라도 법원의 처단형 산정에 아무런 영향을 미칠 수 없고, 확정판결 후에 검사가 상상적 경합관계에 있는 다른 범죄로 기소할 가능성도 없는 경우라면 법원은 공소장변경을 요구할 필요 없이 사건을 심판할 수 있다고 해야 할 것이다. 물론 이 경우에도 상상적 경합의 명시적 기능을[30] 강조한다면 법원이 공소장변경을 요구할 수 있겠지만, 이러한 사건의 경우 '공소장변경요구가 의무인가 아니면 재량인가'와 관련하여 법원이 취하고 있는 바와 같이[31] 법원의 공소장변경요구는 의무가 아니라고 보아야 할 것이다.

대상판결의 경우 피고인 갑이 선거운동이 개시되기 하루 전인 2016. 3. 30.경 선거운동과 관련하여 자신의 페이스북에 선거홍보물 게재 등을 부탁하면서 을에게 200만원을 송금한 행위는 공직선거법 제230조 제1항 제4호 위반죄와 공직선거법 제230조 제1항 제5호 위반죄의 상상적 경합에 해당하는데, 검사는 갑을 공직선거법 제230조 제1항 제5호 위반죄로만 기소하였다. 그러나 공직선거법 제230조 제1항에 의하면 제4호 위반죄이든 제5호 위반죄이든 동일한 법정형으로 처벌되기 때문에 어느 죄로 기소하든 법원의 처단형 산정에 전혀 영향을 미치지 않는다. 이 경우 검사가 확정판결 후에 다시 공직선거법 제230조 제1항 제4호 위반죄로 갑을 기소할 가능성도 없다.

---

30) 상상적 경합의 명시적 기능이란 '하나의 범죄가 다른 범죄의 행위반가치나 결과반가치를 완전히 포함하지 못하는 경우, 양 범죄를 상상적 경합이라고 함으로써 행위자가 행한행위반가치와 결과반가치를 죄명이나 판결에 명확히 표현하는 것'을 뜻한다(한상훈, "상상적 경합의 명시기능과 이중평가금지의 상충 여부", 비교형사법연구 제9권 제1호, 2007, 112-113면 참조)

31) 판례는 법원의 공소장변경요구는 권한에 불과하며 법원이 공소장변경요구를 하지 않았다고 하여 심리미진의 위법이 있는 것은 아니라고 하고 있다(대법원 1979. 11. 27. 79도2410 판결; 대법원 2011. 1. 13. 선고 2010도5994 판결 참조).

2) 법원의 처단형 산정에 영향이 있는 경우

상상적 경합관계에 있는 범죄 중 어느 범죄로 기소하는가에 따라 법원의 처단형 산정이 달라질 수 있는 경우라면 법원은 일부기소의 원인이 어디에 있는가를 함께 고려하여 취해야 할 조치를 달리 해야 할 것이다. 법원의 처단형 산정이 달라지는 경우란 검사가 상상적 경합관계에 있는 범죄 중 경한 죄로 기소하는 경우이거나 중한 죄로 기소하였지만 경한 죄의 하한이 중한 죄의 하한보다 높은 경우를 의미한다.

위와 같은 경우 법원은 일부기소의 원인도 고려하여 검사가 충분히 수사하였음에도 상상적 경합관계에 있는 다른 범죄사실을 발견하지 못했거나 검사가 소추전략으로서 일부 범죄로만 기소하는 경우로만 공소장변경요구를 하고, 검사가 공소장변경요구에 응하지 않는 경우라면 공소기각판결을 해야 할 것이다. 이 경우 법원의 공소장변경요구는 의무라고 보아야 한다. 이러한 경우에 법원의 공소장변경요구를 의무로 보지 않고 재량으로 보아 기소된 범죄로만 판단할 수 있다고 한다면, 확정판결 후에 검사가 중한 범죄로 기소할 가능성을 배제할 수 없고, 실제로 확정판결 후에 검사가 중한 범죄로 기소하는 경우에 법원이 죄수관계판단을 달리하여 일사부재리원칙 위반을 피하고자 하는 사태에 직면할 수 있다. 이것은 법원의 잘못을 범죄자의 부담으로 돌리는 것이다.[32]

일부기소가 법원의 처단형 산정에 영향을 미치는데, 일부기소의 원인이 검사의 수사태만에 기인한 경우라면 법원은 확정판결 후에 검사가 중한 범죄로 기소하는 사태를 방지하기 위해 바로 공소기각판결을 해야 할 것이다.[33] 그리고 검사가 낮은 형으로 처벌받도록 해 주겠다고 하여 피의자로부터 수사협조를 얻고 협력에 대한 대가로 경한 죄로 기소하는 경우라면 소추재량의 남용으로 볼 수 있고, 이러한 경우에도 법원은 바로 공소기각판결을 할 수 있다고 본다.

참조판결 1의 경우 피고인 갑은 군검찰관으로부터 피의자를 체포하라

---

32) 법원의 이러한 경향을 '사법적 범죄화'라고 강하게 비판하는 윤동호, 주 4)의 논문, 193면 이하.

33) 검사의 태만으로 인한 추가기소의 경우 소추재량의 남용으로 볼 수 있다는 여지를 주고 있는 판결로는 대법원 1996. 2. 13. 선고 94도2658 판결; 이 판결에 대한 평석은 신동운, "항소심판결 선고후의 누락사건에 대한 공소제기와 공소권남용", 서울대학교 법학 제37권 제2호, 1996, 439면.

는 지시를 받았음에도 불구하고 피의자를 도피케 하였는데 직무유기죄로만 기소되었다. 범인도피죄의 법정형(3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금)이 직무유기죄의 법정형(1년 이하의 징역이나 금고 또는 3년 이하의 자역정지)보다 높아서 군검찰관의 일부기소가 법원의 처단형 산정에 영향을 미칠 수밖에 없는 경우인데, 군검찰관이 어떠한 이유로 일부기소를 하였는지를 알 수 없다. 이러한 경우라면 법원은 의무적으로 군검찰관에게 공소장변경을 요구하고 군검찰관이 이에 응하지 않는 경우에는 불필요한 확정판결 후의 중한 범죄로의 기소를 막기 위해 공소기각 판결을 해야 할 것이다.

## III. 맺음말

대상판결은 기존의 판결과 달리 상상적 경합관계에 있는 범죄의 일부기소인 경우 공소제기권자가 자의적으로 공소권을 행사하여 소추 재량을 현저히 벗어났다는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 일부기소가 허용될 수 없다는 것을 명시적으로 밝히고 있다. 그러나 어떠한 사정이 있는 경우에 검사의 일부기소를 소추재량의 남용으로 볼 수 있는지에 대해서는 상세히 언급하고 있지 않다.

일반적으로 일죄의 일부기소를 '일죄 전부에 대한 범죄혐의가 있고, 소송조건이 갖추어졌음에도 불구하고 검사가 일죄 관계에 있는 범죄사실 일부에 대해 기소하는 경우'로 좁게 개념정의하고 있지만, 일죄의 일부기소가 소송법과 절차법과 관련하여 어떠한 의미를 가지는지를 종합적으로 이해하기 위해서는 소송법상 일죄 관계에 있는 범죄사실의 일부에 대한 기소를 모두 일죄의 일부기소로 파악하는 것이 적절하다고 생각된다. 우리 법원은 소송법상 일죄관계에 있는 범죄의 일부에 대한 확정판결이 있은 후에 검사가 소송법상 일죄 관계에 있는 범죄 중 중한 범죄로 다시 기소한 경우에 일사부재리효력을 배제하기 위해 기판력의 범위를 제한하거나 상상적 경합관계로 볼 수 있는 범죄를 실체적 경합으로 판단하는 경우가 있다.

확정판결 후에 기존의 기소가 일죄의 일부기소로 드러난 경우 현저한

형의 불균형이 있는 경우라면 일사부재리원칙보다는 형사정의의 요청과 실체적 진실발견의 원칙을 우위에 두어 죄수관계 판단에 관한 원칙을 깨트리지 않고, 공소사실의 동일성을 판단함에 있어서 규범적 요소를 강조하여 소송법상 일죄관계일지라도 예외적으로 확정판결의 기판력을 배제할 수 있다고 생각된다. 그리고 이러한 상황을 최대한 방지하기 위해서는 소송계속 중에 일죄의 일부기소라는 것이 드러난 경우에 일부기소의 원인과 일부기소가 처단형 산정에 어떠한 영향을 미치는지를 고려하여 법원이 취해야 할 조치를 판단해야 할 것이다. 일부기소가 처단형 산정에 아무런 영향을 미치지 않는 경우라면 법원은 재량에 따라 공소장변경 요구를 할 수 있지만, 일부기소가 처단형 산정에 영향을 미치는 경우라면 법원은 의무적으로 공소장변경을 요구해야 할 것이고, 검사의 일부기소가 검사의 수사태만에 기인한 경우라면 바로 공소기각판결을 하여 확정판결 후에 검사가 중한 범죄로 다시 기소하는 사태를 방지해야 할 것이다. 그리고 일부기소가 유죄협상에 의한 것으로 판단되는 경우에는 소추재량의 남용으로 공소기각판결을 해야 할 것으로 생각된다.

(논문투고일: 2021.6.7., 심사개시일: 2021.6.8., 게재확정일: 2021.6.23.)

박경규

상상적 경합, 검사의 소추재량, 일죄의 일부기소, 기소편의주의, 공소권의 남용

# 【참 고 문 헌】

## Ⅰ. 단행본

배종대·이상돈·정승환, 「형사소송법」, 홍문사, 2009.
신동운, 「신형사소송법」, 법문사, 2014.
이재상·조균석, 「형사소송법」, 박영사, 2017.
임웅, 「형법총론」, 법문사, 2016.

## Ⅱ. 논문

김선복, “상상적 경합의 법적 효과 - 형법 제40조에 대한 입법론적 검토 -”, 형사법연구 제11호, 1999.5.
신동운, “항소심판결 선고후의 누락사건에 대한 공소제기와 공소권남용”, 서울대학교 법학 제37권 제2호, 1996.
심희기, “일죄의 일부기소와 법원이 취해야 할 조치”, 고시연구 제28권 제2호, 2001.2.
윤동호, “부작위범의 죄수 및 경합”, 법조 제66권 제2호, 2017.
윤동호, “일부기소의 심판대상과 일사부재리효력 - 사법적 범죄화 비판”, 형사법연구 제26권 제3호, 2014.9.
이승호, “친고죄의 일부기소”, 일감법학 제3권, 1998.
최대호, “일죄일부에 대한 공소제기의 적법성”, 고려법학 제61호, 2011.6.
최병각, “법조경합의 본질과 특징”, 비교형사법연구 제18권 제4호, 2016.
한상훈, “상상적 경합의 유형, 효과에 대한 재검토와 형법 제40조의 입법론”, 형사법연구 제22권 제1호, 2010.
한상훈, “상상적 경합의 명시기능과 이중평가금지의 상충 여부”, 비교형사법연구 제9권 제1호, 2007.
홍영기, “소추재량권의 실현으로서 일죄일부기소”, 안암법학 53권, 2017.

Abstract

# Prosecutorial discretion in case of the compound crimes - Review of the judgment "Supreme Court Decision 2017Do13458 Decided December 5, 2017"

Park, Kyung-Gyu

According to the judgment 2017Do13458 in 2017, the prosecutor can charge the offender with a crime among compound crimes while comprehensive considering evidentiary difficulty etc insofar as the indictment is not to be regarded as going beyond the limit of prosecutorial discretion. Compound crime is regarded as a form of several crimes in the substantive law while it is considered as one event in the procedure law. The judgment only mention "evidentiary difficulty etc" as standard of deciding whether the partial prosecution in the case is to be permitted. The judgment doesn't mention the issue of causes of the partial prosecution or the issue of whether the partial prosecution bring about a sentence discrepancy. The author of this article scrutinizes the meaning of the partial prosecution and its implication in the substantive and procedure law. Subsequently, it is addressed what measure the court to take in case of partial prosecution. In this regard, the author suggests that the court should decide a proper measure while considering the factor of what caused the partial prosecution and whether the partial prosecution affects the court's decision of sentence.

Park, Kyung-Gyu

compound crimes. prosecutorial discretion, partial prosecution in case of one procedural case, principle of prosecutorial discretion, abuse of prosecutorial power