

친고죄의 고소불가분 원칙의 적용 범위에 관한 소고 -공범의 일부에 관한 고소 및 고소취소를 중심으로-

노수환*

【목 차】

- | | |
|----------------------|----------------|
| I. 들어가며 | IV. 증명방법과 증명책임 |
| II. 친고죄의 고소불가분의 원칙 | V. 나가며 |
| III. 고소불가분의 원칙의 적용범위 | |

【국문 요약】

친고죄의 고소불가분의 원칙 중 객관적 불가분의 원칙이 법리상 당연히 인정되는 것이라고 할 수 없고, 단순일죄의 경우에도 고소는 가분될 수 있다. 통설은 결합범인 단순일죄의 경우에 피해자가 단순일죄의 일부인 비친고죄를 고소하더라도 항상 친고죄 전부에 대하여 고소의 효력이 미친다고 한다. 그렇지만 피해자의 의사가 비친고죄 부분만 고소하는 것이 명백하다면 친고죄 전부에 대한 고소가 있다고 보아서는 안된다. 또한 친고죄 전부를 고소하지 않더라도 검사가 그중 일부를 구성하는 비친고죄로 공소제기하는 것은 당해 범죄를 친고죄로 규정한 취지에 반하는 것이 아니라면 적법하다. 한편, 친고죄의 고소불가분의 효력은 공범이 아닌 자에게는 미칠 여지가 없다. 공범의 여부는 고소권자가 공범관계로 고소하거나, 검사가 공범관계로 공소를 제기하였는지에 좌우되지 않고 공판절차에서 심리한 결과 진정한 공범관계가 있다고 사실 인정되는 여부에

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수

의하여 판단하여야 한다. 따라서 고소인이 범인이 아닌 자를 공범으로 오인하고 고소한 경우 그 고소는 진범에 대하여는 효력이 미치지 않고, 검사가 공범으로 기소하였더라도 공범관계가 인정되지 않으면 기소되지 않은 자에 대한 고소취소가 공범으로 기소된 다른 자에게 효력이 미칠 수 없다. 친고죄의 고소 또는 고소취소의 판단은 검사가 공소제기한 공소사실을 기준으로 하여야 한다. 검사가 비친고죄임에도 불구하고 친고죄로 기소한 경우 소송조건의 충족 여부는 검사가 공소제기한 범죄를 기준으로 하여 판단하여야 한다. 따라서 고소권자의 고소취소는 비친고죄에 대한 것이더라도 검사가 공소제기한 친고죄를 기준으로 공범관계가 인정되는 경우에는 고소불가분의 원칙이 적용되어 소송조건을 충족하지 못하게 될 수 있다. 친고죄의 적법한 고소는 소송조건으로 법원의 직권조사사항이므로 법원은 이에 관하여 직권으로 조사, 심리하여야 한다. 적법한 고소의 존재는 공소제기의 적법·유효요건이므로 그 증명책임은 검사에게 있다. 그러나 적법한 고소가 있었다는 점이 증명된 이상 그 고소가 적법하게 취소되지 않았다는 사실에 대한 증명책임까지 검사에게 있는 것은 아니다. 고소가 취소되었다는 점이 불명인 경우에는 적법한 고소가 있는 상태이므로 법원은 실체판단으로 나아가야 한다.

[대상판결의 소개 : 대법원 2015. 11. 17. 선고 2013도7987 판결]

1. 사실관계

이 사건 강제추행죄의 공소사실은 “피고인 甲은 2011. 11. 12. 12:30경 서울 강남구 ○○○ 유흥주점에서 주점 종업원인 피해자의 옆에 앉아 이야기를 하던 중 피해자의 배부분을 주무르듯이 만져 피해자를 강제로 추행하였다.” 는 내용이다¹⁾. 피해자의 진술은 고소장부터 검찰에 이르면서

1) 대상판결은 강간죄에 대한 친고죄 규정이 폐지되기 전의 사안이다. 피해자의 고소 취지는 합동하여 강제추행하였다는 내용으로 당시 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 성폭법이라 함) 제4조 제2항의 특수강제추행죄에 해당하는 것인데 이는 비친고죄이다. 이하의 논의에서는 행위 당시의 규정에 따라 강간죄는 친고죄, 특수강제추행죄는 비친고죄임을 전제로 이야기하기로 한다. 강간죄에 대한 친고죄 규정이 폐지되었으므로 이 사건 대법원 판결의 사안이 논의가치가 감소한 것은 사실이다. 하지만 후술하는 바와 같이 성범죄가 아닌 비친고죄와 친고죄인 경우에도 마찬가지로의 문제가 발생할 여지가 있으므로 여전히 논의할 의의가 있다고 하지 않을 수 없다.

다소 변경되었다. 피해자는 ‘乙이 자신을 붙잡고, 피고인 甲을 불러서 들어서 자신의 손목을 잡고 속옷을 벗기려 하고 가슴을 만졌다’는 취지로 피고인 甲과 乙을 고소하였다. 피해자는 경찰에서는 ‘피고인 甲이 먼저 피해자를 추행하여 乙에게로 도망가자 乙이 자신의 양 팔을 잡고, 피고인 甲과 함께 가슴과 음부를 만지고 속옷을 벗기려고 하였다’고 진술하였다. 그러나 피해자는 검찰에서 ‘사실은 乙이 피고인과 함께 가슴과 음부를 만지고 속옷을 벗기려고 한 사실은 없고, 乙이 피고인 甲의 강제추행을 피해 도망 온 피해자의 어깨를 잡은 사실은 있는데 그때 피해자를 도망가지 못하도록 하기 위하여 잡은 것으로 느껴졌다’며 진술을 변경하였다. 피해자는 검찰 조사 이후 乙에 대한 고소가 정황을 과장한 것으로 인정하고 乙에 대한 고소를 취소하였다. 검사는 乙에 대해서는 공소권 없음 처분을 하고 피고인 甲을 강제추행죄의 단독범으로 기소하였다²⁾.

2. 1심 및 2심의 판단

1심은, 피해자와 乙에 대한 증인신문을 마친 후 “기록에 의하면 피해자는 이 사건 공소제기 이전에 피고인과 공범관계에 있는 乙에 대한 고소를 취소하였는데, 위 고소 취소의 효력은 공범인 피고인에게도 미친다”고 판시하여 공소기각 판결을 선고하였다. 이에 대해 2심은, “신빙성 유무에 관하여 논란의 여지가 있는 피해자의 진술을 대체로 믿어주더라도 乙에게 공범으로서(적어도 종범으로서) 강제추행의 혐의가 인정되지 않는다고 단정할 수 없는 이상, 제1심이 피고인과 공범으로 고소된 乙에 대하여 고소가 취소되었다는 이유로 피고인에게 공소기각 판결을 선고한 조치는 정당하다”고 하여 검사의 항소를 기각하였다. 검사는 “피해자는 甲과 乙을 비친고죄인 특수강제추행죄로 고소하였다가 乙에 대한 고소를 취소한 것이므로 친고죄에 대한 고소취소의 주관적 불가분의 원칙은 적용이 없고, 가사 공소제기된 강제추행죄를 기준으로 고소취소의 불가분의 원칙이 적용된다고 하더라도 본건은 피고인 甲과 乙이 공범관계에 있음을 인정할 증거가 부족함에도 공범관계에 있다고 판단한 것은 채

2) 본건은 검사가 피고인 甲에 대하여 벌금 100만 원의 구약식 기소를 하였는데, 피고인이 정식 재판 청구를 한 사건이다.

증법칙을 위반한 잘못이 있다”고 상고하였다.

3. 대법원의 판단

대법원은 “법원은 검사가 공소를 제기한 범죄사실을 심판하는 것이지 고소권자가 고소한 내용을 심판하는 것이 아니므로, 고소권자가 비친고죄로 고소한 사건이더라도 검사가 사건을 친고죄로 구성하여 공소를 제기하였다면 공소장 변경절차를 거쳐 공소사실이 비친고죄로 변경되지 아니하는 한, 법원으로서 친고죄에서 소송조건이 되는 고소가 유효하게 존재하는지를 직권으로 조사·심리하여야 한다. 그리고 이 경우 친고죄에서 고소와 고소취소의 불가분 원칙을 규정한 형사소송법 제233조는 당연히 적용되므로, 만일 그 공소사실에 대하여 피고인과 공범관계에 있는 자에 대한 적법한 고소취소가 있다면 그 고소취소의 효력은 피고인에 대하여 미친다고 보아야 한다. 원심판결 이유를 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면 원심의 조치는 정당하다.”고 판시하였다.

I. 들어가며

형사소송법 교과서 앞부분에 나오는 강의주제가 친고죄의 고소불가분의 원칙이다. 고소불가분의 원칙과 관련하여 다양한 쟁점과 판례가 있으므로 비교적 자세히 강의가 이루어지고 있다. 친고죄인 간통죄가 폐지되고 성범죄에 대한 친고죄 규정이 폐지된 지금은 친고죄의 고소불가분의 원칙에 관한 규정의 중요성이 많이 사라졌지만 여전히 친고죄의 고소불가분의 원칙은 형사소송법 강의에서 중요한 주제의 하나이다. 2021년 초에 실시된 제10회 변호사시험의 형사기록형 시험에서도 친고죄의 고소불가분의 원칙과 관련된 사안이 출제되었다. 기록의 일부 내용을 정리하면 다음과 같다.

“검사는 피고인 A와 피고인 B가 사기죄의 공동정범으로 피고인들과 친족관계에 있는 피해자 C를 상대로 사기범행을 저질렀다는 내용으로 공

소를 제기하였다. 피해자는 피고인 B에 대하여 고소하였는데 검사는 A와 B가 공범관계에 있으므로 고소의 효력이 A에게도 미친다고 판단하여 A에 대한 별도의 고소 없이 두사람을 공범으로 기소하였다. 두 피고인에 대한 사기죄의 공소사실에 대하여 법원이 심리한 결과 피고인 A에 대한 사기죄의 공소사실은 인정되지만 피고인 B는 공범으로 가담한 사실이 인정되지 아니하여 형사소송법 제325조 후단 무죄판결을 선고받게 되었다. 이 경우 결국 공범으로 인정되지 않은 피고인 B에 대한 고소의 효력이 고소불가분의 원칙에 의하여 범인인 피고인 A에게 미친다고 보아 유죄의 실체판단을 할 수 있는가?”

필자의 추측으로는 출제위원들은 출제 당시에는 본래 이 부분 쟁점을 염두에 두지 않았던 것으로 보인다. 시험종료 이후 가채점과 채점기준표를 작성하는 과정에서 이 쟁점이 드러나 논의가 이루어진 것으로 들었기 때문이다. 위 형사기록형 문제를 계기로 필자는 친고죄의 고소 또는 고소취소의 불가분의 원칙의 적용과 관련하여 실무상으로 발생할 수 있는 여러 가지 문제를 정리해 보아야겠다 생각하였다. 이것이 성범죄에 대한 친고죄 규정이 폐지된지 이미 상당한 기간이 경과하였음에도 대상판결을 끄집어 낸 이유이다.

대상판결의 사안에서 도출되는 쟁점은 다음과 같다. 먼저 피해자가 비친고죄의 공범으로 고소하였다가 그중 일부 피의자에 대하여 고소를 취소하였는데 검사가 비친고죄의 공범관계가 인정됨에도 그중 일부 범인만을 친고죄로 기소한 경우 피해자의 고소취소는 비친고죄에 대한 것인데 친고죄의 고소취소 불가분의 원칙에 따라 검사가 기소한 공범에 대하여 그 고소취소의 효력이 미치는지 여부이다. 다음으로 피해자가 친고죄의 공범으로 고소하였다가 그중 일부 피의자에 대하여 공범이 아닌 자에 대한 과장되어 잘못된 고소임을 인정하고 그에 대한 고소를 취소하였고 검사도 이러한 입장에서 나머지 범인에 대해서만 단독범으로 기소하였으나 공판심리에서 공범관계가 인정되는 경우 고소취소의 불가분의 원칙이 인정되는지이다. 이 두 상황과 관련하여 공범관계의 판단기준과 공범일 경우 또는 그렇지 않을 경우 고소취소불가분의 원칙이 어느 범위까지 적용되는지 문제된다. 나아가 공소제기된 피고인이 다른 공범에 대한 고소취

소가 있었고 고소불가분의 원칙에 의하여 그 고소취소의 효력이 자신에게도 미친다고 주장할 경우 공범에 대한 적법한 고소취소가 효력이 미친다는 주장의 증명방법과 증명책임이 누구에게 있는지도 쟁점이 된다.

대상판결의 사안은 앞에서 언급한 바와 같이 성범죄가 친고죄이던 때의 것이어서 성범죄가 비친고죄로 바뀐 지금은 발생하기 어려운 사례이다. 그러나 성범죄가 아닌 경우에도 이와 유사한 사안을 상정할 수 있다. 예컨대 A와 B가 공범으로 피해자의 명예를 훼손하면서 모욕적인 언사를 동일한 기회에 한 경우가 그것이다. 이 때 학설은 명예훼손죄와 모욕죄는 범조경합 중 흡수관계 내지 보충관계에 있으므로 명예훼손죄만 성립하고 모욕죄는 별도로 성립하지 않는다고 한다³⁾. 그러나 일죄의 일부기소도 허용된다는 것이 판례와 다수설이므로 검사가 명예훼손죄는 기소하지 아니하고 모욕죄만을 기소한 경우 불고불리의 원칙에 따라 법원이 모욕죄의 성립을 부인할 수 없다. 이때 피해자가 A와 B를 비친고죄인 명예훼손죄로 고소하였다가 A에 대한 명예훼손죄의 고소를 취소하였는데, 검사가 B를 모욕죄의 단독범으로 기소한 경우 앞에서 본 것과 같은 유사한 쟁점이 도출된다.

종래 친고죄의 고소불가분의 원칙에 관하여 다양한 판례와 이론이 축적되었으나 대상판결의 사안과 같은 경우에 구체적인 해결책을 제시할 수 있는 이론 내지 논의는 정립되어 있지 않은 상황이다. 이 글에서는 위에서 제시한 쟁점을 비롯하여 다양한 사례에 대한 합리적인 해결을 위한 법리를 전개해 보고자 한다. 이를 위하여 우선 친고죄의 고소불가분의 원칙과 그 적용범위를 살피면서 고소의 객관적 불가분의 원칙이 과연 법리상 당연히 인정될 수 있는 것인지와 고소불가분의 원칙이 반의사불벌죄에 준용되어야 한다는 주장을 검토하고(아래 II.항), 고소의 주관적 불가분의 원칙이 간접정범이나 필요적 공범에 적용될 수 있을지, 나아가 고소의 주관적 불가분의 원칙이 적용되는 친고죄에서 공범관계의 판단기준, 그리고 친고죄인 고소 또는 고소취소의 존부에 대한 증명책임의 준부를 중심으로 각 쟁점들에 대한 해결을 모색해본 후(아래 III. 및 IV항),

3) 김성돈, 「형법각론」 제7판, 성균관대출판부, 2021, 244쪽; 정성근·박광민, 「형법각론」 전정 제2판, 성균관대출판부, 2015, 230쪽.

결론을 맺어 보기로 한다(아래 V.항).

II. 친고죄의 고소불가분의 원칙

1. 고소의 주관적 불가분의 원칙과 객관적 불가분의 원칙

가. 기존의 설명

형사소송법 제233조는 “친고죄의 공범 중 그 1인 또는 수인에 대한 고소 또는 그 취소는 다른 공범자에 대하여도 효력이 있다”고 규정하는데 이를 친고죄의 고소의 주관적 불가분의 원칙이라고 한다⁴⁾. 이에 따르면 공범 중 일부에 대하여만 처벌을 구하고 나머지에 대하여는 처벌을 원하지 않는 내용의 고소는 적법한 고소가 될 수 없고, 공범 중 1인에 대한 고소취소는 고소인의 의사와 상관없이 다른 공범에 대하여도 효력이 있다. 이와 관련하여 친고죄의 일부에 대한 고소 또는 취소는 친고죄의 전부에 대하여 효력이 있다는 것을 고소의 객관적 불가분의 원칙이라고 하는데, 종래의 설명은 이를 이론상 ‘당연히’ 인정되는 것이라고 소개한다⁵⁾. 객관적 불가분의 원칙을 인정하는 이유는, 통상 하나의 범죄에 관하여 고소를 할 것인지의 여부가 문제될 뿐 소추의 범위를 정하여 범죄의 일부에 한하여 고소하는 것은 생각할 수 없고 피해자에게 분리가 가능한 소추를 허용할 합리적인 이유가 없기 때문이라고 한다⁶⁾. 따라서 예컨대 상대적 친고죄인 야간주거침입절도죄의 경우 비동거친족인 피해자가 (야간)주거침입행위만을 고소하더라도 그 고소는 절도행위에까지 미치므로 검사가 야간주거침입절도죄로 기소하는 것은 소송조건을 갖춘 것으로서 당연하고, 피해자가 비친고죄인 범죄의 일부(주거침입행위)만을 고소

4) 통상 친고죄의 고소불가분의 원칙이라 함은 주관적 불가분의 원칙과 객관적 불가분의 원칙을 모두 포함하여 이르는데, 여기에서는 객관적 불가분의 원칙과 관련하여 통설의 견해와 다른 부분에 대해서만 별도로 논의하고, 나머지 부분에서 고소불가분의 원칙이라 함은 주관적 불가분의 원칙을 전제로 논의를 전개한다.

5) 이재상·조균석·이창은, 「형사소송법」 제13판, 박영사, 2021, 17/33; 이주원, 「형사소송법」, 박영사, 2019, 79쪽; 이준걸, “수사단서로서의 고소”, 한국법학회 법학연구 제19집(2005. 10.), 314쪽 등 다수의 문헌.

6) 히라라기 토키오(조균석 역), 「일본형사소송법」, 박영사, 2012, 480쪽.

하였더라도 그 고소가 친고죄의 고소기간 경과로 부적법할 때에는 검사는 비친고죄인 주거침입죄도 기소할 수 없게 된다⁷⁾.

나. 고소의 객관적 불가분 원칙의 당부

그러나 친고죄에서 고소의 객관적 불가분의 원칙을 인정하는 것이 이론(異論)의 여지없는 당연한 논리적 귀결이라고는 할 수 없다⁸⁾. 일죄의 경우 예외없이 객관적 불가분의 원칙이 적용된다는 통설의 견해에 찬성할 수 없다⁹⁾. 상대적 친고죄는 사기, 절도, 횡령 등의 재산범죄에 있어서 범인과 피해자 사이에 일정한 친족관계가 있는 경우 고소를 소추조건으로 정하는 범죄이다. 우선 앞의 야간주거침입절도죄의 피해자가 절도피해를 당한 사실을 알지 못한 상태에서 주거침입사실만 고소한 경우는 그 고소의 효력이 절도부분에 대해서까지 미친다고 해석하는 것이 당사자의 의사에 부합할 것이므로 고소의 객관적 불가분의 원칙은 크게 문제되지

-
- 7) 과거 친고죄인 강간죄에 있어서 강간죄에 대한 적법한 고소가 없는 경우는 범조경합의 관계에 있는 폭행, 협박만을 별도로 기소할 수 없다는 대법원 2002. 5. 16. 선고 2002도51 전원합의체 판결도 고소의 객관적 불가분의 원칙을 전제로 한다고 할 수 있다.
- 8) 이와 같은 취지에서, 법에서 규정하지 않고 있는 객관적 불가분의 원칙을 당연한 것으로 이해하는 것은 올바른 이해가 아니며, 오히려 일부 사실에 대한 고소가 계기가 되어 수사, 공판과정에서 그 사실만 다루는 경우도 얼마든지 있을 수 있고 다른 한편으로 고소권자가 법률적 이해가 부족하여 일부분만 고소한 경우라고 한다면 수사기관이 적극적으로 그와 관련된 모든 범죄사실을 수사하는 것이 합리적이라는 견해로, 배종대·홍영기, 「형사소송법」 제2판, 홍문사, 2020, 18/30; 홍영기, “소추제량권의 실현으로서 일죄일부기소”, 안암법학 제53호(2017. 5.), 388-389쪽.
- 9) 이창현, 「형사소송법」 제7판, 정독, 2021, 246쪽 에서는 공갈죄의 수단인 폭행, 협박에 대해서만 고소가 있더라도 그 고소는 공갈죄 전부에 대해 고소의 효력이 미친다는 대법원 1996. 9. 24. 선고 96도2151 판결을 들어 고소의 객관적 불가분의 원칙의 적용을 실시한 판결이라고 설명한다. 그러나 위 사안은 피해자가 반의사불벌죄인 폭행, 협박에 대해서만 고소를 하였다가 처벌불원의사표시를 하였는데, 그 행위가 전체적으로 비친고죄인 공갈죄를 구성하는 경우이다. 이 경우 검사는 피해자의 고소 여부와 상관없이 비친고죄인 공갈죄로 기소하거나 폭행 또는 협박죄로 기소하였더라도 공소사실의 동일성이 인정되는 공갈죄로 공소장변경을 할 수 있다. 그러므로 검사의 공소장변경이 적법하게 이루어진 이상 그 이전에 공갈죄의 일부인 폭행, 협박에 대한 피해자의 처벌불원의사표시가 있었다는 사실만으로는 공소기간 사유가 되지 않는다. 이 판례는 단순일죄인 친고죄의 고소의 객관적 불가분의 원칙과는 관련이 없다.

않는다. 고소권자가 고소의 범위를 명백히 하지 않은 경우는 고소권자의 범죄의 일부에 대한 고소는 전체에 대하여 미친다는 내용으로 고소의사를 해석하여야 한다.

그러나 피해자가 절도피해를 당한 사실을 알지만 재산범죄 피해부분을 드러내지 않고 주거에 침입한 행위만큼은 용서할 수 없다고 생각해서 주거침입 부분만 고소하고, 절도피해 부분은 고소하지 않는다고 분명하게 의사를 밝혀 고소한 경우는 어떻게 처리할 것인가? 종래의 고소의 객관적 불가분의 원칙이 인정되어야 한다는 견해에 의하면 그와 같이 고소한 경우도 야간주거침입절도죄에 대하여 적법한 고소가 있다고 해석하여야 할 것이다. 그러나 이러한 입장은 다음의 이유에서 옳지 않다.

고소의 가분성 여부를 형사정책적으로 결정할 때에는 특정범죄를 친고죄로 규정한 입법취지와 범인에 대한 형벌권 실현의 필요성을 고려하여야 한다¹⁰⁾. 우리 형법이 절도죄를 비롯하여 야간주거침입절도죄와 특수 절도죄를 상대적 친고죄로 규정한 취지는 재산을 보호법익으로 하여 절취행위를 친고죄로 규정하는 것이고 (야간)주거침입행위나 손괴행위까지 친고죄로 포함하여 규정하는 취지로 새길 수 없다. 원래 주거침입죄나 손괴죄는 친고죄나 반의사불벌죄가 아니다. 주간에 절도목적으로 비동거친족의 주거에 침입하여 절취한 범인은 친고죄의 고소가 없더라도 주거침입행위에 대하여 처벌할 수 있으나¹¹⁾, 그 보다 중한 야간에 절도목적으로 비동거친족의 주거에 침입하여 절취한 범인은 고소가 없다면 주거침입행위까지 처벌할 수 없다는 결론은 불합리하다¹²⁾. 적어도 주거침입행위의 경우 형벌권의 적정한 실현의 필요성이 없다고 할 수 없기 때문이다. 이러한 경우 당사자의 의사를 무시하고 절취행위에 대한 고소

10) 손동권, “고소불가분의 원칙과 강간범에 대한 공소권의 행사”, 형사판례연구(1), 박영사, 1993, 376쪽.

11) 건련법 규정이 삭제된 이상 (주간)주거침입과 절도 사이에는 실제적 경합범의 관계가 인정되기 때문이다. 김성돈, 앞의 책, 294쪽.

12) 나아가 주거침입행위를 한 자가 절취행위에 나아가지 못하고 체포된 경우 범인이 다른 의도로 주거에 침입하였음에도 불구하고 절취 목적으로 주거침입한 것이라고 극구 주장하는 경우는 주거침입의 진실한 의도를 증명하기 어려워 친고죄 규정을 적용받을 수 밖에 없어 고소가 없는 한 처벌이 불가능하게 되는데 이 역시 불합리한 결과라고 하지 않을 수 없다.

의사가 없음에도 불구하고 검사가 절취행위에 대해서까지 공소를 제기할 수 있다고 해석하는 것은 절도죄를 상대적 친고죄로 규정하는 취지에 명백히 반한다. 따라서 결합범이 친고죄로 규정되고 있고 결합범의 구성요건의 일부로 범조경합의 관계에 있는 행위가 비친고죄인 범죄의 경우, 피해자가 친고죄를 구성하는 일부인 행위(비친고죄)에 대하여만 고소하여 처벌을 구하고 있는 의사가 분명하다면 피해자의 고소가 친고죄 전체에 대해서 미친다고 해석하여서는 아니된다. 또한 그와 같은 고소를 고소의 객관적 불가분의 원칙에 반하는 것으로 무효로 보아서도 아니된다. 이 경우 검사는 친고죄로 기소할 수는 없지만 원칙적으로 피해자가 가분하여 고소한 비친고죄 부분은 별도로 기소할 수 있다고 새겨야 하고, 다만 비친고죄만을 가분하여 기소하는 것이 전체를 친고죄로 규정한 취지에 반할 때에만 검사의 기소가 부적법하다고 보아야 한다.

그렇다면 상대적 친고죄 즉, 야간주거침입절도죄에서 주거침입행위, 특수절도죄에서 손괴행위, 공갈죄에서 폭행, 협박행위에 대하여 피해자는 절도죄, 공갈죄와는 분리하여 별도로 고소할 수 있고, 피해자의 분리 고소의사가 명백한 이상 친고죄 전체에 대한 고소의 효력을 인정할 필요가 없다. 한편 친고죄 전체에 대한 고소가 없거나 그 고소가 부적법하더라도 그 중 일부 행위가 비친고죄로 별도로 처벌할 수 있는 범죄라면 검사가 그 부분만 분리하여 따로 기소하더라도 부적법한 공소라고 볼 수 없다¹³⁾.

고소의 객관적 불가분의 원칙의 측면에서는 우리와 동일하게 명문의 규정을 두고 있지 않은 독일에서는 고소의 객관적 불가분의 원칙을 인정하지 않는 견해가 유력하다고 한다. 즉, 피해자가 고소를 객관적 관점에

13) 이 때 일사부재리의 효력은 어느 범위에서 인정되는지가 문제된다. 친고죄 전체에 대한 적법한 고소가 있는데 검사가 그중 일부 범죄만을 분리하여 기소하는 경우에 이는 일죄의 일부기소를 허용할 것인가의 문제이다. 다수설과 판례는 검사에게 기소재량이 있으므로 일죄의 일부기소도 적법하다고 보는데, 일죄의 일부기소에 의한 판결의 기판력은 기소되지 않았더라도 공소사실의 동일성이 인정되는 전체 행위에 대하여 미친다. 이와 마찬가지로 피해자가 비친고죄 부분만 특정하여 고소하였고 이를 친고죄에 대한 고소로 볼 수 없어 검사가 그 중 비친고죄인 일부 행위를 기소한 경우 그 판결의 기판력은 공소사실의 동일성이 인정되는 전체 행위, 즉 친고죄 부분에 대하여도 미친다고 보아야 한다.

서 분할하는 것이 허용되어, 피해자는 다수의 범죄 중 하나에 대해서만 고소를 할 수 있고 설령 그 범죄들이 범행단일적(독일형법 제52조)으로 행해진 상해와 모욕의 경우도 마찬가지이다¹⁴⁾. 독일 프랑크푸르트 항소법원(OLG) 역시 고소의 객관적 가분의 원칙을 선언한다. 고소권자는 일종의 처분권한을 가지며, 이종의 상상적 경합 중의 하나의 범행, 동종의 상상적 경합 중의 하나의 범행으로 고소를 객관적으로 제한하는 것이 허용된다고 본 것이다. 이는 피해자는 자신에게 관련된 법익침해의 일정한 부분에 대해 소추되지 않도록 하는 것에 대한 보호가치 있는 이익을 가지고 특히 혐의 중 일부의 정당성 여부가 공개적으로 논의되는 것이 적당하지 않다고 생각할 때 더욱 그러하다는 사실을 이유로 한다¹⁵⁾.

2. 반의사불벌죄에 준용 여부

친고죄에 고소의 주관적 불가분의 원칙을 인정하는 것은 입법정책의 문제이다. 형사소송법은 친고죄에서만 고소의 주관적 불가분의 원칙을 규정하면서(제233조) 반의사불벌죄에서는 이를 준용하는 규정을 두고 있지 아니한다. 반의사불벌죄에 처벌불원의사표시의 주관적 불가분의 원칙을 인정하는 것도 입법정책의 문제일 뿐인데 다수설과 판례는 친고죄의 고소의 주관적 불가분의 원칙은 반의사불벌죄에는 준용되지 않는다고 해석한다¹⁶⁾. 이에 대하여 여전히 반의사불벌죄에도 친고죄의 고소불가분의 원칙이 준용되어야 한다는 견해가 있으므로¹⁷⁾, 이를 살펴본다.

친고죄를 두는 이유를 유형화하면¹⁸⁾, 첫 번째로 피해자의 명예보호의

14) Schönke/Schröder/Bosch, 30. Aufl. 2019, StGB § 77 Rn. 42-43; BeckOK StGB/Dallmeyer, 50. Ed. 1.5.2021, StGB § 77 Rn. 11.

15) OLG Frankfurt a. M. NJW 1952, 1388., 상상적 경합의 경우와 결합범의 경우를 달리 보아야 할 이유가 없다.

16) 대법원 1994. 4. 26. 선고 93도1689 판결; 이재상/조균석/이창운, 앞의 책, 17/41; 이주원, 앞의 책, 80-81쪽; 임동규, 「형사소송법」 제12판, 법문사, 2016, 140쪽 등 다수의 문헌.

17) 김정한, “형사절차상 공범 처벌의 공평성에 관한 소고”, 경북대학교 법학논고 제56집(2016. 11.), 127쪽; 박달현, “반의사불벌죄와 고소불가분의 원칙”, 법조 제53권 제5호(2004. 5.), 180쪽; 신동운, 「신형사소송법」 제5판, 법문사, 2014, 215쪽.

18) 대법원 1994. 4. 26. 선고 93도1689 판결은 절대적 친고죄와 관련하여 “법이 친고죄를 인정

관점에서 친고죄가 된 것이 있다. 폐지되기 전의 강간죄 등의 성범죄가 그 대표적인 예이고, 비밀침해죄, 업무상비밀누설죄도 여기에 속한다. 형사재판은 공개재판을 원칙으로 한다(헌법 제109조). 이 때문에 소추하면 범인을 처벌할 수는 있지만, 경우에 따라 오히려 피해자의 명예를 침해하는 이른바 2차 피해가 생길 가능성이 있으므로 이를 방지하기 위하여 특정 범죄를 피해자가 고소한 때에만 처벌할 수 있도록 한 것이다. 두 번째로, 범인과 피해자 사이에 일정한 친족관계가 있는 경우, 예컨대 권리행사방해죄, 절도죄와 같이 친족 사이의 범죄에 관한 특례가 규정된 상대적 친고죄로서 이는 사기죄나 공갈죄 등에 준용된다. 이것은 ‘법률은 가정에는 들어가지 않는다’는 법격언에서도 알 수 있듯이 일정한 재산범죄의 처리를 친족 간의 판단에 맡긴 까닭이다. 마지막으로 피해법익이 경미한 개인적 법익의 범죄로서 원칙적으로 피해자의 의사에 따르도록 하여도 국가형벌권의 실현에 별지장을 주지 않는다고 생각되는 경우의 친고죄가 있다. 사자명예훼손죄, 모욕죄와 같이 경미한 범죄는 일반적으로 처벌가치가 적은 경우가 많기 때문에 기소 또는 불기소의 판단을 피해자의 의사에 맡긴 것이다¹⁹⁾. 이와 달리 첫 번째와 두 번째의 경우에는 피해법익이 결코 경미하다고 볼 수 없기 때문에 각 범죄에 대한 법정형도 상당히 높은 편이다. 그럼에도 불구하고 이에 관하여 피해자에게 처벌에 관한 권한을 준 이유는 피해자의 명예를 보호하기 위함이거나 피해자와 특별한 인적관계에 있기 때문이다²⁰⁾.

하는 이유는 두가지 유형이 있다고 볼 수 있다. 그 하나는 범죄를 소추해서 그 사실을 일반에게 알리는 것이 도리어 피해자에게 불이익을 줄 우려가 있기 때문에 이와 같은 경우는 피해자의 처벌희망의 의사표시가 있어야 비로소 소추해서 처벌할 수 있게 하는 것이고, 또 하나는 비교적 경미하고 주로 피해자 개인의 법익을 침해하는 범죄에 관하여 구태여 피해자의 의사나 감정을 무시하면서까지 처벌할 필요가 없기 때문에 이와 같은 경우는 피해자로부터 아무런 말이 없으면 소추하지 아니하고 피해자가 처벌을 희망하여 올 경우 그때에 논하게 하겠다는 것이다.”라고 판시한다.

19) 히라라기 토키오(조균석 역), 앞의 책, 67쪽.

20) 상대적 친고죄로 규정된 재산범죄와 같은 경우는 피해자의 명예보호(혹은 피해의 경미성)로 설명되지 않고 오히려 형법의 보충성(형법은 사회통제의 최후수단)에 따라 친고죄가 정당화될 수 있다는 취지의 설명이 있지만(예컨대 박달현, “친고죄와 고소불가분의 원칙 - 그 문제점 및 개선방향”, 형사법연구 제12권1999. 11., 394쪽), 범인이 피해자와 친족관계라는 특별한 인적 관계에 있다는 사정도 친족관계에 있는 자의 재산범죄가 대외적으로

친고죄에 고소불가분의 원칙을 두는 이유는 두 가지 관점에서 설명된다. 그 하나는 고소는 원래 범인이 아니라 범죄사실에 대한 것이라는 것이고²¹⁾ 다른 하나는 고소인의 자의에 의한 불공평한 결과의 발생을 방지한다는 것이다²²⁾. 반의사불벌죄에도 친고죄와 마찬가지로 고소불가분의 원칙이 준용되어야 한다는 주장은 바로 두 번째의 이유를 강조한다. 이들은 친고죄와 반의사불벌죄에서 불가분원칙의 적용을 달리하면 형평성이 깨어지며, 최소한 처벌 여부에 대한 처분권을 피해자 등에게 부여한 점은 친고죄와 반의사불벌죄가 공통으로, 처벌의 발동과 소멸에 모두 처분권을 준 친고죄의 경우 공범 중 일부에 대한 선택적 처분권을 주지는 않았음에도 처분권을 반만 받은 반의사불벌죄에 선택적 처분권을 주었을 까닭이 없으므로, 불가분원칙이 당연히 반의사불벌죄에 유추적용되어야 한다고 한다²³⁾.

그러나 이는 오히려 친고죄의 특질을 제대로 파악하지 못한 견해일 뿐 아니라 공범자간의 처벌의 형평성을 실질에서 잘못 파악하였다고 하지 않을 수 없다. 앞에서 본 것처럼, 친고죄 범죄 중 첫 번째와 두 번째는 법정형이 상대적으로 높은 범죄이기 때문에 공범자간에 고소나 고소취소의 불가분의 원칙을 적용하지 아니하면 처벌의 형평에서 심각한 불균형이 발생할 여지가 많다. 고소취소의 불가분의 원칙을 적용하지 아니하면 고소취소된 공범은 형사절차에서 해방되는 반면 고소취소되지 아니한 범인은 중한 법정형에 따라 처벌받게 될 것이므로 법원이 일부 공범에 대하여 고소가 취소된 사정을 고려하더라도 경미하게 처벌받기 어렵다²⁴⁾.

드러나는 것이 전통적인 유교윤리에 따라 ‘집안의 명예’를 해치는 것으로 인식할 수 있다는 점에서 피해자의 명예를 보호하기 위하는 측면이 있다고 할 수 있다.

- 21) 백형구, “고소불가분의 원칙”, 고시연구 통권 제224호(1992. 11.), 94, 100쪽; 대법원 1994. 4. 26. 선고 93도1689 판결은 “그 고소는 피해자가 범죄사실이 알려지는 것을 감수하고 수사기관에 대하여 범죄사실을 신고하여 그 범인의 처벌을 희망하면 되는 것이고, 고소의 대상인 범죄사실이 특정되기만 하면 원칙적으로 범인을 특정하거나 범인이 누구인가를 적시할 필요는 없는 것이며, 친고죄에 고소나 고소취소 불가분의 원칙이 적용되어야 함은 친고죄의 이러한 특질에서 연유된다고 볼 수도 있다.”고 판시하고 있다.
- 22) 배종대·홍영기, 앞의 책, 18/25; 이재상/조균석/이창은, 앞의 책, 17/39; 이주원, 앞의 책, 80쪽; 임동규, 앞의 책, 138쪽.
- 23) 김정환, 앞의 논문, 126-127쪽; 박달현, 앞의 논문, 180-181쪽.

또한 이러한 범죄를 친고죄로 규정한 취지는 범인이 공개법정에서 재판 받는 과정에서 피해자의 명예에 훼손을 가져오는 2차 피해를 방지하고자 하는 것임에도 일부 범인에 대한 고소의 취소를 허용할 때에는 나머지 공범자에 대해서는 여전히 형사재판이 진행되어 피해자의 2차 피해를 방지하고자 하는 취지도 의미를 잃는다. 즉, 친고죄를 둔 취지에 부합하지 않고 실질적으로 공범자간의 처벌의 형평성에 심각한 불균형만 초래하게 되는 것이다. 한편 세 번째 경우인 경미한 친고죄의 경우는 고소가 취소되지 아니한 공범자를 별도로 분리하여 실체재판의 절차를 진행하는 것은 피해법익이 경미하여 법정형 자체가 매우 가볍기 때문에 사실상 큰 의미가 없다. 공범자간에 고소취소의 효력을 달리하여 피해자를 두텁게 보호할 필요성이 적어지는 것이다.

이와 비교하여 반의사불벌죄는 법익에 대한 침해정도가 상당하여 법정형이 가볍지 않은데다가 피해자에 대한 피해회복도 촉진할 필요가 있으므로 피해회복 여부 등에 대한 피해자의 의사를 범인별로 다르게 처리할 필요가 있다. 이 경우에는 고소불가분의 원칙을 준용하게 되면 오히려 공범자간의 처벌의 형평성을 깨뜨리는 결과를 초래한다. 예컨대 폭행행위 정범의 지시에 따라 피해자를 유인하는 행위를 하였으나 깊이 반성하면서 피해자의 피해를 일부 회복한 방조 범인에 대하여 피해자가 처벌불원의사표시를 하였다고 전혀 반성의 기미도 없고 피해회복을 위하여 아무런 조치도 취하지 아니한 정범에까지 그러한 처벌불원의사표시의 효력이 미치게 하여 형사소추에서 해방되도록 하는 것은 오히려 형사사법 정의에 부합하지 않음은 두 말할 필요가 없다. 다른 것은 다르게 처리하는 것이 형평에 부합한다. 공범자들에 대하여 피해자의 처벌여부의 의사가 형평에 부합하지 않는 경우는 법원이 유죄판결을 선고함에 있어서 양형으로 이를 충분히 참작하여 반영할 수 있기 때문에 폭행죄나 협박죄 등과 같은 반의사불벌죄에서는 고소취소되지 않은 피고인에 대하여는 법원의 실체판단을 받도록 하는 것이 오히려 공범자간의 처벌의 형평성을 도모할 수 있는 방안이라고 보아야 한다. 그리고 이러한 점을 고려하여 입

24) 특히 과거에 강간죄가 친고죄였던 때에는 불가분의 원칙을 적용하지 않게 되면 고소취소된 범인과 그 효력이 부인되는 범인 사이에는 매우 현저한 처벌의 불균형이 발생하는 데 비하여 피해자의 2차 피해를 방지하려는 원래의 취지는 불가능한 것을 알 수 있다.

법자가 결단으로 반의사불벌죄에 이를 준용하지 않았음에도 불구하고 유추적용하려는 견해는 입법자의 의사를 무시하는 것일 뿐 아니라 형사사법정의를 실현한다는 입법정책적인 측면에서도 옳지 못한 주장이라고 하지 않을 수 없다.

III. 고소불가분의 원칙의 적용범위

1. 간접정범의 포함여부

일반적인 견해는 고소불가분의 효력이 미치는 공범의 의미를 최광의의 공범으로 해석하고 있다. 즉 공동정범, 교사범, 방조범, 간접정범 등 임의적 공범 뿐 아니라 필요적 공범의 경우도 고소불가분의 효력이 미친다고 하는 것이다²⁵⁾.

고소불가분이 공동정범, 교사범, 방조범에 효력을 미치는 것은 분명하다. 그러나 간접정범의 경우는 사안에 따라 고소불가분의 효력이 미치는지 여부가 나뉜다. 우선, 어느 행위로 인하여 “처벌되지 아니하는 자”를 생명있는 도구로 사용한 간접정범의 경우 그 처벌되지 않는 자에 대한 고소는 간접정범에 대하여는 효력이 미치지 않는다고 보아야 한다. 고소된 자는 공범이 아니라 생명있는 도구에 지나지 않기 때문이다. 고소취소의 효력과 대비하면 쉽게 확인된다. 고소불가분은 고소의 불가분과 고소취소의 불가분을 모두 아우르는 말이다. 따라서 처벌되지 않는 생명있는 도구에 대한 고소나 고소취소는 간접정범에 대한 고소나 고소취소로서 효력이 미친다고 볼 수 없다. 그 결과 수사과정에서 피해자가 생명있는 도구를 처벌할 수 없음을 알고 그에 대한 고소를 취소한 때에도 이는 간접정범에 효력이 없다. 간접정범에 대한 고소나 고소취소의 효력이 처벌되지 않는 생명있는 도구에 미치는지의 여부는 무의미하다.

반면에, 생명있는 도구의 행위가 “과실범으로 처벌”되고 그 과실범이

25) 양동철, “형사소송절차에서의 ‘공범’”, 경희법학 제51권 제1호(2016. 3.), 122, 125쪽; 다만, 교과서에서는 일반적으로 “형법총칙상의 공범”이라고만 표현하는데(이재상·조근석·이창은, 앞의 책, 17/39 등), 형법 제1편 제2장 제3절 공범에 있는 공동정범, 교사범, 중범, 간접정범을 모두 포함하는 표현인지, 아니면 (간접정범의 본질이 ‘정범’이라고 보는 다수설적 견해에 따라) 간접정범이 제외된다는 것인지 명확하지 않다.

친고죄인 경우는 생명있는 도구에 대한 고소 또는 고소취소나 간접정범에 대한 고소 또는 고소취소는 모두 서로에 대하여 효력이 미친다고 할 것이다.

2. 필요적 공범의 포함여부

필요적 공범에도 고소불가분의 원칙이 적용되는지 문제된다. 판례는 과거 간통죄가 존속하던 시기에 고소불가분의 원칙을 긍정하였다²⁶⁾. 하지만 필요적 공범은 다수가 범죄에 참여하여 각자는 자신의 구성요건을 실행하는 행위를 하여 그 범죄의 정범이 되기 때문에 이들을 모두 친고죄로 처벌하는 경우에도 고소불가분의 원칙을 적용할 이유가 없다고 할 것이다²⁷⁾. 특히 강학상 필요적 ‘공범’이라고 하지만, 처벌받지 않는 일방이 처벌받는 타방에 대하여 진정한 의미의 공범이 될 수 없는 편면적 대항범의 경우 고소불가분의 원칙을 따질 필요가 전혀 없다. 결국, 고소불가분의 원칙은 교사범과 정범, 방조범과 정범, 공동정범, 피이용자가 과실범으로 처벌되는 경우 간접정범과 그 피이용자 사이에 한하여 인정되는 것이라고 새겨야 한다²⁸⁾. 따라서 필요적 공범을 모두 처벌하는 규정이 친고죄로 규정되어 있더라도 피해자는 그 중 일방의 범인에 대해서만 고소할 수 있고 이때 타방에 대한 고소가 없으므로 검사는 고소 없는 자에 대하여 공소를 제기할 수 없다고 할 것이다²⁹⁾³⁰⁾.

26) 대법원 1985. 11. 12. 선고 85도1940 판결; 강학상으로도 이러한 필요적 공범에 대해 고소불가분의 원칙이 적용되는 것이라고 소개하는 경우가 많다. 이에 대해서는 이재상·조균석·이창은, 앞의 책, 17/39; 임동규, 앞의 책, 139쪽 등.

27) 최병각, “친족상도례와 고소불가분”, 형사법연구 제33권 제3호(2016. 11.), 200-201쪽.

28) 본문에서 ‘공범관계’라고 지칭하는 경우 이러한 교사범, 방조범, 공동정범, 피이용자가 과실범으로 처벌되는 경우의 간접정범에 국한된 의미이다.

29) 한편 대법원 1996. 3. 12. 선고 94도2423 판결은 “양벌규정에 의하여 처벌받는 자는 친고죄의 경우에 있어서도 행위자의 범죄에 대한 고소가 있으면 족하고, 나아가 양벌규정에 의하여 처벌받는 자에 대하여 별도의 고소를 요한다고 할 수 없다”고 판시하는데, 위 판결이 정당화되려면 자연인과 법인 간에도 주관적 고소불가분의 원칙이 준용된다는 별도의 규정을 두지 않으면 안된다는 반대의견으로는 김성돈 “양벌규정의 법적 성격과 대법원이 말하지 않은 것들”, 형사판례연구(25), 2017, 29쪽

30) 다만 과실범을 친고죄로 규정하고 있거나, 필요적 공범을 모두 처벌하면서 친고죄로 규정

3. 공범관계에 있는 자의 판단기준

가. 공범관계 판정시기

구체적 사례에서 형사소송법 제233조에서 정한 고소불가분의 효력이 미치는 공범관계를 형사절차상 어떻게 판정하여야 할지 문제된다(특히 판정시기). 예컨대 ① 고소인이 甲만 친고죄의 범인으로 알고 고소하였으나, 이를 수사한 검사가 甲과 乙이 공범관계에 있는 것으로 판단하여 이들을 공범으로 기소하였으나 공판심리결과 甲이 범행에 가담한 사실이 인정되지 않고 乙의 단독범행으로 밝혀진 경우 - 즉 甲과 乙이 공범관계에 있다는 사실이 인정되지 않아 무죄를 선고하여야 하는 경우 - 고소인의 甲에 대한 고소는 乙에게 미치므로 검사의 공소는 적법하다고 보아 乙에 대하여 실체판단을 하여야 하는가? 그렇지 않으면 甲에 대한 고소의 효력이 乙에게 미치지 아니하므로 乙에 대한 고소 없이 제기된 검사의 공소는 부적법한가?³¹⁾ ② 甲, 乙을 ‘친고죄’의 공범으로 고소한 고소인이 乙에 대한 고소만을 취소하였고, 수사한 검사도 甲의 단독범행이라고 판단하여 甲에 대해서만 공소를 제기하였는데 법원에서 심리한 결과 甲과 乙이 공범관계에 있다고 판명된 경우, 乙에 대한 고소취소의 효력이 甲에게 미치는가? 만일 乙은 범행에 가담한 것이 아니라고 생각하여 무고죄의 처벌을 두려워한 고소인이 乙에 대한 고소를 취소한 경우에는 어떠한가?

이에 관하여 일응 고소사실기준설, 공소사실기준설과 심리결과기준설로 나누어 생각해 볼 수 있다. 고소사실기준설은 고소인의 고소의사를 기준으로 고소불가분의 원칙이 적용되는지를 따지는 견해이다. 고소인이 공범관계가 있다고 생각하고 한 사람을 고소하면 그 효력이 다른 사람에게도 미치므로 고소불가분의 원칙이 미치는 공범관계가 가장 광범위하게 인정된다. 대상판결에서 검사가 상고이유서에서 “친고죄에 관한 규정은 공소제기 이전의 사정인 소추조건에 관한 사항을 규정하고 있는데 소추조건을 갖추었는지 여부는 소추조건 개념상 시기적으로 공소제기 전에

하고 있는 경우를 현행법상 발견할 수 없으므로 간접정범, 필요적 공범과 관련된 이 부분 논의의 실익은 크지 않다.

31) 이는 앞의 제10회 변호사시험의 사안이다.

판단해야 한다는 점에서 고소 및 고소취소의 내용을 기준으로 판단할 수 밖에 없다”고 한 것은 이 견해를 바탕으로 한 것이다. 나아가 이 견해에 의하면 고소인이 비친고죄의 공범으로 고소한 경우는 그들 중 1인에 대하여 고소를 취소하더라도 이는 친고죄의 고소취소가 아니므로 검사가 친고죄로 구성하여 공소를 제기하였더라도 고소불가분의 원칙은 적용되지 않는다고 보게 된다. 다음으로 공소사실기준설은 검사의 공소제기 내용을 기준으로 고소불가분의 원칙을 적용하는 견해이다. 이에 따르면 친고죄의 고소불가분의 원칙은 ‘고소인의 자의’로 공범자간에 불공평한 결과가 발생하는 것을 방지하기 위한 규정이므로 ②의 사안과 같이 검사가 공범관계에 있지 아니하다고 판단하고 단독범으로 기소한 때에는 법원에서 심리한 결과 공범관계가 있다고 판명되더라도 공소제기 이전의 고소취소는 공소제기된 피고인에 대하여 효력이 없게 된다.

그러나 공범으로 판정하는 '시기'는 고소권자가 공범관계로 고소를 제기하였는지, 검사가 공범관계로 공소를 제기하였는지에 따라 좌우되는 것이 아니라 공판절차에서 심리한 결과 공범관계를 인정할 수 있는지 여부에 의하여 결정하여야 한다³²⁾. 공판심리 결과 공범관계가 인정되는 경우 친고죄의 고소 또는 고소취소불가분의 원칙이 적용되고, 그 심리결과 공범관계가 인정되지 않는 경우에는 고소 또는 고소취소불가분의 원칙은 적용될 수 없다고 하여야 한다. 친고죄의 적법한 고소 또는 고소취소 여부는 소송조건으로서 공소제기시는 물론이고 판결선고시까지 존속하여야 하는 것이고, 실제로 공범관계에 있지 않은 경우는 고소인의 의사에 기하여 공범자들 사이의 처벌의 불공평한 결과가 발생할 우려는 없기 때문이다³³⁾.

32) 김희옥·박일환·백형구(이완규 집필부분), 「주석 형사소송법(II)」 제4판, 한국사법행정학회, 2009, 427쪽; 박진환, “친고죄인 모욕죄의 단독범(동시범)으로 기소된 경우 모욕죄의 공동정범으로 인정하여 고소의 주관적 불가분 원칙을 적용할 수 있는지 여부”, 대법원판례해설 제98호(2013년 하반기), 2014, 368쪽; 최병각, 앞의 논문, 201쪽.

33) 이러한 법리는 공소시효와 관련된 규정의 해석에서도 유사하게 적용된다. 형사소송법 제253조 제2항은 공범의 1인에 대한 공소시효정지는 다른 공범자에게도 효력이 미치고, 당해 사건의 재판이 확정된 때로부터 공소시효가 다시 진행된다고 규정하고 있다. 그러나 범인이 아닌 자에 대하여 공소를 제기한 경우는 진범에 대한 공소시효는 계속 진행되고, 공범 중 1인이 범죄의 증거가 없다는 이유로 무죄의 확정판결을 선고받은 경우는 그를 공

나. 법원의 실체심리가 필요 없는 경우

다만, 공판의 심리결과를 기준으로 공범관계의 존부를 확정하는 태도에 대해서는 다음의 예외가 허용될 수 있다. 우선, 공범관계에 대해 실체심리를 할 필요가 없을 때에는 소송조건의 충족 여부를 따지기 위한 사실심리까지 절차를 진행할 필요가 없다. 이 경우에는 고소인의 고소사실 또는 검사의 공소사실을 기준으로 형식판단으로 절차를 종결하면 충분하다. 甲과 乙을 친고죄의 공범으로 고소한 고소인이 수사 초기단계에서 공범 중 한사람에 대한 고소를 취소한 사례를 본다. 이때 고소는 甲과 乙이 친고죄의 공범임을 전제로 한 것이므로 그의 고소내용 대로라면 고소불가분에 의하여 나머지 한사람에게 고소취소의 효력이 미치므로 친고죄의 고소는 모두 취소된 것과 같은 결과가 되어야 한다. 친고죄에서 고소가 없으면 수사기관이 수사를 개시할 수 없는 것은 아니다. 그렇지만 피고소인 중 한사람에 대한 고소취소가 공범이 아니라는 사실을 전제로 이루어지거나 수사과정에서 단독범임이 밝혀져 고소인이 범행에 가담하지 않은 자에 대한 고소만 취소하여 나머지 범인에 대한 수사과 소추가 필요한 경우가 아니면 친고죄의 고소가 취소된 경우 수사기관이 더 이상 수사를 진행하지 않고 이를 형식절차로 종결한다는 이유로 비난할 수 없다. 물론 이때에도 수사기관은 고소가 취소되지 않은 나머지 피고소인에게 고소취소의 효력이 미치는지 여부를 확인하기 위하여, 즉 공범관계를 확인하기 위하여 수사를 계속할 수 있다고 하겠다. 그리고 수사기관의 수사결과 甲과 乙이 공범관계에 있지 않다는 사실이 밝혀진 경우는 피해자의 고소취소의 효력은 다른 피고소인에게 미치지 않으므로 검사는 피해자가 공범으로 고소한 것에 영향을 받지 않고 마땅히 이를 전제로 공소를 제기하여야 한다. 검사가 이와 같이 사실관계를 밝혔음에도, 다시 말하여 공범관계에 있지 않아 고소가 취소되지 않은 나머지 피고소인에 대하여 적법하게 공소제기할 수 있음에도 불구하고 ‘공소권 없음’ 처분을 하는 것은 국가형벌권의 적정하고 공평한 행사를 저해하는 것이다.

한편, 검사의 공소사실을 기준으로 소송조건의 충족 여부를 따지더라

범이라고 할 수 없으므로 그에 대하여 제기된 공소로써는 다른 범인에 대한 공소시효정지의 효력이 없다. 대법원 1999. 3. 9. 선고98도46231 판결 참조.

도 충분한 경우가 있다. 불고불리의 원칙에 따라 법원은 검사가 공소제기한 공소사실만을 기준으로 심리·판단할 의무가 있고 검사가 제기한 공소사실에 의하여 제약받는다. 그러므로 만일 검사가 甲이 乙과의 친고죄 공범이라고 하면서 甲만을 단독으로 기소하였다면 법원은 검사의 공소사실을 전제로 소송조건인 증족 여부를 판단하는 것이 원칙이다. 따라서 이때 乙에 대한 고소가 공소제기 전에 이미 취소된 것이 밝혀진 경우 법원은 甲과 乙의 공범 여부를 심리할 필요가 없고 공판심을 계속 진행할 이유가 없다. 검사의 공소제기는 甲과 乙이 공범임을 전제로 한 것이므로 법원은 공소사실만을 기준으로 공소제기가 친고죄의 고소불가분의 효력이 미치는 공범에 대한 공소제기라는 이유로 바로 공소기각 판결을 선고하면 되는 것이다.

다. 공판심리 도중에 공소제기 이전의 고소취소 사실 및 공범관계 없음이 밝혀진 경우

만일 乙에 대한 고소취소가 있었다는 사실이 공판심리 초기단계에 제출되지 않다가 심리가 한참 진행되는 도중에 제출되고 그 심리과정에서 甲과 乙이 공범관계에 있지 아니하고 甲의 단독범임이 밝혀진 경우는 어떠한가? 이때에는 乙에 대한 고소가 취소되었고 검사가 공범으로 기소한 이상 고소의 주관적 불가분원칙에 따라 고소취소의 효력이 甲에게도 미친다는 견해³⁴⁾와, 공소를 제기한 때에는 소송조건인 흠결이 있었으나 공판심리과정에서 甲의 단독범행이 명백하게 판명되어 그 흠결이 치유되었으므로 법원은 甲에 대하여 단독범으로 유죄판결을 선고하여야 한다는 견해³⁵⁾가 대립한다. 이와 관련하여 일본 오사카고등법원 판결³⁶⁾의 입장을 참고해볼 수 있다. 구체적인 사실관계와 판단내용은 다음과 같다³⁷⁾.

34) 團藤, 실무강좌(3), 550면(本位田); 平場 등, 주해(중)(1977), 201면(高田) {김희옥·박일환·백형구(이완규 집필부분), 앞의 책, 426쪽에서 재인용}.

35) 青柳 등, 주석(2)(1988), 283면(佐藤) {김희옥·박일환·백형구(이완규 집필부분), 앞의 책, 426쪽에서 재인용}.

36) 大阪高等裁判所 第一刑事部 141号, 1965. 9. 28.

37) 일본 형사소송법 제238조 제1항은 “친고죄에 대하여 공범의 1인 또는 여러 명에 대하여 한 고소 또는 그 취소는 다른 공범에 대하여도 그 효력이 발생한다”고 하여 우리 형사소

검사는 甲과 乙의 공모에 의한 강간으로 공소사실을 구성하여 乙을 기소하였다. 공판절차에서 피해자와 공범자 甲에 대한 증거서류가 증거부동의 되어 법원은 피해자가 甲에 대한 고소를 취소한 사실을 알 수 없었고 심리를 계속 진행하였다. 심리 도중 기소 전에 甲에 대한 고소가 취소된 것이 판명되었으나 공판 심리결과 강간범행은 甲과 乙의 각각의 단독범행이고 공범관계가 없다는 사실이 밝혀졌다. 이때 법원이 어떠한 조치를 해야 하는지 문제되었다. 변호인은 공범관계의 유무는 고소를 취소한 날을 기준으로 판단하여야 하며 심리결과 공범이 아님이 확인되었다고 하더라도 고소흠결이라는 공소제기 시점의 소송조건의 하자는 치유되지 않는다는 이유로 공소기각판결을 선고하여야 한다는 취지로 주장하였다. 이에 대하여 법원은 “본건 강간의 공소는 기소 당시에는 고소의 흠결에 의한 부적법이었다는 것이지만 그 후의 사실조사 결과 공범이 아닌 2개의 강간이 성립하는 것으로 판명된 것이기 때문에, 고소흠결이라는 당초의 소송조건의 하자는 그 후 소송의 발전에 수반하여 치유되었다고 해석하는 것이 상당하다. 그리고 2개의 강간이 병존하는 경우 그 가운데 1개에 대한 고소 및 그 취소는 가능하기 때문에 위와 같은 하자가 치유되었다고 해석하여도 피해자의 감정을 중시하는 친고죄의 취지에 반하는 것이 아니다.”라고 판시하여 1심 판결을 유지하였다.

생각건대, 위 사안의 경우 법원은 검사의 공소사실만을 기준으로 소송조건의 구비 여부를 따지면 충분하므로 원칙은 실제심리 없이 공범인 甲에 대한 고소취소를 이유로 공소기각 판결을 선고하는 것이 맞다. 하지만 어떤 이유에서건 실체에 관한 심리가 진행되어 甲과 乙이 공범관계가 아니고 乙의 단독범행임이 밝혀진 경우는 그러한 사실관계를 도외시하고 공소기각 판결을 선고하는 것은 소송의 동적, 발전적 성격을 무시하는 것이고 실제적 진실에도 부합하지 않는 것으로 적절하지 못하다. 이 경우에는 甲과 乙이 공범관계에 있지 않다는 사실관계가 밝혀졌으므로 甲에 대한 고소취소의 효력이 乙에게 미치지 않는다고 보아 乙에 대하여는 실제 심리결과에 따라 판결을 선고하여야 할 것이다. 아래에서는 항을 바꾸어 사례별로 조금 더 구체적으로 살펴본다.

4. 구체적인 사례의 경우

송법 제233조와 같이 고소의 주관적 불가분의 원칙을 선언하고 있다.

가. Ⅲ.3.가. ① 사례의 경우

1) 고소불가분 원칙의 적용여부

먼저 ①의 사례³⁸⁾의 경우 심리결과 공범이라는 사실을 인정하기 어려워 무죄판결을 받게 되는 甲에 대한 고소 효력은 乙에게 미칠 수 없다. 그리고 고소 없이 공소가 제기된 乙에 대한 공소는 부적법하다. 검사가 사실관계를 제대로 파악하지 못하여 공범관계에 있지 않음에도 불구하고 공범관계에 있다고 잘못 공소를 제기한 것이므로 친고죄의 고소불가분의 원칙을 적용하여 다른 피고소인에 대하여 고소의 효력이 미친다고 볼 수 없다. 공범관계에 있지 않으므로 고소불가분의 효력을 인정하지 않더라도 국가형벌권이 불공평하게 행사될 여지가 없기 때문이다. 검사는 이러한 불합리한 결과가 발생하는 것을 방지하기 위해서 수사단계에서 공범이라고 판단한 경우 다른 공범자에 관하여도 피해자의 고소장을 제출받아야 한다³⁹⁾.

2) 고소기간을 도과한 고소와 고소불가분의 원칙

사안을 일부 달리하여, 甲, 乙이 친고죄의 공범이고 고소인이 甲만 친고죄로 고소하였으나 고소를 할 때 甲에 대한 고소기간이 이미 도과한 경우 그 고소의 효력이 乙에게도 미치는가?

고소기간이 경과한 후에 이루어진 고소는 부적법하다. 그리고 공범관계에서 고소기간의 경과를 범인별로 나누어 판단하여야 한다. 예컨대, 피해자가 공범 중 1인인 甲이 범인임을 알았으나 乙도 甲과 공범이라는 사실을 나중에 알게 된 경우 6개월의 고소기간 경과의 산정에 시차가 발생한다. 이 경우에 甲에 대한 고소기간은 경과하였으나 乙에 대한 고소기

38) 甲, 乙 중 고소인이 甲만 친고죄로 고소하고, 검사는 甲, 乙을 공범으로 기소하였는데 심리결과 乙의 단독범행으로 밝혀진 경우.

39) 이 경우 피해자의 甲에 대한 고소를 바로 진범인 乙에 대한 고소라고 볼 수 있는지는 고소불가분의 효력이 미치는지의 여부와는 관련이 없는 별개의 문제이다. 피해자의 고소내용이 甲을 범인으로 적시하여 처벌을 구하면서 나아가 다른 범인이 있는 경우는 그 범인을 모두 처벌해 달라는 취지라면 고소인이 알지 못하는 그 범인에 대한 처벌을 구하는 고소가 포함되어 있다고 볼 수 있고, 이 경우는 진범자에 대한 고소로서 유효한 고소라고 보아야 할 것이다. 그러나 그러한 내용이 없이 피해자가 甲을 특정하여 고소만 한 것이라면 이를 진범인 乙에 대한 고소로 유효하다고 보기는 어려울 것이다.

간이 경과하지 않았다면, 甲에 대한 고소는 부적법하므로 공소를 제기할 수 없지만 乙에 대한 고소는 적법하므로 공소를 제기할 수 있다. 고소불가분의 원칙은 그 고소가 적법한 것을 전제로 하므로 만일 고소기간의 경과로 고소가 부적법한 경우는 다른 공범자에 관하여 고소기간이 경과하지 않았더라도 부적법한 고소의 효력이 다른 공범자에게 미쳐 적법한 고소가 된다고 볼 수 없다.

나. III.3.가. ② 사례의 경우

1) 고소불가분 원칙의 적용여부

다음으로 ② 사례⁴⁰⁾의 경우는 검사가 단독범으로 기소하였더라도 심리결과 甲과 乙이 공범이라는 사실이 밝혀졌으므로 피해자의 乙에 대한 고소취소는 주관적 불가분의 원칙에 따라 甲에게 미치고 법원은 공소제기된 甲에 대하여 공소기각 판결을 선고하여야 한다.

물론, 이에 대하여 고소의 주관적 불가분의 원칙은 고소인의 자의에 의하여 처벌이 좌우되는 것을 방지하는 취지를 가지지만 반드시 공범자의 통일적 처벌까지 요구하지는 않으므로 고소취소에 의하여 절차가 무효가 되는 것을 가능한 한 피하는 방향으로 해석론을 펼쳐야 한다는 반대주장도 존재한다⁴¹⁾. 이 견해는, 1) 수사단계에서는 甲과 乙이 공범이 아니어서 乙에 대한 고소취소가 이루어지고 甲에 대한 공소만 제기했으나 공판 심리결과 甲과 乙이 공범임이 밝혀진 경우, 고소인의 의사는 공소제기된 甲의 범행까지는 취소할 의사가 없음이 명백하므로 乙에 대한 고소취소의 효력은 甲에게 미치지 않는다고 해석한다. 한편, 2) 수사단계에서 甲과 乙을 공범으로 하는 고소가 있었지만 甲에 대한 고소가 취소되어 검사가 乙만 공소제기하고 공판 심리 결과 乙의 단독범행으로 인정된 때에는, 고소인의 의사에 비추어 범죄사실 모두에 대한 고소가 취소되었다고 보아야 하므로 甲에 대한 고소취소의 효력은 乙에게 미친다고 해석한다.

40) 甲, 乙 모두 친고죄의 공범으로 고소하였다가 乙에 대한 고소만 취소하였고, 검사도 甲의 단독범행이라 판단하여 甲에 대하여만 공소제기를 하였는데 법원의 심리결과 甲과 乙이 공범관계에 있다고 판명된 경우.

41) 이재상, “고소불가분의 원칙”, 고시계 통권 제372호(1988. 2.), 39쪽.

그러나 고소불가분의 원칙을 적용함에 있어서 고소인의 내심의 의사를 확인하여 그 효력을 따지는 것은 소송절차의 형식적 확실성에 비추어 적절한 방법이라고 할 수 없다. 그러므로 공판 심리결과 공범관계임이 확인된 때에는 고소불가분의 원칙에 따라 공소기각 판결을 하는 것이 타당하다고 생각한다.

다만, 위 사례와 관련하여 고소인이 乙은 범행에 가담한 것이 아니라고 생각하여 무고죄의 처벌을 두려워한 나머지 고소를 취소하였다면, 이 경우까지 공소기각 판결로 결론짓는 것은 고소인의 의사와 전혀 다른 결과를 초래한다. 피해자는 乙이 공범이 아니라는 생각에서 乙에 대한 고소를 취소한 것일 뿐인데, 공판 심리결과 甲과 乙의 공범관계가 인정되고 甲에게 고소취소의 효력이 미쳐 공소기각판결을 내리는 것이 형사소송법 제233조의 형식만을 지나치게 관철시키려한 것은 아닌지 의문이 든다. 즉, 국가형벌권의 적정하고도 공평한 행사라는 형사소송법 제233조의 입법취지를 존중하는 것은 맞지만, 이는 형법이 친고죄로 정하여 피해자의 의사를 어느 정도는 존중하겠다는 것을 지나치게 축소시키는 결과가 될 수 있다. 이 경우에는 피해자의 고소취소가 착오에 기한 것으로 효력이 없다고 새긴다면 이처럼 난처한 상황을 극복할 수 있다.

표의자의 의사표시에 하자가 있는 실체형성행위의 경우 의사표시의 하자가 있다고 하여 그것만으로 곧바로 무효원인이 되는 것은 아니다. 다만 절차형성행위의 경우 ‘통상인의 판단을 기준으로 만일 착오가 없었다면 그러한 소송행위를 하지 않았으리라고 인정되는 중요한 점에 대한 착오가 존재할 것, 착오가 행위자 등의 책임질 수 없는 사유로 발생하였을 것, 그 행위를 유효로 하는 것이 현저히 정의에 반한다고 인정될 것’의 요건을 갖춘 경우 무효로 볼 수 있다는 것이 대법원의 태도이다⁴²⁾. 따라서 고소인의 의사표시 하자가 존재하고 그러한 착오가 그의 책임 없는 사유로 발생하였고, 그 행위를 유효로 함으로 인하여 현저히 정의에 반하는 결과가 될 때에는 乙에 대한 고소취소의 효력을 부인함으로써⁴³⁾

42) 대법원 1992. 3. 13. 선고 92도1 결정; 다수설 역시 절차형성행위의 경우 소송의 형식적 확실성만 지나치게 강조하여 당사자의 이익과 정의가 희생되어서는 안되므로 그 착오가 당사자의 책임있는 사유로 인한 것이 아닌 경우라면 무효라고 보는 것이 타당하다는 설명에 대해서는, 이재상·조균석·이창은, 앞의 책, 14/7.

결과적으로 乙에 대하여도 고소의 주관적 불가분의 원칙에 따른 공소기각판결이 아니라 실체판결을 할 수 있도록 하여야 한다.

2) ② 사례의 변형과 고소불가분의 원칙 적용여부

다음으로 甲과 乙이 친고죄의 공범으로 고소되었으나 수사결과 甲이 범죄에 가담한 사실이 없어 乙의 단독범행으로 밝혀지고, 피해자가 甲에 대한 고소를 취소하여 검사가 乙만을 기소한 경우를 검토한다.

여기에서 만일 법정에서 피고인 乙이 공범으로 고소된 甲에 대한 고소취소가 고소불가분의 원칙의 적용으로 乙에게도 효력이 있으므로 공소기각판결이 선고되어야 한다고 주장할 경우 검사는 이 사건은 고소된 내용과 다르게 甲과 乙이 공범이 아니므로 甲에 대한 고소취소의 효과가 乙에게 미치지 않아 乙을 친고죄의 단독범으로 기소한 것이라고 주장하게 된다. 이때 법원은 甲과 乙의 공범관계 여부가 소송조건과 관련되므로 법원은 공범관계에 있는지 공범관계에 있지 않는지 그 실체에 관하여 심리하여야 한다. 실체에 관하여 심리한 결과 검사의 판단과 달리 甲과 乙이 공범관계에 있다는 것이 밝혀진 경우는 甲에 대한 고소취소는 乙에게도 미치므로 소송조건의 미비를 이유로 공소기각 판결을 선고하여야 할 것이나, 甲이 범죄에 가담한 사실이 없어 乙의 단독범행으로 밝혀진 경우 甲에 대한 고소취소의 효력이 乙에게는 미치지 않아 소송조건에 하자가 없으므로 실체판단을 하여야 한다.

다. 대상판결에의 적용

- 43) 공판 심리결과를 기준으로 제233조의 공범인지 여부를 판정한다고 할 때, 범죄 행위 태양, 경중 등 구체적 사안에 따라 다를 수 있으나, 위처럼 피해자는 공범이 아니라고 생각하여 乙에 대한 고소취소를 한 것일 뿐인데 공판 심리결과 甲과 乙이 공범관계에 있다고 하면 乙에 대한 고소취소의 효력이 甲에게도 미쳐 甲에 대해 공소기각판결을 내릴 수밖에 없는 결과는 현저히 정의에 반한다. 한편 피해자의 입장에서는 당사자들의 거짓진술 여부를 알 수 없어 실체적 진실에 따른 바른 판단을 할 수 없으므로, 만일 피해자의 고소취소가 피고 소인들의 거짓진술과 수사기관의 판단에 따른 조연의 결과라면 이러한 피해자의 착오로 인한 고소취소는 그에게 책임을 돌릴 수 없는 것으로 취소 자체를 무효로 새겨야 할 것이다. 이러한 경우 법원은 공범에 대하여 실체판단을 하여야 할 뿐 아니라 검사는 고소취소된 공범에 대하여도 고소취소의 효력을 부인하고 공소를 제기할 수 있다고 보아야 한다.

그런데 만일 피해자가 甲과 乙을 ‘비친고죄’로 고소하였다가 공범 甲에 대하여 고소를 취소하였는데, 수사한 결과 甲과 乙이 비친고죄의 공범(강제추행의 합동범)에 해당함에도 고소취소가 되지 않은 甲만을 친고죄인 단독범(단순 강제추행)으로 기소한 경우 고소취소불가분의 원칙이 적용되어 피해자의 甲에 대한 고소취소가 乙에게 효력이 있는지 문제된다⁴⁴⁾.

대상판결의 상고이유에서 검사는 기소는 친고죄(강제추행)로 하였지만 피해자의 고소는 비친고죄(강제추행의 합동범)에 대한 것이고 실제로도 비친고죄인 추행의 합동범이 인정됨에도 검사가 친고죄(추행의 단독범)로만 기소한 것이므로 이러한 사정이 있는 경우 친고죄의 고소불가분의 원칙이 적용될 수 없다고 주장하였다.

위 사안에서 검사가 비친고죄(강제추행의 합동범)가 성립함에도 친고죄(강제추행의 단독범)로 기소하였다면 일죄의 일부기소가 허용되므로⁴⁵⁾ 부적법하다고 할 수 없다. 그러나 검사가 비친고죄가 성립함에도 불구하고 친고죄로 공소를 제기하였다면 법원은 적법한 친고죄의 고소가 있는지 심리하여야 한다. 피해자의 고소취소가 비친고죄에 대한 것이더라도 그 고소취소는 친고죄에 대한 고소취소도 포함하므로, 검사가 공소제기한 친고죄도 고소불가분의 원칙이 적용될 수 밖에 없다. 고소불가분의 원칙의 적용을 피하려는 검사는 비친고죄로 공소장변경을 신청하면 충분하고 그러한 신청이 없으면 공소제기된 내용을 기준으로 따져야 한다. 그러므로 대상판결에서 대법원이 “고소권자가 비친고죄로 고소한 사건이더라도 검사가 사건을 친고죄로 구성하여 공소를 제기하였다면 법원으로서 친고죄에서 소송조건이 되는 고소가 유효하게 존재하는지를 직권으로 조사·심리하여야 한다. 그리고 이 경우 친고죄에서 고소와 고소취소의 불가분 원칙을 규정한 형사소송법 제233조는 당연히 적용된다”고 한 판시내용은 타당하다.

44) 앞에서 예를 든 것처럼, 피해자가 甲과 乙을 비친고죄인 명예훼손죄로 고소하였다가 공범 甲에 대하여 고소를 취소하였는데, 비친고죄인 명예훼손죄의 공범이 인정됨에도 검사가 乙에 대하여만 친고죄인 모욕죄의 단독범으로 기소한 경우도 마찬가지로 문제가 발생한다.

45) 일죄의 일부기소 및 일죄의 일부기소의 타당성에 대한 자세한 논의에 관하여는, 최대호, “일죄일부에 대한 공소제기의 적법성”, 고려법학 제61호(2011. 6.), 392-401쪽.

IV. 증명방법과 증명책임

1. 소송조건의 증명 일반론

친고죄의 고소는 공소를 제기할 때는 물론이고 판결을 선고할 때에도 유효하게 존속하여야 하는 소송조건이므로 법원은 그러한 소송조건을 직권으로 조사·심리하여야 한다⁴⁶⁾. 소송조건에 관한 증명은 자유로운 증명의 대상이다⁴⁷⁾. 친고죄에서 적법한 고소 여부는 자유로운 증명으로 가능하지만 그 증명도 합리적인 의심의 여지가 없을 정도가 되어야 한다.

2. 친고죄와 공범관계 유무 판단의 특수성

대상판결과 같이 검사가 피고인 甲을 친고죄의 단독범으로 기소하였으나 피고인 甲이 그와 공범관계에 있는 乙에 대한 고소가 취소되어 그 고소취소의 효력이 甲에게 미친다고 주장하는 경우, 피고인 甲에 대한 고소취소가 인정되기 위하여는 피해자가 乙에 대한 고소를 취소한 사실과 甲과 乙이 공범관계에 있다는 사실이 증명되어야 한다. 피해자의 乙에 대한 고소취소 사실의 증명은 실무상 인감증명이 첨부된 고소취소장 등으로 쉽게 이루어질 수 있다.

그러나 甲과 乙이 공범관계에 있다는 사실은 실질적으로 실체심리를 거쳐야 확인할 수 있다. 통상 소송조건의 구비 여부가 문제되는 경우는 이를 먼저 심리한 다음 비로소 실체심리에 들어가게 되는데 대상판결의 경우 소송조건의 충족 여부를 판단하기 위하여 먼저 실체심리에 들어가는 다소 이상한 상황이 발생한다. 게다가 이러한 경우 피고인은 자신이 고소취소된 乙과 공범관계에 있다는 주장과 증명을 하려는 반면에 검사는 피고인과 乙이 공범관계에 있지 않다는 주장과 증명을 하려고 하여 일반적인 형사사건과 달리 증명하는 자의 입장이 뒤바뀌는 현상이 발생한다.

하지만 우리 대법원은 이미 이와 유사한 상황에서 소송조건의 구비를

46) 대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도7462 판결.

47) 대법원 2011. 6. 24. 선고 2011도4451 판결.

판단하기 위하여 실제심리에 들어가야 하는 경우를 상정하여 판시한 예가 있다. 즉 검사가 고소기간이 경과한 강간범행에 대하여 그 수단으로 저지른 폭행·협박만을 별도로 기소한 사안에서 그 공소제기는 강간죄를 친고죄로 정한 취지에 반하는 공소제기로서 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효라고 판시하면서⁴⁸⁾, “원심법원으로서 공소사실의 각 폭행·협박이 강간행위의 수단임에도 불구하고, 검사가 그 폭행 또는 협박사실들만을 분리하여 공소를 제기한 것인지 여부를 심리하여 그 공소제기의 적법 여부를 가려 보았어야 할 것인데도, 이에 나아가지 아니한 채---”라고 하였다. 이 경우 폭행 또는 협박으로 제기된 공소가 적법한지 여부를 따지기 위해서는 필연적으로 폭행, 협박이 강간죄의 일부로 행해진 것인지의 여부에 관한 실제심리를 하여야만 한다.

한편, 소송조건에 관한 증명책임은 원칙적으로 검사에게 있다. 소송조건이 법원의 직권조사사항이기는 하지만 ‘의심스러울 때는 피고인의 이익으로’ 원칙은 실제법적 사실 뿐만 아니라 소송법적 사실인 소송조건 존재에서도 동일하게 적용되어야 하기 때문에 소송조건 존재 역시 검사가 그 증명책임을 진다고 보아야 한다⁴⁹⁾. 따라서 친고죄로 기소한 경우에 적법한 고소가 있었다는 사실의 증명책임은 검사가 부담한다. 적법한 고소가 있었는지 여부는 법원이 직권으로 조사해야 하는 사항이고 자유로운 증명으로 가능한데 제반 증거를 종합하더라도 피해자의 적법한 고소가 있었다는 사실이 불명인 경우에는 결국 적법한 고소 사실을 인정할 수 없으므로 소송조건을 갖추지 못하여 공소기각 판결을 선고하여야 하는 것이다. 그러나 소송조건 증명책임이 검사에게 있다고 하여 친고죄의 고소가 적법하게 취소되지 않았다는 사실까지 증명할 책임을 검사에게 부담시키는 것이라고 해석하여서는 아니된다. 고소가 적법하게 취소되었다는 피고인의 주장에 대하여 피고인이나 검사가 이에 대한 증명을 제대로 하지 못한 결과 고소취소 사실이 불명인 경우에는 결국 법원은 고소취소 사실을 인정할 증거가 부족하므로 공소기각 판결을 선고할 수는 없고 적법한 고소가 존재하고 있으니 실제판결로 나아가야 하기 때

48) 대법원 2002. 5. 16. 선고 2002도51 전원합의체 판결.

49) 이재상·조균석·이창운, 앞의 책, 37/34.

문이다. 이는 피고인이 위법성 조각사유를 주장하는 경우에 위법성 조각사유에 해당하지 않는다는 사실을 검사가 증명할 책임을 부담하는 것으로 구조가 다르다⁵⁰⁾. 따라서 고소취소 사실의 존부가 불명인 경우에 그로 인한 불이익은 피고인이 받는 결과가 되지만, 이를 형사소송에서 증명책임이 검사에게 있음에도 피고인에게 전환시킨 것, 즉 증명책임의 전환이라고 볼 것은 아니다.

대상 사건의 경우 검사가 피고인에 대한 적법한 고소가 있었다는 사실의 증명에 실패한 경우라면⁵¹⁾ 소송조건을 갖추었다고 볼 수 없고 검사의 공소는 부적법하다. 그러나 검사는 친고죄의 고소가 있다는 사실을 증명하면 일단 소송조건을 구비를 증명한 것이고 이에 대하여 피고인이 고소 취소 사실을 주장할 경우 그 고소취소가 없다는 사실까지 증명할 책임은 없다. 적법한 고소가 인정되면 그 고소가 취소되었다는 사실이 증명되지 않는 한 유·무죄의 실체심리와 판단에 들어가야 하기 때문이다.

3. 대상판결의 검토

대상판결에서 甲과 乙의 공범관계가 인정되어야만 고소취소의 효력이 미치고 甲과 乙이 공범관계에 있다는 사실이 증명되지 않으면⁵²⁾ 乙에 대한 고소취소가 피고인 甲에 대한 고소취소로서의 효력을 가지지 못한다. 원심은 “신빙성 유무에 관하여 논란의 여지가 있는 피해자의 진술을 대체로 믿어주더라도 ○○○에게 공범으로서 강제추행의 혐의가 인정되지 않는다고 단정할 수 없는 이상” 공소기각 판결을 선고한 것은 정당하다고 판시하였다. 그러나 이러한 판시는 검사가 공범관계에 있지 않다는 점을 증명하지 못하는 이상 고소취소의 효력이 미친다는 취지이므로 친고죄의 소송조건에 관한 증명책임을 오해한 잘못이 있음이 분명하다. 원

50) 민사소송으로 따지면 피고인의 위법성 조각사유의 주장은 청구원인(범죄의 성립)에 대한 부인에 해당하는 것으로 볼 수 있고, 고소에 대한 고소취소의 주장은 청구원인(고소의 존재)에 대한 항변에 해당하는 것으로 생각해 볼 수 있다. 청구원인에 대한 부인에 대하여는 청구원인을 주장하는 원고가 입증하여야 하지만, 청구원인이 입증된 이후 항변사실에 대하여는 이를 주장하는 당사자, 즉 피고가 입증하지 못하면 청구원인에 따른 판결이 선고되어야 한다.

51) 이는 적법한 고소가 있었다는 사실의 증명이 불명인 경우를 포함한다.

52) 甲과 乙이 공범관계에 있지 않다는 사실이 증명된 경우 뿐 아니라 甲과 乙이 공범관계에 있는지 여부가 불명인 경우도 포함하는 것이다.

심은 직권으로 고소취소된 자가 피고인의 강제추행 범행에 공범으로 가담한 사실이 합리적 의심 없이 증명되었는지 충분히 심리한 후 그와 같은 사실이 증명되지 않는다면 고소불가분의 원칙의 적용에 따른 고소취소의 효과를 인정할 수 없게 되므로 실체판단으로 나아갔어야 마땅하였다⁵³⁾. 그리고 대법원도 상고이유에서 “피고인과 ○○○이 공범임을 인정하기에 부족함에도 피고인과 ○○○이 공범관계에 있다고 판단한 원심은 결국 채증법칙을 위배하여 증거판단을 그르친 위법이 있다”는 검사의 주장에 대하여 앞에서 서술한 기본법리를 실시하고 원심판결을 파기하여 환송하였어야 함에도 이를 방치하고 만연히 침묵하는 잘못을 범하고 있다.

V. 나가며

이상으로 대상판결에서 도출되는 쟁점을 중심으로 친고죄의 고소불가분의 원칙과 관련하여 실무상 문제될 수 있는 사례들을 검토해 보았다. 앞에서 논의한 내용을 요약하면 다음과 같다. 친고죄의 고소불가분의 원칙 중 객관적 불가분의 원칙이 법리상 당연히 인정되는 것이라고 할 수 없고, 단순일죄의 경우도 고소는 나누어질 수 있다. 통설은 결합범인 단순일죄의 경우 피해자가 단순일죄의 일부를 구성하는 비친고죄를 고소하더라도 항상 친고죄 전부에 대하여 고소의 효력이 미친다고 하지만, 피해자의 의사가 비친고죄 부분만 고소하는 것이 명백할 때에는 친고죄 전부에 대한 고소가 있다고 할 수 없다. 또한 친고죄 전부에 대한 고소가 없더라도 그중 일부를 비친고죄로 공소제기하는 것은 당해 범죄를 친고

53) 원심은 “제1심이 피고인과 공범으로 고소된 乙에 대하여”라고 기재하였는데, 위 기재가 공범으로 고소되었으므로 공범관계가 아니라는 사실을 검사가 증명하지 못하는 이상 고소불가분의 원칙이 적용된다는 전제에서 그와 같이 판시하였을 수도 있지만, 이는 이미 앞에서 따진 바와 같이 고소된 사실을 기준으로 고소불가분의 원칙을 적용하여야 하는 것은 아닌데다가 검사가 단독범임을 전제로 공소를 제기한 것이므로 타당성이 전혀 없다. 한편 고소인은 공범으로 고소된 乙이 범행을 부인하는데다가 乙의 공범(합동범) 혐의가 인정되지 않는다는 검사의 수사내용에 관한 설명을 듣고 乙에 대해서만 고소를 취소하였을 가능성도 상당히 높으므로 법원은 피해자가 고소를 취소하게 된 경우에 관하여 충분한 심리를 하였어야 마땅하다.

죄로 규정한 취지에 반하지 않으면 적법하다고 보아야 한다.

친고죄의 고소불가분의 효력은 공범관계에 있는 자에게 미치므로, 공범이 아닌 자에 대해서는 고소불가분의 효력은 미칠 수 없다. 공범의 여부는 고소권자가 공범관계로 고소하였는지, 검사가 공범관계로 공소를 제기하였는지 여부에 따라 좌우되지 않고 최종적으로 공판절차에서 심리한 결과 진정한 공범관계가 있다고 사실 인정되는 여부에 의하여 판단하여야 한다. 따라서 고소인이 범인이 아닌 자를 공범으로 오인하고 고소한 경우 그 고소는 진범에 대하여는 효력이 미치지 않고, 검사가 공범으로 기소하였더라도 공범관계가 인정되지 않으면 기소되지 않은 자에 대한 고소취소가 공범으로 기소된 다른 자에게 효력이 미칠 수 없다.

친고죄의 적법한 고소 또는 고소취소의 판단은 검사가 공소제기한 공소사실을 기준으로 하여야 한다. 검사가 비친고죄임에도 불구하고 친고죄로 기소한 경우 소송조건의 충족 여부는 검사가 공소제기한 범죄를 기준으로 하여 판단하여야 한다. 따라서 고소권자의 고소취소는 비친고죄에 대한 것이더라도 검사가 공소제기한 친고죄를 기준으로 공범관계가 인정되는 경우에는 고소불가분의 원칙이 적용되어 소송조건을 충족하지 못하게 될 수 있다. 친고죄의 적법한 고소는 소송조건으로 법원의 직권 조사사항이므로 법원은 이에 관하여 직권으로 조사, 심리하여야 한다. 적법한 고소의 존재는 공소제기의 적법·유효요건이므로 그 증명책임은 검사에게 있다. 그러나 적법한 고소가 있었다는 점이 증명된 이상 그 고소가 적법하게 취소되지 않았다는 사실에 대한 증명책임까지 검사에게 있는 것은 아니다. 고소가 취소되었다는 점이 불명인 경우에는 적법한 고소가 있는 상태이므로 법원은 실체판단으로 나아가야 한다.

(논문투고일: 2021.12.2., 심사개시일: 2021.12.13., 게재확정일: 2021.12.13.)



▶ 노수환

친고죄, 고소취소, 고소불가분, 공범, 증명책임

【참 고 문 헌】

I. 단행본

- 김성돈, 「형법각론」 제7판, 성균관대출판부, 2021
- 김희옥·박일환·백형구(이완규 집필부분), 「주석 형사소송법(II)」 제4판, 한국사법행정학회, 2009,
- 배종대·홍영기, 「형사소송법」 제2판, 홍문사, 2020
- 신동운, 「신형사소송법」 제5판, 법문사, 2014
- 이재상·조균석·이창은, 「형사소송법」 제13판, 박영사, 2021
- 이주원, 「형사소송법」, 박영사, 2019
- 이창현, 「형사소송법」 제7판, 정독, 2021
- 임동규, 「형사소송법」 제12판, 법문사, 2016
- 정성근·박광민, 「형법각론」 전정제2판, 성균관대출판부, 2015

BeckOK StGB/Dallmeyer, 50. Ed. 1.5.2021

Schönke/Schröder/Bosch, 30. Aufl. 2019, StGB

히라라기 토키오(조균석 역), 「일본형사소송법」, 박영사, 2012

II. 논문

- 김성돈, “양벌규정의 법적 성격과 대법원이 말하지 않은 것들”, 형사판례연구(25), 2017
- 김정환, “형사절차상 공범 처벌의 공평성에 관한 소고”, 경북대학교 법학논고 제56집(2016. 11.),
- 박달현, “친고죄와 고소불가분의 원칙 - 그 문제점 및 개선방향”, 형사법연구 제12권(1999. 11.)
- 박달현, “반의사불벌죄와 고소불가분의 원칙, 법조 제53권 제5호(2004. 5.)
- 박진환, “친고죄인 모욕죄의 단독범(동시범)으로 기소된 경우 모욕죄의 공동정범으로 인정하여 고소의 주관적 불가분 원칙을 적용할 수 있는지 여부”, 대법원판례해설 제98호(2013년 하반기), 2014
- 백형구, “고소불가분의 원칙”, 고시연구 통권 제224호(1992. 11.)
- 손동권, “고소불가분의 원칙과 강간범에 대한 공소권의 행사”, 형사판례

연구(1), 박영사, 1993

양동철, “형사소송절차에서의 ‘공범’”, 경희법학 제51권 제1호(2016. 3.)

이재상, “고소불가분의 원칙”, 고시계 통권 제372호(1988. 2.)

이존걸, “수사단서로서의 고소”, 한국법학회 법학연구 제19집(2005. 10.)

최대호, “일죄일부에 대한 공소제기의 적법성”, 고려법학 제61호(2011. 6.)

최병각, “친족상도례와 고소불가분”, 형사법연구 제33권 제3호(2016. 11.)

홍영기, “소추재량권의 실현으로서 일죄일부기소”, 안암법학 제53호(2017. 5.)

Abstract

Several review points for the scope of
indivisibility of complaint

- Focusing on the revocation of the complaint against some of
the accomplices –

It cannot be said that the objective indivisibility of complaint principle is naturally recognized by the law. If it is clear that the victim's intention is only filing a complaint to the part of the offenses, it should not be considered that there is a complaint against all the offenses. On the other hand, since the indivisible effect of the complaint extends to the person in the accomplice relationship, there is no room for an indivisible effect on the person who is not a co-offenders. Clarifying accomplice relationship shall not depend on the intent of the complainant or the prosecutor's fact of charge, but shall be determined by whether a true accomplice relationship is finally recognized as a result of the hearing of the trial proceedings. Therefore, if the complainant mistakenly recognizes a person who is not an offender and filing complaint against him/her, the complaint cannot be effective against the real offender, and even if the prosecutor prosecutes as a co-offender, the revocation of the complaint against one party cannot be effective against the other if accomplice relationship is not recognized. Whether there is a legitimate complaint or revocation of the complaint shall be based on the prosecutor's statement of the facts charged. Therefore, even if the complainant's revocation of the complaint is for an offense not subject to complaint, if the accomplice relationship is recognized based on the

prosecutor's charge, the principle of indivisible complaint may apply, thus it may not meet the terms of the lawsuit. The prosecutor is responsible for proving whether a legitimate complaint existed. As long as it is proved that the complaint was legitimately filed, if it is unclear that the complaint has been legally canceled, the court shall proceed to the substantive judgment for sentencing guilty or not guilty. In order to determine whether the complaint has the effect of indivisibility, it is inevitable to examine whether an accomplice relationship is recognized, since this is about the existence or absence of litigation conditions, it is possible with free proof, not strict proof.



▶ **Su Hwan, Roh**

Offense Subject to Complaint, Revocation of Complaint, Indivisibility of Complaint, Accomplice, Burden of Proof