

형사절차상 이혼소송의 제기와 취하가 간통고소에 미치는 영향

신 이 철*

국문요약

입법론적으로 형벌로 처벌하는 국가는 극소수 국가에 불과하고 우리 헌법재판소도 아직까지는 간통죄가 위헌이 아니라는 입장을 나타내고 있지만, 간통죄는 인간이 갖고 있는 자연인의 성격과 사회인의 성격이 충돌하는 영역인 관계로 1953년 형법제정 당시부터 윤리적인 문제를 형법으로 해결하는 것이 적절한가라는 논란이 끊이지 않았다.

간통죄의 기소율과 처리현황을 보면 실효성이 떨어져 가고 있는 현존하는 간통죄를 놓고 보면 결국은 간통죄가 폐지되기 전까지는 혹은 위헌판결을 받기 전까지는 가급적 간통죄의 처벌범위를 좁히는 방향으로 해석함이 올바른 방향이 될 것이다.

이와 관련하여 간통죄는 혼인의 해소 또는 이혼소송의 계속을 고소 제기의 요건으로 하는 특별규정을 두고 있는 관계로 형사소송법 제229조(배우자의 고소), 제232조(고소의 취소), 제233조(고소의 불가분)를 종합적으로 적용함에 있어서 어떻게 해석하느냐에 달려 있다. 간통죄는 일반 친고죄와는 달리 「혼인이 해소되거나 이혼소송을 제기한 후」에만 고소를 할 수 있도록 하면서, 「다시 혼인을 하거나 이혼소송을 취하한 때에는 고소는 취소된 것」으로 간주하는데, 이는 취하간주, 소장각하, 소각하 등 고소인의 의사와는 상관없이 고소취소를 의제하고 그 효력은 소급한다고 보아야 한다. 아울러 보정적 추완(특히, 고소의 추완)도 불허함이 헌법의 제반 기본권과 결 맞는 해석방법이라고 본다.

* 숭실대학교 법과대학 강사, 원광디지털대학교 경찰행정학과 겸임교수, 법학박사

I. 서 설

간통죄에 대하여 우리의 형법은 부부평등처벌주의를 입법화하고 있지만,¹⁾ 간통죄는 인간이 갖고 있는 자연인의 성격과 사회인의 성격이 충돌하는 영역인 관계로 1953년 형법제정 당시부터 윤리적인 문제를 형법으로 해결하는 것이 적절한가라는 논란이 끊이지 않았다. 그 뒤에 1990년 헌법재판소는 6대3으로 간통죄에 대해 합헌 결정을 내렸고²⁾ 1993년³⁾과 2001년에도 같은 판결을 내려 아직까지는 간통죄가 위헌이 아니라는 입장을 나타내고 있다. 다만 2001년 결정에서는 합헌결정을 내면서도 성 개방에 대한 사회적 수용 분위기를 감안하여 이례적으로 ‘입법자는 우리사회의 법의식 흐름 등을 검토해 간통죄 폐지 여부에 대해 진지하게 접근할 필요가 있다’고 덧붙임으로써 여운을 남겼다.⁴⁾ 최근까지도 끊임없이 간통죄의 존치여부에 대해서는 이를 폐지하자는 주장이 강력하게 주장되고 있으며, 실제로 입법론적으로 보더라도 형벌로 처벌하는 국가는 스위스, 오스트리아⁵⁾ 대만 등 극소수 국가에 불과한 것이 현실이다.

그런 가운데 텔런트 옥○○씨가 제기해 큰 관심을 모았던 간통죄 위헌 법률사건⁶⁾에 관한 공개변론이 2008년 5월 8일에 열린 바 있다.⁷⁾ 원래 간

- 1) 입법주의로는 대체로 남녀평등의 견지에서 부부의 간통행위를 평등하게 처벌하는 부부평등처벌주의, 간통을 범죄로 보지 않는 간통불벌주의, 처의 간통만 벌하고 부의 간통은 벌하지 않는 불평등주의, 부부 쌍방의 간통을 모두 처벌하지만 부의 간통을 처보다 유리하게 차별을 두는 차별주의가 있다.
- 2) 헌법재판소 1990. 9. 10, 89헌마82. 이에 대한 분석으로 고시면, 간통죄의 위헌여부에 대한 1990년 제1차 헌재의 합헌결정, 사법행정, 2007. 11, 2면 이하.
- 3) 헌법재판소 1993. 3. 11, 90헌가70. 이에 대한 분석으로 고시면, 간통죄의 위헌여부에 대한 1993년 제2차 헌재의 합헌결정, 사법행정, 2008. 1, 2면 이하.
- 4) 헌법재판소 2001. 10. 25, 2000헌바60 전원재판부. 한편으로 형법이 2년 이하의 징역형만을 규정하고 있어 가혹하다는 부분에 대해서는 민사책임 외에 형사제재를 할 것인지, 징역형이나 벌금형을 부과할 것인지는 입법정책의 문제라고 결정하였다.
- 5) 오스트리아 형법 제194조 (1) 간통한 자는 6월 이하의 자유형 또는 360일 이하의 일수 벌금형에 처한다.
- 6) 현재 헌법재판소에는 2007년 7월과 9월에 서울북부지법과 대구지법 경주지원에서 잇따라 법이 이불숙까지 들여다봐서는 안된다거나, 간통은 배신행위일 수는 있으나 범죄는 아니라는 점을 근거로 직권으로 위헌심판이 제청된 사건과, 2008년 2월 옥○○가 청구한 위헌법률심판사건, 그 외에도 간통죄는 개인의 성적 자기결정권을 침해할 뿐 아니라 개인 윤리와 사생활 영역에 법을 개입시키는 행위라는 점을 논거로 삼아 2008년 3

통죄는 배우자의 고소가 있어야만 논할 수 있는 친고죄(형법 제241조 제2항)이고, 간통고소의 요건으로 혼인이 해소되거나 이혼소송을 제기한 후가 아니면 할 수 없도록 하여(형사소송법 제229조 제1항) 하나의 제한을 더 가하고 있는 특수한 친고죄이다. 한편으로 간통죄의 고소는 배우자가 간통을 중용⁸⁾ 또는 유서⁹⁾한 때(형법 제241조 제2항 단서) 또는 범인을 안 날로부터 6개월이 경과하면 할 수 없다(형사소송법 제230조 제1항)고 규정하고 있다. 여기서 결국 친고죄 중에서 유독 간통죄만큼은 혼인의 해소 또는 이혼소송의 계속을 고소제기의 요건으로 하는 특별규정을 두고 있는 관계로 이를 둘러싼 논의가 많게 되는데, 이는 결국 형사소송법 제229조(배우자의 고소), 제232조(고소의 취소), 제233조(고소의 불가분)를

월에 제기된 헌법소원을 합쳐 모두 간통죄와 관련하여 4건이 계류 중이다.

- 7) 2008. 5. 8일 날 열린 공개변론에서 폐지를 주장하는 입장은 간통죄 폐지를 주장한다고 해서 간통이 정당하다는 것은 아니지만, 개인의 가장 내적인 사적 감정을 형법으로 금지하거나 간통죄를 형벌로 처벌함은 과잉금지 원칙에 위배된다는 점, 그리고 간통죄가 형법에 명시된 이유는 정조관념 유지와 여성 보호 등이었으나 최근 들어 재산분할을 목적으로 간통죄로 고소를 하거나 손해 소송에서 유리한 입장을 획득, 복수 등의 오용·남용되는 등 간통죄 악용 사례가 매우 많으며 입법취지와 현실과의 괴리를 근거로 제시되었고(이에 대한 글로는 Gerhard Simson, "Zur Strafbarkeit des Ehebruchs" NJW 1966, S. 964 참조), 오늘날 세계적인 추세 또한 간통죄가 폐지되는 쪽이며 노르웨이(1970년 폐지), 스웨덴(1937년), 덴마크(1930년), 일본(1947년), 독일(1969년), 프랑스(1975년)도 모두 폐지됐다는 점을 지적하면서 그 당위성을 강조했다. 반면에 간통죄 폐지가 추세이지만 각국의 특수성이 있다는 점, 앞서 세 번의 합헌판단 이후 현재까지 사정변경이 없다는 점, 국민들의 70% 이상이 간통죄가 존치돼야 한다는 점, 간통죄는 입법 목적이 정당하기 때문에 그 자체가 위헌은 아니라는 점, 그리고 성적자기결정권이 곧 절대적 개인 교유의 영역은 아니므로 배타성과 배제성을 기초로 하는 혼인을 심각하게 해하는 간통행위는 사회적 유해행위인 만큼 오히려 형법으로 다스리는 것이 옳다며 존치론이 주장되기도 하였다.
- 8) 간통의 사전승낙이라고 할 수 있는 '중용'은 구성요건 해당성 자체를 배제하는 효력이 있다는 견해도 있으나, 간통행위에 대한 고소권의 발생을 저지시키는 효력이 있다는 것이 통설이다. 그리고 중용은 간통행위 이전에 이루어져야 하지만, 사후의 용서라고 하는 '유서'는 그 시기에 대해 고소의 취소와 마찬가지로 제1심판결선고 전까지로 제한해야 한다는 견해도 있으나(이주성, 간통죄의 고소에 관련된 몇 가지 문제 : 대법원 판례를 중심으로, 사법논집 1967. 12, 603면), 간통죄에 대한 형사사건이 종결되기 전에 이루어지면 고소의 효력은 상실된다는 견해가 타당하다고 본다.
- 9) 간통 유서는 방식에 제한이 없지만, 배우자의 간통사실을 확실하게 알면서 자발적으로 한 것이어야 하고, 그와 같은 간통사실에도 불구하고 혼인관계를 지속시키려는 진실한 의사가 명백하고 믿을 수 있는 방법으로 표현되어야 한다(대법원 2000. 7. 7. 2000도868). 따라서 이혼청구의 소가 계속 중에 서로 동침한 사실이 있다는 사정만으로는 유서하였다고 볼 수 없다.

종합적으로 적용함에 있어서 어떻게 조화롭게 해석하느냐에 달려 있다고 하겠다. 우선 간통죄의 위헌여부는 별개로 하고 위헌소지를 완전히 부인할 수 없는 상황이라면 현재로서는 어떻게 해결하는 것이 가장 합리적이고 타당한 것인가에 대한 고민이 있어야 할 것 같다. 결국 입법론적으로 폐지하면 가장 간명하겠지만, 현존하는 간통죄를 놓고 이혼소송의 취하로 인해 고소취소간주의 제한적 해석도 시도되고 있는데 과연 타당한지 여부를 전체적 체계적으로 검토해서 헌법의 제반 기본권과 걸 맞는 해석방법과 기준을 마련해 보기로 한다.

II. 간통죄의 공소에 필요한 2중의 요건

1. 혼인관계의 해소와 이혼소송 제기 - 제1요건

혼인관계의 존속의사를 가지면서도 배우자를 형사 처벌케 하는 것은 부당하다는 취지에서 간통고소를 함에 있어서는 혼인관계의 해소나 이혼소송의 제기를 요건으로 하고 있는 것이다. 결국 가정의 존속과 평화를 위하여 정책적으로 설정된 제한이고 이것은 일반적 친고죄와는 달리 별도의 또 다른 제한을 가하는 특수한 친고죄(Antragsverbrechen)라고 평가된다. 따라서 형사소송규칙은 간통죄로 고소를 할 때에는 혼인의 해소 또는 이혼소송의 제기사실을 소명하는 서면을 각 제출하여야 한다고 규정하고 있다(규칙 제116조 제1항).

가. 혼인관계 해소¹⁰⁾

1) 협의상 이혼확인의 포함여부

혼인관계 해소는 협의이혼의 경우로서 가족관계의 등록 등에 관한 법

10) 대법원은 이혼한 뒤에 전 배우자의 간통 사실을 뒤늦게 알았더라도 간통이 일어났을 당시에 배우자와 이혼하려는 생각이 있었다고 볼 수 없다고 하여 법적으로는 비록 남남이 됐지만 전 배우자의 고소로도 처벌할 수 있다고 판결을 내린 바 있다.

를¹¹⁾상 협의상 이혼의 확인(동법 제75조 제1항)만으로는 부족하고,¹²⁾ 확인에 의한 협의이혼신고를 하여 혼인이 해소된 경우를 말한다. 대법원도 협의상 이혼의 확인은 이혼심판청구와는 그 성질과 절차를 달리할 뿐만 아니라, 혼인이 해소되었다고 볼 수도 없으므로 이혼신고를 하기 전에 한 고소는 위 법조에 위반된 고소라 하겠으나, 위 고소가 있는 뒤 위 협의상 이혼의 확인에 의한 협의이혼신고를 하여 혼인이 해소되었다면 위 고소는 혼인의 해소시 부터 장래를 향하여 유효한 고소가 된다고 판시하고 있다.¹³⁾ 따라서 확인에 의한 협의이혼신고를 하여 혼인이 해소된 경우에 비로소 유효한 고소가 가능하다.

2) 혼인관계해소 등의 성질

혼인의 해소 또는 이혼소송의 제기가 고소권의 발생의 조건이라는 발생요건설¹⁴⁾과 고소권행사의 조건이라는 고소권의 유효요건설(통설)¹⁵⁾이 있으나, 판례는 ‘형사소송법 229조 1항 소정의 간통고소의 유효조건인 혼인관계의 부존재 또는 이혼소송의 계속은 공소제기시부터 재판이 종결될 때까지 구비하여야 하는 것이다’라고 판시하여¹⁶⁾ 유효요건설의 입장이다. 생각건대 간통죄의 고소권은 그 범죄가 있는 경우에 이미 발생하는 것이라는 점과 간통고소는 이혼소송을 제기한 후에 가능하다는 점에 비추어 보면 고소권 발생요건이라기 보다는 유효요건이라고 봄이 타당하다고 본다. 문제는 간통고소는 소송조건으로서 공소제기 시부터 재판 종결시까지 유효하게 존속해야 하지만, 간통고소의 전제조건인 이혼소송도 마찬가지로 존속해야 할 필요성이 있는가에 대한 논의가 있다. 이에 대하여 통설·판례와는 달리 ‘이혼소송을 제기한 후가 아니면 고소를 할 수 없다’는

11) 1960년에 제정된 ‘호적법’이 47년여 만에 폐지되고 ‘가족관계등록 등에 관한 법률’이 제정되어 2008년부터 시행되고 있다.

12) 손동권, 형사소송법, 2008, 185면.

13) 대법원 1986. 6. 24, 86도482.

14) 이선중 외, 주석형사소송법, 1976, 267면.

15) 이재상, 신형사소송법 제2판, 2008, 205면; 임동규, 형사소송법 제4판, 2006, 138면; 차용석 외, 주석형사소송법 제3판, 1999, 275면.

16) 대법원 1975. 10. 7, 75도1489; 1975. 11. 25, 74도2577; 1985. 12. 10, 85도2139; 1994. 6. 10, 94도774.

제229조 제1항의 규정은 간통고소를 하려면 먼저 이혼소송을 제기하여야 한다는 의미일 뿐이고, 이혼소송이 공소제기 시부터 재판이 종료될 때까지 유효하게 존속되어야 한다는 것으로 해석할 수 없다는 점을 근거로 이혼소송은 간통고소 ‘제기’의 유효요건으로서 고소제기 시에만 존재하면 충분하다는 견해가 있다.¹⁷⁾ 물론 이러한 이론구성은 이혼소송과 간통고소 사이에 복잡한 법적 문제를 손쉽게 해결할 수 있다는 장점이 있다. 그러나 진실로 이혼할 의사는 없음에도 불구하고 이혼소송을 제기하고 간통고소를 한 뒤에 의도적으로 방치함으로써 소장 각하 등을 유도하는 때에는 진정한 혼인해소의 의사 없이도 간통죄로 처벌될 수 있는 가능성이 있다는 점과 아울러, 위헌의 소지가 안고 있는 간통죄의 처벌범위를 좁힐 수 없다는 점에서도 받아들이기 어려운 부분이 있다.

나. 이혼소송 제기

1) 이혼조정신청의 경우

형사소송법 제229조 제1항에서 ‘이혼소송을 제기한 후가 아니면 고소할 수 없다’고 규정하고 있다. 여기의 이혼소송은 가사소송법상 이혼소송을 의미한다는 점에 대해 의문이 없다. 그런데 이혼소송에 앞서 먼저 이혼조정신청을 하도록 규정하고 있는데(가사소송법 제50조) 이러한 이혼조정신청이 제229조 제1항에서 말하는 이혼소송에 포함될 수 있는지가 문제된다. 이에 대하여 학설은 (i) 재판상이혼은 조정전치주의상 조정을 거치고 대부분 이혼소송으로 이행될 뿐만 아니라, 이혼조정성립은 재판상화해와 동일한 효력이 있어 그 조정신청을 소의 제기와 같이 볼 수 있으므로 포함시켜야 한다는 적극설(포함설)¹⁸⁾과 (ii) 법문상 ‘이혼소송’이기 때문에 단순히

17) 성윤환, “이혼소송과 간통고소의 효력-대법원 판례분석을 중심으로-”, 중앙법학 제9집 제1호, 2007, 189면. 이러한 입장은 제229조 제2항을 예외적으로 고소인이 이혼소송을 취한 경우에만 고소인의 의사를 존중하여 고소가 취소된 것으로 의제하겠다는 것으로 이해하고, 고소인이 스스로 이혼소송을 취한 한 경우가 아닌 소장이나 소가 각하되거나 취하간주, 청구기각 된 경우에는 간통고소에 영향이 미치지 못한다고 해석하게 된다.

18) 이상철, “이혼소송과 간통고소”, 형사판례연구 제3권, 1994, 382면; 이주성, “간통죄의 고소에 관련된 몇 가지 문제”, 사법논집 제3집, 법원행정처, 1972, 588면.

이혼조정신청만 된 경우는 포함되지 않으므로 고소권이 없다는 소극설(불포함설)¹⁹⁾이 대립되고 있다. 이에 대법원은 ‘간통죄로 고소당시 이혼조정신청만이 있었고 그것이 가사소송법에 의해 이혼조정신청을 한 때에 이혼심판청구가 있었다고 볼만한 자료가 없다면 간통죄의 고소는 효력이 없다’고 판시하여²⁰⁾ 소극설을 취하고 있다. 생각건대 이혼조정 신청사건은 조정이 성립되지 않으면 대부분 이혼소송으로 진행되고 있는 것이 현실인 점에 비추어 보면 조정신청 자체만으로도 혼인관계 해소의 확정적 의사가 명백히 표시된 것으로 볼 여지가 분명히 있다. 그러나 이혼조정과 이혼소송은 절차를 달리하기 때문에 이혼조정신청만으로 막바로 이혼소송을 제기한 것에 해당한다고도 보기 어려우므로 소극설이 타당하다고 본다.²¹⁾

2) 이혼소송의 제기자

현재 형사소송법 제229조 제1항은 ‘이혼소송을 제기한 후가 아니면 고소할 수 없다’고 규정하고 있을 뿐이다. 여기서 이혼소송의 제기자는 반드시 간통고소권자에 의한 이혼소송제기이어야 하는가에 대하여 논의가 있다. 이에 학설은 (i) 법규정이 ‘이혼소송을 제기한 후가 아니면 고소할 수 없다’라고 되어 있어 간통고소권자가 원고로서 소송을 제기해야 한다고 함이 법문에 충실한 해석이라는 점을 근거로 한 적극설²²⁾과 (ii) 법규정이 마련된 취지가 간통자를 처벌하기 위해서는 혼인관계의 해소까지를 감수해야 한다는 측면도 있다고 하는 경우에 당사자 누군가에 의하여 이혼소송이 제기되어 혼인해소의 사정에 이르게 된 이상 충분하다는 점을 근거로 한 소극설²³⁾의 대립이 있다. 이에 대하여 대법원은 ‘고소 당시에는 피고인만이 고소인을 상대로 이혼심판 청구를 하였을 뿐이고, 고소인은

19) 강구진, 형사소송법 원론, 1982, 166면; 배종대·이상돈, 형사소송법 제7판, 195면; 손동권, 앞의 책, 185면; 송광섭, 형사소송법(신정판), 2003, 349면; 신동운, 형사소송법 제3판, 2005, 88면; 임동규, 형사소송법 제4판, 2006, 138면.

20) 대법원 1966. 9. 6, 66도790.

21) 그러나 조정이 성립되지 아니하거나 조정결정에 대하여 이의신청이 있는 때에는 조정신청을 한 때에 소의 제기가 있는 것으로 간주된다(민사조정법 제36조 제1항 참조).

22) 성윤환, 앞의 논문, 181면; 손동권, 앞의 책, 185면; 신동운, 앞의 책, 87면.

23) 이상철, 앞의 논문, 383면.

이 사건 공소가 제기된 후에 비로소 피고인을 상대로 이혼 심판청구를 한 이상 고소인의 고소는 공소제기 당시까지 그 유효요건을 갖추지 못하였다고 할 것이므로 이 공소제기 절차는 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당한다'고 판시하여²⁴⁾ 이혼소송의 제기는 반드시 고소권자에 의하여 행하여져야 한다는 점을 분명히 하였다.

생각건대 굳이 고소권자에 의한 고소인지 여부를 따질 필요가 있는지는 의문이 제기될 수도 있다. 그러나 이혼소송이 제기되어 있기만 하면 충분하다는 소극설에 의하면 고소인에게 혼인관계를 해소할 의사가 없음에도 불구하고 상대방을 간통죄로 처벌할 수 있게 되어 입법취지에 비추어 부당한 점이 없지 않으므로 일응 적극설의 입장이 설득력을 가진다. 또한 법문에도 '이혼소송이 제기된 경우가 아니면 고소할 수 없다'고 규정되어 있는 것이 아닌 점에 비추어 보면 법 규정에도 적극설이 충실한 것으로 보인다. 결국 피고인이 이혼소송을 제기하자 고소인은 반소 등을 제기하지 않은 상태에서 간통고소를 한 경우에는 후술하겠지만 고소인이 공소제기 당시까지도 피고인을 상대로 이혼소송을 제기하지 않았다면 결국 고소는 공소제기 당시까지 그 유효요건을 갖추지 못하였으므로 공소기간 판결을 선고해야 할 것이다.

3) 이혼소송제기의 시기 - 공소제기 전까지

형사소송법 제229조 제1항은 '간통고소는 혼인이 해소되거나 이혼의 소를 제기한 후가 아니면 할 수 없다'고 규정하고 있다. 따라서 혼인이 해소됨이 없이 또는 이혼의 소가 제기됨이 없이 간통고소가 있다면 그것은 제229조 제1항에 위반된 고소라고 할 것이다.²⁵⁾ 다만, 고소권자가 이혼소송을 제기하지 않고 먼저 간통고소를 한 후에 공소제기 전에 이혼소송을 제기하여 보완한 경우의 처리를 놓고 견해가 대립될 소지가 있다. 그러나 대법원은 설사 고소 당시에는 이혼소송을 제기하지 않았다 하더라도 공소제기 전 고소기간(제230조 제1항)이 도과하지 않은 상태에서 이혼소송을 제

24) 대법원 1982. 12. 14, 82도2074.

25) 간통죄의 고소사실만을 가지고 이혼의사가 객관적으로 명백하다고 보기 어렵다(대법원 1997. 5. 16, 97트155).

기하였다면 간통고소는 그 때부터 장래를 향하여 유효하다는 판시²⁶⁾를 함으로써 이혼심판과 병존하지 않은 상태에서의 간통고소의 효력을 절대적 무효로는 보지 않고 있음을 알 수 있다. 그리고 한편으로는 ‘고소인은 이 사건 공소가 제기된 후에 비로소 피고인을 상대로 이혼심판청구를 한 이상 고소인의 고소는 이 사건 공소제기당시까지 그 유효요건을 갖추지 못하였다고 할 것이므로 이 공소제기 절차는 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당한다’고 판시하여²⁷⁾ 공소제기 이후에는 이혼소송 등의 요건이 갖추어져도 고소의 효력이 없는 것으로 보고 있다. 결국 공소제기 이전에는 고소의 유효요건의 추완을 허용하고 있지만, 공소제기 이후에는 고소의 유효요건 추완은 인정하지 않고 있는데 이는 피고인의 법적 안정성과 아울러 소송경제를 동시에 고려한 결과라고 할 수 있을 것이다.

2. 간통 고소(Strafantrag auf Ehebruch) - 제2조건

가. 소송 조건

본래 통상의 고소는 그 고소를 통하여 비로소 수사가 진행된다는 점에서 전형적인 수사단서로서 파악되지만, 동시에 친고죄 고소의 경우에는 형사절차의 진행을 좌우하는 조건으로서 실체재판(Sachurteil)의 전제가 되는 소송조건(Prozessvoraussetzung)의 성질을 아울러 갖게 되어 중요한 의미를 갖게 된다.²⁸⁾ 예컨대 수사절차가 불기소처분(검찰사건사무규칙 제 69조 제3항 제4호)으로 종결되거나 공판절차가 공소기각판결(제327조 제2호, 제5호)로 종결될 수 있다는 것이다.

26) 대법원 1970. 9. 29, 69도1150. 제차고소를 제기하도록 하는 것은 무용한 절차의 반복을 의미한다는 점에서 판례를 지지하는 입장으로 차용석 등, 앞의 책, 276면. 그러나 69도 1150 사건의 원심은 위 간통고소는 제229조 제1항의 요건을 구비한 것이 아니므로 부적법하고 검사의 공소는 적법한 고소가 없음에도 불구하고 제기된 것이어서 결국 그 제기절차가 법률의 규정에 위배된 것이므로 공소기각 판결을 하여야 하고, 고소 후 공소제기 전에 혼인의 해소가 있었다하여 그 결론을 달리 할 수는 없다는 취지의 판단을 하였다(서울지법 1969. 6. 11, 66노1474).

27) 대법원 1982. 12. 14, 82도2074.

28) 이에 대한 자세한 글로는 이준걸, 수사단서로서의 고소, 법학연구 19집, 한국법학회, 2005. 10, 305-326면 참조.

나. 절 차

1) 고소권자

범죄로 인한 피해자는 고소할 수 있다(제223조). 여기서 피해자는 원칙적으로 범익의 직접적 귀속주체이어야 하므로 개인적 범익을 침해하는 범죄의 경우에만 고소권이 발생할 수 있다. 그러나 범죄피해자의 개념 또는 범위를 정함에 있어서는 보호범익의 주체만이 아니라 범죄의 수단이나 행위의 상대방도 포함되는 것으로 해석되어야 하므로,²⁹⁾ 사회적 범익을 침해하는 범죄의 경우라 하더라도 범죄의 수단이나 행위의 상대방이 된 사람은 피해자로서 고소권을 갖는다고 하겠다. 여기서 간통자의 배우자가 사망한 경우에는 고소할 수 있는 방법이 문제된다. 간통자의 배우자는 간통죄에 있어서는 피해자라 할 수 있는데, 형사소송법에 따라 피해자가 사망한 때에는 그 직계친족이나 형제자매가 대신 고소할 수 있는 것이므로(제225조 제2항) 그 생존중의 명시한 의사에 반하지 않는 한 그 유족들은 독립하여 고소할 수 있다 할 것이다.³⁰⁾

2) 방 법

고소는 서면 또는 구술로써 검사 또는 사법경찰관에게 하여야 하는 것이므로(제237조 제1항) 피해자가 피고인을 심리하고 있는 법원에 대하여 간통사실을 적시하고 피고인을 엄벌에 처하라는 내용의 진술서를 제출하거나 증인으로서 증언하면서 판사의 신문에 대해 피고인의 처벌을 바란다는 취지의 진술을 하였다 하더라도 이는 고소로서의 효력이 없다.³¹⁾ 여기서는 고소의 특정성과 관련하여 간통죄는 각 성교행위마다 하나의 범죄가 성립하는 특성을 가지고 있기 때문에 특별히 문제된다.³²⁾ 다만 판례는 간

29) 헌법재판소 1993. 7. 29. 92헌마262.

30) 대법원 1967. 8. 29. 67도878.

31) 대법원 1984. 6. 26. 84도70.

32) 죄수론에 대한 기본적인 글로는 김성돈, “형법상 죄수론의 구조”, 형사법연구 제9호, 1997, 189면 이하; 이훈동, “죄수론의 신체계”, 형사법연구 제7호, 1994, 96면 이하; 오영근, 죄수론에 관한 연구, 법학논총 제18집, 한양대학교 법학연구소, 117면 이하; 임웅,

통죄의 고소에 있어서 간통(Ehebruch; adultery)의 범죄사실이 특정되어야 할 것이지만, 그 특정의 정도는 고소인의 의사가 구체적으로 어떤 범죄사실을 지정하여 범인의 처벌을 구하고 있는지를 확정할 수만 있으면 되는 것이고, 고소인 자신이 직접 범행의 일시, 장소와 방법 등까지 구체적으로 상세히 지적하여 범죄사실을 특정할 필요까지는 없으며,³³⁾ 간통죄는 그 은비성 때문에 범인이 자신의 범죄사실을 자백하기 전에는 고소인이라 할지라도 그 구체적인 범행내용을 알 수 없는 것이 보통이므로 고소인이 시기와 종기를 정하여 고소기간을 특정하고 있는 이상 그 기간 중의 어떤 범죄행위에 대하여 특히 처벌을 원치 않는다고 불만한 특별한 사정이 없는 한 그 기간 중의 모든 범죄행위에 대하여 처벌을 희망하는 의사를 표시하는 것으로 보아야 하고 그 정도로써 특정되었다고 보고 있다.³⁴⁾³⁵⁾

3) 기 간

친고죄인 간통죄의 고소기간은 범인을 알게 된 날로부터 6개월이 경과하면 고소하지 못하는 바(제230조 제1항), 여기서 범인을 알게 된다 함은 통상인의 입장에서 보아 고소권자가 고소를 할 수 있을 정도로 범죄사실과 범인을 아는 것을 의미하고, 범죄사실을 안다는 것은 고소권자가 친고죄에 해당하는 범죄의 피해가 있었다는 사실관계에 관하여 확정적인 인식

“죄수론의 기초”, 현대의 형사법론(익현박양빈교수화갑기념논문집), 1996, 495면 이하; 이기현, “죄수의 결정”, 형사판례연구 제8권, 2000, 111면 이하 참조.

33) 대법원 1999. 4. 23, 99도576 판결 등 참조.

34) 대법원 1988. 10. 25, 87도1114; 1990. 9. 28, 90도603 판결 등 참조. 이에 대한 판례평석으로는 고원석, 간통죄의 고소에 필요한 범죄사실의 특정 정도, 대법원판례해설 34호(2000 상반기), 2000. 11, 840-849면.

35) 공소사실의 특정과 관련해서는 일시는 이중기소나 시효에의 저촉 여부, 장소는 토지관할의 해당 여부, 방법은 범죄구성요건의 해당 여부 등의 식별이 가능한 범위 내에서 세가지 특정요소를 종합하여 다른 사실과의 식별이 가능하도록 범죄 구성요건에 해당하는 구체적 사실을 기재하여야 하고(대법원 2000. 10. 27, 2000도3082; 2001. 4. 27, 2001도506; 2002. 7. 26, 99도5192; 2003. 5. 16, 2003도1399), 다만 일부가 다소 불명확해도 함께 기재된 다른 사항에 의해 특정할 수 있으면 공소제기의 효력에는 영향이 없지만(대법원 1999. 6. 25, 99도1900; 2001. 10. 26, 2000도2968; 2002. 5. 10, 2000도5019) 피고인의 합리적인 방어권행사에 중대한 지장을 초래하는 형식이어서는 안 된다(대법원 2002. 10. 11, 2002도2939). 간통죄는 각 성교행위마다 성립하므로 각 간음행위 일시, 장소 및 방법을 명시하여 다른 사실과 구별이 가능하도록 공소사실을 기재함이 원칙이다.

이 있음을 말한다. 특히 성관계를 알았다고 하더라도 처가 상간자를 상대로 강간죄로 고소한 경우 고소인으로서는 그 사건에 대한 검찰의 무혐의 결정이 있는 때 비로소 처와 상간자간의 간통사실을 알았다고 봄이 상당하므로 그 때부터 고소기간을 기산하여야 한다.³⁶⁾

다. 간통죄에 있어서 고소의 효력이 미치는 범위(고소불가분의 원칙.
Grundsatz der Unteilbarkeit des Strafantrags)

1) 객관적 불가분의 원칙

형법 제241조에 규정된 간통죄는 성교행위마다 1개의 죄가 성립하는 것으로서 각 간통행위마다 배우자의 고소가 있어야 논할 수 있는 것인바, 공소가 제기된 수개의 간통행위 중 일부 간통행위에 대하여만 배우자의 고소가 있는 경우에 고소가 없는 간통행위에 대하여 까지 고소의 효력이 미칠 수는 없는 것이다.³⁷⁾ 한편으로 특히 배우자 있는 자들이 서로 간통하는 이중간통(Doppelehebruch)의 경우가 문제되는데, 예컨대 甲남과 乙녀, 丙남과 丁녀가 각각 배우자 사이인데 甲남과 丁녀가 간통하였다면 甲남과 丁녀는 각각 배우자로서의 간통죄와 상간자로서의 간통죄를 범한 것이 되어 쌍방 모두 형법 제241조 제1항의 전문과 후문에 해당하므로 두 죄는 상상적으로 경합한다.³⁸⁾ 이러한 상황에서 피해자 乙녀와 丙남이 각각 고소하였다가³⁹⁾ 그 후 甲남의 배우자 乙녀가 고소를 취소하였다고 하여도 그 고소취소는 다른 피해자 丙남과의 관계에서 발생한 간통죄에 영향을 미치지 않는다. 따라서 甲남은 丁녀의 상간자로서, 丁녀는 丙남의 배우자로서 각각 처벌받게 된다. 결국 검사가 이와 같이 상상적 경합의 관

36) 대법원 2001. 10. 9, 2001도3106.

37) 대법원 1980. 8. 26, 80도1310; 1985. 8. 20, 85도1171; 1985. 11. 12, 84도2971; 1989. 9. 12, 89도54. 일부의 간통행위에 대하여 배우자의 고소 또는 고소의 취소가 있는 경우에도 그 고소 또는 고소취소는 다른 간통행위에는 그 효력이 미치지 아니한다고 볼 것이고 이는 상간자를 달리하여 간통행위를 한 경우에도 달리 볼 바가 아니다.

38) 대법원 1990. 1. 25, 89도1317.

39) 고소인이 재판상 이혼원인에 해당하는 부정한 행위를 하였다고 하더라도 그러한 사정만으로 고소인의 이 사건 고소가 고소권을 남용한 것으로서 위법하다고 볼 수도 없다(대법원 2002. 7. 9, 2002도2312).

제에 있는 수죄의 일부에 대하여서만 공소를 제기하였다고 하더라도 그 공소제기의 효력은 그 수죄의 전부에 미치는 것이며, 검사가 제1심이나 항소심에서 상상적 경합의 관계에 있는 수죄 가운데 당초 공소를 제기하지 아니한 공소사실을 추가하는 내용의 공소장변경신청을 하는 경우 법원은 공소사실의 동일성을 해하지 아니함이 명백하므로 그 공소장변경을 허가하여 추가된 공소사실에 대하여 심리 판단하여야 하는 것이다.

2) 주관적 불가분의 원칙

고소의 주관적 불가분의 원칙(범인의 불가분)은 객관적 불가분의 원칙(범죄사실의 불가분)⁴⁰⁾과 달리 명문의 규정을 두고 있다(제233조). 여기서 절대적 친고죄인 간통죄에 대해 고소불가분의 원칙이 그대로 적용되므로 상간자 중 1인에 대한 고소 또는 그 취소는 상대방에 대해서도 그 효력이 미치게 된다. 문제는 고소 후에 공범자 1인에 대하여 제1심 판결이 선고되어 고소를 취소할 수 없게 되었을 때에 다른 제1심 판결선고 전의 공범에 대한 고소취소가 가능한가에 있는데, 결국 고소취소에 고소의 주관적 불가분의 원칙의 특별한 예외를 인정할 수 있는가와 직결되어 있다. 이에 학설은 피해자의 의사를 존중하여 취소할 수 있다고 하면서 다만 제1심 판결의 선고를 받은 자에게는 취소의 효력이 미치지 않는다고 해석하는 적극설⁴¹⁾과, 이에 의할 경우 고소권자의 선택에 의하여 불공평한 결과를 초래하는 것이므로 일부 공범자에 대한 1심판결이 선고되면 아직 1심판결

40) 통설은 객관적 불가분의 원칙도 이론상 당연히 인정된다고 보지만, 소수견해는 아무런 규정이 없으므로 당연히 인정되어야 하는 것도 아니며 오히려 범죄 전체의 처벌 여부를 피해자의 의사에 맡기는 것이 친고죄라면 그 일부분을 피해자의 의사에 맡긴다고 하여서 이론적으로 잘못된 것은 없을 뿐만 아니라, 피해자 의사를 존중하는 면에서도 타당하기 때문에 피해자가 가분의 의사표시를 하면 가분성을 인정하는 것이 타당하다고 보고 있다(손동권, “고소불가분의 원칙과 강간범에 대한 공소권의 행사”, 형사판례연구 제1권, 박영사, 1993, 369-386면). 다만, 피해자가 가분의 의사표시를 하지 않은 경우에는 불가분으로 다루는 것이 이론상 옳을 것이라고 한다.

41) 김기두, 형사소송법, 1987, 202면. 이에 의하면 고소취소의 효력이 인정되며, 법원은 공소기각판결(제327조 제5호)을 하게 된다. 한편으로 제1심판결선고가 없는 공범자와 균형을 맞추기 위해 이미 제1심판결 선고가 있는 공범자에 대해서도 고소를 취소할 수 있도록 것이 타당하다는 견해로는 박달현, “친고죄와 고소불가분의 원칙 -그 문제점 및 개선방향-”, 형사법연구 제12권, 1999, 11, 397면.

선고 전인 나머지 공범에 대해서도 고소를 취소할 수 없고 고소의 취소가 있어도 효력이 없다고 해석하는 소극설(통설)⁴²⁾이 대립하고 있다. 판례는 ‘친고죄의 공범 중 그 일부에 대하여 제1심 판결이 선고된 후에는 제1심 판결 선고 전의 다른 공범자에 대하여는 그 고소를 취소할 수 없고, 취소해도 그 효력을 발생할 수 없다’고 판시⁴³⁾하여 소극설의 입장이다. 생각건대 통설과 판례는 고소불가분의 원칙을 철저히 관철하여 형사사법권의 공평한 발동을 추구한다는 점에서 설득력을 가진다. 그러나 고소불가분의 더욱 철저한 관철과 공평을 강조한다면 차라리 제1심 판결 선고 전의 공범에 대한 고소취소는 제232조 제1항의 명문의 규정상 당연히 허용되어야 할 것으로 판단된다. 그리고 다른 한편 소송관계는 합일적으로 확정되어야 할 성질이라는 점에 비추어 보면 이미 제1심판결 선고가 있는 공범자에게도 아직 확정되지 않은 이상 그 취소의 효력은 불가분하게 미친다고 해석하는 것이 오히려 타당하다고 생각된다. 이렇게 해석하는 것이 피고인에게도 유리한 해석방법이라고 할 수 있으며, 간통죄의 처벌을 엄격히 제한해야 한다는 점에 비추어 보더라도 더 더욱 그러하다고 생각된다.

위와 달리 공범자 중 1인에 대하여 1심판결이 선고되어 고소를 취소할 수 없게 되었는데도 이혼심판청구 취하 내지 각하 등에 의한 간통고소취소(간주)는 가능한 것이다(후술함). 따라서 고소인이 청구한 이혼소송이 취하된 경우에는 형사판결이 확정되지 않은 자에 대해서만 공소를 기각할 수 있다. 즉 공범자 모두가 1심판결 후이기는 하지만 확정되기 전의 공범이라면 모두 제327조 제2호에 따라 공소기각판결을 하여야 하지만, 만약 이미 형이 확정된 공범자가 있는 경우에 대해서는 승복한 양심적인 공범만 처벌된다는 비판이 제기될 수도 있지만 고소취소가 재심의 사유가 되지 않는 이상 달리 구체해 줄 방도는 현재로서는 없는 것이다.

라. 간통죄와 기판력

간통자 甲과 丁 쌍방이 모두 배우자가 있어 피해자가 乙, 丙 2인이 있

42) 배종대·이상돈, 앞의 책, 186면; 백형구, 앞의 책, 388면; 신동운, 앞의 책, 107면; 이재상, 앞의 책, 195면; 손동권, 앞의 논문, 377면.

43) 대법원 1985. 11. 12, 85도1940.

는 경우 그 중 乙 1인으로부터만 유효한 고소가 있는 경우 비록 공소장에 ‘甲은 배우자 있는 자로서 역시 배우자 있는 자와 성교하여 간통하고 동시에 상간한 것이다’라는 취지로 기재되어있다 하더라도 법원은 후의 상간한 사실에 대하여는 심리할 수 없는 것이다. 그러나 만일 「甲이 乙의 배우자로서 간통한 사실」이 유죄판결을 받아 확정된 경우에는 그 기판력은 그와 동일성 범위 내에 있는 사실인 ‘丁이 배우자있는 자임을 알면서도 상간한 사실’에도 미친다. 왜냐하면 두 가지 사실은 단일·동일한 사실로서 공소불가분의 원칙에 의하여 공소의 효력은 양쪽 모두에 미치고 따라서 기판력도 전체에 미치기 때문이다.⁴⁴⁾

III. 이혼소송의 취하 및 고소의 취소

1. 이혼소송 취하의 범위

가. 문제점

형사소송법은 사적 분쟁해결이 원만하게 이루어지도록 고소취소를 인정하면서도 국가의 형사소추권이 지나치게 오랫동안 사인의 의사표시에 좌우되는 것을 막기 위해서 제1심 판결선고 전까지 고소를 취소할 수 있도록 하고 있다.⁴⁵⁾ 한편 혼인해소와 이혼소송의 제기가 고소의 유효요건이므로 재혼인하거나 또는 이혼소송을 취하한 때에는 고소가 취소된 것으로 간주한다(제229조 제2항). 이는 혼인관계를 존속하려는 의사를 가지면서도 배우자를 처벌할 수 있는 것은 바람직하지 않다는 취지에서 재혼인을 하거나 이혼소송을 취하한 경우라면 그 처벌의사가 철회된 것으로 보는 것이 타당하다는 의미일 것이다. 여기서 범조문상으로는 이혼소송을 취하한 경우에 고소취소 간주규정을 두고 있을 뿐인데, 이때 이혼소송의 취하는 원고 스스로 취하한 경우를 말하는 물론이다. 문제는 절차상의 흠결로 인한 취하

44) 이홍권, “간통고소가 취소된 경우의 문제점”, 군사법 논문집 1집, 공군본부, 1982, 116면.

45) 따라서 제1심판결이 선고된 이후에는 고소가 취소되더라도 고소취소로서의 효력이 발생하지 않는다(대법원 1995. 2. 3, 94도3122).

간주, 소장각하(Zurückweisung der Scheidungsklageschrift), 소각하 등에 대해서는 명문의 규정을 두고 있지 않지만,⁴⁶⁾ 형사소송법 제229조 제2항의 ‘이혼소송을 취하한 때’의 규정에 포함시켜 소송이 취하된 경우와 동일하게 평가할 수 있는가의 쟁점이 부각된다.

나. 학 설

최초부터 이혼소송이 제기되지 아니한 것과 같다는 점을 근거로 이혼소송을 취하한 때에는 스스로 취하한 경우 외에 취하간주, 소장이 각하, 소 각하된 경우 등까지 포함한다는 긍정설(적극설, 포함설, 고소취하 간주설, 통설)⁴⁷⁾과 고소인의 의사에 의한 객관적 징표가 있는 소송의 취하와 의사와 무관한 취하간주, 소장이나 소의 각하는 분명히 다른 개념임에도 불구하고 이를 포함한다면 지나친 확대해석이라는 점과 제229조 제2항을 특별히 둔 것은 고소인의 자의로 이혼소송을 취하한때 한하여 고소가 취소된 것으로 간주하고 그 외의 경우에는 고소가 취소된 것으로 간주하지 않겠다는 입법자의 의지에 정면으로 반한다는 점을 근거로 취하간주나 소장각하, 소각하는 소송의 취하개념에 포함되지 아니한다는 부정설(소극설, 불포함설)⁴⁸⁾ 간통죄의 취지상 이혼소송의 취하나 재혼인이 고소인의 처벌 의사 철회에 있다고 보므로, 취하간주 등을 이혼소송의 취하에 포함된다 고 하더라도 그 이유가 당사자의 의사에 의한 것인 경우에는 고소취소가 간주되지만, 당사자의 의사와 무관한 경우에는 취하간주규정이 적용되지 않는다는 제한적 긍정설(절충설, 당사자의사 조사설)⁴⁹⁾이 있다.⁵⁰⁾

46) 참고로 판례는 간통죄의 소추요건인 이혼심판청구가 각하되었다는 사실을 모르고 상소를 포기한 경우에는 상소를 못한 것이 아니라 그 판결에 승복하여 상소를 하지 아니한 것이어서 상소권회복청구권이 없고 나아가 위 이혼심판청구가 각하된 사실을 알지 못하여 상소의 의사표시를 하지 아니하였다는 점에 관하여 과실이 없다고도 할 수 없다는 입장이다(대법원 1985. 5. 15, 85도7).

47) 백형규, 앞의 책, 398면; 이재상, 앞의 책, 208면; 임동규, 앞의 책, 147면; 조현욱, “이혼소장의 각하와 간통고소의 효력”, 영산법률논총 제2권 제1호, 2005.12, 258면.

48) 성윤환, 앞의 논문, 187면. 이러한 견해는 간통고소는 이혼소장이 각하되거나 소 각하되더라도 아무런 영향을 받지 않는다고 해석하게 된다.

49) 정웅석·백승민, 형사소송법(전정 제1판), 대명출판사, 2007, 449면; 김기준, “이혼소장의 각하가 고소권에 미치는 효력”, 형사판례연구 제7권, 한국형사판례연구회 편, 1999, 416면; 문채규, “간통죄에서 이혼소송의 취하로 인한 고소취소간주의 제한적 해석”, 고

다. 판례

간통고소 후 이혼소송에서 소장각하 된 경우,⁵¹⁾ 소각하 된 경우,⁵²⁾ 이혼소송이 당사자 쌍방불출석으로 취하간주 된 경우⁵³⁾ 등도 이혼소송을 취하한 때에 포함된다는 입장이다. 다만, ‘배우자가 이혼소송을 제기한 후 그 소송 외에서 협의이혼 등의 방법으로 혼인해소의 목적을 달성하게 되어 더 이상 이혼소송을 유지할 실익이 없어 이혼소송을 취하한 경우는 이혼소송의 계속과 선택적 관계에 있는 혼인관계의 부존재라는 고소의 유효조건을 충족시키고 있어 여전히 유효하게 존속한다’고 판시한 바 있다.⁵⁴⁾

라. 검토 및 사건

부정설의 경우 고소인이 고의로 이혼소송의 취하간주, 이혼소송이 각하되게 할 우려가 있다는 점에서 이혼의사 없이도 상대방을 간통죄로 처벌할 수 있다는 문제점이 있다는 점에서는 오히려 진정한 입법취지와 부합하지 않으며,⁵⁵⁾ 제한적 긍정설의 경우 부부간의 갈등이 해소된 경우라

시연구 2001.12, 196면(다만 문채규 교수는 당사자의 의사에 의한 것인 경우에는 고소 취소가 간주되고 고소의 효력이 소급하지만 그 소급효는 고소시점까지 미치는 것이 아니라, 당사자의 의사에 의한 각하사유의 발생시점까지 미친다고 한다); 이상돈, “이혼소송과 간통고소의 효력”, 고시연구 1996. 6, 139-140면; 이상철, “이혼소송과 간통고소”, 형사판례연구 제3권, 한국형사판례연구회 편, 1995, 386면.

50) 이혼소송의 소장각하 등을 이혼소송의 취하로 보지 않는 견해에 의하면 공소제기는 적법하고 고소도 취소된 것으로 간주되지 않게 된다. 다만 친고죄에서 유효한 고소가 소송계속 중에 계속 유지되어야 하기 때문에 이 경우에 있어서는 고소의 유효요건(이혼소송계속)이 탈락한 경우이므로 이혼소송을 다시 제기하여 요건을 재 충족해야 하며, 이렇게 함으로써 일시적인 소송장애는 치유되며 수소법원은 간통사건의 심판을 계속하게 된다.

51) 대법원 1994. 6. 10, 94도774.

52) 이혼소송의 각하일자가 제1심판결 선고 이후라 하더라도 고소는 소급하여 취소한 것으로 간주된다(대법원 1970. 12. 22, 70도2240). 본 판례에 대한 평석으로 임두빈, “이혼소송의 소장이 각하된 경우와 간통고소의 효력”, 판례월보 8호, 1971. 5, 111면 이하 참조.

53) 대법원 1975. 11. 25, 74도2577.

54) 대법원 2007. 1. 25, 2006도7939.

55) 이에 대하여 가사소송의 재판장이 적절한 소송지휘를 통하여 방지할 수 있고, 그런 판

고 보기 어려워 형사사법권이 개입할 필요가 남아 있다는 점에서는 어느 정도의 설득력을 가질 수 있겠으나 과연 간통사건의 심리과정에서 고소인의 내심에 있는 의사를 정확하게 판별하기가 어려울 뿐만 아니라 판별방법도 찾기가 쉽지 않다는 점에 비추어 보면 언뜻 찬성하기 어려운 면이 있다. 따라서 제229조 제2항의 취지는 이혼소송계속을 유효요건으로 하는 취지라고 보는 이상 긍정설이 타당하다고 본다.

2. 이혼소송 취하에도 고소취소의 시기적 제한을 받는지 여부

가. 문제점

친고죄에 있어서 일단 제기한 고소를 철회하는 법률행위적 소송행위인 고소의 취소는 현행법이 제1심판결 선고 전까지로 제한하고 있으므로(제232조 제1항),⁵⁶⁾ 임의의 고소취소는 제1심판결선고 후에 고소가 취소된 경우에는 그 취소의 효력이 없다는 점⁵⁷⁾에 의문이 없다.⁵⁸⁾ 문제는 이혼소송의 취하로 인하여 고소가 취소되는 것으로 간주되는 형사소송법 제229조 제2항의 경우에 제1심판결선고 후의 이혼소송의 취하가 가능한가? 즉 제232조 제1항의 예외가 될 수 있는가의 문제가 발생한다.

나. 학 설

(i) 이혼소송 취하를 간통죄에 대한 고소의 취소로 간주한다는 취지는

법에 대해서는 간통사건에서 양형자료로 참작하면 충분히 해결될 수 있다고 하나(성윤환, 앞의 논문, 185면), 근본적인 해결방법은 아니라고 생각된다.

56) 일본의 경우는 공소제기 전으로 제한하고 있는데(제237조 제1항. 告訴は、公訴の提起があるまでこれを取り消すことができる), 입법론적으로 타당하다는 견해로는 엄정철, 형사소송법, 289면.

57) 대법원 1985. 2. 8, 84도2682. 엄밀하게 말하면 제1심판결 선고 후에는 고소취소를 할 수 없다는 의미라기보다는 친고죄 취소의 고유한 소송법적 효과가 부여되지 않는다는 의미이다. 따라서 제1심판결 선고 후에 행해진 고소취소를 양형상 고려하는 것은 무방할 것이다.

58) 단순히 수사의 단서에 불과한 비친고죄의 고소는 그 취소시기를 제한할 필요가 없다는 것에 대법원 1987. 11. 10, 87도2020. 그리고 제1심판결 선고 후에 한 처벌희망의사표시의 철회도 효력이 없다는 것에 대법원 2000. 9. 29, 2000도2953.

이혼소송의 취하에 간통고소의 취소와 같은 효력을 인정한다는 것이지 고소취소에 대한 시기의 제한까지 미치도록 한 것이라고 볼 수 없다는 점을 근거로 하여 제1심판결선고 후에도 이혼소송 취하를 통하여 고소취소의 효과를 달성할 수 있다는 예외 긍정설(통설)⁵⁹⁾과 (ii) 이혼소송의 취하도 고소권자인 제소자의 의사에 기인하는 것이므로 임의의 고소취소와 이혼소송의 취하로 인하여 고소취소로 간주되는 경우를 달리 취급할 이유가 없다는 점 등을 근거로 제229조 제2항도 제232조 제1항의 적용을 받아 간통죄의 제1심판결선고 전에 이혼소송이 취하된 때에 한하여 고소취소의 간주의 효력이 발생한다는 예외 부정설(제한설)⁶⁰⁾의 대립이 있다.

다. 판 례

‘이혼심판 청구사건이 취하간주 되었다면 그 취하간주가 간통형사사건에 대한 제1심판결 선고 후 일지라도 그로 인하여 간통고소는 소급하여 그 효력을 상실하게 되며 간통죄에 관한 공동피고인의 한 사람에 대한 유죄판결이 확정되어 그 사람에 대해서는 고소취소의 효력을 미치게 할 수 없는 경우일지라도 위 이론에 소장을 가져갈 것이 아니다’고 판시하여 예외 긍정설의 입장이다.⁶¹⁾

59) 백형구, 앞의 책, 391면; 신동운, 앞의 책, 108면; 이재상, 앞의 책, 205면; 오세빈, “간통에 대한 고소와 유서의 요건과 효력”, 형사재판의 제 문제 제2권, 형사실무연구회 편, 박영사, 48면.

60) 문채규, “간통죄에서 이혼소송의 취하로 인한 고소취소간주의 제한적 해석”, 고시연구 2001. 12, 191면; 손동권, 앞의 논문, 378면(고소권자의 의사에 의한 차별적 처벌을 방지하고자 하는 주관적 불가분의 원칙에 반한다는 점을 근거로 하고 있다).

61) 대법원 1975. 6. 24, 75도1449. 이에 대한 판례평석으로는 유순석, “이혼소송의 취하간주와 간통고소의 효력”, 검찰73호, 1979.2, 233-241면 참조. 75도1449 판례의 반대 소수의견 중에는 공동피고인 중 1인에 대한 유죄판결이 확정되는 경우에 필요적 공범자의 1인은 처벌이 되고 상소한 다른 1인은 처벌되지 않는 결과가 되어 재판권 행사의 공평관념에 위배되고 불가분원칙의 원칙(제233조)과도 충돌된다는 비판이 있었다. 그러나 이는 그중 1인이 상소하지 않음으로 인한 우연한 결과에 불과한 것으로서 이를 들어 상소한 다른 피고인의 불이익으로 돌릴 근거로 삼을 수는 없고, 고소 자체가 부적법한 경우에 불가분의 원칙을 내세우는 것은 적절치 않다는(간통고소 자체를 취소하는 경우는 위 원칙이 그대로 유지) 견해로는 박태영, 이혼심판청구의 취하와 간통고소, 대법원 판례해설 1호(81.11) 417면 참조.

라. 검토 및 사건

1심판결선고 전까지 고소취소를 제한하고 있는 규정의 취지를 관철하여 사인간의 행위로 인하여 형사재판이 장기간 영향을 받는 폐해를 방지한다는 측면에서 보면 직접 고소를 취소하는 경우나 고소취소로 간주되는 경우를 구별하지 않고 고소취소의 시기적 제한을 받는다는 제한설도 일응 이해할 수는 있다.⁶²⁾ 그러나 이혼심판청구를 취하지 않고 유지하면서 간통고소만을 취소하는 선택을 하는 의미는 혼인관계는 계속하고 싶지 않지만 간통처벌 만큼은 면해 주겠다는 것이고, 이혼심판청구를 취하하는 경우는 대부분 다시 재결합의 의사가 있는 경우이므로 결국 임의의 고소취소와 이혼소송의 취하로 인하여 고소가 취소간주 되는 양자를 달리보아야 할 필요가 분명히 있는 것이다.⁶³⁾ 그렇지 않고 만약 제1심판결 선고 후에 이혼심판청구를 취하하여도 여전히 간통죄에 대한 형사책임을 면할 수 없다고 한다면 결국 사전에 부부의 재결합의도를 막을 수도 있다는 점에서 통설인 예외설이 타당하다.

3. 고소취소간주의 소급효 인정 여부와 그 법적 효과(재판의 종류)

가. 문제점

제229조 제2항은 재혼인 또는 이혼소송을 취하한 때 고소는 취소된 것으로 간주된다고만 규정하고 있을 뿐 소급하여 고소가 무효로 되고 공소제기가 부적법하게 된다는 취지로 명확하게 규정되어 있지 않은 관계로 과연 소급효가 인정될 것인가에 대하여 견해가 대립된다. 이는 형사소송법상 고소취소가 고소의 하자를 이유로 한 취소가 아닌 유효한 고소에 대한 철회를 의미하므로 그 효력은 소급하지 않고 취소한 때로부터 장래를 향해 발

62) 실제 반대 소수의견 중에는 다수의견은 결국 간통죄에 있어서의 고소의 취소에 관한 한 시기적으로 아무런 제한을 받지 않는다는 결론으로 되어 이는 고소기간을 범인을 안 날로 부터 6월로 한정하고 또 고소의 취소시기를 제1심판결 선고 전까지라고 한정함으로써 사인인 고소인의 의사여하에 따라 좌우되는 사법권 행사의 불안정상태를 되도록 좁히려고 한 제230조 제1항, 제232조 제1항의 규정 취지에 어긋난다는 비판이 있었다.

63) 이에 대한 것으로는 박태영, 앞의 논문, 417면.

생하는데,⁶⁴⁾ 이혼소송을 취소한 경우(적극설에 의하면 취하간주, 이혼소장의 각하, 소각하 등도 포함)에 고소가 취소된 것으로 간주되는 때에 간통고소를 취소한 경우와 동일하게 장래를 향하여 그 효력이 생긴다고 해석을 해야 하는 것인지 아니면 이와 달리 소급효를 인정하여 간통고소가 처음부터 효력을 잃는 것인가(Rückwirkende Gültigkeit von Strafantrag auf Ehebruch)의 문제라고 할 수 있다.⁶⁵⁾

나. 학 설

① 이혼소송을 취하한 때에는 법 일반원칙에 따라 간통고소는 소급하여 무효가 된다는 견해로서 간통고소는 그대로 둔 채 이혼소송만 취하한 때 소급하여 공소제기 자체가 부적법하므로 제327조 제2호에 해당하여 공소기각판결이 선고되게 된다는 소급효 긍정설(소급효설, 제327조 제2호 적용설, 통설)⁶⁶⁾과 ② 소장각하, 소취하간주시 처음부터 소를 제기하지 않은 것으로 보는 민사소송법의 효력을 형사 고소사건에 그대로 적용할 수 없다는 점, 공소제기 후에 이혼소송만을 취하한 것이 고소 자체를 취소하는 것보다 공소의 적법성에 미치는 영향이 더 크다는 것은 균형이 맞지 않는다는 점을 이유로 소급효를 부정하면서, 고소취소의 효력은 그 때부터 발생하게 되어 제327조 제5호에 의하여 공소기각판결을 해야 한다는 소급효 부정설(불소급효설, 제327조 제5호 적용설)⁶⁷⁾이 대립되고 있다.

64) 고소의 취소에도 고소불가분의 원칙이 적용된다. 다만 수회의 간통행위가 있는 경우 배우자의 고소의 취소는 당해 간통사실에만 그 효력이 미치고 일부의 간통행위에 대하여 배우자의 고소의 취소가 있는 경우에도 그 고소의 취소는 다른 간통행위에는 그 효력이 미치지 아니하는 것이며, 상간자를 달리하여 간통행위를 한 경우에도 고소의 취소는 다른 상간자에게는 그 효력이 미치지 않는다(대법원 1980. 8. 26, 80도1310).

65) 다만 간통고소 당시 이혼심판청구를 하였으나 청구 기각되어 확정된 경우 간통고소는 '그 이후'에 부적법하게 된다는 것이 판례의 입장이다(대법원 1985. 12. 10, 85도2139).

66) 이혼소송의 소장각하를 이혼소송의 취하로 보면서 고소취소의 소급효를 인정하면 공소제기는 부적법하여 무효가 된다. 여기서 재이혼 소송과 재고소에 의해 고소효결의 하자가 치유(추완)된다고 본다면 수소법원은 간통사건의 심판을 계속하여야 하지만, 만일 그렇지 않다고 본다면 제327조 제2호에 의하여 공소기각의 판결을 내려야 한다.

67) 이상돈, 앞의 논문, 141면; 이상철, 앞의 논문, 387면. 이혼소송의 소장각하를 이혼소송의 취하로 보면서 고소가 취소된 것으로 간주하되 그 효력을

다. 판 례

“간통고소는 혼인의 해소 또는 이혼소송의 계속을 그 유효조건으로 하고 있으므로 고소 당시 이혼소송을 제기하였다 하더라도 그 소송이 취하되는 경우에는 최초부터 이혼소송을 제기하지 아니한 것과 같게 되어 간통고소는 소급하여 그 효력을 상실하게 된다”고 하여 소급효설의 입장이다.⁶⁸⁾

라. 검토 및 사건

제229조 제2항이 ‘이혼소송을 취하한때 고소가 취소된 것으로 간주한다’고 규정하고 있을 뿐이므로 법문에 충실하게 해석한다면 고소취소의 일반론에 따라 이혼소송을 취하한 때에 장래를 향하여 고소취소의 효력이 발생한다고 새겨야 하므로 제327조 제5호에 의하여 공소기각판결을 하여야 한다는 견해도 일응 타당성이 있다. 그러나 이혼소송의 취하와 그 취하의 효과에 관한 문제는 기본적으로 민사소송의 영역에 속하고, 이에 따르면 소의 취하는 소송계속을 소급적으로 소멸시키는 것이 원칙이다. 그렇다면 이혼소송의 취하는 처음부터 이혼소송의 제기가 없었던 것으로 되고, 간통고소도 이혼심판청구가 전제되지 않았으므로 소급해서 부적법으로 되어야 하는 것이 타당하기 때문에 제327조 제2호의 공소기각판결을 선고해야 한다. 결국 판결이 확정되기까지는 언제나 취하할 수 있는 소의 취하와 제1심 판결 선고 시까지만 취소할 수 있는 고소의 취소를 같은 차원에서 놓고 볼 것은 아니라고 하겠다.

소급시키지 않는 견해는 공소제기는 적법성을 유지하게 되지만, 유효한 고소가 존속하지 않게 되어 단지 공소제기 후 소송조건의 흠결이 발생한 것이 될 뿐이다. 이때 재 이혼 소송과 재고소(고소장 다시 제출)에 의해 고소흠결의 하자가 치유(추완)된다고 보면 수소법원은 간통사건의 심판을 계속하여야 하지만, 만일 그렇지 않다고 보면 제327조 제5호에 의하여 공소기각판결을 내려야 할 것이다.

68) 대법원 1985. 9. 24, 85도1744.

IV. 고소의 추완 문제

1. 선결문제

가. 고소의 유효요건(즉, 이혼심판청구)의 추완 인정여부

간통고소 당시 이혼 심판청구를 제기하였다 하더라도 그 심판청구가 각하되는 경우에는 최초부터 이혼 심판청구를 제기하지 아니한 것과 같으며, 위 이혼 심판청구가 각하된 뒤에 다시 동일한 원인으로 이혼 심판청구를 제기하였다 하더라도 친고죄의 공소제기요건에 생긴 흠결은 보정될 수 없다는 것이 판례의 입장이다.⁶⁹⁾ 이 판례는 피해자가 심판청구가 각하된 후 이미 행해진 고소의 유효요건인 심판청구를 다시 했다는 이유만으로 고소가 유효한 것으로 되지 않는다는 취지로서, 국내학자들은 대부분 판례를 고소의 추완을 부정한 것으로 소개하고 있지만,⁷⁰⁾ 엄밀한 의미에서는 고소의 추완을 다룬 것이라기보다는 고소의 유효요건의 추완 문제를 다룬 것으로서 고소의 유효요건의 사후보정은 허용되지 않는다는 점을 명확히 한 것이라고 보는 것이 올바른 평가이다. 그리고 하자가 중요할 뿐만 아니라 소송경제성 보다는 절차의 확실성이 중요하다는 점에서 판례의 입장이 타당하다고 보이므로 결국 공소제기 요건의 흠결로 공소기각의 판결을 면할 수는 없을 것이다.

나. 재고소의 제한 여부

고소취소에 의하여 고소권이 소멸하므로 고소를 취소한 자는 다시 고소하지 못하는데(제232조 제2항), 이혼소송을 취하(적극설에 의하면 취하 간주, 이혼소장의 각하, 소각하 등도 포함)하여 간통죄에 대하여 고소취소

69) 대법원 1975. 10. 7, 75도1489; 1975. 11. 25, 74도2577; 1981. 12. 8, 81도2391.

70) 대표적 학자로는 이재상, 앞의 책, 171면. 그렇기 때문에 판례가 적어도 고소의 추완은 부정하지만 그 문제를 다루고 있다고 하는 것은 재고소의 인정을 전제로 한 것이 아닐까 하는 의문이 들 수도 있지만, 우리 판례는 분명하게 대법원 1997. 5. 23, 95도477를 통하여 재고소를 부정하고 있다. 따라서 대법원 1981. 12. 8, 81도2391와는 결코 모순된 판례가 아니다.

로 간주되는 경우에도 재고소 금지조항이 적용되는지 여부가 문제된다. 이에 대하여 이혼소장의 각하 등을 이유로 고소취소가 간주되는 경우에도 간통고소가 취소된 경우와 법적 효과가 유사함을 근거로 재고소하지 못한다고 보는 적용긍정설⁷¹⁾과 간통고소의 효력이 소급하여 무효로 된다고 보는 이상 재고소 금지규정의 적용은 없다고 보는 것이 논리적이라는 적용부정설⁷²⁾이 대립된다. 대법원은 “이혼소장이 각하된 경우에도 고소가 소급하여 효력을 상실하게 됨으로써 고소를 취소한 것이나 다름이 없게 되는 이상, 다시 고소하지 못한다고 봄이 입법취지에 비추어 상당하고 이와 달리 오로지 고소를 취소한 경우에 한하여 위 규정이 적용된다고 볼 것은 아니다”라고 하여 판시하여⁷³⁾ 적용긍정설의 입장을 취하고 있다. 생각건대 고소를 한번 취소한 자에게는 형사소송법에서 재고소를 제한하는 법적 효과를 부여하고 있는데(제232조 제2항), 이는 자신의 의사로 개시된 형사절차를 스스로 종료시킨 자는 형사절차를 자의적으로 다시 동일한 절차를 반복할 수 없다고 하는 소송행위의 일회성의 원칙에 근거를 두고 있는 것으로 판단된다. 판례가 재고소를 금지시키는 경우에 법적 안정성과 소송경제에 기여함을 부정할 수는 없다. 그러나 오히려 진정한 법적 안정성을 위해서 문리해석을 먼저 해야 한다는 측면에서 형사소송법상 재고소의 금지에는 “고소를 취소한 자”에 대하여 적용하겠다고 취지가 분명하다고 할 것이다. 따라서 고소인 스스로 고소를 취소한 것이 아닌 이상 적용하지 않는 것이 법문에도 충실하다고 할 것이다. 결국 소장이 각하된 이혼소송 등에서 고소를 취소한 자가 아니라 ‘고소가 취소된 것으로 간주된 자’에 불과한 경우라면 적용되지 않는다고 하는 적용부정설이 논리적으로 타당하다고 생각되므로 재고소를 할 수 있을 것이다. 이렇게 보더라도 고소기간에 대해서는 형사소송법상으로 제한이 있으므로 국가형벌권의 행사가 피해자의 의사에 좌우되는 현상이 장기간 방치되지는 않을 것으로 보인다.

71) 이재상, 앞의 책, 205면; 앞의 책, 임동규, 147면; 조현욱, “이혼소장의 각하와 간통고소의 효력”, 영산법률논총 제2권 제1호, 262면.

72) 정웅석·백승민, 앞의 책, 451면; 이상돈, 앞의 논문, 141면; 이상철, 앞의 논문, 386면.

73) 대법원 1997. 5. 23, 95도477.

2. 고소 추완의 인정여부

재이혼 소송을 하고 재고소가 고소기간 내(제230조 제1항)⁷⁴⁾에 이루어진 경우에 이로 인하여 소장각하로 인한 고소취소의 간주에 의해 발생하는 소송장애(소송조건의 흠결)를 치유하는가의 문제가 제기될 수 있는데, 이는 곧 고소의 추완이 인정될 것인가와 관련된다. 소송경제상 고소의 추완을 인정해야 한다는 적극설,⁷⁵⁾ 비친고죄로 공소제기된 사건이 심리결과 친고죄로 판명되거나 친고죄가 추가된 경우 만큼은 고소의 추완을 인정해야 한다는 절충설(적극적 제한설),⁷⁶⁾ 친고죄의 고소는 공소제기의 적법·유효조건이라는 점을 근거로 하여 고소의 추완을 부정하는 소극설,⁷⁷⁾ 형사절차의 비례성원칙의 관점에서 폭력범죄인 친고죄는 고소의 추완을 인정하나, 개인적 갈등성격이 강한 비폭력적인 친고죄는 부정하는 이원설⁷⁸⁾의 대립이 있다. 대법원은 강간죄는 기소 이후의 고소의 추완은 허용되지 아니한다 할 것이며 이는 비친고죄인 강간치사죄로 기소되었다가 친고죄인 강간죄로 공소장이 변경되는 경우에도 동일하다고 판시하여⁷⁹⁾ 소극설을 일관하고 있다.⁸⁰⁾ 공소제기의 적법조건을 구비하지 못한 경우에 피고인을 그 소송절차로 부터 해방시키는 것은 소송경제보다 중요한 이익이라고 해야 하기 때문에 소극설이 타당하며, 따라서 고소의 추완이 인정되지 않으므로 수소법원은 제327조 제2호에 의하여 공소기각판결을 내려야 할

74) 참고로 판례는 “이혼심판청구 소송이 각하되고, 또는 피고소인의 주소를 알 수 없어 고소의 제기가 늦어진 것이 제230조 제1항 단서(고소할 수 없는 불가항력의 사유)에 해당한다고 볼 수 없어 두 번째로 고소를 제기한 것이 위 간통사실을 안 날로부터 6월이 경과된 이후라면 위 고소는 부적법한 것이다”라고 한다.

75) 백형구, 앞의 책, 591면; 서일교, 앞의 책, 248면.

76) 김기두, 앞의 책, 203면; 신현주, 앞의 책, 76면; 이영란, 한국형사소송법, 2006, 208면.

77) 강구진, 앞의 책, 55면; 손동권, 앞의 책, 143면; 신동운, 앞의 책, 422면; 신양균, 앞의 책, 410면; 이재상, 앞의 책, 170면; 정영석·이형국, 앞의 책, 111면; 차용석·최용성, 앞의 책, 410면.

78) 배종대·이상돈, 앞의 책, 153면.

79) 대법원 1982. 9. 14, 82도1504.

80) 최근의 판례로는 고소인이 제출한 고소장 및 고소보충 진술조서에 처벌의사를 표시한 바 없는 간통행위에 대하여 고소인이 원심재판 진행 중 검찰조사에서 원래의 고소취지는 고소장 접수 이전의 모든 간통행위를 처벌해 달라는 것이었다는 취지의 진술을 한 경우 이는 친고죄에 있어서 공소제기 후의 고소 추완에 해당하여 허용되지 않는다고 판시하고 있다(대법원 2006. 4. 28, 2005도8976).

것이다. 다만 공소제기 전에 고소가 추완된 경우에는 공소제기는 당연히 적법하게 될 것임은 물론이다.

V. 결 론

간통죄의 2007년 기소율을 보면 대부분이 불기소처분에 그치고(83.3%), 구속기소(0.7%)와 불구속기소(15.7%)는 미미한 수준이다. 그리고 기소된 간통죄의 처리현황을 보면 대부분 집행유예(52%)를 받고 있으며, 실행선고는 2000년 이후에 10%를 넘었던 것이 이제는 고작 4.1%에 불과하다.⁸¹⁾

이렇게 실효성이 떨어져 가고 있는 간통죄에 집착하는 이유 중의 하나는 결국 간통죄로 고소하면서 이루어지는 이혼소송 절차에서 재산분할이나 위자료, 양육권 등에 있어서 불리한 상황을 역전시킬 수도 있어 그 공백을 메꾸는 역할을 해 온 사실을 부인하기 어렵다. 그러나 현재 통계를 보면 간통고소를 해도 대부분 구속되지 않고 있을 뿐만 아니라, 위자료나 재산분할에 있어서의 액수 또한 부정행위만을 주장한 경우와 간통고소를 한 경우와의 차이를 두지 않으므로 실효성이 없다고 할 수 있다. 따라서 손해배상과 위자료의 상한을 올리고 집행의 강제성을 확보한다면 굳이 간통죄를 존치할 필요가 있는지는 의문이 제기될 수 있다. 또한 간통죄를 폐지하지 않은 것이 오히려 민법 등에서 보완책 마련에 소홀히 한 것은 아닌가 하는 느낌도 있고 아울러 냉정하고 합리적인 고민에 인색한 것은 아닌가 하는 의문도 든다. 아울러 법적 책임이 도덕적 책임을 상쇄시키는 측면도 있다는 점을 고려해 본다면 법이 도덕을 강요하면 할수록 더욱 더 윤리의식이 떨어질 수도 있다는 사실이다.

입법론적으로 외국 대부분의 나라에서 간통죄를 폐지하고 있는 실정에 비추어 보면 우리는 간통죄가 폐지되기 전까지는 혹은 위헌판결을 받기 전까지는 가급적 간통죄의 처벌범위를 좁히는 방향으로 해석함이 올바른 방향이 아닐까 생각된다. 따라서 간통고소와 관련하여 간통고소와 함께

81) 지난 2007년에 간통죄로 기소된 7,301명 중 실행은 불과 47명에 불과하고, 가장 높은 형을 받았던 것이 징역 1년에 불과하였다. 그것도 단순한 간통죄가 아닌 폭력과 사기가 수반된 경우이었다.

이혼소송을 제기해야 한다는 규정도 단순히 이혼소송의 제기가 아닌 이혼소송의 계속을 간통고소의 요건으로 보아야 한다. 또한 간통죄에 관하여는 일반의 친고죄와는 달리 「혼인이 해소되거나 이혼소송을 제기한 후」에만 고소를 할 수 있도록 하면서, 「다시 혼인을 하거나 이혼소송을 취하한 때에는 고소는 취소된 것」으로 간주하는데, 이는 취하간주, 소장각하, 소각하 등 고소인의 의사와는 상관없이 고소취소를 의제하고 그 효력은 소급한다고 보아야 한다. 아울러 보정적 추완(특히, 고소의 추완)도 불허함이 바람직하다고 본다.

참고문헌

- 강구진, 형사소송법 원론, 학연사, 1982
김기두, 형사소송법, 신정신판, 박영사, 1987
배종대·이상돈, 형사소송법 제7판, 홍문사, 2006
손동권, 형사소송법, 을곡출판사, 2008
송광섭, 형사소송법 신정판, 유스티니아누스, 2003
신동운, 형사소송법 제3판, 법문사, 2005
이선중 외, 주석형사소송법, 1976
이재상, 신형사소송법 제2판, 박영사, 2008
임동규, 형사소송법 제4판, 법문사, 2006
정웅석·백승민, 형사소송법(전정 제1판), 대명출판사, 2007
정영석·이형국, 형사소송법, 법문사, 2004
차용석 외, 주석형사소송법 제3판, 1999
차용석·최용성, 형사소송법(제2판), 세영사, 2004
고시먼, 간통죄의 위헌여부에 대한 1990년 제1차 헌재의 합헌결정, 사법행정, 2007. 11
———, 간통죄의 위헌여부에 대한 1993년 제2차 헌재의 합헌결정, 사법행정, 2008. 1
———, 간통죄(형법 제241조)의 위헌여부에 관한 2001년 제3차 헌재의 합헌결정[간통죄 III], 사법행정 제49권 제3호, 2008. 3

- 고원석, 간통죄의 고소에 필요한 범죄사실의 특정 정도, 대법원판례해설 34호(2000 상반기), 2000. 11
- 김기준, “이혼소장의 각하가 고소권에 미치는 효력”, 형사판례연구 제7권, 한국형사판례연구회 편, 1999
- 김성돈, “형법상 죄수론의 구조”, 형사법연구 제9호, 법원사, 1997
- 박달현, “친고죄와 고소불가분의 원칙 -그 문제점 및 개선방향-”, 형사법연구 제12권, 법원사, 1999
- 문채규, “간통죄에서 이혼소송의 취하로 인한 고소취소간주의 제한적 해석”, 고시연구 2001. 12
- 손동권, “고소불가분의 원칙과 강간범에 대한 공소권의 행사”, 형사판례연구 제1권, 박영사, 1993
- 성윤환, “이혼소송과 간통고소의 효력-대법원 판례분석을 중심으로-”, 중앙법학 제9집 제1호, 2007
- 오세빈, “간통에 대한 고소와 유서의 요건과 효력”, 형사재판의 제 문제 제2권, 형사실무연구회 편, 박영사, 1999
- 유순석, “이혼소송의 취하간주와 간통고소의 효력”, 검찰73호, 1979. 2
- 이기현, “죄수의 결정”, 형사판례연구 제8권, 박영사, 2000
- 이상돈, “이혼소송과 간통고소의 효력”, 고시연구 1996. 6
- 이상철, “이혼소송과 간통고소”, 형사판례연구 제3권, 한국형사판례연구회 편, 1995
- 이주성, “간통죄의 고소에 관련된 몇 가지 문제”, 사법논집 제3집, 법원행정처, 1972
- 이흥권, “간통고소가 취소된 경우의 문제점”, 군사법 논문집 1집, 공군본부, 1982
- 임두빈, “이혼소송의 소장이 각하된 경우와 간통고소의 효력”, 판례월보 8호, 1971. 5
- 임웅, “죄수론의 기초”, 현대의 형사법론(익헌 박양빈교수 화갑기념논문집), 1996
- 조현욱, “이혼소장의 각하와 간통고소의 효력”, 영산법률 논총 제2권 제1호, 2005. 12
- Gerhard Simson, “Zur Strafbarkeit des Ehebruchs” NJW 1966

An Effect of Legal Suit and Its Withdrawal of Divorce in Criminal Proceedings on Adultery Indictment

Shin, Yi-Chul*

Indictment rate for adultery crimes in 2007 reveals that no indictment is the highest(83.3%) followed by indictment under detention(0.7%) and indictment without detention(15.7%). And the statistics of penalties for indicted adultery tells that most of them are probation(52%) while the actual punishments remains more or less 4.1% while 10% around the year of 2000.

One of the reasons for preserving the adultery crime which has lesser effectiveness is mainly why weak position of one party can be reversed because of negotiation leverage in alimony, child custody or property dissolution resulted by divorce proceeding filed by adultery suit. But current statistics shows that adultery suit cannot guarantee any strategic effectiveness because adultery accusation does not result in indictment under detention and has no actual difference from the cheating case in its amount of settlement. So it can be doubted whether adultery should remains if damage evaluation and alimony increase with enforcement are guaranteed. Also such challenge can be raised as civil alternatives are not enough to backup the result of abolishing adultery crime, which strongly doubts me whether we have objectively strict and reasonable consideration. When considering that legal responsibility trade-offs moral one, forcing moral through law can cause lowering ethical sense.

From the perspective of lawmakers in many countries that adultery crime is disappearing, narrower interpretation on the scope of punishment for adultery is regarded to be necessary until being

* Lecturer of College of Law, Soongsil University; Adjunct Professor of Department of Police Administration, Wonkwang Digital University.

abolished or determined unconstitutional. So the provision that adultery accusation requires concurrent divorce suit should be interpreted that not just filing divorce suit but continuity of the suit should exist for satisfying adultery accusation requirements. And adultery crime requires accusation “only after divorce or filing of divorce” and assumes automatic withdrawal in case of re-marriage or withdrawal of divorce suit, which should be interpreted that retroactive effect should be given regardless of intent of accuser like withdrawal assumption, complaint dismiss and claim dismiss. Also, in my opinion, suit adjustment(especially adjusting accusation) should be dismissed.

주제어 : 간통고소, 이혼소송, 친고죄, 고소의 추완, 취하간주, 위헌결정

Keywords : The complaint of adultery, Suit of Divorce, an offense subject to complaint, adjusting accusation, withdrawal assumption, determined unconstitutional

투고일 2008.5.17. / 심사일 2008.6.5. / 게재확정일자 2008.6.16.(월)