



친족상도례 헌법불합치 결정의 의미와 향후 과제

- 헌법재판소 2024. 6. 27. 선고 2020헌마468등 결정 -

김 광 현

헌법재판소는 2024. 6. 27. 친족상도례 중 필요적 형면제를 규정하고 있는 「형법」 제328조제1항에 대해 헌법불합치 결정을 내렸다. 이제 국회가 이 오래된 제도를 전반적으로 다시 살펴볼 수 있는 기회가 마련되었다. 친족상도례 제도가 친족간 유대를 지켜나가면서도 범죄 피해자를 보호할 수 있는 합리적인 제도가 될 수 있도록, 입법논의 과정에서 검토가 필요한 여러 쟁점과 고려사항들을 정리하였다.

1 친족상도례 헌법불합치

헌법재판소는 2024. 6. 27. 재판관 전원일치 의견으로, 직계혈족, 배우자, 동거친족, 동거가족 또는 그 배우자간¹⁾의 권리행사방해죄는 형을 면제하도록 한 「형법」 제328조제1항²⁾이 헌법에 합치되지 아니한다고 판단하였다. 그리고 2025. 12. 31.을 시한으로 입법자가 위 조항을 개정할 때까지 법률조항의 적용을 중지하도록 결정하였다.³⁾ 이로써 1953년 「형법」 제정부터 유지되어 온 친족상도례 제도 중, 가장 많은 비판을 받았던 ‘필요적 형면제’ 부분이 사실상 효력을 잃게 되었다.

다만, 헌법재판소는 같은 날 동조제2항에 근거한 원친(遠親)의 친고죄 적용에 대하여는 합헌을 선언하였는데,⁴⁾ 위 두 가지 결정을 종합하면 헌법재판소는 친족상도례 제도에 있어 ‘필요적 형면

제’라는 법적 효과 문제를 지적하면서도, 친족간 재산범죄에 대한 특례의 필요성 자체는 인정하였다고 볼 수 있을 것이다.

이제 공은 국회로 던져졌다. 과거 친족상도례가 논란이 됨에 따라 제21대 국회에 친족상도례 제도를 개편하려는 몇 가지 법률안들이 제출되었으나, 그 중 실제 법 개정으로 이어진 것은 장애인에 대한 친족상도례 적용을 배제하는 「장애인복지법」 개정이 전부였다. 결국 친족상도례 개선 논의는 국회의 법개정을 통한 통상의 해결 대신 헌법불합치 결정이라는 사법적 판단을 마주하게 되었다.

논의의 구체적 계기를 떠나 여하간에 개선의 기회는 마련된 셈이다. 입법형성권을 가진 국회로서는 헌법재판소의 이번 결정을 단순히 ‘필요적 형면제’의 부당함 외에도 그간 친족상도례 제도와 관련하여 지적되어 온 여러 문제점들을 한꺼번에 해소할 수 있는 계기로 바라볼 필요가 있다. 이하에서는 친족상도례 제도의 합리적 개선을 위해 향후 국회 논의 과정에서 고려하여야 할 사항들을 간략히 나누어 정리해보고자 한다.

1) 이하 이를 ‘근친(近親)’이라 하며, 이외의 친족을 ‘원친(遠親)’이라 한다.
2) 위 조항은 절도, 사기, 횡령 등 강도와 손괴를 제외한 각종 재산범죄에 적용되고 있다.
3) 헌법재판소 2024. 6. 27. 선고 2020헌마468 등 결정.
4) 헌법재판소 2024. 6. 27. 선고 2023헌바449 결정; 각주3의 결정에서도 수인가능한 수준에서의 친족간 특례 필요성은 인정하고 있다.



2 필요적 형면제 부분의 개편방안

(1) 형면제 유지 및 적용범위 축소

그간 친족상도례 제도와 관련하여 가장 많은 지적을 받았던 부분은 「형법」 제328조제1항, 즉 ‘근친(近親)간 재산범죄에 대한 필요적 형면제’ 부분이었다. 위 조항은 가해자와 피해자간 구체적 관계나 피해 정도에 대한 고려 없이 일률적으로 형을 면제토록 하고, 그 범위에 있어서도 타국에 비해 넓은 측면이 있었으므로,⁵⁾ 불합리하다는 지적이 지속적으로 제기되었다. 헌법재판소 또한 결정을 통해 이러한 부분을 지적하였다.

위 문제를 개선하기 위한 방법으로 현행의 필요적 형면제 효과를 유지하면서도 적용 대상을 좁히는 방안을 우선적으로 검토해볼 수 있을 것이다. 이 경우 변화의 폭이 상당히 적어 개정이 용이하고 법적 안정성을 유지할 수 있다는 점, 가정 내 사소한 범죄에 대해 여전히 국가의 개입을 차단할 수 있다는 점 등이 장점이 될 수 있다.

그러나 필요적 형면제 문제의 본질은 적용범위보다도 그 범위 내에서 구체적 사정을 전혀 고려할 수 없는 ‘일률적인 효과 부여’에 있었다. 그간 친족상도례와 관련하여 불륜 배우자의 재산 유출, 부모 등 가까운 친족에 의한 재산범죄 등이 중요한 문제로 지적되어 왔다는 점을 고려할 때,⁶⁾ 필요적 형면제의 범위를 동거 중 배우자나 직계존비속 등으로 상당 부분 좁힌다 하더라도 이것이 온전한 대안이 되리라 기대하기 어려운 측면이 있다. 결국 그러한 범위 내에서는 친족 내부의 다양한 관계에 대한 고려 없이 일률적으로 형 면제가 이루어지게 될 것이므로, 결과에 있어 현행 제도의 맹점(盲點)이 그대로 지속되기 때문이다.

5) 김광현, 「「형법」상 친족상도례 조항의 개정검토」, 『NARS 현안분석』 제205호, 2021, pp.7-11 참조; 헌법재판소 2024. 6. 27. 선고 2020헌마468 등 결정 또한 같은 부분을 지적한 바 있다.

6) 김광현, 「친족상도례 개정방안에 관한 소고」, 『입법과 정책』 제13권 제3호, 2021, pp.59-60.

(2) 친고죄로의 개정과 검토사항

친족상도례 제도는 분명 친족 단위에서의 자율적 문제해결 촉구라는 기능이 존재하는 제도이다. 이에 따라 종래부터 필요적 형면제 제도를 폐지하되 친족간 재산범죄는 고소가 있을 때 비로소 수사를 개시할 수 있는 친고죄로 규율하는 방안이 유력한 방안으로 제시된 바 있었다.⁷⁾ 이번 헌법재판소의 헌법불합치 결정 또한 “피해자의 가해자에 대한 처벌의 의사표시를 소추조건으로 하는” 방안을 언급하였는데,⁸⁾ 합헌으로 선언된 제2항과의 관계를 고려한다면 제1항과 제2항 모두 친고죄로 하여 친족간의 재산범죄를 친고죄로 일원화하는 것을 개선 방안으로 검토해 볼 수 있을 것이다.

다만, 이 경우 마찬가지로 과거의 친족관계에 기초를 둔 「형사소송법」 제224조가 걸림돌로 남게 된다. 「형사소송법」 제224조는 자기 또는 배우자의 직계존속을 고소할 수 없도록 정하고 있다.⁹⁾ 따라서 위 사람이 재산범죄를 저지른 경우 친고죄임에도 고소가 불가능한 상황이 발생하게 된다. 현행 제도에 있어 친고죄가 적용되는 친족 중 고소가 불가능한 ‘배우자의 직계존속(비동거)’이 저지른 재산범죄는 「검찰사건사무규칙」 제115조제3항에 따라 각하 처분이 이루어지고 있다.¹⁰⁾ 이는 친족상도례의 형면제 부분을 친고죄로 변경할 경우 「형사소송법」 제224조에 따라 자기와 배우자의 직계존속이 저지른 범죄는 처벌이 불가능한 범죄로 남게 될 수 있음을 뜻한다. 친고죄로의 변화를 꾀한다면 이를 어떻게 해결할 것인지에 대한 논의가 함께 이루어질 필요가 있다.¹¹⁾

7) 김태수, 「친족상도례의 문제점과 개선방안」, 『형사정책』, 제26권 제1호, 2014, p.236; 모성준, 「친족상도례의 문제점과 개선방안」, 『형사정책』, 제26권 제1호, 2014, pp.528-529.

8) 헌법재판소 2024. 6. 27. 선고 2020헌마468 등 결정.

9) 위 조항에 대하여는 2011년 헌법소원이 있었고, 재판관 다수인 5인이 위헌의견을 밝혔으나, 6인에 이르지 못하여 위헌에는 이르지 못하였다(헌법재판소 2011. 2. 24. 선고 2008헌바56 결정).

10) 법무부, 「형사소송법 제224조 관련 자료협조」, 국회입법조사처 제출 자료, 2023.

(3) 반의사불벌죄로의 개정과 검토사항

종래부터 친족상도례 친고죄 조항과 관련하여 고소기간 6개월의 제한이 부당하다는 지적이 있었고, 이에 따라 반의사불벌죄로 친족상도례의 법적 효과를 통일시킬 필요가 있다는 주장이 제기된 바 있었다.¹²⁾ 반의사불벌죄의 경우 고소기간의 제한이 없고, 앞서 친고죄와 관련하여 살펴본 「형사소송법」 제224조를 따로 고려할 필요가 없다는 장점이 있다.

반면, 원칙적으로 ‘고소가 있어야 수사가 개시’되는 친고죄와 달리 반의사불벌죄는 피해자의 처벌의사가 없어도 수사가 개시될 수 있으므로, 친족간의 범죄에 있어 국가의 개입 가능성이 커지는 측면이 있다. 또한 장기의 기간 부여는 친족 내에서 상당 기간 법적 불안정을 발생시킬 수 있는 부분이 있으며, 반의사불벌죄의 경우 친고죄와 달리 피해자가 공범자 중 일부만 선별하여 처벌할 수 있다는 점이 불합리하다는 지적 또한 제기된 바 있다.¹³⁾

반의사불벌죄는 친고죄의 경우에 비해 국가의 개입 가능성이 커지므로, 근친에 대한 제1항을 반의사불벌죄로 개정할 경우 원친에 대한 제2항 또한 반의사불벌죄로 개정하여 통일시키는 것이 취급의 균형을 꾀할 수 있는 방안이 될 것이다.

11) 한편, 근친에 대한 친족상도례의 효과를 친고죄로 정하게 될 경우, 원친에 대하여는 그 효과를 반의사불벌죄로 변경하여 절충하는 방안도 고민해볼 수 있을 것이다(김광현, 앞의 글(각주 6), pp.52-55). 다만 이 경우에도 친고죄와 관련된 「형사소송법」 제224조의 문제는 여전히 남게 된다.

12) 김대성, 「친족상도례 규정의 개정방향」, 외법논집, 제40권 제4호, 2016, p.234; 친고죄의 경우에 고소기간 도과를 막기 위해서는 일단 6개월 안에 고소를 제기하여야 하고, 이후 제1심 판결선고 전까지 고소를 취소할 수 있다.

13) 모성준, 앞의 글, p.528; 이는 현행 「형사소송법」 제233조에 따라 친고죄의 공범 중 그 1인 또는 수인에 대한 고소 또는 그 취소는 다른 공범자에 대하여도 효력이 미치나, 반의사불벌죄의 경우 위 조항이 적용되지 않기 때문이다(대법원 1994. 4. 26. 선고 93도1689 판결).

3 필요적 형면제 부분 외의 쟁점

(1) 특별법의 적용 여부

그간 친족상도례 제도는 각종 특별법으로 가중처벌되는 사안에 있어서도 명시적인 배제조항이 없는 이상 동일하게 적용되는 것으로 취급되었다. 즉, 사기, 공갈, 횡령, 배임 등의 이득액이 5억원을 초과하여 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」이 적용되는 사안에 있어서도 필요적 형면제나 친고죄가 적용되어 왔고,¹⁴⁾ 흥기휴대공갈죄 등 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」 위반에 대하여도 다르지 않았다.¹⁵⁾ 이에 친고죄나 반의사불벌죄는 모두 형사정책적 이유에서 국가형벌권 행사의 예외를 인정하는 것이므로,¹⁶⁾ 특별법이 적용될 정도로 중대한 사안에 있어서까지 피해자에게 처벌 여부를 결정할 수 있도록 하는 것은 부당하다는 견해도 제기된 바 있다.¹⁷⁾

위 내용과 관련된 가장 큰 문제는 피해가 심각한 범죄에 있어서도 일률적으로 형면제가 이루어진다는 점이었으므로, 친족상도례의 효과를 소추조건 설정으로 개편할 경우 이러한 측면은 시정할 수 있을 것으로 보인다. 즉, 친족상도례에서 필요적 형면제 효과를 배제한다면 특별법상 범죄 또한 원칙적으로 처벌이 가능해지므로, 친족간 자율적 해결을 촉진하기 위해서는 특별법상 범죄를 굳이 적용 대상에서 원천 제외할 필요까지는 없다는 판단도 가능할 것이다.

14) 대법원 2000. 10. 13. 선고 99오1 판결; 대법원 2013. 9. 13. 선고 2013도7754 판결.

15) 대법원 2010. 7. 29. 선고 2010도5795 판결.

16) 이희경, 「친고죄와 반의사불벌죄의 근거와 헌법법제의 타당성 연구」, 『피해자학연구』 제21권 제1호, 2013, pp.268-271.

17) 흥기휴대공갈죄에 대하여 박광현, 「친족상도례의 개선방안에 관한 연구」, 『홍익법학』 제14권 제3호, 2013, p.426 및 김태수, 「「흥기휴대공갈」 친족상도례 적용의 타당성」, 『형사정책』 제24권 제1호, 2012, pp.145-162; 특별법 위반에 대하여 모성준, 앞의 글, pp.528-529 및 한준호의원 대표발의, 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 일부개정법률안」(의안번호 제2120595), 2023.3.14.

다만 친족상도례 제도의 특별법 적용 여부에 대하여도 차제(此際)에 분명하게 논의해 둘 필요는 있을 것으로 생각되며, 적용을 배제하기로 결정한 경우에는 종래 대법원의 판단에 비추어 명시적인 배제 조항을 마련할 필요가 있을 것으로 보인다.

(2) 손괴죄의 포섭 여부

한편, 현행 친족상도례 제도는 강도죄와 손괴죄를 제외한 재산범죄에 적용되고 있는데, 특별법 위반과 같은 비교적 중대한 범죄까지 적용되고 있음에도 손괴죄는 적용대상에서 제외되어 있다. 이에 대해 손괴의 경우 재물의 멸실, 효용가치의 멸각 등으로 공동이용적 요소까지 상실하게 되어 친족에 대한 해악성이 크기 때문이라는 설명이 있었다.¹⁸⁾ 그러나 손괴의 법정형은 징역 3년 이하이고, 통상 친족상도례가 적용되는 재산범죄들은 대부분 그보다 법정형이 중한 범죄들이므로, 오히려 경한 범죄인 손괴죄에 대한 친족상도례 적용이 필요하다는 지적을 피할 수 없었다.¹⁹⁾

친족상도례 제도의 취지가 재산범죄에 있어 가족 간 자율적 해결의 기회를 주기 위한 것임을 고려할 때, 상대적으로 경미한 범죄에 해당하는 손괴죄가 제외되어 있는 것은 일정 부분 불합리한 측면이 있다. 더욱이 손괴를 통한 타인 권리행사 방해를 처벌하는 권리행사방해죄(「형법」 제323조)나 손괴 후 재물을 절취하는 특수절도죄(「형법」 제331조제1항)의 경우에도 친족상도례가 적용된다는 점을 고려할 때, 이번 기회에 손괴죄에 대한 친족상도례 적용 또한 검토해볼 필요가 있을 것이다.

4 새 시대의 친족상도례

친족상도례 제도에서 필요적 형면제 효과를 배

제한다는 것을 두고, 가족 내 가벼운 범죄까지 모두 처벌되는 것이 아닌지 우려하는 견해들을 찾아볼 수 있다. 그러나 개정의 취지는 어디까지나 국가가 범죄 피해자를 완전히 방치하지 않도록 하는 것에서 찾아야 할 것이다. 수사기관과 법원은 친족간 경미범죄에 있어서는 사안에 따라 기소유예나 선고유예, 정당행위(「형법」 제20조) 적용 등 친족관계와 사안의 내용을 고려하여 일정한 융통성을 발휘할 수 있을 것이다. 필요적 형면제 효과를 배제하더라도 친족간 경미한 재산범죄에 국가의 지나친 형벌적 개입을 차단할 방법은 존재한다.

가족관념이 변화하였지만, 그럼에도 가족, 친족과 그 유대는 여전히 전통적·긍정적 가치를 갖고 있다. 따라서 친족상도례 제도를 단순히 폐지하기 보다는 이를 개선하여 합리적인 방향으로 개편하는 노력이 필요할 것이다. 이번 헌법재판소 결정을 계기로 그간 누적되어 온 문제점들을 한꺼번에 정리할 수 있는 계기가 마련된 이상, 국회는 조속히 합리적인 보완입법 방안을 논의할 필요가 있다.

헌법불합치 결정에도 불구하고 비교적 장기간 개선입법이 이루어지지 않고 있는 몇 가지 사안들이 있다. 그러나 친족상도례 제도의 개선은 이와 같이 느슨하게 바라볼 문제는 아니다. 이번의 헌법 불합치 결정은 국가형벌권 행사를 축소하는 것이 아니라, 이를 확장하는 결정이다. 나아가 원친에 대한 친고죄 조항이 유지됨에 따라, 입법개선이 없을 경우 근친과 원친에 대한 취급에 불균형이 발생할 우려가 있다. 따라서 국회는 신속하게 현재의 상황을 정리할 필요가 있을 것이다.

새로운 친족상도례 제도가 친족의 유대를 소중히 하면서도 억울한 피해자를 국가가 방치하지 않는 합리적인 제도가 되기를 기대한다.

『이슈와 논점』은 국회의원의 입법활동을 지원하기 위해 최신 국내외 동향 및 현안에 대해 수시로 발간하는 정보 소식지입니다.

18) 정성근, 「친족상도례」, 『고시계』 제333호, 1984, p.50.

19) 모성준, 앞의 글, pp.521-523; 박광현, 앞의 글, pp.425-427.

