

# 보도자료

## 친족상도례(형 면제) 사건

2020헌마468, 2020헌바341, 2021헌바420, 2024헌마146(병합)  
형법 제328조 제1항 등 위헌확인 등

### [ 선 고 ]

헌법재판소는 2024년 6월 27일 재판관 전원일치 의견으로, 직계혈족, 배우자, 동거친족, 동거가족 또는 그 배우자간의 권리행사방해 죄는 그 형을 면제하도록 한 형법(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정된 것) 제328조 제1항은 헌법에 합치되지 아니한다는 결정을 선고하였다. [\[헌법불합치\(적용중지\)\]](#)



2024. 6. 27.

헌법재판소 공보관실

## □ 사건개요

- [2020헌마468] 청구인 김○○은 지적장애 3급의 장애인으로, 삼촌 등을 준사기, 횡령 혐의로 고소하였으나, 청구인의 동거친족으로서 형면제 사유가 있다는 이유로 공소권없음의 불기소처분이 이루어지자, 2020. 3. 26. 형법 제328조 제1항, 제354조, 제361조에 대하여 헌법소원심판을 청구하였다.
- [2020헌바341] 청구인 김□□은 계부를 횡령 혐의로 고소하였으나, 청구인의 동거친족으로서 형면제 사유가 있다는 이유로 공소권없음의 불기소처분이 이루어지자, 재정신청을 하고 그 소송 계속 중 형법 제328조 제1항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나 각 신청이 모두 기각되자, 2020. 6. 26. 형법 제328조 제1항에 대하여 헌법소원심판을 청구하였다.
- [2021헌바420] 청구인 장△△은 파킨슨병을 앓고 있는 부친을 대리하여 부친의 자녀들을 업무상횡령 혐의로 고소하였으나, 직계혈족으로서 형면제 사유가 있다는 이유로 공소권없음의 불기소처분이 이루어지자, 재정신청을 하고 그 소송 계속 중 형법 제328조, 제344조, 제361조에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나 각 신청이 모두 기각되자, 2021. 12. 30. 형법 제328조 제1항, 제344조, 제361조에 대하여 헌법소원심판을 청구하였다.
- [2024헌마146] 청구인 최◆◆는 동생과 그 배우자를 청구인의 어머니(망인) 명의 예금 횡령 혐의로 고소하였으나, 직계혈족과 그 배우자로서 형면제 사유가 있다는 이유로 불송치 결정이 되자, 2024. 2. 7. 형법 제328조 제1항에 대하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

## □ 심판대상

- 친족간 재산범죄의 처벌과 소추조건에 관한 특례를 ‘친족상도례(親族相盜例)’라고 하는데, 권리행사방해죄에 적용되는 친족상도례를 규정한 형법 제328조는 대부분의 재산범죄에 준용되고 있다. 이에 법질서의 정합성과 소송경제의 관점에서 여기서는 개별 준용조항이 아닌 형법 제328조 제1항을 직접 심판대상으로 삼기로 한다.
- 이 사건 심판대상은 형법(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정된 것) 제328조 제1항(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 청구인 김○○, 최◆◆의 기본권을 침

해하는지 여부(2020헌마468, 2024헌마146) 및 헌법에 위반되는지 여부(2020헌마341, 2021헌마420)이다. 심판대상조항의 내용은 다음과 같다.

#### [심판대상조항]

형법(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정된 것)

제328조(친족간의 범행과 고소) ① 직계혈족, 배우자, 동거친족, 동거가족 또는 그 배우자간의 제323조의 죄는 그 형을 면제한다.

#### □ 결정주문

형법(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정된 것) 제328조 제1항은 헌법에 합치되지 아니한다. 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 2025. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 위 법률조항의 적용을 중지하여야 한다.

#### □ 이유의 요지

##### 1. 형사피해자의 재판절차진술권

- 헌법 제27조 제5항은 “형사피해자는 법률이 정하는 바에 의하여 당해 사건의 재판절차에서 진술할 수 있다.”라고 규정하여 형사피해자의 재판절차진술권을 보장하고 있다. 다만, 형사피해자의 재판절차진술권을 어떠한 내용으로 구체화할 것인가에 관하여는 입법자에게 입법형성의 자유가 부여되고 있으므로, 그것이 재량의 범위를 넘어 명백히 불합리한 경우에 비로소 위헌의 문제가 생길 수 있다.

##### 2. 심판대상조항이 형사피해자의 재판절차진술권을 침해하는지 여부(적극)

- 친족상도례의 규정 취지는, 가정 내부의 문제는 국가형벌권이 간섭하지 않는 것이 바람직하다는 정책적 고려와 함께 가정의 평온이 형사처벌로 인해 깨지는 것을 막으려는 데에 있다. 가족·친족 관계에 관한 우리나라의 역사적·문화적 특징이나 재산범죄의 특성, 형벌의 보충성을 종합적으로 고려할 때, 경제적 이해를 같이하거나 정서적으로 친밀한 가족 구성원 사이에서 발생하는 수인 가능한 수준의 재산범죄에 대한 형사소추 내지 처벌에 관한 특례의 필요성은 수

공할 수 있다.

- 심판대상조항은 재산범죄의 가해자와 피해자 사이의 일정한 친족관계를 요건으로 하여 **일률적으로 형을 면제**하도록 규정하고 있다.
  - 심판대상조항은 직계혈족이나 배우자에 대하여 실질적 유대나 동거 여부와 관계없이 적용되고, 또한 8촌 이내의 혈족, 4촌 이내의 인척에 대하여 동거를 요건으로 적용되며, 그 각각의 배우자에 대하여도 적용되는데, 이처럼 넓은 범위의 친족간 관계의 특성은 일반화하기 어려움에도 일률적으로 형을 면제할 경우, 경우에 따라서는 형사피해자인 가족 구성원의 권리를 일방적으로 희생시키는 것이 되어 본래의 제도적 취지와는 어긋난 결과를 초래할 우려가 있다.
  - 심판대상조항은 강도죄와 손괴죄를 제외한 다른 모든 재산범죄에 준용되는데, 이러한 재산범죄의 불법성이 일반적으로 경미하여 피해자가 수인 가능한 범주에 속한다거나 피해의 회복 및 친족간 관계의 복원이 용이하다고 단정하기 어렵다. 예컨대, ‘특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률’ 상 횡령이나 업무상 횡령으로서 이득액이 50억 원 이상인 경우 ‘무기 또는 5년 이상의 징역’으로 가중처벌될 수 있는 중한 범죄이고, 피해자의 임의의사를 제한하는 정도의 폭행이나 협박(공갈), 흉기휴대 내지 2인 이상 합동 행위(특수절도) 등을 수반하는 재산범죄의 경우 일률적으로 피해의 회복이나 관계의 복원이 용이한 범죄라고 보기 어렵다.
  - 피해자가 독립하여 자유로운 의사결정을 할 수 있는 사무처리능력이 결여된 경우에 심판대상조항을 적용 내지 준용하는 것은 가족과 친족 사회 내에서 취약한 지위에 있는 구성원에 대한 경제적 착취를 용인하는 결과를 초래할 염려가 있다.
  - 그런데 심판대상조항은 위와 같은 사정들을 전혀 고려하지 아니한 채 법관으로 하여금 형면제 판결을 선고하도록 획일적으로 규정하여, 거의 대부분의 사안에서는 기소가 이루어지지 않고 있고, 이에 따라 형사피해자는 재판절차에 참여할 기회를 상실하고 있다. 예외적으로 기소가 되더라도, ‘형의 면제’라는 결론이 정해져 있는 재판에서는 형사피해자의 법원에 대한 적절한 형벌권 행사 요구는 실질적 의미를 갖기 어렵다.
- 로마법 전통에 따라 친족상도례의 규정을 두고 있는 대륙법계 국가들의 입법례를 살펴보더라도, 일률적으로 광범위한 친족의 재산범죄에 대해 필요적으로

형을 면제하거나 고소 유무에 관계없이 형사소추할 수 없도록 한 경우는 많지 않으며, 그 경우에도 대상 친족 및 재산범죄의 범위 등이 우리 형법이 규정한 것보다 훨씬 좁다.

- 위와 같은 점을 종합하면, 심판대상조항은 형사피해자가 법관에게 적절한 형벌권을 행사하여 줄 것을 청구할 수 없도록 하는바, 이는 입법재량을 명백히 일탈하여 현저히 불합리하거나 불공정한 것으로서 형사피해자의 재판절차진술권을 침해한다.

### 3. 헌법불합치결정의 필요성

- 심판대상조항의 위헌성은, 일정한 친족 사이의 재산범죄와 관련하여 형사처벌의 특례를 인정하는 데 있지 않고, ‘일률적으로 형면제’를 함에 따라 구체적 사안에서 형사피해자의 재판절차진술권을 침해할 수 있다는 데 있다. 심판대상조항의 위헌성을 제거하는 데에는, 여러 가지 선택가능성이 있을 수 있으며, 입법자는 충분한 사회적 합의를 거쳐 그 방안을 강구할 필요가 있다.
- 따라서 심판대상조항에 대하여 단순위헌결정을 하는 대신 헌법불합치결정을 선고하되 그 적용을 중지한다. 입법자는 가능한 한 빠른 시일 내에, 늦어도 2025. 12. 31.까지 개선입법을 하여야 할 의무가 있고, 2025. 12. 31.까지 개선입법이 이루어지지 않으면 심판대상조항은 2026. 1. 1.부터 효력을 상실한다.

### □ 결정의 의의

- 이 사건은 재산범죄의 가해자와 피해자 사이에 일정한 친족관계가 있는 경우 일률적으로 형을 면제하도록 규정한 형법 제328조 제1항(“친족상도례”)에 관한 것이다.

#### 친족상도례 적용대상 재산범죄: 강도죄와 손괴죄를 제외한 다른 모든 재산범죄

- 형법 제344조 - 절도죄(제329조), 야간주거침입절도죄(제330조), 특수절도죄(제331조), 자동차등불법사용죄(제331조의2) 및 각 죄의 상습범(제332조)과 미수범
- 형법 제354조 - 사기죄(형법 제347조), 컴퓨터등사용사기죄(제347조의2), 준사기죄(제348조), 편의시설부정이용죄(제348조의2), 부당이득죄(제349조), 공갈죄(제350조), 특수

공갈죄(제350조의2) 및 각 죄의 상습범과 미수범(제351조, 제352조)

- 형법 제361조 - 횡령죄와 배임죄(제355조), 업무상 횡령죄와 업무상 배임죄(제356조), 배임수증재죄(제357조) 및 각 죄의 미수범(제359조), 점유이탈물횡령죄(제360조)
- 장물범죄에 대해서는, 장물범과 피해자 사이에 형법 제328조 제1항, 제2항의 신분관계가 있는 경우에는 형법 제328조를 준용함(형법 제365조 제1항)
- 위와 같은 재산범죄를 가중처벌하는 특별법이 적용되는 경우에도 친족상도례를 배제한다는 명시적 규정이 없는 한 적용됨

#### **친족상도례 적용대상 친족관계: “직계혈족, 배우자, 동거친족, 동거가족 또는 그 배우자”**

- 직계혈족 - 직계혈족은 직계존속과 직계비속을 말함
- 배우자 - 법률상 배우자임을 요하고 사실혼 관계나 내연 관계는 포함되지 않으며, 동거 여부를 불문함
- 동거친족 - 동거친족은 같은 주거에서 일상생활을 공동으로 하는 친족을 말함. ‘친족’은 배우자, 혈족, 인척을 말하고(민법 제767조), 혈족은 직계혈족(직계존속과 직계비속), 방계혈족(자기의 형제자매와 형제자매의 직계비속, 직계존속의 형제자매와 그 형제자매의 직계비속)을 말하며(민법 제768조), 인척은 혈족의 배우자, 배우자의 혈족, 배우자의 혈족의 배우자를 말함(민법 제769조). 친족관계의 법적 효력은 8촌 이내의 혈족과 4촌 이내의 인척 및 배우자에게 미침(민법 제777조)
- 동거가족 - 동거가족은 ‘동거친족’ 중 민법 제779조에 열거된 친족(배우자, 직계혈족, 형제자매 및 생계를 같이하는 직계혈족의 배우자, 배우자의 직계혈족 및 배우자의 형제자매)을 말함
- 심판대상조항이 규정하는 ‘그 배우자’는 동거가족의 배우자만이 아니라 직계혈족, 동거친족, 동거가족 모두의 배우자를 의미함(대법원 2011. 5. 13. 선고 2011도1765 판결).

#### **형의 면제**

- 형면제 판결은 법리적으로는 유죄의 실체판결에 해당함
- 그러나 검찰 실무상, 법률에 따라 형이 면제되는 경우에는 공소권없음의 불기소처분을 하도록 한 검찰사건사무규칙 제115조 제3항 제4호 사목에 따라, 친족상도례가 적용 내지 준용되어 형이 면제되는 사람에 대해서는 공소권없음의 불기소처분을 하고 있어 대부분의 사안에서는 기소가 이루어지지 않음
- 수사 단계에서 심판대상조항의 적용 여부가 불분명하여 예외적으로 기소되는 경우에도 법원은 ‘형면제’ 선고를 하여야 함

- 헌법재판소는 이 사건 결정을 통하여, 경제적 이해를 같이하거나 정서적으로 친밀한 가족 구성원 사이에서 발생하는 수인 가능한 수준의 재산범죄에 대한 형사소추 내지 처벌에 관한 특례의 필요성을 긍정하였다. 다만, 심판대상조항이 규정하는 일률적 형면제로 인하여 구체적 사안에서 형사피해자의 재판절차진술권을 형해화하는 경우가 발생할 수 있는 점을 인정하여 입법자에게 입법개선을 명하는 적용중지 헌법불합치결정을 한 것이다.
- 헌법재판소는 심판대상조항의 위헌성을 제거하는 데에는, 현실적 가족·친족 관계와 피해의 정도 및 가족·친족 사이 신뢰와 유대의 회복가능성 등을 고려한 피해자의 가해자에 대한 처벌의 의사표시를 소추조건으로 하는 등 여러 가지 선택가능성이 있을 수 있으며, 입법자는 충분한 사회적 합의를 거쳐 그 방안을 강구할 필요가 있다고 보았다.
- 헌법재판소는 이 사건 결정과 같은 날(2024. 6. 27.), ‘직계혈족, 배우자, 동거친족, 동거가족 또는 그 배우자 이외의 친족 간에 권리행사방해죄를 범한 때에는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다’고 규정한 형법 제328조 제2항에 대해 합헌결정을 하였는데(2023헌바449), 해당 결정은 고소를 소추조건으로 규정하여 피해자의 의사에 따라 국가형벌권 행사가 가능하도록 한 조항에 대한 것으로서 형사피해자의 재판절차진술권 침해 여부가 문제되지 않으므로, 형벌조각사유를 정한 심판대상조항에 관한 이 사건 결정과는 구분된다.