

헌법재판소 2024. 6. 27. 선고 2020헌마468, 2020헌바341, 2021헌바420, 2024헌마146(병합) 전원재판부

【형법제328조제1항등위헌확인등】 , [헌공제333호,1182]

【판시사항】

가. 직계혈족, 배우자, 동거친족, 동거가족 또는 그 배우자간의 권리행사방해죄는 그 형을 면제하도록 한 형법 제328조 제1항 (이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 형사피해자의 재판절차진술권을 침해하는지 여부(적극)
나. 헌법불합치결정을 선고한 사례

【판결요지】

가. 가족·친족 관계에 관한 우리나라의 역사적·문화적 특징이나 재산범죄의 특성, 형벌의 보충성에 비추어, 친족상도례의 필요성은 수긍할 수 있다. 그런데 심판대상조항은 재산범죄의 가해자와 피해자 사이의 일정한 친족관계를 요건으로 하여 일률적으로 형을 면제하도록 규정하고 있는바, 적용대상 친족의 범위가 지나치게 넓고, 심판대상조항이 준용되는 재산범죄들 가운데 불법성이 경미하다고 보기 어려운 경우가 있다는 점에서 제도적 취지에 부합하지 않는 결과를 초래할 우려가 있고, 미성년자나 질병, 장애 등으로 가족과 친족 사회 내에서 취약한 지위에 있는 구성원에 대한 경제적 착취를 용인할 우려가 있다. 그럼에도 법관으로 하여금 이러한 사정을 전혀 고려할 수 없도록 하고 획일적으로 형면제 판결을 선고하도록 한 심판대상조항은 형사피해자가 법관에게 적절한 형벌권을 행사하여줄 것을 청구할 수 없도록 하는 것으로서 입법재량을 일탈하여 현저히 불합리하거나 불공정하므로 형사피해자의 재판절차진술권을 침해한다.

나. 심판대상조항의 위헌성은 ‘일률적으로 형면제’를 함에 따라 구체적 사안에서 형사피해자의 재판절차진술권을 형해화할 수 있다는 데 있고, 이러한 위헌성 제거에는 여러 입법적 선택가능성이 있으므로 심판대상조항에 대하여 2025. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 적용중지를 명하는 헌법불합치결정을 한다.

【참조조문】

형법(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정된 것) 제328조 제1항
헌법 제27조 제5항 , 형법(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정된 것) 제328조 제2항 , 제3항 , 형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제344조 , 제354조 , 제361조 , 제365조 , 형사소송법(1954. 9. 23. 법률 제341호로 제정된 것) 제322조

【참조판례】

가. 헌재 2003. 9. 25. 2002헌마533 , 판례집 15-2상, 479, 485, 헌재 2011. 10. 25. 2010헌마243 , 판례집 23-2하, 93, 98, 헌재 2012. 3. 29. 2010헌바89 , 판례집 24-1상, 402, 409

【전문】

【청 구 인】 [별지] 청구인 명단과 같음

【대상판결】

【당해사건】 광주고등법원(전주) 2020초재108 재정신청(2020헌바341) / 서울고등법원 2021초재3123 재정신청(2021헌바420)

【주문】

형법(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정된 것) 제328조 제1항 은 헌법에 합치되지 아니한다. 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 2025. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 위 법률조항의 적용을 중지하여야 한다.

【이유】

1. 사건개요

가. 2020헌마468

(1) 청구인 김○○은 지적장애 3급의 장애인으로, 2019. 7. 2. 변호사 이현우가 청구인 김○○의 특정후견인으로 선임되었다(부산가정법원 2019느단200364).

(2) 청구인 김○○은, 삼촌 김△△, 숙모 백○○, 사촌 김▽▽, 김◇◇을 준사기, 횡령의 혐의로 고소하였다. 부산지방검찰청 검사는 2019. 12. 31. 김△△, 백○○에 대하여 청구인의 동거친족으로서 형면제 사유가 있다는 이유로 공소권없음 처분을, 김▽▽, 김◇◇에 대하여 증거가 불충분하다는 이유로 혐의없음 처분을 하였다(부산지방검찰청 2019년 형제24878호).

(3) 이에 청구인 김○○은 2020. 3. 26. 친족간 재산범죄의 처벌에 관한 특례를 규정하고 있는 형법 제328조 제1항 , 제354조 , 제361조 에 대하여 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 2020헌바341

(1) 청구인 김□□은 계부인 이○○을 횡령 혐의로 고소하였으나, 전주지방검찰청 검사는 2020. 3. 17. 이○○에 대하여 청구인의 동거친족에 해당하여 형면제 사유가 있다는 이유로 공소권없음의 불기소처분을 하였다(전주지방검찰청 2019년 형제23845호).

(2) 청구인 김□□은 2020. 4. 9. 위 불기소처분에 대한 재정신청을 하고[광주고등법원(전주) 2020초재108], 그 소송 계속 중 형법 제328조 제1항 에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나[광주고등법원(전주) 2020초기6], 2020. 5. 22. 각 신청은 모두 기각되었고, 청구인은 재정신청 기각결정에 불복하여 재항고하였으나 2021. 2. 5. 기각되었다(대법원 2020모1879).

(3) 청구인 김□□은 2020. 6. 5. 헌법소원심판청구를 위한 국선대리인선임신청을 하여 2020. 6. 16. 국선대리인선정결정을 받고(2020헌사620), 2020. 6. 26. 형법 제328조 제1항 에 대하여 헌법소원심판을 청구하

였다.

다. 2021헌바420

(1) 청구인 장○○은 파킨슨병을 앓고 있는 부친을 대리하여 부친의 자녀인 장□□, 장△△을 업무상횡령 혐의로 고소하였으나, 서울중앙지방검찰청 검사는 2021. 8. 6. 장□□, 장△△이 청구인의 부친과 직계혈족 관계에 있어 형면제 사유가 있다는 이유로 공소권없음의 불기소처분을 하였다(서울중앙지방검찰청 2021년 형제 37870호).

(2) 청구인 장○○은 2021. 11. 10. 위 불기소처분에 대하여 재정신청을 하고(서울고등법원 2021초재3123), 그 소송 계속 중 형법 제328조, 제344조, 제361조 에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나(서울고등법원 2021초기429), 2021. 12. 9. 각 신청이 모두 기각되었다.

(3) 청구인 장○○은 2021. 12. 30. 형법 제328조 제1항, 제344조, 제361조 에 대하여 헌법소원심판을 청구하였다.

라. 2024헌마146

(1) 청구인 최○○은 동생 최□□과 그 배우자 정○○을 청구인 최○○의 어머니인 망 장▽▽(2023. 6. 9. 사망) 명의의 예금을 횡령한 혐의로 고소하였으나, 충북음성경찰서장은 2023. 11. 16. 최□□과 정○○이 망 장▽▽의 직계비속과 그 배우자로 형면제 사유가 있다는 이유로 최□□ 등에 대한 불송치(공소권없음) 결정을 하였다(사건번호 2023-003329).

(2) 이에 청구인 최○○은 2024. 2. 7. 형법 제328조 제1항 에 대하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 심판대상

친족간 재산범죄의 처벌과 소추조건에 관한 특례를 ‘친족상도례(친족상도례)’라고 하는데, 형법은 제328조 에 그 기본적 내용을 규정한 후 제344조, 제354조, 제361조, 제365조 에서 개별 재산범죄에 형법 제328조를 준용하도록 함으로써 재산범죄의 가해자와 피해자가 일정한 친족관계가 있는 경우 형을 면제하거나 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있도록 하고 있다. 즉, 형법 제328조 자체는 형법 제323조 권리행사방해죄에 적용되는 친족상도례 규정이지만, ‘준용’의 형식을 통해 대부분의 재산범죄에 동일한 규율이 이루어지므로, 형법 제328조 는 친족상도례에 관한 일종의 총칙 규정과 같은 기능을 하고 있다고 볼 수 있다.

친족상도례를 규정한 형법 조항 중 청구인들과 직접 관련되는 부분 및 당해 사건에 적용되는 부분을 엄격하게 한정한다면 ‘문제된 개별 재산범죄에 형법 제328조 제1항 을 준용하는 조항 중 관련 친족에 관한 부분’을 심판대상으로 삼아야 할 것이나, 청구인들이 주장하는 기본권 침해 내지 위헌성은 일정한 친족 사이 재산범죄의 경우 일률적으로 형을 면제하도록 한 것에 있고, 형법 제328조 를 준용하는 개별 조항에 대해서는 동일한 심사척도가 적용되며, 친족상도례 규정의 체계적 특성상 형법 제328조 의 위헌 여부의 판단은 준용조항 모두에 미치는 점을 고려할 때, 법질서의 정합성과 소송경제의 관점에서 그 내용을 범죄별로 또는 친족의 범위별로 모두 분리하여 따로 판단하는 것은 적절하지 않다. 따라서 여기서는 개별 준용조항이 아닌 형법 제328조 제1항 을 직접 심판대상으로 삼기로 한다.

그렇다면 이 사건 심판대상은 형법(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정된 것) 제328조 제1항 (이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 청구인 김○○, 최○○의 기본권을 침해하는지 여부(2020헌마468 , 2024헌마146) 및 헌법에 위반되는지 여부(2020헌바341 , 2021헌바420)이다. 심판대상조항과 관련조항은 다음과 같다.

[심판대상조항]

형법(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정된 것)

제328조 (친족간의 범행과 고소) ① 직계혈족, 배우자, 동거친족, 동거가족 또는 그 배우자간의 제323조 의 죄는 그 형을 면제한다.

[관련조항]

형법(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정된 것)

제328조 (친족간의 범행과 고소) ② 제1항 이외의 친족 간에 제323조 의 죄를 범한 때에는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.

③ 전 2항 의 신분관계가 없는 공범에 대하여는 전 이항을 적용하지 아니한다.

형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것)

제354조 (친족간의 범행, 동력) 제328조 와 제346조 의 규정은 본장의 죄에 준용한다.

제361조 (친족간의 범행, 동력) 제328조 와 제346조 의 규정은 본장의 죄에 준용한다.

구 형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정되고, 2020. 12. 8. 법률 제17571호로 개정되기 전의 것)

제348조 (준사기) ① 미성년자의 지려천박 또는 사람의 심신장애를 이용하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득한 자는 10년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것)

제355조 (횡령, 배임) ① 타인의 재물을 보관하는 자가 그 재물을 횡령하거나 그 반환을 거부한 때에는 5년 이하의 징역 또는 1천500만 원 이하의 벌금에 처한다.

제356조 (업무상의 횡령과 배임) 업무상의 임무에 위배하여 제355조 의 죄를 범한 자는 10년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.

형사소송법(1954. 9. 23. 법률 제341호로 제정된 것)

제322조 (형면제 또는 형의 선고유예의 판결) 피고사건에 대하여 형의 면제 또는 선고유예를 하는 때에는 판결로써 선고하여야 한다.

3. 청구인들의 주장

가. 2020헌마468

(1) 심판대상조항은 범죄로부터 국민을 보호해야 할 국가의 보호의무를 위반하여 피해자의 보호를 위한 아무런 조치를 하지 않은 경우에 해당한다. 이로 인하여 친족에 의한 노동력, 소득, 사회보장급여 착취 사례가 빈발하고 있으며, 제도 악용을 위한 위장 결혼 등 사례도 나타나고 있다.

(2) 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배하여 피해자의 재판절차진술권, 행복추구권, 평등권, 재산권을 침해한다. 친족과 가족의 구조나 문화가 변화한 현재에 이르러 이 조항은 입법목적의 정당성을 상실하였다. 국가의 적정한 형벌권의 행사는 가족 내 범죄 발생을 예방하고 오히려 가족제도 유지를 위해 필요하다. 또한 친고죄나 반의사불벌죄 규정을 통해 기본권을 덜 제한하는 수단이 있다는 점, 형이 면제되는 친족의 범위가 지나치게 광범위하다는 점에서 이 조항은 침해의 최소성이나 법익의 균형성도 충족하지 못한다. 그 밖에 위 조항들에 규정된 친족과 다른 친족을 구분할 합리적 이유도 인정되지 않는다.

(3) 심판대상조항은 친족간 재산범죄에서 피해의 정도, 죄질의 차이, 행위 태양 등에 따라 불법성의 경중을 고려하지 않고 일률적으로 피해자와 가해자의 관계만을 고려하여 형을 면제하는바, 형법 및 형사소송법의 법체계에 부합하지 않고, 범죄와 처벌에 관한 국민의 예측가능성과 신뢰에 반한다.

나. 2020헌바341

심판대상조항은 가해자가 인척인 경우까지 면책의 범위를 넓혀 피해자의 행복추구권, 평등권, 재산권, 가족생활의 자유 등을 침해한다.

다. 2021헌바420

심판대상조항은, ‘법은 가정의 문턱을 넘지 않는다’는 로마법 전통을 인용하여 입법된 것으로 일본 형법을 무비판적으로 수용한 결과이며, 우리의 전통적 법의식과 모순된다. 이 조항은 친족간 패륜적 재산범죄를 유발하는 것으로 우리의 법전통에 부합하지 않으며, 최근의 국민적 여론에도 부합하지 않는다.

라. 2024헌마146

(1) 심판대상조항은 친족관계에 있는 사람, 특히 노인이나 장애인 등 약자를 상대로 하는 악질적인 재산범죄에 대한 면죄부로 기능한다는 점에서 정당성을 인정할 수 없다. 설령 친족간 재산범죄에 대한 국가 개입을 자제할 필요가 있다 하더라도, 수사 이후 반성 또는 피해 회복 여하에 따라 고소를 취하하거나 처벌불원표시를 할 수 있게 하는 등 다양한 방법들이 존재함에도 불구하고 심판대상조항은 친족간 재산범죄라는 이유로 국가의 형벌권을 전면 배제하여 침해의 최소성에 어긋나고, 지나치게 광범위한 범죄에 대하여 피해자의 재판절차진술권 행사를 봉쇄하므로 법익의 균형성에도 반한다. 따라서 이 조항은 과잉금지원칙에 반하여 재판절차진술권을 침해한다.

(2) 심판대상조항은 친족간 재산범죄의 피해자와 그 밖의 재산범죄 피해자를 차별하여 평등권을 침해한다.

4. 판단

가. 친족상도례의 적용범위 및 법적 성질

(1) 적용대상 범죄

형법은 권리행사방해죄(제323조)와 관련하여 제328조 에서 가해자와 피해자가 일정한 친족관계가 있는 경우 형을 면제하거나 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있도록 규정하고, 이를 강도죄와 손괴죄를 제외한 다른 모든 재산범죄에 준용하고 있다. 즉 형법 제344조 에서 절도죄(제329조), 야간주거침입절도죄(제330조), 특수절도죄(제331조), 자동차등불법사용죄(제331조의2) 및 각 죄의 상습범(제332조)과 미수범에 준용하도록 하고, 형법 제354조 에서 사기죄(형법 제347조), 컴퓨터등사용사기죄(제347조의2), 준사기죄(제348조), 편의시설부정이용죄(제348조의2), 부당이득죄(제349조), 공갈죄(제350조), 특수공갈죄(제350조의2) 및 각 죄의 상습범과 미수범(제351조 , 제352조)에 준용하도록 하며, 형법 제361조 에서 횡령죄와 배임죄(제355조), 업무상 횡령죄와 업무상 배임죄(제356조), 배임수증재죄(제357조) 및 각 죄의 미수범(제359조), 점유이탈물횡령죄(제360조)에 준용하도록 하고 있다. 한편, 장물범죄에 대해서는, 장물범과 피해자 사이에 형법 제328조 제1항 , 제2항 의 신분관계가 있는 경우에는 형법 제328조 를 준용하도록 규정하고 있다(형법 제365조 제1항).

나아가 친족상도례는 위와 같은 재산범죄를 가중처벌하는 특별법이 적용되는 경우에도 친족상도례를 배제한다는 명시적 규정이 없는 한 적용된다.

(2) 적용대상 친족의 범위

(가) 친족상도례에서 말하는 친족의 범위는 민법에 따른다. 친족은 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 말한다(민법 제769조). 친족관계의 법적 효력은 8촌 이내의 혈족과 4촌 이내의 인척 및 배우자에게 미친다(민법 제777조).

(나) 형법 제328조 제1항 에 따라 형이 면제되는 친족은, “직계혈족, 배우자, 동거친족, 동거가족 또는 그 배우자”이다. 여기서 ‘직계혈족’은 직계존속과 직계비속을 말한다. ‘배우자’는 법률상 배우자임을 요하고 사실혼 관계나 내연 관계는 포함되지 않으며, 동거 여부를 불문한다. ‘동거친족’은 같은 주거에서 일상생활을 공동으로 하는 친족을 말하고, ‘동거가족’은 ‘동거친족’ 중 민법 제779조 에 열거된 친족(배우자, 직계혈족, 형제자매 및 생계를 같이하는 직계혈족의 배우자, 배우자의 직계혈족 및 배우자의 형제자매)을 말한다. 그리고 심판대상조항이 규정하는 ‘그 배우자’는 동거가족의 배우자만이 아니라 직계혈족, 동거친족, 동거가족 모두의 배우자를 의미한다(대법원 2011. 5. 13. 선고 2011도1765 판결).

형법 제328조 제2항 은, 위와 같은 친족을 제외한 그 밖의 친족 사이의 재산범죄에 대해서 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다고 규정하고 있다.

(3) 친족상도례의 법적 성질

형법 제328조 제1항 은 형벌조각사유로서 형의 면제를 규정한 것이고, 형법 제328조 제2항 은 고소를 소추조건으로 정한 것이다.

나. 쟁점의 정리

(1) 헌법 제27조 제5항 은 “형사피해자는 법률이 정하는 바에 의하여 당해 사건의 재판절차에서 진술할 수 있다.”라고 규정하여 형사피해자의 재판절차진술권을 보장하고 있다. 피해자 등에 의한 사인소추를 전면 배제하고 형사소추권을 검사에게 독점시키고 있는 현행 기소독점주의의 형사소송체계 아래에서 형사피해자로 하여금 당해 사건의 형사재판절차에 참여하여 증언하는 이외에 형사사건에 관한 의견진술을 할 수 있는 청문의 기회를 부여함으로써 형사사법의 절차적 적정성을 확보하기 위하여 이를 기본권으로 보장하는 것이다(헌재 2003. 9. 25. 2002헌마533 ; 헌재 2011. 10. 25. 2010헌마243 참조). 한편, 형사피해자의 재판절차진술권의 취지는 법관이 형사재판을 함에 있어서 피해자의 진술을 청취하여 적절하고 공평한 재판을 하여야 한다는 것을 뜻할 뿐만 아니라 이에 더 나아가 형사피해자에게 법관으로 하여금 적절한 형벌권을 행사하여 줄 것을 청구할 수 있는 사법절차적 기본권을 적극적으로 보장하는 데에도 있다(헌재 1989. 4. 17. 88헌마3 참조).

심판대상조항은 형사피해자의 의사 등에 관계없이 법원이 형을 면제하는 판결을 하도록 규정하므로 형사피해자의 재판절차진술권을 제한한다.

다만, 형사피해자의 재판절차진술권에 관한 헌법 제27조 제5항 이 정한 법률유보는 이른바 기본권 형성적 법

를유보에 해당하고, 헌법이 보장하는 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(헌재 2003. 9. 25. 2002헌마533 ; 헌재 2011. 10. 25. 2010헌마 243 참조).

따라서 심판대상조항이 명백히 불합리하여 형사피해자의 재판절차진술권을 침해하는지 여부를 살펴본다.

(2) 청구인들은 심판대상조항이 친족간 재산범죄와 그 밖의 재산범죄의 경우를 달리 취급하여 평등권을 침해한다거나, 일정한 친족관계에 있는 사람으로부터 재산범죄의 피해를 입은 경우와 그 밖의 범죄 피해를 입은 경우를 달리 취급하여 평등권을 침해한다고 주장하나, 이는 친족상도례 규정으로 인하여 형사피해자가 법원에 대해 적절한 형벌권을 행사하여 줄 것을 청구할 수 있는 사법절차적 기본권을 침해당하고 있다는 주장과 다르지 아니하므로 형사피해자의 재판절차진술권 침해 여부에 대하여 판단하는 이상 이에 관하여 별도로 판단하지 아니한다.

한편 청구인들은 심판대상조항이 적용되는 경우와 형법 제328조 제2항 이 적용되는 경우를 비교하여 평등권이 침해된다는 주장도 하고 있으나, 심판대상조항은 형벌조각사유에 관한 규정이고, 형법 제328조 제2항 은 소추조건에 관한 규정이므로 직접 비교의 대상이 된다고 보기 어렵다.

(3) 국가기관이 공소권을 독점하고 피해자에 의한 복수를 허용하지 아니하면서 자력구제를 아주 제한적으로만 인정하고 있는 법제도는 국가에 의한 피해자 보호가 충분히 이루어질 때 비로소 그 존재 의의가 있는 것이다. 따라서 범죄로부터 국민을 보호하여야 할 국가의 의무가 이루어지지 아니할 때 국가의 의무위반을 국민에 대한 기본권 침해로 규정할 수 있다(헌재 1989. 4. 17. 88헌마3 참조). 다만, 청구인들의 ‘국가의 보호의무 위반’ 주장은 형사피해자의 재판절차진술권 침해 주장과 다르지 않으므로 국가의 보호의무 위배 여부에 관하여 별도로 판단하지 않는다.

(4) 청구인들은 심판대상조항이 재산권, 가족생활의 자유, 행복추구권을 침해한다고 주장한다. 그러나 심판대상조항은 범죄행위자에 대한 국가형벌권의 행사에 관한 것으로서 위와 같은 기본권을 직접 제한하지 아니하므로 이에 대해서는 나아가 판단하지 않는다.

다. 형사피해자의 재판절차진술권 침해 여부

(1) 친족상도례의 규정 취지는, 가정 내부의 문제는 국가형벌권이 간섭하지 않는 것이 바람직하다는 정책적 고려와 함께 가정의 평온이 형사처벌로 인해 깨지는 것을 막으려는 데에 있다(헌재 2012. 3. 29. 2010헌바 89 참조).

가족은 사회의 기초단위이자 구성원을 보호하고 부양하는 자율적·계속적·포괄적 생활공동체로서, 구성원 상호 간에 이타(이타)적 유대관계를 가지고 상호 신뢰와 협력이 중요하다는 특성이 있으며, 가족에서 확장되는 친족관계 역시 유사한 특성을 지닌다. 이러한 관계에서 생명과 신체, 자유에 대한 중대한 위해를 포함하지 아니하는 재산범죄를 저지른 경우, 침해되는 법익이 개인의 자유로운 처분이 가능한 법익에 해당하고 손해의 전보가 비교적 용이한 때에는 해당 가족과 친족 사회 내에서 자율적으로 손해를 회복하고 화해와 용서가 이루어질 수 있도록 하는 것이 피해자를 포함한 가족 구성원의 의사에 부합하는 효율적 분쟁해결방법이 될 수 있다. 뿐만 아니라, 가족 구성원들이 오랜 시간에 걸쳐 쌓아온 상호 정신적·경제적 의존성이나 신뢰, 기대, 정(정)에 비추어, 형사적 개입의 필요성이 크지 않은 경우가 많을 것이라고 볼 수 있다.

즉, 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 수긍할 수 있다.

(2) 그런데 심판대상조항은 재산범죄의 가해자와 피해자 사이의 일정한 친족관계를 요건으로 하여 일률적으로 형을 면제하도록 규정하고 있다. 재산범죄의 가해자와 피해자 사이에 일정한 친족관계가 존재하기만 하면 피해자와 가해자 사이에 실제 어떠한 유대 관계가 존재하는지 묻지 않고, 피해자의 가해자에 대한 처벌 의사 유무나 범죄행위의 태양, 피해의 규모 등을 구체적으로 고려하지 않은 채 법관으로 하여금 필요적으로 형을 면제하는 판결을 선고하도록 한 것이다.

이는 그 적용대상 친족의 범위가 지나치게 넓다는 점에서 제도적 취지에 부합하지 않는 결과를 초래할 염려가 있다. 과거 농경시대 대가족 제도하에서는 재산권을 가족적 혈연집단의 공동소유 개념으로 파악하는 것이 일

반적이었고 재산의 형성이나 소비 등이 기본적으로 공동생활체 속에서 이루어짐으로써 친족 관계, 특히 동거하는 친족의 재산에 대한 침해에 대하여 가족 내에서 자율적으로 피해를 회복하고 화해와 용서가 이루어질 수 있도록 하는 것이 보편적으로 타당하였을 수 있다.

그러나 현재 우리 사회는 핵가족 비중이 점차 증가하고, 1인 가구가 급격히 증가하는 등 가족의 규모가 축소되고 가족세대의 구성이 단순화되는 경향이 강하게 나타나고 있으며, 산업구조도 농림수산업의 비중이 줄고 제조업과 서비스업의 비중이 크게 증가하는 등 고도화하여, 경제활동의 양상도 과거와는 현저히 달라졌다. 이에 일정한 친족 사이에서는 언제나 경제적 이해관계가 공유될 수 있다거나 손해의 전보 및 관계 회복이 용이하다고 보는 관점이 더 이상 유지되기 어렵다. 친족 사이의 유대 및 신뢰관계는 절대불변의 것이 아니라 사회문화와 산업구조, 시대 구성원들의 경제활동의 양상을 포함한 생활양식의 변화에 영향을 받는 것이다.

심판대상조항에 따른 일률적 형면제가 적용되는 친족에 대해 구체적으로 살펴보면, ‘직계혈족’의 경우 직계존속(부모, 조부모, 증조부모 등)과 직계비속(자녀, 손자녀 등)의 관계로서, 가깝고 직접적인 혈연관계에 있고, 대체로 비속의 출생 시점부터 정서적 유대·애착관계를 지속적으로 형성하고 있어 친족상도례의 적용이 타당한 경우가 많다고 볼 것이지만, 언제나 그러하다고 단정하기는 어렵다. 배우자의 경우, 혼인의 실질이나 동거 여부 등을 묻지 않는다는 점에서 친밀감과 유대감, 경제적 이해관계에 관한 일률적 판단이 어렵다. 동거가족·친족의 경우, 민법상 친족 개념에 따르고, ‘동거’라는 조건에 의하여 제한되는 점을 고려하더라도, 친족관계로 인한 법률상 효력이 미치는 친족이 ‘8촌 이내의 혈족, 4촌 이내의 인척, 배우자’인 점을 고려하면 그 범위가 넓어 관계의 특성을 일반화하기 대단히 어렵다. 나아가 직계혈족, 동거친족, 동거가족 각각의 배우자의 경우는 앞서 살핀 바와 같은 친족 관계의 일반적 특성 파악의 어려움이 중복하여 적용된다.

이러한 사정을 고려하지 않은 채 넓은 범위의 친족관계에 적용되는 일률적 형면제는, 경우에 따라 형사피해자인 가족 구성원의 권리를 일방적으로 희생시키는 바탕에서 가족·친족 제도의 형식적 존속만을 추구하는 것이 되어 본래의 규정 취지와는 어긋난 것이 될 수 있다.

(3) 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.

이 사건 청구인들이 피해를 입었다고 주장하는 준사기, 횡령, 업무상 횡령의 경우만 살피더라도, 준사기죄는 법정형으로 ‘10년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금’을 규정하고 있고, 횡령죄는 법정형으로 ‘5년 이하의 징역 또는 1천500만 원 이하의 벌금’을 규정하고 있으며, 업무상 횡령죄는 법정형으로 ‘10년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금’을 규정하는 등 죄질에 따라 불법성이 중하게 평가될 수 있는 범죄이다. 나아가 ‘특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률’상 횡령이나 업무상 횡령의 경우, 이득액이 5억 원 이상 50억 원 미만일 때 ‘3년 이상의 유기징역’, 이득액이 50억 원 이상일 때 ‘무기 또는 5년 이상의 징역’으로 가중처벌될 수 있는 중한 범죄이다.

또한 피해자의 임의의사를 제한하는 정도의 폭행이나 협박(공갈), 흥기휴대 내지 2인 이상 합동 행위(특수절도) 등을 포함하는 몇몇 재산범죄의 경우 그 구성요건에 비추어보더라도 일률적으로 피해의 회복이나 관계의 복원이 용이한 범죄라고 보기 어렵다.

(4) 일정한 친족 사이에서 발생하는 재산범죄와 관련하여 가족과 친족 사회 내에서 자율적 분쟁 해결이 가능하고 또 바람직하다는 가정은 피해자가 독립하여 자유로운 의사결정을 할 수 있다는 전제 위에서 타당하다. 그런데 피해자가 미성년자이거나 질병, 장애, 노령 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 결여된 사람인 경우 등 피해자가 가족과 친족 사회 내에서 다른 구성원에게 의존하기 쉽고 거래 내지 경제적 의사결정의 의미를 제대로 인식하기 어려운 상황에 있는 때에 심판대상조항을 적용 내지 준용하는 것은 가족과 친족 사회 내에서 취약한 지위에 있는 구성원에 대한 경제적 착취를 용인하는 결과를 초래할 수 있다. 2021. 7. 27. 법률 18333호로 개정된 장애인복지법 제88조의3(2022. 1. 28. 시행)은 장애인학대로서 사기, 공갈, 횡령, 배임과 관련한 일정한 재산범죄에 대해서는 친족상도례를 적용하지 않도록 규정하여 보완책이 일부 마련되었으나, 이러한 예외 인정의 범위는 한정적인 것으로서 범죄피해자 보호에 충분하다고 보기 어렵다.

(5) 그런데 심판대상조항은 위와 같은 사정들을 전혀 고려하지 아니한 채 법관으로 하여금 형면제 판결을 선고하도록 획일적으로 규정하고 있다.

형면제 판결은 법리적으로는 유죄의 실체판결에 해당한다. 그러나 검찰 실무상, 법률에 따라 형이 면제되는 경우에는 공소권없음의 불기소처분을 하도록 한 검찰사건사무규칙 제115조 제3항 제4호 사목에 따라, 심판대상조항이 적용 내지 준용되어 형이 면제되는 사람에 대해서는 공소권없음의 불기소처분을 하고 있다. 즉, 거의 대부분의 사안에서는 기소가 이루어지지 않고, 이에 따라 형사피해자는 재판절차에 참여할 기회를 전적으로 상실하고 있다. 수사 단계에서 심판대상조항이 적용되거나 준용되는지 여부가 불분명한 경우 등에 해당하여 예외적으로 기소가 되더라도, ‘형의 면제’라는 결론이 정해져 있는 재판에서는 형사피해자의 법원에 대한 적절한 형벌권 행사 요구는 실질적 의미를 갖기 어렵다.

(6) 로마법 전통에 따라 친족상도례의 규정을 두고 있는 대륙법계 국가들의 입법례를 살펴보더라도, 독일은 절도, 횡령, 사기 등 일부 재산범죄에 대하여 피해자가 친족, 후견인, 보호자인 경우 또는 피해자가 주거공동체 내에서 가해자와 동거하고 있는 경우를 친고죄로 규정하고, 프랑스는 절도, 강요, 사기 등 일부 재산범죄에 한하여 가해자가 직계혈족이나 동거 배우자인 경우 형사소추할 수 없도록 하면서도 일상생활에 필수적인 물품에 대한 경우나 가해자가 후견인 등인 경우에 대해서는 특례를 적용하지 않도록 규정하고 있으며, 오스트리아는 배우자, 등록된 생활동반자, 직계혈족, 형제자매 또는 동거친족의 손괴, 절도 등 재산범죄와 관련하여 친고죄로 규정하면서 형을 감경하도록 규정하고 있다. 즉 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 좁다는 점 역시 참조할 필요가 있다.

(7) 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.

라. 적용중지 헌법불합치결정의 필요성

심판대상조항은 형사피해자의 재판절차진술권을 침해하므로, 심판대상조항에 대하여 단순위헌결정을 하는 것이 원칙이다. 그러나 심판대상조항의 위헌성은 일정한 친족 사이의 재산범죄와 관련하여 형사처벌의 특례를 인정하는 것에 있음이 아니라, 넓은 범위의 친족에 대해, 재산범죄의 불법성의 경중을 묻지 않고, 피해자의 의사에 관계없이 ‘일률적으로 형면제’를 함에 따라, 구체적 사안에서 형사피해자의 재판절차진술권이 침해될 수 있다는 점에 있다.

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 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.

5. 결론

그렇다면 심판대상조항은 헌법에 합치되지 아니하므로 헌법불합치결정을 함과 동시에 2025. 12. 31.을 시한으로 입법자의 개선입법이 이루어질 때까지 적용을 중지하기로 하여, 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 이종석 이은애 이영진 김기영 문형배 이미션 김형두 정정미 정형식