



제418회 국회(정기회)
제19차 법제사법위원회

형법 일부개정법률안 검 토 보 고

〈헌법불합치 결정된 친족상도례 조항의 정비〉

- 서지영의원 대표발의(의안번호 제2202802호)
- 윤준병의원 대표발의(의안번호 제2203648호)
- 주철현의원 대표발의(의안번호 제2203904호)
- 박성민의원 대표발의(의안번호 제2203972호)

2024. 12.

법 제 사 법 위 원 회

수석전문위원 정 환 철

목 차

I . 제안경위	1
II . 제안이유 및 주요내용	2
III . 검토의견	6
1. 개요	6
가. 현행법의 내용	6
나. 헌법재판소 결정	9
다. 개정안의 주요내용	10
2. 친족상도례의 의의, 적용대상 범위 및 취지	15
3. 친족상도례의 연원 및 해외입법례	16
4. 친족상도례 규정에 대한 개정 추진 사례 및 논의사항	19
5. 개정안의 검토	23

I . 제안경위

1. 서지영의원안

가. 발 의 자: 서지영의원 등 12인

나. 발 의 일: 2024. 8. 13.

다. 회 부 일: 2024. 8. 14.

2. 윤준병의원안

가. 발 의 자: 윤준병의원 등 10인

나. 발 의 일: 2024. 9. 4.

다. 회 부 일: 2024. 9. 5.

3. 주철현의원안

가. 발 의 자: 주철현의원 등 13인

나. 발 의 일: 2024. 9. 11.

다. 회 부 일: 2024. 9. 12.

4. 박성민의원안

가. 발 의 자: 박성민의원 등 10인

나. 발 의 일: 2024. 9. 12.

다. 회 부 일: 2024. 9. 13.

II. 제안이유 및 주요내용

1. 서지영의원안

현행 「형법」은 가정 내부의 문제에 국가형벌권이 간섭하지 않는 것이 적절하다고 보아 권리행사방해, 절도, 사기·공갈 및 횡령·배임 등 주요 재산범죄에 있어서는 가해자와 피해자 간의 일정한 친족관계를 요건으로 하여 형을 면제하거나 고소가 있어야만 공소를 제기할 수 있도록 하고 있음(제328조, 제344조, 제354조, 제361조 및 제365조 등).

그러나 가족 간의 재산 분쟁이 많아지고 유대관계가 약해진 오늘날에는 이러한 규정의 의미가 퇴색되었다는 지적이 증가하고 있고, 헌법 재판소도 같은 취지에서 「형법」 제328조제1항에 대하여 헌법에 합치되지 아니한다고 결정하였음(헌재 2024. 6. 27. 2020헌마468등).

이에 친족관계가 있는 사람 간의 재산범죄를 반의사불벌죄로 변경하여 피해자가 처벌불원의 의사를 표시하지 않는 한 처벌하도록 하고, 그 밖에 관련 규정을 정비하려는 것임(안 제328조 등).

2. 윤준병의원안

현행법은 가정 내부의 문제에는 국가형벌권이 간섭하지 않는 것이 적절하다고 보아 권리행사방해, 절도, 사기·공갈 및 횡령·배임 등 주요 재산범죄에 친족 간 범행에 대한 특례를 두고 있음(제328조 등).

그러나 친족 간 유대관계가 약해진 오늘날에는 이러한 특례규정의 의미가 퇴색되었다는 지적이 증가하고 있고, 헌법재판소도 같은 취지에서 직계혈족, 동거친족, 동거가족 등에게 일률적으로 형을 면제하고 있는 「형법」 제328조제1항이 피해자의 재판절차진술권을 형해화할 우려가 있다는 입장에서 헌법불합치 결정하였음(2024. 6. 27. 2020헌마468등 결정).

이에 친족 사이의 재산범죄를 반의사불벌죄로 변경하여 원칙적으로 피해자의 의사에 따라 형사처벌이 이루어질 수 있도록 하되, 범죄에 따른 피해액이 크거나 피해자의 심신장애를 이용하여 죄를 범하는 등 친족 간 유대관계를 크게 해친 경우에는 반의사불벌죄의 적용도 배제하려는 것임(안 제328조 등).

3. 주철현의원안

제안이유

현행법은 일정한 친족관계에 있는 사람 간에 권리행사방해죄, 절도죄 등의 일부 재산범죄가 발생한 경우, 형을 면제하거나 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있도록 하는 이른바 ‘친족상도례’를 두고 있음. 아울러 범인은닉죄와 증거인멸죄에서도 친족 또는 동거의 가족이 본인을 위하여 해당 범죄를 범한 때에는 처벌하지 않도록 규정하는 등, 형사법상 행위자와 일정한 인적 관계에 있는 사람은 처벌상의 특례를 적용받는 경우가 존재함.

그러나 오늘날 친족 간의 유대관계가 과거에 비해 그 의미나 비중이 달라지면서, 친족관계에 관한 형사정책 역시 혈연에 따른 기존의 획일적 취급 기조 대신에 시대 변화에 맞게 달라져야 한다는 지적이 있어 왔음. 최근 헌법재판소에서도 ‘친족상도례’ 규정에 관한 헌법소원 심판에서, “친족관계에 있다는 이유만으로 일률적으로 형 면제를 하도록 하는 것은 형사피해자의 재판절차진술권을 침해화할 수 있다”는 취지가 포함된 헌법불합치 결정을 내린 바 있음(2024. 6. 27. 2020헌마 468등 결정).

이에 친족 간 범행에 대한 특례를 인정하는 대상범위를 직계혈족, 배우자 및 동거친족으로 축소하고, 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없도록 하는 등 친족과 관련된 내용을 정비하고자 함. 다종다양한 현실 상황에 형사법체계가 보다 구체적으로 대응할 수 있도록 개선함으로써 규범의 시의성과 실효성을 제고하려는 것임.

주요내용

가. 친족 간 범행에 대한 특례를 인정하는 대상범위를 직계혈족, 배우자 및 동거친족으로 축소하고, 이들이 행한 범죄에 대하여 피해자의 명시적 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없도록 함(안 제328조).

나. 야간주거침입절도죄와 특수절도죄를 친족 간 범행에 대한 특례의 적용 대상에서 제외함(안 제344조).

다. 장물죄에서 장물범과 본범 간에 친족관계가 인정될 경우 형의 필요적 감면에서 임의적 감면으로 변경함(안 제365조제2항).

라. 장물죄를 변경하는 것과의 형평을 고려하여 범인은닉죄와 증거인멸죄에서 친족간 범행의 특례 적용 또한 임의적 감면으로 조정함(안 제151조제2항, 155조제4항).

4. 박성민의원안

현행법은 제328조제1항에서 직계혈족, 배우자, 동거친족, 동거가족 또는 그 배우자 간의 권리행사방해죄에 대해서는 그 형을 면제하고, 같은 조 제2항에서 제1항 이외의 친족간의 권리행사방해죄에 대해서는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있도록 규정하면서 절도, 사기 등 여러 재산범죄에 대해 해당 조항을 준용하고 있음.

최근 헌법재판소는 제328조제1항에 대해 이처럼 넓은 범위의 친족간 관계의 특성은 일반화하기 어려움에도 일률적으로 형을 면제할 경우 형사피해자인 가족 구성원의 권리를 일방적으로 희생시킬 우려가 있다는 이유로 헌법불합치결정을 선고하였음(2020헌마468등).

이에 정서적으로 친밀한 친족관계를 과거에 비해 좁게 인식하는 문화적 변화를 반영하여 친족상도례를 인정하는 대상범위를 직계혈족과 배우자로 축소하고, 고소가 있으면 공소를 제기할 수 있도록 함으로써 친족 간 재산범죄 피해자에 대한 보호를 강화하려는 것임(안 제328조 및 제365조).

Ⅲ. 검토의견

1. 개요

가. 현행법의 내용

친족상도례(親族相盜例)란 한자 그대로 풀어쓰면 친족간 절도에 대한 특례 정도로 해석되고, 「형법」상 강도죄와 손괴죄를 제외한 재산 범죄에 있어 친족간 범죄는 형을 면제하거나 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있도록 한 특례를 의미함.¹⁾

현행법 제328조²⁾는 “친족간의 범행과 고소”라는 제목으로, 제1항에서 직계혈족, 배우자, 동거친족, 동거가족 또는 그 배우자(이하 “근친”이라 함)간에 제323조(권리행사방해죄)³⁾의 죄를 범한 때에는 그 형을 면제하고, 제2항에서 제1항 이외의 친족(이하 “원친”이라 함) 간에 제323조의 죄를 범한 때에는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있으며, 제3항에서 제1항 및 제2항의 신분관계가 없는 공범에 대하여는 앞의 두 항을 적용하지 아니하도록 함. 정리하면, 제328조는 권리행사방해죄에 대하여 근친 간에는 “필요적 형면제”(제1항), 원친 간에는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있는 “친고죄”(제2항)로 하는 “친족상도례”를 규정하고 있음.

1) 이재상·장영민·강동범, 형법각론(제10판), 박영사(2017년), p294

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

②제1항이외의 친족간에 제323조의 죄를 범한 때에는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.

③전 2항의 신분관계가 없는 공범에 대하여는 전 이항을 적용하지 아니한다.

3) 제323조(권리행사방해) 타인의 점유 또는 권리의 목적이 된 자기의 물건 또는 전자기록등 특수매체기록을 취거, 은닉 또는 손괴하여 타인의 권리행사를 방해한 자는 5년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금에 처한다.

<제328조 친족상도례 규정>

근거조문		대상 범죄	법적 효과	
			관계	효과
제328조 (친족 간의 범행과 고소)	제1항	권리행사 방해죄 (제323조)	직계혈족, 배우자, 동거친족, 동거가족 또는 그 배우자(“근친”)	필요적 형면제
	제2항		제1항 이외의 친족(“원친”)	친고죄
	제3항		제1항·제2항의 신분관계 없는 공범	친족상도례 적용 없음

현행법은 위 제328조를 제344조, 제354조, 제361조 및 제365조에서 각각 준용하여, 절도 등의 죄, 사기와 공갈의 죄, 횡령과 배임의 죄 및 장물취득 등의 죄에 친족상도례가 적용되도록 함.

즉, **현행법 제344조**(친족간의 범행)⁴⁾에서 제329조(절도), 제330조(야간주거침입절도), 제331조(특수절도), 제331조의2(자동차등 불법사용) 및 제332조(상습범)의 죄 또는 미수범에 대하여 제328조를 준용하고, **현행법 제354조**(친족간의 범행, 동력)⁵⁾에서 ‘제39장 사기와 공갈의 죄’에 대하여 제328조를 준용하며, **현행법 제361조**(친족간의 범행, 동력)⁶⁾에서 ‘제40장 횡령과 배임의 죄’에 대하여 제328조를 준용함.

또한, **현행법 제365조**(친족간의 범행)⁷⁾의 경우 제1항에서 제362조(장물의 취득, 알선 등), 제363조(상습범) 및 제364조(업무상과실, 중과

4) 제344조(친족간의 범행) 제328조의 규정은 제329조 내지 제332조의 죄 또는 미수범에 준용한다.

5) 제354조(친족간의 범행, 동력) **제328조**와 제346조의 규정은 본장의 죄에 준용한다.

6) 제361조(친족간의 범행, 동력) **제328조**와 제346조의 규정은 본장의 죄에 준용한다.

7) 제365조(친족간의 범행) ① 전3조의 죄를 범한 자와 피해자간에 제328조제1항, 제2항의 신분관계가 있는 때에는 동조의 규정을 준용한다.

② 전3조의 죄를 범한 자와 본범간에 제328조제1항의 신분관계가 있는 때에는 그 형을 감경 또는 면제한다. 단, 신분관계가 없는 공범에 대하여는 예외로 한다.

실)의 죄를 범한 자와 피해자간에 제328조제1항이나 제2항의 신분관계가 있는 때에는 제328조를 준용하고, 제365조제2항에서 위 제362조부터 제364조까지의 죄를 범한 자와 본범간에 제328조제1항의 신분관계가 있는 때에는 그 형을 감경 또는 면제하되 신분관계가 없는 공범에 대하여는 예외로 하도록 하였음.

<친족상도례 근거조문, 적용대상 범죄 및 법적 효과>

친족상도례 근거조문		적용대상 범죄	법적 효과		
제328조 (친족 간의 범행과 고소)		<권리행사방해죄> 권리행사방해죄(제323조)	제328조 준용	제1항	(근친) 필요적 형면제
제344조 (친족 간의 범행)		<절도죄 등> 절도(제329조), 야간주거침입절도(제330조), 특수절도(제331조), 자동차등불법사용(제331조의2), 상습범(제332조), 미수범(제342조)		제2항	(원친) 친고죄
제354조 (친족 간의 범행, 동력)		<사기와 공갈의 장애 있는 죄> 사기(제347조), 컴퓨터등 사용사기(제347조의2), 준사기(제348조), 편의시설 부정이용(제348조의2), 부당이득(제349조), 공갈(제350조), 특수공갈(제350조의2), 상습범(제351조), 미수범(제352조)		제3항	(제1항·제2항의 신분관계 없는 공범) 친족상도례 적용 X
제361조 (친족 간의 범행, 동력)		<횡령과 배임의 장애 있는 죄> 횡령·배임(제355조), 업무상 횡령·배임(제356조), 배임수증재(제357조), 미수범(제359조), 점유이탈물횡령(제360조)			
제365조 (친족 간의 범행)	제1 항	<장물취득죄 등> 장물취득·알선 등(제362조), 상습범(제363조), 업무상과실·종과실 장물취득·알선 등(제364조)	범죄자와 피해자 간 제328조제1항의 근친 또는 제2항의 원친 관계인 경우		
			제328조 준용	제1항	(근친) 필요적 형면제
				제2항	(원친) 친고죄
				제3항	(제1항·제2항의 신분관계 없는 공범) 친족상도례 적용 X
	제2 항		범죄자와 본범 간 제328조제1항의 근친 관계인 경우 필요적 형감경 또는 면제 (단, 신분관계 없는 공범은 적용X)		

나. 헌법재판소 결정

2024. 6. 27. 헌법재판소는 재판관 전원일치 의견으로 「형법」(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정된 것) 제328조 제1항은 헌법에 합치되지 아니하며, 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 2025. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 위 법률조항의 적용을 중지하도록 결정하였음.⁸⁾

헌법재판소는 위 결정에서, 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(受忍) 가능한 수준의 재산범죄에 대한 형사소추 내지 처벌에 관한 특례의 필요성은 수긍하였으나, 형법 제328조제1항은 가해자와 피해자 사이에 일정한 친족관계가 있지만 하면 넓은 범위의 친족에 대해, 재산범죄의 불법성의 경중을 묻지 않고, 피해자의 의사에 관계없이 ‘일률적으로 형면제’라는 법적 효과를 부여하여 헌법이 규정한 형사피해자의 재판절차진술권(제27조제5항)⁹⁾을 침해한다고 보았음.

8) 헌법재판소 2024. 6. 27. 선고 2020헌마468등 결정

9) 「대한민국헌법」 제27조 제5항은 “형사피해자는 법률이 정하는 바에 의하여 당해 사건의 재판절차에서 진술할 수 있다.”라고 규정하여 형사피해자의 재판절차진술권을 보장하고 있음. 헌법재판소에 따르면, 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 재판절차진술권을 기본권으로 보장하는 것임(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 있음(헌재 1989. 4. 17. 88헌마3 참조).

다. 개정안의 주요내용

- 서지영의원안은 근친과 원친을 구분하지 않고 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없는 반의사불벌죄로 규정하고, 장물범과 본범 간 친족관계의 경우 현행 필요적 감면에서 임의적 감면으로 변경함(안 제328조 및 제365조).
- 박성민의원안은 재산범죄에 적용되는 친족상도례의 인적 범위를 직계혈족 또는 배우자로 축소하며 친고죄로 규정하고, 장물범과 본범 간에 직계혈족, 배우자, 동거친족, 동거가족 또는 그 배우자에 해당하는 신분관계가 있는 때 형을 필요적으로 감면함(안 제328조 및 제365조).

현행	서지영의원안	박성민의원안
<u>第328條(親族間の 犯行과 告訴) ① 直系血族, 配偶者, 동거친족, 동거가족 또는 그 配偶者間の 第323條의 罪는 그 刑을 免除한다.</u> <u>② 第1項以外の 親族間に 第323條의 罪를 犯한 때에는 告訴가 있어야 公訴를 제기할 수 있다.</u> <u>③ 前2項의 身分關係</u>	<u>제328조(친족 간의 범행)</u> <u>① 친족 간에 제323조의 죄를 범한 때에는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.</u> <u>② 제1항의 신분관계가 없는 공범에 대하여는 제1항을 적용하지 아니한다.</u>	<u>제328조(친족 간의 범행에 대한 고소) <삭제></u> <u>② 직계혈족 또는 배우자 간에 제323조의 죄를 범한 때에는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.</u> <u>③ 제2항의 신분관계</u>

<u>가 없는 共犯에 對하여는 前2項을 適用하지 아니한다.</u> <u><신 설></u>		<u>가 없는 공범에 대하여는 같은 항을 적용하지 아니한다.</u>
<u>第365條(親族間의 犯行)</u> ① <u>前3條의 罪를 犯한 者와 被害者間에 第328條第1項, 第2項의 身分關係가 있는 때에는 同條의 規定을 準用한다.</u> ② <u>前3條의 罪를 犯한 者와 本犯間에 第328條第1項의 身分關係가 있는 때에는 그 刑을 減輕 또는 免除한다. 但, 身分關係가 없는 共犯에 對하여는 例外로 한다.</u>	<u>第365條(親族間의 犯行)</u> ① ----- -----제328조제1항----- ----- -----. ② ----- ----- ----- -----免除할 수 있다.----- ----- -----.	<u>제365조(친족 간의 범행)</u> ① <u>제362조부터 제364조까지의 죄를 범한 자와 피해자 간에 제328조제2항의 신분관계가 있는 때에는 같은 조를 준용한다.</u> ② <u>제362조부터 제364조까지의 죄를 범한 자와 본범 간에 직계 혈족, 배우자, 동거친족, 동거가족 또는 그 배우자에 해당하는 신분관계가 있는 때에는 그 형을 감경 또는 면제한다. 다만, 신분관계가 없는 공범에 대하여는 예외로 한다.</u>

- **윤준병의원안**은 ① 친족간에 권리행사방해죄를 범한 경우, 근친과 원친을 구분하지 않고 반의사불벌죄로 규정하고, 피해자가 미성년자이거나 피해자의 심신장애를 이용하여 죄를 범한 경우 친족상도

례를 적용하지 않으며, ② 친족 간 재산범죄를 범한 경우(강도의 죄 및 손괴의 죄 제외), 피해자가 미성년자이거나 피해자의 심신장애를 이용하거나 취득한 재물의 가액이 5천만원 이상인 경우 친족상도례를 적용하지 아니함(제328조제1항, 제344조, 제354조, 제361조 및 제365조).

- 주철현의원안은 친족상도례의 인적 범위를 직계혈족, 배우자 및 동거친족으로 축소하여 반의사불벌죄로 규정하고(안 제328조), 야간주거침입절도죄와 특수절도죄를 친족 간 범행에 대한 특례의 적용 대상에서 제외하며(안 제344조), 장물범과 본범 간 친족관계의 경우 현행 필요적 감면에서 임의적 감면으로 변경하고(안 제365조 제2항), 범인은닉죄 및 증거인멸죄에서 친족간 범행의 특례가 적용되는 경우에도 임의적 감면이 적용되도록 함(안 제151조제2항, 155조제4항).

현행	윤준병의원안	주철현의원안
第151條(犯人隱匿과 親族間の 特例) ① (생략) ②친족 또는 동거의 가족이 本人을 爲하여 前項의 罪를 犯한 때에는 <u>處罰하지 아니한다.</u> 第155條(證據湮滅等과 親		第151條(犯人隱匿과 親族間の 特例) ① (현행과 같음) ②----- ----- ----- <u>그 형을 감경하거나 면제할 수 있다.</u> 第155條(證據湮滅等과 親

族間의 特例) ① ~ ③ (생 략) ④ 친족 또는 동거의 가족이 本人을 爲하여 本條의 罪를 犯한 때에는 <u>處罰하지 아니한다.</u>		族間의 特例) ① ~ ③ (현행과 같음) ④----- ----- ----- <u>그 형을 감경하거나 면제할 수 있다.</u>
<u>第328條(親族間의 犯行과 告訴)</u> ①直系血族, 配偶者, 동거친족, 동거가족 또는 그 配偶者間의 第323條의 罪는 그 刑을 免除한다.	<u>제328조(친족 간의 범행)</u> ① 친족 간에 제323조의 죄를 범한 때에는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다. 다만, 피해자가 미성년자이거나 피해자의 심신장애를 이용하여 제323조의 죄를 범한 경우에는 그러하지 아니하다.	<u>제328조(친족 간의 범행)</u> ① 직계혈족, 배우자, 동거친족 간의 제323조의 죄는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.
②第1項以外의 親族間에 第323條의 罪를 犯한 때에는 告訴가 있어야 公訴를 제기할 수 있다. ③前2項의 身分關係가 없는 共犯에 對하여는 前2項을 適用하지 아니한다.	② 제1항의 신분관계가 없는 공범에 대하여는 제1항을 적용하지 아니한다.	<삭 제> ③ 제1항의 신분관계가 없는 공범에 대하여는 같은 항을 적용하지 아니한다.
<u>第344條(親族間의 犯行)</u> 第328條의 規定은 第329條 乃至 第332條의 罪 또는 未遂犯에 準	<u>제344조(친족 간의 범행)</u> ① 친족 간에 제329조부터 제332조까지의 죄를 범한 때에는 피	<u>第344條(親族間의 犯行)</u> -----제329조, 제331조의2, 제332조의-----

<u>用한다.</u> 第354條(親族間의 犯行, 動力) 第328條와 第346條의 規定은 本章의 罪에 準用한다. <후단 <u>신설</u>> 第361條(親族間의 犯行, 動力) 第328條와 第346條의 規定은 本 章의 罪에 準用한다. <후단 <u>신설</u>>	<u>해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다. 다만, 피해자가 미성년자이거나 피해자의 심신장애를 이용하여 제329조부터 제332조까지의 죄를 범한 경우 또는 취득한 재물의 가액이 5,000만원 이상인 경우에는 그러하지 아니하다.</u> ② 제1항의 신분관계가 없는 공범에 대하여는 제1항을 적용하지 아니한다. 第354條(親族間의 犯行, 動力) 제344조----- ----- ----- ----- ----- 이 경우 “취득한 재물”은 “취득하거나 취득하게 한 재물 또는 재산상의 이익”으로 본다. 第361條(親族間의 犯行, 動力) 제344조----- ----- ----- ----- 이 경우 “취득한 재물”은 “취득하거나 취득하게 한 재물 또는 재산상의 이익”으로 본다.	-----.
---	---	---------------

第365條(親族間の 犯行) ①前3條의 罪를 犯한 者と 被害者間に 第328條第1項, 第2項의 身分關係가 있는 때에는 同條의 規定을 準用한다. ②前3條의 罪를 犯한 者と 本犯間に 第328條第1項의 身分關係가 있는 때에는 그 刑을 減輕 또는 免除한다. 但, 身分關係가 없는 共犯에 對하여는 例外로 한다.	第365條(親族間の 犯行) ① ----- 제344조제1항 ----- ② ----- 직계혈족, 배우자, 동거친족, 동거가족 또는 그 배우자 -----	제365조(친족 간의 범행) ① 제362조부터 제364조까지의 죄를 범한 자와 피해자 간에 제328조제1항의 신분관계가 있는 때에는 같은 조를 준용한다. ② 제362조부터 제364조까지의 죄를 범한 자와 본범 간에 제328조제1항의 신분관계가 있는 때에는 그 형을 감경하거나 면제할 수 있다. 다만, 신분관계가 없는 공범에 대하여는 예외로 한다.
---	---	--

2. 친족상도례의 의의, 적용대상 범죄 및 취지

친족상도례란 앞에서 살펴본 바와 같이, 강도죄와 손괴죄를 제외한 재산죄에 있어 친족간 범죄는 형을 면제하거나 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있도록 한 특례를 의미함. 현행법 제328조는 권리행사방해죄에 대하여 제1항에서 근친 간 범죄에 대하여 형을 면제하고, 제2항에서 원친 간 범죄에 대하여는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있는 친고죄로 하는 친족상도례를 명시하고 있음.

위 제328조를 현행법 제344조에서 절도 등 제329조부터 제332조까

지의 죄 또는 미수범에 대하여, 제354조에서 제39장 사기와 공갈의 장의 죄에 대하여, 제361조에서 제40장 횡령과 배임의 장의 죄에 대하여 각각 준용하고 있음.

또한, 현행법 제365조에서는 장물취득죄 등 제362조부터 제364조의 죄에 대하여 피해자와 본범을 나누어 (i) 장물범과 ‘피해자’ 간 근친 및 원친 관계가 있을 때에는 제328조를 준용하고, (ii) 장물범과 ‘본범’ 간 근친 관계가 있을 때에는 형을 감경 또는 면제하도록 함.¹⁰⁾

친족상도례는 가정 내부의 문제에 국가형벌권이 간섭하지 않는 것이 바람직하다는 정책적 고려와 함께, 가정의 평온이 형사처벌로 깨지는 것을 막으려는 데에 규정 취지가 있음.¹¹⁾

장물죄의 경우 재산범죄의 성격을 고려하여 장물범과 피해자 간에 친족 관계가 있을 때에는 친족상도례 규정을 준용하면서, 장물죄의 범인비호적 성격에 주목하여 장물범과 본범 간 근친 관계가 있는 경우 형을 감경 또는 면제할 수 있도록 한 것임.¹²⁾

3. 친족상도례의 연원 및 해외입법례¹³⁾

(로마법) 친족상도례 제도의 역사는 로마 시대로 거슬러 올라감. 로

10) 장물범과 ‘본범’ 간 원친 관계가 있는 경우에 대하여는 별도로 규정하지 아니함.

11) 헌법재판소 2012. 3. 29. 선고 2010헌바89 판결 참조

12) 주식형법 각칙6권(2006년), 한국사법행정학회, p693

13) 김광현, 「형법」상 친족상도례 조항의 개정 검토, NARS 현안분석(제205호, 2021. 7.), 국회 입법조사처, p.7-11

마법상 동일 가족 구성원 간에 절도가 행해진 경우 절도를 원인으로 한 소를 제기하는 것은 허용되지 않고, 가장이 범인에게 가내형(家内刑)을 과할 수 있었음. 이러한 “법은 가정의 문턱을 넘지 않는다.”라는 로마법의 태도는 유럽 각국 형법전에 계수되었고, 일본을 거쳐 우리나라 제정 「형법」에 도입되었음.

(프랑스) 근대적 형법전에 친족상도례가 처음 규정된 것은 프랑스 형법임. 프랑스 친족상도례의 인적 적용범위는 존속·비속·배우자만을 대상으로 하여 비교적 좁은 편이고, 적용대상 범죄에는 절도죄,¹⁴⁾ 강요죄, 공갈죄, 사기죄, 횡령죄가 포함되며, 적용 효과는 일률적으로 형사소추를 하지 않는 것임. 다만, 가해자가 후견인인 경우 등에서 친족상도례를 적용하지 않도록 하고 있음.

(독일) 독일형법 상 친족상도례 인적 적용범위는 피해자가 친족·후견인·보호자인 경우, 피해자가 주거공동체 내에서 행위자와 함께

14) Article 311-12 Ne peut donner lieu à des poursuites pénales le vol commis par une personne :

1° Au préjudice de son ascendant ou de son descendant ;

2° Au préjudice de son conjoint, sauf lorsque les époux sont séparés de corps ou autorisés à résider séparément.

Le présent article n'est pas applicable :

a) Lorsque le vol porte sur des objets ou des documents indispensables à la vie quotidienne de la victime, tels que des documents d'identité, relatifs au titre de séjour ou de résidence d'un étranger, ou des moyens de paiement ou de télécommunication ;

b) Lorsque l'auteur des faits est le tuteur, le curateur, le mandataire spécial désigné dans le cadre d'une sauvegarde de justice, la personne habilitée dans le cadre d'une habilitation familiale ou le mandataire exécutant un mandat de protection future de la victime.

[다음 각 호의 경우 절도는 형사소추 되지 아니한다.

1. 자기의 존속 또는 비속에 대하여 죄를 범한 경우

2. 자기의 배우자에 대하여 죄를 범한 경우, 다만 별거 중이거나 또는 별거를 허가받은 배우자의 경우 그러하지 아니하다.

다음의 경우는 이 조항을 적용하지 아니한다.

a) 피해자의 일상생활에 필수적인 물건이나 문서, 외국인의 거주 또는 체류 권한과 관련된 신분 관련 서류 또는 지불 수단 또는 통신을 절취한 경우;

b) 가해자가 후견인, 재산관리인, 사법보우를 위해 특별임명된 수임인, 가족수권을 위임받은 수임인 또는 피해자의 장래보호위임계약 위임을 집행하는 대리인인 경우.]

살고 있는 경우¹⁵⁾로서, 친족 개념¹⁶⁾에 친인척, 배우자, 생활동반자, 약혼자, 형제자매, 형제자매의 배우자나 생활동반자, 배우자나 생활동반자의 형제자매 및 양부모자녀 관계가 모두 포함되고 혼인관계에 있지 않더라도 주거공동체를 기초로 친족상도례를 적용할 수 있다는 점에서 인척 적용 범위는 넓은 편임. 대상 범죄는 절도와 횡령, 전력(電力) 도용, 사기, 컴퓨터 사기, 사익취득, 배임이고, 적용 효과가 친고죄로 일원화되어 있음.

(일본) 일본형법은 배우자·직계혈족·동거친족 간에 절도죄, 부동산 침탈죄 또는 그 미수죄를 범한 경우 형을 면제하고, 그 외 친족이 범한 같은 범죄는 친고죄로 규정하여,¹⁷⁾ 친족의 범위에 따라 법적 효

15) §247(Haus- und Familiendiebstahl) Ist durch einen Diebstahl oder eine Unterschlagung ein Angehöriger, der Vormund oder der Betreuer verletzt oder lebt der Verletzte mit dem Täter in häuslicher Gemeinschaft, so wird die Tat nur auf Antrag verfolgt.

[제247조(친족 및 동거인으로부터의 절도) 절도 또는 횡령의 피해자가 친족, 후견인 또는 보호자인 경우 또는 피해자가 주거공동체 내에서 행위자와 함께 살고 있는 경우에는 고소가 있어야만 형사소추를 할 수 있다.]

16) §11(Personen- und Sachbegriffe) (1) Im Sinne dieses Gesetzes ist

1. Angehöriger: wer zu den folgenden Personen gehört:

a) Verwandte und Verschwägte gerader Linie, der Ehegatte, der Lebenspartner, der Verlobte, Geschwister, Ehegatten oder Lebenspartner der Geschwister, Geschwister der Ehegatten oder Lebenspartner, und zwar auch dann, wenn die Ehe oder die Lebenspartnerschaft, welche die Beziehung begründet hat, nicht mehr besteht oder wenn die Verwandtschaft oder Schwägerschaft erloschen ist,

b) Pflegeeltern und Pflegekinder;

[제11조(용어) (1) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. 친족이란 다음 각 목에 해당하는 사람을 말한다.

a) 직계친인척, 배우자, 생활동반자, 약혼자, 형제자매, 형제자매의 배우자나 생활동반자, 배우자나 생활동반자의 형제자매, 그리고 관계의 기초가 되는 혼인이나 생활동반자 관계가 더 이상 지속되지 아니하는 경우나 혈족관계 나 인척관계가 효력을 상실한 경우에도 같다.

b) 양부모와 양자녀

17) 제244조(親族間の犯罪に關する特例) 1 配偶者、直系血族又は同居の親族との間で第二百三十五條の罪、第二百三十五條の二の罪又はこれらの罪の未遂罪を犯した者は、その刑を免除する。

2 前項に規定する親族以外の親族との間で犯した同項に規定する罪は、告訴がなければ公訴を提起することができない。

3 前二項の規定は、親族でない共犯については、適用しない。

[제244조(친족간 범죄에 관한 특례) 1. 배우자, 직계혈족 또는 동거의 친족과의 사이에 제235조의 죄, 235조의2의 죄 또는 이들 죄의 미수범을 범한 자는 그 형을 면제한다.

과를 달리 규정하고 있음.

(스위스와 오스트리아) 스위스 형법은 친족이나 가족 구성원에 대한 절도는 고소에 의해서만 공소가 제기되는 것으로 하고, 이를 횡령, 권한 없는 정보 입수, 사기, 컴퓨터 사기, 배임 등에 적용하고 있음. 오스트리아 형법은 배우자, 직계혈족, 형제자매 또는 동거친족 간 재산범죄에 있어서는 친고죄를 적용함과 동시에 형을 감경하도록 정하고 있음.

(영국과 미국) 친족상도례 규정이 없음.

4. 친족상도례 규정에 대한 개정 추진 사례 및 논의사항

가. 국회의 개정 논의

제14대 국회는 친족 간 범죄를 모두 친고죄로 하되 직계혈족·배우자·동거친족 간 범죄에 대하여는 형을 면제할 수 있도록 하는 형법 개정안을 제출(정부)하였으나¹⁸⁾ 입법화하지 못하였고, 제19대 국회는 피성년후견인에 대한 성년후견인의 재산범죄에 대해서 친족상도례를 적용하지 않는 개정안¹⁹⁾이, 제20대 국회는 피후견인에 대한 미성년후견인, 성년후견인, 한정후견인, 특정후견인 및 임의후견인의 재산범죄

2. 전항이 규정한 친족 이외의 친족과의 사이에 범한 같은 항에 규정된 죄는, 고소가 없으면 공소를 제기할 수 없다.

3. 전항의 규정은, 친족이 아닌 공범에 관하여는, 적용이 없다.]

18) 정부 제출(의안번호 제140013호), 제출일 : 1992. 7. 7.

19) 최동익의원 대표발의(의안번호 제1911748호), 제안일 : 2014. 9. 19.

에 대해서 친족상도례를 적용하지 않는 개정안²⁰⁾이, 제21대 국회는 친족상도례 규정을 전부 삭제하거나²¹⁾ 사기와 공갈의 죄 및 횡령과 배임의 죄에 대하여 삭제하거나²²⁾ 피해자의 심신장애를 이용하여 행한 친족간 범죄에 대하여 적용을 배제²³⁾하는 개정안을 각각 발의한바 있으나, 모두 임기만료로 폐기되었음.

나. 그 밖의 개정 논의

1953년 제정 「형법」에 도입된 친족상도례는 이후 핵가족화가 심화되고 친족 간 유대관계가 약화되는 등 가족·친족의 생활관계 내지 사회현실의 변화를 제대로 반영하지 못하여 재구성이 필요하다는 지적을 지속적으로 받았음. 특히 학계는 호주 혹은 가장을 중심으로 한 가족·친족 내부의 문제해결 능력을 일반적인 것으로 인정하기 어렵고, 범죄로 침해된 법익이 비록 친족 간 개인적 법익이라 하더라도 국가의 형벌권으로부터 자유롭게 두는 것은 바람직하지 않다는 점 등을 지적하며, 다음과 같이 친족상도례 규정에 대한 다양한 개정 견해를 제시하였음.

(1) 친족상도례의 법적효과와 관련, 현행 필요적 형면제 규정을 임의적 형면제나 친고죄로 개정하여 피해자의 의사를 반영할 수 있도록

20) 박남춘의원 대표발의(의안번호 제2009366호), 제안일 : 2017. 9. 14.

21) 이성만의원 대표발의(의안번호 제2111115호), 제안일 : 2021. 6. 28.

22) 이병훈의원 대표발의(의안번호 제2111495호), 제안일 : 2021. 7. 14.

23) 장철민의원 대표발의(의안번호 제2111645호), 제안일 : 2021. 7. 22.

하자는 견해,²⁴⁾ 가까운 친족일지라도 너무나 악질적이어서 처벌할 필요성과 피해자의 적극적 처벌 요구가 있을 수 있다거나, 제328조 제1항의 친족관계라고 하더라도 더이상 제328조 제2항의 친족에 비하여 객관적으로 유대감 또는 친밀감이 강한 관계라고 보기 어려울 수 있으므로 근친과 원친을 구분하지 않고 모두 친고죄로 개정하자는 견해²⁵⁾ 등이 있음.

(2) 인적 적용범위와 관련, 현행 「형법」은 필요적 형면제 대상을 ‘직계혈족, 배우자, 동거친족, 동거가족 또는 그 배우자’로 규정하여, ‘가족 상호간의 자율적 해결을 기대하기 어려운 친족 또는 친족의 배우자’나 ‘혼인관계를 해소할 예정으로 별거 중인 배우자’까지도 포함하고 있는 반면, 상대적으로 더 친밀할 것으로 기대되는 ‘비동거 형제자매’나 ‘사실상의 배우자’에게는 형면제 효과를 부여하지 않는 등의 문제가 있으므로, 친족 범위를 가족공동체의 핵심을 이루는 최소단위로 제한하여야 한다는 견해,²⁶⁾ 친족상도례 적용대상 친족을 근친과 원친으로 나누지 말고 일원화하자는 견해,²⁷⁾ 가까운 친족의 범위를 “직계혈족과 형제자매·배우자 및 배우자의 부모”로 하고 먼 친족의 범위를 “배우자가 사실상 이혼 상태이거나 이혼심판 제기중인 때와 그 이

24) 박광현, 형법상 친족상도례의 개선방안에 관한 연구, 홍익법학(제14권 제3호), 2013, p.428~429

25) 김태수, 친족상도례의 문제점과 개선방안, 형사정책(제26권 제1호), 2014, 235~236, 송승현, 친족상도례 규정에서 부모와 자녀 사이의 관계 -가상 사례와 같이 특수한 경우를 중심으로-, 홍익법학 제19권 제2호, 2018, p.325

26) 모성준, 형법상 친족상도례 규정의 문제점과 바람직한 개정방향, 법학논총(제21권 제2호), 2014, p526~528

27) 김대성, 친족상도례 규정의 개정방향, 외법논집(제40권 제4호), 2016, p233

외의 친족”으로 개정하여야 한다는 견해²⁸⁾ 등이 존재함.

(3) 적용대상 범죄와 관련, 다음의 표에서 보는 바와 같이 손괴죄는 친족상도례 규정이 적용되지 않음에 반해, 손괴를 동반한 특수절도죄에 대하여서는 친족상도례 규정이 적용되고, 주거침입죄에 대하여서는 친족상도례 규정이 적용되지 않음에 반해, 야간주거침입절도죄에서는 친족상도례 규정이 적용되며, 강도죄에는 친족상도례에 관한 적용이 배제됨에 반해, 공갈죄(특히 흥기휴대공갈죄)에서는 배제되지 아니하는 등 형평성 차원에서 문제를 제기하는 견해가 있음.²⁹⁾

[학계에서 불합리하다고 논의되는 현행법 상 친족상도례 범죄]

친족상도례 적용되지 않음	친족상도례 적용됨
손괴죄	특수절도죄(손괴 동반)
주거침입죄	야간주거침입절도죄
강도죄	공갈죄(특히 흥기휴대공갈죄)

(4) 그 밖에도 친족이 성년후견인인 경우 친족상도례를 적용하지 않도록 한 하급심 판결³⁰⁾에 따른 입법적 대응이 필요하다는 견해³¹⁾ 등이

28) 장진호, 현대사회와 친족상도례의 모순과 개선방안, 법조 제463호(1995. 4.) 법조협회, 201-202

29) 주석형법 각칙5권(2017년), 한국사법행정학회, p316

30) [제주지방법원 2018. 9. 6. 선고 2017노672 판결] 이 사안에서 법원은 성년후견인의 업무는 친족인지 여부를 불문하고 공적인 성격을 가진다고 보아야 하므로 그 과정에서 발생하는 범법행위는 가까운 가족구성원 사이의 재산문제에 대하여 형사처벌을 제한하기 위한 목적인 친족상도례의 규정을 적용하기 힘든 영역인 점 등을 고려하여 성년후견제도를 기반으로 한 후견인의 피후견인 재산관리상 불법행위에 대하여는 친족상도례가 적용되지 않는다고 판시함.

31) 전병주, 김건호, 경찰학연구(제18권 제1호), p160~161; 실제로, 제20대 국회에서 이를 반영한 「형법 일부개정법률안」(의안번호 2009366, 제안일자 2017. 9. 14.)이 제출되었으나 임기만료로 폐기되었음.

제시된 바 있음.

5. 개정안의 검토

친족상도례의 내용을 포함한 현행 형법이 1953. 09. 18.에 제정된 이후 70년이 넘으면서 산업화 및 도시화는 우리 친족과 가족 문화에 상당한 변화를 이끌었음. 호주제의 폐지, 농·어촌에서 도시로의 인구이동, 핵가족화를 넘어 1인 가구의 빠른 증가, 저출산·고령화 등 사회변화로 인하여 가족제도 및 구조가 과거와 현저히 다른 모습으로 변화하고 있음. 이러한 시대 상황에 대한 고려가 필요한 점을 감안할 때, 개정안은 일정한 친족관계에 해당하기만 하면 “필요적 형면제”의 법적 효과를 부여하는 친족상도례 규정을 개정하여 헌법재판소 결정의 취지에 맞게 위헌성을 제거하려는 것으로 그 입법 취지가 인정됨.

근본적으로, 친족상도례가 적용되는 친족의 범위 설정, 친고죄 또는 반의사불벌죄로의 전환, 장물죄 적용 시 임의적 감면 등으로의 변경, 피해자의 특수성을 감안한 일부 내용의 배제 등과 관련한 사항은 친족상도례의 도입 취지, 해외입법례, 사회변화에 따른 가족 및 친족관계에 대한 인식 변화 등과 더불어 그간의 다양한 개정 논의, 개정에 따른 문제점 등을 종합적으로 고려하여 논의할 사항으로 보임.

다만, 각 개정안은 다음 사항을 고려할 필요가 있음.

(1) 친족상도례의 법적효과를 친고죄(박성민의원안) 또는 반의사불벌죄(서지영·윤준병·주철현의원안)로 하려는 개정안의 내용과 관련하여, 친고죄로 개정할 경우 피해자의 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있게 되므로 피해자의 의사를 보다 존중하게 되고, 반의사불벌죄로 개정할 경우 고소가 없더라도 일단 수사 또는 소송을 진행·발전시킬 수 있게 하여 국가형벌권을 보다 빠르게 개입시키게 된다는 점에서 차이가 존재함.

친족상도례의 법적 효과를 친고죄로 개정하는 내용의 박성민의원안은 현행 「형사소송법」 제224조³²⁾가 자기 또는 배우자의 직계존속에 대해서는 아예 고소하지 못하도록 하고 있는 점을 고려하여, 안 제328조제4항에서 「형사소송법」 제224조를 배제하는 규정을 두고 있는바, 개정안의 취지 달성을 위해 법체계적으로 필요한 입법조치로 보임.³³⁾

(2) 취득한 재물 또는 재산상 이익의 가액이 5천만원 이상인 경우 친족상도례의 적용을 배제하는 개정안(윤준병의원안)의 내용과 관련하여, 피해액 또는 취득한 재물의 가액을 기준으로 친족상도례의 적용 여부를 결정하는 것이 적절한지 고려가 필요할 것으로 보임.

구체적으로, 제350조 공갈죄의 행위는 사람을 공갈하여 재물의 교부

32) 「형사소송법」 제224조(고소의 제한) 자기 또는 배우자의 직계존속을 고소하지 못한다.

33) 참고로, 현행 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」도 성폭력범죄에 대하여는 「형사소송법」 제224조 및 「군사법원법」 제266조에도 불구하고 자기 또는 배우자의 직계존속을 고소할 수 있도록 예외규정을 두고 있음.

「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제18조(고소 제한에 대한 예외) 성폭력범죄에 대하여는 「형사소송법」 제224조(고소의 제한) 및 「군사법원법」 제266조에도 불구하고 자기 또는 배우자의 직계존속을 고소할 수 있다.

를 받거나 또는 받게 하거나 재산상의 이익을 취득하거나 취득하게 하는 것으로, 공갈행위는 협박을 수단으로 하는 경우 뿐 아니라 폭행을 수단으로 하는 경우도 포함됨. 협박이나 폭행은 상대방의 반항을 억압할 정도에 이르지 아니하여야 하는데, 상대방의 반항을 억압할 정도에 이른 때에는 공갈죄가 아니고 강도죄가 성립하여³⁴⁾³⁵⁾ 친족상도례의 적용이 배제됨.

이에 따르면 친족에 대하여 반항을 억압할 정도가 아닌(공갈) 수준의 폭행·협박을 가하여 5천만원을 강취한 경우 친족상도례가 적용되나, 반항을 억압할 정도(강도)의 폭행·협박을 가하여 100만원을 강취한 경우 친족상도례가 적용되지 않게 되는데, 이에 대하여는 형사처벌의 타당성 측면에서 적절하다고 볼 수 있는지 검토가 필요할 것으로 보임.

(3) 피해자가 미성년자이거나 피해자의 심신장애를 이용하여 행한 친족간 범죄에 대하여 친족상도례 적용을 배제하는 개정안(윤준병의원안)의 경우,

피해자의 심신장애를 이용하여 행한 친족간 범죄에 대하여 친족상

34) 김대휘·김신, 『주석 형법 각칙6』 (제5판), 한국사법행정학회, 2017. 10. pp.145-146.

35) [대법원 1990. 8. 14. 선고 90도114 판결] 공갈죄의 수단으로서의 협박은 사람으로 하여금 의사결정의 자유를 제한하거나 의사실행의 자유를 방해할 정도로 겁을 먹게 할만한 해악을 고지하는 것을 말하고, 여기서 고지된 해악의 실현은 반드시 그 자체가 위법한 것임을 요하지 않으며, 또한 그 해악고지의 수단방법은 명시적이거나 직접적이 아니더라도 묵시적으로 피공갈자 이외의 제3자를 통해서 간접적으로 할 수도 있는 것이나, 그것이 정당한 권리자에 의하여 권리실행의 수단으로서 사용된 경우 행위의 주관적인 측면과 객관적인 측면을 종합적으로 판단하여 그 방법이 사회통념상 허용되는 정도를 넘지 않는 한 공갈죄의 성립을 인정할 수는 없는 것이다.

도례의 적용을 배제하는 경우, 2021. 7. 27. 개정된 「장애인복지법」의 경우 장애인 학대 관련 범죄로서 사기, 공갈, 횡령, 배임과 관련한 일정한 재산범죄에 대해서 형법상 친족상도례 규정이 적용되지 않도록 하고 있으나,³⁶⁾ 장애인뿐만 아니라 미성년자·피성년후견인 등 가정 내 보호가 필요한 대상을 보호하여야 할 가족 구성원이 오히려 가해자가 된 경우 그에 대한 비난가능성이 매우 크다고 볼 수 있는 점, 그 밖에도 친족이 성년후견인인 경우 친족상도례를 적용하지 않도록 한 하급심 판결³⁷⁾에 따른 입법적 대응이 필요하다는 견해³⁸⁾ 등이 존재함을 고려할 때 입법 취지가 인정됨.

다만, 현행법 제348조제1항³⁹⁾의 준사기죄의 경우 구성요건 자체가 “미성년자의 지려천박 또는 사람의 심신장애를 이용하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득”하는 것으로 되어 있으므로, 개정안에 따른 친족상도례 적용 배제 요건을 이미 법문에 포함하고 있음.

36) 「장애인복지법」 제88조의3(「형법」 적용의 일부 배제) 제2조제4항제11호 및 제12호에 따른 장애인학대관련범죄에 대해서는 「형법」 제354조 및 제361조에 따라 준용되는 같은 법 제328조를 적용하지 아니한다.

37) [제주지방법원 2018. 9. 6. 선고 2017노672 판결] 성년후견 제도의 취지 및 성년후견에 관한 법률 규정 등에 비추어 보면 성년후견인의 후견 사무는 공적인 성격을 가지므로, 이 법원에서 피해자의 성년후견인으로 선임된 피고인이 민법 제949조 제1항에 따라 후견 사무로 피해자의 교통사고 보험금을 관리하는 과정에서 그 중 일부를 횡령한 이 사건에, 정책적인 입장에서 친족이라는 특수한 사정을 고려하여 친족 사이의 사적 관계에서 발생한 일부 재산범죄에 관하여 국가가 형벌로서 적극적으로 개입하지 않겠다는 취지로 도입된 특례 규정인 형법 제328조 제1항은 적용될 수 없고, 이러한 체계적이고 논리적인 법률의 해석이 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석한 결과로서 죄형법정주의의 원칙에 어긋난다고 볼 수도 없다.

38) 전병주·김건호, 경찰학연구(제18권 제1호), pp160-161; 실제로, 제20대 국회에서도 이를 반영한 「형법 일부개정법률안」(의안번호 제2009366호, 제안일자 2017. 9. 14.)이 제출되었으나 임기만으로 폐기되었음.

39) 제348조(준사기) ①미성년자의 지려천박 또는 사람의 심신장애를 이용하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득한 자는 10년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.
②전항의 방법으로 제삼자로 하여금 재물의 교부를 받게 하거나 재산상의 이익을 취득하게 한 때에도 전항의 형과 같다.

따라서, 피해자의 심신장애를 이용한 재물교부는 현행법 제348조에 따라 준사기죄에 해당하고, 준사기죄에 대하여 친족상도례를 준용하도록 한 제354조⁴⁰⁾에 따라 친족상도례 적용 대상이 되나, 개정안 제344조제1항단서에 따르면 “피해자가 미성년자이거나 피해자의 심신장애를 이용하여” 범한 죄에 해당하여 친족상도례가 배제되는 비효율적인 입법구조가 초래되고 친족상도례 적용여부가 불분명해지는 등 법체계적으로 바람직하지 못한 측면을 고려하여 현행 제354조와 안 제344조제1항단서의 상호관계를 논하여 입법할 필요가 있음.

(4) 장물범과 본범 간 친족관계가 존재하는 경우 형을 필요적 감면에서 임의적 감면으로 변경하고, 이에 맞춰 범인은닉죄 및 증거인멸죄의 친족간 특례조항의 법적효과도 임의적 감면으로 규정하는 개정안(주철현의원안)의 경우,

현행 제365조제1항(장물범과 피해자간 친족관계)과 달리 제2항(장물범과 본범간 친족관계)의 경우 형의 필요적 감면으로 규정한 취지는 본범의 친족이 본범으로부터 장물을 취득하거나, 본범과 협력하여 장물을 운반 또는 알선하는 것은 친족간의 인정에 비추어 동정할만한 부분이 있는 점에 근거하여⁴¹⁾ 일반적인 친족상도례와 다른 특수성을 띄는 점, 개정안은 제365조제2항과 유사한 취지에서 규정된 범인은닉죄·증거인멸죄⁴²⁾의 법적효과도 임의적 감면으로 함께 개정하여 체계

40) 「형법」 제354조(친족간의 범행, 동력) 제328조와 제346조의 규정은 본장의 죄에 준용한다.

※‘제39장 사기와 공갈의 죄’는 제347조(사기)부터 제354조(친족간의 범행, 동력)까지로 구성되어 있음.

41) 이재상·장영민·강동범, 「형법각론」(제11판), 박영사, 2020, p.462.

상의 균형을 꺾하고 있는 점 등을 종합적으로 고려하여 결정할 필요가 있을 것으로 보임.

문 의
02-6788-5053

42) 「형법」 제151조(범인은닉과 친족간의 특례) ① 벌금 이상의 형에 해당하는 죄를 범한 자를 은닉 또는 도피하게 한 자는 3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

② 친족 또는 동거의 가족이 본인을 위하여 전항의 죄를 범한 때에는 처벌하지 아니한다.

제155조(증거인멸 등과 친족간의 특례) ① 타인의 형사사건 또는 징계사건에 관한 증거를 인멸, 은닉, 위조 또는 변조하거나 위조 또는 변조한 증거를 사용한 자는 5년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금에 처한다.

② 타인의 형사사건 또는 징계사건에 관한 증인을 은닉 또는 도피하게 한 자도 제1항의 형과 같다.

③ 피고인, 피의자 또는 징계혐의자를 모해할 목적으로 전2항의 죄를 범한 자는 10년 이하의 징역에 처한다.

④ 친족 또는 동거의 가족이 본인을 위하여 본조의 죄를 범한 때에는 처벌하지 아니한다.