



제418회 국회(정기회)
제6차 법제사법위원회

형법 일부개정법률안

검 토 보 고

〈헌법불합치 결정된 친족상도례 조항의 정비〉

- 박균택의원 대표발의(의안번호 제2201159호)
- 김선교의원 대표발의(의안번호 제2201195호)
- 전용기의원 대표발의(의안번호 제2201331호)
- 한준호의원 대표발의(의안번호 제2201655호)
- 김현정의원 대표발의(의안번호 제2201723호)
- 권철승의원 대표발의(의안번호 제2201875호)

2024. 9.

법 제 사 법 위 원 회

수석전문위원 정 환 철

목 차

I . 제안경위	1
II . 제안이유 및 주요내용	2
III . 검토의견	8
1. 개요	8
가. 현행법의 내용	8
나. 헌법재판소 결정	11
다. 개정안의 주요내용	12
2. 친족상도례의 의의, 적용대상 범위 및 취지	16
3. 친족상도례의 연원 및 해외입법례	17
4. 친족상도례 규정에 대한 개정 추진 사례 및 논의사항	20
5. 개정안의 검토	23

I . 제안경위

1. 박균택의원안

가. 발 의 자: 박균택의원 등 13인

나. 발 의 일: 2024. 6. 28.

다. 회 부 일: 2024. 7. 1.

2. 김선교의원안

가. 발 의 자: 김선교의원 등 10인

나. 발 의 일: 2024. 6. 28.

다. 회 부 일: 2024. 7. 1.

3. 전용기의원안

가. 발 의 자: 전용기의원 등 14인

나. 발 의 일: 2024. 7. 3.

다. 회 부 일: 2024. 7. 4.

4. 한준호의원안

가. 발 의 자: 한준호의원 등 12인

나. 발 의 일: 2024. 7. 12.

다. 회 부 일: 2024. 7. 15.

5. 김현정의원안

가. 발 의 자: 김현정의원 등 11인

나. 발 의 일: 2024. 7. 15.

다. 회 부 일: 2024. 7. 16.

6. 권칠승의원안

가. 발 의 자: 권칠승의원 등 10인

나. 발 의 일: 2024. 7. 17.

다. 회 부 일: 2024. 7. 18.

II. 제안이유 및 주요내용

1. 박균택의원안

현행법은 일정 범위의 친족 간 범죄에 대하여 형을 면제하거나 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있는 것으로 규정하여 가족·친족 사이의 신뢰와 유대 관계가 자율적으로 유지될 수 있도록 하고 있음.

이와 같은 입법 취지가 반영되었던 법 제정 시로부터 오랜 세월이 흐른 오늘날, 가족형태에 많은 변화가 생겨 직계혈족이나 동거 친족에 의한 횡령, 배임, 절도 등의 재산범죄가 사회적 수인한도를 넘어서는 경우들이 다수 발생하고 있음.

이러한 현실을 반영하여 헌법재판소는 2024년 6월 27일 친족간의 범죄에 대해 형을 면제하는 형법 조항의 위헌성을 인정하는 헌법불합치결정을 하고 해당 조항의 적용 중지 결정을 하였음.

이에 친족간의 범죄 중 직계혈족, 배우자, 동거친족, 동거가족 또는 그 배우자의 범죄에 대해서는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있도록 하고 그 이외의 친족의 범죄에 대해서는 피해자의 명시적 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없도록 하여 피해자의 재판절차진술권을 보장하고 헌법불합치 결정으로 인한 입법의 공백을 예방하고자 함.

아울러 법 개정의 취지를 반영하여 친족간의 장물범죄에 관한 형의 필요적 감면을 임의적 감면으로 개정하고자 함.(안 제328조 및 제365조)

2. 김선교의원안

현행법은 강도죄와 손괴죄를 제외한 재산범죄에 있어서 친족 간(직계혈족, 배우자, 동거친족, 동거가족 또는 그 배우자) 범죄에 대하여는 그 형을 면제하도록 하는 등 이른바 ‘친족상도례’를 적용하고 있고, 1953년 제정 형법에 도입된 이후 현재까지 이르고 있음.

그러나 가족 및 친족관계에 대한 인식이 변화하고 그 형태 또한 다양해지면서 기존 친족상도례 적용이 국민 상식과 법감정, 시대변화를 반영하지 못하고, 가해자에게 유리하다는 비판이 제기돼 왔음. 특히 최근 친족을 대상으로 한 범죄가 증가하여 사회문제화 됨으로써 시대착오적 법조항이라는 비판이 있음.

또한 최근(24.6.27.) 헌법재판소는 ‘친족상도례’ 관련 규정에 대해 재판관 전원일치의 의견으로 헌법에 어긋난다는 ‘헌법불합치’ 결정을 내리기도 하였음.

이에 친족에 대하여 범죄를 범한 경우에도 형을 면제할 수 없도록 하는 등 친족상도례의 적용을 배제하려는 것임(안 제328조, 제365조).

3. 전용기의원안

형법의 친족상도례 규정은 국민들의 가족 및 친족 개념의 변화에 따라 자주 논란의 대상이 되었음. 이러한 의식 변화와 궤를 같이 하여 2024년 6월 27일 헌법재판소도 친족상도례 규정에 대하여 헌법불합치 결정을 한 바, 동 조항은 2026년 1일부터 효력을 잃게 되지만 보다 신속히 법적 안정성을 도모하고자 해당 조항을 삭제하고자 함(안 제328조제1항 삭제).

4. 한준호의원안

현행법은 강도죄와 손괴죄를 제외한 재산범죄에 있어서 친족 간 범죄는 형을 면제하거나 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있도록 하는 “친족상도례”를 인정하고 있음. 이는 가까운 친족 사이에는 재산을 공동으로 관리하며 쓰는 경우가 많아 친족간의 재산범죄에 대해서는 가족 내부의 결정을 존중하고 국가의 개입을 최소화하자는 취지에서

1953년 「형법」 제정과 함께 도입된 제도임.

그러나 1인가구의 증가 등 가족 형태의 변화와 더불어 친족에 대한 인식이 바뀌고 직계혈족이나 동거 친족에 의한 횡령, 배임, 절도 등의 재산범죄가 증가하면서 현실에 맞지 않는 친족상도례 제도를 수정하거나 폐지하여야 한다는 비판이 제기되어 왔음.

또한 2024. 6. 27. 헌법재판소도 직계혈족, 배우자 등 가까운 친족 사이의 재산범죄에 대하여 일률적으로 형 면제를 하도록 하는 「형법」 제328조제1항은 구체적 사안에서 형사피해자의 재판절차진술권을 형해화할 수 있다는 취지에서 헌법불합치 결정을 하였음.

이에 친족간의 범죄 중 직계혈족, 배우자, 동거친족, 동거가족 또는 그 배우자의 범죄에 한정하여 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있도록 하고, 그 이외의 친족의 범죄에 대하여는 피해자의 고소여부나 피해자의 의사와 관계없이 국가가 형벌권을 행사할 수 있도록 하는 등 친족상도례 제도를 개편함으로써 형사피해자의 재판절차진술권을 보장하고 헌법불합치 결정으로 인한 입법의 공백을 방지하려는 것임(안 제328조, 제365조).

5. 김현정의원안

현행법은 가족이나 친족 사이에서 발생하는 재산범죄에 대하여 형

법상 처벌을 면제하거나 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있도록 하는 등의 친족상도례를 적용하고 있음. 이는 전통적으로 가족이나 친족 사이에서 발생하는 재산범죄를 형사 문제로 처리하지 않고, 가급적 가족 내부에서 해결하도록 유도하려는 취지에서 도입되었음.

그러나 최근 가족과 친족 사이에서 발생하는 재산 범죄가 증가하고, 친족 간의 범죄라고 해서 피해가 경미하거나 피해자의 고통이 덜하다는 뚜렷한 근거가 없음에 친족상도례 제도를 폐지해야 한다는 목소리가 높아지고 있음.

이에 헌법재판소도 친족 간 관계의 특성을 일반화하기 어려움에도 일률적으로 형을 면제할 시 가족 구성원의 권리를 일방적으로 희생시키는 것이 되고, 가족 구성원 내에서 취약한 지위에 있는 구성원에 대한 경제적 착취를 용인하는 결과를 초래할 염려가 있다는 판단 아래 친족상도례 규정에 대해 헌법불합치 판결을 내린 바 있음.

이에 친족 간 재산범죄의 경우 형의 면제 대신 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있도록 함으로써 친족 간의 범죄로 피해를 입은 가족 구성원의 피해를 충분히 보호하고자 함(안 제328조 및 제365조).

6. 권칠승의원안

최근 헌법재판소는 직계혈족, 배우자, 동거친족, 동거가족 또는 그

배우자 간의 재산범죄(권리행사방해죄)에 형을 면제하도록 하는 ‘친족 상도례(親族相盜例)’에 대해 헌법불합치결정(헌법재판소 2024. 6. 27. 선고, 2020헌마468 결정)을 내렸음.

이에 직계혈족, 배우자, 동거친족, 동거가족 또는 그 배우자 간의 권리행사방해죄에 대해서는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있도록 하고 그 이외의 친족 간에 권리행사방해죄를 범한 때에는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없도록 하고자 함(안 제328조).

Ⅲ. 검토의견

1. 개요

가. 현행법의 내용

친족상도례(親族相盜例)를 한자 그대로 풀어쓰면 친족간 절도에 대한 특례 정도로 해석되고, 「형법」상 강도죄와 손괴죄를 제외한 재산 범죄에 대하여 친족간의 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 2항을 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

위 제328조를 현행법 제344조, 제354조, 제361조 및 제365조에서 각각 준용하여, 절도 등의 죄, 사기와 공갈의 죄, 횡령과 배임의 죄 및 장물취득 등의 죄에 친족상도례를 적용하도록 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 제328조제1항, 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 사이의 일정한 친족관계가 있기만 하면 넓은 범위의 친족에 대해, 재산범죄의 불법성의 경중을 묻지 않고, 피해자의 의사에 관계없이 ‘일률적으로 형면제’라는 법적 효과를 부여하여 형사피해자의 재판절차진술권⁹⁾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

(1) 근친과 원친의 법적효과를 달리 규정(박균택·한준호·권칠승 의원안)

박균택·한준호·권칠승의원안 모두 직계혈족, 배우자, 동거친족, 동거가족 또는 그 배우자(이하 ‘근친’)간의 범죄에 대하여는 친고죄로 규정하고 있으나, 근친 이외의 친족(이하 ‘원친’)간의 범죄에 대하여는 박균택·권칠승의원안의 경우 반의사불벌죄로 규정함에 반해, 한준호의원안은 친족상도례 자체를 두지 않고 있음. 따라서 한준호의원안에 따르면 원친의 경우 피해자의 의사나 고소 여부와 상관없이 형벌권의 행사가 가능하게 됨.

현 행	박균택의원안	한준호의원안	권칠승의원안
第328條(親族間의 犯行과 告訴) 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.	제328조(친족간의 犯行과 高訴 등) ① 직계혈족, 배우자, 동거친족, 동거가족 또는 그 배우자간에 제323조의 죄를 범한 때에는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.	제328조(친족간의 犯行에 대한 高訴) ① 직계혈족, 배우자, 동거친족, 동거가족 또는 그 배우자간에 제323조의 죄를 범한 때에는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.	第328條(親族間의 犯行과 告訴) ① ----- ----- -----配 偶者間에 第323條의 罪를 犯한 때에는 告訴가 있어야 公訴를 제기할 수 있다
②第1項以外の 親族間에 第323條의 罪를 犯한 때	② 제1항 이외의 친족간에 범해진 제323조의 죄는	<삭 제>	②----- ----- -----

에는 <u>告訴가 있어야</u> 公訴를 제기할 수 있다. ③前 2項의 身分關係가 없는 共犯에 對하여는 前 二項을 適用하지 아니한다. <신 설> 第365條(親族間의 犯行) ①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. ②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	피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다. ③ 제1항 또는 제2항의 신분관계가 없는 공범에 대하여는 같은 항을 적용하지 아니한다 제365조(친족간의 범행) ① 제362조부터 제364조까지의 죄를 범한 자와 피해자간에 제328조제1항 또는 제2항의 신분관계가 있는 때에는 같은 조의 규정을 준용한다. ② 제362조부터 제364조까지의 죄를 범한 자와 이조의 죄를 범한 자간에 제328조제1항의 신분관계가 있는 때에	被害者の 明示한 意思에 反하여-----없다 ③ 제1항의 신분관계가 없는 공범에 대하여는 제1항을 적용하지 아니한다. ④ 제1항의 경우에는 「형사소송법」 제224조를 적용하지 아니한다. 제365조(친족간의 범행) ① 제362조부터 제364조까지의 죄를 범한 자와 피해자간에 제328조제1항의 신분관계가 있는 때에는 같은 조의 규정을 준용한다. ② 제362조부터 제364조까지의----- ----- ----- ----- -----	③ (현행과 같음)
---	---	---	-------------------

分關係가 없는 共犯에 對하여는 例外로 한다.	는 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다. 다만, 신분 관계가 없는 공 범에 대하여는 예외로 한다.	-----, - ----- ----- ----- -.	
--------------------------------	---	---	--

(2) 근친과 원친의 법적 효과를 같게 규정(김선교·전용기·김현정의원안)

전용기의원안의 경우 현행 제328조제1항을 단순 삭제하고,¹⁰⁾ 김선교·김현정의원안의 경우 근친과 원친을 구분하지 않고 친족간에 범한 죄를 친고죄로 규정하고 있음.

현행	김선교의원안	전용기의원안	김현정의원안
第328條(親族間의 犯行과 告訴) ① 直系血族, 配偶 者, 동거친족, 동 거가족 또는 그 配偶者間의 第32 3條의 罪는 그 刑을 免除한다. ② 第1項 以外의 親族間에 第323 條의 罪를 犯한	제328조(친족 간의 범행에 대한 고 소) ① <삭 제> ② 친족 간에 제3 23조의 죄를 범 한 때에는 고소	第328條(親族間의 犯行과 告訴) <삭 제> ② · ③ (현행과 같음)	第328條(親族間의 犯行과 告訴) <삭 제> ② 親族間에----- ----- -----

10) 개정안은 현행 제328조제2항 및 제3항은 현행과 같이 유지하나, 현행 제2항은 ‘제1항 이외의 친족간’에 죄를 범한 때를 규정하고 있으므로, 제1항을 삭제하는 이상 현행 제2항 및 제3항 역시 실질적인 효력을 잃게 하려는 취지인 것으로 이해됨.

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 二項을 適用하지 아니한다. 第365條(親族間의 犯行) ①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. ②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.	가 있어야 公訴를 제기할 수 있다. ③ 제2항의 신분관계가 없는 공범에 대하여는 제2항을 적용하지 아니한다. 제365조(친족 간의 범행) ① 제362조부터 제364조까지의 죄를 범한 자와 피해자간에 제328조제2항의 신분관계가 있는 때에는 같은 조의 규정을 준용한다. ② <삭 제>	----- ----- -----. ③ (현행과 같음) 第365條(親族間의 犯行) ① ----- ----- -----第328條第2項의--- ----- ----- ----- -----. ② ----- ----- ---第328條第2項의----- ----- ----- ----- ---. ----- ----- -----.
--	---	---

2. 친족상도례의 의의, 적용대상 범죄 및 취지

친족상도례란 앞에서 살펴본 바와 같이, 강도죄와 손괴죄를 제외한 재산죄에 대하여 친족간의 범죄는 형을 면제하거나 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있도록 한 특례를 의미하고, 현행법 제328조에서 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 제332조까지의 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.¹¹⁾

친족상도례는 가정 내부의 문제는 국가형벌권이 간섭하지 않는 것이 바람직하다는 정책적 고려와 함께 가정의 평온이 형사처벌로 인해 깨지는 것을 막으려는 데에 규정 취지가 있음.¹²⁾

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

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

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.¹³⁾

3. 친족상도례의 연원 및 해외입법례¹⁴⁾

(로마법) 친족상도례 제도의 역사는 로마 시대로 거슬러 올라감. 로마법상 동일 가족 구성원 간에 절도가 행해진 경우 절도를 원인으로 한 소를 제기하는 것은 허용되지 않고, 가장이 범인에게 가내형(家內刑)을 과할 수 있었음. 이러한 “범은 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,¹⁵⁾

13) 주석형법 각칙6권(2006년), 한국사법행정학회, p693

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

15) 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.

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 살고 있는 경우¹⁶⁾로서, 친족 개념¹⁷⁾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 점에

[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.]

- 16) §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.]

- 17) §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

서 인적 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, 부동산침탈죄 또는 그 미수죄를 범한 경우 형을 면제하고, 그 외 친족이 범한 같은 범죄는 친고죄로 규정하여,¹⁸⁾ 친족의 범위에 따라 법적 효과를 달리 규정하고 있음.

(기타 국가) 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.

18) 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.
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.]

4. 친족상도례 규정에 대한 개정 추진 사례 및 논의사항

가. 국회의 개정 논의

제14대 국회에서 친족 간 범죄를 모두 친고죄로 하되 직계혈족·배우자·동거친족 간 범죄에 대하여는 형을 면제할 수 있도록 하는 정부의 형법개정안이 제출되었으나¹⁹⁾ 입법화되지 못하였고, 제19대 국회에서 피성년후견인에 대한 성년후견인의 재산범죄에 대해서 친족상도례를 적용하지 않는 개정안²⁰⁾이, 제20대 국회에서 피후견인에 대한 미성년후견인, 성년후견인, 한정후견인, 특정후견인 및 임의후견인의 재산범죄에 대해서 친족상도례를 적용하지 않는 개정안²¹⁾이, 제21대 국회에서는 친족상도례 규정을 전부 삭제하거나²²⁾ 사기와 공갈의 죄 및 횡령과 배임의 죄에 대하여 삭제하거나²³⁾ 피해자의 심신장애를 이용하여 행한 친족간 범죄에 대하여 적용을 배제²⁴⁾하는 개정안이 각각 발의된바 있으나 모두 임기만료로 폐기되었음.

나. 그 밖의 개정 논의

1953년 제정 「형법」에 도입된 친족상도례는 이후 핵가족화가 심

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

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

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

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

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

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

화되고 친족 간 유대관계가 약화되는 등 가족·친족의 생활관계 내지 사회현실의 변화를 제대로 반영하지 못하여 재구성이 필요하다는 주장이 제기되어 왔음. 특히 학계에서 이제는 호주 혹은 가장을 중심으로 한 가족·친족 내부의 문제해결 능력이 일반적인 것으로 인정되기 어렵고, 범죄로 침해된 법익이 비록 친족 간 개인적 법익이라 하더라도 국가가 이를 형벌권으로부터 자유롭게 두는 것은 바람직하지 않다는 점 등을 지적하며, 다음과 같이 친족상도례 규정에 대한 다양한 개정 견해들이 제시되었음.

(1) 친족상도례의 법적효과와 관련, 현행 필요적 형면제 규정을 임의적 형면제나 친고죄로 개정하여 피해자의 의사를 반영할 수 있도록 하자는 견해,²⁵⁾ 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 견해²⁶⁾ 등이 있음.

(2) 인적 적용범위와 관련, 현행 「형법」은 필요적 형면제 대상을 ‘직계혈족, 배우자, 동거친족, 동거가족 또는 그 배우자’로 규정하여,

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

26) 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

‘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 형면제의 효과를 부여하지 않고 있는 등의 문제가 있으므로, 친족의 범위를 가족공동체의 핵심을 이루는 최소단위로 제한하여야 한다는 견해,²⁷⁾ 친족상도례 적용대상 친족을 근친과 원친으로 나누지 말고 일원화하자는 견해,²⁸⁾ 가까운 친족의 범위를 “직계혈족과 형제자매·배우자 및 배우자의 부모”로 하고 먼 친족의 범위를 “배우자가 사실상 이혼 상태이거나 이혼심판 제기중인 때와 그 이외의 친족”으로 개정하여야 한다는 견해²⁹⁾ 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.³⁰⁾

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

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

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

30) 주석형법 각칙5권(2017년), 한국사법행정학회, p316

<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 판결³¹⁾에 따른 입법적 대응이 필요하다는 견해³²⁾ 등이 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 있는바, 이러한 시대 상황에 대한 고려가 필요한 점을 감안할

31) [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.

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

때, 개정안들은 일정한 친족관계에 해당하기만 하면 “필요적 형면제”의 법적효과를 부여하는 친족상도례 규정을 개정하여 헌법재판소 결정의 취지에 맞게 위헌성을 제거하려는 것으로 그 입법 취지가 인정됨.

근본적으로, 친족상도례 규정의 전부 또는 일부 삭제, 근친과 원친에 대한 법적효과의 일원화 여부, 친고죄 또는 반의사불벌죄로의 전환은 친족상도례 제도 도입의 취지, 해외입법례, 사회변화에 따른 가족 및 친족관계에 대한 인식의 변화 등과 더불어 그간의 다양한 개정 논의, 개정에 따른 문제점 등을 종합적으로 고려하여 논의할 사항에 해당한다고 사료됨.

다만, 각각의 개정안은 다음 사항을 고려할 필요가 있을 것으로 보임.

(1) 먼저, 근친과 원친의 법적 효과를 달리 하는 경우(박균택·한준호·권칠승의원안)와 관련하여, 현행의 친족상도례 규정이 근친과 원친을 구분하여 그 법적 효과를 달리하고 있던 점을 감안할 때, 법적 효과를 동일하게 개정하는 경우에 비해 법적 안정성 등에 기여하는 측면이 있을 것으로 생각됨.

그러나 이에 대하여는 현행 근친과 원친을 구분하는 친족의 범위가 불명확하며,³³⁾ 문언상으로는 친족관계에 대한 판단을 범인으로 할 것

33) 모성준, 형법상 친족상도례 규정의 문제점과 바람직한 개정방향, 법학논총(제21권 제2호), 2014. p.501

인지 피해자로 할 것인지 명확하지 않고, 변화된 현대사회에서는 과거와 달리 근친과 원친을 구분하여 처벌할 필요성이 없다는 지적³⁴⁾도 지속되어 온 것이 사실임.

또한, 위와 같은 문제들의 해결을 위해 친족의 범위 또는 근친과 원친을 나누는 기준을 재확립 필요가 있다는 의견³⁵⁾도 제시되므로 이러한 점을 고려할 필요가 있겠음.

(2) 다음으로, 친족상도례의 법적효과를 형면제 판결에서 친고죄로 개정하는 경우, 「형사소송법」과의 관계를 고려할 필요가 있을 것으로 보임. 즉, 현행 「형사소송법」 제224조³⁶⁾는 자기 또는 배우자의 직계존속에 대해서는 아예 고소하지 못하도록 규정하는바, 개정안이 친족상도례의 법적 효과를 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있는 친고죄로 규정하더라도 법률상 고소 및 공소제기가 불가능하여 개정안의 취지가 달성될 수 없게 됨.

따라서 이러한 점을 해결하기 위하여는 예외조항을 둘 필요가 있을 것으로 보이는데, **한준호의원안**의 경우, 가까운 친족간의 범죄를 현행 형면제에서 친고죄로 개정하면서, 「형사소송법」 제224조를 적용하지 아니한다는 명문의 규정을 두고 있음.

34) 김대성, 친족상도례 규정의 개정방향 - 친족구분의 문제와 법적 효과를 중심으로-, 외법논집 제40권 제4호, 2016. 11., p.226, 233

35) 모성준, 형법상 친족상도례 규정의 문제점과 바람직한 개정방향, 법학논총(제21권 제2호), 2014, p526~528; 장진호, 현대사회와 친족상도례의 모순과 개선방안, 법조 제463호(1995. 4.) 법조협회, 201-202 등

36) 「형사소송법」 제224조(고소의 제한) 자기 또는 배우자의 직계존속에 고소하지 못한다.

또한, 현행 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」도 성폭력범죄에 대하여는 「형사소송법」 제224조 및 「군사법원법」 제266조³⁷⁾에도 불구하고 자기 또는 배우자의 직계존속을 고소할 수 있도록 예외 규정을 두고 있는 점³⁸⁾을 참고할 필요가 있음.

(3) 끝으로, 현행 친족상도례 관련 규정을 완전히 삭제하고 있는 **전 용기의원안**에 따르면, 기존 친족간의 재산범죄에 대하여 개입하지 않거나 개입을 최소화하였던 국가 형벌권 행사의 범위가 상당히 확대되는 결과가 됨. 그러나, 최근 헌법재판소 결정례에 따르면, 친족상도례 규정의 위헌성은 규정 자체에 있기보다는 일정한 친족관계에 따라 형면제의 법적 효과를 일률적·필요적으로 발생시키는 데에 존재한다는 점, 친족관계의 특수성을 감안하여 친족간 발생한 범죄에 대해 국가권력의 개입보다는 피해친족과 가해친족 쌍방이 자율적으로 해결을 도모하도록 한 친족상도례 제도의 연혁과 취지 등을 감안하여 논의할 필요가 있을 것으로 사료됨.

문 의

02-6788-5053

37) 「군사법원법」 제266조(고소의 제한) 자기 자신이나 배우자의 직계존속을 고소하지 못한다.

38) 「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.