

## 친족상도례가 적용되는 배우자의 범위

박 동 루\*

### 〈국문초록〉

우리 형법은 배우자 사이의 재산범죄에 대해서 형을 면제하도록 규정하고 있다. 한편 우리 민법은 혼인신고나 이혼신고를 하여야만 혼인이나 이혼이 성립하는 것으로 규정하고 있다. 따라서 혼인신고라는 형식과 부부공동생활 관계라는 실체가 일치하지 않는 혼인관계가 발생한다. 본 논문은 이러한 혼인관계 즉 사실혼관계, 가장혼인과 가장이혼, 사실상의 이혼 등에 있어서 그 당사자를 배우자로 보아 친족상도례를 적용하여야 하는지 여부에 대해 검토한 것이다.

첫째, 사실혼 배우자는 친족상도례가 적용되는 배우자에 해당하지 아니한다. 왜냐하면 우리 민법상 혼인이 성립하려면 혼인신고를 하여야 하는데, 이러한 혼인신고가 없기 때문이다.

둘째, 가장혼인의 당사자는 친족상도례가 적용되는 배우자에 해당하지 아니한다. 왜냐하면 가장혼인은 합의에 의한 것이든 위계에 의한 것이든 당사자 사이에 혼인의 합의가 없으므로 무효이기 때문이다.

셋째, 가장이혼한 당사자는 친족상도례가 적용되는 배우자에 해당하지 아니한다. 왜냐하면 가장이혼은 이혼으로서 유효하므로, 혼인이 적법하게 해소되어 배우자 관계가 해소되었기 때문이다.

넷째, 사실상 이혼한 배우자는 친족상도례가 적용되는 배우자에 해당하지 아니한다. 왜냐하면 사실상 이혼한 경우, 이혼신고를 하지 아니하여 공부상 부부로 등재되어 있지만 부부공동생활이라는 실체가 없고, 따라서 형사처벌로 인해 가정의 평온이 깨지는 것을 막으려는 친족상도례의 입법취지에 비추어 인정할 수 없기 때문이다.

다섯째, 동거친족의 배우자가 범인의 친족에 해당하지 않는 경우에는 친족상도례가 적용될 수 없다. 반면에 동거친족의 배우자가 친족에 해당하는 경우에는 범인이 동거친족의 배우자와 동거하지 않더라도 친족상도례가 적용된다.

주제어 : 친족상도례, 친족상도례의 배우자, 사실혼 배우자, 사실상 이혼한 배우자, 동거 친족의 배우자

• 투고일 : 2018.9.28. / 심사일 : 2018.10.22. / 게재확정일 : 2018.10.22.

## I. 머리말

친족상도례는 친족관계라는 신분상의 특수사정을 고려하여 친족 사이에 범해진 특정한 재산범죄에 대해 범인에게 유리하게 취급하는 특례규정을 말한다. 친족사이에 범해진 범죄에 대해서 친족관계라는 특수성을 고려하여 특별취급하는 예는 로마법 이래로 여러 나라에서 거의 공통적으로 인정되고 있고,<sup>1)</sup> 독일 형법 제247조와 일본 형법 제244조도 친족상도례를 규정하고 있다.

우리 형법 제328조는 “① 직계혈족, 배우자, 동거친족, 동거가족 또는 그 배우자간의 제323조의 죄는 그 형을 면제한다. ② 제1항 이외의 친족간에 제323조의 죄를 범한 때에는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.”라며 친족상도례를 규정하고 있다.

‘친족상도례 적용대상 범죄’(이하 단순히 ‘범죄’라고 한다)의 타당성, 피해자의 의사와 무관하게 형을 면제하는 것이 타당한지 여부, 친족상도례가 적용되는 친족 범위의 불합리성 등을 지적하면서 형법의 개정을 촉구하는 논문은<sup>2)</sup> 많다. 그러나 혼인신고라는 형식과 부부공동생활 관계라는 실체가 일치하지 않는 혼인관계 즉 사실혼관계, 가장혼인과 가장이혼, 사실상의 이혼 등에 있어서 그 당사자를 배우자로 보아 친족상도례를 적용하여야 하는지 여부에 대한 논의를 거의 찾아 볼 수 없다. 친족 사이의 재산범죄는 주로 가까운 친족 사이에서 발생하며 가장 가까운 사이는 배우자임에도, ‘친족상도례가 적용되는 배우자’(이하 ‘친족상도례의 배우자’라 한다)의 범위에 관한 논의는 거의 없는 것은, 친족상도례의 배우자 범위는 가족법상의 배우자와 일치하기 때문에 가족법의 해석에 따르면 된다는 안이한 생각에서 비롯된 것일 수도 있다.

그런데 친족상도례의 배우자가 가족법상의 배우자와 반드시 일치하여야 할 필요가 있는지 의문이고, 입법론이 아니라 해석론으로서 친족상도례의 배우자 범위를 제한할 수 있는지 여부를 검토하여 볼 필요가 있다고 생각된다. 친족상

1) 정성근, 친족상도례, 고시계 제29권 제11호, 1984, 45면.

2) 이천현, 친족관계에 따른 형법상의 효과- 문제점과 개선방안을 중심으로, 형사정책연구 제12권 제2호2001; 황태정, 형법상 친족간 특례규정과 피해자의 의사, 피해자학연구 제16권 제1호, 2008; 장진호, 현대사회와 친족상도례의 모순점과 개선방향, 법조 통권 제463호, 1995; 조광훈, 친족상도례의 제한적 적용에 관한 검토, 성신법학 제11호, 2011; 모성준, 형법상 친족상도례 규정의 문제점과 바람직한 개정방향, 법학논총 제21집 제2호, 조선대학교 법학연구소, 2014; 박광현, 형법상 친족상도례의 개선방안에 관한 연구, 홍익법학 제14권 제3호, 2013; 김태수, 재물손괴에 있어 친족상도례 적용배제의 불합리성과 그 대안, 형사법연구 제24권 제2호, 2012; 김경락, 친족상도례의 적용대상에 관한 문제점 및 입법론, 형사법연구 제24권 제2호, 2012.

도례의 배우자 범위를 확정하기 위해서는 먼저 친족상도례의 입법취지와 법적 성격을 검토하여야 할 필요가 있으므로 이에 대하여 살펴보고(Ⅱ), 이어서 친족상도례의 적용 여부가 문제되는 사실혼 배우자(Ⅲ), 가장혼인과 가장이혼의 배우자(Ⅳ), 사실상 이혼한 배우자(Ⅴ), 직계혈족과 동거친족의 배우자(Ⅵ)에 대하여 구체적으로 검토하여 본다.

논의를 전개함에 있어 먼저 관련된 민사법의 학설과 판례를 살펴 본 뒤, 친족상도례의 배우자에게도 그대로 적용될 수 있는지 여부를 살펴보고, 쟁점을 명백히 하기 위하여 사례를 제시하고 그 사례에서 친족상도례를 적용하는 것이 과연 합당한지 여부를 검토하여 본다.

## Ⅱ. 친족상도례의 입법취지와 법적 성격

친족상도례는 친족 사이의 정의를 고려하여 친족 내부의 범죄에 대하여 국가가 적극적으로 개입하기보다는 친족 사이의 처분에 맡기는 것이 친족 사이의 질서유지를 위하여 보다 타당하다는 전제에서 규정된 것이다.<sup>3)</sup>

헌법재판소도 “친족상도례 조항은 형법 제328조 제1항의 가까운 친족 간의 절도죄에 대하여는 피해자의 고소 여부와 상관없이, 피해자가 고소를 하더라도 형을 면제하여 처벌하지 않겠다는 것으로 가정 내부의 문제는 국가형벌권이 간섭하지 않는 것이 바람직하다는 정책적 고려와 함께 가정의 평온이 형사처벌로 인해 깨지는 것을 막으려는 데에 그 입법취지가 있다.”라고<sup>4)</sup> 판시하고 있다.

그리고 형면제의 경우, 법적 성격이 인적처벌조각사유라고 하는 데에 견해가 일치되어 있다.<sup>5)</sup>

3) 이천현, 위 논문, 184면; 황태정, 위 논문, 112면; 정성근, 위 논문, 46면.

4) 헌법재판소 2012.3.29. 선고 2010헌바89 전원재판부 결정.

5) 이재상/장영민/강동민, 형법각론 제10판, 박영사, 2016, 294면; 배종대, 형법각론 제6개정판, 홍문사, 2006, 396면; 임웅, 형법각론 제7정판, 법문사, 2016, 344면; 박상기, 형법각론 제7판, 박영사, 2008, 279면; 정영일, 형법각론 제3판, 박영사, 2011, 280면; 권오걸, 스마트 형법각론, 형설출판사, 2011, 366면; 오영근, 형법각론 제4판, 박영사, 2017, 261면; 이천현, 위 논문 186면.

### Ⅲ. 사실혼 배우자와 친족상도례

#### 1. 사실혼 배우자에 대한 민사법적 보호

사실혼이란 당사자 사이에 혼인의 의사가 있고 객관적으로 사회관념상 가족 질서적인 면에서 부부공동생활을 인정할 만한 혼인생활의 실체가 있는 경우를 말한다.<sup>6)</sup> 법률이 정한 혼인의 실질관계는 모두 갖추었으나 법률이 정한 방식 즉 혼인신고가 없기 때문에 법률상 혼인으로 인정되지 않는 경우를 말하므로,<sup>7)</sup> 단순한 동거 또는 간헐적인 정교관계를 맺고 있다는 사정만으로는 사실혼에 해당한다고 할 수 없다.<sup>8)</sup> 최근에는 자식들과 사실혼 배우자 사이의 재산관계가 복잡해 질 것을 우려하여 처음부터 혼인신고를 고려하지 않는 늦은 나이의 소위 황혼재혼인 경우에는 사실혼관계를 선호하고 있다고 한다.<sup>9)</sup>

우리 민법에는 사실혼에 대하여 아무런 규정이 없고, 일부 보험이나 연금 관계법령 등에서 사실혼 배우자를 일정한 범위 안에서 법률혼에 준하여 보호할 뿐이다.<sup>10)</sup> 따라서 사실혼이나 사실혼 배우자의 보호에 대해서는 학설과 판례에 의하여 해결될 수밖에 없다.

대법원은 사실혼 배우자에게도 민법 제826조 제1항 소정의 동거하며 서로 부양하고 협조하여야 할 의무를 인정하고,<sup>11)</sup> 사실혼 배우자가 정당한 이유 없이 사실혼관계를 파기한 경우에는 사실혼관계 부당파기로 인한 손해배상책임을 인정하고 있으며,<sup>12)</sup> 생전에 사실혼관계를 해소한 경우 그 배우자에 대한 재산분할청구권을 인정하고 있다.<sup>13)</sup> 반면에 상속관계는 제3자의 권리에 미치

6) 대법원 2006.3.24. 선고 2005두15595 판결, 대법원 2001.4.13. 선고 2000다52943 판결.

7) 대법원 2000.2.8. 선고 99도5395 판결, 대법원 2002.2.22. 선고 2001도5075 판결.

8) 대법원 2008.2.14. 선고 2007도3952 판결.

9) 박경재, 자발적 사실혼의 법리 : 황혼동거를 중심으로, 아주법학 제7권 제3호, 2013, 172면

10) 공무원연금법 제3조 제1항 제3호 가목, 국민연금법 제3조 제2항, 군인연금법 제3조 제1항 제4호 가 목, 사립학교교직원연금법 제2조 제1항 제2호 가목, 고용보험법 제57조 제1항, 산업재해보상보험법 제5조 제3호, 범죄피해자 보호법 제3조 제1항 제1호, 독립유공자에 유에 관한 법률 제5조 제2항, 국가 유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률 제5조 제2항, 주택임대차보호법 제9조 제1항, 제3항 등 각종 사회 보장법률은 각종 급여의 수급권자인 배우자에 '사실상의 혼인 관계에 있는 자'를 포함시키고 있다.

11) 대법원 1998.8.21. 선고 97므544, 551 판결, 대법원 2008.2.14. 선고 2007도3952 판결.

12) 대법원 1998.8.21. 선고 97므544, 551 판결, 대법원 2009.2.9. 자 2008스105 결정.

13) 대법원 1995.3.28. 선고 94므1584 판결, 대법원 2016.8.30. 선고 2016두36864 판결.

재산분할청구는 부부재산의 청산의 의미를 갖는 것으로 부부의 생활공동체라는 실질에 비추어 인정되는 것이므로, 사실혼관계에도 준용 또는 유추적용할 수 있기 때문이라고 한다.

는 영향이 크기 때문에 가족관계등록부의 공시에 따라 획일적으로 결정되어야 하므로<sup>14)</sup> 사실혼 배우자의 상속권을 부정하는 견해가<sup>15)</sup> 통설이고, 대법원도 사실혼 배우자의 상속권을 부정하고 있다.<sup>16)</sup>

## 2. 사실혼 배우자와 친족상도례

### 1) 학설

가정 내에 형벌권이 개입하는 것을 자제하려고 하는 친족상도례의 입법취지에 비추어 친족상도례의 배우자에 사실혼 배우자도 포함된다고 보는 긍정설과<sup>17)</sup> 친족상도례의 배우자는 법률혼관계에 있는 배우자를 말하므로 사실혼 배우자는 친족상도례의 배우자에 해당될 수 없다는 부정설이<sup>18)</sup> 대립하고 있다.

### 2) 대법원 판결

대법원은 “친족상도례에서의 배우자란 혼인에 의하여 결합한 남녀의 일방을 말하며 사실혼 관계에 있는 자는 포함되지 않는다.”라고 판시하여,<sup>19)</sup> 사실혼 배우자는 친족상도례 규정의 배우자에 해당하지 않는다고 한다.

또한 대법원은 “사실혼관계에 있는 자는 민법 소정의 친족이라 할 수 없어 형법 제151조 제2항 및 제155조 제4항의 범인은닉, 증거인멸 등과 친족 간의 특례규정의 친족에 해당하지 않는다.”라고 판시하고 있고,<sup>20)</sup> “남녀가 사실상

14) 박인환, 사실혼 보호법리의 변천과 과제 : 사실혼의 발생유형과 보호의 개별화, 가족법연구 제23권 제1호, 2009, 175면.

15) 김주수/김상용, 친족·상속법 제13판, 법문사, 2016, 267면; 박동섭, 친족상속법 제3정판, 박영사, 2009, 531면; 이은정, 법정상속인에 대한 재검토, 가족법연구 제18권 제2호, 2004, 한국가족법학회, 242면; 김은아, 상속인으로서 배우자의 범위에 대한 검토, 법학연구 제32집, 한국법학회, 2008, 212 면; 박인환, 위 논문 179면; 손승운, 사실혼관계 해소와 관련한 문제점, 재판자료; 가정법원사건의 제문제 제101집, 법원도서관, 2003, 340면; 이진기, 사실혼제도에 대한 비판적 접근 - 사실혼 개념의 발전적 극복을 위한 제언-, 가족법연구 제24권 제3호, 2010, 316면.

16) 대법원 2006.3.24. 선고 2005두15595 판결, 대법원 2009.2.9. 자 2008스105 결정. 법률혼에 대한 민법의 규정 중 혼인신고를 전제로 하는 규정은 유추적용할 수 없다. (대법원 1995.3.28. 선고 94므1584 판결)

17) 오영근, 위 책, 261면; 임웅, 위 책, 344면; 김일수/서보학, 형법각론 제7판, 박영사, 2007, 267면; 정성근/박광민, 형법각론 제4판, 삼영사, 2011, 278면.

18) 권오걸, 위 책, 430면; 김성돈, 형법각론 제2판, 성균관대학교 출판부, 2009, 285면; 배종대, 위 책, 396면; 정영일, 위 책, 280면; 이재상/장영민/강동민, 위 책, 295면; 이천현, 위 논문 190면; 모성 준, 위 논문, 511면; 정성근, 위 논문, 50면.

19) 대법원 2001.6.29. 선고 2001도2514 판결.

20) 대법원 2003.12.12. 선고 2003도4533 판결.

동거한 관계가 있고 그 사이에 영아가 분만되었다 하여도 그 남자와 영아와의 사이에 법률상 직계존속·비속의 관계가 있다 할 수 없다.”라고 판시하여<sup>21)</sup> 친족을 법률상의 개념으로<sup>22)</sup> 파악하고 있다. 나아가 형사소송법 제17조 제2호의 제척사유인 친족과 관련하여 “사실혼관계에 있는 사람은 민법에서 정한 친족이라고 할 수 없어 위 조문에서 말하는 친족에 해당하지 않는다.”라고 판시하고 있다.<sup>23)</sup>

요컨대, 대법원은 형사법에서의 친족을 법률상의 개념으로 파악하여 형사법의 적용에 있어서는 사실혼 배우자를 배우자의 범주에서 배제하고 있다.

### 3) 사건

친족 내부의 범죄에 국가의 적극적인 간섭을 억제하여 형사처벌로 인해 가정의 평온이 깨지는 것을 막으려는 친족상도례의 입법취지와 민사법적으로도 사실혼 배우자에게 일정한 의무를 부여함과 아울러 재산분할청구권과 같은 권리를 인정하고 있는 등 사실혼과 사실혼 배우자를 보호하고 있는 점에 비추어 보면, 사실혼 배우자도 친족상도례의 배우자에 해당한다고 해석할 필요성이 있어 보인다.

그러나 대법원이 인정하는 사실혼 배우자의 권리는 손해배상과 재산분할 등 재산법 분야의 것이다. 또한 고용보험법 등 각종 사회보장법에서 사실혼 배우자를 일정한 범위 안에서 법률혼에 준하여 보호하고 있는 것은 사실혼관계의 부부 중 일방이 사망한 경우 잔존 배우자의 경제적 안정을 도모하기 위한 것에 불과할 뿐이고, 혼인의 효과 가운데 신고를 전제로 하는 것은 인정되지 아니한다.<sup>24)</sup>

반면 재산상속이라는 것은 일정 범위에 있는 자들 사이에서 발생하는 것으로 재산상속인의 범위가 명백히 드러나야 거래안전의 보호가 가능할 것이므로,<sup>25)</sup> 상속과 같이 혼인신고를 전제로 하는 확실성이 요청되는<sup>26)</sup> 신분법 분야의 권리까지 사실상 배우자에게 인정되는 것은 아니다. 즉 사실혼 배우자에게 상속권을 인정하지 아니하는 것은 상속인에 해당하는지 여부를 객관적인 기준에 의하여 파악할 수 있도록 함으로써 상속을 둘러싼 분쟁을 방지하고, 상

21) 대법원 1970.3.10. 선고 69도2285 판결.

22) 대법원 1981.10.13. 선고 81도2466 판결.

23) 대법원 2011.4.14. 선고 2010도13583 판결.

24) 헌법재판소 2010.12.28. 선고 2009헌바400 전원재판부 결정.

25) 김은아, 위 논문, 212면; 박동섭, 위 책, 532면.

26) 김주수/김상용, 위 책, 278면 각주 361번.

속으로 인한 법률관계를 조속히 확정시키며, 거래의 안전을 도모하기 위한 것이다.<sup>27)</sup>

생각건대, 친족상도례는 친족 사이의 재산범죄에 관련된 것이지만 재산법 분야와는 아무런 관련이 없으므로 거래의 안정을 해치거나 제3자의 권리를 침해하지는 않는다. 사법인 민사법과 공법인 형사법은 추구하는 목적이 서로 다르므로 민사법에서 사실혼 배우자의 권리가 인정된다는 이유만으로 친족상도례의 배우자에 사실혼 배우자가 당연히 포함된다고 보아야 할 논리필연적인 이유는 없다. 또한 공법관계에서는 확실성이 요청되므로 사실혼을 법률혼과 동일하게 취급할 수 없고,<sup>28)</sup> 친족상도례의 입법취지만으로 우리 민법이 법률혼주의를 채택하고 있는 점을 도외시할 수도 없다. 그리고 사실혼 배우자를 친족상도례의 배우자에 포함된다고 해석하면, 범인이 피해자와 사실혼관계에 있다고 주장할 경우 사실혼관계에 있는지 여부가 수사나 재판의 쟁점이 되고, 이렇게 되면 형사소송이 가사소송으로 변질될 우려가 있다.

특히 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제5조는 친족관계에 의한 강간 등의 범죄를 가중처벌하면서 제5항에서 “이 조문에서의 친족은 사실상의 관계에 의한 친족을 포함한다.”고 규정하고 있고, 대법원도 “이른바 사실혼으로 인하여 형성되는 인척도 사실상의 관계에 의한 친족에 해당한다.”고 판시하고 있는데,<sup>29)</sup> 형사법에서의 배우자는 법률혼관계에 있는 경우에만 적용된다는 전제하에서 규정된 것이라 할 것이다. 왜냐하면 사실혼 배우자도 당연히 친족관계에 있다면 위와 같은 규정을 둘 이유가 없기 때문이다.

위와 같은 여러 사정에 비추어 보면, 친족상도례의 배우자에 해당하려면 법률혼주의를 취하고 있는 우리 법제상 적어도 혼인신고가 되어 있어야 하는데, 사실혼 배우자는 혼인신고가 없으므로 친족상도례의 배우자에 해당된다고 볼 수 없고, 친족상도례의 입법취지에 따른 필요성만으로 사실혼 배우자가 친족상도례의 배우자에 포함된다고 해석할 수도 없다.

27) 헌법재판소 2014.8.28. 선고 2013헌바119 전원재판부 결정.

28) 헌법재판소 2010.12.28. 선고 2009헌바400 전원재판부 결정.

29) 대법원 2000.2.8. 선고 99도5395 판결, 대법원 2002.2.22. 선고 2001도5075 판결.

#### IV. 가장혼인, 가장이혼과 친족상도례의 배우자

##### 1. 가장혼인과 배우자

###### 1) 합의에 의한 가장혼인

합의에 의한 가장혼인이란 진정으로 부부가 되고자 혼인하기보다는 혼인이라는 제도를 악용하여 특정한 목적을 달성하고자 형식상 혼인신고를 하는 것을 말하는데, 오늘날 외국인과의 혼인이 증가하면서 가장혼인은 외국인이 자신이 원하는 국가에 입국하려는 수단 내지는 합법적인 체류 수단으로 이용되곤 한다.<sup>30)</sup> 단지 중국 국적의 조선족 여자의 국내 취업을 위한 입국을 가능하게 할 목적으로 형식상 혼인 신고를 한 경우가 가장혼인에 해당하는데, 당국의 의심을 피하기 위하여<sup>31)</sup> 일시 동거하던 중 일방이 상대방의 금품을 절취한 경우, 배우자 사이의 범행으로서 친족상도례가 적용되는지 여부가 문제된다.

민법 제815조 제1호의 혼인 무효사유인 ‘당사자 사이에 혼인의 합의가 없는 때’라 함은 당사자 사이에 사회관념상 부부라고 인정되는 정신적·육체적 결합을 할 의사를 가지고 있지 않은 경우를 가리키므로, 비록 당사자 사이에 혼인의 신고가 있었다라도 그것이 단지 다른 목적을 달성하기 위한 방편에 불과한 것으로서 그들 사이에 참다운 부부관계의 설정을 바라는 효과의사가 없을 때에는 그 혼인은 무효이다.<sup>32)</sup>

따라서 가장혼인은 참다운 부부관계의 설정을 바라는 효과의사가 없어 무효이므로, 당사자 사이에 배우자 관계가 성립할 수 없기 때문에 친족상도례가 적용될 수 없다.

###### 2) 위계에 의한 가장혼인

위계에 의한 가장혼인은 당사자 모두에게 혼인의 의사가 없는 합의에 의한 가장혼인과는 달리 당사자 일방에게만 참다운 부부관계의 설정을 바라는 효과의사가 있고 상대방에게는 그러한 의사 없이 다른 목적을 위해 혼인하는 것이다.<sup>33)</sup> 대한민국 국적의 남자가 필리핀 국적의 여자와 필리핀에서 혼인하고 한

30) 조은희, 가장혼인의 법률문제에 대한 고찰, 한양법학 제34집, 2011, 374면.

31) 가장혼인신고는 공정증서원본불실기재죄에 해당한다.(대법원 1996.11.22. 선고 96도2049 판결)

32) 김주수/김상용, 위 책, 87면; 대법원 2015.12.10. 선고 2014도11533 판결, 대법원 1996.11.22. 선고 96도2049 판결.

33) 조은희, 위 논문, 376면.

국에서 그 혼인신고를 마쳤는데, 여자는 남자와의 사이에 참다운 부부관계를 설정하려는 의사 없이 단지 한국에 입국하여 취업하기 위한 방편으로 혼인신고를 한 경우나<sup>34)</sup> 상대방으로부터 금품을 편취하기 위한 수단으로 혼인신고를 한 경우가 위계에 의한 가장이혼에 해당한다. 위와 같은 위계에 의한 가장이혼의 일방이 상대방의 금품을 절취하거나 편취한 경우, 배우자 사이의 범행으로서 친족상도례가 적용되는지 여부가 문제된다.

당사자 일방에게만 참다운 부부관계의 설정을 바라는 효과의사가 있고 상대방에게는 그러한 의사가 결여되었다면 그 혼인은 당사자 간에 혼인의 합의가 없는 것이어서 무효이므로<sup>35)</sup> 위계에 의한 가장이혼의 경우에도 친족상도례를 적용할 수 없다.<sup>36)</sup> 대법원도 친족상도례의 적용을 부정하였다.<sup>37)</sup> 이 경우 혼인의 의사가 있었던 사람이 상대방의 금품을 절취하였다고 하더라도 역시 친족상도례가 적용될 수 없다.

## 2. 가장이혼과 배우자

가장이혼은 부부가 혼인의 실체를 해소할 의사 없이 단지 어떤 다른 목적을 달성하기 위해서 협의이혼신고를 하는 것을 말한다. 사업실패로 파산지경에 이르자 강제집행을 면탈할 목적으로 협의이혼신고를 하고 상대방에게 재산분할로서 부동산에 대한 소유권이전등기를 하여 준 후 진실하게 이혼한 양 별거하는 체 하면서 서로 왕래하거나 동거하는 경우가 전형적인 가장이혼에 해당하는데, 이러한 부부의 일방이 상대방의 재물을 절취한 경우, 배우자 사이의 범행으로서 친족상도례가 적용되는지 여부가 문제된다.

대법원은 협의상 이혼이 가장이혼으로서 무효로 인정되려면 누구나 납득할 만한 특별한 사정이 인정되어야 하고, 그렇지 않으면 이혼당사자 간에 일시적으로나마 법률상 적법한 이혼을 할 의사가 있었다고 보는 것이 이혼신고의 법률상 및 사실상의 중대성에 비추어 상당하므로,<sup>38)</sup><sup>39)</sup> 일시적으로나마 그 법률

34) 대법원 2010.6.10. 선고 2010므574 판결의 사안으로서 실제로 한 달 동안 동거하였다.

35) 대법원 2010.6.10. 선고 2010므574 판결.

36) 대법원 2015.12.10. 선고 2014도11533 판결.

37) 대법원 2015.12.10. 선고 2014도11533 판결.

피고인이 금원을 편취하기 위한 수단으로 피해자와 혼인신고를 한 사안으로서, 원심(부산지방법원 2014.8.22. 선고 2014노913)은 피해자가 범행 당시 피고인의 배우자였던 사실이 인정된다는 이유로, 친족상도례를 적용하여 형을 면제하는 판결을 선고하였다.

38) 대법원 1997.1.24. 선고 95도448 판결.

39) 대법원은 채무면탈 등 다른 목적이 있었다고 하더라도 그러한 사정만으로 양자 간에 이혼

상의 부부관계를 해소하려는 당사자 간의 합의하에 협의이혼신고가 된 이상, 그 협의이혼에 다른 목적이 있다 하더라도 양자 간에 이혼의 의사가 없었다고는 말할 수 없고 따라서 그 협의이혼은 무효로 되지 아니한다고 한다.<sup>40)41)42)</sup>

만약 가장이혼을 무효라고 한다면, 가장이혼을 한 상태에서 당사자 일방이 다른 이성과 유효한 혼인신고를 한 경우 민법이 금지하는 중혼에 해당하고(민법 제810조), 중혼으로 인한 취소청구권에는 근친혼 등의 취소청구권의 소멸과 같은 규정이 없어(민법 제820조) 언제든지 혼인취소를 청구할 수 있으므로, 협의이혼신고를 받고 혼인한 상대방 당사자(제3의 이성)에게 가혹한 결과를 초래하게 된다.<sup>43)</sup> 이러한 점에 비추어 보더라도 가장이혼은 유효하다는 판례의 입장이 타당하다.

따라서 부부가 가장이혼을 하였으나 실질적으로 기존의 혼인생활을 계속하고 있다고 하더라도, 이혼으로서 유효한 이상 법률상 배우자가 아니므로 친족상도례가 적용될 여지가 없다.<sup>44)</sup> 나아가 가장이혼하고도 실제로는 동거하면서 사실혼관계를 유지하고 있다고 하더라도 사실혼관계의 배우자는 친족상도례의 배우자라고 할 수 없으므로 역시 친족상도례가 적용될 수 없다.

## V. 사실상 이혼한 배우자와 친족상도례

### 1. 민사법에서 사실상 이혼의 효력

의 의사가 없 었다고 단정하기는 어렵고(대법원 2016.12.29. 선고 2016다249816 판결), 양도 소득세를 회피할 목적으로 이혼하였다거나 이혼 후에도 사실상 혼인관계를 유지하였다는 사정만으로 그 이혼을 무효로 볼 수 없 다고 한다(대법원 2017.9.7. 선고 2016두35083 판결).

40) 대법원 1993.6.11. 선고 93므171 판결, 대법원 1981.7.28. 선고 80므77 판결, 대법원 1976.9.14. 선고 76도107 판결, 대법원 2016.12.29. 선고 2016다249816 판결.

41) 가장이혼과 가장결혼의 효력에 대한 대법원의 판결은 서로 상반되는 듯하지만, 협의상 이혼신고는 가정법원의 확인이라는 실질적 심사를 받은 후에 수리되는 제도의 특수성에 비추어 혼인신고와는 그 성질을 달리하는 것이므로 상반되지 않는다고 한다. (박기동, 가장 혼인신고가 공정증서원본부실기재 죄에 해당하는지 여부, 대법원판례해설 제27호, 1997, 115면).

42) 가장이혼은 유효하므로 이혼신고를 하더라도 공정증서원본부실기재죄에 해당하지 아니한다. (대법원 1985.9.10. 선고 85도1481 판결, 대법원 1997.1.24. 선고 95도448 판결)

43) 김민규, 이혼실태와 가장이혼의 법리, 아세아여성법학 제4호, 아세아여성법학연구소, 2001, 98면.

44) 조광훈 가장이혼 부부의 법률행위에 관한 논고, 사법행정 제47권 제5호, 한국사법행정학회, 2006, 26면.

사실상 이혼이라 함은 형식적으로는 법률혼 상태가 유지되고 있으나, 부부가 이혼에 합의하고 별거함으로써 부부공동생활의 실체가 존재하지 않는 상태를 말한다.<sup>45)</sup> 사실상 이혼은 가장혼인과는 정반대의 경우로서 이혼의사의 합치가 있지만 이혼신고가 되어 있지 아니한 경우이다. 이혼의사의 합치가 있었지만 자식의 결혼 등 자식의 장래를 고려하여 이혼신고를 하지 아니하고 별거하는 경우를 주변에서 볼 수 있는데 이러한 경우가 사실상 이혼에 해당한다. 통계에 나타나지 않기 때문에 정확한 수치를 알 수는 없지만 이 유형에 해당하는 부부가 상당수 있을 것으로 예상된다고 한다.<sup>46)</sup>

대법원은 폐지된 간통죄의 중용에 대해 ‘이혼의사의 합치가 있는 경우에는 비록 법률적으로 혼인관계가 존속한다고 하더라도 중용에 해당하나, 비록 잠정적·임시적·조건적으로 이혼의사가 쌍방으로부터 표출되어 있다고 하더라도 간통 중용의 경우에 해당하지 않는다.’고<sup>47)</sup> 판시하였는데, 이러한 해석은 이혼의 합의가 있었는지 여부를 판단함에도 그대로 적용될 수 있다. 따라서 부부싸움으로 인한 감정으로 일시 별거하고 있는 경우는 잠정적·임시적으로 이혼의사가 표출된 것에 불과하고, 이혼소송을 제기한 것도 상대방에게 혼인관계 파탄의 책임이 있음이 인정됨을 조건으로 한 것이어서,<sup>48)</sup> 이혼의사의 합치가 있다고 볼 수 없으므로 사실상 이혼에 해당하지 않는다. 또한 기존의 부부관계는 유지하면서 서로 다른 공간에서 자유로운 각자의 삶을 간섭하거나 간섭받지 아니하며 살아가는 별거의 형태인 졸혼(卒婚)은 결혼의 파탄이나 파괴 양식인 이혼과는 달리 이혼의사의 합치가 없으므로 사실상 이혼이라 할 수 없다.

사실상 이혼의 효력과 관련하여, 학설은 혼인의 효력에 관한 규정 중 부부의 공동생활을 전제로 하는 동거나 부양의무, 성적 성실의무<sup>49)</sup> 등은 적용되지 않지만,<sup>50)</sup> 공부상 아무런 변화가 생기지 않아 신분관계는 그대로 존속하므로 사실상 이혼한 배우자의 상속권을 부인할 수는 없다고 한다.<sup>51)</sup> 대법원도 사실

45) 김주수/김상용, 위 책, 181면.

46) 이화숙, 별거제도 도입을 위한 입법정책적 연구, 법조 제57권 제3호, 2008, 13면.

47) 대법원 2009.7.9. 선고 2008도984 판결.

48) 대법원 2009.7.9. 선고 2008도984 판결.

49) 종래 대법원은 ‘정조의무’라는 용어를 사용하였으나(대법원 2013.11.28. 선고 2010므4095 판결 등), 최근에는 ‘성적 성실의무’라는 용어를 사용하고 있고(대법원 2014.11.20. 선고 2011므2997 전원합의 체 판결), 헌법재판소도 이 용어를 사용하고 있다(헌법재판소 1990.9.10. 선고 89헌마82 전원재판부 결정, 헌법재판소 2008.10.30. 선고 2007헌가17, 21, 2008헌가7, 26, 2008헌바21, 47 전원재판부 결정).

50) 김주수/김상용, 위 책, 180면, 박정제, 혼인이 파탄된 후에 일방 배우자와 성적행위를 한 제3자가 상대방 배우자에 대하여 손해배상책임을 부담하는지 여부, 사법 제34호, 사법발전재단, 2015, 347면.

상 이혼한 배우자의 재산상속권을 인정하고 있다.<sup>52)</sup>

## 2. 사실상 이혼한 배우자와 친족상도례

### 1) 학설

사실상 이혼한 배우자에 대해 친족상도례가 적용되지 않는다는 견해(이하 ‘부정설’이라 한다)는 찾아 볼 수 없고, 극히 일부이지만 친족상도례가 적용된다는 견해(이하 ‘긍정설’이라 한다)만 찾아 볼 수 있다.<sup>53)</sup> 긍정설은 ‘친족상도례의 법적 성격을 인적처벌조각사유로 본다면 친족관계는 객관적으로 존재하면 충분하다’고 한다.<sup>54)</sup> 또한 ‘배우자의 경우는 별거 상태이거나 이혼심판 제기중인 때에는 형을 면제할 것이 아니라 반의사불벌죄(준친고죄)로 해야 한다’는 견해도<sup>55)</sup> 사실상 이혼 상태인 경우 친족상도례의 배우자에 해당한다고 보는 입장이다.

특히 대법원 2014.11.20. 선고 2011므2997 전원합의체 판결의 별개의견은 “부부공동생활이 파탄되어 회복할 수 없는 상태에 이르렀다고 하여도 이혼 절차나 부부 일방의 사망에 의하여 혼인관계가 해소되지 아니하는 이상 법률상 부부는 여전히 법적인 권리의무가 있고, 누구든지 부부로 대우하여야 한다.”고 판단하였는데, 이는 긍정설의 논거와 일치하는 것으로 보인다.

### 2) 사건

필자는 조심스럽지만<sup>56)</sup> 다음과 같은 이유로 부정설이 타당하다고 생각한다.

#### (1) 긍정설의 부당성

첫째, 긍정설은 친족상도례의 법적 성격이 인적처벌조각사유이고 친족관계는 객관적으로 존재하면 충분하기 때문이라고 한다. 그러나 논점은 ‘친족상도례의 법적 성격이 인적처벌조각사유’이나 ‘친족관계가 객관적으로 존재’하느냐가 아니라, 사실상 이혼한 배우자를 친족상도례를 적용함에 있어 형면제에 해

51) 이은정, 위 논문, 243면; 김주수/김상용, 위 책, 183면; 박동섭, 위 책, 530면.

52) 대법원 1969.7.8. 선고 69다427 판결.

53) 현행법상으로 별거 중인 배우자에게도 친족상도례가 적용된다는 견해도 법을 개정하여 친족상도례의 적용을 배제하는 것이 타당하다고 한다. (모성준, 위 논문, 505면)

54) 이천현, 위 논문 190면; 정성근, 위 논문, 51면; 김일수/서보학, 위 책, 267면.

55) 장진호, 위 논문, 202면; 조광훈, 위 논문, 84면.

56) 실무에서는 확일성과 수사나 재판의 편의성을 위해 긍정설을 따를 가능성이 없지 않다.

당하는 배우자에 해당한다고 볼 수 있느냐이다. 따라서 친족상도례의 법적 성격이 인척처벌조각사유라는 사정이 당연히 사실상 이혼한 배우자를 친족상도례의 배우자에 해당한다고 해석할 수 있는 근거가 될 수 없다.

둘째, 긍정설은 친족관계는 객관적으로 존재하면 충분하다고 하는데, 여기서 객관적으로 존재한다는 의미는 혼인신고가 되어 있고 이혼신고가 되어 있지 아니하므로 사실상 이혼한 배우자도 친족상도례의 배우자에 해당한다는 취지로 보인다. 법률혼주의를 취하고 있는 우리 법제상 친족상도례의 배우자에 해당하려면 혼인신고가 되어 있어야 한다고 보는 것은 타당하다. 그러나 이로부터 혼인신고가 무효가 아닌 한 혼인신고가 되어 있으면 반드시 친족상도례의 배우자에 해당한다고 해석하여야 논리적 필연성은 없다. 혼인신고의 존재는 친족상도례의 배우자에 해당하기 위한 필요조건이지 결코 충분조건이라고 볼 수 없다. 뒤에서 살펴보는 바와 같이 친족 사이의 범죄라고 하더라도 친족상도례가 적용되지 않는 경우도 있다.

## (2) 부정설의 타당성

### ① 일반인의 범감정과 관련하여

첫째, 사실상 이혼한 경우 사실상 이혼한 부부뿐만 아니라 그들의 부모, 형제자매는 물론 일반인도 부부라고 생각하지 않는다. 그런데 사실상 이혼한 부부의 일방이 상대방의 금품을 훔친 경우, ‘누구도 부부라고 생각하고 있지 않음’에도 느닷없이 ‘배우자 사이의 범행’이라는 이유로 친족상도례가 적용되어 처벌할 수 없다고 하면 일반인의 범감정에도 배치되고, 이를 법률혼주의를 취하고 있는 우리 민법에 그 책임을 돌리는 것도 무책임해 보인다. 일반인의 범감정과 거리가 있다면 좋은 법해석이라 할 수 없으므로, 아래에서 살펴보는 바와 같이 가능한 문언의 의미를 넘지 않는 범위 내라면 바람직한 결론을 위한 법리를 구성할 필요가 있다.<sup>57)</sup>

둘째, 이혼의사의 합치가 있다면 이혼신고를 하는 것이 정상적인 절차이고, 대부분의 경우는 위와 같은 절차를 밟고 있다. 사실상 이혼한 배우자가 이혼신고를 하지 아니한 것은 그들의 귀책사유에 의한 것일 뿐 법률상 어떠한 장애사유가 있는 것은 아니다. 법률의 규정에 따라 이혼신고를 한 배우자는 친족상도례의 배우자에 해당하지 아니하여 처벌됨에 반하여, 법률이 정한 절차에 따

57) 정영태, 성년후견인의 횡령·배임행위에 대한 친족상도례 준용 여부, 법률신문 2015.9.17. 자 12면; 모성준, 위 논문, 507면.

르지 않은 사실상 이혼한 배우자는 친족상도례의 배우자에 해당한다고 보아 처벌하지 않는 것은 결과적으로 법에 따르지 아니한 사람을 유리하게 취급하는 것으로 일반인의 법감정에 반한다.

셋째, 혼인으로부터 생기는 법률효과는 부부공동생활이라는 실체의 존재를 전제로 하여 인정되는 것이므로, 그 실체가 존재하지 않는 경우에는 그 효과를 무조건 존속시키는 것은 타당하지 않다.<sup>58)</sup> 사실상 이혼은 외형상으로만 혼인 신고가 되어 있는 껍데기에 불과할 뿐 부부공동생활이라는 실체가 없어 오히려 가장혼인과 유사하므로(처음부터 부부공동생활의 실체가 없거나 나중에 부부공동생활의 실체가 없거나 하는 차이가 있을 뿐이다), 가장혼인의 배우자가 친족상도례의 배우자에 해당하지 않는다고 해석하는 이상 사실상 이혼한 배우자도 친족상도례의 배우자에 해당하지 않는다고 해석하는 것이 타당하다. 더구나 이렇게 해석하는 것이 사실혼 배우자가 친족상도례의 배우자에 해당하지 않다는 보는 것과 균형을 이룰 뿐만 아니라 일반인의 법감정과도 일치한다.

## ② 친족상도례의 입법취지와 관련하여

친족상도례의 입법취지는 가정 내부의 문제에 국가형벌권이 간섭하지 않는 것이 바람직하다는 정책적 고려와 함께 형사처벌로 인해 가정의 평온이 깨지는 것을 막으려는 데에 있다. 그런데 사실상 이혼의 경우에는 이미 가정이 깨져 있으므로 국가형벌권의 간섭을 자제하여야 할 가정이 존재하지도 아니하고 형사처벌로 인해 깨질 가정의 평온도 존재하지 않는다. 이러한 입법취지에 비추어 보더라도 사실상 이혼한 배우자는 친족상도례의 배우자에 포함되지 않는다고 보는 것이 타당하다. 사실상 이혼한 배우자에게도 친족상도례가 적용되어 처벌할 수 없다면<sup>59)</sup> 사실상 이혼한 부부는 처벌의 위험성에서 벗어나 있으므로, 상대방의 재물을 탐지하여 훔치도록 장려하는 결과가 될 우려가 있고 이는 새로운 분쟁만 야기할 뿐이다.

## ③ 친족상도례의 적용범위와 관련하여

범인이 피해자와 친족관계에 있다고 하여 반드시 친족상도례가 적용되는 것도 아니다. 일본 최고재판소는 미성년후견사건에서 "피고인이 피해자의 친족이

58) 박정제, 위 논문, 347면.

59) 이론상으로는 검사가 기소하면 형면제 판결을 하여야 하지만, 검찰사건사무규칙 제69조 제3항은 법률의 규정에 의하여 형이 면제된 경우에 공소권없음 결정을 하도록 규정하고 있어 기소되지 아니한다.

라 하더라도 가정법원으로부터 미성년후견인으로 임명된 이상 공적 의무를 가지고 있으므로 친족상도례가 준용되지 않는다.”고 판단하였고,<sup>60)61)</sup> 우리나라의 판례도<sup>62)</sup> 친족이 피해자의 후견인으로 임명되었는데 후견인이 피후견인의 재물을 처분한 사안에서<sup>63)</sup> “성년후견인의 후견인으로서의 업무는 친족인지 여부를 불문하고 공적인 성격을 가진다고 보아야 하고, 그 과정에서 발생하는 범법행위는 가까운 가족구성원 사이의 재산 문제에 대하여 형사처벌을 제한하기 위한 목적인 친족상도례의 규정을 적용하기 힘든 영역이다. 그러므로 성년후견제도를 기반으로 한 후견인의 피후견인 재산관리상 불법행위에 대하여는 사적관계인 친족관계에 기반한 친족상도례가 적용되지 않는다.”고 판단한 후 횡령죄로 처벌하였다.<sup>64)</sup> 이에 대해 학설도<sup>65)</sup> 판례의 입장을 지지하고 있다.

만약 긍정설과 같이 혼인신고만 되어 있으면 어떠한 경우에도 예외 없이 친족상도례의 배우자에 해당한다고 보면, 위와 같은 친족인 후견인의 사례에서도 친족상도례가 적용되어야 할 것인데, 이러한 경우에도 친족상도례가 적용되어 처벌할 수 없다면 이는 명백히 부당하다.

따라서 이러한 입장에 선다면 비록 사적 관계에서의 범죄라고 하더라도 사실상 이혼한 배우자 사이의 범죄는 친족상도례의 입법취지에 비추어 배우자 사이의 범죄에 해당하지 않는다고 해석하는 것이 타당하다.

#### ④ 예외의 제한적 해석과 관련하여

범죄의 구성요건, 위법성, 책임성을 모두 구비한 경우에는 형사처벌하는 것

60) 일본 최고재판소 평성 19년 1230호, 2008.2.18. 결정.

61) 일본형법은 친족상도례에 관해 우리 형법과 동일한 입법태도를 취하고 있으며, 우리 민법의 후견제도도 일본 민법의 후견제도를 계수한 것이다.

62) 제주지방법원 2017.11.8. 선고 2017고단284 판결.

성년후견인의 상당수가 친족후견인으로 지정되는 현 상황에서 친족상도례 규정을 적용하는 경우, 후견인의 피후견인에 대한 재산 관리상 불법행위에 대하여 그에 상응하는 처벌을 할 수 없게 되는 문제도 간과할 수 없다.

63) 피해자는 교통사고로 의식불명 상태에 빠져 뇌병변 1급 장애 및 사지마비 장애를 갖고 있고, 피해자의 친형으로서 유일한 혈족인 피고인은 법원으로부터 피해자의 성년후견인으로 선임되었는데, 피고인은 피해자의 교통사고 보험금 1억 4천여만 원을 피고인 명의의 은행 계좌로 송금 받았고, 그 중 1억 2천만 원과 은행 대출금을 합쳐 빌라를 구입하고 자기 명의로 등기를 마쳤다.

64) 이에 대해서 피후견인의 가까운 친족이 후견인으로 선임되는 경우라면 적어도 이들에 대해서는 친족상도례 규정의 적용을 배제하는 규정을 두는 것이 바람직하다는 견해는(모성준, 위 논문, 513면) 친족인 후견인도 현행법상으로는 친족상도례의 규정이 적용된다는 입장이다.

65) 배인구, 친족인 성년후견인에게 횡령죄를 인정한 사례, 법률신문 2017.12.21. 자 12면; 정영태, 위 논문.

이 원칙이다. 배우자 사이의 범죄도 범죄의 구성요건, 위법성, 책임성을 모두 구비하였는데도 친족상도례가 적용되어 형을 면제하는 것은 처벌에 대한 예외이므로 제한적으로 해석하여야 한다. 그렇다면 친족상도례의 배우자도 혼인신고가 되어 있고 부부공동생활이라는 실체가 있는 경우로 한정함이 타당한데, 사실상 이혼한 배우자는 부부공동생활이라는 실체가 없으므로 친족상도례의 배우자에 포함되지 않는다고 제한적으로 해석하여야 한다.

##### ⑤ 민사법 이론과 관련하여

민사법에서 사실상 이혼한 배우자에게 상속권까지 인정하고 있는 마당에 사실상 이혼한 배우자는 친족상도례의 배우자에 포함되지 않는다고 보는 것은 법질서의 통일을 해치는 것이 아닌가 하는 의문이 들 수 있다.

대법원이 사실상 이혼한 배우자의 상속권을 인정하는 것은 상속관계가 제3자의 권리에 미치는 영향이 크기 때문에 가족관계등록부의 공시에 따라 획일적으로 결정함으로써 가족관계등록부의 기재를 믿고 거래한 제3자를 보호하기 위한 것이다. 반면에 친족상도례의 규정은 제3자 보호와는 아무런 관련이 없을 뿐 아니라 민사법과 형사법의 규율 부분이 서로 다르므로 배우자의 해석에 있어서 반드시 일치할 필요가 없다.<sup>66)</sup> 따라서 사실상 이혼한 배우자에게 상속권이 인정된다고 하여 사실상 이혼한 배우자를 친족상도례의 배우자로 보아야 할 필연성은 없다.

대법원도 “간통죄에 의한 형사적인 처벌과 제3자의 부부의 일방과의 성적 행위로 인한 민사적인 불법행위책임은 그 제도의 입법 목적과 법적 효과가 다르므로 항상 동일한 결론에 이르러야 한다고 단정하기 어렵다.”<sup>67)</sup> 판시하고 있다. 나아가 “비록 부부가 아직 이혼하지 아니하였지만 실질적으로 부부공동생활이 파탄되어 회복할 수 없을 정도의 상태에 이르렀다면, 제3자가 부부의 일방과 성적인 행위를 하더라도 불법행위가 성립한다고 보기 어렵다.”라고 판시하여,<sup>68)</sup> 사실상 이혼상태에 있는 경우 혼인으로서 보호를 받을 수 없다고 한다. 위와 같은 대법원의 논리라면 사실상 이혼한 배우자는 친족상도례의 배우자에 포함되지 않는다고 해석하는 것이 타당하다.

66) 조광훈, 위 논문, 71면; 박남미, 민법상 친양자제도가 형법상 존속살해죄의 행위객체에 미치는 영향, 법학논고 제60집, 경북대학교 법학연구원, 2017, 359면.

67) 대법원 2014.11.20. 선고 2011므2997 전원합의체 판결의 보충의견.

68) 대법원 2014.11.20. 선고 2011므2997 전원합의체 판결.

## ⑥ 사실상 이혼한 배우자에게 일방적으로 불리한지 여부와 관련하여

부정설이 사실상 이혼한 배우자에게 일방적으로 불리하지도 않다. 예컨대, 사실상 이혼한 배우자가 상대방 배우자의 재물을 훔치고 상대방 배우자의 직계존속에게 폭행을 가한 경우를 상정해 보면 쉽게 알 수 있다. 부정설에 의하면 재물을 훔친 부분에 대해서는 친족상도례가 배제되어 절도죄로 처벌을 받겠지만, 사실상 이혼한 배우자는 직계존속에 대한 범죄에서 규정하고 있는 배우자에도 포함되지 아니한다고 보는 것이 일관된 해석이다. 따라서 존속폭행죄가 성립하는 것이 아니라 단순폭행죄만 성립한다<sup>69)</sup> 할 것이므로 오히려 부정설이 사실상 이혼한 배우자에게 유리하다.

## ⑦ 다른 법령의 적용에 있어서 불합리와 관련하여

긍정설을 따르면 다른 법령의 적용에 있어서 불합리가 발생한다.

장기등 이식에 관한 법률 제12조 제4조 제6호에 의하면 본인의 동의가 없는 경우, 배우자가 우선적으로 동의할 수 있는 것으로 규정하고 있다. 그런데 사실상 이혼한 배우자도 위 법의 배우자에 포함된다고 보면, 사실상 이혼한 배우자의 일방이 뇌사상태에 빠진 경우 다른 일방이 장기등의 기증에 관한 동의를 우선적으로 할 수 있는데, 악감정으로 뇌사자의 직계비속이나 직계존속의 의사에 반하여 동의 여부를 결정할 우려가 있다

또한 장사 등에 관한 법률 제31조는 ‘시장등은 사설묘지의 연고자 또는 설치·조성자가 법을 위반하여 사설묘지를 설치한 경우 그 연고자에게 묘지의 이전을 명할 수 있다.’고 규정하면서, 제43조 제1항은 ‘시장등은 제31조에 따른 묘지의 이전명령을 받고 이행하지 아니한 해당 묘지의 연고자에게 500만원의 이행강제금을 부과한다.’고 규정하고 있고, 제2조 제16호는 ‘배우자를 최선순위 연고자’로 규정하고 있다. 여기의 배우자에 사실상 이혼한 배우자가 포함된다 고 보아 사실상 이혼한 배우자에게 위와 같은 의무를 부담하게 하고 이행강제금까지 부과하는 것은 명백히 불합리하다.

따라서 사실상 이혼한 배우자는 여기서 말하는 배우자에 포함되지 않는 것으로 해석함으로써 위와 같은 불합리를 해결할 수 있다.

## ⑧ 가사소송으로의 변질 우려와 관련하여

사실상 이혼한 배우자는 친족상도례의 배우자에 해당하지 않는다고 보는 것

69) 피고인에게 유리한 경우이므로 유추해석의 문제는 발생하지 않는다. (대법원 2004.11.11. 선고 2004 도4049 판결)

은 형사소송이 가사소송으로 변질될 우려가 있다는 비판이 있을 수 있다. 이러한 문제는 사실상 이혼한 배우자의 경우에만 발생하는 것은 아니라 가장혼인의 경우에도 발생한다. 가장이혼의 경우, 수사 또는 재판 중 일방이 가장혼인이 아니라고 주장하면 친족상도례의 적용 여부를 결정하기 위해 가장혼인인지 아니면 정상결혼인지 여부를 수사하거나 심리하여야 한다.

법해석의 목표는 어디까지나 법적 안정성을 저해하지 않는 범위 내에서 구체적 타당성을 찾는 데 두어야 한다.<sup>70)</sup> 그런데 사실상 이혼한 배우자는 서로가 부부라고는 생각하지도 않을 것이므로, 일방이 상대방의 재물을 훔치더라도 친족상도례가 적용되어 형사처벌을 받지 않는다고 믿지도 않을 것이다. 따라서 그러한 배우자에 대해 친족상도례를 적용하지 않는다고 하여 법적 안정성을 해친다고 보기 어렵다. 더구나 친족상도례의 배우자에 사실상 이혼한 배우자가 포함되는지 여부는 당해 배우자에 한정된 형사처벌의 가부 문제만 발생할 뿐 다른 사람에게는 아무런 직접적인 영향을 미치지 않는다. 그렇다면 오히려 부정설은 법적 안정성을 해치는 것이 아니라 실질적으로 배우자로 볼 수 없는 사람을 친족상도례의 배우자에서 배제하여 형사 처벌하자는 것이므로 구체적 타당성을 도모하는 것이라고 할 것이다.

#### ⑨ 유추해석금지의 원칙과 관련하여

부정설은 유추해석금지의 원칙에 반한다는 비판이 있을 수 있고 또한 이것이 친족상도례의 배우자에서 사실상 이혼한 배우자를 배제하는 데 가장 큰 걸림돌이다.

먼저, 범죄성립요건이 아닌 형면제 사유에 대한 해석이 유추해석금지의 대상인지 여부를 살펴보면, 대법원은 “처벌조각사유인 형면제 사유에 관하여 그 범위를 제한적으로 유추적용하게 되면 행위자의 가벌성의 범위는 확대되어 행위자에게 불리하게 되는바, 이는 가능한 문언의 의미를 넘어 범죄구성요건을 유추적용하는 것과 같은 결과가 초래되므로, 죄형법정주의의 파생원칙인 유추해석금지의 원칙에 위반하여 허용될 수 없다.”<sup>71)</sup> 형면제 사유도 유추해석금지 원칙의 대상임을 분명히 하였고, 학설도<sup>72)</sup> 이와 일치되어 있다.

70) 대법원 2009.4.23. 선고 2006다81035 판결.

71) 대법원 1997.3.20. 선고 96도1167 전원합의체 판결, 대법원 2010.9.30. 선고 2008도4762 판결.

72) 강용현, 형이 필요적으로 면제되는 공직선거 및 선거부정방지법상 자수의 범위, 법조 제 46권 제7호, 1997년, 161면; 장영민, 유추금지과 목적론적 축소해석, 형사판례연구 제7권, 1999, 16면.

대법원은 “구 공직선거및선거부정방지법 제262조에서 형면제 사유로 규정하는 ‘자수’를 범행발각 전에 자수한 경우로 한정하는 풀이는 자수라는 단어가 통상 관용적으로 사용되는 용례에서 갖는 개념 외에 ‘범행발각 전’이라는 또 다른 개념을 추가하는 것으로서 결국은 ‘언어의 가능한 의미’를 넘어 자수의 범위를 그 문언보다 제한함으로써 처벌범위를 실정법 이상으로 확대한 것으로서 유추해석금지의 원칙에 위반된다.”고 하면서, 그 근거로 “형법 제52조는 자수를 임의적 감면사유로 규정하고 있는데 형법 제정 이전의 구형법(의용형법)에서는 자수는 ‘발각 전’이어야 한다는 시기적 제한을 두었으나 현행 형법은 이런 제한을 삭제하였으므로 체포 전이라면 지명수배 후라도 자수에 해당한다는 점, 형법 제52조나 국가보안법 제16조 제1호의 자수에는 범행이 발각되고 지명수배된 후의 자진출두도 포함되는 것으로 판례가 해석하고 있으므로 이것이 자수라는 단어의 관용적 용례인 점, 형법 제90조 제1항 단서, 제111조 제3항 단서 등에서 ‘그 목적인 죄의 실행에 이르기 전에 자수’한 경우에 형을 필요적으로 감면하도록 규정하고 있는데, 만일 자수라는 단어 속에 ‘그 범죄에 관하여 자수에 따른 혜택을 줄 수 있는 시간적 제한’이라는 개념이 포함되어 있다면 자수라는 단어의 해석에 의하여 ‘그 목적인 죄의 실행에 이르기 전’이라는 개념이 도출될 수 있을 것이므로 굳이 이를 명문으로 규정하지 아니하였을 것이라는 점”을 들고 있다.<sup>73)</sup>

한편 대법원은 “형벌법규의 해석은 엄격하여야 하고, 문언의 가능한 의미를 벗어나 피고인에게 불리한 방향으로 해석하는 것은 죄형법정주의의 내용인 확장해석 금지에 따라 허용되지 않는다.”고 한다.<sup>74)</sup> 형벌법규의 해석이 피고인에게 불리하더라도 그것이 문언의 가능한 의미를 벗어나지 않는다면 확장해석이나 축소해석도 가능하다. 따라서 부정설이 유추해석금지의 원칙에 위반되는지 여부는, 사실상 이혼한 배우자를 친족상도례의 배우자에 해당하지 않는다고 보는 것이 배우자라는 단어의 관용적 용례에서 벗어난 것인지 또는 배우자라는 단어의 가능한 의미를 넘어서는 것인지 여부에 달려 있다 할 것이다.

그런데 국어사전에는 ‘배우자’를 “부부의 한쪽에서 본 다른 쪽. 남편 쪽에서는 아내를, 아내 쪽에서는 남편을 이르는 말이다.”라고 정의하고 있고, ‘부부’를 “남편과 아내를 아울러 이르는 말”이라고 정의하고 있을 뿐이어서 사실상 이혼한 배우자도 배우자에 포함되는지 여부를 알 수 없다.

또한 형법의 친족상도례 규정은 의용형법의 친족상도례 규정과<sup>75)</sup> 동일하게

73) 대법원 1997.3.20. 선고 96도1167 전원합의체 판결.

74) 대법원 2018.6.15. 선고 2013도5539 판결.

배우자라고만 규정하고 있고, 우리 민사법이나 형사법에는 배우자라고만 규정되어 있을 뿐 배우자의 정의나 범위에 대하여 아무런 규정을 두고 있지 아니하므로, 자수와 같이 법조문을 서로 비교하여 배우자의 범위를 확정하기도 어렵다.

더구나 친족상도례의 배우자라는 용례는 구 공직선거및선거부정방지법 제262조가 규정하는 ‘자수’와는 다르다. 즉 자수에 관해서는 자수의 시기에 관하여 제한이 없다는 다수의 판례가 이미 있었지만, 형사법적으로 사실상 이혼한 배우자에 대한 판례는 전혀 없다. 대법원이 “친족상도례에서의 배우자란 혼인에 의하여 결합한 남녀의 일방을 말한다.”라고 판시한<sup>76)</sup> 적이 있으나, 이는 사실혼관계에 있는 배우자는 혼인신고가 되어 있지 않아 친족상도례의 배우자에 해당하지 않는다는 이유를 설시한 것으로, 친족상도례의 배우자에 해당하려면 혼인신고가 되어 있어야 한다는 의미이지 결코 혼인신고만 되어 있으면 부부 공동생활 관계라는 혼인의 실체가 없더라도 친족상도례의 배우자에 해당한다는 취지로 볼 수는 없다.

그리고 법률혼 배우자가 항상 보호를 받고 있는 것도 아니며, 사실상 이혼한 배우자가 사실혼관계에 있는 배우자보다 보호를 받지 못하는 경우도 있다. 대법원은 “비록 중혼적 사실혼관계일지라도<sup>77)</sup> 법률혼인 전 혼인이 사실상 이혼상태에 있다면 법률혼에 준하는 보호를 할 필요가 있을 수 있다.”고<sup>78)</sup> 판시하여, 원칙적으로 법률혼 배우자가 보호받지만 예외적으로 법률혼이 사실상 이혼상태에 있는 경우에는 연금수급권은 법률혼 배우자가 아니라 사실상 배우자에게 있다고 한다. 또한 “사실상의 이혼으로 부부가 별거하고 있는 경우에는 동서(同棲)의 결여로 처가 부의 자를 포탈할 수 없는 것이 외관상 명백하면 민법 제844조가 규정하는 남편의 친생자추정이 미치지 아니한다.”며 법률혼에 따른 효력을 제한하고 있다.<sup>79)</sup> 이러한 대법원 판례의 입장에서 보면, 오히려 사실상 이혼한 배우자는 친족상도례의 배우자에 해당되지 않는다고 해석할 여

75) 의용형법 제244조는 “직계혈족, 배우자 및 동거의 친족 또는 가족간에 있어서 제235조의 죄 및 그 미수죄를 범한 자는 그 형을 면제하고 기타의 친족 또는 가족인 때에는 고소를 기다려서 그 죄를 논 한다.”라고 규정하고 있다.

76) 대법원 2001.6.29. 선고 2001도2514 판결.

77) 중혼적 사실혼은 사실혼관계에 있는 배우자의 일방에게 법률상의 배우자가 있는 경우를 말한다.

78) 대법원 2009.12.24. 선고 2009다64161 판결, 대법원 2007.2.22. 선고 2006두18584 판결, 대법원 1993.7.27. 선고 93누1497 판결.

79) 대법원 1983.7.12. 선고 82므59 전원합의체 판결, 대법원 2000.1.28. 선고 99므1817 판결, 대법원 2000.8.22. 선고 2000므292 판결.

지가 충분하다.

형벌법규의 해석에서 법률 문언의 통상적인 의미를 벗어나지 않는 한 그 법률의 입법 취지와 목적, 입법연혁 등을 고려한 목적론적 해석이 배제되는 것은 아니다.<sup>80)</sup> 사실상 이혼한 경우 사실상 이혼한 부부뿐만 아니라 그 부모, 형제 자매는 물론 일반인도 부부라고 생각하지 않는다. 즉 사실상 이혼한 부부 누구도 그 상대방을 남편이나 처로 생각하지 않고 부양의무나 성적 성실의무도 부담하지 않는다. 따라서 배우자의 통상적인 용례에 사실상 이혼한 배우자는 배제되어 있다고 보는 것이 타당할 것이다.

그렇다면 친족상도례의 배우자에 사실상 이혼한 배우자는 포함되지 않는다고 해석하는 것이 가능한 문언의 의미를 벗어난 것이라고 보기 어려우므로, 유추해석금지의 원칙에 반하지 않는다 할 것이다. 대법원이 유추해석에 해당한다고 판시한 사례는 주로 그 해석이 피고인에게 불리하게 적용되는 사안이지만, 입법 취지와 목적 등을 고려하여 피고인에게 불리하게 목적론적 해석을 한 사례가 없는 것도 아니다. 즉 대법원은 입법 취지와 목적 등을 고려하여 구 대기환경보전법의 ‘시설을 설치하지 아니한 자’에 ‘시설을 설치하였으나 이를 가동하지 아니한 자’도 포함된다고 해석하였다.<sup>81)</sup> 따라서 피고인에게 불리하다는 이유만으로 곧바로 유추해석에 해당한다고 할 수도 없다.

## VI. 직계혈족과 동거친족의 배우자

형법 제328조 제1항은 “직계혈족, 배우자, 동거친족, 동거가족 또는 그 배우자간의 제323조의 죄는 그 형을 면제한다.”고 규정하고 있는데, 여기서 ‘그 배우자’는 동거가족의 배우자만을 의미하는 것이 아니라, 직계혈족, 동거친족, 동거가족 모두의 배우자를 의미한다.<sup>82)</sup> 그런데 직계혈족이나 동거친족의 배우자의 재물을 훔친 경우, 그 배우자도 범인과 동거하여야만 친족상도례가 적용되어 형면제 사유에 해당하는지 여부가 문제된다.

80) 대법원 2003.1.10. 선고 2002도2363 판결, 대법원 2010.5.13. 선고 2009도13332 판결.

81) 대법원 2008.11.27. 선고 2008도7438 판결.

82) 편집대표 박재윤, 주석형법각칙(5) 제4판, 한국사법행정학회, 2006, 277면; 대법원 2011.5.13. 선고 2011도1765 판결.

## 1. 직계혈족의 배우자

결혼하여 분가하는 등 동거하지 않는 아들이 직계존속인 아버지의 후처 즉 계모(繼母)의 금품을 훔친 경우,<sup>83)</sup> 범인과 계모가 동거하지 않고 있음에도 형면제 사유에 해당하는지 여부가 문제된다.

생각건대, 직계혈족의 경우에는 친족과는 달리 형면제 사유의 요건으로 동거를 요건으로 하지 않으므로 직계혈족의 배우자(계모)가 범인(계자)과 동거하고 있어야만 형면제 사유에 해당하는 것은 아니다.<sup>84)</sup> 대법원이 ‘피고인이 상습 사기 피해자의 직계혈족의 배우자임을 이유로 형을 면제한 것은 타당하다’고 하면서<sup>85)</sup> 피해자와의 동거 유무에 대해서 언급하지 아니한 것도 이러한 이유 때문인 것으로 보인다.

한편 위 사안에서 범인과 피해자가 바뀐 경우 즉 계모가 계자(繼子)의 금품을 훔친 경우에도 형면제 사유에 해당하는지 여부가 다시 문제로 떠오른다. 왜냐하면 피해자인 계자의 입장에서 볼 때에는 계모는 직계존속의 배우자에 해당되어 형면제 사유에 해당하지만, 범인인 계모의 입장에서 볼 때에는 계자는 배우자의 직계비속에 불과하기 때문이다. 직계혈족의 배우자라는 신분관계는 범인과 피해자 사이에 존재하면 되는 것이지 피해자가 범인의 직계혈족의 배우자에 해당하는 경우에만 적용되는 것은 아니다. 종래 대법원은 구민법의 고종사촌과 외사촌의 경우와 같이 어느 일방에서 보면 친족관계에 없더라도 타방에서 보면 친족관계가 인정되는 경우에도 친족상도례가 적용된다고 하였고,<sup>86)</sup> 개정 민법 하에서도 이러한 법리에 따라 ‘범인이 피해자의 직계혈족의 배우자’인 경우에도 형면제사유에 해당한다고 판단하였다.<sup>87)</sup>

## 2. 동거친족의 배우자

### 1) 학설

그런데 동거친족의 배우자의 경우에는 문제가 발생한다. 예컨대, 당숙과 동거하던 조카가 해외에 장기간 파견근무 중인 당숙모의 고급시계와 반지를 훔

83) 구민법 제773조는 계모자 사이의 법정 혈족관계를 인정하였지만, 개정 민법은 이를 삭제 하였으므로 현행법상 계모는 인척에 해당한다.

84) 모성준, 위 논문, 503면.

85) 대법원 2011.5.13. 선고 2011도1765 판결. 시아버지를 기망하여 7억 원을 편취한 사건이다.

86) 대법원 1980.9.9. 선고 80도1335 판결, 대법원 1991.7.12. 선고 91도1077 판결.

87) 대법원 2011.5.13. 선고 2011도1765 판결.

쳐 처분한 경우, 피해자인 당숙모가 조카와 동거하지 않고 있다고 하더라도 동거하는 친족인 당숙의 배우자에 해당되므로 형법 제328조 제1항이 적용되어 형이 면제되는가 하는 문제가 바로 발생한다.<sup>88)</sup>

이에 대하여 “동거친족의 배우자는 동거 여부를 묻지 않고 친족상도례에 따라 형면제의 대상이 된다.”는 견해가<sup>89)</sup> 있다. 죄형법정주의의 원칙에 비추어 별도로 동거를 요건으로 한다는 문언이 없는 이상 동거친족의 배우자에 대해서 동거를 요건으로 한다고 보기는 어렵다고 한다.<sup>90)</sup>

## 2) 사건

민법의 개정으로 친족의 범위가 변경되었으므로 개정 전후로 동거친족의 배우자 범위를 검토할 필요가 있다.

### (1) 구민법에서의 해석

조문상으로도 친족의 경우에는 형이 면제되기 위하여 동거를 요건으로 하고 있음에 반하여 동거친족의 배우자 경우에는 동거를 요건으로 규정하고 있지 아니하므로, 동거친족의 배우자가 범인과 동거하지 아니하여도 형법 제328조 제1항이 적용되어 형이 면제된다고 해석된다. 이러한 해석은 조문에 동거친족 배우자와의 동거를 요건으로 하고 있지 아니함에도 동거를 요건으로 한다고 해석하는 것이 유추해석금지의 원칙에 반하기 때문이 아니라 아래에서 보는 바와 같이 논리적으로 동거를 요건으로 한다고 할 수 없기 때문이다.

구민법(친족의 범위가 변경되기 전의 민법을 말하며 이하 ‘구민법이라 한다’) 제777조는 친족의 범위를 “1. 8촌 이내의 부계혈족 2. 4촌 이내의 모계혈족 3. 부(夫)의 8촌 이내의 부계혈족 4. 부(夫)의 4촌 이내의 모계혈족 5. 처의 부모 6. 배우자”로 규정하였다. 위 당숙모 사례를 들어 친족관계를 살펴보면 다음과 같다. 나를 기준으로 하면 당숙모는 나의 혈족으로서 5촌인 당숙의 배우자일 뿐 혈족에 해당하지 아니하여 나의 친족에 해당하지 않지만(제1호 및 제2호에 해당하지 않음), 당숙모를 기준으로 하면 나는 당숙모의 부(夫)의 5촌인 부계혈족에 해당하여 친족에 해당한다(제3호에 해당). 그리고 앞서 살펴본 바와 같이 대법원은 어느 일방(당숙모)에서 볼 때 친족이라면 타방(나)에서 볼 때 친

88) 동거란 같은 주거에서 일상생활을 공동으로 하는 것을 말하므로, 위 사례의 경우 조카와 당숙모가 동거 한다고 보기 어렵다.

89) 모성준, 위 논문, 503면.

90) 모성준, 위 논문, 503면 각주 32번.

족이 아니라고 하더라도 두 사람(당숙모와 나) 사이에 친족상도례의 친족에 해당하다고 보므로 친족상도례가 적용된다.

구민법에서는 ‘친족의 배우자는 모두 친족’에 해당하므로, 동거하면 제1항의 동거친족으로서 형면제 사유에 해당한다. 그러함에도 동거친족의 배우자가 범인과 동거하여야만 동거친족의 배우자로서 형면제 사유에 해당한다고 해석하면 동거친족의 배우자를 형면제 사유로 규정한 의미가 없다. 왜냐하면 동거하는 경우는 당연히 동거친족으로서 형면제 사유에 해당하기 때문에 ‘동거친족의 배우자’를 형면제 사유로 규정하여야 할 아무런 이유가 없기 때문이다. 그렇다면 ‘동거친족의 배우자’를 형면제 사유로 규정한 취지는, 범인이 친족의 배우자와 동거하지 않을 경우에는 원칙적으로 제2항의 친고죄에 해당하지만 범인이 친족과 동거하면 그 배우자도 형면제 사유로 삼아 처벌하지 아니함으로써 가정의 평화를 유지하겠다는 취지로 해석할 수밖에 없다.

## (2) 개정 민법에서의 해석

그런데 친족의 범위에 대한 민법의 개정으로 친족상도례의 적용에 불합리성과 모순이 발생했다.

개정 민법은 제777조에서 친족의 범위를 “1. 8촌 이내의 혈족 2. 4촌 이내의 인척 3. 배우자”로 변경하였다. 따라서 개정 민법에서는 나를 기준으로 하면 당숙모는 혈족의 배우자(민법 제768조)로서 5촌의 인척에 해당하므로 친족에 포함되지 않고, 당숙모를 기준으로 하더라도 역시 배우자의 혈족(민법 제768조)으로서 5촌의 인척에 해당할 뿐이므로(4촌 이내라는 요건을 충족하지 못함) 역시 친족에 해당하지 아니한다. 이와 같이 개정 민법에서는 구민법의 경우와는 달리 4촌 형수와 같이 친족의 배우자가 친족이 되는 경우가 있고, 5촌 당숙모와 같이 친족의 배우자가 친족이 되지 않는 경우도 있다. 그러므로 현행법상으로는 동거친족의 배우자가 친족에 해당하지 않는 경우와 친족에 해당하는 경우로 나누어 검토하여야 할 필요가 있다.

### ① 동거친족의 배우자가 친족에 해당하지 않는 경우

당숙모의 경우와 같이 동거친족의 배우자가 친족에 해당하지 않는 경우 즉 5촌 조카가 당숙모의 재물을 훔친 경우, 조카와 당숙모가 동거하든 동거하지 않든 앞에서 본 바와 같이 친족이 아니므로 친족상도례가 적용될 여지가 없다.

그런데 조카가 당숙과 동거하는 경우, 법조문을 그대로 보면 당숙모는 동거하는 친족 즉 당숙의 배우자이므로 형면제 사유에 해당하게 되는데, 이는 친족

아닌 사람 사이에 친족(당숙)을 매개로 친족상도례를 적용하는 불합리성이 나타난다. 조카가 당숙과 동거하지 않는다면 비록 당숙모와 동거하더라도 당숙모는 친족이 아니므로 친족상도례가 적용될 수 없는데, 그와 반대로 조카가 친족인 당숙과 동거하면 비록 당숙모와 동거하지 않더라도 친족상도례가 적용되어 형면제 사유에 해당되기 때문이다.

이는 구민법 하에서는 발생하지 않았던 것으로 친족의 범위를 개정하면서 친족상도례의 규정을 깊게 검토하지 않는 결과 새롭게 발생한 것이지, 결코 친족상도례의 적용범위를 넓히기 위해 즉 친족 아닌 사람 사이의 범행에 대해 친족상도례의 적용을 가능하게 하기 위하여 동거친족의 배우자 부분을 정비하지 아니한 것으로는 보이지 않는다. 그러므로 동거친족의 배우자가 친족에 해당하지 않는 경우에는 범인과 동거친족 배우자의 동거 필요 유무를 검토하기에 앞서 친족상도례의 배우자에 해당하지 않는다고 해석하는 것이 타당하다.

조문상 ‘동거친족의 배우자’라고만 규정되어 있을 뿐 그 배우자가 친족이어야 한다는 제한이 없음에도 불구하고 그 배우자가 범인과 친족관계에 있어야 한다고 제한적으로 해석하는 것은 유추해석에 해당하는 것으로 의심할 여지가 있다. 그러나 친족상도례는 친족 간의 범죄에 대해 특례를 정한 것이 입법목적이고 형법 제328조의 제목이 ‘친족 간의 범행과 고소’로 되어 있을 뿐 아니라 제2항에서 ‘제1항 이외의 친족 간’, 제3항에서 ‘전 2항의 신분관계 없는 공범’이라고 규정하여 친족 사이의 범행에만 적용됨을 명백히 하고 있다. 따라서 형법 제328조 자체에서 ‘동거친족의 배우자’를 범인과 친족관계에 있을 것을 명시하고 있으므로 즉 법률에 근거한 해석이기 때문에 결코 유추해석에 해당하지 않는다.

## ② 동거친족의 배우자가 친족에 해당하는 경우

동거친족의 배우자가 범인의 친족인 경우 예컨대, 미혼인 동생이 결혼한 형의 집에서 동거하였고 그 형수는 유학 중이었는데 동생이 형수의 귀금속을 훔친 경우<sup>91)</sup>에는 구민법에서의 해석과 같이 범인과 동거친족의 배우자가 동거하여야 형면제 사유에 해당하는 것은 아니다. 위 사례에서 시동생과 형수가 동거하지 않고 있더라도 동거친족의 배우자로서 형면제 사유에 해당한다.

91) 형수는 혈족의 배우자로서 인척에 해당하고(민법 제769조), 4촌 이내의 인척에 해당하므로 친족에 해당한다(민법 제777조).

## VII. 맺음말

외형상으로만 보면 친족상도례의 배우자 범위에 대해서 별다른 문제가 없는 것으로 보인다. 그러나 우리 민법상 혼인이 성립하기 위해서는 실질적 요건으로 당사자 간의 혼인의사의 합치가 있어야 하며, 형식적 요건으로 혼인 신고를 하여야 한다. 위와 같이 우리 민법이 법률혼주의를 채택하고 있는 관계로 인해 사실혼과 같이 부부공동생활이라는 실체는 있으나 혼인신고라는 형식이 없는 경우가 있는 반면에 사실상 이혼과 같이 부부공동생활이라는 실체는 없으나 혼인신고라는 형식이 있는 경우가 있다. 또한 가장혼인과 가장이혼과 같이 형식과 실체가 일치하지 않는 경우 그 효력이 문제되는 경우도 있다.

그런데 친족상도례와 관련하여 입법론으로는 많이 다루어 졌지만 막상 해석론과 관련된 논문은 거의 찾아보기 어렵다. 특히 친족상도례의 배우자와 관련하여 교과서나 논문에서 사실혼 배우자가 친족상도례의 배우자에 해당하는지 여부에 대해 간략하게 언급하고 있을 뿐 사실상 이혼한 배우자 등에 대해서는 전혀 언급이 없다.

친족법에서는 이미 사실혼과 가장혼이나 가장이혼의 효력에 대해 논의가 이루어 졌고 대법원의 판례도 상당히 집적되어 있는데, 이러한 친족법에서의 논의가 친족상도례의 배우자에 그대로 적용될 수 있는지 여부를 검토하여 볼 필요가 있다. 특히 친족법에서는 학설과 판례가 사실상 이혼한 배우자에 대해서 배우자로서의 동거의무, 부양의무, 성적 성실의무 등을 인정하지 않는 반면에 상속권은 인정하고 있다. 그렇다면 사실상 이혼한 배우자가 친족상도례의 배우자에 해당하는지 여부가 문제되는데 이에 대한 논의가 전혀 없다.

또한 친족의 범위를 변경하는 민법의 개정으로 ‘동거친족의 배우자’가 범인의 친족인 경우도 있고 친족이 아닌 경우도 있다. 따라서 ‘동거친족의 배우자’가 범인의 친족이 아닌 경우에도 친족상도례가 적용되는지 여부가 새로운 문제로 떠오르고 있지만 이에 대한 문제조차 제기된 적이 없다.

친족상도례의 배우자 범위를 친족법의 이론에만 의존할 수 없다는 생각에서 나름대로 그 범위에 대해서 검토하여 보았는데, 친족상도례의 배우자 범위에 대한 논의의 계기가 되길 바랄 뿐이다.

[참고문헌]

권오걸, 스마트 형법각론, 형설출판사, 2011.

김성돈, 형법각론 제2판, 성균관대학교 출판부, 2009.

김일수/서보학, 형법각론 제7판, 박영사, 2007.

김주수/김상용, 친족상속법 제13판, 법문사, 2016.

배종대, 형법각론 제6전정판, 홍문사, 2006.

박동섭, 친족상속법 제3정판, 박영사, 2009.

박상기, 형법각론 제7판, 박영사, 2008.

오영근, 형법각론 제4판, 박영사, 2017.

이재상/장영민/강동민, 형법각론 제10판, 박영사, 2016.

임 응, 형법각론 제7정판, 법문사, 2016.

정성근/박광민, 형법각론 제4판, 삼영사, 2011.

정영일, 형법각론 제3판, 박영사, 2011.

편집대표 박재운, 주식형법각칙(5) 제4판, 한국사법행정학회, 2006.

강용현, 형이 필요적으로 면제되는 공직선거 및 선거부정방지법상 자수의 범위, 법조 제46권 제7호, 1997.

김경락, 친족상도레의 적용대상에 관한 문제점 및 입법론, 형사법연구 제24권 제2호, 2012.

김민규, 이혼실태와 가장이혼의 법리, 아세아여성법학 제4호, 아세아여성법학연구소, 2001.

김은아, 상속인으로서 배우자의 범위에 대한 검토, 법학연구 제32집, 한국법학회, 2008.

김태수, 재물손괴에 있어 친족상도레 적용배제의 불합리성과 그 대안, 형사법연구 제24권 제2호, 2012.

모성준, 형법상 친족상도레 규정의 문제점과 바람직한 개정방향, 법학논총 제21집 제2호, 조 선대학교 법학연구소, 2014.

박경재, 자발적 사실혼의 법리 : 황혼동거를 중심으로, 아주법학 제7권 제3호, 2013.

박광현, 형법상 친족상도레의 개선방안에 관한 연구, 홍익법학 제14권 제3호, 2013.

박기동, 가장혼인신고가 공정증서원본부실기재죄에 해당하는지 여부, 대법원판례 해설 제27호, 1997.

- 박남미, 민법상 친양자제도가 형법상 존속살해죄의 행위객체에 미치는 영향, 법학논고 제60집, 경북대학교 법학연구원, 2017.
- 박인환, 사실혼 보호법리의 변천과 과제 : 사실혼의 발생유형과 보호의 개별화, 가족법연구 제 23권 제1호, 2009.
- 박정제, 혼인이 파탄된 후에 일방 배우자와 성적행위를 한 제3자가 상대방 배우자에 대하여 손해배상책임을 부담하는지 여부, 사법 제34호, 사법발전재단, 2015.
- 배인구, 친족인 성년후견인에게 횡령죄를 인정한 사례, 법률신문 2017.12.21. 자.
- 손승은, 사실혼관계 해소와 관련한 문제점, 재판자료; 가정법원사건의 제문제 제 101집, 법원도서관, 2003.
- 이은정, 법정상속인에 대한 재검토, 가족법연구 제18권 제2호, 한국가족법학회, 2004.
- 이진기, 사실혼제도에 대한 비판적 접근 -사실혼 개념의 발전적 극복을 위한 제언-, 가족법연구 제24권 제3호, 2010.
- 이천현, 친족관계에 따른 형법상의 효과- 문제점과 개선방안을 중심으로, 형사정책연구 제12 권 제2호, 2001.
- 이화숙, 별거제도 도입을 위한 입법정책적 연구, 법조 제57권 제3호, 2008.
- 장영민, 유추금지와 목적론적 축소해석, 형사판례연구 제7권, 1999.
- 장진호, 현대사회와 친족상도례의 모순점과 개선방향, 법조 통권 제463호, 1995.
- 정영태, 성년후견인의 횡령·배임행위에 대한 친족상도례 준용 여부, 법률신문 2015.9.17. 자.
- 정성근, 친족상도례, 고시계 제29권 제11호, 1984.
- 조광훈, 친족상도례의 제한적 적용에 관한 검토, 성신법학 제11호, 2011.
- 조광훈, 가장이혼 부부의 법률행위에 관한 논고, 사법행정 제47권 제5호, 한국사법행정학회, 2006.
- 조은희, 가장혼인의 법률문제에 대한 고찰, 한양법학 제34집, 2011.
- 황태정, 형법상 친족간 특례규정과 피해자의 의사, 피해자학연구 제16권 제1호, 2008.

[Abstract]

## Spouse of relative-related crime

Park, Dong-Lyul\*

When the crime of a property is committed against the spouse, criminal punishment therefor shall be remitted. On the other hand, a marriage and a divorce shall take effect by reporting in accordance with the provisions of the Act on the Registration, etc. of Family Relationship. Therefore, there is a marital relationship in which the form of marriage report and the reality of marital life are not identical. This paper examines whether or not apply relative remittal clause to spouse of their marital relationship.

First, relative remittal clause does not apply to spouse of a de facto marital relationship. Because our civil law requires marriage report, spouse of a de facto marital relationship did not report it.

Second, a marriage is null and void if where there is no agreement to marry between the parties. Therefore relative remittal clause does not apply to party of fake marriage.

Third, a fake divorce has the effect of divorce under civil law. Thus, relative remittal clause applies to party of fake divorce.

Forth, there is no substance of marriage between the parties of divorce in fact while they are administratively registered as married couples. Considering the legislative intent to prevent family breakdown by criminal punishment, relative remittal clause does not apply to spouse of divorce in fact.

Fifth, if a spouse of family members living together is not blood relatives or relatives by affinity, relative remittal clause does not apply to a spouse of family members living together. On the contrary, if a spouse of family members living together is blood relatives or relatives by affinity, criminal punishment shall be remitted because of applying of relative remittal clause,

---

\* Professor, Law School, Kyungpook National University

even if criminal was not living together with a spouse of family members living together.

Keywords : Relative remittal clause, Spouse of relative-related crime, Spouse of a de facto marital relationship, Spouse of divorce in fact, Spouse of relatives living together