

[서식 예] 위헌법률심판제청신청서

## 위 헌 법 률 심 판 제 청 신 청

사 건 : 20○○고합○○○ 존속상해치사

피고인 : ○ ○ ○

위 사건에 관하여 신청인의 대리인은 아래와 같이 위헌법률심판제청을 신청합니다.

### 신 청 취 지

형법 제259조 제2항은 헌법 제10조, 헌법 제11조, 헌법 제17조, 헌법 제36조, 헌법 제37조 제2항 등에 위반한다.

### 신 청 이 유

#### 1. 형법 제259조 제2항

형법 제259조 제1항은 “사람의 신체를 상해하여 사망에 이르게 한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.”고 규정하고 있고 제2항은 “자기 또는 배우자의 직계 존속에 대하여 전항의 죄를 범한 때에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.”고 규정하고 있습니다.

#### 2. 재판의 전제성

신청인은 현재 형법 제259조 제2항, 제1항의 규정에 의하여 기소되어 이 사건은 현재 ○○지방법원 ○○지원 20○○고합○○○호로 계류 중입니다. 따라서 위 법률조항의 위헌성 여부는 신청인의 선고형을 결정하는 전제가 되므로 이는 ○○지방법원 ○○지원 20○○고합○○○호 존속상해치사사건에서의 재판의 전제가 된다고 판단됩니다.

### 3. 존속상해치사에 대한 가중처벌의 위헌성에 관하여

#### 가. 존속관련범죄의 특성

##### (1) 존속관련범죄의 규정 및 가중처벌의 근거

형법상 존속에 대한 범죄로서 가중 처벌하는 것은 형법 제250조 제2항 존속살해죄, 제257조 제2항 존속상해죄, 제258조 제3항 존속중상해죄, 제259조 제2항 존속상해치사죄, 제260조 제2항 존속폭행죄가 있습니다. 이처럼 존속관련범죄를 가중 처벌하는 근거는 패륜으로 인한 책임의 가중에 있다고 합니다.

##### (2) 존속관련범죄의 현황

###### (가) 가해자와 피해자의 신분관계

존속관련범죄는 가해자에 대한 관계에서 그의 모(母), 배우자의 부모까지도 포함되지만 실제로 그 피해자가 되는 경우는 존속살해의 경우 전체의 41.7%가 부(父)이며 이는 외국의 경우 청소년에 의한 부모살해의 피해자가 모가 비중이 큰 것과는 대조됩니다. 이는 뒤에서 보는 바와 같이 존속관련범죄의 원인이 가부장제에 기초한 사회질서에 기인하는 바 크다는 것에 대한 증빙이 된다 할 것입니다.

나아가 가해자와 피해자가 동거하고 있었던 경우는 82.7%로 이 역시 가장 빈번하게 접촉을 갖는 관계 속에 폭력적으로 분출되는 갈등의 원인이 구조화된 상태로 잠재되어 있음을 나타내는 것입니다. 실제로 피해자와 갈등관계였던 경우가 70.2%이고 갈등의 원인 중 가장 큰 비중을 차지하고 있는 것은 피해자의 가족구성원에 대한 상습적 학대(37%),입니다.

###### (나) 범행의 원인

존속살해범의 경우 주요한 범행의 원인은 피해자의 학대(26.2%)와 정신이상(36.9%)입니다.

이욕을 원인으로 하는 경우는 7.1%에 불과하여 이와는 대조됩니다.

특히 피해자의 학대를 원인으로 하는 경우 가해자 자신에 대한 학대(8.3%)보다는 가족구성원에 대한 학대(17.8%)의 경우가 훨씬 비중이 큼니다. 또한 피해자가 모(母)인 경우에는 가해자가 정신이상상태인 경우가 대부분이고 피해자가 부(父)인 경우에는 피해자에 의한 학대가 주요한 원인입니다.

모가 피해자인 경우는 부에 비하여 가까이 지낼 시간이 더 많다는 점 때문에 가해행위에 노출될 가능성이 더 많다는 데 기인하고 특히 그 원인이 가해자의 정신이상에 있기 때문에 정신이상이라는 원인과 피해자가 모(母)인 점은 상당한 관련성을 갖습니다.

부(父)가 피해자인 경우에는 모(母)와 경우를 달리 합니다. 부(父)가 피해

자인 경우 그 원인은 대부분 피해자에 의한 가족구성원에 대한 상습 학대이고 특히 가해자 자신에 대한 것보다는 다른 가족구성원에 대한 대를 원인으로 하는 것이 많아 가해자 자신에 대한 학대는 참을 수 있지만 가족구성원에 대한 학대를 보고 있을 수만은 없어 그 보호를 위하여 범행을 하게 된다고 보여집니다. 부(父)에 의한 상습적 학대는 가부장제 하에서 부의 권위를 기초로 구조화될 수 밖에 없으며 부(父)가 격리되지 않는 한 가족구성원들은 폭력의 굴레를 벗어날 수 없게 됩니다.

정신이상을 원인으로 하는 경우이건 피해자에 의한 상습적 학대를 원인으로 하는 경우이건 어느 것도 이를 비난할 수는 없을 것입니다. 더군다나 피해자에 의한 학대가 원인이 되는 경우 국가가 사전에 이에 개입해서 가족구성원들을 보호해주지도 않는 상태에서 효를 강요하는 것은 야만입니다.

#### (다) 존속상해 · 존속폭행과의 비교

존속상해 · 폭행은 존속살해와 달리 그 원인이 주로 자신의 불안정한 생활환경이나 사회에 대한 부적응, 자신의 성취욕구의 불만 등을 부모에 대한 공격성으로 발현시키거나 음주상태에서의 잘못된 음주습관으로 인하여 일어나며 많은 경우 상습적으로 발생합니다. 다만 그 빈도에 비하여 상해의 정도는 전치 2주 이하의 경미한 것이 많지만 그 원인에 있어 패륜적이며 더군다나 암수범죄가 많아 비난가능성이 크고 위하의 필요성이 많습니다.

#### (3) 존속관련범죄에 대한 처벌의 기준

위에서 본 바와 같이 존속살해의 경우 그 원인은 정신이상이나 피해자에 의한 상습적인 학대가 대부분이어서, 이를 패륜으로 일반화하여 비난하는 것은 부당합니다. 7.1%의 패륜적 범죄를 단죄하기 위하여 존속살해죄라는 일반적인 구성요건을 두어 가중처벌하는 것은 빈대를 잡기 위하여 초가삼간을 태우는 것입니다. 도리어 존속살해죄의 가해자들은 국가가 나서서 보호했어야 했고 보호해야 할 자들입니다. 피해자가 상습적인 학대를 가한 경우를 보자면 그 가해자를 가중처벌할 것이 아니라 도리어 감경 또는 면제하여야 할 것입니다. 오히려 존속관련범행이 저질러지기 전에 먼저 가족관계라는 평생의 굴레를 씌우고서 자신의 비속을 상습적으로 학대하는 자를 가중처벌하는 것이 옳을 것입니다.

이와 같이 존속관련범죄를 단지 피해자가 존속이라는 이유만으로 가중처벌하는 것의 부당성은 위에서 본 존속상해 · 폭행의 경우를 보면 더 잘 드러납니다. 존속상해 · 폭행죄는 존속살해죄와 달리 그 원인이 패륜성에 기인하는

경우가 많고 암수범죄로 인해 처벌의 필요성이 있습니다. 결국 존속관련  
는 피해자의 존속성이라는 구성요건요소만을 조건으로 하여 일반적으로  
중하여 처벌할 수 없는 것입니다. 사회 도덕적인 면만을 중시하여 처벌의 구  
별을 둘 수 없다는 이유로 존속살해죄를 폐기한 독일의 예는 이러한 관점에  
서 이해되어야 할 것입니다.

실제로 존속관련범죄가 최근에 증가하여 이에 대한 경각심이 특별히 필요한  
것도 아닙니다. 언론에서 부각을 시켜서 그렇지 존속살해범죄는 평균적으로  
매년 40건 내외로 발생하고 있을 뿐입니다.

#### 나. 헌법 제10조상의 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권 침해 여부

존속에 대한 범죄로 인하여 가중처벌하는 규정은 존속에 의하여 가족구성원에  
대한 상습적이고 구조화된 폭력이 이루어지고 이에 대하여 국가가 어떠한 보  
호책도 마련하지 못한 상태에서 형벌에 의하여 그것도 가중처벌이라는 위하  
력에 의하여 그 폭력을 감수할 것을 강요하는 또 다른 폭력에 불과하다 할  
것입니다. 따라서 이에 대한 가중처벌은 인간으로서의 존엄과 가치·행복추구  
권을 침해하는 것으로서 위헌이라 할 것입니다.

#### 다. 헌법 제11조상의 평등원칙위반 여부

존·비속관계가 사회적 신분인지 자연적 신분인지는 상대적이며 결국 이에  
기한 차별이 합리적인 근거가 있는지가 헌법상 평등원칙 위반인지를 가르는  
핵심이라 할 것입니다.

존속관련범죄의 가중처벌은 자(子)의 친(親)에 대한 도덕적 의무에 근거를 둔  
것으로 이러한 친자관계를 지배하는 도덕은 인류의 대본이요 보편적 도덕원  
리로서 법과 도덕이 구별된다 할지라도 사회도덕의 유지를 위한 형법의 역할  
을 전적으로 부정할 수는 없으며 존속살해의 경우 그 형벌가중은 패륜으로  
인한 책임가중에 근거가 있다고 하여 합헌성을 주장하는 견해가 있으나, 자  
(子)의 친(親)에 대한 도덕적 의무가 친(親)에 의한 상습적 폭력에 있어서도  
해당되는지 이 점에 대하여 본격적으로 효(孝)의 문제를 논의해야 한다면 이  
는 이미 형법의 범위를 넘어서는 것이라 할 것이므로 자가당착의 우를 범  
하고 있다 할 것입니다. 더군다나 위에서 본 바와 같이 존속살해의 경우  
패륜적인 원인으로 인한 경우는 전체의 7.1%에 불과하다면 합헌론의 근거  
는 어디에서 찾을 것인지 의문입니다.

도리어 이는 발생사적으로 따져 보면 자식에 대해 가장 내지 보호자 또는 권  
력자시(權力者視)되어 온 어버이에 대한 반역으로서 주인을 죽인 것이라고 칭  
해 온 어버이의 살해에 대한 중벌의 관념에서 유래되어 오는 것을 이른바 순  
풍미속의 이름으로 온존시켜 온 것이고, 봉건적 반민주주의적, 반인권적 사상을

바탕으로 하고 있다 할 것입니다. 더군다나 이는 존속에 의한 상속적인  
에 국가가 개입하지 않고 있는 태도와 균형이 맞지 않습니다.

따라서 그 합리적 근거를 찾을 수 없는 가중처벌규정은 평등원칙에 위배되어  
위헌이라 할 것입니다.

#### 라. 헌법 제17조 사생활의 자유 침해 여부

위에서 본 바와 같이 결국 존속관련범죄의 가중처벌규정이 효의 문제로 넘어  
간다면 이는 별도로 살인죄의 일반규정에 의하여 처벌하는 것보다 가중처벌  
함으로써 개인의 윤리의 문제에 직접 개입하는 것이고 따라서 이는 사생활의  
불가침원리에 위배되는 것으로서 위헌이라 할 것입니다.

#### 마. 헌법 제36조 위반여부

개인의 존엄과 평등원칙을 가족생활에까지 적용될 것을 명시한 헌법 제36조  
제1항에 의하면 가족구성원 각각은 가정의 주체로서 존엄성이 인정되며 평등  
하다. 따라서 봉건적 의미의 가부장제는 설자리가 없는 것입니다. 만약 가중  
처벌의 위하력에 의하여 효를 강요한다면 이러한 평등한 관계에 기초한 상호  
존중과 사랑에 기초한 가족관계와는 공존할 수 없다 할 것입니다. 이와 함께  
부(父)에 의한 상속적 폭력하에 놓인 가족구성원들을 구하기 위하여 국가가  
개입하지 않는 태도 역시 이러한 헌법규정의 취지에 위배된다 할 것입니다.

제36조 제2항에서는 국가에 의한 모성의 보호의무를 규정하고 있습니다. 모성  
은 단순히 자식을 낳고 기르는 동물적인 관계만을 의미하는 것이 아니라 사  
회화과정까지도 포함하는 것입니다. 부(父)에 의한 상속적 폭력하에서는 모  
(母)와 자녀들 모두가 피해자가 됩니다. 부에 의한 폭력은 살인까지도 나아가  
는 육체적인 가해행위라는 직접적인 피해 뿐 아니라 자녀들을 탈선에 이르게  
하는 계기가 되기도 합니다. 뿐만 아니라 모와 다른 형제자매들을 부에 의한  
폭력으로부터 구하기 위하여 자녀가 부를 폭행, 살해하고 그로 인하여 존속관  
련범죄로 가중 처벌됨에 이르면 모성은 피해해 질대로 피해해지는 것입니  
다. 존속살해의 경우 피해자의 가족들이 가해자의 처벌을 원치 않는 것은 이  
러한 관계를 대변합니다.

#### 바. 헌법 제37조 제2항 과잉금지원칙 위반 여부

##### (1) 입법재량의 한계

형사처벌 규정이 과잉금지 원칙에 위배되지 않기 위하여는 그 입법목적이  
헌법 및 법률의 체계상 정당성이 인정되고, 그 목적 달성을 위하여 그 방법  
이 효과적이고 적절하여야 하며, 입법권자가 선택한 기본권 제한의 조치가  
입법목적달성을 위하여 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색  
함으로써 기본권의 제한이 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하며, 그 입

법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호 공익이 더 커야 합니다. 그리고 범죄의 규정 및 그에 대한 형벌의 정도는 원칙적으로 입법자가 우리의 역사와 문화, 입법당시의 시대적 상황과 국민일반의 가치관 내지 법감정, 범죄의 실태와 죄질 및 보호법익 그리고 범죄예방효과 등을 종합적으로 고려하여 결정하여야 할 국가의 입법정책에 관한 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정된다고 합니다.

그러나, 재량도 그 일탈이나 남용이 있으면 위헌이라 할 것입니다.

## (2) 한계일탈

그러면 친자간의 효라는 도덕을 관철하기 위하여 가중처벌의 위하력을 배경으로 하여 강제하는 것이 적절한가.

친자간의 효라는 봉건적 관념부터가 문제입니다. 앞에서 보았듯이 우리 헌법상 요청되는 가족관계는 각각의 존엄성과 평등에 기초한 가족관계입니다. 이것이 종래의 효의 개념과 같거나 다른지를 판단하는 것은 본건 신청과 아무런 관련이 없습니다. 그러나 우리 헌법상 요청되는 것이 존속관련범죄를 가중처벌하는 근거가 되는 그 효와 동일한 것이라면 유독 존속에 대한 범죄만을 가중처벌하는 것은 아무런 설명도 되지 않는 것입니다. 가족에 의한 가족에 대한 범죄를 모두 가중처벌한다면 위 헌법조항에 합치하는 규정이 될 것입니다. 그렇지 않은 현재의 가중처벌규정은 결국 봉건적인 의미의 친자관계(그것을 효라고 부르건 부르지 않건 달라질 것은 없으나 이를 효라고 부름으로써 감정적으로 호소하려 한다면 이는 국민에 대한 기만이 될 것입니다)를 강제하는 것에 다름아니라 할 것입니다. 그렇다면 이미 이 가중처벌규정은 그 목적에 있어 헌법적 정당성을 잃고 있는 것입니다.

수단의 면에 있어서도 윤리의 문제를 형벌로써 강요하는 것은 부당합니다. 다만 적어도 패륜적인 존속살해가 급격히 증가하여 이것이 가족관계를 파탄에 이르게 하여 사회질서를 흔들리게 할 지경에 이른다면 이에 대한 형사적 개입은 가능합니다. 그러나 앞에서 보았듯이 존속살해의 발생이 특별히 늘어나지도 않고 있고 패륜적이라고 불릴만한 존속범죄는 극소수에 불과하다면 형사적 개입의 근거는 없습니다. 설사 형벌규정을 둘지라도 패륜적 범죄를 별도로 구분할 수 있는 구성요건을 마련하여야지 존속이 피해자라는 이유만으로 가중처벌한다면 이는 책임에 기초하지 않은 형벌로 죄형법정주의에 위반된다 할 것입니다.

그러므로 존속관련범죄의 가중처벌규정은 과잉금지원칙에 반하여 위헌이라 할 것입니다.

#### 4. 결어

앞에서 살펴본 바와 같이 형법 제259조 제2항은 위헌이라고 판단되므로, 신청  
소송대리인은 귀원에 위헌법률심판을 제청해주실 것을 신청하기에 이르렀습니다.

20○○년 ○월 ○일

신 청 인 ○ ○ ○ (인)

○ ○ 지 방 법 원 ○ ○ 지원 귀중