



여성 · 가족 관련 법제의 실효성  
제고를 위한 연구(II) :

# 간통죄에 대한 심층분석

박선영 · 송호진 · 구미영 · 김정혜 · 유혜경

2014

연구보고서- 16- 1



한국여성정책연구원

Korean Women's Development Institute



---

**여성·가족 관련 법제의 실효성  
제고를 위한 연구(Ⅱ)  
: 간통죄에 대한 심층분석**

---

연구책임자 : 박 선 영 (본원 선임연구위원)

공동연구자 : 송 호 진 (본원 연구위원)

구 미 영 (본원 부연구위원)

김 정 혜 (공익인권법재단 공감 객원연구위원)

유 혜 경 (본원 위촉연구위원)



**한국여성정책연구원**  
Korean Women's Development Institute

**여성·가족 관련 법제의 실효성  
제고를 위한 연구(Ⅱ)  
: 간통죄에 대한 심층분석**

본 연구보고서는 우리 원 연구윤리규칙에 위배됨이 없이 연구윤리를 준수하여 작성되었음을 서약합니다.

이 보고서를 다음과 같이 인용해 주십시오.

박선영 · 송효진 · 구미영 · 김정혜 · 유혜경(2014). 여성 · 가족 관련 법제의 실효성 제고를 위한 연구(Ⅱ): 간통죄에 대한 심층분석. 서울: 한국여성정책연구원

한국여성정책연구원(구 한국여성개발원)은 국무총리실 산하 정부출연 연구기관으로, 한국의 여성정책에 대한 종합 연구를 통해 양성평등 실현, 여성의 사회참여 확대 및 복지 증진, 가족 그리고 국가 발전에 기여하는 여성정책 Think-Tank이다.

## 발 간 사

우리 사회에서는 그간 성평등 실현을 위해 다양한 입법적 조치들이 이루어졌습니다. 그러나 안타깝게도 여성들의 현실에는 커다란 변화가 보이지 않습니다. 법과 현실간의 괴리를 좁히기 위해서는 다양한 노력이 필요하고, 그 중 하나가 여성·가족 관련 입법의 실효성을 높이는 것입니다.

본 원은 이를 위해 2013년부터 10년간 여성·가족 관련 법률 중 현안이 되는 법제에 대한 심층 분석과 외국의 입법례 등을 구체적으로 검토하여 여성·가족 관련 법률 내용에서 입법적 보완이 필요한 부분은 없는지, 성별간의 현실적인 차이를 고려하면서 양성평등을 촉진하기 위해 관련 법률이 규범력을 발휘할 수 있도록 개선될 필요는 없는지 등을 계속적으로 점검하여 그 결과를 토대로 여성·가족 관련 법제의 실효성 제고방안을 모색하고 있습니다.

이 연구의 첫해인 2013년에는 낙태 규제에 대한 심층 분석과 여성의 정치적·경제적 대표성 제고를 위한 외국의 입법례 분석 그리고 여성가족관련 법제의 입법과제를 제안한 바 있습니다.

두 번째 해인 2014년에는 간통죄에 대한 심층 분석을 통해 관련법의 개선방안을 마련하였습니다. 또한 출생등록의무자와 스토킹 규제에 관한 외국의 입법례를 조사분석하여 입법안을 제안하였습니다. 마지막으로 여성·가족 관련 법제의 실효성 제고를 위한 입법과제를 제시하였습니다.

이상의 연구결과가 국회의 입법 활동을 성인지적으로 강화하는데 유용한 자료로 활용되길 기대합니다.

끝으로 이 연구는 많은 분들의 도움으로 완성되었습니다. 한 해동안 많은 노력을 아끼지 않으신 연구진의 노고에 감사드립니다. 바쁘신 중에도 자문

과 논평을 해 주신 여러분께도 진심으로 감사드립니다. 특히 한 해 동안  
‘젠더와 입법포럼’을 함께 주최해 주시고 관심을 가져주신 국회여성가족  
위원회, 한국젠더법학회, 한국사회법학회 등에 진심으로 감사드립니다.

2014년 12월

한국여성정책연구원

원 장 이 명 선

## I. 서론

### 1. 연구의 필요성 및 목적

간통죄는 기혼여성의 성을 통제하기 위한 수단으로 활용되어 왔다. 그러나 남녀평등차별주의가 적용된 이후에는 오히려 여성의 보호를 위하여 간통죄 존치가 필요하다는 주장이 나타났다. 사회적, 경제적 약자로서의 여성 보호에 대한 기대와 더불어 일부일처주의 혼인제도의 유지, 부부간 성적 성실의무 확보, 간통으로 인한 사회적 해악의 사전 예방 등은 간통죄를 옹호하는 주된 이유로 제시되었다. 이에 대하여 간통죄에 부정적인 입장은 개인의 내밀한 성적 문제에 형법이 개입하는 것이 타당하지 않다고 대응하였다. 더불어 간통죄가 여성의 보호에 필요하다는 주장에 대해서도 반론이 있다. ‘여성보호의 필요성’ 논변은 여성이 상대적으로 경제적 지위가 취약하고 이혼의 부정적 결과에 더 많이 노출되기 때문에 간통죄를 두어 이혼을 예방하여야 한다는 논리인데, 오히려 같은 이유로 여성은 남성에 비해 간통한 상대 배우자를 고소하고 이혼을 선택하기가 더욱 어렵다는 것이다. 이 같은 논의의 대립 속에서 우리 사회는 성문화와 가족관계, 성별관계는 지속적인 변화를 경험하였고 그에 따라 간통과 간통죄에 대한 인식, 태도, 간통 사례의 법적 판단에도 변화가 생겨나고 있다. 이러한 상황에서 본 연구는 간통죄의 의미와 간통죄에 대한 일반인의 태도를 살펴보고 간통 행위에 대한 범죄화의 실효성과 정당성을 재평가하고자 한다.

### 2. 연구 내용

본 연구는 제I장에서 이 연구의 목적 및 필요성, 그리고 연구의 내용과 방법 등을 살펴본다. 제II장에서는 간통죄에 대한 규범적 분석으로 간통죄의 연혁과 현행 법제의 구조를 살펴보고 지금까지 간통죄에 합헌 결정을 내린



4차례의 헌법재판소 결정례를 정리하여 헌법재판소의 간통죄 옹호 및 폐지 논리의 근거를 검토한다. 제III장에서는 일반 국민에게 간통죄는 어떤 의미인가? 간통죄는 성도덕의 영역을 다루고 있으며, 행위의 가벌성은 시대와 문화에 따라 달라질 수밖에 없으므로, 현 시점에서 간통과 간통죄가 어떻게 이해되고 있는지 살펴보기 위해 간통죄 관련 일반인 인식조사를 실시하여 그 결과를 분석하였다. 또한 간통죄 사건 처리에 관한 경찰, 검찰, 법원의 통계를 살펴봄으로써 일반인의 인식 및 태도와 실제 간통 사건 처리의 차이와 그 의미를 고찰한다. 제IV장에서는 이상의 내용을 종합하여 간통죄를 둘러싼 쟁점을 형사적 개입의 정당성 문제, 일반예방적 효과의 문제, 가정 보호의 실효성 문제, ‘여성보호 기능’의 문제 등을 검토한 후에 간통죄의 입법적 개선방향을 살펴본다.

### **3. 연구 방법**

문헌연구를 통하여 간통죄의 연혁과 간통죄 규제 입법례를 분석하고, 그 간 간통죄의 위헌 여부를 판단한 4차례의 헌법재판소 결정례를 검토하였다. 더불어 간통죄의 성별영향을 살펴보기 위하여 경찰 및 검찰, 법원의 사건 처리 통계를 수집하여 분석하였다. 또한 일반인의 간통 경험과 간통에 대한 태도, 간통죄에 대한 태도를 살펴보기 위하여 전국 2,000명의 성인 남녀를 대상으로 한 설문조사를 실시하였다. 마지막으로 일반인 인식 조사 및 조사 결과 분석을 위하여 자문회의를 개최하고 의견을 수렴하였다. 학계전문가, 여성단체 활동가, 변호사 등에 대한 자문을 실시하여 인식 조사 설계와 조사 결과 분석에 의견을 반영하였다.

## **II. 간통죄 관련 법제 및 헌법재판소 결정례 분석**

### **1. 간통죄 연혁 및 현행법의 내용**

#### **가. 간통죄의 연혁**

1905년 제정된 대한제국 형법은 기혼여성이 간통한 경우에 간통한 여성과 그 상간자를 6월 이상 2년 이하의 징역에 처하도록 하였다. 일제시대에는 일본 구형법을 원용하여 마찬가지로 기혼여성의 간통에 대해서만 간통한 여성과 그 상간자를 2년 이하의 징역에 처하도록 하였다. 정부 수립 후 형법 제정 당시 여성의 간통만을 처벌하는 것이 봉건적이라는 비판과 함께 간통죄 존치 여부에 대한 논란이 일어났다. 법전편찬위원회는 간통죄 폐지 결론을 내렸지만 정부에서는 간통죄를 삭제하지 않은 형법 초안을 국회에 넘겼다. 그 결과 남녀를 동일하게 처벌하되 친고죄로 두는 형태의 법안이 단 한 표 차이로 국회를 통과하게 되었다. 이후 1985년 형사법 개정특별위원회 소위원회, 1989년 법무부 형법개정소위원회, 1990년 헌법재판소, 2010년 형사법개정특별분과위원회 등에서 간통죄 폐지 의견을 내놓았지만 반영되지 않았다.

#### **나. 현행법의 내용**

간통죄를 규정한 현행 형법 제241조는 유배우자의 간통에 대하여 간통한자와 상간자를 모두 처벌하도록 하고 있다. 여기서 배우자는 법률상의 배우자를 의미하므로 사실혼 관계에 있는 사람이 미혼자와 성관계를 가진 경우에는 간통죄가 성립하지 않는다. 법률상 배우자 관계에 있으면 족하고 사실상 동거관계에 있어야 하는 것은 아니다. 처벌을 위해서는 배우자의 고소가 있어야 하며, 배우자가 간통을 중용 또는 유서한 때에는 고소할 수 없다. 혼인이 이미 해소된 경우를 제외하고 배우자는 간통 고소 전에 이혼소송을 먼저 제기하여야 한다. 다시 혼인을 하거나 이혼소송을 취하한 때에는 고소가 취소된 것으로 간주한다(형사소송법 제229조). 이혼소송의 결과 혼인이 해소되었는지 여부는 간통죄의 성립과 무관하다.

### **2. 간통죄에 대한 헌법재판소 결정례 분석**

#### **가. 결정 요지**

간통죄는 그간 4차례에 걸쳐 헌법재판소에서 합헌 결정을 받았으며, 이후 2011년 의정부지방법원에서 간통죄에 대한 위헌법률심판을 제청하여, 2014년 9월 현재 헌법재판소에 계류중이다.

간통죄에 대한 헌법재판소의 첫 결정(헌법재판소 1990.9.10. 선고, 89헌마82)은 1990년에 선고되었다. 6:3으로 합헌 의견이 우세하였는데, 선량한 성도덕, 일부일처주의 혼인제도의 유지, 가족생활의 보장, 부부간 성적 성실의무 수호, 간통으로 인한 사회적 해악의 사전예방 등을 위하여 간통을 처벌하는 것은 성적 자기결정권의 본질적 내용을 침해하는 것이 아니어서 인간의 존엄과 가치, 행복추구권의 부당한 침해에 해당하지 않고, 혼인과 가족생활의 유지·보장 의무에 위반되지 않는다고 판시하였다.

제2차 결정(헌법재판소 1993.3.11. 선고, 90헌가70)은 제1차 결정이 있은 뒤 2년 6개월만에 내려졌다. 헌법재판소는 제1차 결정에서 이미 간통죄가 헌법에 위반되지 않는다고 판시하였고 이를 달리 판단하여야 할 사정변경이 있다고 인정되지 않아 그 결정을 그대로 유지한다고 하였다.

제3차 결정(헌법재판소 2001.10.25. 선고, 2000헌바60)은 8:1로 이전에 비해 합헌 의견이 더 늘어났다. 합헌 의견은 선량한 성도덕, 일부일처주의 혼인제도의 유지, 가족생활의 보장, 부부간의 성적 성실의무 수호, 간통으로 인한 배우자와 가족의 유기, 혼외자녀 문제, 이혼 등 사회적 해악의 사전예방을 위하여 간통의 규제는 불가피하고 간통죄 규정은 성적 자기결정권에 대한 필요최소한의 제한이라고 보았다.

2008년에 선고된 제4차 결정(헌법재판소 2008.10.30. 선고, 2007헌가17)은 이전의 세 차례 결정과 달리 합헌 4인, 위헌 4인, 헌법불합치 1인으로, 위헌 결정을 위한 정족수 미달로 합헌결정이 내려졌으나 합헌 의견이 소수인 최초의 결정이었다. 합헌 의견으로는 간통죄 조항이 혼인관계 보호, 사회질서유지를 위하여 간통 및 상간행위를 제재하는 것은 정당한 입법 목적 달성을 위한 적절한 수단이 되는 것이며 형벌을 제재 수단으로 선택한 것은 입법형성의 자유에 속하는 영역이라는 것과 간통죄의 처벌은 위헌이 아니나 구체적 행위태양의 고려 없이 간통이라는 하나의 개념으로 일률적으로 형벌을 부과하는 것은 부당한 결과를 초래할 우려가 있다고 하면서 입법 개

선을 촉구하는 의견이 있었다. 이와는 달리 간통죄 조항이 성적 자기결정권, 사생활의 비밀과 자유를 제한하여 위헌이라는 의견과 도덕적 비난에 그쳐야 할 행위이거나 비난가능성이 없거나 근소한 행위와 같이 국가형벌권 행사의 요건을 갖추지 못한 간통 행위에까지 형벌을 부과하는 등 국가형벌권을 과잉행사하여 헌법에 합치되지 않는다는 헌법불합치 의견이 있었다.

#### **나. 합헌 의견**

헌법재판소의 합헌 의견은 간통죄가 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 신체의 자유, 사생활의 비밀과 자유, 평등권, 혼인과 가족생활의 권리 등 기본권을 제한하지만 그것은 부당한 침해가 아니며, 책임과 형벌 간의 비례원칙에도 반하지 않는다고 보았다. 간통죄에 반대하는 입장은 윤리의 문제를 형벌로써 규제하는 것이 부당하다고 주장하지만, 간통행위로 인하여 혼인과 가족생활의 해체 등 사회적 해악이 초래될 가능성이 높다면 이는 단순한 윤리 문제만은 아니라는 것이다. 따라서 사회적 해악을 사전에 예방하기 위하여 간통의 행위태양에 무관하게 형벌을 부과하는 것은 현저히 자의적인 판단일 수는 없고, 고소요건을 엄격하게 하여 간통죄로 인한 자유의 제한을 최소화하고 고소권 남용을 방지할 장치를 두고 있으므로 기본권의 과도한 제한은 아니라고 한다. 또한 남녀평등처벌주의를 취하고 있어 평등이 침해되지 않으며, 법정형의 선택에는 입법자의 재량이 인정되어야 하는데 경미한 벌금형은 위하력을 갖기 어렵고 법정형의 상한이 높지 않아 책임에 맞는 형벌을 선고할 수 있는 수준이라고 본다.

#### **다. 위헌 또는 헌법불합치 의견**

간통죄가 헌법에 부합하지 않는다고 보는 입장에는 첫째, 간통죄를 형사처벌하는 것 자체가 부당하다고 하는 의견이 있다. 도덕에 반하는 행위를 모두 형사처벌하여야 하는 것은 아니고, 현대 형법은 도덕에 반하는 행위라도 본질적으로 사생활 영역에 속하고 사회유해성이 없거나 법익 침해가 명백하지 않으면 비범죄화하는 경향을 보이고 있다고 한다. 간통죄는 또한 실

효성을 기대하기도 어려운데, 혼인과 가족의 유지는 형벌로써 강제할 수 있는 영역이 아니며, 이미 간통이 일어난 뒤에는 입증과정이 혼인의 파탄을 더욱 강화시키는 문제마저 있기 때문이다. 실제 처벌 사례가 급감하고 있는 현실은 간통죄의 실효성에 더욱 의문을 제기하게 한다. 한편 간통죄의 여성 보호 기능은 사회적 변화로 그 기능이 상실되었거나 오히려 여성에게 불리한 효과를 야기하기도 한다는 점을 지적하고 있다. 둘째, 간통죄를 형사처벌하는 것 자체에는 위헌성이 없다고 하더라도 반사회성이 약한 간통 행위까지 형사처벌하는 것은 헌법에 위배된다는 의견이다. 비난가능성이 높고 형사적 규제가 필요한 간통 행위가 있는 반면 혼인관계가 이미 파탄에 이른 상태에서 이루어진 간통이나 가정의 파탄 의사가 없는 1회성 간통 등은 혼인과 가족생활을 위협한다고 보기 어려운데 행위태양에 무관하게 규제 대상으로 삼는 것은 국가형벌권의 지나친 간섭이어서 헌법에 부합하지 않는다는 것이다. 이와 더불어 간통죄의 형사처벌이 합헌이라 하더라도 징역형만을 법정형으로 두고 있는 것이 과잉금지원칙에 위배된다는 의견도 있다.

### III. 간통죄에 대한 일반인 조사 분석

#### 1. 일반인 조사 개요

전국 만 19세 이상 남녀 2,000명을 대상으로 간통 경험 및 태도 조사를 실시하였다. 조사 방법은 인터넷 패널 조사로서, 조사 기간은 2014년 6월 24일부터 6월 27일까지이다. 수집된 자료는 코딩을 거쳐 SPSS로 통계처리하였다. 설문은 간통죄에 관한 선행연구, 헌법재판소 결정문 등 간통 및 간통의 규제에 대한 의견을 살필 수 있는 문헌을 검토하고 전문가 자문과 파일럿 조사를 거쳐 완성하였다. 설문에서는 간통 경험, 간통에 대한 태도, 간통의 규제에 대한 태도를 조사 범위로 정하고 시대 변화에 따른 경험 및 태도 변화를 살펴보기 위하여 조사결과를 선행연구와 비교할 수 있는 문항을 포함하였다.

## 2. 일반인 조사 결과 및 간통죄의 실태

### 가. 응답자 특성

전체 대상자 2,000명 중 여성은 976명, 남성은 1024명으로 48.8%, 51.2%의 비율을 보였다. 이를 연령으로 구분하였을 때, 19~29세에 포함되는 경우는 452명, 30~39세의 경우는 494명, 40~49세의 경우는 553명, 50~59세는 501명이었다. 응답자의 거주지는 대도시가 55.1%로 가장 높았고 중소도시 36.2%, 읍/면 7.7%, 농어촌 1.1% 순이었다. 기혼인 응답자가 1175명, 미혼인 응답자가 713명이었으며, 나머지는 이혼, 동거, 사별, 별거의 상태를 보였다. 자녀가 없는 경우는 873명, 자녀가 있는 경우는 1127명으로 이 중 2명의 자녀를 가진 경우가 692명으로 가장 많았고, 1명의 자녀를 가진 경우는 299명, 3명 이상의 자녀를 가진 경우는 136명이었다.

### 나. 간통 경험

실제로 간통이 얼마나 발생하고 있는지 알아보기 위하여 본인의 간통 경험을 질문하였다. 간통 경험은 성별에 따라 큰 차이를 보였다. 남성은 결혼 후 간통 경험이 있는 비율이 36.9%인 반면 여성은 6.5%만이 결혼 후 간통 경험을 보고하였다. 대체로 남성의 간통 경험이 더 많을 것이라는 일반적 인식에 부합하는 결과이다. 또한 본인에게 배우자가 없을 때 유배우자와 성관계를 가진 경우를 포함하여, 간통죄로 처벌받을 수 있는 전체 간통경험은 전체 응답자의 23.6%였다. 유배우 응답자의 결혼 후 간통 경험에 비하여 전체 간통 경험에서 성별 차이가 줄어드는 것은 간통 행위 당시 본인의 혼인 여부에서 성별 차이를 보이기 때문이다. 남성은 혼인 중의 간통이, 여성은 혼인 전이나 혼인 해소 후의 간통이 더 많았다. 혼인상태에 따라서는 미혼 집단은 12.1%가 유배우자와 성관계 경험이 있다고 응답하였다. 남성은 13.4%, 여성은 10.4%로 남성의 경험률이 좀 더 높았지만 다른 집단에 비하여 성별 차이가 상대적으로 적었다. 별거를 제외한 기혼 집단은 혼인 전에 유배우자와 또는 혼인 중에 배우자 외의 이성과 성관계 경험이 있는 비율

이 29.1%로 나타났다. 기혼 집단은 성별 차이가 뚜렷이 나타난다.

#### 다. 간통에 대한 태도

상황별·주제별 간통에 대한 태도를 알아보기 위하여 가상 사례를 몇 가지 제시하고 허용도를 확인하였다. 첫 번째 상황은 ‘부부관계가 원만한 맞벌이 부부관계에서 업무상 알게 된 이성과 성관계를 가진 경우’이다. 조사 결과 위와 같은 상황에서 남편이 간통을 하였다면 16.2%, 아내가 간통을 하였다면 9.2%가 ‘경우에 따라서는 용납할 수 있다’고 답하여, 남성의 간통에 대한 허용도가 더 높은 것으로 나타났다. 두 번째 상황은 ‘결혼 후 오랫동안 부부관계가 원만하지 않았고 이제는 애정이 거의 남아있지 않으며 자녀가 없는 부부관계에서, 동호회에서 만난 이성과 몇 차례 개인적으로 호감을 갖고 만나다가 성관계를 가진 경우’이다. 간통에 대한 태도에 자녀 유무가 영향을 주지 않도록 하기 위하여 무자녀 상황으로 제한하였다. 그 결과 남편의 간통에 대해서는 27.9%, 아내의 간통에 대해서는 23.7%가 경우에 따라 허용가능하다고 응답하였다. 이는 부부관계가 원만한 사례에 비하여 각각 11.7%, 14.5% 더 높은 수치이다. 마지막은 ‘결혼한 지 10년 된 부부가 이혼에 합의하고 별거중인 상황에서 별거 후 만난 이성과 성관계를 가진 경우’이다. 앞선 두 사례에 비하여 허용도가 매우 높았다. 먼저 남편의 간통에 대해서는 77.9%, 아내의 간통에 대해서는 76.6%가 경우에 따라 허용가능하다고 응답하여, 부부관계가 원만하지 않고 무자녀인 사례에 비해서도 2배 이상의 허용도를 나타냈다. 이상의 결과는 성별에 따른 이중적 성윤리의 존재를 보여준다. 여성의 간통보다는 남성의 간통이 사회적으로 더 수용되는 것이다. 그리고 이러한 태도는 주로 남성 응답자에게서 나타났다. 여성 응답자는 간통 주체의 성별에 따른 의견 차이가 적은 반면 남성 응답자는 남편의 간통과 아내의 간통에 대한 허용도에서 뚜렷한 차이를 보였다.

간통에 대한 일반적인 태도와 자신의 배우자의 간통에 대한 태도에는 차이가 있을 수 있고, 배우자의 간통을 고소할 것인지 여부는 자신의 배우자의 간통에 대한 태도와 더 연관성이 있기 때문에 자신의 배우자가 간통한

경우의 허용도를 측정하였다. 먼저 성매매를 제외하고 자신의 배우자가 다른 이성과 성관계를 맺었다고 가정하고 ‘경우에 따라서는 용납할 수 있다’, ‘어떤 경우든 용납할 수 없다’ 중에서 선택하도록 한 결과, 전체 응답자의 15.0%가 ‘경우에 따라서는 용납할 수 있다’는 입장을 보였다. 성별로는 남성의 21.3%, 여성의 8.3%가 허용가능하다고 답하여 배우자의 간통에 대해 여성이 더 부정적인 태도를 취하고 있음을 알 수 있었다. 반면, 성매매를 통한 간통에 대한 허용도를 살펴보면, 여성 응답자의 10.5%가 남편의 성매매를 ‘경우에 따라 용납할 수 있다’고 보았고, 남성 응답자는 15.7%가 마찬가지로 허용가능하다고 하였다. 남편의 성매매 외 간통에 대한 여성 응답자의 허용도가 8.3%였던 것에 비하면 성매매 간통의 허용도가 더 높게 나타났음을 알 수 있었다. 남성 응답자의 경우는 아내의 성매매 외 간통에 대한 허용도가 21.3%인 것에 비하여 성매매 간통의 허용도가 더 낮았다.

#### 라. 간통의 규제에 대한 태도

우선 간통죄에 대한 일반적 태도와 존폐 의견이 내포하는 의미를 살펴보았다. 간통죄의 구성요건에 대한 이해를 확보하기 위하여 간통의 법적 정의를 제시한 다음 간통죄가 있어야 한다고 생각하는지 의견을 물었다. 그 결과 ‘간통죄가 있어야 한다’는 의견이 60.4%로 가장 많았고, ‘원칙적으로는 없어져야 하지만 아직은 이르다’는 의견이 21.2%, ‘없어져야 한다’는 의견이 18.5% 순으로 나타났다. 그런데 ‘간통죄가 있어야 한다’는 의견이 모두 현행 법과 같은 형태의 간통죄를 지지하는 것이라고 볼 수는 없다. 따라서 응답자들이 어떤 모습의 ‘간통죄’의 존치를 원하는 것인지 살펴보았다. 그 결과는 현재와 같은 징역형이 적절하다는 입장은 36.6%에 불과하였고, 징역형으로 처벌하는 것이 적절하지 않다는 입장이 63.4%로 나타났다. 국가가 개입해서는 안 된다는 의견도 그 중 8.9%를 차지하였다. 징역형 외의 규제를 내용별로 살펴보면, 이혼시 위자료·양육권 등에서 불이익을 주는 방법(27.0%), 손해배상(22.5%), 벌금형(5.1%) 순이었다. 성별에 따른 의견 차이를 살펴보면, 남성은 징역형이 부적절하다는 의견이 68.8%였고, 개입해서는 안 된다는 의견도 13.5%였다. 반면 여성은 남성보다 징역형을 더 많이



지지하여, 징역형이 부적절하다는 의견이 57.7%였다. 간통죄의 존폐에 대한 의견별로 적절한 규제에 대한 의견을 살펴보면, 간통죄 존폐 의견의 의미가 좀 더 선명하게 드러난다. ‘간통죄가 있어야 한다’고 선택한 응답자 중 현재와 같은 징역형이 적절하다는 응답은 52.4%로 절반 수준에 지나지 않았다.

징역형이 적절하다고 생각하는 이유로는 가족의 피해나 가정 파탄 예방 기능이 38.3%로 가장 많았고, 성적 성실의무 위반 행위 규제 기능이 32.5%로 두 번째로 많았다. 간통 규제 방법으로 징역형 외의 규제가 적절하다고 한 응답자들에게 간통을 징역형으로 처벌하는 것이 적절하지 않다고 생각하는 이유를 물었다. 1순위 조사 결과는 성인간의 합의에 따른 성관계를 징역형으로 처벌하는 것이 부당하기 때문이라는 응답이 37.4%로 가장 많았다. 그 다음으로 경제적 불이익을 주는 방법이 더 적절하기 때문이라는 응답이 28.2%, 간통 예방 효과가 별로 없다는 응답이 16.1%, 성별에 따른 차별적 적용이 9.5%, 악용 가능성이 있다는 응답이 8.8% 순이었다.

간통죄의 예방적 효과에 대한 기대는 높지 않았다. ‘간통죄는 남편의 외도를 예방하는 데 도움이 된다’, ‘간통죄는 아내의 외도를 예방하는 데 도움이 된다’를 제시한 뒤 ‘전혀 그렇지 않다’에서 ‘매우 그렇다’까지 5점 척도로 응답하도록 하였다. 그 결과는 ‘간통죄가 남편의 외도를 예방하는 데 도움이 된다’는 데 대해서는 45.2%, ‘간통죄가 아내의 외도를 예방하는 데 도움이 된다’는 데 대해서는 46.0%가 ‘매우 그렇다’ 또는 ‘그렇다’고 답하였다.

간통죄의 실효성을 살펴보기 위하여 본인의 배우자가 간통을 저질렀을 경우 어떻게 할 것인지 질문하였다. 일회성 간통인 경우에도 헤어지겠다는 응답이 57.5%로 절반을 넘어 혼외 성관계에 대해 부정적인 태도를 보여주고 있다. 그러나 ‘간통죄로 고소하여 징역을 살도록 하고 헤어지겠다’는 응답은 17.4%에 불과하였다. 또한 다른 이성과 몇 차례 호감을 갖고 만나다가 성관계를 한 경우는 응답자 중 78.5%가 헤어지겠다고 답하였다. 이는 일회성 간통에 비하여 21.0% 더 높은 수치이다. 그러나 이때에도 고소하지 않겠다는 응답이 64.4%에 달하였다. 성별 의견 차이를 살펴보면 ‘고소하지 않고 헤어지겠다’는 응답이 남녀 모두 가장 많았지만 여성 집단은 ‘고소하고 헤

어지겠다’는 응답도 많았다. 고소하겠다는 응답은 여성 40.6%, 남성 30.9%로, 간통죄로 고소하겠다는 여성이 남성보다 9.7% 더 많았다.

#### 마. 간통 사건의 동향과 성별영향

검찰의 간통죄 접수 건수 및 처리 결과를 살펴보면, 1994년 접수 건수는 16,175건이었던 데 반해 사건수가 가장 적었던 2010년에는 3,961건으로 16년만에 약 1/4 수준으로 급감하였다. 또한 배우자가 고소를 하더라도 기소되어 실행 선고까지 이어지는 사례는 적는데, 기소율은 1994년 25.5%에서 점차로 감소하여 1997년에는 13.5%까지 하락하였다가 그 이후 다시 증감을 반복하였고 2011년 이후에는 재차 20% 아래로 떨어졌다. 2012년 전체 형법범 기소율은 24.6%로 간통범의 기소율이 4.7% 낮다. 간통죄 범죄자 처분결과의 경우, 2012년 간통죄로 기소된 853건 중 구속 사건은 단 4건으로 0.5%만이 구속기소되었다. 전체 형법범의 경우 기소 건수 307,760건 중 구속은 20,710건으로 6.7%에 해당함을 볼 때, 간통죄의 구속률이 매우 낮음을 알 수 있다. 정리하면, 간통은 증가하였지만 간통에 대한 고소는 적고, 고소가 있더라도 수사, 재판 과정에서 고소를 취소하는 사례가 많다. 수사는 불구속으로 진행되며 대부분 집행유예가 선고되고 있다. 이처럼 간통죄에 대한 처벌은 점차로 약화되고 있는 추세이다.

또한 검찰의 사건 처리 결과에서 성별에 따른 차이를 발견할 수 있었다. 형법범 전체의 기소율은 여성(20.8%)에 비하여 남성(25.4%)이 더 높다. 반면 간통죄의 기소율은 성별의 차이가 오히려 역전된다. 남성 기소율은 18.9%, 여성은 21.0%로 여성이 2.1% 더 높게 나타났다. 즉, 남성이 여성 배우자의 간통을 고소하고 고소를 끝까지 유지하는 비율이 여성이 남성 배우자의 간통을 고소하고 고소를 유지하는 비율보다 훨씬 더 높을 것임을 추측하기는 어렵지 않다. 이는 기혼남성의 간통이 더 많이 발생하고 여성이 배우자의 간통을 고소하겠다는 태도를 더 많이 보였던 조사 결과와는 상반되는 것이다.

#### IV. 간통죄의 쟁점 및 입법적 개선방향

## 1. 간통죄의 쟁점

### 가. 형사적 개입의 정당성 문제

간통죄에 가장 먼저 제기하여야 할 질문은, 간통을 형사처벌로써 규제하는 것이 타당한가 하는 것이다. 개인의 사생활 영역이라 하더라도 형사적 규제가 필요한 경우가 있다. 그러나 간통은 폭행, 협박 등의 강제력이 사용되지 않은 성인간의 합의에 의한 성관계로서, 그 자체로 타인의 법익을 침해하지 않는다. 간통으로 인하여 발생할 수 있는 가정 파탄, 이혼, 배우자와 가족의 유기, 혼외 자녀 문제 등은 어디까지나 파생적인 위험 가능성에 불과한 것이지 간통의 필연적 결과가 아니다. 따라서 건전한 성도덕을 보호하고 부부간 성적 성실의무를 강제하기 위하여 형벌을 동원하는 것에는 무리가 있다.

### 나. 일반예방적 효과의 문제

간통죄의 일반예방적 효과를 기대하기 위해서는 간통을 저질렀을 때 반드시 처벌받는다든 예견가능성이 있어야 한다. 그러나 일반인 의식 조사 결과는 배우자의 간통을 고소하여 처벌받도록 하겠다는 의견보다 고소 위험만 하거나 고소하지 않고 헤어지겠다는 의견이 더 많았다. 점차로 간통죄 접수 건수는 급감하고 있고 수사 및 재판 도중의 고소취소로 불기소처분, 공소기각 판결로 이어지는 사례가 상당수에 이른다. 유죄가 선고되더라도 실형 선고는 줄어들고 특별한 사정이 없는 한 집행유예를 선고하는 경향이 나타나고 있다. 간통죄의 외도 예방 기능에 대한 일반인의 기대가 높지 않다는 조사 결과 또한 간통죄의 일반예방 효과에 대한 부정적인 태도를 반영하는 것이다.

### 다. 가정보호의 실효성 문제

간통죄는 상대 배우자의 고소를 요하는 친고죄이며, 이혼을 요건으로 한다. 따라서 간통죄로 고소하려면 이미 가정은 '보호'될 수 없다. 또한 간통죄

의 성립을 입증하는 과정도 가정보호와는 상반된다. 통상 간통 입증 과정은 배우자의 성관계를 입증하는 것으로 그 과정에서 부부관계는 오히려 악화되기 때문이다. 결국 간통이 이미 발생한 뒤에는 가정보호의 실효성이 없다. 가정은 관계로 유지되는 공동체이다. 간통으로 인하여 깨진 신뢰의 회복은 형사처벌의 위협을 통하여 확보되기 어렵다.

#### 라. ‘여성보호 기능’의 문제

간통죄가 사회적, 경제적 약자로서의 여성을 보호하는 기능을 하기 때문에 유지되어야 한다는 주장은 그 근거가 점차로 약화되고 있다. 물론 여전히 이혼한 남성보다는 여성에게 사회적 낙인이 더 크고, 혼인과 출산, 육아 등으로 인하여 여성의 경제적 능력이 감소하는 경우가 많으며, 여성은 재산권을 충분히 행사하고 있지 못하다. 이것은 형사처벌이라는 응보적 방식보다도 간통으로 인하여 발생한 손해를 보전하는 실효적 방안이 더 필요하다.

### 2. 입법적 개선방안

일반인 조사에서도 나타난 것처럼 간통 및 간통의 규제에 대한 일반국민의 태도에도 많은 변화가 있는 만큼, 형사법적 처벌보다는 간통으로 인한 배상책임을 현행 민법 영역에서 해결하는 것이 바람직하다.

간통죄를 폐지할 경우 간통 행위가 증가하고 그로 인한 피해가 늘어날 것이라는 우려가 있을 수 있고 실제로 그렇게 생각하는 국민이 적지 않게 존재하는 것도 사실이다. 그러나 간통죄를 폐지한 각국의 사례에서도 나타나듯 이 같은 우려는 근거가 약하고, 현재도 간통죄가 간통으로 인한 피해를 회복하여 주지는 못한다. 간통죄 폐지 이후 간통으로 인한 피해 구제 문제는 앞서도 살펴본 바와 같이 이혼 시 위자료나 양육권 상 이익, 손해배상 등 현행 민법 등 사법의 테두리 내에서 도모할 수 있다.



# 목 차

## 연구개요

1. 연구 목적 및 필요성 .....	1
2. 연구 내용 및 방법 .....	5
가. 연구내용 .....	5
나. 연구방법 .....	8

## I. 서론 ..... 13

1. 연구 목적 및 필요성 .....	15
2. 연구 내용 .....	17
3. 연구 방법 .....	18
가. 문헌연구 .....	18
나. 일반인 경험 및 태도 조사 .....	18
다. 자문회의 .....	19

## II. 간통죄 관련 법제 및 헌법재판소 결정례 분석 ..... 21

1. 간통죄 연혁 및 현행법의 내용 .....	23
가. 간통죄 연혁 .....	23
나. 현행법의 내용 .....	24
2. 간통죄에 대한 헌법재판소 결정례 분석 .....	25
가. 결정요지 .....	25
나. 합헌 의견 .....	29
다. 위헌 또는 헌법불합치 의견 .....	32
3. 소결 .....	36

## III. 간통죄에 대한 일반인 조사 분석 ..... 39

1. 일반인 조사 개요 .....	42
2. 일반인 조사 결과 및 간통죄의 실태 .....	44

가. 응답자의 특성 .....	44
나. 간통 경험 .....	46
다. 간통에 대한 태도 .....	48
라. 간통의 규제에 대한 태도 .....	55
마. 간통 사건의 동향과 성별영향 .....	72
3. 소결 .....	79

#### **IV. 간통죄의 쟁점 및 입법적 개선 방향 ..... 83**

1. 간통죄의 쟁점 .....	87
가. 형사적 개입의 정당성 문제 .....	87
나. 일반예방적 효과의 문제 .....	87
다. 가정보호의 실효성 문제 .....	88
라. ‘여성보호 기능’의 문제 .....	89
2. 입법적 개선방향 .....	90

■ 참고문헌 .....	93
■ 부록 .....	95
■ Abstract .....	107

## 표 목 차

〈표Ⅱ-1〉 간통죄에 관한 헌법재판소 결정례 .....	25
〈표Ⅲ-1〉 응답자의 특성 .....	45
〈표Ⅲ-2〉 혼인상태별 성별 간통 시기 .....	48
〈표Ⅲ-3〉 간통에 대한 적절한 규제 의견 .....	57
〈표Ⅲ-4〉 성별 간통에 대한 적절한 규제 의견 .....	58
〈표Ⅲ-5〉 배우자의 간통(성매매 외)에 대한 태도별 간통에 대한 적절한 규제 의견 .....	61
〈표Ⅲ-6〉 본인 또는 주변의 간통 경험별 징역형이 부적절한 이유의견 (1순위) .....	67
〈표Ⅲ-7〉 간통 경험별 배우자의 간통에 대한 대응방법: 몇 차례 만나다가 성관 계 .....	71
〈표Ⅲ-8〉 간통죄 접수 건수 및 처리 결과 .....	73
〈표Ⅲ-9〉 간통죄 범죄자 처분결과 (2012) .....	75
〈표Ⅲ-10〉 간통죄 신고 결과 .....	75
〈표Ⅲ-11〉 제1심 형사공판사건 성폭속에 관한 죄 재판 인원수 (2012) ...	76
〈표Ⅲ-12〉 성별 간통죄 범죄자 처분결과 (2012) .....	78



## 그림 목차

〈그림Ⅲ-1〉 성별 유배우 응답자의 결혼 후 간통 경험 .....	46
〈그림Ⅲ-2〉 성별 전체 간통 경험 .....	47
〈그림Ⅲ-3〉 상황별·주체별 간통에 대한 허용도 .....	50
〈그림Ⅲ-4〉 성별·상황별·주체별 간통에 대한 허용도 .....	51
〈그림Ⅲ-5〉 상황별·주체별 간통에 대한 허용도 비교 .....	53
〈그림Ⅲ-6〉 성별 자신의 배우자의 간통(성매매 외)에 대한 허용도 .....	54
〈그림Ⅲ-7〉 자신의 배우자의 간통(성매매)에 대한 허용도 .....	55
〈그림Ⅲ-8〉 간통에 대한 적절한 규제 의견 .....	57
〈그림Ⅲ-9〉 기혼·동거 여성의 본인 명의 재산 경제적 자립 가능성별 간통에 대한 적절한 규제 의견 .....	59
〈그림Ⅲ-10〉 간통죄 존치 입장의 간통에 대한 적절한 규제 의견 .....	60
〈그림Ⅲ-11〉 징역형이 적절한 이유 의견 (1순위) .....	62
〈그림Ⅲ-12〉 주변의 간통 경험별 징역형이 적절한 이유 의견 (1순위) ....	63
〈그림Ⅲ-13〉 징역형이 부적절한 이유 의견 (1순위) .....	64
〈그림Ⅲ-14〉 성별 징역형이 부적절한 이유 의견 (1순위) .....	65
〈그림Ⅲ-15〉 기혼·동거 여성의 본인 명의 재산 경제적 자립 가능성별 징역형 이 부적절한 이유 의견 (1순위) .....	66
〈그림Ⅲ-16〉 간통죄의 외도 예방 기능 의견 .....	68
〈그림Ⅲ-17〉 성별 배우자의 간통에 대한 대응방법: 단 한 번의 성관계 ..	69
〈그림Ⅲ-18〉 성별 배우자의 간통에 대한 대응방법: 몇 차례 만나다가 성관계 ..	70
〈그림Ⅲ-19〉 배우자의 간통(성매매 외)에 대한 태도별 배우자의 간통에 대한 대응방법: 몇 차례 만나다가 성관계 .....	72
〈그림Ⅲ-20〉 간통죄 피해자 성별 .....	77
〈그림Ⅲ-21〉 범죄자 성별 형법범 전체 및 간통죄 기소율 (2012) .....	78

# 연구 개요

1. 연구 목적 및 필요성	1
2. 연구 내용 및 방법	5

## 1. 연구 목적 및 필요성

우리나라의 여성·가족 관련 법제는 다른 영역에 비해 매우 빠른 속도로 발전하여왔다. 1987년 「남녀고용평등법」이 제정된 이후, 1994년에는 「성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률」, 1997년에는 「여성발전기본법」 및 「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」이 제정되었다. 또한 2000년에는 「청소년의 성보호에 관한 법률」, 2004년에는 「성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률」 및 「성매매방지 및 피해자 보호에 관한 법률」, 2012년에는 「성별영향분석평가법」이 잇따라 제정되었다.

뿐만 아니라, 기존 법제의 개정을 통한 획기적인 발전도 있었다. 2005년에는 호주제의 폐지를 주요 골자로 「민법」이 개정되었고, 2012년에는 성폭력범죄의 친고죄 규정을 폐지하는 내용으로 「형법」이 개정되었다. 2014년 2월에는 「양육비 이행확보 및 지원에 관한 법률」이 제정되어 자녀 양육에 대한 경제적 어려움을 겪는 한부모 가정이 양육비의 원활한 이행을 확보할 수 있는 지원 체계가 마련되었다. 이에 따라 미성년 자녀의 안전한 양육 환경을 조성할 수 있게 되었다. 그리고 같은 날 「성매매방지 및 피해자보호 등에 관한 법률」이 전부 개정되어 성매매 방지 등을 위한 국가 및 지방자치단체의 책무가 더욱 강화되었다. 이로써 성매매 예방교육 강화, 성매매 피해자에 대한 취학지원, 주거지원, 보호비용 지원 등이 이루어지게 되어 성매매 피해자 등에 대한 지원 범위가 확대되었다. 또한 같은 날 「성별영향분석평가법」이 개정되어 현행 법령에 대한 성별영향분석평가가 가능해졌다. 이로 인해 법령 성별영향분석평가는 사전·사후 모두 가능하게 되었고, 이런 변화는 어느 나라 입법례에서도 찾아볼 수 없는 성평등을 위한 강력한 조치가 되었다.

그리고 2014년 5월에는 여성정책의 기본법이라고 할 수 있는 「여성발전기본법」이 「양성평등기본법」으로 전부 개정되었는데, 이는 여성정책의 패러다임이 ‘여성발전’에서 ‘양성평등’으로 변화되었다는 것을 공식화한 것에 의의가 있다.

그러나 이처럼 성평등 정책의 강화를 위한 다양한 입법적 조치들이 이루어지고 있음에도 불구하고, 여성들의 현실에는 커다란 변화가 보이지 않고 있다. 오히려 우리나라 여성들의 고용불안과 경제적 불평등은 심화되고 있다.

## 2 ●● 간통죄에 대한 심층분석

즉 여성의 비정규직화, 저임금근로자의 여성집중화, 경제활동참가율의 성별 격차, 변화되지 않는 M자 곡선, 여성의 높은 대학진학률 대비 경제 분야에서 의 낮은 대표성 등 노동시장에서의 성별 격차는 개선되고 있지 않다.

또한 여성들은 성폭력과 성희롱이 일상화된 사회에 살고 있다. 어느 여소 방관은 지속적인 술자리 강요와 성희롱에 시달리다 자살했다. 같은 이유로 군 복무 중 자살한 여군 중위와 대위도 있다. 계약직으로 일하면서 성희롱에 시달리다 계약이 해지되자 자살한 여성도 있으며,<sup>1)</sup> 그 밖에도 알려지지 않은 성폭력과 성희롱의 희생자들이 수없이 존재한다.

이와 같은 법과 현실 간의 괴리는 역으로 법과 제도가 필요한 이유가 되기도 한다. 문제는 법과 현실 간의 괴리를 좁히기 위한 노력을 끊임없이 체계적으로 할 수 있는 구조가 만들어져야 한다는 것이다.

이를 위해 본원은 2013년부터 10년간 여성·가족 관련 법률 중 현안이 되는 법제에 대한 심층 분석과 외국의 입법례 등을 구체적으로 검토하여 여성·가족 관련 법률 내용에서 입법적 보완이 필요한 부분은 없는지, 성별간의 현실적인 차이를 고려하면서 양성평등을 촉진하기 위해 관련 법률이 규범력을 발휘할 수 있도록 개선될 필요는 없는지 등을 계속적으로 점검하여 그 결과를 토대로 여성·가족 관련 법제의 실효성 제고방안을 모색하고자 한다.

그 일환으로 이 연구에서는 여성·가족관련 법제의 실효성 제고라는 목적 속에서 독립적인 성격을 갖는 세 개 영역의 연구를 수행하고 있다. 첫 번째가 현행 여성·가족 관련 법률 중 현안이 되는 법제에 대한 심층 분석을 통한 관련 법제의 실효성 제고방안 마련 연구이고, 두 번째가 특정 주제에 대한 외국의 입법례를 조사·분석하는 것을 통한 관련 법제 실효성 제고방안 마련 연구이다. 세 번째가 이상의 연구결과와 본원이 수행한 연구보고서의 정책제언 중 입법화가 가능한 제언 등을 토대로 여성·가족 관련 입법과제를 마련하는 연구이다.

---

1) 아주경제, 2013. 5. 31. “20대 여 소방관 자살..“ 상관이 술자리 강요에 괴로워해” 동료 증언”, <http://www.ajunews.com/view/20130531000332>; 한국일보, 2014. 08. 13. “4년전 여군 중위 자살, 대대장 성희롱 탓인 듯”, <http://www.hankookilbo.com/v/3eb2d083f6de488d8fa10aadd2c5fb2b>; 한겨레, 2014. 10. 26. “‘성추행 자살’ 여직원 ‘정규직 전환’ 약속도 거짓”, [http://www.hani.co.kr/arti/society/society\\_general/661420.html](http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/661420.html), 검색일: 2014. 10. 27.

이 연구의 첫해인 2013년에는 낙태 규제에 대한 심층 분석과 여성의 정치적·경제적 대표성 제고를 위한 외국의 입법례 분석 그리고 여성가족관련 법제의 입법과제를 제안한 바 있다.

두 번째 해인 2014년에는 주로 가족관련 영역에 초점을 맞추어 간통죄에 대한 심층 분석과 출생등록의무자에 대한 외국의 입법례를 조사·분석하였다. 여기에 가족관련 영역이라고 하기는 어렵지만 최근 규제의 필요성이 강하게 주장되는 스토킹 규제에 관한 외국의 입법례를 함께 조사·분석하여 입법안을 마련하였다.

심층 분석의 대상으로 간통죄를 선정한 것은 간통죄가 형법상의 범죄 중 그 존폐여부가 가장 오랫동안 논의되어 왔고, 또한 간통죄의 존폐 여부는 가족생활에 있어서 남성과 여성 간의 관계 변화에 미치는 영향이 크다고 판단했기 때문이다.

간통죄는 그 동안 총 4차례의 헌법재판소 심판대에 올랐는데, 2008년 제4차 간통죄 합헌결정 이후에도 간통죄에 대한 위헌시비는 계속 되고 있다. 그러나 헌법재판소의 합헌의견과는 달리 형사법학계의 입장은 폐지하자는 의견이 다수로 보인다. 특히 2010년 4월 법무부장관 자문기구인 형사법개정특별분과위원회가 다수 의견으로 간통죄의 폐지를 선택한 것이 이를 반증한다. 또한 헌법재판소 역시, 결론에서는 간통죄 존치를 긍정했지만, 그 내용을 면밀히 보면 간통죄 존폐의 판단을 입법자의 의지의 영역 또는 시대의 변화에 따른 신중한 검토의 영역으로 남겨 두고 있는 것을 알 수 있다.<sup>2)</sup>

현재, 간통죄의 위헌여부를 가리는 헌법재판소의 다섯 번째 결정을 앞두고 있는 시점에서, 간통 행위와 간통 행위 규제에 대한 일반인의 태도 변화 등을 조사·분석하는 작업은 긴요하며 이는 입법부와 헌법재판소가 간통죄 개선방안 및 위헌여부를 판단할 때 그 자료로 활용될 수 있을 것으로 기대된다.

또한 외국의 입법례 분석 대상을 출생등록의무자와 스토킹 규제 관련 입법례로 한 것은 최근 들어 우리나라의 출생신고체계의 문제점인 신고 누락과 허위 신고, 불법·탈법적인 입양과 영아 유기, 영아 매매 등의 아동 인권 침해

2) 박찬걸, “간통죄 폐지의 정당성에 관한 고찰”, 경희대학교 법학연구소, 『경희법학』 제45권 제2호, 2010, 41-43쪽.

#### 4 ●● 간통죄에 대한 심층분석

문제 등이 사회문제화 되고 있어 출생신고제도에 대한 법제도적 개선이 요구되고 있기 때문이다.

출생등록제도는 아동의 인권과 복리에 직접적으로 영향을 미칠 뿐 아니라 출생을 둘러싼 가족 및 혼인제도 내외에서 여성의 출산이라는 문제와 연결되어 있는 문제이다.

학대로 인한 영유아가 사망하는 경우가 있고, 미혼모의 경우 생활고로 인해 아이를 유기하거나 아니면 탈법적으로 입양을 보내는 문제 등은 출생신고를 부모 등의 신고의무자에게만 맡겨두는 현행 출생신고제도가 그 원인으로 지목되고 있다.

취약한 출생신고제도에서 기인하는 신고 누락과 허위 신고의 문제, 불법·탈법적인 입양과 영아 유기, 영아 매매 등의 아동 인권을 침해할 뿐 아니라 신분등록제도의 신뢰성을 저하시키는 사회적·법적 문제를 발생시킨다. 이런 상황에서 우리나라의 출생신고체계에 대한 개선을 위해서는 출생등록제도에 대한 보편적인 모습이 어떤 것인지에 대한 조사·분석이 필요하고, 이를 위해 각국의 관련 입법례를 조사·분석하여 개선방안을 마련하는 것이 시급히 필요하다.

그리고 스토킹을 외국의 입법례 분석 대상으로 한 것은 스토킹을 방치할 경우, 살인 등으로 이어지는 매우 위험한 범죄임에도 불구하고, 현행법은 이런 스토킹 행위를 「경범죄 처벌법」에서 경미한 범죄로 취급하고 있기 때문에 이에 대한 개선이 요구되기 때문이다.

한국여성의전화 성폭력상담소가 발표한 2007~2012년 상담 건수 중 33.1%가 데이트폭력 상담이었고, 데이트폭력 유형 중 41.2%가 스토킹에 관련된 것이었다. 또한 스토킹 가해자의 다수는 전 데이트 상대나 전 배우자, 현 데이트 상대라고 한다.<sup>3)</sup> 이처럼 스토킹은 데이트 폭력의 형태를 띠기 때문에 피해자의 생명까지도 위협하는 중대한 범죄행위임에도 불구하고 가정폭력처럼 장기간 지속되거나 은폐되기 쉬워 피해가 더욱 심각해질 수 있다. 또한 피해 여성뿐 아니라 그 가족도 폭력에 장기간 노출되어 정신적·신체적 피해가 매

3) 신상희, “처벌되지 않는 범죄 스토킹”, 한국여성의전화, 「스토킹범죄처벌의 필요성과 입법방향」 토론회 자료집, 2013, 9~19쪽

우 큼에도 불구하고 현행법상 경범죄로 처벌할 수밖에 없는 것이 현실이다.

이런 상황 속에서 외국의 스토킹 규제 방법과 내용을 조사·분석하여 국제적 기준에 맞는 형태로 스토킹 전반에 대한 체계적인 규제와 스토킹 행위자 처벌강화 뿐만 아니라 피해자 보호를 위한 조치가 시급히 마련되어야 한다.

## 2. 연구 내용 및 방법

### 가. 연구내용

앞서 살펴본 바와 같이 이 연구는 다음의 세 개의 영역으로 나누어 진행되었다.

#### 1) 간통죄에 대한 심층 분석

간통죄에 대한 심층 분석에서는 변화된 사회 환경 속에서 간통죄의 의미와 간통죄에 대한 일반인의 인식과 태도를 살펴봄으로써 간통 행위에 대한 범죄화의 실효성과 정당성을 재평가하는 것에 초점을 두었다.

이를 위해 이 연구에서는 첫째, 간통죄에 대한 규범적 분석으로 간통죄의 연혁과 현행 법제의 구조를 살펴보고 간통죄 규정을 합헌으로 판단한 4차례의 헌법재판소 결정례를 정리, 분석하여 헌법재판소의 합헌 및 위헌 의견의 근거를 검토하였다. 둘째, 일반 국민에게 간통죄는 어떤 의미를 가지는가에 대하여 살펴보았다. 간통죄는 성도덕의 영역을 다루고 있으며, 행위의 가벌성은 시대와 문화에 따라 달라질 수밖에 없으므로, 현 시점에서 간통과 간통죄가 어떻게 이해되고 있는지 살펴보기 위해 간통죄 관련 일반인 인식조사를 실시하여 그 결과를 분석하였다. 또한 간통죄 사건 처리에 관한 경찰, 검찰, 법원의 통계를 확인함으로써 일반인의 인식 및 태도와 실제 간통 사건 처리의 차이와 그 의미를 고찰하였다.

마지막으로 이상의 내용을 종합하여 간통죄를 둘러싼 쟁점에 대해 형사적 개입의 정당성 문제, 일반 예방적 효과의 문제, 가정보호의 실효성 문제, ‘여

## 6 ●●● 간통죄에 대한 심층분석

성보호 기능'의 문제 등에 초점을 맞추어 검토한 후에 간통죄의 입법적 개선 방향을 살펴보았다.

### 2) 출생등록의무자 및 스토킹 규제 관련 외국의 입법례 분석

출생등록제도는 국가의 인구 동태를 파악하는 기초자료이자, 의료서비스 등 의료관련 정책을 마련하고 시행하는데 기본 자료가 되는 것으로서 국가마다 각기 제도를 가지고 운영해오고 있다. 우리나라는 원칙적으로 출생신고의 무자를 부 또는 모로 규정하고 있다. 이로 인해 신고 누락과 허위 신고, 불법·탈법적인 입양과 영아 유기, 영아 매매 등의 아동 인권 침해 문제 등이 발생하고 있어 출생신고체계에 대한 개선이 요구되고 있다.

한편, 왜곡된 사랑이 범죄로 이어지는 스토킹도 사회적인 문제가 되고 있다. 고교시절부터 짝사랑한 교사를 수년간 스토킹하고 살해한 사건, 이웃집 여성을 스토킹 하여 살해한 사건 등이 언론을 통해 보도되면서 스토킹이라는 범죄의 위험성에 대한 인식이 확산되고 있다. 스토킹은 피해자의 생명까지도 위협하는 중대한 범죄행위로서, 이에 대응하기 위한 법제는 오늘날 전 세계적으로 가장 빠르게 입법화되는 분야 중 하나이다. 1990년 미국 캘리포니아를 시작으로 미 전역에서 스토킹을 범죄화하였으며, 캐나다, 호주, 뉴질랜드, 영국, 아일랜드, 벨기에, 일본, 네덜란드, 몰타, 독일, 헝가리, 이탈리아, 룩셈부르크, 체코공화국, 폴란드 등이 뒤를 잇고 있다. 우리나라에서도 스토킹에 대한 처벌이 필요하다는 공감대가 형성되면서, 2012년 3월 21일 「경범죄처벌법」을 전면 개정하여 제3조 제1항 제41호에 “지속적 괴롭힘”이라는 표제로 처벌의 근거를 마련하였다. 이에 따라 “상대방의 명시적 의사에 반하여 지속적으로 접근을 시도하여 면회 또는 교제를 요구하거나 지켜보기, 따라다니기, 잠복하여 기다리기 등의 행위를 반복하여 하는 사람”에게는 10만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료의 형벌을 부과한다. 이로써 비록 낮은 수준이기는 하지만 스토킹에 대한 처벌의 근거가 마련되었다. 그러나 이상의 규율내용은 처벌이 극히 미약한데다 대응 방식 역시 처벌에 국한되어 있어 비판이 제기되고 있다.



이와 같은 상황에서 이 연구는 출생등록의무자 및 스톡킹 규제 관련 외국의 입법례를 분석하고, 출생등록의무자 및 스톡킹 규제 관련 외국의 입법례를 비교·검토하여 우리나라 관련 법제의 입법과제를 도출하는 것에 목적을 두었다.

이를 위해 이 연구에서는 첫째, 출생신고의무자 관련 외국의 입법례를 의료기관 등에서 출생사실의 통보가 이루어지는 유형, 부모와 의료기관 등에 모두 출생신고의무가 있는 유형, 의료기관에서 출생신고가 이루어지는 유형, 일차적으로 부모에게 출생신고의무가 있는 유형 등으로 나누어 각각의 입법 내용과 특징을 분석한 후 우리나라 출생신고체계 개선을 위한 입법방안을 모색하였다.

둘째, 스톡킹 규제 관련 외국의 입법례를 검토하여 외국의 스톡킹 규제 관련법의 공통점과 차이점을 살펴보았다. 특히 각국 입법례의 차이점에 대해서는 법률의 제정방식, 스톡킹 행위의 예시 내용, 피해의 결과, 주관적 구성요건, 친고죄 여부, 형량의 범위 등으로 구분하여 비교·분석하였다. 이와 함께 기존의 스톡킹 가해자에 대한 처벌 중심적인 논의뿐만 아니라, 근래 주목받고 있는 피해예방정책 등에 대한 각국의 사례를 비교·분석하였다. 그리고 이상의 내용을 토대로 스톡킹 규제에 관한 입법적 대응방안을 모색하였다.

### 3) 여성·가족 관련 입법과제

여성·가족 관련 법률에 대한 제·개정안은 이상의 연구결과와 본원이 수행한 연구보고서의 정책제언 중 입법화가 가능한 제언과 제19대 국회에 제안되어 계류 중인 입법안뿐만 아니라 이전 국회에서 제안되었다가 폐기된 법률안, 그리고 의안으로 상정되지는 않았지만 시민사회나 법률전문가 단체에서 주장하였던 입법안을 분석·검토하여 마련하였다.

이를 통해 마련된 여성·가족 관련 입법과제를 유형화하면 i) 노동 ii) 사회보장 iii) 가족 iv) 여성폭력 v) 문화 vi) 정책결정과정의 6개 영역으로 나눌 수 있다.

## 8 ●● 간통죄에 대한 심층분석

그 주요한 내용을 살펴보면, i) 노동 영역에서는 돌봄의 사회화를 위한 사회서비스 종사자 보호, 사업장 내 여성근로자 대표성 강화, 명예고용평등감독관 제도 활성화, 남녀고용평등법의 적용범위 확대, 공공조달 사업에서 고용평등기업 우대, 여군의 모성보호 강화를 입법과제를 검토하였다. ii) 사회보장 영역에서는 산재보험제도의 근로자 개념 확대, 모성보호급여의 사각지대 축소, 두루누리 사회보험지원사업의 적용대상 확대, 산재 및 산업안전보건 법령에 감정노동 관련 기준 마련, 국민연금 분할연금수급권을 개별수급권으로의 전환을 위한 입법과제를 살펴보았다. iii) 가족 영역에서는 여성의 재산권 확보를 위한 혼인 중 재산분할 청구권 인정방안과 출생등록제도 개선을 위한 출생자동등록제도 도입과 비혼부의 출생신고 방안을 중심으로 입법과제를 도출하였다. iv) 여성폭력 영역에서는 가정폭력 피해자 지원 강화방안과 스토킹 예방 및 피해자 보호법 제정안을 중심으로 살펴보았다. v) 문화 영역에서는 성인지적인 문화 인력양성 정책의 근거규정과 성별 문화예술인력 통계 작성의 의무화를 위한 입법과제를 마련하였다. 마지막으로 vi) 정책결정과정과 관련해서는 정부위원회 구성 관련 규정의 정비, 성인지적인 도시공간 조성사업의 근거규정 도입을 위한 방안을 검토하였다.

### 나. 연구방법

#### 1) 문헌연구

여성·가족 입법과제, 스토킹 규제와 출생등록 관련 외국의 입법례, 간통죄 개선방안 마련을 위해 국내외 관련 연구물과 각종 법률 자료를 수집하여 분석하였다. 외국의 법률자료 등의 자료는 주로 인터넷 자료를 추적하여 활용하였다. 이는 주로 Findlaw, Lexis 등과 같은 법률 정보 사이트, 해당 국가 법무부, 법원 사이트, 출생등록을 안내하는 행정청 사이트 등을 통해 이루어졌다.

#### 2) 국민인지도 설문조사

일반인의 간통 경험과 간통에 대한 태도, 간통죄에 대한 인식을 살펴보기

위하여 전국 2,000명의 성인 남녀를 대상으로 한 설문조사를 실시하였다. 설문 문항은 크게 세 부분으로 구성하였다. 간통 경험, 간통에 대한 태도, 간통의 규제에 대한 태도이다. 먼저 간통 경험을 질문하였다. 간통 및 간통의 규제에 대한 태도에 간통 경험 변수가 미치는 영향을 살펴보기 위하여 본인의 간통 경험 문항을 포함하였다. 다음으로 간통에 대한 태도는 가상의 사례를 구성하여 제시하고 각 사례에서 간통을 용납할 수 있는지 여부를 질문하였다. 각 문항에서 남편의 간통과 아내의 간통 문항을 분리하여, 간통 주체의 성별에 따른 태도 등의 차이를 측정하고자 하였다. 마지막으로 간통의 규제에 대한 태도를 질문하였다. 간통죄의 존폐에 대한 의견, 간통의 적절한 법적 규제 방법과 그 근거, 응답자 본인의 배우자 간통 시 예상되는 대응 방법, 간통죄의 효과에 대한 의견 문항을 제시하였다.

### 3) 젠더와 입법포럼 개최

앞서 살펴본 바와 같이 이 연구는 국회에서의 입법 활동을 성인지적으로 지원하기 위해 기획된 만큼 여성·가족관련 입법과제를 공론화하는 것이 필요하다. 이를 위해 본원, 국회의원, 학회 등이 공동으로 ‘젠더와 입법포럼’을 개최하였다. ‘젠더와 입법포럼’의 주제는 시의성을 중심으로 선정하였다. ‘젠더와 입법포럼’ 개최 결과는 아래와 같다.

## 10 ●● 간통죄에 대한 심층분석

<b>2014년 제1차 젠더와 입법포럼</b>
주제: 젠더와 사회보험 일시: 2014년 4월 26일 주최: 한국여성정책연구원, 한국사회법학회, 한국젠더법학회
<b>2014년 제2차 젠더와 입법포럼</b>
주제: 통일·사회통합과정에서의 젠더법 정책 일시: 2014년 6월 26일 주최: 한국여성정책연구원, 이화여대 젠더법학연구소
<b>2014년 제3차 젠더와 입법포럼</b>
주제: 여성발전기본법과 양성평등기본법 일시: 2014년 7월 5일 주최: 한국여성정책연구원, 한국젠더법학회
<b>2014년 제4차 젠더와 입법포럼</b>
주제: 양육비 이행확보 및 지원에 관한 법률 제정 기념 국제컨퍼런스 일시: 2014년 7월 10일 주최: 한국여성정책연구원 후원: 국회여성가족위원회
<b>2014년 제5차 젠더와 입법포럼</b>
주제: 성희롱의 법적 규제와 예방체계의 과제 일시: 2014년 12월 20일 주최: 한국여성정책연구원, 한국젠더법학회

### 4) 「젠더와 입법」 Brief 작성·배포

연구 과정에서 만들어진 여성·가족관련 법률의 제·개정안과 최근 이루어진 입법동향 등을 정리한 「젠더와 입법」 Brief를 연구 진행 과정에서 1회, 연구 수행 결과를 토대로 1회 총 2회 제작·배포하였다.

### 5) 해외출장

OECD 주요 국가들의 여성·가족관련 정책에 대한 주요 현안 조사 및 네트워크 구축을 위해 독일과 오스트리아 국회와 여성정책 추진 부서 등을 직접 방문하였다. 독일과 오스트리아 출장에서는 각국의 여성·가족관련 정책의 주요 현안 뿐 아니라 입법의 성별영향분석평가제도에 대한 면담이 주요하게 이루어졌다. 특히 독일과 오스트리아는 입법평가를 시행하고 있는 국가들 가운데

데 젠더분석을 명시하고 있는 대표적인 국가로 관련 기관, 입법 기관 및 여성 정책 담당 기구 방문 및 전문가 면담을 통하여 젠더관점에서의 입법평가 발전을 위한 시사점 얻을 수 있었다. 이번 조사 결과는 2015년 연구 내용과 방법을 구성하는데 중요한 참고 자료로 활용될 것이다.<sup>4)</sup>

## 6) 전문가 워크숍 및 자문회의

간통죄에 대한 심층분석, 출생등록의무자 및 스토킹 규제에 관한 외국의 입법례 분석 및 이와 관련된 우리나라의 입법과제와 여성·가족관련 입법과제를 마련하기 위하여 각 영역별로 연구방법론과 구체적인 과제선정 등을 논의하는 전문가 자문회의 등을 개최하였다. 이를 통해 관련 전문가의 의견을 수렴하였다.

4) 방문처는 독일 연방의회(베를린), 독일 연방 가족노인여성청소년부(베를린), 독일 베를린주 노동통합여성부(베를린), 오스트리아 연방 여성부(빈), 오스트리아 빈 시 여성부서(빈), 연방수상청 헌법지원국(빈), 주 정부 헌법지원국(Niederösterreich 주) 등이다. 면담에 응해주신 Paul Lehriede 연방 의원(독일 연방의회 가족노인여성청소년 위원회 위원장), 독일 연방 가족노인여성청소년부의 Dr.Katharina Penev-Ben Shaher, 베를린주 노동통합여성부 여성·성평등 정책 부서의 Ms. Ruel-Andresen, 오스트리아 연방 교육여성부 사회경제적 성평등, 국제·유럽연합 사무부서의 Ms. MMag.Eva-Maria Burger, 빈 시 여성부서의 Ms. Mag.a Karin Tertinegg, Ms. Mag.a Alina Zachar, 오스트리아 연방수상청 헌법지원국의 Dr. Brigitte Windisch, Niederösterreich 주 정부의 Dr. in Sabin Hilbert에게 감사한다.



# I

## 서론

1. 연구 목적 및 필요성	15
2. 연구 내용	17
3. 연구 방법	18





## 1. 연구 목적 및 필요성

이 연구는 우리 사회의 변화 속에서 간통죄의 의미와 간통죄에 대한 일반인의 태도를 살펴보고 간통 행위에 대한 범죄화의 실효성과 정당성을 재평가하는 것을 목적으로 한다.

배우자 있는 자의 혼외 성관계를 처벌하는 간통죄는 법문상 성별에 따른 차등을 두고 있지 않다. 그러나 남녀에게 다르게 적용되는 성윤리와 혼인관계의 현실은 간통 행위의 규범력에 성별 차이를 야기한다. 간통은 기혼 여성보다는 기혼남성에게 더 많이 일어나지만 간통죄는 기혼여성의 성을 통제하기 위한 수단으로 활용되어 왔다. 일부일처제는 사실상 여성에게만 엄격하게 적용되어왔고 전통적으로 간통죄는 부계혈통의 순수성을 보장하기 위한 것이었기에<sup>5)</sup> 간통의 통제 역시 법적, 관습적으로 여성을 향한 것이었다. 우리나라에서도 과거에는 기혼여성의 간통만을 처벌하였다.

그러나 남녀평등처벌주의가 적용된 이후에는 오히려 여성의 보호를 위하여 간통죄 존치가 필요하다는 주장이 나타났다. 남성의 성에 더욱 허용적인 이중적 성윤리 하에서 간통죄는 기혼남성의 간통을 예방하여 가정 유지를 도모하고, 남성의 간통으로 이혼하게 되는 경우에도 이혼의 책임을 명확히 하여 이혼 절차에서 여성이 유리한 지위를 점하는 데 도움이 된다는 것이다.<sup>6)</sup> 사회적, 경제적 약자로서의 여성 보호에 대한 기대와 더불어 일부일처주의 혼인제도의 유지, 부부간 성적 성실의무 확보, 간통으로 인한 사회적 해악의 사전 예방 등은 간통죄를 옹호하는 주된 이유로 제시되었다.

이에 대하여 간통죄에 부정적인 입장은 개인의 내밀한 성적 문제에 형법이 개입하는 것이 타당하지 않다고 대응하였다. 도덕적인 문제를 언제나 형사적 규제으로써 해결하고자 하는 태도는 부당하며, 모든 간통이 도덕적 비난가능성이 있는 것도 아니다. 가정의 유지를 형법으로 강제하는 것은 부당할 뿐 아니라 불가능하며, 무조건적인 가족 유지보다는 개인의 성적 자기결정권을 보

5) 이호중, “성형법 담론에서 섹슈얼리티의 논의지형과 한계: 혼인빙자간음죄와 간통죄 폐지논의를 중심으로”, 한국형사정책학회, 『형사정책』 제23권 제1호, 2011, 345쪽; 이덕인, “성풍속 처벌의 형사법적 한계”, 한국형사정책연구원, 『형사정책연구』 제22권 제3호, 2011, 62쪽.

6) 오수연, “간통죄, 야만인가 필요악인가”, 월간말, 『월간말』 통권 제72호, 1992, 202~203쪽.

장하는 것이 더 중요하다는 것이다. 또한 개별 사례에 따라 책임의 정도에는 상당한 차등이 있을 것인데 현행법은 징역형만을 두고 있어 균형감각을 상실한 것이라는 지적이다.<sup>7)</sup>

간통죄의 일반 예방적 효과에도 의문이 제기되고 있다. 간통죄는 상대 배우자가 이혼소송을 제기한 후 고소하여야 하는 친고죄여서 처벌여부가 상대 배우자의 의사에 달려 있고 실제로 처벌까지 이어지는 경우는 드물다는 것이다. 이처럼 간통죄는 규범력이 상당히 약화되어 있고, 이미 간통죄를 폐지한 외국의 사례를 보더라도 간통죄의 폐지 이후 간통이 증가할 것이라는 우려는 타당하지 못하다고 한다.

간통죄가 가정의 보호를 위하여 필요하다는 주장에 대해서는 간통죄의 소추를 위하여 배우자의 고소가 있어야 하고 이혼이 전제되어야 하기 때문에, 일단 간통이 발생한 뒤에는 가정의 회복을 기대하기가 어렵다고 본다. 간통죄 고소는 가정보호보다도 배우자의 배신에 대한 보복적 성격을 가지며, 간통죄를 입증하는 과정에서 인격이 침해되고 혼인의 파탄이 강화되는 결과를 초래한다는 점이 지적된다.

이와 더불어 간통죄가 여성의 보호에 필요하다는 주장에 대해서도 반론이 있다. ‘여성보호의 필요성’ 논변은 여성이 상대적으로 경제적 지위가 취약하고 이혼의 부정적 결과에 더 많이 노출되기 때문에 간통죄를 두어 이혼을 예방하여야 한다는 논리인데, 오히려 같은 이유로 여성은 남성에 비해 간통한 상대 배우자를 고소하고 이혼을 선택하기가 더욱 어렵다는 것이다. 반대로 여성이 간통 행위자가 된 경우에는 위자료나 손해배상금의 지급 능력이 없어 처벌을 회피하기가 더 어렵고, 고소 유지와 간통죄의 적용이 기혼남성보다 기혼여성에게 더욱 가혹하여 간통죄의 존치가 여성 보호에 유리하다고 보기도 힘들다고 한다.<sup>8)</sup>

이 같은 논의의 대립 속에서, 헌법재판소는 1990년부터 2008년까지 총 4차

7) 이지현, “간통죄의 존폐론에 관한 헌법적 고찰”, 중앙법학회, 『중앙법학』 제15권 제2호, 2013, 35쪽.

8) 차용석, “간통죄에 관한 고찰”, 고시계사, 『고시계』 통권 제361호, 1987, 31~32쪽; 이주희, “간통의 형사처벌과 그 헌법적 정당성”, 한국법정정책학회, 『법과정책연구』 제8권 제2호, 2008, 10쪽; 윤덕경, “간통죄 법적 논란에 대한 검토”, 「간통죄 법적 논란에 대한 검토」, 한국여성정책연구원, 2007, 19~20쪽.

례에 걸쳐 간통죄의 헌법 적합성에 대한 판단을 내렸으며, 머지않아 제5차 결정을 앞두고 있다. 지금까지 4차례의 판단 결과는 모두 합헌이었지만, 위헌 의견과 합헌 의견의 비율은 달라졌다. 1990년의 제1차 결정에서는 6명, 2001년의 3차 결정에서는 8명의 재판관이 합헌의견에 섰던 반면, 가장 최근의 판단인 2008년의 제4차 결정에서는 합헌 의견이 수적으로 소수가 되었다.

이 같은 헌법재판소의 변화는 간통죄가 적용되는 사회상을 반영한다. 그간 우리 사회의 성문화와 가족관계, 성별관계는 지속적인 변화를 경험하였고 그에 따라 간통과 간통죄에 대한 인식, 태도, 간통 사례의 법적 판단에도 변화가 생겨나고 있다. 간통 고소는 줄어들고, 법원은 더 이상 과거와 같이 간통을 엄격하게 처벌하지 않는다.

이런 상황에서 이 연구는 간통죄의 의미와 간통죄에 대한 일반인의 태도를 살펴보고 간통 행위에 대한 범죄화의 실효성과 정당성을 재평가하려고 한다.

## 2. 연구내용

이 연구에서는 앞서 살펴본 바와 같이 변화된 사회 환경 속에서 간통죄의 의미와 간통죄에 대한 일반인의 태도를 살펴보는 것을 통해 간통 행위 범죄화의 실효성과 정당성을 다시 평가하는데 초점을 두고 있다.

구체적인 연구내용으로는 첫째, 간통죄에 대한 규범적 분석으로 간통죄의 연혁과 현행 법제의 구조를 살펴보고 지금까지 간통죄에 합헌 결정을 내린 4차례의 헌법재판소 결정례를 정리하여 헌법재판소의 간통죄 옹호 및 폐지 논리의 근거를 검토한다.

둘째, 일반 국민에게 간통죄는 어떤 의미인가? 간통죄는 성도덕의 영역을 다루고 있으며, 행위의 가벌성은 시대와 문화에 따라 달라질 수밖에 없으므로, 현 시점에서 간통과 간통죄가 어떻게 이해되고 있는지 살펴보기 위해 간통죄 관련 일반인 인식조사를 실시하여 그 결과를 분석하였다. 또한 간통죄 사건 처리에 관한 경찰, 검찰, 법원의 통계를 살펴봄으로써 일반인의 인식 및 태도와 실제 간통 사건 처리의 차이와 그 의미를 고찰한다.

마지막으로 이상의 내용을 종합하여 간통죄를 둘러싼 쟁점을 형사적 개입의 정당성 문제, 일반예방적 효과의 문제, 가정보호의 실효성 문제, ‘여성보호 기능’의 문제 등을 검토한 후에 간통죄의 입법적 개선방향을 살펴본다.

### 3. 연구방법

#### 가. 문헌연구

문헌연구를 통하여 간통죄의 연혁과 간통죄 규제 입법례를 분석하고, 그간 간통죄의 위헌 여부를 판단한 4차례의 헌법재판소 결정례를 검토하였다. 더불어 간통죄의 성별영향을 살펴보기 위하여 경찰 및 검찰, 법원의 사건 처리 통계를 수집하여 분석하였다.

#### 나. 일반인 경험 및 태도 조사

일반인의 간통 경험과 간통에 대한 태도, 간통죄에 대한 태도를 살펴보기 위하여 전국 2,000명의 성인 남녀를 대상으로 한 설문조사를 실시하였다.

설문 문항은 크게 세 부분으로 구성하였다. 간통 경험, 간통에 대한 태도, 간통의 규제에 대한 태도이다. 먼저 간통 경험을 질문하였다. 간통 및 간통의 규제에 대한 태도에 간통 경험 변수가 미치는 영향을 살펴보기 위하여 본인의 간통 경험 문항을 포함하였다. 다음으로 간통에 대한 태도는 가상의 사례를 구성하여 제시하고 각 사례에서 간통을 용납할 수 있는지 여부를 질문하였다. 각 문항에서 남편의 간통과 아내의 간통 문항을 분리하여, 간통 주체의 성별에 따른 태도 등의 차이를 측정하고자 하였다. 마지막으로 간통의 규제에 대한 태도를 질문하였다. 간통죄의 존폐에 대한 의견, 간통의 적절한 법적 규제 방법과 그 근거, 응답자 본인의 배우자 간통 시 예상되는 대응 방법, 간통죄의 효과에 대한 의견 문항을 제시하였다.

## 다. 자문회의

일반인 인식 조사 및 조사 결과 분석을 위하여 자문회의를 개최하고 의견을 수렴하였다. 학계전문가, 여성단체 활동가, 변호사 등에 대한 자문을 실시하여 인식 조사 설계와 조사 결과 분석에 의견을 반영하였다.



## Ⅱ

# 간통죄 관련 법제 및 헌법재판소 결정례 분석

1. 간통죄 연혁 및 현행법의 내용	23
2. 간통죄에 대한 헌법재판소 결정례 분석	25
3. 소결	36





이 장에서는 간통죄에 대한 규범적 분석을 위해 간통죄의 연혁 및 현행법의 내용을 검토한 후에 간통죄 위헌 여부가 다투어진 헌법재판소의 결정내용을 분석하는 것을 통해 간통죄 존폐 논리의 근거와 변화과정을 살펴본다.

## 1. 간통죄 연혁 및 현행법의 내용

### 가. 간통죄 연혁

우리나라에서 간통죄는 남녀불평등처벌주의에서 남녀평등처벌주의로 변화하였다. 간통 행위를 한 기혼자와 그 상간자를 남녀를 불문하고 처벌하는 현행법과는 달리, 과거에는 여성의 간통을 차별적으로 처벌하였다. 1905년 제정된 대한제국 형법은 기혼여성이 간통한 경우에 간통한 여성과 그 상간자를 6월 이상 2년 이하의 징역에 처하도록 하였다. 일제시대에는 일본 구형법을 원용하여 마찬가지로 기혼여성의 간통에 대해서만 간통한 여성과 그 상간자를 2년 이하의 징역에 처하도록 하였다. 따라서 기혼남성이 미혼여성과 간통한 때에는 처벌의 대상이 되지 않았다.<sup>9)</sup>

정부 수립 후 형법 제정 당시 여성의 간통만을 처벌하는 것이 봉건적이라는 비판을 비롯하여 간통죄 존치 여부에 대한 논란이 일었다. 법전편찬위원회는 간통죄 폐지 결론을 내렸지만 정부에서는 간통죄를 삭제하지 않은 형법 초안을 국회에 넘겼다. 그 결과 남녀를 동일하게 처벌하되 친고죄로 두는 형태의 법안이 출석의원 110명 중 57명의 찬성표를 받아 단 한 표 차이로 국회를 통과하게 되었다.<sup>10)</sup> 이후 1985년 형사법 개정특별위원회 소위원회에서 간통죄 폐지 의견을 모았던 바 있고, 1989년 법무부 형법개정소위원회에서 8:2로 간통죄 폐지를 결정하였으나 1990년 헌법재판소에서 간통죄에 대해 합헌 결정<sup>11)</sup>을 내리자 폐지의견을 철회하되 벌금형을 추가하는 것으로 변경하였다.

9) 헌법재판소 2008.10.30. 선고, 2007헌가17 결정.

10) 헌법재판소 2008.10.30. 선고, 2007헌가17 결정.

11) 헌법재판소 1990.9.10. 선고, 89헌마82 결정.

그러나 1992년 입법예고된 형법 개정안은 간통죄를 삭제하는 안을 내놓았다. 그 이유는 첫째, 간통죄의 세계적 폐지 추세, 둘째, 내밀한 성적 문제에 법이 개입하는 것이 부적절하다는 점, 셋째, 악용의 문제, 넷째, 수사재판 과정에서 대부분 고소취소되어 차단기능이 약화된 점, 다섯째, 형벌의 억지효, 재사회화 효과가 거의 없는 점, 여섯째, 가정보호, 여성 보호의 실효성에 대한 의문 등이 제시되었다.

하지만 입법예고 후 간통죄의 폐지가 시기상조라는 문제제기가 있었다. 이에 법무부가 최종확정한 개정안은 간통죄를 존치하되 법정형을 1년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금으로 수정하는 것이었다. 그러나 동 개정안은 입법화되지 못하였다.<sup>12)</sup> 이후 2010년 형사법개정특별분과위원회가 다시 간통죄 폐지 의견을 내놓았지만 역시 반영되지 않았다.

## 나. 현행법의 내용

간통죄를 규정한 현행 형법 제241조는 유배우자의 간통에 대하여 간통한 자와 상간자를 모두 처벌하도록 하고 있다. 여기서 배우자는 법률상의 배우자를 의미하므로 사실혼 관계에 있는 사람이 미혼자와 성관계를 가진 경우에는 간통죄가 성립하지 않는다. 법률상 배우자 관계에 있으면 족하고 사실상 동거관계에 있어야 하는 것은 아니다.

처벌을 위해서는 배우자의 고소가 있어야 하며, 배우자가 간통을 종용 또는 유서한 때에는 고소할 수 없다. 종용이란 간통에 대한 사전 승낙을, 유서는 간통에 대한 사후 승낙을 의미한다. 대법원은 “당사자가 더 이상 혼인관계를 지속할 의사가 없고 이혼의사의 명백한 합치가 있는 경우에는 비록 법률적으로는 혼인관계가 존속한다 하더라도 상대방의 간통에 대한 사전 동의라고 할 수 있는 종용에 관한 의사표시가 그 합의 속에 포함되어 있는 것으로 보아야 하고, 이혼의사의 명백한 합의가 있었는지 여부는 반드시 서면에 의한 합의서가 작성된 경우뿐만 아니라, 당사자의 언행 등 여러 가지 사정으로 보아 혼인당사자 쌍방이 더 이상 혼인관계를 유지할 의사가 없었던 사정

12) 헌법재판소 2008.10.30. 선고, 2007헌가17 결정.

이 인정되고, 어느 일방의 이혼요구에 상대방이 진정으로 응낙하는 언행을 보이는 사정이 인정되는 경우에도 그와 같은 의사의 합치가 있었다고 인정할 수 있다”<sup>13)</sup>고 하여, 이혼의사의 명백한 합치에는 간통의 중용이 포함되는 것으로 이해하고 있다.

혼인이 이미 해소된 경우를 제외하고 배우자는 간통 고소 전에 이혼소송을 먼저 제기하여야 한다. 다시 혼인을 하거나 이혼소송을 취하한 때에는 고소가 취소된 것으로 간주한다(형사소송법 제229조). 이혼소송의 결과 혼인이 해소되었는지 여부는 간통죄의 성립과 무관하다.

## 2. 간통죄에 대한 헌법재판소 결정례 분석

간통죄는 그간 4차례에 걸쳐 헌법재판소에서 합헌 결정을 받았으며, 이후 2011년 의정부지방법원에서 간통죄에 대한 위헌법률심판을 제청하여, 2014년 9월 현재 헌법재판소에 계류중이다. 지금까지 헌법재판소의 결정례는 <표 II-1>과 같다.

<표 II-1> 간통죄에 관한 헌법재판소 결정례

- 제1차 결정: 헌법재판소 1990.9.10. 선고, 89헌마82
- 제2차 결정: 헌법재판소 1993.3.11. 선고, 90헌가70
- 제3차 결정: 헌법재판소 2001.10.25. 선고, 2000헌바60
- 제4차 결정: 헌법재판소 2008.10.30. 선고, 2007헌가17

### 가. 결정요지

#### 1) 제1차 결정

간통죄에 대한 헌법재판소의 첫 결정은 1990년에 선고되었다. 6:3으로 합헌 의견이 우세하였다. 헌법재판소는 간통죄 조항이 인간의 존엄과 가치, 행

13) 대법원 1997.2.25. 선고, 95도2819 판결.

## 26 ●● 간통죄에 대한 심층분석

복추구권, 혼인과 가족생활의 유지·보장 의무, 평등권에 위반되는지 여부를 심사하였다. 그 결과, 선량한 성도덕, 일부일처주의 혼인제도의 유지, 가족생활의 보장, 부부간 성적 성실의무 수호, 간통으로 인한 사회적 해악의 사전예방 등을 위하여 간통을 처벌하는 것은 성적 자기결정권의 본질적 내용을 침해하는 것이 아니어서 인간의 존엄과 가치, 행복추구권의 부당한 침해에 해당하지 않고, 혼인과 가족생활의 유지·보장 의무에 위반되지 않는다고 판시하였다. 또한 간통죄는 남녀평등차별주의를 취하고 있으므로 평등권에 반하는 것도 아니라고 보았다.

이에 대하여는 간통죄의 규범력 약화에도 불구하고 간통 행위는 반사회성을 띄고 있으므로 합헌이며 형사제재의 여부는 입법형성의 영역이라는 보충의견이 있었다.

3인의 반대의견은 둘로 나뉜다. 한병채, 이시윤 재판관은 형사처벌 자체의 합헌성을 부정하지는 않으나 징역형만을 두고 있는 것이 최소침해의 원칙에 위반되는 것이고 간통죄로 보호하려는 공익과 제한되는 기본권 사이의 적절한 균형이 이루어졌다고 보기 어렵다는 의견이다. 김양균 재판관은 간통죄가 사생활 은폐권을 침해하거나 과잉금지 원칙에 위배되어 위헌이며, 설령 합헌성을 인정한다 하더라도 자유형만을 규정한 것은 침해의 최소성, 법익의 균형성에 위배되어 위헌이라고 하였다.

### 2) 제2차 결정

제2차 결정은 제1차 결정이 있는 뒤 2년 6개월만에 내려졌다. 제1차 결정에 참여하지 않은 재판관은 황도연 재판관 단 1명이었다. 헌법재판소는 제1차 결정에서 이미 간통죄가 헌법에 위반되지 않는다고 판시하였고 이를 달리 판단하여야 할 사정변경이 있다고 인정되지 않아 그 결정을 그대로 유지한다고 하면서, 제1차 결정의 다수의견과 보충의견, 반대의견 모두를 인용하였다. 황도연 재판관은 조규광, 김문희 재판관의 보충의견에 가담하였다.

### 3) 제3차 결정

제3차 결정은 8:1로 이전에 비해 합헌 의견이 더 늘어났다. 합헌 의견은 선량한 성도덕, 일부일처주의 혼인제도의 유지, 가족생활의 보장, 부부간의 성적 성실의무 수호, 간통으로 인한 배우자와 가족의 유기, 혼외자녀 문제, 이혼 등 사회적 해악의 사전예방을 위하여 간통의 규제는 불가피하고 간통죄 규정은 성적 자기결정권에 대한 필요최소한의 제한이라고 보았다. 때문에 헌법 제36조 제1항에도 반하지 않는다. 물론 간통죄가 피해자의 인내심이나 복수심의 다과, 행위자의 경제적 능력에 따라 결과가 달라지는 측면이 있지만, 이는 친고죄의 문제이지 간통죄에만 해당되는 것은 아니며, 간통의 규제가 불가피하고 배우자 모두에게 고소권이 인정되어 있는 이상 간통죄의 규정은 평등원칙에도 반하지 않는다고 한다.

다만 세계적으로 간통죄는 폐지 추세에 있고, 사생활 영역에 법이 개입하는 것은 부적절하며, 간통죄가 위자료·협박 등에 악용되는 문제가 있고 수사·재판과정에서 대부분 고소가 취소되어 처벌 기능도 약화되었을 뿐 아니라, 형사정책적으로도 형벌의 억지효과나 재사회화의 효과가 거의 없고 가정이나 여성 보호의 실효성도 없다는 점 등을 지적하면서 앞으로 간통죄의 폐지여부에 대한 진지한 접근이 요구된다고 덧붙였다.

반대의견을 제시한 권성 재판관은 간통죄의 핵심이 기혼여성의 간통 행위에 대한 처벌에 있으므로 위헌여부 논의도 기혼여성의 간통을 대상으로 하면 충분하다고 전제한 다음, 기혼여성의 간통은 윤리적 비난과 도덕적 회오의 대상일 뿐 범죄가 아니며 간통죄는 애정과 신의가 깨어진 상대 배우자만을 사랑하도록 국가가 강제하는 것으로서 성적 자기결정권을 박탈하고 인간의 존엄성을 침해하는 위헌적 규정이라고 결론내렸다.

### 4) 제4차 결정

2008년에 선고된 제4차 결정은 이전의 세 차례 결정과 달리 합헌 4인, 위헌 4인, 헌법불합치 1인으로, 위헌결정을 위한 정족수 미달로 합헌결정이 내려졌으나 합헌 의견이 소수인 최초의 결정이었다.

합헌 의견은 다시 둘로 나뉘었다. 이강국, 이공현, 조대현 재판관은 간통죄 조항이 혼인관계 보호, 사회질서 유지를 위하여 간통 및 상간행위를 제재하는 것은 정당한 입법 목적 달성을 위한 적절한 수단이 되는 것이며 형벌을 제재 수단으로 선택한 것은 입법형성의 자유에 속하는 영역이라고 하였다. 간통죄 조항으로 침해되는 사익은 특정 관계에서의 성행위 제한으로 경미한 데 반해 달성되는 공익은 높은 중요성이 있어서 법익균형성 역시 인정되므로 간통죄 조항은 성적 자기결정권, 사생활의 비밀과 자유를 침해하지 않는다고 한다. 또한 징역형만을 규정한 것이 지나치게 과중한 것이라고 보기도 어렵다고 하였다.

민형기 재판관은 간통죄의 처벌은 위헌이 아니나 구체적 행위태양의 고려 없이 간통이라는 하나의 개념으로 일률적으로 형벌을 부과하는 것은 부당한 결과를 초래할 우려가 있다고 하면서 입법 개선을 촉구하였다.

김종대, 이동흡, 목영준 재판관의 위헌 의견은 간통죄 조항이 성적 자기결정권, 사생활의 비밀과 자유를 제한하여 위헌이라고 하면서, 성에 대한 법감정의 변화, 도덕적 비난가능성이 있는 행위를 모두 형사처벌하는 것이 바람직하지 않은 점, 간통의 처벌이 일부일처제·가정보호·부부간 성적 성실의무 보호·여성 보호에 실효성이 없다는 점 등을 들어 수단의 적절성, 피해의 최소성에 위배되며 개인의 내밀한 성생활의 영역을 형사처벌의 대상으로 삼아 성적 자기결정권 등 기본권을 지나치게 제한하여 법익균형성을 상실한 것이라고 하였다.

김희옥 재판관은 헌법불합치의견으로, 도덕적 비난에 그쳐야 할 행위이거나 비난가능성이 없거나 근소한 행위와 같이 국가형벌권 행사의 요건을 갖추지 못한 간통 행위에까지 형벌을 부과하는 등 국가형벌권을 과잉행사하여 헌법에 합치되지 않는다고 하였다. 송두환 재판관 역시 위헌의견의 근거로서, 간통을 형사처벌하는 것 자체가 헌법에 위반되는 것은 아니지만 징역형만을 규정한 것이 구체적 사안의 개별성과 특수성을 고려할 수 있는 가능성을 배제 또는 제한하여 책임과 형벌 간 비례의 원칙에 위배된다는 점에서 간통죄 조항이 헌법에 위반된다고 하였다.

## 나. 합헌 의견

4차례의 헌법재판소 결정에서 합헌 의견은 대체로 간통죄 규정이 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 신체의 자유, 사생활의 비밀과 자유 등 기본권을 부당하게 침해하는 법률이 아니라는 점, 법 앞의 평등에 반하지 않는다는 점, 개인의 존엄과 양성 평등을 기초로 한 혼인과 가족생활의 유지·보장 의무 이행에 부합한다는 점, 징역형만을 두고 있는 것이 책임과 형벌 간 비례원칙에 반하지 않는다는 점 등을 근거로 제시하였다. 다만 간통죄가 헌법에 위반되지 아니하더라도 입법자로서는 간통죄 폐지 여부를 고려하여야 한다는 입법적 개선 요구가 부기되었다. 각 논거를 정리하면 다음과 같다.

### 1) 인간의 존엄과 가치, 행복추구권 및 자유권 제한 여부의 합헌성

합헌의견은 간통죄 규정이 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 신체의 자유, 사생활의 비밀과 자유를 제한하지만 과잉금지원칙에 위배되지 않으므로 기본권을 부당하게 침해하는 법률이 아니라고 한다. 특히 제4차 결정에서 과잉금지원칙 위배 여부를 상세하게 실시하고 있다.

먼저 사회질서 유지, 개인의 존엄과 양성평등에 기초한 혼인과 가족생활의 유지를 보장할 국가의 의무에 비추어 볼 때 간통 및 상간행위에 대한 규제의 필요성이 인정되므로 간통죄 조항의 입법목적은 정당하다.

다음으로 수단의 적절성 및 침해의 최소성을 살펴보면, 간통 행위가 내밀한 사생활 영역에 속한다 하더라도 성적 욕구나 사랑의 감정이 외부에 행위로 표출되어 혼인관계에 파괴적 영향을 미치게 된다면 이는 순수한 윤리와 도덕적 차원의 문제만은 아니므로 형벌의 제재를 동원한 것은 입법목적 달성에 기여할 수 있는 수단으로서 적절하다.

국가 형벌권을 행사할 것인지의 문제는 입법형성의 자유에 속하는 것이다. 물론 세계적으로 간통죄는 폐지 추세에 있고 성에 관한 국민의 법의식도 많은 변화가 있었으며 간통죄가 악용되는 경우도 없지 않았고, 성평등한 가족법 개정으로 인하여 사회적 지위가 상대적으로 열악한 여성의 입장에서 간통을 굳이 형사처벌의 방법에 의하여 해결하기보다는 민사상의 손해배상·이

혼 등의 방법에 의하여 처리하는 것이 보다 합리적이라고 볼 여지가 있어 간통죄의 규범력이 어느 정도 약화되었음은 부인할 수 없을 것이다. 하지만 우리사회에서 혼인한 남녀의 정절관념은 전통윤리로서 여전히 뿌리 깊고 일부 일처제 유지와 부부간 성적 성실의무는 우리사회의 도덕기준으로 정립되어 있으므로 간통 행위가 배우자에 대한 가해 의사나 혼인관계, 가족생활을 파탄에 이르게 하려는 목적, 경향성이 없는 경우라도 법률상 배우자 있는 자라는 객관적인 행위자의 지위, 배우자 아닌 자와 성교한다는 고의가 인정되는 한 사회적 윤리의 상당성을 일탈한 것으로 보며, 상간자 역시 유사한 정도의 비난가능성이 존재한다고 보는 것이 현재 우리의 법의식에 부합한다. 또한 간통은 행위태양에 관계없이 혼인과 가족생활의 해체를 초래하거나 초래할 위험성이 높다는 점에서 사전예방의 필요성이 높다. 따라서 이러한 법의식과 간통의 예방에 대한 사회적 요청에 기초하여, 간통의 행위태양과 무관하게 엄정한 책임을 부과할 필요가 있다고 본 입법자의 판단이 현저히 자의적인 것이라 보기는 어렵다. 또한 입법자는 고소요건으로서 혼인의 해소나 이혼소송의 제기를 규정하여 간통 및 상간행위의 결과로 혼인과 가족생활이 사실상 파탄에 이른 경우에 한하여만 법적 규제가 미치도록 하여 간통죄로 인한 자유의 제한범위를 최소화하고 있고, 간통의 중용이나 유서가 있는 경우의 고소권 제한, 일정한 경우 고소 취하간주, 재고소 금지를 규정하여 고소권의 남용을 방지하고 있으므로 개인의 성적 자기결정권 등을 과도하게 제한하는 것은 아니다.

또한 간통죄의 행위규제는 법률혼 관계가 유지되는 동안 간통할 수 없고 법률상 유배우자임을 알면서 상간할 수 없다는 특정한 관계에서의 성행위 제한일 뿐 이성과의 정신적 교감, 우발적인 경미한 성적 접촉까지 금지하는 것은 아니어서 간통죄에 의하여 침해되는 사익은 매우 경미한 반면 달성되는 공익은 선량한 성도덕을 수호하고, 혼인과 가족제도를 보장한다는 것으로 높은 중요성이 인정되므로 법익균형성 역시 인정할 수 있다.



## 2) 평등권 침해 여부의 합헌성

또한 합헌의견은 다음과 같은 근거에서 간통죄 규정이 법 앞의 평등에 반하지 않는다고 본다. 비록 피해자의 인내심, 복수심의 다과, 행위자의 경제적 능력에 따라 법 적용 결과가 달라지고 상대적으로 경제적 약자인 여성에게 불리하게 작용하는 측면이 있음은 무시할 수 없다. 그러나 이는 개인의 명예와 사생활 보호를 위하여 간통죄를 친고죄로 하는 데서 오는 부득이한 현상으로서, 다른 친고죄에서도 나타날 수 있는 문제이지 간통죄에만 해당되는 문제는 아니다. 유배우자의 간통 행위 규제가 필요하고 배우자 쌍방에게 고소권이 인정되어 있는 이상 간통죄 규정이 평등권의 본질적 내용을 침해하는 법률이라 할 수는 없다.

## 3) 혼인과 가족생활의 유지·보장 의무 위반 여부의 합헌성

간통죄 조항은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 한 혼인과 가족생활의 유지·보장 의무이행에 부합한다고 본다. 간통죄 조항은 개인의 성적 자기결정권 등에 대한 과도한 제한이 아니고 남녀평등차별주의를 취하고 있으므로 양성의 평등이 훼손될 여지도 없다. 오히려 일부일처제, 건전한 성도덕을 보호하여 혼인과 가족생활의 유지·보장 의무이행에 부합하는 법률이다.

## 4) 책임과 형벌 간 비례 원칙 위반 여부의 합헌성

간통죄 조항은 징역형만을 규정하고 있으나 책임과 형벌 간 비례원칙에 위배되지 않는다. 법정형의 종류와 범위의 선택은 범죄의 죄질, 보호법익에 대한 고려, 역사와 문화, 입법 당시 시대적 상황, 국민일반의 가치관 내지 법감정, 범죄예방을 위한 형사정책적 측면 등을 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 사항으로서 입법재량의 자유가 인정되어야 할 분야이다. 간통죄 조항은 징역형만을 규정하고 있으나 법정형의 상한 자체가 높지 않고 선고유예까지도 가능하므로 개별사안에서 책임에 맞는 형벌을 선고할 수 있는 수준이다. 간통 행위는 가족 해체로 인한 사회적 문제를 야기하여 다른 성폭속에

관한 죄와는 다른 법익 침해가 문제되고, 경미한 벌금형은 기존의 혼인관계 해소에 따른 부양, 손해배상 책임을 피하고자 하는 간통 행위자에게는 위하력을 갖기 어렵다는 점을 고려할 때, 입법자가 벌금형을 규정하지 않은 것이 형벌체계상 균형에 반하는 것이라 할 수 없다.

### 5) 입법적 고려 촉구

합헌의견은 이상과 같이 간통죄가 헌법에 부합한다고 보면서도, 입법적으로 간통죄 폐지를 고려할 필요성을 다수의견 또는 별개의견으로 실시하였다. 간통죄가 세계적으로 폐지 추세에 있는 점, 내밀한 성적 문제에 법이 개입하는 것이 부적절하다는 점, 간통의 행위태양은 매우 다양하고 반사회성, 비난가능성의 유무와 정도가 현저히 다름에도 일률적으로 처벌하여 형벌을 부과하는 것은 사실상 부당하거나 규범적인 의미를 벗어난다는 점, 간통죄가 악용되는 예가 많다는 점, 고소취소가 잦아 형벌로서의 처단기능이 약화되고 형사정책적 기능이 약화된 점, 가정이나 여성 보호를 위한 실효성도 의문이라는 점 등을 들어, 입법자로서는 인습, 사회적 합의, 국민의 법의식 등을 실증적, 종합적으로 고려하여 입법적 개선을 하여야 한다는 취지이다.

## 다. 위헌 또는 헌법불합치 의견

합헌의견에 대한 반대의견으로 위헌 또는 헌법불합치 의견을 제시 재판관들은 간통을 형사처벌하는 것 자체가 헌법에 부합하지 않는다고 보는 입장, 형사처벌 자체에는 위헌성이 없지만 행위태양과 무관하게 일률적으로 처벌 규정을 둔 것이 부당하다거나 징역형 일원주의가 과잉금지원칙에 위배된다는 입장으로 구분된다.

### 1) 간통의 형사처벌 자체의 위헌성

간통 행위의 형사처벌 자체를 문제로 보는 입장은, 먼저 일부일처제의 혼

인제도 보호 및 부부간 성적 성실의무 수호를 위하여 위반자를 형사처벌하는 간통죄의 입법목적이 정당하다는 점은 대체로 인정하나, 수단의 적절성, 침해의 최소성, 법익의 균형성에 부합하지 않는다고 본다. 위헌의견이 가장 많았던 제4차 결정을 중심으로 하여 그 논거를 정리하여 본다.

국민의 법감정 변화로 성과 사랑은 법이 통제할 사항이 아닌 사적 문제라는 인식이 커지고 있고, 성도덕과 가족이라는 사회적 법익보다 성적 자기결정권이라는 개인적 법익이 더 중요시 되는 사회로 변해가고 있다. 특정 행위를 형사처벌할 것인지 여부는 시대적 상황, 사회구성원들의 의식 등에 의하여 결정하여야 하는 것이고, 법률이 직접 규율하여야 하는 영역도 있지만 도덕률에 맡겨 두어야 할 영역도 있다. 내밀한 성생활의 영역을 형사처벌의 대상으로 삼는 것은, 사생활의 비밀과 자유를 침해하는 것이고, 성적 자기결정권의 내용인 성행위 여부와 상대방 결정권을 지나치게 제한하는 것이다. 또한 간통죄보다 선량한 풍속을 더 크게 해치고 비도덕적이며 혐오감이 더 크다고 할 수 있는 근친상간, 수간, 혼음 등은 처벌하지 않으면서도 간통만을 처벌하는 것은 입법 체계상 균형이 맞지 않는다.

또한 현대 형법은 도덕률에 반하더라도 본질적으로 개인의 사생활에 속하고 사회유해성이 없거나 법익에 대한 명백한 침해가 없는 경우에는 국가권력이 개입해서는 안 된다는 비범죄화 경향을 보이고 있으며 세계적으로도 간통죄는 폐지 추세를 보이고 있다. 간통죄 처벌에 관한 검찰과 법원의 태도도 과거에 비하여 매우 완화되어, 원칙적으로 구속, 실형 선고로 이어졌던 관계는 불구속, 집행유예로 변화하고 있다.

형사처벌의 실효성도 인정하기 어렵다. 간통죄는 친고죄이며 혼인이 해소되거나 이혼소송을 제기한 후라야 고소권 행사가 가능하므로 일단 간통이 발생한 뒤에는 일부일처제 및 가정보호에 기여할 수 없고, 오히려 상대방의 간통을 의심하고 치밀한 증거수집행위를 시도하면서 가정을 파탄으로 이끄는 경우도 빈번하게 발생하게 된다. 결국 간통죄를 통한 혼인제도의 보호는 간통 행위 이전의 억지효를 통하여서만 가능할 것인데 사전억제의 실효성이 있는지 의문일 뿐 아니라 혼인과 가족의 유지에 애정에 맡길 문제이지 형벌로써 강제할 수 있는 것은 아니므로 간통죄가 일부일처제의 혼인제도와 가정질

서를 보호한다는 목적을 달성하는 데 적절하고 실효성 있는 수단이라고 할 수 없다. 간통으로 인하여 위반되는 부부간 성적 성실의무 또한 개인과 사회의 자율적인 윤리의식, 배우자의 애정과 신의에 의하여 준수되어야 하는 것이 형벌로 강요할 수 있는 것이 아니다.

간통 행위가 애정에서 비롯된 경우는 확실히 또는 양심범적인 측면이 있어 통제가 어렵고, 애정에서 비롯되지 않은 때에는 범죄의식이 크지 않아 형사 처벌로서 예방적 효과를 기대하기 어렵다. 간통 행위 중 형사사건화되는 수는 매우 적어졌고 구속률도 낮아졌으며 고소취소로 공소권없음 또는 공소기각으로 종결되는 사건이 상당수에 이르게 되어 형벌로서의 차단기능은 현저히 약화되었다. 또한 간통죄를 폐지한 국가들의 사례에서도 보듯 폐지 이후 성도덕이 문란해질 것이라는 우려는 근거가 없다. 결국 간통죄는 일반예방 및 특별예방의 효과를 모두 거두기 어렵게 되었다. 그리고 간통죄는 간통 행위자의 배우자에게 고소 및 고소취소의 권한이 주어져 있어 악용의 폐해가 종종 발생한다.

다음으로 간통죄의 여성 보호 역할은 사회적 변화로 그 기능이 상당부분 상실되었다. 사회적 변화, 1990년 민법 개정 등으로 여성의 생활능력, 경제적 능력, 법적 지위가 향상되어 부부 중 여성이 항상 경제적 약자의 지위에 있는 것은 아니다. 설령 여성의 경제적 지위가 남성 배우자에 비해 열악하다 하더라도, 경제적 능력이 없는 여성 배우자는 오히려 고소를 꺼릴 수도 있어 간통죄의 존재가 언제나 여성의 보호에 부합한다고 보기도 어렵다.

이 판단은 제4차 결정의 김종대, 이동흡, 목영준 재판관의 위헌의견인데, 이보다 앞선 제1차 결정에서 한병채, 이시윤 재판관은 간통죄가 여성에게 불리한 효과를 야기하여 헌법에 부합하지 않는다고 지적한 바 있다. 간통죄는 연혁적으로 가부장적 사회에서 아내를 남편의 전유물로 묶어두기 위한 제도로 생긴 것이며 아내만 일방적으로 처벌하게 되어 있었던 규정으로서 비록 법은 남녀를 모두 처벌하지만 아직 상대적으로 열악한 여성의 사회적 지위 때문에 실제로는 여성에 더 가혹하게 적용되고, 여성의 행동과 자유를 크게 제약하는 범죄가 되고 있다고 하였다. 더구나 형벌에서 징역형만을 두고 있어 여성은 응보적 불이익을 더 많이 감수하여야 하고, 남녀의 차별이 발생하

게 되어 양성평등에 입각한 혼인질서를 보호하지 못하게 된다는 것이다.

이상의 문제들을 살펴보면, 간통의 형사처벌은 수단의 적절성과 피해의 최소성을 갖추지 못하였다고 본다.

마지막으로 간통죄 조항은 법익균형성을 상실하고 있다. 입법목적인 일부 일처제 혼인제도, 부부간 성적 성실의무 보호라는 공익은 간통죄 조항으로 달성될 것으로 보기 어려운 반면, 간통죄 조항은 개인의 내밀한 성생활의 영역을 형사처벌의 대상으로 삼아 성적 자기결정권과 사생활의 비밀과 자유를 지나치게 제한하는 것이기 때문이다.

## 2) 반사회성이 약한 간통 행위 처벌의 위헌성

한편 간통 행위를 처벌하는 것 자체에 위헌성이 있는 것이 아니라, 간통 행위가 매우 다양함에도 불구하고 국가형벌권 행사가 부당한 행위에 대해서까지 제재가 가해지는 것이 문제라는 입장이 있다. 대표적으로 제4차 결정의 김희옥 재판관이 헌법불합치 의견을 내면서 이와 같은 논거를 제시하였다. 간통죄가 규제하는 행위태양은 행위자의 의사나 가정생활의 상태, 행위의 상대방, 행위의 횟수 및 방법 등에 따라 매우 다양한 유형이 포함되며, 각 행위 유형에 따라 반사회성의 유무, 비난 가능성의 유무 정도가 현저하게 다르다는 것이다. 예컨대 사실상 혼인관계가 파탄에 이르렀으나 법률상 이혼만이 이루어지지 않은 상태에서 새로운 애정관계에 따라 이루어지는 간통, 혼인관계의 종료 의사가 없이 일시적으로 행해지는 1회적 간통 등 일부일처주의 혼인제도나 가족생활을 위협하거나 선량한 성도덕에 반한다고 보기 어려운 반사회성이 극히 약한 경우까지 처벌하는 것은 국가형벌권의 과잉행사이며 성적 자기결정과 사생활의 비밀·자유에 관한 지나친 국가의 형벌권 개입에 해당하는 것으로서 헌법에 합치되지 않는다고 한다.

즉, 간통죄 조항의 위헌성은 간통 행위의 처벌 자체에 있는 것이 아니라 반사회성이 약하여 형벌에 이르지 않아도 될 행위에까지 국가형벌권을 행사하는 데 있는 것이고, 이러한 행위의 범위는 시대와 사회의 변화, 국민의 법감정 등을 고려하여 입법자가 확정하는 것이 상당하다는 의견이다. 헌법불합치 의견의 이유는 위헌으로 결정하여 간통죄 조항의 적용을 중지할 경우 처벌이

요청되는 간통 행위의 처벌마저 불가능해질 우려가 있으므로 입법자가 합헌적 법률을 입법할 때까지 잠정적으로 적용하게 할 필요가 있다는 점이다.

이와 유사하게 제1차 결정에서 김양균 재판관은 자유형 일원주의의 문제점을 지적한 바 있다. 인간의 성생활은 사생활의 비밀에 속하는 대표적인 사례이므로 국가는 사생활의 비밀에 속하는 영역을 최대한 개인의 자율에 맡기는 것이 온당하며 국가 형벌권의 발동도 필요최소한에 그쳐야 한다고 한다. 사생활의 비밀에 속하는 영역을 특히 형벌로써 규제하는 때에는 그것으로 보호되는 공익이 침해되는 법익보다 확실히 큰 경우에 한하여야 한다고 하면서, 간통죄는 사생활 은폐권을 침해하고 있거나 과잉금지 원칙에 위배되어 원칙적으로 위헌이라는 의견을 내놓았다. 다만 일보 후퇴하여 간통의 형사처벌이 합헌이라고 하더라도 징역 2년 이하의 자유형만을 형벌로 정하고 있는 것은 침해의 최소성 및 법익의 균형성에 위배되므로 위헌이라고 보았다.<sup>14)</sup>

### 3. 소결

그간 헌법재판소의 합헌 의견은 간통죄가 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 신체의 자유, 사생활의 비밀과 자유, 평등권, 혼인과 가족생활의 권리 등 기본권을 제한하지만 그것은 부당한 침해가 아니며, 책임과 형벌 간의 비례 원칙에도 반하지 않는다고 보았다. 간통죄에 반대하는 입장은 윤리의 문제를 형벌로써 규제하는 것이 부당하다고 주장하지만, 간통행위로 인하여 혼인과 가족생활의 해체 등 사회적 해악이 초래될 가능성이 높다면 이는 단순한 윤리 문제만은 아니라는 것이다. 따라서 사회적 해악을 사전에 예방하기 위하여 간통의 행위태양에 무관하게 형벌을 부과하는 것은 현저히 자의적인 판단일 수는 없고, 고소요건을 엄격하게 하여 간통죄로 인한 자유의 제한을 최소

14) 그 외에도 김양균 재판관은 간통죄의 부정적 기능 6가지를 나열하면서 간통죄가 헌법에 부합하지 않는다고 보았다. 첫째, 간통에 귀책사유가 없는 자녀, 그 중에도 혼인에 당면한 딸의 장래를 그르치고, 둘째, 피해자의 일시적 보복감정을 충족시킬 뿐 장기적으로 허탈감과 모멸감을 남기며, 셋째, 부부의 재결합 가능성을 말살하고, 넷째, 수사, 재판 과정에서 적지 않은 비용이 소모되어 부부의 재산을 서로 잠식하고, 다섯째, 사회의 윤리 도덕 중 형벌로써 보호되고 있는 윤리 도덕만이 중시되고 그렇지 않은 전통윤리 도덕의 가치는 평가절하될 우려가 있을 뿐 아니라, 여섯째, 악용이나 남용 우려가 있다는 것이다. 헌법재판소 1990.9.10. 선고, 89헌마82 결정.

화하고 고소권 남용을 방지할 장치를 두고 있으므로 기본권의 과도한 제한은 아니라고 한다. 또한 남녀평등차별주의를 취하고 있어 평등이 침해되지 않으며, 법정형의 선택에는 입법자의 재량이 인정되어야 하는데 경미한 벌금형은 위하력을 갖기 어렵고 법정형의 상한이 높지 않아 책임에 맞는 형벌을 선고할 수 있는 수준이라고 본다.

반면 간통죄가 헌법에 부합하지 않는다고 보는 입장에는 첫째, 간통죄를 형사처벌하는 것 자체가 부당하다고 하는 의견이 있다. 도덕에 반하는 행위를 모두 형사처벌하여야 하는 것은 아니고, 현대 형법은 도덕에 반하는 행위라도 본질적으로 사생활 영역에 속하고 사회유해성이 없거나 법익 침해가 명백하지 않으면 비범죄화하는 경향을 보이고 있다고 한다. 간통죄는 또한 실효성을 기대하기도 어려운데, 혼인과 가족의 유지는 형벌로써 강제할 수 있는 영역이 아니며, 이미 간통이 일어난 뒤에는 입증과정이 혼인의 파탄을 더욱 강화시키는 문제마저 있기 때문이다. 실제 처벌 사례가 급감하고 있는 현실은 간통죄의 실효성에 더욱 의문을 제기하게 한다. 한편 간통죄의 여성 보호 기능은 사회적 변화로 그 기능이 상실되었거나 오히려 여성에게 불리한 효과를 야기하기도 한다는 점을 지적하고 있다. 둘째, 간통죄를 형사처벌하는 것 자체에는 위헌성이 없다고 하더라도 반사회성이 약한 간통 행위까지 형사처벌하는 것은 헌법에 위배된다는 의견이다. 비난가능성이 높고 형사적 규제가 필요한 간통 행위가 있는 반면 혼인관계가 이미 파탄에 이른 상태에서 이루어진 간통이나 가정의 파탄 의사가 없는 1회성 간통 등은 혼인과 가족생활을 위협한다고 보기 어려운데 행위태양에 무관하게 규제 대상으로 삼는 것은 국가형벌권의 지나친 간섭이어서 헌법에 부합하지 않는다는 것이다. 이와 더불어 간통죄의 형사처벌이 합헌이라 하더라도 징역형만을 법정형으로 두고 있는 것이 과잉금지원칙에 위배된다는 의견도 있다.

이상과 같은 의견의 대립 속에, 헌법재판소는 1990년 이래로 총 4차례의 결정에서 간통죄가 합헌이라는 결론을 내렸다. 그러나 합헌 의견을 채택한 재판관들이 간통죄의 정당성을 옹호하는 입장에 있다고 보기는 어렵다. 간통죄의 형사적 규제 문제를 입법자의 재량 영역에 두어 간통죄가 헌법에는 위배되지 않는다고 판단하면서도 세계적인 간통죄 폐지 추세, 성에 관한 국민

의 법의식 변화, 간통죄의 악용 문제, 간통죄의 규범력 약화 등을 지적하며 입법자로 하여금 사회적 합의, 국민의 법의식 등을 종합적으로 고려하여 입법적 개선을 할 것을 권하고 있기 때문이다. 이와 더불어 가장 최근의 4차 결정에서 합헌의견보다 헌법에 부합하지 않는다는 의견이 더 많았던 점을 보면, 임박한 5차 결정에서는 위헌 또는 헌법불합치 결정이 날 가능성도 엿보인다. 그렇다면 간통의 규제에 대한 ‘사회적 합의’와 ‘국민의 법의식’은 어떠한 모습인가. 이하의 일반인 조사 분석에서 살펴보도록 한다.



# III

## II. 간통죄에 대한 일반인 조사 분석

1. 일반인 조사 개요	42
2. 일반인 조사결과 및 간통죄의 실태	44
3. 소결	79



일반 국민에게 간통죄는 어떤 의미인가? 간통죄는 성도덕의 영역을 다루고 있으며, 행위의 가벌성은 시대와 문화에 따라 달라질 수밖에 없으므로, 현 시점에서 간통과 간통죄가 어떻게 이해되고 있는지 살펴볼 필요가 있다. 간통죄는 기원상 여성의 성을 통제하고 부계혈통의 순수성을 보존하기 위한 가부장적 태도에서 비롯된 것이었다. 그러나 형법 제정 시 남녀평등처벌주의를 채택하게 되면서 기혼여성의 간통 뿐 아니라 기혼남성의 간통을 처벌할 수 있게 되었다. 더불어 여성들의 평등 의식이 향상되면서 관행적으로 통제되지 않는 남성의 성을 법을 통하여 통제하고자 하는 욕구도 증대되었다. 여성의 성을 통제하고자 만들어진 간통죄를 이제 여성이 더 앞장서서 옹호하는 현상이 나타난 것이다. 간통죄는 기혼남성의 성을 통제하여 가정을 유지하고 이혼 시 여성을 보호하는 기능을 할 것으로 기대되었다.

그러나 간통죄가 실제로 남성의 성을 통제하는 기능을 하고 있는지는 의문이다. 혼외 성관계를 금기시하는 규범은 점차 약화되고 있으며 성적 자유의 증대에 따라 미혼자의 성관계뿐 아니라 기혼자의 혼외 성관계, 즉 간통 경험도 더 많이 드러나고 있다. 기혼자의 혼외 성관계 경험은 ‘부도덕’과 ‘범죄’로만 이야기되지 않는다.<sup>15)</sup> 간통죄 고소와 처벌이 급격히 감소하고 약화되고 있는 현상은 이러한 사회적 변화를 반영하는 것이기도 하다.

그럼에도 불구하고 표면적으로는 간통죄가 존치되어야 한다는 의견이 여론의 지배적 태도인 것으로 알려졌다.<sup>16)</sup> 하지만 간통죄 ‘존치’와 ‘폐지’로 압축되는 ‘여론’은 간통죄에 대한 인식을 충분히 보여주지 못한다.

15) 강준만, “한국은 어떻게 ‘간통의 천국’이 되었는가”, 인물과사상사, 『인물과사상』 통권 제 135호, 2009, 196쪽 이하.

16) 그간 행해진 간통죄 여론 조사는 언제나 간통죄 존치 의견이 우세하다는 입장을 확인하는 것이었다. 2005년 한국가정법률상담소가 기혼남녀 1,099명을 대상으로 실시한 조사에서는 간통죄 존치 의견이 62.5%, 폐지 의견이 18.5%, 폐지 시기상조 의견이 19.1%였다. 2013년 문화체육관광부에서 실시한 <한국인의 의식·가치관 조사>에서는 폐지 의견이 34.5%, 존치 의견이 65.5%로 나타났다. SBS 라디오 <김어준의 뉴스앤조이>에서 리얼미터에 의뢰한 2007년 조사는 전국 19세 이상 남녀 576명을 대상으로 실시한 것이다. 간통죄 존치 의견이 70.1%, 폐지 의견이 23.6%였다. 주간경향, “사생활 침해자인가, 부부 지킴이인가”, 『뉴스메이커』 652호, 2005. 12. 6.: <http://weekly.khan.co.kr/khnm.html?mode=view&artid=10985&code=115>, 검색일: 2014. 10. 22.; 문화체육관광부, 「2013 한국인의 의식·가치관 조사 보고서」, 2013, 95쪽; 리얼미터, “간통죄 폐지 반대 여론 증가”, 2007. 9. 14.: [http://www.realmeter.net/issue/view.asp?Table\\_Name=S\\_News2&N\\_Num=282&file\\_name=20070914am84056.htm&Cpage=1](http://www.realmeter.net/issue/view.asp?Table_Name=S_News2&N_Num=282&file_name=20070914am84056.htm&Cpage=1), 검색일: 2014. 10. 22.

그간 ‘여론’으로 알려진 ‘간통죄의 존치’ 입장이 의미하는 바는 무엇인가? 일반인들은 간통에 대해 어떤 규제를 필요로 하는가? 과거에 비하여 간통에 대한 태도는 어떻게 변화하였는가? 간통죄의 기능에 대해서는 어떤 기대를 하고 있으며, 간통의 처벌은 실제로 얼마나 이루어지고 있을까?

이 같은 질문에 답하기 위하여 일반인 2,000명을 대상으로 경험과 인식 조사를 실시하고 결과를 분석하였다. 더불어 간통죄 사건 처리에 관한 경찰, 검찰, 법원의 통계를 살펴봄으로써 일반인의 인식 및 태도와 실제 간통 사건 처리의 차이와 그 의미를 고찰하였다.

## 1. 일반인 조사 개요

전국 만 19세 이상 남녀 2,000명을 대상으로 간통 경험 및 태도 조사를 실시하였다. (주)마크로밀엠브레인이 보유한 조사 패널을 마스터 샘플로 하여 2014년 6월 기준 주민등록 인구통계에 따라 지역별, 성별, 연령별 인구비례로 할당하여 무작위 추출하였다. 조사 방법은 인터넷 패널 조사로서, 대상 패널에게 설문 안내 메일을 발송하면 설문 참여를 원하는 패널이 메일에 포함된 웹 설문 링크를 클릭하여 설문에 응답하는 방식이다. 조사 기간은 2014년 6월 24일부터 6월 27일까지이다. 수집된 자료는 코딩을 거쳐 SPSS로 통계처리하였다.

간통죄에 관한 선행연구, 헌법재판소 결정문 등 간통 및 간통의 규제에 대한 의견을 살필 수 있는 문헌을 검토하고 전문가 자문과 파일럿 조사를 거쳐 구조화된 설문을 완성하였다. 간통죄에 대한 일반인 인식조사를 통하여 간통죄 개선방안을 도출한 선행연구로 대표적인 것은 1990년에 수행된 심영희 외(1991)<sup>17)</sup>이다. 동 연구는 서울 거주 15세 이상 여성 655명, 20세 이상 남성 545명, 총 1,200명을 대상으로 한 가구 방문 면접조사로서 낙태에 관한 인식과 간통에 관한 인식을 동시에 조사하였다. 간통에 관한 설문은 간통 실태, 성도덕 및 간통에 대한 태도, 간통죄에 대한 태도 문항으로 구성되었다.

본 설문에서는 간통 경험, 간통에 대한 태도, 간통의 규제에 대한 태도를

17) 심영희, 박선미, 백월순, 김혜선, 「간통의 실태 및 의식에 관한 연구」, 한국형사정책연구원, 1991.

조사 범위로 정하고 시대 변화에 따른 경험 및 태도 변화를 살펴보기 위하여 조사결과를 심영희 외(1991)와 비교할 수 있는 문항을 포함하였다. 설문 초안을 완성한 뒤 2차례에 걸쳐 자문을 받았으며, 파일럿 조사를 거쳐 구조화된 설문지를 완성하였다.

문항은 크게 세 부분으로 구성하였다. 간통 경험, 간통에 대한 태도, 간통의 규제에 대한 태도이다. 먼저 간통 경험을 질문하였다. 간통 및 간통의 규제에 대한 태도에 간통 경험 변수가 미치는 영향을 살펴보기 위하여 본인의 간통 경험 문항을 포함하였다. 간통 경험이 있다는 데 응답하는 것은 응답자 자신의 불법을 보고하는 것이고 간통은 개인의 성생활 경험으로서 매우 사적인 성격을 갖는 정보이기 때문에 거짓 응답을 할 가능성을 배제할 수 없다. 다만 가구 방문 조사 방법으로 조사를 수행한 심영희 외(1991)에서도 응답자의 10.8%가 간통<sup>18)</sup> 경험을 보고한 바 있다. 본 연구는 인터넷 패널 조사로서 대면 조사에 비해 익명성 보장의 기대가 더 높아 응답의 진실성이 다소 높을 것으로 기대하였다. 또한 주변에서 실제 간통 경험에 대해 들어본 경우 간통 및 간통 규제에 대한 태도가 달라질 수 있을 것으로 가정하고, 본인의 간통 경험과 더불어 가까운 사람 중에 간통 경험자가 있는지 여부를 묻는 문항도 포함하였다. 주변의 간통 경험 여부에 대한 응답은 본인의 경험에 비해 진실된 응답의 가능성이 높을 것으로 생각된다.

다음으로 간통에 대한 태도는 가상의 사례를 구성하여 제시하고 각 사례에서 간통을 용납할 수 있는지 여부를 질문하였다. 이러한 구성은 심영희 외(1991)에서 사용한 방식으로서, 태도 변화를 알아보기 위한 것이다. 각 문항에서 남편의 간통과 아내의 간통 문항을 분리하여, 간통 주체의 성별에 따른 태도의 차이를 측정하고자 하였다. 또한 응답자의 배우자의 간통을 용납할 수 있는지 질문함에 있어 성매매와 성매매가 아닌 간통 문항을 분리하여, 간통 행위가 가정에 위협이 되는지 여부에 따른 태도 차이를 알아보하고자 하였다.<sup>19)</sup>

18) 성매매는 제외된 것이다.

19) 심영희 외(1991)은 조사 대상 간통의 개념 정의에서 사회학적 정의를 채택하여 성매매를 제외하였다. 그러나 본 설문에서는 간통의 법적 정의에 따라 기혼자의 성매매를 포함하였다. 다만 성매매와 성매매가 아닌 간통에 대해서는 태도 차이가 있을 것으로 보고 질문을 분리하였

마지막으로 간통의 규제에 대한 태도를 질문하였다. 간통죄의 존폐에 대한 의견, 간통의 적절한 법적 규제 방법과 그 근거, 응답자 본인의 배우자 간통 시 예상되는 대응 방법, 간통죄의 효과에 대한 의견 문항을 제시하였다. 간통죄의 효과는 간통죄가 외도를 예방하는 데 도움이 된다고 생각하는지 여부를 질문하였는데, 남편의 외도와 아내의 외도를 각기 다른 문항으로 구성하여, 간통죄의 성별 영향에 대한 의견을 수집하고자 하였다.

응답자의 특성으로는 성별, 연령, 거주지, 종교, 학력, 직업, 월평균 가계소득 외에 자녀 수와 가장 어린 자녀의 연령을 질문하였고, 기혼 또는 동거 중인 여성 응답자에 대해서는 본인 명의로 된 재산이 있는지, 재산의 정도는 어느 수준인지 답하도록 하였다. 배우자의 간통을 고소하기 위해서는 이혼소송을 먼저 제기하여야 하는데 자녀 유무, 자녀 연령, 경제적 자립 능력 등이 이혼 결정에 영향을 미칠 수 있고 이는 간통 및 간통죄에 대한 태도에 영향을 줄 가능성이 있다는 가정에 따른 것이다.

## 2. 일반인 조사 결과 및 간통죄의 실태

### 가. 응답자의 특성

응답자의 특성은 <표 III-1>과 같다.

---

다. 질문을 분리하는 경우를 제외하고는 ‘간통에 성매매가 포함된다’고 주의를 환기하는 문구를 제시하지는 않았으므로, 응답자에 따라 성매매의 경우를 배제하고 응답한 경우도 있을 것으로 보인다.

### Ⅲ. 간통죄에 대한 일반인 조사 분석 ●● 45

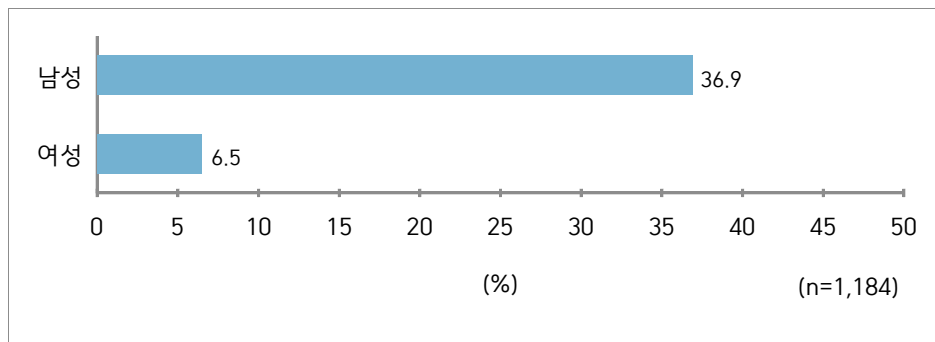
<표 Ⅲ-1> 응답자의 특성

(n=2,000)

구분		빈도 (명)	%	구분		빈도 (명)	%
성별	여성	976	48.8	직업	사무/기술직	947	47.4
	남성	1024	51.2		경영관리/전문직	32	1.6
연령 대	19~29	452	22.6		기능/숙련공	89	4.5
	30~39	494	24.7		판매/서비스직	236	11.8
	40~49	553	27.7		자영업	53	2.7
	50~59	501	25.1		전업 주부	298	14.9
	60 이상	402	20.1		학생	216	10.8
거주 지역	대도시	1101	55.1		무직	89	4.5
	중소도시	724	36.2		기타	40	2.0
	읍/면	153	7.7	혼인 상태	미혼	713	35.7
	농어촌	22	1.1		동거	35	1.8
최종 학력	중졸 이하	17	0.9		기혼	1175	58.8
	고졸	373	18.7		별거	9	0.5
	초대졸	304	15.2		이혼	58	2.9
	대졸	1105	55.3		사별	10	0.5
	대학원 재학 이상	201	10.1		기독교	493	24.7
월 평균 가계 소득	100만원미만	87	4.4	종교	불교	285	14.3
	100만원~200만원 미만	212	10.6		천주교	193	9.7
	200만원~300만원 미만	349	17.5		기타	7	0.4
	300만원~400만원 미만	373	18.7		없음	1022	51.1
	400만원~500만원 미만	387	19.4		없음	873	43.7
	500만원~600만원 미만	269	13.5	자녀 유무 및 자녀 수	있음	1127	56.4
	600만원~700만원 미만	104	5.2		1명	299	15.0
	700만원~800만원 미만	93	4.7		2명	692	34.6
	800만원이상	126	6.3		3명이상	136	6.8

## 나. 간통 경험

실제로 간통이 얼마나 발생하고 있는지 알아보기 위하여 본인의 간통 경험을 질문하였다. 간통 경험은 본인의 법률혼 도중에 배우자 외의 이성과 성관계를 갖는 경우와 본인이 법률혼 상태가 아니면서 유배우자와 성관계를 갖는 경우로 구분해볼 수 있다. 두 경우 모두 간통죄로 처벌받을 수 있지만, 일반적으로 전자는 '간통 행위자', 후자는 '간통의 상대방'으로 사회적 평가에 차이가 있다. 전자의 경우를 먼저 살펴보면, 배우자와 동거 또는 별거 중인 유배우 응답자의 21.4%가 결혼 후 배우자 외의 이성과 성관계를 가진 경험이 있다고 답하였다. 간통 경험은 성별에 따라 큰 차이를 보였다. <그림 III-1>은 성별에 따른 결혼 후 간통 경험률이다. 남성은 결혼 후 간통 경험이 있는 비율이 36.9%인 반면 여성은 6.5%만이 결혼 후 간통 경험을 보고하였다.

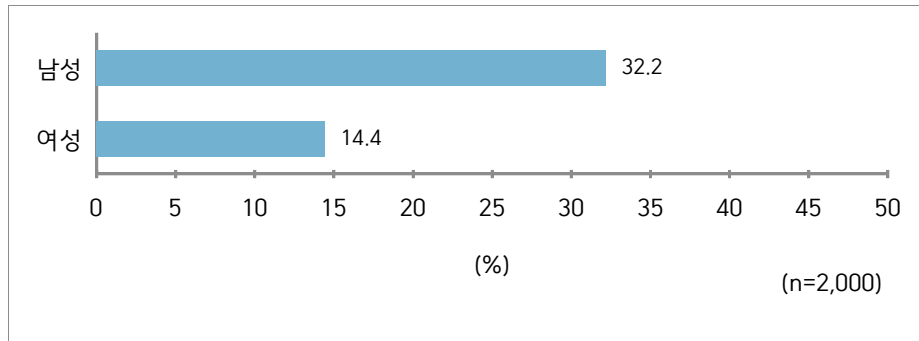


<그림 III-1> 성별 유배우 응답자의 결혼 후 간통 경험

간통 행위자의 성별에 따라 간통에 대한 사회적 허용도가 달라 여성의 간통에 더 부정적인 태도가 존재하므로, 남성보다 여성이 거짓 응답을 할 가능성이 더 높을 것이다. 그러나 이를 감안하더라도 남녀의 차이가 상당히 크게 나타나고 있다. 대체로 남성의 간통 경험이 더 많을 것이라는 일반적 인식에 부합하는 결과이다.

본인에게 배우자가 없을 때 유배우자와 성관계를 가진 경우를 포함하여, 간통죄로 처벌받을 수 있는 전체 간통경험은 전체 응답자의 23.6%였다.<sup>20)</sup> <그림 III-2>와 같이 남성은 32.2%, 여성은 14.4%가 간통 경험이 있었다.





<그림 III-2> 성별 전체 간통 경험

유배우 응답자의 결혼 후 간통 경험에 비하여 전체 간통 경험에서 성별 차이가 줄어드는 것은 간통 행위 당시 본인의 혼인여부에서 성별 차이를 보이기 때문이다. 남성은 혼인 중의 간통이, 여성은 혼인 전이나 혼인 해소 후의 간통이 더 많았다. <표 III-2>에서와 같이 법률혼 상태인 유배우 응답자들은 남성 36.9%, 여성 6.5%가 본인의 혼인 도중에 간통 경험이 있다고 답하였던 반면 혼인 전에 배우자 있는 이성과의 성관계 경험이 있다고 답한 응답자는 남성 20.0%, 여성 11.4%였다. 이혼·사별 상태인 남성은 혼인 중 배우자 외의 이성과의 성관계 경험이 있었던 응답자가 40.0%였고 혼인 전의 경험은 30.0%였다. 이혼·사별 상태의 여성은 각각 15.8%, 26.3%이다. 이는 여성의 간통 경험은 본인이 배우자가 없는 상태에서 기혼남성과 이루어지는 경우가 더 많은 반면, 남성의 간통은 본인의 유배우 상태에서 이루어지는 경우가 더 많음을 시사하는 것이다.

20) 앞서 설명한 바와 같이 심영희 외(1991)에서는 응답자 1,200명 중 10.8%가 간통 경험이 있다고 응답한 바 있다. 혼인 전의 간통 경험은 5.3%, 혼인 후의 간통 경험은 10.0%였다. 다만 심영희 외(1991)은 성매매를 제외한 간통 경험을 질문한 반면 본 연구는 성매매 여부에 대해 언급하지 않고 무배우 상태에서 유배우자인 이성과 성관계를 한 경험, 유배우 상태에서 ‘배우자 외의 이성’과 성관계를 한 경험을 질문하였다. 두 연구는 성매매 경험 포함 여부에서 차이가 있으므로 단순한 수치 비교는 무리가 있다.

&lt;표 III-2&gt; 혼인상태별 성별 간통 시기

(단위: %)

구분	기혼·별거		이혼·사별	
	혼인 전	혼인 중	혼인 전, 이혼·사별 후	혼인 중
남성	20.0	36.9	30.0	40.0
여성	11.4	6.5	26.3	15.8

혼인상태에 따라서는 미혼 집단은 12.1%가 유배우자와 성관계 경험이 있다고 응답하였다. 남성은 13.4%, 여성은 10.4%로 남성의 경험률이 좀 더 높았지만 다른 집단에 비하여 성별 차이가 상대적으로 적었다. 별거를 제외한 기혼 집단은 혼인 전에 유배우자와 또는 혼인 중에 배우자 외의 이성과 성관계 경험이 있는 비율이 29.1%로 나타났다. 기혼 집단은 성별 차이가 뚜렷이 나타난다. 기혼남성은 43.5%가 간통 경험을 보고한 반면 기혼여성은 15.3%만이 간통 경험이 있었다. 이혼 집단은 39.7%가 혼인 전이나 이혼 후에 유배우자와 또는 혼인 중에 배우자 외의 이성과 성관계 경험이 있다고 하였다. 사례수가 많지는 않지만 이혼 집단의 간통 경험에도 성별 차이가 드러났다. 이혼남성 집단은 57.7%로 절반 이상이 간통 경험이 있었다. 반면 이혼여성 집단은 25.0%로 남성보다 크게 낮았다.

## 다. 간통에 대한 태도

### 1) 상황별, 주체별 간통에 대한 태도

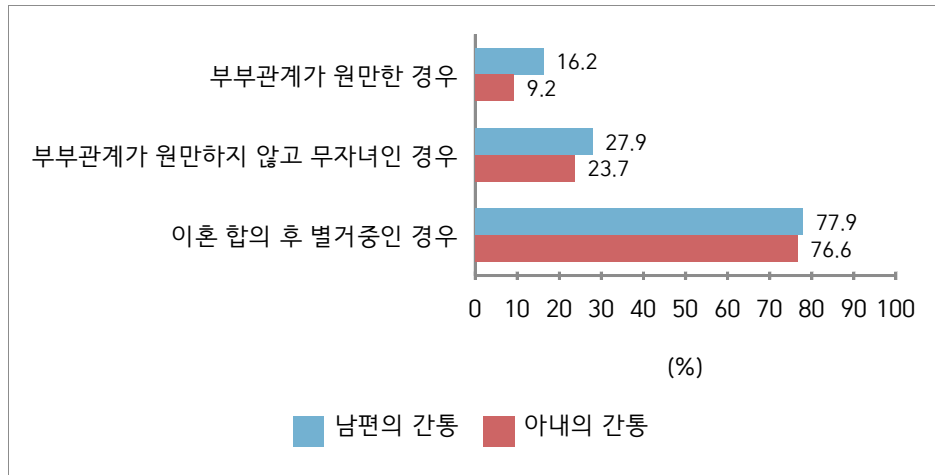
간통에 대한 태도를 알아보기 위하여 가상 사례를 몇 가지 제시하고 허용도를 확인하였다. 사례는 부부관계가 원만한 경우, 부부관계가 원만하지 않은 경우, 이혼에 합의하고 별거중인 경우로 구분하였으며 간통 행위자의 성별에 따라 구분하여 답변하도록 하였다. 선택지는 '경우에 따라서는 용납할 수 있다', '어떤 경우든 용납할 수 없다' 두 가지만 제시하여 의견을 명확히 하도록 하였다. 그 결과는 <그림 III-3>과 같다.

첫 번째 상황은 '부부관계가 원만한' 맞벌이 부부관계에서 업무상 알게 된

이성과 성관계를 가진 경우'이다. 조사 결과 위와 같은 상황에서 남편이 간통을 하였다면 16.2%, 아내가 간통을 하였다면 9.2%가 '경우에 따라서는 용납할 수 있다'고 답하여, 남성의 간통에 대한 허용도가 더 높은 것으로 나타났다.

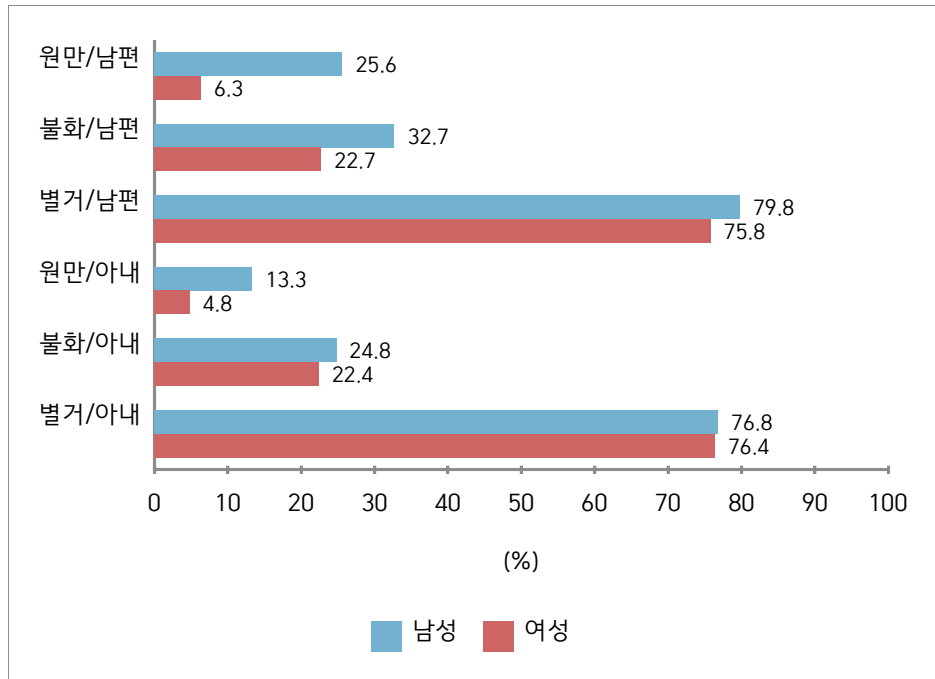
두 번째 상황은 '결혼 후 오랫동안 부부관계가 원만하지 않았고 이제는 애정이 거의 남아있지 않으며 자녀가 없는 부부관계에서, 동호회에서 만난 이성과 몇 차례 개인적으로 호감을 갖고 만나다가 성관계를 가진 경우'이다. '원만하지 않은 부부관계'만을 제시할 경우, '부부관계가 원만하지 않더라도 헤어지기 전까지는 간통을 해서는 안 된다'는 태도와 '부부관계가 파탄되었더라도 자녀를 위해서는 가정을 유지해야 한다'는 태도를 구분해내기 어려워진다. 따라서 간통에 대한 태도에 자녀 유무가 영향을 주지 않도록 하기 위하여 무자녀 상황으로 제한하였다. 그 결과 남편의 간통에 대해서는 27.9%, 아내의 간통에 대해서는 23.7%가 경우에 따라 허용가능하다고 응답하였다. 이는 부부관계가 원만한 사례에 비하여 각각 11.7%, 14.5% 더 높은 수치이다.

마지막은 '결혼한 지 10년 된 부부가 이혼에 합의하고 별거중인 상황에서 별거 후 만난 이성과 성관계를 가진 경우'이다. 앞선 두 사례에 비하여 허용도가 매우 높았다. 먼저 남편의 간통에 대해서는 77.9%가, 아내의 간통에 대해서는 76.6%가 경우에 따라 허용가능하다고 응답하여, 부부관계가 원만하지 않고 무자녀인 사례에 비해서도 2배 이상의 허용도를 나타냈다. 간통 행위 주체의 성별에 따른 차이는 다른 상황에 비하여 적어서 남성의 간통에 대한 허용도가 1.3% 더 높았고, 아내의 간통에 대해서도 허용 수준이 높은 편이었다.



<그림 III-3> 상황별·주체별 간통에 대한 허용도

이상의 결과는 성별에 따른 이중적 성윤리의 존재를 보여준다. 여성의 간통보다는 남성의 간통이 사회적으로 더 수용되는 것이다. 그리고 이러한 태도는 주로 남성 응답자에게서 나타났다. <그림 III-4>에서 나타나는 바와 같이 여성 응답자는 간통 주체의 성별에 따른 의견 차이가 적은 반면 남성 응답자는 남편의 간통과 아내의 간통에 대한 허용도에서 뚜렷한 차이를 보였다. 각 상황별 응답을 살펴보면 모든 상황에서 남성의 허용도가 여성보다 더 높게 나타난다. 이는 간통에 대하여 남성이 일반적으로 여성보다 더 허용적인 태도를 갖고 있음을 반영하는 결과에 불과하다. 동일한 상황에서 남편이 간통하는 경우와 아내가 간통하는 경우 남성 응답자들은 아내의 간통에 더 보수적인 태도를 보였다.



<그림 III-4> 성별·상황별·주체별 간통에 대한 허용도

간통 주체 성별 허용도 차이가 가장 큰 상황은 ‘원만한 부부관계에서 남편의 간통’ 상황이다. 남성 응답자는 25.6%가 ‘경우에 따라서는 남편의 간통을 용납할 수 있다’고 답한 반면 여성 응답자는 6.3%만이 이와 같은 의견이었다. 그에 비해 같은 상황에서 아내의 간통에 대해서는 남성 응답자의 13.3%, 여성 응답자의 4.8%가 ‘경우에 따라 용납할 수 있다’고 보아, 남녀 모두 여성의 간통에 대해 더욱 엄격한 태도를 보였다. 남편의 간통과 아내의 간통에 대한 태도 차이는 남성 응답자가 훨씬 더 컸다.

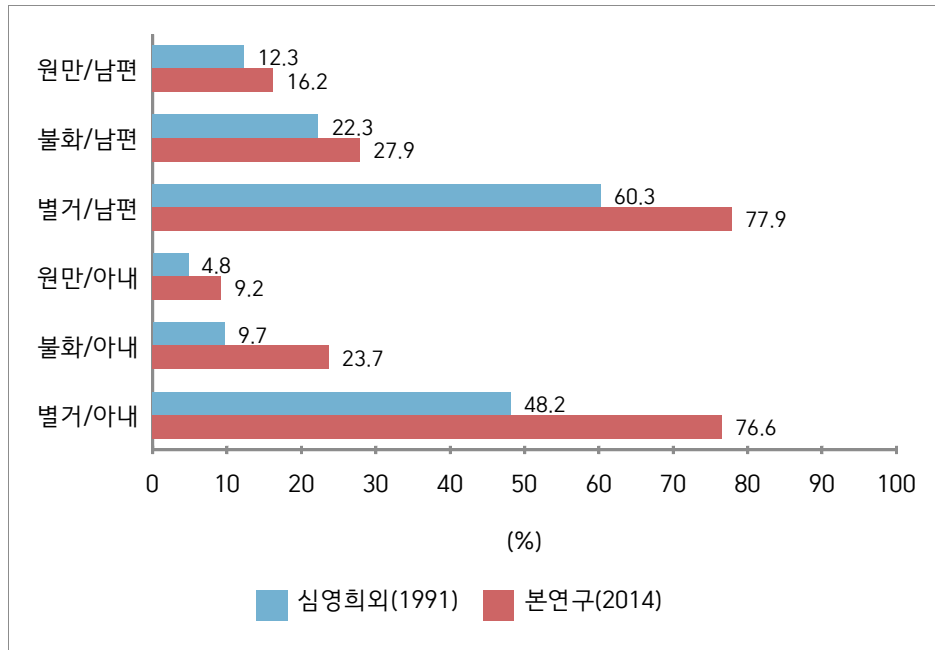
‘원만하지 않은 부부관계이며 자녀가 없는 상황’에서 남편의 간통에는 남성 응답자의 32.7%, 여성 응답자의 22.7%가 ‘경우에 따라 용납할 수 있다’고 답하여, ‘부부관계가 원만한 상황’에 비해 남녀 모두 허용도가 높았다. 여성 응답자는 아내의 간통과 남편의 간통을 비슷하게 판단하였지만, 남성 응답자는 아내의 간통보다 남편의 간통에 더 허용적이었다.

‘이혼 합의 후 별거중인 상황’에서는 남성의 79.8%, 여성의 75.8%가 남편의

간통에 대해 허용가능하다고 답하여, 부부관계가 파탄에 가까운 상황일수록 여성의 허용도가 크게 상승하고 이에 따라 응답자 성별에 따른 허용도 차이가 감소하는 것을 볼 수 있다.

간통에 대한 허용도를 심영희 외(1991)<sup>21)</sup>와 비교하여 보면, <그림 III-5>와 같이 모든 상황에서 허용도가 상승하였다. 부부관계가 원만한 경우에는 남편의 간통에 3.9%, 아내의 간통에 4.4% 더 허용도가 높아졌다. 부부관계가 원만하지 않은 경우는 아내의 간통에 대한 허용도가 크게 상승하여, 심영희 외(1991)에 비해 이번 연구에서는 14.0% 더 높은 허용도를 보였다. 다만 이 사례는 두 연구의 질문에 다소 차이가 있을 감안하여야 한다. 심영희 외(1991)에서는 ‘결혼 후 불화가 잦고 이제는 거의 애정이 남아 있지 않은 부부’의 상황이 제시되었으나 본 조사에서는 ‘부부관계가 원만하지 않고 자녀가 없는 부부’의 상황이 제시되었으므로 심영희 외(1991)의 응답자들은 자녀가 있는 경우를 상정하고 응답하였을 가능성이 있다. 그럼에도 불구하고 성별에 따른 허용도의 차이가 크게 감소하였다는 점은 의미가 있다. 허용도의 상승 폭이 가장 큰 상황은 ‘이혼에 합의하고 별거하고 있는 상황’이다. 심영희 외(1991)에 비하여 본 조사에서 간통 허용도는 남편의 간통에 17.6%, 아내의 간통에 28.4% 더 높아졌다. 또한 심영희 외(1991)에서 남편과 아내에 대한 허용도 차이가 12.1%였던 반면 본 조사에서는 1.3%까지 감소하였다.

21) 심영희 외(1991)에서는 성매매인 경우와 그렇지 않은 경우를 구분하여 질문하였으나, 본 연구는 성매매가 아닌 상황을 중심으로 문항을 구성하였다. <그림 III-5>에서 설명하는 심영희 외(1991) 조사 결과는 성매매 외의 간통에 대한 허용도 수치이다.



<그림 III-5> 상황별·주체별 간통에 대한 허용도 비교

종합하여보면 모든 상황에서 과거에 비해 간통에 대한 허용도가 상승하였고, 여성의 간통에 대한 허용적 태도가 증가함에 따라 간통 주체의 성별에 따른 허용도의 차이도 줄어들었다. 특히 부부관계가 원만하지 않을수록 남성의 간통과 여성의 간통에 대한 허용도 차이는 적어졌다. 그러나 성별에 따른 간통 허용도의 차이가 사라졌다고 보기는 어려우며, 부부관계가 원만할수록 남성정보다는 여성의 성적 순결이 더 중시되고 있음을 알 수 있다.

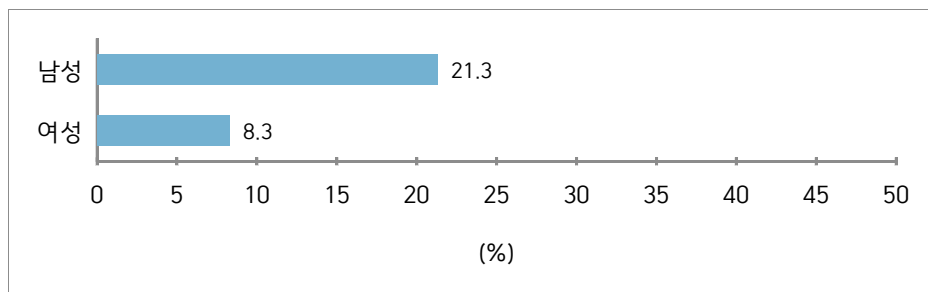
## 2) 자신의 배우자의 간통에 대한 태도

### 가) 배우자의 성매매 외 간통에 대한 태도

간통에 대한 일반적인 태도와 자신의 배우자의 간통에 대한 태도에는 차이가 있을 수 있다. 일반적으로는 간통에 대해 허용적인 태도를 보이더라도 자신의 배우자에 대해서는 엄격한 태도를 보일 수 있다. 배우자의 간통을 고소할 것인지 여부는 자신의 배우자의 간통에 대한 태도와 더 연관성이 있을 것

#### 54 ●● 간통죄에 대한 심층분석

이다. 이에 자신의 배우자가 간통한 경우의 허용도를 측정하였다. 먼저 성매매를 제외하고 자신의 배우자가 다른 이성과 성관계를 맺었다고 가정하고 ‘경우에 따라서는 용납할 수 있다’, ‘어떤 경우든 용납할 수 없다’ 중에서 선택하도록 한 결과, 전체 응답자의 15.0%가 ‘경우에 따라서는 용납할 수 있다’는 입장을 보였다. 성별로는 <그림 III-6>과 같이 남성의 21.3%, 여성의 8.3%가 허용가능하다고 답하여 배우자의 간통에 대해 여성이 더 부정적인 태도를 취하고 있음을 알 수 있다.



<그림 III-6> 성별 자신의 배우자의 간통(성매매 외)에 대한 허용도

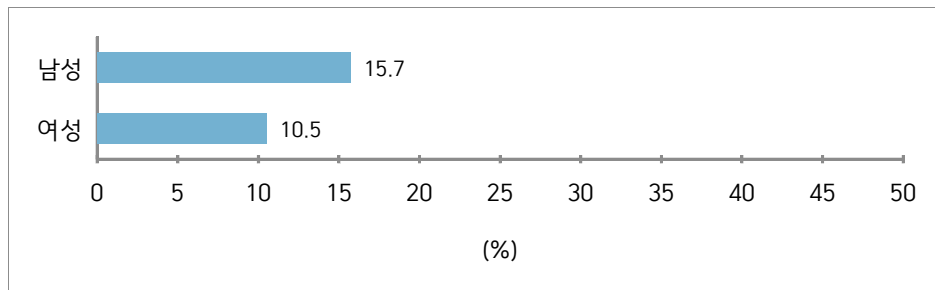
과거와 비교해보면, 본인의 배우자의 간통에 대한 허용도는 남녀 모두 낮아졌다. 남성 응답자는 심영희 외(1991)에 비하여 3.1% 낮아진 반면 여성 응답자는 34.8%에서 8.3%로 26.5% 낮아졌다. 간통 경험이 증가하고 간통에 대한 일반적 태도 또한 개방적으로 변화한 반면 배우자의 간통에 대해서는 과거에 비하여 보수적인 태도를 나타내고 있는데, 이는 주로 남편의 혼외 성관계를 묵인할 수밖에 없었던 기혼여성의 처지가 변화하고 있음을 반영하는 결과라고 생각된다.

#### 나) 배우자의 성매매 간통에 대한 태도

유배우자의 간통은 성매매인지 여부와 무관하게 범죄가 성립하지만 일반적 태도에서는 차이가 나타날 것으로 추측할 수 있다. 성매매 상대방과의 관계는 일회적인 경우가 많고 가정 유지에 끼치는 위험이 적다고 생각되기 때문이다. <그림 III-7>의 성매매를 통한 간통에 대한 허용도를 살펴보면, 여성



응답자의 10.5%가 남편의 성매매를 ‘경우에 따라 용납할 수 있다’고 보았고, 남성 응답자는 15.7%가 마찬가지로 허용가능하다고 하였다.



<그림 III-7> 자신의 배우자의 간통(성매매)에 대한 허용도

남편의 성매매 외 간통에 대한 여성 응답자의 허용도가 8.3%였던 것에 비하면 성매매 간통의 허용도가 더 높게 나타났음을 알 수 있다. 이는 앞서 지적하였듯 성매매 간통이 가정 유지에 덜 위협적이기 때문인 것으로 생각된다.

남성 응답자의 경우는 아내의 성매매 외 간통에 대한 허용도가 21.3%인 것에 비하여 성매매 간통의 허용도가 더 낮았다. 이는 여성의 성구매 행위가 빈번하지 않은 사회적 배경이 반영된 것으로 보인다.

아내의 성매매 간통에 대한 남성의 허용도가 남편의 성매매 간통에 대한 여성의 허용도보다 높게 나타난 것은 사회가 여성의 성구매 행위에 더 허용적이어서가 아니라 전반적으로 여성 응답자보다 남성 응답자가 성에 더 개방적임을 보여주는 결과로 해석하는 것이 타당할 것이다.

## 라. 간통의 규제에 대한 태도

### 1) 간통의 적절한 규제 방법과 근거 의견

#### 가) 간통의 적절한 규제 의견

간통한 유배우자와 그 상간자를 배우자의 고소에 따라 2년 이하의 징역에 처하도록 하는 형법 제241조 간통죄는 정부 수립 이래로 개정 없이 유지되어 왔다. 법정형의 완화 또는 간통죄 폐지와 관련된 논란이 여러 차례 있었으나,

반영되지 않고 현재에 이르고 있다. 그간 간통죄에 대한 일반 국민의 인식은 간통죄의 존치를 지지하는 것으로 보였지만, 시대 변화에 따른 간통 경험 및 간통 행위에 대한 태도의 변화가 나타나고 있는 만큼 간통 행위의 법적 규율에 대한 의견의 변화를 예상해볼 수 있다.

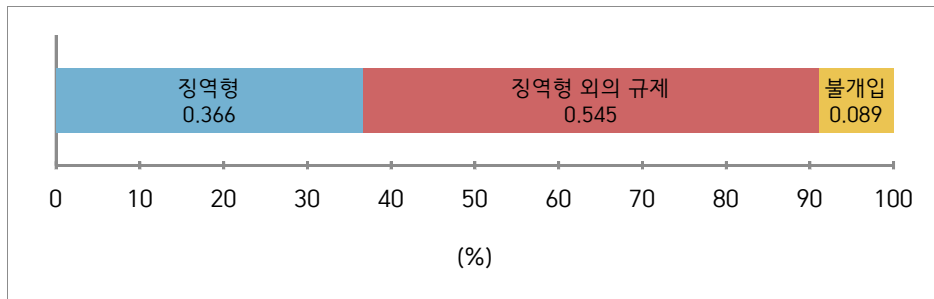
이에 간통죄에 대한 일반적 태도와 존폐 의견이 내포하는 의미를 살펴보았다. 간통죄의 구성요건에 대한 이해를 확보하기 위하여 간통의 법적 정의를 제시한 다음 간통죄가 있어야 한다고 생각하는지 의견을 물었다. 그 결과 ‘간통죄가 있어야 한다’는 의견이 60.4%로 가장 많았고, ‘원칙적으로는 없어야 하지만 아직은 이르다’는 의견이 21.2%, ‘없어져야 한다’는 의견이 18.5% 순으로 나타났다. 이는 심영희 외(1991)에 비하면, 존치 의견은 1.6%, 시기상조 의견은 1.2% 감소하고 폐지 의견이 2.8% 증가한 것이다.

그런데 ‘간통죄가 있어야 한다’는 의견이 모두 현행법과 같은 형태의 간통죄를 지지하는 것이라고 볼 수는 없다. 간통죄의 처벌 방법이나 정도에 있어서는 의견의 차이가 있을 수 있고 심지어는 형사적 규제 이외의 규제를 원하면서도 ‘간통죄’의 존치를 지지한다는 응답을 할 수 있기 때문이다. 따라서 응답자들이 어떤 모습의 ‘간통죄’의 존치를 원하는 것인지 살펴볼 필요가 있다.

먼저 간통죄의 형량, 이혼소송을 선행하여야 한다는 점, 간통죄가 징역형만 두고 있다는 점, 간통죄 외에 이혼 시 간통을 이유로 한 위자료 청구, 양육권 등에서 불이익을 줄 수 있다는 점을 선행 정보로 제공하고 간통에 관한 적절한 규제가 무엇이라고 생각하는지 질문하였다. 선택지는 ‘현재와 같이 징역형이 적절하다’, ‘실제로 징역을 살리는 것은 과도하며, 벌금형 정도로 규제하는 것이 적절하다’, ‘실제로 징역을 살리는 것은 과도하며, 피해자인 배우자에게 손해배상을 하도록 하는 것이 적절하다’, ‘실제로 징역을 살리는 것은 과도하며, 이혼시 위자료, 양육권 등의 불이익을 주는 정도가 적절하다’, ‘개인의 사생활 문제에 국가가 개입하여 처벌하는 것은 적절하지 않다’를 제시하였다.

그 결과는 <그림 III-8>, <표 III-3>과 같다. 현재와 같은 징역형이 적절하다는 입장은 36.6%에 불과하였고, 징역형으로 처벌하는 것이 적절하지 않다

는 입장이 63.4%로 나타났다. 국가가 개입해서는 안 된다는 의견도 그 중 8.9%를 차지하였다. 징역형 외의 규제를 내용별로 살펴보면, 이혼시 위자료·양육권 등에서 불이익을 주는 방법(27.0%), 손해배상(22.5%), 벌금형(5.1%) 순이었다. 즉 현행법상으로도 활용 가능한 민사적 방법에 대한 선호도가 높았으며, 형사처벌에 대한 요구는 높지 않은 것으로 이해할 수 있다. 그간 간통죄를 징역형으로만 처벌하도록 한 현행법에 대한 대안으로 벌금형을 신설하는 방안이 논의되기도 하였으나, 이번 조사에서는 벌금형이 적절하다는 의견이 가장 적었다.



<그림 III-8> 간통에 대한 적절한 규제 의견

<표 III-3> 간통에 대한 적절한 규제 의견

구분	징역형	징역형 외의 규제				불개입
		벌금형	손해배상	이혼시 위자료, 양육권 등	소계	
%	36.6	5.1	22.5	27.0	54.6	8.9

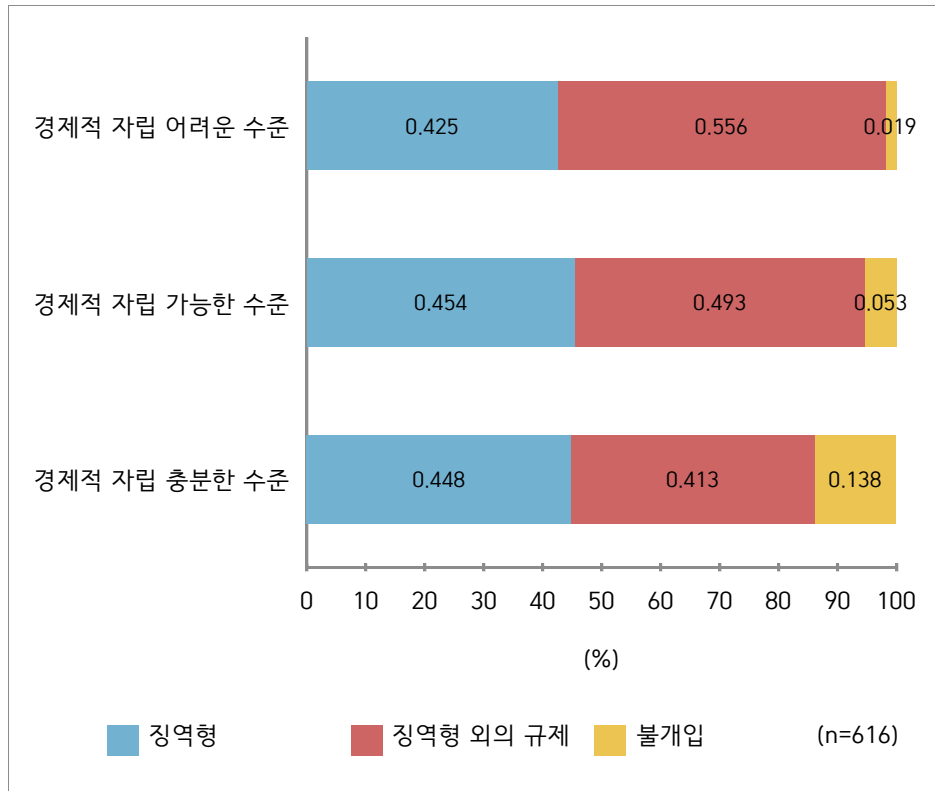
성별에 따른 의견 차이는 <표 III-4>와 같다. 남성은 징역형이 부적절하다는 의견이 68.8%였고, 개입해서는 안 된다는 의견도 13.5%였다. 반면 여성은 남성보다 징역형을 더 많이 지지하여, 징역형이 부적절하다는 의견이 57.7%였다.

&lt;표 III-4&gt; 성별 간통에 대한 적절한 규제 의견

(단위: %)

구분		징역 형	징역형 외의 규제				불개 입	통계값
			벌금 형	손해 배상	이혼시 위자료, 양육권 등	소계		
성별	남성	31.2	6.9	20.6	27.8	55.3	13.5	$\chi^2=84.857$ df=4 p=.000
	여성	42.3	3.1	24.4	26.1	53.6	4.1	

기혼·동거 여성 중 본인 명의의 재산이 있는 여성 집단은 <그림 III-9>에  
서 나타나는 바와 같이 경제적 자립 가능성이 높을수록 국가의 개입이 부적  
절하다는 의견이 많았고 자립 가능성이 낮을수록 징역형 외의 규제에의 요구  
가 높았다. 경제적 지위가 낮은 여성을 보호하기 위하여 간통죄가 필요하  
다는 주장과는 상반된 결과이다.

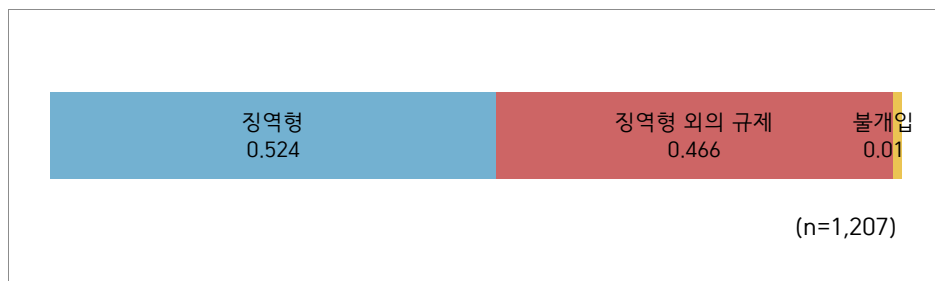


<그림 III-9> 기혼·동거 여성의 본인 명의 재산 경제적 자립 가능성별 간통에 대한 적절한 규제 의견

본인 명의의 재산이 경제적 자립에 충분하다고 응답한 집단에서는 13.8%가 개입하지 말아야 한다는 입장을 표하여, 이혼으로 경제적 위험에 빠질 가능성이 낮을수록 간통을 개인적인 문제로 이해하는 태도가 증가하는 것으로 보인다. 경제적 자립이 어려운 수준이라고 응답한 집단에서는 55.6%가 징역형 외의 규제가 적절하다고 보았다. 그 중 '이혼 시 위자료, 양육권 등에서 불이익을 주어야 한다'는 의견이 31.3%로, 경제적 자립에 충분한 수준 집단(17.2%)에 비하여 14.1% 더 많아 배우자의 간통으로 인한 이혼 시 위자료로 보상받거나 경제적 자립가능성의 부족에도 불구하고 양육권을 얻는 데 도움이 되는 제도에의 요구를 반영하고 있다. 징역형에 대한 의견은 집단별 차이가 크지 않았다.

이 같은 결과는 간통죄가 경제적으로 취약한 여성을 보호하는 데 도움이 되므로 여성들이 폐지를 반대할 것이라는 추측과 상반되는 것이다. 경제적으로 취약한 여성은 다른 집단에 비하여 현행과 같은 징역형보다는 오히려 징역형 외의 규제에 대한 선호도가 더 높았다. 간통 배우자가 형사처벌을 받는 것보다는 간통 발생 이후 자신에게 발생할 손해를 보전하는 것을 더 중요하게 생각하고 있음을 알 수 있다.

간통죄의 존폐에 대한 의견별로 적절한 규제에 대한 의견을 살펴보면, 간통죄 존폐 의견의 의미가 좀 더 선명하게 드러난다. <그림 III-10>에 나타나듯 ‘간통죄가 있어야 한다’고 선택한 응답자 중 현재와 같은 징역형이 적절하다는 응답은 52.4%로 절반 수준에 지나지 않았다. 46.6%는 ‘이혼시 위자료, 양육권 등 불이익’, 손해배상, 벌금형 등 징역형 외의 규제가 적절하다고 보았다. 그 중 징역형과 마찬가지로 형사처벌에 해당하는 ‘벌금형’ 의견은 4.4%에 그쳤다.



<그림 III-10> 간통죄 존치 입장의 간통에 대한 적절한 규제 의견

간통죄를 ‘원칙적으로는 폐지하여야 하나 아직은 시기상조’라고 응답한 응답자 중에서 징역형이 적절하다는 입장은 18.9%에 불과하였고, 73.8%가 징역형 외의 규제, 7.3%가 불개입이 적절하다고 하였다. 간통죄가 ‘없어져야 한다’는 의견을 선택한 응답자는 94.6%가 징역형 외의 규제 또는 불개입이 적절하다고 답하였다.

본인의 배우자의 간통에 대한 허용도가 낮으면 형사처벌에 대한 요구가 높을 것으로 예측할 수 있다. 그러나 배우자의 성매매 외 간통을 ‘어떤 경우에도 용납할 수 없다’고 응답한 응답자 중 징역형이 적절하다는 의견과 벌금형

### Ⅲ. 간통죄에 대한 일반인 조사 분석 ●● 61

이 적절하다는 의견을 합하여도 절반이 채 되지 않았다(<표 Ⅲ-5>). 54.1%가 징역형 외의 규제를, 6.3%가 불개입 정책을 선택하였다. 이는 배우자의 간통을 용납할 수 없다는 태도가 곧 간통에 대한 형사처벌을 원하는 태도를 의미하지는 않음을 보여주는 결과이다.

<표 Ⅲ-5> 배우자의 간통(성매매 외)에 대한 태도별 간통에 대한 적절한 규제 의견  
(단위: %)

구분	징역형	징역형 외의 규제				불개입	통계값
		벌금형	손해 배상	이혼시 위자료, 양육권 등	소계		
경우에 따라 용납가능	19.7	7.0	22.1	27.8	56.9	23.4	$\chi^2=113.318$ df=4 p=.000
어떤 경우에도 용납 불가능	39.6	4.7	22.5	26.9	54.1	6.3	

결국 앞서 다수를 차지하였던 ‘간통죄가 있어야 한다’는 의견은 현재와 같은 징역형으로의 처벌이 유지되어야 한다거나 간통을 범죄로 규정하고 형사 처벌하여야 한다는 의견으로만 보기는 어렵고, 간통으로 인한 피해를 구제할 법적 방안이 존재하여야 한다는 의견으로 해석하는 것이 더 타당함을 알 수 있다.

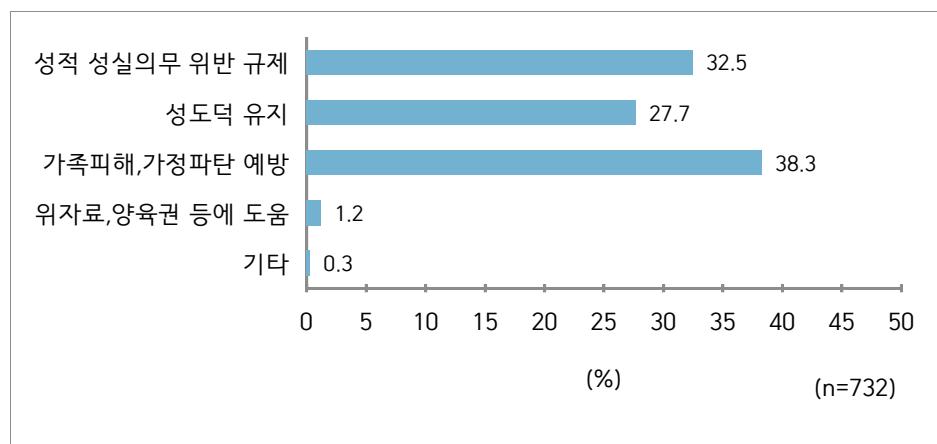
#### 나) 징역형이 적절한 이유 의견

징역형이 적절하다고 생각하는 이유를 질문하였다. ‘부부간의 성적 성실의무를 위반한 행위를 규제하는 데 도움이 되기 때문’, ‘사회의 건전한 성도덕을 유지하는 데 도움이 되기 때문’, ‘간통으로 인한 가족의 피해나 가정 파탄을 예방할 수 있기 때문’, ‘간통 고소가 위자료, 양육권 등에 도움이 되기 때문’, ‘기타’ 중에서 순서대로 두 개를 선택하도록 하였다.

1순위로는 <그림 Ⅲ-11>을 보면, 가족의 피해나 가정 파탄 예방 기능이 38.3%로 가장 많았고, 성적 성실의무 위반 행위 규제 기능이 32.5%로 두 번

## 62 ●●● 간통죄에 대한 심층분석

째로 많았다. 1순위와 2순위 응답을 가중치 없이 모두 집계하더라도 응답자들은 징역형이 적절한 이유로 가정파탄 예방을 가장 많이 선택하였다. 그 다음으로는 성도덕 유지, 성적 성실의무 위반 규제 순이었다.



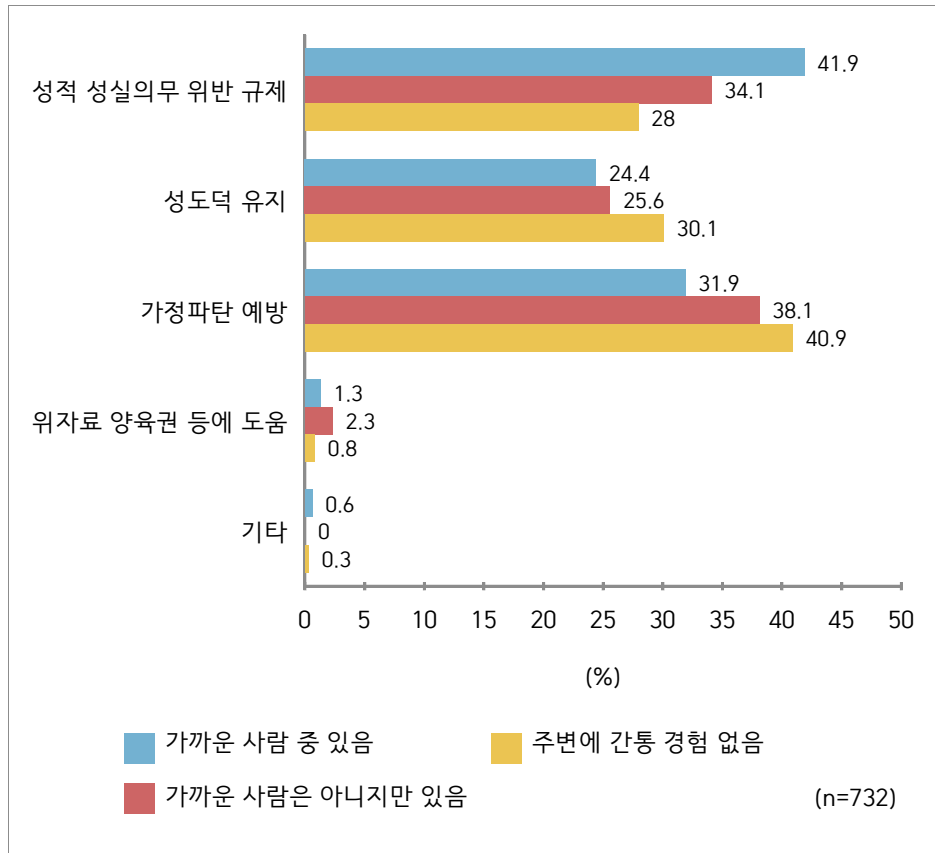
<그림 III-11> 징역형이 적절한 이유 의견(1순위)

성별, 연령대별로도 같은 순서였으나, 혼인상태에 따라서는 의견 차이를 보였다. 미혼, 기혼 응답자가 가정 파탄 예방, 성적 성실의무 위반 규제 순으로 응답한 데 반하여 이혼 응답자는 성적 성실의무 위반 규제가 60.0%로 가장 많았고 그 다음으로 성도덕 유지(26.7%), 가정 파탄 예방(13.3%) 순이었다. 부부관계의 파탄에 실제로 직면해본 경험이 있는 응답자일수록 간통죄를 징역형으로 처벌하는 것이 가정 파탄 예방에 도움이 되지 않는다고 평가하고 있음을 알 수 있다.

이 같은 결과는 간통 경험 여부에 따른 의견 차이에서도 드러난다. <그림 III-12>에 보듯 주변에서 간통 경험자가 있었던 경우일수록 성적 성실의무 위반 규제를 위하여 징역형이 적절하다는 의견이 더 많았고, 반대로 주변에서 간통 경험자가 없을수록 가정파탄 예방 기능을 위하여 징역형으로 규제하는 것이 적절하다는 의견이 더 많았다. 본인의 간통 경험 여부에 따라서도 같은 경향을 보였다. 즉 간통 문제에 직면하지 않은 집단은 형벌의 위하 효과에 대한 막연한 기대가 있지만, 실제로 간통 문제를 직·간접적으로 경험하



여본 집단은 징역형 규정이 가정파탄을 예방하는 데 실질적으로 도움이 되지 않음을 경험한 결과일 수 있다.



<그림 III-12> 주변의 간통 경험별 징역형이 적절한 이유 의견(1순위)

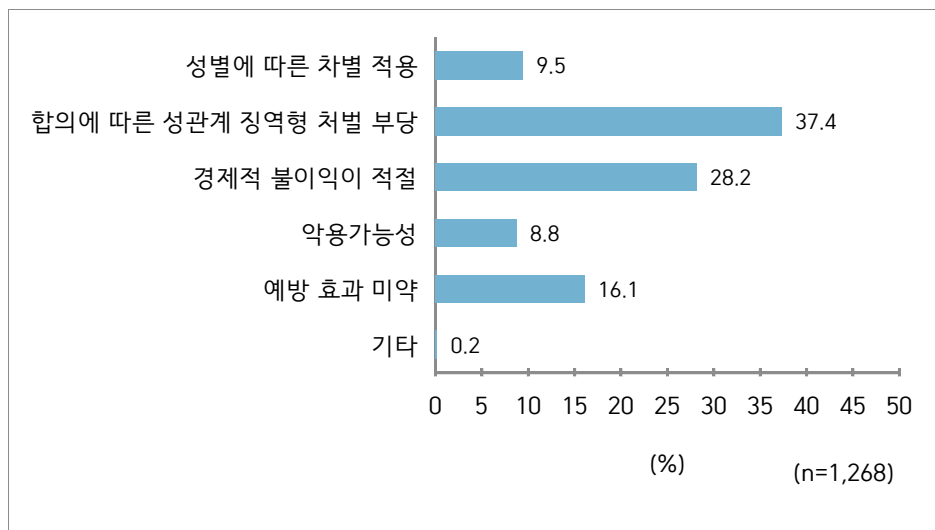
#### 다) 징역형이 부적절한 이유 의견

간통 규제 방법으로 징역형 외의 규제가 적절하다고 한 응답자들에게 간통을 징역형으로 처벌하는 것이 적절하지 않다고 생각하는 이유를 물었다. ‘남성과 여성에게 차별적으로 적용되기 때문’, ‘성인 간의 합의에 따른 성관계를 징역형으로 처벌하는 것은 부당하기 때문’, ‘징역보다는 벌금 부과, 손해배상 청구 등 경제적 불이익을 주는 방법이 더 적절하기 때문’, ‘과다한 위자료 청구나

## 64 ●● 간통죄에 대한 심층분석

복수의 수단으로 악용될 우려가 있기 때문', '징역형이 간통을 예방하는 데 별 다른 도움이 되지 않기 때문', '기타' 중 두 개를 순서대로 답하도록 하였다.

1순위 조사 결과는 <그림 III-13>과 같이 '성인간의 합의에 따른 성관계를 징역형으로 처벌하는 것이 부당하기 때문'이라는 응답이 37.4%로 가장 많았다. 그 다음으로 경제적 불이익을 주는 방법이 더 적절하기 때문이라는 응답이 28.2%, 간통 예방 효과가 별로 없다는 응답이 16.1%, 성별에 따른 차별적 적용이 9.5%, 악용 가능성이 있다는 응답이 8.8% 순이었다.

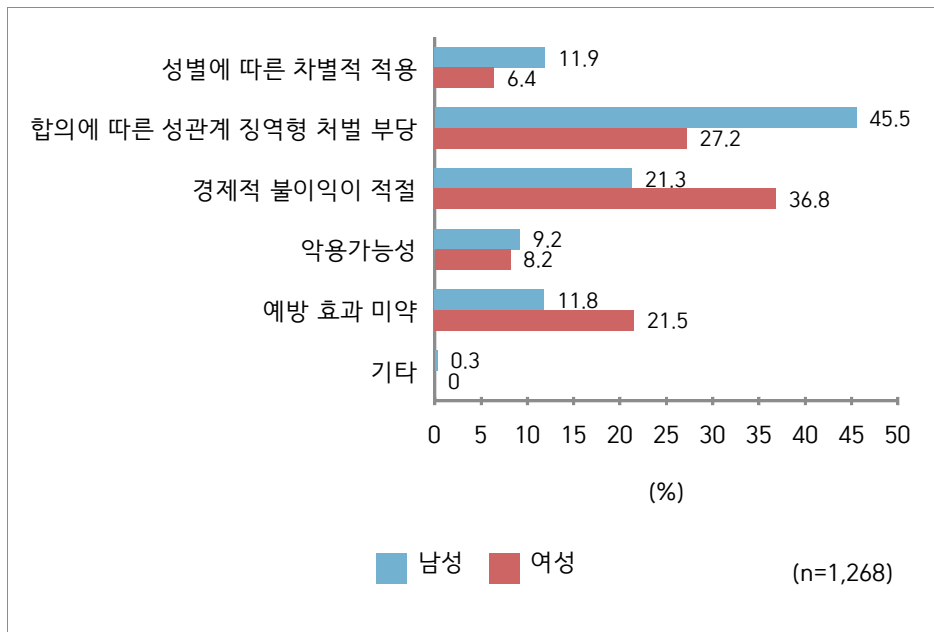


<그림 III-13> 징역형이 부적절한 이유 의견(1순위)

1순위와 2순위를 가중치 없이 합산한 결과는 1순위 응답의 결과와 유사하였다. 합의에 따른 성관계를 징역형으로 처벌하는 것이 부당하기 때문이라는 응답이 26.9%로 가장 많았으며, 경제적 불이익을 주는 방법이 더 적절하기 때문이라는 응답이 26.0%, 간통 예방 효과가 별로 없다는 응답이 22.5%였다.

<그림 III-14>는 징역형이 부적절한 이유 1순위 응답을 성별로 나누어본 것이다. 남성은 '합의에 따른 성관계 처벌의 부당함'을 꼽은 응답자가 가장 많아서, 두 번째로 많은 응답인 '경제적 불이익이 적절하다'는 응답보다 2배 이상 높았다. 반면 여성은 '경제적 불이익이 적절하다'는 응답이 가장 많이 나타나, 합의에 의한 성관계라 하더라도 혼외 성관계로 인하여 발생한 문제에 책

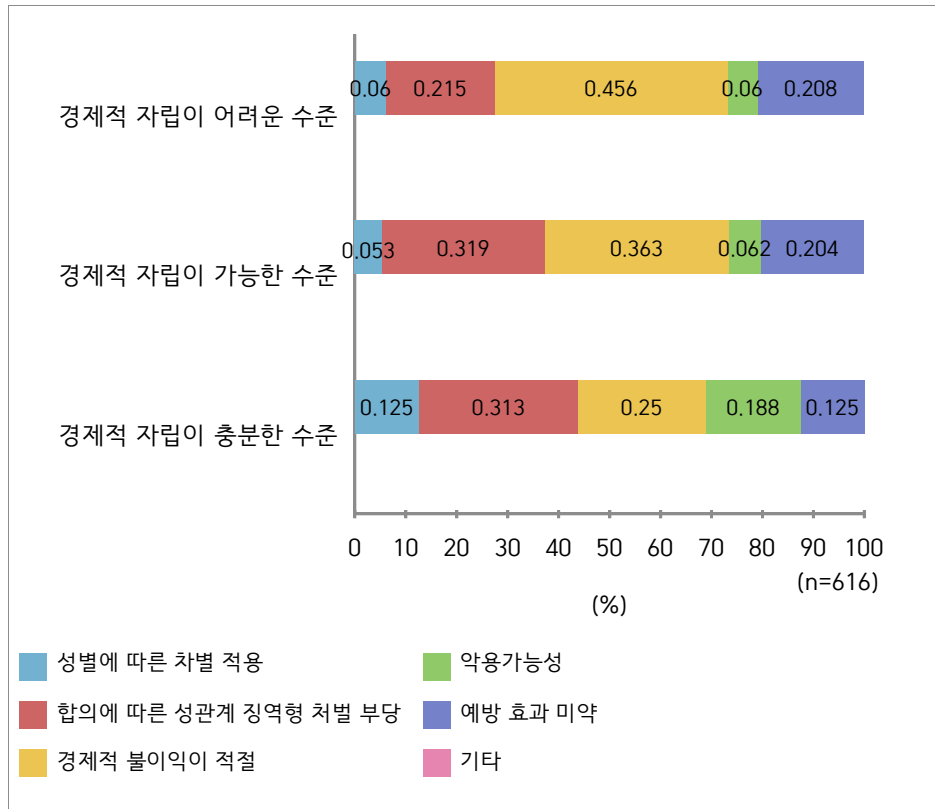
임을 저야 한다는 인식이 더 많음을 보여주고 있다.



<그림 III-14> 성별 징역형이 부적절한 이유 의견(1순위)

1,2순위를 합산한 결과를 성별에 따라 나누어보면 1순위와 마찬가지로의 결과가 도출되었다. 남성 응답자는 합의에 따른 성관계를 징역형으로 처벌하는 것이 부당하다는 의견이 31.7%로 가장 많았던 반면, 여성 응답자는 경제적 불이익을 주는 방법이 더 적절하기 때문이라는 응답이 31.0%로 가장 많았다.

기혼·동거 여성 중 본인 명의의 재산이 있으나 이혼할 경우 경제적 자립을 하기는 어려운 집단에서는 45.6%가 경제적 불이익이 더 적절하다고 하였다 (<그림 III-15>). 본인 명의로 보유하고 있는 재산이 있기는 하지만 이혼하게 될 경우 경제적으로 자립하기는 어려워서, 배우자가 간통을 하였을 때 형사처벌을 하는 것보다는 본인이 경제적 위험에 빠지지 않도록 경제적 보상을 받는 편이 낫다고 판단한 결과인 것으로 볼 수 있다.



<그림 III-15> 기혼·동거 여성의 본인 명의 재산 경제적 자립 가능성별 징역형이 부적절한 이유 의견(1순위)

간통 경험이 있거나 주변에서 간통 경험자가 있는 응답자일수록 ‘성인 간 합의에 따른 성관계를 징역형으로 처벌하는 것이 부당하다’는 의견을 지지하였다(<표 III-6>). 간통 유경험자는 53.9%가 이를 1순위로 꼽았다. 반면 간통 경험이 없는 응답자는 ‘징역형보다는 경제적 불이익을 주는 규제 방식이 더 적절하다’고 선택한 경우가 31.9%로 가장 많았으며, 합의에 따른 성관계 처벌이 부당하다는 의견은 31.5%였다.

주변 가까운 사람 중에 간통 경험이 있는 응답자, 가까운 사람은 아니지만 주변에 간통 경험이 있는 응답자는 각각 42.2%, 40.1%가 합의에 따른 성관계를 처벌하는 것이 부당하다는 점을 1순위로 가장 많이 꼽았다.

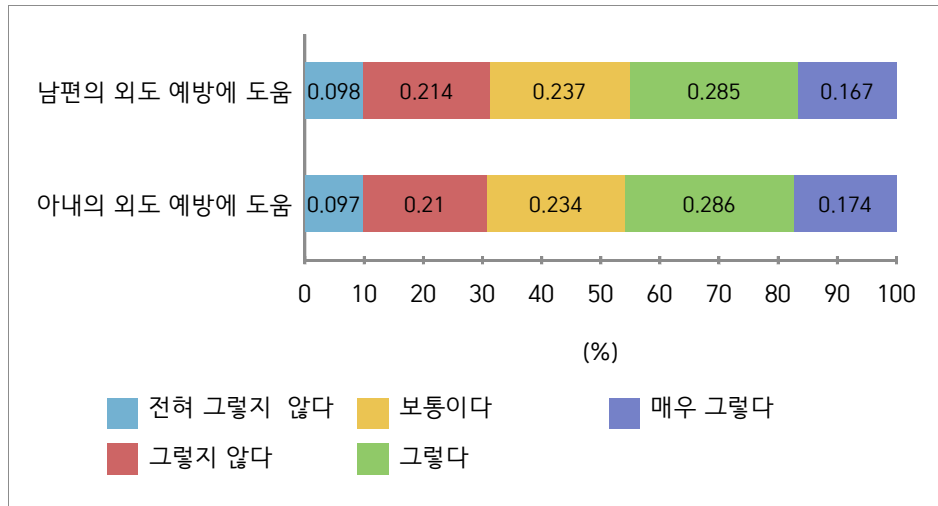
### Ⅲ. 간통죄에 대한 일반인 조사 분석 ●●● 67

<표 III-6> 본인 또는 주변의 간통 경험별 징역형이 부적절한 이유 의견 (1순위)  
(단위: %)

구분		성별에 다른 차별 적용	합의에 다른 성관계 징역형 처벌 부담	경제적 불이익 이 적절	악용 가능 성	예방 효과 미약	기타
간통경험	있음	7.5	53.9	17.5	8.7	12.0	0.3
	없음	10.1	31.5	31.9	8.8	17.5	0.1
주변의 간통경험	가까운 사람 중 있음	8.1	42.2	24.1	7.8	17.4	0.3
	가까운 사람은 아니지만 있음	7.0	40.1	30.1	8.7	13.8	0.3
	없음	11.9	32.6	29.4	9.4	16.8	0.0

#### 2) 간통죄의 예방적 효과 의견

간통죄의 예방적 효과에 대한 기대는 높지 않았다. ‘간통죄는 남편의 외도를 예방하는 데 도움이 된다’, ‘간통죄는 아내의 외도를 예방하는 데 도움이 된다’를 제시한 뒤 ‘전혀 그렇지 않다’에서 ‘매우 그렇다’까지 5점 척도로 응답하도록 하였다. 그 결과는 <그림 III-16>과 같다. ‘간통죄가 남편의 외도를 예방하는 데 도움이 된다’는 데 대해서는 45.2%, ‘간통죄가 아내의 외도를 예방하는 데 도움이 된다’는 데 대해서는 46.0%가 ‘매우 그렇다’ 또는 ‘그렇다’고 답하였다. 간통 주체의 성별로는 ‘아내의 외도 예방에 도움이 된다’는 의견이 좀 더 많았으나 차이는 근소한 수준이었다.



<그림 III-16> 간통죄의 외도 예방 기능 의견

### 3) 배우자의 간통에 대한 대응 태도

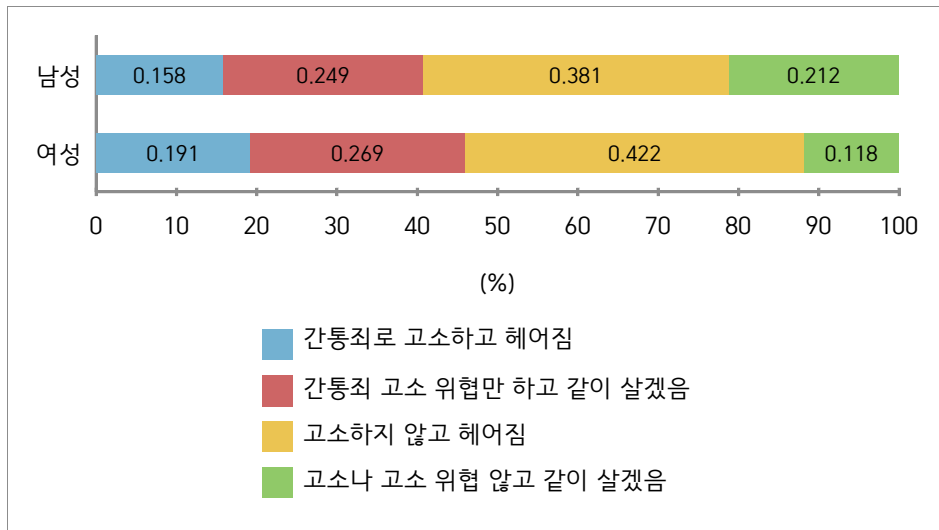
간통죄의 실효성을 살펴보기 위하여 본인의 배우자가 간통을 저질렀을 경우 어떻게 할 것인지 질문하였다. 앞서 실태조사에서도 나타났듯 우리사회에서 간통은 드문 현상이 아니기 때문에 배우자의 간통이 가정 파탄으로 이어질 가능성에 따라 대응 태도가 달라질 수 있다. 따라서 배우자가 ‘다른 여성과 단 한 번 성관계를 가진 경우’와 ‘다른 여성과 호감을 갖고 몇 차례 만나다가 성관계를 가졌을 경우’를 구분하여 헤어질 것인지, 간통죄로 고소할 것인지 여부를 답하도록 하였다.

#### 가) 배우자의 간통에 대한 대응 태도: 단 한 번의 성관계

일회성 간통인 경우에도 헤어지겠다는 응답이 57.5%로 절반을 넘어 혼외 성관계에 대해 부정적인 태도를 보여주고 있다. 그러나 ‘간통죄로 고소하여 징역을 살도록 하고 헤어지겠다’는 응답은 17.4%에 불과하였다. 가장 많은 답변은 ‘고소하지 않고 헤어지겠다’는 의견으로 40.1%였고 그 다음으로 ‘간통죄로 고소하겠다는 위협만 하고 마음을 돌려 같이 살겠다’는 응답이 25.9%로 나타났다. 즉 일회성 간통에 대해서는 형사처벌을 원하기보다는 미래의 간통

의 예방 수단으로 간통죄를 활용하고자 하는 태도가 더 많음을 알 수 있다.

성별로는 남정보다는 여성이 간통죄로 고소하거나 고소 위협만이라도 할 것이라는 의견이 더 많이 나타나, 여성 집단이 남성 집단에 비하여 간통에 대한 허용도가 더 낮고 간통죄 존치 의견은 더 많았던 결과와 일치한다. <그림 III-17>을 보면, 여성은 고소하겠다는 의견이 19.1%인 반면 남성은 15.8%로 여성보다 적었다.



<그림 III-17> 성별 배우자의 간통에 대한 대응방법: 단 한 번의 성관계

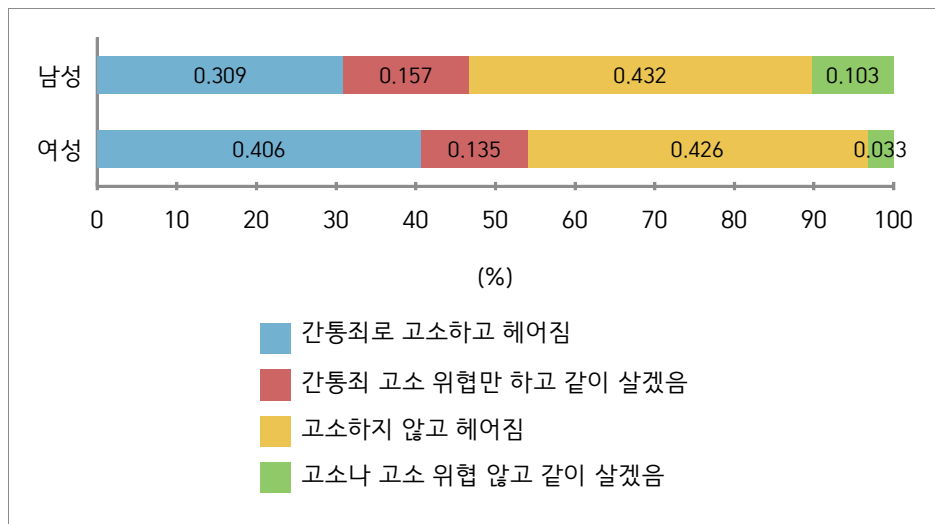
#### 나) 배우자의 간통에 대한 대응 태도: 몇 차례 만나다가 성관계

다른 이성과 몇 차례 호감을 갖고 만나다가 성관계를 한 경우는 응답자 중 78.5%가 헤어지겠다고 답하였다. 이는 일회성 간통에 비하여 21.0% 더 높은 수치이다. 그러나 이때에도 고소하지 않겠다는 응답이 64.4%에 달하였다.

가장 많은 응답은 일회성 간통과 마찬가지로 ‘고소하지 않고 헤어지겠다’는 의견으로 42.9%의 응답자가 선택하였다. ‘간통죄로 고소하고 헤어지겠다’는 응답은 일회성 간통에 비하여 2배 가량 높은 35.6%였고 ‘간통죄로 고소 위협만 하고 마음을 돌려 같이 살겠다’는 응답이 14.7%, ‘고소나 고소 위협을 하지 않고 같이 살겠다’는 응답이 6.9% 순이었다.

## 70 ●● 간통죄에 대한 심층분석

<그림 III-18>은 성별 의견 차이를 살펴본 것이다. ‘고소하지 않고 헤어지겠다’는 응답이 남녀 모두 가장 많았지만 여성 집단은 ‘고소하고 헤어지겠다’는 응답도 많았다. 고소하겠다는 응답은 여성 40.6%, 남성 30.9%로, 간통죄로 고소하겠다는 여성이 남성보다 9.7% 더 많았다.



<그림 III-18> 성별 배우자의 간통에 대한 대응방법: 몇 차례 만나다가 성관계

본인이나 주변의 간통 경험이 있을수록 고소하겠다는 의견은 더 적었다 (<표 III-7>). 간통 유경험자의 44.6%는 ‘고소하지 않고 헤어지겠다’고 답하였으며, ‘고소하고 헤어지겠다’는 응답은 23.6%로 간통 무경험자에 비하여 15.7% 더 적었다. 가까운 사람 중 간통 경험자가 있는 경우에는 27.6%가 고소하겠다고 응답하였으나 주변의 간통 경험자가 없는 때에는 41.5%가 ‘고소하고 헤어지겠다’고 답하여 13.9%의 차이를 보였다. 가까운 사람 중 간통 경험자가 있는 응답자 중에서는 고소하지 않고 헤어질 것이라는 응답이 42.9%로 가장 많았다.

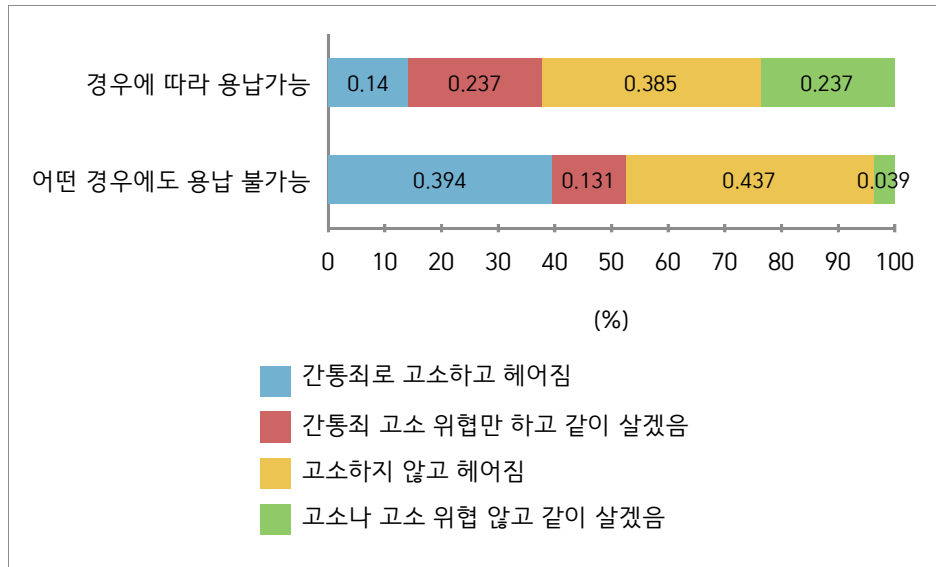


### Ⅲ. 간통죄에 대한 일반인 조사 분석 ●● 71

<표 III-7> 간통 경험별 배우자의 간통에 대한 대응방법: 몇 차례 만나다가 성관계  
(단위: %)

구분		간통죄로 고소하고 헤어짐	간통죄 고소 위험만 하고 같이 살겠음	고소하 지 않고 헤어짐	고소나 고소 위험 않고 같이 살겠음	통계값
간통 경험	있음	23.6	17.8	44.6	14.0	$\chi^2=75.874$ df=3 p=.000
	없음	39.3	13.7	42.4	4.6	
주변 의 간통 경험	가까운 사람 중 있음	27.6	20.2	42.9	9.3	$\chi^2=45.718$ df=6 p=.000
	가까운 사람은 아니지만 있음	32.7	14.7	45.3	7.3	
	없음	41.5	11.7	41.5	5.3	

배우자의 간통에 대한 태도에 따라 예상되는 대응 태도에도 차이가 나타날 수 있다. 성매매 외 간통에 대한 태도별로 ‘배우자가 호감을 갖고 몇 차례 이성을 만나다가 성관계를 한 경우’ 예상되는 대응방법에 대한 의견을 알아보았다. 그 결과 <그림 III-19>와 같이 모든 집단에서 ‘고소하지 않고 헤어지겠다’는 응답이 가장 높게 나타났다. ‘경우에 따라서는 배우자의 간통을 용납할 수 있다’고 응답한 집단의 38.5%가 ‘고소하지 않고 헤어질 것’이라고 답하였다. 그러나 동 집단에서는 ‘간통죄로 고소하고 헤어지겠다’는 응답이 14.0%로 가장 낮았던 반면, ‘용납할 수 없다’고 답한 집단에서는 39.4%가 ‘고소하고 헤어지겠다’고 하여 두 번째로 높은 응답률을 보였다. 이는 배우자의 간통에 대한 허용도가 낮을수록 간통죄로 고소하겠다는 응답이 높아짐을 보여주고 있지만, 반대로 ‘어떤 경우에도 배우자의 간통을 용납할 수 없다’는 입장에서조차도 간통한 배우자를 간통죄에 따라 처벌받도록 하겠다는 의사가 채 절반에 이르지 못하는 수준이어서, ‘용납할 수 없음’이란 간통죄 고소보다 ‘헤어지겠다’는 선택에 더 가까움을 의미하는 것임을 보여주는 결과이기도 하다.



<그림 III-19> 배우자의 간통(성매매 외)에 대한 태도별 배우자의 간통에 대한  
대응방법: 몇 차례 만나다가 성관계

## 마. 간통 사건의 동향과 성별영향

배우자가 간통한다면 고소하겠다는 의견이 심영희 외(1991)에서는 12.3%였던 것에 비하면 이번 조사에서 고소 의사가 크게 증가한 것처럼 보인다. 하지만 이 같은 결과를 그대로 받아들이기는 어렵다. 수사기관에 접수된 간통죄 사건을 살펴보면, 간통 경험의 증가에도 불구하고 간통죄 접수 건수가 과거에 비해 대폭 감소하였음을 알 수 있다. <표 III-8>은 검찰의 간통죄 접수 건수 및 처리 결과이다. 1994년 접수 건수는 16,175건이었던 데 반해 사건 수가 가장 적었던 2010년에는 3,961건으로 16년만에 약 1/4 수준으로 급감하였다. 배우자의 혼외 성관계를 통제하고자 하는 욕구가 실제 간통죄의 고소로 이어지지 않고 있음을 보여주는 수치이다.

### Ⅲ. 간통죄에 대한 일반인 조사 분석 ●● 73

<표 Ⅲ-8> 간통죄 접수 건수 및 처리 결과

(단위: 건, %)

연도	접수	기소	불기소	타관송치등	기소율
1994	16,175	4,127	11,650	198	25.5
1995	15,852	3,658	11,756	161	23.1
1996	15,488	3,370	11,738	138	21.8
1997	13,366	1,810	11,140	107	13.5
1998	13,918	2,081	11,250	204	15.0
1999	13,734	1,963	11,342	178	14.3
2000	12,762	1,930	10,407	145	15.1
2001	12,497	1,871	10,285	118	15.0
2002	11,329	1,688	9,289	139	14.9
2003	11,038	1,582	9,074	164	14.3
2004	9,911	1,443	8,126	132	14.6
2005	8,720	1,199	7,150	163	13.8
2006	8,071	1,200	6,538	121	14.9
2007	7,301	1,201	5,754	143	16.4
2008	5,346	938	4,112	109	17.5
2009	5,424	1,049	4,087	133	19.3
2010	3,961	811	2,910	87	20.5
2011	3,994	767	2,868	167	19.2
2012	4,149	826	2,914	190	19.9

(출처: 2013 검찰연감, 대검찰청)

배우자가 고소를 하더라도 기소되어 실형 선고까지 이어지는 사례는 적다. 기소율은 1994년 25.5%에서 점차로 감소하여 1997년에는 13.5%까지 하락하였다가 그 이후 다시 증감을 반복하였고 2011년 이후에는 재차 20% 아래로 떨어졌다. 2012년 전체 형법범 기소율은 24.6%로 간통범의 기소율이 4.7% 낮다.

<표 Ⅲ-9>는 간통죄 범죄자 처분결과이다. 2012년 간통죄로 기소된 853건 중 구속 사건은 단 4건으로 0.5%만이 구속기소되었다. 전체 형법범의 경우

기소 건수 307,760건 중 구속은 20,710건으로 6.7%에 해당함을 볼 때, 간통죄의 구속률이 매우 낮음을 알 수 있다.<sup>22)</sup> 불기소처분의 사유는 공소권없음과 혐의없음이 대부분을 차지한다. 공소권없음<sup>23)</sup>에 해당하는 여러 사유 중, 간통죄에서는 고소가 취소된 경우가 가장 많을 것으로 보인다. 불기소처분 2,401명 중 공소권없음을 이유로 한 경우는 1,442명으로 60.1%에 이른다. 간통죄의 고소취소가 빈번하게 일어나고 있음을 의미하는 것이다.

22) 경찰 통계에서도 마찬가지로의 경향이 나타난다. 2011년 간통죄 사건 3,403건 중 구속 사건은 단 2건이었고, 2012년에는 3,714건 전체가 불구속으로 진행되었다. 국가통계포털, 경찰청, 경찰청범죄통계: [http://stat.kosis.kr/statHtml\\_host/statHtml.do?orgId=132&tblId=DT\\_13204\\_2\\_N50&dbUser=NSI\\_IN\\_132#](http://stat.kosis.kr/statHtml_host/statHtml.do?orgId=132&tblId=DT_13204_2_N50&dbUser=NSI_IN_132#), 검색일: 2014. 10. 22. 그러나 1990년에는 간통 사건 10,077건 중 40.8%인 4,114건이 구속수사되어 구속률이 일반 형법범의 구속률 13.9%에 비하여 크게 높았다. 국가통계포털, 경찰청, 경찰청범죄통계: [http://stat.kosis.kr/statHtml\\_host/statHtml.do?orgId=132&tblId=TX\\_132\\_2009\\_H1148&dbUser=NSI\\_IN\\_132#](http://stat.kosis.kr/statHtml_host/statHtml.do?orgId=132&tblId=TX_132_2009_H1148&dbUser=NSI_IN_132#), 검색일: 2014. 10. 22.

23) ‘공소권 없음’의 불기소처분을 할 수 있는 경우는 다음과 같다(검찰사건사무규칙 제69조 제3항 제4호).

- 확정판결이 있는 경우
- 통고처분이 이행된 경우
- 「소년법」, 「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 또는 「성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률」에 의한 보호처분이 확정된 경우(보호처분이 취소되어 검찰에 송치된 경우는 제외)
- 사면이 있는 경우
- 공소시효가 완성된 경우
- 범죄 후 법령의 개폐로 형이 폐지된 경우
- 법률의 규정에 의하여 형이 면제된 경우
- 피의자에 관하여 재판권이 없는 경우
- 동일사건에 관하여 이미 공소가 제기된 경우(공소를 취소한 경우 포함. 단, 다른 중요한 증거를 발견한 경우는 제외)
- 친고죄 및 공무원의 고발이 있어야 논하는 죄의 경우에 고소 또는 고발이 없거나 그 고소 또는 고발이 무효 또는 취소된 때
- 반의사불벌죄의 경우 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시가 있거나 처벌을 희망하는 의사표시가 철회된 경우
- 피의자가 사망하거나 피의자인 법인이 존속하지 아니하게 된 경우

<표 III-9> 간통죄 범죄자 처분결과 (2012)

(단위: 명, %)

계	기소				불기소					기소 중지	참고 인중지
	소 계	구공판		구 약 식	소 계	기 소 유 예	혐 의 없 음	죄 가 안 됨	공 소 권 없 음		
		구 속	불 구 속								
3413	853	4	836	13	2401	11	946	2	1442	112	47

(출처: 2013 범죄분석, 대검찰청)

기소 후 법원에서의 사건처리 양상에서도 변화가 나타나고 있다. 과거에는 고소가 취소되지 않는 이상 구속하여 실형을 선고하는 경향을 보였다면, 점차로 불구속 수사와 집행유예 선고가 더 많이 나타나고 있다. <표 III-10>과 같이, 간통죄에 대한 헌법재판소의 3번째 결정이 있었던 2001년 이후 실형 선고는 줄고 집행유예가 증가하였다.

<표 III-10> 간통죄 선고 결과

(단위: 명, %)

연도	집행유예	1년 미만의 징역	1년 이상의 징역
2000	500 (60.8)	353 (36.5)	26 (2.7)
2001	614 (61.7)	355 (35.7)	26 (2.6)
2002	686 (69.8)	283 (28.8)	14 (1.4)

(출처: 정계선(2011), 67쪽)

<표 III-11>은 법원의 제1심 형사공판사건 중 성폭속에 관한 죄의 처리 통계이다. <사법연감>에는 간통죄에 대한 독립된 통계가 없다. 성폭속에 관한 죄에는 간통, 음행매개, 음화반포등, 음화제조등, 공연음란의 죄가 포함되고 그 중 간통죄의 건수가 가장 많으므로, 성폭속에 관한 죄의 처리 결과를 통하

## 76 ●●● 간통죄에 대한 심층분석

여 간통죄의 법원 처리 결과를 추측해볼 수 있을 것이다.<sup>24)</sup> 먼저 전체 처리 사건 중 공소기각 인원수가 167명으로 16.0%를 차지한다. 전체 형법범의 공소기각 비율이 1.5%인 것과 비교해보면 공소기각 비율이 상당히 높은 것을 알 수 있다.<sup>25)</sup> 또한 전체의 52.7%, 자유형의 90.3%인 550명에 대하여 집행유예가 선고되고 유기징역은 단 59명에 불과하여, 과거에 비해 실형이 선고되는 사례가 크게 감소하였다.

<표 III-11> 제1심 형사공판사건 성폭속에 관한 죄 재판 인원수 (2012)  
(단위: 명, %)

접수	처리														
	계	판결													
		사형	자유형			자격형	재산형	선고유예	무죄	형의면제	면소	관할위반	공소기각	소년부송치	기타
			무기	유기	집행유예										
1043	974	-	-	59	550	-	98	13	10	-	-	-	167	-	77
100.0	93.4	0.0	0.0	5.7	52.7	0.0	9.4	1.2	1.0	0.0	0.0	0.0	16.0	0.0	7.4

(출처: 2013 사법연감, 법원행정처)

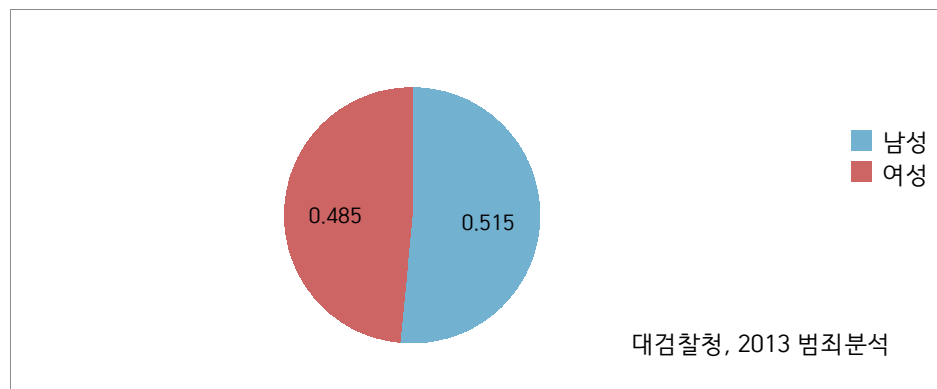
정리하면, 간통은 증가하였지만 간통에 대한 고소는 적고, 고소가 있더라도 수사, 재판 과정에서 고소를 취소하는 사례가 많다. 수사는 불구속으로 진행되며 대부분 집행유예가 선고되고 있다. 이처럼 간통죄에 대한 처벌은 점차로 약화되고 있는 추세이다.

다음으로 기혼남성에게 만연한 간통과 이중적 성규범 하에서 간통 행위자의 성별에 따라 어떤 차이가 나타나는지 살펴볼 필요가 있다. 앞서 살펴본 조사 결과에서 나타난 유배우자의 결혼 후 간통 경험과 배우자의 간통에 대

24) 대검찰청의 <2013 범죄분석>에 따르면 풍속범죄 중 간통 범죄자 수는 3,413명, 기타음란행위는 1,259명으로, 간통죄가 다른 범죄에 비하여 3배 정도 많다. 2012년 간통죄 구공판 기소 건수는 840건이다.

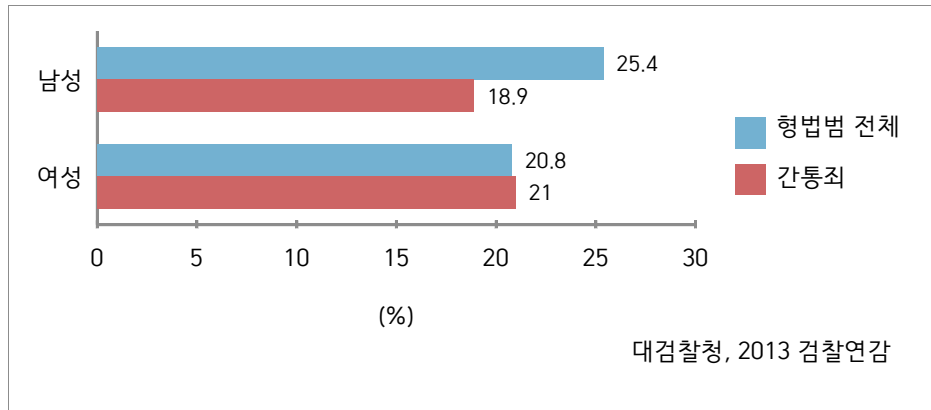
25) 공소기각의 주요 사유가 고소취소이고, 성폭속에 관한 죄 중 친고죄는 간통죄 뿐이므로 공소기각 판결의 대부분이 간통죄에 해당할 것으로 추측할 수 있다.

한 성별 대응방법을 토대로 추정해보면, 유배우 여성보다 유배우 남성의 간통 경험이 약 6배 가량 많고 배우자의 간통을 간통죄로 고소하겠다는 의견은 여성이 남성보다 더 높았으므로 간통죄의 ‘피해자’는 여성이 남성보다 6배 이상 많아야 할 것이다. 하지만 <그림 III-20>을 보면 여성보다 남성 피해자가 오히려 많은 것으로 나타나고 있다. 2012년 간통죄 남성 피해자는 927명인데 여성 피해자는 874명으로, 남성이 과반수인 51.5%를 차지하였다. 결국 실제로 발생하는 간통 중에서 기혼남성보다 기혼여성이 간통하는 경우 형사사건화될 가능성이 훨씬 더 높음을 알 수 있다.



<그림 III-20> 간통죄 피해자 성별

검찰의 사건 처리 결과에서도 성별에 따른 차이를 발견할 수 있다. <그림 III-21>은 간통 범죄자 성별 기소율의 차이를 보여준다. 형법범 전체의 기소율은 여성(20.8%)에 비하여 남성(25.4%)이 더 높다. 반면 간통죄의 기소율은 성별의 차이가 오히려 역전된다. 남성 기소율은 18.9%, 여성은 21.0%로 여성이 2.1% 더 높게 나타났다. 간통범인 남성은 일반 형법범에 비하여 덜 기소되지만, 여성은 일반 형법범보다 더 많이 기소되는 것이다.



&lt;그림 III-21&gt; 범죄자 성별 형법범 전체 및 간통죄 기소율(2012)

<표 III-12>는 <표 III-9>를 범죄자의 성별에 따라 나누어본 것이다. 불기소처분 중 공소권없음이 차지하는 비율을 비교하여보면, 여성은 58.7%, 남성은 61.3%로 남성이 2.6% 더 많았다.

&lt;표 III-12&gt; 성별 간통죄 범죄자 처분결과 (2012)

성별	계	기소				불기소					기 소 중 지	참 고 인 중 지
		소계	구공판		구 약 식	소계	기 소 유 예	혐 의 없 음	죄 가 안 됨	공소 권없 음		
			구 속	불 구 속								
여성	1647	417	1	413	3	1152	5	470	1	676	60	18
남성	1766	436	3	423	10	1249	6	476	1	766	52	29

(출처: 2013 범죄분석, 대검찰청)

<그림 III-21>과 <표 III-12>의 '범죄자'는 유배우 간통 행위자의 상대방인 미혼 남녀 피고인까지 포함하고 있다. 따라서 남성 피고인의 배우자가 고소한 것인지 여성 피고인의 배우자가 고소한 것인지 여부에 따른 차이를 명확히 발견하기는 어렵다. 그러나 간통죄 피해자의 성별, 성별에 따른 형법범 전체 기소율과 간통죄 기소율의 비교 결과를 참고하여보면 유의미한 결과가



도출된다. 즉, 남성이 여성 배우자의 간통을 고소하고 고소를 끝까지 유지하는 비율이, 여성이 남성 배우자의 간통을 고소하고 고소를 유지하는 비율보다 훨씬 더 높을 것임을 추측하기는 어렵지 않다. 이는 기혼남성의 간통이 더 많이 발생하고 여성이 배우자의 간통을 고소하겠다는 태도를 더 많이 보였던 조사 결과와는 상반되는 것이다. 기혼남성보다는 기혼여성이 간통 행위자가 되는 경우 간통죄가 더 엄격하게 적용된다고 할 수 있고, 이는 부부간 성적 성실의무가 남성과 여성에게 다르게 요구되는 이중적 성윤리를 반영하는 결과이다.

### 3. 소결

일반인 조사를 통하여 간통 경험, 간통에 대한 태도, 간통의 규제에 대한 태도를 알아보고, 수사 및 재판 결과를 통하여 간통 사건의 처리 결과와 성별에 따른 차이를 살펴보았다.

간통이 범죄로 규정되어 있음에도 불구하고 간통 경험이 적지 않게 보고되었다. 간통 경험은 성별에 따라 큰 차이가 있었고, 남성은 혼인 중의 간통 경험이 더 많은 반면 여성은 혼인 전이나 혼인이 해소된 이후의 간통 경험이 더 많아, 남성과 여성의 간통 경험에 질적 차이가 있었다. 즉, 남성은 본인이 유배우 상태일 때 미혼 혹은 기혼 여성과 성관계를 맺는 형태의 간통이 더 많은 반면 여성은 본인이 무배우 상태일 때 기혼남성과 맺는 형태의 간통이 더 많다. 이는 혼인으로 인한 혼외 성관계의 통제가 남성보다 여성에게 더 강력하게 작용함을 의미하며, 간통죄가 특히 기혼남성에 대하여 실효성에 한계를 드러내고 있음을 보여준다.

간통에 대한 태도는 간통 상황에 따라 허용도의 차이를 보였다. 부부관계가 원만한 상황일수록 허용도가 낮았고, 부부관계가 파탄된 상황일수록 허용도가 높았다. ‘결혼한 지 10년 된 부부가 이혼에 합의하고 별거중인 경우’의 혼외 성관계는 배우자가 간통을 중용 또는 유서하지 않은 이상 간통죄에 해당한다. 그러나 이와 같은 상황에서 남편 또는 아내의 간통을 허용할 수 있다는 의견이 높게 나타나, 혼외 성관계에 대한 허용도가 법률혼 여부보다는 부부관계의 실질적인 파탄 정도에 따라 판단되고 있는 경향을 확인할 수 있다.

한편 부부관계가 원만할수록 간통 주체의 성별에 따른 간통 허용도 차이는 커졌다. ‘이혼에 합의하고 별거중인 경우’는 남편의 간통과 아내의 간통에 대해 유사한 허용도가 나타났지만, ‘부부관계가 원만한 경우’는 아내의 간통에 대한 허용도가 남편의 간통에 대한 허용도에 비하여 매우 낮았다. 그와 같은 태도의 차이는 주로 남성 응답자에게서 나타났다. 이는 성별에 따른 이중적 성윤리가 여전히 잔존하고 있으며, 여성보다 남성에게 더욱 그러한 경향이 있음을 보여주는 것이다.

자신의 배우자가 간통하였다고 가정할 때, 성매매 여부를 불문하고 여성보다는 남성이 배우자의 간통에 더 허용적인 것으로 나타났다. 그러나 사회적으로 남성의 간통보다 여성의 간통이 더 용인되고 있다고 보기는 어려우므로, 이는 간통에 대해 전반적으로 남성이 더 허용적임을 반영하는 결과로 보는 것이 적절하다.

또한 남성은 아내의 성매매 외 간통에 대하여 더 허용적인 반면 여성은 남편의 성매매 간통에 대하여 더 허용적인 의견을 나타냈다. 여성 응답자의 경우 성매매 외 간통에 비하여 성매매 간통에 허용적인 태도가 다소 많은 것은, 성매매 간통은 오로지 성관계를 목적으로 한 일회적인 경우가 대부분이어서 성매매 외의 간통에 비해 이혼으로 귀결될 가능성이 낮기 때문인 것으로 해석할 수 있다. 반면 남성 응답자는 성매매 간통에 대해 더 보수적인 태도를 보였는데, 이는 여성의 성구매 행위가 남성의 성구매에 비하여 훨씬 드물게 일어나고 일탈적인 의미를 더 많이 갖고 있기 때문인 것으로 보인다.

심영희 외(1991)와 비교해볼 때 배우자의 간통에 대한 남성의 태도는 큰 변화가 없는 반면 여성의 태도는 오히려 엄격해진 것으로 나타났다. 이전에는 여성의 허용도가 남성보다 더 높게 나타났지만 본 연구에서는 여성의 허용도가 훨씬 더 낮았다. 이는 배우자의 혼외 성관계에 대한 여성들의 태도가 과거에 비하여 보수화되었다기보다는, 이중적 성윤리 하에서 기혼 남성의 혼외 성관계에 관대한 사회적 분위기, 낮은 이혼율과 이혼한 여성에 대한 사회적 낙인 등으로 인해 허용적인 태도를 보일 수밖에 없었던 과거 상황을 반영하는 것으로 보인다. 반대로 생각하면 여성의 경제활동 증가, 이혼율 증가, 이중적 성윤리 및 이혼에 대한 낙인의 완화 등의 사회적 변화가 여성의 보수

적 태도를 드러내는 데 영향을 끼친 것으로 생각된다.

간통죄에 대한 태도를 심영희 외(1991)와 비교하여보면 존치 의견이 감소하였지만 감소폭은 크지 않았고, 간통죄가 있어야 한다는 의견이 더 많았다. 그러나 응답자들이 '간통죄'를 유지한다는 것의 의미를 어떻게 이해하고 있는지 자세히 살펴볼 필요가 있다. '범죄'는 형사적 규제를 가하는 불법행위를 의미하는 것이지만 법률전문가가 아닌 일반인들은 민사적, 행정적 방법으로만 규제 가능한 불법행위까지도 '죄'로 이해하는 경우가 있기 때문이다. 따라서 간통죄가 있어야 하는가라는 양자택일적 질문보다도 간통에 적절한 규제 방법을 확인하는 것이 필요하다.

이전의 조사와 비교해보면, 심영희 외(1991)의 경우 징역형이 적절하다는 의견이 매우 높았다. 당시 조사 문항은 법적 규제 방법보다는 형사처벌의 종류 및 형량에 대한 의견을 구하는 것이어서 징역형이나 벌금형 외의 비형사 법적 규제 의견이 드러나기는 어려웠을 것이라고 생각된다. 그러나 현행 유지 및 형량 상향 의견만을 합치더라도 징역형을 선호하는 비율이 73.1%에 달하였다. 그에 비해 이번 연구에서 '징역형이 적절하다'는 의견은 절반 수준으로 급감하였다. 반면 전체 응답자의 절반 이상이 징역형 외의 규제에 찬성하였다. '개인의 사생활 문제에 국가가 개입하는 것이 적절하지 않다'고 하여 법적 규제 자체에 반대하는 입장도 적지 않았다. 여성보다는 남성이 징역형 외의 규제와 불개입 의견이 더 많았는데, 징역형 선호도가 높은 여성 집단도 징역형이 적절하다는 응답은 절반에 미치지 못하였다.

간통죄 존치 의견을 현행과 같이 징역형만을 법정형으로 두는 방식에 대한 찬성으로 이해할 수 있으려면, 간통죄 존치 의견을 제시한 응답자의 대부분이 간통 규제 방법으로 징역형을 선택하였어야 한다. 그러나 징역형을 선택한 비율은 절반을 약간 넘는 수준에 불과하였다. 원칙적으로는 간통죄가 폐지되어야 하지만 아직은 시기상조라는 입장에서는 징역형의 선택이 더 적었고, 징역형 외의 법적 규제 방안에 대한 선호가 높았다. 간통죄 폐지 의견에서는 법적 개입 자체에 반대하는 비율이 적지 않았다. 배우자의 성매매 외 간통을 '어떤 경우에도 용납할 수 없다'고 본 입장에서도 절반 이상이 징역형 외의 법적 규제를 지지하였다. 결국 '간통죄가 있어야 한다'는 의견은 징역형

만을 두고 있는 현행법이 유지되어야 한다거나 간통죄를 형사처벌하여야 한다는 의견이 아니라, ‘간통으로 인한 피해를 구제할 법적 방안이 있어야 한다’는 의견이라고 보는 것이 타당하다.

간통죄의 실효성은 배우자의 간통에 어떻게 대응할 것인가 하는 태도로부터 추측해볼 수 있다. 간통죄는 친고죄이므로 고소권 있는 배우자의 고소 여부에 따라 처벌 가능성이 크게 좌우된다. 배우자의 단 한 번의 혼외 성관계에 대해서도 간통죄로 고소할 수 있으며, 간통 고소를 위해서는 이혼하거나 이혼 소송을 제기하여야 한다. 그런데 배우자의 혼외 성관계가 단순히 일회성 간통이 아닌 경우에도 ‘간통죄로 고소하여 징역을 살도록 하고 헤어지겠다’는 응답은 많지 않았다. 배우자의 성매매 외 간통을 ‘어떤 경우에도 용납할 수 없다’는 응답이 대부분이었던 것을 고려하면, 배우자의 간통을 허용하지 않는 태도가 언제나 간통죄의 형사처벌을 원하는 태도는 아니라는 점을 알 수 있다.

간통 사건 수는 급격히 감소하고 있으며, 대부분 구속기소되어 실형으로 이어지던 과거의 관행과 달리 구속률과 기소율은 상당히 떨어지고 대부분 집행유예가 선고되는 등 간통죄의 규범력이 약화되고 있다. 그럼에도 간통죄의 처리에서 성별에 따른 차이가 드러난다. 일반 형법범과는 달리 간통죄 범죄자의 기소율은 여성이 남성보다 더 높다. 여성 범죄자는 일반 형법범보다 간통범의 기소율이 더 높아 여성의 성적 일탈 행위에 대한 형사적 규제가 더 강력하게 적용됨을 알 수 있었다.

또한 여성 범죄자보다 남성 범죄자가 공소권없음을 이유로 한 불기소처분 비율이 더 높았다. 이는 남편의 간통 행위를 고소한 아내가 고소취소로 이어지는 사례와 아내의 간통 행위를 고소한 남편이 고소취소로 이어지는 사례를 비교해볼 때 전자가 더 많음을 의미하는 것이다. 기혼여성의 간통보다 기혼남성의 간통에 더욱 허용적인 태도가 간통죄의 고소와 처리 과정에까지 영향을 미친 결과, 기혼여성보다 기혼남성의 간통이 더 많이 발생함에도 간통죄의 적용은 남성보다 여성에게 더 엄격함을 확인할 수 있다.

## IV

### 간통죄의 쟁점 및 입법적 개선방향

1. 간통죄의 쟁점	87
2. 입법적 개선방향	90



간통죄는 오랫동안 기혼여성만의 간통 행위를 규제하기 위한 것으로 성차별적이었다고 할 수 있다. 우리나라에서 간통죄는 정부 수립 후 폐지론이 논의되다가 남녀평등처벌주의로 개정되어 오늘에 이르고 있는 반면, 대부분의 국가는 간통죄를 폐지하고 남녀평등불벌주의를 채택하는 경향을 보이고 있다.

그 동안 헌법재판소에서는 4차례에 걸쳐 간통죄가 합헌이라는 결정을 내린 바 있다. 합헌의견은 간통죄 규정이 기본권을 부당하게 침해하는 법률이 아니고, 법 앞의 평등에 반하지 않으며, 개인의 존엄과 양성 평등을 기초로 한 혼인과 가족생활의 유지·보장 의무 이행에 부합한다는 점, 징역형 일원주의가 책임과 형벌 간 비례원칙에 반하지 않는다는 점 등을 들어 헌법에 부합한다고 보았다. 다만 간통죄가 헌법에 위반되지 아니하더라도 입법자로서는 사회적 합의, 국민의 범의식 등을 종합적으로 고려하여 입법적 개선을 할 필요성을 제기한 바 있다.

간통죄가 헌법에 부합하지 않는다는 의견은 2001년 제3차 결정에서는 단 1명이었다가 2008년 제4차 결정에서는 5명으로 증가하여 수적으로는 다수의견이 되었으나 위헌 정족수에는 미달하였다. 위헌 및 헌법불합치 의견은 간통 행위가 도덕적 비난 가능성이 있을지언정 형사처벌로써 규율하여야 하는 영역은 아니라고 보면서 간통의 형사처벌 자체에 위헌성이 있다고 보는 입장, 간통을 형사처벌하는 것 자체에 위헌성이 있다기보다는 모든 간통 행위를 일률적으로 처벌함으로써 반사회성이 극히 약한 행위태양까지도 구분하지 않는 것이 국가형벌권의 과도한 행사로서 헌법에 위배된다고 보는 입장, 간통의 형사처벌 자체가 합헌이라 하더라도 징역형만을 두고 있는 태도가 부당하다는 입장으로 구분된다.

합헌의견과 위헌의견의 비율이 달라진 것과 같이 실제 간통 사건의 처리 동향과 일반 국민들의 의식에서도 변화가 나타나고 있다. 간통 경험이 적지 않게 보고되고 있음에도 불구하고 간통죄 처리 건수는 지속적으로 감소하고 있고, 수사의 강도와 처벌의 수준도 상당히 약화되었다. 형사사법기관의 변화는 일반인의 인식 변화를 반영하는 것이기도 하다. 일반인 조사 결과 대다수가 간통에 대해 부정적 태도를 나타냈지만 형법적 의미에서의 간통에 대한 이해와는 달랐다. 형법상 간통죄는 오로지 법률혼 여부에 따라 적용을 달리

하지만 일반인의 간통에 대한 허용도는 법률혼 여부보다는 부부관계의 실질적 유지 여부가 중심이 되고 있었다. 때문에 부부관계가 원만한 상황에서는 간통의 허용도가 낮았지만, 부부관계가 파탄된 상황일수록 허용도가 상당히 높아져 실정법과의 괴리가 나타났다.

현행법은 간통죄의 법정형으로 징역형만을 두고 있다. 그리고 그 동안 여론의 방향은 간통을 형사처벌하는 데 찬성하는 입장이 우세한 것으로 이해되어왔다. 간통죄를 폐지하려는 입법적 시도가 번번이 좌절되었던 것도, 여론에 대한 이 같은 이해와 무관하지 않다. 그러나 일반인 조사 결과는 징역형보다 징역형 외의 법적 규제에 찬성하는 의견이 더 많으며, 간통에 대한 국가의 불개입을 요구하는 의견도 적지 않음을 보여주었다. 실제로 배우자의 간통을 경험한다고 하더라도 배우자를 간통으로 고소하여 형사처벌을 받도록 하겠다는 의견은 많지 않았다. 간통 규제에 대한 의견 및 배우자 간통에 대한 태도 등을 종합하여보면, 현행 간통죄와 같이 징역형을 통한 간통의 억제가 요구되고 있다기보다는 간통으로 인한 피해를 구제할 법적 방안이 필요하다는 요청이 존재한다는 정도의 해석이 가능할 뿐이다. 응보나 예방보다는 간통으로 인하여 발생한 피해의 구제가 더 중요하다는 것이다. 그런데 피해 구제의 법적 방안은 이혼 시 위자료나 양육권 상 이익, 손해배상 등 현행법의 범위 내에서 이미 가능한 사항들이 많다.

한편 간통 경험 및 간통에 대한 태도는 성별에 따라 차이를 보였다. 유배우자의 간통은 남성의 경험이 압도적으로 많은 것으로 보이고, 남성보다 여성이 간통에 대해 더 부정적인 태도를 나타냈지만, 간통 행위자의 성별에 따라서는 기혼남성의 간통보다 기혼여성의 간통에 더 엄격한 윤리가 적용되고 있었다. 실제 간통 사건의 처리에서도 간통 고소 및 고소 유지는 기혼남성에 비해 기혼여성의 간통에 대하여 더 엄격하게 적용되는 것으로 나타났다. 이와 같은 결과는 간통죄가 남성의 간통을 억제하고 가정 파탄을 막아 여성을 보호한다는 통념과는 상반되는 것이다.

이런 상황에서 이하에서는 간통죄를 둘러싼 쟁점별 검토를 통해 간통죄에 대한 향후 입법적 고려 사항에 대해 살펴보는 것으로 결론을 대신하고자 한다.



## 1. 간통죄의 쟁점

### 가. 형사적 개입의 정당성 문제

간통죄에 가장 먼저 제기하여야 할 질문은, 간통을 형사처벌로써 규제하는 것이 타당한가 하는 것이다. 도덕적이지 않은 행위에 언제나 법적 개입이 뒤따라야 하는 것은 아니며, 형사처벌은 더욱 제한적으로만 허용되어야 한다. 물론 개인의 사생활 영역이라 하더라도 형사적 규제가 필요한 경우가 있다. 그러나 간통은 폭행, 협박 등의 강제력이 사용되지 않은 성인간의 합의에 의한 성관계로서, 그 자체로 타인의 법익을 침해하지 않는다. 간통으로 인하여 발생할 수 있는 가정 파탄, 이혼, 배우자와 가족의 유기, 혼외 자녀 문제 등<sup>26)</sup>은 어디까지나 파생적인 위험 가능성에 불과한 것이지 간통의 필연적 결과가 아니다. 간통죄는 건전한 성도덕과 일부일처주의 혼인제도의 유지 등 사회적 법익을 보호법익으로 하는 바,<sup>27)</sup> 건전한 성도덕을 보호하고 부부간 성적 성실의무를 강제하기 위하여 형벌을 동원하는 것은 형법의 보충성 원칙에 어긋나며 최후수단으로서의 형법의 역할을 망각한 것이다.<sup>28)</sup> 무엇보다도 성도덕과 일부일처주의 혼인제도가 간통죄를 통하여 유지될 수 있는지 의문이다.

### 나. 일반예방적 효과의 문제

간통죄의 일반예방적 효과를 기대하기 위해서는 간통을 저질렀을 때 반드시 처벌받는다든가 예견가능성이 있어야 한다. 그러나 일반인 의식 조사 결과는 배우자의 간통을 고소하여 처벌받도록 하겠다는 의견보다 고소 위협만 하거나 고소하지 않고 헤어지겠다는 의견이 더 많았다. 간통죄는 배우자의 고소를 요건으로 한다. 따라서 간통 행위자의 배우자가 보이는 태도와 간통 행위자의 대응에 따라 처벌 가능성에 상당한 편차가 발생할 수밖에 없다. 예컨대 이혼 시 위자료 지급, 배상적 의미의 재산분할이 가능한 정도의 경제력을

26) 헌법재판소 2001.10.25. 선고, 2000헌바60.

27) 이주희, 2008, 3쪽.

28) 허일태, “간통죄폐지를 위한 변론”, 동아대학교 법학연구소, 『동아법학』 제26권, 1999, 110쪽.

가진 사람일수록 간통죄의 처벌을 회피하기가 더 수월하여 경제적 능력이 부족한 사람에게 불평등하게 적용되는 측면이 있음을 부인하기 어렵다. 점차로 간통죄 접수 건수는 급감하고 있고 수사 및 재판 도중의 고소취소로 불기소 처분, 공소기각 판결로 이어지는 사례가 상당수에 이른다. 유죄가 선고되더라도 실행 선고는 줄어들고 특별한 사정이 없는 한 집행유예를 선고<sup>29)</sup>하는 경향이 나타나고 있다. 간통죄의 외도 예방 기능에 대한 일반인의 기대가 높지 않다는 조사 결과 또한 간통죄의 일반예방 효과에 대한 부정적인 태도를 반영하는 것이다.

#### 다. 가정보호의 실효성 문제

간통죄는 상대 배우자의 고소를 요하는 친고죄이며, 이혼을 요건으로 한다. 따라서 간통죄로 고소하려면 이미 가정은 ‘보호’될 수 없다. 그보다는 간통한 배우자에 대한 ‘복수의 수단’<sup>30)</sup>이나 이혼 시 유책 관계를 명확히 하고 유책자인 간통 배우자로부터 위자료를 받는 것에 유리한 지위를 점하기 위한 수단으로 간통죄가 활용되는 예가 많다.

간통죄의 성립을 입증하는 과정도 가정보호와는 상반된다. 간통은 성기중심적인 정의에 제한되어 있기 때문에 간통 고소 및 입증을 위해서는 배우자의 성기삽입 성관계 증거를 확보하여야 하는데 이는 매우 어렵다. 통상 간통 입증 과정은 상대방을 미행하다가 경찰관과 함께 성관계 ‘현장’에 침입하는 것이었다. 그 과정에서 인간의 존엄성이 침해되고 부부관계는 더욱 악화되어 오히려 혼인관계의 파탄이 강화된다. 이러한 과정은 이혼 사유로서의 ‘배우자의 부정행위’를 입증하는 데에는 필요하지 않다. 이혼소송에서는 배우자의 성관계까지 입증할 필요가 없기 때문이다.<sup>31)</sup>

결국 간통이 이미 발생한 뒤에는 가정보호의 실효성이 없으므로, 간통죄가

29) 정계선, “간통죄와 혼인빙자간음죄 관련 헌법소원 사건 등에 대한 헌법재판소의 입장”, 양현아, 김용화 편, 「혼인, 섹슈얼리티와 법」, 경인문화사, 2011, 67쪽.

30) 류화진, “성적 인식 변화에 따른 형사법의 전망”, 부산대학교 법학연구소, 『법학연구』 제47권 제2호, 2007, 16쪽.

31) 정계선, 2011, 71쪽.

가정보호에 도움이 되려면 간통을 사전에 예방하여야 하는데 간통죄의 일반 예방적 효과를 기대하기 어렵다는 점은 앞서 지적한 바와 같다. 설령 간통죄가 사후적으로 가정보호에 도움이 될 수 있다 하더라도, 형사적 규제를 통하여 강제적으로 가정을 유지하는 것은 어불성설이다. 가정은 관계로 유지되는 공동체이다. 간통으로 인하여 깨진 신뢰의 회복은 형사처벌의 위협을 통하여 확보되기 어렵다.

## 라. '여성보호 기능'의 문제

간통죄가 사회적, 경제적 약자로서의 여성을 보호하는 기능을 하기 때문에 유지되어야 한다는 주장은 그 근거가 점차로 약화되고 있다. 남녀평등처벌주의로의 입법 당시 만연하였던 기혼남성의 중혼과 축첩은 더 이상 공공연하게 이루어지지 않는다. 1990년 이후 민법 개정 등 성평등한 법제 정비가 있었고, 재산분할에서 아내의 몫은 꾸준히 증가하고 있으며, 여성의 경제적 능력은 상승하고 있다. 혼인제도에 대한 의존도는 점차로 약화되고, 혼인 대비 이혼 건수의 급증으로 이혼에 대한 사회적 낙인은 과거와 같지 않다. 이러한 변화로 인해 간통으로 인하여 발생하는 해악을 해결할 수 있는 사회적, 법적 방안이 어느 정도 확보되었다고 할 수 있다. 물론 여전히 이혼한 남성보다는 여성에게 사회적 낙인이 더 크고, 혼인과 출산, 육아 등으로 인하여 여성의 경제적 능력이 감소하는 경우가 많으며, 여성은 재산권을 충분히 행사하고 있지 못하다. 그러나 간통을 형벌이라는 수단을 통하여 규제하여야 할 필요성은 많이 약화된 것이 사실이다.<sup>32)</sup>

더구나 '여성보호' 주장에 따르면 경제적 약자일수록 간통죄가 더 필요하다는 것이지만, 앞서 일반인 조사에서도 경제적 자립이 어려운 수준의 재산만을 가진 기혼여성일수록 징역형 외의 규제 방식을 더 선호하였다. 경제적 취약성은 오히려 간통 배우자에 대한 고소를 결정하고 고소를 유지하는 것을 더 어렵게 한다. 즉, 형사처벌이라는 응보적 방식보다도 간통으로 인하여 발생한 손해를 보전하는 실효적 방안이 더 긴요하다는 것이다.

32) 원혜옥, 2011, 104쪽.

반대로 여성이 간통 행위자가 되는 경우, 남성보다 간통죄로 처벌받을 가능성이 높다. 일반인 조사 결과 기혼여성보다 기혼남성의 간통 경험이 약 6배가량 높았으나 간통죄 피해자의 성별은 남성이 더 많았다. 그간의 사건 처리 결과를 보면, 간통죄의 고소취소는 남성 피고인에 대하여 더 많이 행해지고 있었다. 이는 간통죄 존치 근거로 제시되는 ‘부부간 성적 성실의무’가 성별에 따라 다른 정도로 요구되는 문화를 보여주는 것이다. 또한 경제적 능력이 없는 여성일수록 상대방에 대한 손해배상을 통하여 처벌을 회피할 가능성이 낮아 처벌 가능성이 높아지게 되기도 한다.

무엇보다도 간통죄가 간통을 예방하는 데 실효적이지 않다면, 여성 보호를 이유로 간통죄를 유지하는 것은 타당하지 못하다. 간통죄 고소를 통해 위자료나 양육권 협상에서 유리한 지위를 차지하려 하는 태도는 민사적인 문제에 형벌을 협상 수단으로 활용하고자 하는 것이다. 이는 형벌의 보충성 원칙에도 반한다.<sup>33)</sup> 사회적, 경제적으로 낮은 여성의 지위 때문에 아내의 간통보다 남편의 간통이 배우자인 여성에게 더 부정적인 영향을 미친다면, 이는 간통죄를 유지함으로써 해결해야 하는 것이 아니라, 배우자의 간통에도 불구하고 그에 대응할 수 없도록 하는 사회적, 경제적으로 낮은 여성의 지위를 개선할 방안을 강구하여야 할 것이다.

## 2. 입법적 개선방향

헌법재판소와 선행연구에서 나타나는 간통죄 존치 의견이 주장하는 근거는 크게 세 가지로 요약할 수 있다. 첫째, 일부일처주의 혼인제도 유지와 부부간 성적 성실의무 확보, 둘째, 간통으로 인하여 파생되는 사회적 해악의 사전 예방, 셋째, 여성 보호이다. 간통죄의 규범력이 약화된 것은 사실이나, 유배우자가 배우자 외의 이성과 성관계를 갖는 것은 우리 사회의 도덕 관념에 반할 뿐 아니라 간통은 가정 파탄, 이혼, 배우자와 가족의 유기, 혼외 자녀 문제 등의 사회적 해악을 초래할 위험이 크기 때문에 이를 예방하기 위하여 간

33) 신동운, “형법개정과 관련하여 본 간통죄 연구”, 한국형사정책연구원, 『형사정책연구』 제2권 제1호, 1991, 389-390쪽.

통을 규제하는 것이 불가피한데, 간통 행위자를 2년 이하의 징역에 처하도록 하는 형법 제241조 규정은 성적 자기결정권에 대한 필요최소한의 제한이라는 것이다. 또한 기혼남성의 간통이 만연한 상황에서 이혼으로 인한 사회적 낙인은 여성에게 더 가혹하며 간통으로 인한 유기 또는 부양의 종결로 여성에게 부정적 영향을 미친다는 이유로 간통죄를 통해 남성의 혼외 성관계를 규제하여야 할 현실적 필요성<sup>34)</sup>이 제기되기도 하였다.

이에 대하여 폐지론은 첫째, 개인의 내밀한 성적 문제에 형법이 개입하는 것은 부적절하고, 둘째, 간통죄의 일반 예방적 효과가 거의 없으며, 셋째, 가정보호의 실효성이 없고, 넷째, 여성 보호의 실효성 또한 의문이라고 한다. 더불어 간통죄가 세계적으로 폐지 추세에 있는 점, 간통죄가 친고죄로 되어 있어 악용의 폐해가 있다는 점 등을 제기하기도 한다.

앞서 살펴본 바와 같이 건전한 성도덕 보호, 부부간 성적 성실의무 수호를 위하여 형벌을 동원하는 것은 형법의 보충성 원칙에 어긋날 수 있고, 간통죄가 간통 행위의 예방이나 혼인의 보호, 여성 보호 등의 목적을 달성할 실효적 수단이 된다고 보기도 어렵다. 앞서의 조사에서도 나타난 것처럼 간통 및 간통의 규제에 대한 일반국민의 태도에도 많은 변화가 있는 만큼, 형사법적 처벌보다는 간통으로 인한 배상책임을 현행 민법 영역에서 해결하는 것이 바람직하다.

간통죄를 폐지할 경우 간통 행위가 증가하고 그로 인한 피해가 늘어날 것이라는 우려가 있을 수 있고 실제로 그렇게 생각하는 국민이 적지 않게 존재하는 것도 사실이다. 그러나 간통죄를 폐지한 각국의 사례에서도 나타나듯이 같은 우려는 근거가 약하고,<sup>35)</sup> 현재도 간통죄가 간통으로 인한 피해를 회

34) 광배희, “간통죄 폐지는 시기상조”, 새가정사, 『새가정』 제447권, 1994, 106쪽.

35) 간통에 대한 법적 규제의 입법례는 처벌 대상에 따라 셋으로 나누어볼 수 있다. 성별에 무관하게 간통을 처벌하지 않는 남녀평등불벌주의, 간통을 처벌하되 성별에 따라 차등을 두는 남녀불평등처벌주의, 남녀를 불문하고 모두 처벌하는 남녀평등처벌주의로 구분된다.

남녀불평등처벌주의는 남편과 아내의 간통을 다르게 처벌하는 경우로 프랑스의 구형법, 이탈리아의 구형법을 들 수 있으며, 간통한 남편은 처벌하지 않되 간통한 아내만을 처벌하는 일본의 구형법, 이를 원용한 우리나라의 구형법의 사례가 있다. 남녀평등처벌주의는 미국의 몇몇 주와 우리나라의 현행법이 취하고 있는 태도이다.

반면 다수의 국가들은 간통을 처벌하던 법을 폐지하고 남녀평등불벌주의를 채택하는 경향이 있다. 독일은 형법에 간통죄를 두고 고소 및 이혼을 요건으로 하여 유책배우자와 상간자를 6월 이하의 자유형에 처하도록 하고 있었다. 그러다가 이혼과 고소가 많지 않고 악용의 사례가 적

복하여 주지는 못한다. 간통죄 폐지 이후 간통으로 인한 피해 구제 문제는 앞서도 살펴본 바와 같이 이혼 시 위자료나 양육권 상 이익, 손해배상 등 현행 민법 등 사법의 테두리 내에서 도모할 수 있다.

한편으로 간통죄의 존속은 필요하지만 징역형 일원주의가 과도한 처벌이어서 부당하므로 벌금형을 신설하자는 주장이 있다. 간통죄에 대한 벌금형은 형사처벌의 일종이기 때문에 간통을 형사처벌해야 한다는 전제 아래에서 정당화될 수 있을 것이다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 간통에 대한 형법의 개입이 적절한지는 여전히 의문이다. 설령 형사처벌이 필요하다 하더라도 벌금형의 효과에 대한 고려가 필요하다. 부부는 경제공동체로서의 성격을 갖기 때문이다. 이혼소송을 제기한 상태에서의 벌금형은 위자료와 재산분할의 기반이 되는 재산을 감소시켜 상대 배우자에게 실질적인 부담을 줄 수 있다. 이혼 요건을 삭제한다면 그 영향은 더 커진다. 벌금은 부부의 공동재산에 영향을 미친다.<sup>36)</sup> 더 나아가 간통을 고소한 측에서 벌금을 대신 납부하여야 하는 상황이 벌어질 수도 있다. 때문에 벌금형 선고 가능성이 또 하나의 고소 포기 요인이 될 수 있다는 점 등이 고려되어야 한다.

지 않으며, 복수의 수단이나 금전적 목적으로 간통죄를 악용할 우려가 있어 혼인의 존엄과 그 유지에 도움이 되지 않는다는 이유로 1969년 형법 개정을 통해 간통죄를 폐지하였다.

독일 외에도 덴마크는 1930년, 스웨덴은 1973년, 일본은 1947년, 프랑스는 1975년, 스페인은 1978년, 스위스는 1990년, 아르헨티나는 1995년, 오스트리아는 1996년에 각 간통죄를 폐지하였다. 미국의 몇 개 주에는 아직 간통죄 규정이 남아 있으나 미국의 모범형법전은 간통죄 폐지를 권고하고 있다. 2007년에는 우간다에서 여성만을 처벌하는 간통죄에 대한 위헌 결정이 있었다. 터키는 2004년 간통죄를 부활하고자 하는 움직임이 있었으나, 유럽연합에서 간통죄 부활을 반대하면서 터키의 유럽연합 가입 협상을 거부하여 법안이 폐기된 바 있다. 원혜옥, “간통죄의 입법적 검토”, 양현아, 김용화 편, 『혼인, 섹슈얼리티와 법』, 경인문화사, 2011, 101쪽, 헌법재판소 2008.10.30. 선고, 2007헌가17, 헌법재판소 2001.10.25. 선고, 2000헌바60, 서울북부지방법원 2007.7.16. 선고, 2007고단1516 참조.

36) 박찬걸, “간통죄 폐지의 정당성에 관한 고찰”, 경희대학교 법학연구소, 『경희법학』 제45권 제2호, 2010, 65쪽.

## 참고문헌

- 강준만, “한국은 어떻게 ‘간통의 천국’이 되었는가”, 인물과사상사, 『인물과사상』 통권 제135호, 2009.
- 곽배희, “간통죄 폐지는 시기상조”, 새가정사, 『새가정』 제447권, 1994.
- 대검찰청, 「2013 범죄분석」, 2013.
- 류화진, “성적 인식 변화에 따른 형사법의 전망”, 부산대학교 법학연구소, 『법학연구』 제47권 제2호, 2007.
- 문화체육관광부, 「2013 한국인의 의식·가치관 조사 보고서」, 2013.
- 박찬걸, “간통죄 폐지의 정당성에 관한 고찰”, 경희대학교 법학연구소, 『경희법학』 제45권 제2호, 2010.
- 법원행정처, 「2013 사법연감」, 2013.
- 신동운, “형법개정과 관련하여 본 간통죄 연구”, 한국형사정책연구원, 『형사정책연구』 제2권 제1호, 1991.
- 신상희, “처벌되지 않는 범죄 스토킹”, 한국여성의전화, 「스토킹범죄처벌의 필요성과 입법방향」 토론회 자료집, 2013.
- 심영희, 박선미, 백월순, 김혜선, 「간통의 실태 및 의식에 관한 연구」, 한국형사정책연구원, 1991.
- 오수연, “간통죄, 야만인가 필요악인가”, 월간말, 『월간말』 통권 제72호, 1992.
- 원혜옥, “간통죄의 입법적 검토”, 양현아, 김용화 편, 「혼인, 섹슈얼리티와 법」, 경인문화사, 2011.
- 윤덕경, “간통죄 법적 논란에 대한 검토”, 「간통죄 법적 논란에 대한 검토」, 한국여성정책연구원, 2007.
- 이덕인, “성폭속 처벌의 형사법적 한계”, 한국형사정책연구원, 『형사정책연구』 제22권 제3호, 2011.
- 이주희, “간통의 형사처벌과 그 헌법적 정당성”, 한국법정책학회, 『법과정책연구』 제8권 제2호, 2008.
- 이지현, “간통죄의 존폐론에 관한 헌법적 고찰”, 중앙법학회, 『중앙법학』 제15권 제2호, 2013.
- 이호중, “성형법 담론에서 섹슈얼리티의 논의지형과 한계: 혼인빙자간음죄와 간통죄 폐지논의를 중심으로”, 한국형사정책학회, 『형사정책』 제23권 제1

호, 2011.

정계선, “간통죄와 혼인빙자간음죄 관련 헌법소원 사건 등에 대한 헌법재판소의 입장”, 양현아, 김용화 편, 「혼인, 섹슈얼리티와 법」, 경인문화사, 2011.

차용석, “간통죄에 관한 고찰”, 고시계사, 『고시계』 통권 제361호, 1987.

허일태, “간통죄폐지를 위한 변론”, 동아대학교 법학연구소, 『동아법학』 제26권, 1999.

## 참고자료

국가법령정보센터, <http://www.law.go.kr/main.html>

국가통계포털, [http://stat.kosis.kr/statHtml\\_host/statHtml.do?orgId=132&tblId=DT\\_13204\\_2\\_N50&dbUser=NSI\\_IN\\_132#](http://stat.kosis.kr/statHtml_host/statHtml.do?orgId=132&tblId=DT_13204_2_N50&dbUser=NSI_IN_132#)

대한민국 법원 종합법률정보, <http://glaw.scourt.go.kr/wsjo/intsrch/sjo022.do>

리얼미터, [http://www.realmeter.net/issue/view.asp?Table\\_Name=S\\_News2&N\\_Num=282&file\\_name=20070914am8405\\_6.htm&Cpage=1](http://www.realmeter.net/issue/view.asp?Table_Name=S_News2&N_Num=282&file_name=20070914am8405_6.htm&Cpage=1)

아주경제, <http://www.ajunews.com/view/20130531000332>,

주간경향, <http://weekly.khan.co.kr/khnm.html?mode=view&artid=10985&code=115>

한국일보, <http://www.hankookilbo.com/v/3eb2d083f6de488d8fa10aadd2c5fb2b>,

한겨레, [http://www.hani.co.kr/arti/society/society\\_general/661420.html](http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/661420.html)

헌법재판소, [http://search.ccourt.go.kr/ths/pr/ths\\_pr0101\\_L1.do](http://search.ccourt.go.kr/ths/pr/ths_pr0101_L1.do)



## 부록

성윤리에 관한 인식조사

97



## 성윤리에 관한 인식 조사

안녕하십니까?

한국여성정책연구원은 국무총리실 산하 경제인문사회연구회 소속의 정부출연 연구기관입니다. 저희 연구원은 간통죄에 대한 입법평가를 수행하고 있습니다. 본 연구는 간통죄를 평가하고 바람직한 대안을 제시하고자 기획된 연구입니다.

수집된 개인 정보는 통계법 제33조에 따른 보호를 받으며 외부로 노출되지 않습니다. 제시하여 주신 의견은 학술연구 목적으로만 사용되며, 법정책 마련에 소중한 자료로 활용되오니, 성실한 답변을 부탁드립니다.

2014. 6.

연구기관 : 한국여성정책연구원

SQ

응답자 선정 질문

SQ1. 귀하의 성별은 어떻게 되십니까?

- ① 남성                      ② 여성

SQ2. 실례지만, 올 해 만으로 몇 세이십니까? 만(        )세

- ① 만19세 미만 → 설문 종료    ② 만19~29세    ③ 만30~39세  
④ 만40~49세                      ⑤ 만50~59세    ⑥ 만60세 이상 → 설문 종료

SQ3. 귀하께서 현재 거주하고 계신 지역은 어디입니까?

- ① 서울    ② 부산    ③ 대구    ④ 인천    ⑤ 광주    ⑥ 대전  
 ⑦ 울산    ⑧ 경기    ⑨ 강원    ⑩ 충북    ⑪ 충남    ⑫ 전북  
 ⑬ 전남    ⑭ 경북    ⑮ 경남    ⑯ 제주

**A. 다음은 귀하의 의견을 알아보기 위한 질문입니다.**

1. 부부관계가 원만한 맞벌이 부부가 있습니다. 이 부부에게 생긴 다음의 상황에 대하여 어떻게 생각하십니까?

1-1. 남편이 업무 관계로 알게 된 여성과 성관계를 갖는다면

- ① 경우에 따라서는 용납할 수 있다  
 ② 어떤 경우든 용납할 수 없다

1-2. 아내가 업무 관계로 알게 된 남성과 성관계를 갖는다면

- ① 경우에 따라서는 용납할 수 있다  
 ② 어떤 경우든 용납할 수 없다

2. 결혼 후 오랫동안 부부관계가 원만하지 않았고 이제는 애정이 거의 남아 있지 않은 부부가 있습니다. 이 부부에게는 자녀가 없습니다. 이 부부에게 생긴 다음의 상황에 대하여 어떻게 생각하십니까?

2-1. 아내가 동호회에서 만난 남성과 몇 차례 개인적으로 호감을 갖고 만나다가 성관계를 갖는다면

- ① 경우에 따라서는 용납할 수 있다  
 ② 어떤 경우든 용납할 수 없다

2-2. 남편이 동호회에서 만난 여성과 몇 차례 개인적으로 호감을 갖고 만나다가 성관계를 갖는다면

- ① 경우에 따라서는 용납할 수 있다
- ② 어떤 경우든 용납할 수 없다

3. 결혼한 지 10년 된 부부가 이혼하기로 합의하고 별거중입니다. 이 부부에게 생긴 다음의 상황에 대하여 어떻게 생각하십니까?

3-1. 남편이 아내와 별거 후 만난 여성과 사귀다가 성관계를 갖는다면

- ① 경우에 따라서는 용납할 수 있다
- ② 어떤 경우든 용납할 수 없다

3-2. 아내가 남편과 별거 후 만난 남성과 사귀다가 성관계를 갖는다면

- ① 경우에 따라서는 용납할 수 있다
- ② 어떤 경우든 용납할 수 없다

4. 귀하의 배우자가 성매매 외에 다른 이성과 성관계를 갖는다면, 이에 대해 어떻게 생각하십니까?

\*현재 배우자가 없더라도 있는 것으로 가정하고 답변하여 주십시오.

- ① 경우에 따라서는 용납할 수 있다
- ② 어떤 경우든 용납할 수 없다

5-1. (응답자가 여성인 경우: SQ1의 ②) 귀하의 배우자가 성매매여성과 성관계를 갖는다면, 이에 대해 어떻게 생각하십니까? \*현재 배우자가 없더라도 있는 것으로 가정하고 답변하여 주십시오.

- ① 경우에 따라서는 용납할 수 있다
- ② 어떤 경우든 용납할 수 없다

5-2. (응답자가 남성인 경우: SQ1의 ①) 귀하의 배우자가 성매매남성과 성관계를 갖는다면, 이에 대해 어떻게 생각하십니까? \*현재 배우자가 없더라도 있는 것으로 가정하고 답변하여 주십시오.

- ① 경우에 따라서는 용납할 수 있다
- ② 어떤 경우든 용납할 수 없다

**B. 다음은 현행법에 대한 의견을 알아보기 위한 질문입니다.**

**(6번 문항 위에 노출)**

\* 간통이란

- ① 배우자가 있는 사람이 배우자 이외의 사람과 성관계를 갖거나
- ② 배우자가 있는 사람과 성관계를 갖는 것을 말합니다.

6. 간통을 징역형으로 처벌하는 간통죄가 폐지되어야 한다는 의견과 유지되어야 한다는 의견이 맞서고 있습니다. 간통죄에 대한 귀하의 생각은 어떠합니까?

- ① 간통죄는 없어져야 한다.
- ② 간통죄는 있어야 한다.
- ③ 원칙적으로 간통죄는 없어져야 하지만 아직은 이르다.

7. 다음을 잘 읽고 질문에 답하여 주십시오.

형법은 기혼자가 배우자 이외의 사람과 성관계를 갖는 행위에 대하여 2년 이하의 징역으로 처벌하도록 하고 있습니다. 배우자와 상간자(간통한 상대)를 처벌하려면 반드시 이혼소송을 먼저 하여야 합니다. 간통죄의 처벌은 징역형만 가능합니다. 그 외에 이혼시 간통한 배우자에게 위자료를 청구할 수 있으며, 양육권 등에서 불이익을 줄 수 있습니다. 하지만 이혼소송을 하지 않으면 어떠한 처벌도 할 수 없습니다.

다음 중 간통에 대한 규제로 가장 적절한 것은 무엇이라고 생각하십니까? 귀하의 의견에 가장 가까운 응답을 한 가지만 골라주십시오.

- ① 현재와 같이 징역형이 적절하다.
- ② 실제로 징역을 살리는 것은 과도하며, 벌금형 정도로 규제하는 것이 적절하다.
- ③ 실제로 징역을 살리는 것은 과도하며, 피해자인 배우자에게 손해배상을 하도록 하는 것이 적절하다.
- ④ 실제로 징역을 살리는 것은 과도하며, 이혼시 위자료, 양육권 등의 불이익을 주는 정도가 적절하다.
- ⑤ 개인의 사생활 문제에 국가가 개입하여 처벌하는 것은 적절하지 않다.

7-1. (문7의① 응답 시) 현행과 같이 간통죄에 징역형이 적절하다고 생각하시는 이유는 무엇입니까? 주된 이유를 순서대로 두 가지만 골라주십시오.

- ① 부부간의 성적 성실의무를 위반한 행위를 규제하는 데 도움이 되기 때문
- ② 사회의 건전한 성도덕을 유지하는 데 도움이 되기 때문
- ③ 간통으로 인한 가족의 피해나 가정 파탄을 예방할 수 있기 때문
- ④ 간통 고소가 위자료, 양육권 등에 도움이 되기 때문
- ⑤ 기타 (구체적으로 \_\_\_\_\_ )

7-2. (문7의 ②,③,④,⑤ 응답 시) 간통을 징역형으로 처벌하는 것이 적절하지 않다고 생각하시는 이유는 무엇입니까? 주된 이유를 순서대로 두 가지만 골라 주십시오.

- ① 남성과 여성에게 차별적으로 적용되기 때문
- ② 성인 간의 합의에 따른 성관계를 징역형으로 처벌하는 것은 부당하기 때문
- ③ 징역보다는 벌금 부과, 손해배상 청구 등 경제적 불이익을 주는 방법이 더 적절하기 때문
- ④ 과도한 위자료 청구나 복수의 수단으로 악용될 우려가 있기 때문
- ⑤ 징역형이 간통을 예방하는 데 별다른 도움이 되지 않기 때문
- ⑥ 기타 (구체적으로 \_\_\_\_\_ )

8. 귀하의 배우자가 다른 이성과 단 한 번 성관계를 가졌다면 어떻게 하시겠습니까?

- ① 간통죄로 고소하여 징역을 살도록 하고 헤어질 것이다.
- ② 간통죄로 고소하겠다고 위협만 하고 마음을 돌려 같이 살 것이다.
- ③ 고소하지 않고 헤어질 것이다.
- ④ 고소나 고소하겠다는 위협은 하지 않고 그냥 같이 살 것이다.

9. 귀하의 배우자가 다른 이성과 호감을 갖고 몇 차례 만나다가 성관계를 가졌다면 어떻게 하시겠습니까?

- ① 간통죄로 고소하여 징역을 살도록 하고 헤어질 것이다.
- ② 간통죄로 고소하겠다고 위협만 하고 마음을 돌려 같이 살 것이다.
- ③ 고소하지 않고 헤어질 것이다.
- ④ 고소나 고소하겠다는 위협은 하지 않고 그냥 같이 살 것이다.

10. 간통죄에 대한 아래 내용에 대하여 어떻게 생각하십니까?



10-1. 간통죄는 남편의 외도를 예방하는 데 도움이 된다.

- ① 매우 그렇다                      ② 그렇다                      ③ 보통이다  
④ 그렇지 않다                      ⑤ 전혀 그렇지 않다

10-2. 간통죄는 아내의 외도를 예방하는 데 도움이 된다.

- ① 매우 그렇다                      ② 그렇다                      ③ 보통이다  
④ 그렇지 않다                      ⑤ 전혀 그렇지 않다

C. 다음은 귀하의 경험을 알아보기 위한 질문입니다.

**(11번 문항 위에 노출)**

\* 간통이란

- ① 배우자가 있는 사람이 배우자 이외의 사람과 성관계를 갖거나  
② 배우자가 있는 사람과 성관계를 갖는 것을 말합니다.

\* 모든 응답은 익명으로 처리됩니다.

11. 귀하의 주변에 간통을 경험한 사람이 있습니까?

- ① 가까운 사람 중에 본인 또는 배우자의 간통을 경험한 사람이 있다.  
② 가까운 사람은 아니지만 본인 또는 배우자의 간통 경험을 들어본 적이 있다.  
③ 주변에 간통을 경험한 사람이 없다.

12. 실례지만, 귀하의 혼인상태는 어떻게 되십니까?

- ① 미혼                      ② 동거  
③ 기혼                      ④ 별거  
⑤ 이혼                      ⑥ 사별

\* 모든 응답은 익명으로 처리됩니다.

12-1. (문12의 ①,② 응답 시) 귀하는 배우자가 있는 이성과 성관계를 가진 적이 있습니까?

- ① 있음
- ② 없음

\* 모든 응답은 익명으로 처리됩니다.

12-2-1. (문12의 ③,④ 응답 시) 귀하는 결혼 전에 배우자가 있는 이성과 성관계를 가진 적이 있습니까?

- ① 있음
- ② 없음

12-2-2. (문12의 ③,④ 응답 시) 귀하는 결혼 후에 자신의 배우자가 아닌 이성과 성관계를 가진 적이 있습니까?

- ① 있음
- ② 없음

\* 모든 응답은 익명으로 처리됩니다.

12-3-1. (문12의 ⑤,⑥ 응답 시) 귀하는 결혼 전에 또는 이혼·사별 후에 배우자가 있는 이성과 성관계를 가진 적이 있습니까?

- ① 있음
- ② 없음

12-3-2. (문12의 ⑤,⑥ 응답 시) 귀하는 결혼 중에 자신의 배우자가 아닌 이성과 성관계를 가진 적이 있습니까?

- ① 있음
- ② 없음

D.

다음은 자료 분류를 위한 확인 사항입니다. 개인정보는 통계법에 따라 보호됩니다.

DQ1. 현재 거주하고 있는 지역은 어디입니까?

- ① 대도시      ② 중소도시      ③ 읍·면      ④ 농어촌

DQ2. 귀하의 종교는 무엇입니까?

- ① 기독교      ② 불교      ③ 천주교      ④ 기타 (        )  
⑤ 없음(무교)

DQ3. 귀하의 최종 학력은 어떻게 되십니까? (각 재학, 중퇴 포함)

- ① 중졸 이하      ② 고졸      ③ 전문대졸      ④ 대졸  
⑤ 대학원 재학 이상

DQ4. 귀하의 직업은 구체적으로 어디에 해당되십니까?

- ① 사무/기술직(차장급 이하 사무직, 엔지니어, 6급 이하 공무원, 직업군인, 평교사 등)  
② 기능/숙련공(생산직, 숙련공, 기능공, 선반공, 목공 등)  
③ 판매/서비스직(상점 점원, 판매직, 영업직, 운전기사, 서비스업소 종업원, 보험설계사, 간호사 등)  
④ 전업 주부  
⑤ 학생  
⑥ 무직  
⑦ 기타(                                )

DQ5. 귀하는 자녀가 몇 명입니까?

- ① 없음      ② 1명      ③ 2명      ④ 3명 이상

DQ5-1. (D5의 ②,③,④ 응답 시) 가장 어린 자녀의 나이는 만으로 몇 세입니까? 만(        )세

DQ6. 실례지만, 귀하의 월 평균 가계 소득은 어떻게 되십니까? 같이 사는 가족 전체의 소득을 기준으로 응답해 주십시오 (이자소득, 보너스, 부동산 소득 등 포함)

- |                  |                  |
|------------------|------------------|
| ① 100만원 미만       | ② 100만원~200만원 미만 |
| ③ 200만원~300만원 미만 | ④ 300만원~400만원 미만 |
| ⑤ 400만원~500만원 미만 | ⑥ 500만원~600만원 미만 |
| ⑦ 600만원~700만원 미만 | ⑧ 700만원~800만원 미만 |
| ⑨ 800만원 이상       |                  |

DQ7. (기혼 동거 여성 응답자만: SQ1의 ② x 문12의 ②,③) 실례지만, 귀하의 명의로 된 재산(예금, 자동차, 전월세 보증금, 부동산 등)이 있으십니까?

- ① 없음        ② 있음

DQ7-1. (DQ7의 ② 응답 시) 부득이하게 배우자와 헤어지게 된다면, 귀하의 명의로 된 재산이 경제적 자립에 어느 정도 도움이 될 것이라고 생각하십니까?

- ① 내 명의의 재산으로는 경제적 자립이 어려운 수준이다  
② 내 명의의 재산으로도 경제적 자립이 가능한 수준이다  
③ 내 명의의 재산으로 경제적 자립이 충분한 수준이다

응답하여 주셔서 대단히 감사합니다.

## Abstract

### Study on How to Strengthen the Effectiveness of Women and Family-related Legislations (II)

- In depth analysis on the crime of adultery

Seon-young Park

Hyo-jin Song

Mi-young Gu

Jeong-hye Kim

Hye-kyung Yoo

Compared to other sectors, legislations on women and family-related issues have shown a quite faster development with various legislative measures achieved to enhance gender equality policies in Korea. Nevertheless, there is no significant change in the reality that women face every day. Moreover, the job insecurity and economic disparity of women are worsening and women live in a society where sexual violence and harassment are prevailing. Such disparity between the law and the reality, inversely, demonstrates why legislations and institutions are critical in improving the reality. Here comes the imperative to create appropriate structures enabling constant and systemic efforts to close the gap between the law and the reality. To this end, Korean Women's Development Institute has promoted researches with the aim of strengthening the effectiveness of women and family-related legislations by providing gender-sensitive support to the legislative activities in the National Assembly including developing relevant new bills and amendments for the ten years since 2013.

The in-depth analysis on the crime of adultery focuses on reevaluating the

effectiveness and legitimacy of criminalizing adultery by reviewing the significance of the crime of adultery as well as the general public's perception and attitude toward it in changing social environment.

With this in mind, the study takes the normative analysis approach in reviewing the history of the crime and the current legislative structures as well as the Constitutional Court's opinions on the constitutionality and unconstitutionality of the crime by examining the four decisions of the Constitutional Court finding the provision of the crime of adultery constitutional. Since 1990, the Constitutional Court has decided the crime of adultery constitutional four times. However, the judges who accepted the opinion that the crime was compatible with the Constitution cannot be understood as supporting its legitimacy. In practice, they pointed out the international trend of abolishing similar crimes, the changing legal perception of the people on gender issues, the abuses of the crime, and the weakening regulatory power of the crime and recommended the lawmakers to take steps of legal improvement, taking account of comprehensive factors such as social consensus and people's legal perception, while concluding the crime of adultery not contrary to the Constitution as the crime's criminal regulation falls under the discretion of legislators. Moreover, given that more judges found the provision incompatible with the Constitution in the most recent fourth decision, there is possibility that the court may have the different conclusion of unconstitutional or incompatible with the Constitution in the pending fifth decision.

Second, the Institute conducted a survey for 2,000 men and women aged 19 and over on their experience of and attitude toward adultery in order to see how the crime of adultery is perceived among the general public. The results showed that the experience of adultery varied significantly by gender. There was also qualitative difference in men and women's experience of adultery: more men answered they had been involved in adultery relations during marriage while women experienced adultery before getting

married or after ending their marital status. In terms of attitude to adultery, the degree of acceptance was varied by in which situation it took place. Adultery committed when a party or both parties had good relations with their spouse received a lower degree of acceptance, while that committed when the relations with their spouse were not good had a higher degree of acceptance. In this regard, the degree of acceptance to extramarital affairs is likely to be varied not by the legal marital status of the person but the actual status of the person's relationship with his or her spouse. On the other hand, compared to previous researches, the survey showed that the public opinion to maintain the crime of adultery decreased, but the drop was slight, while the number of respondents to think the crime of adultery was necessary was still higher than that of people who answered it should be abolished.

The effectiveness of the crime of adultery could be assumed from the people's respond on their spouse's adultery. Considering that the majority answered adultery except prostitution "can never be accepted in any case," the attitude not to allow adultery does not always mean the person wants criminal punishment for his or her spouse on the charge of adultery. Moreover, the study reviewed the difference between the public perception or attitude and the actual cases convicted of the crime of adultery, and its implication by analyzing the statistics of the police, the prosecution, and the court regarding the criminal cases of adultery. The result shows that the number of cases has sharply dropped and unlike the past practices that most of them were arrested, convicted and sentenced to imprisonment, the arrest and conviction rate has fall significantly and the majority have been suspended, implying the weakening regulatory power of the crime. In addition, more adulterers were decided as non-indictment disposal due to no arraignment right than adulteresses. It means the cases when a wife drops charges against her husband's adultery are more than the cases when a husband withdraws charges against his wife. As a more permissive social atmosphere to adultery of married men than that of married women influences in charging and prosecuting the cases of adultery, the criminal charge is more strictly applied to women, though there are more adulterers than adulteresses.

Last, considering the above mentioned issues together, various issues on the crime of adultery such as the justification of criminal intervention, the general preventive effect, the effectiveness of family protection function and ‘women protection function.’ Regarding the justification of criminal intervention, while criminal regulations may be necessary sometimes even in privacy area, whether it is legitimate to regulate adultery with criminal sanction needs to be reviewed. Adultery is sexual relations between adults based on agreement without any force such as violence or threat. Adultery in itself does not violate other’s legal interest. Resorting to criminal penalties in order to protect sound sexual morality and enforce the duty of good faith in sexual relations of couples is not only incompatible with the supplementary nature of criminal codes, but also ignoring its role as a last resort. Moreover, for the crime of adultery to have the general preventive function, there should be a concrete predictability that adultery must be punished. However, the number of cases accused of adultery is rapidly dropping and a significant number of cases end up with non-indictment disposal or dismissal of prosecution due to the withdrawal of charges during investigation or judicial proceedings. The survey results that not many people have expectations for the crime to prevent extramarital relations also reflect the negative public opinion to the general preventive function of the crime. Finally, the crime of adultery is an offense subject to the other spouse’s complaint and it prerequisites divorce. Therefore, when accusing a spouse of committing adultery, there is already no family to ‘protect.’ In addition, the process verifying the establishment of adultery is incompatible with the protection of family and the broken trust due to adultery is difficult to be restored through threats of criminal sanction.

In this regard, the study suggests the following ways to improve legal approaches to adultery. Resorting to criminal sanctions to protect sound sexual morality and the duty of good faith in couple’s sexual relations may be incompatible with the supplementary nature of criminal codes and the crime of adultery is hardly an effective measure to prevent adultery or protect marriages or women. It is true that some may concern the abolishment of the crime results in



increased adulteries and subsequently more victims. In fact a significant number of people have such concerns. However, as seen in other countries' experiences after abolishing similar criminal charges, such arguments are not very convincing and at present criminalizing adultery cannot provide reparation to damage suffered from adultery. The issue of providing remedies after the abolishment of adultery criminal charge may be resolved within other judicial frame such as the applicable civil laws on alimony, right to foster, and compensation after divorce. On the other hand, some people advocate for introducing monetary penalty for the crime as the current imprisonment-oriented approaches are excessive though the charge itself needs to be maintained. Considering that monetary penalty is a kind of criminal punishment, it may be justified with the precondition that adultery should be subject to criminal sanction. However, the effectiveness of monetary penalty should be reviewed as a married couple has a nature of economic community, though accepting the need for criminal punishment.



2014 연구보고서-16-1

**여성·가족 관련 법제의  
실효성 제고를 위한 연구(Ⅱ)  
: 간통죄에 대한 심층분석**

---

2014년 12월 30일 인쇄

2014년 12월 31일 발행

발행인 : 이 명 선

발행처 : 한국여성정책연구원

서울시 은평구 진흥로 225(불광동 1-363)

전화 / 02-3156-7000 (代)

인쇄처 : (주) 서보미디어

전화 / 02-2253-7800 (代)

---

ISBN 978-89-8491-643-2 94330

978-89-8491-642-5 94330 (세트)

<정가 13,000원>





한국여성정책연구원

Korean Women's Development Institute

122-707 서울시 은평구 진흥로 225(불광동 1-363)

TEL 02. 3156. 7000 FAX 02. 3156. 7007 <http://www.kwdi.re.kr>

KWDI



9 788984 916432

ISBN 978-89-8491-643-2