

제40차 여성정책포럼

## 간통죄 법적 논란에 대한 검토

일시\_ 2007년 10월 16일(화), 14:00~17:00

장소\_ 한국여성정책연구원 국제회의장(본관 2층)



한국여성정책연구원  
Korean Women's Development Institute



# 초대의 글

안녕하십니까?

한국여성정책연구원은 ‘간통죄 법적 논란에 대한 검토’라는 주제를 가지고 제40차 여성정책포럼을 개최합니다.

서울지법의 한 판사가 형법 간통죄에 대한 위헌심판을 제청하면서 간통죄 존폐 논쟁이 또다시 불거졌습니다. 이러한 논쟁이 간통죄 폐지로 이어질지에 사회적 관심이 높아지고 있습니다.

이에 한국여성정책연구원은 간통죄 법적 논란이 ‘여성’의 인권에 미칠 영향을 살펴보고 현 시점에서 논쟁의 초점을 진단해보고자 본 포럼을 마련하게 되었습니다.

바쁘시더라도 참석하시어 좋은 의견 나눠주시길 부탁드립니다.

2007년 10월

한국여성정책연구원 원장 김 경 애



# 행사 일정

14:00-14:30 등 록

14:30-14:40 사 회 박 선 영 (한국여성정책연구원 평등정책연구실장)  
인 사 말 김 경 애 (한국여성정책연구원 원장)

14:40-15:10 주제발표 간통죄 법적논란에 대한 검토  
윤 덕 경 (한국여성정책연구원 연구위원)

15:10-16:10 지정토론 조 경 애 (한국가정법률상담소 상담위원)  
임 재 련 (한국여성민우회 부설 성폭력상담소 소장)  
송 호 창 (변호사)  
최 병 록 (서원대학교 법학과 교수)  
안 귀 옥 (변호사)  
김 혜 영 (한국여성정책연구원 가족연구실장)

16:10-16:30 종합토론

16:30 폐 회



# 목 차

## ▶▶ 주제발표

간통죄 법적 논란에 대한 검토 .....	1
윤 덕 경 (한국여성정책연구원 연구위원)	

## ▶▶ 지정토론 ..... 25

조 경 애 (한국가정법률상담소 상담위원)
임 재 련 (한국여성민우회 부설 성폭력상담소 소장)
최 병 록 (서원대학교 법학과 교수)
안 귀 옥 (변호사)
김 혜 영 (한국여성정책연구원 가족연구실장)





# 간통죄 법적 논란에 대한 검토

윤 덕 경

(한국여성정책연구원 연구위원)



## 1. 들어가며

1953년 형법에서 간통을 쌍벌죄로 규정한 후, 지난 1990년,<sup>1)</sup> 1993년,<sup>2)</sup> 2001년<sup>3)</sup> 간통죄 폐지를 위한 위헌심판 및 헌법소원이 청구되었다. 그러나 모두 기각(합헌판결)되었고, 지난 2005년 10월에 간통죄 폐지에 관한 형법 개정법률안이 국회에 상정되었으나 여전히 계류 중인 상태이다.<sup>4)</sup> 그리고 헌법재판소의 앞선 ‘합헌’결정에도 불구하고 최근 간통죄 규정에 대한 위헌심판제청(서울북부지법 형사2단독 2007. 7, 형법 제241조 위헌 여부 위헌법률심판 제청, 경주지원 2007. 9. 10 간통죄에 대한 위헌심판 제청)<sup>5)</sup>이 잇따르고 있는 실정이다.

이하에서는 간통죄에 관한 법 규정, 간통죄에 관한 국민들의 법의식과 활용현황, 그동안 간통죄에 관해 이루어진 헌법재판소의 결정과 간통제 존폐에 관한 양쪽 진영의 논의 내용을 살펴보고, 향후 간통죄 문제가 어떤 방향으로 정리되어야 하는지에 대해 제언해 보기로 하겠다.

---

1) 헌법재판소 1990. 9. 10, 89헌마82

2) 헌법재판소 1993. 3. 11, 90헌가70

3) 헌법재판소 2001. 10. 25, 2000헌바60

4) 형법 개정법률안(염동연의원 대표발의, 2005. 11. 7, 의안번호 3226) 제안이유 “간통죄는 성적자기결정권을 무시하고 징역형이라는 법률적 제한을 함으로써 사생활 자유의 영역에 국가가 지나치게 개입하는 조항이라는 지적을 받아 왔으며, 다른 법적 제재의 존재, 제도외적 남용의 현실 그리고 오늘의 시대추이를 고려할 때 과잉금지의 원칙에 위배되는 가혹한 제재라 할 것임. 또한 남성에 비해 사회적·경제적으로 열악한 환경에 놓여있는 여성은 남자배우자를 고소하는 것이 현실적으로 매우 어려울 뿐만 아니라, 합의나 법적 처벌에 있어서도 남성에 비해 더욱 가혹한 법적용을 감수해야하는 등 양성평등원칙에 위배되는 불합리한 환경에 놓여있음. 따라서 간통죄 관련 조항을 삭제하여 개인의 성적자기결정권을 보호하고, 양성평등의 원칙 및 과잉금지의 원칙이 실현될 수 있도록 하고자 함(안 제241조 삭제).”

5) 경주지원 위헌제청결정문에서 “형법 제241조 간통죄 조항에 대해 이미 파탄된 혼인만 존재하는 상태에서의 간통죄란 혼인의 원상회복과는 전혀 무관하게 단지 혼인을 깨뜨렸다는 점에 대한 응징, 보복만으로서의 의미만 가지므로 간통죄 고소가 배우자의 복수 수단으로 전락했다”며 “개인과 법인의 사적 영역에 대해 국가가 특별한 사정없이 침범하는 것을 막아야 하며 형법의 탈윤리화, 비범죄화 요청에도 반하는 간통죄는 개인의 성적 자기결정권과 프라이버시권을 심각하게 침해한다”고 위헌제청 이유를 설명했다. 그리고 서울북부지법 위헌제청결정문에서는 “일부일처제의 부부관계는 법적으로는 계약성을 띄는 것이므로 본질상 계약위반 책임 혹은 불법행위 책임을 묻고 이혼법정이나 민사법정에서 다루어져야 할 문제이지 형사법정에 세워야 할 문제는 아니다”라고 하면서 “성도덕 보호를 위해 국가형벌권을 사용하는 것은 개인의 가장 내밀한 사적 영역에 대한 국가권력의 개입이므로 최대한 자제돼야 한다”며 “자발적인 성인들의 성행위를 형사처벌해 공공목적을 달성하려는 것은 법만능주의이며 더욱이 법정형에 있어서도 벌금형도 없이 오로지 징역형만을 규정하고 있어 형평성까지 잃은 처벌조항”이라고 덧붙였다(법률신문, 2007. 9. 13일자).

## 2. 간통죄 법규정과 국민의 법의식 및 활용현황

### 가. 간통죄 법규정

형법은 배우자 있는 자가 간통을 한 때에 2년 이하의 징역에 처하고, 그 상간자도 마찬가지로 형으로 처벌(제241조 제1항)하면서, 배우자의 고소가 있어야 논할 수 있는 친고죄로 규정하고 있다(동조 제2항).

친고죄는 피해자의 고소만으로 충분하지만(형사소송법 제223조), 간통죄의 경우 예외적으로 “혼인이 해소되거나 이혼소송을 제기한 후가 아니면 고소할 수 없다”고 규정하고, 고소인이 다시 혼인을 하거나 이혼소송을 취하한 때에는 고소가 취소된 것으로 간주하고 있다(형사소송법 제229조).

간통죄의 보호법익은 건전한 성적 풍속으로서의 성도덕 내지 성질서 보호라는 견해(통설), 혼인제도라는 설,<sup>6)</sup> 부부간의 성적 성실의무 및 제도로서의 혼인과 가정이라는 견해<sup>7)</sup> 등이 있고, 간통죄 자체가 형법상 정당화 될 수 없는 규정이기 때문에 전혀 의미가 없다는 견해<sup>8)</sup> 등이 대립되고 있다.

### 나. 간통죄에 관한 법의식

1996년 이후 5년마다 실시하는 국민 의식·가치관 조사로 지난 2006년 의식조사에서 「간통죄는 폐지되어야 하다」라는 의견에 대해서 일반 국민들(전국 만20세 이상 성인남녀 2,580명)의 대답을 살펴보면, 간통죄가 폐지되어야 한다는 응답이 32.4%로 그렇지 않다는 응답(67.4%)의 절반 정도로 나타나, 아직은 간통죄가 존속되어야 한다는 응답이 많다. 2001년과 비교했을 때, 폐지되어야 한다는 응답은 소폭 감소한 반면, 존치해야 한다는 응답은 2.8% 증가한 것으로 나타났다.

---

6) 이재상(2000), 『형법각론』, 박영사, 597면

7) 김일수, 서보학 『형법각론』, 613면

8) 배종대(1996), 『형법각론』, 박영사, 533면

[표 1] 간통죄에 관한 법의식

(단위: %)

구 분		2001	2006
간통죄 폐지 찬성(폐지)	소계	35.3	32.4
	매우 그렇다	12.7	10.1
	대체로 그렇다	22.6	22.3
간통죄 폐지 반대(존치)	소계	64.6	67.4
	별로 그렇지 않다	27.3	32.4
	전혀 그렇지 않다	37.3	35

출처: 국정홍보처(2006), 『2006년 한국인의 의식·가치관 조사 보고서』, 국정홍보처.

또한 간통죄를 폐지해서는 안 된다는 응답은 여자가 70.2%로 남자(64.5%)보다 높고, 특히 20대(70.8%), 주부(72.0%)에서 높은 것으로 나타났다. 반면 간통죄를 폐지해야 한다는 응답은 40대(35.5%), 100만원 미만 저소득층(38.7%)에서 높게 나타났다.

위 설문조사의 결과를 통해 일반국민의 법 의식은 간통죄 존치를 바라고 있으며, 2001년에 비해 2006년에는 그 비율이 더욱 증가한 것을 볼 수 있다.

## 다. 국민들의 간통죄 활용현황

국민들이 실제 간통상황에 직면하여 수사기관에 신고하거나 재판을 받게 하는 등 간통죄 법규정의 활용이 어느 정도인지를 살펴보자.

우선 수사기관에 간통사건을 접수하는 것, 즉 간통죄를 고소하여 수사가 시작되는 사건의 범죄자수가 2001년 11,611명, 2002년 10,329명, 2003년 9,979명, 2004년 8,917명, 2005년 7,575명으로 해마다 약 1,000명 정도씩 감소하고 있다.

[표 2] 수사기관의 간통죄 사건 처리 현황

(단위: 명)

년도	계	처리											
		기소				불기소							
		소계	구공판		구약식	소계	혐의 없음	기소 유예	죄가 안됨	공소권 없음	기소 중지	참고인 중지	기타
2001	11,611	1,883	1,075	808	-	9,727	1,324	44	-	6,816	1,156	387	-
2002	10,329	1,675	905	770	-	8,654	1,229	40	2	6,095	976	312	-
2003	9,979	1,589	790	799	-	8,390	1,224	26	-	5,952	901	287	-
2004	8,917	1,459	607	852	-	6,408	1,293	7	3	5,105	780	268	-
2005	7,575	1,196	315	881	-	5,599	1,285	24	-	4,290	562	218	-

출처: 대검찰청, 『범죄분석』, 2002-2006.

반면에, 고소취소에 해당하는 공소권없음의 해당 범죄자수는 2001년 6,816명(58.7%), 2002년 6,095명(59.0%), 2003년 5,952명(59.6%), 2004년 5,105명(57.3%), 2005년 4,290명(56.6%)으로 그 비율이 줄어들고 있지만 50%이상을 유지하고 있다.

한편, 2001-2005년까지 5년간 법원에서 이루어지는 간통죄 사건 처리현황을 살펴보면, 간통죄로 접수되는 사건수가 꾸준히 감소하고 있음을 알 수 있다. 2005년의 경우 접수 인원 1,224명은 2001년 1,954명에 비하여 37% 감소한 숫자이다.

2005년 간통죄 접수 처리 현황을 살펴보면 1,224명이 간통죄로 접수되어 이 중 82명이 실형을 592명이 집행유예를 선고받고, 404명이 공소기각 처리되었다. 여기서 공소기각은 고소를 취하한 경우 등이 해당되며, 2005년의 경우 33% 정도가 고소를 취하한 것으로 볼 수 있다. 법원에 사건접수된 인원이 2001년 1,951명에서 2005년에 이르기까지 1,224명으로 감소하고 있다.

[표 3] 법원의 간통죄 사건 처리 현황

(단위: 명)

구분	접수 인원	실형 인원	집행유예 인원	공소기각 인원
2001	1,954	416	662	801
2002	1,752	296	730	667
2003	1,658	269	716	623
2004	1,492	210	643	578
2005	1,224	82	592	404

출처: 대법원; 형법개정법률안(염동연의원 대표발의, 2005. 11. 7) 검토보고서.

### 3. 간통죄에 관한 헌법재판소의 판단 및 검토

#### 가. 대상판례

헌법재판소는 형법 제241조(간통죄)에 대한 위헌심판사건에서 1990. 9. 10 합헌결정을 내렸고(89헌마82), 이후 1993년, 2001년 두 차례 더 위헌심판제청이 있었으나 합헌결해를 유지하였다.<sup>9)</sup>

9) 1993년사건은 3년 전 판결(89헌마82) 결정을 유지하기로 하여 별다른 이유를 설시하지 아니하고 기각하였기 때문에 대상판례에서 생략토록 한다.

1) 헌법재판소 1990. 9. 10, 89헌마82: 형법 제241조의 위헌여부에 관한 헌법소원<sup>10)</sup>

가) 판례요지

인간은 자신의 운명을 스스로 결정할 수 있는 자기결정권을 가지고 있고, 특히 자기결정권 중 성적행동을 결정할 수 있는 권리를 간통죄를 통해 국가가 부당하게 간섭함으로써 헌법 제10조의 행복추구권과 제12조 신체의 자유 및 현실적으로 간통죄의 남녀차별적 집행현실을 이유로 헌법 제11조 법앞의 평등 조항에 위반된다는 청구인의 주장에 대해, 헌법재판소의 다수의견은 간통죄가 보호해야 할 법익으로서 사회일반의 선량한 성도덕, 즉 선량한 성풍속 및 일부일처제의 혼인제도 유지와 부부간의 성적 성실의무, 간통으로 인해 야기되는 사회적 해악의 사전 예방을 위해서 개인의 성적 자기결정권과 행복추구권 및 법앞의 평등 규정에 반하지 않는다고 판결한다.

나) 다수의견

(1) 헌법 제10조 행복추구권 위반 여부 및 헌법 제37조 제2항 기본권 제한 여부

헌법재판소의 다수의견은 “헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”라고 규정하여 모든 기본권을 보장의 종국적 목적(기본이념)이라 할 수 있는 인간의 본질이며 고유한 가치인 개인의 인격권과 행복추구권을 보장하고 있다. …… 이 자기운명결정권에는 성행위여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는 성적자기결정권이 또한 포함되어 있으며 간통죄의 규정이 개인의 성적자기결정권을 제한하는 것임은 틀림없다. 그러나 개인의 성적자기결정권도 국가적·사회적·공공복리 등의 존중에 의한 내재적 한계가 있는 것이며, 따라서 절대적으로 보장되는 것은 아닐 뿐만 아니라 헌법 제37조 제2항이 명시하고 있듯이 질서유지(사회적 안녕질서), 공공복리(국민공동의 행복과 이익) 등 공동체 목적을 위하여 그 제한이 불가피한 경우에는 성적자기결정권의 본질적 내용을 침해하지 않는 한도에서 법률로써 제한할 수 있는 것이다. …… 배우자 있는 자가 배우자 아닌 제3자와 성관계를 맺는 것은 선량한 성

---

10) 사건개요: 청구인은 간통죄로 공소제기되어 1988.2.10. 부산지방법원에서 징역 1년, 같은 해 6.24. 같은 법원 항소심에서 징역 8월을 각 선고받고 대법원에 상고하여 재판을 받던 중, 형법 제241조가 헌법에 위반된다고 주장하고 같은 해 8.30. 대법원에 위헌제청신청을 하였으나, 1989.3.14. 대법원에 의하여 그것이 기각되자, 헌법재판소법 제68조 제2항에 의하여 같은 달 27. 헌법소원심판을 청구하였음을 알 수 있으니 이 사건 헌법소원은 적법하게 제기된 것이다.

도덕이나, 일부일처주의의 혼인제도에 반할 뿐더러, 혼인으로 인하여 배우자에게 지고 있는 성적성실의무를 위반하는 것이 되어 혼인의 순결을 해치게 되는 것이다”라고 하면서 형법 제241조 간통죄 규정은 성적 자기결정권에 대한 필요 및 최소한의 제한으로서 자유와 권리의 본질적 내용을 침해하는 것은 아니라고 인정하였다.

## (2) 헌법 제12조 신체의 자유 위반 여부

헌법재판소는 헌법 제12조 신체의 자유 조항 위반 여부에 대해서, “신체의 자유제한은 자유형을 과하는 형사처벌에 당연히 수반되는 것이므로, 그것이 적법절차에 의한 것인 이상은 다른 형벌규정과 마찬가지로 신체의 자유에 대한 부당한 제한이 될 수 없다”라고 판단하였다.

## (3) 헌법 제11조 법앞의 평등 위반 여부

헌법재판소는 헌법 제11조 법앞의 평등 조항 위반 여부에 대해서, “간통죄의 규정은 남녀평등처벌주의를 취하고 있으니 법앞의 평등에도 반하지 아니한다. 간통죄가 피해자의 인내심이나 복수심의 다과 및 행위자의 경제적 능력에 따라 법률적용의 결과가 달라지고 경제적 강자인 남자에게 보다는 경제적 약자인 여자에게 불리하게 작용하는 측면이 있는 점을 무시할 수는 없으나, 이는 개인의 명예와 사생활보호를 위하여 간통죄를 친고죄로 하는데서 오는 부득이한 현상으로서 형법상 다른 친고죄에도 나타날 수 있는 문제이지 특별히 간통죄에만 해당되는 것은 아니며, 배우자 있는 자의 간통행위 규제가 불가피하고 배우자 모두에게 고소권이 인정되어 있는 이상 간통죄의 규정이 평등권의 본질적 내용을 침해하는 법률이라고는 할 수 없다”라고 판단하였다.

## 다) 조규광, 김문희 재판관 보충의견

조규광, 김문희 재판관의 보충의견의 경우 간통죄가 국가가 형벌권을 작동해야 할 영역의 문제인지 단순한 도덕률의 문제인지에 대해 판단하면서 간통을 둘러싼 법의식의 변화 및 사회내 규범력의 여부에 따라 간통에 형사적 제재를 가할 것인지 여부를 입법권자가 판단해야 한다고 지적하면서, “특정의 인간행위에 대하여 그것이 불법이며 범죄라 하여 국가가 형벌을 행사하여 이를 규제할 것인지, 아니면 단순히 도덕률에 맡길 것인지의 문제는 인간과 인간, 인간과 사회와의 상호관계를 함수로 하여 시간과 공간에 따라 그 결과를 달리할 수 밖에 없는 것이고, 결국은 그 사회의 시대적인 상황·사회구



성원들의 의식 등에 의하여 결정될 수밖에 없다. 단순히 도덕률에 맡겨야 할 사항에 대하여 국가가 이를 형사처벌의 대상으로 삼아 형벌권을 행사하여 개입하는 것은 헌법에 위반된다. 왜냐하면 국가가 국민을 도덕적으로 개선시키려는 의도만을 가지고 형사적 제재조치를 하는 것은 헌법상 정당성을 가지지 못하기 때문이다. 그러나 우리는 간통에 대한 형사적 처벌이 아직은 단순한 도덕적 영역에 대한 국가의 형사적 제재인 것으로는 판단하지 않는다”라고 하면서 “간통죄에 대한 오늘날 세계각국의 입법례를 보면 이를 폐지해 가는 것이 그 추세이고, 우리 사회가 빠른 속도로 산업사회화가 진행됨에 따른 개인주의적, 성개방적인 사고방식과 사회적 환경에 따라 우리 국민의 성에 관한 법의식에도 많은 변화가 있었고, 간통죄에 대한 적용과정에 있어서도 이혼위자료의 요구를 관철하기 위한 수단으로 잘못 이용되는 경우도 없지 않았다. 또한 가족법의 개정(1990.1.13. 법 제4199호 민법 개정)에 따라 이혼을 하게 되는 경우 각 당사자에게 재산분할청구권이 부여되는 한편 자녀에 대한 친권도 남녀간에 차별없이 평등하게 보장되어 사회적 지위가 상대적으로 열악한 여성의 입장에서 간통을 굳이 형사처벌의 방법에 의하여 해결하기 보다는 민사상의 손해배상·이혼 등의 방법에 의하여 처리하는 것이 보다 합리적이라고 볼 여지가 없지도 않아 간통죄에 대한 규범력이 어느 정도 약화되었음은 이를 부인할 수 없다”라고 판단하지만, “우리 사회의 구조와 국민의식의 커다란 변화에도 불구하고 우리 사회에서는 고유의 정절관념 특히 혼인한 남녀의 정절관념은 전래적 전통 윤리로서 여전히 뿌리깊게 자리잡고 있으며, 일부일처제의 유지와 부부간의 성에 대한 성실의무는 우리 사회의 도덕기준으로 정립되어 있어서 우리 국민의 상당부분의 법의식이 아직은 간통에 대한 형사처벌을 성에 관한 사항을 스스로 결정할 수 있는 개인의 권리의 본질적 내용을 침해한 것으로 여길 정도로 변화되었다고 단정하기는 어렵다”라고 함으로써 “형법 제241조에 규정한 간통죄가 사회 상황·국민의식의 변화에 따라 그 규범력이 약화되었음에도 불구하고 아직은 범죄적 반사회성을 띄고 있는 것으로 보고 있기 때문에 형법에 규정된 간통죄에 대한 조항이 아직은 헌법에 위반되지 아니한다”고 판단하였다.

#### 라) 한병채, 이시윤 재판관 반대의견

한병채, 이시윤 재판관은 형법 제241조 간통죄가 개인의 성적 자기결정권을 법률로 제한할 것인지 아니면 도덕적 판단에 의할 것인지는 입법권자의 입법형성의 자유에 속하는 문제이고, 헌법 제37조 제2항에 따른 사회질서유지 또는 공공복리를 위해서만 제

한을 할 경우 성적 자기결정권에 법적 제한을 가하는 간통죄 규정 자체는 위헌이 아니라는 데 다수의견에 동의하였다.

그러나 “배우자가 있는 자의 간통의 경우는 민법 제840조 소정의 재판상 이혼사유가 되며, 또 위자료 등 손해배상의 책임을 면치 못한다. …… 선택의 여지없이 반드시 징역형으로만 응징을 당하게 하는 것은 현대적 법감각을 잃은 응보적 대응인 것으로 평가된다”고 하면서, “형법상의 풍속을 해하는 죄에는 징역형과 벌금형을 선택하여 처벌하도록 규정하였는데 그 죄 중에서 유독 간통죄만이 자유형 뿐이며, …… 간통죄에 대해서만 징역형으로 다스리게 하는 것은 입법 체계상 균형이 맞지 않으며, 사생활 자유의 영역에 대한 지나친 국가개입으로 보여진다”고 판단하였다.

그리고 “아직 상대적으로 열악한 여성의 사회적 지위 때문에 비록 법은 간통죄의 경우에 남녀쌍벌주의에 의하고 있음에도 불구하고 실제로는 여성에 더 가혹하게 적용되는 파행성을 띠고 있으며 따라서 여성의 행동과 자유를 크게 제약하는 범죄가 되고 있다. 그런데 형벌에 있어서 징역형 일원주의에 의하는 것은 그만큼 여성에 대하여 더 응보적 불이익을 감수해야 하고 그로 인한 남녀의 차별이 될 것으로서 남녀동등권의 기초하에서 볼 때 완전한 여성해방의 명제와는 양립되기 어렵다고 할 것이요, 양성평등에 입각한 혼인질서와는 거리가 있는 것으로 보인다”라고 함으로써 간통죄의 남녀쌍벌주의의 형식적 평등성을 지적하였다.

#### 마) 김양균 재판관 반대의견

김양균 재판관은 사생활의 영역에 속하는 문제에 대한 국가의 형벌권 발동이 어느 범위까지 헌법상 허용될 수 있는가에 대해 판단하면서, “사생활의 비밀에 속하는 생활영역에 대하여서는 국가는 최대한도로 각 개인의 이성(이성)과 양식(良識)에 따른 자율에 맡기는 것이 온당하다고 할 것이고, 따라서 국가는 그러한 사생활의 영역이 다른 사람에 의하여 부당히 침해당하지 않도록 보호함과 동시에 국가 스스로도 그 분야에 대한 간섭과 규제를 최대한으로 자제하여야 하며, 같은 이유에서 사생활 분야에 대한 국가의 형벌권의 발동도 필요한 최소한의 범위에 그쳐야 한다고 할 것이다”라고 하면서 “도덕적으로 비난받을 만한 행위 모두가 형사처벌의 대상이 된다면 아마도 과잉범죄화의 사회가 될 우려가 있어 그것이 반드시 정의사회라고 할 수는 없을 것이고 법률과 도덕은 각각 그 규율분야를 달리해야 할 것이기 때문에 간통의 형사처벌에 대하여서는 부정적인 견해가 있을 수 있는 것이다”라고 하면서 “간통의 형사처벌을 성질서 또는 성도덕이

라는 가치의 보호만을 앞세워 감행한다면 자칫 과잉 처벌의 폐단이 생겨날 우려가 있으며, 따라서 간통죄는 사생활 은폐권이라는 국민의 기본권을 침해하고 있거나 과잉금지의 원칙에 위배되어 원칙적으로 위헌이다”라고 판단하였다.

또한 하여 간통죄의 존치의 합헌, 즉 범죄화를 일응 인정하다고 하더라도 “ 그에 대한 형벌로 징역 2년 이하의 자유형만을 규정하고 있는 벌칙의 규정은 과잉금지의 원칙(중 침해의 최소성 및 법익의 균형성)에 위배된다”라고 하였다.

### 1) 헌법재판소 1993. 3. 11, 90헌가70: 형법 제241조에 관한 위헌심판

3년 전 결정(89헌마82)을 유지하기로 하여 별다른 이유를 설시하지 않고 기각하였음.

### 2) 헌법재판소 2001. 10. 25, 2000헌바60: 형법 제241조 위헌소원<sup>11)</sup>

#### 가) 판례요지

간통죄가 형식적으로는 남녀구분없이 처벌하는 규정이지만 현실적으로 이혼소송을 전제로 한 고소요건과 여성의 사회적 지위의 열악함으로 인하여 사실상 여성이 남성을 고소하여 간통죄로 처벌하기 어렵다는 점에서 헌법 제11조 제1항 평등원칙에 위반되고, 간통으로 인하여 이혼소송 내지 고소에 이르렀을 경우 이미 가족관계가 파탄난 상태인데 이러한 상황에서 간통죄 처벌은 파탄난 가족관계를 해소하고 새로운 가족관계를 형성하는데 장애가 되므로 헌법 제36조 제1항에 위반되며, 개인의 사생활의 자유와 비밀에 관한 권리의 가장 본질적인 부분이라고 할 수 있는 성적 행위여부 및 상대방결정권을 제한함으로써 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 위배된다는 청구인의 주장에 대해,

헌법재판소의 다수의견은 간통죄가 보호해야할 법익으로서 사회일반의 선량한 성도덕, 즉 선량한 성풍속 및 일부일처제의 혼인제도 유지와 부부간의 성적 성실의무, 간통으로 인해 야기되는 사회적 해악의 사전 예방을 위해서 필요한 법률이어서 헌법 제36조 제1항의 규정에 반하는 법률이 아니라 오히려 국가에게 부과된 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 한 혼인과 가족생활의 유지·보장의무 이행에 부합하는 법률이라고 판단하였다.

---

11) 사건개요: 청구인들은 간통죄로 서울지방법원 동부지원에 공소가 제기(2000고단1848)되어 그 소송 계속중 간통죄를 처벌하는 형법 제241조가 헌법에 위반된다고 주장하며 위헌여부심판의 제청신청(2000초683)을 하였으나 위 법원이 2000. 7. 20. 위 제청신청을 기각함과 아울러 청구인들에게 유죄판결을 하자 같은 달 28. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

## 나) 다수의견

형법 제241조의 위헌 여부에 대한 2001년도 헌법재판소 판결의 다수의견은 앞선 대 상판결인 1990년 헌법재판소 판결의 다수의견과 크게 다르지 않다. 다만, 1990년도 조 규광, 김문희 재판관의 다수의견에 대한 보충의견으로 주장되었던, 간통죄에 대한 일반 국민들의 법의식과 도덕적 영역의 문제에 대한 법적 규제의 한계에 대한 부분이 2001년 도 헌법재판소 판결의 다수의견에 포함되었다. 즉, “특정의 인간행위에 대하여 그것이 불법이며 범죄라 하여 국가가 형벌권을 행사하여 이를 규제할 것인지, 아니면 단순히 도덕률에 맡길 것인지를 문제는 인간과 인간, 인간과 사회와의 상호관계를 함수로 하여 시간과 공간에 따라 그 결과를 달리할 수밖에 없는 것이고, 결국은 그 사회의 시대적인 상황·사회구성원들의 의식 등에 의하여 결정될 수밖에 없다. 따라서 간통행위에 대하여 민사상의 책임 외에 형사적 제재도 가할 것인지를 여부 및 형사적 제재방법으로서 자유 형만을 과할 것인지 또는 자유형과 벌금형을 선택적으로 과할 것인지는, 여자(부인)의 간통과 남자(남편)의 간통을 다르게 처벌하거나 어느 일방의 간통만을 처벌하는 것(남 녀불평등처벌주의)이 아닌 한 기본적으로 입법권자의 의지 즉 입법정책의 문제로서 입 법권자의 입법형성의 자유에 속한다고 할 것이다. …… 사회적 지위가 상대적으로 열악 한 여성의 입장에서 간통을 굳이 형사처벌의 방법에 의하여 해결하기보다는 민사상의 손해배상·이혼 등의 방법에 의하여 처리하는 것이 보다 합리적이라고 볼 여지가 없지도 않아 간통죄에 대한 규범력이 어느 정도 약화되었음은 이를 부인할 수 없다”라고 판단 하였지만 “우리 사회의 구조와 국민의식의 커다란 변화에도 불구하고 우리 사회에서 고 유의 정절관념 특히 혼인한 남녀의 정절관념은 위에서 본 바와 같이 전래적 전통윤리로 서 여전히 뿌리깊게 자리잡고 있으며, 일부일처제의 유지와 부부간의 성에 대한 성실의 무는 우리 사회의 도덕기준으로 정립되어 있어서, 간통은 결국 현재의 상황에서는 사회 의 질서를 해치고 타인의 권리를 침해하는 경우에 해당한다고 보는 우리의 법의식은 여 전히 유효하다”라고 하면서 1993년도 판결과 같이 간통죄는 헌법에 위반되지 않는다고 판단하였다.

다만 1993년 판결과 달리 한 단계 나아간 부분이라면 “다만 입법자로서는 그동안 꾸준히 제기되고 있는 간통죄폐지론의 논거로 주장되고 있는바, 첫째 기본적으로 개인간 의 윤리적 문제에 속하는 간통죄는 세계적으로 폐지추세에 있으며, 둘째 개인의 사생활 영역에 속하는 내밀한 성적 문제에 법이 개입함은 부적절하고, 셋째 협박이나 위자료를 받기 위한 수단으로 악용되는 경우가 많으며, 넷째 수사나 재판과정에서 대부분 고소취

소되어 국가 형벌로서의 처단기능이 약화되었을 뿐만 아니라, 다섯째 형사정책적으로 보더라도 형벌의 억지효과나 재사회화의 효과는 거의 없고, 여섯째 가정이나 여성보호를 위한 실효성도 의문이라는 점 등과 관련, 우리의 법의식의 흐름과의 면밀한 검토를 통하여 앞으로 간통죄의 폐지 여부에 대한 진지한 접근이 요구된다고 하겠다”라고 함으로써 간통죄 존폐에 대한 보다 진지한 논의 가능성을 열어주었다.

#### 다) 권성 재판관 반대의견

권성 재판관의 반대의견에 따르면, “간통죄의 처벌은 원래가 유부녀를 대상으로 한 것이고 유부남을 대상으로 한 것은 아니었다. 간통한 유부녀만을 처벌하는 것은 남녀평등의 원칙에 어긋난다는 비판을 피하는 하나의 방편으로 근래에 와서 유부남의 처벌이 추가된 것일 뿐이다. 그러므로 간통죄의 핵심은 유부녀의 간통에 대한 처벌에 있고 따라서 그 위헌 여부의 논의도 유부녀의 간통을 대상으로 하여야 하고 또 그로써 충분하다”라고 하면서 전형적인 가부장적 사고관으로 여성만의 간통죄 처벌을 주장하였다.

#### 나. 대상판례분석 및 검토

1993년 판결을 제외한 1990년, 2001년 두 헌법재판소 판결을 비교해봤을 때 간통죄의 위헌성 여부에 대한 판단의 논리구성이 크게 다르지 않다. 다만 2000년도 판결의 경우 간통죄가 “세계적으로 폐지추세에 있고, 개인의 사생활 영역에 속하는 내밀한 성적 문제에 법이 개입하는 것은 부적절하고, 형벌의 억지효과나 재사회화의 효과는 거의 없고, 가정이나 여성보호를 위한 실효성도 의문이라는 점 등과 관련 간통죄의 폐지여부에 대한 진지한 접근이 요구된다”고 함으로서 간통죄 폐지와 관련하여 차후의 논의의 가능성을 열어놓았다고 판단된다.

간통죄에 대한 위헌심판사건에서 헌법재판소의 다수의견은 간통행위가 가정의 화합을 파괴하고 배우자와 가족의 유기, 혼외자녀문제, 이혼 등 사회에 해악을 초래하기 때문에 선량한 성도덕과 일부일처주의 혼인제도의 유지 및 가족생활을 보장하고 간통으로 야기되는 사회적 해악의 사전예방을 위하여 이를 규제하는 것은 불가피하므로 성적자기결정권에 대한 필요·최소한의 제한에 해당되어서 권리의 본질적 내용을 침해하는 것이 아니라는 견해이다. 다시 말해, 헌법 제10조에서 보장하고 있는 개인의 인격권과 행복추구권에 근거하여 개인의 자기운명결정권이 전제되는 것이고, 자기운명결정권에는 성행

위여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는 성적 자기결정권이 포함되어 있으며 간통죄의 규정이 개인의 성적 자기결정권을 제한하는 것임은 틀림없으나 개인의 성적 자기결정권도 국가적·사회적·공공복리 등의 존중에 의한 내재적 한계가 있으므로 제37조 제2항에 명시하는 질서유지, 공공복리 등 공동체 목적을 위하여 그 제한이 불가피한 경우에는 성적 자기결정권의 본질적 내용을 침해하지 않는 한도에서 법률로서 제한할 수 있다는 것이다. 즉, 일부일처혼인제도나 가족생활 보장 등의 법익이 개인의 성적 자기결정권을 보호하는 것보다는 공공복리 등의 차원에서 상대적으로 보다 큰 이익이라고 보고있는 것이다.

또한 평등권과 관련하여 “간통죄가 피해자의 인내심이나 복수심의 다과 및 행위자의 경제적 능력에 따라 법률적용의 결과가 달라지고 경제적 강자인 남자에게 보다는 경제적 약자인 여자에게 불리하게 작용하는 측면이 있는 점을 무시할 수는 없다”고 하면서도 “간통죄를 친고죄로 하는데서 오는 부득이한 현상으로서 배우자 있는 자의 간통행위 규제가 불가피하고 배우자 모두에게 고소권이 인정되어 있는 이상 간통죄의 규정이 평등권의 본질적 내용을 침해하는 법률이라고는 할 수 없다”고 함으로써 실제 법적용에서 나타나는 실질적인 평등권 침해의 문제는 간과하고 있다고 판단된다.

## 4. 간통죄 존폐에 관한 논의에 대하여

### 가. 간통죄에 찬성하는 논거(존치론 또는 찬성론)<sup>12)</sup>

#### ① 간통을 범죄로 규정하고 처벌함으로써 성도덕의 문란을 막고 ‘건전한 성도덕의 유지’에 기여한다.

간통을 범죄로 규정하고 형벌을 부과함으로써 일반인들로 하여금 간통행위를 하지 못하고 하고(일반예방효과), 또한 이미 간통죄를 저지른 자에 대해서 또 다시 간통행위를 하지 못하게 함으로써(특별예방효과) 건전한 성도덕의 유지에 기여할 수 있다는 생각이다. 그러나 이와 같은 생각에는 유교적 사상에 기반을 둔 보수적인 성도덕 윤리를 강조하는 측면이 전제되어 있다. 헌법재판소 역시 “우리 사회의 구조와 국민의식의 커다란 변화에도 불구하고 우리 사회에서 고유의 정절관념 특히 혼인한 남녀의 정절관념은

12) 이준일(2006), “헌법적 정의와 간통죄”, 『인권과정의』1월호, 대한변호사협회, 136~137면 참조

…… 전래적 전통윤리로서 여전히 뿌리 깊게 자리 잡고 있으며, 일부일처제의 유지와 부부간의 성에 대한 성실의무는 우리 사회의 도덕기준으로 정립되어 있어서, 간통은 결국 현재의 상황에서는 사회의 질서를 해치고 타인의 권리를 침해하는 경우에 해당한다고 보는 우리의 법의식은 여전히 유효하다고 아니할 수 없다”(헌법재판소 2001. 10. 25, 2000헌바60)라고 하면서 동일한 논거를 사용하고 있다.

## ② 간통으로 인하여 가정이 깨질 수 있으므로 간통죄를 통하여 ‘가정을 보호’할 수 있다.

간통행위를 처벌함으로써 가정을 보호할 수 있다는 주장인데, 이때의 법에서 보호해야하는 ‘가정’의 의미가 중요하다. 여기서의 ‘가정’의 의미는 혼인관계로 이루어진 ‘일부일처제’를 근간으로 한 가정으로서 법적 혼인관계가 아니거나 일부일처제를 벗어난 관계에서의 간통행위의 경우는 제외된다. 또한 배우자 외 제3자와의 모든 성적 행위를 처벌하는 것이 아니라 육체적 간음행위만을 처벌한다는 점에서, 과연 법이 가정의 형태를 어디까지 규정할 수 있을지에 대한 문제는 별론으로 하더라도 앞서의 첫 번째 논거와는 크게 다르지 않은 논거라고 생각한다.

## ③ 간통으로 인한 피해자는 대부분 여성이므로 간통죄는 ‘여성을 보호’하는 제도다.

간통죄의 고소는 혼인해소나 이혼소송을 전제로 하고 있다(형사소송법 제229조). 따라서 상대적으로 경제적 약자인 여성에게 간통죄 고소를 이유로 위자료나 재산분할과 관련소송에서 우위에 있을 수 있다는 근거이다. 이러한 논거는 간통행위를 한 자에게 이혼과 더불어 많은 위자료를 물게 함으로써 간통행위를 막을 수 있도록 한다는 점에서 이해할 수 있지만, 간통죄로 인하여 현실적으로 ‘여성을 보호’할 수 있는 것인지에 대한 판단은 심도 있게 논의되어야 할 부분이다. 이혼으로 인해 남편의 경제력에 의지하고 있는 여성의 경우에는 오히려 남편의 간통행위에도 불구하고 이혼을 하지 못하는 경우도 발생하는 것이 현실인 상황을 간과해서는 안 될 것이다.

## 나. 간통죄에 반대하는 논거(폐지론 또는 반대론)<sup>13)</sup>

### ① 성행위와 관련하여 개인이 자유롭게 결정할 수 있는 ‘성적 자기결정권을 침해’한다.

간통이라는 행위는 성적 문제로서 개인이 스스로 결정할 수 있는 ‘성적 자기결정권’

---

13) 이준일(2006), “헌법적 정의와 간통죄”, 『인권과정의』1월호, 대한변호사협회, 137~138면 참조

에 근거한다. 성행위에 대한 모든 사항은 개인이 선택하고 결정할 수 있는 권리이기 때문에 그것이 혼인관계에 있는 자라고 하여도 형사법상의 처벌을 가할 수는 없다는 논리이다.

**② 간통죄는 실제로 ‘여성에게 불리한’ 제도이다.**

간통죄는 실제로 경제적으로 불리한 위치에 있는 여성보다는 경제적 우위에 있는 남성에게 더 유리한 제도라는 주장이다. 법운용 상 생활능력이 없는 여성의 경우 배우자의 간통행위에도 불구하고 이혼소송과 함께 간통고소를 하지 못한다는 점이다. 더불어 간통행위를 한 자가 남성에 국한되어 있지 않은 현실에서 간통죄 자체가 여성에게 유·불리하다는 논의는 현재 상황에서 수정이 필요한 논거이다.

**③ 간통죄는 ‘악용될 소지’가 있다.**

간통죄 자체가 친고죄이기 때문에 상대방 배우자의 판단에 따라 자의적으로 고소여부가 결정되고 간통죄의 경우 이혼소송을 전제로 하기 때문에 간통죄 고소로 인하여 위자료를 더 받아낼 수 있는 수단으로 작동한다는 주장이다.

**④ 친고죄이면서 고소가 혼인해소나 이혼소송을 함께 해야 하므로 오히려 ‘가정을 파괴’하는 제도이다.**

실상 이 주장은 앞서 간통죄를 찬성하는 입장의 근거는 ‘가정을 보호’해야 한다는 측면에서 동일하고, 이혼소송이 전제되지 않는 간통죄라면 찬성한다는 입장일 수 있기 때문에 명확히 간통죄를 폐지해야한다는 주장이라고 볼 수는 없을 것이다. 현재 간통죄는 이혼소송이 전제되어야 한다는 조건으로 인하여 ‘가정파괴’가 이루어진다고 판단한다. 따라서 이혼소송 없이 간통죄만을 처벌하는 경우 피해자가 형사상 처벌 이후 혼인유지의사가 있을 경우에는 가정이 유지될 수 있다는 판단에 근거한다.

**⑤ 간통죄는 범죄 예방적 효과는 없다.**

간통행위 자체가 범죄인가에 대해서는 앞서 ‘성적 자기결정권’의 문제로 다루어야겠지만, 많은 간통행위들이 단순한 일시적 성행위를 넘어서서 애정행위의 한 형태로 받아들여지기도 하고, 설령 범죄라고 인식하는 경우에도 법적 통제가 불가능하기 때문에 범죄 예방적 효과는 없다는 주장이다.



## 다. 간통죄 찬반논의에 대한 검토

### 1) 간통이 범죄행위인가

간통은 과연 범죄행위인가? 간통이 범죄행위라면 그에 상응하는 형사처벌을 받게 된다. 그러나 간통의 문제는 부부간의 성적 성실의무의 위반으로서 이는 혼인계약상의 의무위반이므로 이에 대해 민사법적 제재 이외에 형사법적 제재를 가하는 것이 지나치다는 주장이 가능하다. 물론 사인간의 계약에 형사처벌이 전혀 이루어지지 않는 것은 아니다. 횡령죄, 배임죄 같은 경우에도 전형적인 사인간의 계약관계이지만 형사처벌이 가능한 경우가 존재한다. 문제는 과연 형벌의 보충성 또는 피해의 최소성이라는 관점에서 과연 형사처벌이 적절한 제재수단이 될 수 있는가, 과연 그러한 제재가 정당화될 수 있는가 하는 점이다.<sup>14)</sup>

“어떤 행위를 범죄로 규정하고 이를 어떻게 처벌할 것인가 하는 문제는 원칙적으로 입법자가 우리의 역사와 문화, 입법 당시의 시대적 상황과 국민 일반의 가치관 내지 법감정, 범죄의 실태와 죄질 및 보호법익 그리고 범죄예방효과 등을 종합적으로 고려하여 결정하여야 할 국가의 입법정책에 관한 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야”라는 헌법재판소의 견해<sup>15)</sup>도 간통죄 문제에 적용가능할 수 있다.

### 2) 간통죄는 성적 자기결정권 침해인가

간통행위의 처벌이 개인의 ‘성적 자기결정권’을 침해하는 것이라면 헌법상의 기본적 권리를 침해하는 것이 될 수 있다. 물론 인간의 자유는 절대적이지 않고 서로 충돌하는 기본권이나 가치가 있다면 제한될 수 있다. 문제는 간통죄 자체가 성적 자기결정권을 침해하지만, 간통행위를 방지하지 않음으로서 침해될 타인의 기본권이나 가치가 그만큼 긴박하고 중대한 것인가 하는 점이다. 간통행위로 인한 피해자는 누구이고, 그로 인해서 침해받게 되는 권리는 무엇인가?

간통행위의 피해자는 상대 배우자 및 가족 구성원들이 될 것이고, 침해받게 되는 권

---

14) 송기춘, 이정원(2004), “간통죄 폐지 여부에 관한 헌법적·형사법적 고찰”, 『헌법학연구』제10권 제2호, 한국헌법학회, 354면

15) 헌법재판소 1995. 4. 20, 91헌바11 특정범죄가중처벌등에관한법률 제11조 및 마약법 제60조에 대한 헌법소원

리는 법적 혼인관계에서 지켜야할 의무를 침해함과 동시에 정신적·신체적 건강에 해를 주었다는 점에서 권리를 침해당했다 할 수 있다.

그러나 문제는 과연 이렇게 침해당한 권리들이 형사처벌을 받아야 할 만큼 중대한 침해인가에 대해서 생각해야 한다. 따라서 간통죄가 헌법상의 기본권을 침해하는 것인지를 판단하기 위해서는 간통한 자의 성적 자기결정권과 피해자의 정신적·신체적 건강에 관한 기본권을 합리적으로 형량했을 때 가능하다.<sup>16)</sup>

헌법재판소도 “헌법 제10조는 ‘모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가치는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다’고 규정하여 모든 기본권을 보장의 종국적 목적(기본 이념)이라 할 수 있는 인간의 본질이며 고유한 가치인 개인의 인격권과 행복추구권을 보장하고 있다. 그리고 개인의 인격권·행복추구권에는 개인의 자기운명결정권이 전제되는 것이고, 이 자기운명결정권에는 성행위 여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는 성적 자기결정권이 또한 포함되어 있으며”라고 하면서 개인의 성적 자기결정권을 인정하고 있다(헌법재판소 1990. 9. 10, 89헌마82).

그러나 앞서 언급한 것처럼 성적 자기결정권은 절대적 권리가 아니라 충돌하는 제3의 권리가 있다면 권리간의 형량에 의해 제한될 수 있는 권리이다. 만약 성적 자기결정권으로서의 권리보다 건전한 성도덕의 보호나 일부일처혼인제도의 보호, 간통으로 발생하는 사회적 해악을 방지하기 하는 것이 더 큰 법익이라면 성적 자기결정권을 제한할 수도 있는 것이다. 헌법재판소도 2001년 판결에서 “헌법 제10조에서 보장하는 개인의 인격권에는 개인의 자기운명결정권이 전제되는 것이고 이 자기운명결정권에는 성행위 여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는 성적 자기결정권이 포함되어 있으며, 간통행위를 처벌하는 형법 제241조의 규정이 개인의 성적 자기결정권을 제한하는 것은 틀림없다. 그러나 배우자 있는 자가 배우자 아닌 제3자와 성관계를 맺는 것은 선량한 성도덕이나, 일부일처주의의 혼인제도에 반할뿐더러, 혼인으로 인하여 배우자에게 지고 있는 성적 성실의무를 위반하는 것이 되는 것이다. 그러므로 선량한 성도덕과 일부일처주의 혼인제도의 유지 및 가족생활의 보장을 위하여나 부부간의 성적 성실의무의 수호를 위하여, 그리고 간통으로 인하여 야기되는 배우자와 가족의 유기, 혼외자녀문제, 이혼 등 사회적 해악의 사전예방을 위하여 배우자 있는 자의 간통행위를 규제하는 것은 불가피한 것이

---

16) 이준일(2006), “헌법적 정의와 간통죄”, 『인권과정의』 1월호, 대한변호사협회, 141면

며, 그러한 행위를 한 자를 2년 이하의 징역에 처할 수 있도록 규정한 형법 제241조의 규정은 성적 자기결정권에 대한 필요 및 최소한의 제한으로서 헌법 제37조 제2항에 위반되지 않는다고 할 것이다”라고 하면서 성적 자기결정권은 제한될 수 있는 권리라고 판단하고 있다(헌법재판소 2001. 10. 25 2000헌바60).

하지만 헌법재판소의 결정에서도 중요하게 다루어지고 있는 개념인 선량한 ‘성도덕’, ‘가정’의 유지라는 것은 시대에 따라 끊임없이 변화되는 것이며, 특히 성도덕을 특정 행위의 법적 판단기준으로 삼을 수 없고 사회구성원들에 의해 자율적으로 채택되고 판단될 문제이다. 헌법재판소 역시 “다만 입법자로서는 그동안 꾸준히 제기되고 있는 간통죄 폐지론의 논거로 주장되고 있는 바, 첫째 기본적으로 개인 간의 윤리적 문제에 속하는 간통죄는 세계적으로 폐지추세에 있으며, 둘째 개인의 사생활 영역에 속하는 내밀한 성적 문제에 법이 개입함은 부적절하고, 셋째 협박이나 위자료를 받기 위한 수단으로 악용되는 경우가 많으며, 넷째 수사나 재판과정에서 대부분 고소 취소되어 국가 형벌로서의 처단기능이 약화되었을 뿐만 아니라, 다섯째 형사 정책적으로 보더라도 형벌의 억제효과나 재사회화의 효과는 거의 없고, 여섯째 가정이나 여성보호를 위한 실효성도 의문이라는 점 등과 관련, 우리의 법의식의 흐름과의 면밀한 검토를 통하여 앞으로 간통죄의 폐지여부에 대한 진지한 접근이 요구된다고 하겠다”(헌법재판소 2001. 10. 25, 2000헌바60)고 하면서 지금 당장 간통죄를 폐지할 수는 없지만, 더 이상 간통죄가 형사상 처벌의 문제가 될 수 없는 사회적 변화를 감지했다는 점에서 유의미하다.

간통은 성행위 그 자체를 넘어서 인간간의 애정에 근거한 성행위가 전제될 수 있기 때문에 법적 통제가 불가능한 영역이다. 또한 ‘건전한 성도덕’이라고 했을 때의 ‘도덕’영역의 문제를 법이 얼마만큼 통제할 수 있는지, 가정의 보호와 유지가 형벌을 통해서 보호될 수 있는 문제인지 근본적인 질문이 필요하다. 간통죄의 처벌은 국가가 지나치게 개인의 사적 영역(privacy)에 개입·간섭하는 것이다.

### 3) 간통죄가 여성에게 과연 유리한가

간통죄의 고소여부가 여성의 경제능력에 따라 좌지우지 될 수 있다는 현실적 판단에서 간통죄는 유리할 수도 있고 불리할 수도 있다. 간통죄가 폐지되어서는 안 된다고 주장하는 입장에서는 간통죄를 폐지할 경우 경제적 지위가 약한 여성보다 남성이 간통죄 고소권 행사에 적극적일 수 있다는 점에서 여성의 지위가 실질적으로 약화될 수 있기 때문에 폐지를 반대한다. 이와는 반대로 간통죄 처벌은 여성의 지위가 향상되면서 점차

완화되어 왔으며, 오늘날 여성의 범죄발생건수가 증가하는 추세에 비추어보면 실제 여성에게 가혹한 결과가 나올 가능성도 있다는 점을 지적하기도 한다. 또한 간통죄를 통해 여성이 남성에 대해 지위를 확보하려는 것은 여성을 비하한 것이며, 간통죄를 범한 배우자를 고소함으로써 위자로 지급청구에 유리한 방법을 통원하는 것은 결코 바람직하지 못하다고 비판하기도 한다.<sup>17)</sup>

그런 점에서 ‘항상’ 간통죄는 여성에게 어떠한 것이 아니라 여러 가지 사회경제적 조건에 의해서 삶의 상황이 변화하게 되면 간통죄를 둘러싼 여성의 삶과의 관계는 다른 조건에서 위치하게 된다. 결국 일반화되기 힘든 전체 여성의 삶을 경제적 약자로서 여성을 단편화하게 됨으로써 간통죄는 여성에게 유리한 제도가 되는 것이고, 상대적으로 사회적 지위가 높아지고 여성의 간통행위가 늘어나고 있다고 보는 입장에서는 간통죄는 오히려 여성에게 불리하게 작동할 수도 있다.

법의 작용이라는 것이 문화적·사회적 변화에 따라 함께 변화되어야 하는 것이 필요하지만, 간통행위가 근본적으로 법이 개입해야 할 영역인가에 대한 논의를 제쳐둔 상태에서 특정 성별의 유·불리의 문제만을 따지는 것은 근본적인 논의 자체를 간과한 주장이라고 할 수 있다.

#### 4) 간통죄의 범죄억제효과가 있는가

간통을 처벌함으로써 성풍속이 타락하는 것을 방지할 수 있다고 주장하지만 실상 간통죄의 실질적 범죄억제효과가 있다는 실증적 연구가 뒷받침되지 않을 뿐만 아니라 사회적 법익의 보호를 목적으로 하는 풍속에 관한 범죄로 규정된 간통죄가 배우자의 고소가 있을 때 비로소 논할 수 있도록 하고, 간통을 중용 또는 유서한 경우에는 고소할 수 없도록 하는 등 사회적 법익에 관한 범죄의 처리가 개인의 처분에 달려 있도록 하는 것도 사회적 법익을 보호하는 규정으로서의 역지력이 문제되는 부분이다.<sup>18)</sup>

---

17) 송기춘, 이정원(2004), “간통죄 폐지 여부에 관한 헌법적·형사법적 고찰”, 『헌법학연구』제10권 제2호, 한국헌법학회, 349면

18) 송기춘, 이정원(2004), “간통죄 폐지 여부에 관한 헌법적·형사법적 고찰”, 『헌법학연구』제10권 제2호, 한국헌법학회, 348면

## 5. 맺음말

형법 제241조 간통죄의 위헌여부에 관한 헌법재판소의 결정은 지금까지 총 3회 이루어졌으나 모두 합헌으로 결정되었다. 그러나 합헌을 결정한 근거나 배경을 조금씩 달리 하면서 현재에 이르고 있다. 1990년에는 사생활의 자유인 성적 자기결정권 등도 성도덕이나 가족, 혼인제도 등의 보호라는 보다 큰 법익의 보호를 위해서 본질적인 내용을 침해하지 않는 한도내에서 인정될 수 있다는 의견이 다수를 차지하였다.

그 후 1993년 결정은 이와 유사하게 유지되었으나 2001년에 이르면 보충의견이 다수의견이 되었고 거기에 더하여 간통죄 존치의 문제점을 들어 입법적 검토를 하라는 단서를 두고 있다. 이것은 현재결정이 사회의 문화나 일반국민의 법 감정을 고려하는 등 시대에 따른 변화를 반영하고 있는 것이다.

간통죄 존폐에 관한 논쟁은 어제 오늘의 일이 아니다. 심지어는 1953년 형법에 간통죄를 도입할 때 당시에도 국회논의에서는 간통죄 신설과 간통죄 폐지주장이 현재와 유사하게 진행되었다.

간통죄가 그간 사회적 약자인 여성의 권익보호에 기여한 바는 자못 크다고 할 것이다. 그러나 앞서 본 통계와 같이 최근 해를 거듭할수록 간통죄를 법에 호소하는 경향이 줄고 있고, 또 고소취소 등 형사절차과정에서 합의하는 경우 등이 반 이상의 비율을 차지하고 있음을 볼 때, 간통죄의 활용이 유일한 해결방법이 아닌 듯 보인다. 따라서 아마도 4번째의 현재결정은 이를 감안하여 최소한 단순한 합헌으로는 결정하지 않을 것으로 예상된다.

간통죄 폐지에 찬성한다고 해서 간통을 찬성하는 것은 아니다. 다만 형법상의 범죄로 처벌할 것인가의 문제에 대한 판단이라고 해야 하며, 국가형벌권을 규율하는 형법이 개입해야 할 문제인가를 고민해야 하는 것이다.

형법이 모든 사회문제의 해결의 유일한, 최고의 수단은 아니며, 다른 수단의 이용 끝에 최후 수단으로 작용해야 한다. 혼인계약도 하나의 계약으로 본다면, 이를 파기하는 경우 이에 상응하는 손해배상은 엄격하게 지워져야 한다.

이제 국민 전체가 상호간 계약을 지키지 못할 때는 상대방의 양해를 구하는 등 최소한의 룰을 지키는 성숙한 의식의 소유자가 될 필요가 있다. 타인의 인권을 침해하지 않는 것은 가장 가까이에서 생활하는 가족 특히 배우자와의 관계에서도 예외일 수는 없는 것이다.

그리고 간통죄에 관한 법의식조사에서 존치의 의견이 높게 나온 것은 간통죄가 폐지될 경우 간통이 만연하지 않을까하는 우려가 담긴 결과라고 생각된다. 형법의 간통죄에 대한 일반예방기능의 효과를 대체할 수 있는 방안도 심도있게 검토되어야 할 것으로 보인다.

## 참고문헌

- 국정홍보처(2006), 『2006년 한국인의 의식·가치관 조사 보고서』, 국정홍보처  
김일수, 서보학, 『형법각론』.
- 김일환(2006), “성적 자기결정권의 헌법상 도출근거에 관한 비판적 검토”, 『헌법학연구』  
제12권 제2호, 한국헌법학회
- 김지희(2007), “간통죄 조항을 둘러싼 사회적 논의지형 변화: 1953년 도입과 90년대 이  
후 폐지담론의 확산을 중심으로”, 제23차 춘계학술대회(대학원생 분과 3)  
발표문, 한국여성학회
- 대검찰청, 『범죄분석』, 2002-2006.
- 류화진(2007), “성적 인식 변화에 따른 형사법의 전망”, 『법학연구』 제47권 제2호, 부산  
대학교 법학연구소
- 배종대(1996), 『형법각론』, 박영사.
- 송기춘, 이정원(2004), “간통죄 폐지 여부에 관한 헌법적·형사법적 고찰”, 『헌법학연구』  
제10권 제2호, 한국헌법학회
- 이재상(2000), 『형법각론』, 박영사.
- 이준일(2006), “헌법적 정의와 간통죄”, 『인권과정의』 1월호, 대한변호사협회
- 최봉철(2006), “도덕의 법적 강제에 대한 논쟁과 헌법재판소의 결정”, 『성균관법학』  
제18권 제3호, 성균관대학교 비교법연구소

## 참조판례

- 헌법재판소 1990. 9. 10, 89헌마82: 형법 제241조의 위헌여부에 관한 헌법소원
- 헌법재판소 1993. 3. 11, 90헌가70: 형법 제241조에 관한 위헌심판
- 헌법재판소 2001. 10. 25, 2000헌바60: 형법 제241조 위헌소원





### 1. 여성의 인권과 간통

#### 1) 간통에 대한 기존의 논의

한국사회에서 간통죄는 여성의 가정내 위치 및 사회적 지위, 가부장적 관습에 따른 남성들의 이중적 성윤리, 이혼에 대한 사회적 시각을 둘러싸고 끊임없이 논쟁이 반복되어 왔다

여성계 내에서도 간통죄에 대해 존치론과 폐지론으로 양극화되어 있다고 보는 것이 일반적인 시각인 것 같다.

여성주의적 관점에서의 간통죄에 대한 비판적인 입장은 최근의 새로운 흐름이라기 보다는 이미 형법 제정 당시부터 주장되었던 것이고<sup>1)</sup> 사회변화와 여성의식의 변화에 따라 논의의 영역이 확대된 것이다.

우선 간통죄의 존속을 주장하는 여성주의 입장은 다음과 같이 정리된다<sup>2)</sup>.

첫째, 우리 국민의 법감정은 간통을 범죄로 처벌해야 한다는 쪽으로 많이 기울고 있는 것으로 각종 조사에서 나타나 있고 이것은 부부간 성도덕과 가정을 중시하는 우리 국민의 도덕관으로서 보호될 가치가 있다는 것이다. 또한 성적자기결정권과 관련하여 혼인과 가족생활관계에서 개인이 추구하고자 하는 선의 극대화 보다는 전체에 관계되는 정의 원칙에의 고려를 통한 재난의 예방적 최소화가 우선되어야 하고, 일부일처제를 근간으로 하는 혼인관계를 합리적으로 책임있게 해소하는 방

1) “제정 형법이 국회에 상정되자 이화여대와 숙명여대생 수백명이 간통죄 불법론을 주장하면서 의사당 앞에서 프랑카드와 피켓을 들고 시위를 하였다. 그 취지는.... 간통죄를 처벌하면 여전히 여자들에게만 불리하게 된다는 것이다. 간통을 처벌한다고 하여 남자들인 남편들의 간통은 없어지는 것이 아니며 여자는 남편이 간통을 하였다고 하여 가정파괴를 감수하면서까지 고소권을 행사하기가 어렵지만 아내가 간통을 하거나 심지어는 남편이 간통을 하니 나도 간통을 한다는 식으로 간통을 하였을 때에도 남자인 남편들은 여지없이 고소권을 발동할 것이니 그렇다면 여자들만 골탕을 먹는다는 이유에서 였다” 이정석, 음양의 조화와 성범죄, 사법행정 89.10 93쪽

2) 가정상담 2000.8월호; 가정상담 2001.11월호; 국회보 2001.12월호; 세계일보 2007.9.18일자; 주간동아 2007.10.8일자 등 참조

법이 없지도 않은 만큼 성적 자기 결정권이 그에 충돌되는 제반 이익들을 제치고 우선적으로 보호되어야 할 법가치는 아니라고 한다<sup>3)</sup>.

둘째, “조정가능한 성인남녀의 일을 국가가 개입해 통제하는 것이 시대착오”적일 정도로 우리 사회의 성의식이 성숙해있지 않고, 사회구조적으로 고착된 가부장 문화의 영향으로 남편들의 외도는 별 것 아닌 것으로 받아들여지고 때로는 사회생활상 필요한 것처럼 포장되는 한편 아내들의 외도는 주홍글씨처럼 사회적 매장을 당해야 하는 이중적인 성윤리가 존속되는 한 이러한 이중적 성윤리의 철폐를 위해서라도 간통죄는 엄격히 적용될 필요가 있다는 것이다. 이러한 시각은 한편 소위 외도라는 영역에 아내들보다는 남편들이 쉽게 접할 수 있다는 현실에서 간통죄는 사회 전반에 만연한 이러한 성도덕의 문란을 예방하고 제어하는 기능을 하고 있다는 측면 역시 무시할 수 없다고 한다.

셋째, 현실적으로 우리나라는 남편과 아내가 법적, 경제적, 사회적으로 동등한 위치에 있다고 볼 수는 없다는 것이다. 사회관행상 재산과 수입의 대부분이 남편 앞으로 되어 있는 현실에서 호주제 등 남녀 차별적인 조항들이 개선되었다고 하지만 혼인중 재산보호 및 양육비 지급 등 여성의 경제적 사회적 지위에 대한 국가적 차원에서의 보호장치가 약한 것이 사실이고 이러한 상황에서 볼 때 간통죄 철폐를 우선적으로 주장하는 것은 앞뒤가 바뀐 것이라는 주장이다.

따라서 간통죄의 존치를 주장하는 입장에서는 사회적 경제적으로 불리한 위치에 있는 여성의 경우 남편의 간통에 대해 불평등을 감수할 수 밖에 없는 것이 현실이므로 우리 사회에서 이중적인 성윤리가 없어지고 여성의 지위가 법률적, 실제적 측면에서 남성과 평등해질 때까지 간통죄는 가정과 여성을 보호하는 장치로서 기능을 할 수 있다는 것이며 이것이 실질적으로 헌법정신을 구현할 수 있다는 것이다.

이렇게 볼 때 실상 간통죄가 존속해야한다고 주장하는 입장에서도 간통죄가 영속적으로 존치해야 한다고 주장하는 견해는 찾기 어렵다. 간통죄 폐지 주장의 논거들 중 간통죄가 세계적으로 폐지추세에 있다는 점이 들어지고 있는 점에 대해 존치 입장에서는 우리의 실정에 비추어 아직 시기상조라고 하고 있어 결국 간통죄문제는 시기적인 선택의 문제로 좁혀둘 수도 있다.

한편 간통죄 폐지를 주장하는 입장에서는

---

3) 박은정, ‘형법 제241조(간통죄)에 관한 위헌법률심판사건’ 변론요지, 사법행정 90년 5월호, 117면

첫째, 개인의 감정을 법으로 통제하는 것은 인간존엄성에 대한 국가의 침해이며 부부라 할지라도 개인의 성적자기결정권은 침해할 수 없다는 것이다<sup>4)</sup>. 이에 따르면 개인의 감정을 법으로 통제하고, 사생활 은폐권이라는 국민의 기본권을 침해하는 내용을 형법으로 규정하는 것 자체가 시대 착오적 발상이며<sup>5)</sup>, 또한 부부사이에 믿음이나 애정이 남아있는 상황에서 간통이 발생하는 경우는 극히 드물기 때문에 이런 부부를 법으로 유지하고 보호할 수 없으며, 결혼제도로 상대를 묶어놓을 수 있다는 인식도 구시대적이라고 한다.

둘째, 간통고소는 이혼을 전제로 하므로 가정해체를 각오해야 하며 따라서 가정파괴를 막지 못하여 그 실효성이 의심스럽다고 한다<sup>6)</sup>. 또한 위자료 합의금 등의 문제는 국가 형벌권이 인간의 복수심을 만족시키기 위한 도구로 전락한 예<sup>7)</sup>라고 하고 있다.

셋째, 여성보호라는 측면에서 간통죄는 전혀 그 기능을 못하고 있으며, 남성우월주의가 강한 우리 현실에서 여성들이 더 큰 피해자라는 점이다. 우선 고소시 이혼이 전제되는 것은 남성이 즉각적으로 간통고소권을 행사함에 반해서<sup>8)</sup> 경제력이 없는 여성은 생계문제로 고소를 꺼리게 됨으로써 결과적으로는 힘없는 여성을 차별하게 되어 부부간에 불평등한 결과가 되는 여성차별적인 제도<sup>9)</sup>라고 한다.

더구나 우리사회는 간통한 남성보다 여성에게 더 편견을 가지고 있어 같이 고소당했어도 여성만 불리하게 되는 한편, 남편의 외도는 눈감아 주고 남편이 아내를 협박하는 수단이 되어, 결국 간통죄가 역으로 여성의 인권을 훼손하고 있다고 한다.<sup>10)</sup> 결론적으로 여성들은 간통죄 조항을 들먹이지 않더라도 얼마든지 간통한 남편을 응징할 수 있으며<sup>11)</sup> 차라리 혼인재산보호관련 조항 등의 개선에 힘을 쏟는 것이 여성의 지위를 향상시키는 데 도움을 줄 것이라는 것이다.

한편 남성위주의 가부장적인 가족제도 하에서 간통죄의 오랜 역사가 단지 여성만을

4) 신이찬희, 국회보, 2001.12, 82면

5) 박옥희, 한국일보 2001.3.25일자

6) 김신명숙, 경향신문 2007.9.18일자

7) 진민순, 우리진(웹사이트) 2001.11.24

8) 남성들은 아내의 간통사실을 알게 되면 곧바로 이혼소송을 하고 간통고소를 한다는 이와 같은 논거는 아내의 간통으로 고통받는 남성들이 아내가 가정으로 돌아오길 기다리는 내용의 상담도 꾸준한 것에서 보아 이젠 일반화시키는 어려울 것 같다.

9) 윤후정, 신인령, 법여성학, 이대출판부, 2001, 145면

10) 황오금희, 뉴스메이커 2001.10.25일자

11) 황오금희, 앞글

처벌하는 일벌주의나 남편의 부권에 도전하는 범죄로 발달되어 온 것에 주목하여 낙태죄와는 다른 맥락에서 -보호법익도 다르지만 간통죄의 경우 간통하는 여자와 그로인해 피해를 입는 여자라는 맥락이 존재-여성보호라고 하지만, 실상 정당한 보호가 될 수 없다는 견해도 있다.

## 2) 정리

간통죄 존재에 관한 여성주의적 시각은 모두 여성의 인권 보호라는 점에서 당위성을 찾고 있으나 그 시각은 상당한 차이가 난다.

존치·폐지 입장 모두 우리사회의 성에 대한 이중기준을 지적하면서도 존치의 입장에서는 우리 사회에 남편과 아내에 대한 이중적인 잣대가 존속하는 한 간통죄는 더 엄격히 적용될 필요가 있다고 하고 폐지의 입장에서는 쌍벌주의가 경제력의 차이와 결합하여 이중기준의 성모형을 유지시키는 점에서 간통죄는 폐지되어야 한다고 본다.

간통행위는 사회질서를 심각한 위협에 빠뜨릴 만큼 반사회적 성격을 띤다고 보기는 어려우며 개인의 애정 내지 성적 생활의 한 단면일 뿐이라는 시각은 나름대로 설득력을 갖는다. 뿐만 아니라 건전한 사회질서나 전통적인 성도덕 질서는 형법과 같은 물리적 강제수단에 의해서 보호될 영역이라고 보기는 어려우며 추상적인 가치개념의 보호를 목적으로 개인의 기본권을 제한하는 것은 헌법 제1조의 민주주의 원칙에 반한다<sup>12)</sup>고 할 수 있을 것이다. 같은 맥락에서 애정문제이자 순수한 윤리의 문제인 부부간의 모럴에 국가권력이 형벌로 개입하는 것은 적절하지 않으며, 부부간의 정조문제를 간통죄로 문제 삼아 처벌을 통해 지켜지지 않으면 안 될 사항이라고 하는 것은 사생활에 대한 국가의 지나친 개입이 될 수 있다.

또한 간통죄가 “실제로는 여성에게 더 가혹하게 적용되는 파행성을 띄는” 것도 현실적으로는 부인할 수 없고, 특히 남편들의 경우 외도를 하면서도 가정을 유지하려는 이중적 성향을 가지는데 반하여 아내들의 간통의 경우에는 혼인관계가 이미 실질적으로 파탄된 상태의 경우가 많아 일률적으로 간통죄를 적용할 경우 아내들이 훨씬 억울한 피해자가 될 것이라는 임상적 추측도 가능하다.

한편 간통죄 고소 및 수사과정에서의 비인간성-특히 명백한 증거를 위해 성관계 현장을 급습하는 등의-은 그 어떤 논리로도 정당화될 수 없는 비인격적이고 비인권적인 상

---

12) 전광석, 형법 제241조에 관한 위헌법률심판사건 변론요지, 사법행정 90년 5월호

황이며, 때로는 정액 검사 등 생리구조상 여성에게 행해지는 증거채취방법은 ‘남성의 부도덕으로부터 여성을 보호하려는 법적 선택이 여성들을 더 비인격적인 객체로 전락시키는 결과를 가져’<sup>13)</sup>온다는 점에서 간통죄는 적용상의 많은 문제점을 안고 있다.

또한 간통죄는 법적으로 배우자 있는 자의 혼외정사를 단속하는 것으로 해석되는데, 여기서 처벌대상이 되는 것은 성기의 결합으로, 이를 제외한 성행위는 처벌을 면하나 성기의 결합만을 처벌할 수 있다는 것은 남성에 의한 성의 독점이라는 간통죄의 그 역사성에서 비롯되는 것으로 구성요건의 한계가 드러난다 하겠다.

그리고 사회변화에 따른 급격한 사실혼의 증가 추세에 비추어 볼 때 간통죄가 혼인제도의 보호와 배우자의 성적 성실의무를 그 보호법익으로 한다면 사실혼에 대한 보호 역시 증대할 것인데, 간통죄 고소를 위해서는 법률혼의 해소를 전제로 한다는 것은 간통죄가 시대의 흐름을 따라가지 못하는 또 다른 예라 할 것이다.

또한 공식적 체계에서 유일하게 합법적이고 윤리적인 성관계는 법이 인정한 결혼한 부부간의 관계이고 혼외 관계는 당연히 불법적 관계로 정리되는데, 이러한 논리 구성의 기초는 일부일처제일 것이다. 현재 결정문이나 여러 논문에서 간통죄 처벌이 일부일처제의 유지를 위해 필요하다는 논리를 펴고 있는데, 간통죄가 처음 규정되었을 때는 남편의 외도라고하면 당연히 축첩을 떠올렸고 혼외자 등의 문제가 초점이 되었으나 지금의 혼외정사는 일회성 외도나 일시적 관계, 상간자의 유부녀 비율의 급격한 증가 등의 다양한 유형으로 나타나고 있어 간통이 혼인제도의 근간인 일부일처제 유지를 침해한다는 생각은 수용하기 어렵다고 본다.

## 2. 간통죄는 폐지되어야 할 것인가

이상에서 검토한 바와 같이 간통죄는 법리적으로 한계가 있는 것을 부인하긴 어렵고 그 적용에 있어서도 개인의 존엄과 관련하여 문제점이 있는 것은 사실이다. 그럼에도 상담현장에서 볼 때 간통죄 폐지에 앞서 다음과 같은 문제들이 진지하게 검토될 필요가 있다.

---

13) 김정오, 헌법판례에 나타난 법적 논증의 구조적 비판적 분석, 법철학연구 제4권 제2호, 2001, 323면

## 1) 국민의 법의식과 관련하여

간통죄 처벌이 합헌이라는 헌법재판소의 결정이나 처벌이 존치해야 한다는 주장들은 간통죄폐지가 세계적 추세라고 하더라도 우리 국민의 법감정은 간통에 대해 허용적이지 않다는 점을 들고 있다. 1990년 형사정책연구원의 조사에 의하면 간통죄의 존폐에 대해서 폐지 15.6%, 존치 61.9%로 나타났었고, 그 이전 조사<sup>14)</sup>에서는 조사대상이 주로 전문가이고 소수에 불과하다는 한계가 있으나 찬반의견이 50%로 나온 적도 있으며, 2001년 합헌 판결 후 KBS 등 각 방송국 여론조사의 경우 존치의견이 70%에 육박하기도 하였다.

한편 2005년 4월-2006년 12월 사이에 진행된 한국가정법률상담소 홈페이지 인터넷 여론조사에 따르면 12,516명의 응답자 중 존치 52%, 폐지 39%, 폐지해야 하나 시기상조 9%로 나타난 바 있다. 흥미로운 것은 인터넷 조사의 한계가 있기는 하지만 조사 초기인 2005년 4월 1일-5월 20일 기간 동안에는 726명 응답자 중 존치 64%, 폐지 26%, 폐지해야 하나 시기상조 19%로 나타나 시간이 지날 수록 폐지의견이 올랐다는 점이다.

또한 2005년 한국가정법률상담소가 실시했던 ‘부부 성윤리 의식조사’<sup>15)</sup>결과에 따르면, 1,007명의 응답자 중 존치의견이 62.5%(남 53.0%, 여 69.8%)로 나타났다. 이에 대해 폐지해야 한다는 의견은 18.5%, 아직은 이르지만 언젠가는 폐지해야 한다는 응답은 19.1%였다.

존치이유로는 가정파탄예방(30.6%), 성 문란 방지(26.4%), 혼외정사는 도덕적으로 옳지 않는 행위(20.1%), 처벌로 인한 혼외정사 억제효과(11.3%) 등의 순으로 응답율이 높아 응답자들은 간통죄가 가정을 지키고 가정의 안정을 유지하는데 필요하다고 보는 것으로 나타났다. 특히 여성들의 존치의견이 70%에 육박하는 것은 간통죄가 가정과 여성을 보호하는 역할을 하고 있다고 믿는 여성들이 상당수에 이른다는 것을 반증한다고 할 수 있다.

폐지이유로는 성과 사랑은 법으로 통제할 사항이 아닌 사적인 문제다(30.8%), 배우자만 사랑하는 것은 불합리한 일이다(16.5%), 간통죄는 간통의 방지나 감소효과가 없다(14.8%), 간통죄로 고소하려면 이혼을 감수해야 하기 때문에 여성들이 고소를 하지 않으므로 실효성이 적다(9.8%), 간통죄 없어도 여성을 보호할 수 있을 만큼 여성의 지위가 향상되었다(8.8%) 등이 들어졌다. 폐지의견에서는 성과 사랑은 법으로 통제할 사항이 아

14) 남 녀 각 50명 대상으로 했으며 남자는 처벌 22명(44%), 여자는 처벌 28명(56%)로 나타났다;신기남 ‘간통은 범죄인가?’ 법률신문 1584호

15) ‘부부사이의 성 , 권리인가 의무인가, 2005, 한국가정법률상담소 심포지엄자료집, 45-83면

닌 사적인 문제로 인식하고 있는 것을 볼때 부부관계에서 부부간의 의무보다는 개인중심적인 사고 방식이 확대되어 가고 있음을 알 수 있다.

결론적으로 위의 조사결과들을 보면 급격한 사회변화에 따른 국민들의 성에 관한 의식 변화에도 불구하고 가정의 유지와 혼인 생활 보호를 위해 간통죄 처벌이 필요하다는 의식이 아직은 지배적이 아닌가 판단되며 간통죄 폐지 추진에 많은 부담으로 작용할 것으로 보인다 16).

## 2) 간통죄가 악용된다는 주장에 대하여

간통죄가 악용된다는가 합의금을 뜯는 수단이라든가 복수에 불과하다는 주장이 있고 일부 그런 식으로 이용이 되는 경우도 있겠지만, 상담사례를 통해보면 대부분의 선량한 간통 피해자들에게는 해당이 되지 않는 주장이다. 간통죄는 수사나 재판 과정에서 고소 취소 되는 경우가 많고 상담과정에서도 아이들 아버지이고 남편이기에 처벌받는 것을 막아주고 싶은 심정에서 고소자체를 포기하는 경우를 많이 볼 수 있다. 이들의 경우 이혼을 하거나 용서 혹은 체념을 하고 사는 길을 택하게 된다.

한국가정법률상담소의 조사<sup>17)</sup>에 의하면 배우자 간통에 대한 대응방식에 있어 응답자 944명 중 63.3%가 배우자 간통이 발생할 경우 이혼을 하겠다고 응답을 하였으나 간통죄로 고소하고 이혼하겠다는 응답은 25.8%이며, 이혼은 하되 고소는 하지 않겠다는 응답은 37.5%였는데<sup>18)</sup>, 막상 현실로 나타날 경우에는 고소에 대한 실행은 훨씬 줄어들 수 밖에 없을 것이다.

남편 간통으로 고통 받는 대다수의 여성들은 이혼의 두려움과 자녀, 그리고 자신을 배신한 남편에 대한 미련 때문에 이혼을 강행하는 것에 상당한 부담을 갖는 것이 현실이다.

따라서 정작 고소에 까지 이르게 되는 경우는 악의적이고 반복적인 간통으로 피해자의 인내심과 굴욕적인 삶이 바닥까지 온 지점일 경우가 많을 것이고 그것을 단순한 보복감정으로 매도하기는 어려울 것 같다.

16) 현재 2002.10.31, 99헌바40 결정문의 반대의견에서는 “국민의 여론이나 법의식이 헌법의 인간상 및 기본 결정과 배치되는 한 헌법재판소는 국민의 다수로 부터도 헌법을 수호해야 하고 기본권을 보호해야 한다”고 하여 국민의 법의식에만 의존하는 것은 위험할 수 있음을 지적했다

17) 한국가정법률상담소, 부부간의 성, 권리인가 의무인가 자료집

18) 성별로 구분하였을 때 배우자 간통에 대해 이혼을 하겠다는 남성은 63.8%, 여성은 63%로 뚜렷한 차이가 발견되지는 않았고 배우자를 간통으로 고소하겠다는 비율은 남성 20.7%, 여성 29.7% 이고 반면에 고소를 하지 않겠다는 비율은 남성은 43.1%, 여성은 33.3%로 나타났다 한국가정법률상담소, 앞글

### 3) 간통죄의 예방적 효과논란에 대하여

간통죄가 예방적 효과가 전혀 없다는 주장<sup>19)</sup>이 제기되고 있지만 실상 가부장적 의식에 사로잡힌 체면과 위신을 중요시하는 많은 남성들에게는 간통죄가 존재하는 것만으로도 심리적 억지효과가 있는 경우도 적지 않다. 남녀의 애정사에 처벌규정을 두어 심리적 억지효과를 거두려는 것이 타당한가라는 논의는 별론으로 하고, 간통죄 존재를 전혀 개의치 않거나 의식하지않는 사람들도 있으나, 처벌 받을지도 모른다는 두려움 때문에 간통을 주저하거나 회피하는 사람들도 적지 않아 간통죄 규정이 부부간의 불화나 가정파탄 그리고 부정행위들을 사전에 예방할 수 있는 효과가 어느 정도 있는 점은 무시하기 어렵다. 간통죄가 존재하고 있는 현재에도 간통죄는 곧 없어질 것이라고 하면서 아내를 핍박하는 남편들이 적지 않은 현실에서 간통죄가 폐지될 경우에는 적지 않은 혼란과 비인격적인 상황들이 벌어질 수 있음은 쉽게 짐작할 수 있는 일이다.

### 4) 피해 주부들의 현실적 문제

한국가정법률상담소의 50여년 간의 통계를 보면, 배우자의 부정은 이혼 상담 중 차지하는 비율이 전체 이혼사유에서 23위를 지속적으로 차지할 정도로 많은 비중을 차지해왔다. 그만큼 배우자부정이 부부간의 신뢰를 깨치고 가정의 안정을 위협한다고 볼 수도 있겠다<sup>20)</sup>.

상담현장에서는 전업 주부들이 겪는 남편 간통의 bad case들을 흔히 볼 수 있다. 외도를 하면서 고의로 양육비와 생활비를 주지 않거나 이혼을 강요하면서 재산을 도둑시키고 폭언, 폭력을 행사하는 한편 가족을 유기하는 등 간통과 관련해 나타나는 비인격적이고 인권을 짓밟는 행태들이 적지 않고 이런 경우 가족법상 이혼과 위자료로 혼인생활을 해소하는 것이 최선의 길이라고 설득하기는 어려운 일이다. 더구나 자신의 명의로

19) 시민과 변호사 2007.10, 권성 재판관 인터뷰 기사

20) \*\* 한국가정법률상담소 연도별(2002-2006) 이혼 상담 중 부정행위 비율\*\*

연도	2002			2003			2004			2005			2006		
성별 사유	여 (%)	남 (%)	합 (%)	여 (%)	남 (%)	합 (%)	여 (%)	남 (%)	합 (%)	여 (%)	남 (%)	합 (%)	여 (%)	남 (%)	합 (%)
1호 (외도)	769 (20.0)	92 (14.6)	861 (19.2)	620 (18.2)	76 (13.6)	696 (17.5)	669 (20.1)	82 (15.2)	751 (19.4)	566 (18.2)	48 (11.3)	614 (17.4)	562 (16.3)	83 (15.8)	645 (16.2)
이혼상 담전체	3,845 (100)	630 (100)	4,475 (100)	3,412 (100)	560 (100)	3,972 (100)	3,332 (100)	539 (100)	3,871 (100)	3,112 (100)	425 (100)	3,537 (100)	3,447 (100)	526 (100)	3,973 (100)



된 재산이나 수입이 거의 없는 경우에는 상대방의 일방적이고 불공정한 요구에 응할 수밖에 없는 경우도 적지 않다. 이런 내담자들의 경우 간통죄 폐지는 어떤 논리로도 설득이 어려울 것이며, 간통죄 폐지에 반대하는 비율이 여성이 훨씬 높은 것도 반드시 자신이 피해를 당하지 않았다고 하더라도 남편의 부정행위는 부부간의 배반행위이며 악질적인 간통행위는 처벌되어야 한다는 주부들의 연대감정이 작용했을 가능성이 높다.

### 5) 아직도 남은 과제들

여성계 내에서도 과거 간통죄 폐지를 반대하는 입장에서는 간통죄 폐지 요구에 대해 남성과 여성의 불평등한 법적 구조가 해소된 다음에 논해도 늦지 않다는 입장을 취해왔었다. 아들과 딸의 동등 상속분 인정, 자녀의 친권 동등행사, 재산분할청구권 등의 인정 그리고 최근의 호주제 폐지에 이르기 까지 여성의 법적 권리를 확보하는 차원에서 모든 법과 제도에서 약자인 여성과 자녀의 보호가 충분히 되었을 때 비로소 간통죄 폐지를 논할 수 있다는 이론을 펴온 것이고 나름대로 전략의 도구로 활용되었던 것도 사실이다. 이것은 법논리적 측면보다는 간통죄의 존재가 여성이나 가정보호에 어느 정도는 기능하고 있었던 것에서 근거한다. 이런 주장의 맥락에서 보면 아직도 불균형한 법적 현실이 해결이 안 된 점을 간과하긴 어렵다. 현실적으로 경제적으로 취약한 전업주부나 이혼여성 및 그 자녀들의 복리를 위한 부부재산제 개정과 양육비이행확보, 이혼제도 개선 등 민법일부개정안들과 가사소송법 개정안들이 아직 국회에 계류중이며 별 진전을 보지 못하고 있어 이들에 대한 조속한 입법적 해결이 요망된다.

## 3. 맺음말

이제 간통죄 폐지 문제는 또 다시 헌법재판소의 판단을 기다리게 되었다<sup>21)</sup>. 현실적으로 간통죄 존폐 논의에 앞서 우리사회의 혼인과 가정생활을 먼저 돌아볼 필요가 있다. 상담현장에서 보면, 간통으로 파탄 된 가정의 배우자와 그 자녀가 받는 심리적, 정서적, 경제적 고통은 상당히 심각하다. 불륜과 외도가 당연히 되고 또한 이런 것들을 부추기는 사회 저변의 문화와 우리 시대의 가족윤리에 대해 되짚어볼 필요가 있으며 헌법재판

---

21) 법률신문이 제4기 헌법재판소를 구성하고 있는 헌법재판관들의 국회 인사청문회자료 등을 검토한 결과 헌법재판관 9명 중 6명이 간통죄에 다소 부정적인 견해를 가지고 있는 것으로 나타났다, 법률신문 2007.9.13일자

소의 결정과정에서도 국민들의 법의식과 함께 이러한 것들이 고려될 필요가 있을 것이다. 1990년에 제기된 “개인의 존엄과 양성의 평등이라는 헌법규정의 이념과는 달리 우리의 혼인 및 가정생활의 현실은 남녀 성원간에 존엄에 바탕을 둔 자율성, 합리성의 원숙한 단계에 이르러 있지 않다. 아마 그러한 단계에 이르러 있다면 간통이란 말은 일찍이 사랑이란 말로 대체되어 사회적으로 사라졌을 것이다. 헌법 규범과 현실 사이의 이 괴리는 우리 사회의 어느 결사의 영역에서 보다도 극심하다.....간통죄가 길게 보면 여성자신들의 발전을 위해서도 없어져야 한다고 생각하면서도 현실적으로 불가피한 단계적 전략으로서 간통죄의 처벌을 모순으로 받아들이지 않으려는 자세도 위에서 언급한 이념과 현실사이의 극심한 괴리상황과 결코 무관하지 않다”<sup>22)</sup>는 의견은 호주제가 폐지되고 여성의 권리 의식이나 사회적인 평등지수가 높아진 오늘날에도 유효하게 작용할 가능성이 있다.

간통죄 규정의 존재가 국민의 의식 및 혼인과 가족생활에 밀접한 관련이 있고 과거로부터 많은 논란이 있어왔던 만큼 헌법재판소의 신중한 결정이 내려지길 기대한다.

---

22) 박은정, 형법 제241조(간통죄)에 관한 위헌법률심판사건 변론 요지, 사법행정 90.5 118면

### 들어가며

2005년 11월 간통죄를 폐지하는 형법개정안(염동연의원 대표발의)이 국회에 발의되었을 당시, 한국여성민우회는 폐지에 찬성하는 논평을 낸 바 있다.

남편의 간통에 대해 여성을 보호한다는 차원에서 유지되었던 측면이 있다고 하나 여성에 대한 보호법익이라고 보기 어렵고, 개인의 성적자기결정권이 존중되는 성의식 향상과 사회변화의 흐름에 비추어 볼 때 성적인 면에 국한하여 이를 법으로 제재하는 것은 적절치 않으므로 간통죄는 폐지되어야 한다는 것이 그 내용이었다.

논평이 나가고 일부 질타의 의견들이 있었으나, 일반 대중이나 미디어의 반응은 생각보다 훨씬 담담한 편이어서 대중들의 의식의 변화를 느낄 수 있었다.

발의된 개정법률안이 처리되지 않고 계류되어 있는 상황에서 올해 서울 북부지법의 도진기관사가 간통죄에 대한 위헌법률심판을 현재에 제청함으로써 1990년, 1993년, 그리고 2001년에 이어 또다시 간통죄 폐지와 존속에 관한 논의가 촉발되었다. 폐지 반대와 폐지 찬성의 의견이 분분하나 민우회를 비롯한 여성단체들의 의견은 대부분 폐지 쪽으로 의견이 모아지고 있다.

2001년 헌법소원심판에서도 합헌 결정을 내리긴 했으나 ‘폐지여부에 대해 진지한 접근이 요구된다’는 의견(발제문p11)을 제시하고 있는 바 1990년도와는 다른 현실적 상황이나 가치관의 변화 또한 주목해야 할 것이다. 법을 제정하거나 개정하기 위해서는 국민들의 의식이나 가치관의 변화를 반영한 정서적인 공감대가 형성되어야 가능하며, 실익에 대한 부분도 고려되어야 한다.

결혼제도나 가족에 대한 가치관이 많이 달라지고 성의식이나 성가치관이 많이 달라진 만큼 이번 포럼에서 다양한 의견을 나누고 법적인 검토를 구체적으로 할 수 있는 기회가 되길 기대한다.

## 간통죄 찬반논의에 대한 검토

### 1) 간통이 범죄행위인가

결혼이란 개인과 개인이 맺은 약속이고 계약이라고 할 수 있다. 결혼의 성실의무를 다하지 못하고 일방의 배우자가 계약을 위반함으로써 상대방에게 고통을 주고 피해를 준 것에 대해서는 도덕적인 책임이 따라야 하지만 계약을 위반한 것을 범죄화하여 국가가 형벌권으로 규율하는 것은 적절하지 않다고 본다.

### 2) 간통죄는 성적 자기결정권 침해인가

헌법 제10조는 ‘모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다’고 규정하고 있어 행복추구권을 보장하고 있다. 그리고 성적자기결정권이라 함은 성행위를 할 것인지 하지 않을 것인지, 한다면 누구와 할 것인지 주체적으로 판단하고 결정할 수 있는 권리가 있음을 의미한다.

성적자기결정권과 관련한 행복추구권과 가정을 유지하고자 하는 상대 배우자의 행복추구권이 충돌하게 되는 문제가 발생하는 바, 성적 자기결정권과 간통죄의 보호법익인 가정의 유지 중에서 무엇이 더 중요한 것인지, 신뢰와 애정이 깨진 가정을 유지하는 것이 정말 의미가 있는 것인지 고려해 볼 문제이며, 부부간의 성·애정문제는 부부쌍방의 존중과 평등한 대화로써 해결하는 것이 바람직하다고 생각한다. 결혼제도를 근간으로 하는 성도덕이 특히 강고한 우리사회이지만 신뢰와 애정없는 가정을 유지하기보다 애정에 근거한 관계, 부부 중심의 관계가 더욱 중요해지는 경향으로 성도덕과 의식도 변화되고 있음을 인식할 필요가 있다.

### 3) 간통죄가 여성에게 과연 유리한가

1905년 형법대전 이후 1953년까지 간통죄 조항은 결혼한 여성의 간통을 응징하기 위한 즉, 철저하게 가부장제를 옹호하는 취지의 법조항이었다. 1953년에 형법241조로 제정되면서 남녀 모두를 처벌하는 쌍벌주의를 채택하여 형식적으로는 남녀에게 평등하게 적용되는 듯 했지만, 얼마 전까지만 해도 사실 남성에게는 있으나마나 한 법이었다. 최근 간통죄 논의에 있어 여성을 위한 보호법익이 아니냐는 주장은 아이러니가 아닐 수 없으며, 보호법익이 있다면 결혼제도를 보호하기 위한 법 조항이라고 할 수 있다.

남성의 간통을 처벌하려면 이혼이 전제되어야 하므로 고소하고 이혼을 하거나, 이혼을 선택하지 못하는 여성들은 고소할 수 없으므로 처벌하지 못하고 참고 사는 경우가 많다. 최근에는 경제활동을 하는 여성들이 늘고 유책당사자인 경우가 많아지고 있지만, 여성이 간통을 했을 때는 대부분 배우자에 의해 이혼을 당하게 되므로 가정이 유지되기는 어렵다. 즉, 처벌하려면 이혼을 선택하거나 이혼을 선택하지 못하면 참고 살거나 이혼하고 싶지 않아도 이혼을 당하는 여성들에게 간통죄는 유리하다고 하기 어렵다. 아직은 일부의 여성에게 도움이 된다는 의견이 존재하나 역시, 일부의 여성에게는 치명적으로 불리하게 작용하는 조항이다.

법을 존치하기보다 이혼이나 가정을 유지하기 어려울 시 여성들의 권리가 확보될 수 있는 방향으로 제도를 마련하는 것이 필요하다고 본다.

#### 4) 간통죄의 범죄억제효과가 있는가

간통죄가 폐지되면 성적으로 문란해지고 타락할 것이기 때문에 예방적 차원에서 존치해야 한다는 의견이 있으나 처벌에 대한 두려움이 없어진다고 해서 무절제한 관계를 갖고 타락할 것이라고 상정하는 것은 국민들을 비주체적이고 자율성이 없는 존재로 인식하는 것이라고 본다. 법조항에 기대어 범죄억제효과를 기대하기보다 오히려 성적 주체로서 자기결정권, 부부간의 평등한 소통에 대한 교육적 접근이 중요하다고 본다.

### 맺음말

결론적으로 혼인과 부부간의 순결문제는 개인의 사생활 영역으로서 형법으로 규율하는 것은 부적절하다. 그러나 형법으로 규율하는 것이 부적절하다고 해서 간통이 권장되거나 도덕적으로 책임이 없다는 의미는 아니다. 신뢰가 바탕이 되어야 하는 부부간의 성실의무를 다하지 못하고 일방의 배우자가 결혼의 의무를 위반한 것, 그로 인해 고통을 주고 피해를 준 것에 대해서는 도덕적인 책임과 보상이 당연히 있어야 한다. 그러나 취하를 전제로 재산분할이나 위자료·양육비 등 경제적인 보상을 받기 위해 간통죄 조항이 굳이 존치되어야 한다는 것은 법집행에 있어서도 실효성이 없다.

유책배우자에게 경제적인 보상을 강제하기 위한 보완은 반드시 필요하며, 민사소송을 통해서 가능하기는 하나 개별적으로 소송을 하려면 상대적으로 열악한 여건의 여성들에게는 무리가 있으므로 이혼절차에서 위자료 및 재산분할, 재산조회권리 보장 등 민

법개정을 통해 제도적으로 해결하는 방안을 모색해야 할 것이다.

교육과 의식수준이 성숙됨에 따라 자율적 주체로서의 개인이 강조되고 성적자기결정권과 평등권이 존중되는 사회로 변화되고 있음을 인식하고 개인의 자율성을 최대화하고 국가의 개입은 최소화하는 방향으로 법 개정을 검토하는 것이 바람직할 것이다.

### 1. 간통행위의 범죄성에 대하여

형법 제241조 1항에서는 “배우자 있는 자가 간통한 때에는 2년 이하의 징역에 처하고 그와 상통한 자도 같다.” 또한 2항에서는 “전항의 죄는 배우자의 고소가 있어야 논한다. 단 당사자가 간통을 중용하거나 유서한 때에는 고소할 수 없다.”라고 규정하고 있다.

현행형법은 간통행위자의 배우자에 대한 배신행위와 그 배신행위에 동참하는 상대방을 동시에 범죄로 구성하고 있다. 보호법익에 대하여는 사회윤리적 규범의식으로 보는 것이 통설이다. 다시 말하면 성에 관한 일반인들의 사회 윤리관과 법적으로 성립된 가정의 존속을 말한다. 일부에서는 제도로서의 혼인이나 부부간의 정조의무(차용석)를 들기도 한다.

현행 간통죄의 규정이 가지고 있는 특징은 실체법인 형법과 절차법인 형사소송법, 민사법과 형사법의 공조관계에서 규정하고 있다는 점이다.

폐지국가는 독일(간통죄의 본질을 혼인계약의 파기행위로 봄: 국가개입불요), 영국, 핀란드, 노르웨이, 스웨덴, 프랑스, 일본(아내의 간통만 처벌하다가 남녀 평등을 근거로 폐지)이 있다.

존치국가는 미국(명문규정을 두는 주가 20여개, 관례에 의한 간통죄 인정은 소추를 하지 않는다는 예외가 있긴 하지만 거의 모든 주가 인정), 한국, 스위스, 오스트리아가 있다.

따라서 형법적으로 비난받는 간통행위는 치유불가능하고 악질적인 간통행위를 말한다. 이러한 유형의 간통행위는 범죄적인 성향이나 배우자나 가족에 대한 유기, 또는 사회적인 불안정 효과에 있어서 결코 비슷한 형량의 다른 범죄와 비교하여 볼 때 법익이나 규범침해, 비난가능성이 결코 낮지 않다.

일방 배우자의 지위가 매우 열악하고 상대방의 간통행위에 의해 피해를 받는 가족의 처지가 불안정한 경우에도 형법이 방관한다면 모순이고, 국가적인 보호 의무를 방기하는 것이다.

## 2. 애정문제에 국가개입이 타당한가?

간통죄의 폐지론자들은 국가의 지나친 간섭이라고 주장한다. 그러나 친고죄로 규정되어 있기 때문에 고소가 있어야 논하므로 국가의 개입은 최소한에 그치고 있다. 실행의 비율도 6%이하라고 하는 것은 그만큼 국가의 개입이 자제되고 있고 당사자의 의사를 존중하고 있다는 반증도 된다.

부동산매매계약과 같은 재산상의 계약에서도 계약금과 중도금을 수령 후 적법하게 계약을 해제하지 않고 이중으로 제3자와 매매계약을 체결하고 계약금과 중도금을 수령하면 형법상 배임죄의 실행에 착수한 것(대법원 1983. 10. 11 선고 83도2057 판결 ; 대법원 1984. 08. 21 선고 84도691 판결)으로 보아 배임죄로 처벌하고 있다.

혼인계약(가족법상의 계약)은 계약의 특성이 재산상의 계약과는 매우 다르고 계약위반으로 일어나는 피해의 특성과 내용(배우자와 자녀의 엄청난 정신적 충격 등)이 월등히 다름에도 불구하고 단순히 민사상 계약위반으로 다루는 것은 타당하지 않다.

혼인계약을 적법하게 해소하고 타인과 정상적으로 애정을 나누는 것에 대하여 일방 배우자가 간섭하거나 국가가 간섭하지는 않는다.

또한 생명권이나 신체권을 침해한 범죄(살인, 상해, 폭행 등)는 매우 엄하게 처벌하면서도 정신적 평안권(가정에서 행복을 추구하고 가족간의 아름다운 관계에서 누리는 평안)에 대한 가치를 지나치게 저평가하고 이를 침해한 것에 대하여는 너무 소홀히 다루고 있는 문제가 있다.

설사 민사상의 계약위반이라고 하더라도 규범을 위반한 자의 성적자기결정권을 매우 강조하고 있어도 계약관계에 있는 배우자의 행복추구권의 침해에 대하여는 지나치게 경시하는 우를 범하고 있다.

헌법상 보장된 기본권에서 파생된 성적자기결정권의 존중은 사회질서의 유지, 공공의 안녕이라는 최소한의 기본권제한까지 넘어설 수는 없다. 더구나 아무리 자신의 권리가 중요하다고 하여도 타인(사회, 배우자, 자녀, 배우자의 가족 등)에게 엄청난 피해를 주면서까지 보장하기는 어렵다고 생각된다.

## 3. 현재 실효성이 있나? 가정과 혼인제도를 지키는 최후의 수단이 되고 있나?

어느 제도도 완벽하지는 못하고 어느 정도 기여한다고 본다. 사회윤리규범이나 도덕율이 1차적으로 보호하고, 2차적으로 법적규제를 하고 있는데, 민사책임(이혼사유: 그



런 행위를 하면 이혼당할 수 있다고 경고), 형사책임(간통죄로 처벌)을 통해서 보호하고, 3차적으로 파급된 피해를 구제하는 제도(위자료, 사회적 부양: 파탄된 가정의 배우자 구제)를 통해서 보호하게 된다.

기소율이 저하되었다고 하여 실효성이 없다고 보는 것은 오히려 친고죄로 규정하고 있는 데 따른 불가피한 상황이고, 사회 윤리의식을 반영한 사직당국의 유연한 대응과 범인을 알게 된 날로부터 6월을 경과하면 고소권이 소멸하게 되어 있는 지나치게 짧은 고소기간으로 인한 것이다.

#### 4. 성문란 방지 등 사회적 기능을 하는가? 가정파탄, 혼외정사 억제효과 있나?

범죄로 인식하지 않는 경우와 범죄로 인식하는 경우는 억제 효과가 매우 다르다고 생각된다. 폐지하고 당사자의 윤리의식, 도덕심에 맡기는 것은 매우 위험한 발상이다. 성적인 문제는 선한 방향으로 가기보다 악한 방향으로 가는 것이 역사적으로 증명되어 왔다.

#### 5. 여성에 대한 보호책인가?

위자료 청구소송에서 유리하게 작용하는 것은 사실이지만 반드시 여성에게만 해당되는 것은 아니다. 지금까지 남성위주로 재산이 편중되어 있어서 이혼시 여성이 상대적으로 차별을 받은 것은 사실이다.

앞으로 형사책임 보다는 민사책임을 중시하여 정신적 손해배상과 자녀 양육비 등을 고려하여 위자료를 많이 산정할 필요가 있다.

재산분할청구권 등 대안 장치를 활용하자는 의견도 있지만 엄밀히 보면 별개의 제도이다. 오히려 연계시키는 것이 부당할 수 있다. 따라서 불법행위에 대한 적법한 배상(위자료)으로 해결하는 것이 타당하다.

#### 6. 결론: 논의의 발전 방향

법규범이라는 것은 사회적인 변화를 무시할 수는 없다. 따라서 사회적 공론화 통해서 입법적인 해결도 한 가지 방법이다. 현재 사회·윤리적 규범의식이 변화하고 있는 것은

사실이다. 징역형만 규정된 것을 벌금형을 두어 선택형으로 하자는 의견도 있다. 사회적 비난·규범침해성이 약화되고 있는 것을 반영하자는 취지로 보이기도 한다.

현재의 간통죄로 고소하려면 혼인을 해소하거나 이혼심판을 청구하여야 할 수 있도록 되어 있는 것이 오히려 모순이다. 따라서 간통죄로 고소하기 위해서는 이혼심판청구를 전제로 하는 것을 분리하는 것이 필요하다.

이혼을 하고 싶지 않고 간통죄로 처벌만을 원하는 배우자가 부득이 이혼심판청구를 하여야만 처벌을 요구할 수 있는 현행 형사소송법의 규정이 위헌가능성이 있다.

민법적인 혼인관계의 해소를 간통행위의 소추전제로 입법화 한 것은 논리적으로 맞지 않다. 민사책임과 형사책임은 별개이다. 당사자 간에 이혼을 하거나 하지 않거나는 완전히 사적자치의 부분이다. 민사소송에서 이혼을 다루지 않았거나 도중에 기각·취소되었다고 형사소송에서 간통을 다루지 못하는 것은 체계적으로 맞지 않다. 가정에서 처벌받고 재사회화된 배우자를 받아들일 수 있는 것이라면 더 나은 것이 아닌가. 다른 이혼사유가 있다고 반드시 이혼소송을 전제로 고소할 수 있는 것은 아니다.

한편으로는 간통한 자신의 배우자에 대한 처벌욕구도 있지만 자신의 배우자와 상간한 자의 반규범성이나 불법성에 대한 응징 내지 처벌욕구가 클 수도 있다.

결혼생활(부부생활)과 자녀가 생긴 가정생활 모두 예행연습이 없는 것이기 때문에 모두 낮 설은 길이다. 시행착오와 불일치가 있을 수밖에 없다. 앞서 살아본 부모들의 지혜와 경험을 잘 배워서 서로 신뢰하고 존중하고 협력하여 갈등과 위기를 지혜롭게 극복해 나가는 것이 좋겠다고 본다.

권성 전 헌법재판소 재판관은 간통죄 위헌의견을 제시한 분으로서 대안으로 “가정에서 올바르게 교육하고 학교에서 올바르게 교육하고 사회 분위기도 잘못된 행동을 하면 용서하지 않는 분위기가 형성되어 사회가 올바르게 서게 되면 간통죄가 자연히 줄어들 것입니다.”라고 하지만 그렇게 본다면 모든 범죄가 마찬가지 아닌가.

발제 의견은 3차례에 걸친 간통죄폐지에 대한 위헌심판과 헌법소원에 있어서의 헌법재판소의 의견을 잘 정리하고 찬반 논의에 대한 검토를 하였다.

우선 간통죄가 범죄행위인가에 대한 발제 의견은 헌법재판소의 견해를 원용하면서 ‘어떤 행위를 범죄로 규정하고 이를 어떻게 처벌할 것인가 하는 문제는 원칙적으로 입법자가 우리의 역사와 문화, 입법 당시의 시대적 상황과 국민 일반의 가치관내지 법감정, 범죄의 실태와 죄질 및 보호법익 그리고 범죄예방효과 등을 종합적으로 고려하여 결정하여야 할 국가의 입법정책에 관한 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야’라는 의견을 간통죄 문제에 적용 가능 할 수 있다고 하면서 발제자의 의견은 유보하고 있다.

가사실무에서 간통으로 인한 피해를 당한 배우자의 분노와 배신감은 차치하고라도 그로인한 자존감의 상실과 정신적 황폐화에 나아가 삶의 의욕을 잃고 심각한 정신적인 고통에서 헤어나지 못하는 경우를 흔히 본다. 한 평생 서로 상대방 배우자에 대하여 정조를 지키고 서로의 신뢰를 해하지 않기 위해서 노력해온 배우자로부터 배신을 당한 고통은 단순히 당해 부부들에 그치는 것이 아니라 이로 인한 가정불화와 혼인파탄까지 이른 파생효과는 자녀들에게까지 그 피해가 고스란히 떠넘겨진다는 사실이다.

나아가 정조의무를 우습게 아는 풍조는 결국 가정내에서 학습효과로서 자녀들에게 습득되어 외도하는 부모를 둔 자녀들의 상당수가 그 외도행위를 답습한다는 상담결과를 보면 결코 그 사회적 폐해를 가벼이 볼 것은 아니라고 본다.

두 번째로 간통죄는 성적 자기결정권 침해인가라는 주제에서는 간통행위로 인한 피해자가 상대 배우자 및 가족 구성원들이 될 것이고, 침해받게 되는 권리는 법적 혼인관계에서 지켜야할 의무를 침해함과 동시에 정신적 · 신체적 건강에 해를 주었다는 점에서 권리를 침해당했다 할 수 있다고 전제하고 있다.

발제의견은 그 침해당한 권리들이 형사처벌을 받아야 할 만큼 중대한 침해인가에 대해서도 헌법재판소의 결정내용을 원용해서 ‘성도덕’, ‘가정’의 유지라는 것은 시대에 따라 끊임없이 변화되는 것이며, 특히 성도덕을 특정 행위의 법적 판단기준으로 삼을 수 없고 사회구성원들에 의해 자율적으로 채택되고 판단될 문제라고 하면서, 간통은 성행위 그 자체를 넘어서 인간간의 애정에 근거한 성행위가 전제될 수 있기 때문에 법적

통제가 불가능한 영역이라는 결론을 내리고 있다.

그러나 헌법재판소의 다수의견과 같이 성적 자기결정권으로서의 권리보다 건전한 성도덕의 보호나 일부일처 혼인제도의 보호, 간통으로 발생하는 사회적 해악을 방지하기 하는 것이 더 큰 법익이라면 간통죄 처벌은 배우자에 대한 최소한의 예의와 정조의무에 대한 제재로서 성적 자기결정권을 제한 할 수도 있다고 본다.

발제의견에서는 통계자료를 원용하면서 최근 해를 거듭할수록 간통죄를 법에 호소하는 경향이 줄고 있고, 또 고소취소 등 형사절차과정에서 합의하는 경우 등이 반 이상의 비율을 차지하고 있음을 볼 때, 간통죄의 활용이 유일한 해결방법이 아닌 듯 보인다고 한다. 그러나 간통죄를 법에 호소하는 경향이 줄어들거나 형사절차과정에서 합의가 많은 것이 결코 간통죄 폐지의 근거가 되지 않는다고 본다.

우리의 사법현실에서 간통죄를 폐지해야한다는 분위기가 늘어가면서 간통죄로 고소를 하였다가 사법기관의 협조를 제대로 받지 못했다고 호소하는 의뢰인들의 이야기를 들어보면, 수사기관에서 간통죄를 이미 사문화된 법으로 취급을 하다보니 배우자가 불륜현장을 목격하고 신고를 하여도 출동하기를 꺼려하거나, 현행범이 분명한 불륜현장에 가셔도 강제연행보다는 임의동행을 요구하면서, 당사자가 완강히 부인을 하는 경우에는 정액채취등 증거수집을 한다든가 해서 증거를 확보하기 보다는 일단 부인하는 조서를 받고는 당사자를 귀가시킴으로서 증거를 인멸할 시간적 여유를 주는 것이 대부분이라고 한다. 이럴 경우에는 두 사람이 모텔에서 알몸으로 사진이 찍힌 자료가 있음에도 결국 증거불충분으로 무혐의처리되는 것이 일반적이다. 이와같이 간통죄가 폐지되어야 한다는 것을 전제로 사법기관에서 간통행위자에 대한 처벌의지를 보이지 않아서 간통죄 피해자가 고소를 해야 처벌이 어렵다는 판단에서 간통죄 고소가 줄어드는 것이 아닌가 한다. 나아가 형사절차과정에서 합의가 많은 것은 단순히 간통죄만이 아니라 친고죄의 속성상 당연한 것이라고 본다.

발제의견은 혼인계약의 파기에 대해서 손해배상책임은 엄격히 지워져야 한다고 하나, 현재 우리의 법집행과정에서 위자료는 최고 상한이 5,000만원을 넘지 못한다. 이러한 위자료의 실질적인 제한을 두고 있는 현실에서 무슨 수로 엄격한 손해배상책임을 지울 것 인지가 분명하지 않다. 더욱이 실무에서 간통죄로 구속이라도 되거나 그로 인해 명예에 치명적인 손상을 입을 경우가 아니면 재판실무에서 인정되는 이상의 위자료를 지급하겠다는 사례를 본 일이 없다.

나아가 간통죄를 단순히 민사적인 책임을 손해배상을 끝낸다면 돈이 있는 사람은 언제라도 상대방 배우자를 내쫓을 수있다는 극단적인 예가 생길 것이 우려된다. 이러한 무책임하고 몰염치한 사람들에게는 아직도 간통죄는 스스로 억제하지 못하는 배우자

에 성적 신뢰관계를 유지시켜 줄 수 있는 유일한 수단이 된다고 본다.

발제의견에서는 간통죄에 대한 일반예방기능의 효과를 대체할 수 있는 방안이 검토되어야 한다고 하면서 간통죄 처벌이 범죄억제효과가 없다고 한다. 일단 불륜행위를 상습적으로 저지르는 사람들의 속성을 보면 일종의 습관성 중독증세와 간통행위에 대한 별다른 죄책감을 느끼지 못하는 불감증이 있는 것으로 보인다. 따라서 이러한 상습 간통행위자에게는 보호처분으로서 일정한 교육이나 상담을 의무화하는 방안도 필요하다고 본다.

간통죄를 폐지하자는 의견에서도 간통죄 폐지가 간통의 자유를 이야기하는 것은 아니기 때문에 개인의 윤리교육을 강화시켜서 스스로의 자율에 맡기자는 주장을 하는 이도 있다. 그러나 무슨 수로 우리 법이 개인에게 윤리교육을 강제시킬 수 있는가. 일반 대학의 교양과목에서 윤리교육이 사라진지 오래고 수능에도 도덕과목은 없다. 심지어는 사법고시에서조차 윤리과목이 빠진지 오래다. 아마 윤리교육을 법으로 제정한다면 당장에 위헌제청이 들어올 것이 뻔하다.

나아가 간통죄가 상대방 배우자에게 금전적인 이익을 챙기는 타협의 수단으로 악용되고 있다는 주장도 있다. 물론 현실에서 그런 경우도 없지는 아니하다. 그러나 앞에서 언급한 바와같이 간통죄로 구속이라도 될 위기가 아닌한 간통사실내지 불륜사실이 인정된 경우에도 행위자가 피해배우자의 정신적 고통에 대해서 충분한 보상하겠다고 한 예를 보지 못했다.

이에 대해서 일부에서는 남자가 간통을 저지른 경우에는 경제력이 없는 여성들은 가정을 지키기 위해서 그냥 간통행위를 묵인하는 경우가 많지만 여성들이 간통을 저지른 경우에는 남자들은 이러한 여성들을 용서하고 받아들이지 않기 때문에 여성들에게 더 불리한 경우도 많다고 하는 주장을 하기도 한다. 그러나 간통죄가 과거와 같이 여성만을 처벌하는 것은 아니기 때문에 특별히 여성에게 불리한 것은 아니다. 남편이든 아내든 일단 혼인의 영속을 전제로 만들어진 가정에 대한 책임을 져야한다는 점에는 차이가 없다고 본다.

오히려 간통죄의 요건이 너무 엄격해서 가정을 파탄시키는 요인이 되기도 한다는 점은 동의한다. 우리 형법은 간통죄로 고소를 하기 위해서는 먼저 이혼이 전제될 것을 요구한다. 그러다 보니 남편의 간통행위만을 바로잡아 가정으로 복귀를 시키고 싶어도 이혼을 전제로 하다보니 아내들은 이혼을 할 각오를 하지 않으면 감히 간통죄의 고소를 하지 못한다. 이러한 불합리함을 바로 잡기 위해서는 간통죄의 고소요건에서 이혼이 전제가 되는 것을 개정 할 필요는 있다. 간통죄로 배우자를 고소한 사람과 어떻게 같이 사느냐는 주장도 있다. 그러나 가정폭력등 우리나라 법에는 배우자를 고소하도록

하는 것이 엄연히 존재하고 있다. 이러한 법들이 이혼을 전제로 하지는 않는다. 이들은 나름대로 가정을 온전히 지키기 위한 법들이기 때문이다.

## 가족사회학적 관점에서 본 간통죄 법적 논란

김 혜 영 (한국여성정책연구원 가족연구실장)

최근 간통죄 존폐논란은 개인의 성적자유성이 가족에 대한 사회적 가치와 통념에 우선할 수 있는 것인지와 함께 개인의 성을 둘러싼 상호적인 도리와 규범에 대한 국가권력의 개입이 과연 타당한 것인지에 대한 가치판단과 직결되어 있다고 본다. 그러나 이러한 질문의 상당부분은 무엇보다 결혼과 가족에 대한 개인의 기대와 사회적 규범은 무엇인가에서 시작되어야 한다고 본다. 그러하다면, 현대적 의미에서 결혼관계는 무엇에 기반 하는 것이며, 이에 직결되는 개인의 성, 사랑, 가족은 여전히 삼위일체인가 혹은 이에 대한 사회적 합의는 여전히 유효한가에 답할 필요가 있다. 이런 점에서 논자는 현대사회에서 개인간 긴밀한 유대방식으로서 결혼과 가족에 대한 의미변화를 통해 간통죄 존폐에 대한 실마리를 찾을 수 있을 것이라고 본다.

흔히 90년대 후반 이후 한국사회에서 벌어진 가족논쟁들은 최근 한국의 가족이 급격한 구조변동을 반영하는 것이다. 관점에 따라 최근 변화에 대한 해석은 각기 상이하지만, 적어도 최근의 가족변화는 보다 근본적이라는 점에 대해서는 대체로 동의하는 추세이다. 즉 현재의 가족변화는 무엇보다 신비한 가족이데올로기가 무장 해제되는 탈주술화의 과정으로서 기성의 가족가치와 구성 원리의 해체를 통해 가족은 무엇이었으며 무엇인가를 되묻는 구조변동이라는 것이다.

그러하다면, 현대사회에서 가족의 구성원리는 무엇인가? 주지하다시피 전통사회에서 한국의 가족은 도덕적 당위의 영역에 속해 있으면서 사회적 규범을 선도하는 초월적 지위를 부여받아 왔을 뿐만 아니라 가족은 개인의 결합을 넘어서 집안의 결합이자 사회적 결속과 연대의 토대로 작용해왔다. 또한 산업화, 도시화로 지칭되는 근대화의 급격한 변화 속에서도 개인을 보호하는 최적의 기제로 작용해 왔기에 가족은 가족의 강력한 유대라는 위용을 발휘하기도 하고 때로는 사회적 안녕보다 가족의 안녕이 더욱 우선시되는 도구적 가족주의의 양상을 보여주기 한 것이 사실이다.

전통사회에서의 가족은 남녀의 제도적 결합에 기반 한 혼인에서 출발하지만, 혼인은 어디까지나 가계계승이라는 집합적 목적을 위해 기능한 것일 뿐이라는 점에서 당사자간의 사랑이나 상호헌신에 기반한 성적 정결성은 일방적이거나 혹은 무시되는 것이었다. 즉 결혼은 가계계승의 주요 시발점임에도 불구하고 가문의 영속을 위한 도구적 목적의 기능이 보다 우선함에 따라 결혼관계에서 성은 목적을 실현하기 위한 수단으로서

만 인정받을 수 있었다. 따라서 자녀출산의 목적을 위해서는 혼인에 수반되는 성의 구속력은 여성에게만 적용되었을 뿐 남성에게는 상호헌신을 위한 성적배타성의 원리가 적용되지 않았던 것이다.

이에 비해 낭만적 사랑에 기반한 근대의 이상적인 결혼은 사랑에 의한 상호자발적인 성적 구속력과 헌신성에 좌우되어 왔고, 이러한 점에서 결혼관계는 어느 일방에 의한 성이나 사랑의 약속위반은 곧 그 관계의 해체로 이어지는 것으로 이해되어 왔다. 특히 현실적으로 본다면, 여성에 비해 사회적 권력과 부의 획득가능성이 높은 남성들의 경우에는 낭만적 사랑에 의존한 제도적 결혼이 갖는 매력요인이 위협받을 가능성이 높을 뿐만 아니라 가족책임의 회피를 위한 다양한 수단과 전략이 동원가능하다는 점에서 여성을 보호하기 위한 제도적 장치가 강구되었다고 본다. 남성생계부양자모델에 기초한 가족구조와 이에 근거한 법, 복지, 사회문화의 기조에서는 여성의 돌봄노동에 대한 가치가 제대로 평가받지 못하였다는 점에서 결혼관계의 해체는 곧 여성의 사회경제적 지위하락을 의미하는 것이라는 점에서 더욱 그러하다.

그러나 90년대 이후 한국사회는 정보화, 글로벌 사회를 모토로 더욱 빠른 사회문화적 변동을 수용함에 따라 가족에 대한 개인사회적 의식 또한 크게 변화하고 있다. 즉 현대 사회에서 결혼과 가족은 개인이 선택하는 라이프스타일의 하나일 뿐 더 이상 도덕적 규범이 작동되는 당위의 영역에 간혀있지 않는다. 욕구와 행복 추구가 고유한 개인의 정당한 권리로 인식됨에 따라 이제까지 개인의 애정관계를 지배해온 전통이나 규율, 행위지침은 무력화되고 있는 것이다. 따라서 이제는 가족구성에 있어 경제적 이유나 의무, 규범 등과 같은 외재적 압력에 의해서가 아니라 자발적인 의사에 따라 가족을 구성하고, 기성의 가족관계로부터 탈출을 스스로 결정해야 한다는 점에서 개인의 자율적 선택권의 확장과 함께 선택을 위한 스스로의 논거를 확보해야 하는 과제가 부여된 것이다. 동시에 일련의 선택과정의 하나에 불과한 현대사회의 결혼이나 가족관계는 새로운 긴장을 초래하는 것으로 전화되면서 결혼생활은 엄청난 노력과 정성을 요구하는 삶의 형식으로 전환하게 된다(백, 백-계륜샤임, 1999:21-33).

특히 한국사회에서 가족은 사회나 개인보다 더욱 중요시 되어왔기 때문에 비록 출발은 개인간의 약속에서 시작되었다 할지라도 결혼을 통한 가족구성은 개인간 결합 그 이상의 의미를 부여받았기에 여전히 전체로서의 가족 유지와 안녕에 대한 확고한 믿음과 사회적 기대가 유지되어 왔던 것이다. 그러나 개인의 선택에 좌우되는 현대가족은 바야흐로 가족 자체가 아니라 가족을 구성하는 개인의 욕구와 삶의 질에 더 많은 무게중심이 실리고 있다. 그러므로 가족원의 관계적 친밀성이나 소통은 집단으로서의 가족 안녕에 부차적으로 수반되는 것이 아니라 그것 자체가 가족구성의 고유한 목적이자 가



족생활의 중요한 콘텐츠로 부상하고 있다. 순수한 남녀관계는 각 개인에게 충분한 만족을 주는 한에서만 지속될 뿐, 두 사람 가운데 어느 한사람만의 의지에 의해서도 쉽게 깨질 수 있는 관계인 것이다. 관계의 지속성이 보장되지 않는 관계에서는 사랑이나 결혼을 선택한 개인들 스스로가 관계를 유지하고자 하는 의지와 헌신적인 노력을 기울이지 않을 경우 그 관계는 단절되기 십상이다(기든스, 1996). 그 결과 오늘날 순수한 남녀관계에 대한 열망에도 불구하고 현대인들은 사랑을 위해 결혼하고, 사랑을 위해 이혼을 선택하는 아이러니를 보여주는 것이.

그렇다면, 개인의 주관적인 의미부여와 평가가 결혼 및 가족관계의 지속성을 결정하는 이 시점에서 외재적으로 강제된 법규범에 통해 결혼관계와 가족이 유지될 수 있는 것인가? 이와 더불어 강간죄가 전제하는 것처럼 상호배타적인 성관계와 정절의무에 대해 전체 사회구성원들간의 합의는 유효한가? 육체적인 정절의무가 다른 어떠한 가족구성의 요건보다도 가족안정성에 우선적인 것인가? 이에 대한 답은 아마도 개별성원의 연령이나 계층적 지위, 결혼유무, 종교적 신념 등에 따라 각기 다양한 양상을 보여줄 것이다. 더욱이 성적 배타성을 약속한 남녀의 배타적 성관계를 유지하기 위한 강제적 장치로서 간통죄는 현대사회의 가족구성의 원리와는 충돌적인 것이 사실이다. 간통죄는 당사자간의 도리와 약속위반의 문제로서 그 관계를 유지할 것인가 아닌가는 전적으로 개인의 몫이다. 요컨대 개인 당사자간에 원만한 합의를 도출해야할 사안들, 예를 들면 결혼생활로 이루어진 공동의 재산이나 자녀양육의 문제에 관한 개인간 합의가 어려운 경우에는 사회적 개입이 허락되고 있다. 따라서 급속히 변화하는 가족현실에 비추어본다면, 오히려 이혼관련 법을 보완하는 것이 더욱 현실적인 것이지, 지극히 사적영역인 성인남녀의 성관계 부분을 고압적인 성도덕의 잣대로 형사 처벌하는 것은 상당한 무리가 따르는 것이다.

굳이 육체적인 이탈만을 문제 삼은 법 규정은 오히려 가족의 진정성을 왜곡할 수 있다. 예를 들면, 가족형태나 삶의 방식이 다양해진 현대사회에 특정의 가족형태에 이후 남녀 혹은 그들의 자녀는 이미 다른 이와 사랑 혹은 육체적 욕망을 수용하고 있는 그들의 배우자나 부 또는 모를 가족이라는 테두리에서 인정해야 하는가? 나아가 여전히 배우자의 눈에 발각되지 않는 한, 혹은 타인은 사랑하면서도 육체적으로만 결혼관계를 유지하는 부부관계에 대해서도 여전히 우리는 그들이 자녀생산과 사회화의 기능을 유지한다는 점에서 독특한 연대와 소속감에 기반 한 가족으로 인정해야 하는가를 자문해 볼 필요가 있다. 적어도 이에 대한 해답이나 사회적 합의는 간단하지 않다. 각자의 관점이나 위치에 따라 각기 다른 결론에 도달할 가능성이 높기 때문이다. 이는 과거와 같이 가족에 대한 단일한 규범이나 가족의 형태와 삶의 방식이 지배적이지 않음을 반

증하는 것이다. 따라서 가족을 유지하기 위해 혹은 가족을 구성하는 최소단위로서의 결혼관계에 수반되는 성규범의 수호라는 법 취지는 상당부분 약화된다. 더욱이 현대사회에서 개인의 욕망을 소비하는 시장의 영역은 더욱 더 확산되고 있음에 비추어 본다면 특정의 가해자와 피해자를 양산하는 강제적 법의 구속력에 의존하는 가족유지 방식은 기능적 효율성의 측면에서 대단히 회의적이다.

이런 점에서 본다면, 우리가 관심 가져야 할 부분은 오히려 가족에 대한 규범의 강제나 외재적 합의(예 간통죄)가 아니라 다양한 형태와 방식이지만 여전히 특별한 관계와 유대를 꿈꾸는 사람들에게 자신들만의 방식으로 평등한 친밀성을 획득하고, 소통적 관계를 유지할 수 있는 것인가에 방법과 자원을 제공하는 것이다. 나아가 결혼관계의 변화와 해체에도 불구하고 가족내에서 수행되어 왔던 돌봄이나 자녀양육의 기능을 온전히 수행할 수 있는 제도적 지원방식에 관한 논의로 확장되어야 할 것이다.