



간통 형사상 처벌

- 간통에 대해 윤리적인 정당성을 부여하는 사람은 거의 없다.
- 그러나 국가가 형벌권을 행사해 형사상 책임까지 묻는 것이 과연 정당한
- 가의 여부에 대한 논쟁은 시민자유권과 국가형벌권의 영역논쟁의 측면에
- 서 계속 제기돼 왔다.
- 간통죄 처벌규정의 존폐 여부를 두고 양쪽의 입장을 소개한다.

간통을 처벌해온 역사는 대단히 길다. 초기에는 가부장적 권위와 가문의 혈통 보호, 그 다음에는 기독교 특히 가톨릭의 영향을 받은 혼인의 신성성과 부부간의 정절의무가 주된 보호법적으로 해석되었다. 산업혁명에 따른 시민사회의 출현 이후 간통이 갖는 사회적 의미와 폐해가 일깨워져 오늘날에 이르러 간통죄는 바로 사회의 성도덕과 사회풍속을 해치는 범죄로 인정되었다. 우리 형법에 간통죄가 사회적 법익을 침해하는 죄로 분류된 것도 같은 맥락이다.

간통죄를 고소와 이혼, 구속과 위자료의 문제로 보는 것은 잘못된 시각이다. 그것은 본질이 아닌 외피이며 법운용의 문제일 뿐이다. 간통은 인간의 문제, 인생의 문제, 사회의 문제이다.

성적 자기결정권 오해

간통죄의 폐지를 주장하는 입장에서 제시되는 중요한 몇가지 논거와 그에 대한 나의 반론은 다음과 같다.

첫째, 간통죄의 존재는 성적 자기결정권에 대한 국가의 부당한 간섭이며, 현

간의 실수(?)라든가 주거침입·폭행·상해·모욕죄 등의 형사처벌을 받게 될 것이다. 이러한 결과가 인간적인 것이며 우리의 법감정에 일치하는 것인지는 의문이다. 간통에 대해 형법이 관여하는 것은 원시적 복수심의 충족이 아니라 바로 사회의 '공정한 분노'에 대한 합리적 해답이라고 나는 생각한다.

셋째, 간통은 윤리의 문제이며 형법의 과제가 아니라는 말도 있다. 이런 주장을 하는 사람들은 세계의 추세가 간통

간통죄의 존폐 문제를 이야기하기 전에 앞서 간통이 윤리적으로 정당한가의 문제와 간통에 대한 국가 형벌권 행사가 정당한가의 문제는 별개의 문제라는 점을 먼저 지적하고자 한다. 왜냐하면 간통죄 폐지론의 입장에는 마치 간통행위가 윤리적으로 비난받을 수 없으며 간통행위를 마음대로 할 수 있게 풀어주는 전제가 깔린 것처럼 오해를 살 여지가 있기 때문이다.

나는 분명히 간통행위는 도덕적·윤리

경우에만 처벌할 수 있도록 하고 있다.

특히 간통은 부부관계·애정문제 등 사생활에 관계되는 문제이므로 국가의 형벌권 개입은 자제되어야 한다. 이런 문제를 형사적으로 해결하려고 하는 것은 법률만능주의적 사고방식이다.

간통죄를 형사상 처벌하는 것이 타당하지 않은 다른 이유는 처벌에 따른 이익보다 그로 인한 폐단이 더 많다는 데 있다. 이는 실제 간통사건이 형사상의 문제로 되는 과정을 주목해 보면 쉽게 알 수 있다.

배우자의 간통사실을 알게된 경우 상대방에 대한 애정이 남아 있다면 간통사실에도 불구하고 혼인관계를 유지할 것이므로 형사문제가 되지 않으며, 그렇지 않다면 이를 이유로 이혼을 하게 되므로 형사상 문제에 이르지 않는다.

더이상 억제력도 없어

실제로 형사고소에까지 이르는 사례들을 보면 혼인관계가 파탄에 이르러 상대방에 대한 응징의 수단으로 간통행위를 고소하는 경우가 대부분이다.

결혼의 신성함 지키는 길

가정 깨지면 '행복추구'도 무의미

법이 보장한 개인의 행복추구권에 대한 제약이라고 한다. 그러나 이러한 견해는 독일 형법에 있는 성적 자기결정권이라는 개념을 잘못 받아들인 혐의가 짙다. 독일 형법에서의 성적 자기결정권은 피해자인 여성측의 입장에서 침해받지 않을 권리를 말하는 것이어서 부부관계를 넘어서는 자유로운 성관계 결정의 권리를 의미하지 않는다. 독일 형법은 이러한 성적 자기결정권 침해자에 대해 중벌을 규정하고 있다.

개인의 행복 추구권도 사회공동체의 맥락에서 파악되어야 할 개념이다.

사회풍속을 어지럽히고 한 가정을 치명적으로 파괴하며 부부의 일방에게 큰 상처를 주는 데도 그러한 행위를 성적 자기결정권·행복추구권의 행사라면서 권리를 인정하는 국가는 국가가 아니다.

복수아니라 공정한 분노

둘째, 간통죄의 적용은 인간의 원시적 복수심을 만족시킬 뿐이며 고소를 통한 가정의 파탄은 누구에게도 이롭지 않다는 주장도 있다. 그러나 고소 여부는 개인차이 문제일 뿐이다. 간통죄가 폐지된다면 현장을 목격한 배우자는 가장 신사·숙녀답게 그 자리를 떠나 조용히 이혼을 하거나 아니면 용서하여야 한다. 만약 참지 못하고 간통당사자들에게 악



이 수 성
〈서울대교수·법학〉

역행을 규정한 형법체계가 혼인당사자의 일방인 존귀한 인간으로부터 소중한 혼인의 신성과 자존심을 훼손하는 행위에 대해 윤리의 문제로 치부할 수는 없다.

'절제요구' 선언적 기치

서유럽·남미의 기독교정신과 비록 일부 다처제이지만 혼인의 신성을 강하게 보호하는 이슬람 국가에서는 형법 이전에 이미 종교적으로 간통을 범죄로서 단죄한다. 이들 국가에서는 간통 외의 성적 문란행위에 관하여 우리보다 훨씬 강력하고 상세하고 다양하게 그 형벌의 내용을 구축하고 있다. 한민족의 전통적 가치를 지킴에 있어 세계의 추세를 거론하는 것은 무의미하다. 법을 앞세워 전통가치를 깨뜨리는 것은 법의 본질에도 어긋난다. 간통죄의 존폐는 아직도 합치게 살아 있는 우리의 건전한 성도덕과 숭고한 절제력을 지켜주는 선언적 기치이다.

애정문제 법 적용은 잘못

응징 수단일뿐...윤리차원서 봐야

적으로 비난받아 마땅하다고 생각한다. 어떠한 계약이 체결되었을 때 당사자는 계약의 이행을 위해 성실히 노력해야 하듯이, 혼인의 경우에도 두 당사자는 혼인의 순결과 정조의 의무를 성실히 지켜나가야 한다고 생각하기 때문이다.

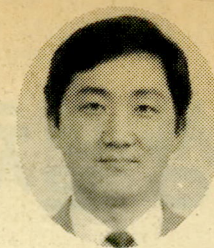
그러나 만약 이러한 의무를 어겼을 경우 민사상의 책임은 모르겠고 국가의 형벌권 개입에 의해 형사상 책임까지 지우는 것이 타당한가는 의문이다.

간통은 윤리적·도덕적으로 비난받을 수 있을지 몰라도 국가의 형벌권이 개입할 대상은 아니며 각각 별개의 문제로 보아야 한다고 본다.

간통죄를 형사상 처벌하는 것이 타당하지 않은 가장 기본적인 이유는 개인의 가정문제·애정문제에 대해서는 국가의 형벌권이 관여해서는 안된다는 데 있다. 왜냐하면 도덕적·윤리적으로 비난받을 수 있는 행위라도 그 모든 경우에 형사상 처벌을 하는 것은 아니며 국가의 형벌권이 개입하는 것은 예외적인 경우에 한정되어야 하기 때문이다.

법률만능주의 산물

예컨대 어떤 사람이 돈을 빌려간 뒤 어떤 사유로 갚지 못한 경우 법률은 민사상 책임을 묻는 것을 원칙으로 하고 형사상 책임은 예외적으로 사기죄 등의



김 진 국
〈변호사〉

간통죄가 폐지되면 간통이 증가하고 성도덕이 문란해질 것이므로 이에 대한 억제 수단으로서 간통죄가 필요하다는 견해가 있다. 그러나 간통죄에 대한 처벌규정이 있는 현재에도 여전히 간통은 행해지고 있다. 간통을 하지 않는 사람들은 간통죄에 대한 처벌규정을 두려워해서라기보다 개인적인 도덕성·성관념과 윤리적 비난

에 대한 두려움 때문에 억제하고 있다고 보는 것이 타당하다.

또 열등한 지위에 있는 여성을 보호하기 위한 제도적 장치로서 간통죄가 존재해야 한다는 주장도 있다.

민사상 처리로 충분

간통죄로 고소하고 협의사실이 인정되면 대부분 구속이 되어 합의가 되지 않는 한 실행선고를 받게 되고, 사회경제적으로 불리한 지위에 있는 여성이 구속상태에 있는 상대방으로부터 적정한 합의금을 받을 수 있게 되는 것은 사실이다. 그러나 이는 형식상 처벌에 의하지 않더라도 민사상 위자료 산정에 의해 충분히 해결될 수 있다.

간통한 배우자에 대한 인신구속과 사회적 비난 등 응징의 수단으로 전락하고 있는 것이 간통죄의 현실이라고 본다. 간통죄는 폐지되는 것이 시대의 조류에도 맞다.