

〈논문〉

포스트 간통죄 폐지: 드러난 성적 자유주의 담론과 문혀진 피해 배우자의 손해*

梁 鉉 娥**

요 약

2015년 2월 26일 대한민국의 헌법재판소는 간통죄(형법 제241조)에 대해 위헌결정을 내렸던바, 이 글은 간통죄 폐지 이후 혼외 성관계 문제를 다룸에 있어 정립되어야 할 사회적 가치와 법적 원칙을 모색하고자 한다. 형법상 간통죄를 폐지한다는 것이 우리 사회와 법이 혼외 성관계를 용인한다는 것을 의미하지 않기에 이제 형법이 폐지된 자리에 이 행위를 어떻게 개념하고 어떤 근거에서 위법성을 구성할 것인지 등에 대해 논의할 장이 새롭게 열린 셈이다. 그동안 헌법재판소는 수차례 간통죄의 위헌성 여부를 심사했지만 그 초점은 주로 헌법적 관점에서 ‘존치냐, 폐지냐’에 맞추어져 있었을 뿐 한국사회의 간통의 성격 내지 간통죄가 폐지될 경우 혼외 성관계에 대한 가치문제와 법적 대책에 대한 논의는 상대적으로 부족했다고 보인다. 이에 이 글은 법사회학적 방법과 젠더법학적 관점에서 한국사회의 간통행태에 대해 고찰해 보고 간통죄 폐지 이후의 부부간의 성성(sexuality)문제에 대한 대응 사유를 마련해 보고자 한다.

제2장에서는 간통의 실태와 이에 대한 사법처분이라는 사실적 측면을 논의한다. 간통의 실태는 2014년 한국여성정책연구원이 실시했던 경험조사를, 간통죄에 대한 형사처벌은 관련통계를 중심으로 살펴보았다. 역사적으로는, 현재 한국의 간통행위와 근대형법상 간통죄의 연역을 식민지 법적 지배에서 찾으면서 만연하면서도 음성적인 한국의 간통 현상을 포스트식민지성(postcoloniality)이라는 견지에서 해석한다. 또한, 간통행위와 간통죄의 외면적 젠더중립성에도 불구하고 여성들이 더 고통을 받아 온 ‘젠더적 현상’이라고 분석한다.

제3장에서는 본격적으로 간통죄 폐지 이후의 가치와 원칙의 탐색이라는 규범적 측면을 논의한다. 먼저 간통개념보다 온건한 ‘혼외 성관계’를 법적 개념으로 사용할 것을 제안한다. 또한 헌법재판소의 결정문들을 분석하면서, ‘성적 자기결정권’이라는

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2015년도 학술연구비 지원을 받았으며, 한국젠더법학회·한국여성정책연구원·국회미래여성가족포럼·국회성평등정책연구포럼·한국여성변호사회가 주최한 국회 ‘젠더와 입법 포럼’에서 발표된 발표문(2014. 4. 29)에 기초해 있음을 밝힙니다.

** 서울대학교 법과대학/법학대학원 교수.

자유주의적 가치가 전면에 등장하면서도 혼인과 성관계에 대한 개인(부부)간의 약정 내지 계약 개념은 찾아보기 어렵다고 지적한다. 이에 따라 간통죄의 폐지는 개인의 권리의 시각에서 정당화되는 한편, 간통죄가 지켜온 가치는 주로 일부일처제, 건전한 성도덕의 차원에 머물게 되면서 부부간 ‘관계’를 바라보는 가치론과 정의론은 상대적으로 공백상태로 남아 있다고 분석한다. 나아가 본 연구는 간통죄의 법담론이 지속적인 간통행위를 한 배우자를 둔 ‘피해 배우자’의 고통에 초점이 맞추어지지 않았음을 지적하면서 그 고통에 주목한다. 필자는 이들이 겪었을 고통은 ‘가정폭력’의 그것과 유사한 성격이라고 해석하고 그것은 일부일처제 유지, 건전한 성도덕의 유지와는 다른 고통으로 본다. 그럼에도 간통죄의 존재 이유를 ‘일부일처제 유지’ 내지 ‘건전한 성도덕’으로 표상해 온 것은 피해 배우자의 권리와 아픔을 제대로 이해할 수 없게 만들고 ‘언어의 부족’ 상태에 빠져 있게 하는 데 일조하였다. 이에 포스트 간통죄 폐지 시대의 중심적 법적 원칙은 배우자간의 관계의 ‘좋고 나쁨’이 아니라 ‘옳고 그름’이라는 정의의 원칙이 되어야 하고, 피해 배우자의 고통에 주목해야 하며, 혼인의 약정을 훼손하고 공동생활의 의무를 저버린 행위에 상응하는 배상이 피해 배우자에게 주어져야 한다. 이러한 때 성적 자기결정권을 추구하는 사회에서 발생할 수 있는 혼외 성관계에 대해 법이 최소한의 예방적 기능과 복원적 기능을 수행하게 될 것이다. 또한 법적 정의의 구현이 가족의 문턱에서 멈추지 않게 될 것이다.

주제어: 간통죄, 혼외 성관계, 헌법재판소, 성적 자기결정권, 젠더중립성, 피해 배우자, 식민지성, 포스트식민지성, 사적 영역, 혼인의 약정, 젠더 정의, 로빈 웨스트 (Robin West)

I. 여는 말

지난 2월 26일 헌법재판소의 간통죄에 대한 위헌 결정은 늦게 내려진 것이면서도 빨리 내려진 결정이다. 우리사회의 성문화와 젠더관계의 변화에 비추어 ‘간통(姦通)’이라는 범죄 개념이 시대에 뒤떨어진 면이 있다는 점에서 늦게 내려진 결정이라고 할 수 있지만 간통죄를 폐지하기 이전에 마련했어야 할 대책과 사회적 분위기가 아직 조성되지 않았다고 보이기에 이른 결정이다. 형법 제241조 간통죄는¹⁾ 1953년 제정된 대한민국 형법에 규정되어 그간 모두 다섯 차례의 위헌심사를

1) 관련조문: 형법 제241조(간통) ① 배우자 있는 자가 간통한 때에는 2년 이하의 징역에 처한다. 그와 상간한 자도 같다.

받았다.²⁾ 하지만 논란의 초점은 주로 ‘폐지냐 존치냐’라는 이분법에 있었을 뿐, 간통죄 폐지 이후 어떤 가치 내지 원칙에 의해 이 ‘행위’를 개념하고 이에 대한 청산을 도모할 것인지에 대한 논의는 상대적으로 미약했다고 평가한다. 형법상 간통죄가 폐지되었다는 것이 간통 행위를 우리 사회와 법이 허용한다는 것을 의미하지 않기에 이제 형법이 폐지된 자리에 그 행위를 어떻게 개념하고 어떤 근거에서 그 위법성을 구성할 것인지 등에 대해 논의할 장이 새롭게 열린 셈이다. 이러한 관찰 위에서 이 논문은 간통죄 폐지 이후에 수립해야 할 사회적 가치와 법적 원칙에 대해 성찰해 보고자 한다. 여기서 원칙이란 실천적인 관심과 유리되지 않은 채, 특정한 대책이나 제도의 마련보다 선행해야 할 가치에 관한 것이다. 이 글은 간통죄가 없어진 시대이자 간통죄가 존재하는 시대의 효과가 지속되고 변형될 것으로 전망되는 “포스트(post) 간통죄 폐지 시대”를 어떠한 가치론을 가지고 대응해야 할 것인가라는 고민 위에 서 있다.

이와 같은 논의를 함에 있어서 법적 정합성뿐 아니라 일반시민들이 가지는 가족과 성성(sexuality)³⁾ 관념과 같은 사회적 정합성도 중요할 것이다. 간통의 문제는 일반인들의 성성관념과 가족관념, 부부관계의 윤리, 나아가 이혼과 가족정책 등 광범한 영역에 함의를 가진다고 보이기 때문이다. 이 점에서 이 글에서는 한국의 간통현상의 성격에 대해서도 개괄적으로 고찰해 보고자 한다. 또한, 간통이 부부 내지 남녀간 성관계 문제를 포함하는 것이기에 젠더간의 권력관계라는 차원을 수반한다는 점에서 젠더법학적인 조명이 필요한 주제라고 생각한다. 이어지는 글에서는 간통과 간통죄의 실태를 법과 사회의 역동성의 시각에서 살펴보고(II장), 간통

② 전항의 죄는 배우자의 고소가 있어야 논한다. 단 배우자가 간통을 중용 또는 유서한 때에는 고소할 수 없다.

형사소송법 제229조(배우자의 고소) ① 형법 제241조의 경우에는 혼인이 해소되거나 이혼소송을 제기한 후가 아니면 고소할 수 없다.

② 전항의 경우에 다시 혼인을 하거나 이혼소송을 취하면 때에는 고소는 취소된 것으로 간주한다.

2) * 헌법재판소 1990. 9. 10. 선고 89헌마82 결정, 6:3 합헌(이하 제1차 사건) * 1993. 3. 11. 선고 90헌가70, 6:3 합헌(이하 제2차 사건) * 2001. 10. 25. 선고 2000헌바60, 8:1 합헌(이하 제3차 사건) * 2008. 10. 30. 선고 2007헌가17등, 4:5 합헌(이하 제4차 사건) * 2015. 2. 26. 선고 2009헌바17, 7:2 위헌(이하 제5차 사건).

3) 우리말에서는 성(性)이라는 한 음절의 개념으로 영어권의 젠더(gender; 사회적 성별성), 섹스(sex; 생물학적 성별성), 성성(sexuality; 성적 욕망에 대한 개인적이고 사회적인 특성)과 같이 세 개념을 포괄적으로 때론 혼돈스럽게 지시하곤 한다. 이 글에서는 각 개념의 차이를 의식하여 ‘성성’이라는 개념으로 성적 욕망의 영역을 지칭할 것이다.

죄에 대한 법적 담론을 분석함으로써 간통죄 폐지 이후의 대안적 가치와 원칙을 정립하는 데 일조하고자 한다(III장).

II. 법과 사회의 측면에서 본 간통죄

본 장에서는 사실적 측면에서 간통죄의 형사처벌의 경향 및 간통의 실태와 사회적 인식에 대해 살펴보고자 한다.

1. 형사처벌의 실효성 문제

헌법재판소의 심리에서 간통죄 형사처벌의 실효성이 감소하고 있다는 점이 간통죄의 폐지의 근거 중 하나로 제시되었다. 실제로 최근의 형사통계를 볼 때, 실정법으로서의 간통죄의 실효성이 크게 감소했다는 점을 부정하기 어렵다. 1994년 16,175건이었던 간통죄 형사고소 건수가 2010년도에는 3,961건이 되어 16년 만에 약 1/4로 감소했다. 또한 고소건수에 대한 검찰의 기소율도 1994년 25.5%에서 2011년 이후 20% 이하로 감소하였다.⁴⁾ 형사기소율의 평균이 24.6% 정도인 점을 감안할 때 간통죄 기소율이 평균에 미치지 못한다는 것을 알 수 있다. 이 수치에는 고소권자의 고소 취소로 인한 불기소 처분도 주요하게 작용한다.⁵⁾ 나아가, 2012년 간통죄 기소 853건 중에 구속건수는 단 4건, 즉 0.5%에 불과했다.⁶⁾ 요컨대, 간통에 대한 고소가 감소하고 수사와 재판 과정에서 다시 혼인하거나 이혼소송취하로 고소가 취소되는 사례가 많아졌고 수사는 원칙적으로 불구속으로 진행되며 유죄의 경우에도 대부분 집행유예가 선고되고 있다. 이처럼 간통죄에 대한 시민들의 고소와 사법부의 처벌이 모두 약화되어 온 추세가 나타난다.

이와 같은 추세를 어떻게 해석할 것인가. 이런 흐름은 시민들의 간통에 대한 인식 변화를 온전히 나타내는 것일까. 이명숙 변호사는 이러한 추세를 사법실무의

4) 대검찰청, 2013 검찰연감, <통계>, 704면 등; 한국여성정책연구원, 여성·가족 관련 법제의 실효성 제고를 위한 연구(II): 간통죄에 대한 심층분석, 박선영·송효진·구미영·김정혜·유혜경, 연구보고서 16-1 (2014), 73면.

5) 대검찰청, 2014 범죄분석, <범죄자 처분결과>, 428면(2014).

6) 한국여성정책연구원, 상계보고서, 73면.

맥락 속에서 진단하고 있다.)⁷⁾ 그에 따르면 2000년대, 특히 IMF 이전까지만 해도 간통 현장을 목격하여 고소하면 구속수사가 이루어졌고, 실형이 선고되면 그것은 이혼소송시 위자료 및 재산분할에서 절대적으로 유리한 지위를 점하였고 이혼협상이 조속히 타결될 수 있다는 등식이 어느 정도 유지될 수 있었다. 하지만 IMF 이후에는 간통고소가 있어도 불구속수사가 이루어지고 유죄판결이 난 경우에도 집행유예가 원칙이 됨으로써 이런 등식이 무너지게 되었다는 것이다. 단지 예외적으로만 구속과 실형선고가 이루어지면서 배우자의 부정한 행위를 고소하더라도 이혼소송에 실익이 거의 없다는 판단에서 “구차하고 수고까지 감내해야 하는” 간통고소를 자제하는 경향이 나타난다는 것이다. 이외에도 날이 갈수록 더해지는 간통 배우자들의 치밀성, 자녀에게 미칠 영향 등이 간통죄 고소를 억제하는 또 다른 요소라고 지적된다.⁸⁾ 이렇게 본다면, 형사처벌의 실효성의 감소현상이란 처벌 당국인 경찰과 검찰이 세우 놓은 불구속 수사의 원칙이나 법원의 집행유예 등과 같은 형의 집행에서 이미 그 원인을 제공하고 있다고 할 수 있다. 즉 형사처벌의 실효성의 감소는 간통죄의 존재 이유와 처벌방식 등에 회의감을 가진 수사당국과 사법부의 태도에 이미 기인하고 있다고 할 수 있다. 여기에는 네 번에 걸친 헌법재판소의 간통죄 위헌심사에서 위헌의견이 증가해 온 점, 또한 법무부도 간통죄 폐지의 입장을 가져온 것 등이 복합적으로 영향을 미쳤을 것이라고 추정된다.⁹⁾ 이런 의미에서 헌법재판소와 사법당국에서 말하는 “형사처벌의 실효성 약화”라는 테제는 사법부 스스로가 정한 방향성에 의해서 자초한 측면이 있으므로 법의 실효성을 단지 사회적 흐름에서만 기인한 것처럼 묘사하는 것은 적절하지 않다고 본다.

7) 이명숙, “간통죄와 이혼소송 실태”, **혼인, 섹슈얼리티와 법**, 양현아·김용화 편, 서울대학교 법학연구소 공익인권법센터·한국젠더법학회(경인문화사, 2011), 122-124면.

8) 이명숙, 상계논문, 123면.

9) 특히 2008년 10월 30일 내려진 제4차 간통죄 합헌 결정에서는 위헌의견이 합헌의견보다 다수에 이르렀다(4:5 결정). 또한 1980년대 법무부에서는 간통죄의 폐지입법을 시도했다. 1980년대부터 법무부는 간통죄의 폐지 의견을 가지고 있었다. 1985년 형사법 개정특별위원회 소위원회에서 간통죄 폐지 의견을 모았고, 1989년 법무부 형법개정소위원회에서 8:2로 간통죄 폐지를 결정하였으나 1990년 헌법재판소에서 간통죄에 대해 합헌 결정을 내리자 폐지의견을 철회하되, 벌금형을 추가하는 것으로 변경하였다. 1992년 입법 예고된 형법 개정안에는 다시 간통죄를 삭제하는 안을 내놓았으나 간통죄의 폐지가 시기상조라는 문제제기가 있었다. 이에 법무부가 최종확정한 개정안은 간통죄를 존치하되 법정형을 1년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금으로 수정하는 것이었다. 그러나 동 개정안 역시 입법화되지 못하였다. 이후 2010년 형사법개정 특별분과위원회가 다시 간통죄 폐지 의견을 내놓았지만 반영되지 않았다(한국여성정책연구원, 상계 보고서).

간통에 대한 시민의 법의식이라는 것도 자생적인 변수가 아니라 앞서 본 사법당국의 구체적인 처분과의 상호작용 속에서 형성되지 않을 수 없을 것이다.

한편, 2014년 한국여성정책연구원이 실시한 간통죄에 대한 의식조사에서도 간통 처분에 대한 시민들의 의견에서 형사처벌을 원치 않는다는 입장이 지배적인 것으로 나타났다.¹⁰⁾ ‘합의에 의한 성관계를 처벌하는 것’은 옳지 않다는 의견이 다수였다.¹¹⁾ 간통에 대한 징역형이 적절하다는 입장은 36.6%에 불과했고, 징역형으로 처벌하는 것이 적절하지 않다는 답변을 한 응답자가 63.4%에 달했다. 반대의견 중 국가가 간통문제에 개입해서는 안 된다는 의견도 8.9%를 차지하였다.¹²⁾ 하지만 ‘자신의 배우자’의 간통에 대해서는 관용하지 않는 태도가 뚜렷하게 나타났다. 자신의 배우자가 간통을 할 경우, 참지 않고 헤어지겠다는 의견이 다수를 이루었다. 일회성 간통인 경우에도 헤어지겠다는 응답이 57.5%로 절반을 넘어섰다. 가장 많은 답변은 ‘고소하지 않고 헤어지겠다’는 의견으로 전체 응답자의 40.1%였고, 그 다음으로 ‘간통죄로 고소하겠다는 위협만 하고 마음을 돌려 같이 살겠다’는 응답이 25.9%로 나타났다. 또한 다른 이성과 몇 차례 호감을 갖고 만나다가 성관계를 한 경우에는 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.¹³⁾

이상의 결과는 1991년의 연구와¹⁴⁾ 비교해 보아도 흥미롭다. 무엇보다 1991년 연

10) 한국여성정책연구원은 2014. 6. 24.-27. 동안 전국 만 19세 이상 남녀 2,000명을 대상으로 간통죄에 대한 인터넷 패널조사를 실시하였다. 대상자는 지역, 연령, 성별로 2014년 6월 기준 주민등록 인구통계에 따라 지역별, 성별, 연령별 인구비례로 할당하여 무작위 추출하였다. 위의 내용은 상계보고서, 56-58면.

11) 필자는 간통을 ‘합의성교’라고 부르는 것에 대해 의문을 가지고 있다. 폭력적 성교와 비교하여 합의성교라고 할 수도 있겠으나 이런 호명은 그 성교의 주체 중 한 사람 또는 두 사람의 배우자와의 합의 여부에 대해서는 고려하고 있지 않아서이다. 이런 생각은 간통행위를 2자가 아닌 3자(내지 네 명)가 관계된 행위로 보는 것인데 이에 대해서는 이하 논의 참고. 참고로 성매매에도 성인간의 ‘합의성교’라는 개념이 사용되고 있다.

12) 징역형 외의 선호된 규제방식은 이혼시 위자료·양육권 등에서 불이익을 주는 방법(27.0%), 손해배상(22.5%), 벌금형(5.1%) 순으로 나타났다.

13) 여기서 간통죄로 고소하지 않겠다는 의견이 간통과 같은 행위에 형사고소를 할 필요성을 느끼지 못해서인지 아니면 형사고소를 해 봐야 별 이득이 없다고 인식해서인지 아니면 양자 모두에 기인한 것인지 구분해서 해석해야 할 것이다. 후자의 이유라면 그것은 앞서 본 사법당국의 소극적 태도에 기인하는 인식이므로 어떤 현상의 결과를 원인으로 잘못 해석하는 착오를 범할 수 있다.

14) 심영희 외, **간통의 실태 및 의식에 관한 연구**(형사정책연구원, 1991).

구에 비해 2014년 연구에서는 자신의 배우자의 간통에 대한 허용도(용인도)가 남녀 모두에게서 두드러지게 낮아졌다. 간통행위에 대한 직접·간접적인 체험이 증가하고 간통이 일어날 수 있는 일이라는 인식은 크게 증가한 반면, 자신의 배우자의 간통에 대해서는 과거에 비하여 참지 않겠다는 것이 지배적인 태도로 되었다. 이는 주로 남편의 혼외관계를 묵과할 수밖에 없었던 과거의 기혼여성과 비교할 때, 현재의 기혼여성의 지위와 인식이 변화하였다는 점을 반영하는 것으로 해석할 수도 있다.¹⁵⁾ 또한 간통행위에 대한 허용도에 있어서¹⁶⁾ 성별에 따른 이중적 성윤리가 존재한다고 보고하고 있다. 즉, 여성의 간통보다는 남성의 간통을 더 수용하는 태도가 나타났고, 이러한 태도는 남성 응답자에게서 더 많이 나타났다는 것이다. 여성 응답자는 간통주체가 남성이나 여성이냐에 따라 의견 차이가 적은 반면 남성 응답자는 남편의 간통과 아내의 간통에 대한 허용도에 뚜렷한 차이를 나타내면서, 남성의 간통 행위에 대해 관대한 경향을 보여주었다.¹⁷⁾

이상과 같이 간통죄의 실효성 문제는 간통죄 고소가 당사자들에게 크게 도움이 되지 않는 방향으로 법집행 자체가 부분적으로 원인을 제공해 왔다고 진단한다. 물론 부부간의 성문제에 형사처벌을 하는 것에 대해 한국인들의 태도가 회의적으로 변화해 왔음도 발견할 수 있다. 전반적으로 부부간의 성 문제에 있어서 억압적인(repressive) 형사처벌이 사라진 자리에 복원적인(restitutive) 조치들을 마련해야 할 필요성을 발견할 수 있다.¹⁸⁾ 이제 간통죄가 폐지됨에 따라 “위협용”으로라도 활용되던 간통죄 규정을 대신할 대책이 빈 자리로 남아 있다.

2. 간통에 대한 경험조사

그렇다면 한국인들의 실제 간통 경험은 어떠할까. 간통은 실정법과 사회규범을

15) 한국여성정책연구원, 상계보고서, 54면.

16) 간통에 대한 허용도 측정은 “부부관계가 원만한 경우”, “부부관계가 원만하지 않고 애정이 없는 경우”, “별거중이고 이혼을 생각하는 경우”로 나눈 다음 “경우에 따라서는 용납할 수 있다”와 “어떤 경우든 용납할 수 없다”라는 두 가지 태도 중 하나를 선택하도록 하였다(자세한 내용은 한국여성정책연구원, 상계 보고서, 48-53면).

17) 한국여성정책연구원, 상계보고서, 50면.

18) 뒤르켐(E. Durkheim)은 근대성이 진전됨에 따라 한 사회의 지배적인 법형태가 처벌적인 법이 아니라 복원적인 법으로 이행할 것으로 전망하였다. 법의 주된 형태가 형사법에서 민사법으로 전환된다는 것이다. 이는 또한 근대법이 종교적, 도덕적 기능에서 세속적, 합리적 기능으로 이행함을 의미한다(Emile Durkheim, W.D. Halls, trans., *The Division of Labor in A Society*, New York: The Free Press, 1984 (1893)). 이러한 뒤르켐의 사회학적 진단이 오늘날 형법의 ‘탈도덕화’ 테제와 궤를 같이 한다는 점은 흥미롭다.

위반하는 행위이므로 진실을 조사하기가 용이하지 않을 뿐더러 개인의 내밀한 경험이어서 실체에 다가가기도 쉽지 않은 사안이다. 실제로 한국에서 간통에 대한 사회과학적 조사가 별반 이루어지지 않는 것은 몇 안 되는 경험조사(empirical research)를 통해 진실에 대한 근사치는 얻을 수 있을 것이다. 2014년 한국여성정책연구원이 행한 경험조사 결과를 살펴보면,¹⁹⁾ 법률혼 상태인 유배우 응답자 중 남성의 36.9%, 여성의 6.5%가 본인의 혼인 중에 간통 경험이 있다고 응답했던 반면, 혼인 전에 배우자 있는 이성과의 성관계 경험을 보고한 응답자는 남성의 20.0%, 여성의 11.4%로 나타났다. 이 조사에서는 성매매 경험을 배제하지 않았기 때문에, 한국남성들의 광범위한 성매매 경험을 고려할 때, 성매매 경험 포함은 남성의 간통 경험율을 높이는 데 일조했을 것으로 추정한다.²⁰⁾

이상의 간통 경험에 대한 연구결과는 다음과 같은 특징으로 요약할 수 있다: i) 남성의 간통 경험이 여성의 그것보다 혼인지위를 떠나서 훨씬 더 많다는 것을 알 수 있다. 기혼자의 경우 약 5.5배, 미혼자의 경우 약 1.8배 남성이 여성보다 간통 경험이 많다. ii) 여성의 간통 경험은 배우자가 없는 상태에서 기혼남성과 이루어진 경우가 많은 반면, 남성의 간통은 본인의 유배우 상태에서 이루어지는 경우가 많다는 것을 알 수 있다. 즉 여성은 혼인 전이나 (실질적) 혼인 해소 후에 간통행위가 혼인 중의 간통보다 더 많았던 반면, 남성은 혼인 중의 간통이 혼인 전이나 (실질적) 혼인 해소 후보다 더 빈번하다는 점이다. iii) 이러한 수치는 간통행위라는 것이 남녀 두 사람으로 이루어지는 것이며 처벌 역시 쌍벌죄임에도 불구하고 간통이 젠더(성별)에 따라 상이한 의미와 효과를 갖는 현상임을 시사한다. 앞서 간통에 대한 인식에서도 남성의 간통행위가 여성의 것보다 더 많이 용인되고, 남성이 여성보다 남성의 간통행위를 더 용인하는 경향성도 이러한 현상의 한 측면을 보여준다.

3. 법과 규범의 관계

형벌의 기능은 일반적으로 특별예방적 기능과 일반예방적 기능으로 말해진다.²¹⁾ 전자가 범죄 행위자 자신에게 영향을 가하여 앞으로 다시 범죄인이 되지 않고 정

19) 한국여성정책연구원, 전계보고서, 46-48면.

20) 참고로 1991년에 행해진 심영희 외의 연구에서는 응답자 1,200명 중 10.8%가 간통 경험이 있다고 응답한 바 있다. 이렇게 20여 년의 시차를 두고 한국인들의 간통 경험이 크게 증가했다. 하지만 1991년 조사에서는 성매매를 제외한 간통 경험을 질문한 반면, 2014년 조사에서는 성매매 여부에 대해서는 별도로 분류하지 않았다.

21) 신동운, **형법총론**(법문사, 2001), 7-8면.

상인으로 살 수 있도록 하는 데 형벌의 목적을 구하는 견해라면, 후자는 범죄행위자를 처벌함으로써 범공동체 구성원들에게 범죄행위를 단념하도록 경각심을 불러 일으키는 점에 형벌의 목적이 있다고 하는 견해이다. 특히 후자는 일반시민들에게 법을 위반하면 반드시 처벌된다는 확신을 심어주는 기능으로서 형벌이 가진 대화회적인 기능이라고 할 수 있다. 앞서의 간통죄 처벌경향을 볼 때, 본 규정이 제정된 1950년대 이후에 처벌기능을 상당히 해 왔다고 할지라도 2000년대에 들어서 처벌의 그 기능이 현저히 약화되었다고 할 수 있다.²²⁾ 고소건수와 기소율이 감소했을 뿐더러 실제 처벌건수도 미미해졌다. 하지만 앞에서 논의한 것처럼 고소의 감소현상 등을 두고 간통죄 규정의 법적 실효성이 약화되었다고 곧장 진단하는 것은 평면적이고 목적론적인 해석일 수 있다.

현대의 복합적 사회체계 속에서 교통·통신·기술·행정 기능 등 사회규범을 다루는 기능과는 상대적으로 거리가 있는 분야의 법규들이 증대일로에 있다. 이와 함께, (형)법의 ‘탈도덕화’ 현상을 말하는 논의가 무성하다. 하지만 이런 분야의 법규가 온전히 ‘탈도덕적인’ 것인지도 의문이지만 여전히 사회규범과 관계된 법체계는 방대한 것으로 보인다. 특히 성매매, 가정폭력, 성희롱 등 남성과 여성의 성성 및 관계를 다루는 법률들은, 때로는 모호하고 남녀에 따라 이중적으로 존재하는 사회규범들을 명확하게 하는 규범을 안정시키고 명확하게 하는 기능을 지대하게 수행해 왔다. 성희롱 입법은 한국에서 대표적으로 법이 규범을 선도해 간 경우라 할 수 있다. 성희롱은 어떤 행위를 성희롱이라고 부를지도 불분명했던 사회에서 사람들의 경험을 재해석하게 했고 새로운 규범을 형성하게 하였다.²³⁾ 이에 따라 이러한 젠더 입법이 설사 처벌수단으로서 그 실효성이 크지 않다고 할지라도 사회적으로는 매우 유효한 교육과 규제 기능을 수행해 왔다. 이 점은 역설적으로 낙태죄를 살펴볼 때 보다 분명해진다. 낙태죄의 실제 기소와 처벌이 극히 예외적으로만 이루어짐에도 불구하고 우리 법원과 헌법재판소는 낙태죄 법규정이 가지는 의의를 분명하게 발언해 왔다.²⁴⁾ 무엇보다도 태아의 생명권이 여성의 자기결정권

22) 2000년도 간통사건 처리수가 1,2762건이었고 2008년도에 감소하긴 했지만 5,346건을 나타낸다는 점에서 그 실효성이 없어졌다고 단정하기는 어렵다는 의견이 있다(이명숙, 전개논문, 122면).

23) 한편, 성희롱에 있어 ‘너무 많은 법제화’를 우려하는 글로는 홍성수, “성희롱에 대한 법적 규제와 여성주체의 문제: 하버마스과 포스트모더니즘의 비판”, **법철학연구**, 제12권 제2호(2009), 203-226면 참고.

24) 헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2010헌바402 결정(형법 제270조 제1항 위헌소원).

과 운명결정권이라는 논거에도 불구하고 물러설 수 없는 가치였기 때문일 것이다. 이러한 사례들에 비추어 볼 때, 적어도 한국에서 (형)법과 사회규범 내지 도덕과의 관계는 ‘탈도덕화’ 테제로 요약하기 어려운 상호작용의 관계를 가지고 있다. 법과 규범의 관계는 단지 ‘너무 많은 법제화’ 혹은 ‘너무 적은 법제화’라는 법과 규범 간의 2차원적 문제가 아니라 이에 더해 역사성과 젠더, 계층, 지역 등과 같은 사회권력 관계가 작동하는 다차원적 문제라고 생각한다.²⁵⁾

관련하여, 형법의 규율대상은 단순히 특정 행위의 부도덕성이 아니라 법익 위해의 사회적 위해성이라는 지적은 경청할 만하다. 형법은 시민들을 도덕적으로 훈육하기 위한 도덕법전이 되어서는 아니되고 사회적으로 공분(公憤)을 불러일으킬 만한 행위 내지 그 행위를 통해 제3자의 권리를 침해하는 ‘사회윤리적’ 성격을 가지고 있다는 것이다. 이런 인식 위에서 형법과 도덕은 그 효력과 체계에서는 형식적 차이가 있지만 내용적으로는 서로 밀접한 연관성을 가질 수밖에 없다는 도덕과 형법간의 절충론이²⁶⁾ 설득력이 있다고 보인다. 이 입장에 따르면, 굳이 법률로 처벌하지 않는다 할지라도 법이 가지는 도덕형성력이라는 기능이 막대하다는 것이다.²⁷⁾ 이러한 견해에서 사회적 위해성이라는 표현은 다소 모호하지만, 법이 가지는 사회윤리적 성격에 대한 강조는 중요하다고 본다.²⁸⁾ 즉, 사회적 공분이라는 공감대가 법의 예방적 효과의 기초를 제공하면서 법은 다시 그러한 공분의 ‘감각’을 형성하는 데 결정적 역할을 한다고 해석할 수 있다. 이러한 견해를 간통의 법과 사회의 교류에 적용해 본다면, 간통에 대한 민사적 제재만이 남았다는 사실은 문제되는 행위에 대한 위법성은 다소 가벼워졌다는 것을 뜻하지만, 다른 한편, 개인과 사회가 그 행위를 바라보는 사회규범은 한층 더 중요해진 시점이 되었다는 것을 의미한다. 여하한 법의 집행이라도 그것은 사회규범 위에서만 정당성의 기초를 가질 것이기 때문이다.

그런데 한국사회의 부부간 성성의 문제에 대한 공동체 규범은 과연 어떤 것일까.

25) 유사한 견해로는 김정오, **한국의 법문화 - 인식구조 변화**(나남신서, 2006), 특히 181-204면 참고.

26) 김일수, “간통의 존폐논의에 비추어 본 현재의 형법질서관”, **헌법논총**, 제19집(2008), 296면.

27) 김일수, 상계논문, 297면, 303면

28) 특히 한국과 같이 식민지적 상황에서 외국법을 계수하고 이후 짧은 시간 동안 급속한 근대화를 경험한 사회에서 법과 규범, 법과 도덕, 법과 일상생활간의 긴밀한 교감은 여전히, 말할 수 없이, 중요한 과제라고 보인다. 이에 한국에서 법의 제정뿐 아니라 법의 해석에 있어서도 법해석학 못지않게 법사회학적 접근이 필요하다.

앞서 의식조사의 결과를 참고할 때 그 규범이란 그렇게 명확한 상태인 것 같지 않다. 먼저, 여성들에게 요청되는 정도로 남성들에게 부부간의 정조(貞操), 성적 순결 혹은 충성도에 대한 기대가 높지 않아 보인다. 1991년의 조사에서도 남성과 여성을 분리해서 살펴보면 남성 대상자 545명 중 110명인 20.2%가 간통 경험이 있다고 한 반면, 여성 대상자 654명의 2.9%인 19명만이 간통 경험이 있다고 응답했다. 1991년 조사에서 남성이 여성의 간통 경험의 5.8배였는데 이는 2014년 기혼자의 간통 경험의 성비와 묘하게 유사하다. 단지 빙산의 일각이라고 생각되지만 그 빈도 수뿐 아니라 혼외 성관계의 성격에서 볼 때 성별간 차이가 나타나서 혼인관계 중에 남성이 혼외 성관계를 맺는 경우가 여성의 해당 행위에 비해 압도적으로 많았다. 강준만 교수는 미디어 분석을 토대로 하여 1990년 말부터 2000년대의 TV 드라마에서 불륜을 소재로 한 드라마가 전체의 65%라고 하면서, 한국사회를 “불륜 전성시대”라고 진단하였다.²⁹⁾ 물론 여기서의 불륜은 외면적으로 남녀 모두가 참여하는 세계이지만, 그것은 현저하게 “남성의 세계”가 아닐까 추정된다. 남성이 주고객인 유흥업소가 우리사회에 광범위하게 퍼져있고 여성의 성은 널리 상품화되어 있다는 것은 주지의 사실이고, 군대문화 또는 접대문화에서 섹슈얼리티를 매개로 한 형제애(fraternity)도 건재하기 때문이다. 교육적으로도 일부 종교적 담론을 제외하고는 한국은 남성의 성적 순결에 대한 공동체 규범이 형성되어 있다고 하기 어렵다.

앞서 간통에 대한 태도에서 볼 때, 우리사회의 구성원들은 간통이란 일어날 수 있는 현상이라는 것을 인정하면서도 그것이 자신의 배우자의 일이 된다면 헤어질 각오로 단호히 대처하겠다는 태도가 나타났다. 법사회학적 견지에서 볼 때, 이러한 연구결과는 한국인들이 가진 간통에 대한 이중적 태도를 나타낸다. 먼저, 자신의 배우자의 간통행위에 대해서는 단호하게 대처하겠다는 규범적 태도가 사회적 현상으로서의 간통행위에서는 일관되게 발현되고 있지 않다. 한편으로는, 간통이란 개인들의 사사로운 일이므로 ‘남의 일’인 때에는 간섭하지 않겠다는 의미로 해석할 수 있고, 성관계 문제와 같은 사생활에 대해 한국 시민들의 의식이 성숙했다고 할 수 있을 것이다. 다른 한편, 부부간의 성적관계에 관한 규범이 있다 해도 그것이 사회적으로 안정된 규범으로는 존재하지 않는다고 해석할 수 있다. 그런데 규범의 사회성을 감안할 때, 부부간에는 통용되지만 공동체적으로는 통용되지 않는 규범이란 생각하기 어렵다. 이 점에서 필자는 간통문제에 대해 한국인의 공적인 입장과 사적인 입장이 불일치하다고 해석한다. 또한, 앞서 본대로 여성과

29) 강준만, “한국은 어떻게 ‘간통의 천국’이 되었는가?”, **인물과 사상**, 통권 제135호(2009. 7).

남성의 간통행위에 대한 이중적 기준도 발견할 수 있는데 이 이중성은 남성에게서 더 확연하게 나타났다. 이렇게 한국인의 간통에 대한 태도는 성별에 대해서 이중적이고, 공적 영역과 사적 영역에 있어서 불일치하는 ‘이중적 이중성’이라는, 규범 불안정 상태에 있다고 해석한다.

이상과 같은 법과 규범의 상호작용이라는 맥락에서 헌법재판소의 이번 간통죄 위헌 결정을 바라본다면, 혼인내의 성관계에 대한 사회규범과 철학은 불명확할 뿐만 아니라 성적 자유주의에 비해 설득력을 가지지 못하는 상태를 반영한다고 해석할 수 있다. 부부간의 성성을 다루는 법은 이제 어떠한 사회규범에 기초해야 할지 고민이 되는 시점이다.

4. 간통과 간통죄의 포스트식민지성

이혼이 혼인제도의 그림자이듯이, 간통행위는 부부관계의 그림자일 것이다. 한국사회의 혼인의 성격은 점점 더 사랑에 기초한 동반자적 혼인으로 이행했다는 진단이 있지만, 한국의 부부관계에서 성성이라는 주제는 여전히 드러내놓고 말할 수 있는 주제가 아닌 것 같다.³⁰⁾ 성성이 한국의 부부관계에서 중요하지 않은 주제는 아니지만 그렇다고 그것이 부부간의 합리적 의제도 아닌 것이다.³¹⁾ 기든스(A. Giddens)의 널리 회자되는 “순수한 관계” 그리고 “조형적 섹슈얼리티”의 추구라는 테제에 따르면,³²⁾ 후기 근대의 사회에서 사람들은 점점 더 핵가족이나 법률혼과 같은 제도가 아닌 순수하게 관계에만 초점을 둔 친밀성을 추구해 간다고 한다. 이 속에서 개인들은 피임기술 등 다양한 처방을 가지고 성적 자율성을 누릴 수 있게 된다는 것이다. 개인들은 더 이상 집단의 구속이 아니라 자유롭게 친밀한 관계를 형성하게 되는데 후기근대 사회에서 이 친밀성이란 정치적 성향, 사회적 지위 못지않게 개인의 정체성에 의미심장한 정박지가 된다고 한다. 실제로 우리 사회에도 비혼인가구, 일인가구, 이혼과 재혼, 분거가구의 증가 등과 같은 가족생활에 있어

30) 남영주, “부부관계에서의 성(性), 이상과 현실”, 최연실 외, **한국가족을 말하다 - 현상과 쟁점**(하우, 2015).

31) 남영주(상계논문, 277면)는 부부간 성관계에 대하여 한국의 문화가 부부간 성적 적응에 대한 노력을 무의미하게 만드는 체념, 포기, 자기합리화를 자연스럽게 받아들이게 하고, 무성적, 비성적 존재를 더 가치 있게 받아들이는 비가시적 규범이 작용한다고 진단한다.

32) 앤소니 기든스, 배은경·황정미 역, **현대사회의 성·사랑·에로티시즘 - 친밀성의 구조 변동**(새물결, 1992).

서의 ‘개인화’의 경향은 뚜렷하게 감지되고 있다.³³⁾ 기든스가 논하듯이, 사람들은 친밀성의 필요성(need)을 법률혼과 같은 법적·규범적 틀과 무관하게 친밀한 관계 속에서 추구하는 사회적 경향도 부정하기 어렵다. 이러한 현상을 이 글의 주제와 관련하여 질문해 보면 한국인의 외도는 친밀성의 추구라는 탈/현대인의 필요에 대한 또 다른 표현이라고 볼 수 있는가. 혹은 한국사회의 법률혼은 이런 친밀한 애정관계를 어느 정도 수용할 수 있는 사회적 환경에 놓여있는가. 최소한 필자는 한국가족의 개인화 현상이나 부부관계에는 한국사회의 정치경제학이 작동하고 있기에 이 사회의 맥락 속에서 친밀성 역시 해석되어야 한다고 본다. 달리 말하면, 성성과 부부관계라는 사생활에도 역사성과 사회성이 작동한다는 것이다.

오늘날 한국인의 섹슈얼리티에는 여러 시대의 유물들이 중층적으로 쌓여 있다. 근대화 이후 애정 결혼의 믿음에도 불구하고 여전히 한국의 혼인관계 그리고 가족 관계 안에는 근대적 혼인이라는 특징으로는 포섭되지 않는 역사적 잔재들이 스며 들어 있다. 먼저, 간통죄의 근대적 규정은 1905년 4월 20일 대한제국 법률 제3호로 공포된 형법대전에서 출발하였다. 1905년의 형법대전의 규정은 본질적으로 조선시대의 규정과 다르지 않았다. 『대명률』과 『대전회통』에서는 유부녀의 간통을 더 중하게 처벌하긴 하였으나 남편의 간통도 처벌하였다. 그러나 일본인 법률가들이 활동하게 된 융희 2년(1908)에는 일본법과 유사하게 형법대전을 개정하여 유부녀가 간통한 경우 그녀와 상간자만을 6월 이상 2년 이하의 유기징역에 처하는 규정을 두었다(법 제265조). 이후 1912년 4월 1일 시행된 제령 제11호 조선형사령으로 일본의 구형법 제184조의 “부인과 그 상간자의 간통에 대해 2년 이하의 징역형으로 처벌”하는 규정을 이 땅에 의용하게 되었다.³⁴⁾ 이 규정은 대한민국 형법이 제정될 때까지 적용되었다. 정부 수립 후 법전편찬위원회의 형법 제정시, 간통죄는 봉건적이라는 이유로 폐지하는 것으로 잠정 결론을 내렸으나 정부가 간통죄의 존치를 포함한 형법안을 국회에 제출함으로써 격렬한 논란 끝에 현재와 같이 간통죄를 쌍벌주의와 친고죄로 하는 안이 의결되었다. 국회의원 출석 의원수(110명)의 과반수를 겨우 넘겨 단 한 표차인 57표의 찬성으로 가까스로 통과되었다.³⁵⁾ 이와 같이 한국에서 근대적 간통죄의 출발은 간통 여성에 대한 처벌이었고 그 뿌리는 식민지적

33) 신경아, “가족과 개인, 개인화”, 김혜경 외, **가족과 친밀성의 사회학**(다산, 2014).

34) “총독부공문: 제령 11호 조선형사령”, 매일신보(1912. 3. 31).

35) 형법 제정시 간통죄에 대한 국회에서의 논의에 대한 설명은 신동운, “형법개정과 관련하여 본 간통죄 연구”, **형사정책연구**, 제2권 제1호(1991), 361-369면 참고.

형법 규정에 있다.

다른 한편, 일제시기 식민지 조선에서 여성의 간통만을 법적으로 처벌하였지만 간통보다 그 정도가 훨씬 심한 남성의 축첩(蓄妾)을 이혼청구사유로 인정하는 데도 상당히 오랜 시간이 걸렸다는 점이 주목된다. 일본의 재판소에서는 배우자의 축첩이 일본의 (구)민법(제813조)에 규정된 배우자에 대한 “악의적인 유기”와 “중대한 모욕”에 해당한다고 판결하였으나 일본의 판결은 식민지 조선에서 효력을 가지고 있지 않았다.³⁶⁾ 예컨대, 1928년에 부인이 남편을 상대로 제기한 이혼청구 소송에서, 조선고등법원은 “조선인 사이에서 현재의 사회상태에 있어서는 축첩(蓄妾) 한 가지 일로써 이혼을 청구할 사유가 되기에는 충분하지 않는 것으로 한다”고 판결하였다.³⁷⁾ 1938년 조선고등법원에서 새로운 판결이³⁸⁾ 내려지기 전까지는 식민지 조선에서 남편의 축첩을 재판상 이혼청구의 원인으로 명확하게 받아들여지지 않았다.³⁹⁾ 일본 구민법 적용의 폭이 조선민사령의 개정에 따라 확대되고 있었지만, 조선에서 친족과 상속의 문제는 기본적으로 ‘관습’에 따르는 사안이었고, 그만큼 식민지 조선에서는 축첩의 관습이 만연하였다고 해석할 수 있다.⁴⁰⁾

이와 같이 조선의 ‘관습’ 원칙은 친족·상속 영역에서 조선의 고유한 관습을 존중하는 외양을 띠지만 사실상의 일부다처제와 같은 남녀차별주의를 온존하게 하는 법적 오리엔탈리즘(legal orientalism)의 기제로 작용했다고 할 수 있다.⁴¹⁾ 오리엔탈

³⁶⁾ Sungyun Lim, *Enemies of the Lineage: Widows and Customary Rights in Colonial Korea, 1910-1945*, Ph. D. Dissertation, University of California, Berkeley (Fall, 2011); 소현숙, 식민지시기 근대적 이혼제도와 여성의 대응, 한양대학교 대학원 박사학위논문 (2013. 2).

³⁷⁾ 조선고등법원 1928. 10. 26. 선고 소화(昭和) 3년 민상 제414호 판결(<http://khd.scourt.go.kr/JO/main/index.jsp>)(2015. 7. 20. 최종방문).

³⁸⁾ 조선고등법원 1938. 12. 13. 선고 소화(昭和) 13년 민상 제392호 판결(<http://khd.scourt.go.kr/JO/main/index.jsp>)(2015. 7. 20. 최종방문).

³⁹⁾ 한편, 1933년 조선고등법원은 남편이 본처 없는 틈에 결혼식을 거행하고 동거하는 것을 이유로 제기한 이혼소송에서 남편의 이러한 행위를 처에 대한 중대한 모욕으로 인정한 바 있다(조선고등법원 1933. 12. 15. 선고 소화(昭和) 8년 민상 제524호(사법협회집지, 제13권 제2호(1943), 282면)(소현숙, 상계논문, 250면에서 재인용)).

⁴⁰⁾ Sungyun Lim, 상계논문.

⁴¹⁾ 사이드(Edward Said)에 의해 널리 알려진 오리엔탈리즘(Orientalism)은 서구의 눈으로 동방을 타자화(他者化)하였다는 문명비판론이다. 이 개념에 통해서 서구가 동방(Orient) - 아시아와 아랍 등 - 의 세계를 만나면서 동방을 지체되고 신비화된 세계로 재현해 온 지식생산과정을 파헤칠 수 있게 되었다. 사이드는 이 지식생산과정이 동시에 서구의 합리성과 발전성이라는 특징을 획득했던 과정이었음을 분석하고 있다. 법적 오리엔탈리즘(legal orientalism)은 법을 통한, 법에 의한 오리엔탈리즘을 의미한다. 중국에 대한 법적

리즘이라는 시각에서 보면 이러한 법정책 속에서 조선은 합리적으로 개선하기 어려운, 시대에 뒤쳐진 본질적으로 가부장적 사회로 표상되고 구성된다. 가족, 친족과 같은 사적영역이란 식민주의자 입장에서는 조선의 뒤쳐진 ‘관습’의 지대였고, 민족주의자 입장에서는 식민지 지배에도 불구하고 변형되지 않는 순수한 ‘전통’의 지대였다고 할 수 있다.⁴²⁾ 환언하면, 가족과 친족 영역은 식민지 지배권력이 미치지 않는 탈정치화된 영역, 헤게모니가 미치지 않는 공간이었다고 할 수 있다.⁴³⁾

한편, 식민지 조선사회의 일상에는 자유연애의 이상이 도입되었고, 핵가족과 ‘달콤한 가정(sweet home)’의 꿈이 수입되면서 식민지 남녀들을 매혹시켰다. 하지만 많은 문학작품에 등장하는 구여성과의 혼인과 신여성과의 연애 사이에서 갈팡질팡하는 식민 남성 주체들이 대변하듯이, 한국에서 혼인은 신분관계의 지속으로서의 기능을 그만 둔 적이 없었다. 한국의 혼인제도에는 한편으로는 부계계승적인 친족과 혈족의 논리가 지속되고 다른 한편으로는 연애결혼의 관념이 확대되어 온 것이다. 즉, 연애의 논리와 친족/혈족의 논리가 어정쩡하게 결합해 왔고 이 속에서 개인의 선택과 책임을 중심으로 한 혼인의 사회규범이 정립되기 어려웠을 것이라고 사료된다. 축첩제의 관행과 문화는 탈식민 한국에까지 이어져서 1950년대 이태영이 한국에서 최초 여성법률가가 되었을 때 다수의 상담이 처첩관계로 인해 고통받는 여성들에 대한 법적 자문이었다고 한다.⁴⁴⁾

이상과 같은 역사적 계보를 살펴볼 때, 한국인들의 성성의 문화적 지층(地層)에는 포스트근대적인 개인의 친밀성의 추구에서부터 일부다처제의 연장으로로서의 남성의 성적 자유, “검은머리가 파뿌리 될 때까지” 유지되어야 하는 혼인에 대한 운

오리엔탈리즘 문제를 살펴보려면 Teemu Ruskola, “Legal Orientalism”, *Michigan Law Review*, Vol. 101, No. 1 (2002), pp. 179-234 참조. 식민지시기 타이완의 가족법정책의 ‘관습’ 원칙을 법적 오리엔탈리즘의 견지에서 바라본 고찰은 Chao-ju Chen, “*Sim-pua* under the Colonial Gaze: Gender, “Old Customs,” and the Law in Taiwan under Japanese Imperialism”, in Susan L. Burns & Barbara J. Brooks, *Gender and Law in the Japanese Imperium* (Hawaii University, 2014) 참고.

42) Partha Chatterjee, “Nationalist Resolution of the Women Question”, Kumkum Sangari & Sudeshi Veid (eds.), *Recasting Women: Essay in Indian Colonial History* (Delhi, Kali for Women, 1989).

43) Ranajit Guha, *Dominance without Hegemony: History and Power in Colonia India*, Cambridge: Harvard University Press, 1997.

44) 이태영의 회고는 그녀에 대한 전기(傳記)를 참고함(Sonia Reid Strawn, *Where There is no Path – Lee Tae Young: Korean Pioneer for Women Rights* Korean Legal Aid Center for Family Relations, 1988).

명적 믿음까지 몇 겹의 역사적 층위가 존재하는 것으로 진단할 수 있다. 이런 견지에서 오롯이 자유로운 개인을 상징하는 근대적 법논리와 성적 자기결정권의 보호라는 간통죄 폐지의 근거는 너무 단순하면서도 혼란스러운 것이다. 우리는 사적인 삶에서 역사의 무게를 지고 있다. 그래서 ‘사적 영역은 역사적인 것이다.’

III. 이행기 젠더 정의

본 장에서는 간통죄 폐지 이후 형성해야 할 가치와 원칙을 이행기의 젠더 정의(正義)의 모색이라는 견지에서 논의하고자 한다. 이때의 정의는 새로운 젠더관계로의 ‘이행(transition)’을 도모해야 할 것이며, 이행이란 간통죄 폐지 이후 역사적 구성물로서의 섹슈얼리티와 가족관계로부터 이탈하여 새로운 그것들을 찾아가야 한다는 것을 의미한다.

1. 간통 개념의 이행

이제 간통죄 위헌 여부와 관련하여 제시되어 온 주요논거들 – 건전한 성도덕, 일부일처제의 보호, 사생활, 성적 자기결정권 등을 중심으로 논의할 것이다. 하지만 이 글은 헌법적 시각이 아니라 법사회학적 시각에서 비판과 대안을 모색하고자 한다.

(1) 성도덕의 보호에서 무슨 가치로?

먼저, 그간 간통죄 위헌심사에서 제시된 헌법심사의 논변에 대해 살펴보기로 한다. 제1차 결정에서 간통죄의 입법목적은 선량한 성도덕(내지 사회질서), 일부일처제 혼인제도와 가족생활, 부부간 성적성실의무의 보호(혹은 정조)로 보았는데 이 견해는 이후 네 차례의 헌법심사에서 크게 변화하지 않은 채 지속되었다. 이외에도 취약한 여성 보호 등이 본 규정의 입법목적으로 제시되었다. 이러한 입법목적은 형법상 간통죄의 보호법익으로 제시되는 가치들과도 부합한다.⁴⁵⁾ 구체적으로 현재

45) 간통죄의 보호법익은 부부간의 성적성실의무라는 견해, 가정의 기초가 되는 혼인제도라는 견해, 그 양자 모두라는 견해, 건전한 성풍속 내지 성도덕이라는 견해, 성도덕과 일부일처제의 혼인제라는 견해 등 다양하지만, 형법에서 음행매개, 음서유포, 공연음란 등의 죄와 함께 제22장 ‘성풍속에 관한 죄’에 규정되어 있다는 것을 근거로 하여

의 제1차 결정의 해당 부분을 살펴본다.

배우자 있는 자가 배우자 아닌 제3자와 성관계를 맺는 것은 선량한 성도덕이나, 일부일처주의의 혼인제도에 반할뿐더러 혼인으로 인하여 배우자에게 지고 있는 성적성실의무를 위반하는 것이 되어 순결을 해치게 되는 것이다. 그리하여 간통행위는 국가사회의 기초인 가정의 화합을 파괴하고 배우자와 가족의 유기, 혼외 자녀문제, 이혼 등 사회에 여러 가지 해악을 초래하는 것이 엄연한 현실이다. 그러므로 선량한 성도덕과 일부일처주의 혼인제도의 유지 및 가족생활의 보장을 위하여서나 부부간의 성적성실의무의 수호를 위하여, 그리고 간통으로 인하여 야기되는 사회적 해악의 사전예방을 위하여서는 배우자 있는 자의 간통행위를 규제하는 것은 불가피하다.⁴⁶⁾

간통죄를 둘러싸고 국가가 형법으로 선량한 성도덕을 통제할 수 있는 것인지, 더욱이 형법으로 부부관계에서의 성적성실의무를 강제할 수 있는 것인지에 관한 다양한 형법적 논의들이 있다.⁴⁷⁾ 필자의 관심은 이런 질문보다 선량한 성도덕이 현재의 사회에서도 호소력을 가진 가치일까에 있다. 그리고 현재 사회에서 법이 보호해야 할 혼인의 성성의 가치는 어떻게 말해져야 하는가에 있다.⁴⁸⁾

형법제정 당시인 1950년대 초반에는 축첩현상이 만연하였다. 앞서 간통의 식민지성에 대해 논했던 바와 같이 축첩은 20세기 초반 한국에서 해소되지 않았고 이태영 변호사가 여성법률상담소나 여성문제상의소에서 상담한 내용은 많은 경우 배우자의 부정, 즉 남편의 간통 및 축첩과 관련성을 가지고 있었다.⁴⁹⁾ 이런 맥락에서

건전한 성풍속 내지 성도덕으로 보는 견해가 다수설이다(이주희, “간통의 형사처벌과 그 헌법적 정당성”, **법과 정책연구**, 제8집 제2호(2008)).

46) 헌법재판소 1990. 9. 10. 선고 89헌마82 결정.

47) 예컨대, 이수성, “형법의 도덕성의 한계에 관하여”, **서울대학교 법학**, 제18권 제1호(1977); 신동운, 상계논문(1991); 이주희, 상계논문(2008); 김일수, 전계논문; 이용식, “판례를 통해 본 성(性)에 대한 법인식의 변화 - 혼인빙자간음죄·강간죄·간통죄를 중심으로”, **형사법연구**, 제21권 제4호(2009), 295-314면; Hyo-won Lee, “The Constitutional Decisions Concerning the Right of Self-Determination of Sexual Intercourse”, **서울대학교 법학**, 제53권 제2호(2012), 219-242면 등.

48) 제4차 사건에서 가정보호상담소의 광배희 소장은 간통죄의 존치의 필요성에 대해서 “일정 수준의 사회적 지위가 있는 사람인 경우에는 형법에 간통죄가 있다는 자체만으로도 외도에 대해 부담을 느끼는 것을 자주 보았다”고 하여 간통죄가 간통의 억제효과가 있다는 취지로 증명하였다.

49) 정계선, “간통죄와 혼인빙자간음죄 관련 헌법소원 사건 등에 관한 헌법재판소의 입장”, **혼인, 섹슈얼리티와 법**, 양현아·김용화 편, 서울대학교 법학연구소 공익인권법센터

간통 쌍벌죄의 입법화는 ‘혼인에 있어서 여성뿐 아니라 남성도 정절을 지켜야 한다’는 성도덕을 강제하는 측면을 담고 있다. 당시 간통죄와 함께 논란이 되었던 일부일처제 혼인제도 그 자체를 보호법익으로 하는 중혼죄(重婚罪)에 대한 처벌조항을 넣지 않은 것은 간통죄의 쌍벌죄 규정으로 이미 중혼행위에 대한 처벌이 이루어질 것으로 간주했기 때문이라고 하는데, 달리 말해 축첩과 중혼행위란 간통의 누적된 결과라고 인식했다는 점이다. 당시 “처벌할 대상은 안해 있는 남편뿐”이라는 김봉조 의원의 말에서 알 수 있듯이,⁵⁰⁾ 형법제정과정에서 간통죄에 대한 논란은 간통죄를 범한 남자(주로 축첩자)에 대해 처에게 고소권을 쥐어주어 처벌할지 여부에 그 핵심이 있었던 것으로 보인다.⁵¹⁾ 이런 맥락에서 볼 때 우리 형법에서 여성배우자에게 배우자의 간통을 처벌할 수 있는 권한을 부여했다는 것은 여성지위의 향상으로 이해할 수 있다. 물론, 그것은 남성의 축첩과 간통이 번성하던 사회에서 입법부가 여성들에게 다시 남성중심적인 일부일처제 혼인제도의 수호자로서의 지위를 준, 역설적인 권한이라고 할 수 있다. 그렇다면, 문제는 60여 년 전의 정당성 근거들을 어떻게 현대사회에 부합하는 것으로 변용할 것인가에 있다고 보인다. 축첩이 만연하던 맥락에서의 일부일처제 보호가 아니라 친밀한 공동체로서의 현대의 가족에 대해 간통죄는 무엇을 말할 수 있는가. 이런 질문을 가지고 이번 제5차 사건의 간통죄의 법정의견(위헌)을 살펴본다.

비록 비도덕적인 행위라 할지라도 본질적으로 개인의 사생활에 속하고 사회에 끼치는 해악이 그다지 크지 않거나 구체적 법익에 대한 명백한 침해가 없는 경우에는 국가권력이 개입해서는 안 된다는 것이 현대 형법의 추세이고, 이에 따라 전 세계적으로 간통죄는 폐지되고 있다. 혼인과 가정의 유지는 당사자의 자유로운 의지와 애정에 맡겨야지, 형벌을 통하여 타율적으로 강제될 수 없는 것이다. [중략] 위와 같은 혼인제도 및 부부간 정조의무 보호라는 공익이 더 이상 심판대상조항을 통하여 달성될 것으로 보기 어려운 반면, 심판대상조항은 국민의 성적 자기결정권 등의 기본권을 지나치게 제한하고 있으므로 법의 균형성도 상실하였다. 결국 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배하여 국민의 성적 자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 침해하는 것으로 헌법에 위반된다.⁵²⁾

· 한국젠더법학회(경인문화사, 2011), 47면.

50) 오선주, “성도덕에 관한 죄 - 형법개정과 관련하여”, **법학논집**, 제6권(청주대학교 법학연구소, 1992), 53면.

51) 정계선, **전계논문**, 49면.

52) 헌법재판소 2015. 2. 26. 선고 2009헌바17 결정.

위 의견에서 혼인과 가정은 법의 개입을 자제해야 할 사적 영역으로만 치부되는 것이 아니라 이중적으로 다루어지고 있다고 보인다. 그것은 사적인 세계로서 개개인의 자율성과 애정의 영역으로 간주되면서도 혼인과 부부간 정조의무 보호는 공익(公益)으로 다루어지고 있기 때문이다. 해당 조문이 이러한 공익을 달성하지 못하면서 성적 자기결정권과 사생활의 비밀과 자유라는 기본권을 제한하고 있어 법의 균형성을 상실하는 등 과잉금지원칙에 위반하므로 위헌이라는 논증을 펼치고 있다. 이와 같이, 현재의 논리에 따르면 일부일처 혼인제도의 유지 및 부부간 정조의무는 공익적 사안으로 국가가 관심을 가져야 하지만 정작 혼인관계 내부에서 벌어지는 문제들은 법이 개입할 사안이 아닌 것 같다. 이러한 논변은 제도로서의 혼인에 대해서는 관심을 가지면서도 그 안에서 살아가는 구체적인 인간들의 권리 문제에 대해서는 (헌)법적인 무관심을 허용한다. 예컨대 배우자의 혼외관계가 지속된다면 그것은 단지 배우자 상호의 성적인 권리 내지 사생활의 자유문제를 훨씬 넘어선다. 그것은 성적인 문제는 물론이거니와 가족의 경제적, 정서적, 양육과 보살핌의 기능 등을 전방위적으로 위협하는 행위가 될 것이다. 따라서 현재가 보호해 마지않는 기혼자의 성적 자기결정권이나 사생활의 자유가 예컨대 가족이라는 실체를 전방위적으로 위협에 처하게 하는 근거가 될 때 가족들은 어떤 헌법적 권리로 이런 권리들에 맞설 것인가가 문제된다. 다시 말해, 형법이 부부간의 내밀한 문제에 개입할 것인가 여부가 핵심 질문이 아니라 간통과 같은 행위가 상대배우자의 권리를 침해하는 경우에 가족 안에서 충돌하는 권리문제에 대해 법은 어떤 근거를 가지고 개입할 것인가가 제기해야 할 질문이 아닌 것이다. 그럼에도 (형)법이 내밀한 사생활에 얼마나 개입할 것인가라는 질문이 형식적으로 제기되어 온 것은 간통이란 부부간의 문제라는 관찰자적 자세를 가질 뿐, 옳고 그름이라는 불법성의 문제로 바라보지 않는 법의 태도를 나타낸다고 본다. 이는 정확히 후술할 사적 영역에 대한 법의 무관심의 맥락에서 바라볼 수 있다. 간통이 상대배우자의 권리를 침해하는 불법행위라고 한다면 그것은 내밀한 사생활의 영역 여부와 무관하게 법이 개입해야 하는 사안에 속하게 된다.⁵³⁾

53) 여기서 배우자의 성적 자기결정권과 사생활의 자유는 헌법 제36조 제1항의 혼인생활의 보호에서 비롯되는 배우자의 권리와 비례관계로 바라볼 수 있지 않나 생각한다. 헌법 제36조 제1항은 호주제도, 동성동본금혼제도, 부성주의(父姓主義) 등의 위헌심사에서 ‘전통’의 논변에 맞서 가족법에 있어 성평등을 확장시키는 데 결정적인 역할을 했다. 여기서 더 나아가, 본 조문이 말하는 ‘혼인생활’에 현대사회의 다양한 가족들을 인정하고, 혼인생활의 핵심이 제도로서가 아니라 친밀성에 있다는 견지에서 그 해석

계속해서, 제5차 사건의 범정의견에서 제시된 법원이 가진 혼인과 가족에 대한 상(像)을 살펴본다. 앞서 언급하였듯이, 그것은 제도로서는 보호되지만 그 운영은 사적으로 이루어지는 혼인과 가족에 대한 자유주의적 시각이다. 이상한 점은 자유주의적 시각에 충실하기 위해 반드시 필요하다고 보이는 자율적인 두 개인의 약정 내지 계약에서 출발한 혼인과 배우자의 상은 찾아보기 어렵다는 것이다. 혼인과 가족에 대한 자유주의적 상은 혼인과 가족의 경계선에서 멈추고 있는 듯하다. 이러한 법의 태도에서 혼인은 일차적으로 권리를 가진 ‘개인 간의 결합체 내지 연대’라기보다는 국가가 보호하는 ‘제도’라는 의미가 부여될 뿐이다. 그리하여 혼인을 보호한다는 취지는 건전한 사회질서와 성도덕을 보호한다는 취지이지 사적 관계에서도 구현되어야 할 인권과 정의, 헌법적 가치의 실현이라는 취지와는 거리가 멀어 보인다. 가족, 사생활, 친밀한 관계에서의 정의(正義)의 논리는 자유주의적이고 남성중심적인 법학에서 대거 누락되어 왔다는 비판은 여성주의 법·정치이론가들의 오래된 테제이다.⁵⁴⁾ 가족은 정의가 구현되어야 할 공간으로 보이지 않아 왔기에 공정성으로서의 정의의 잣대가 가족에는 마찬가지로 적용되지 않았다. 나아가 친밀성의 영역이 가진 고유한 관계와 보살핌의 차원을 고려한 또 다른 정의론은 더더욱 기대하기 어려운 것이었다.⁵⁵⁾ 이와 관련하여, 헌법재판소가 개인의 성적

을 확장시키기를 희망한다. 이렇게 되면, 배우자의 외도나 가족의 폭력은 혼인생활을 훼손하고 무관한 배우자를 위기에 몰아넣는다는 권리 침해를 발생한다는 견지에서 제36조 제1항에서 보호하는 권리의 침해로 구성할 수 있을 것이다.

헌법재판소는 헌법 제36조 제1항의 성격에 대하여 “헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족생활을 스스로 결정하고 형성할 수 있는 자유를 기본권으로서 보장하고, 혼인과 가족에 대한 제도를 보장한다. 그리고 헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족에 관련되는 공법 및 사법의 모든 영역에 영향을 미치는 헌법원리 내지 원칙규범으로서의 성격도 가지는데 이는 적극적으로는 혼인과 가족을 보호해야 할 국가의 과제를 포함하고 소극적으로는 불이익을 야기하는 제한조치를 통해서 혼인과 가족을 차별하는 것을 금지해야 할 국가의 의무를 포함한다.”라고 하였다(헌법재판소 1997. 7. 16. 선고 95헌가6 등 결정; 헌법재판소 2002. 8. 29. 선고 2001헌바82 결정).

54) 예컨대 Susan Moller Okin, *Women in Western political thought* (Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1979); Susan Moller Okin, *Justice, gender, and the family* (New York: Basic Books, 1989); Seyla Benhabib, “The Generalized and Concrete Other: Kohlberg-Gilligan Controversy and Feminist Theory”, in Seyla Benhabib & Drucilla Cornell (eds.), *Feminism as Critique* (University of Minnesota Press, 1991), pp. 77-95; Robin West, “Equality Theory, Marital Rape, and the Promise of the Fourteenth Amendment”, 42 *Florida Law Review* (1990), pp. 45-79를 참고할 것.

55) 가족내 정의의 문제에 관해서는 Okin, 상계저서(1989); 이재경, “정의의 관점에서 본 가족”, *한국여성학*, 제11집(1995. 12), 47-71면; 차선자, “혼인계약에서 계약의 원칙”,

권리는 인격권이자 사생활의 권리라고 하면서도 부부간의 정절관념은 전통윤리의 관점에서 이해한 것에서도 부부간의 성성에 대한 법적 가치론의 부족상태를 나타내는 것으로 보인다. 물론 이것은 단지 현재만의 책임은 아니라고 생각한다.

우리사회의 구조와 국민의식의 변화에도 불구하고 우리사회의 고유의 정절관념 특히 혼인한 남녀의 정절관념은 전래적 전통윤리로서 여전히 뿌리 깊게 자리잡고 있으며, 일부일처제의 유지와 부부간의 성에 대한 성실의무는 우리 사회의 도덕기준으로 정립되어 있어서 간통은 결국 [중략] 사회의 질서를 해치고 타인의 권리를 침해하는 경우에 해당한다고 보는 우리의 법의식은 여전히 유효하다⁵⁶⁾(간통죄 제3차 결정).

이상의 논거를 따르면, 가족은 사생활의 자유를 누려야 할 공간이고 기혼자 역시 성적 자기결정권을 구가하는 것이 합당한 시대상황이 도래한 것 같다. 한편, 혼인한 남녀의 정절의 윤리 혹은 성적성실의무란 윤리와 전통적인 가치의 관점에서 해석하고 있지만 그것이 법적인 권리·의무인지에 대해서는 분명하게 제시되고 있지 않다. 그런데 부부간 정절의 윤리가 한국의 전통이라고 보는 것은 앞서 살펴본 남성들의 축첩현상 내지 성별에 따른 성의 이중기준이라는 사회적 현상과 괴리되어 있다. 나아가 이러한 전통윤리가 새로운 윤리인 성적 자기결정권의 행사와 어떻게 만날 수 있는지도 불분명하다. 부부간 성적성실의무를 한국의 전통적 윤리의 관점에서 사유한다는 것은 부부간의 성문제를 실정법에서 보장하는 권리이자 의무로서 그리고 현재의 사회의식에 부합하는 가치로 분명하게 발언하지 못하는 태도라고 읽힌다.⁵⁷⁾ 이렇게 볼 때, 포스트 간통죄 시대에는 가족 안에서도 구현해야 할 개인(= 부부)간의 약정과 신의를 바탕으로 하여, 일부일처제라는 가부장적 질서는 뒤로한 채 친밀성 공동체(= 가족)에 대한 새로운 법적 가치론의 자리매김이 필요한 시대라고 일견 말할 수 있다. 이 점에 대해서 계속 논의하기로 한다.

가족법연구, 제25권 제2호(2011), 1-32면 참고. 일반적으로 보살핌과 정의의 관계에 대해서는 Virginia Held, *Justice and Care* (Westview Press, 1995) 참고할 것.

56) 헌법재판소 2001. 10. 25 선고 2000헌바 결정(제3차 사건).

57) 부부간의 성적 성실의무를 현대사회에 부합하는 가치로 재구성하자는 제안이 일부일처제도의 보호하자는 주장을 의미하지는 않는다. 오히려 현대사회에 도래하는 친밀성과 책임성을 중심으로 혼인제도의 의미와 요건을 재정립할 필요가 있다고 보며, 이러한 때 다양한 친밀성의 관계를 법적으로 인정할 수 있는 기초가 마련될 수 있을 것이다.

(2) 간통에서 ‘혼외 성관계’로

간통이라는 법 용어에 대해서도 재고가 필요하다. 주지하다시피 간통(姦通)이란 배우자가 있는 사람이 배우자 아닌 사람과 성교하는 것을 의미한다. 간통죄는 피해자의 고소가 있어야 기소할 수 있는 친고죄이고 형사소송법상 이혼을 전제로 해야 배우자에 대한 고소가 성립한다.⁵⁸⁾ 다른 한편, 간통죄 처벌에는 자유형만이 존재하여 그 처벌방식이 획일적이고 가혹하다는 평가를 받아왔다.⁵⁹⁾ 한편, ‘사랑을 나누었다’고 생각할 가능성이 높은 간통행위자(및 상간자)의 입장에서 ‘간통’이란 자신들의 행위와 절대 동일시하지 않을 표현이라 생각된다. 이번 결정에서 현재는 간통죄 규정이 개개인의 “성적 자기결정권을 지나치게 제한”한다고 선언하였던바, 개인의 성적 자기결정권의 발현일 수 있는 행위에 대해 “간음하여 정을 통하는 성교”라는 강력한 도덕적 금기를 담고 있는 간통 개념은 지나침이 있다. 이제 법적 개념으로서는 해당 행위는 ‘혼외 성관계’라는 기왕에 존재했던, 보다 세속화된 표현으로 대체할 것을 제안한다. 이제 간통이라는 행위는 ‘사회적 공분’의 대상이라기보다 사인간의 분쟁의 대상으로 개인간 손해배상의 문제로 변모할 것이기에 보다 합리적인 법적 문법 속으로 끌어들여야 할 것이다.⁶⁰⁾ 법적 혼인이 개인간 계약, 특히 성적 계약(sexual contract)이라고 한다면, 간통은 명백히 그 파기에 해당한다.⁶¹⁾ 그것은 바람직하거나 떳떳한 일은 아니라 할지라도 성의 자유와 관계의 질을 추구하는 사회에서 발생할 수 있는 일이기에 무조건 숨기거나 부정할 일이 아니다. 성적 자기결정권 추구라는 가치의 대가로 혼인과 가족의 불안정성의 증가를 가져올 것이고, 개인들의 혼인 안과 밖에서의 친밀성의 추구는 그만큼 부부관계를 불안정하게 만들겠지만 진정성을 가진 혼인관계를 구축하는 데 기여할 것이다. 하지만 포스트식민의 대한민국에서 혼외 성관계는 이러한 논리보다 훨씬 더 어두운 지대에 머물러 있었고 그러면서도 만연한 현상이었다고 진단한다.

첫 번째 문제는 한국사회에서 혼인 및 가족관계를 자유로운 개인간의 성적인 약정에 기초한 제도라고 인식하고 있는가이다. 인식뿐 아니라 한국의 혼인제도가 두 사람간의 계약관계로 자리매김되어 있는가이다. 법적으로 혼인이란, 1남 1녀의

58) 형사소송법 제229조.

59) 앞서 본대로 최근으로 올수록 사법부는 집행유예의 처벌을 내려왔다(헌법재판소 제3차, 제4차, 제5차 결정문 참고).

60) 이 글에서는 과도기적으로 ‘간통’, ‘혼외 성관계’, ‘외도’라는 용어를 혼용하고 있다.

61) 한편, 간통을 혼인제도에 대한 침해라기보다는 사적 혼인계약상의 의무의 위반으로 접근해야 한다는 견해는 새로운 것이 아니다(이주희, 전제논문 참고).

육체적·정신적 결합체로서 i) 자발적 의사, ii) 영속적 결합, iii) 이성(異性)간의 결합, iv) 일부일처혼, v) 사회적 규범에 의한 규율을 통상으로 부부라는 법률적 관계를 형성함으로써 상호 권리의무를 발생시키는 계약이다.⁶²⁾ 하지만 한국에서 혼인이란, 친족관계 속에서 조율되고 타협하는 형태가 지배적이며, 한국의 가족법도 부부관계 보다 훨씬 넓은 친족관계를 명시하는 규정들을 혼인 규정보다 선행하여 두고 있다(민법 제767조 내지 제781조). 만약 두 사람의 사랑과 동반자관계가 혼인의 핵이라고 한다면 성성의 문화부터 바뀌어야 할 것이고 예컨대 혼전 성관계와 혼전 동거가 큰 문제없이 행해져야 할 것이다.⁶³⁾ 이러할 때 법률혼과 사실혼의 경계도 약화되고, 가족정책에 있어서 법률혼 중심주의의 완화 내지 후퇴가 예견되는 것이다. 하지만 독립된 개인간의 계약으로서의 혼인과 ‘쿨한’ 이혼은 연애와 중매(신분결혼)의 중간 형태의 결혼이 지배적인 현재의 한국에서 이루어지기는 쉽지 않을 것이라고 예상된다. 혼인관계를 좀 더 선명하게 양 당사자 간의 약속으로 정의할 때라야 그 약속을 파기한 일방에 대한 책임의 논거를 분명하게 세울 수 있을 것이다. 혼외 성관계는 본인에게는 자유의 행사이지만 상대배우자와 가족원들의 입장에서는 전반적 위기로 내모는 행위라는 혼인의 약속위반이자 불법행위로서 가름해야 한다. 이러한 분명한 언급 없이 한국의 지배적인 법담론이 ‘부부간의 내밀한 사생활’의 관점에서 법의 개입 여부를 논해 왔다는 것에서 필자는 가부장적 법의 태도에 더하여 앞서 서술했던 한국의 포스트식민적 혼인과 가족제도라는 역사적 징후를 발견한다. 혼외 성관계에 대한 책임문제를 다루기 위해서는 그 첫 단추인 혼인의 성격을 점검해야 하는데, 그것은 개인간의 약정성을 부각시키고 그 약정의 내용을 명확히 하는 것이다.

(3) 혼외 성관계의 전형성(典型性)

제5차 위헌 결정에서는 간통에 대하여 파탄되어 회복할 수 없는 혼인관계에서의 간통, 미혼인 상간자의 기혼자와의 간통 등 다양한 입장에 대해 고려하고 있다.⁶⁴⁾ 실제로 간통죄 위헌소송을 제기한 당사자들의 경우, 간통죄 규정이 과도하게 적용된 사례들이 있다고 보인다. 하지만 법과 정책, 그리고 사회과학은 제각기 다른 입

62) 차선자, 전제논문, 11면.

63) 성적인 적응도를 점검하지 않고 동반자관계가 원만하게 될 것이라고 기대하는 커플은 많지 않을 것이기 때문이다.

64) 비슷한 취지로는 제4차 사건에서의 김희옥 재판관의 간통죄의 헌법불합치 의견, 민형기 재판관의 입법적 개선이 필요하다는 의견도 참고할 수 있다.

장과 경험 속에서도 관통하는 일정한 패턴과 경향을 발견하고 이를 해석하는 것을 주 임무로 한다. 이런 임무를 방기하지 않을 때라야 비로소 사회과학은 개별 사례들에 도움을 줄 수 있는 일반성을 발견해 낼 수 있을 것이다. 즉, 간통에도 예외적이고 법적 책임을 지우기에는 무리가 있는 경계선상의 유형이 있는가 하면 보다 전형적이고 비난가능성이 높은 형태도 있다.⁶⁵⁾ 이러한 형태를 분류하여 예방적·처벌적 기능을 해 온 (형)법이 유독 간통죄에 이르러서 다양한 형태에 주목한다는 것은 일견 납득하기 어렵다.

혼외 성관계를 분류하는 작업은 고전 사회학자인 막스 베버(M. Weber)의 방법론인 사회학적 이념형(ideal type)의 구성을 따를 수 있다. 이에 따라, 혼외 성관계는 먼저 파탄되지 않은 부부관계, 실질적으로 파탄된 부부관계에서 발생하는 크게 두 양상으로 구분해 볼 수 있다. 이 대분류 하에 다시 일시적 혼외 성관계와 지속적인 혼외 성관계로 구분할 수 있다. 그리고 모든 경우에 상대 배우자가 배우자의 혼외 성관계에 대한 허가 내지 용인이 없는 것을 전제로 한다. 또한 배우자의 성관계 파트너(상간자)는 상대방이 기혼자임을 인지하고 있어서 상대방의 혼인지위에 대한 기망이 없다고 가정한다. 여기서 다시 상간자의 혼인지위, 상간자가 기혼이지만 그의 혼인이 실제로는 파탄된 경우 등으로 세분할 수 있겠으나 연구목적에 따라 우선 네 유형으로 대분류해 볼 수 있다.⁶⁶⁾ 모든 형태의 배우자의 혼외 성관계는 부부관계에 심각한 문제를 야기하겠으나 사회적인 법감정을 유추해 볼 때, 이 네 유형 중 가장 비난 가능성이 높은 행위는 ‘파탄되지 않은 부부관계에서 일방 배우자가 지속적인 혼외 성관계를 가지는 경우’일 것이다. 즉 혼인관계가 외면적으로 혹은 실질적으로 안정되게 유지되는 부부관계에서 일방이 비밀리에 지속적으로 혼외 성관계를 가지고 있고 상대 파트너도 상대의 혼인지위를 알고 있는 경우가 법이 주목해야 할 혼외 성관계라고 본다.⁶⁷⁾ 부부의 합의 속에 혼인생활이 지

65) 부부가 별거 중이거나 가정폭력이 있는 경우, 혹은 협의이혼의사가 있었음에도 간통죄로 처벌할 판결 등을 분석하여 간통죄의 법 적용이 과도하다는 견해에 대해서는 조국, “‘비범죄화’ 관점에 선 간통죄 소추조건의 축소해석”, **형사법연구**, 제26권 제1호 (2014), 125-153면 참고.

66) <혼외 성관계 유형에 대한 이념형 구성>

	혼인관계 실질적 파탄	혼인관계 실질적으로 지속
일회적 혼외 성관계	비난 가능성 가장 낮음	비난 가능성의 중간단계
지속적 혼외 성관계	비난 가능성 낮음	비난 가능성 가장 높음

67) 앞서 본 2014년의 의식조사에서도 “부부관계가 원만한 경우”에 응답자들의 간통 허용도가 가장 낮게 나타났다(허용 의견은 남성의 간통에 대해서는 16.2%, 여성의 간통에

속되고 일방 배우자가 혼인을 종료할 의사도 별로 없이 지속적으로 혼외 성관계를 가지고 있는 경우에 대해 법이 개입하는 것이 과도하다고 말하기는 어렵다고 본다. 이 경우 혼인이 외적으로는 (심지어 내적으로도) 파탄되지 않았기에 피해 배우자의 정신적 피해는 더욱 심각할 것이고, 혼인을 종료할 의사도 없으므로 혼외관계를 지속하는 일방 배우자는 상대 배우자의 피해에 대한 책임을 질 의사도 별로 없을 수 있을 것으로 추정된다. 이 경우 피해 배우자가 이혼을 청구한다면 피해 배우자야 말로 가족해체를 주도하는 사람으로 비추어질 수도 있다. 따라서 이 유형의 혼외 성관계를 불법행위의 전형으로 삼아 이에 대한 법적 대책을 수립하고 여타의 혼외관계들에 대한 기준점을 마련해야 할 것이다.

이러한 분류에서 본다면, ‘다양한 경우의 획일적 법적 처벌’에 대해서는 그리 우려하지 않아도 될 것이다. 이제 간통죄가 폐지된 상황에서 민사적 불법성을 따짐에 있어서도 혼외 성관계를 획일적으로 다루기보다는 비난 가능성의 정도에 따라 대책을 마련해야 한다.

2. ‘성적 자기결정권’: 누구의 권리이며 누구의 담론인가

이번 현재의 결정으로 인해 한국사회에서 성적 자기결정권이라는 담론은 이제 모든 이가 향유할 권리로 전면에 등장할 것이라고 예상된다. 앞서 살펴보았듯이 한국사회의 성적 행동이 문화적 공백상태에 있는 것이 아니고 젠더 평등적 상태도 아니어서 법원의 선언이 사회적 담론으로 유통될 때 어떤 효과를 발휘할지 우려된다. 앞서 지적했듯이 혼인관계가 파탄되지도 않았고 종료할 의사가 없음에도 혼외 성관계가 빈번한 것으로 관찰되고 간통자와 상간자들은 비밀과 부인, 거짓과 침묵으로 일관하는 ‘한국적 간통현상’이 성적 자기결정권이라는 추상적 권리와 어떻게 맞물릴지 우려된다. 이하에서는 현재에서 제시한 성적 자기결정권 개념에 대해 논의하고자 한다.

(1) 사회적 맥락 없는 배우자의 성적 자기결정권

헌법재판소는 간통죄 규정에 의해서 제한되는 기본권으로 성적 자기결정권과 사생활의 비밀과 자유를 논하였다. 특히 성적 자기결정권은 간통죄의 제1차 사건에서부터 거론된 기본권이다.

헌법 제10조는 [중략] 개인의 인격권과 행복추구권을 보장하고 있다. 그리고 개인

대해서는 9.2%).

의 인격권, 행복추구권에는 개인의 자기운명결정권이 전제되는 것이고, 이 자기운명결정권에는 성행위여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는 성적자기결정권이 또한 포함되어 있으며 간통죄의 규정이 개인의 성적 자기결정권을 제한하는 것임은 틀림없다.⁶⁸⁾

위 결정은 주관적 권리로서의 성적 자기결정권이 헌법 제10조의 인간으로서의 존엄과 가치로부터 유래한다는 것을 명시한 첫 결정이며, 이에 따라 간통죄 형법 규정이 성적 자기결정권을 제한한다는 논지가 제5차 결정까지 면면히 이어지게 된다. 참고로 혼인빙자간음죄에 대한 헌법소원에서조차 비슷한 논거가 제시되었다.

헌법 제10조에서 보장하는 인격권 및 행복추구권, 헌법 제17조에서 보장하는 사생활의 비밀과 자유는 타인의 간섭을 받지 아니하고 누구나 자기운명을 스스로 결정할 수 있는 권리를 전제로 하는 것이다. 이러한 권리내용 중에 성적자기결정권이 포함되는 것은 물론이다.⁶⁹⁾

위 결정문에서 보면 현재는 헌법 제10조에 기초하여 개인은 ‘타인의’ 간섭을 받지 않고 인격권과 행복추구권, 그리고 사생활의 자유는 누릴 권리가 있음을 천명하고 있다. 이것은 지극히 온당한 논변이겠지만, 이 논변을 간통죄의 맥락으로 들여온다면 혼인 중에 있는 한 개인에게 그 배우자의 성적 사안에 있어서 그저 한 명의 타인일 수 있는지 의문이다. 위에서 열거한 권리들이 혼외 성관계를 통해 행사된다면, 그러한 권리의 성질을 어떻게 보아야 할지 문제된다. 이 경우 그런 행위는 상대 배우자의 권리와 충돌하고 그 배우자의 인격권과 행복추구권과 충돌할 것이기 때문이다. 모든 기본권에 정당한 제한이 있듯이(헌법 제37조 제2항), 혼인한 배우자의 성관계에도 제한이 있을 것이고 그것이 혼인의 본질 중에 하나에 해당한다고 할 때, 본 결정문에서 성적 자기결정권의 제한이라는 논설에는 그러한 맥락이 누락되어 있다고 보인다.⁷⁰⁾ 이러한 논거에서 고립된 개인이 아니라 관계적 개

68) 헌법재판소 1990. 9. 10. 선고 89헌마82 결정.

69) 헌법재판소 2002. 10. 31. 선고 99헌바40등 결정.

70) 기혼자의 성적 자기결정권의 자유에 대한 현재의 천명은 배우자 강간에 대한 우리 법원의 보수적 태도와 대조적이다. 최근 아내에 대한 남편의 성적 강요를 강간죄 등으로 유죄판결 내리는 판례가 형성되고 있지만 여전히 우리 법원은 부부관계를 성적 자기결정권 행사에 일정한 제약이 따르는 ‘내밀하고 특수한 관계’로 바라보고 있다 (대법원 2013. 5. 16. 선고 2012도14788 판결 참고). 주로 남편이 아내에 대해 행사할 가능성이 높은 성적 지배에 대한 아내의 성적 자기결정권의 보호는 매우 협소하게 인정

인을 다름에 있어서 헌법적 논변이 멈추는 한계가 드러난다고도 할 수 있다. 이렇게 일방 배우자의 외도라는 성적 자기결정권의 행사가 타방 배우자의 어떤 권리를 침해하고 있는지 여부, 즉 중요한 타자(significant others)와의 ‘관계 속에서의 권리론’이 제시되고 있지 않다.⁷¹⁾ 앞서 본대로 그것은 건전한 성도덕 내지 부부정조의 의무라는 개인의 권리와는 다른 차원의 윤리에서 도출된 의무로 제시되곤 한다. 다른 한편, 제4차 사건에서 송두환 재판관은 위의 의견과는 다른 취지의 의견을 낸 바 있다.

개인의 ‘자기결정권’은 원하는 것은 언제든지, 무엇이든 할 수 있다는 의미에서의 무제한적 자유를 포함하는 것은 아니다. 개인의 자기 결정이 타인과의 관계를 결정하거나 타인에 대하여, 또는 사회에 대하여 영향을 미치게 되는 때에 타인과의 공존을 부정하는 자기결정은 사회적 존재로서 자신의 인격을 발현시키고 자아를 실현하기 위한 자기결정권의 순수한 보호영역을 벗어나게 된다.⁷²⁾

마찬가지의 논리로, 사생활의 비밀과 자유에 대해서도 상대 배우자에게 자신의 혼외 성관계에 대한 비밀이나 거짓을 일삼는 사생활의 자유가 헌법적으로 보호되는 영역인지 좀 더 분명히 할 필요가 있다. 이러한 기본권의 행사와 그 제한은 전통적인 법학연구들에서는 ‘국가와 개인’의 관계로 사유되어 왔다. 예컨대 헌법재판소는 도로교통법 제11조에 관하여 “사생활의 비밀은 국가가 사생활영역을 들여다 보는 것에 대한 보호를 제공하는 기본권이며 사생활의 자유는 국가가 사생활의 자유로운 형성을 방해하거나 금지하는 것에 대한 보호를 의미한다”고 판시한 바 있다.⁷³⁾ 간통죄의 경우에도 개인의 자기결단인 성적 자기결정권에 대해서 국가가 형벌권을 행사한다는 점에서 국가의 기본권 제한의 관점에서 사유된다.

이러한 사유에서 국가 앞에 있는 개인은 성별과 무관하고 가족과 같은 친밀성 내지 책임의 관계 속에 들어가 있는 것 같지 않다. 하지만 송두환 재판관의 의견은 성적 자기결정권을 ‘타인과의 관계’ 속에서 고려하는 관계적 사유를 제시하고 있어

하면서도 혼외 성관계의 성적 자기결정권은 기본권의 견지에서 보호하는 태도는 일치하지 않는다.

71) 여기서 ‘관계적 개인’이나 ‘관계 속에서의 권리론’이라는 아이디어는 길리건(Carol Gilligan) 이후 많은 여성주의 사상가들이 제시한 관계적 자아론에 기초해 있다. 일반적으로 Virginia Held, 전계서(1995)를 참고할 것.

72) 헌법재판소 2008. 10. 30. 선고 2007헌가17등 결정.

73) 헌법재판소 2003. 1. 30. 선고 2002헌마518등 결정.

주목된다. 앞서 본 간통죄의 위헌성을 결정한 법정의견에서도 성적 자기결정권은 국가 앞에 고립된 개인이 서 있는 듯한 ‘2자적 관계’ 속에 있다고 할 수 있다. 하지만 젠더적인 렌즈에서 본다면 고립된 개인이란 주로 남성을 모델로 하는 인간관이며,⁷⁴⁾ 성성이란 더욱이 인간간의 권력관계로부터 벗어나서 존재하는 자연물이 아니다. 오랫동안 페미니즘은 가부장적 사회에서 성적 욕망과 성성이 다양한 사회적 권력관계, 특히 성별간의 권력 관계 – 가족제도, 임신과 출산과 양육에 대한 성 역할, 남녀의 정조에 관한 문화적 규범 등 – 의 산물임을 밝히고자 노력했다.⁷⁵⁾ 동시에 여성이 자율적인 성적 주체가 되기 위한 사회문화적 기초를 다지기 위해 다양한 운동을 전개해 왔다.⁷⁶⁾ 여성이 자율적인 성적 주체성을 가지기 위해서는 임신·출산을 하는 여성의 신체적 차이의 인정에서부터 노동시장에서의 평등권의 쟁취, 그리고 재생산권(reproductive right), 가족구성권에서 차별받지 않은 권리 보장 등을 필요로 한다. 하지만 오늘날 서구사회에서도 여성의 성성이 남성과 마찬가지로의 자율성을 구가한다고 말하기는 어려울 듯하다. 이러한 맥락에서 맥키논은 “성의 자유담론은 기본적으로 남성의 자유이다”라고 비판하였다. 성성에 대한 프라이버시 담론은 이성애적 성관계에서 여성이 남성의 필요에 따라 이용될 수 있는 가능성(availability)을 증진시킬 뿐이라고 프라이버시 담론에 대해 언급한 바 있다.⁷⁷⁾

그럼에도 현재는 혼인빙자간음죄의 위헌결정과 간통죄 위헌결정에서 성적 자기결정권에 대한 자유주의적 담론을 가감 없이 활용하였다. 그것은 추상적이고 자율적인 개인이 행사하는 권리로서 개인의 성적 욕망이나 쾌락의 추구에 대한 결정이라는 협소한 의미를 가지고 있다. 가히 성적 자유주의 담론의 전성시대가 목전에 다가와 있다.⁷⁸⁾ 이러한 담론은 외면상으로는 평등한 자유주의적 성성의 옹호처럼

74) Robin West, “Jurisprudence and Gender”, *University of Chicago Law Review*, Vol. 55. No. 1 (1988) 참고.

75) 한국성폭력상담소 편, **섹슈얼리티 강의**(동녘, 1999); 변혜정 편, **섹슈얼리티 강의, 두 번째 - 쾌락, 폭력, 재현의 정치학**, 한국성폭력상담소 기획(동녘, 2006).

76) 한국에서 성적 자기결정권이라는 권리 담론은 주로 1990년대 여성에 대한 성폭력에 대한 대응으로 여성이 성적으로 자율적인 주체성을 가지고 있다는 이념 아래 전파되었다(신상숙, “성폭력의 의미구성과 ‘성적 자기결정권’의 딜레마”, **여성과 사회**, 제13호 (2001. 9), 6-43면).

77) Catharine MacKinnon, “Abortion: On Private and Public”, *Toward a Feminist Theory of State* (Harvard University Press, 1989).

78) 간통죄에 대해 성적 자기결정권을 수호한 헌재가 낙태죄에 대해서는 합헌결정(2012. 8. 23. 선고 2010헌바4022 결정)을 한 점도 주목된다. 주지하다시피, 낙태는 성적 자기결정권을 행사하는 사회, 특히 여성에게는 성관계에 따른 불가피한 선택사항이지만,

보이지만 지배적인 성문화나 가부장적 사회구조를 외면함으로써 남성과 여성의 섹슈얼리티가 차별적으로 규정되는 현실을 눈감아 주는 효과를 가질 것으로 전망한다.⁷⁹⁾ 필자가 보기에는 간통죄 위헌결정의 성적 자기결정권 담론의 효과도 크게 다르지 않다. 법적 담론은 자유로운 성적 자기결정권의 옹호에서 멈출 것이 아니라 차별적인 성적 자기결정권의 현실을 보정할 수 있는 새로운 근거와 조치를 제공해야 할 것이다.

이렇게 현재의 논변에는 이념형적으로 국가 앞에 서서 자신의 권리를 추구하고자 하는 개인이 존재할 뿐이라고 평가한다. 성적 파트너가 있는 사람의 성적 자기결정권 행사의 문제를 다루기 위해서는 국가 대 개인이라는 2자 관계를 넘어서서 국가 대 개인(여성 개인과 남성 개인)이라는 3자 관계, 나아가 젠더간의 관계적 사유를 필요로 한다.⁸⁰⁾ 이성애적 혼인제도는 젠더관계를 포함하기에 배우자의 성적자기결정권의 문제는 여성과 남성간의 평등과 차이의 문제를 수반할 수밖에 없다. 그럼에도 헌법재판소와 자유주의 형법의 사유는 놀랍도록 젠더 중립적이다.

(2) 젠더 중립적 성적 자기결정권

앞서 논의한 대로 한국사회의 혼외 성관계는 기혼남성들이 주도하는 세계임에도 간통죄를 심리했던 헌법재판소나 형법담론에서 성별성에 대한 고려는 매우 약하다. 현재 한국사회에는 축첩은 줄어들었는지 몰라도 남성과 여성에 대한 성의 이중 기준은 별로 사라지지 않았다고 보인다. 이호중 교수가 지적하듯이, “가부장제의 전통이 강하게 남아있는 우리사회에서 남성에게 많은 여성과의 섹스는 사회적 능력의 상징이 되는 경우가 많다. 반면 여성의 경우에는 한번만의 외도만으로도 이미 불륜의 딱지가 붙는다.”⁸¹⁾ 무엇이 불륜인가조차 성별에 따라 다르게 규정된다는 것이다.

이런 견지에서 간통죄의 헌법문제를 다룸에 있어서 젠더는 가장 어두운 맹점으

낙태죄는 (여남의) 성적 자기결정권이 논해지기보다는 태아의 생명권의 관점에서 존치되었다. 또한 성매매특별법의 강요 없는 성매매에 대한 성판매자 처벌 조항도 ‘성적 자기결정권’의 관점에서 위헌제청이 제기된 상태이다.

79) 비슷한 취지로는 이호중, “성형법 담론에서 섹슈얼리티(Sexuality)의 논의지형과 한계 - 혼인빙자간음죄와 간통죄 폐지논의를 중심으로”, **형사정책**, 제23권 제1호(2011. 6), 18면 참고.

80) 이는 가정폭력, 성폭력 등과 같이 여타의 젠더에 기반한 범죄(gender-based crimes)의 경우에도 그러하다.

81) 이호중, 전제논문, 13-14면.

로 남아 있다고 평가한다. 지난 2월 현재의 결정에서 볼 때 간통죄의 규정이 양성 평등에 반하지 않는다는 믿음이 굳건한 것 같다. 그 이유들은 아래와 같이 추정되는데 그것이 정당한지 하나씩 살펴본다. 첫째, 간통죄는 쌍벌죄 규정을 두고 있어 양성평등한 법이라는 믿음을 가지고 있다고 보인다. 현대의 간통죄는 식민지 시기나 조선시대와 같이 여성을 엄벌하는 간통 개념에서 벗어나 여성에게도 배우자를 처벌할 수 있는 권한을 부여했다는 것이다. 하지만 이미 지적하였듯이 상대 배우자를 고소하고 처벌하는 데 있어서 남편과 부인의 권력이 같지 않다. 부인에 비해 남편은 고소를 덜 취하하며 여성은 더 많이 실형을 받는다. 따라서 쌍벌죄라고 해도 간통의 법적 처리과정에서 성차별적 효과가 나타나며, 경제력이 약하고 성역할 규범을 가진 여성들의 경우, 간통죄 고소를 선택하기는 보다 어려우며 간통죄로 처벌되기는 보다 쉽다. 둘째, 간통행위에는 늘 한 명의 여성과 한 명의 남성이 관여하고 이론적으로 쌍방은 동의에 기초한 성관계를 가진 것이므로 젠더의 차별이나 억압을 논할 소지가 없는 것으로 간주된다. 하지만 남성과 여성에 대한 성규범이 제각각인 한국사회에서 혼외 성관계를 하는 남성과 여성의 입장이 동일하지 않다. 물론 개별적인 간통 사건들에 이와 같은 진단이 모두 적용되지는 않겠지만 앞서 본 2014년 조사에서도 나타나듯이, 남성은 여성에 비해 혼인관계 중에 더 많이 간통을 저지르고 그럼에도 불구하고 여성에 비해 더 많이 그 행위가 용인된다. 즉 간통행위를 하는 남성과 여성의 입장(혼인지위, 혼인의 파탄여부 등)이 동일하지 않을 가능성이 높다. 셋째, 간통죄에 대한 제4차 사건에서 판시한 대로 간통죄의 입법 목적 중 하나가 혼인제도의 보호에 있다고 보기에 간통죄 규정 자체가 젠더 정의에 부합한다고 생각할 수 있다. 즉 “이 사건 법률조항은 남녀평등처벌주의를 취하고 있으므로 양성의 평등이 훼손될 여지도 없다. 오히려 일부일처제를 보장하고 건전한 성도덕을 형법상 보호함으로써 혼인과 가족생활의 유지, 보장 의무행에 부합하다고 할 것이다”라고 헌법재판소는 판시한 바 있다.⁸²⁾ 하지만 앞서 지적하였듯이, 여성의 보호는 단지 일부일처제의 보호를 통해 이루어진다는 개념은 여성에 대한 보호자적인 태도이다. 이런 인식은 일부일처제에서도 불평등한 젠더관계와 성역할이 계속되고 있다는 점을 간과하고, 여성의 권리를 가부장적인 가족을 유지하고자 하는 태도와 등치시킨다는 점에서 여성들의 목소리를 왜곡할 위험성이 있다. (여성)배우자의 자기 권리 주장과 일부일처제 가족보호의 논리는 동일하지 않다.

⁸²⁾ 헌법재판소 2008. 10. 30. 선고 2007헌가17등 결정.

간통행위자의 혼인지위, 혼인의 파탄 여부, 상대 배우자의 용인 수위, 법적 사회적 제재의 수위 등 간통행위 및 그 처리의 모든 국면에서 여성과 남성에게 따라 차이가 나타난다는 것은 젠더의 사회적 구조가 작동한다는 것을 의미한다.⁸³⁾ 그럼에도 그동안 간통죄의 법논리는 젠더 중립적(gender neutral) 견지에서 논의되었다.⁸⁴⁾ 젠더 중립성이란 어떤 법이나 정책의 결과와 효과가 젠더에 따라 차이가 없을 것으로 가정하여 젠더 범주를 고려치 않는 태도를 의미한다.⁸⁵⁾ 하지만 법적 평등이란 단지 자유주의적인 형식적 평등(formal equality)에 머무는 것이 아니라 젠더간(집단간) 차이를 수용하고 보정하는 실질적 평등(substantive equality)의 상태를 함의한다. 이제 한국에서 법조문상으로 성차별적인 입법은 거의 존재하지 않는다. 오히려 현재의 법의 역할은 성불평등의 원인을 사회문화적 현실에 떠넘길 것이 아니라 평등하지 않은 현실의 여성들이 더 많은 정의를 누릴 수 있도록 논변과 대책을 찾는 것에 있다고 보인다.

이상과 같은 해석이 남성 배우자나 남성 상간자의 남성으로서의 고통이 있을 수 있다는 것을 부정하는 것은 아니고 여성들이 혼외 성관계를 주도할 수 있다는 것을 부정하는 것도 아니다. 남성이 혼외 성관계의 당사자나 피해 배우자의 입장이 되어 당하는 고통이 여성에 비해 객관적으로 약소하다고 예단할 수는 없겠으나, 여성 피해자가 그러하듯 젠더의 사회적 구조로부터 기인하는 정조 규범, 자녀에 대한 책임과 가족의 비난 등의 측면에서 상대적으로 관대한 상태에 놓여 있을 개연성이 높다고 진단한다.

83) ‘젠더(gender)’란 여성다움 혹은 남성다움과 같이 사회적으로 기대되는 개개인의 성별 속성을 지칭하는 데 그치지 않는다. 젠더는 어떤 사회의 경제적 생산, 인구의 재생산, 군사 등과 같은 사회적 조직에 남성과 여성을 배치하는 원리가 되어서 남성다움과 여성다움이라는 개개인의 젠더를 역으로 구성한다. 이것이 사회와 역사에 따라 젠더의 특성이 달라지는 이유이며 젠더가 단지 서술적 변수가 아니라 역사와 사회, 나아가 법을 분석할 수 있는 ‘유용한 분석방법’이 되는 이유이다. 성성(sexuality)도 젠더의 사회구조의 산물로 볼 수 있다.

84) 현재가 간통죄와 관련하여 젠더적 사유를 구사한 경우는 간통죄 규정이 더 이상 여성 보호의 기능을 하지 못한다고 인정했을 때이다. 성차별적인 현실에서 간통죄가 작동하는 방식이 여성에게 불리하다는 것에 주목하였다면 법은 그것을 보정하기 위한 대책과 논거를 마련하려고 힘써야 할 것임에도 거기까지 법리가 이르지 못했다.

85) 예컨대 민법상 약혼연령이 남녀 모두 18세로서 젠더 중립적인 규정(민법 제801조)으로 지난 2007년에 개정되었다. 하지만 자(子)의 성분 규정(민법 제781조)에서는 부모가 동일한 지위를 가지고 있지 않아서 젠더특정적(gender-specific)이다. 젠더 중립적 규정이 실제로는 성차별 효과를 내는 경우도 있다. 자세한 논의는 줄고, “젠더(gender)에 관한 법적 추론의 여러 방식들, **젠더법학**, 제3권 제2호(2011)” 참고.

3. 피해 배우자의 손해

(1) 이름 붙이기 어려운 ‘고통’: 배우자의 외도

이제까지 본 바와 같이 간통죄에 대한 헌법 심사는 성도덕 대 성적 자기결정권, 개인의 사생활 대 국가의 감시, 가족제도의 유지와 성의 자유와 같은 틀(frame) 속에서 심리되었다.⁸⁶⁾ 여성과 남성간의 불평등문제는 간통 쌍벌죄로 정리가 되었고 간통 기소율과 처벌율의 수치를 근거하여 여성에 대한 보호기능에 대해서도 부정적으로 판단하였다. 이에 간통으로 인한 피해가 가지는 젠더적 고통은 애초에 논의의 바깥에 있었다고 보인다.⁸⁷⁾ 앞서 논의한 것처럼, 헌법재판소의 헌법적 심사에서는 국가 대 개인이 중심에 있다고 보이는데, 이때의 개인은 주로 간통 행위자(잠재적 범죄자)라고 할 수 있다. 이에 따라 일반적 형사사건에서와 같이 간통죄의 헌법적 문제를 다룸에 있어서 그 초점은 간통을 행한 기혼자의 기본권의 관점에서 다루어졌을 뿐 ‘피해 배우자’의 지위는 잘 보이지 않았다.⁸⁸⁾

이에 따라 이하에서는 이렇게 숨겨진 피해 배우자의 손해에 대해 논의해 보고자 한다. 물론 피해 배우자에는 여성과 남성 모두가 포함되지만, 여기에서는 피해 배우자의 전형을 이념형적으로 여성에 두고자 한다. 여성을 피해 배우자의 전형으로 두는 이유는 첫째, 혼인 중 외도를 할 확률이 남성이 여성에 비해 훨씬 높기 때문에 객관적으로 여성이 피해 배우자가 될 확률이 높기 때문이다.⁸⁹⁾ 둘째, 여성들의 경제력이 남성에 비해 약하고 가족을 지켜야 한다는 성역할이 부가되면서 이혼에 대한 부담이 여성에게 더 높고 남성에 비해 관계에 의존하는 정도가 더 높을 것이라는 등 경제·사회·심리적 사유에서 상대 배우자의 외도에 대해 여성이 남성에 비해 더 취약할 것으로 보이기 때문이다. 셋째, 사회사적으로 볼 때 현대의 간통은 남성의 축첩과 일부다처제의 연장선상에 놓여 있기에 한국 여성들의 피해 배우자 경험은 선대 어머니들의 누적된 고통과 연결된 역사성을 가지고 있다고 보이기 때문이다.

86) 같은 의견 이호중, 전제논문.

87) 여성 간통행위자 및 여성 상간자의 경우에는 남성의 경험과 차이가 있을 것으로 생각되지만 이는 별도의 연구를 요한다.

88) ‘피해 배우자’라는 호칭은 흔히 사용되지 않지만, 여기서는 간통행위를 한 배우자로 인한 손해를 분명히 하기 위하여 의식적으로 사용한다.

89) 앞서 본대로 2014년과 1991년 조사에서 비슷하게 남성이 여성의 약 5.5배 많은 것으로 나타났다.

한편, 헌법재판소는 제4차 결정의 위헌의견에서 간통은 국가형벌이 아니라 민사적으로 구제될 수 있다고 하면서 “부부는 동거하며 서로 부양하고 협조하여야 한다”는 민법 제826조를 중심 근거 규정으로 판시하였다. 이 규정에 따라 부정(不貞)한 행위를 하지 않을 의무가 도출되는 것으로 해석한 것이다. ‘동거의 의무’에 따라 성적성실의무가 모든 부부에게 획일적으로 적용되는 것인지는 더 논의해 봐야 하겠지만,⁹⁰⁾ 배우자의 부정은 부부의 공동생활을 현저히 위협하고 훼손하는 행위라는 점에서 제826조 위반의 불법행위라는 점을 분명히 하고 있다. 또한, 헌법재판소는 제5차 결정에서 이혼과 관련하여 일방 배우자의 간통행위는 재판상 이혼사유가 되고(민법 제840조 제1호), 그로 인한 재산상 및 정신적 손해를 배상할 의무를 지며(민법 제843조, 제806조), 법원은 자(子)의 양육에 관한 사항에서 면접교섭권의 제한 및 배제, 자의 복리를 고려함에 있어서(민법 제843조, 제837조 제3항, 제4항, 제837조의2 제2항) 부정한 행위를 한 배우자에게 불이익을 줄 수 있다고 판시하였다. 참고로 2014년 대법원 판례에서도⁹¹⁾ 혼인파탄 이후 제3자와의 성적 행위(혼외 성관계)로 인한 손해배상청구 사건에 대하여 다수의견은 “실질적으로 부부공동생활이 파탄되어 회복할 수 없을 정도의 상태”에 이르렀다면 불법행위로 인한 (배우자의) 손해배상청구권이 없다고 판단한 바 있다. 이는 기존의 법률혼주의에서 이탈하여 부부공동생활의 실체를 기준으로 배우자의 권리가 침해되었는지 여부를 살펴보았다는 점에서 주목된다.⁹²⁾ 환언하면, 혼인관계의 실질이 존재한다면, 배우자의 혼외 성관계는 불법행위를 구성하여 타방 배우자의 손해배상권을 인정할 수 있다는 취지라고 해석된다.

이러한 판례에 기초할 때 간통죄 폐지 이후 배우자의 혼외 성관계가 가지는 불법성의 성격을 좀 더 분명하고 상세하게 구성해가는 노력이 필요하다 하겠다. 이제까지 배우자의 부정은 주로 부부간의 애정문제의 관점에서 생각되었지 객관적으로 ‘옳지 않은’ 불법행위라는 관점에서 분명하게 발생되지 않은 것으로 보이기 때문이다. 배우자의 부정은 민법 제826조 위반의 불법행위로서 분명하게 그 위법성이 구성될 필요가 있다. 다른 한편, 혼외 성관계가 가지는 위법성에 더하여 부부간에 명시적으로 계약을 체결하지 않았다 할지라도,⁹³⁾ 묵시적으로 혼인의 약정에

90) 섹스리스(sexless) 커플이 존재한다는 것을 고려할 때 동거와 성적 사랑을 등식화한다는 전제에 대해서는 논의가 더 필요하다.

91) 대법원 2014. 11. 20. 선고 2011므2997 판결.

92) 김재형, “[2014년 분야별 중요판례분석] ⑤ 민법(하)”, 법률신문(2015. 3. 13자).

93) 혼인을 앞둔 남녀는 혼인신고 전에 부부재산약정을 체결할 수 있는 것으로 규정하고

위배했다는 계약위반의 범리로도 접근할 수 있을 것이다.⁹⁴⁾

간통죄 폐지 이후의 국면에서는 민사적인 해결과 청산이 중요해졌으므로 민사적 해결에서 주로 원고가 될 피해 배우자의 손해가 가지는 사회적, 법적 성질에 대해 분명히 할 필요가 있고 이를 위해 그 손해에 대한 이해가 선행되어야 할 것이다. 손해를 입었다고 주장하는 원고에 대해 법원이 그 손해와 피해를 공감하지 못한다면 온전한 손해배상은 기대하기 어려울 것이기 때문이다. 성관계와 관련한 부부간의 신의 위반은 예컨대 생활비, 자녀 혹은 부모의 돌봄(care)에 대한 약속과는 그 성격이 사뭇 다를 것이다. 그동안 헌법재판소를 중심으로 한 간통에 대한 법적 논의가 간통행위자와 상간자의 성적 자유 내지 선택의 관점에 치우쳐 있었고 피해 배우자의 목소리는 이상하리만치 잘 들리지 않았다. 외도 배우자를 둔 피해자의 경험은 매우 신체적이고 정신적인 고통일 것이라고 예상되는데, 이 점에서 로빈 웨스트(Robin West)의 현상학적 접근은 매우 의미 있다고 생각한다. 로빈 웨스트는 여성의 고통이 법원에서 잘 이해받지 못한다고 하면서 그것은 고통을 묘사할 언어가 남성에 비해 훨씬 부족하기 때문이라고 진단한다.⁹⁵⁾ 간통 문제에 국한하지는 않지만 로빈 웨스트가 바라보는 쾌락과 고통의 젠더적 차이에 대한 그의 논의를 살펴본다.

두 성별이 향유하는 즐거움 또는 겪는 고통의 양 또한 다르다. 여성이 남성보다 더 많이 고통 받는다. 이 두 지점은 연결되어 있다. 여성이 남성보다 더 많이 고통 받는 한 가지 이유는 남성이 즐겁게 여기는 동일한 객관적인 사건이나 상황을 여성은 자주 고통스럽게 느끼기 때문이다. [중략] 여성의 성별 특유의 고통에 대한 방기(dismissal)는 다양한 형태로 나타지만, 그 결과는 언제나 같다: 여성의 고통은 어떤 이유에서든지 법적 구제 범위의 외부에 있다. 이처럼 여성의 구별되는

있지만(민법 제829조), 민법 제정 이후 40년이 지나 2001년에 최초로 부부재산약정이 등기된 후 현재까지 등기된 부부재산약정은 10여 건에 불과하다(전혜정, “등기례에 나타난 부부재산계약의 내용”, *가족법연구*, 제20권 제1호(2006)).

94) 부부재산약정을 법에 규정해 놓아도 실제로 활용도가 낮은 것은 사회문화적 이유라고 설명할 수 있을 것이다. 마찬가지로, 한국에서 혼인을 계약이나 약정으로 관념하지 않는 것이 일반적인 정서라고도 할 수 있을 것이다. 하지만 이러한 사회문화에 대해 법정책이 어떠한 의지를 가지고 개입하는가는 법적 과제라고 생각한다. 이 글은 혼인을 비계산적인 제도로만 바라보는 한국의 혼인문화와 이에 대한 법의 방관에 대한 문제 제기도 담고 있다.

95) Robin West, “The Difference in Women’s Hedonic Lives: A Phenomenological Critique of Feminist Legal Theory”, *Wisconsin Women’s Law Journal*, Vol. 3 (1987), pp. 149-215.

성별 특유의 피해들은 근래에 들어 지금까지 다양한 이유로 기각되었다: 사소해서 (길거리에서의 성적 괴롭힘); 동의에 의했기 때문에(직장 내 성적 괴롭힘); 우스워서(폭력적이지 않은 부부강간); 참여적이고, 잠재의식 속에서 원했거나 유발되었기 때문에(아버지/딸의 근친상간); 자연적이거나 생물학적이며, 따라서 피할 수 없는 것이므로(출산); 돌발적이며 그리고 개념적으로 성별 중립적인 고통과 연속적이므로(강간, 폭력 범죄의 관점에서); 당할 만하거나, 사적이어서(가정 폭력); 실재하지 않으므로(포르노그래피); 이해할 수 없어서(불쾌하고 원하지 않은 동의에 의한 섹스) 또는 법적으로 미리 예정되어 있기 때문에(부부강간, 혼인면책조항을 두고 있는 주들에서).

[중략] 권력이 없는 집단에 의해서만 고유하게 참고 견디어지는 피해들은 이름, 역사 그리고 일반적으로 언어적 현실을 갖지 못할 것이다. 필연적으로, 가해자뿐만 아니라 피해자도 그 고통을 어떤 다른 것 - 예를 들면, 응보(punishment), 아첨, 초월성, 또는 무의식적인 즐거움 같은 것 - 으로 변형시키게 될 것이다. 피해자는 처벌받아 마땅하고, 그것은 동의에 의한 것이며, 본성적이고, 잠재의식 속에서 원한 것이며, 법적으로 피할 수 없거나 또는 사소한 것으로 인식하는 것에 대한 피해자의 반응은 단순히 고통스러운 것으로 인식되는 피해에 대한 반응과는 매우 다르다. 우리는 우리가 처벌이라고 인식하는 위협에 대응해서는 우리의 행동을 바꾼다. 우리는 스스로 사소한 것이라고 여기는 피해들에 대응해서는 우리 자신을 위축시킨다. 우리는 스스로 잠재의식 속에서 원한 것이라고 인식하는 피해들에 반응하여 우리의 과거를 개조한다.⁹⁶⁾

이런 관찰에 입각하여 웨스트는 기존의 자유주의, 차이이론, 지배이론 등으로 운위되는 법여성주의(legal feminism) 이론들과 모두 거리를 두면서 여성주의가 여성의 고통과 쾌락의 체험에 더욱 다가갈 것을 제안한다. 피해자 자신도 표현하기 어려운 고통이라면 어떻게 법원이 그것을 공감할 것인가라는 질문은 통렬하게 다가온다. 필자는 배우자의 외도는 물리적 폭력을 사용하지 않는다고 하더라도 피해 배우자에게 가정폭력과 행위의 속성상 유사성을 가졌을 것으로 진단한다. 그것은 가정폭력과 마찬가지로 i) 친밀한 관계 속에서 지속적으로 행해지고, ii) 극심한 정신적 폭력을 가하여 극도의 정신적 스트레스를 가져오고, iii) 매우 은밀하게 일어나므로 사회적으로 (심지어 가족 안에서) 잘 알려지지 않고, iv) 멈추게 하기 어려우며, v) 문제를 공론화시키려면 혼인관계를 파기해야 하고 이로 인해 자녀 등에게 피해를 끼치고, vi) 무엇보다 가해자뿐 아니라 피해자도 수치스럽게 생각하는

⁹⁶⁾ West, 상계논문, pp. 150-151 & 153.

행위라는 점이다. 게다가 간통문제는 그저 부부간의 애정 (파탄) 문제가 아니라 한 배우자가 자신의 ‘다른 사랑’이라는 이유로 가하는 역설적 의미를 가진 폭행이다. 자신의 사랑 내지 욕망을 이유로 배우자에게 가하는 린치인 것이다.⁹⁷⁾ 가정폭력 문제가 그러하듯이, 간통의 국가정책은 간통으로 인한 피해자(및 그 피보호자들)에게 초점이 맞추어져야 한다고 생각한다.

웨스트가 진단한 것처럼, 우리사회의 통념에 비추어 볼 때 외도로 인한 피해 배우자의 고통은 배우자에 대한 ‘의심’이라든가 ‘질투’, 스스로 (성적 매력이 없는 이유 등으로) 자초한 것이라거나, 치사하게 애정 없는 배우자에게 매달린다거나, 자녀를 핑계로 댄다는 등 갖가지 의혹과 함께 ‘다른 이름’으로 불리기 십상이며 간통죄 고소는 상대 배우자에 대해 권리를 주장한다기보다는 증오에 불타는 ‘복수’로 비쳐지기 십상이다. 우리나라의 최고법원에서도 간통죄의 존재 이유를 ‘일부일처제 유지’ 내지 ‘건전한 성도덕’으로 표상해 온 것은 피해 배우자의 권리와 아픔을 제대로 이해할 수 없게 만드는 데도 일조했다고 본다. 이와 같은 치환된 표상은 부부간 신의의 가장 소중한 부분을 훼손당한 피해 배우자의 인격과 권리에 대한 일종의 조롱이라고 생각한다. 특히 배우자에 대해 ‘관계적 사유’를 했을 다수의 여성들에게 배우자의 외도는 남성보다 더욱 큰 충격을 준다고 할 때, 위로는커녕 위와 같은 언어로 그녀들을 바라보는 법과 사회의 태도는 2차, 3차 피해를 가했을 것이다. 앞으로 배우자 외도라는 폭력의 경험과 피해에 대해 그녀들/그들이 주체가 된 ‘언어의 발굴’이 필요할 것이다. 피해 배우자가 자신의 고통과 권리를 주장할 수 있는 언어가 부족하다는 사실은 혼인이라는 약정의 내용과 한계를 합리적인 법적 문법으로 수용해 오지 못한 제도에 주요원인이 있다고 본다.

(2) 손해의 산정과 배상방법

현행법의 체계 하에서도 피해 배우자는 이혼소송과 함께 상대 배우자에 대해 손해배상청구를 할 수 있다. 앞서 말한 민법 제826조의 규정과 불법행위에 관한 일반적 손해배상 규정(민법 제750조) 등을 근거로 하여 배상청구를 할 수 있다. 이혼시 부부재산분할청구는 이혼의 귀책사유와는 원칙적으로 무관한 것이어서 피해 배우자가 재산분할에서 더 유리한 지위를 가지게 될 것으로 말하기 어려우므

97) 이 점에서 가정폭력, 성폭력과 함께 배우자의 외도도 ‘성성을 매개로 한 폭력’에 포함될 수 있지 않을까 일견 생각한다. 이는 위의 행위들이 모두 동일한 범죄라는 것을 의미하는 것은 아니다. 오히려 성성을 매개로 한 폭력이 정신적인 차원을 적극적으로 포함하며, 단지 육체적 접촉에 국한하지 않는다는 것을 의미한다.

로 배우자의 혼외 성관계에 대한 법적 구제에는 손해배상 즉 위자료의 중요성이 크다.⁹⁸⁾ 위자료 산정에 있어 유리한 고지를 점하기 위하여 간통죄 고소가 활용되었다는 앞의 지적을 고려할 때, 간통죄 규정이 부재하는 맥락에서 민법적 손해배상의 논변의 발달이 기대되는 것이다.

하지만 실제 이혼소송의 현실을 살펴보면 간통 피해 배우자가 간통으로 인한 손해배상을 제대로 받을 수 있는지는 회의적이다. 위자료의 산정기준은 통상 부부의 혼인기간, 나이, 학력, 가족관계, 재산 정도 등 다양한 요소들을 참작하여 결정된다. 또한 이혼에 이르게 되는 원인에는 배우자의 부정뿐 아니라 다양한 요소가 고려되기 때문에 ‘배우자의 부정’에 대한 위자료 액수를 따로 떼어 생각하기 어렵다는 것이 실무의 의견이다.⁹⁹⁾ 실제로 외도한 배우자 및 상간자를 상대로 한 대다수 판결에서 인정된 위자료액은 2,500만원에서 5,000만원 정도(상간자는 그 절반)의 범위 내에 있다고 한다.¹⁰⁰⁾ 부정 행위자의 경제수준 등 여러 요인들이 있었으나 일반적으로 위 액수는 피해 배우자가 당했을 신체적·정신적·사회적 손해를 회복하고 이혼이 발생하지 않았다면 유지할 수 있는 생활수준의 기대에 입각한 위자료에는 크게 못 미치는 액수이다. 이 정도의 우리법원의 위자료 액수 산정은 역으로 피해 배우자의 피해를 사소하게 만들고 그 경험이 개인에게는 중요하지만 사회적으로는 큰 의미를 가지지 않는 것으로 만들 것이다. 여전히 핵심은 피해 배우자가 간통으로 인한 고통을 언어화하여 법원과 사회가 그것을 공감할 수 있게 만드는 것에 있다.

이상의 생각을 정리하면, 먼저 피해 배우자의 손해는 부부간의 정조의 의무 내지 성관계의 의무라기보다는 부부가 자발적으로 스스로를 구속한 약정을 위반한 행위에 대한 책임을 진다는 선명한 책임론 위에 기초해야 한다. 배우자의 손해는 정신적, 신체적, 경제적 피해에 기초해 현실적 액수로 산정해야 하며, 이것은 이혼의 귀책사유와는 별도의 손해배상의 각도에서 다루어져야 한다. 그런데 위자료를 산정함에 있어 가족관계의 지속성이라는 견지에서 손해의 청산이라는 관점을 넘어 서서 가족에 대한 미래의 부양적 관점도 필요하다. 그것은 이혼이 없었다면 유지할 것으로 합리적으로 예견되는 삶의 수준의 상당한 유지를 의미한다. 이에 따라

98) 물론 분할하거나 지급할 재산이 없는 외도 배우자의 경우가 있을 것이므로 경제적 조치가 모든 이에게 구제수단이 될 수는 없다.

99) 이명숙, 전계논문, 127-128면 참고.

100) 신한미, **이혼소송에서의 위자료 및 재산분할실무**(2008)(정계선, 전계논문 73면에서 재인용).

지급 방식도 일시금이 아니라 정기금방식이 적극적으로 고려될 필요가 있다 (민법 제751조 제2항).¹⁰¹⁾ 나아가 현재의 사회에서 혼인의 약속이란 통상적인 사인 간의 계약의 의미를 넘어서 가족관계(친밀성 공동체)를 형성하는 첫 단추이기에 그 파기는 당사자뿐 아니라 그들의 자녀 등 관계를 맺고 있는 사람들의 생활기반을 뒤흔든다는 점에서 그것의 파기에 따른 손해는 단지 개인의 그것을 넘어서 가족정책적 견지에서 책임을 묻는 징벌적 성격을 가져야 할 것으로 사료된다. 혼인의 약정 위반은 일반적인 계약 위반보다 더 중하게 그 책임을 물어야 할 것이다.¹⁰²⁾ 하지만 이제까지의 이혼시 위자료 지급은 재산분할과의 상관관계 속에서 산정되는 형식적인 것에 머물러 있다. 이제 모든 개인이 누려야 할 성적 자기 결정권이라는 기본권과 앞에서 지적한 혼인의 약속 사이에서 적절하게 균형을 잡는 법논리가 필요하다.

(3) 이혼이라는 해결책이자 손해

배우자의 간통을 고소하기 위해선 이혼을 전제로 하였다. 여기에는 간통문제에 대해 이혼하지 아니하고 배우자 간에 알아서 처리하면 국가는 관여치 않겠다는 전형적인 사적영역 개입 자제라는 태도가 존재한다. 이에 따라 간통의 피해 배우자는 이혼이나 간통의 용인이나라는 이분법적 기로에 서게 된다.¹⁰³⁾ 간통을 멈추게 하면서 혼인관계를 유지하려할 때 취할 수 있는 법적 수단이란 별로 없기 때문이다.¹⁰⁴⁾ 이렇게 이혼을 전제로 배우자에 대한 형사고소는 가족 내 비리를 ‘사적분쟁’으로 격하시킨다는 비판이 있지만,¹⁰⁵⁾ 사적분쟁의 문제보다는 부부간에 발생하는 비리(非理)에 대해서는 ‘참지 못하겠으면 헤어지라’는 법적 처방이 있을 뿐, 헤

101) 피해 배우자가 자립할 수 있을 정도의 기간인 10년 정도의 ‘생활비지급 의무화’와 같이 지급방식도 고려해볼 만하다(배금자 변호사 인터뷰. 경향신문, 2015. 4. 16자). 위자료 지급방식에 관해서는 최근 이혼시 재산분할에서 배우자에 대한 퇴직급여 및 공무원의 퇴직연금의 지급권과 같은 신재산(new property) 분할에 관한 대법원 판결의 추이도 참고할 수 있다.

102) 물론 이혼시 실질적 손해배상책임의 부과와 중요성은 혼외 성관계로 인한 피해에만 국한되지 않고 다양한 사유들에 대해서도 마찬가지이다.

103) 이명숙 변호사는 이혼을 원하지는 않지만 간통죄만 고소하여 가정으로 돌아오도록 원하는 의뢰인들이 있지만 친고죄임을 알고 고소를 포기하는 배우자들이 다수 있었다고 보고한다(이명숙, 전계논문, 129-131면).

104) 그 중 하나가 상간자에 대해 손해배상소송을 제기하는 것인데, 이런 소송들이 증가하는 추세라고 한다(이명숙, 전계논문, 131면).

105) 이호중, 전계논문, 14면.

어지지 않고 법의 조력을 받아 그 비리를 보정하는 일응의 대책이 없다는 것이 더 문제라고 본다. 장시간 의식주를 공유하면서 다양한 사안과 부딪히게 되는 결속체(가족) 내부의 문제를 해체가 아니면 용인하라는 법의 태도는 상당한 수준의 폭력이나 비리가 있어도 그것을 용인하라는 언명이 될 수 있다고 보인다.

간통 사건에서 이혼을 선택하지 않고도 조정·조율할 수 있는 법적인 완충장치가 있다면 바람직하겠으나 현재는 이혼만이 그 법적 해결책이 되고 있다.¹⁰⁶⁾ 앞서 본대로 지난 2월의 헌법재판소의 다수의견에서도 재판상 이혼청구, 손해배상청구 등에 의해서 배우자 외도에 대한 청산이 보다 효과적으로 달성될 수 있다고 판시하였다. 하지만 앞서 본대로 복잡한 손해배상액의 산정과 경미한 손해배상액의 인정, 재산분할과의 원칙적 분리, 특히 현재의 의견과는 달리 외도한 배우자가 자녀 양육권의 행사에서 배제되지 않는 현실¹⁰⁷⁾ 등을 고려할 때 이혼을 통해서 피해의 청산과 회복이라는 목적이 달성될지는 회의적이다. 보다 중요하게는, 설사 이혼에 의해서 피해 배우자의 손해가 청산된다고 할지라도, 본인의 귀책사유 없이 이혼을 ‘선택하게 된’ 손해에 대해서는 배상받지 못한다고 보인다. 법의 논리로는 이혼을 합리적인 해결책으로 제시하고 있지만 이혼 자체가 가져오는 정신적, 경제적 손해에 대해서는 아무런 방비가 없다. 이러한 각도에서 보면 피해 배우자의 입장에서 이혼의 선택이란 하나의 해결책이면서도 일종의 자해행위에 해당할 수 있다. 최악을 피하기 위한 차악의 선택일 수 있다. 앞서 본대로 정당한 손해배상이 이루어지지 않을 가능성이 높다는 것을 감안할 때, 피해 배우자가 이혼을 선택했다고 할지라도 2차 피해(이혼과정에서의 피해), 3차 피해(이혼 후의 피해)를 입을 가능성이 높아 보인다.¹⁰⁸⁾

106) 혼인 ‘중에’ 배우자가 서로 협상력을 가지고 가족경영에 관한 쟁점들을 서로 조절할 수 있도록 하는 법적 장치를 마련하는 것은 필요한 일이다. 참고로 2006년 11월 법무부가 발의한 민법상 부부재산제의 개정안에서는 ‘혼인 중의 재산분할제도’를 두었으나 결의되지 않았다. 또한 2012년 2월 부부계약 취소권(민법 제828조)이 삭제됨으로써 부부간 계약도 다른 계약과 마찬가지로 구속력이 강화되었다. 혼인 중 협상력이라는 아이디어에 대해서는 Mary Ann Case, “Enforcing Bargain in an Ongoing Marriage”, *Washington University Journal of Law & Policy*, Vol. 35 (2011), pp. 225-260 참고.

107) 이명숙, 전제논문, 129면.

108) 그동안 간통 배우자의 유죄의 입증을 위한 증거 수집은 주로 피해 배우자의 몫이 되어왔다. 사설탐정제도가 없는 우리나라에서 배우자들은 직접 다양한 에이전시를 통해 배우자의 부정에 대한 ‘증거’를 수집해 왔는데 이는 많은 경제적, 정신적 비용을 수반하는 것이다. 이 절차는 자주 부정 행위자와 상간자의 인권 문제라는 관점에서 논의되어 왔으나 공적 기관이 나서지 않는 상황에서 피해 배우자 역시 위법성의 경

그럼에도 우리 법원은 이혼의 합리성과 여성의 경제적 자립에 대해 상당한 신뢰를 갖고 있는 것 같다. 현재는 제4차 결정의 위헌 의견에서 “여성의 생활능력과 경제적 능력이 향상됨으로써 여성이 경제적 약자라는 전제가 모든 부부에 적용되지 않는다”고 하였다. 여성이 더 이상 경제적 약자가 아니라고 보이지도 않지만 설사 약자가 아니라고 할지라도 경제적 청산을 통해 부부간 약정을 훼손한 행위에 대한 책임 이행이 이루어지지 않아도 된다는 것을 의미하지 않는다. 민사적 조치를 통해서 진정한 구제가 이루어지지 않는다면 대한민국에서 혼외 성관계에 대해 법적 제재를 할 법정은 이제 존재하지 않는 것이 된다. 혼외 성관계 문제를 정당하게 다루는 이혼법정이 이제 부부간에 신의와 약속을 지켜야 한다는 공동체 규약을 지켜내야 할 최종적인 보루가 된 것이다.

IV. 맺음말

이 글에서는 간통죄 위헌 심사를 통하여 한국의 법원과 사회에서 회자되는 담론과 가치에 대해 살펴보았다. 단순히 표현하면, 그 논변은 성도덕 대 성적 자기결정권의 이분법 위에 놓여 있다. 전통적인 성도덕 내지 성적 질서가 그동안 수호되던 간통죄의 보호법익이라면 최근의 위헌결정에서 보다 분명하게 승인된 가치는 시민개개인의 성적 자기결정권이라 할 수 있다. 이렇게 간통죄를 둘러싸고 성도덕으로 대변되는 전통과 자기결정권으로 말해지는 근대성의 이분법이 존재한다고 일견 보인다. 한 걸음 더 들어가 보면, 이러한 이분법은 서로 적대적인 관계가 아니라 오히려 상보적 관계를 가진, 두 분리된 영역의 성성 규범을 나타낸다고 해석된다. 성도덕이 가족제도와 한 쌍을 이룬다면 성적 자기결정권은 가족의 바깥 내지 가족과 무관한 고립된 개인과 다른 쌍을 이룬다. 문제는 이 양자를 연결시킬 수 있는 가치론의 부족이다. 이 글은 그것을 ‘관계 속에서의 권리론’으로 이해하고 있는데, 여성주의 학자들은 이른바 사적영역으로 치부된 가족 영역에 적용될 수 있는 정의론의 구축이 매우 부족하다는 점을 역설해 왔고, 사적영역의 무정부상태에 대해서 경고해 왔다.¹⁰⁹⁾ 앞서 성성의 역사적 지층에 대해 논한 것처럼, 한국사회의 간통은

계에서 줄다리기를 하는 위험한 상황에 놓여 있음을 고려해야 할 것이다. 앞으로 피해 배우자에 의한 민사소송이 제기될 경우 그 위법성 증거의 기준은 약화된다고 해도 마찬가지로 방식의 증거수집이 이루어질 가능성이 높다.

개개인이 알아서 처리해야 하는 사적 영역의 문제일 뿐 아니라 젠더간의 문제이고, 탈역사화된 ‘전통’ 원리의 지배를 받는 정조규범의 문제라는 복합적인 문제이다. 이러한 상태에서 한국가족의 간통에는 부부관계가 “좋다/좋지 않다”와 같은 관계의 잣대가 적용될지언정 “옳다/옳지 않다”와 같은 기본적 정의의 잣대는 대거 누락되어 왔다고 진단한다.

이러한 상황은 한국의 결혼제도 내지 결혼인식과도 엇물려 있다. 한국의 결혼은 놀라우리만치 계약적 성격을 부각시키지 않는다. 앞서 지적한 대로 민법에 규정되어 있는 부부재산약정 규정이 적용된 사례조차 매우 적다. 예컨대 부동산, 하다못해 자동차 한 대를 매입하거나 매각할 때 고려해야 하는 다양한 계약조건들을 상기할 때, 한국의 혼인이라는 (비명시적) 계약은 허술하기 이를 데 없다. 가족 위기시 뿐만 아니라 변화하는 사회 속에서 파트너들의 라이프스타일과 취향이 다양해질 것이기에 각자의 개성을 담보하기 위하여 ‘파트너 약정’은 점점 더 중요해질 것이라고 전망한다. 혼인관계 속에서도 배우자의 이성 친구, 나아가 복수의 이성파트너를 허용할 가능성도 배제할 수 없다. 이 경우 사실혼 내지 인적 결합체를 선택할 수 있을 것이고 배우자간의 명시적 양해와 용인이라는 한계 내에서 혼외관계가 실정법의 위반이 되지 않을 수도 있다. 이런 시각에서 본다면, 오늘날 한국의 간통현상과 그 진한 파장은 마치 운명인 양 비계약적 관계로 묶어 놓은 현행 혼인제도의 그림자라고 할 수 있다. 그러면서도 다른 한편에서는 이혼이라는 근대적이고 개인적인 선택지가 열려있다고 알려준다. 이혼은 개인적인 선택이지만 그 충격을 흡수하기 위해서는 이혼에 대한 사회적이고 국가적인 노력을 함께 기울여야 할 것이다. 이상과 같이 이 글은 간통죄 폐지의 국면에서 이전의 존치나 폐지의 입장과는 다른 입장을 개진해 보았다. 그것은 무엇보다도 혼인과 가족은 개인들의 약속에 의해 구성되었다는 것이고 그 약속이 부부간 사안을 판단하는 가장 중요한 기준이 되어야 한다는 것이다. 또한 혼인의 약정을 훼손한 행위에 대해서는 피해 배우자에게 피해에 상응하는 배상과 보상이 이루어져야 한다는 것이다. 이러한 때 성적 자기결정권 추구의 사회에서 발생할 수도 있는 혼외 성관계에 대해 법은 최소한의 예방적 기능과 회복 기능을 가지게 될 것이다. 그리고 법적 정의의 구현이 가족의 문턱에서 멈추지 않게 될 것이다. 이 글에서 논의하고 제시한 포스트 간통죄 폐지 시대의 부부간 성적 윤리에 대한 원칙을 단순화하면 아래와 같다.

109) Robin West, 전계논문(1990).

첫 번째 조류: 건전한 성도덕, 성적 성실 의무, 혼인관계 보호, 취약한 여성 보호, 사회질서 유지를 주장하는 의견이다. 이는 그동안의 헌법재판소의 간통죄 존치 의견의 입장이다.

두 번째 조류: 개인의 자유를 부각하여 성적 자기결정권 및 이혼의 선택 등에 대해 주목하면서 가족과 성성에 대한 근대적인 태도를 표방한다. 이는 헌법재판소의 간통죄 위헌 의견의 입장이라고 할 수 있다.

세 번째 조류: 혼인의 친밀성과 약정성을 부각시킨다. 이에 따라 개인의 성적 자기결정권의 행사라도 혼인이라는 관계의 책임 속에서 이루어져야 하고, 혼외 성관계 문제의 해결은 피해 배우자의 손해의 전보에 초점을 두어야 한다. 이는 이 글의 입장으로서 그 법적 세련화는 앞으로의 과제라고 전망한다.

투고일 2015. 7. 23

심사완료일 2015. 8. 18

게재확정일 2015. 8. 20

참고문헌

- 강준만, “한국은 어떻게 ‘간통의 천국’이 되었는가?”, **인물과 사상**, 통권 제135호 (2009. 7).
- 김일수, “간통의 존폐논의에 비추어 본 현재의 형법질서관”, **헌법논총**, 제19집 (2008).
- 김정오, **한국의 법문화 - 인식구조 변화**(나남신서, 2006).
- 남영주, “부부관계에서의 성(性), 이상과 현실”, 최연실 외, **한국가족을 말하다 - 현상과 쟁점**(하우, 2015).
- 남효순, “프랑스 민법상의 동거계약에 관한 연구”, **서울대학교 법학**, 제44권 제1호 (2010).
- 대검찰청, **2013 검찰연감**(2013).
- 대검찰청, **2014 범죄분석**(2013).
- 변혜정 편, **섹슈얼리티 강의, 두 번째 - 쾌락, 폭력, 재현의 정치학**, 한국성폭력상담소 기획(동녘, 2006).
- 신경아, “가족과 개인, 개인화”, 김혜경 외, **가족과 친밀성의 사회학**(다산, 2014).
- 신동운, “형법개정과 관련하여 본 간통죄 연구”, **형사정책연구**, 제2권 제1호(1991).
- _____, **형법총론**(법문사, 2001).
- 신상숙, “성폭력의 의미구성과 ‘성적 자기결정권’의 딜레마”, **여성과 사회**, 제13호 (2001).
- 신한미, **이혼소송에서의 위자료 및 재산분할실무**(2008).
- 심영희 외, **간통의 실태 및 의식에 관한 연구**, 형사정책연구원(1991).
- 소현숙, 식민지시기 근대적 이혼제도와 여성의 대응, 한양대학교 대학원 박사학위논문(2013. 2).
- 오선주, “성도덕에 관한 죄 - 형법개정과 관련하여”, **법학논집**, 제6권(청주대학교 법학연구소, 1992).
- 양현아, “젠더(gender)에 관한 법적 추론의 여러 방식들”, **젠더법학**, 제3권 제2호 (2011).
- _____, “식민지 한국의 가족법의 ‘관습’ 문제 I - 시간의식의 실종을 중심으로”, **역사와 사회**, 제58집(2000).
- 양현아 외, **법사회학, 법과 사회의 대화**(다산출판사, 2013).

- 윤진수, “전통적 가족제도와 헌법”, **서울대학교 법학**, 제47권 제2호(2006).
- 원혜옥, “간통죄의 입법적 검토”, **혼인, 섹슈얼리티와 법**, 양현아·김용화 편, 서울대학교 법학연구소 공익인권법센터·한국젠더법학회(경인문화사, 2011).
- 이명숙, “간통죄와 이혼소송 실태”, **혼인, 섹슈얼리티와 법**, 양현아·김용화 편, 서울대학교 법학연구소 공익인권법센터·한국젠더법학회(경인문화사, 2011).
- 이수성, “형법의 도덕성의 한계에 관하여”, **서울대학교 법학**, 제18권 제1호(1977).
- 이용식, “판례를 통해 본 성(性)에 대한 법인식의 변화 - 혼인빙자간음죄·강간죄·간통죄를 중심으로”, **형사법연구**, 제21권 제4호(2009).
- 이재경, “정의의 관점에서 본 가족”, **한국여성학**, 제11집(1995. 12).
- 이주희, “간통의 형사처벌과 그 헌법적 정당성”, **법과 정책연구**, 제8집 제2호(2008).
- 이호중, “성형법 담론에서 섹슈얼리티(Sexuality)의 논의지형과 한계 - 혼인빙자간음죄와 간통죄 폐지논의를 중심으로”, **형사정책**, 제23권 제1호(2011. 6).
- 임영수, “인적결합에 있어서 사실혼과 연대적 결합체의 고찰”, **가족법연구**, 제24권 제3호(2010).
- 전혜정, “등기례에 나타난 부부재산계약의 내용”, **가족법연구**, 제20권 제1호(2006).
- 정계선, “간통죄와 혼인빙자간음죄 관련 헌법소원 사건 등에 관한 헌법재판소의 입장”, **혼인, 섹슈얼리티와 법**, 양현아·김용화 편, 서울대학교 법학연구소 공익인권법센터·한국젠더법학회(경인문화사, 2011).
- 조 국, “‘비범죄화’ 관점에 선 간통죄 소추조건의 축소해석”, **형사법연구**, 제26권 제1호(2014).
- 차선자, “혼인계약에서 계약의 원칙”, **가족법연구**, 제25권 제2호(2011).
- 한국성폭력상담소 편, **섹슈얼리티 강의**(동녘, 1999).
- 한국여성정책연구원, **여성·가족 관련 법제의 실효성 제고를 위한 연구(II): 간통죄에 대한 심층분석**, 박선영·송효진·구미영·김정혜·유혜경, 연구보고서 16-1 (2014).
- 홍성수, “성희롱에 대한 법적 규제와 여성주체의 문제: 하버마스와 포스트모더니즘의 비판”, **법철학연구**, 제12권 제2호(2009).
- 앤소니 기든스, 배은경·황정미 역, **현대사회의 성·사랑·에로티시즘 - 친밀성의 구조변동**(새물결, 1996 (1992)).
- Benhabib, Seyla, “The Generalized and Concrete Other: Kohlberg-Gilligan Controversy and Feminist Theory”, in Seyla Benhabib & Drucilla Cornell

- (eds.), *Feminism as Critique* (University of Minnesota Press, 1991).
- Case, Mary Ann, “Enforcing Bargain in an Ongoing Marriage”, *Washington University Journal of Law & Policy*, Vol. 35 (2011).
- Chatterjee, Partha, “Nationalist Resolution of the Women Question”, Kumkum Sangari & Sudeshi Veid (eds.), *Recasting Women: Essay in Indian Colonial History*, Delhi, Kali for Women (1989).
- Chen, Chao-ju, “*Sim-pua* under the Colonial Gaze: Gender, “Old Customs,” and the Law in Taiwan under Japanese Imperialism”, in Susan L. Burns & Barbara J. Brooks, *Gender and Law in the Japanese Imperium* (Hawaii University Press, 2014).
- Durkheim, Emile, W.D. Halls, trans., *The Division of Labor in A Society*, New York: The Free Press, 1984 (1893).
- Guha, Ranajit, *Dominance without Hegemony: History and Power in Colonia India* (Harvard University Press, 1997).
- Held, Virginia, *Justice and Care* (Westview Press, 1995),
- Lee, Hyo-won, “The Constitutional Decisions Concerning the Right of Self-Determination of Sexual Intercourse”, *서울대학교 법학*, 제53권 제2호(2012).
- Lim, Sungyun, *Enemies of the Lineage: Widows and Customary Rights in Colonial Korea, 1910-1945*, Ph.D. Dissertation, University of California, Berkeley (Fall, 2011)
- MacKinnon, Catharine, “Abortion: On Private and Public”, *Toward a Feminist Theory of State* (Harvard University Press, 1989).
- Okin, Susan Moller, *Justice, gender, and the family* (Basic Books, 1989).
- _____, *Women in Western political thought* (Princeton University Press, 1979).
- Robin West, “Equality Theory, Marital Rape, and the Promise of the Fourteenth Amendment”, *Florida Law Review*, Vol. 42 (1990).
- Ruskola, Teemu, “Legal Orientalism”, *Michigan Law Review*, Vol. 101, No. 1 (2002).
- Strawn, Sonia Reid, *Where There is no Path – Lee Tae Young: Korean Pioneer for Women Rights* (Korean Legal Aid Center for Family Relations, 1988).
- West, Robin, “Jurisprudence and Gender”, *University of Chicago Law Review*, Vol.

55, No. 1 (1988).

West, Robin, “The Difference in Women’s Hedonic Lives: A Phenomenological Critique of Feminist Legal Theory”, *Wisconsin Women’s Law Journal*, Vol. 3 (1987).

대법원 2013. 5. 16. 선고 2012도14788 판결.

대법원 2014. 11. 20 선고 2011므2997 판결.

헌법재판소 1990. 9. 10 선고 89헌마82 결정(형법 제241조 헌법소원).

헌법재판소 1993. 3. 11. 선고 90헌가70 결정(형법 제241조 헌법소원, 6:3).

헌법재판소 1997. 7. 16. 선고 95헌가6등 결정.

헌법재판소 2001. 10. 25 선고 2000헌바60 결정(형법 제241조 헌법소원).

헌법재판소 2002. 8. 29. 선고 2001헌바82 결정.

헌법재판소 2003. 1. 30. 선고 2002헌마518등 결정(도로교통법 제11조 위헌확인).

헌법재판소 2003. 1. 30. 선고 2002헌마518등 결정(형법 제304조 헌법소원).

헌법재판소 2008. 10. 30. 선고 2007헌가17등 결정(형법 제241조 위헌제청).

헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2010헌바402 결정(형법 제270조 제1항 헌법소원).

헌법재판소 2015. 2. 26. 선고 2009헌바17 결정(형법 제 241조 헌법소원).

곽배희, “간통죄 공개변론 곽배희 소장 눈에 띄네”, *파이낸셜뉴스*(2008. 5. 8).

김재형, “[2014년 분야별 중요판례분석] ⑤ 민법(하)”, *법률신문*(2015. 3. 13).

배금자 인터뷰, *경향신문* (20115. 4. 16).

『총독부공문: 제령 11호 조선형사령』, *매일신보*(1912. 3. 31).

<Abstract>

Post-Adultery Law in Korea: A Feminist Law and Society Approach

Yang, Hyunah*

This study is an effort to seek the social values and legal principles regarding the extra-marital sexual relations after the decision of Constitutional Court of Korea that made a decision on the Article 241 of Criminal Code (crime of adultery) unconstitutional in February 2015. Since the focus had been mainly on the “abolition or preservation” of the crime of adultery in this and previous deliberations at the Constitutional Court, not only the legal remedies of the post-adultery law but also alternative value and social attitude about it have been meagrely discussed. This is the context within which this study began.

In Chapter II, the phenomena of adultery in Korea is examined with ‘law and society’ approach. The main data examined in this chapter are the ones produced by ‘Korean Women’s Development Institute’ in 2014, and the statistics of the criminal procedure. This study also takes a note on the historical nature of the phenomena. Men’s adultery was salient in Korea with overlapping also prevailing practices of polygamy during and after Japanese colonial rule when the modern criminal law was introduced. I attempted to interpret prevailing and yet very secretive practices of extra-marital sexual relations in current Korean society in terms of postcolonial legacy in Korea. Based upon the examination, it was also found that the practices as well as the law of adultery has been a ‘gendered phenomena’ in which women have been more doomed to be suffered than men.

The legal and social values in the “post-adultery law” phase are the main concern of Chapter III. As a legal concept, the secular term of ‘extra-marital sexual relations’ instead of the adultery is proposed. With review of the five-times Constitutional

* Professor, College of Law / School of Law, Seoul National University.

decisions, the discourse of ‘the right of sexual self determination’ has advanced, while the reasons for the preservation of the Article in question were mainly presented in terms of the ‘protection of the monogamy’ or ‘sound sexual morality.’ The latter largely remains in the area of ethics and morality than the law and rights, which even do not seem to congenial with the value of modern society and family where ‘intimacy’ tends to be the core value. It is also curious for me not to find the value of the ‘marriage as a contract’ between two individuals at seemingly jurisprudentially liberalist Court. More importantly, this study pays attention to the sufferings of the ‘victim spouse’ who experiences pain and suffering due to the spouse’s extra-marital relations. In analogy with ‘domestic violence,’ individual victim spouse’s damage tends to be misrepresented as ‘defending the monogamy’ and scarcely represented rightly at the Court. Although there are much variations between couples and individuals in experiencing the adultery, the female spouses were more often, and more deeply, damaged and injured according to this study.

In the post adultery law phase, therefore, the principle of justice – right and wrong – than the quality of relations – good and bad – should be the first one in settling the issue. Based upon this principle, the individual who commits the adultery should be burdened with the legal responsibility for breaking (explicit or implicit) contract of marriage, and a relevant compensation of the damage should be returned to the victim spouse and her dependents. In doing so, the law as the preventive as well as restorative measure would not stop at the boundary of the family – the intimate relations.

Keywords: adultery, extra-marital sexual relations, Constitutional Court of Korea, right of sexual self determination, gender neutrality, victim spouse, coloniality/postcoloniality, private sphere, justice in gender relations, Robin West