

부부강간, 과연 처벌할 수 있는가

- 대법원 4. 18. 공개변론 사건 -

대법원 공보관실
(2013. 4. 11.)

- 대법원은 2013. 4. 18.(목) 14:10 남편이 아내를 강제로 간음한 행위를 강간죄로 처벌할 수 있는지 등에 관하여 공개변론을 실시할 예정임.
 - 사건 : 2012도14788, 2012전도252 폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등폭행) 등
 - 주심 : 신영철 대법관
- 종전 대법원 판결(2009. 2. 12. 선고 2008도8601 판결)에 의하면, 이혼의사의 합치가 있는 등 실질적인 부부관계가 인정될 수 없는 경우에는 배우자에 대한 강간을 인정한 사례가 있으나, 혼인관계가 정상적으로 유지되는 상태에서의 부부강간죄 인정여부에 대한 판례는 없었음
- 따라서 이번 공개변론 사건은 정상적인 혼인관계가 유지되고 있는 경우에도 남편을 배우자에 대한 강간죄로 처벌할 수 있는지 여부를 다루는 최초의 사건임
- 다만 이번 공개변론 사건은, 가정내 성폭력 사건으로서 폭력적, 선정적 내용이 포함되어 있어 방송이나 포털, 법원 홈페이지 등을 통한 중계방송은 실시하지 않기로 함

1. 재판 당사자 및 참고인

○ 재판 당사자

- ▶ 피고인 : 남편(1968.생)
- ▶ 피해 여성 : 처(1972.생)
- ▶ 검사 : 대검찰청 공판송무부장
- ▶ 변호인(사선) : 신용석 변호사(사법연수원 20기)

○ 참고인

- ▶ 검찰측 참고인 : 김혜정 교수(영남대)
- ▶ 변호인측 참고인 : 윤용규 교수(강원대)

2. 사건의 내용

○ 피고인과 피해자의 관계

: 2001.경 혼인신고를 마친 법률상 부부로서 슬하에 자녀 2명을 두었음

○ 공소사실의 요지

: : 피고인은 피해자(법률상 처)와 한집에서 가정생활을 영위하며 동거해 왔는데, 범행 2~3년 전부터는 불화로 부부싸움을 자주 해 왔다.

피고인은 피해자가 밤늦게 귀가하는 것에 불만을 품고 있던 중 부엌칼로 피해자를 찌를 듯한 태도를 보이고, 위 칼을 옆에 둔 상태에서 이와 같은 행위로 겁을 먹어 항거불능 상태에 있던 피해자를 간음하고, 2일 후 다시 부엌칼로 피해자의 옷을 찢고 칼을 피해자의 복부에 들이대며 반항을 억압한 후 간음하였다.

○ 죄명

: 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(특수강간) 등

○ 하급심의 판단

- ① 제1심(수원지방법원 안산지원 2012. 5. 18. 선고 2011고합244, 2011전고63 판결) : 유죄 인정. 징역 6년 및 10년간 전자장치 부착명령 선고
- ② 항소심(서울고법 2012. 11. 8. 선고 2012노1657, 2012전노145 판결) : 유죄 인정. 단 양형부당을 이유로 파기(징역 3년 6월)

[하급심의 유죄 판결이유]

- 민법상 부부는 동거의무가 있고 그 동거의무는 성생활을 함께 할 의무도 내포하고 있다고 할 것이므로 법률상 부부 사이에서의 성적 자기결정권의 행사 및 그 침해 여부는 제3자에 대한 경우와 이를 동일하게 볼 수 없는바, 배우자의 명시적·묵시적 의사에 반하는 성관계가 있는 경우 그 강간죄의 성립 여부에 대하여는 위와 같은 혼인관계의 특수성을 고려하여 이를 신중하게 판단하여야 할 필요가 있음.
- 그러나 한편 형법 제297조는 강간죄의 객체를 ‘부녀’로 규정하고 있을 뿐 다른 제한을 두고 있지는 않으므로 법률상 처가 모든 경우에 당연히 강간죄의 객체에서 제외된다고 할 수는 없고, 또한 부부 사이에서 비록 상대방에게 성관계를 요구할 권리가 있다고 하더라도 폭행·협박 등으로 상대방의 반항을 억압하여 강제로 성관계를 할 권리까지 있다고 할 수는 않으므로 그와 같은 경우에는 처의 승낙이 추인된다고 할 수 없고 강간죄가 성립한다고 봄이 상당함.

3. 사건의 쟁점 및 관련 판례

① 주요 쟁점

1) 남편이 법률상 처를 폭행 또는 협박하여 강제로 간음한 행위를 형법 제298조의 강간죄로 처벌할 수 있는지 여부

- 형법 제298조 강간죄의 객체인 '婦女'에 법률상의 처가 포함될 수 있는지
- ㉠ 실질적인 부부관계가 인정될 수 없는 상태에서 이루어진 경우로 한정할 것인지, ㉡ 정상적인 혼인관계가 유지되고 있는 상태에서 이루어진 경우에도 배우자 강간죄가 성립되는 것인지 여부

- 종전 대법원 판결(2009. 2. 12. 선고 2008도8601 판결)에 의하면, 이혼의사의 합치가 있는 등 실질적인 부부관계가 인정될 수 없는 경우에는 배우자에 대한 강간을 인정한 사례가 있으나, 정상적인 혼인관계가 유지되는 상태에서의 부부강간죄 인정여부에 대한 판례는 없었음

- 따라서 이번 공개변론 사건은 정상적인 혼인관계가 유지되고 있는 경우에도 남편을 배우자에 대한 강간죄로 처벌할 수 있는지 여부를 다루는 최초의 사건임

2) 법률상 처를 간음한 행위에 대해 강간죄로 처벌하는 것의 타당성 여부

- 외국의 입법례와 사례
- 다른 특별법적 방법에 따른 문제 해결의 가능성 여부
- 기타 형사정책적 해결 방안

3) 만약 배우자 강간죄의 성립을 인정할 경우 그 폭행·협박의 정도를 일반 강간죄와 같이 볼 것인지, 더 완화할 것인지, 더 엄격하게 볼 것인지

4) 이 사건 결론이 우리 사회에 미칠 영향

② 관련 판례

○ 대법원 1970. 3. 10. 선고 70도29 판결

- ▶ 처가 다른 여자와 동거하고 있는 남편을 상대로 간통죄 고소와 이혼소송을 제기하였으나 그 후 부부간에 다시 새 출발을 하기로 약정하고 간통죄 고소를 취하하였다면, 그들 사이에 실질적인 부부관계가 없다고 단정할 수 없으므로 설사 남편이 강제로 처를 간음하였다 하여도 강간죄는 성립되지 아니한다.

○ 대법원 2009. 2. 12. 선고 2008도8601 판결

- ▶ 혼인관계가 존속하는 상태에서 남편이 처의 의사에 반하여 폭행 또는 협박으로

성교행위를 한 경우 강간죄가 성립하는지 여부는 별론으로 하더라도, 적어도 당사자 사이에 혼인관계가 파탄되었을 뿐만 아니라 더 이상 혼인관계를 지속할 의사가 없고 이혼의사의 합치가 있어 실질적인 부부관계가 인정될 수 없는 상태에 이르렀다면, 법률상의 배우자인 처도 강간죄의 객체가 된다.

4. 배우자 강간죄를 둘러싼 상반된 시각

○ ‘정상적인 부부 사이에서도 강간죄가 성립되는가’라는 문제에 대한 첨예한 의견대립

- ▶ 다원화된 현대사회에서 성문화의 다변화 및 부부간 성윤리의 변화로 인해 강간죄의 보호범의로서의 성적 자기결정권, 강간의 주체와 객체, 강간의 수단인 폭행·협박의 정도 등과 관련하여 기존의 법 해석론만으로는 해결하기 어려운 여러 가지 상황이 등장하고 있음
- ▶ 전통적인 해석론은 정상적인 부부 사이에서 남편의 처에 대한 강간죄의 성립을 부정하는 견해가 지배적이었으나, 최근에는 처도 한 인간으로서 헌법상의 기본권인 인격권과 인간의 존엄성, 행복추구권을 가지며, 이에 기초하여 성적 자기결정권을 간직하고 있는 존재이므로 경우에 따라 남편에 의한 강간죄의 대상이 될 수 있다고 보는 반대견해도 등장하고 있음
- ▶ 이와 같이 ‘남편의 처에 대한 간음행위가 강간죄로 처벌될 수 있는가’라는 문제에 대하여는, 인간, 남녀, 결혼, 부부, 특히 부부 사이에서의 성의 역할, 그리고 성과 폭력에 대한 인식, 형법의 기능과 한계, 동서양의 문화(사회구조 등) 등에 대한 철학적·법학적·세계관적 사고의 차이 및 시대상황 등에 따라 첨예한 의견 대립이 있을 수 있음

○ 부부 관계의 특수성 vs. 배우자인 여성의 성적 자기결정권

- ▶ 배우자 강간행위는 부부관계를 바탕으로 발생하는 가해행위라는 특색이 있으므로, 그 행위의 본질이 무엇인지, 그리고 개인 사생활의 일환으로 여겨진 부부간의 갈등과 부부간 내밀한 문제에 대하여 국가 형벌권이 어느 정도 개입하는 것이 바람직스러운가에 대한 진지한 논의가 필요한 문제라고 할 수 있음
- ▶ 일반적으로 민법상 부부간 동거의무 속에는 성교의 의무와 권리도 포함된다고 설명되고 있으나, 배우자 강간죄의 성립 여부와 관련하여서는 가정폭력으로부터 여성의 인권보호(특히, 인격권의 하나인 배우자의 성적 자기결정권)에 더 중점을 둘 것인지 아니면 부부관계의 특수성과 가정의 유지·보존에 더 중점을 둘 것인지

라는 가치판단의 문제와도 깊은 관련이 있음

○ 배우자 강간죄 인정 여부를 둘러싼 우려와 비판의 목소리

- ▶ 배우자 강간죄의 성립을 긍정하는 입장에서는, 혼인으로 인해 배우자의 성적 자기결정권이 포기된 것이 아니고, 현대 사회에서의 변화된 성관념과 배우자간 성윤리, 특히 남성 중심적 성문화 및 전통적 가족관계의 변화, 여성의 지위 향상 등에 비추어 배우자 강간죄는 인정되어야 하며, 이를 통해 가정은 '애정과 의지의 결합'으로서 개인의 권리를 존중하는 공동체 관계가 되어 궁극적으로 양성평등과 가정의 평화 유지에 기여하게 될 것이라고 주장함
- ▶ 반면 이를 부정하는 입장에서는, 혼인의 프라이버시 보호를 위하여 국가형벌권의 개입은 자제될 필요가 있고, 배우자 강간을 이유로 한 고소가 감정적 보복 수단이나 이혼 및 재산분할에서의 유리한 위치를 점하기 위한 수단으로 악용될 우려가 있음을 지적하면서, 배우자 강간죄를 인정하게 되면 가정 붕괴를 가속화시키고 부부간 신뢰관계를 파괴하여 부부 갈등이 조장될 우려가 있다고 비판함

5. 참고자료

① 배우자 강간에 관한 외국의 입법례 및 사례

- 영국과 미국의 경우에는 1960년대까지 '혼인의 철회할 수 없는 암묵적 동의이론(irrevocable and implied consent)¹⁾', '부부단일체 이론', '혼인의 프라이버시 이론', '혼인상 화해이론' 등의 '배우자 강간면책(marital rape exemption)'이라는 보통법상의 법리를 근거로 배우자 강간면책을 인정하여 왔음. 그러다가 1970년대에 배우자 강간면책에 대한 이론적 비판과 이를 폐지하기 위한 전국적인 '강간죄 개혁운동'의 결과로 배우자 강간면책조항이 폐지되고 있음. 미국은 1984년 뉴욕주 항소법원 판결(People v. Liberta Case)에서 부부강간을 유죄로 인정했으며, 영국은 1991년 최고법원(귀족원, House of Lords)의 전원합의체 판결에 의하여 위 이론을 공식적으로 폐기함
- 독일은 1997년, 과거 배우자강간죄 부정의 근거가 되었던 구 형법 제177조의 '혼인외의 성교' 부분이 삭제됨과 동시에 '부녀(eine Frau)'를 '타인(eine andere Person)²⁾'이라는 용어로 대체함으로서 배우자강간을 강간죄로 소추하여 처벌함

1) "남편은 자신의 법률상의 처를 강간한 것에 대해 유죄가 될 수 없다. 왜냐하면 부부상호간의 혼인시 동의와 계약에 의하여 아내는 자신을 남편에게 내놓았으며(hath given up), 그녀는 이를 철회할 수 없기 때문이다"

에 아무런 제한이 없게 됨

- 프랑스는 1981년 한 판결을 시작으로 부부 사이의 강간죄를 인정하고 있고, 오히려 부부간 강간은 일반 강간죄에 비해 형의 가중사유로 되고 있음
- 일본의 경우는 계속적인 성관계를 전제로 하는 부부간에는 혼인관계의 실질적인 파탄이 없는 한 강간죄가 성립되지 않는다는 것이 학계의 지배적인 견해이며, 판례의 태도임. 그러나 정상적인 부부사이에도 성적 자기결정권은 유지된다는 논거를 제시하며 강간죄가 성립할 수 있다는 유력한 견해가 제시되고 있음
- 국제연합(UN)은 1993. 12. 12. 제48차 총회에서 '여성에 대한 폭력의 철폐선언'을 채택하여 아내에 대한 강간을 여성에 대한 폭력의 일례로 제시하였으며, 나아가 유엔인권위원회는 1999년 우리나라 정부의 자유권조약 제2차보고서에 대한 심사결과를 발표하면서 우리나라가 아내에 대한 강간을 범죄로 인정하지 않음에 대하여 깊은 우려를 표시한 바 있음

② 부부강간죄에서의 폭행·협박의 정도

○ 일반 강간죄에서의 폭행·협박의 정도

- ▶ 대법원은 강간죄에서의 폭행·협박은 피해자의 '반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도'의 것이어야 한다고 보며(최협의설), 이러한 정도의 폭행·협박이 있었는지 여부에 관해서는 폭행·협박 자체의 내용과 그 정도는 물론이고, 유형력을 행사하게 된 경위, 가해자와 피해자의 관계, 피해자의 연령, 폭행·협박이 피해자에게 미친 심리적·육체적 영향, 범행 당시와 그 후의 정황 등 제반 사정을 종합하여 피해자가 성교 당시 처하였던 구체적인 상황을 기준으로 판단해야 한다는 입장임(대법원 2004. 6. 25. 선고 2004도2611판결, 대법원 2005. 7. 28. 선고 2005도3071 판결 등)

○ 부부강간죄에서의 폭행·협박의 정도에 관한 학설

- ▶ '의사를 강력하게 억압하는 등의 방법으로 저항을 사실상 곤란하게 하는 것'이면 족하다는 견해(일반 강간죄의 폭행·협박보다 완화된 기준)
 - 부부강간죄의 폭행·협박은 상대방의 반항행위를 요하지 않고, 상대방의 거부 의사에 반하거나 거부 의사를 억압하는 정도이면 충분하다는 견해로서, 저항이 불가능하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것을 요하는 것은 아님
 - 이는 강간죄의 보호법익을 성적 자기결정권으로 보고, 강간죄의 성립 여부를 가

2) 우리나라의 개정 형법(2012. 12. 18. 법률 제11574호로 일부 개정, 2013. 6. 19. 시행 예정) 제297조(강간) 제1항은 “부녀”를 “사람”으로 변경함

해자의 폭행·협박의 정도가 아닌 피해자의 의사에 반하는 성행위가 있었는가라는 피해자의 의사를 중심으로 판단해야 한다는 것을 의미함.

- ▶ 일반 강간죄에서의 폭행·협박의 정도에 입각한 종합적 판단설(일반 강간죄의 폭행·협박과 같은 기준)
 - 법률상 부부인 남편의 처에 대한 강간죄가 성립하려면 일반 강간죄와 마찬가지로 가해자인 남편의 폭행·협박은 피해자인 처의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이어야 함. 부부간이라 하여 특별히 경하게 처벌할 것도 없지만 더 무겁게 처벌하여야 하는 것도 아님.
 - 다만 그 폭행·협박이 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이었는지 여부는 혼인관계라는 특수성을 고려하여 그 폭행·협박의 내용과 정도가 법률상 부부 사이에서의 성적 자기결정권을 본질적으로 침해하였는지 여부, 그와 같은 유형력을 행사하게 된 경위, 혼인생활의 태양 및 부부 상호간의 관계, 쌍방의 연령과 정신상태, 남편과 처의 평소 성행, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 신중히 판단하여야 한다는 견해임.
- ▶ 피해자의 진지한 거절의사를 넘어 저항이 불가능하거나 ‘극히’ 곤란하게 하는 정도의 폭행·협박이 있어야 한다는 견해(일반 강간죄의 폭행·협박보다 엄격한 기준)
 - 강간죄의 객체로서 아내를 인정한다고 해도, 그 수단인 폭행과 협박은 일반 강간죄에 적용되는 폭행과 협박의 개념에 비하여 더 엄격하게 해석할 필요가 있음
 - 즉 남편의 정당한 성적 요구를 부인이 거부한 경우에 남편의 폭언 등은 배우자가 아닌 다른 부녀에 대한 폭행과는 다르지 않을 수 없다고 봄. 남편은 결혼했으니 당연히 잠자리를 요구한다고 생각할 것이고, 경우에 따라서는 다소의 실력을 행사하는 것이 위법하지 않다고 생각할 수도 있음. 따라서 남편의 처에 대한 강간이 성립하기 위해서는 ‘처의 반항을 불가능하게 하는’ 정도의 폭행 또는 협박을 행사한 경우로 제한되어야 함. ⇨ 부부관계의 특수성을 고려할 때 아내강간을 인정하기 위해서는 보다 엄격한 접근이 요구되며, 아내강간죄에 대한 고소 또는 고발의 남용 가능성을 경계하지 않을 수 없음

6. 공개변론 실시의 내용과 그 의의

- 대법원은 배우자 강간죄의 인정 여부가 문제된 이번 사건의 공개변론을 통하여, 검사와 변호인측 외에도 이 분야에 관하여 전문적 식견을 갖춘 참고인들을 출석시켜 앞서 본 쟁점에 관한 진술과 의견을 직접 청취할 예정임

- ▶ 배우자 강간죄의 인정 여부에 관한 논의가 공개변론에서 다루어질 경우, 가정 내 부부관계의 특수성, 부부간 性의 의미와 기능, 사회와 가정 내에서의 남성과 여성의 지위와 역할 등을 둘러싼 다양한 시각과 갈등, 배우자 강간죄가 인정될 경우 부부 및 가족관계에 미치게 될 변화와 영향 등을 다양한 각도에서 바라보고 진지하게 고민할 수 있는 계기가 될 수 있을 것으로 보임
- ▶ 어머니(베트남 국적)의 자녀에 대한 국외이송 목적 약취유인죄 성립 여부를 둘러싸고 치열한 공방을 벌였던 지난 3월 공개변론에 이어, 이번 공개변론에서는 “정상적인 부부 사이에서도 배우자 강간죄가 인정될 수 있는가”라는 주제에 대해 더 한층 첨예한 논쟁이 이루어질 것으로 예상됨
- 대법원은 이와 같은 공개변론을 통해, 국민생활에 커다란 영향을 미치는 사회적 쟁점에 대한 각계의 다양한 의견을 경청하고 올바른 사법적 해법(解法)과 보편타당한 결론을 제시함은 물론, 사법부와 국민 사이의 소통을 강화하고, 궁극적으로는 대법원이 우리 사회의 갈등을 조율하면서 보다 발전된 형태의 통합을 이루는 기능을 충실히 발휘할 수 있도록 하는 계기로 삼고자 함
- 이번 공개변론은, ① 양측 당사자들의 이 사건 쟁점에 관한 변론, ② 참고인들의 의견진술, ③ 당사자의 변론 및 참고인들의 진술에 대한 재판부의 질의·응답, ④ 양측 당사자의 최종 의견진술의 순서로 약 1시간 가량 진행될 예정임.
- 이번 공개변론 사건은, 가정내 성폭력 사건으로서 폭력적, 선정적 내용이 포함되어 있어 방송이나 포털, 법원 홈페이지 등을 통한 중계방송은 실시하지 않기로 함 (다만 종전과 마찬가지로 변론 시작 전 사진촬영 및 대법원장 모두 진술까지의 방송카메라 촬영은 허용함)