

# 혼인빙자간음죄 폐지에 의한 인권 보호\*

- 현재 2009.11.26. 선고, 2008헌바58 결정의 헌법적 평가를 중심으로 -

이 희 훈\*\*

## I. 서론

2011년 3월 22일에 국무회의를 통과한 형법 개정안 중에서 가장 눈길을 끄는 부분은 형법 제304조의 ‘혼인빙자간음죄 규정’이 삭제되는 것을 들 수 있다. 우리나라의 형법과 그 역사를 같이 했던 형법 제304조의 혼인빙자간음죄 규정은 형법이 제정된 지 58년 만에, 그리고 헌법재판소의 형법상 혼인빙자간음죄 규정에 대한 위헌 결정을 선고한 뒤 약 16개월 만에 역사 속으로 사라지게 되었다. 이 형법상 혼인빙자간음죄 규정의 모태는 통일 전 서독 형법상 '사기간음죄'인바, 우리나라에서 혼인빙자간음죄 규정은 1953년에 형법의 제정과 함께 명문화되었고, 1975년과 1995년에 각각 동 규정에 대한 일부 개정을 거쳐 현재의 틀을 갖추게 되었다. 이후 동 규정에 대해 헌법재판소는 2002년 10월 31일에 합헌 결정을 선고하였다.<sup>1)</sup> 그 주된 이유는 여성의 성적 자기결정권을 제한하는 것은 사실이지만, 헌법 제37조 제2항에 의한 사회의 질서유지를 보호하기 위해서 필요하다는 취지였다. 이에 대해 여성계 등 형법상 혼인빙자간음죄 규정에 대한 폐지론자들은 반발했다. 그러나 이러한 헌법재판소의 결정이 있는 후, 7년이 지난 2009년 11월 26일에 헌법재판소는 헌법재판소 재판관 9명 중 6명이 위헌 의견을 내어 형법상 혼인빙자간음죄 규정에 대해 위헌 결정을 선고하게 되었다.<sup>2)</sup> 2011년 3월 22일에 법무부 관계자는 “혼인빙자간음 규정을 삭제한 것은 2009년의 헌법재판소의 동 규정에 대한 위헌 결정에 따른 것”이라며 “형법 제304조의 혼인빙자간음죄 규정을

\* 투고일자 : 2011. 06. 05    심사일자 : 2011. 06. 17    게재확정일자 : 2011. 06. 24

\*\* 선문대학교 법학과 교수

1) 현재 2002. 10. 31. 선고, 99헌바40-2002헌바50(병합) 결정.

2) 현재 2009. 11. 26. 선고, 2008헌바58-2009헌바191(병합) 결정.

폐지하는 형법 개정안이 국회에서 통과되면 동 규정은 역사의 뒤안길로 사라지게 된다."라고 밝혔다. 이렇듯 과거와 달리 시대가 변하여 여성의 사회진출의 증가에 따른 여성의 사회적 지위가 향상되면서 더 이상 형법 제304조의 '혼인빙자간음죄 규정'은 '여성의 보호'라는 명분하에 여성의 성적 자기결정권을 무시하는 구(舊) 시대적인 규정이라서 점과 남녀평등의 사회를 지향하고 실현해야 할 국가의 헌법적 의무에 반하는 규정이라는 점 및 형법상 혼인빙자간음죄 규정에 의해 혼인빙자간음의 고소 및 그 취소가 남성을 협박하거나 위자료를 받아내는 수단으로 악용되어 국가의 형벌권이 정당하게 행사되고 있다고 볼 수 없다는 점 등에 의해 여성 또는 남성의 성적 자기결정권 등의 인권이 침해되는 문제가 있는 규정이라고 할 것이다.<sup>3)</sup>

이에 본 논문은 형법상 혼인빙자간음죄의 연혁과 입법례에 대해 살펴본다(이하 II). 그리고 혼인빙자간음죄의 의의, 보호법익, 성격, 구성요건과 그 결과에 대한 혼인빙자간음죄의 형법적 내용에 대해 개괄적으로 고찰한다(이하 III). 또한 2009년 11월 26일에 헌법재판소가 형법상 혼인빙자간음죄에 대해 위헌 결정을 내린 것에 대한 헌법적 평가를 하기 위해 형법상 혼인빙자간음죄에 대한 기존의 합헌론과 위헌론에 대해 각각 검토한 후, 이 중에서 위헌론이 타당하다는 것, 즉, 2009년 11월 26일에 헌법재판소가 형법상 혼인빙자간음죄에 대해 위헌 결정을 한 것은 타당하다는 것을 상세히 밝힌다(이하 IV). 끝으로 결론에서는 이상의 논의들을 여성 또는 남성의 성적 자기결정권 등의 인권 보호와 연계하여 요약정리해 제시한다(이하 V).

## II. 혼인빙자간음죄의 연혁과 입법례

### 1. 혼인빙자간음죄의 연혁

1953년에 우리나라 형법이 제정되기 전에 사용되었던 소위 의용형법에서는 혼인빙자간음죄에 대한 처벌 규정이 없었다.<sup>4)</sup> 그러나 1953년에 우리나라 형법이 제정되었을

3) 뉴시스, '형법 개정' 혼인빙자간음죄 역사속으로,

<[http://www.newsis.com/ar\\_detail/view.html?ar\\_id=NISX20110322\\_0007733823&cID=10201&pID=10200](http://www.newsis.com/ar_detail/view.html?ar_id=NISX20110322_0007733823&cID=10201&pID=10200)>(2011.05.30, 방문).

4) 조선시대 계수되었던 대명률 중 형률 범간(犯奸) 편에 “刁姦杖一百”라는 규정이 있었는데, 동 규정에 의하면 女여자를 피어 내어 간통(刁姦)을 행한 자에게는 알 백대의 곤장을 치는 형에 처한다는 뜻이다. 대명률직해권 제25 중 형률 범간 편 참조. 이에 대한 것은 법무부 송무과, 헌법재판사건의견서 사례집, 제12집, 2002. 444쪽, 각주 4번 재인용.

때 일본 형법 가안의 영향을 받아 형법 법률안 심의위원회(1949.06.20-11.12)가 24회에 걸쳐 심의 회의를 하여 형법 초안 제327조에 규정되었던 혼인빙자간음죄의 구성요건은 현행 형법 제304조와 동일하게 규정되었고, 1992년의 형법 개정 법률안에서 형법 제304조를 폐지하기로 논의된 바 있으나, 1995년의 형법 개정시 이러한 의견이 반영되지 아니하여 현행 형법 제304조에 계속 존치되어 있다.<sup>5)</sup>

## 2. 혼인빙자간음죄의 입법례

### 1) 미국

미국은 대부분의 주에서 혼인빙자간음죄가 처벌의 대상이 아니다. 다만, 미국의 일부 주에서만 간통죄와 마찬가지로 혼인빙자간음죄에 대한 처벌규정을 두고 있으나, 실제로 거의 기소되지 않는 것으로 알려져 있다.<sup>6)</sup> 그러나 미국에서 우리나라의 혼인빙자간음죄와 유사한 규정으로 미국 법률협회의 1962년의 모범 형법전의 제213장인 성에 관한 죄의 규정을 들 수 있다.<sup>7)</sup>

### 2) 독일

독일은 구(舊) 형법 제179조에 혼인빙자간음죄가 규정되어 있었으나, 1969년의 제1차 형법 개정법에 의하여 폐지되었다.<sup>8)</sup>

### 3) 일본

일본은 현행 형법이나 구(舊) 형법에 혼인빙자간음죄에 대한 처벌규정이 없다. 다만, 구(舊) 형법의 개정시안이었던 일본 형법 가안 제35장의 ‘간음의 죄’ 중에서 제395조인 “혼인을 행할 것으로서 부녀를 기망하여 이를 간음한 자는 3년 이하의 징역에 처한다.”라는 규정이 있었을 뿐이다.<sup>9)</sup>

5) 위의 책, 444쪽; 현재 2009. 11. 26. 선고, 2008헌바58·2009헌바191(병합) 결정 중 3-가-(2).

6) 현재 2009. 11. 26. 선고, 2008헌바58·2009헌바191(병합) 결정 중 3-가-(1).

7) 법무부 송무과, 앞의 책, 448쪽. 미국 법률협회의 1962년의 모범 형법전의 제213장인 성에 관한 죄의 규정의 원문과 그 내용에 대해 자세한 것은 같은 책, 448-450쪽.

8) 위의 책, 450쪽.

9) 위의 책, 444쪽, 각주 5번.

#### 4) 기타

혼인빙자간음죄를 처벌하는 입법례로는 루마니아 형법 제424조, 터기 형법 제423조, 쿠바 형법 제486조 제2호 등 소수의 국가들만이 아직 형법 등에서 혼인빙자간음죄를 처벌하는 규정을 두고 있다. 그러나 프랑스 형법을 포함한 전 세계 대부분의 국가에서 혼인빙자간음죄를 처벌하는 규정을 두지 않고 있다.<sup>10)</sup>

### 3. 검토

우리나라 형법의 혼인빙자간음죄에 대한 연혁과 일본의 입법례를 종합적으로 살펴볼 때 단지 일본 형법 가안의 형법 초안 제327조에 규정되었던 혼인빙자간음죄를 우리나라의 형법에서 받아들였음을 알 수 있는바, 이는 우리나라의 형법 제정 전에 소위 의용 형법에서 혼인빙자간음죄에 대한 처벌 규정이 없었고, 일본의 구(舊) 형법이나 현행 형법에서 규정되지 않았다는 점에서 우리나라 형법을 제정할 당시에 혼인빙자간음죄를 처벌하는 규정을 둔 것은 바람직하지 않다고 생각한다. 그리고 독일과 프랑스 및 일본 등 현재 전 세계의 대다수 국가가 혼인빙자간음죄를 처벌하는 규정을 두지 않고 있다는 점에 비추어 볼 때 우리나라의 헌법재판소가 2009년 11월에 형법상 혼인빙자간음죄 규정에 대해 위헌 결정을 한 것과 이에 따라 2011년 3월 22일에 형법상 혼인빙자간음죄 규정을 폐지하려는 것은 동 규정에 의해 성인의 여성이나 남성의 성적자기결정권이 부당하게 침해되지 않고 보호받을 수 있게 되었다는 점에서 바람직하다고 할 것이다.

## III. 혼인빙자간음죄의 형법적 내용

### 1. 혼인빙자간음죄의 의의

형법 제304조에서 “혼인을 빙자하거나 기타 위계로써 음행의 상습 없는 부녀를 기망하여 간음한 자는 2년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다.”라고 규정되어 있는바, 혼인을 빙자하거나 기타 위계로써 음행의 상습 없는 부녀를 기망하여 간음

10) 위의 책, 450쪽.

함으로써 성립하는 범죄이다. 즉, 기망의 방법으로 성적 자유를 침해하는 것을 보호하기 위한 것이다.<sup>11)</sup> 본죄는 형법 제306조에 의한 친고죄이므로, 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.

## 2. 혼인빙자간음죄의 보호법익

형법 제32장 ‘강간과 추행의 죄’(1995년 형법 개정 전에는 ‘정조에 관한 죄’로 표시되어 있었다)’의 장에서 개인적 법익을 침해하는 범죄의 하나로 강간죄 및 강제추행죄 등과 함께 혼인빙자간음죄를 규정하여 ‘개인의 성적 의사 자유’를 보호하고 있다. 이 중에서 형법상 혼인빙자간음죄는 ‘남성’이 혼인을 빙자하거나 기타 위계로써 ‘음행의 상습 없는 부녀’를 기망하여 간음함으로써 성립되는 범죄로서, 음행의 상습 없는 부녀의 성적자기결정권을 그 보호법익으로 한다.<sup>12)</sup>

## 3. 혼인빙자간음죄의 성격

형법상 혼인빙자간음죄는 형법상 침해범·단일범·중첩적 다행위범·즉시범·결과범의 성격을 지니며, 전형적인 공격범·지배범의 일종이다. 또한 본죄는 범죄학적으로 육욕범이고, 원칙적으로 면식범의 일종이라고 할 것이다.<sup>13)</sup>

## 4. 혼인빙자간음죄의 구성요건 및 결과

### 1) 객관적 구성요건

#### (1) 주체

혼인빙자간음죄의 피해자가 부녀이기 때문에 원칙적으로 본죄의 주체는 모든 남성이 된다고 할 것이다. 다만, 여자도 공동정범이나 간접정범의 형태로 본죄의 주체가 될 수 있다. 따라서 본죄의 주체에는 제한이 없다고 볼 것이다.<sup>14)</sup>

11) 이재상, 형법각론, 박영사, 2009, 178쪽.

12) 현재 2009. 11. 26. 선고, 2008헌바58·2009헌바191(병합) 결정 중 3-다.

13) 김일수, 한국형법 III, 박영사, 1997, 372쪽.

14) 이형국, 형법각론, 법문사, 2007, 235쪽.

## (2) 객체

혼인빙자간음죄의 객체는 성년의 음행의 상습이 없는 부녀이다. 여기서 ‘음행의 상습이 없는 부녀’란 불특정인을 상대로 함부로 성생활을 하는 습벽이 없는 부녀를 뜻한다. 따라서 직업적 매춘부나 술집 접대부처럼 퇴폐적인 성생활에 젖은 부녀를 의미하지는 않지만, 반드시 처녀임을 요하거나, 결혼의 전력이 없는 부녀를 의미하지는 않는다. 또한 첩이나 현지처(現地妻)처럼 도덕적으로 비난을 받는 성생활을 하는 부녀라도 특정한 남성을 상대로 정상적인 성생활을 하는 이상 본죄의 객체가 된다고 할 것이다.<sup>15)</sup>

## (3) 행위

혼인빙자간음죄의 행위는 혼인을 빙자하거나 기타 위계로서 간음을 하는 것이다. 여기서 먼저 ‘혼인’이란 원칙적으로 법률혼을 의미하지만, 정식으로 결혼한다는 인식을 주는 한 사실혼인 경우도 포함된다.

다음으로 ‘혼인을 빙자’한다는 것은 혼인을 할 의사가 없음에도 불구하고 진정으로 혼인을 할 것처럼 속이는 경우를 뜻한다.<sup>16)</sup> 따라서 장래 진실되게 혼인할 의사로 혼인 전에 성관계를 했으나, 그 후에 혼인을 하지 못하였다는 이유만으로 혼인을 빙자한 것으로 되는 것은 아니다.<sup>17)</sup> 그리고 ‘기타 위계’란 상대방을 착오에 빠뜨리거나 부지를 이용하여 상대방이 정상적인 판단을 할 수 없도록 하는 일체의 행위를 뜻하는바, 예를 들어 심야에 남편으로 위장하여 동침하는 경우를 들 수 있다.<sup>18)</sup>

## 2) 주관적 구성요건

혼인빙자간음죄의 고의는 상대방이 음행의 상습이 없는 부녀라는 인식과 혼인빙자 기타 위계로서 간음한다는 사실에 대한 인식 및 인용이다. 따라서 미필적 고의로 족하다. 진정으로 혼인할 의사로 간음하였으나, 그 후 혼인을 하지 않은 경우에는 고의가 있다고 볼 수 없으므로, 본 죄를 구성하지 아니한다.<sup>19)</sup>

## 3) 구성요건 결과

15) 김일수, 앞의 책, 372-373쪽.

16) 이형국, 앞의 책, 236쪽.

17) 대법원 2002.09.04. 선고, 2002도2994 판결.

18) 이형국, 앞의 책, 236쪽.

19) 위의 책, 236쪽.

혼인빙자간음죄의 구성요건 결과는 간음의 상대방이 자기 또는 타인의 기망에 의해 현실적으로 성적 자기결정의 자유를 사기 당했을 때 발생한다. 본죄의 기수가 되려면 기망행위의; 수단과 간음, 간음행위와 성적 자기결정의 자유박탈 사이에 인과관계 및 객관적 귀속이 인정되어야 한다. 본죄의 미수범은 처벌되지 않는다.<sup>20)</sup>

#### IV. 혼인빙자간음죄에 대한 합헌론과 위헌론 및 검토

##### 1. 혼인빙자간음죄에 대한 합헌론

###### 1) 입법 목적이 정당하다는 점<sup>21)</sup>

형법상 혼인빙자간음죄 규정은 혼인을 빙자하여 음행의 상습 없는 부녀를 기망하여 간음한 행위를 처벌하는 것으로, 남자가 혼인을 빙자한 행위만 가지고 처벌하는 것이 아니라 남자의 혼인빙자행위로 인하여 부녀가 기망에 빠져 정교에 응한 경우, 즉, 남자의 혼인빙자행위와 부녀의 정교동의 및 정교 사이에 인과관계가 인정되는 경우에 처벌하는 것이다. 남자의 혼인빙자행위로 인하여 부녀가 정교에 응했다면 부녀가 혼인빙자를 진실로 믿은 데에 과실이 있더라도 처벌 대상으로 되지만, 남자의 혼인빙자행위가 부녀의 정교 동意的에 아무런 영향을 주지 않았다면 처벌할 수 없다. 따라서 남자의 혼인빙자행위가 없다면 부녀의 정교 동意的가 혼인의사를 착각한 탓이라고 하더라도 처벌할 수 없고, 남자가 정교 당시에 혼인할 의사가 있었다면 정교 후에 다른 사정으로 혼인할 의사가 없어졌다고 하더라도 혼인을 빙자하여 간음하였다고 볼 수 없으므로 처벌할 수 없다.

그리고 형법상 혼인빙자간음죄 규정은 남자의 혼인빙자행위에 속아서 부녀가 정교에 응한 경우에 남자의 혼인빙자간음행위를 처벌하여 부녀의 성적자기결정권을 보호하려는 것이다. 부부가 아닌 남녀의 정교행위 자체를 처벌대상으로 하는 것이 아니므로, 부녀의 정조나 혼인 전에 순결을 보호하기 위한 것이라고 볼 수 없다. 또한 사회의 일반적인 윤리의식이 부녀의 정조나 혼인 전에 순결을 중시하지 않는 방향으로 변천되었다

20) 김일수, 새로 쓴 형법각론, 박영사, 1998, 146쪽.

21) 현재 2009. 11. 26. 선고, 2008헌바58·2009헌바191(병합) 결정 중 5-가.

고 하더라도, 그로 인하여 남자의 혼인빙자가 부녀의 정교 동의에 아무런 영향도 미치지 않게 되었다고 단정할 수 없는 이상, 혼인빙자간음죄 규정의 존재 이유가 없어졌다고 볼 수 없다.

이러한 사유로 형법상 혼인빙자간음죄 규정은 혼인빙자의 상대가 음행의 상습 없는 부녀인 경우에는 음행의 상습 있는 부녀의 경우보다 혼인빙자로 인하여 기망에 빠져 정교에 응할 가능성이 크다고 본 것이므로, 음행의 상습 있는 부녀를 불합리하게 차별한다고 보기 어렵고, 가부장적 정조관념이나 부녀의 혼전 순결을 강요하는 것이라고 볼 수 없다. 따라서 형법상 혼인빙자간음죄 규정이 부녀만 보호대상으로 규정한 이유는 여성이 약하거나 어리숙하기 때문이 아니라, 여자가 남자에 대하여 혼인을 빙자하는 경우에는 남자의 성적자기결정권이 침해될 가능성이 적다고 보았기 때문이다. 남녀는 신체 구조가 다르고 성관계에 대한 윤리적·정서적 인식에도 차이가 있는 점을 고려하면 이러한 입법자의 판단이 남녀를 불합리하게 차별하는 것이라고 보기 어렵다.

## 2) 성적 자기결정권을 침해하지 않는다는 점<sup>22)</sup>

남녀 간의 이성교제나 정교관계는 남녀 간의 내밀한 사생활 영역에 속하는 것이므로, 헌법 제17조에 의하여 사생활의 비밀과 자유로서 보호된다. 따라서 어떠한 사유이든 남녀 간의 정교행위를 처벌하는 것은 사생활의 비밀과 자유를 제한하는 것이라고 할 수 있다.

헌법상 기본권으로 보장되는 자기결정권은 인격의 주체가 자기의 인격을 형성하고 발현하기 위하여 자기 자신에 관한 사항을 자율적으로 결정할 수 있는 인격적 자율권을 말하는 것이다. 어느 남자가 어느 여자를 사랑하고 정교관계를 맺는 것은 자기결정권의 보호영역이라고 할 수 있지만, 혼인을 빙자하여 부녀를 간음하는 행위는 자신만의 영역을 벗어나 다른 인격체의 법익을 침해하는 행위이기 때문에 자기결정권의 내재적 한계를 벗어나는 것이다. 나아가 남자가 음행의 상습 없는 부녀에게 혼인할 의사가 없음에도 불구하고 혼인할 의사가 있다고 속이고 그러한 혼인빙자행위로 인하여 기망에 빠진 부녀의 동의를 얻어 간음하는 행위는, 혼인빙자라는 기망수단을 사용하여 정교에 대한 부녀의 자기결정권을 침해한 것이므로, 이를 처벌할 필요가 있음은 두말할 필요가 없다.

이러한 사유로 형법상 혼인빙자간음죄 규정은 혼인을 빙자하여 음행의 상습 없는 부

22) 현재 2009. 11. 26. 선고, 2008헌바58·2009헌바191(병합) 결정 중 5-나. 와 5-다.



녀를 간음한 남자의 성적 자기결정권을 침해한다고 볼 수는 없다.

### 3) 평등권에 반하지 않는다는 점<sup>23)</sup>

형법상 혼인빙자간음죄 규정은 혼인을 빙자하여 음행의 상습 없는 부녀를 간음한 남자만 처벌하기 때문에 남녀를 차별하고 음행의 상습 없는 여자와 음행의 상습 있는 여자를 차별하는 규정이라고 할 수 있지만, 혼인빙자행위와 정교 동의 및 정교 사이에 인과관계가 인정되어 가벌성이 뚜렷한 경우만 처벌하기 위한 것으로서 합리적인 이유가 있다고 할 것이므로, 평등권에 위반된다고 보기 어렵다.

### 4) 사생활의 비밀과 자유에 반하지 않는다는 점<sup>24)</sup>

남성이 마음에 드는 여성을 유혹하는 행위는 헌법 제17조의 사생활의 영역에 속한다고 할지라도, 혼인할 의사가 없으면서 혼인하겠다고 속이는 행위까지 헌법 제17조에 의하여 보호되는 사생활에 속한다고 볼 수는 없다.

즉, 형법상 혼인빙자간음죄 규정은 부부가 아닌 남녀의 정교행위 자체에 대하여 간섭하는 것이 아니고, 부녀의 혼전 순결을 요구하는 것도 아니며, 부녀의 정조를 보호하기 위한 것도 아니고, 여성의 성적자기결정능력이 미약하다고 보아 보호하려는 것도 아니다. 남자의 무책임한 기망행위로 인하여 부녀가 착오로 정교에 응한 경우에 기망피해자의 고소에 따라 처벌대상으로 삼는 것이다. 남녀 간의 이성교제와 정교행위는 그들의 내밀한 사생활 영역에 속하기 때문에 이에 대한 국가의 간섭은 최대한 자제되어야 하지만, 그들 사이에서 남자의 거짓 언행으로 인하여 여성이 피해를 입고 고소한 경우에는 그에 대하여 수사하고 처벌하는 것은 사회의 질서유지를 위하여 필요한 일이라고 할 것이다. 이러한 점에 비추어 볼 때 형법상 혼인빙자간음죄 규정은 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유를 침해하지 않는 규정이라고 볼 것이다.

### 5) 비례의 원칙에 반하지 않는다는 점<sup>25)</sup>

먼저 혼인빙자간음죄 규정에 의한 처벌대상을 남자의 혼인빙자행위로 인하여 부녀의

23) 헌재 2009. 11. 26. 선고, 2008헌바58·2009헌바191(병합) 결정 중 5-나.

24) 헌재 2009. 11. 26. 선고, 2008헌바58·2009헌바191(병합) 결정 중 5-다.

25) 헌재 2009. 11. 26. 선고, 2008헌바58·2009헌바191(병합) 결정 중 5-라. 와 5-마.

성적자기결정권이 침해된 경우로 한정하여 최소한도로 제한하고 있다는 점과 남자의 혼인빙자로 인하여 부녀의 성적자기결정권이 침해되었는지 여부가 피해자의 고소에 의하여 구체적으로 문제된 경우에만 질서유지를 위하여 국가가 간섭할 수 있다는 점 및 혼인빙자간음죄 규정의 법정형이 ‘2년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금’으로서 혼인을 빙자하여 부녀를 기망하여 간음한 행위의 가벌성에 비하여 지나치게 무겁다고 볼 수 없다는 점에 비추어 볼 때 형법상 혼인빙자간음죄 규정은 비례의 원칙 중 수단의 적절성과 최소 침해의 원칙에 반하지 않는다.

다음으로 형법상 혼인빙자간음죄 규정이 보호하려는 보호법익은 부녀의 정교에 관한 자기결정권이고, 동 규정에 의해 침해되는 기본권은 혼인을 빙자하여 부녀를 간음한 남자의 사생활의 비밀과 자유이다. 이처럼 기본권이 충돌하는 경우에는 관련된 기본권이 모두 가급적 최대한 존중되고 보호될 수 있도록 법익균형을 도모하여야 하는바, 혼인빙자간음죄 규정은 부부 아닌 남녀의 정교행위 자체가 아니라 남자가 혼인을 빙자하여 부녀를 기망하여 간음하는 행위를 처벌대상으로 하는 것이므로, 남녀의 교제나 정교관계에 대한 간섭을 직접적인 목적으로 삼는 것이 아니며, ‘혼인빙자’라는 위계행위와 관련된 한도에서만 남녀의 정교관계에 간섭할 뿐이다. 또한 남자의 혼인빙자로 인하여 여자가 속아서 정교에 응하여 피해를 입었다고 고소하는 경우에는 사생활의 영역과 기본권의 내재적 한계를 벗어나 사회질서 침해의 문제로 표출된 것이므로, 이러한 단계에서는 사회질서 유지의 필요성이 당사자들의 사생활을 보호할 필요성보다 훨씬 크다고 봄이 상당하다. 이렇듯 개인의 사생활이 타인의 법익을 침해할 경우에는 순전한 개인의 영역을 벗어나는 것이고, 기본권의 내재적 한계를 벗어나는 것이기 때문에 그 한도에서 헌법 제17조의 보호범위를 벗어난다고 봄이 상당하다. 따라서 남자가 혼인을 빙자하여 부녀를 간음한 행위를 처벌한다고 하여 형법상 혼인빙자간음죄 규정이 비례의 원칙 중 법익 균형성의 원칙에 반한다고 볼 수 없다.

## 2. 혼인빙자간음죄에 대한 위헌론

### 1) 입법 목적이 정당하지 않다는 점<sup>26)</sup>

남성이 이성 간에 성행위를 함에 있어 미성년 또는 심신미약의 부녀를 상대로 한다거나, 폭행이나 협박 등 폭력을 수단으로 한다거나, 여성을 매매의 대상 또는 흥정의

26) 현재 2009. 11. 26. 선고, 2008헌바58·2009헌바191(병합) 결정 중 3-라-(2)-(나).

미끼로 삼는다거나, 그 장면을 공중에게 노출시킨다거나, 또는 그로 인하여 위험한 질병이 상대방에게 전염되게 한다거나 하는 등의 해악적 문제를 수반하지 않는 방법으로 여성을 유혹하는 성적행위에 대해서 국가가 개입하는 것은 억제되어야 한다. 그리고 남성의 여성에 대한 유혹의 방법은 남성의 내밀한 성적자기결정권의 영역에 속하는 것이며, 남녀 간의 애정행위는 그 속성상 과장이 수반되게 마련이다. 따라서 우리 형법이 혼인 전의 성관계를 처벌대상으로 하지 않고 있는 이상, 혼인 전 성관계의 과정에서 이루어지는 통상적 유도행위 또한 처벌하여서는 안 되는 것이다.

또한 형법상 혼인빙자간음죄 규정에 의하여 보호받는 ‘음행의 상습 없는 부녀’란 ‘불특정인을 상대로 성생활을 하는 습벽’이 없는 기혼 또는 미혼의 부녀를 의미하는바, 혼인빙자간음죄가 다수의 남성과 성관계를 맺는 여성 일체를 ‘음행의 상습 있는 부녀’로 낙인찍어 보호의 대상에서 제외시키고 보호대상을 ‘음행의 상습 없는 부녀’로 한정함으로써 여성에 대한 고전적 정조관념에 기초한 가부장적·도덕주의적 성 이데올로기를 강요하는 셈이 되고 만다. 이는 결국 혼인빙자간음죄 규정의 보호법익이 여성의 주체적 기본권으로서 성적 자기결정권에 있다고 하기 보다는 현재나 장래의 경건하고 정숙한 혼인생활이라는 여성에 대한 남성우월의 고전적인 정조관념에 입각한 것임을 보여준다 할 것이다. 따라서 혼인빙자간음죄와 같은 형벌규정을 통하여 추구하고자 하는 입법의 목적 자체가 헌법에 의하여 허용되지 않는 것으로서, 그 정당성이 인정되지 않는다고 할 것이다.

## 2) 성적 자기결정권을 침해한다는 점<sup>27)</sup>

형법상 혼인빙자간음죄 규정은 여성이 혼전 성관계를 요구하는 상대방 남자와 성관계를 가질 것인가의 여부를 스스로 결정한 후 자신의 결정이 착오에 의한 것이라고 주장하면서 국가에 대하여 상대방 남성의 처벌을 요구하는 것은 여성 스스로가 자신의 성적 자기결정권을 부인하는 행위이다. 즉, 혼인빙자간음죄 규정은 여성을 유아시(幼兒視)함으로써 여성을 보호한다는 명분하에 사실상 국가 스스로가 여성의 성적자기결정권을 부인하는 것이 되는 것이다.

나아가 개인 스스로 선택한 인생관·사회관을 바탕으로 사회공동체 안에서 각자의 생활을 자신의 책임 아래 스스로 결정하고 형성하는 성숙한 민주시민이 우리 헌법이 지향하는 바람직한 인간상이라는 점에 비추어 볼 때 혼인빙자간음죄 규정이 보호하고

27) 현재 2009. 11. 26. 선고, 2008헌바58·2009헌바191(병합) 결정 중 3-라-(2)-(나)-3).

자 하는 여성의 성적 자기결정권은 여성의 존엄과 가치에 역행하는 것이다.

### 3) 평등권에 반한다는 점<sup>28)</sup>

형법상 혼인빙자간음죄 규정에 의해 남성이 결혼을 약속했다고 하여 성관계를 맺은 여성만의 착오를 국가가 형벌로써 사후적으로 보호한다고 생각하는 것은 ‘여성은 남성과 달리 성적 자기결정권을 자기책임 아래 스스로 행사할 능력이 없는 존재, 즉, 여성 자신의 인생과 운명에 관하여 스스로 결정하고 형성할 능력이 없는 열등한 존재’라는 것의 규범적 표현으로, 혼인빙자간음죄 규정은 헌법 제11조와 제36조 제1항에 의한 남녀평등의 사회를 지향하고 실현해야 할 국가의 헌법적 의무에 반하는 것이다.

### 4) 사생활의 비밀과 자유에 반한다는 점<sup>29)</sup>

개인의 성행위와 같은 사생활의 내밀영역에 속하는 부분에 대하여는 그 권리와 자유의 성질상 국가는 간섭과 규제를 가능하면 최대한으로 자제하여 개인의 자기결정권에 맡겨야 하며, 국가형벌권의 행사는 중대한 법익에 대한 위험이 명백한 경우에 한하여 최후수단으로서 필요한 최소한의 범위에 그쳐야 하는바, 성인이 어떤 종류의 성행위와 사랑을 하건, 그것은 원칙적으로 개인의 자유 영역에 속하고, 다만 그것이 외부에 표출되어 명백히 사회에 해악을 끼칠 때에만 법률이 이를 규제하면 충분하다.

또한 개개인의 행위가 비록 도덕률에 반하더라도 본질적으로 개인의 사생활에 속하고 사회유해성이 없거나 법익에 대한 명백한 침해가 없는 경우에는 국가권력이 개입해서는 안 된다는 사생활에 대한 비범죄화 경향이 현대 형법의 추세이다. 세계적으로도 혼인빙자간음죄를 폐지해 가는 추세에 있어 대부분의 국가들이 1970년대 이전에 혼인빙자간음죄를 폐지하였다. 이러한 점에 비추어 볼 때 형법상 혼인빙자간음죄 규정은 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유를 침해하는 규정이라고 볼 것이다.

### 5) 비례의 원칙에 반한다는 점<sup>30)</sup>

28) 헌재 2009. 11. 26. 선고, 2008헌바58·2009헌바191(병합) 결정 중 3-라-(2)-(나)-3).

29) 헌재 2009. 11. 26. 선고, 2008헌바58·2009헌바191(병합) 결정 중 3-라-(2)-(나)-3) 및 3-라-(2)-(다)-4)-나).

30) 헌재 2009. 11. 26. 선고, 2008헌바58·2009헌바191(병합) 결정 중 3-라-(2)-(다)와 3-라-(2)-(라).

과거에 비하여 혼인빙자간음행위가 적발되고 또 처벌까지 되는 비율이 매우 낮아졌다. 최근 5년 동안 혼인빙자간음행위 중 고소되는 사건의 수는 1년에 500건 내지 700건 남짓에 불과하고 그 중에서도 기소되는 사건은 연(年) 평균 30건 미만이며, 고소 이후에도 수사나 재판 과정에서 고소가 취소되어 공소권 없음 또는 공소기각으로 종결되는 사건이 상당수에 이룸으로써 형벌로서의 처단 기능이 현저히 약화되었다. 그리고 혼인에 대한 약속은 대부분 구두상의 약속이므로 고소인인 여성이 이를 입증하기 어렵고, 혼인을 약속한 사실이 인정되더라도 피고소인인 남성은 간음한 후의 사정변경, 예를 들면 부모의 반대, 성격차이, 심경의 변화 등을 주장하므로 그 범의의 입증이 쉽지 않다는 점 및 그 동안의 법집행의 실태를 실증적으로 분석하여 이러한 형사처벌이 혼인빙자의 범죄에 대한 일반 예방적 효과를 거두었음을 보여주는 자료도 존재하지 아니한다. 따라서 혼인빙자간음죄는 행위규제규범으로서의 기능을 잃어가고 있어 형사정책상으로도 일반예방 및 특별예방의 효과를 모두 거두기 어렵다는 점에 비추어 볼 때 형법상 혼인빙자간음죄 규정은 비례의 원칙 중 수단의 적절성의 원칙에 반한다고 할 것이다.

또한 혼인빙자간음죄는 친고죄로서 고소취소 여부에 따라 검사의 소추 여부 및 법원의 공소기각 여부가 결정되므로, 결국 혼인빙자간음행위자의 법적 운명은 상대 여성의 손에 전적으로 달려 있다. 따라서 여성의 성적 자기결정권 보호라는 혼인빙자간음죄 규정의 입법목적과는 달리 혼인빙자간음의 고소 및 그 취소가 남성을 협박하거나 그로부터 위자료를 받아내는 수단으로 악용되는 폐해도 종종 발생한다. 자기결정에 의하여 자기책임 하에서 스스로 정조를 포기한 여성이 그 위자료 청구의 대안이나 배신한 상대방에 대한 보복의 수단으로 국가 형벌권을 이용하고 있다면 이는 국가의 형벌권이 정당하게 행사되고 있다고는 볼 수 없다는 점과 혼인을 빙자하여 간음한 자는 가정, 사회, 직장 등 여러 방면에서 윤리·도덕에 의한 사회적 비난과 제재를 받을 것이므로 본질적으로 개인 간의 사생활에 속하는 이러한 행위까지 일일이 추적하여 형사처벌을 해서는 안 된다는 점에 비추어 볼 때 형법상 혼인빙자간음죄 규정은 비례의 원칙 중 최소 침해의 원칙에 반한다.

이렇듯 형법상 혼인빙자간음죄 규정은 개인의 내밀한 성생활의 영역을 형사처벌의 대상으로 삼음으로써 남성의 성적 자기결정권과 사생활의 비밀과 자유라는 기본권을 지나치게 제한하는 것인 반면, 이로 인하여 추구되는 공익은 오늘날 보호의 실효성이 현격히 저하된 음행의 상습 없는 부녀들만의 ‘성행위 동기의 착오의 보호’로서 그것이 침해되는 기본권보다 중대하다고는 볼 수 없다는 점<sup>31)</sup>에 비추어 볼 때 형법상 혼인빙

31) 현재 2009. 11. 26. 선고, 2008헌바58·2009헌바191(병합) 결정 중 3-라-(2)-(라).

자간음죄 규정은 비례의 원칙 중 법익 균형성의 원칙에도 반한다고 할 것이다.

### 3. 혼인빙자간음죄에 대한 헌법적 검토 - 위헌론의 타당성 검토

형법상 혼인빙자간음죄 규정에 대해서는 아래와 같은 다섯 가지 사유로 위의 동 규정에 대한 합헌론과 위헌론<sup>32)</sup> 중 위헌론의 입장이 타당하다고 사료된다.

첫째, 오늘날 21세기 우리 사회는 급속한 개인주의적·성개방적인 사고의 확산에 따라 성과 사랑은 법으로 통제할 사항이 아닌 사적인 문제라는 인식이 커져 가고 있으며, 전통적 성도덕의 유지라는 사회적 법익 못지않게 성적 자기결정권의 자유로운 행사라는 개인적 법익이 더한층 중요시되는 사회로 변해가고 있다. 성의 개방풍조는 선진 국제사회의 변화추이에 따라 이제 우리 사회에서도 막을 수 없는 사회변화의 대세가 되었고 그것을 용인할 수밖에 없게 되었다. 결혼을 약속하였다고 하여 혼전 성관계를 맺은 여성의 착오가 국가의 형벌권에 의하여 보호될 수 있는 법익에 포함되기 위해서는 우리 사회에 아직도 한 번의 혼전 성관계가 여성에게는 곧 결혼을 의미하는 성풍속이 존재한다거나 아니면 한 번의 경솔한 혼전 성관계도 여성에게는 정상적인 결혼이나 사회생활을 가로막는 결정적 장애라는 사회적 인식이 존재한다는 것이 전제되어야 하는 바, 오늘날 21세기 우리 사회에서 결혼과 성에 관한 국민의 법의식에 많은 변화가 생겨나 여성의 착오에 의한 혼전 성관계를 형사 법률이 적극적으로 보호해야 할 필요성은 이미 미미해졌다고 할 것이며, 다양한 가치관이 존재하는 오늘날의 다원적 사회에서 혼전 성관계의 동기 중 어떠한 동기가 특히 비난할 여지가 있는 것인가(예컨대, 혼인을 빙자한 간음, 직위를 빙자한 간음, 재산을 빙자한 간음 등)에 관하여도 사회적으로 이를 판단할 수 있는 객관적인 기준이 존재한다고 보기 어렵다. 따라서 혼전 성행위를 유발하는 빙자의 방법과 관련하여 혼인빙자에 의한 간음으로부터만 여성을 보호하고자 하는 것은 더 이상 국가의 과제가 아니라고 할 것이다.<sup>33)</sup>

그리고 오늘날 21세기 우리 사회에서 여성의 사회적·경제적 활동이 활발하여짐에 따라 여성의 생활능력과 경제적 능력이 향상됨으로써 여성이 사회적·경제적 약자라는 전제가 모든 남녀관계에 적용되지는 않게 되었고, 아울러 여성도 혼인과 상관없이 성적 자기결정을 하는 분위기가 널리 확산되었다. 따라서 굳이 형법상 혼인빙자간음죄 규정이 없더라도 여성이 진정으로 결혼을 전제로 하여서만 정교할 생각이라면 여성도 자율

32) 본 논문의 IV-1번과 2번.

33) 현재 2009. 11. 26. 선고, 2008헌바58·2009헌바191(병합) 결정 중 3-라-(2)-(다)-3).

적으로 결혼 시점까지 그 정교를 하지 않을 수도 있게 되었거니와 확실하게 남성의 신분이나 진의를 확인한 다음에 정교의 시기를 선택할 수도 있게 되었다. 그럼에도 국가가 나서서 그 상대방인 남자만을 처벌한다는 것은 그 자체가 아직도 여성을 사회적 약자로 보아 여성을 비하하는 것이며, 오늘날 우리 사회에서 여성의 법적, 사회적, 경제적 지위의 향상은 혼인빙자간음죄가 동 규정에 의해 여성을 보호하는 역할을 수행하는 기능을 상당 부분 상실하게 되었다고 할 것이다.<sup>34)</sup> 이러한 사유로 음행의 상습 없는 여성의 성적 인권을 보호하려는 혼인빙자간음죄의 입법 목적은 더 이상 21세기 우리 사회에서 정당하지 않다고 할 것이다.

둘째, 위에서 살펴본 것처럼<sup>35)</sup> 오늘날 우리 사회가 여성의 사회적·경제적 지위의 향상 및 성의 자유화와 개방화 추세에 비추어 볼 때 합의에 의한 성인 남녀 간의 은밀한 혼전 성행위를 혼인빙자간음죄로 형사처벌을 하려는 것은 여성을 건전한 가치판단의 능력을 보유하여 국가가 보장하는 각종 인권을 독자적으로 향유하고 그에 따른 책임도 분담하는 하나의 독립된 인격체로 보지 아니하고, 남성에 종속되어 국가가 여성을 편향적 보호의 대상으로만 취급하려는 발상에서 비롯된 구(舊) 시대의 봉건주의적 남성 우월주의적 제도의 잔재라고 할 것이다.<sup>36)</sup> 따라서 형법상 혼인빙자간음죄 규정을 통해 남성으로부터 음행의 상습이 없는 여성의 성적 자기결정권이라는 인권을 보장하는 것이 아닌 오히려 침해한다고 보는 것이 타당하다.

셋째, 헌법 제11조와 제36조 제1항에 의할 때 남성은 여성과 같이 합리적 이유 없이 성을 이유로 합리적 사유 없이 차별을 받으면 안 되는바, 형법상 혼인빙자간음죄의 규정에서는 그 피해자가 부녀로 한정되어 남성에 대한 합리적 사유 없이 차별하는 위헌적 규정이라고 할 것이다. 예를 들어, 오늘날 여성의 사회적·경제적 지위의 향상 및 성의 자유화와 개방화 된 21세기 우리 사회에서 유부녀가 자신을 미혼으로 속이고 남성에게 접근하여 혼인을 빙자하고 성관계를 맺거나, 약혼남과 이미 성관계를 맺고 있는 여성이 다른 남성에게 혼인을 빙자하면서 성관계를 맺었을 때, 이럴 경우 여성이 혼인을 빙자하여 간음을 당한 남성에게는 돌이킬 수 없는 충격과 피해가 전혀 발생하지 않으므로 형법 제304조의 혼인빙자간음죄의 보호 객체에서 아예 제외시켜 버린 것은 남성이라는 이유만으로 차별에 합리적 사유 없이 여성에 비해 부당한 차별을 받은 것으로,<sup>37)</sup> 형법 제304조의 혼인빙자간음죄 규정에서 여성만의 성적 자기결정권을 보호하려

34) 헌재 2009. 11. 26. 선고, 2008헌바58·2009헌바191(병합) 결정 중 3-라-(2)-(다)-5)-나).

35) 본 논문의 IV-3번 중 첫째 부분.

36) 김영철, 혼인빙자간음죄의 존폐문제, 법조 제448호, 1994. 1, 48쪽.

37) 조국, 혼인빙자간음죄 위헌론 소고, 형사법연구 제21권 제3호, 2009. 9, 263쪽.

는 차별대우의 적합성은 없다고 할 것이다.

또한 형법상 혼인빙자간음죄 규정에서 그 피해자가 부녀로 한정되어 있는 것은 여성을 성적 자기결정권을 독자적으로 판단하여 행사할 능력이 없거나 남성보다 부족하여 남성과 같이 성적 자기결정권의 책임 주체로 보지 않고, 남성 우월주의적 시각에서 여성을 일방적인 보호의 대상이나 보호의 객체로만 바라보는 것으로,<sup>38)</sup> 오늘날 여성의 사회적·경제적 지위의 향상 및 성의 자유화와 개방화 된 21세기 우리 사회에서 남성과 달리 여성을 성적 의사결정의 자유도 제대로 행사할 수 없는 존재로 비하하고 있다는 점에 비추어 볼 때 헌법상의 평등원칙에 반하는 규정이라고 보는 것이 타당하다.

넷째, 개인의 성행위와 같은 사생활의 내밀영역에 속하는 부분에 대해 국가는 간섭과 규제를 가능하면 최대한으로 자제하여 개인의 자기결정권에 맡겨야 하며, 국가 형벌권의 행사는 중대한 법익에 대한 위협이 명백한 경우에 한하여 최후수단으로서 필요한 최소한의 범위에 그쳐야 한다. 특히 법률이 성생활과 같이 개인의 사생활의 영역에 대해 침해하는 경우에는 국가의 보호의 정도가 더욱 강화되어야 한다.<sup>39)</sup>

생각건대, 오늘날 여성의 사회적·경제적 지위의 향상 및 성의 자유화와 개방화 된 21세기 우리 사회에서 여성은 그 상대 남성이 설혹 결혼을 약속하면서 성행위를 요구한다고 하더라도 혼전 성관계를 가질 것인지 아닌지는 여성 스스로 판단하고 그에 따르는 책임도 스스로 지는 것이 원칙이라고 할 것이며, 성인 남녀 간의 성문제는 기본적으로 개인 간의 은밀한 사생활의 영역에 속하는 것이어서 범죄적인 측면보다는 도덕·윤리적인 측면이 강하다. 따라서 불순한 동기에 의한 성행위는 도덕과 윤리의 문제에 불과할 뿐, 사회적으로 유해한 행위에 해당하지 않으므로, 국가가 이러한 개인의 사생활 영역까지 규제해야 할 필요성은 없다는 점<sup>40)</sup>에 비추어 볼 때 형법상 혼인빙자간음죄 규정은 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유를 침해하는 위헌적 규정이라고 보는 것이 타당하다.

다섯째, 혼인을 빙자하는 것은 상대를 기망하는 것이므로 도덕적으로 순수하지 못한 행동이지만, 혼인을 하기 위한 구애수단은 본래 상대방의 환상을 유발하도록 과대포장이 되고, 극적으로 연출되기 마련이므로 어느 정도의 기망을 그 요소로 하고 있다. 이러한 성향은 인간의 본성에서 유래하므로 지극히 자연스러운 것으로, 이처럼 혼인빙자

38) 이용식, 판례를 통해서 본 성(性)에 대한 법인식의 변화 : 혼인빙자간음죄·강간죄·간통죄를 중심으로, 형사법연구 제21권 제4호, 2009. 12, 297쪽.

39) 헌재 2002. 10. 31. 선고, 99헌바40·2002헌바50(병합) 결정 중 6-다.

40) 헌재 2002. 10. 31. 선고, 99헌바40·2002헌바50(병합) 결정 중 3-나-(1)-(나). 와 헌재 2002. 10. 31. 선고, 99헌바40·2002헌바50(병합) 결정 중 6-바.



의 행위는 그 비난 가능성이 높지 아니하므로, 사회적 유해성이 있는 중요한 비도덕적 행위의 범위에 즉, 형사처벌을 할 대상에 포함될 수 없다고 할 것이다. 따라서 혼인빙자로 인해 국가의 안전보장이나 질서유지 또는 공공복리에 위해를 가져오는 경우가 생기는 일도 별로 없다고 할 것이다.<sup>41)</sup>

그리고 입법자가 혼인빙자의 비행에 대한 형벌의 필요성을 입증하지 못하면 이를 형법 규범화할 수 없다고 할 것인바, 혼인빙자간음죄에 대해 형사처벌을 통해 일반 예방적 효과를 거두었다는 실증적 자료를 찾아볼 수 없다는 점<sup>42)</sup>과 오직 혼인 전 자신의 성적자기결정에 의해 결혼을 약속한 남성과 성관계를 하고 끝내 혼인에 이르지 못한 복수심에 찬 여성의 자의적인 고소의 유무에 따라 혼인빙자간음죄에 대한 형사처벌이 좌우되어<sup>43)</sup> 상대 남성을 공갈이나 협박하는 수단으로 매우 많이 악용되며, 이로 인하여 국가의 자원이 허비된다는 점<sup>44)</sup>에 비추어 볼 때 형법상 혼인빙자간음죄 규정은 비례의 원칙 중 수단의 적절성의 원칙에 반한다고 보는 것이 타당하다.

또한 혼인을 빙자하여 간음한 자에게 굳이 형법 제304조에 의해 형사처벌을 하지 않더라도 가정이나 사회 또는 직장 등 여러 방면에서 윤리·도덕에 의한 사회적 비난과 제재를 받을 것이므로, 본질적으로 개인 간의 사생활에 속하는 혼인빙자의 행위에까지 국가가 일일이 추적하여 형사처벌을 할 필요는 없을 것이다. 그리고 장차 결혼생활의 불행이 예상됨에도 불구하고 남성이 혼인빙자간음죄에 의한 처벌이 두려워 혼인하도록 한다면 이는 결국 국가가 형사처벌을 통해 파탄이 자명한 혼인을 강요나 강제하는 것이 되므로, 이를 형법으로 강제하는 것은 타당하지 않다. 따라서 성인 부녀자의 성적인 의사결정에 폭행·협박·위력의 강압적 요인이 개입하는 등 사회적 해악을 초래할 때에만 가해자를 강간죄 또는 업무상 위력 등에 의한 간음죄 등으로 형사처벌을 받게 하면 될 것이며, 그 밖의 경우에 대해서는 여성 자신의 책임에 맡겨야 한다는 점<sup>45)</sup>에 비추어 볼 때 형법상 혼인빙자간음죄 규정은 비례의 원칙 중 최소 침해의 원칙에 반한다고 보는 것이 타당하다.

이렇듯 형법상 혼인빙자간음죄 규정으로 인해 보호하려는 오늘날 보호의 실효성이 현격히 저하된 음행의 상습 없는 여성의 성적 자기결정권 등의 공익 보다는 동 규정으로 인해 침해되는 남성의 성적 자기결정권과 사생활의 비밀과 자유 등의 법익이 더 크

41) 헌재 2002. 10. 31. 선고, 99헌바40-2002헌바50(병합) 결정 중 5-다. 와 라.

42) 임웅, 비범죄화의 이론, 법문사, 1999, 76쪽.

43) 김기춘, 형법개정시론, 삼영사, 1984 488 .

44) 조국, 앞의 논문, 261쪽.

45) 헌재 2009. 11. 26. 선고, 2008헌바58-2009헌바191(병합) 결정 중 3-라-(2)-(다)-4)-가).

다고 할 것이므로, 형법상 혼인빙자간음죄 규정은 비례의 원칙 중 법익 균형성의 원칙에 반한다고 보는 것이 타당하다.

## V. 결론

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 없는바,<sup>46)</sup> 오늘날 21세기 우리 사회가 개인주의적·성개방적 사고방식에 따라 성에 관한 국민의 법의식에도 많은 변화가 있어 여성의 착오에 의한 혼전 성교를 보호해야 할 법익을 이미 더 이상 인정할 수 없다고 할 것이다. 더욱이 다양한 가치관이 존재하는 오늘날의 다원화 된 우리 사회에서 혼전 성교의 동기 중 어떠한 동기가 특히 비난할 여지가 있는 것인가, 예를 들어, 혼인을 빙자한 간음, 직위를 빙자한 간음, 재산을 빙자한 간음 등에 관하여 사회적으로 이를 판단할 수 있는 객관적인 기준이 존재하지 않기 때문에 혼전 성행위에 대한 ‘동기의 순수성’과 관련해 여성을 보호하는 것은 더 이상 국가의 과제가 아니라고 할 것이라는 점에서<sup>47)</sup> 그 입법 목적은 타당하지 않다고 할 것이다.

그리고 형법상 혼인빙자간음죄 규정이 다수의 남성과 성관계를 맺는 여성 일체를 ‘음행의 상습 있는 부녀’로 낙인찍어 보호의 대상에서 제외시키고, 보호대상을 ‘음행의 상습 없는 부녀’로 한정함으로써, 여성에 대한 남성우월적 정조관념에 기초한 가부장적·도덕주의적 성 이데올로기를 강요하여 헌법 제36조 제1항에 의해 남녀평등 사회를 지향하고 실현해야 할 국가의 헌법적 의무에 반하며,<sup>48)</sup> 남성을 동 규정의 보호대상에서 일체 배제하여 합리적 사유 없이 여성의 성적 자기결정권 등의 인권만을 보호하려는 점에서 헌법상의 평등원칙에 반한다고 할 것이다. 한편 형법상 혼인빙자간음죄 규정은 여성을 남성과 달리 유아처럼 대우하여 여성의 인권을 보호한다는 명분하에 사실상 국가가 여성의 성적 자기결정권 등의 인권을 보호하지 못하고 오히려 침해하는 규정이라고 할 것이다.

46) 헌재 2001. 10. 25. 선고, 2000헌바60 결정.

47) 헌재 2009. 11. 26. 선고, 2008헌바58·2009헌바191(병합) 결정 중 3-라-(2)-(다)-3).

48) 헌재 2009. 11. 26. 선고, 2008헌바58·2009헌바191(병합) 결정 중 결정 요지.

이밖에 일본, 독일, 프랑스 등에도 혼인빙자간음죄에 대한 처벌규정이 없고, 전 세계적으로 혼인빙자간음죄의 실증적인 효과가 없어 이를 폐지해 가는 추세에 있다는 점과 우리 사회에서 혼인을 빙자한 간음행위에 대해 형벌로서의 일반 예방과 특별 예방의 차단기능이 약화되었다는 점 및 혼인빙자행위에 대한 형사처벌로 인해 여러 부작용이 대두된다는 점 등<sup>49)</sup>에 비추어 볼 때 혼인빙자간음행위를 형사처벌 하는 것은 비례의 원칙 중 수단의 적절성 원칙에 반하고, 혼인빙자간음이라는 행위를 한 자에게는 각종 도덕적·윤리적 비난을 받게 하거나 민사적인 법적 책임을 부과해도 충분히 형법에서 혼인빙자간음죄에 대해 처벌하는 것과 같은 입법목적은 달성할 수 있다는 점<sup>50)</sup> 및 성인 여성이 성적 자기결정권을 행사할 때 여러 강압적 요인이 개입하는 등 사회적 해악을 초래할 때에는 그러한 가해자에게 형법상 강간죄나 업무상 위력 등에 의한 간음죄 등으로 처벌을 하면 될 것이라는 점에서 혼인빙자간음행위를 형사처벌 하는 것은 비례의 원칙 중 최소 침해의 원칙에 반하므로, 형법상 혼인빙자간음죄 규정을 통해 보호하려는 음행의 상습 없는 여성의 성적 자기결정권 등의 공익 보다는 이로 인해 남성의 성적 자기결정권 등의 법익의 침해가 더 커서 혼인빙자간음행위를 형사처벌 하는 것은 비례의 원칙 중 법익 균형성의 원칙에 반한다고 할 것이다. 이러한 사유로 2011년 3월에 정부가 혼인빙자간음죄 규정을 형법에서 폐지하여 여성이나 남성의 성적 자기결정권 등의 인권을 보호하려는 것은 매우 바람직한 입법의 태도라고 할 것이므로, 조속히 형법상 혼인빙자간음죄 규정이 폐지되기를 바란다.

49) 현재 2009. 11. 26. 선고, 2008헌바58·2009헌바191(병합) 결정 중 결정 요지.

50) 조국, 앞의 논문, 262쪽.

## 참 고 문 헌

### 1. 단행본

- 김기춘, 형법개정시론, 삼영사, 1984.  
김일수, 한국형법 Ⅲ, 박영사, 1997.  
김일수, 새로 쓴 형법각론, 박영사, 1998.  
법무부 송무과, 헌법재판사건 의견서 사례집, 제12집, 2002.  
이재상, 형법각론, 박영사, 2009.  
이형국, 형법각론, 법문사, 2007.  
임웅, 비범죄화의 이론, 법문사, 1999.

### 2. 논문

- 김영철, 혼인빙자간음죄의 존재문제, 법조 제448호, 1994. 1.  
이용식, 판례를 통해서 본 성(性)에 대한 법인식의 변화 : 혼인빙자간음죄·강간죄·간통죄를 중심으로, 형사법연구 제21권 제4호, 2009. 12.  
조국, 혼인빙자간음죄 위헌론 소고, 형사법연구 제21권 제3호, 2009. 9.

### 3. 인터넷 자료

- 뉴시스, '형법 개정' 혼인빙자간음죄 역사속으로, <[http://www.newsis.com/ar\\_detail/view.html?ar\\_id=NISX20110322\\_0007733823&cID=10201&pID=10200](http://www.newsis.com/ar_detail/view.html?ar_id=NISX20110322_0007733823&cID=10201&pID=10200)>(2011.05.30, 방문).

<국문초록>

## 혼인빙자간음죄 폐지에 의한 인권 보호

- 현재 2009.11.26. 선고, 2008헌바58 결정의 헌법적 평가를 중심으로 -

이 희 훈

선문대학교 법학과 교수

형법 제304조의 혼인빙자간음죄 규정은 오늘날 우리 사회에서 여성의 지위의 향상과 성의 개방화에 의해 더 이상 여성을 유아처럼 보호해야 할 필요가 없다는 점에서 그 입법 목적이 타당하지 않고, 동 규정의 보호대상에서 남성을 배제한 것은 평등권에 반하며, 동 규정은 형벌의 일반 예방과 특별 예방의 기능이 거의 없다는 점과 혼인빙자간음을 행한 자에게 도덕적 비난이나 민사적 책임을 지게 하면 된다는 점 등에 의할 때 동 규정은 비례의 원칙에 반한다고 할 것이다.

따라서 2009년 11월에 헌법재판소가 동 규정을 위헌으로 선고한 것과 2011년 3월에 정부가 동 규정에 대해 폐지하기로 결정을 한 것은 여성이나 남성의 성적 자기결정권 등의 인권을 보호하려는 것으로써, 조속히 시행되어야 할 것이다.

주제어 : 혼인빙자간음죄, 성적 자기결정권, 평등권, 사생활의 비밀과 자유, 비례의 원칙

<Abstract>

Protection of Human Rights by the Abolition of Crime of  
Sexual Intercourse under Pretence of Marriage

- A Focused on the Constitutional Evaluation of the Conclusion of the  
Constitutional Court 2009.11.26. Sentence, 2008Hun-Ba58 -

Lee, Hie-Houn

Professor of Sunmoon University

It is not necessary to have to protect a woman like a baby more than this by improvement of a position of a woman and opening of sexual intercourse in our society today. Therefore, A purpose of a legislation of the article 304 of criminal law is not proper. And, as for having removed a man in a protection object of the article 304 of criminal law, it is violated right to equality. Besides, the article 304 of criminal law has few general prevention and functions of special prevention against crime of a penalty. And then, the person who had sexual intercourse under pretence of marriage should be suffered moral criticism and civil law responsibility. When I consider such a point and so on, the article 304 of criminal law will be violated a principle of balancing test.

Thus, It is going to protect human rights of a woman and a man that constitutional court is the point that unconstitutionality decided the article 304 of criminal law in November, 2009, and the government is going to abolish the article 304 of criminal law in March, 2011. Accordingly, deletion or abolition of the article 304 of criminal law must be enforced at once.

Key Words : Crime of Sexual Intercourse under Pretence of Marriage,  
Self-determination of Sexual Intercourse, Right to Equality,  
Right of privacy, Principle of balancing test