

윤리적 문제에 대한 법적 규제의 한계*

- 자기결정권과 사회적 윤리의 긴장관계 -

양 천 수**

I. 서 론

법체계는 과연 어느 범위에서 도덕적·윤리적 행위에 개입할 수 있는가? 우리는 어떤 윤리적 일탈행위를 법으로써 규제해야 하는가? 흔히 보수적 윤리주의자가 주장하는 것처럼,¹⁾ 법은 사회적 윤리, 다시 말해 ‘선량한 풍속 기타 사회질서’에 반하는 일체의 행위를 규제해야 하는가? 그게 아니면 도덕과 법의 엄격한 분리를 강조하는 냉정한 법 실증주의자가 강조하는 것처럼,²⁾ 법은 ‘윤리의 최소한’으로서 가급적 윤리적 일탈행위에는 개입해서는 안 되는 것일까? 그러나 궁극적으로 법철학적 문제로 거슬러 올라가는 이 문제는 비단 추상적인 인상이 강한 법철학적 문제로만 그치는 것은 아니다.³⁾ 이는 매년 구체적인 사실관계와 마주해야 하는 실정법학과도 밀접하게 관련을 맺는다. 이러한 측면은 특히 성매매, 간통, 공연음란행위 등과 같이 사회적 윤리와 긴밀하게 연결된 행위들을 규율하는 형법에서 극명하게 드러난다.⁴⁾ 그 이유는 형법이 우리의 일상영역, 독일의 사회철학자 하버마스(J. Habermas)의 개념으로 바꿔 말하면, 생활세계(Lebenswelt)의 배후근거가 되는 법이기 때문인지도 모른다.⁵⁾ 형벌이라는 가장 강력한 규제수단을 지니고 있는, 바로 이 때문에 흔히 ‘사회통제의 최후수단’으로서 보충성 원

* 투고일자 : 2013. 11. 30 심사일자 : 2013. 12. 12 게재확정일자 : 2013. 12. 23

** 영남대학교 법학전문대학원 부교수·법학박사

1) 이러한 전형적인 주장으로는 패트릭 데블린, 안준홍 (역), “도덕과 형법”, 『법철학연구』 제13권 제3호(2010. 12), 283-312쪽.

2) 이에 대한 대표적인 경우로서 한스 켈젠, 변종필·최희수 (공역), 『순수법학』 (길안사, 1999) 참고.

3) 이에 관해서는 우선 김정오·최봉철·김현철·신동룡·양천수, 『법철학: 이론과 쟁점』 (박영사, 2012), 제4장 참고.

4) 이러한 연구로는 조국, 『형법의 성편향』 제2판(박영사, 2004).

5) 이를 지적하는 이상돈, 『형법학』 (법문사, 1999), 단락번호 [10] “책임의 개인적 귀속과 형법적 행위영역의 유형화” 참고.

칙이 강조되는 형법은 매번 과연 어느 범위에서 그리고 어떤 강도에서 사회윤리적 일탈행위에 개입해야 하는지 고민해야 한다.⁶⁾ 아래에서는 이에 대한 좋은 예로서 보통 ‘스와핑’(swapping)으로 지칭되는 부부교환 행위를 대상으로 하여, 법체계가 어느 범위에서 사회윤리적 일탈행위에 개입해야 하는지 그리고 이 경우 어떤 인권적 문제가 발생할 수 있는지에 관해 고민해 보도록 한다.⁷⁾

II. 스와핑에 관한 법적 문제

1. 문제제기

사회적·공동체적 윤리와 긴밀하게 관련을 맺는 문제로서 흔히 성매매, 간통, 동성애 문제 등을 거론할 수 있다. 이 중에서 성매매와 간통은, 비록 여전히 논란의 한 복판에 있기는 하지만, 현행법에 의해 형법상 범죄로 금지된다.⁸⁾ 이와 달리 동성애는, 이 역시 일부 국가에서 그 허용 여부에 관해 격론의 대상이 되고 있기는 하지만, 대부분의 국가에서 형법상 범죄로 인정하지 않고 있다. 물론 과거에는 동성애 역시 형법상 범죄로 취급되기도 하였다.⁹⁾ 그러면 스와핑은 어떤가?

스와핑, 즉 부부교환은 성매매나 간통 또는 동성애에 비해 사회적으로 큰 이슈가 되지 못하는 편이다. 그러나 가끔씩 언론을 통해 주목을 받기도 한다.¹⁰⁾ 이렇게 언론에 의해 주목을 받게 되면, 어느 민감한 주제나 사건에 대해 흔히 그렇듯이, 이 스와핑에 대해서도 각종 언론매체를 통해 분명한 찬반양론이 대립하게 된다. 이 경우 그 대립의 초점은 보통 스와핑을 법으로써, 특히 형법으로써 규제할 수 있는가 하는 점에 있게 된

6) 형법의 보충성 원칙에 관해서는 박달현, 『형법상 보충성원칙에 관한 연구』(고려대 법학박사 학위논문, 1997) 참고.

7) 이 글의 초고는 스와핑이 한참 문제가 되던 지난 2003년 10월 17일에 작성되었다. 아직 필자가 독일에 유학을 하던 시절이었다. 그 때부터 10년도 더 지난 지금 시점에서 보면, 이 글의 문제의식은 어찌면 시대에 뒤떨어진 것일 수도 있다. 그러나 현재 우리 사회 전반에 걸쳐 불고 있는 보수화 경향을 고려하면, 이 글이 지닌 문제의식은 여전히 의미가 있다고 생각한다. 아울러 여기서 필자가 덧붙이고 싶은 것은, 필자 자신은 개인적으로 스와핑에 분명 반대한다는 점이다.

8) 성매매에 관해서는 “성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률” 제4조; 간통에 관해서는 형법 제241조 참고.

9) 우리 군형법 역시 동성애를 “계간”으로서 금지한다. 군형법 제92조의 5 참고.

10) 아래에서는 부부교환을 스와핑으로 통칭하기로 한다. 이에 관한 최근의 기사로는 “건설사로 위장 분당 ‘스와핑 클럽’ 충격 실태”, 『일요신문』(인터넷판) 제1124호(2013. 11. 25) 참고(<http://ilyo.co.kr/detail.php?number=67499>)(방문일자: 2013년 12월 13일 오전 11시 47분).

다. 물론 법률전문가의 눈으로 보면, 스와핑을 현행법으로 처벌하는 것은 쉽지 않다. 그래서 예를 들어 경찰이 스와핑을 적발한다 하더라도 거의 대부분 처벌근거가 없다는 이유에서 스와핑에 연루된 관련자들을 되돌려 보내고는 한다. 형법의 기본원칙인 죄형법정주의에 따르면, 이는 아주 당연한 결론이다. 그러나 법적 훈련을 받지 않은 보수적 윤리주의자들은 이렇게 법적으로 아주 당연한 듯한 결론에 대해서도 민감하면서 비판적인 반응을 보이는 경우가 많다. 그리고 설사 이를 현행법으로 처벌할 수 없다 하더라도, 장차 스와핑을 처벌하는 법을 만들어 이를 규제해야 한다고도 말한다. 그러나 이렇게 스와핑을 법으로써, 특히 형법으로써 규제할 수 있는지에 관해서는 의문이 없지 않다.

2. 스와핑에 관한 법적 문제

스와핑을 법으로써 규제해야 한다고 주장하는 진영에서 내놓는 가장 대표적인 논거는, 스와핑이 ‘반윤리적’, ‘반도덕적’, ‘반인륜적’이라는 것이다. 스와핑은 반윤리적, 반인륜적인 것이어서 건전한 성도덕을 파괴하고, 그 결과 우리 사회를 지탱하는 데 필요한 가족제도마저 파괴할 것이라는 것이 이들의 주장이다. 이에 반해 스와핑을 법으로써 규제하는 것에 반대하는 진영은, 각 당사자 부부가 스와핑에 대해 자유롭게 합의하였고, 또 이러한 한에서 스와핑은 개인의 사생활 영역에 속하는 것이므로, 국가공권력이 이에 개입해서는 안 된다고 말한다.

여기서 스와핑에 관한 각 논증을 검토하면, 먼저 스와핑에 대한 법적 규제에 찬성하는 진영이 제시하는 논증은 그 내용이 명확한 것만은 아닌, 이를테면 ‘반윤리적’, ‘반도덕적’, ‘반인륜적’과 같은 일반 개념을 원용한 (나쁜 의미의) 자연법적 논증에 가깝다.¹¹⁾ 이러한 논증은 분석적이지 않고 개괄적이며 직관적이다. 바로 이 같은 이유에서 이러한 논증은 과연 어떤 측면에서 스와핑이 건전한 성도덕을 파괴하는 것인지, 건전한 성도덕이란 무엇을 뜻하는지, 어떻게 스와핑이 가족제도를 파괴하는 것인지에 대해 명확한 논거를 대지 않는다.¹²⁾ 이에 반해 스와핑을 법으로써 규제하는 것에 반대하는 진영은, 스와핑은 관련 당사자 부부의 합의에 기반을 둔 자율적인 것이고, 또한 이는 극히 내면적인 사생활 영역에 속하는 것이라는 근거를 제시한다. 법적인 관점에서 보면, 후자의 논

11) 이에 관해서는 김영환, “법의 계수의 결과현상들: 개념법학적인 사유형태와 일반조항에로의 도피”, 『법철학연구』 제4권 제1호(2001. 5), 149-174쪽 참고.

12) 가족제도의 해체를 부르짖는 진영에서 보면, 스와핑이 가족제도를 파괴한다는 지적 자체가 큰 힘을 발휘하지 못할 것이다. 가족제도의 해체에 관해서는 이소영, “동성애혼인에 대한 법적 개입의 딜레마와 가족이데올로기의 해체”, 『법철학연구』 제10권 제1호(2007. 5), 375-404쪽 참고.

증방식이 더욱 분석적이고 구체적이라고 생각한다.

그런데 이러한 스와핑에 대한 법적 규제, 특히 스와핑에 대한 형법적 규제라는 문제에 직면해서는, 위에서 언급한 논점 이외에도 더욱 많은 논점들이 이 문제와 관련을 맺고 있음을 알게 된다. 우선 가장 근본적인 문제로서 형법의 임무가 과연 무엇인가, 라는 거대하고 어려운 문제와 만나게 된다. 다음으로 이와 결부되어 (형)법이 윤리나 도덕 또는 인륜성에 대해 어떤 태도를 취해야 하는지가 문제된다. 나아가 이러한 쟁점은 다시 그 전제로서 윤리나 도덕 그리고 인륜성이란 도대체 무엇을 뜻하는지와 같은 법철학적·도덕철학적인 문제와 마주하게 된다. 이뿐만 아니라, 일종의 법사회학적 문제로서 우리 사회에서 전승되고 있는 이른바 ‘성윤리 전통’이 긍정적인 의미를 갖는 미풍양속인지를 검토할 필요가 있다. 다른 한편 스와핑을 형법으로 처벌하는 것이 기존의 형법 도그마틱과 합치할 수 있는지도 따져보아야 한다. 마지막으로 스와핑에 대해 법이 어떤 태도를 취하는 것이 합리적인 법정책일 수 있는지 역시 숙고해 볼 필요가 있다.

III. 자기결정권의 행사로서 스와핑

1. 자기결정권의 행사로서 스와핑

이러한 쟁점들을 본격적으로 다루기 전에 우선적으로 확인해야 할 부분이 있다. 그것은 스와핑 자체가 자기결정권을 행사함으로써 등장하는 것이라는 점이다. 각 부부 당사자들이 자유롭고 평등하게 스와핑에 대해 스스로 결정하고, 또 이에 상호적으로 합의를 해야만 스와핑이 성립할 수 있다. 그런데 여기서 우리가 주목해야 할 점은, 스와핑이 성립하는 데 필수적으로 전제가 되는 자기결정권은 가장 대표적인 자유권적 인권에 속한다는 것이다. 자율성 또는 사적자치의 근간이 되는 자기결정권은 근대적 인권 개념의 이념적 토대가 된 근대 자유주의에서 가장 중요한 권리였을 뿐만 아니라, 가장 대표적인 근대법인 민법이 성립하는 데 중대한 기여를 하였다.¹³⁾ 스와핑은 바로 이러한 자기결정권에 기반을 두고 있는 것이다. 그러므로 가장 근본적인 인권에 기반을 두어 형성된 스와핑에 대해 선불리 반윤리적이라고 비판하는 것은 타당하지 않을 수도 있다.

2. 자기결정권의 한계

13) 이에 대한 분석으로는 양천수, 『민사법질서와 인권』 (집문당, 2013), 96쪽 아래.

물론 자유주의에 대한 공동체주의의 비판이 잘 시사하는 것처럼,¹⁴⁾ 자기결정권에 기초를 두어 합의를 이루었다는 것만으로 모든 도덕적·윤리적 문제에서 면책되는 것은 아니다. 예를 들어, 이른바 안락사의 경우에는 비록 안락사가 각 당사자의 합의에 기반을 두고 있다 하더라도 그 윤리적·법적 측면에 대해서는 여전히 뜨거운 논란이 이어지고 있다. 아무리 자기결정권에 토대를 둔 합의라 할지라도 경우에 따라서는 윤리적·법적 측면에서 문제가 될 수도 있다. 이를테면 이러한 합의가 해당 당사자들이 속한 공동체의 실질적 가치, 즉 ‘좋은 그 무엇’(the good)을 침해한 경우에는 그 타당성을 인정하기 어려울 것이다. 그렇다면 문제는 스와핑 역시 이러한 경우에 해당하는지 여부일 것이다.

IV. 형법의 임무로서 법익보호

1. 형법의 임무로서 법익보호

형법의 임무란 무엇인가? 형법은 무엇을 보호해야 하는가? 이 질문에 대해 독일 형법학의 성과를 상당 부분 수용한 우리 형법학에서는 흔히 ‘법익보호’(Rechtsgüterschutz)를 그 대답으로 제시한다. 즉 형법은 법익을 보호하는 것을 주된 임무로 삼는다는 것이다. 그렇지만 이러한 대답은 다시 아주 어려운 문제와 씨름해야 한다. 법익이란 과연 무엇인가 하는 문제가 그것이다. 독일어 ‘Rechtsgut’을 번역한 ‘법익’이 과연 무엇인지에 관해서는, 이 개념의 탄생지인 독일 형법학에서도 그 동안 많이 논란이 이루어졌고, 이는 지금도 여전히 현재적인 문제로 남아있다. 그 동안 독일 형법학의 이른바 ‘대가’들은 법익이 무엇인지, 달리 말해 실질적 범죄 개념의 핵심징표가 무엇인지에 관해, 그것은 ‘권리침해’다, 아니다 그것은 ‘구체적인 재화’다, 그것도 아니라 “법익은 사회 공동체를 유지하기 위해 입법자가 가치 있는 것으로 본 것”이다, 틀렸다 “법익은 사회의 공동생활을 유지하기 위해 필요한 이익”이다, 다 틀렸다 법익은 “목적물 통해 구성되는 개념이다”, 아니 “법익은 가치, 상태다”, 법익이 아닌 ‘의무’가 곧 범죄 개념의 본질적인 징표다, 라는 정말 다양한 견해들을 내놓았다.¹⁵⁾ 그렇지만 이렇게 형법학의 대가들이 법익

14) 이를 잘 보여주는 마이클 켈텔, 이창신 (옮김), 『정의란 무엇인가』 (김영사, 2010), 제4장 참고.

15) 이에 관해서는 우선 양천수, “19세기 독일 형법학에서 전개된 법익 개념 - 理念史를 중심으로 하여 -”, 『법사학연구』 제38호(2008. 10), 77-106쪽.

개념에 관해 내놓은 견해들은 불완전하고, 그 때문에 오늘날에 와서도 법의 개념에 관해 여전히 합의에 이르지 못하고 있는 것이 현실이다.¹⁶⁾

2. 법익보호와 형법의 합리화

그러나 법익론이 전개되어 온 역사, 더 나아가 독일 형법학이 발전해온 역사를 면밀하게 살펴보면, 한 가지 경향을 읽어낼 수 있다. 그것은 계몽주의의 영향을 받아 형법이 합리화의 길을 걷게 되면서, 형법이 점점 윤리나 종교 문제에 거리를 두게 되었다는 점이다. 이탈리아의 법학자 베카리아(Cesare Beccaria)의 명저 『범죄와 형벌』이나 형법사를 다룬 각종 문헌을 살펴보면,¹⁷⁾ 18세기 당시만 하더라도 형법이 여전히 혼전 정사나 근친상간, 동성연애 등과 같은 성적 윤리와 관련된 범죄나 신성모독 등과 같이 종교적 윤리와 관련된 범죄를 규율하고 있었고,¹⁸⁾ 또 경우에 따라서는 이에 대해 아주 잔인한 형벌을 부과하고 있었다는 점을 알게 된다. 이뿐만 아니라 그 당시만 하더라도 고문이 형사절차상 규문주의와 결합하여 합법적인 수사절차의 일부분으로서 인정되었다는 놀라운 사실도 확인할 수 있다.¹⁹⁾ 그렇지만 계몽주의가 진척되고, 사회계약론에 기반을 둔 새로운 법이론이 전파되면서, 그 당시 형법이 규율하고 있던 풍속범 규정과 종교범 규정은 가장 먼저 비판의 도마에 오르게 된다. 예를 들어, 베카리아는 『범죄와 형벌』을 저술함으로써 형벌을 합리화, 인도주의화하는 데 기여하였고, 독일 형법학의 대가 포이어바흐(J.A.v. Feuerbach)는 칸트(I. Kant)의 법철학을 수용하여 범죄의 본질을 권리침해로 이해함으로써 풍속범과 종교범을 범죄의 규율대상에서 제외하고자 하였다.²⁰⁾ 물론 이들의 견해가 동의만 획득한 것은 아니지만, 이렇게 형법을 합리화하려는 노력은 지난 20세기 중반까지 계속되어 결국 1970년대에 독일 형법이 대개정을 통해 상다수의 성윤리 관련 범죄를 비범죄화하는 성과를 낳기도 하였다.²¹⁾

16) 다만 오늘날에는 독일의 형법학자 하쎜머(W. Hassemer)가 정립한 인격적 법익론(personale Rechtsgutslehre)이 지배적인 법이론으로 자리 잡고 있는 듯싶다. 인격적 법익론에 관해서는 양천수, “인격적 법익론 - 의미와 한계 그리고 재구성 가능성 -”, 『성균관법학』 제21권 제1호(2009. 4), 275-296쪽.

17) 체자레 베카리아, 이수성·한인섭 (공역), 『범죄와 형벌』 (지산, 2000); 독일 형법사에 관해서는 박상기, 『독일형법사』 (울곡출판사, 1993) 참고.

18) 그 당시에는 자살 역시 신성모독에 해당하였다.

19) 이를 예증하듯, 독일의 로텐부르크(Rothenburg)에 자리한 범죄박물관을 방문해 보면, 놀랍게도 고문의 방법을 가르치는 고문교과서를 발견할 수 있다.

20) 포이어바흐의 법철학에 관해서는 이재승, “P.J.A. 포이어바흐의 법사상”, 『민주법학』 제19호(2001. 2), 83-106쪽.

21) 예를 들어, 이 개정을 통해 동성연애와 간통 등이 비범죄화되었다.

3. 중간결론

이러한 역사적 맥락을 되짚어 보면, 필자는 일단 다음과 같은 잠정적인 결론을 이끌어낼 수 있다고 생각한다. 형법이 기본적으로 가장 역점을 두어 보호해야 하는 것은 바로 개인적 권리, 그 중에서도 자기결정과 자기처분 그리고 자기책임을 그 내용으로 하는 자율성이라는 점이다. 물론 이러한 자율성이 구체적으로 무엇을 뜻하는지를 파악하기 위해서는 다시 소극적 자율성과 적극적 자율성, 사적자율과 공적자율이라는 개념 등과 마주해야 한다.²²⁾ 자율성 개념 그 자체도 다양한 스펙트럼을 지니고 있기 때문이다. 그러나 이 개념들을 정면에서 다루는 것은 이 자리에서는 피하고자 한다.

여하간 이렇게 자율성을 형법이 보호해야 할 가장 기본적인 법익으로 이해할 수 있다면, 이를 토대로 하여 스와핑이 과연 이러한 형법상 기본적인 법익을 침해하고 있는 것인지 따져볼 필요가 있다. 그렇지만 그 결론은 비교적 쉽게 이끌어낼 수 있는 것 같다. 왜냐하면 스와핑은 각 당사자 부부들이 자유롭게 상호적으로 합의함으로써 성립하는 것이므로, 이러한 스와핑을 통해 각 당사자들의 자율성이 침해되었다고 말할 수는 없기 때문이다. 사실이 그렇다면, 스와핑이 형법상 법익을 침해한다고 말할 수는 없다.

V. 윤리·도덕과 법의 관계설정

1. 공동체의 윤리적 핵심가치를 침해하는 스와핑(?)

이러한 필자의 주장에 대해서는 다음과 같은 반론을 제기할 수 있다. 즉 스와핑은 우리 공동체를 유지하는 데 필수적인 근본가치, 즉 윤리적 가치를 침해하는 것이고, 따라서 이러한 스와핑을 허용하게 되면 우리 공동체를 유지할 수 없게 되며, 그 결과 우리 공동체의 구성원인 각 개인의 생존을 유지하거나 삶을 제대로 영위하는 것도 힘들어질 것이라는 반론이 그것이다. 이러한 반론은 ‘스와핑은 반윤리적, 반도덕적, 반인륜적 행위다.’라는 주장을 더욱 발전시킨 것이라고 할 만하다. 그렇지만 이러한 반론이 설득력을 얻기 위해서는 윤리, 도덕, 인륜 등과 같은 개념들이 구체적으로 무엇을 뜻하는지

22) 이에 관해서는 K. Günther, 주현경 (역), “국가임무의 변화와 조종법의 위기”, 이상돈 (편), 『대화이론과 법』 (법문사, 2003) 참고.

명확히 할 필요가 있다. 그러나 지면이 제한된 이 자리에서 이 문제를 다루는 것은 적절하지 않다고 생각한다. 왜냐하면 이 문제를 본격적으로 다루려면, 이와 결부되어 있는 독일의 관념론 철학이나 현대 사회철학 또는 영미철학에서 전개된 자유주의-공동체주의 논쟁을 다루어야 하기 때문이다.²³⁾ 그러나 이를 이 자리에서 다 함께 다루는 것은 필자의 능력을 벗어나는 일이고, 또 너무 긴 우회로를 거쳐야 하는 것이기도 하다.²⁴⁾ 그런데도 여기서 필자가 말하고 싶은 것은, 스와핑이 침해하는 것일지도 모르는 성적 윤리적 가치는 자유주의적이고 보편적인 성격을 띠는 도덕 개념에는 포함시킬 수 없다는 점이다.

물론 이것은 우리 공동체가 전통으로서 전승받아 온 고유한 가치일 수도 있다. 더군다나 이것은 우리의 가족전통을 보존하고 유지하는 데 도움을 주는 가치일 수도 있다. 그렇지만 설사 스와핑이 침해하는 가치가 이와 같은 윤리적 가치일 수 있다 하더라도, 이러한 가치가 정당한 가치, 즉 정당한 윤리로 인정받기 위해서는 그 전에 이 가치가 일정한 공동체의 승인절차를 거쳐야 한다는 점을 염두에 둘 필요가 있다. 이러한 승인절차는, 이상적으로는, 공동체의 모든 구성원들이 자유롭고 평등하게 참여한 가운데서 이루어져야 한다. 마치 독일의 사회철학자 하버마스가 강조하는 합리적 대화(rationaler Diskurs)처럼 승인절차가 이루어져야 한다.²⁵⁾

그러면 스와핑이 침해하는 것처럼 보이는 성적 윤리적 가치는 이러한 승인절차를 거친 것으로서 정당한 가치라고 말할 수 있는가? 그러나 이에 대해서는 확정적인 대답을 하기 어렵다고 생각한다. 왜냐하면 스와핑과 관련을 맺는 성적 윤리적 가치는 치열한 논쟁이 되고 있는 윤리적 가치라고 말할 수 있기 때문이다. 그 이유는 스와핑이 갖고 있는 자율적·상호평등적 합의구조에서 찾을 수 있다. 스와핑은 각 부부 당사자가 자율적이고 서로 평등하다는 점을 전제로 해야만 성립할 수 있다. 이 점에서 일방적인 구조를 갖는 간통이나 각종 성폭력 등과는 다르다고 생각한다. 오히려 스와핑은 자율적이고 상호평등적인 구조를 갖는다는 점에서 현행법뿐만 아니라 도덕적·윤리적 측면에서 이제 큰 문제가 되지 않는 합의이혼과 유사하다. 바로 이 점에서 스와핑은 어찌 보면 낯설고 이질적인 것처럼 보일 수 있지만, 이는 우리 공동체가 승인하고 있는 기존의 확고한 도덕적·윤리적 가치와 큰 충돌을 일으키지 않는다. 마치 최근 논쟁의 대상이 되

23) 자유주의-공동체주의 논쟁에 관해서는 김정오 외, 앞의 책(주3), 제9장 참고.

24) 이에 관한 필자의 생각은 양전수, “현대 법체계의 도덕적 기초”, 『법학연구』(경상대) 제21권 제1호(2013. 1), 335-360쪽.

25) ‘합리적 대화’에 관해서는 J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, 2. Aufl., Frankfurt/M. 1994, 제3장 참고.

고 있는 동성결혼처럼 말이다.²⁶⁾

2. 윤리·도덕과 법의 관계

이뿐만 아니라, 과연 이러한 윤리적 가치를 법으로서, 그것도 형법으로써 규제해야 할 필요가 있는지 의문이 들 수 있다. 이는 윤리·도덕과 법의 관계를 어떻게 설정해야 하는가, 라는 아주 어려운 법철학적 문제로 거슬러 올라간다. 이에 대해 법이 윤리나 도덕과 완전히 무관하다고 단언하기는 어렵지만, 기본적으로 법은 ‘윤리의 최소한’으로서 윤리나 도덕적인 문제에 대해 관용을 베풀고, 따라서 필요최소한의 범위에서만 이에 개입하는 보충적인 태도를 취해야 하지 않을까 생각한다. 특히 죄형법정주의가 지배하는 형법 영역에서는 자유주의적이고 보편적인 도덕과는 구분되는 공동체주의적이고 상대적인 윤리를 형법규범에 수용하는 것에 민감할 필요가 있지 않을까 한다.

물론 이러한 필자의 주장에 대해서는 다음과 같은 반론을 펼 수 있다. 즉 우리 헌법은 가족제도를 보호한다고 규정하고 있으므로,²⁷⁾ 스와핑에 관한 문제는 이미 단순한 윤리적 문제에 그치는 것이 아니라, 헌법적인 문제가 될 수 있다는 것이다. 이에 대해 필자는 다시 다음과 같이 재반박할 수 있다고 생각한다. 일단 헌법규정을 토대로 하여 스와핑에 관한 문제를 윤리적 문제가 아닌 헌법적 문제로 이해하는 것에는 필자 역시 반대하지 않는다. 현대의 자연법론자들이 주장하는 것처럼, 헌법은 많은 부분 도덕적·윤리적 가치를 실정화한 법규범이라고 말할 수 있기 때문이다.²⁸⁾ 그렇지만 각 부부 당사자의 자율적인 합의에 바탕을 둔 스와핑이 과연 헌법이 보장하는 가족제도를 침해하거나 형해화한 것인지에 대해서는 물음표를 칠 수밖에 없다. 왜냐하면 현행 민법은 스와핑과 구조적으로 유사한 합의이혼을 합법적인 것으로 승인하고 있기 때문이다. 사실이 그렇다면, 어떻게 가족을 해체하려는 합의이혼은 합헌으로 인정하면서, 가족을 유지하려는 스와핑은 위헌적인 것으로서 판단할 수 있는 것일까? 스와핑을 법으로써 규제하고자 하는 진영은 이 같은 평가모순을 설득력 있게 설명하지는 못할 것이다.

이러한 필자의 반박에 대해, 비록 그 설득력은 미약하지만, 다시 다음과 같이 재반박

26) 동성결혼 문제에 관해서는 이준일, “헌법상 혼인의 개념: 동성간 혼인의 헌법적 허용가능성”, 『공법연구』 제37집 제3호(2009. 2), 165-194쪽; 서종희, “한국에서의 호모 사케트: 동성혼”, 『원광법학』 제26권 제2호(2010. 6), 109-148쪽 등 참고.

27) 이에 관해서는 헌법 제36조 제1항이 규정한다: “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.”

28) 이러한 생각의 전형으로는 C. Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlin 1954 참고.

할 수도 있다. 즉 스와핑은 혼인 중에 배우자 아닌 타인과 간음을 하는 것이므로, 이는 형법상 간통죄에 속할 수 있다는 것이다. 그렇지만 형법상 간통죄는 스와핑과는 달리 배우자 쌍방의 합의를 전제로 한 것이 아니고, 배우자의 고소를 소추조건으로 하는 친 고죄이며, 이 간통죄 자체에 대해서는 위헌이라는 비판적인 견해 역시 다수 존재한다는 점을 상기할 필요가 있다.

VI. 그 밖의 문제

1. 미풍양속에 반하는 스와핑(?)

혹자는 스와핑은 우리의 전통적인 미풍양속에 반한다고 말할지도 모른다. 그렇다면 스와핑이 침해하는지도 모르는 윤리적 가치가 우리의 전통적인 미풍양속에 해당하는지 짚막하게 검토해 보자. 이 문제는 다시 두 가지 하부문제를 포함한다. 첫째는 우리의 전통에 속하는 것은 모두 미풍양속으로서 긍정적으로 평가할 수 있는가 하는 점이고, 둘째는 스와핑이 침해하는 윤리적 가치가 이러한 미풍양속에 해당하는가 하는 점이다. 우선 첫 번째 문제부터 검토한다. 우리 공동체의 전통에 속하는 것이면 모두 미풍양속이라고 볼 수 있는가? 결론부터 말한다면, 이에 대해서는 부정적으로 답변할 수 있다.²⁹⁾ 예를 들어, 우리에게 전통적으로 존재했던 첩제도를 생각해 보자. 엄격한 유교국가였던 조선시대에도, 주지하다시피, 첩제도를 인정하고 있었다. 이것은 우리 공동체가 공식적이든 아니면 비공식적이든 전통적으로 일부다처제를 승인하고 있었음을 보여준다. 그러면 이러한 일부다처제가 과연 미풍양속에 속한다고 말할 수 있을까? 이외에도 이미 헌법재판소에 의해 위헌결정을 받은 동성동본 불혼제도나 호주제 모두 우리의 전통에 해당한다고 여기던 것들이었다.³⁰⁾ 이렇게 보면 우리에게 전통으로서 전승되어온 것이라고 해서 모두 미풍양속이라고 말할 수 없다는 점을 알 수 있다. 역사학자 이기백 선생이 강조한 것처럼, 우리는 긍정적인 의미를 갖는 전통과 부정적인 의미를 갖는 인습을 개념적으로 구별해야 한다.

나아가 스와핑이 침해하는 것처럼 보이는 윤리적 가치가 우리 공동체가 승인한 미풍

29) 이와 관련하여 민법 제103조가 규정하는 ‘선량한 풍속’ 자체가 유동적인 개념이라는 점을 염두에 둘 필요가 있다.

30) 이에 관해서는 윤진수, “전통적 가족제도와 헌법: 최근의 헌법재판소 판례를 중심으로”, 『서울대학교 법학』 제47권 제2호(2006. 6), 149-188쪽.

양속에 속하는가? 이를테면 부부관계 또는 가족관계의 성적 순결성은 우리 공동체가 법으로써 보호해야 할 미풍양속인가? 이에 대해서 필자는 부정적으로 생각한다. 물론 가족관계의 성적 순결성 그 자체는 우리가 존중하고 보호해야 할 아름다운 윤리적 가치라고 말할 수 있다. 필자는 개인적으로 이것을 부정하지는 않는다. 그렇지만 이러한 주장이 공동체 전체의 차원에서도 확고한 지지를 받고 있는지에 대해서는 좀 더 신중하게 검토해 보아야 한다. 더욱이 이것을 지키지 않았다고 해서 이를 법으로써, 특히 형법으로써 규제해야 한다는 생각하지 않는다. 이미 여러 번 언급한 것처럼, 우리 법체계는 각 당사자의 자율적인 합의에 기초를 둔 합의이혼, 즉 결혼관계를 해체하고자 하는 합의이혼을 허용한다. 사실이 그렇다면, 스와핑이 부부관계의 성적 순결성을 침해했다고 해서 이를 법으로써 규제하려는 것은 ‘참새를 잡으려고 대포를 쏘는 것’과 같다. 다시 말해, 비례성에 어긋나는 법적 규제인 셈이다. 필자는 스와핑이 각 부부 당사자의 자율적이고 상호 평등적인 합의에 기반을 두어 형성되는 것이라는 점에서, 돈을 매개로 하여 성적 수단관계를 형성하는 성매매보다는 오히려 윤리적인 측면에서 낫다고 생각한다.

2. 형법 도그마틱상 문제

이러한 반론에도 불구하고 결국 스와핑을 형법으로써 규제한다고 가정해 보자. 스와핑을 형법으로써 규제한다는 것은, 스와핑을 범죄의 일종으로 파악하는 것을 뜻한다. 그렇지만 이러한 범죄화는 형법 도그마틱상 체계모순을 빚게 된다. 왜냐하면 우리 형법은 기본적으로 당사자의 합의나 피해자의 승낙이 있는 경우 위법성을 조각시키기 때문이다. 이를테면 형법은 피해자의 승낙을 정당화사유의 한 가지로 제도화하고 있다(형법 제24조).

물론 이에 대한 예외사유 역시 존재한다. 예를 들어, 설사 피해자의 촉탁이나 승낙을 얻어 피해자를 살해한 경우라 할지라도, 이 경우에는 가벌성이 조각되지는 않는다(형법 제252조 제1항). 또한 자살을 방조한 경우에도 이를 범죄로 인정한다(형법 제252조 제2항). 이뿐만 아니라, 피해자의 승낙을 받아 신체 일부를 손상시킨 경우에도 그것이 다른 법규정에 반하거나 이른바 사회윤리에 반하는 경우에는 위법성이 탈락되지 않는다. 상호합의에 기반을 둔 성매매 역시 범죄화하고 있다. 여기서 성매매를 제외하고는 이렇게 피해자 승낙에 대한 예외를 인정하는 것에 나름 수궁이 가는데,³¹⁾ 그 이유는 이들

31) 상호합의에 기반을 둔 자율적인 성매매를 범죄화하는 것에 대해서는 의문이 있다.

행위가 남용되거나 왜곡되는 경우 그 피해가 상당히 크기 때문이다. 가령 피해자의 승낙을 이유로 하여 피해자의 생명이나 건강과 같이 인간 삶을 지탱하는 데 가장 근본이 되는 법익을 침해하는 것은, 이것이 왜곡되는 경우 아주 막심한 피해를 야기할 수 있다. 그러나 합의에 바탕을 둔 스와핑이 과연 어떤 중대한 법익을 침해하는 것인지는 분명하지 않다.

그렇다면 스와핑을 민사법으로 규제하는 것은 가능할 수 있을까? 그러나 이 역시 쉽지 않다. 왜냐하면 스와핑 그 자체가 민사법상 불법행위나 채무불이행을 구성하는 것은 아니기 때문이다. 또한 부부 사이의 권리나 의무를 침해한 것이라고도 보기 어렵다. 이는 곧 스와핑이 손해배상 사유가 되지 않는다는 점을 보여준다.

VII. 결 어

이렇게 볼 때, 결국 입법자는 스와핑과 같이 그 정당성에 대해 논란이 되는 성적 윤리적 가치를 침해하는 것처럼 보이는 행위들에 대해서는 관용을 베푸는 것이 적절한 법정책이라고 말할 수 있다. 우리 공동체가 한편으로는 성적 자기결정권을 기본권의 일종으로, 다른 한편으로는 다원주의를 국가의 구성원리인 민주주의 주요내용으로 인정하고 있는 이상, 스와핑과 같은 행위를 법으로써, 특히 형법으로써 규제하지 않는 것이 타당하다. 이렇게 하는 것이 각자가 생각하는 좋은 것, 행복한 것을 자율적·다원적으로 추구할 수 있도록 하는 우리 헌법상 기본태도(헌법 제10조)와도 합치한다고 생각한다. 이는 곧 법이 윤리나 도덕적인 문제에 대해 일정한 거리를 두어야 한다는 점을 시사하는 것이기도 하다.