

## 부부강간의 성립여부에 관한 소고\*

조 현 옥

한남대학교 법과대학 교수

### < 목 차 >

- I. 들어가는 말
- II. 부부강간의 성립여부에 대한 학설과 판례의 태도
- III. 나오는 말

### I. 들어가는 말

형법 제297조는 폭행 또는 협박으로 부녀를 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다고 규정하고 있다. 2001년 여성개발원의 보고서에서 부부사이의 강간에 대한 처벌을 법적으로 명문화해야 한다는 의견<sup>1)</sup>을 제시한 이래로 부부사이의 강간행위에 대한 부정과 긍정의 다양한 견해들이 등장하였으나, 최근 법률상 부부간의 성폭행에 대하여 강간죄를 인정한 하급심의 판결<sup>2)</sup>로 인해 부부사이의 강간죄 인정여부의 문제가 또다시 중요한 화두로 떠오르게 되었다.<sup>3)</sup> 부부사이의 이 같은 강간죄 인정판결은 지금까지 대법원이 유지해 온 판례의 태도

\* 심사위원 : 양종모, 김혜정, 박기석

투고일자 : 2009. 1. 23, 심사일자 : 2009. 3. 15, 게재확정일자 : 2009. 3. 20.

1) 한국여성개발원, 여성폭력방지 종합대책 : 성폭력, 가정폭력을 중심으로, 2001, 97면.

2) 부산지방법원 2009.1.16. 선고 2008고합808 판결.

3) 부산지방법원의 부부강간인정 판결직후 실시한 의견조사에서도 긍정과 부정의 견해가 서로 각각의 논거를 제시하고 있다. 법률신문, 2009년 1월 22일자 및 세계일보 2009년 2월 2일자 참조.

와 상반된 것이어서 주목을 끌고 있다. 부부 사이의 강간죄 성립여부에 대해서 기존의 통설과 대법원 판례는 이를 부정하였던 것이다. 그러나 최근 아내에 대한 강간을 인정하는 부산지방법원의 판결이 나오면서 이에 관한 논의가 다시 활발해 지고 있다. 부부 사이의 강간죄 성립을 부정하는 견해는 부부관계의 특수성을 그 이유로 들고, 강간죄가 아닌 폭행죄나 협박죄 또는 강요죄로 처벌가능하다고 보고 있다. 본 논문에서는 부부사이의 강간죄 성립여부를 해석론의 측면에서 이를 살펴보았다. 즉, 문리적 해석에 의할 때 부부 사이에 강간죄의 성립을 인정하는 것은 아무런 문제가 없다. 긍정설의 입장에서 이를 바라보면 외국의 대부분의 입법례에서 보듯이 부부 사이의 강간도 현행 형법의 조문에 기하여 이를 처벌할 수 있음은 물론이다. 다만 목적론적 축소해석의 측면에서 이를 살펴보면 부부 사이의 성관계문제까지 강간죄의 성립을 인정해야 하는가에 대해서는 다소 의문이 있다.

부정설이 법조문에 근거한 이성적인 판단이라기보다 감정적인 측면에 치우쳐 있음을 인정하지만, 이는 목적론적 해석의 입장에서 보면 전혀 이해 못할 바도 아니다. 앞으로 이에 대한 형법조문의 체계화 작업 및 양형문제 등의 연구가 계속적으로 진행되어야 할 것으로 판단된다.

이에 본 논문에서는 하급심의 판결과 같이 부부 사이에도 강간이 성립할 수 있는지를 여부를 지금까지의 학설과 판례의 태도 및 외국의 입법례는 어떠한지를 살펴봄으로써 부부 사이의 강간죄 성립여부를 검토해 보고자 한다.

## II. 부부강간의 성립여부에 대한 학설과 판례의 태도

### 1. 강간죄 일반론

#### 1) 강간죄의 의의

강간죄(형법 제297조)는 폭행 또는 협박으로 부녀(婦女)를 강간함으로써 성립하며, 성적자기결정의 자유를 침해하는 범죄이다. 본죄의 보호법익은 성적자기결정권이며, 보호정도는 침해범으로서의 보호이다.<sup>4)</sup>

## 2) 강간죄의 행위객체

본죄의 행위객체는 부녀(여자)로 한정되나 성년·미성년, 기혼·미혼을 불문한다. 따라서 음행의 상습이 있는 여자 및 매춘부도 포함된다. 부부강간죄의 성립여부를 극명하게 논할 수 있는 재료는 바로 법률상의 처가 본죄의 행위객체가 될 수 있는가의 문제라고 할 수 있다.

부부사이에 동거의무 및 부부간의 특수성을 고려하여 강간죄의 성립을 부정하는 종래의 대법원 판례 및 다수설의 입장과 혼인계약의 내용에 강요된 동침까지 포함할 수 없으므로 강간죄의 성립을 긍정해야 한다는 견해와 법률상의 처가 강간죄의 행위객체는 될 수 없으나 폭행죄나 협박죄, 상해죄 또는 강요죄 등의 다른 범죄가 성립할 수 있다는 견해가 대립하고 있다.

## 2. 학설의 태도

### 1) 적용설(긍정설)

혼인계약의 내용에는 강요된 동침은 포함되지 않는다는 해석하에 부부간에도 강간죄가 성립할 수 있다고 주장한다. 부부 사이의 강간에 대해서도 현행 강간죄의 조문을 적용하여 처벌할 수 있다는 견해로 최근의 하급심 판례의 태도이다. 강간죄의 보호법익은 성적 자기 결정권이므로 부부간의 강간행위를 강간죄에서 제외할 이유가 없다고 보며,<sup>4)</sup> 본 죄의 행위객체를 부녀로만 한정하고 있어 부녀의 범위에 아내를 제외할 아무런 이유가 없다고 본다.<sup>5)</sup> 또한 부부 사이의 동거의무가 폭행이나 협박에 의한 강제적 간음행위까지 정당화시켜주지는 않으며, 성관계를 거부할 경우에는 단지 이혼사유로 작용할 뿐이며,<sup>6)</sup> 이러한 최

4) 이정원, 형법각론, 공개 제1판, 2008, 199면; 조현욱, 형법각론강의(II), 진원사, 2008, 155-156면.

5) 박선영, 개인의 존엄과 양성평등으로 본 부부간 성폭력, 공법연구 제34집 제2호, 한국공법학회, 2005, 70-71면; 윤영철, 형법의 법익론 관점에서 본 부부강간의 문제, 형사정책연구 제18권 제1호, 2007, 33면.

6) 오영근, 형법각론, 박영사, 2005, 169면; 장영민·손지선, 처의 성적 자기결정권 보호 - 부부강간죄의 성립여부에 관한 고찰-, 법학논집 제6권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2001, 176면.

7) 유기천, 형법학(각론강의 상), 일조각, 1984, 124면; 이호중, 아내에 대한 강간·강제추행,

협박의 폭행이나 협박이 있는 경우에는 정상적인 부부관계의 의미는 사라지고 만다는 것이다.<sup>8)</sup> 강간죄의 보호법익을 성적자기결정권으로 본다면 피해자의 관점에서 보면 일반강간이나 부부 사이의 강간에 차이가 발견되지 않으며,<sup>9)</sup> 법률상의 부부이지만 별거상태에 있는 부부간에는 특히 강간죄의 성립을 인정해야 할 실익이 있다고 본다.<sup>10)</sup> 부부간에 강간이 성립될 수 없다고 판단할 아무런 근거가 없으며, 부부관계가 해소되어 가는 경우는 물론이고 그렇지 않은 경우에도 부부 사이에 강간죄가 성립할 수 있다고 주장한다.<sup>11)</sup> 나아가 아내 강간의 불인정은 남성편향의 과소범죄화이며 이를 인정하는 것이 형사정책적으로도 타당한 것으로 본다.<sup>12)</sup>

부부관계의 특수성을 고려하더라도 남편에 대해 처의 성적자기결정의 자유는 보호받을 가치가 없다거나 포기된 것이라고 보는 것은 곤란하다. 즉, 자기의 처라고 해서 폭행 또는 협박으로 강간한 행위를 언제나 불가벌로 한다는 것은 남성위주의 사고방식이라 할 수 있다. 남편의 처에 대한 강간도 구체적인 경우에 따라서는 본죄가 성립한다고 보아야 한다.<sup>13)</sup>

재산설이나 동일체설 등의 구시대적 이론은 혼인을 인격체의 계약적 결합으로 보는 오늘날에는 더 이상 타당하지 않으며, 또 배우자 사이에 동거의무가 있다고 하여도 폭행이나 협박에 의한 저항하기 불가능한 상황에서의 성교를 의무로 인정할 수는 없다고 하겠다. 이것은 혼인이 배우자간의 인간의 존엄을 바탕으로 한 인격체의 결합이라는 측면에서 동거의 공동체를 형성하는 것이고 타인을 오로지 출산 내지 성교를 위한 수단으로만 파악해서는 안된다는 것을 의미하기 때문이다. 다만 혼인관계가 가질 수 있는 다양한 내적 관계를 고려하여, 부부 사이의 강간에 대하여는 특별한 고려를 할 필요가 있을 것이다. 만약 그렇

고시계, 2004.11, 33면; 박상기, 제6판 형법각론, 박영사, 2005, 149면; 조국, 아내강간의 성부와 강간죄에서의 폭행·협박의 정도에 대한 재검토, 형사정책 제13권 제1호, 2001, 18면; 이종갑, 아내강간의 성립에 대한 소고, 한양법학 제23집, 한양대학교 법학연구소, 2008, 414-415면.

8) 백형구, 형법각론, 청림출판, 1999, 313면.

9) 박선영, 앞의 논문, 69-76면.

10) 박상기, 앞의 책, 148-149면; 조국, 앞의 논문, 18면; 유기천, 앞의 책, 124면.

11) 류화진, 우리 형법상 아내강간의 강간죄 성립여부, 여성연구 통권 제67호, 한국여성개발원, 2004, 13면; 유기천, 앞의 책, 124면.

12) 윤영철, 앞의 논문, 32면.

13) 김순태·이창호, 형법각론, 한국방송통신대학교 출판부, 2005, 78면.

게 하지 않을 경우에는 가정이라는 공간의 친밀성을 유지하려는 구성원의 의사는 존중되지 않을 것이기 때문이다.<sup>14)</sup>

## 2) 부적용설(부정설)

부부관계의 특수성에서 볼 때 부부 사이에는 강간죄가 성립할 수 없다고 보는 견해이다. 성관계를 적법하고도 정당하게 행하고 요구할 수 있는 부부사이에서 간음행위 자체가 범죄가 된다고 하는 것이 이상하다고 보는 것이다. 부부 사이의 성관계를 강제하기 위한 그 이전의 행위가 폭행죄, 협박죄 또는 강요죄 등의 별도의 범죄에 해당하는 것은 몰라도 적어도 간음행위 만큼은 부부 사이에는 당연한 것으로 보아 강간죄가 성립되지 않는다고 본다. 즉, 민법상의 부부간 동거의무 속에는 성교의 의무와 권리가 있으므로 부부 사이의 성교 그 자체가 범죄로 될 수 없다는 의미이다.<sup>15)</sup>

가정의 해체와 정상적인 부부의 갈등조장 우려 등 사회문제 발생을 우려하여 부부 사이의 강간을 부정하기도 하는데, 이에선 입증의 어려움이 따른다.<sup>16)</sup> 지

14) 장영민, 형사법에서의 Gender, 법학논총 제6권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2001, 398면.

15) 권오걸, 형법각론, 형설출판사, 2009, 170면; 김일수·서보학, 새로 쓴 (제7판) 형법각론, 박영사, 2007, 160면; 배종대, 제6전정판 형법각론, 홍문사, 2006, 241면; 손동권, 형법각론, 율곡출판사, 2007, 147-148면; 윤용규, 부부간에도 강간죄가 성립될 수 있는가? - 부산지법 판결(2009.1.16, 2008고합 808)을 중심으로 -, 고시계 2009/3, 79면 이하; 이정원, 앞의 책, 201면; 이형국, 형법각론, 법문사, 2007, 213-214면; 임웅, 형법각론(개정판), 법문사, 2003, 162면; 참고로 종래 독일형법에서는 간음을 혼인외의 성교로 규정하였으나 이를 성적강요와 강간으로 개정하여 혼인의 성교를 삭제하였다. 독일형법 제177조는 성적 강요죄 내지 강간죄를 다음과 같이 규정하고 있다 : (1) Wer eine andere Person 1. mit Gewalt 2. durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben oder 3. unter Ausnutzung einer Lage, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist, nötigt, sexuelle Handlungen des Täters oder eines Dritten an sich zu dulden oder einem Dritten vorzunehmen, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft. (타인에게 제3자의 성적 행동을 참도록 강요하거나 또는 자신이나 제3자에 대하여 성적 행동을 하도록 다음 각호의 1과 같이 강요한 자는 1년 이상의 자유형에 처한다) (2) 1. der Täter mit dem Opfer den Beischlaf vollzieht oder ähnliche sexuelle Handlungen an dem Opfer vornimmt oder an sich von ihm vornehmen läßt, die dieses besonders erniedrigen, insbesondere, wenn sie mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind (Vergewaltigung) (행위자가 피해자와 함께 성교하거나 또는 피해자에 대하여 상당히 수치스러운, 특히 신·체 침입과 관련된 유사성행위를 하거나 또는 피해자로 하여금 가기에 대하여 유사 성행위를 하게 한 경우(강간).

16) 조능래, 부부강간죄 신중히 접근하여야, 법률신문, 2004.8.26.자.

극히 사적 영역인 부부 사이의 성행위까지 형벌권을 동원하여 문제를 해결하고자 하는 것은 형벌권의 남용으로 과잉처벌이라고 보는 것이다.<sup>17)</sup> 부부 사이에 강간죄를 인정하는 것은 어렵지만 폭력에 의한 간음행위를 강요죄<sup>18)</sup>나 폭행·협박죄<sup>19)</sup> 등의 다른 범죄로 처벌하자는 견해도 부정설에 속한다. 강간죄의 법정형이 너무 높아 성교의무가 있는 부부 사이의 성행위에 이를 적용할 수 없다는 견해<sup>20)</sup>까지 부정설의 논거는 이처럼 다양하다. 긍정설이 주장하고 있는 부부관계에서의 성관계를 강간죄의 행위객체의 관점에서 파악하는 것은 잘못된 것이며, 부부 사이의 강간죄 성립여부는 구성요건적 행위인 폭행·협박의 관점에서 고찰되어야 한다고 보는 견해도 있다. 즉, 부부간의 성적자기결정권은 도덕적·윤리적 문제이지 간음이라는 불법을 형성하는 요인으로 평가될 수 없다고 본다. 따라서 부부 사이의 성관계에 폭행이나 협박이 수반되었다면 이를 강간죄가 아닌 폭행죄나 협박죄로 규율해야 한다고 보는 것이다.<sup>21)</sup>

### 3) 검토

부부간의 별거나 이혼소송 중에는 적어도 부부 사이의 강간이 성립할 수 있다고 보는 것이 긍정설의 입장이다. 그러나 이와 상관없이 부부 사이의 강간은 성립할 수 있다고 본다. 즉, 강간죄의 폭력성이나 피해자의 피해정도 등을 문리해석에 기한 형법의 독자성 측면에서 볼 때는 정상적인 부부관계를 유지하는 경우에도 강간이 성립할 수 있다고 보아야 올바른 해석이라고 판단된다. 또한 부정설이라고 하더라도 부부 사이의 강간을 부부관계의 특수성을 고려하여야 한다고 하거나, 이를 다른 범죄로 의율이 가능하다는 의견을 제시하고 있을 뿐 문리해석에 기한 강간죄의 성립 그 자체를 부정하고 있는 것으로는 보여지지 않는다. 따라서 부정설이나 긍정설이나 강간죄 성립 그 자체를 부정하는 것은 아니고, 단지 형사정책상의 고려나 형법의 보충성 원칙에 비추어 해당법조의 적용 내지 그 처벌을 삼가자는 취지로 이해할 수 있을 것이다.

17) 배종대, 부부강간죄 도입은 불필요한 과잉입법이다, 대한변협신문(2002.1.17) 참조.

18) 김일수·서보학, 앞의 책, 160면; 이형국, 앞의 책, 213-214면.

19) 임웅, 앞의 책, 162면; 정성근·박광민, 형법각론, 삼지원, 2002, 159면.

20) 이재상, 제5판(보정신판) 형법각론, 박영사, 2007, 158면.

21) 이정원, 앞의 책, 200면 및 204-205면.



### 3. 판례의 태도

#### 1) 부정설의 입장인 대법원판례의 태도

전통적인 판례의 태도는 부부 사이에는 폭행과 협박이 수반된 간음행위가 있다고 하더라도 강간죄의 성립을 부정하는 것이었다. 대표적인 판례가 대법원 1970.3.10. 선고 70도29 판결이 있다. 동 판결은 “처가 다른 여자와 동거하고 있는 남편을 상대로 간통죄 고소와 이혼소송을 제기하였으나 그 후 부부간에 다시 새 출발을 하기로 약정하고 간통죄 고소를 취하한 경우에는 그들 사이에 실질적인 부부관계가 없다고 단정할 수 없으므로 설령 남편이 강제로 처를 간음하였다 하더라도 강간죄는 성립되지 아니한다”고 판시함으로써 부부사이의 강간죄 성립을 부정하였다. 부부사이에는 동거의무가 있고 동거의무가 있다는 것은 상대방에 대한 정교청구권이 있다는 것을 강간죄 성립을 부정하는 논거로 들고 있다.

본 판례에 대하여 부부 사이에는 강간죄가 성립될 수 없다고 해석하는 입장과 동 판례는 부부 사이의 강간 자체를 부정하는 판결이 아니라, 부부 사이에 실질적인 부부관계가 있는지를 핵심기준으로 강간죄의 성립여부를 판단하고 있다고 보는 견해도 있다. 즉, 제한적 범위 내에서 부부 사이의 강간을 인정하는 판결로 이해하는 입장이다.<sup>22)</sup>

판례에 나타난 문장만을 살펴보면 양쪽의 해석이 모두 가능하다고 보여진다.

#### 2) 긍정설의 입장인 하급심판례의 태도

대법원판례는 아니지만 부부 사이의 강간을 인정한 최초의 판례로 부산지방법원 2009.1.16. 선고 2008고합808 판결이 있다.

동 판결은 폭행·협박의 정도에 대해 ‘처의 거부 의사에 명백히 반하는 것으로서, 그 의사를 강력하게 억압하는 등의 방법으로 저항을 사실상 곤란하게 하는 것이면 족하다’고 판시하였다. 이런 정도의 폭행과 협박이 있었다고 판단하

22) 조국, 제2판 형사법의 성편향, 박영사, 2004, 26-27면; 그러나 위 대법원판례가 실질적인 부부관계가 있는 동안에 강간은 성립하지 않는다는 것을 전제하고 있으므로 이를 제한적으로 아내 강간을 인정한 것으로 판단할 실익이 없다는 견해로는, 이종갑, 앞의 논문, 407면

기 위해서는 범행 당시 남편의 의도와 처의 태도, 남편이 자신의 뜻을 관철하기 위하여 처에 대하여 사용한 폭행과 협박의 태양과 수단 및 정도, 쌍방의 연령과 정신상태, 남편과 처의 평소 성행, 가족 구성과 현장의 실태 등 모든 구체적인 사정 등을 종합적으로 고려하여 합리적으로 판단해야 한다고 보았다. 또한 강간죄의 행위객체에 법률상의 처를 제외할 아무런 근거도 없으므로 폭행·협박에 기한 남편의 아내에 대한 강제적 간음은 현행 강간죄의 구성요건에 해당되어 처벌이 가능하다고 판시한 것이다.

직접적으로 강간과 연결되지는 않았지만, 남편이 아내를 강제로 추행한 사건에서 성적 자기결정권을 근거로 남편에 대하여 강제추행죄를 인정한 판례로 서울중앙지방법원 2004.8.20. 선고 2003고합1178 판결이 있다.

동 판례는 성관계를 거부하는 아내에게 폭력을 쓰며 성행위를 강요한 남편에 대하여 강제추행치상죄를 인정하여 유죄판결을 내림으로써 부부 사이의 강간이나 강제추행을 인정하지 않았던 법조계의 전통적 입장에 배치되는 판결을 내려 주목을 받은 바 있다. 이 사건에서 피고인 남편은 당초 아내에 의하여 강간과 강제추행치상혐의로 고소되었지만, 검찰수사단계에서 강간부분은 증거불충분으로 무혐의처분을 받았다. 이후 남편은 법정에서 강제추행치상부분에 대해서도 공소사실을 부인했으나, 거짓말탐지기 테스트 결과 거짓말을 했다는 점이 인정되었고 강제추행치상죄에 대하여 유죄판결을 받게 되자 남편이 항소를 포기함으로써 판결이 확정되었다.

당시 이러한 법원의 판결을 두고 법학계 일부와 여성계에서는 여성의 성적 자기결정권을 혼인유무와 관계없이 존중되어야 함을 분명히 보여준 판결이라 하여 이를 환영하였다.<sup>23)</sup>

#### 4. 외국의 입법례

부부 사이의 강간은 오랫동안 우리나라뿐만 아니라 외국에서도 범죄로 취급되지 않았지만, 최근의 경향은 이를 점차적으로 인정하는 방향으로 나아가고 있는 것으로 보인다. 강간죄의 객체에 남성을 포함하는 것은 해외에서는 이미 낮

23) 대표적으로 조국, “아내강간 불인정은 남성편향의 과소범죄화”, 시민과 변호사, 2004년 10월, 19면; 한인섭, “가정폭력 피해자에 의한 가해자 살해” - 그 정당화와 면책의 논리 -, 서울대 법학 제37권 제2호, 1996, 262면 이하 참조.



선 일이 아니다. 영국, 프랑스 그리고 독일 등은 형법개정을 통하여 강간죄의 피해자에 남성을 포함하는 규정을 두고 있다.

아내에 대한 강간의 면책을 폐기한 최초의 판결은 1984년 *People v. Liberta* 판결로, 피고인인 남편이 별거명령을 받은 상태에서 아내를 강간한 사건이다. 뉴욕 항소법원이 강간은 단순히 당사자가 동의하지 않는 성행위가 아니라 피해자의 신체적 연결성을 침해하고 장기간의 심각한 육체적·정신적 피해를 초래하는 행위로 판단하였다. 즉, 혼인증명서가 남편의 형사면책증명서가 되어서는 아니되며, 기혼여성도 미혼여성과 똑같이 자신의 신체를 통제할 수 있는 권리를 갖는다고 판단한 것이다.<sup>24)</sup>

영국도 1991년에 최고법원의 전원합의체판결을 통해 아내에 대한 강간을 인정하게 되었다.

개정 전의 독일형법 제177조는 강간을 여자에게 폭행 또는 협박으로 혼인외의 성교를 강요한 행위로 규정하여 아내에 대한 강간을 부정하였으나,<sup>25)</sup> 1997년 개정형법은 타인에게 폭행이나 협박 또는 피해자가 행위의 영향 아래 보호 없이 맡겨진 상태를 이용하여 성교하거나 유사성교행위를 한 경우를 강간으로 규정함으로써 아내에 대한 강간을 인정하기에 이르렀다.<sup>26)</sup>

## 5. 부부 사이의 강간죄 성립여부에 대한 검토

이하에서는 학설과 판례의 주장과 내용을 해석론적 관점에서 이를 검토해 보기로 한다. 부부 사이의 강간을 부정하는 부정설과 기존의 대법원판례는 여러 가지 문제점을 지니고 있음을 알 수 있다. 문리적 해석론의 관점에서는 더 더욱 그러하다. 하지만 이러한 문제점이 곧바로 부부 사이의 강간을 긍정한다고 설부르게 단정할 수는 없다. 부부 사이의 강간을 긍정하는 입장에서도 그에 합당한 타당성이 있어야 할 것이다. 즉, 부부 사이의 강간을 처벌하기 위한 특별한 규정의 신설이 필요한지와 절차 및 양형의 문제 등이 검토되어야 할 것이다.

24) 조국, 앞의 책, 19-20면.

25) Dreher/Tröndle, Strafgesetzbuch, 45.Aufl., C.H. Beck, München, 1991, §177 Rn. 1b, S.975.

26) 이정원, 앞의 책, 205-206면; 조현욱, 앞의 책, 158면; Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2/2, C.H. Beck, München, 2005, §177 Rn. 2, S.1147.

## 1) 문리해석의 관점

문리해석이란 법문(法文)을 구성하고 있는 어구(語句)나 문장의 뜻을 문법의 규칙 및 사회통념(社會通念)에 따라서 상식적인 언어의 용법에 의하여 확정하는 해석방법으로 법률해석방법의 하나이며, 논리해석(論理解釋)의 상대어이다. 즉, 문언의 언어관계상의 의미가 법해석의 결과를 결정하는 법해석론으로 문언 그 자체가 해석의 목표가 된다. 따라서 부부 사이의 강간문제를 문리해석에 입장에 따라 해석하면 부부 사이의 강간행위는 현행 강간죄의 구성요건에 해당하여 남편에 대한 처벌도 가능하다는 점에는 이론이 있을 수 없다. 즉, 강간죄의 규정을 문리적으로 해석할 경우에 법률상의 처도 부녀의 범위에 포함되어 강간죄의 행위객체에 해당된다고 볼 여지는 충분하다.

## 2) 목적론적 해석의 관점

목적론적 해석이란 법제정의 목적이나 법에 내재하는 가치가 무엇인가를 찾아내어 개개의 법조문을 이것에 합치되도록 해석하는 방법을 말한다. 따라서 법 해석은 문언의 목적을 부여하는 행위라고 파악한다. 문언 전체를 해석함에 있어서 문언에 어떤 목적을 부여했을 경우 가장 그 법을 잘 나타내는 것을 법의 목적으로 보는 것이다. 확장해석이나 유추해석의 경우는 대체로 목적론적 해석에 속하는 것이라 할 수 있을 것이다. 상당히 설득력 있는 이론이지만, 법해석에 있어서 법관의 자의적 해석을 지나치게 넓게 허용하게 된다는 문제점이 있다. 왜냐하면 문언 전체의 범위가 모호하기 때문이다. 만약 하나의 법률만을 생각한다면, 법 전체가 조화를 이루지 못하게 된다. 또한 법 전체를 생각한다면, 법의 변화를 제대로 설명할 수 없게 되는 난점이 있다.<sup>27)</sup>

물론 일부에서는 이러한 대법원판례의 태도를 목적론적 축소해석이라고 보아 잘못된 판결이라고 볼 수도 있으나, 꼭 그렇게 판단할 문제는 아니다. 문리해석상 강간죄의 성립이 가능하더라도 그 처벌에 있어서는 부부 사이의 특수성(실질적인 부부관계)을 고려할 필요가 있다고 보여진다. 특히나 지금까지 형성된 기존의 판례를 살펴보더라도 법원이 반드시 문리해석만을 통하여 사안에 대한 판단을 한 것은 아니라고 보여지기 때문이다. 예컨대 컴퓨터 등 사용자기죄의 객

27) 김영환, 제2판 법철학의 근본문제, 홍문사, 2008, 266-267면.

체에 대한 문제를 들 수 있다.

컴퓨터 등 사용사기죄(형법 제347조의2)의 객체는 재물이 아닌 재산상의 이익으로 한정하여 규정하고 있음에도 불구하고, 절취 내지 위임받은 타인의 신용(현금)카드로 현금자동지급기에서 현금을 인출한 행위가 컴퓨터 등 사용사기죄의 구성요건에 해당하는지 여부에 대해서 이를 부정한 판례<sup>28)</sup>도 있고 이를 긍정한 판례<sup>29)</sup>도 있다.

컴퓨터 등 사용사기죄의 성립을 부정한 근거로, 우리 형법이 문리상 재물죄와 이득죄를 엄격히 구별하고 형법 제347조의 2(컴퓨터 등 사용사기죄)의 객체를 재산상의 이익으로 한정해서 규율하고 있기 때문에 타인의 신용카드를 이용하여 현금자동지급기에서 돈을 인출하는 행위는 컴퓨터 등 사용사기죄에 해당하지 않는다는 것이다.<sup>30)</sup> 반면에 이를 긍정한 판례에서는 인출한 현금 총액 중 인출을 위임받은 금액을 넘어서는 부분에 대해 이를 재산상 이익을 취득한 것으로 판단하고 있다. 즉, 대법원은 2003도1178 판결에서는 컴퓨터 등 사용사기죄의 객체에 재물이 규정되어 있지 않으므로 이를 컴퓨터 등 사용사기죄로 의율할 수 없다고 하였으나, 2005도3516 판결에서는 이를 컴퓨터 등 사용사기죄로 의율하고 있다. 한편에서는 문리해석에 입각하여 그 성립을 부정하고 다른 한편에서는 목적론적 해석방법을 동원하여 이를 긍정하고 있는 것이다. 이러한 판례의 태도를 고려한다면, 기존의 대법원판례가 부부 사이의 강간을 부정한 이유를 간접적으로나마 이해할 수 있는 여지가 생겨난다. 즉, 현행 강간죄의 목적이 일반적인 강간행위를 규율하자는 의미를 담고 있지, 사적 영역인 부부관계에까지 공형벌이 개입할 필요가 있는지를 생각하고 있는 것이다. 그러나 목적론적 해석에 따르면 법관의 자의가 개입할 여지가 넓혀지고 이는 곧 죄형법정주의위반에 해당될 소지가 크다는 문제점이 노출된다.

28) 대법원 2003.5.13. 선고 2003도1178 판결(절취한 타인의 신용카드로 현금자동지급기에서 현금을 인출한 행위가 컴퓨터 등 사용사기죄의 구성요건에 해당하는지 여부 = 소극)

29) 대법원 2006.3.24. 선고 2005도3516 판결(예금주인 현금카드 소유자로부터 일정액의 현금을 인출해 오라는 부탁과 함께 현금카드를 건네받아 그 위임받은 금액을 초과한 현금을 인출한 행위가 컴퓨터 등 사용사기죄를 구성하는지 여부 = 적극), 이 판례에 대한 평석으로는 조현욱, 위임받은 금액을 초과한 현금인출과 컴퓨터등사용사기죄, 비교형사법연구 제8권 제1호, 한국비교형사법학회, 2006, 407-426면 참조.

30) 김영환, 앞의 책, 265면.

### III. 나오는 말

#### 1. 부부 사이의 강간죄 성립을 인정한 하급심판례의 의의

부산지방법원의 판결문을 통해서 부부 사이의 강간을 인정하기 위해서는 부부 사이의 관계, 인간의 내면과 실체, 부부 문제의 해결방법 등도 고려하고 있음을 알 수 있다. 이에 근거하여 현행 형법의 강간죄 조문으로도 부부 사이의 강간죄를 인정할 수 있다는 면에서 부산지방법원 판례의 의의를 찾을 수 있다.

#### 2. 입법론적 제언

부부 사이의 강간을 인정하는 긍정설의 입장에서도 이에 대한 입법론적 대안 마련과 양형의 문제에 대해 형법개정의 필요성을 제기하고 있다. 부부 사이의 강간행위를 명시적으로 규정하자는 입장인 것이다.

부부강간죄라는 독립된 규정을 형법전 내지 가정폭력특별법에 두자는 견해<sup>31)</sup>와 강간죄의 규정 안에 부부 사이의 강간을 규정하자는 견해<sup>32)</sup>로 대별된다. 이러한 입법론적 시도는 여러 번 있었다. 현행 형법상 부녀로만 한정하고 있는 강간피해자의 대상을 남성과 성전환자까지 확대하고 나아가 강간죄의 구성요건인 폭행·협박을 단순 폭행·협박과 저항을 현저히 곤란하게 하는 정도의 폭행·협박으로 구분하고 각각 2년 이상과 3년 이상의 유기징역을 내릴 수 있도록 해 형량의 차이를 두는 형법개정안이 국회에 발의했지만 법사위 심의조차 하지 못한 채 회기종료로 폐기됐다.<sup>33)</sup>

#### 3. 결론

이상 살펴본 바와 같이 부부 사이의 간음행위에 대한 강간죄 적용문제는 다음과 같은 관점에서 다시 생각해 볼 필요가 있다. 즉 법원이 강간죄 조문의 문리해석을 통해 부부 사이에도 강간죄의 성립을 인정하였다고 단순히 보아야 하

31) 류화진, 앞의 논문, 30면.

32) 이호중, 앞의 논문, 38-39면.

33) 법률신문, 2008년 9월 1일자 참조.

는가의 문제이다. 만약 문리해석의 입장에서 이를 바라보았다면 최근 나온 부산지방법원의 하급심판례는 적어도 법규정의 논리상으로는 아무런 문제가 없다. 그렇다고 이를 근거로 하여 기존의 대법원판례의 태도와 부정설의 입장이 잘못되었다고 단정하여서도 안된다고 보여진다. 또한 앞에서 예를 든 대법원판례(위임초과현금인출의 컴퓨터 등 사용사기죄 적용)와 비교해 본다면 법원의 입장이 문리해석과 목적론적 해석의 어느 지점에 서 있는지 가늠하기 어렵다. 엄격한 문리해석의 입장에서 현행 형법조문을 바라본다면 적어도 컴퓨터 등 사용사기죄와 같은 판결은 나오지 말아야 했다. 또한 목적론적 해석의 의미를 살피고 있다면, 기존의 대법원 판례가 부부 사이(실질적인 부부 사이)에는 강간죄를 적용하지 않는 것이 좋겠다는 의미를 제대로 표현한 것이라고 볼 수 있기 때문이다. 그러나 판례의 이러한 해석여부에 따라 형벌의 적용여부가 결정되어서도 안되며, 판례가 이를 전면적으로 확정지을 수도 없다고 판단된다. 따라서 앞으로는 입법론을 포함한 모든 방안을 심도 있게 다시 한번 고민해야 할 것이다. 강간죄의 보호법익을 성적 자기결정권으로 파악한다는 점에 학설과 판례가 그 견해를 같이하고 있다면, 적어도 독일형법과 같은 정도의 강간죄 조문의 개정이 필요하리라고 본다. 형법전 개정시에는 특히 문제가 되고 있는 성폭력특별법을 비롯한 성범죄 관련 특별법의 형법전으로의 편입방안도 적극 고려해야 할 것이다.

나아가 강간죄의 성립여부를 성적 자기결정권의 침해여부와 직결되어 있다고 보는 입장에서는 폭행과 협박의 정도에 대한 문제점도 지적하고 있다. 즉, 폭행·협박을 최혐의로 파악하는 현재의 통설과 판례의 태도는 성적자기결정권이라는 보호법익과 상호모순되므로 폭행·협박의 정도를 상대방의 거부의를 억압하거나 거부 의사에 반하는 정도로 완화해야 한다고 주장한다.<sup>34)</sup> 따라서 이에 대한 연구도 병행되어야 할 것으로 판단된다. 이외에도 강간죄의 주체와 객체를 남자와 여자의 구별 없이 사람으로 규정하는 것이 타당한가의 문제와 강간죄를 비롯한 성범죄를 단계별로 체계화하는 문제 등이 앞으로도 계속하여 심도 있게 그 연구와 논의가 진행되어야 할 것이다.

주제어 : 강간죄의 객체, 부부강간, 폭행·협박의 정도, 문리해석, 목적론적 해석

34) 윤영철, 앞의 논문, 32-33면.

## 참 고 문 헌

- 권오걸, 형법각론, 형설출판사, 2009.
- 김순태·이창호, 형법각론, 한국방송통신대학교 출판부, 2005.
- 김영환, 제2판 법철학의 근본문제, 홍문사, 2008.
- 김일수·서보학, 새로 쓴(제7판) 형법각론, 박영사, 2007.
- 박상기, 제6판 형법각론, 박영사, 2005.
- 박선영, 개인의 존엄과 양성평등으로 본 부부간 성폭력, 공법연구 제34집 제2호, 한국공법학회, 2005.
- 배종대, 제6전정판 형법각론, 홍문사, 2006.
- 백형구, 형법각론, 청림출판, 1999.
- 류화진, 우리 형법상 아내강간의 강간죄 성립여부, 여성연구 통권 제67호, 한국여성개발원, 2004.
- 손동권, 제2개정판 형법각론, 을곡출판사, 2007.
- 오영근, 형법각론, 박영사, 2005.
- 유기천, 형법학(각론강의 상), 일조각, 1984.
- 윤영철, 형법의 법익론 관점에서 본 부부강간의 문제, 형사정책연구 제18권 제1호, 한국형사정책연구원, 2007.
- 윤용규, 부부간에도 강간죄가 성립될 수 있는가? - 부산지법 판결(2009.1.16, 2008고합 808)을 중심으로 -, 고시계, 2009.3.
- 이재상, 제5판(보정신판) 형법각론, 박영사, 2007.
- 이정원, 제1판 형법각론, 인터넷 공개판, 2008.
- 이종갑, 아내강간의 성립에 대한 소고, 한양법학 제23집, 한양법학회, 2008.
- 이형국, 형법각론, 법문사, 2007.
- 이호중, 아내에 대한 강간·강제추행, 고시계, 2004.11.
- 임웅, 형법각론(개정판보정), 법문사, 2005.
- 장영민, 형사법에서의 Gender, 법학논총 제6권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2001.
- 장영민·손지선, 처의 성적 자기결정권 보호 -부부강간죄의 성립여부에 관한 고찰-, 법학논집 제6권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2001.
- 정성근·박광민, 형법각론, 삼지원, 2002.



정영일, 개정판 형법각론, 박영사, 2008.

조국, 제2판 형사법의 성편향, 박영사, 2004.

조국, 아내강간의 성부와 강간죄에서의 폭행협박의 정도에 대한 재검토, 형사정책 제13권 제1호, 한국형사정책학회, 2001.

조능래, 부부강간죄 신중히 접근하여야, 법률신문, 2004.8.26.

조현욱, 형법각론강의(I), 진원사, 2008.

조현욱, 위임받은 금액을 초과한 현금인출과 컴퓨터등사용사기죄, 비교형사법연구 제8권 제1호, 한국비교형사법학회, 2006.

한국여성개발원, 여성폭력방지 종합대책 : 성폭력, 가정폭력을 중심으로, 2001.

Dreher/Tröndle, Strafgesetzbuch, 45.Aufl., C.H. Beck, München, 1991.

Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2/2, C.H. Beck, München, 2005.

[Zusammenfassung]

## **Eine kleine Skizze über die Ehegattenvergewaltigung**

Cho, Hyun-Wook

Professor, Hannam Universität

Die herrschende Meinung und die bisherige Rechtsprechung in Korea tritzdem gerade aufgrund der unerklärlichen Besonderheit des Eheverhältnisses die Anwendung des §297 StGB(Vergewaltigung) auf die Vergewaltigung in der Ehe ab. Aber die Rechtsprechung vom 2009.1.16. 2008gohab808 bejaht für den Fall der Vergewaltigung in der Ehe.

Hier steht ja immer Problem, wie der Grad von Gewalt und Bedrohung als Verbrechensmerkmal bestimmt. Schwierig ist die Frage, welch Grad von Gewalt und Bedrohung in der Vergewaltigung haben muss, um die Ehegattenvergewaltigung bejahen zu können.

Die Anwendung des §297 StGB auf die Vergewaltigung in der Ehe hat die Bedeutung, nach dem §297 StGB de lege lata und dessen Auslegung eine Frage aufzuwerfen und den Schlüssel zur Lösung von dessen verschiedene Probleme geben. Es ist ja passt nach gültigem Strafgesetzbuch bei grammatikalischen Auslegung, die Vergewaltigung in der Ehe eine Strafbarkeit wegen Vergewaltigung zu berufen. Aber nach problemhaltigender teleologischer Auslegung einigermaßen unbestrafbar machen zu können.

Ferner bedarf es die tiefende Untersuchung und ernste Diskussion über verschiedene Probleme des §297 StGB(Vergewaltigung).

Schlüsselwörter : Tatobjekt von Vergewaltigung, Ehegattenvergewaltigung, Grad von Gewalt und Bedrohung, grammatikalische Auslegung, teleologische Auslegung