

우리 형법상 아내강간의 강간죄 성립여부

류 화 진*

초 록

아내강간의 강간죄 성립은 통설과 판례에 의해 오늘날까지 부정되어 왔으나, 최근 아내에 대한 강제추행을 인정하는 지방법원의 판결이 나오고, 아내강간으로 남편을 구속하는 사건이 발생하면서 이에 관한 논의가 다시 활발해 지고 있다. 아내강간의 강간죄 성립을 부정하는 견해는 부부관계의 특수성을 이유로 들고, 단지 폭행죄나 협박죄, 혹은 강요죄로 처벌하면 족하다고 하고 있다. 본고에서는 아내강간의 강간죄 성립을 긍정하는 입장을 취하면서, 범죄의 성립요건을 구체적으로 검토하여 아내강간 부정설이 타당한지의 여부를 판단하고 있다. 또한 범죄가 성립한 후에 남편이라는 지위가 인적 처벌조각사유도 될 수 없다는 점도 아울러 검토하고 있다. 강간죄가 아닌 단순 폭행죄나 협박죄로 처벌하자는 견해에 대해서는 폭행죄와 강간죄의 질적 차이와 고소불가분의 원칙을 근거로 이를 반론하고 있고, 강요죄로 처벌할 수 없는 이유도 강요죄와 강간죄를 비교 및 검토함으로써 증명하고 있다.

이처럼 형법적으로 아내강간을 부정할 만한 근거가 아무것도 없음에도 불구하고, 통설과 판례가 부정설을 취하고 있음은 논리에 근거한 이성적인 판단보다는 감정적인 면에 치우쳐져 있는 듯한 인상을 준다. 외국의 대부분의 입법례가 아내강간을 적극적으로 처벌하려는 의지를 가진 점을 감안하자면, 아내강간에 대해 우리나라도 법적으로 적극적인 대처를 할 필요가 있다. 그러나 무조건 남편을 형사처벌시키는 것보다는 아내강간을 가정폭력으로 편입해 넣어 보호 사건으로 처리하도록 하여, 형벌보다는 보안처분을 과하는 방향으로 하는 것이 바람직할 것이다. 또한 남편을 강간죄로 고소하기 위해서는 간통죄의 예처럼

* 부산대학교 강사, 법학박사.

이혼소송의 계속을 조건으로 하는 것도 아내의 신중한 판단의 기회를 줄 수 있는 하나의 방안이 될 수 있을 것이다.

주요용어 : 강간죄, 부부강간, 아내강간, 아내강제추행, 가정폭력

I. 들어가며

“처가 다른 여자와 동거하고 있는 남편을 상대로 간통죄 고소와 이혼소송을 제기하였으나 그 후 부부간에 다시 새 출발을 하기로 약정하고 간통죄고소를 취하하였다면 그들 사이에 실질적인 부부관계가 없다고 단정할 수 없으므로 설사 남편이 강제로 처를 간음하였다 하여도 강간죄는 성립되지 아니한다”. 이는 지금 현재까지 아내에 대한 강간죄를 인정할 수 없다고 주장하는 여러 학자들 사이에서 인용되어 오고 있는 대표적인 판례의 내용이다(대법원 1970. 3. 10. 선고, 70도29 판결). 아내강간 문제는¹⁾ 이에 대한 위와 같은 판례의 태도가 30년 넘게 이어져 오다가, 2001년 여성개발원에 의해 아내강간죄를 명문화해야 한다는 주장이 제시되면서 공론화 되었다. 이에 대해서 남성학자들은 많은 반론을 제기하였다. 대부분의 형법각론 교과서에 아내강간을 부정하는 것이 통설과 판례라는 점이 소개되어 있고, 저자들은 그러한 태도에 동조하는 것으로 결론을 맺고 있다. 그 이후로 이러한 논의는 일단락 된 것처럼 보였다. 다만 서울대 조국 교수는 일관되게 아내강간의 강간죄 성립을 긍정하고 계신다(조국, 2003 : 16). 그 이외에 법학계에서 이에 관해 활발히 논의하는 학자는 보

1) 본 고에서는 아내강간문제만을 대상으로 하고 있지만, 아내강간과 부부강간을 동의어로 보고 있는 것은 아니다. 드물기는 하겠지만, 아내에 의한 남편 강간도 생각지 못할 바는 아니기 때문이다. 그러나 남자가 여자보다 육체적·물리적으로 완력이 더 강하기 때문에, 아내의 폭행·협박에 의해 남편이 강간을 당하는 경우는 많지 않을 것이다. 만일 이런 사건이 있다면, 이 경우에는 아내에게 강간죄가 성립한다고 보는 것이 타당하고 또 공평하다고 하겠지만, 우리 형법상 강간죄의 객체는 ‘부녀’에 한정되어 있으므로, 기껏해야 강제추행죄만 성립될 수 있을 뿐 아내에 의한 강간죄는 성립될 수 없다.

이지 않고 있다.

최근 이러한 통설·판례와는 반대되는 지방법원 판결이 나왔고(서울중앙지방법원 제22형사부 2004.8.20. 선고 2003고합1178 판결), 그 이후에 또 하나의 사건에서 한 남편이 아내 강간혐의로 구속되기에 이르렀다.²⁾ 후자의 경우는 아직 재판의 결과가 나오지 않은 상태이므로 그 판결이 기대된다. 전자의 사건은 폭력을 동원해 아내를 성추행하고 상해를 입힌 남편이 처음으로 유죄판결을 받고, 항소를 포기한 경우이다. 이에 대해 대법원은 “상급심에 올라오지 않은 사건에 대해 결과를 미리 재단하는 것은 옳지 않다”며 “1심 판결이 확정된 ‘판례’라고 보기도 어렵다”는 입장이라고 전해지고 있어서(문화일보, 2004. 8. 23일자 사회 : ‘아내 성추행 유죄’ 남편 항소포기, 네이버뉴스 <http://news.naver.com> 검색일(2004. 10. 20.)), 이 사건이 대법원까지 갔다면 또 어떤 결론에 이르렀을 지는 모를 일이다. 어쨌건 이 판결을 계기로 아내강간 문제는 또다시 논의가 살아났고, 네티즌들 사이에서 뜨거운 감자가 되었다.

이러한 일련의 사태를 지켜보면서 가장 충격적이었던 것은 일반 남성 시민의 의식이었다. 일반남성은 부부관계, 결혼의 의미, 강간죄의 심각성에 대해서 오해를 하고 있는 경우가 많다. 심지어는 “부부간에 강제추행을 하면 부부사이가 좋아진다”라고 말하는 남성네티즌도 있었다. 이는 정상적인 부부관계와 강제추행을 구별하지 못하고 있다는 증거이다. 이런 상황 속에서 내려진 이번 지방법원의 판결은 남성들에게는 어찌면 받아들이기 힘든 것인지도 모르겠다. 그러나 이번 판결은 진작에 내려졌어야 하는 판결이며, 이를 계기로 우리들 사이에 존재하는 오해를 다시 한 번 되짚어보게 하고 있다. 아내강간문제는 성폭력범죄의 문제를 넘어서 부부

2) “대구 중부경찰서는 13일 아내에게 폭력을 휘두른 후 강제로 성관계를 가진 혐의(강간치상 등)로 장모(44.대구시 중구)씨에 대해 구속 영장을 신청했다. 경찰에 따르면 장씨는 지난 9일 0시께 대구시 북구 강변의 축구장 부근에서 아내 (38.여)를 주먹과 발로 마구 때린 뒤 집으로 데려가 양손을 묶고 강제로 성관계를 가진 혐의다. 경찰 조사결과 장씨는 의처증으로 수 년 전부터 아내에게 이 같은 폭행을 저질러 왔으며 아내는 두 아들 때문에 남편의 폭력을 참아온 것으로 밝혀졌다(연합뉴스 2004. 09. 13. 아내 폭행후 강제 성관계 남편 영장, 네이버 뉴스, <http://news.naver.com> 검색일(2004. 10. 20.)).

관계라는 미명 하에 짓밟히고 있는 아내의 인권에 관한 문제이다.

II. 아내강간에 대한 학계와 판례의 태도

1. 학계의 태도에 관한 검토

1) 아내강간의 강간죄 부정설

우리 형법 제297조의 강간죄 규정은 “폭행 또는 협박으로 부녀를 강간한 자”를 처벌하고 있다. 문언상으로는 아내도 ‘부녀’에 당연히 포섭될 수 있으므로 아내가 강간죄의 객체가 될 수 있는 점에 의문이 없을 것 같으나, 아내가 강간죄의 객체로 될 수 있는가의 문제에 대해서는 긍정설과 부정설로 나뉘고 있으며, 후자가 다수설이다. 부정설도 학자에 따라 여러 가지 논거를 들고 있다.

첫째, 부부관계의 특수성을 고려하여 이를 부정하되, 제324조의 강요죄는 될 수 있다는 견해가 있다(김일수·서보학, 2004b : 158). 즉 한마디로 “아무리 그래도 부부관계인데 강간죄를 인정할 수 있겠느냐”라는 말이다. 강요죄를 인정한다는 것은 남편이 아내를 강간한 것이 ‘폭행과 협박으로 간음’한 것으로는 인정할 수 없지만, ‘폭행과 협박으로 의무 없는 일을 시킨 것’으로는 인정해서 처벌할 수는 있다는 말이다. 즉 아내에게 폭행과 협박을 이용하여 강제로 간음한 것을 국가가 아예 모른 채 할 수는 없다는 취지로 해석할 수 있다. 부부간의 폭력행사는 방관할 수 없되, 폭력행사로 인해 무엇을 강요했는지는 묻지 않겠다는 것이다. 즉 남편이라면 아내에게 간음행위는 강요할 수 있다는 취지이다. 이러한 사고에는 적어도 부부관계라면 아내가 남편의 성적인 요구에 응해야 한다는 남성우월주의가 깃들여 있다.

둘째로, 민법상 부부의 동거의무가 있으므로, 아내에 대한 강간죄 성립도 부정하고, 부부간의 성생활이 법률상 의무 없는 행위가 아니므로 강요

죄도 성립하지 않는다고 하면서, 단지 그 수단으로 행해진 폭행·협박만을 폭행·협박죄로 처벌할 수 있을 뿐이라고 보는 견해가 있다(임웅, 2003 : 162; 정성근·박광민, 2002 : 159). 결론적으로는 폭행·협박죄만 인정하자는 것이다. 즉 남편이 폭행과 협박을 한 것은 불법이지만, 아내를 강간한 것은 불법이 아니라는 것이다. 그러나 강간죄에서의 폭행과 협박은 그 강제적인 간음행위의 사전에 존재하면서 이와 인과관계가 있거나, 간음행위에 수반되는 것이 보통이다. 따라서 강간죄의 폭행·협박은 강제적인 간음행위와 따로 분리할 수 있는 성질의 폭행·협박과는 다르다. 그 때문에 고소불가분의 원칙에 의해서 폭행과 협박만을 따로 고소할 수도 없게 되어 있는 것이 바로 이 강간죄이다. 따라서 이러한 근거도 타당하지 않다고 할 수 있다.

또한 이 견해는 제324조의 강요죄의 성립도 부정하면서, 그 이유로 “부부간의 성생활이 법률상 의무 없는 행위가 아니므로”라고 하고 있다. 이 말은 부부간의 성생활은 민법 제826조에도 규정되어 있듯이 ‘법률상 의무 있는 행위’라는 것이다. 따라서 남편이 폭행과 협박으로 아내에게 ‘의무 있는 행위’를 강요한 것이므로, 강요죄가 될 수 없다는 취지이다. 이 견해는 강간사건의 피해자인 처를 오히려 의무 있는 행위를 하지 않은 점에 대해 간접적으로 비난하는 듯한 견해이다.

그런데 민법 제826조의 동거의무³⁾가, 남성학자들이 이토록 신뢰할 만큼 반드시 동침의무가 포함된 것으로 해석해야 하는지, 즉 동 규정이 강간죄를 정당화시켜주는 정당화사유의 기능을 하는 것으로 해석할 수 있는지는 심히 의심스럽다. 이에 관해서는 후술한다.

셋째로, 이론적으로는 아내에 대한 강간이 강간죄가 성립한다는 것을 인정하면서도, 부부관계의 특수성을 고려할 때 인정할 필요가 없다면, 특히 우리나라에서는 더욱 그렇다고 하는 견해가 있다(배종대, 2003 :

3) 제826조 (부부간의 의무)

- ① 부부는 동거하며 서로 부양하고 협조하여야 한다. 그러나 정당한 이유로 일시적으로 동거하지 아니하는 경우에는 서로 인용하여야 한다.
- ② 부부의 동거장소는 부부의 협의에 따라 정한다. 그러나 협의가 이루어지지 아니하는 경우에는 당사자의 청구에 의하여 가정법원이 이를 정한다.

227). 또한 이 견해는 아내강간의 인정은 불필요한 형벌권의 확장을 초래한다는 우려도 나타내고 있다(배종대, 2002 : 대한변협신문).

아내강간의 가벌성을 부정하는 입장에서 한결같이 근거로 들고 있는 이 “부부관계의 특수성”의 실체는 도대체 무엇인가? 이는 비이론적으로 밖에 설명되지 않는 개념이며, 굳이 법적으로 이해하려고 하면 분명히 민법 제826조를 들고 나올 것인데, 이것은 민법 조항에 대한 이해가 잘못됨으로 인해 범하는 오류이다. 부부관계는 물론 특수하다. 그래서 오히려 남보다 더 아끼고 사랑하며, 존중해야 할 사이가 부부관계이다. 어차피 앞으로 안 볼 사람 같으면 기분이 상하다고 해서 말을 함부로 한마디 내뱉더라도 그것이 명예훼손이나 모욕에 이르지 않는다면 그만이다. 그러나 부부간에는 함부로 뱉는 말 한마디가 당장은 눈에 보이지 않지만 세월이 지나면서 이것이 쌓이면 부부관계에 앙금으로 남게 된다. 그렇기 때문에 더더욱 말과 행동을 조심하고 서로를 배려해야 하는 것이 바로 부부관계이 진정한 특수성이라고 말하고 싶다. 부부이기 때문에 아이들이 보는 앞에서 아내를 별거벗겨서 구타하고 온 집안을 끌고 다니다가 한쪽에 손을 묶어 고정시켜놓고 강제성교행위를 해도 된다는 것이 부부관계의 특수성이 아니다.

그리고 이 견해에서 말하는 “특히 우리나라에서는 더욱 그렇다”의 의미는 도대체 무엇인가? 스스로 우리나라가 성적(性的) 후진국인 현실을 인정하고 있는 논거라면 전적으로 동감한다. 그러나 다른 나라라면 몰라도 우리나라이기 때문에 아내강간의 가벌성을 부정해야 한다는 취지로 든 논거라면 찬동할 수 없다. 여자도 인간이고, 인간의 인권적 가치는 세계공통이다. 다른 나라에 비해 우리나라에는 아직 가부장적인 유교문화가 남아 있고, 따라서 아직 국민의식적으로 아내강간의 강간죄 성립을 인정하기는 어렵다는 취지로 든 논거라면, 그러한 잘못된 의식과 문화는 바뀌어야 할 대상이지, 아내강간의 가벌성을 부정하는 근거가 될 수는 없다고 반론할 수 있다.

넷째, 부부관계의 특수성과 본죄의 법정형을 고려할 때 처는 본죄의 객체가 될 수 없다고 하는 견해가 있다(이재상, 2004b : 158). 이 견해 역시

부부관계의 특수성을 들고 있지만, 이에 관한 서술은 이미 하였고, 특이한 점만을 보자면 강간죄의 법정형을 고려하고 있다는 것이다. 강간죄의 법정형은 3년 이상의 유기징역으로, 선택형도 규정되어 있지 않고, 그 하한이 3년이라는 것으로 결코 경한 형벌이라고는 말할 수 없다. 그래서 부부간에 한 일로 3년 이상의 실형을 살게 하는 것은 너무 과하다는 주장인 것 같다. 이러한 부분에서 아내강간의 강간죄 성립을 감정적으로 받아들일 수 없는 면이 강할 것이다. 이러한 문제점은 남편에 의한 아내의 강간은 일반적인 강간죄와는 달리 가정폭력사건으로 분류하여, 형법이 아니라 가정폭력범죄의처벌등에관한특별법의 적용을 받게 하여, 원칙적으로 보호사건으로 다루는 것이 좋을 것이라는 입법론을 제시할 수 있겠다. 이에 관하여는 후에 상론하기로 한다.

한편 폭행과 협박의 정도가 약한 비동의간음 내지 비동의추행의 처벌과 관련해서는 감경적 구성요건을 형법에 규정하자는 것은 조금 다른 입법론이다. 지금 본고에서 논하고 있는 것은 부부간의 비동의간음문제가 아니다. 아내강간 인정여부에 있어서는 엄연히 최협의의 폭행과 협박을 동반하는 강간이 문제된다는 것을 우리는 잊어서는 안 될 것이다. 아내강간논의에서 일어나는 가장 큰 오류는 부부간의 비동의간음과 강간을 구별하지 못하는데서 발생한다.

2) 아내강간의 강간죄 긍정설

다행스럽게도 아내강간을 긍정하는 학자도 적지 않아서, 이제는 부정설이 통설이라고는 할 수 없고 다수설 정도 된다고 할 수 있을 뿐이다. 긍정설을 취하는 학자들의 견해를 살펴본다.

첫째, 부부간이라고 하더라도 강간죄의 성립을 인정하는 것이 타당하며, 특히 별거중인 경우에는 통설이 주장하는 부부관계의 특수성을 인정할 수도 없다고 하는 견해이다(박상기, 2004 : 149). 타당한 주장이며, 이처럼 아내강간의 논의에서 이제 부부관계의 특수성은 사고의 잣대가 될 수 없는 개념이다.

둘째, 아내강간의 불인정은 남성편향의 ‘과소’범죄화이며 이를 인정하는 것이 형사정책적인 측면에서도 필요한 정당한 입법이며, 현행법에 대한 해석론으로도 아무 장애가 없다고 하는 견해이다(조국, 2003 : 31). 현행 형법은 “부녀를 강간한 자”라고 되어 있으므로, 아내를 부녀에 포섭시키는 데는 아무런 문제가 없다. 또한 아내강간의 가벌성을 긍정하는 것은 ‘과잉’범죄화가 아니라 지극히 당연한 일이며, 오히려 이를 부정하는 것이 ‘과소’범죄화라는 것을 정확히 지적하는 견해라고 할 수 있다.

셋째, 물론 부부관계는 특수하나, 부부관계가 남편이 처를 폭행·협박에 의해서 강제로 간음해도 된다고 할 정도로 특수한 관계라면, 처는 노예보다도 못한 존재라는 말 밖에 되지 않는다고 하면서, 따라서 부인을 강간죄의 행위객체에서 제외시키는 것은 곤란하다는 견해이다(김성천·김형준, 2000 : 221). 이 견해 역시 부정설에서 말하는 부부관계의 특수성은 아내강간의 가벌성 여부를 판단하는 잣대가 될 수 없다는 점을 분명히 하고 있다.

넷째, 부부간에 강간이 성립될 수 없다고 판단할 아무런 근거가 없다는 견해이다. 부부관계가 해소되어가는 경우에는 물론, 그렇지 않은 경우에도 혼인계약의 내용이 강요된 동침까지 포함된다고 할 수 없기 때문이다. 따라서 폭행 또는 협박으로 간음행위가 강요되었을 때에는 본조에 해당한다고 하고 있다(유기천, 1985 : 124).

다섯째, 심한 폭행·협박에 의해서 처를 강간한다는 것은 법률상 허용되지 아니한 행위에 해당하므로 강간죄가 성립한다는 견해이다(백형구, 1999 : 313). 즉 긍정설이 아내강간을 민법 제826조에서 허용한 행위로 보는 것은 받아들이기 수 없는 논리라고 하겠다.

2. 판례의 태도에 관한 검토

아내강간을 부정하는 판례의 입장으로 주로 인용되는 판결은 앞에서도 소개했던 1970년의 대법원 판결이다. 이 판례는 “처가 다른 여자와 동거하고 있는 남편을 상대로 간통죄고소와 이혼소송을 제기하였으나 그 후

부부간에 다시 새 출발을 하기로 약정하고 간통죄고소를 취하하였다면 그들 사이에 실질적인 부부관계가 없다고 단정할 수 없으므로 설사 남편이 강제로 처를 간음하였다 하여도 강간죄는 성립되지 아니한다”고 하고 있다(대법원 1970.3.10. 선고, 70도29 판결).

그러나 이 판례를 다르게 해석하는 학자도 있다. 즉 이 판례는 “아내강간 자체를 부정하는 판결이 아니라 부부 사이에 ‘실질적인 부부관계’가 있는지를 핵심기준으로 강간죄의 성립여부를 판단하는 입장을 취하고 있으므로 제한적 범위에서 아내강간을 인정하는 판결로 이해되어야 한다”는 것이다(조국, 2003 : 25). 즉 실질적인 부부관계도 없을 경우에는 설령 형식적인 부부관계가 존재한다고 하더라도 아내강간은 인정할 수도 있다는 취지의 판결로 이해하는 것이다. 물론 타당한 해석이다.⁴⁾

그러나 여기서 한 발 더 앞서 나가면, 실질적인 부부관계가 존재하더라도 아내강간은 인정되어야 할 것이다. 즉 아내강간이 형법상 강간죄가 성립하느냐의 문제에서, 실질적인 부부관계의 유무는 아무런 기준이 될 수 없다는 것이 본고의 입장이다.

III. 아내강간의 강간죄 성립근거

그렇다면 아내강간의 강간죄를 부정하는 견해가 그 근거로 들고 있는 것들이 실제로 형법상 강간죄의 성립에 지장을 줄 수 있는 것인지 구체적으로 검토해 보기로 한다. 아내강간의 가벌성 부정론에서는 부부관계의 특수성을 주로 들고 있는데, 이것이 형법이론적으로 범죄의 어느 요소를 탈락시킬 수 있는지 부정론의 설명만으로는 불명확하다. 이하에서는 아내강간의 범죄성립의 요건을 검토함과 아울러, 강간죄가 아니라 폭행죄나 협박죄만으로 처벌하자는 견해와 강요죄로 처벌하자는 주장에 대해서도 함께 살펴본다.

4) 이 사례에서 실질적인 부부관계를 긍정할 수 있는가는 논외로 하겠지만, 본고에서는 이 점에 대해서 의심을 가지고 있다.

1. 구성요건해당성의 문제

1) 강간죄

최근 아내에 대한 강제추행을 인정하는 중앙지법의 판결이 나오고 나서 이를 다루는 뉴스기사의 제목 중에 ‘아내 내 맘대로 더 이상 안 돼’(경향신문 2004. 8. 23일자 칼럼기사 네이버뉴스 <http://news.naver.com> (검색일 2004. 10. 21.))라는 기사가 눈에 띄었다. 이러한 제목은 문외한에게 이번 지방법원의 판결에 대한 오해를 불러일으키기에 충분하다. 그러므로 문제를 이처럼 이해해서는 안 된다. 일반남성이 이번 판결에 대해 이의를 제기하는 큰 이유는 강간죄의 구성요건에 해당하는 행위와 그렇지 않은 행위에 대해서 구별을 하지 못하기 때문이다. 강간죄의 구성요건은 형법 제297조에 규정된 대로 폭행 또는 협박으로 부녀를 강간하는 것이고, 여기서 부녀에 ‘아내’가 포함되는 것은 자명한 사실이다. 그럼에도 불구하고 그 해석에 관해서는 논의가 분분한 것이다.

아내에 대한 강간죄와 강제추행죄가 거론되기 위해서는 현행형법의 해석상으로는 그것이 남편이 아니라 타인이 동일한 행위를 했을 경우에는 강간죄나 강제추행죄가 성립한다는 것에 의심의 여지가 없을 정도의 심각한 범죄에 달해야만 한다. 강간죄의 구성요건에서 폭행과 협박은 통설에 따르면 최협의로 이해되고 있어서, 단순히 사람의 신체에 대해 유형력을 행사하는 폭행죄의 폭행의 정도에만 달해서는 안 되고, 피해자의 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 폭행에 이르러야 한다는 것이다. 이러한 해석의 당부는 논외로 하고, 현재 통설과 판례가 강간죄를 이처럼 이해하고 있는 한, 적어도 아내강간이라는 것이 문제가 되었다면, 그 사건에 존재한 폭행은 이처럼 아내의 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행은 존재한 사건이라는 점이다. 그러므로 이번 중앙지법의 판결 이후에 나타나는 일반남성들의 반응, 즉 “이제 아내와 잠자리를 할 때마다 허락을 받아야 하는가?” 내지는 “잠자리 할 때마다 녹음기를 켜두고 나중에 문제될지 모르는 사태에 대비해야 하는가?”라는

등의 반문, 혹은 ‘부부간의 원치 않는 사랑을 강요할 수 없다’, ‘부부간 원치 않는 잠자리 거부권인정’과 같은 식의 이해는 강간죄에 대한 무지에서 나온 것이라고 밖에 할 수 없다.

구체적으로 있을 수 있는 부부간의 문제를 한 번 유형화 해보자.

- ① 평소에 술을 자주 마시고 귀가해서 폭행을 일삼던 남편 A는 오늘도 밤늦게 귀가해서 자고 있던 B를 발로 차고 물건을 집어던지는 행패를 부리고, 이를 말리던 B에게 손찌검을 하며 실랑이를 벌이다가 B에게 옷을 벗으라며 성관계를 요구했다. B는 원하지는 않았지만, 남편에게 응해주면 남편이 성관계를 끝내고 그냥 잘 거 같아서 싫지만 응해 주었다.
- ② 위와 동일한 사건에서, 이번에 남편 A는 B에게 옷을 벗으라며 성관계를 요구했으나, B는 남편에게 늘 맞고 살아왔고, 오늘도 계속 매를 맞은 터라 이미 굴욕감과 남편에 대한 배신감으로 성관계를 하고 싶은 생각이 전혀 없었다. 그래서 싫다고 하며 남편에게 “혼자 자라”고 하고, 자신은 아이들 방에 와서 문을 잠그고 피했다. 남편 A는 방문고리를 때려 부수고, 억지로 아내를 끌어내어 폭행을 하면서 아내의 옷을 벗겼다. 아내도 끝까지 반항하고 몸부림 쳤지만, 남편의 힘을 당할 수가 없었다. 남편은 반항하는 아내를 침대로 데려가 양 손을 침대 모서리에 넥타이로 묶고, 강제로 성관계를 맺었다. 이 와중에 성기를 아내의 입에 넣고, 담뱃불로 지지거나 얼굴에 사정을 하는 등 변태적인 행위를 했다.
- ③ 남편 A와 아내 B가 어느 날 크게 다투었다. 이혼하자는 말이 오갈 정도로 싸워서 아내 B는 남편 A에 대한 정이 다 떨어졌다. 그래서 오늘부터 각 방을 쓰기로 하고, 밤에 남편과 각각 다른 방에서 잠을 청했다. 그런데 갑자기 남편 A가 아내 B가 자고 있는 방으로 와서, “우리 화해하자”고 하면서 아내를 덮쳤다. 아내는 너무 화가 나 있던 터라, 남편과 성관계를 하고

싫은 마음이 없어서, 남편에게 “이러지 마라. 하기 싫다.”라고 말하며 남편을 밀어내려고 했지만, 남편은 강제로 아내 옷을 벗기고, 성기를 삽입하려고 했다. 이 때 자신을 밀어내는 아내를 어느 정도 힘으로 누르기는 했지만, 아내를 때리지는 않았다. 아내는 너무나 자존심이 상하고 굴욕감이 들며, 제대로 사과도 하지 않고 욕구만을 충족시키려는 남편이 원망스러웠지만, 그래도 남편이라서 할 수 없다고 생각하며, 결국 저항을 포기하고 이에 응하였다.

- ④ 남편 A는 오늘 따라 일과 후 술도 한잔하고 기분이 좋아 귀가해서, 아내 B와의 침자리에서 은근히 성관계를 요구했다. 그러나 아내는 현재 심한 독감을 앓고 있는 중으로 열도 나고 몸이 아픈 상황이었다. 그래서 “오늘은 몸이 아파서 못 하겠어”라고 말했다. 그러나 남편은 이를 무시하고, 아내의 옷을 벗기고 성관계를 시도하였다. 아내는 몸이 아프고 너무 괴로웠지만, 남편이 이렇게 덤비니 어쩔 수 없이 참고 응하였다. 그러나 정말 아내의 몸이 아픈 것도 아랑곳하지 않고 욕구만 채우려는 남편이 원망스러웠다.

이 네 가지의 사례 중 가장 극단적인 아내강간사건은 ②의 사례라고 할 수 있고, 적어도 아내강간이 논의의 대상이 될 정도라면 ②의 사례만큼 심각한 상황에 이르는 것을 말한다. ①, ③, ④의 사건은 현재 강간죄에 관한 학계와 판례의 해석에 따르자면 남편이 아닌 타인인 남성이 행한 행위라 하더라도 강간죄가 될 수 없는 사건이고, ②의 사건은 남편 뿐만 아니라 그 누가 범하더라도 강간죄가 되는 사건이다.

그러나 일반남성들은 이번 중앙지법의 판결 이후 마치 심지어는 ④의 경우에까지 남편들이 형사처벌 되는 것처럼 오해하고 있는 경향이 큰 것 같다. 저 정도의 사례라면 행위의 주체가 누구였든 현재 강간죄에서 말하는 최협의의 폭행과 협박이 없는 사례이므로 강간죄의 구성요건해당성이 부정될 것이다.

문제는 ①과 ③의 사례이다. 현재 강간죄를 해석하는 방식대로라면, 이

정도의 폭행으로는 남편이 아니라, 타인인 남성이 범했다 할지라도 강간죄는 되지 않는다. 즉 최협의를 아니라 협의의 폭행이 있는 경우이다. 강간죄에 대한 감경적 구성요건의 입법론은 논외로 하더라도, 지금 우리가 관심을 가지고 있는 아내강간의 가벌성이라고 할 때의 아내강간사건에서 ①과 ③ 정도의 폭행을 동반한 남편의 성교도 제외된다. 따라서 일반남성들이 이번 판결에 대해서 그렇게 민감할 필요는 없다. 뉴스기사에 나타난 사실관계를 보면 “아내가 이혼을 요구한다는 이유로 자녀 방에서 자고 있는 아내의 두 손을 움직이지 못하게 하고 성추행해 다치게 한 사실이 유죄로 인정된다”고 되어 있는데(매일경제 2004. 8. 20일자 네이버뉴스 <http://news.naver.com> (검색일 2004. 10. 21.)), 이 점만 보아도 아내의 두 손을 움직이지 못하게 할 정도면 반항이 불가능할 정도의 폭행이 있었던 것으로 위 ②의 사례에 준하는 폭행을 동반한 강제추행으로 인정할 수 있는 정도의 심각한 사례였던 것이다.

요컨대 아내강간의 가벌성 문제에 있어서는 적어도 강간죄의 구성요건에 해당하는 정도의 심각한 강간사건이 문제된다는 점을 잊어서는 안 된다. 일반남성들이 오해하는 부분, 즉 그다지 심각하지 않은 남편에 의한 성관계 강요행위는, 남편 뿐만 아니라 남편 이외의 다른 남성이 행했을 지라도 현재 강간죄를 해석하는 방식대로는 강간죄가 문제되지 않는다는 것이다.

2) 강요죄가 아닌 이유

남편에 의한 아내 강간의 가벌성을 부정하는 견해는 강요죄나 폭행죄로 처벌하면 될 것을 왜 굳이 강간죄로 처벌하느냐라는 점이 주된 논거이다. 폭행죄는 다음 항에서 보기로 하고, 그렇다면 강요죄의 문제를 한번 검토해 보자.

우리 형법 제324조 강요죄는 “폭행 또는 협박으로 사람의 권리행사를 방해하거나 의무없는 하게 한 자”를 처벌하고 있다.

첫째, 보호법익 면에서 양죄를 비교해 본다. 강요죄의 보호법익은 의사

결정과 의사결정에 따른 행동의 자유이다(임웅, 2003 : 140). 강간죄의 보호법익은 일반적으로 성적 자기결정권으로 보고 있으며, 이는 일견 성에 대한 의사결정의 자유를 보호하는 것으로 해석할 수 있다(임웅, 2003 : 161). 그러나 양자의 의사결정은 그 질이 다르다. 전자의 의사결정은 일상적인 생활에 있어서 의사결정과 그에 따른 행동의 자유를 말하지만, 후자의 의사결정은 매우 특수한 사안에 대한 것이다. 즉 성적 자기결정이란 것은 극단적으로 사적이고 비밀스러운 것이며, 성적 파트너 결정의 자유라는 것은 헌법상 인간의 존엄과 행복추구권과 직결되는 것이다. 또한 이를 단순히 성적 쾌락의 상대를 결정할 자유 썸으로 생각할 문제가 아니다. 성적 자기결정권이란 '원하지 않는 상대와 성관계를 하지 않을 권리'를 말한다. 이러한 성적 자기결정은 생명 및 신체의 안전과 직결되는 법익이라고 할 수 있다. 따라서 양죄의 보호법익은 질적으로 다르다. 이런 면에 있어서 강간죄의 보호법익을 단순히 성적 자기결정권이라고 하는 것은 너무 막연하다. 강간죄는 최협의의 폭행과 협박을 동반하고 있으므로, 오히려 피해자의 신체의 안전을 침해하는 범죄로 보는 것이 더 타당한 것 같다. 왜냐하면 강간죄는 폭행죄보다 더 심각하게 신체의 안전을 침해하는 범죄이기 때문이다.

둘째, 폭행의 면에서 양죄를 비교해 보자. 강요죄에 있어서의 폭행은 광의의 폭행으로 해석되고 있다. 즉 사람에 대한 직접·간접의 유형력의 행사를 말하고, 반드시 신체에 가해질 필요는 없다는 것이다. 따라서 본죄의 폭행과 협박은 의사결정과 의사활동의 자유를 침해할 정도이면 충분하다(이형국, 1991 : 76). 그러나 강간죄의 폭행은 상대방의 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 것이다. 즉 강요죄의 폭행은 사람의 의사결정을 제압할 정도의 폭행이면 족하나, 강간죄의 폭행은 의사결정이 아니라 신체적 저항을 절대적으로 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하여 신체의 안전을 위협하는 정도의 심각한 폭행을 말하는 것이다. 따라서 똑같이 '폭행'이라는 용어를 쓰고는 있지만, 양 죄에서의 폭행이 이처럼 크게 차이나는 만큼 양죄의 불법도 현저히 다르다고 할 수밖에 없다. 따라서 그 법정형도 이러한 법정형의 차이를 반영하여 강요죄는 5

년 이하의 징역으로, 3년 이상의 징역인 강간죄보다는 경하게 규정하고 있는 것이다.

셋째, 행위의 측면에서 검토해 본다. 강요죄의 행위는 사람의 권리행사를 방해하거나 의무없는 일을 하게 하는 것이다. 권리행사를 방해한다고 함은 ‘법률상 허용된 행위를 행하지 못하게 하거나 법률상 의무 없는 행위를 하게 하는 것’으로 이해된다(임웅, 2003 : 141). 아내강간의 가벌성을 부정하는 견해에서 강요죄를 언급하는 이유는 아마도, 아내를 강간하는 것이 법률상 의무 없는 행위를 하게 하는 것, 즉 아내에게 성관계에 응할 것을 강요하는 것이 법률상 의무 없는 일을 하게 하는 것이라는 취지에서인 것 같다. 이러한 강요된 행위는 법률행위이든 사실행위이든 작위이든 부작위이든 묻지 않는다. 의무 없는 일을 하게 하는 예로는 사죄광고를 내게 하는 것, 종업원으로 취업하게 하는 것, 술을 마시게 하는 것, 무릎을 꿇고 기어가게 하는 것 등이 들어진다. 따라서 남편의 성교요구에 ‘응하게 하는 것’도 의무 없는 일을 하게 하는 것에 해당된다는 것이다.

그러나 이는 재물죄에 있어서 편취죄와 탈취죄의 구별과도 비교할 수 있다. 편취죄인 사기죄와 공갈죄는 피해자의 ‘의사에 기해서’ 재산의 교부를 하는 것이지만, 탈취죄인 절도죄와 강도죄는 피해자의 ‘의사에 반해서’ 재산의 교부를 하는 것이다. 즉 양 죄는 의사에 반한 법익의 침해인지, 하자있는 의사에 기인한 법익의 포기인지에 있어서 차이가 있다. 그렇다면 강요죄에서 ‘폭행과 협박으로 의무 없는 일을 하게 하는 것’이라 함은, 비록 하자 있는 의사이긴 하지만 폭행과 협박에 의해서 자신이 직접 의무 없는 일을 하는 것이다. 즉 자신의 의사결정의 자유와 그에 따른 행동의 자유를 하자있는 의사에 기해서 포기한 것이라고 볼 수 있다. 그렇다면 강간죄에서의 성적 자기결정권이 피해자의 의사에 기해서 포기한 것으로 볼 수 있는 정도의 사건은 현재 강간죄의 해석상 최협의의 폭행·협박이 부정되므로 구성요건해당성 자체가 인정되지 않을 것이다. 그렇다면 제대로 강간죄가 성립하는 사건이라면, 그 사건에서 나타나는 것은 피해자의 의사에 기한 법익의 포기가 아니라, 상대방이 ‘의사에 반해서’ 법익을 탈취하는 것이라 할 수 있다. 강요죄는 법익의 주체가 폭행과 협박에 의해

자신의 법익을 어느 정도 자발적으로 포기하는 단계를 거치게 되지만, 강간죄의 경우에는 그렇지 않다는 것이다. 만일 강간죄의 경우에 조금이라도 자발적으로 강간죄의 보호법익을 법익의 주체인 피해자가 포기하는 단계를 거치기만 해도 강간죄가 인정될 여지가 없음은 자명하다. 그만큼 소위 ‘꽃뱀’을 가려 내기 위해서라는 명목으로 강간죄는 매우 엄격한 요건하에서만 인정되는 것이 판례의 현실이기 때문이다. 강요죄와 강간죄의 이러한 차이점 때문에 그 행위인 폭행과 협박의 정도도 달라질 수밖에 없는 것이다. 왜냐하면 피해자의 의사에 반해서 성적 자기결정권을 침해하려면, 강요죄보다는 훨씬 심각한 폭행과 협박이 존재해야 하기 때문이다.

3) 폭행죄나 협박죄만을 인정할 수 없는 이유

(1) 폭행·협박의 개념적인 측면

우리 형법상 강간죄는 “폭행과 협박으로 부녀를 강간한 자”라고 규정하고 있어서, 폭행과 협박이 필수적으로 동반될 것을 요건으로 하고 있다. 이러한 폭행과 협박의 개념은 형법상 최협의라고 이해하는 것이 통설이다. 최협의의 폭행과 협박이란 상대방의 반항을 억압하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행을 말한다(임웅, 2003 : 71). 다만 강간죄에서의 폭행·협박은 반드시 상대방의 반항을 억압할 정도 뿐만 아니라 현저히 곤란하게 할 정도이면 충분하다는 것이 통설·판례(대법원 1991. 5. 28. 선고, 91도546 판결)의 입장이다. 이러한 입장이 타당한 것은 물론이다.⁵⁾

5) 이러한 입장이 타당한 것은 그나마 상대방을 억압하는 것보다는 그 저항을 현저히 곤란하게 하는 정도가 그나마 피해자에게 유리한 기준이기 때문이다. 이에 대하여 협의의 폭행과 협박이면 충분하다는 견해가 있는데(박상기, 2004 : 153), 협의의 폭행과 협박으로도 강간죄가 인정될 수 있다면 더욱 환영할 일이다. 왜냐하면 절대적으로 약한 물리력을 가진 여성의 입장에서는 이미 협의의 폭행과 협박이 가해지면 그에 대한 저항은 현저히 곤란해 질 수 있다. 이러한 협의설에 의하면, 방문이나 승용차의 문을 걸어잠그는 행위, 한적한 곳으로 여자를 데리고 간 행위만으로도 강간죄의 폭행·협박이 되기에 족하다고 한다. 폭행·협박을 최협의로 이해한다면 여자로 하여금 강간시도에 대하여 강하게 저항하였음을 입증해야 할 책임을 부담하기 때문이라고 한다. 타당한 견해라고 생각한다. 그러나 협의설을 반대하는 입장에서는 강

즉 폭행과 협박 때문에 저항하기가 현저히 곤란한 상태에 있는 부녀를 간음하는 것을 말한다. 이처럼 강간은 상대방의 의사결정의 자유를 침해하는 폭행·협박을 수단으로 하여 직접 상대방의 성적 자기결정권 내지 성생활의 평온과 자유를 침해하는 행위이다(김일수·서보학, 2004a : 141). 따라서 폭행·협박과 간음 사이에는 인과관계가 있어야 한다.

강간죄의 폭행·협박을 어떻게 해석하는 것이 타당한가는 논외로 하더라도, 일단은 최협의로 이해하는 것이 다수학자의 입장이므로 일단 그 개념이 최협의라는 것을 전제로 검토한다. 즉 강간죄의 폭행은 명백히 폭행죄의 폭행보다는 질적으로 다른 것으로 이해되고 있다는 것이다. 전자는 그 정도가 최협의이고 후자는 협의이기 때문이다. 따라서 강간에 수반된 폭행과 협박에 대해 폭행죄와 협박죄만을 인정하는 것은 그 폭행과 협박의 정도의 차이를 간과한 것으로 불합리한 결론에 이르게 된다.

(2) 고소불가분의 원칙

또한 강간의 수단인 폭행·협박은 상대방의 신체적 완전성 내지 의사결정의 자유를 직접 침해하는 것인 반면, 이것을 수단으로 행해지는 강간은 상대방의 성적 자기결정의 자유를 침해하는 측면을 갖는 것으로 이해되고 있다(김일수·서보학, 2004b : 141면). 이러한 이해도 타당하나, 먼저 행해진 폭행 또는 협박과 후에 행해진 강간은 그 인과관계를 요한다는 점에서 양자는 밀접한 관계가 있다고 할 수 있다. 이러한 관계의 밀접성 때문에 강간죄는 결합범의 형식을 취하고 있는 단일범으로 이해되고 있으며(김일수·서보학, 2004b : 141면), 강간죄에 대한 고소가 취소되었을 때 검사는 폭행·협박만을 분리하여 소추할 수 없다(대법원 1976. 4. 27. 선고, 75도3365판결). 즉 친고죄인 강간죄에 대해서는 고소불가분의

간당한 여자의 입장뿐만 아니라 강간범으로 몰려 평생을 망치게 되는 남자의 입장도 생각해 보아야 한다고 한다(임웅, 2003 : 163). 그런데 강간범으로 오인받을 만한 남자의 입장을 피해자가 왜 고려해야 하는지 의문이다. 또한 억울하게 강간범의 피의자가 되었으면 자신이 협의의 폭행과 협박을 행사하지 않았음을 변호인의 조력을 받아 충분히 입증하려고 노력하면 될 것이지, 그 입증책임을 피해자에게 전가시키는 것은 그야말로 피해자에게 이중의 부담을 주는 것이 된다.

원칙이 적용되고 있다.

고소불가분의 원칙은 고소의 효력이 불가분이라는 것이다(이재상, 2000 : 192). 이에는 객관적 불가분의 원칙과 주관적 불가분의 원칙이 있는데, 전자는 친고죄의 경우 하나의 범죄의 일부에 대한 고소 또는 그 취소는 사건전부에 대해서 효력이 발생하는 것을 말하고, 후자는 수인의 공범 중 1인 또는 수인에 대한 고소 또는 그 취소는 다른 공범자에게도 효력이 미친다는 것을 말한다. 형사소송법은 제233조에서 주관적 불가분원칙만 규정하고 객관적 불가분원칙은 이론에 맡겨놓고 있다.

여기서는 특히 객관적 불가분원칙이 문제된다. 고소불가분은 강간죄와 같은 친고죄에서만 문제되는데, 이는 친고죄에서 고소는 소송조건이고 공소제기는 고소에 의해 좌우되기 때문이다. 이런 친고죄는 형사사법에 대한 사인의 의사개입을 허용하고 있고, ‘국가형벌독점주의에 대한 예외’의 경우에 해당한다(박달현, 2004 : 170). 이처럼 고소불가분원칙에 의해 친고죄의 고소권자가 범죄와 범인을 제한하거나 지정할 수 없게 하는 것은 국가형벌권의 행사가 피해자의 자의적인 의사에 좌우되어 형사사법의 공평성과 객관성이 상실되는 것을 방지하기 위해서이다. 객관적 고소불가분원칙에 대하여 형사소송법은 특별한 규정을 두고 있지 않지만, 이는 이론상 당연히 인정되고 있다(박상기, 1997 : 125). 왜냐하면 고소에서 범죄사실의 신고는 얼마든지 정확하지 않을 수 있고, 고소권자의 범죄사실의 신고가 처벌범위까지 정할 수는 없기 때문이다. 이것은 ‘한 개의 사건은 나눌 수 없다’는 형사소송 전 과정을 관통하는 원칙의 한 표현이다. 다시 말해 이것은 공소제기의 효력, 기판력의 효력이 하나의 사건의 일부에만 미치지 않는 것과 마찬가지로(배종대 · 이상돈, 1999 : 183).

하나의 사건인가는 죄수론에 따라서 이해하는 것이 통설이다(배종대 · 이상돈, 1999 : 183). 단순일죄에서 객관적 불가분원칙은 예외 없이 인정된다. 즉 일부사실에 대한 고소는 전부에 대해 효력이 있다. 예컨대 강간의 수단인 폭행 · 협박에 대한 고소효력은 강간죄 전부에 미친다. 거꾸로 강간죄에 대한 고소가 없으면 단순일죄의 일부분인 폭행 · 협박만을 따로 떼어서 기소할 수 없다. 단순일죄는 객관적으로 불가분이기 때문이다(박

상기, 1997 : 127; 배종대·이상돈, 1999 : 183; 이재상, 2000 : 193).

이처럼 강간죄는 실체법상 뿐만 아니라 절차법상으로도 폭행·협박 및 강간에 대하여 불가분의 관계를 인정하고 있다. 따라서 아내강간사건에 대해서 폭행죄나 협박죄로 처벌하면 족하다라고 하는 주장은 이러한 강간죄의 특성을 간과한 주장이라고 본다.

(3) 실행의 착수시기의 측면

강간죄의 실행의 착수시기 측면에서도 아내강간을 긍정할 수 있는 논거를 발견할 수 있다. 강간죄의 실행의 착수시기는 행위자가 강간의 의사를 가지고 부녀의 반항을 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행 또는 협박을 개시했을 때에 실행의 착수가 있는 것이며, 부녀의 속옷을 벗기거나 간음의 준비를 하는 데까지 더 나아가야 하는 것은 아니라는 점은 주지의 사실이다(김일수·서보학, 2004b : 142). 따라서 폭행과 협박만 있고, 설령 간음행위는 없었다 하더라도 강간죄의 미수범이 인정된다. 이 미수범의 처벌은 그 종류에 따라서 다르겠지만, 장애미수일 경우는 기수범과 동일하게 처벌도 가능한 임의적 감경형으로 규정되어 있다. 따라서 보통의 폭행과 강간죄의 실행의 착수인 폭행은 그만큼 불법에 있어서 질적인 차이가 있다.

따라서 아내강간사건에서 남편이 설령 강간행위는 미수에 그쳤더라도 강간을 위한 폭행과 협박이 있었다면, 그것으로 강간죄의 미수범을 인정할 수 있으며 폭행죄나 협박죄만 성립하는 것은 결코 아니다. 하물며 이미 강간까지 기수에 이르렀는데, 이것이 폭행죄나 협박죄만 성립할 여지는 전혀 없는 것이다.

2. 정당화사유의 존부

남편에 의한 아내 강간행위가 정당화될 여지가 있는지 검토해 본다.

1) 긴급피난

아내강간의 가벌성을 부정하는 일반남성의 입장에서는 아내의 성적 자기결정권이 보호되어야 한다면, 남편의 성적 자기결정권도 보호되어야 하지 않느냐라는 의견도 있다. 법익교량원리가 지배되고 있는 정당화의 이론적 체계에서는 어찌 보면 양자는 동일한 법익으로 보이므로 그럴듯한 논거인 것 같다. 그렇다면 과연 남편이 자신의 성적 자기결정권을 행사하기 위하여 아내를 강간한 것이 긴급피난으로 정당화될 여지가 있는지 검토해 보자.

긴급피난이란 자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 위난을 피하기 위한 상당한 이유 있는 행위이다. 긴급피난에서 위난이란 사람의 위법한 행위 이외의 것으로 법익침해의 위험을 발생시키는 사유를 말한다. 긴급피난의 대상이 되는 법익침해의 위험발생은 물건이나 자연력으로 인한 경우가 많다. 그렇다면 위난의 개념은 이러한 경우까지도 포함하기 위하여 넓게 해석되지 않으면 안된다. 이렇게 볼 때 위난은 물건, 자연력 및 사람의 적법한 행위에 의하여 발생하는 법익침해의 위험발생을 가리킨다(신동운, 2003 : 272). 피난행위에 의하여 위난으로부터 보전될 수 있는 법익은 자기 또는 타인의 법익이다. 여기에서 법익이란 생명·신체에 국한되지 않고 자유·명예·재산 등 모든 법익을 포함하는 넓은 의미를 갖는다고 한다(이형국, 2003 : 156).

아내강간사건에서의 문제는 남편에게 현재의 위난이 존재한다고 할 수 있는 가이다. 이처럼 남편이 아내와 성관계를 맺고자 하는 상황이 손해의 발생이 근접한 위난상황이라고 할 수 있는가? 남편의 입장에서 성적 자기결정권 내지는 남편으로서의 권리가 침해되었다고 주장하고 있지만, 이것은 긴급피난에서 말하는 현재의 위난은 될 수 없다고 본다. 앞서 보았듯이 위난이란 법익침해의 위험을 발생시키는 사유인데, 아내와 잠자리를 하지 못해서 드는 감정적인 서운함이 법익의 침해라고 볼 수는 없다. 성적 자기결정권의 침해라고 주장하지만 그것도 부당하다. 왜냐하면 성적 자기결정권의 침해란 원하지 않는 상대와 성관계를 하지 않을 권리를 침

해하는 것을 말하며, 원하는 상대와 성관계 할 권리를 침해하는 것을 의미하는 것이 아니기 때문이다. 따라서 아내강간의 경우 남편에게 현재의 위난이 존재하지 않기 때문에 긴급피난으로 정당화될 여지는 없다.

설령 위난이 인정된다 하더라도 상당성의 요건에서 다시 한 번 제지된다. 긴급피난은 상당한 이유 있는 행위라야 한다. 그 요건으로는 ① 보충성의 원리, ② 균형성의 원리, ③ 적합성의 원리가 요구되고 있다. 즉 ① 긴급피난은 피난행위에 의하지 않고는 달리 위난을 피할 수 없을 것을 요하고, ② 긴급피난에 의하여 보호되는 이익이 침해되는 이익보다 본질적으로 우월해야 하며, ③ 피난행위는 위난을 피하기 위한 적합한 수단이어야 한다(이재상, 2004a : 243-245, Tröndle/Fischer, 2003 : § 34 Rdnr. 5, 7, 12). 아내를 강간하지 않고 대화로 해결책을 모색하든지 아니면 이혼하고 새로운 배우자를 찾으면 되므로 아내강간은 보충성을 결여하고, 이익교량의 측면에서도 아내의 신체의 안전과 성적 자기결정권은 현저히 침해된 데 비하여 남편에게 보호되는 이익이라는 것이 전혀 없기 때문에 교량할 법익 자체가 없다. 보호되는 것은 남편의 법익이 아니라 동물적 본능일 뿐이다. 또한 아내에게 최협의의 폭행과 협박을 동반하여 강간하는 것은 결코 적합한 수단도 아니라는 점에서 적합성도 결여된다.

2) 정당행위

형법 제20조는 “법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 벌하지 아니한다”고 규정하고 있다. 여기서 남편의 아내 강간행위가 민법 제826조에 근거한 법령에 의한 행위나 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위가 되는지를 검토해 보자.⁶⁾

법령에 의한 행위라 함은 법령의 근거에 의하여 권리 또는 의무로서 행하여지는 행위를 말한다(이재상, 2004a : 275). 이러한 법령에 의한 행위

6) 업무란 사람이 사회생활상의 지위에 의하여 계속·반복의 의사로 행하는 사무로 의사, 변호사, 성직자 등의 사무가 그 예가 될 수 있다. 따라서 남편이라는 지위에 기하여 아내와 성관계를 하는 것은 업무라고 하기에는 곤란하다.

는 정당화되는데, 그 이유에 관해서는 “법령에 의하여 인정된 권리를 행사하거나 법령에 의하여 부과된 의무를 이행하는 행위는 법질서를 실현시키는 일”이라고 설명된다(신동운, 2003 : 312). 즉 법질서의 통일을 기하기 위해서 인정되는 것으로 이해되고 있다. 그러나 법령에 의한 행위라 할지라도 사회상규에 비추어 권리의 남용이라고 볼 수 있을 때에는 위법성이 조각되지 아니한다. 법령에 의한 행위의 예로는 공무원의 집행행위, 징계행위, 현행범인의 체포, 노동쟁의행위 등이 들어진다(이재상, 2004a : 275).

예컨대 징계행위의 경우에도 징계권의 행사는 민법 제915조의 근거가 있음에도 불구하고, 징계권의 행사가 무제한하게 허용되는 것이 아니라 사회상규에 위배되지 않는 범위에서만 허용된다. 징계권의 행사가 위법성을 조각하기 위하여는 그것이 객관적으로 충분한 징계사유가 있는 때에 교육목적을 달성하기 위하여 필요하고 적절한 정도에 그쳐야 하며, 주관적으로는 교육의 의사에 의하여 지배된 것이 아니면 안 된다(이재상, 2004a : 278).

그렇다면 남편의 아내강간행위는 법령에 의한 행위라고 할 수 있는가? 역시 문제되는 조항은 민법 제826조이다. 동 조항은 ‘부부간의 의무라는 표제 하에 “① 부부는 동거하며 서로 부양하고 협조하여야 한다. 그러나 정당한 이유로 일시적으로 동거하지 아니하는 경우에는 서로 인용하여야 한다. ② 부부의 동거장소는 부부의 협의에 따라 정한다. 그러나 협의가 이루어지지 아니하는 경우에는 당사자의 청구에 의하여 가정법원이 이를 정한다”라고 규정하여, 부부간의 동거·부양·협조의무를 규정하고 있다. 여기서 아내강간의 가벌성을 부정하는 입장에서는 민법상 동거의무가 규정되어 있으므로, 남편의 아내강간행위가 정당화된다는 논리를 편다.

그러나 이러한 주장은 심히 의심스럽다. 이는 동조 제2항을 보면 더욱 그러하다. 제2항에서는 “부부의 동거장소는 부부의 협의에 따라 정한다. 그러나 협의가 이루어지지 아니하는 경우에는 당사자의 청구에 의하여 가정법원이 이를 정한다”라고 하고 있다. 쉽게 말해서 같이 사는 장소를 협의에 따라 정하지 못하면 법원이 정해 주겠다는 것이다. 그런데 이 동

거의무를 대부분의 남성학자들이 생각하듯이, 동침의무가 포함되는 것으로 해석해서, 동침의무 부분만을 한 번 생각해보자. 부부가 어디서 동침을 하든, 내지는 적어도 동침을 하든 안하든 이는 지극히 개인적이고 사적인 문제로, 그것은 법원이 관여할 수 없는 문제이다. 그렇다면 이는 좀 유머러스한 해석일 수밖에 없다. 민법 제826조의 동거의무는 그야말로 말 그대로 같은 장소에서 ‘같이 거주할’ 의무 이상도 이하도 아닌 것이다. 그 외에 동침을 하든지 말든지의 부부 당사자가 알아서 할 문제이다. 그런데 이 동거의무규정으로 남성들은 결혼으로 무슨 강간면허라도 받은 듯 걸핏하면 민법 제826조를 들고 오는 것이다.

이는 민법학자들이 동조를 설명하는 부분을 보면 더욱 명확하다. 민법 학자들도 동거의무란 “거소를 같이 하는 의무”라고 소개하고 있다(김주수, 2002 : 138). 다만 이것이 주택을 공동으로 하여 함께 생활하고 있다는 단순한 공간적 의미는 아니며, 생활공동체를 형성한다는 것을 의미한다고는 하고 있다(이경희, 2001 : 67). 물론 그렇다. 따라서 단순히 한 지붕 아래에 살면서 장벽을 하고 생활을 달리하는 것이 동거가 아니라는 의미이다(김주수, 2002 : 138). 즉 함께 생활을 공유해야 한다는 의미라는 것이다. 물론 여기서 생활의 공유란 부부간의 의식주를 비롯하여 평화적인 성생활도 포함될 수는 있다. 그러나 이러한 의무가 서로의 성적 요구를 무조건적으로 받아들여야 한다는 동침의무를 규정한 것으로 해석하는 것은 근거 없는 자의적인 해석이라고 하지 않을 수 없다. 따라서 아내강간의 정당화를 위해 민법 제826조가 할 수 있는 일은 아무것도 없다.

한편 형법 제20조의 사회상규란 국가질서의 존엄성을 기초로 한 국민 일반의 건전한 도덕감 또는 공정하게 사유하는 일반인의 건전한 윤리감을 의미한다. 이와 같이 사회상규가 일반인의 건전한 도의감 또는 사회윤리를 의미하는 개념이므로 사회상규에 위배되지 않는 행위는 법질서 전체의 정신이나 사회윤리에 비추어 용인될 수 있는 행위를 말한다고 할 수 있다(이재상, 2004a : 284). 사회상규의 판단 기준으로는 법익의 균형과 목적과 수단의 상당성이 들어진다. 즉 사회상규에 위배되지 않는 행위라고 하기 위하여는 보호이익과 침해이익이 균형을 이루어야 하며, 침해

가 중대한 경우에는 사회상규에 위배되지 않는 행위라고 할 수 없다. 또한 이러한 행위는 동기와 목적이 법질서의 정신이나 사회윤리에 비추어 용인될 수 있는 것이어야 하며, 수단의 정당성 또는 적합성도 고려해야 한다(이재상, 2004a : 287).

그렇다면 아내강간은 법익균형의 면에서는 아내의 법익은 현저히 침해됨에 반하여 남편에게 보호되는 법익 자체가 없다는 것, 그리고 아내에게 최협의의 폭행과 협박을 동반해서 성관계를 강요하는 것은 그 목적과 수단이 상당하지 않다는 점에서 사회상규에도 위배되는 남편의 권리남용이라 하지 않을 수 없다.

3. 면책사유의 존부

앞서 남편에 의한 아내강간행위가 정당화될 사유는 형법상 전혀 인정될 수 없음을 보았다. 그렇다면 책임이 조각될 사유는 있는가?

자신의 행위가 민법 제826조에 의하여 죄가 되지 아니하는 것으로 오인했다면 형법 제16조의 금지착오가 될 여지는 있을 수 있다. 그러나 그러한 오인에 정당한 이유가 있다고 할 수 있는가에 대해서는 회의적이다. 이러한 정당한 이유는 양심이 아니라 지적 인식능력을 기준으로 판단해야 하며, 이를 위해서는 행위가 도덕질서와 직접적 관계를 가지지 않은 때에도 행위자에게는 법규정을 조사하고 확인할 의무가 있다(이재상, 2004a : 334). 그러나 문외한의 입장에서는 굳이 민법상의 조문을 모르더라도 막연히 부부이기 때문에 법적으로 남편의 강간은 정당화되는 것이라고 오인한 정도일 것이다. 이처럼 스스로의 사고에 의한 위법성의 판단도 불가능한 것은 아니다(이재상, 2004a : 335). 다만 이러한 경우에는 행위자가 법률을 올바르게 해석하고 그 효과를 판단할 수 있는 능력이 있을 것을 전제로 한다. 따라서 특별히 조회하고 확인한 일 없이, 그리고 민법상의 부부간의 의무와 권리에 대한 올바르게 진지한 해석의 노력이나 인식이 없이 일방적으로 ‘나는 법적인 남편이기 때문에 내 아내는 내 마음대로 다루어도 된다’라고 스스로 단언하는 것은, ‘단순한 억지’ 내지는

‘독단적인 가치관’에 불과한 것이다. 따라서 형법 제16조에 의해서 법효과적으로 고의가 조각되는 사례도 될 수 없다(제한적 책임설).

4. 인적 처벌조각사유의 존부

이처럼 남편에 의한 아내강간이 범죄의 성립요소 중 그 어떤 것도 조각하지 않는다는 것을 확인하였다. 그런데 남편이라는 신분이 범죄의 성립이후라도 인적 처벌조각사유로 작용할 여지라도 있는가? 즉 ‘남편이기 때문에 범죄는 성립할지라도 벌 할 수는 없다’라고 말할 근거가 있는가?

인적 처벌조각사유란 이미 성립한 범죄에 대하여 행위자의 특수한 신분관계로 인하여 형벌권이 발생하지 않는 경우를 말한다(이재상, 2004a : 70). 이러한 인적 처벌조각사유는 객관적 처벌조건과 함께 국가형벌권의 최후적·보충적 발동을 위하여 범죄의 성립 후에도 다시 한 번 형벌의 필요성이 있는가를 정책적으로 검토하는 것이다. 특히 인적 처벌조각사유는 입법자가 일반예방적 형벌목적보다 특별한 신분상의 지위와 관계를 존중하여 형벌권의 자제를 기하려는 입법정책적 이유로 인정되는 것이다(김일수·서보학, 2004a : 557). 현재 인정되고 있는 예로는 형법 제328조의 친족상도례에서 직계혈족, 배우자, 동거친족, 호주, 가족 또는 그 배우자, 그리고 국회의원의 면책특권, 외교사절의 외교특권 등이 이에 속한다. 이러한 인적 처벌조각사유 역시 명문의 규정에 의해서만 인정되고 있으며, 현재 강간죄에서 남편이라는 신분을 이유로 형벌을 면제해 주는 규정은 존재하지 않는다. 따라서 현재로서 남편에게 인적 처벌조각사유를 인정해 줄 여지는 없는 것이다.

그렇다면 정책적으로 이를 인정할 필요는 있는 것인가? 재산죄의 친족상도례를 잠시 살펴보면 이를 검토해 본다.

형법 제328조는 ‘친족간의 범행과 고소’라는 표제 하에 친족상도례 규정을 두어서, 제1항에서는 “직계혈족, 배우자, 동거친족, 호주, 가족 또는 그 배우자간의 제323조의 죄는 형을 면제한다”라고 규정하고 있다. 즉 이는 강도죄와 손괴죄를 제외한 재산범죄에 있어서 친족간의 범죄는 형을

면제하거나 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있도록 규정한 특례로, “법은 가정에 들어가지 않는다”라고 하는 법언의 정신에 좇아, 친족간에 행해진 일정한 재산범죄에 대하여 법률이 개입하지 않고 친족간의 정과 의리를 존중하고자 형사정책적 견지에서 마련된 것으로 이해되고 있다(임웅, 2003 : 295). 강도죄와 손괴죄에는 이 규정이 준용되어 있지 않은데, 손괴죄에 대해서는 이를 준용하거나 친고죄 또는 반의사불벌죄로 규정함이 타당하다는 견해도 있으므로(임웅, 2003 : 490), 강도죄만을 비교해 보기로 한다.

강도죄는 폭행 또는 협박으로 타인이 재물을 강취하거나 기타 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하는 범죄로, 그 법정형은 강간죄와 동일한 3년 이상의 징역이다. 또한 여기서의 폭행·협박은 강간죄와 동일하게 최협의로 이해되므로(임웅, 2003 : 312), 이는 심각한 폭력범죄라고 할 수 있다. 따라서 강도죄는 재산을 보호법익으로 하는 범죄이긴 하지만, 반항을 억압할 정도로 고도의 폭행·협박이 행해진다는 특수성 때문에 형벌권의 행사를 친족 간의 의리에 맡길 수는 없다는 형사정책적 견지에서 친족상도례의 규정을 준용하지 않고 있는 것이다.

그렇다면 동일하게 최협의의 폭행과 협박이 그 수단이 되면서, 재산보다 더 큰 법익이라고 할 수 있는 성적 자기결정권과 신체의 안전을 위협하는 범죄인 강간죄가 친족상도례와 같이 가족 간에 인적 처벌조각사유를 인정하는 규정을 둘 필요성은 형사정책적으로는 전혀 인정될 수 없다는 것을 알 수 있다. 따라서 아내강간문제에 있어서 국가가 집안 일에 개입할 수 없다고 주장하는 것은 그 근거가 없는 것이며, 이미 강간죄는 친고죄로 규정이 되어 있으므로 국가에 의한 무분별한 개입의 위험조차 없다고 할 수 있겠다. 따라서 아내를 강간한 남편은 인적 처벌조각사유로 형벌이 면제될 여지도, 또한 그렇게 입법할 형사정책적 필요성도 없다고 하겠다.

IV. 입법론적 제안

남편에 의한 아내강간이 강간죄가 성립하는데 있어서는 형법적으로 어떠한 요건도 결여되지 않으며 심각한 하나의 범죄가 성립될 수 있음을 확인하였다. 따라서 이론적으로는 추가적인 입법 내지는 법개정 없이도 현행법 체계 내에서 아내강간은 충분히 범죄로 인정할 수 있다. 그러나 현실적으로는 아내강간을 범죄로 인정하지 않으려는 인식이 강하기 때문에 보다 명시적이고 강력한 규정의 존재가 필요하다고 하지 않을 수 없다.

본고에서는 이를 위해 여성단체에서 주장해 왔던 바와 같이 아내강간죄를 신설하는 것이 필요하다고 생각한다. 그러나 앞에서 언급했듯이 형법이 아니라 가정폭력범죄의처벌등에관한특례법에 아내강간죄를 명시적으로 규정할 것을 제안한다. 형법상 아내강간죄를 새로 입법하는 것보다는 가정폭력범죄의처벌등에관한특례법에 규정하여, 사건의 처리 및 남편에 대한 처벌규정을 보다 사안의 특수성에 맞게 마련하는 것이 효과적이라고 본다. 아무리 형법상 강간죄의 성립이 인정되더라도, 남편이 아내를 강간했다는 이유로 실형을 살게된다는 점 때문에 오히려 강간죄의 성립 자체를 인정하지 않으려는 감정적인 거부감이 크기 때문에, 오히려 실질적으로는 아내강간을 예방하거나 이에 대처하는 데에 도움이 되지 않는다.

현재 가정폭력범죄의처벌등에관한특례법 제2조에서는 가정폭력을 “가정구성원 사이의 신체적, 정신적 또는 재산상 피해를 수반하는 행위”라고 정의하고 있고, 여기서 말하는 가정구성원이란, 배우자(사실상 혼인관계에 있는 자 포함) 또는 배우자관계에 있었던 자, 자기 또는 배우자와 직계존비속 관계(사실상의 양친자관계를 포함한다. 이하 같다)에 있거나 있었던 자, 계부모와 자의 관계 또는 적모와 서자의 관계에 있거나 있었던 자, 동거하는 친족관계에 있는 자라고 규정하고 있어서, 배우자는 가정폭력에서 가정구성원의 신분을 명백히 가지고 있다고 할 수 있다.

그러나 문제는 본 법에서 처벌하고 있는 가정폭력범죄의 범위이다. 동조 제3호에서는 “가정폭력범죄라 함은 가정폭력으로서 다음 각목의 1에 해당하는 죄를 말한다”라고 하면서 몇가지 범죄를 열거하고 있는데,⁷⁾ 여

기서 아무리 살펴보아도 강간과 추행의 죄는 보이지 않는다. 가정구성원인 남편에 의해 행해지는 재물손괴죄는 단지 재산을 침해할 뿐임에도 가정폭력범죄가 되는데, 아내를 최협의 폭행과 협박으로 저항을 곤란하게 하여 강간한 것은 가정폭력범죄가 안된다는 것은 논리적으로 맞지 않다. 가정폭력범죄에 강간죄보다 훨씬 불법이 약한 범죄들까지 포함되어 있는 것을 보면, 아내강간사건은 명백히 가정폭력사건에 포함시킬 수 있고, 가정폭력범죄의 정의에 열거되어 있는 다른 범죄들 사이에 형법 제297조 강간죄, 제298조 강제추행죄를 추가하여, 가정폭력범죄로 특별보호를 할 수 있는 여지는 충분하다고 본다.

V. 나오며

기혼남성의 약 42.4%가 아내강간의 경험이 있으며, 기혼여성들의 약

-
- 7) 가. 형법 제257조(상해, 존속상해), 제258조(중상해, 존속중상해), 제260조(폭행, 존속폭행)제1항·제2항, 제261조(특수폭행) 및 제264조(상습범)의 죄
 나. 형법 제271조(유기, 존속유기)제1항·제2항, 제272조(영아유기), 제273조(학대, 존속학대) 및 제274조(아동학대)의 죄
 다. 형법 제276조(체포, 감금, 존속체포, 존속감금), 제277조(중체포, 중감금, 존속중체포, 존속중감금), 제278조(특수체포, 특수감금), 제279조(상습범)(제276조, 제277조의 죄에 한한다) 및 제280조(미수범)(제276조 내지 제279조의 죄에 한한다)의 죄
 라. 형법 제283조(협박, 존속협박)제1항·제2항, 제284조(특수협박), 제285조(상습범)(제283조의 죄에 한한다) 및 제286조(미수범)의 죄
 마. 형법 제307조(명예훼손), 제308조(사자의 명예훼손), 제309조(출판물등에 의한 명예훼손) 및 제311조(모욕)의 죄
 바. 형법 제321조(주거·신체 수색)의 죄
 사. 형법 제324조(강요) 및 제324조의 5(미수범)(제324조의 죄에 한한다)의 죄
 아. 형법 제350조(공갈) 및 제352조(미수범)(제350조의 죄에 한한다)의 죄
 자. 형법 제366조(재물손괴등)의 죄
 차. 아동복지법 제29조제8호를 위반한 죄
 카. 가목 내지 자목의 죄로서 다른 법률에 의하여 가중처벌되는 죄

36%가 남편으로부터 강간을 당한 경험이 있다는 연구조사도 있다(신성자, 1999 : 118). 이처럼 아내강간문제는 의외로 많은 부부가 경험하고 있는 반면에, 가정 안에서 이루어지는 은밀하고 사적인 범죄라는 이유로 외부적인 문제로 노출되지 않는다는 특성이 있어서 매우 심각한 범죄임에도 불구하고 국가가 이를 인지하기가 쉽지 않다. 더욱 심각한 문제는 이러한 범죄의 심각성에도 불구하고 결혼관계 안에서 일어나는 성적 행동은 합법적인 권한과 의무라는 인식이 배우자의 폭력적인 성행위에 대한 문제의식을 약화시키고 있다는 점이다(신성자, 1999 : 118). 이러한 문제점을 사회학 쪽에서는 충분히 인지를 하고 이에 대한 원인이나 대책에 관한 여러 연구가 이루어지고 있지만, 정작 법학의 분야에서는 지금까지 이에 대한 대책을 내놓기는 커녕 통설과 판례가 아내강간에 대한 법적 대응을 외면하고 있는 현실이었다. 이는 법학과 사회학의 차이라기 보다는, 근본적으로 같은 문제를 바라보는 남성과 여성의 시각 차이라고 할 수 있다. 아내강간은 사회학의 연구를 통해 그 원인과 대책을 마련해야 할 심각한 사회문제임과 동시에 그에 대한 법적 대응과 국가형벌권의 발동이라는 강제력으로 강력한 조치가 취해져야 할 법적 문제이기도 하다. 법적 강제력이 없이 그러한 심각한 폭력이 예방 및 제거될 것이라고는 기대하지 않는다.

국가가 국민의 사적인 생활에 개입하지 말아야 할 문제는 부부관계 이외에도 여러 가지가 있을 수 있다. 그러나 지나치게 국가가 국민의 생활을 방관하다 보면 국민 개개인 스스로가 해결해 낼 수 없는 어려운 상황에 직면했을 때는 정작 국가가 자신의 기능을 다 하지 못하게 되고, 그렇다면 국가가 존재할 필요가 없게 되는 셈이다. 이제는 산업발전에 따른 핵가족의 시대를 넘어서 요즘은 경제위기에 직면하여 가족해체의 위험에 처해 있다. 이러한 가족해체를 막기 위해서는 국가가 할 일이 분명히 있는 것이다. 더구나 물리력이 절대적으로 약한 여성이 가정에서 겪는 폭력은 국가가 나서서 아내를 보호해 주지 않는 한 가정은 사회의 기본적인 구성단위가 아니라 인권사각지대의 또다른 한 유형에 불과하게 된다. 부부관계는 양성평등을 전제로 서로의 인격을 존중하고 상호 협조해야 하

는 관계이며, 어느 한 당사자가 다른 당사자를 위해 희생되거나 기본권이 침해되어서는 결코 안된다. 이런 의미에서 아내강간은 사회적으로도 명백한 문제일 뿐만 아니라, 본고에서 논한 바와 같이 형법적으로도 심각한 하나의 범죄가 성립될 수 있고, 다른 그 어떤 요소로도 그 가벌성이 조각되거나 형벌이 면제될 수 없음을 다시 한 번 확인하였다.

특히 가정에서 일어나는 성폭력범죄는 아내에게 심각한 육체적 침해와 정신적 충격을 주기 때문에, 다른 가정폭력범죄보다 국가가 피해자 보호에 더 세심한 노력을 기울일 필요가 있다. 따라서 남편으로부터 아내를 격리하여 보호하고, 안전한 장소에서 면회를 주선함으로써 서로 대화와 화해의 기회를 갖게 하여 다시 건강한 부부로 돌아올 수 있도록 하는 프로그램의 제작과 운영도 필요할 것이다. 아내강간죄를 인정하여 무조건 남편에게 징역살이를 시키자는 것이 아니다. ‘남편을 징역 살리고 싶은 아내가 제대로 된 여자냐’라는 반론에 대해서, 아내강간사건의 해결책이 모두 남편에게 형을 집행하는 것만은 아니라는 점, 그리고 형벌집행이 최후의 수단이 될 수 있도록 보호사건으로 해결할 수 있는 법적 절차와 사회적 제도를 마련해야 한다는 점으로 답하고 싶다.

가정폭력범죄로 분류하여 보다 밝은 가정을 위한 제반 절차를 갖추어 아내와 가정을 보호하고, 남편에게 교육을 통해 개선의 기회를 주자는 것이며, 이러한 조치에도 불구하고 남편이 뉘우치지 않을 경우에는 최후의 수단으로 국가형벌권을 발동하여 형법상 강간죄를 적용하되, 간통죄가 이혼소송의 계속을 조건으로 고소할 수 있는 것과 균형을 맞추어(형사소송법 제229조 제1항) 남편을 강간죄로 고소할 때도 이혼소송의 계속을 전제조건으로 하는 쪽이 바람직하다고 본다. 그럴 경우에는 아내의 입장에서 한 번 더 심사숙고하게 되고, 일시적인 감정에서 남편을 마구 고소하는 일도 예방될 것이다. 이미 보호사건으로 처리될 수 없어서 강간죄로 형사처벌을 해야 할 부부사이라면 실질적인 부부관계는 이미 존재하지 않는 것이라고 볼 수 있기 때문이다.

참고문헌

- 김성천·김형준(2000). 형법각론. 서울 : 동현출판사
- 김일수·서보학(2004a). 새로쓴 형법총론. 서울 : 서울 : 박영사
- 김일수·서보학(2004b). 새로쓴 형법각론. 서울 : 박영사
- 김주수(2002). 친족·상속법(제6전정판). 서울 : 법문사
- 박달현(2004). 반의사불벌죄와 고소불가분의 원칙. 법조, 제53권 통권 제 572호, pp.168-190
- 박상기(2004). 형법각론(제5판). 서울 : 박영사
- 배종대(2003). 형법각론(제5판). 서울 : 홍문사
- 배종대(2002). “부부강간죄 도입은 불필요한 과잉입법이다”. 「대한변협신문」 제40호(2002. 1. 17)
- 배종대·이상돈(1999). 형사소송법(제3판). 서울 : 홍문사
- 백형구(1999). 형법각론. 서울 : 청림출판. 1999
- 신동운(2003). 형법총론. 서울 : 법문사.
- 신성자(1999). 부부간의 열등감. 성역할 태도와 스트레스가 아내강간경험 및 피경험에 미치는 영향. 한국가족복지학, 제4호, pp.117-151
- 유기천(1985). 형법학[각론강의 상](전정신판). 서울 : 일조각
- 이경희(2001). 가족법. 서울 : 법원사
- 이재상(2004a). 형법총론.(제5판). 서울 : 박영사
- 이재상(2004b). 형법각론(제5판). 서울 : 박영사
- 이재상(1999). 형사소송법(제5판). 서울 : 박영사
- 이형국(2003). 형법총론(제3판). 서울 : 법문사
- 이형국(1991). 폭력에 의한 권리행사방해죄(강요죄). 월간고시 91. 8, pp.75-82
- 임웅(2003). 형법각론(개정판). 서울 : 법문사
- 정성근·박광민(2002). 형법각론. 서울 : 삼지원.
- 정영일(1997). 고소불가분의 원칙. 고시연구 97. 9, pp.123-131
- 조국(2003). 형사법의 성편향. 서울 : 박영사
- Tröndle/Fischer(2003), Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 51. Auflage, München : Verlag C.H.Beck

Zur Strafbarkeit der Vergewaltigung einer Ehefrau im koreanischen StGB

Hwajin Ryu*

Die Strafbarkeit der durch einen Ehegatten Vergewaltigung seiner Ehefrau ist bisher von der Rechtsprechung und der herrschenden Meinung verneint. Jedoch hat ein Landesgericht die durch einen Ehegatten sexuelle Nötigung verurteilt, was zur Zeit streitig ist. Die Ansicht, die die Vergewaltigung von einem Ehegatten ableugnet, stellt als Grund die Spezialität der Ehe dar. Sie anerkennt die Strafbarkeit allenfalls wegen Körperverletzung, Bedrohung oder Nötigung. Auf dieser Aufsatz wird die durch einen Ehegatten Vergewaltigung seiner Ehefrau bejaht, weil es in diesem Fall keine Rechtfertigungsgründe und Entschuldigungsgründe gibt. Auch persönliche Strafausschliessungsgründe für den Ehegatten werden hier nicht gefunden. Da die Vergewaltigung mit Körperverletzung oder Bedrohung stark gebunden ist, kann der Ehegatte, der seine Ehefrau vergewaltigt hat, nur wegen Körperverletzung oder Bedrohung nicht bestraft werden. In dem Vergewaltigungsfall kann nur wegen Körperverletzung oder Bedrohung von Vergewaltigung nicht getrennt angeklagt werden. Körperverletzung, Bedrohung oder Nötigung ist qualitativ ganz anders als Vergewaltigung. Es geht hier um Menschenrechte. Eine Ehefrau muss als ein Mensch geschützt werden, obwohl der Angreifer ihre Ehegatte ist. Die Heirat ist kein Rechtfertigungsgrund oder Entschuldigungsgrund.

* Ph.D Lecturer Pusan National University