

2015

연구보고서(수시과제) - 8



가족정책관점에서 본 간통죄 폐지의 의미와 향후 정책방안 연구

김소영 · 마경희 · 송효진 · 김아영

KWADI



한국여성정책연구원
Korean Women's Development Institute



2015 연구보고서(수시과제) - 8

가족정책관점에서 본 간통죄 폐지의 의미와 향후 정책방안 연구

연구책임자 : 김 소 영 (본원 연구위원)
공동연구자 : 마 경 희 (본원 연구위원)
 송 효 진 (본원 연구위원)
 김 아 영 (본원 연구조사원)



이 보고서를 다음과 같이 인용해 주십시오.

김소영·마경희·송효진·김아영(2015). 가족정책관점에서 본 간통죄 폐지의 의미와 향후 정책방안 연구. 서울: 한국여성정책연구원

한국여성정책연구원(구 한국여성개발원)은 국무총리실 산하 정부출연 연구기관으로, 한국의 여성정책에 대한 종합 연구를 통해 양성평등 실현, 여성의 사회참여 확대 및 복지 증진, 가족 그리고 국가 발전에 기여하는 여성정책 Think-Tank이다.

발 간 사

2015년 2월 헌법재판소의 간통죄 위헌결정이 내려졌습니다. 그동안 법적 실효성 문제가 꾸준히 제기되어 온 만큼 간통죄 폐지가 초래할 변화가 크지 않을 것이라고 전문가들은 전망하고 있습니다. 그러나 일각에서는 ‘성규범이 문란해질 것이다’, ‘가족해체가 늘어날 것이다’라는 우려가 제기되고 있습니다. 이러한 혼란은 그간 간통죄 폐지와 관련해 법리적 논쟁이 주를 이룬 반면 간통이라는 현상이 일어나는 가족과 젠더적 맥락이 충분히 논의되지 못한 데 기인한다 하겠습니다.

가족 관점에서 간통죄 폐지는 부부관계의 변화, 가족구조의 변동을 보여주는 하나의 사회현상이라 볼 수 있습니다. 부부관계가 개인 간의 관계인 동시에 가족관계이기도 하다는 점에서, 형법으로 다스리던 간통이 혼인관계 해소 사유의 하나로 변화하는 과정은 가족변동의 맥락에서 설명될 수 있습니다. 이는 한국의 가족은 어떻게 변동하고 있으며 그것을 추동하는 요인은 무엇인지, 현대 가족의 시작 축인 부부관계의 성격과 변화의 방향성은 어떠한지 대한 논의와 연관되며, 정책적 지원이 요구되는 가족이슈를 제시해 줍니다. 이러한 문제의식에서 이 연구가 기획·수행되었습니다.

연구에서는 그간의 간통죄 폐지 논쟁의 쟁점을 살펴보고, 가족관점에서 간통죄 폐지 논의가 갖는 한계점을 짚어보았습니다. 그리고, 간통죄 폐지 시점에서 현대 가족의 성격을 규명하고, 정책적 함의점을 도출해 가족정책이 추진하고 발전시켜 가야 할 과제들을 제안하였습니다. 이러한 접근은 간통죄 폐지 이후 새롭게 전개되어야 할 논의점을 제시하는 동시에 급격하게 변동하는 가족의 양상을 조망하고, 사회제도의 변화와 가족의 관계성을 고려한 정책 전개의 필요성에 대한 시사점을 제공해줄 것입니다.



끝으로 연구과정에서 함께 고민해준 간담회 참석자 분들과 연구진들에게
깊은 감사를 전합니다.

2015년 8월
한국여성정책연구원
원 장 이 명 선

연구요약

1. 서론

가. 연구필요성 및 목적

- 2015년 2월 26일 헌법재판소는 형법상 간통죄 규정(형법 제241조)에 대해 위헌 결정(헌법재판소 2015.2.26. 2009헌마17·205 등(병합) 결정)을 내렸다. 위헌 심사가 처음 시작된 1990년 이후 간통죄 폐지와 관련된 주요 논쟁은 법리적 정당성과 실효성 측면에서 이루어졌다. 그러나 대부분의 논의가 개인과 국가의 관계성에 대한 부분에 집중되면서 ‘간통’이라는 행위가 발생하는 사회적 맥락들이 제대로 고려되지 못한 측면이 존재한다.
- 이에 간통을 젠더적 현상으로 이해하며 논쟁점을 제기하는 흐름도 나타났다. 특히 이중 성규범이 여전히 존재하는 사회 분위기에서 성별 권력관계가 간통이라는 행위와 처벌에서 어떻게 작동하는지 충분히 고려하지 않은 채 간통죄 폐지 여부가 검토되어 왔음이 논점으로 제시되었다.
- 앞서 본 두 관점에서는 개인 대 개인, 남성과 여성이라는 이분화 된 구도 속에서 ‘가해와 피해’ 중심으로 논의가 전개되고, 피해자 보호의 관점에서 대책과 제도보완이 모색된 측면이 있다.
- 가족의 관점에서 보면 간통죄 폐지는 부부관계의 변화, 가족구조의 변동을 보여주는 하나의 사회현상으로 이해될 수 있다. 부부관계가 개인 간의 관계인 동시에 가족관계이기도 하다는 점에서, 형법으로 다스렸던 간통이 혼인관계 해소 사유의 하나로 변화하는 과정은 가족변동의 맥락에서 설명될 수 있다. 이는 한국의 가족이 어떻게 변동하고 있으며 그것을 추동하는 요인은 무엇인지, 현대 가족의 시작 축인 부부관계의 성격과 변화의 방향성은 어떠한지 대한 논의와 연관된다.
 - 이러한 접근은 그동안 간통죄 폐지 논쟁에서 크게 부각되지 못했던 현대 가족과 부부관계의 의미를 짚어보고, 가족변동의 방향성에 대응하기 위해 가족정책이 어떠한 역할과 지원을 해야 하는지로 논의를 확장시켜 준다. 또한 간통죄 폐지가 초래할 변화가 크지 않을 것이라는 전문가들의 진단에도 불구하고, ‘성규범이 문란해질 것이다’, ‘가족해체가 늘어날 것이다’

라는 우려가 불거지고 있는 만큼, 정책적 개입이 요구되는 가족이슈를 제기함으로써 사회적 여론을 환기시키고자 하였다.

- 이에 본 연구에서는 가족관점에서 간통죄 폐지의 의미를 설명하고, 가족정책적 함의를 도출함으로써 향후 대응과제들을 도출해 보고자 하였다.

나. 연구의 내용과 방법

- 연구내용
 - 간통죄를 둘러싼 쟁점들과 폐지의 논거가 갖는 의미를 살펴보면서, 가족관점에서 부족했던 논의 지점을 찾아보았다.
 - 한국가족과 부부관계의 변동 양상과 현대 가족의 성격 규명을 통해 간통죄 폐지의 의미를 설명하고, 가족정책에의 함의를 도출하였다.
 - 간통죄 폐지 이후 도출된 정책 이슈에 대응하기 위해 필요한 가족정책 과제와 법·제도적 개선 사항을 제안하였다.
- 연구 방법
 - 간통죄 및 가족변화와 관련한 자료 및 문헌 분석을 실시하였다.
 - 법률 및 가족상담 전문가, 여성·가족 관련 연구자 등 전문가 간담회(3회)와 30-40대 남성그룹, 20-30대 여성그룹 등 일반인 그룹 간담회(2회)로 나누어 총5회 간담회를 운영하였다.
 - 연구의 방향 등 연구과정 전반과 도출된 정책적 이슈와 과제에 대한 논의 등에 대한 전문가 자문회의를 개최하였다.

2. 간통죄 폐지를 둘러싼 쟁점과 가족 관점에서 본 간통죄 폐지 논의의 한계

가. 간통죄의 주요 쟁점

- 국가 개입의 정당성: 공공복리를 위한 규제 vs 성적자기결정권의 보호 영역
 - 간통죄를 둘러싼 헌법적, 사회적 논쟁은 일차적으로 혼외 성관계에 대한 국가 개입의 정당성 여부를 둘러싸고 전개되었다.
 - 1990년, 1993년, 2001년, 2008년 등 4차례의 결정에서는 모두 혼외 성관계를

헌법이 보장하는 기본권의 일부인 성적자기결정권의 영역이라고 보면서도 사회질서와 공공복리를 위해 제한될 수 있다고 보았다.

- 헌법재판소의 결정에 대한 소수의 반대의견 역시 질서유지와 공공복리를 목적으로 하는 성적자기결정권에 대한 법적 제한 자체를 위헌이라고 보지는 않았다. 다만, 선택의 여지없는 징역형 일원주의와 반사회성 정도의 차이를 고려하지 않은 일률적 형벌권의 행사라는 점에서 위헌이라고 보았다.
- 이렇게 볼 때 4차까지의 결정에서 간통죄 규정이 제한하는 국민의 기본권이 ‘성적자기결정권’이라는데 대해서는 위헌의견과 합헌의견을 망라하고 이견이 거의 없었음을 알 수 있다. 다만 공익을 위해 어떠한 방식으로 법적 제재를 가하는 것을 국가의 정당한 개입이라고 볼 수 있는지에 대한 견해의 차이가 있었을 뿐이다.

□ 수단의 적절성: 법률적 제한 vs 개인적 도덕률

- 두 번째 쟁점은 혼외 성관계가 공공의 복리를 제한한다고 해서 행위를 금지하기 위해 형벌로써 제재를 가하는 것이 적절한가의 문제에 있었다. 4차례의 다수결정은 일관되게 간통행위 규제의 수단으로써 도덕률이 아닌 형벌의 제재를 동원한 것은 적절하며, 형사적 제재를 할 것인지의 여부는 입법권자의 입법형성의 자유에 속하는 영역으로 보았다.
- 간통죄에 대한 형사처벌이 국민의 법의식에 더 이상 부합하지 않는다는 소수의 의견은 2008년에야 제기되었다. 2008년 간통죄를 위헌으로 판단한 재판관들의 의견에서는 국민 일반의 법의식이 변화되었으므로 간통행위에 대한 형사처벌이라는 수단의 적절성이 의문시된다고 보았다. 그들은 국민의 법감정 변화에 대한 인식 하에서 성도덕은 도덕률에 따라 “자율적으로 질서를 잡아야 할 내밀한 성생활의 영역”이 되었으며, 국가가 형사처벌을 통해 간섭하는 것은 사생활과 비밀의 자유를 침해하는 것이라 주장했다.

□ 형사처벌의 실효성

- 간통죄가 보호법익에 긍정적인 기여를 하고 있는지에 대한 의문은 1990년 결정 때부터 소수의 반대의견에서 지속적으로 제기되어 왔다. 주요한 논거는 간통죄가 혼인상태의 해소를 전제로 하므로 이미 가정은 파탄에 이르게 되며, 형사처벌 과정에서 부부갈등의 심화로 인한 자녀들의 상처로 가정생활이 원만하게 회복되기는 어렵다는 것이다. 또한 형사처벌이 간통행위에 대한 심리적 사전억제수단으로서 실효성을 갖는지에 대한 의문도 제기됐다.

나. 2015년 5차 위헌 결정 논거와 의미

- 간통죄를 둘러싸고 헌법재판소에서 논의되었던 그동안의 주요 쟁점과 관련하여 볼 때 2015년 헌법재판소 위헌결정의 주된 논거는 다음의 두 가지로 압축된다.
 - 첫째, ‘혼외 성관계에 대한 형벌적 제재라는 수단이 더 이상 적절하지 않다’는 것이다. 즉, 부부간의 성적 성실 의무를 위반한 행위는 비도덕적이라 할지라도 국가가 간섭할 사안이 아니라 개인의 도덕적 판단에 맡겨야 할 문제가 되었다는 것이다.
 - 둘째, 제재의 실효성도 의문시 되었다. 간통죄에 대한 고소와 처벌은 이혼을 전제로 하는 것이므로 혼인생활 유지에 전혀 도움을 주지 못하며, 처벌의 두려움으로 간통행위를 하지 못하게 하는 심리적 사전억제수단으로서도 실효성이 의문시된다는 것이다.
- 2015년 헌법재판소의 간통죄 폐지를 기점으로 그간의 법적 논쟁은 이제 막을 내리게 되었으나 새로운 논쟁과 논의가 시작될 필요성이 제기되고 있다.
 - 새로운 논쟁과 논의란 세간에서 우려하듯이 간통죄의 폐지가 초래할 불륜과 문란한 성도덕, 가족해체, 부부결속력의 약화 등 부작용에 어떻게 대응할 것인가에 있지 않다. 헌법재판소의 결정은 많은 이들이 오해하듯이 혼외 성관계를 합법화한 것이 아니라 성-사랑-결혼-가족의 근대적 결합을 국가 개입하여 강제할 수 없게 된 사회적 상황을 반영한 것이기 때문이다.
 - 성-사랑-결혼-가족의 현실과 규범이 변화하고 있으므로 혼외 성관계를 둘러싼 도덕적 판단의 준거, 혼외 성관계가 가족 구성원 및 가족관계에 대해 제기하는 문제는 더욱 다양하고 복잡해 질 것으로 보인다.

다. 가족 관점에서 본 간통죄 폐지 논의의 한계

- 자유주의적 성적자기결정권 개념의 문제
 - 그동안 성적자기결정권을 중심으로 한 논의가 국가와 개인, 양현아의 표현을 빌자면 “국가 앞에 고립된 개인”의 2자 관계(양현아, 2015: 40)에 주목하면서 개인과 개인의 관계, 개인의 ‘자기결정’이 그와 관계된 타인, 직접적으로는 배우자와 가족에 미치는 영향, 그리고 혼외 성관계의 문제에 관련된 여성과 남성이 놓인 사회적 지위의 불평등, 불균등한 규범적 자원의 문제는 주변화 되었으며 논의의 사각지대에 놓여 있었다고 볼 수 있다.

- 사각지대에 놓인 자녀의 복리
 - 간통죄에 대한 그간의 논의가 국가와 개인의 성적자기결정권 문제에 집중되면서 혼외 관계로 인한 부부갈등에 노출된 자녀의 복리에 대한 관심이 사각지대에 놓여 있었다.
 - 부모의 외도와 이로 인한 부부갈등은 성인인 당사자들 뿐 아니라 자녀들에게도 심리적, 정신적 충격을 주며, 자녀의 인지적, 정서적, 행동적 측면에 부정적 영향을 미친다. 다른 한편 혼외 관계가 혼인의 해소로 귀결될 경우 자녀들의 복리는 위태로운 상황에 놓이게 된다.
- 혼외 관계에서 젠더차원의 간과
 - 그동안 헌법재판소에서 다루어 온 남녀평등차별주의라는 형식적 평등 개념은 혼외 성관계와 이로 인한 부부갈등, 가족해체 과정의 젠더화된 측면을 간과하도록 했다.
 - 혼외 성관계라는 현상과 이 문제가 처리되는 방식에는 젠더관계의 규범이 철저히 작동하고 있는 것이 현실이다. 부부관계에서 정절의 의무는 법적 제재 이전에 원규와도 같이 여성에게 더 많이 요구되고 있을 뿐 아니라 여성은 혼인관계를 해소할 수 있는 사회경제적 자원을 덜 갖고 있기 때문이다. 혼외 성관계 경험자 중 남성은 85.7%, 여성은 14.3%(박선영 외, 2014: 46-47의 정보를 활용하여 산출)로 남성의 비율이 월등히 높는데 비해 간통죄에 대한 처분결과(2012)는 남성 51.7%, 여성 48.3%(박선영 외, 2014: 78)로 거의 유사한 수준으로 나타난 것은 이를 단적으로 보여준다.

3. 간통죄 폐지 시점에서 본 현대 가족의 성격 규명과 정책적 함의

가. 한국 가족의 구조 변동

- 근대 가족의 특성: 도구적 핵가족화
 - 한국의 근대가족은 서구의 근대화 담론이 유입되면서 핵가족형태로 변화하였으나 내용적으로는 가족원의 생존을 위한 도구적 단위로서의 특성을 보였다.
 - 이는 근대화 과정에서 시민으로서의 개별성을 확보한 서구사회에서 낭만적 사랑과 개인의 행복에 바탕을 둔 근대가족이 출현한 것과는 궤를 달리하는

(진미정, 2015:85) 것으로, 국가 주도적 경제개발 전략과 밀접한 연관성을 갖는다.

□ 구조조정에 들어간 가족

- '90년대 이후 사회 전반과 생활의 영역에서 실질적 민주주의가 확산되면서 가족의 구성 및 역할과 관련한 선택도 변화하는 조짐을 보이기 시작했고, '97년 IMF 경제위기를 기점으로 가족은 노동시장의 유연화, 경제위기라는 거시환경의 변화와 상호작용하며 급격한 구조변화를 겪게 됐다.
- 대량실업과 고용의 불안정은 경제공동체로서 기능하던 가족의 기반을 흔들었다. 남성생계부양자 중심의 가족모델에 의존해 개인의 삶을 지속하기 어려워졌고, 그만큼 여성들의 경제활동 참여도 증가하는 추세를 보였다. 그 과정에서 가족에 대한 개인들의 태도와 선택행위 변화가 드러나기 시작했다.
- '90년대 후반 이후 혼인과 이혼행태는 결혼하지 않는 개인과 결혼을 종료하는 개인들의 동시적 증가, 진입 시기가 점차 늦어지는 만혼화 등 결혼의 규범이 약화되는 경향성으로 특징지어진다.

나. 현대 부부의 모습과 관계 변화 양상

□ 규범에 갇혀 있던 부부관계

- '70년대를 지나면서 한국에도 서구의 낭만적 사랑과 부부 중심의 결혼이라는 이상이 '외견상'으로나마 일반적인 규범으로 자리 잡았다(김혜경, 2014:108). 그러나 실질적으로 부부는 성역할규범 하에 자녀를 함께 기르고, 가족공동체의 유지라는 목표를 공유하는 사이로 규정되었다. 따라서 부부 사이의 애정은 부부의 정서적·성적 친밀감으로 개념화되기보다 부모역할을 희생적으로 수행하는 모습으로 이상화되거나 가족공동체에 대한 소속감과 안정감 같은 의미로 인식되었다.
- 결국 애정에 기반을 둔 결혼이라는 형식적 변화가 있었을 뿐 실질적으로 친밀한 부부 관계가 형성되지 못한 채 역할 중심의 도구적 관계가 지속되었다. 개인보다 가족이 우선되던 가족가치와 성역할분업 구조의 결합은 이러한 도구적 관계의 지속성을 가능하게 했고, 외형적으로 가족이 안정적인 형태를 띠는 듯 보이게 했다.

□ 표면화되는 불안정성

- 최근 이혼의 내용면에서 주목할 만한 변화가 나타나고 있다. '80~90년대의 이혼은 결혼 연수가 5년 미만인 젊은 세대에 비교적 집중되었다. 그러나 2000년대 들어서면 그 비중은 점차 줄어드는 반면 20년 이상 같이 산 부부들의 이혼비율은 증가해 2014년 현재 29.7%로 가장 높은 비중을 보이고 있다(통계청, 2013; 2015).
- 이혼하는 이유에서도 부부관계의 변화 양상이 포착된다. 통계청의 이혼 사유를 보면, 2000년 이후 시어머니와의 갈등 등 '가족 간 불화'를 사유로 한 이혼은 상당히 감소하는 추세이다. 반면 부부 간 성격 차이는 사유 중 가장 높은 비중을 차지하며, 배우자 부정과 정신적·육체적 학대도 꾸준히 나타나고 있다. 이는 다른 가족원이 이혼에 미치는 영향력이 감소하며, 점차 부부만의 관계에서 이혼이 발생하고 있음을 의미한다(고선주, 2015:238). 또한 배우자에 대한 기대 불일치, 애정결핍이나 의사소통의 부재, 폭력 등 부부관계 훼손이 이혼의 가장 핵심적인 사유로 등장하고 있음을 의미한다(이여봉, 2014:202).
- 최근의 이혼경향은 정서적 만족, 애정과 같은 관계성이 결혼유지를 결정하는 주요한 사유로 등장했음을 보여준다. 배우자와의 관계에 갈등이 있거나 충분히 만족하지 못할 때 결혼관계를 해소할 가능성이 커지고 있는 것이다. 결국 변화하기 쉬운 관계의 속성을 고려할 때, 부부의 관계성이 결혼 유지에 핵심적 요소로 등장하는 것은 현대 가족의 불안정이 점차 표면화되고 있음을 의미한다.

다. 현대가족의 성격 규명과 간통죄 폐지의 의미

□ 현대가족의 성격과 간통죄 폐지의 의미

- 현대 가족과 부부관계에서는 제도와 규범이 틀 지워준 모습에서 벗어나 개인의 삶의 조건과 가치, 주관적 만족 등의 기준에 따라 가족을 구성하고, 가족생활방식을 형성할 여지가 늘어나고 있다. 이는 한국의 현대 가족이 규범적 구속력을 가진 공동체에서 개인들이 선택하고, 상호 조정을 통해 만들어 가야 하는 친밀한 관계의 장으로 변화하고 있음을 의미하며, 그만큼 관계의 불안정이 가속화될 여지를 보여주는 것이다.

- 이러한 변동의 흐름은 미래에도 계속될 것으로 예측되고 있다. 장혜경 외 (2013)는 2030년 미래가족을 ‘느슨하지만 친밀한 가족’으로 예측했다. 이는 기존의 법과 제도에서 규정된 가족의 관계와 역할은 점차 느슨해지고 약화되는 반면, 선호와 친밀성에 기반해 관계를 맺는 유동적인 가족을 말한다(장혜경 외, 2013:8).
- 간통죄의 폐지는 이러한 현대 가족의 변동 맥락과 궤를 같이 하는 현상으로 볼 수 있다. 그동안 간통죄는 혼인제도의 유지 등 사회적 해악의 사전예방을 주요 목적으로 하며 유지되어 왔다. 즉 가족이 생활공동체로서 사회적으로 기능하던 시기에 국가는 가족제도를 보호하고 안정화시키기 위해 부부의 성적 배타성 위반 행위를 법으로 규제해 왔다. 그러나 간통죄가 폐지된 시점에서 보면, 가족은 생활공동체로서의 안정성과 관계를 정의하던 규범이 약화되는 급격한 변동을 겪으면서 개인들의 관계성에 기반을 둔 현대 가족의 모습으로 변모되어 왔다. 결국 이러한 가족의 성격 하에서 ‘간통’은 부부관계 해소사유의 하나이거나 부부 사이의 조정과 협상을 통해 해결할 사안으로 변화되었다.
- 부부관계 맥락에서 본 혼외관계: 발생경로와 대처방식에서 드러나는 가족 이슈
 - 부부관계의 맥락에서 혼외관계를 조명하고, 그 과정에서 제기되는 가족의 이슈들이 무엇인지 파악해보았다.
 - 먼저, 현대에도 남성에게 허용적인 성문화와 이중적 성규범 하에서 성매매를 하거나 일시적 혹은 지속적인 성관계 파트너를 두는 기혼남성들은 여전히 존재한다. 그러나 이 같은 혼외관계 양상은 여성들의 사회경제적 지위 향상과 성별 규범 격차 감소가 진행됨에 따라 향후에는 점차 허용되기 어려워질 것으로 전망된다.
 - 한편 최근 혼외관계와 관련한 이혼상담사례와 판례들은 부부 사이에 쌓인 부정적인 감정과 갈등적 상황들이 복합적으로 얽힌 상태가 지속되고, 관계가 회복되기 힘든 과정에서 혼외관계가 나타나는 양상을 보여준다. 이는 부부관계의 신뢰가 깨졌거나 깨져가는 상황에서 혼외관계가 발생하는 것으로, 이미 파탄 난 부부관계가 드러나는 계기 혹은 결과로 혼외관계가 발생하고 있음을 의미한다. 이는 주로 여성들의 혼외관계 양상에서 포착된다.
 - 그럼에도 이 경우 ‘간통’이라는 현상만 부각되고, 그 이면의 부부관계가 제대로 고려되지 않은 채로 이혼과정에서 자녀양육과 관련한 의사결정이

이루어지는 경향이 나타난다. 또한 상대배우자의 혼외관계에 대한 배신감, 증오, 억울함과 같은 감정들로 이혼과정이나 이후까지 분쟁이 심각하게 이어지는 양상도 나타난다.

- 특히, 여성의 혼외관계에 대해 남성들의 가부장적인 인식이 작동하는 경향이 존재한다. 이는 이혼전후 과정에 당사자들이 부부관계와 부모자녀 관계를 구별해 판단하는데 제약으로 작용해 혼외관계를 한 배우자의 양육권과 면접교섭권을 상당히 제한하는 결과를 초래한다.

라. 소결: 정책적 함의

- 한국의 현대 가족은 규범적 구속력을 가진 공동체에서 개인들이 선택하고, 상호 조정을 통해 만들어 가야 하는 친밀한 관계의 장으로 변화하고 있고, 그만큼 가족 관계의 불안정이 가속화될 여지가 존재한다.
- 부부관계 맥락에서 혼외관계를 조명하고, 그 과정에서의 이슈를 살펴본 결과 이러한 변화에 적응하는 역량이 부족하고 조정의 어려움을 겪는 가족들이 발견되었다. 특히 여전히 규범화되거나 불평등한 관계에 놓여 있는 부부관계에서 이러한 어려움이 드러났다. 그들은 이혼 전 과정에서 심리적 부담과 정서적 어려움을 원만히 해소하지 못하며, 부부의 갈등적 상황을 부모자녀관계에까지 대입시키는 경향을 보였다.
 - 따라서 당사자 간에 조정과 중재를 어려워하는 대상들을 위해 이혼전후 과정에서 부부관계 갈등을 완충하고, 관계 해소가 원만하게 이루어질 수 있도록 전문가나 기관의 개입과 지원책이 필요할 것으로 보인다.
- 가족 안에서 상호 존중하고 신뢰하는 관계가 제대로 형성되지 못하거나 약화될 때 혼외관계의 발생 등 관계의 변화 가능성이 나타나고 있다. 이는 개인들에게 가족 내에서 새로운 관계성을 채워가기 위한 노력을 요구하는 동시에, 관계의 불확실성에 대한 수용성을 높여가야 할 필요성을 제기한다. 또한 부부사이의 이해 차이를 적절히 중재하고 조정하지 못할 경우 관계의 갈등이 증폭되고 파탄에 이를 수 있는 바, 관계로 인한 위기상황을 최소화시켜 줄 사회적 장치가 필요할 것으로 보인다.
 - 따라서 가족정책은 가족관계, 특히 부부관계의 불확실성에 대해 개인들이 대응하고 관계 변화를 수용해갈 수 있도록 관계 형성과 해소 등 전환의 지점에서 필요한 역량들을 지원해 줄 수 있어야 한다. 또한 부부상담 등

관계갈등과 위기를 완화시켜줄 장치 확대가 필요하다.

4. 향후 대응 방안

- 간통죄 폐지 시점에서 살펴본 현대가족의 성격과 관련 이슈를 기반으로 개인들의 상호조정과 관계 (재)구성을 돕는 가족정책 확대를 향후 대응 방안으로 제안하였다. 주요 정책과제는 부부관계 형성, 부부관계 지속과 위기, 부부관계 해소 등 관계의 국면에 따라 제시하였다.

가. “작은 약속” 프로젝트: 부부재산계약제도와 결혼교육 활성화

- 부부와 가족을 둘러싼 사회가 변화하고, 개인의 가치관도 변화된 오늘날 혼인은 결코 이전만큼 견고하지 않으며, 부부관계는 언제든 깨질 수도 있는 불안함이 내포된 관계로 변해가고 있다. 따라서 전통적인 가족규범과 가치에 대해 성찰하고, 소통하는 관계성을 채우는 역량과 가족관계의 불확실성에 대한 수용성 향상 등 관계적 측면에서 개인들의 역량 형성에 대한 지원이 요구된다. 그 하나로 현재 여성가족부의 ‘가족교육’이나 ‘가족들의 자조모임’ 등을 개인들이 결혼과 가족, 관계에 대한 고민을 공유하고, 어려움을 해소해 가는 장으로 활용할 수 있다.
- 인지도나 활용도가 낮았던 부부재산계약제도를 매개로 부부 사이의 약속을 만드는 새로운 문화 형성도 가능할 것이다.
 - 혼인 당사자들이 혼인의 의미와 결혼생활을 통하여 당면할 여러 문제와 갈등상황에 대하여 미리 고민하고 논의하여 합의에 이르는 과정은 결혼과정에서 뿐 아니라 만일에 발생할 수 있는 혼인 해소라는 사건에 대해서도 정서적, 현실적으로 일종의 대비가 될 수도 있을 것이다. 부부재산계약제도는 당사자 간의 합의를 위한 도구로 역할 할 수 있을 것이다.
 - 이러한 의미에서 평등한 부부관계를 만들고, 재정적 문제들을 포함한 부부갈등을 예방하기 위한 부부재산계약제도의 홍보와 활성화는 정책적으로도 의미가 있다. 건강가정지원센터에서 예비부부들에게 강좌나 프로그램을 통하여 혼전계약서나 혼인 전 부부들의 공동 수칙 등을 작성해 보는 기회를 제공할 수도 있을 것이다.

나. 관계위기 완화를 위한 부부상담 인프라 확대

- 가족 안팎에서 점차 개인화되는 경향이 강화되고 있는 만큼 부부 사이의 신뢰 약화와 관계적 소원함은 가족규범이나 가치의 차이, 불평등한 관계, 생활양식에서의 차이 등 다양한 사유로 인해 언제든 발생할 여지가 있다.
 - 부부관계의 긴장과 갈등은 개인 차이와 이해를 조정하지 못하거나 관계에서의 불만족을 적절히 해소해 내지 못하면서 고조되는 경향성을 보이며, 이로 인해 혼외 관계와 같은 관계의 위기 상황에 놓이게 될 수도 있다. 그럼에도 그동안 부부 사이의 갈등은 개인들이 해결해야 할 문제로 인식되면서 갈등을 완화시켜줄 전문가의 상담 등 사회적 장치가 제대로 마련되지 못한 측면이 있다.
 - 이와 관련해 여성가족부는 가족정책 초기부터 전달체계인 건강가정지원 센터를 통해 가족상담을 실시하고 있으나 상담을 위한 인프라가 충분히 제공되고 있지 못한 실정이다.
 - 그러나 부부관계의 갈등 요소들이 다원화되고, 갈등으로 인한 관계적 위기가 보다 표면화될 여지가 큰 만큼, 부부관계 관련 상담을 위한 물리적 인프라 및 전문 인력의 확대는 필요하다 하겠다. 특히 상담의 효과는 상담을 수행하는 인력의 전문성 등 질적인 요소에 의해 크게 좌우되는 바, 지역사회 유관기관들과 적극 연계해 부부상담 등 가족상담을 전문적으로 수행할 인력 풀 확대에 노력을 기울일 필요가 있다. 또한 부부상담 등 가족상담의 경우 상담제공자의 가족에 대한 인식과 접근이 상담의 효과에 영향을 미칠 수 있으므로, 전통적 규범의 약화와 관계중심의 가족, 개인화되는 경향과 다양성 존중 등 가족변화의 방향성과 의미에 대한 교육 등 상담 인력의 질적 제고를 위한 장치 마련이 요구된다.

다. New Family Process: 이혼과정 상담과 관계 재구조화 지원

- 부부관계의 악화가 지속되고, 사실상 파탄된 상황에서 이혼하는 경우, 특히 그 과정에서 혼외관계가 발생해 이혼하는 경우 사건에 대한 충격뿐 아니라 상대방에 대한 분노, 증오, 배신감, 자존감 하락과 걱정 등 복합적인 감정이 발생한다. 이로 인해 부부 사이 갈등의 수위가 높아지면 이혼 이후의 생활과 관련한 사항에 대한 당사자 간 합의가 어려워지는 경향이 있다.

- 따라서 개인들이 이혼전후 과정에서 부부관계를 원만히 해소하고, 기존의 가족관계를 재구조화할 수 있도록 이혼과정 전반을 지원하는 서비스의 정비와 확대 방안이 무엇보다 요구된다. 구체적으로 이혼과정에서 원만한 부부관계 해소와 새로운 부모역할 계획 수립을 위한 상담 및 부모교육, 이혼 후 비양육 부모의 양육비 지급이행 및 비양육부모와 자녀의 면접과 교류 등의 지원이 포함된다.
- 현재 가정법원과 여성가족부를 중심으로 이혼과정에 대한 상담과 교육 등 당사자들의 조정을 위한 서비스가 시행되고 있으나 아직 초기 단계로 전반적으로 전문 인력, 재원이 부족해 충분하게 제공되고 있지 못하다. 그 뿐 아니라 서비스 제공기관들의 유기적 연계도 미흡해 이혼가족들의 접근성이 높지 못하다.
 - 따라서 여성가족부, 가정법원이 각자의 영역에서 해당 사업을 확대하는 한편, 필요한 자원에 대해서는 적극 공조하는 체계를 가질 필요가 있다. 그 일환으로 현행 ‘법원 연계 이혼위기가족 지원사업’을 전국 단위로 확대해 접근성을 높이고, 기관들의 역할 분담과 적극적인 연계 방안을 마련해야 할 것이다.
 - 사업 확대와 연계 체계 강화를 위한 구체적인 정책과제들은 다음과 같다.
 - 가정 법원의 전문 가사조사관 인력 확충을 통한 조기개입 및 외부 전문 기관과의 연계 강화
 - 전국 기초자치단체 단위로 설치 운영되는 여성가족부의 건강가정지원 센터가 법원에 비해 심리적으로 접근성이 높다는 이점을 활용해 이혼 전후 과정 전반에서 상담과 정보제공 등 관련 서비스 지원 기능 확대
 - 이혼 후 새로운 관계로의 전환에 대한 적응과 부모역할 이행 과정 상담과 조정 등 사후 관리 강화
 - 법원과의 공조를 통해 이혼 부모간 접촉을 최소화하면서 비양육부모와 자녀가 면접하고 교류할 수 있도록 부모자녀관계를 연계하는 서비스 개발

목 차

I. 서론	1
1. 연구필요성 및 목적	3
2. 연구내용 및 방법	5
가. 연구내용	5
나. 연구방법	6
II. 간통죄 폐지를 둘러싼 쟁점과 가족 관점에서 본 간통죄 폐지 논의의 한계	7
1. 간통죄의 기원과 헌법재판소 결정의 변화	9
2. 간통죄의 주요 쟁점	10
가. 국가 개입의 정당성: 공공복리를 위한 규제 vs 성적자기결정권의 보호 영역	10
나. 수단의 적절성: 법률적 제한 vs 개인적 도덕률	12
다. 형사처벌의 실효성	13
3. 2015년 5차 위헌 결정 논거와 의미	14
4. 가족 관점에서 본 간통죄 폐지 논의의 한계	17
가. 자유주의적 성적자기결정권 개념의 문제	17
나. 사각지대에 놓인 자녀의 복리	19
다. 혼외 관계에서 젠더차원의 간과	20
III. 간통죄 폐지 시점에서 본 현대 가족의 성격 규명과 정책적 함의	23
1. 한국 가족의 구조 변동	25
가. 근대 가족의 특성: 도구적 핵가족화	25

나. 구조조정에 들어간 가족	26
2. 현대 부부의 모습과 관계 변화 양상	30
가. 규범에 갇혀 있던 부부관계	30
나. 표면화되는 불안정성	32
3. 현대가족의 성격 규명과 간통죄 폐지의 의미	36
가. 현대가족의 성격과 간통죄 폐지의 의미	36
나. 부부관계 맥락에서 본 혼외관계: 발생경로와 대처방식에서 드러나는 가족 이슈	38
4. 소결: 정책적 함의	40
IV. 향후 대응 방안	43
1. “작은 약속” 프로젝트: 부부재산계약제도와 결혼교육 활성화	45
2. 관계위기 완화를 위한 부부상담 인프라 확대	49
3. New Family Process: 이혼과정 상담과 관계 재구조화 지원	51
■ 참고문헌	57
■ Abstract	61



표 목 차

<표 I-1> 간통죄 접수 건수 및 처리 결과	3
<표 III-1> 결혼, 이혼에 대한 태도	29
<표 III-2> 결혼지속기간별 이혼구성비	32
<표 III-3> 이혼사유별 구성비 추이(2000-2014)	35

그림 목 차

[그림 III-1] 혼인건수 및 조혼인율의 변화	27
[그림 III-2] 이혼건수 및 조이혼율의 변화	27
[그림 III-3] 성별 평균 초혼연령의 변화	28
[그림 III-4] 가구의 세대수별 분포 변화	30
[그림 III-5] 혼인기간 20년 이상 이혼구성비	34
[그림 III-6] 배우자의 간통에 대한 성별 허용도	38
[그림 IV-1] ‘New Family Process’ 지원 서비스 개요	52

I

서론

- | | |
|---------------|---|
| 1. 연구필요성 및 목적 | 3 |
| 2. 연구내용 및 방법 | 5 |



1. 연구필요성 및 목적

2015년 2월 26일 헌법재판소는 형법상 간통죄 규정(형법 제241조)에 대한 위헌 결정(헌법재판소 2015.2.26. 2009헌바17·205 등(병합) 결정)을 내렸다. 위헌 심사가 처음 시작된 1990년 이후 간통죄 폐지와 관련된 주요 논쟁은 법리적 정당성과 실효성 측면에서 이루어졌다.

법리적 관점에서 간통죄와 관련된 논쟁은 주로 존폐 여부에 집중되었다. 주된 논쟁점은 ‘간통’이라는 개인들 사이의 행위를 국가가 처벌하는 것이 옳은 것인가, 어떠한 규제책이 적절한 것인가 등과 관련한 법리적 타당성에 대한 것이다.

또한 최초 법이 목적했던 “일부일처주의 혼인제도 유지, 상대적으로 취약한 여성의 보호” 등이 법 집행과정에서 얼마나 실효성을 갖는가에 대한 문제 제기가 등장했다. 1990년대 중반 이후 간통죄 접수 건수가 지속적으로 감소하는 추세¹⁾(대검찰청, 2014)를 보이면서 법의 실효성 문제가 더욱 대두되었다.

법리적 논쟁에서는 개인과 국가의 관계성에 대한 부분에 논의가 집중되면서 ‘간통’이라는 행위가 발생하는 사회적 맥락들이 제대로 고려되지 못한

1) 대검찰청 자료에 따르면(2014) 1994년 이후 간통죄 접수 건수를 살펴보면, 1995년 15,852건에서 2013년 3,984건으로 지속적인 감소 추세를 보이고 있다.

〈표 I-1〉 간통죄 접수 건수 및 처리 결과

(단위: 건, %)

연도	접수	기소	불기소	타관송치 등	기소율
1995	15,852	3,658	11,756	161	23.1
1997	13,366	1,810	11,140	107	13.5
1999	13,734	1,963	11,342	178	14.3
2001	12,497	1,871	10,285	118	15.0
2003	11,038	1,582	9,074	164	14.3
2005	8,720	1,199	7,150	163	13.8
2007	7,301	1,201	5,754	143	16.4
2009	5,424	1,049	4,087	133	19.3
2011	3,994	767	2,868	167	19.2
2013	3,984	829	2,717	201	20.8

자료: 대검찰청(2014), 「2013 검찰연감」.

4 ●●● 가족정책관점에서 본 간통죄 폐지의 의미와 향후 정책방안 연구

측면이 존재한다.

이에 간통을 젠더적 현상으로 이해하며 논쟁점을 제기하는 흐름도 나타났다. 이러한 시각은 새로운 논점을 던져주었고, 여전히 성별 불평등 구도가 존재하는 사회에서 유의미한 논의들을 전개해왔다.

특히 최근에는 간통죄 폐지를 두고, ‘성적 자기결정권’이 폐지의 주요 논점으로 거론되면서 이를 둘러싼 논쟁이 등장하였다. 관련 연구들은 남성과 여성에 대한 이중 성규범이 여전히 존재하는 사회 분위기에서 성별 권력관계가 간통이라는 행위와 처벌에서 어떻게 작동하는지 충분히 고려하지 않은 채 간통죄 폐지 여부가 검토되어 왔음을 지적하였다(박선영 외, 2014; 양현아, 2015; 정춘숙, 2011).

정춘숙(2011:115)은 가부장적인 결혼제도와 이중적 성윤리가 적용되는 사회에서 ‘외도’가 성별로 다르게 나타나는 현상에 주목하였다. 외도하는 남성들의 상당수가 반복적이고 상습적인 경향을 보일뿐 아니라 죄책감을 느끼지 않는다는 점을 지적하며, 남성 외도의 가부장적 특징을 설명했다. 양현아(2015:41-43)도 간통죄 폐지 이후에 대한 논의에서 헌법재판소의 위헌판결의 주요 사유로 등장한 ‘성적 자기결정권’이 젠더 중립적으로 간주된 것에 대한 우려를 제기하였다. 그는 한국사회는 남성과 여성에 대한 성의 이중기준이 사라지지 않는 상태라 진단하며, 간통은 매우 젠더적인 현상으로 해석될 필요가 있음을 지적했다.

가부장적 사회구조에서 소위 ‘간통’이라 불리는 혼외관계는 ‘축첩’, ‘성매매’ 등의 방식으로 대부분 남성들이 하는 행위였다. 그동안 한국 사회는 이를 단순한 성적욕구의 해소, 남성의 권력 과시 등 남성들의 성문화로 규정하며 허용적인 태도를 보여 왔다. 현재에도 성매매, 접대문화, 유흥업소 등을 통한 남성의 혼외관계는 존재하며, 사회적으로 허용되는 분위기도 크게 변화하지 않았다. 그런 측면에서 혼외관계는 젠더관점에서 조망될 필요가 있는 현상이다.

앞서 본 두 관점에서는 개인 대 개인, 남성과 여성이라는 이분화 된 구도 속에서 논쟁점을 제기함으로써 ‘가해와 피해’라는 이분 구도로 논의가 전개되고, 피해자 보호의 관점에서 대책과 제도보완이 모색된 측면이 있다. 간

통죄가 폐지된 시점에서 간통행위자에게 상대배우자와 가족에 대한 책임을 어떻게 물을 것이며, 억울한 당사자들이 민사상 어떠한 조치들을 취할 수 있는지, 현행 제도에서 어떠한 보완대책이 필요한지에 대한 논의는 유효하다. 실제 간통죄 폐지 이후 대부분의 논의는 이에 집중되어 있다.

그러나 가족의 관점에서 보면 간통죄 폐지는 부부관계의 변화, 가족구조의 변동을 보여주는 하나의 사회현상이다. 부부관계가 개인 간의 관계인 동시에 가족관계이기도 하다는 점에서, 불법행위였던 간통이 혼인관계 해소 사유의 하나로 변화하는 과정은 가족변동의 맥락에서 설명될 수 있다. 이는 한국의 가족은 어떻게 변동하고 있으며 그것을 추동하는 요인은 무엇인지, 현대 가족의 시작 축인 부부관계의 성격과 변화의 방향성은 어떠한지 대한 논의와 연관된다.

이러한 접근은 그동안의 간통죄 폐지 논쟁에서 크게 부각되지 못했던 현대 가족과 부부관계의 의미를 짚어보고, 가족변동의 방향성에 대응하기 위해 가족정책이 어떠한 역할과 지원을 해야 하는지로 논의를 확장시켜 준다. 또한 간통죄 폐지가 초래할 변화가 크지 않을 것이라는 전문가들의 진단에도 불구하고, ‘성규범이 문란해질 것이다’, ‘가족해체가 늘어날 것이다’라는 우려가 불거지고 있는 만큼, 정책적 개입이 요구되는 가족이슈를 제기함으로써 사회적 여론을 환기시키고자 하였다.

이에 본 연구에서는 가족관점에서 간통죄 폐지의 의미를 설명하고, 가족정책적 함의를 도출함으로써 향후 대응과제들을 도출해 보고자 하였다.

2. 연구내용 및 방법

가. 연구내용

주요 내용은 다음과 같다.

첫째, 간통죄를 둘러싼 쟁점들과 폐지의 논거가 갖는 의미를 살펴보면서, 가족관점에서 부족했던 논의 지점을 찾아보았다.

둘째, 한국가족과 부부관계의 변동 양상과 현대 가족의 성격 규명을 통해

6 ●●● 가족정책관점에서 본 간통죄 폐지의 의미와 향후 정책방안 연구

간통죄 폐지의 의미를 설명하고, 가족정책에의 함의를 도출하였다. 구체적으로 가족변동과 부부관계의 변화 양상과 그 의미가 무엇이며, 간통죄 폐지라는 사회적 현상이 가족관계 변화와 어떻게 조응하는지를 설명하였다. 또한 관련한 정책 이슈를 도출함으로써 정책적 개입이나 지원을 필요로 하는 지점을 찾아보았다.

셋째, 간통죄 폐지 이후 도출된 정책 이슈에 대응하기 위해 필요한 가족정책 과제와 법·제도적 개선 사항을 제안하였다.

나. 연구방법

연구에 활용한 방법은 다음과 같다.

첫째, 관련 자료 및 문헌 분석을 실시하였다. 간통죄의 쟁점을 살펴보기 위해 선행 연구와 헌법재판소의 위헌 판결 문서, 신문기사 등 관련 자료들을 검토, 분석하였다. 또한 가족의 변화와 그 의미를 해석하기 위해 관련 선행연구와 통계자료들을 살펴보았다.

둘째, 간담회를 운영하였다. 간담회는 전문가 그룹 간담회(3회)와 일반인 그룹 간담회(2회)로 나누어 총5회 진행되었다.

전문가 간담회는 간통죄 폐지의 의미와 가족정책 이슈 도출, 정책 방안을 논의하기 위해 서울가정법원, 한국가정법률상담소, 이혼전문변호사 등 현장 전문가 그룹, 여성·가족 관련 연구자, 이혼상담전문가 등과 총3회에 걸쳐 진행하였다. 그리고 변화하는 부부관계와 혼인의 의미 등을 살펴보기 위해 30-40대 남성그룹, 20-30대 여성그룹을 대상으로 총2회 간담회를 하였다.

셋째, 전문가 자문회의이다. 연구의 방향 등 연구과정 전반과 도출된 정책적 이슈와 과제에 대한 논의 등에 대한 전문가 자문회의를 총2회 개최하였다.

II

간통죄 폐지를 둘러싼 쟁점과 가족 관점에서 본 간통죄 폐지 논의의 한계

1. 간통죄의 기원과 헌법재판소 결정의 변화 9
2. 간통죄의 주요 쟁점 10
3. 2015년 5차 위헌 결정 논거와 의미 14
4. 가족 관점에서 본 간통죄 폐지 논의의 한계 17



1. 간통죄의 기원과 헌법재판소 결정의 변화

간통죄의 근대적 규정은 1905년 공포된 대한제국 형법대전으로 거슬러 올라간다. 당초 여성의 불륜을 처벌하기 위해 도입되어 유부녀와 상간자만을 처벌하는 규정만을 두고 있었을 뿐 남성은 처벌에서 제외되었다(정현미, 2015:2). 간통여성을 처벌함으로써 여성의 성을 통제하고 혈통의 순수성을 유지하기 위한 목적으로 출발한 것이다. 이 규정은 1953년 형법이 제정될 때까지 유지되다가 국회에서 논란 끝에 남녀쌍벌주의와 친고죄로 되었다(정계선, 2011:35; 양현아, 2015:32; 나달숙, 2015:5). 정부는 1985년부터 형법의 개정을 통한 간통죄 폐지를 추진해왔고, 1989년 형법개정소위원회에서 간통죄 폐지가 결정되었으나 1990년 9월 10일 헌법재판소의 간통죄에 대한 합헌결정으로 인해 존치로 입장이 바뀌어 2015년 위헌결정이 내려지기까지 유지되었다(나달숙, 2015:5).

1990년(1990.9.10. 89헌마82) 헌법재판소의 합헌결정 결정 이후에도 1993년(1993.3.11. 90헌가70), 2001년(2001.10.25. 2000헌바60), 2008년(2008.10.30. 2007헌가17·21, 2008헌가7, 2008헌바21·47(병합))²⁾ 등 세 차례의 합헌결정이 있었다. 1990년의 결정에서는 6인의 합헌의견과 3인의 반대의견(재판관 한병채, 이시운, 김양균)이 있었고, 1993년의 결정은 1990년의 선고와 달리 판단해야 할 사정변경이 있다고 인정되지 않아 그 결정을 그대로 유지하고, 이후에 임명된 1인(재판관 황도연)은 다수의견에 대한 보충의견에 가담했다. 2001년의 결정에서는 8명의 합헌의견과 1명의 위헌의견(재판관 권성)으로 합헌의견이 압도적이었다. 2008년 결정에서는 합헌의견 4명, 위헌의견 4명(재판관 김종대, 이동흡, 목영준, 송두환), 헌법불합치의견1명(재판관 김희옥) 등 위헌의견이 더 많았으나 심판정족수 6명을 초과하지 못해 합헌결정이 내려졌다. 2015년 2월 26일(2015.2.26. 2009헌바17·205 등(병합))에는 7인의 위헌의견과 2인의 합헌의견(재판관 이정미, 안창호)으로 마침내 위헌결정이 내려져 오랫동안 논란이 되어 왔던 간통죄가 형법에서 사라지게 되었다.

2) 이하 결정문의 인용에서 참고문헌 표시는 각 결정년도로 표시한다. 위헌결정 이전 4차례의 결정 중 1993년의 결정은 1990년의 결정에서 새로이 추가된 논거가 없으므로 이하의 분석에서는 1990년, 2001년, 2008년의 결정을 중심으로 한다.

2. 간통죄의 주요 쟁점

가. 국가 개입의 정당성: 공공복리를 위한 규제 vs 성적자기결정권의 보호 영역

간통죄를 둘러싼 헌법적, 사회적 논쟁은 일차적으로 혼외 성관계에 대한 국가 개입의 정당성 여부를 둘러싸고 전개되었다. 헌법재판소의 논증은 혼외 성관계에 대한 국가개입이 헌법에서 보장하고 있는 기본권으로써 개인의 성적자기결정권을 제한하는지, 기본권의 제한이 헌법 제37조 제2항³⁾에 근거하여 정당화될 수 있는지에서 출발한다.

1990년, 1993년, 2001년, 2008년 등 4차례의 결정에서는 모두 혼외 성관계를 헌법이 보장하는 기본권의 일부인 성적자기결정권의 영역이라고 보면서도 사회질서와 공공복리를 위해 제한될 수 있다고 보았다. 즉, 간통죄를 규정하고 있는 형법 241조가 “개인의 성적자기결정권을 제한하는 것은 틀림이 없다”고 보면서도 이로 인해 보호되는 공익을 위해 간통행위의 규제는 불가피하다고 판시했다(1990년, p.310; 2001년, p.485; 2008년, p.707)⁴⁾. 간통죄의 규정은 ‘선량한’ 성도덕과 일부일처주의 혼인제도의 유지 및 가족생활의 보장, 부부간의 성적 성실의무의 수호, 간통으로 인해 야기되는 배우자와 가족의 유기, 혼외 자녀문제, 이혼 등 사회적 해악의 사전예방(1990년, p.306; 2001년, p.480; 2008년, p.696)⁵⁾을 위해 필요하다고 본 것이다. 나아가 헌법 제36조 제1항의 규정⁶⁾에 의해 국가에 부과된 개인의 존엄과 양성의

3) 헌법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.”고 규정하고 있다.

4) 1990년 1990.9.10., 89헌마82, 헌법재판소판례집 2, p.310,
2001년 2001.10.25., 2000헌바60, 헌법재판소판례집 13-2, p.485,
2008년 2008.10.30., 2007헌가17·21, 2008헌가7, 2008헌바21·47(병합), 헌법재판소판례집 20-2상, p.707.

5) 1990년 1990.9.10., 89헌마82, 헌법재판소판례집 2, p.306,
2001년 2001.10.25., 2000헌바60, 헌법재판소판례집 13-2, p.480,
2008년 2008.10.30., 2007헌가17·21, 2008헌가7, 2008헌바21·47(병합), 헌법재판소판례집 20-2상, p.696.

6) 헌법 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다”고 규정하고 있다.

II. 간통죄 폐지를 둘러싼 쟁점과 가족 관점에서 본 간통죄 폐지 논의의 한계 ●●● 11

평등을 기초로 한 혼인과 가족생활의 유지·보장 의무 이행에 부합하는 법률로 보다 적극적으로 해석되었다(1990년, p.312; 2001년, p.485-486; 2008년, p.708)⁷⁾.

헌법재판소의 결정에 대한 소수의 반대의견 역시 질서유지와 공공복리를 목적으로 하는 성적자기결정권에 대한 법적 제한 자체를 위헌이라고 보지는 않았다. 다만, 선택의 여지없는 징역형 일원주의와 반사회성 정도의 차이를 고려하지 않은 일률적 형벌권의 행사라는 점에서 위헌이라고 보았다. 1990년 결정에서 한병채, 이시운 재판관은 선택의 여지없는 징벌형은 마땅한 처벌규정이 없는 근친상간, 동성 간 성교 등과 비교해 볼 때 입법체계상 균형이 맞지 않으며 사생활 자유의 영역에 대한 지나친 국가개입이라는 점에서 위헌이라고 보았다(1990년, p.317)⁸⁾. 2001년 결정에서 잠정적용을 명하는 헌법불합치의견을 제시한 김희옥 재판관은 간통죄의 위헌성은 처벌 자체에 있는 것이 아니라, 간통행위의 다양성(부부관계가 법률상·사실상 이루어지는 관계에서의 간통, 사실상 과탄 난 부부관계에서의 간통, 지속적 간통, 1회성 간통 등)을 고려하지 않은 일률적인 형벌권의 행사를 통해 반사회성이 약한 행위까지 처벌함으로써 개인의 성적 자기결정권과 사생활의 비밀, 자유에 관한 지나친 국가의 형벌권 개입에 있다고 보았다(2001년, p.721)⁹⁾.

이렇게 볼 때 4차까지의 결정에서 간통죄 규정이 제한하는 국민의 기본권이 ‘성적자기결정권’이라는데 대해서는 위헌의견과 합헌의견을 망라하고 이견이 거의 없었음을 알 수 있다. 공익을 위해 어떠한 방식으로 법적 제재를 가하는 것을 국가의 정당한 개입이라고 볼 수 있는지에 대한 견해의 차이가 있었을 뿐이다.

7) 1990년 1990.9.10., 89헌마82, 헌법재판소판례집 2, p.312,
2001년 2001.10.25., 2000헌바60, 헌법재판소판례집 13-2, p.485-486,
2008년 2008.10.30., 2007헌가17·21, 2008헌가7, 2008헌바21·47(병합), 헌법재판소판례집 20-2상, p.708.
8) 1990년 1990.9.10., 89헌마82, 헌법재판소판례집 2, p.317.
9) 2001년 2001.10.25., 2000헌바60, 헌법재판소판례집 13-2, p.721.

나. 수단의 적절성: 법률적 제한 vs 개인적 도덕률

두 번째 쟁점은 혼외 성관계가 공공의 복리를 제한한다고 해서 행위를 금지하기 위해 형벌로써 제재를 가하는 것이 적절한가의 문제에 있었다. 4차례의 다수결정은 일관되게 간통행위 규제의 수단으로써 도덕률이 아닌 형벌의 제재를 동원한 것은 적절하며, 형사적 제재를 할 것인지의 여부는 입법권자의 입법형성의 자유에 속하는 영역으로 보았다. 다만, 이러한 판단을 내릴 수 있는 절대적이고 불변의 기준이 있다기보다는 “사회의 시대적 상황·사회구성원들의 의식에 의해 결정”(1990년, p.314; 2001년, p.486; 2008년, p.708)¹⁰⁾ 될 수밖에 없는 것이라고 하면서 추후 간통행위에 대한 사회와 국민의 법의식 변화에 따라 결정이 달라질 가능성을 지속적으로 열어놓고 있었다.

4차례의 다수의 결정은 세계 각국의 간통죄 폐지 추세, 우리 사회의 성규범과 의식의 변화에도 불구하고 간통죄에 대한 형사처벌을 합당한 것으로 보는 국민의 법의식이 여전히 유효하다는 인식에 기반하고 있다. 재래적 전통윤리로서 “혼인한 남녀의 정절관념”이 뿌리 깊게 남아 있고, 일부일처제의 유지와 부부간 성적성실의 의무가 우리 사회의 도덕기준으로 정립되어 있으므로 간통죄에 대한 형사처벌은 국민의 법의식에 부합한다는 것(1990년, p.314; 2001년, p.486; 2008년, p.708)¹¹⁾이 수단의 적절성에 대한 합헌의 주요 논지 중 하나였다.

간통죄에 대한 형사처벌이 국민의 법의식에 더 이상 부합하지 않는다는 소수의 의견은 2008년에야 제기되었다. 2008년 간통죄를 위헌으로 판단한 김종대, 이동흡, 목영준 재판관은 국민 일반의 법의식이 변화되었으므로 간

10) 1990년 1990.9.10., 89헌마82, 헌법재판소판례집 2, p.314,
2001년 2001.10.25., 2000헌바60, 헌법재판소판례집 13-2, p.486,
2008년 2008.10.30., 2007헌가17·21, 2008헌가7, 2008헌바21·47(병합), 헌법재판소판례집 20-2상, p.708.

11) 1990년 1990.9.10., 89헌마82, 헌법재판소판례집 2, p.314,
2001년 2001.10.25., 2000헌바60, 헌법재판소판례집 13-2, p.486,
2008년 2008.10.30., 2007헌가17·21, 2008헌가7, 2008헌바21·47(병합), 헌법재판소판례집 20-2상, p.708.

II. 간통죄 폐지를 둘러싼 쟁점과 가족 관점에서 본 간통죄 폐지 논의의 한계 ●●● 13

통행위에 대한 형사처벌이라는 수단의 적절성이 의문시된다고 보았다. 이들은 “개인주의적·성개방적 사고의 확산에 따라 사랑은 법으로 통제할 사항이 아닌 사적인 문제”라는 인식이 커지고 있다고 진단했다. 이로 인해 간통죄의 존립기반이 와해되었다고까지 보기는 어려워도 “근본적인 동요”가 있음을 부인할 수 없다고 보았다. 국민의 법감정 변화에 대한 이러한 인식 하에서 성도덕은 도덕률에 따라 “자율적으로 질서를 잡아야 할 내밀한 성생활의 영역”이 되었으며, 국가가 형사처벌을 통해 간섭하는 것은 사생활과 비밀의 자유를 침해하는 것이라 주장했다(2008년, p.713-714)¹²⁾.

다. 형사처벌의 실효성

간통죄가 보호법익에 긍정적인 기여를 하고 있는지에 대한 의문은 소수의 반대의견에서 지속적으로 제기되어 왔다. 1990년 결정에서 반대의견을 제시한 김양균 재판관은 간통죄에 대한 고소권의 행사는 혼인의 해소나 이혼소송을 제기한 이후에 가능하고, 고소가 취하된다고 하더라도 회복이 어려운 상황에 놓이게 되므로 간통죄가 가족제도의 보호에 기여한다고 보기 어렵다(1990년, p.324)¹³⁾고 보았다. 간통죄의 핵심이 “유부녀의 간통에 대한 처벌”에 있다고 보면서 2001년 결정에서 반대의견을 제시한 권성 재판관은 남편의 과도한 사적 응징이 가져오는 폐단을 방지하기 위해 공권력이 개입하기 시작했으나, 이를 통해 유부녀의 간통이라는 일탈을 막는 일반예방적 효과는 더 이상 기대하기 어렵게 되었다고 판단했다(2001년, p.489)¹⁴⁾.

형사처벌의 실효성 문제는 2008년 결정의 3인의 위헌의견에서 보다 구체적으로 제시되었다. 김종대, 이동흡, 목영준 재판관은 형사처벌을 통해 보호하고자 하는 법익의 측면에서 실효성을 상실한 것으로 보았다. 1990년 결정에서 김양균 재판관의 논거와 마찬가지로 간통죄가 혼인상태의 해소를 전제로 하므로 이미 가정은 파탄에 이르게 되며, 형사처벌 과정에서 부부갈

12) 2008년 2008.10.30., 2007헌가17·21, 2008헌가7, 2008헌바21·47(병합), 헌법재판소 판례집 20-2상, p.713-714.

13) 1990년 1990.9.10., 89헌마82, 헌법재판소판례집 2, p.324.

14) 2001년 2001.10.25., 2000헌바60, 헌법재판소판례집 13-2, p.489.

14 ●●● 가족정책관점에서 본 간통죄 폐지의 의미와 향후 정책방안 연구

등의 심화로 인한 자녀들의 상처로 가정생활이 원만하게 회복되기는 어렵다는 것이다. 형사처벌의 간통행위에 대한 심리적 사전억제수단으로서의 실효성에도 의문을 제기했다. 법적 처벌을 두려워하여 간통행위를 하지 않는 것은 아니라는 것이다. 나아가 간통행위자 중 극히 일부만 처벌받는 암장범죄가 되어 형벌로서 차단기능이 현저히 약화된 점을 들어, 간통죄를 통해 행위규제규범으로서 일반예방 및 특별예방 효과를 기대하기 힘들다고 보았다(2008년, p.715-718)¹⁵⁾.

이와 함께 2008년 결정에서 김종대, 이동흡, 목영준 재판관은 그동안 여성단체들이 간통죄 폐지의 입장에 서기를 꺼려했던 ‘여성보호’ 관점에서의 존재이유와 실효성 역시 약화되었음을 지적했다. 간통죄가 이혼 시 위자료나 재산분할에서 경제력이 약한 여성들을 보호하는 기능을 해왔던 것이 사실이나, 여성의 경제적 능력이 향상되었고 민법 개정으로 이혼 시 재산분할 등 대체기능을 할 수 있는 제도가 확충되었기 때문이라는 것이다. 동시에 경제적 지위가 열악한 여성은 이혼 후 생활능력이 없으므로 고소를 꺼리고, 간통행위의 빈도수는 남성이 월등히 많음에도 실제 간통죄는 여성에게 상대적으로 더 불리하게 작용하고 있는 현실도 지적했다(2008년, p.712)¹⁶⁾.

3. 2015년 5차 위헌 결정 논거와 의미

간통죄를 둘러싸고 헌법재판소에서 논의되었던 그동안의 주요 쟁점과 관련하여 볼 때 2015년 헌법재판소 위헌결정의 주된 논거는 크게 두 가지로 압축해 볼 수 있다.

첫째, 혼외 성관계에 대한 형벌적 제재라는 수단이 더 이상 적절하지 않다는 것이다. 그동안 혼외 성관계에 대한 형사적 제재를 공익 보호를 위한 적절한 수단으로 보았던 근거는 ‘국민의 범의식’에 있었다. 일부일처제를

15) 2008년 2008.10.30., 2007헌가17·21, 2008헌가7, 2008헌바21·47(병합), 헌법재판소 판례집 20-2상, p.715-718.

16) 2008년 2008.10.30., 2007헌가17·21, 2008헌가7, 2008헌바21·47(병합), 헌법재판소 판례집 20-2상, p.712.

II. 간통죄 폐지를 둘러싼 쟁점과 가족 관점에서 본 간통죄 폐지 논의의 한계 ●●● 15

근간으로 하는 가족제도, 부부간의 성적 성실 의무가 일반적인 국민의 도덕적 기준으로 정립되어 있으므로 이를 위반하는 행위를 법적으로 제재하고 처벌해야 한다는데 대한 합의가 형성되어 있다고 본 것이다. 그러나 “결혼과 성에 대한 국민의 의식 변화와 성적 자기결정권을 보다 중시하는 인식의 확산”(2015년, p.350)¹⁷⁾으로 인해 혼외의 성관계를 국가가 형벌로써 통제할 문제라는데 대한 국민의 인식이 약화되었다고 보고 있다. 부부간의 성적 성실 의무를 위반한 행위는 비도덕적이라 할지라도 국가가 간섭할 사안이 아니라 개인의 도덕적 판단에 맡겨야 할 문제가 되었다는 것이다.

둘째, 제재의 실효성도 의문시 되었다. 간통죄에 대한 고소와 처벌은 이혼을 전제로 하는 것이므로 혼인생활 유지에 전혀 도움을 주지 못하며, 처벌의 두려움으로 간통행위를 하지 못하게 하는 심리적 사전억제수단으로서도 실효성이 의문시된다는 것이다. 또한 형사처벌의 일반예방적 효과에 대한 실증적 자료도 발견할 수 없다고 보았다(2015년, p.354)¹⁸⁾.

간통죄의 여성보호 기능도 더 이상 유효하지 않게 되었다. 이전 결정의 소수의견에서 주장했던 바와 같이 여성의 사회·경제적 활동이 활발해져 여성의 생활능력과 경제력이 향상되었고, 민법상 재산분할청구권 등 이혼 후 생활토대를 마련할 수 있는 제도가 마련되어 간통죄가 수행하던 여성 배우자에 대한 경제적 보호기능은 상당 부분 상실되었다는 것이다(2015년, p.354)¹⁹⁾.

간통죄에 대한 이러한 요지의 위헌결정으로 인해 국가적 개입의 정당성과 수단의 적절성을 둘러싼 논쟁은 이제 막을 내리게 되었으나 새로운 논쟁과 논의를 시작해야 할 시점에 있다.

새로운 논쟁과 논의란 세간에서 우려하듯이 간통죄의 폐지가 초래할 불륜과 문란한 성도덕, 가족해체, 부부결속력의 약화 등 부작용에 어떻게 대응할 것인가에 있지 않다. 헌법재판소의 결정은 많은 이들이 오해하듯이 혼외성관계를 합법화한 것이 아니라 성·사랑·결혼·가족의 근대적 결합을 국가

17) 2015년 2015.2.26., 2009헌바17·205 등(병합), 헌법재판소판례집 27-1상, p.350.

18) 2015년 2015.2.26., 2009헌바17·205 등(병합), 헌법재판소판례집 27-1상, p.354.

19) 2015년 2015.2.26., 2009헌바17·205 등(병합), 헌법재판소판례집 27-1상, p.354.

16 ●●● 가족정책관점에서 본 간통죄 폐지의 의미와 향후 정책방안 연구

개입하여 강제할 수 없게 된 사회적 상황을 반영한 것이기 때문이다.

1990년대 후반 외환위기, 2000년 후반 금융위기를 경험하면서 남성=경제적부양자, 여성=가사담당자·돌봄자에 기반을 둔 일부일처제 가족을 유지시켜주던 경제적 기반이 와해되었다는 것은 주지의 사실이다. 저출산과 젊은 층의 결혼 기피·지연, 1인가구의 증가, 높은 이혼율은 이를 단적으로 보여주는 지표이다. 사랑하는 사람과 결혼하고 성관계를 맺고, 가족을 형성하여 일평생을 살아갈 수 있도록 하는 물질적 기반은 빠르게 침식되었다. 성-사랑-결혼-가족의 통합적 또는 연쇄적 관계는 해체되고 이들의 관계는 약화되고 있다. 사랑하지 않아도 성관계를 맺을 수 있고, 사랑한다고 결혼하는 것은 아니며, 한 번 결혼했다고 영원을 약속하는 관계를 기대하는 이들은 점점 줄어들고 있다. 이처럼 성-사랑-결혼-가족의 현실과 규범이 변화하고 있으므로 혼외 성관계를 둘러싼 도덕적 판단의 준거, 혼외 성관계가 가족 구성원 및 가족관계에 대해 제기하는 문제는 더욱 다양하고 복잡해질 것으로 보인다.

간통죄의 폐지로 국가가 떠난 개인 자유의 영역에는 “모든 이가 향유할 권리로 전면에 등장할 것”으로 예상(양현아, 2015:39)되는 ‘성적자기결정권’이 남아있다. 그러나 양현아가 지적한 바와 같이 봉건과 근대, 탈근대의 역사적 층위가 중첩되어 있는(양현아, 2015:33) 한국적 맥락에서 서구적 근대의 산물인 ‘자유로운 개인’을 전제한 자유주의적 성적자기결정권이라는 개념이 성-사랑-가족-결혼의 관계를 정립해 줄 새로운 도덕적 규범과 가치가 될 수 있는지는 의문이다.

다음 절에서는 간통죄를 둘러싼 논쟁의 핵심에 있었고, 간통죄 폐지 이후 성 도덕의 중심적 개념이 된 자유주의적 성적자기결정권 개념의 문제와 이로 인해 그동안의 논쟁에서 주목받지 못했던 자녀의 복리 및 젠더 차원의 문제를 살펴보면서 간통죄 폐지 논의의 한계를 논의한다.

4. 가족 관점에서 본 간통죄 폐지 논의의 한계

가. 자유주의적 성적자기결정권 개념의 문제

위헌의 소지에 대한 결정의 논거에는 다소 차이가 있었지만, 5차례의 결정에서 간통죄가 성적자기결정권을 제한하는 것이라는 입장은 “면면히”(양현아, 2015:39) 지속되어 왔다. 즉, 간통죄의 규정은 헌법 제10조²⁰⁾에서 규정한 개인의 인격권과 행복추구권의 전제가 되는 자기운명결정권에 해당되는 국민의 기본권을 제한한다는 것이다(1990년, p.310; 2001년, p.485; 2008년, p.705; 2015년, p.352)²¹⁾. 4차례의 합헌결정에서는 국민의 법의식에 비추어 볼 때 공익을 위해 성적자기결정권을 제한하는 것이 불가피하다고 보았으나, 5차의 위헌결정에서는 간통죄를 국가가 형벌로 다스리는 것에 대한 국민의 인식이 변화했으므로 이에 대한 국가개입은 헌법에 보장된 권리를 침해하는 것이라고 보았다는 차이가 있을 뿐이다.

5차례의 결정문에서 성적자기결정권은 “성행위의 여부와 대상을 판단할 수 있는 권리”로 정의되었는데, 이러한 방식의 정의는 2002년 혼인빙자간음죄에 대한 합헌결정의 설명에 기원을 두고 있는 듯하다. 당시 합헌결정의 근거로 제시된 성적자기결정권은 “각인 스스로 선택한 인생관 등을 바탕으로 사회공동체 안에서 각자가 독자적으로 성적 관(觀)을 확립하고 이에 따라 사생활의 영역에서 자기 스스로 내린 성적 결정에 따라 자기책임 하에 상대방을 선택하고 성관계를 가질 권리”로 정의되었다(이호중, 2011:5). 그러나 성적자기결정권에 대한 이러한 방식의 정의는 모든 개인은 자유롭고 평등하게 의사결정을 내릴 수 있는 위치에 있으며 타인으로부터 고립되어 있다는, 현실적으로 존재하지 않는 자유주의적 인간관의 가정에 기반하고 있다.

20) 헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 가진다.”고 규정하고 있다.

21) 1990년 1990.9.10., 89헌마82, 헌법재판소판례집 2, p.310,

2001년 2001.10.25., 2000헌바60, 헌법재판소판례집 13-2, p.485,

2008년 2008.10.30., 2007헌가17·21, 2008헌가7, 2008헌바21·47(병합), 헌법재판소판례집 20-2상, p.705,

2015년 2015.2.26., 2009헌바17·205 등(병합), 헌법재판소판례집 27-1상, p.352.

18 ●●● 가족정책관점에서 본 간통죄 폐지의 의미와 향후 정책방안 연구

2008년 결정에서 송두환 재판관은 합헌의견을 제시하면서도, 간통죄에 의해 제한되는 주된 기본권이 개인의 성적자기결정권이라는 것을 전제로 과잉금지원칙 위배 여부를 심사하는 것이 타당한지에 대해 다음과 같이 의견을 제기한 바 있다(2008년, p.722)²²⁾.

우선 그는 성적자기결정권 개념이 성폭력, 성희롱 등 사회적, 물리적으로 불균등한 권력 관계 속에 놓인 개인이 자신의 의사에 반하는 성관계를 하지 않을 권리라는 의미에서 사용되어야 한다고 보았다(2008년, p.723)²³⁾. 성적자기결정권을 실제 사회에서 존재하기 어려운 ‘자유롭고 평등한 개인들’이 국가로부터 간섭받지 않고 자신의 성적 행위를 결정할 권리라기보다 국가가 보호해야 할 의무가 있는 사회적 약자의 권리로 이해한 것이다. 성적자기결정권은 국가와 개인의 대립 구도 속에서 출발한 자유주의적 개념이 아니라 성별, 성적지향 등 개인이 놓인 다양한 권력관계의 층위 속에서 불평등한 위치에 있는 개인이 성적 행위를 스스로 결정할 수 있는 권리를 의미하는 것이다. 이러한 방식으로 정의된 성적자기결정권의 개념은 권력에 의한 불평등과 부정의가 있는 곳에 국가가 개입할 근거로 활용될 수 있다.

둘째, 그는 성적자기결정권은 타인에게 부정적 영향을 미치고 공존을 부정하는 행위를 보호하는 개념으로 사용될 수 없다고 보았다. 즉, 개인의 자기결정권이란 타인과의 관계를 고려하지 않고 무엇이든 마음대로 하는 것이 아니며, “타인과의 공존을 부정하는 자기결정은 사회적 존재로서 자신의 인격을 발현시키고 자아를 실현하기 위한 자기결정권의 순수한 보호영역을 벗어난 것으로 보았다. 결론적으로 간통행위의 경우 배우자나 다른 가족구성원에 미칠 영향을 고려한 것이 아니기 때문에 ‘성적자기결정권’의 보호영역에 포섭될 수 없다고 보았다(2008년, p.723)²⁴⁾. 혼외 관계와 관련된 ‘성적자

22) 2008년 2008.10.30., 2007헌가17·21, 2008헌가7, 2008헌바21·47(병합), 헌법재판소 판례집 20-2상, p.722. 이는 자유주의적 성적자기결정권 개념에 대한 문제제기로서 간통죄의 폐지 이후의 새로운 성 도덕으로서의 타당성을 논의할 수 있는 것이었으나, 당시로서 이는 간통죄의 합헌결정의 논거로 활용되었을 뿐 진지한 논의의 주제가 되지 못했다.

23) 2008년 2008.10.30., 2007헌가17·21, 2008헌가7, 2008헌바21·47(병합), 헌법재판소 판례집 20-2상, p.723.

24) 2008년 2008.10.30., 2007헌가17·21, 2008헌가7, 2008헌바21·47(병합), 헌법재판소 판례집 20-2상, p.723.

II. 간통죄 폐지를 둘러싼 쟁점과 가족 관점에서 본 간통죄 폐지 논의의 한계 ●●● 19

기결정권'이 내려지는 가족이라는 맥락의 본질은 '관계'에 있다. 한 가족구성원이 내리는 '자기결정'은 배우자를 비롯하여 자녀 등 다른 가족구성원에게 영향을 미치므로 오롯이 고립된 개인으로서 판단할 문제는 아닌 것이다.

자기결정권에 대한 자유주의적 정의의 또 다른 문제는 불평등한 관계에 기초한 이중 성규범이 존재하는 엄연한 현실을 간과함으로써 이로 인해 제기되는 문제의 성격을 모호하게 하고 '성중립화' 시켜 버리는 효과가 있다는 점이다. 성적 개방과 자유화의 흐름에도 불구하고, 우리 사회에서 여성과 남성에게 요구되는 성규범과 허용의 범위는 다르다. 아직까지 남성에게 많은 여성과의 성관계는 사회적 능력의 상징이지만, 여성에게는 한 번의 외도도 쉽게 허용되지 않는 것이 현실이다(이호중, 2011:14; 정춘숙, 2011:111-117). 이러한 상황에서 성적자기결정권이란 사실상 남성에게만 배타적으로 적용되는 권리를 의미하는 것이지만, 마치 여성에게도 이러한 권리가 동등하게 주어진 것과 같은 착각을 불러일으킨다. 법적, 사회적 차별과 피해의 측면에서도 남성과 여성이 다르지 않을 것이라고 가정하거나, 차이에 주목하지 못하도록 한다.

요약하자면, 그동안 성적자기결정권을 중심으로 한 논의가 국가와 개인, 양현아의 표현을 빌자면 “국가 앞에 고립된 개인”의 2자 관계(양현아, 2015:40)에 주목하면서 개인과 개인의 관계, 개인의 '자기결정'이 그와 관계된 타인, 직접적으로는 배우자와 가족에 미치는 영향, 그리고 혼외 성관계의 문제에 관련된 여성과 남성이 놓인 사회적 지위의 불평등, 불균등한 규범적 자원의 문제는 주변화 되었으며 논의의 사각지대에 놓여 있었다고 볼 수 있다.

나. 사각지대에 놓인 자녀의 복리

간통죄에 대한 그간의 논의가 국가와 개인의 성적자기결정권 문제에 집중되면서 혼외 관계로 인한 부부갈등에 노출된 자녀의 복리에 대한 관심이 사각지대에 놓여 있었다.

부모의 외도와 이로 인한 부부갈등은 성인인 당사자들 뿐 아니라 자녀들에게도 심리적, 정신적 충격을 주며, 자녀의 인지적, 정서적, 행동적 측면에 부정적 영향을 미친다. 양미진·송수민(2011)에 따르면 자녀들은 부모의 갈

20 ●●● 가족정책관점에서 본 간통죄 폐지의 의미와 향후 정책방안 연구

등 상황에서 무엇을 할지 모르는 인지적 혼란, 부모에 대한 미움과 분노, 배신감, 가족이 해체될 것에 대한 걱정과 두려움, 현 상황을 극복할 수 있는 능력의 부재로 인한 우울과 무기력, 수치심 등 강한 부정적 정서를 갖게 된다. 이는 학업과 교우관계 등 일상생활에 지장을 초래하기도 한다(양미진·송수민, 2011:117-120). 나아가 자녀가 부모의 외도로 인한 갈등을 지속적으로 경험하게 되면 가출과 같은 회피와 일탈 행동을 보일 우려도 있다.

다른 한편 혼외 관계가 혼인의 해소로 귀결될 경우 자녀들의 복리는 위태로운 상황에 놓이게 된다. 5차 판결에서 간통죄의 폐지가 경제적 약자와 어린 자녀의 복리를 침해하는 결과를 가져올 수 있다는 의견을 제시한 이정미, 안창호 재판관의 우려는 이를 반영한다(2015년, p.363)²⁵⁾. 소수가 된 2인의 합헌의견에서 제시된 이러한 우려에 대해 재판관 이진성은 다수의견에 대한 보충의견을 통해 피해자인 배우자와 자녀를 보호하기 위한 제도적 보완을 주문했다. 손해배상청구 내지 재산분할청구, 자녀의 양육, 면접, 교섭에 관한 재판실무관행을 개선하고, 배우자와 자녀의 복리를 위해 필요한 새로운 제도를 강구할 필요가 있다는 것이다(2015년, p.364)²⁶⁾.

다. 혼외 관계에서 젠더차원의 간과

그동안 헌법재판소에서 다루어 온 남녀평등차별주의라는 형식적 평등 개념은 혼외 성관계와 이로 인한 부부갈등, 가족해체 과정의 젠더화된 측면을 간과하도록 했다.

간통죄에 대한 헌법재판소의 결정 과정에서 다수의견은 성평등을 형식적 수준에서 법 앞의 평등과 동일시하는 것이었다. 1990년 헌법소원에서 청구인은 간통죄가 이혼을 전제로 하기 때문에 간통한 아내를 남편이 고소하기는 쉬워도 경제력이 없는 아내가 남편을 고소하는 것은 어려운 일이므로 남녀차별을 가져오는 제도라고 주장했다. 이에 대한 다수의견은 간통죄가 남녀평등차별주의를 취하고 있으므로 양성평등이 훼손될 여지는 없다는 것이었고, 이러한 논거는 이후의 결정에서도 유지되었다(1990년, p.311; 2001

25) 2015년 2015.2.26., 2009헌바17·205 등(병합), 헌법재판소판례집 27-1상, p.363.

26) 2015년 2015.2.26., 2009헌바17·205 등(병합), 헌법재판소판례집 27-1상, p.364.

II. 간통죄 폐지를 둘러싼 쟁점과 가족 관점에서 본 간통죄 폐지 논의의 한계 ●●● 21

년, p.485; 2008년, p.710)²⁷⁾. 경제력의 측면에서 남편이 우세하므로 아내에게 불리하게 작용하는 측면이 있다는 점을 무시할 수는 없으나, 이는 친고죄로 인한 부득이한 현상으로 특별히 간통죄에만 해당되는 것이 아니고(1990년, p.312)²⁸⁾, 배우자 모두에게 고소권이 인정되므로 평등원칙에 반하지 않는다고 본 것이다(2001년, p.485)²⁹⁾.

혼외 성관계라는 현상과 이 문제가 처리되는 방식에는 젠더관계의 규범이 철저히 작동하고 있는 것이 현실이다. 부부관계에서 정절의 의무는 법적 제재 이전에 원규와도 같이 여성에게 더 많이 요구되고 있을 뿐 아니라 여성은 혼인관계를 해소할 수 있는 사회경제적 자원을 덜 갖고 있기 때문이다. 혼외 성관계 경험자 중 남성은 85.7%, 여성은 14.3%(박선영 외, 2014: 46-47의 정보를 활용하여 산출)로 남성의 비율이 월등히 높는데 비해 간통죄에 대한 처분결과(2012)는 남성 51.7%, 여성 48.3%(박선영 외, 2014:78)로 거의 유사한 수준으로 나타난 것은 이를 단적으로 보여준다. 1990년 결정에서 한병채, 이시윤 재판관은 남녀쌍벌주의에도 불구하고 여성에게 더 가혹하게 적용되는 파행성과 여성의 행동과 자유에 대한 제약을 이유로 완전한 여성해방 명제와는 양립되기 어려우며, 양성평등에 입각한 혼인질서와 거리가 있다고 하여 이중성규범에 의한 성불평등한 처벌 효과의 존재를 지적한 바 있지만(1990년, p.317)³⁰⁾ 이는 소수의견이었다.

혼외 성관계에서 작동하는 젠더 문제는 처벌에서의 불평등 효과에만 국한되지 않는다. 외도 경험에서 남성은 성적 관계를 중요시하지만 여성은 정서적 몰입을 중시하는 경향이 있다(김병수, 2007:12). 남편이 외도를 했다고 하더라도 여성들은 쉽게 이혼을 제기하거나 결정하지 못한 채 혼인관계를 유지하는 경향이 있는데 비해(김병수, 2009:168), 아내의 외도는 남편에 의해 쉽게 이혼으로 이어지거나 극단적인 경우 남편의 폭력으로 표출될 가능

27) 1990년 1990.9.10., 89헌마82, 헌법재판소판례집 2, p.311,
 2001년 2001.10.25., 2000헌바60, 헌법재판소판례집 13-2, p.485,
 2008년 2008.10.30., 2007헌가17·21, 2008헌가7, 2008헌바21·47(병합), 헌법재판소판례집 20-2상, p.710.
 28) 1990년 1990.9.10., 89헌마82, 헌법재판소판례집 2, p.312.
 29) 2001년 2001.10.25., 2000헌바60, 헌법재판소판례집 13-2, p.485.
 30) 1990년 1990.9.10., 89헌마82, 헌법재판소판례집 2, p.317.



22 ●●● 가족정책관점에서 본 간통죄 폐지의 의미와 향후 정책방안 연구

성이 더 높다. 이 밖에도 여성과 남성의 성향과 사회경제적 자원의 차이로 인해 혼인관계를 유지하거나 해소하는 과정에서도 성별에 따라 경험의 차이가 있을 것으로 예상된다. 또한 경제적 자원을 갖추지 못한 상태에서의 이혼은 생활수준의 하락과 빈곤의 위험에 노출될 가능성을 증가시킨다.

III

간통죄 폐지 시점에서 본 현대 가족의 성격 규명과 정책적 함의

- | | |
|-------------------------------|----|
| 1. 한국 가족의 구조 변동 | 25 |
| 2. 현대 부부의 모습과 관계 변화 양상 | 30 |
| 3. 현대가족의 성격 규명과 간통죄 폐지의
의미 | 36 |
| 4. 소결: 정책적 함의 | 40 |



Ⅲ. 간통죄 폐지 시점에서 본 현대 가족의 성격 규명과 정책적 함의 ●●● 25

II장에서 가족관점에서 간통죄 폐지 논의의 한계점을 간략히 살펴보았다. 연속선상에서 본 장에서는 한국가족과 부부관계의 변동 양상과 현대 가족의 성격 규명을 통해 간통죄 폐지의 의미를 짚어 보고, 정책적 함의를 이끌어내었다.

첫째, 한국 가족의 변동을 사회경제적 구조와 연동해 개괄적으로 보면서 국가와 가족, 가족과 개인의 관계 양상을 살펴보았다. 둘째, 미시적 맥락에서 한국 부부관계의 변화와 그 의미를 찾아보았다. 셋째, 현대 가족의 성격을 규명하면서 혼외관계라는 현상이 보여주는 가족의 단면은 무엇이며, 정책적으로 필요한 지점은 무엇인지를 논의하였다.

1. 한국 가족의 구조 변동

가. 근대 가족의 특성: 도구적 핵가족화³¹⁾

한국의 근대가족은 서구의 근대화 담론이 유입되면서 핵가족형태로 변화하였으나 내용적으로는 가족원의 생존을 위한 도구적 단위로서의 특성을 보였다.

이는 근대화 과정에서 시민으로서의 개별성을 확보한 서구사회에서 낭만적 사랑과 개인의 행복에 바탕을 둔 근대가족이 출현한 것과는 궤를 달리 하는(진미정, 2015:85) 것으로, 국가 주도적 경제개발 전략과 밀접한 연관성을 갖는다.

산업화 초기인 60-70년대 한국가족은 형태적으로는 3세대 확대가족으로부터 탈피해 부부중심의 핵가족 형태로 변화했다. 경제 기반이 도시를 중심으로 형성되면서, 농촌에 거주하던 미혼자녀와 젊은 세대들이 가족과 거주지를 분리하게 되는 과정에서 가족구조의 외형적 변화가 점차적으로 나타나게 된 것이다.

그러나 형식적 변화에도 불구하고, 내용적으로는 ‘가(家)’ 중심의 가족개념

31) 해당 부분은 김혜경(2014), 김혜영(2015), 황정미(2014)의 내용을 바탕으로 정리하였다. 직접적인 인용 부분은 별도로 본문에 언급하였다.

26 ●●● 가족정책관점에서 본 간통죄 폐지의 의미와 향후 정책방안 연구

과 직계가족 중심의 부양공동체 등 전통적 가족주의에서 크게 벗어나지 못하였다. 그 이면에는 국가가 경제발전을 위해 전통적 가족주의를 적극 활용한 전략이 존재하였다.

국가 주도적인 경제발전정책은 노인, 아동 등 고용을 통한 소득확보가 어렵거나 불가능한 가족구성원의 부양과 돌봄의 책임을 가족에게 전가하는 방식으로 이루어졌다. 복지정책이 거의 없던 당시 개인은 생계를 위해 가족에 더욱 의존하게 되었다(황정미, 2014:39, 44).

'80년대에 진입하면서 가족은 원 가족과의 관계가 약해지고, 부부중심의 핵가족형태가 뚜렷해졌다. 여전히 가족은 개인들에게 안정적인 생활기반을 확보해줄 핵심적인 장이자 유일한 보호막으로 기능하였다.

경제의 고도성장과 사회민주화로 임금상승과 가족임금제도가 도입되면서 중산층 가족에게 성별분업에 기초한 가족모델은 경제적 풍요와 지위 재생산을 위한 최적화 전략으로 인식되었다. 그 과정에서 가족은 헌신적으로 역할을 수행하고 책임을 다하는 개인들(부모)의 모습으로 형상화되었다.

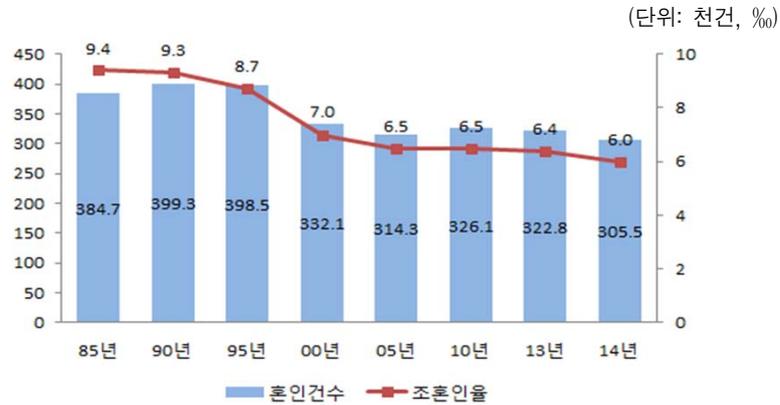
나. 구조조정에 들어간 가족

'90년대 이후 사회 전반과 생활의 영역에서 실질적 민주주의가 확산되면서 가족의 구성 및 역할과 관련한 선택도 변화하는 조짐을 보이기 시작했다. 그러던 중 '97년 IMF 경제위기를 기점으로 가족은 노동시장의 유연화, 경제위기라는 거시환경의 변화와 상호작용하며 급격한 구조변화를 겪게 됐다.

대량실업과 고용의 불안정은 경제공동체로서 기능하던 가족의 기반을 흔들었다. 남성생계부양자 중심의 가족모델에 의존해 개인의 삶을 지속하기 어려워졌고, 그만큼 여성들의 경제활동 참여도 증가하는 추세를 보였다. 그 과정에서 가족에 대한 개인들의 태도와 선택행위 변화가 드러나기 시작했다.

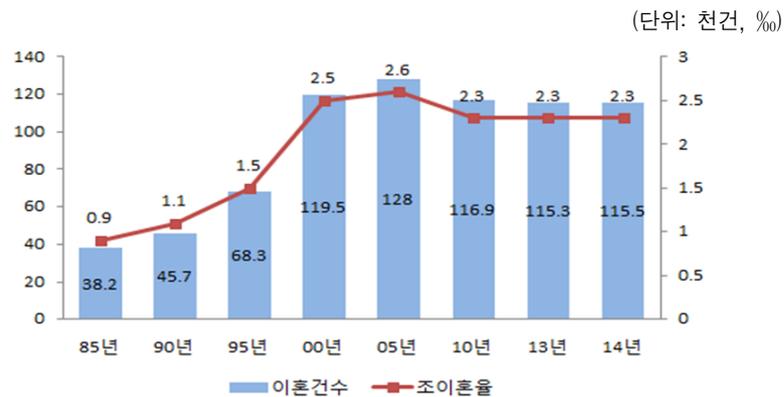
먼저, '90년대 중반 이후 혼인과 이혼은 눈에 띄게 변화했다. '85년 9.4건이던 조혼인율이 '14년 현재 6.0건으로 낮아진 반면, 같은 시기 조이혼율은 0.9건에서 2.3건으로 증가하였다. 조이혼율의 경우 특히 '97년 IMF 이후 가파른 상승세를 보이며, '05년 2.6건까지 상승하였다.

Ⅲ. 간통죄 폐지 시점에서 본 현대 가족의 성격 규명과 정책적 함의 ●●● 27



자료: 통계청(2015). 2014년 혼인·이혼 통계.³²⁾

[그림 Ⅲ-1] 혼인건수 및 조혼인율의 변화



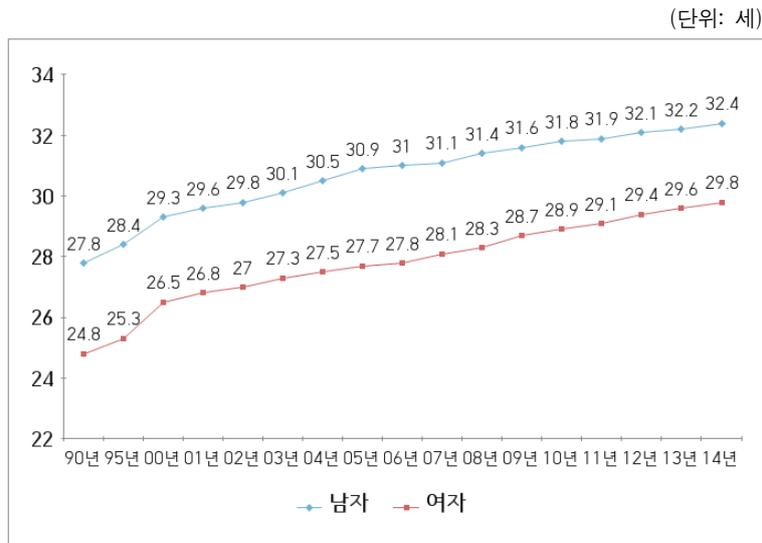
자료: 통계청(2013). 우리나라의 이혼·재혼 현황-지난 30년간 이혼·재혼 자료 분석-.³³⁾
 통계청(2015). 2014년 혼인·이혼 통계.³⁴⁾

[그림 Ⅲ-2] 이혼건수 및 조이혼율의 변화

- 32) 통계청(2015). 2014 혼인·이혼 통계(2015.4.23. 보도자료). [http://kostat.go.kr/portal/korea/kor_nw/2/2/1/index.board?bmode=read&bSeq=&aSeq=335256&pageNo=1&rowNum=10&navCount=10&currPg=&sTarget=title&sTxt=\(검색일: 2015년 6월 25일\)](http://kostat.go.kr/portal/korea/kor_nw/2/2/1/index.board?bmode=read&bSeq=&aSeq=335256&pageNo=1&rowNum=10&navCount=10&currPg=&sTarget=title&sTxt=(검색일: 2015년 6월 25일))
- 33) 통계청(2013). 우리나라의 이혼·재혼 현황-지난 30년간 이혼·재혼 자료 분석(2013. 12.10. 보도자료). http://kostat.go.kr/portal/korea/kor_nw/2/1/index.board?bmode=read&aSeq=310523 (검색일: 2015년 6월 25일)
- 34) 통계청(2015). 2014 혼인·이혼 통계(2015.4.23. 보도자료). [http://kostat.go.kr/portal/korea/kor_nw/2/2/1/index.board?bmode=read&bSeq=&aSeq=335256&pageNo=1&rowNum=10&navCount=10&currPg=&sTarget=title&sTxt=\(검색일: 2015년 6월 25일\)](http://kostat.go.kr/portal/korea/kor_nw/2/2/1/index.board?bmode=read&bSeq=&aSeq=335256&pageNo=1&rowNum=10&navCount=10&currPg=&sTarget=title&sTxt=(검색일: 2015년 6월 25일))

28 ●●● 가족정책관점에서 본 간통죄 폐지의 의미와 향후 정책방안 연구

남녀의 결혼 시기도 점차 늦어지고 있다. '90년 여성 만25세, 남성 만28세 이던 초혼연령은 '14년 여성 만 30세, 남성 32세로 높아져 만혼화 현상은 하나의 뚜렷한 경향성으로 자리 잡게 되었다.



자료: 주재선·박건표(2012). 「2011 한국의 성인지 통계」, p.225, 통계청(2015). 2014년 혼인·이혼 통계.³⁵⁾

[그림 Ⅲ-3] 성별 평균 초혼연령의 변화

결국 '90년대 후반 이후 혼인과 이혼행태는 결혼하지 않는 개인과 결혼을 종료하는 개인들의 동시적 증가, 진입 시기가 점차 늦어지는 만혼화 등 결혼의 규범이 약화되는 경향성으로 특징지어진다.

통계청이 조사한 결혼과 이혼에 대한 태도 변화에서도 이러한 경향성이 확인된다. ‘결혼을 해야 한다’, ‘이혼해서는 안된다’는 응답은 1998년 조사 이후 지속적인 감소세에 있다(김혜영, 2015:16).

보다 특징적인 결과는 미혼여성들의 태도에서 나타난다. 2014년 조사결과

35) 통계청(2015). 2014 혼인·이혼 통계(2015.4.23. 보도자료). http://kostat.go.kr/portal/korea/kor_nw/2/2/1/index.board?bmode=read&bSeq=&aSeq=335256&pageNo=1&rowNum=10&navCount=10&currPg=&sTarget=title&sTxt=(검색일: 2015년 6월 25일)

Ⅲ. 간통죄 폐지 시점에서 본 현대 가족의 성격 규명과 정책적 함의 ●●● 29

미혼여성의 38.7%만이 ‘결혼을 해야 한다’고 답해 전체 응답에 비해 그 비율이 상당히 낮았다(김혜영, 2015:16). 이는 젊은 세대 여성에게서 가족보다는 개인으로서의 삶을 선택하는 변화의 방향이 두드러지게 나타날 가능성을 보여준다(<표 Ⅲ-1> 참조).

〈표 Ⅲ-1〉 결혼, 이혼에 대한 태도

(단위: %)

	결혼			이혼		
	해야 한다 ¹⁾	해도 좋고 하지 않아도 좋다	하지 말아야 한다 ²⁾	해서는 안된다	할 수도 있고 하지 않을 수도 있다	이유가 있으면 하는 것이 좋다
1998	73.5	23.8	1.3	60.3	29.1	8.6
2002	69.1	27.2	1.9	58.4	32.9	6.6
2006	67.7	27.5	2.2	59.9	29.4	6.8
2008	68.0	27.7	2.9	58.6	31.9	7.1
2010	64.7	30.7	3.3	56.6	33.4	7.7
2012	63.0	33.4	1.8	48.7	37.8	11.0
2014	56.8	38.9	2.0	44.4	39.9	12.0
미혼남성	51.8	41.6	1.8	36.0	41.4	13.6
미혼여성	38.7	55.0	2.9	24.4	52.1	18.3

1) ‘반드시 해야 한다’와 ‘하는 것이 좋다’를 합한 항목

2) ‘하지 않는 것이 좋다’와 ‘하지 말아야 한다’는 응답을 합한 것임

* 무응답 비율은 제외한 것이라는 점에서 세 응답의 합이 100%가 되지 않음.

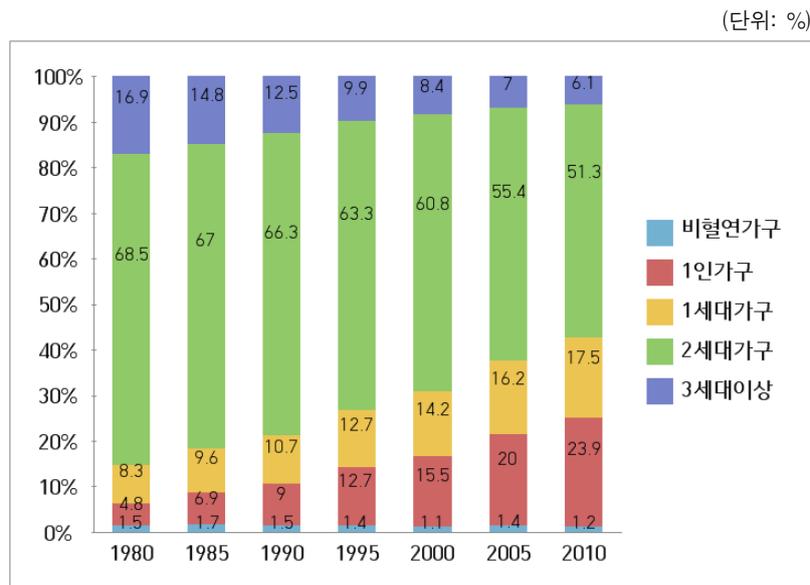
자료: 통계청, 「사회조사」, 각 년도. 김혜영(2015). “가족관타지의 시대에서 가족위험의 시대로”. 「고려대학교 한국사회연구소 콜로키움 200회」, 2015.6.12, p.13에서 재인용.

이러한 결혼에 대한 규범 약화는 여러 가지 요인에 의해 발생하는 것으로 볼 수 있다. 즉, 개인의 생애주기를 학업-취업과 결혼-출산-양육이라는 표준화된 단계대로 구성하는 것이 아니라 선택적으로 구성할 수 있게 됨에 따라 결혼연령이 상승하고 비혼이 증가하고 있다. 또한 여성들의 경제활동이 증가함에 따라 경제적 독립이 가능해지는 반면 자녀양육과 가족돌봄 역할의 가족 내 조정은 지체되면서 여성의 결혼 선택 유인은 점차 줄어들고 있다.

혼인율과 이혼율의 변화 등으로 가구구성도 달라지고 있다. '80년대 이후 부모자녀로 구성된 2세대 가족은 지속적으로 감소하며, 2000년 이후 그 추세

30 ●●● 가족정책관점에서 본 간통죄 폐지의 의미와 향후 정책방안 연구

가 더욱 뚜렷해지고 있다. 반면 1인가구는 눈에 띄게 증가하며, 부부로 구성된 1세대 가족도 꾸준한 증가세를 보이고 있다. 점차 전형적인 핵가족 형태는 줄어드는 추세가 나타나고 있다.



자료: 통계청, 『인구총조사』, 각 년도. 주재선·박건표(2012), 『2011 한국의 성인지 통계』, p.214.

[그림 Ⅲ-4] 가구의 세대수별 분포 변화

2. 현대 부부의 모습과 관계 변화 양상

현대 부부모습은 결혼과 이혼 양상의 변화를 통해 파악할 수 있는데, 본 절에서는 특히 최근 이혼의 경향성을 중심으로, 부부관계가 어떠한 양상으로 변화되고 있으며, 그것이 의미하는 바가 무엇인지를 논의해보았다.

가. 규범에 갇혀 있던 부부관계

'70년대를 지나면서 한국에도 서구의 낭만적 사랑과 부부 중심의 결혼이

Ⅲ. 간통죄 폐지 시점에서 본 현대 가족의 성격 규명과 정책적 함의 ●●● 31

라는 이상이 ‘외견상’으로나마 일반적인 규범으로 자리 잡았다(김혜경, 2014:108). 연애결혼과 부부 사이의 낭만적 사랑이 이상화되었지만 실상 부부간의 애정은 상호 관계성에 기초한 친밀감이기보다 ‘검은 머리가 파뿌리 되도록’ 평생 사랑을 지속해가야 한다는 믿음에 가까웠다.

이는 서구 근대의 연애결혼이 한국의 전통적 가족주의와 만나면서 생겨난 특성으로 볼 수 있다. 당시에는 결혼이 당사자 개인들의 약속이라기보다 부계혈통의 계승을 의미했기 때문이다. 부부는 성역할규범 하에 자녀를 함께 기르고, 가족공동체의 유지라는 목표를 공유하는 사이로 규정되었다. 따라서 부부 사이의 애정은 부부의 정서적·성적 친밀감으로 개념화되기보다 부모역할을 희생적으로 수행하는 모습으로 이상화되거나 가족공동체에 대한 소속감과 안정감 같은 의미로 인식되었다.

결국 애정에 기반을 둔 결혼이라는 형식적 변화가 있었을 뿐 실질적으로 친밀한 부부 관계가 형성되지 못한 채 역할 중심의 도구적 관계가 지속되었다. 개인보다 가족이 우선되던 가족가치와 성역할분업 구조의 결합은 이러한 도구적 관계의 지속성을 가능하게 했고, 외형적으로 가족은 안정적인 형태를 띠는 듯 보였다.

이러한 부부의 모습은 최근에도 존재하는데, 기러기가족이 그 대표적인 형태라고 할 수 있다. 기러기가족은 성공적 자녀교육이라는 부부 공동의 목표 하에 장기간 떨어져 지내는 형태로, 이들 부부는 기능적으로 상호 의존하는 동업자 같은 모습을 보인다(조은숙, 2015:154). 장기 분거하는 과정에서 부부관계는 사실상 약화되어 파탄될 가능성을 내재하지만 그럴수록 가족역할에 더욱 충실히 함으로써 부부들은 관계의 안정성을 확보하려는 전략을 취한다(조은숙, 2015:162).

실제 '90년대 중반 이전까지 이혼율은 비교적 낮은 수치로 안정화되어 있었다(<표 III-2> 참조). 이는 가족은 유지되어야 한다는 이념과 생활공동체로서 가족이 의존하도록 만들어 놓은 성별분업체계가 적절히 작동했던 것에 기인하는 것으로 보인다. 더불어 관계의 해소로 인한 생활의 불안정과 경제적 지위 하락의 위험성은 만족스럽지 못한 결혼생활을 유지하게 만든 측면이 있다. 특히 성차별적인 성별분업구조로 경제활동참여가 제한적이었

32 ●●● 가족정책관점에서 본 간통죄 폐지의 의미와 향후 정책방안 연구

던 다수의 전업주부 여성들에게서 이러한 경향성이 더 뚜렷하게 나타났을 것으로 보인다.

일본의 가족사회학자 야마다 마사히로(2010)는 관계가 좋지 않음에도 불구하고 타인의 이목이나 경제적 이유로 이혼할 수 없어 부부관계를 형식적으로 고수하는 경우를 ‘가정 내 이혼’으로 표현하였다(야마다 마사히로, 2010:45).

나. 표면화되는 불안정성

앞서 본 바와 같이 이혼율은 IMF 경제 위기 이후 급격한 변화를 겪었다. 그러다 2000년대 중반을 넘어서면서 상승세가 한풀 꺾이고, 안정세로 돌아서는 추세이다.

최근 이혼율과 함께 이혼의 내용면에서도 주목할 만한 변화가 나타나고 있다. '80~90년대의 이혼은 결혼 연수가 5년 미만인 젊은 세대에 비교적 집중되었다. 그러나 2000년대 들어서면 그 비중은 점차 줄어드는 반면 20년 이상 같이 산 부부들의 이혼비율은 증가해 2014년 현재 29.7%로 가장 높은 비중을 보이고 있다(통계청, 2013; 2015).³⁶⁾

〈표 Ⅲ-2〉 결혼지속기간별 이혼구성비

(단위: %)

연도	계*	0-4년	5-9년	10-14년	15-19년	20년 이상
1982	100	47.4	26.6	15.2	5.9	4.9
1985	100	43.6	29.4	15.2	7.1	4.7
1990	100	39.5	29.2	18.2	7.9	5.2
1995	100	32.6	25.2	20.6	13.1	8.2
2000	100	29.3	22.3	18.7	15.4	14.2
2005	100	25.9	22.3	18.4	14.8	18.6
2010	100	27.0	18.8	15.9	14.5	23.8
2011	100	26.9	19.0	15.2	14.2	24.8

36) 고선주(2015:237)의 연구에서도 20년 이상 혼인을 지속한 부부의 이혼, 소위 황혼 이혼이 차지하는 비중이 늘고 있는 현상에 주목하고 있다.

Ⅲ. 간통죄 폐지 시점에서 본 현대 가족의 성격 규명과 정책적 함의 ●●● 33

연도	계*	0-4년	5-9년	10-14년	15-19년	20년 이상
2012	100	24.7	18.9	15.5	14.6	26.4
2013	100	23.7	18.7	14.6	14.9	28.1
2014	100	23.5	19.0	14.1	14.7	29.7

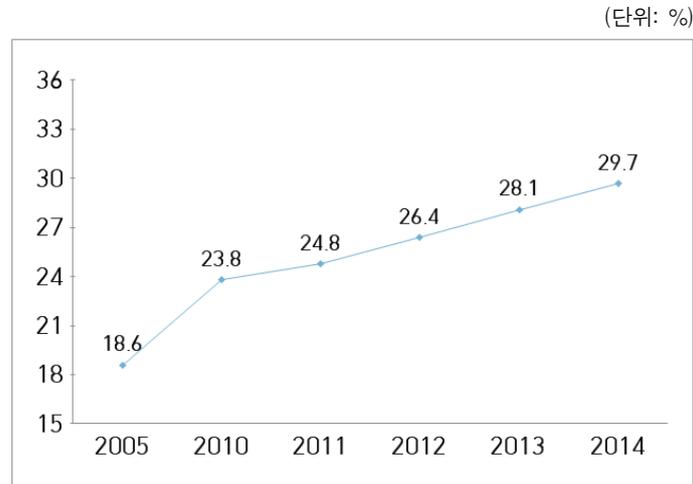
* 혼인지속기간 미상 포함
 자료: 통계청(2013). 우리나라의 이혼·재혼 현황-지난 30년간 이혼·재혼 자료 분석-.³⁷⁾
 통계청(2015). 2014 혼인·이혼 통계.³⁸⁾

이 같은 소위 ‘황혼이혼’은 자녀양육에 대한 역할의 부담이 줄어들고, 부부 중심으로 관계가 재편되는 과정 이후에 증가하는 것으로 보인다. 이들은 ‘결혼하면 가족은 깨지 않고 지켜야 한다는 규범’이 비교적 강했던 시기에 결혼한 연령층으로, ‘더 이상 참지 않고’ 헤어지는 선택이 늘어나는 현상은 가족규범의 약화를 보여주는 것으로 이해된다.

37) 통계청(2013). 우리나라의 이혼·재혼 현황-지난 30년간 이혼·재혼 자료 분석(2013. 12.10. 보도자료). http://kostat.go.kr/portal/korea/kor_nw/2/1/index.board?bmode=read&aSeq=310523 (검색일: 2015년 6월 25일)

38) 통계청(2015). 2014 혼인·이혼 통계(2015.4.23. 보도자료). http://kostat.go.kr/portal/korea/kor_nw/2/2/1/index.board?bmode=read&bSeq=&aSeq=335256&pageNo=1&rowNum=10&navCount=10&currPg=&sTarget=title&sTxt=(검색일: 2015년 6월 25일)

34 ●●● 가족정책관점에서 본 간통죄 폐지의 의미와 향후 정책방안 연구



자료: 통계청(2013). 우리나라의 이혼·재혼 현황-지난 30년간 이혼·재혼 자료 분석-.³⁹⁾
 통계청(2015). 2014 혼인·이혼 통계.⁴⁰⁾

[그림 Ⅲ-5] 혼인기간 20년 이상 이혼구성비

이혼하는 이유에서도 부부관계의 변화 양상이 포착된다.

통계청의 이혼 사유를 보면, 2000년 이후 시어머니와의 갈등 등 ‘가족 간 불화’를 사유로 한 이혼은 상당히 감소하는 추세이다. 반면 부부 간 성격 차이는 사유 중 가장 높은 비중을 차지하며, 배우자 부정과 정신적·육체적 학대도 꾸준히 나타나고 있다. 이는 다른 가족원이 이혼에 미치는 영향력이 감소하며, 점차 부부만의 관계에서 이혼이 발생하고 있음을 의미한다(고선주, 2015:238). 또한 배우자에 대한 기대 불일치, 애정결핍이나 의사소통의 부재, 폭력 등 부부관계 훼손이 이혼의 가장 핵심적인 사유로 등장하고 있음을 의미한다(이여봉, 2014:202).

39) 통계청(2013). 우리나라의 이혼·재혼 현황-지난 30년간 이혼·재혼 자료 분석(2013. 12.10. 보도자료). http://kostat.go.kr/portal/korea/kor_nw/2/1/index.board?bmode=read&aSeq=310523 (검색일: 2015년 6월 25일)

40) 통계청(2015). 2014 혼인·이혼 통계(2015.4.23. 보도자료). http://kostat.go.kr/portal/korea/kor_nw/2/2/1/index.board?bmode=read&bSeq=&aSeq=335256&pageNo=1&rowNum=10&navCount=10&currPg=&sTarget=title&sTxt= (검색일: 2015년 6월 25일)

Ⅲ. 간통죄 폐지 시점에서 본 현대 가족의 성격 규명과 정책적 함의 ●●● 35

〈표 Ⅲ-3〉 이혼사유별 구성비 추이(2000-2014)

(단위: %)

연도	계	배우자 부정	정신적·육체적 학대	가족 간 불화	경제 문제	성격 차이	건강 문제	기타*
2000	100.0	8.1	4.4	21.9	10.7	40.2	0.9	13.7
2001	100.0	8.7	4.7	17.6	11.6	43.1	0.7	13.5
2002	100.0	8.7	4.8	14.4	13.6	44.8	0.6	13.2
2003	100.0	7.4	4.3	13.0	16.4	45.4	0.6	12.9
2004	100.0	7.0	4.2	10.0	14.7	49.5	0.6	13.9
2005	100.0	7.6	4.5	9.5	14.9	49.2	0.6	13.7
2006	100.0	7.6	4.5	8.9	14.7	49.8	0.8	13.8
2007	100.0	7.8	4.8	8.0	13.7	46.9	0.7	18.0
2008	100.0	8.1	5.0	7.7	14.2	47.8	0.6	16.5
2009	100.0	8.3	5.0	7.4	14.4	46.6	0.6	17.6
2010	100.0	8.6	4.8	7.3	12.0	45.4	0.7	21.3
2011	100.0	8.1	4.7	7.1	12.3	44.9	0.7	22.3
2012	100.0	7.5	4.2	6.5	12.7	46.6	0.7	21.9
2013	100.0	7.5	4.1	6.9	12.6	46.7	0.6	21.4
2014	100.0	7.4	3.9	6.9	11.3	44.6	0.6	25.2

* 이혼사유 미상 포함
 자료: 통계청, 「인구동향조사」, 각 년도.

이혼의 변화를 살펴본 선행연구도 한국의 이혼이 의사소통이나 감정적 문제, 심리·정서적 관계 약화와 같이 부부의 관계성에서 발생하고 있음을 지적하고 있다(이여봉, 2014; 한경혜 외, 2003).

최근의 이혼경향은 정서적 만족, 애정과 같은 관계성이 결혼유지를 결정하는 주요한 사유로 등장했음을 보여준다. 배우자와의 관계에 갈등이 있거나 충분히 만족하지 못할 때 결혼관계를 해소할 가능성은 커지고 있는 것이다. 결국 변화하기 쉬운 관계의 속성을 고려할 때, 부부의 관계성이 결혼유지에 핵심적 요소로 등장하는 것은 현대 가족의 불안정이 점차 표면화되고 있음을 의미한다.

3. 현대가족의 성격 규명과 간통죄 폐지의 의미

가. 현대가족의 성격과 간통죄 폐지의 의미

이상에서는 한국의 근대 가족 형성과 변화 양상, 가족 기반의 변화로 인한 부부관계의 불안정성 경향 등 부부관계의 변화 양상을 살펴보았다.

국가 주도적 경제발전의 시기인 70-80년대 한국의 가족은 하나의 제도로써 대사회적으로 기능하였다. 가족은 구성원을 부양하는 단위이자 재생산과 양육의 단위로서 기능하면서 국가의 사회유지 비용을 낮추는 역할을 해왔다. 남성의 안정적인 고용에 기초한 가족부양과 고정화된 성역할분업은 가족이 생활공동체로 안정되게 유지될 가능성을 높여주었다.

당시 가족은 형태적으로 핵가족화 되고, 당사자들의 연애에 기반을 둔 결혼을 이상화했지만 가부장적인 가족주의 하에서 부부는 역할규범, 성규범 등 가족규범에 얽매인 관계로 유지되었다. 또한 불평등한 젠더관계는 여성을 가족제도에 종속시킴으로써 가정의 안정적 유지를 가능하게 했다.

그러나 최근 들어 규범화된 가족제도를 지탱해주던 물적 기반은 크게 흔들리고 있다. '90년대 중반 이후 노동시장의 유연화로 고용의 불안정성이 증대되면서 남성의 생계부양자 지위는 위협받고 있다. 가족이라는 경제적 울타리 안에서 보호받던 개인들에게 가족은 더 이상 안정적인 생활의 터전이 되지 못하고 있다. 이에 개인들은 노동시장 참여와 경력관리를 중심으로 한 생애설계를 요구받고 있다. 더불어 가족의 경제적 안정성 약화는 결혼과 출산을 규범적인 행위에서 삶의 조건에 따른 개인들의 선택 영역으로 이동시키고 있다. 이는 곧 표준화된 가족경로가 깨지고 있음을 의미한다.

가족의 기반이 달라지면서 부부 관계의 변화 양상도 나타난다. 여성들의 경제활동 참여 확대는 여성들의 자립 기반 마련으로 이어지며, 전통적인 성역할분업 등 가족 내 젠더관계 변화 요구를 증대시키고 있다. 부부 사이의 감정적인 문제, 정서적 소원함, 생활양식의 부조화 등 관계적 사유로 이혼하는 경향도 늘어가고 있다.

이처럼 현대 가족과 부부관계에서는 제도와 규범이 틀 지워준 모습에서 벗어나 개인의 삶의 조건과 가치, 주관적 만족 등의 기준에 따라 가족을 구성

Ⅲ. 간통죄 폐지 시점에서 본 현대 가족의 성격 규명과 정책적 함의 ●●● 37

하고, 가족생활방식을 형성할 여지가 늘어나고 있다. 이는 한국의 현대 가족이 규범적 구속력을 가진 공동체에서 개인들이 선택하고, 상호 조정을 통해 만들어 가야 하는 친밀한 관계의 장으로 변화하고 있음을 의미하며, 그만큼 관계의 불안정이 가속화될 여지를 보여주는 것이다.

이러한 변동의 흐름은 미래에도 계속될 것으로 예측되고 있다. 장혜경 외(2013)는 2030년 미래가족을 ‘느슨하지만 친밀한 가족’으로 예측했다. 이는 기존의 법과 제도에서 규정된 가족의 관계와 역할은 점차 느슨해지고 약화되는 반면, 선호와 친밀성에 기반해 관계를 맺는 유동적인 가족을 말한다(장혜경 외, 2013:8).

간통죄의 폐지는 이러한 현대 가족의 변동 맥락과 궤를 같이 하는 현상으로 볼 수 있다. 그동안 간통죄는 “일부일처주의 혼인제도의 유지 및 가족생활의 보장, 간통으로 인한 배우자와 가족의 유기, 혼외 자녀문제, 이혼 등 사회적 해악의 사전예방”⁴¹⁾을 주요 목적으로 하며 유지되어 왔다. 가족이 생활공동체로 사회적으로 기능하던 시기에 국가는 가족제도를 보호하고 안정화시키기 위해 부부의 성적 배타성 위반 행위를 법으로 규제해 왔다. '90년대 간통죄 폐지 논쟁이 시작된 이래 논란을 거듭하다 폐지되는 과정 동안 가족은 생활공동체로서의 안정성과 관계를 정의하던 규범이 약화되는 급격한 변동을 겪으면서 개인들의 관계성에 기반을 둔 현대 가족의 모습으로 변모되어 왔다. 결국 이러한 가족변화와 맞물려 국가가 형벌로 다스리던 ‘간통’은 형벌의 영역에서 부부관계 해소사유의 하나이거나 부부 사이의 조정과 협상을 통해 해결할 사안으로 그 성격이 변화되었다. 이는 간통죄 폐지 이후 부부 일방 또는 쌍방의 혼외관계라는 갑작스럽게 발생한 사건에 가족이 대응하고, 관계를 전환해 낼 역량과 부부 사이의 대등한 조정과 협상이 가능한 조건 형성 등이 필요해짐을 의미한다.

41) 4차례에 걸친 헌법재판소의 위헌 판결문에서 간통죄 유지의 논거로 제시된 내용들로, 자료의 정확한 출처는 본 원고의 제Ⅱ장 참조

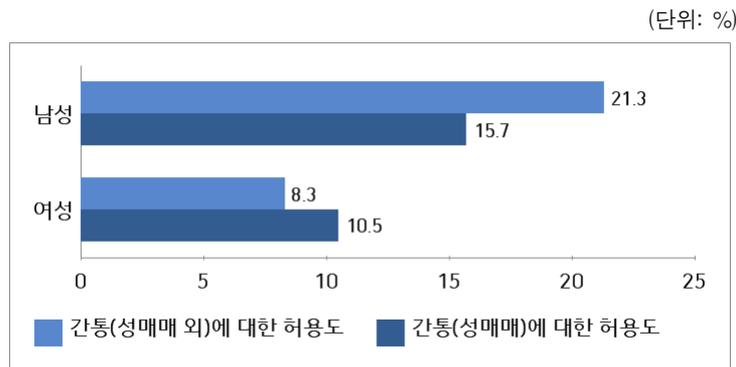
나. 부부관계 맥락에서 본 혼외관계: 발생경로와 대처방식에서 드러나는 가족 이슈

간통죄 폐지로 혼외관계가 개인의 선택, 부부 간에 해결해야 할 과제로 변화된 상황에서 부부관계의 맥락에서 혼외관계를 조명하고, 그 과정에서 제기되는 가족의 이슈들이 무엇인지 파악해볼 필요가 있다.

이 때, 성별화 된 혼외관계의 발생 맥락(양현아, 2015; 정춘숙, 2011)을 간과해서는 안 되지만, 부부의 섹슈얼리티와 친밀성이 성별 차이보다 다양한 결혼 경험을 통해 다양한 방식으로 전개된다(이성은, 2006:33)는 점에서 성별뿐 아니라 부부관계의 맥락에서 혼외관계를 바라보는 것은 유의미하다.

먼저, 현대에도 남성에게 허용적인 성문화와 이중적 성규범 하에서 성매매를 하거나 일시적 혹은 지속적인 성관계 파트너를 두는 기혼남성들은 여전히 존재한다. 그러나 이 같은 혼외관계 양상은 여성들의 사회경제적 지위 향상과 성별 규범 격차 감소가 진행됨에 따라 향후에는 점차 허용되기 어려워질 것으로 전망된다.

박선영 외(2014:54-55)가 전국 성인 2,000명을 대상으로 한 조사 결과에서 여성들은 배우자의 ‘간통’에 대해 10% 정도만 허용가능하다고 답해 남성에 비해 ‘간통’에 대해 부정적인 태도를 보였다.



자료: 박선영 외(2014). 「여성·가족 관련 법제의 실효성 제고를 위한 연구(II): 간통죄에 대한 심층 분석」, p.54-55의 그림 재구성.

[그림 Ⅲ-6] 배우자의 간통에 대한 성별 허용도

Ⅲ. 간통죄 폐지 시점에서 본 현대 가족의 성격 규명과 정책적 함의 ●●● 39

기혼남녀의 섹슈얼리티를 연구한 이성은(2006)의 연구에서도 남성의 성매매나 일시적인 혼외관계에 대한 여성들의 태도 변화와 남녀 차이를 읽을 수 있었다. 남성들은 여전히 성매매와 결혼관계를 이원화하며, 성매매를 결혼관계를 방해하는 요소로 인식하지 않는 전통적인 가치를 보였다. 일부 여성사례들도 여전히 현실적으로 수용할 수밖에 없다고 인식하였으나 경제적·정서적으로 남편에게 독립적인 여성들은 허용하기 힘들다는 입장을 보였다(이성은, 2006:26).

한편 최근 혼외관계와 관련한 이혼상담사례와 판례들은 부부 사이에 쌓인 부정적인 감정과 갈등적 상황들이 복합적으로 얽힌 상태가 지속되고, 관계가 회복되기 힘든 과정에서 혼외관계가 나타나는 양상을 보여준다. 이는 부부관계의 신뢰가 깨졌거나 깨져가는 상황에서 혼외관계가 발생하는 것으로, 이미 파탄 난 부부관계가 드러나는 계기 혹은 결과로 혼외관계가 발생하고 있음을 의미한다. 이는 주로 여성들의 혼외관계 양상에서 포착된다.

혼외관계를 사유로 재판이혼을 청구한 사례⁴²⁾들은 혼외관계 발생 이전에 관계의 불평등성으로 인한 폭력, 부부 사이의 정서적·성적 소원함이나 책임 부재 등이 부부관계의 파탄 원인으로 등장하고 있음을 보여준다. 구체적으로 ‘11년이 넘는 장기간의 별거’, ‘배우자의 여러 차례에 걸친 폭행’, ‘혼인 중 음주와 도박 행위로 인한 외박과 가출’, ‘혼인 직후부터 배우자에게 전혀 신경을 쓰지 않고 일에만 전념하는 상황’ 등이 파탄의 원인이며, 일부 사례는 혼인 중에 이러한 사유들이 복합적으로 구성되는 특성도 나타났다.

이성은의 연구(2006)도 혼외 성관계가 발생하는 맥락의 유사함을 지적했다. 그의 연구에서 이혼을 했거나 고민하는 사례들은 “혼외성관계 때문에 이혼하기 보다는 이미 부부관계 내 여러 문제가 불어지면서 소통이 힘들고, 부부관계 유지의 의사가 줄어들 때 혼외성관계에 대한 욕구가 발생하는” 양상이 나타나고 있다고 지적했다(이성은, 2006:22).

그럼에도 이 경우 ‘간통’이라는 현상만 부각되고, 그 이면의 부부관계가

42) 해당 내용들은 박복순 외(2012)의 「이혼법제 개선방안 연구」의 내용에서 혼외관계와 관련한 사례들 중 일부의 사유를 발췌해 정리한 것이다. 본 연구의 전문가 상담회에서 혼외관계의 발생 맥락과 사유에서도 유사한 경향성이 발견되었다.

40 ●●● 가족정책관점에서 본 간통죄 폐지의 의미와 향후 정책방안 연구

제대로 고려되지 않은 채로 이혼과정에서 자녀양육과 관련한 의사결정이 이루어지는 경향이 나타난다⁴³⁾. 또한 상대배우자의 혼외관계에 대한 배신감, 증오, 억울함과 같은 감정들로 이혼과정이나 이후까지 분쟁이 심각하게 이어지는 양상도 나타난다.

특히 여성의 혼외관계에 대한 이혼상당사례에서 ‘여자가 감히 부정행위를’, ‘엄마로서 자격이 없다’, ‘가정을 버린 여자’ 등과 같은 남성들의 거부장적인 인식이 드러난다. 이는 이혼전후 과정에 당사자들이 부부관계와 부모자녀관계를 구별해 판단하는데 제약으로 작용해 혼외관계를 한 배우자의 양육권과 면접교섭권을 상당히 제한하는 결과를 초래한다. 그 뿐 아니라 피해배우자가 상대방에게 가정폭력을 행사하며, 그에 대한 정당성을 피력하는 경우도 발생한다.

이혼과정에서 심리상실이나 악화된 감정을 충분히 해소하지 못하거나 재결합을 둘러싼 갈등이 있는 경우에는 이혼 후 자녀양육 등에 대한 분쟁이 다시 이어질 소지도 존재한다. 일례로, 아내의 혼외관계로 협의이혼한 후 합의사항을 둘러싼 재분쟁이 발생한 사례도 존재하였다. 한 사례에서는 혼외관계를 한 아내가 재산뿐 아니라 자녀의 친권과 양육권을 모두 포기하고, 1년에 4번 자녀를 만나는 것으로 합의해 이혼하였다. 그러나 이혼 후 남편은 아내의 배신에 대해 분노하며 위자료를 청구하였고, 아내도 자녀와의 면접교섭을 늘리기 위한 면접교섭변경청구를 신청하면서 분쟁이 발생하였다.

4. 소결: 정책적 함의

이상에서 간통죄가 제정된 시기부터 폐지된 현재까지 한국 가족의 변동을 통해 국가와 가족, 가족과 개인의 관계 변화 추이를 개괄적으로 살펴보고, 미시적 맥락에서 부부관계의 변화 양상을 살펴보았다. 가족의 대사회적 기능 및 경제적 공동체로서의 기반이 약화됨에 따라 현대 가족과 부부관계

43) 이후 내용은 1차와 3차 현장전문가 간담회에서 나온 사례들을 중심으로 재구성하고, 해석한 것이다.

Ⅲ. 간통죄 폐지 시점에서 본 현대 가족의 성격 규명과 정책적 함의 ●●● 41

에는 제도와 규범의 틀에서 벗어나 개인의 삶의 조건과 가치, 주관적 만족 등의 기준에 따라 가족을 구성하고 생활방식을 형성할 여지가 늘어나고 있다. 이는 한국의 현대 가족이 규범적 구속력을 가진 공동체에서 개인들이 선택하고, 상호 조정을 통해 만들어 가야 하는 친밀한 관계의 장으로 변화하고 있음을 의미하며, 그만큼 관계의 불안정이 가속화될 여지를 보여준다.

간통죄의 폐지는 이러한 현대 가족의 변동 맥락과 궤를 같이 하는 현상으로 볼 수 있다. 형벌의 영역에 있던 ‘간통’은 부부관계 해소사유의 하나이거나 부부 사이의 조정과 협상을 통해 해결할 사안으로 그 성격이 변화되었다. 이는 간통죄 폐지 이후 부부 일방 또는 쌍방의 혼외관계라는 갑작스럽게 발생한 사건에 가족이 대응하고, 관계를 전환해 낼 역량과 부부 사이의 조정과 협상의 필요성이 높아짐을 의미한다.

그러나 부부관계 맥락에서 혼외관계를 조명하고, 그 과정에서의 이슈를 살펴본 결과 이러한 변화 적응 역량과 조정의 어려움을 겪는 가족들이 발견되었다. 특히 여전히 규범화되거나 불평등한 관계에 놓여 있는 부부 관계에서 이러한 어려움이 드러났다. 그들은 이혼 전 과정에서 심리적 부담과 정서적 어려움을 원만히 해소하지 못하며, 부부의 갈등적 상황을 부모자녀 관계에까지 대입시키는 경향을 보였다. 이로 인해 자녀의 이해와 관계없이 양육권이나 면접교섭권이 결정되기도 하며, 이혼 후 분쟁이 발생하거나 양육의 공동책임을 위한 협력관계에 제약이 생기기도 하였다. 따라서 당사자간에 조정과 중재를 어려워하는 대상들을 위해 이혼전후 과정에서 부부관계 갈등을 완충하고, 관계 해소가 원만하게 이루어질 수 있도록 전문가나 기관의 과정 개입과 지원책이 필요할 것으로 보인다.

또한 최근 이혼상담 및 판례에서는 회복되기 힘들고 신뢰관계가 훼손된 상황에서 파탄 난 부부관계가 드러나는 계기나 결과로 혼외관계가 발생하는 양상이 나타나고 있음을 보여주었다. 이는 가족 안에서 상호 존중하고 신뢰하는 관계가 제대로 형성되지 못하거나 약화될 때 관계의 변화 가능성을 보여주는 하나의 상황으로, 새로운 관계성을 채워가기 위한 개인들의 노력뿐 아니라 관계의 불확실성에 대한 수용성을 높여가야 할 필요성을 보여준다. 또한 부부사이의 이해 차이를 적절히 중재하고 조정하지 못할 경우

42 ●●● 가족정책관점에서 본 간통죄 폐지의 의미와 향후 정책방안 연구

관계의 갈등이 증폭되고 파탄에 이를 수 있는 바, 관계로 인한 위기상황을 최소화시켜 줄 사회적 장치가 필요할 것으로 보인다. 따라서 가족정책은 가족관계, 특히 부부관계의 불확실성에 대해 개인들이 대응하고 관계 변화를 수용해갈 수 있도록 관계 형성과 해소 등 전환의 지점에서 필요한 역량들을 지원해 줄 수 있어야 한다. 또한 부부상당 등 관계갈등과 위기를 완화시켜줄 장치 확대가 필요하다.

보다 장기적으로는 부부관계의 불확실성에도 자녀의 양육 등 생활의 안정성을 위한 국가의 책무를 확대하는 방안도 마련되어야 할 것이다.

IV

향후 대응 방안

1. “작은 약속” 프로젝트: 부부재산계약제도와
결혼교육 활성화 45
2. 관계위기 완화를 위한 부부상담 인프라
확대 49
3. New Family Process: 이혼과정 상담과
관계 재구조화 지원 51



본 장에서는 앞서 간통죄 폐지 시점에서 살펴본 현대가족의 성격과 관련 이슈를 기반으로 개인들의 상호조정과 관계 (재)구성을 돕는 가족정책 확대를 향후 대응 방안으로 제안하였다. 주요 정책과제는 부부관계 형성, 부부관계 지속과 위기, 부부관계 해소 등 관계의 국면에 따라 제시하였다.

1. “작은 약속” 프로젝트: 부부재산계약제도와 결혼교육 활성화

혼인은 당사자 간의 약속이다. 이러한 약속에는 그에 따른 의무가 발생하고, 당사자들은 이러한 약속에 구속된다. 개인들이 자신들의 혼인생활을 통하여 부부로서 서로 정하고자 하는 바-그것이 재산에 관한 것이든, 자녀 양육에 관한 것이든, 그밖에 부부로서 서로 지키고자 하는 내용 등까지 포함하여-를 서로 고민하고 약속한다는 것은 부부라는 가장 사적인 생활 영역에서 사적자치를 실현하는 방식일 수 있다. 아울러, 부부로서 함께 한다는 합의의 구체적인 내용을 논의하고 명시함으로써 당사자들은 혼인에 대한 의미와 그에 따른 책임에 대한 인식을 공유하고 확인할 수 있을 것이다.

부부와 가족을 둘러싼 사회가 변화하고, 개인의 가치관도 변화된 오늘날 혼인은 결코 이전만큼 견고하지 않으며, 부부관계는 언제든 깨질 수도 있는 불안함이 내포된 관계로 변해가고 있다. 따라서 전통적인 가족규범과 가치에 대해 성찰하고, 소통하는 관계성을 채워가는 역량과 가족관계의 불확실성에 대한 수용성 향상 등 관계적 측면에서 개인들의 역량 형성에 대한 지원이 요구된다. 그 하나로 현재 여성가족부의 ‘가족교육’이나 ‘가족들의 자조모임’ 등을 개인들이 결혼과 가족, 관계에 대한 고민을 공유하고, 어려움을 해소해 가는 장으로 활용할 수 있다.

또한 인지도나 활용도가 낮았던 부부재산계약제도를 매개로 부부 사이의 약속을 만드는 새로운 문화 형성도 가능할 것이다. 관련해 최근 관심이 높아지고 있는 것이 이른바 ‘혼전계약서’이다. 여기서 혼전계약서란 우리 민법에서 규정하고 있는 부부재산약정과는 다소 개념을 달리한다. 일반적으로 ‘혼전

46 ●●● 가족정책관점에서 본 간통죄 폐지의 의미와 향후 정책방안 연구

계약서'라고 불리는 약정은 미국식의 혼인 전 계약(pre-nuptial agreements)⁴⁴⁾의 모습에 가깝다. 민법은 혼인에 있어서 당사자 간의 약정과 관련해 '혼인 중의 부부재산'에 관한 약정만을 대상으로 하는 '부부재산계약제도(또는 부부재산약정제도)'를 제829조⁴⁵⁾에서 규정하고 있다. 법률전문가가 아닌 일반인들은 미국영화나 드라마를 통해 혼전계약서에 대해서 제법 인지하고 있는 것으로 보이며, 특히 최근 재혼이 증가하면서 관심과 상담도 많아지고 있다고 한다⁴⁶⁾. 반면, 우리 민법에 규정된 부부재산계약제도에 대한 인지도는 그다지 높지 않고, 등기부상 드러나는 이용률도 매우 낮다.

최근 한 결혼정보회사의 설문조사 결과는 혼인계약서에 대한 인식과 욕구를 보여준다. 이 조사 결과에 의하면, 미혼남녀 782명을 대상으로 '혼전계약서'의 필요성에 설문조사를 한 결과, 미혼여성의 63.2%, 미혼남성 45.1%가 혼전계약서(pre-nuptial agreements)가 필요하다고 답한 것으로 나타났다.⁴⁷⁾

44) 미국의 혼인전 계약의 경우 부부간의 재산관계 뿐만 아니라 신분상의 사항까지도 계약내용으로 할 수 있는데, 구체적으로 혼인계속중의 재산의 귀속이나 관리·처분권한 뿐만 아니라, 별거·이혼·사망에 관련한 재산처분 및 미국 법상 규정되어 있는 혼인 중 부양이나 이혼 후의 부양의 변경 면제 등이 포함될 수 있다고 한다. {통일혼인전계약법(UPAA)§3(a)(1)-(7)(전혜정(2005). 「부부재산계약」. 경북대학교 박사학위논문, p.79-80에서 재인용}.

45) 민법 제829조(부부재산의 약정과 그 변경) ① 부부가 혼인성립전에 그 재산에 관하여 따로 약정을 하지 아니한 때에는 그 재산관계는 본관중 다음 각조에 정하는 바에 의한다.
 ② 부부가 혼인성립전에 그 재산에 관하여 약정한 때에는 혼인중 이를 변경하지 못한다. 그러나 정당한 사유가 있는 때에는 법원의 허가를 얻어 변경할 수 있다.
 ③ 전항의 약정에 의하여 부부의 일방이 다른 일방의 재산을 관리하는 경우에 부적당한 관리로 인하여 그 재산을 위태하게 한 때에는 다른 일방은 자기가 관리할 것을 법원에 청구할 수 있고 그 재산이 부부의 공유인 때에는 그 분할을 청구할 수 있다.
 ④ 부부가 그 재산에 관하여 따로 약정을 한 때에는 혼인성립까지에 그 등기를 하지 아니하면 이로써 부부의 승계인 또는 제삼자에게 대항하지 못한다.
 ⑤ 제2항, 제3항의 규정이나 약정에 의하여 관리자를 변경하거나 공유재산을 분할하였을 때에는 그 등기를 하지 아니하면 이로써 부부의 승계인 또는 제삼자에게 대항하지 못한다.

46) 2015.6.17.자 매일경제 기사 참조
 (http://news.mk.co.kr/newsReadPrint_2013.php?year=2015&no=580254 검색일: 2015.7.27)

47) 결혼정보회사 듀오가 2014.10.2.부터 12.31.까지 전국 20-30대 미혼남녀 782명(남399명, 여383명)을 대상으로 진행한 '혼전계약서의 필요성' 설문조사 결과를

IV. 향후 대응 방안 ●●● 47

‘혼전계약서’가 필요하다고 답한 422명(남 180명, 여 242명)에게 그 이유를 묻자, 과반수에 가까운 미혼남녀가 ‘결혼 후 서로의 인격존중을 위해(46.4%)’라고 응답했으며, ‘이혼 후 평등한 재산분할을 위해(21.6%)’, ‘이혼 후 자녀의 공동 양육을 위해(12.8%)’의 순으로 답한 것으로 나타났다⁴⁸⁾. 또한 ‘혼전계약서’에 꼭 들어가야 할 항목으로 남녀 모두 ‘결혼 후 행동수칙(35.4%)’을 1위로 들었으며, 남성은 ‘결혼 후 가사분담(21.1%)’, ‘결혼 후 재산 관리(18%)’를, 여성은 ‘결혼 후 재산 관리(18%)’, ‘결혼 후 가사분담(17.2%)’을 다음 순위로 정하였다⁴⁹⁾.

혼인계약서의 필요성에 대한 긍정도가 남녀의 차이는 있으나, 기본적으로 관심이 높음을 알 수 있다. 특히 흥미로운 것은, 혼인계약서가 필요한 이유로 ‘결혼 후 서로의 인격 존중을 위해’가 가장 높게 나왔으며, 반드시 들어가야 할 항목으로 ‘결혼 후 행동 수칙’이 가장 높게 나왔다는 점이다. 이는 혼인의 의미와 혼인생활의 방식을 진지하게 고민하고 함께 합의하고자 하는 욕구를 보여주는 것으로 풀이된다.

한편으로 이러한 인식과 욕구는 혼인중의 재산관계만을 대상으로 하는 부부재산제도라는 법제도와는 괴리를 보여준다. 민법에서 규정하고 있는 부부재산계약제도는 혼인을 앞둔 당사자가 혼인 중 재산의 소유·관리와 분할 등의 원칙과 방법을 미리 약정하는 제도로서, 부부재산계약을 체결하면 법정재산제인 별산제가 적용되지 않고, 자신들이 약정한 바에 따르게 된다. 즉, 부부재산계약제도는 법이 혼인하는 당사자에게 우선적으로 자신들이 혼인생활 동안 재산을 어떻게 할 것인지를 정할 수 있도록 사전자치를 보장해 준 것이라는 점에서 그 자체로 매우 의미 있는 것이다. 그러나 민법 제정 이래 유명무실한 제도로 자리하고 있어 일반인이 잘 알지도 못하고 이용도 제대로 되고 있지 않는 실정이다⁵⁰⁾.

보도한 2015.3.19.자 디지털타임스 기사에서 인용하였다.

(http://www.dt.co.kr/contents.html?article_no=2015031902109919807067 검색일: 2015.7.27.)

48) 위 2015.3.19.자 디지털타임스 기사

(http://www.dt.co.kr/contents.html?article_no=2015031902109919807067 검색일: 2015.7.27.)

49) 위 2015.3.19.자 디지털타임스 기사

(http://www.dt.co.kr/contents.html?article_no=2015031902109919807067 검색일: 2015.7.27.)

50) 부부재산계약은 2001.5.21. 인천 남동 등기소에 최초로 등기된 이후, 2004·2005년

48 ●●● 가족정책관점에서 본 간통죄 폐지의 의미와 향후 정책방안 연구

그러나 오늘날 혼인을 둘러싼 사회 환경과 가치의 변화 속에서 혼인 당사자들이 혼인의 의미와 결혼생활을 통하여 당면할 여러 문제와 갈등상황에 대하여 미리 고민하고 논의하여 합의에 이르는 과정은 결혼과정에서 뿐 아니라 만일에 발생할 수 있는 혼인 해소라는 사건에 대해서도 정서적, 현실적으로 일종의 대비가 될 수도 있을 것이다⁵¹⁾. 현행 부부재산계약제도는 잘만 이용될 수 있다면, 전업주부에게는 여전히 불리한 별산제의 단점을 배제하고, 혼인 당사자 간에 그들의 라이프 스타일과 가치에 맞는 그리고 양성평등한 재정적인 플랜이 가능하도록 할 수 있는 제도가 될 수도 있을 것이다.

이러한 의미에서 평등한 부부관계를 만들고, 재정적 문제들을 포함한 부부갈등을 예방하기 위한 부부재산계약제도의 홍보와 활성화는 정책적으로도 의미가 있을 것으로 생각된다. 건강가정지원센터에서 예비부부들에게 강좌나 프로그램을 통하여 혼전계약서나 혼인 전 부부들의 공동 수칙 등을 작성해 보는 기회를 제공할 수도 있을 것이다. 혼인에 대한 가치와 의미에 대한 인식을 공유하고, 서로의 가치관과 결혼생활에 대하여 가지고 있던 생각의 차이와 공통점을 확인하고 협의해 가는 경험은 장래의 결혼생활에서 마주칠 무수한 갈등을 완충하는데 도움이 될 것이다.

이를 위해서는 법제도적인 차원에서의 개선도 필요하다⁵²⁾. 일례로 재산분할이나 위자료와 같이 이혼 후의 재산관계에 대해 미리 안전장치를 두고 싶어 하는 욕구에 대하여도 귀를 기울일 필요가 있다. 또한 재산관계가 아닌 혼인생활 중 부부간에 서로 지켜야 할 사항 등에 대해서도 합의에 대한 존중이 있어야 한다. 법원에서 이혼사건을 판단함에 있어, 혼인과 가족생활에 있어서의 개인의 존엄과 양성의 평등을 규정한 헌법이념(헌법 제37조 제1항)에 반하거나 공서양속에 반하지 않는 한, 혼인당사자간의 약정 내용은 참작되어야 할 것이다. 향후 입법론으로도 이혼 후의 재산관계에 대한 당사자

각 1건, 2006년 3건, 2007년 10건에서 최근 들어 2011년 11건, 2012년 17건, 2013년 29건, 2014년 28건으로 증가 추세를 보이고 있으나, 여전히 그 이용은 저조하다(2014.10.15자 한국경제매거진, 2015.3.18.자 일요신문).

51) 물론 이 부분은, 현행 제도에서 개선이 이루어져야 가능한 부분이기도 하다.

52) 법제도적인 차원에서의 세부적인 개선안이 논의, 제안되고 있으나 해당 연구에서는 이 부분은 생략하도록 한다.

의 약정에 대하여, 경제적 약자에 대한 보호 장치를 수반하는 한 허용을 검토하는 것에 대한 논의도 필요하다.

2. 관계위기 완화를 위한 부부상담 인프라 확대

앞서 회복되기 힘들고 신뢰관계가 훼손된 상황에서 파탄 난 부부관계가 드러나는 계기나 결과로 혼외관계가 발생하는 양상이 나타나고 있음을 지적하였다. 가족 안팎에서 점차 개인화되는 경향이 강화되고 있는 만큼 부부 사이의 신뢰 약화와 관계적 소원함은 가족규범이나 가치의 차이, 불평등한 관계, 생활양식에서의 차이 등 다양한 사유로 인해 언제든 발생할 여지가 있다.

예를 들어, 상호합의와 애정으로 선택한 결혼에서 철저하게 성별화 된 가족생활을 경험하게 될 때 부부 역할을 둘러싼 갈등이 증폭될 가능성이 있다(김혜영 외, 2012:148). 가부장적인 사고방식으로 가사나 양육에 전혀 신경 쓰지 않는 남편과 생활하는 취업주부는 결혼생활 과정에서 남편과의 정서적 만족감을 상실해 가고, 부부로 살면서 쌓여가는 신뢰, 정이라는 감정을 경험하지 못하는 경우가 발생한다(이성은, 2006:12). 일부 남성들은 배우자에게 부양자로서 자신의 역할 수행에 대한 인정과 격려를 기대하고, 그것이 부부사이의 성생활에도 반영되기를 원하는 전통적인 관계를 요구하는데, 그 과정에서 상호 갈등이 발생하거나 관계 약화가 일어나는 경향이 발견되기도 한다(남영주, 2015:269).

이와 같은 부부관계의 긴장과 갈등은 개인 차이를 조정하지 못하거나 관계에서의 불만족을 적절히 해소해내지 못하면서 고조되는 경향성을 보이며, 혼외 관계와 같은 관계의 위기 상황에 놓이게 될 수도 있다. 그럼에도 그동안 부부 사이의 갈등은 개인들이 해결해야 할 문제로 인식되면서 갈등을 완화시켜줄 전문가의 상담 등 사회적 장치가 제대로 마련되지 못한 측면이 있다.

실제 가족갈등에 대한 실태를 조사한 김유경 외의 연구(2014)에서 전체 조사대상자 1,000명 중 부부갈등을 경험한 응답자(216명)들은 부부간에 소통

50 ●●● 가족정책관점에서 본 간통죄 폐지의 의미와 향후 정책방안 연구

단절로 부부관계가 소원해지는 경우가 대다수이며(69.9%), 별거 중이며 이혼을 심각하게 고려하거나(3.7%) 갈등으로 폭력이 발생(2.3%)하는 사례가 나타나는 등 부정적인 관계 변화를 겪는 것으로 나타났다(김유경 외, 2014: 148-149).

그럼에도 부부갈등을 경험할 때 그냥 참거나(39.4%), 격렬하게 싸우는 경우(13.9%)가 절반이 넘는 반면, 주위사람 또는 전문기관 및 전문가에게 도움을 요청한 경우는 2.3%에 불과해(김유경 외, 2014:141-142) 부부관계의 갈등 완화를 위한 별다른 장치가 없음을 알 수 있다.

따라서 부부갈등의 증폭을 최소화하고, 관계위기의 완화를 지원하기 위해서는 부부관계에서의 어려움과 갈등에 대해 전문적인 상담을 받을 수 있는 인프라 확대가 요구된다.

이와 관련해 여성가족부는 가족정책 초기부터 전달체계인 건강가정지원센터를 통해 가족상담을 실시하고 있다. 2014년 현재 상담 중 부부상담이 차지하는 비율(44.6%)이 가장 높게 나타나고 있으며, 특히 부부관계갈등이나 의사소통문제로 인한 상담이 다수를 차지하고 있다(한국건강가정진흥원 2015:71).

그러나 현재 전국에 설치된 건강가정지원센터는 151개소(한국건강가정진흥원 2015:25)에 그치고 있어 일부 지역의 경우 필요 시 상담 지원을 받기 힘든 실정이다. 또한 현재 건강가정지원센터의 상담의 경우 일대일 면접 방식⁵³⁾이 주를 이루고, 일회적인 상담보다는 문제해결까지 다회기적 상담이 이루어지고 있다. 그러나 예산의 제약과 상담 인력의 자격 관리 기준 미흡 등으로 상담전문 인력의 충분한 확보가 어려운 실정이다.

부부관계의 갈등 요소들이 다원화되고, 갈등으로 인한 관계적 위기가 보다 표면화될 여지가 큰 만큼, 부부관계 관련 상담을 위한 물리적 인프라 및 전문 인력의 확대는 필요하다 하겠다. 특히 상담의 효과는 상담을 수행하는 인력의 전문성 등 질적인 요소에 의해 크게 좌우되는 바, 지역사회 유관기관

53) 2014년 현재 건강가정지원센터의 일반상담 형태를 보면, 센터 내방 면접상담이 전체의 78.3%를 차지하였고, 전화상담 15.0%, 방문면접 2.8% 순으로 나타났다(한국건강가정진흥원, 2015:66).

들과 적극 연계해 부부상담 등 가족상담을 전문적으로 수행할 인력 풀 확대에 노력을 기울일 필요가 있다. 또한 부부상담 등 가족상담의 경우 상담제공자의 가족에 대한 인식과 접근이 상담의 효과에 영향을 미칠 수 있으므로, 전통적 규범의 약화와 관계중심의 가족, 개인화되는 경향과 다양성 존중 등 가족변화의 방향성과 의미에 대한 교육 등 상담인력의 인식 제고를 위한 장치 마련이 요구된다.

3. New Family Process: 이혼과정 상담과 관계 재구조화 지원

이혼과정에서 자녀들이 입는 심리적 피해나 상처를 최소화하고, 부부의 법적 관계 변화와 관계없이 안정적인 양육환경을 마련해 지속시키는 것은 자녀 복리의 실현 차원에서 매우 중요하다.

그러나 부부관계의 악화가 지속되고, 사실상 파탄된 상황에서 이혼하는 경우, 특히 그 과정에서 혼외관계가 발생해 이혼하는 경우 사건에 대한 충격뿐 아니라 상대방에 대한 분노, 증오, 배신감, 자존감 하락과 걱정 등 복합적인 감정이 작용한다. 이로 인해 부부 사이 갈등의 수위가 높아질 경우 이혼 이후의 생활과 관련한 사항에 대한 당사자 간 합의가 어려워지는 경향이 있다.

특히 미성년 자녀 부모의 경우 이혼과정에서 자녀양육 권리와 책임, 비양육부모와 자녀의 관계 등과 관련한 합의와 구체적인 이행계획들을 마련해야 하지만 심리정서적인 어려움이 해소되지 못해 합의에 실패하거나 자녀의 의사에 반하는 결정을 내리기도 한다. 그 뿐 아니라 복잡적이고 부정적인 감정들로 인해 이혼 후 자녀양육에 공동으로 참여하기 어려운 상황이나 분쟁이 발생하기도 한다.

따라서 개인들이 이혼전후 과정에서 부부관계를 원만히 해소하고, 기존의 가족관계를 재구조화할 수 있도록 이혼과정 전반을 지원하는 서비스의 정비와 확대 방안이 무엇보다 요구된다. 구체적으로 이혼과정에서 원만한

52 ●●● 가족정책관점에서 본 간통죄 폐지의 의미와 향후 정책방안 연구

부부관계 해소와 새로운 부모역할 계획 수립을 위한 상담 및 부모교육, 이혼 후 비양육부모의 양육비 지급이행 및 비양육부모와 자녀의 면접과 교류 등의 지원이 포함된다.



[그림 IV-1] 'New Family Process' 지원 서비스 개요

이미 영국이나 호주 등 영미권 국가에서는 이혼전후 과정에 전문가들의 개입과 공적 지원이 이루어지고 있다.

대표적으로 호주 연방정부는 2006년 부모공동책임(Shared Parental Responsibility)을 중심내용으로 가족법을 개정⁵⁴⁾해 이혼과정뿐 아니라 이혼 이후에도 부모가 자녀양육책임을 조정하고 협력할 수 있도록 관련 인프라 설치와 프로그램, 기구들의 협력 등을 제도적으로 지원하고 있다.

특히 개정법은 기존에 법원중심으로 제공되던 서비스를 지역사회 기관의 가족서비스(상담, 부모교육, 중재 등) 중심으로 변화시킨 특징을 갖고 있다⁵⁵⁾. 구체적으로 법원에 가기 전 지역사회 관련 기관을 통해 이혼과정을

54) 해당 내용은 여성가족부·한국여성정책연구원 가족정책전략센터(2012)의 내용을 바탕으로, 일부 내용은 원 출처에서 내용을 업데이트하였고, 일부는 별도로 추가 작성하였다.

IV. 향후 대응 방안 ●●● 53

중재하고, 자녀양육 등에 합의하도록 유도하고 있다.

또한 동법 제정 후 전국 65개 가족관계센터(Family Relationship Centres)가 공적 지원으로 설치되었다⁵⁶⁾. 센터에서는 부모의 이혼 시 자녀의 필요와 욕구를 집중적으로 지원하며, 해당부모의 자녀양육 계획도 지원한다. 무엇보다 이혼하는 부모가 자녀양육과 관련해 합의를 하도록 상담 등을 통한 중재서비스를 중점적으로 제공하며, 필요한 정보도 제공하고 있다. 센터 인력은 외부의 다양한 기관에서 관련 전문가를 위촉하는 방식으로 구성하고 있다.

이혼 후 부부의 공동양육 협력과 비양육부모와 자녀 사이의 관계 지속을 위한 프로그램들도 공적 지원 하에 이루어지고 있다. ‘Parenting Order Program(부모명령 프로그램)’은 이혼 당시 자녀의 공동양육 등 자녀에 대해 합의한 내용을 이행하지 않아 갈등수준이 높은 이혼부부를 위해 제공되는 서비스이다⁵⁷⁾. 이혼부부는 법원의 명령이나 관련 지역기관, 정부를 통해 이 서비스에 참여하게 되며, 부부간 협력이 원활하게 이루어지도록 돕는 상담이나 중재, 집단교육 등에 참여하게 된다.

비양육부모와 자녀의 교류가 제한적이거나 전혀 없는 사례들을 돕는 ‘Children's Contact Service(자녀면접서비스)’도 이루어지고 있다⁵⁸⁾. 이 서비스는 비양육부모가 자녀와 어떻게 연락할 것인지에 대한 계획과 합의를 지원하고, 부모간의 만남 없이 자녀를 비양육부모에게 데려다주고, 데려오는 서비스를 제공한다. 또한 자녀가 비양육부모와 지낼 때 관계에 대한 조언(supervision)도 제공하며, 장난감이나 게임 등이 비치된 아동센터를 마련해 자녀가 편안한 상태에서 부모와 만날 수 있도록 하고 있다.

한국의 경우 (가정)법원과 여성가족부를 중심으로 관련 서비스를 지원하고 있다. 먼저, 2007년 민법 개정으로 이혼숙려제도가 도입되면서 가정법원이 필요하다고 판단할 경우 협의이혼 당사자에게 전문상담인의 상담을 받을

55) http://www.legalanswers.sl.nsw.gov.au/guides/hot_topics/families/family_law_and_divorce/2006_changes_family_law.html(검색일: 2015.7.23)
 56) <http://www.familyrelationships.gov.au/Services/FRC/Pages/default.aspx>(검색일: 2015.7.24)
 57) <http://www.raq.org.au/content/parenting-orders-program-pop>(검색일: 2015.7.23.)
 58) <http://www.relationships.org.au/what-we-do/services/childrens-contact-service>(검색일: 2015.7.24)

54 ●●● 가족정책관점에서 본 간통죄 폐지의 의미와 향후 정책방안 연구

것을 권고하는 조항(제836조의2 제1항)⁵⁹⁾이 마련되었다. 법 시행 이후 2012년 부산가정법원, 서울가정법원 등에서는 미성년자녀를 둔 부부에 한해 ‘협의 이혼 전 의무상담(면담)제’를 실시하고 있다. 또한 서울가정법원은 부모 교육을 의무화해 이혼 후 자녀양육에 대한 이해 등의 내용을 1회 4시간 교육하고 있다. 현재 상담과 부모교육은 외부의 상담위원이나 강사를 통해 이루어지는 추세이다⁶⁰⁾.

재판이혼과정에서도 자녀의 복리를 중심으로 자녀양육에 대한 합의를 돕기 위해 부모교육을 필수적으로 이수하도록 하고 있다. 또한 필요시 조정단계에서 가사조사관이 부부 및 가족상황에 대한 조사(상담 포함)를 시행하며, 심리 상담이 필요한 가족에게는 외부 상담전문가를 연계해 10~15회 상담을 받도록 비용을 지원한다⁶¹⁾.

2014년부터 서울가정법원은 새로운 가사사건 관리 모델⁶²⁾을 시범운영하고 있다. 이 모델은 이혼과정 초기에 부모교육을 통해 자녀양육에 대한 안내를 강화하고, 상담이나 조정조치 등을 통한 조기개입으로 이혼과정에서 당사자 간 대립구도와 갈등을 최소화시키면서 자녀양육과 재산분할 등 관련 사항들을 합리적으로 조정하도록 지원한다. 또한 면접교섭센터를 설치해 이혼 후 비양육부모와 자녀의 면접과 관계 지속 등 이혼부모의 공동양육과 관련한 지원을 하고 있다.

한편 여성가족부에서는 가족정책 도입 초기부터 건강가정지원센터⁶³⁾를 통해 이혼전후 과정에서 정서적 치유와 관계 재구성을 위한 부부 개별·집단 상담, 자녀상담과 이혼 후 부모자녀 가족캠프, 비양육자 프로그램 등을 수행해왔다. 또한 가정법원과 연계해 이혼과정에 있는 가족에게 심리·법률 상담

59) 국가법령정보센터. <http://www.law.go.kr/main.html>

60) 제3차 전문가 간담회에서 확인된 내용을 정리한 것이다.

61) 제3차 전문가 간담회의 확인된 내용을 정리한 것이다.

62) 해당 내용은 제3차 전문가 간담회의 내용에서 발췌했으며, 관련 기사에서 동일 내용을 확인하였다. (헤럴드 경제(2015). “서울가정법원 ‘새 가사소송 모델’ 중간평가…조정성립률↑”, 2015.7.21.자, http://news.heraldcorp.com/view.php?ud=0150721000896&md=20150722003231_BL. 검색일: 2015.7.27.)

63) 건강가정지원센터의 해당 프로그램 설명을 재구성함.

(http://www.familynet.or.kr/introduce/business/consult/family_consulting_way_tel.do, 검색일: 2015.7.27.)

Ⅳ. 향후 대응 방안 ●●● 55

및 부모교육 등을 지원하는 ‘법원 연계 이혼위기가족 지원사업’을 2012년에 도입, 2015년 현재 전국 7개 건강가정지원센터에서 수행하고 있다.

2014년 「양육비이행확보 및 지원에 관한 법률」이 제정되고, 2015년 3월 25일 양육비이행관리원이 출범해 이혼 후 비양육부모의 양육비 이행을 위한 당사자 간의 합의와 불이행 시 제재조치 등에 공적 개입이 이루어지고 있다. 이행원 출범 100일 만에 양육비상담은 14,897건으로 하루 평균 233건에 달했으며, 양육비이행지원신청은 3,747건으로 하루 평균 59건에 이르는 것으로 집계되었다.⁶⁴⁾

이처럼 가정법원과 여성가족부를 중심으로 이혼과정에 대한 상담과 교육 등 당사자들의 조정을 위한 서비스가 시행되고 있으나 아직 초기 단계로 전반적으로 전문 인력, 재원의 부족으로 충분하게 제공되고 있지 못하다. 그 뿐 아니라 서비스 제공기관들의 유기적 연계도 미흡해 이혼가족들의 접근성을 높이지 못하는 측면이 있다.

따라서 여성가족부, 가정법원이 각자의 영역에서 해당 사업을 확대하는 한편, 필요한 자원에 대해 적극 공조하는 체계를 가질 필요가 있다. 그 일환으로 현행 ‘법원 연계 이혼위기가족 지원사업’을 전국 단위로 확대해 접근성을 높이고, 기관들의 역할 분담과 적극적인 연계 방안을 마련해야 할 것이다.

위에서 제시한 각각의 사업 확대와 연계 체계 강화를 위한 구체적인 정책과제들을 제시하면 다음과 같다. 첫째, 가정법원의 전문 가사조사관 인력 확대의 제도적 기반을 마련해 상담 등 조기개입을 통해 당사자들 간의 원만한 조정과 합의를 이끌어 내고, 건강가정지원센터 등 외부 전문기관들과의 연계를 강화해 나갈 필요가 있다.

둘째, 전국 기초자치단체 단위로 설치 운영되는 여성가족부의 건강가정지원센터가 법원에 비해 심리적으로 접근성이 높다는 이점을 활용해 이혼 전후 과정 전반에서 상담과 정보제공 등 관련 서비스 지원 기능을 확대할

64) 여성가족부 2015.7.2.자 보도자료

(http://www.mogef.go.kr/korea/view/news/news03_01.jsp?func=view¤tPage=4&key_type=&key=&search_start_date=&search_end_date=&class_id=0&idx=696664
검색일: 2015.7.27.)

56 ●●● 가족정책관점에서 본 간통죄 폐지의 의미와 향후 정책방안 연구

필요가 있다. 호주의 경우에도 법원뿐 아니라 지역사회 기관들을 중심으로 조정과 중재 서비스, 이혼 후 지원 등을 확대하고 있는 만큼 이 부분에 대한 적극적 고려가 요구된다. 이를 위해 우선적으로 이혼전문 상담 인력을 확보해야 할 것이다. 관련해 가정법원과 협력해 별도의 인력을 양성하거나 전문 인력 풀을 공동으로 구축해 활용하는 방안을 고려해볼 수 있다.

셋째, 이혼 후 새로운 관계로의 전환에 대한 적응과 부모역할 이행 과정 상담과 조정 등 사후 관리 강화도 필요하다. 새로운 부모역할 계획 수립과 이행에 필요한 체크리스트 등 tool kit을 개발해 온·오프라인을 통해 제공하는 서비스를 개발하고, 이미 양육비이행관리원과 건강가정지원센터를 통해 법리적 측면과 일상적 지원을 수행하고 있으므로 해당 서비스 인프라나 예산 확대를 통해 서비스 내실을 기할 필요가 있다.

넷째, 법원과의 공조를 통해 이혼 부모간 접촉을 최소화하면서 비양육부모와 자녀가 면접하고 교류할 수 있도록 부모자녀관계를 연계하는 서비스를 개발하여야 한다. 인프라가 부족한 지역의 경우 건강가정지원센터를 자녀와 비양육부모가 교류하는 장소를 마련하는 방안도 고려가능하다.

참고문헌

■ 국내문헌

- 고선주(2015). “부부관계 만족: 평등에 기반한 관계와 역할의 시소타기”. 『한국 가족을 말하다』. 하우.
- 김병수(2007). “혼외관계의 인식과 경험에 관한 연구.” 『한국가정과학회지』 10(2): 19-35.
- _____ (2009). “남편의 외도를 경험한 아내의 이혼에 대한 태도 사례연구.” 『한국 가족치료학회지』 17(1): 167-185.
- 김유경·이진숙·이재림·김가희(2014). 「가족의 갈등과 대응방안 연구-가족관계 갈등과 가족기능 갈등을 중심으로」. 한국보건사회연구원.
- 김혜경(2014). “역사 속의 가족 : 근대 100년의 한국 가족과 가족론”. 『가족과 친밀성의 사회학』. 다산출판사.
- 김혜영·김상돈·박선애(2012). 「가족관련 가치 및 의식의 변화와 가족의 미래」. 한국여성정책연구원.
- 김혜영(2015). “가족판타지의 시대에서 가족위험의 시대로”. 「고려대학교 한국사회연구소 콜로키움 200회」. 2015.6.12.
- 나달숙(2015). “간통죄 결정문의 의의와 한계”. 「제1차 젠더와 입법 포럼: 간통죄 폐지, 그 의미와 전망」. 2015.4.29.
- 남영주(2015). “부부관계에서의 성(性), 이상과 현실”. 『한국가족을 말하다』. 하우.
- 대검찰청(2014). 「2013 검찰연감」.
- 박복순·박선영·이여봉(2012). 「이혼법제 개선방안 연구」. 한국여성정책연구원.
- 박선영·송효진·구미영·김정혜·유혜경(2014). 「여성·가족 관련 법제의 실효성 제고를 위한 연구(II): 간통죄에 대한 심층분석」. 한국여성정책연구원.
- 야마다 마사히로(2010). 『우리가 알던 가족의 종말: 오늘날 일본가족의 재구조화』. 장화경(역). 그린비.
- 양미진·송수민(2011). “부모의 외도를 경험한 청소년 특성에 대한 질적 연구.” 『청소년상담연구』 19(1): 107-126.
- 양현아(2015). “포스트(post) 간통죄 폐지: 드러난 성적 자유주의 담론과 묻혀진 피해 배우자의 손해”. 「제1차 젠더와 입법 포럼: 간통죄 폐지, 그 의미와 전망」. 2015.4.29.

58 ●●● 가족정책관점에서 본 간통죄 폐지의 의미와 향후 정책방안 연구

여성가족부·한국여성정책연구원 가족정책전략센터(2012). “다양한 가족상황에서 아버지의 역할과 참여를 위한 정책”. 『해외가족정책동향』. vol.3.

이성은(2006). “한국 기혼 남녀의 섹슈얼리티와 친밀성의 개념화”. 『가족과 문화』 18(2): 1-36.

이여봉(2014). “결혼, 부부로 살아가기”. 『가족과 친밀성의 사회학』. 다산출판사.

이호중(2011). “성형법 담론에서 섹슈얼리티(sexuality)의 논의지형과 한계-혼인빙자간음죄와 간통죄 폐지논의를 중심으로.” 양현아·김용화 편. 『혼인, 섹슈얼리티(Sexuality)와 법』. 경인문화사.

장혜경·김은지·김영란·김소영·선보영·김수완(2013). 『가족의 미래와 여성·가족정책전망(III)』. 한국여성정책연구원.

전혜정(2005). 『부부재산계약』. 경북대학교 박사학위논문.

정계선(2011). “간통죄와 혼인빙자간음죄 관련 헌법소원 사건 등에 대한 헌법재판소의 입장-판례를 중심으로-.” 양현아·김용화 편. 『혼인, 섹슈얼리티(Sexuality)와 법』. 경인문화사.

정춘숙(2011). “간통죄 존폐와 섹슈얼리티(Sexuality).” 양현아·김용화 편. 『혼인, 섹슈얼리티(Sexuality)와 법』. 경인문화사.

정현미(2015). “간통죄의 폐지에 즈음하여.” 『고시계』 60(4): 2-4.

조은숙(2015). “기러기가족을 통해 본 한국가족”. 『한국가족을 말하다』. 하우.

주재선·박건표(2012). 『2011 한국의 성인지 통계』. 한국여성정책연구원.

진미정(2015). “한국가족정책의 특수성과 과제: 미시공공성과 공동체성”, 『한국가족을 말하다』. 하우.

통계청(2000-2014). 『인구동향조사』.

_____ (1980-2010). 『인구총조사』.

한국건강가정진흥원(2015). 『2014 전국 건강가정지원센터 사업실적보고서』.

한경혜·강유진·한민아(2003). “이혼태도와 관련 요인”. 가족과 문화 15(1): 77-96.

헌법재판소(1990). 1990.9.10. 89헌마82. 헌법재판소판례집 2.

_____ (1993). 1993.3.11. 90헌가70. 헌법재판소판례집 5-1.

_____ (2001). 2001.10.25. 2000헌바60. 헌법재판소판례집 13-2.

_____ (2008). 2008.10.30. 2007헌가17·21, 2008헌가7, 2008헌바21·47(병합). 헌법재판소판례집 20-2상.

_____ (2015). 2015.2.26. 2009헌바17·205 등(병합). 헌법재판소판례집 27-1상.

황정미(2014). “가족·국가·사회재생산”. 『가족과 친밀성의 사회학』. 다산출판사.

■ 참고자료 및 참고사이트

국가법령정보센터. <http://www.law.go.kr/main.html>

건강가정지원센터. <http://www.familynet.or.kr>

디지털타임스(2015). 결혼정보업체 듀오, ‘혼전계약서의 필요성’에 관한 설문 결과 발표(2015.3.19.). http://www.dt.co.kr/contents.html?article_no=2015031902109919807067 (검색일: 2015년 7월 27일)

매일경제(2015). 망설여지는 재혼, 혼전계약서가 중요!(2015.6.17.)
http://news.mk.co.kr/newsReadPrint_2013.php?year=2015&no=580254 (검색일: 2015년 7월 27일)

여성가족부(2015). 3개월 간 양육비 이행 합의 110건 이끌어(2015.7.2. 보도자료).
http://www.mogef.go.kr/korea/view/news/news03_01.jsp?func=view¤tPage=4&key_type=&key=&search_start_date=&search_end_date=&class_id=0&idx=696664 (검색일: 2015년 7월 27일)

일요신문(2015). 간통죄 폐지 이후 주목 혼전계약서의 모든 것(2015.3.18.)
http://ilyo.co.kr/?ac=article_view&entry_id=117916 (검색일: 2015년 7월 15일)

통계청(2013). 우리나라의 이혼·재혼 현황-지난 30년간 이혼·재혼 자료 분석(2013. 12.10. 보도자료). http://kostat.go.kr/portal/korea/kor_nw/2/1/index.board?bmode=read&aSeq=310523 (검색일: 2015년 6월 25일)

_____(2015). 2014 혼인·이혼 통계(2015.4.23. 보도자료). http://kostat.go.kr/portal/korea/kor_nw/2/2/1/index.board?bmode=read&bSeq=&aSeq=335256&pageNo=1&rowNum=10&navCount=10&currPg=&sTarget=title&sTxt= (검색일: 2015년 6월 25일)

한국경제매거진(2014). [COVER STORY] 늘어나는 이혼, 그리고 재혼 혼전계약서로 재산 분쟁 막는다(2014.10.15.)
http://magazine.hankyung.com/money/apps/news?popup=0&nid=02&nkey=2014101500113000012&mode=sub_view (검색일: 2015년 7월 15일)

헌법재판소. <https://www.ccourt.go.kr/cckhome/kor/main/index.do>

헤럴드 경제(2015). 서울가정법원 ‘새 가사소송 모델’ 중간평가…조정성립률 ↑ (2015.7.21.). http://news.heraldcorp.com/view.php?ud=20150721000896&md=20150722003231_BL. (검색일: 2015년 7월 27일)

<http://www.familyrelationships.gov.au/Services/FRC/Pages/default.aspx> (검색일: 2015년 7월 24일)

http://www.legalanswers.sl.nsw.gov.au/guides/hot_topics/families/family_law_and_divorce/2006_changes_family_law.html (검색일: 2015년 7월 23일)

<http://www.raq.org.au/content/parenting-orders-program-pop> (검색일: 2015년 7월 23일)

<http://www.relationships.org.au/what-we-do/services/childrens-contact-service> (검색일: 2015년 7월 24일)



Abstract

A Study on the Meaning of Abolition of Adultery from Family Policy Perspectives and Future Policy Plans

Soyoung Kim
Kyoung-Hee Ma
HyoJean Song
Ah-young Kim

On Feb. 26, 2015, the constitutional court scraped the criminal anti-adultery law, saying it was unconstitutional (Article 241 of the Criminal Code) (Constitutional Court 2015.2.26. 2009heonba17·205 deng (consolidation) decision). Key controversy over the abolishment of the anti-adultery law has been centered on its judicial legitimacy and effectiveness since the court's review of the law started for the first time in 1990. However, as discussions have been mostly concentrated on relationship between individuals and the country, the social context of gender and families where an act of 'adultery' takes place are not fully considered.

The abolishment of the anti-adultery law is a social phenomenon that

demonstrates changes in conjugal relations and family structure from family perspectives. As conjugal relations are individual relations as well as family relations at the same time, adultery, which has been governed through the Criminal Code, is being changed into one of the reasons for the break-up of marital relations. This can be explained in the context of family changes. It relates to discussions on how Korean families are changing, what are the trigger factors, the nature of conjugal relations, which is the starting point of modern family, and direction of their changes.

This approach helps to understand the meaning of modern family and conjugal relations that have not been highlighted in the controversy over the abolishment of the anti-adultery law and evolves into discussions on what roles family policies should play and what support should be provided in order to respond to the direction of family changes. In addition, though there is a diagnosis by experts that there will not be a great deal of changes that the abolishment of anti-adultery law will bring about, there are mounting concerns over ‘rampant sexual misconducts,’ and ‘surging break-ups of families.’ This study intends to arouse public opinion by raising family issues that require policy intervention. Thus, this study seeks to explain the meaning of the abolishment of the anti-adultery law from family perspectives, developing the implications of family policies and future response initiatives. Key research methodologies include analysis of materials and literature, legal and family counseling experts, gender and family researchers, collective group meetings from the general public including female groups aged between 20s and 30s and male groups aged between 30s and 40s, and advisory meetings across the researches.

First, a look into issues of the abolishment of the anti-adultery law and

limitation of discussions on the abolishment of the anti-adultery law from family perspectives shows the following results. Key issues of the abolishment of the anti-adultery law include ① the legitimacy of government intervention: regulations for the benefit of public welfare vs. protection of sexual self-determination rights, ② the adequacy of means: legal restriction vs. individual moral law, ③ the effectiveness of criminal punishment. The constitutional court's ruling was based on ① 'criminal prosecution is no longer appropriate for extramarital affairs' ② the effectiveness of criminal punishment is doubtful as means of psychological restraint to help maintain a marriage or prevent adultery.

The court's decision brought legal disputes to an end. However, the needs for new disputes and discussions are raised. All the more so in that there have been limited discussions in relation to the abolishment of the anti-adultery law from family perspectives including conceptual issue of liberal sexual self-determination rights, children welfare that are in blind spots, and overlook from gender perspectives in extramarital affairs.

Second, efforts to define the nature of modern family and develop policy implications at the point of the abolishment of the anti-adultery law produce the following results. Korea's modern family is changing into an arena for close relations that individuals select and build up through mutual adjustment in communities with normative binding power. This indicates that there is a room for accelerated instability in relations.

An observation into extramarital affairs in the context of conjugal relations and issues reveals that there are families having difficulties in responding and adapting to such changes. In particular, such difficulties are discovered in conjugal relations that are unequal. They failed to smoothly address psychological burden and emotional difficulties in the

course of divorce, and tended to project their conflict situations into their relations with their children.

Therefore, intervention of experts or organizations in the course of divorce and measures for support are required in order to appease conjugal-conflicts and smoothly handle the break-up for those who have difficulties in adjustment and mediation before and after divorce.



2015 연구보고서(수시과제)-8

가족정책관점에서 본 간통죄 폐지의 의미와 향후 정책방안 연구

2015년 8월 7일 인쇄

2015년 8월 10일 발행

발행인 : 이 명 선

발행처 : 한국여성정책연구원

서울특별시 은평구 진흥로 225

전화 / 02-3156-7000 (代)

인쇄처 : 도서출판 한학문화

전화 / 02-313-7593 (代)

ISBN 978-89-8491-742-2 93330

<정가 10,500 원>