처의 행위능력 인정과 아내강간 인정 판결을 통해 본 여성 인권의 변화*

하민경**

목 차

Ⅰ. 들어가며
Ⅱ. 처의 행위능력의 인정
1. 우리 전통법제하 여성의 행위능력
2. 일제강점기하 처의 무능력제도
3. 광복 이후 미군정하 민주주의 사조의 확산
4. 처의 행위능력을 인정한 대법원 1947. 9. 2. 선고 1947민상88 판결
5. 1947년 판결에 대한 찬반논의
6. 후속 대법원 판례의 변천
7. 제정민법에서 처의 무능력조항 배제
Ⅲ. 아내강간의 인정
1. 형법체계에서 성범죄의 변화
2. 부부강간에 대한 사회일반의 인식 변화
3. 부부강간죄 인정 여부에 대한 찬반 논의
4. 판례의 변화
5. 부부강간을 인정한 대법원 2013. 5. 16. 선고 2012도14788 전원합의체 판결
6. 부부폭력률의 감소
7. 후속 판례의 추이
Ⅳ. 나가며: 시사점을 대신하여

[국문 요약]

처의 행위능력이 제한되기 시작한 것은 우리의 관습dmf 왜곡한 일제강점기 시대부터였다. 광복 이후 확산된 민주주의 사조는 대법원이 남녀평등의 사상을 근거로 처의 행위능력을 회복시키는 판결을 선고하는 데 기여하였다. 이 판결에 대해 반대론자들은 처의 지위를 무제한으로 향상시키는 것이 부부생활의 원만을 깨뜨릴 수 있다는 우려를 표하기도 하였으나 우리 민법은 일제강점기의 유산인 처의 무능력제도를 폐지하였고, 이는 민법 제정에서 가장 의

---

* 이 글은 필자가 사법정책연구원에서 연구책임자로 수행한 연구보고서 「대법원 판결과 사회 변화」의 일부를 수정 및 보완하여 작성한 것임을 밝힌다.

** 대법원 사법정책연구원 연구위원 (법학박사, 미국 뉴욕주 변호사)

미가 큰 것으로 여겨진다.

이후 형법상 강간죄 규정의 보호법익이 여성의 정조가 아니라 성적 자기결정권의 보호라는 데 사회적 합의가 이루어지고 형법에도 이와 같은 변화가 반영되었다. 이와 함께 부부간에도 강간이 성립할 수 있다는 문제의식이 대두되었고 2013년에 이르러서는 실질적인 부부관계가 유지되고 있다 하더라도 부부간 동거의무에 폭행·협박이 수반된 성관계의무까지 포함될 수 없다고 하여 강간죄의 객체에 법률상의 처도 포함된다는 대법원 판결이 선고된다. 이후 부부 사이의 폭력률이 감소하는 등 긍정적인 사회적 효과가 나타나기도 하였다. 하지만 건강한 가족관계를 위해 부부관계의 특수성을 고려하여야 한다는 점에서 절차적으로 가정보호사건으로 처리하는 병행적 절차를 두고 있다.

미투운동으로 많은 시민들이 인식하게 된 '강간죄 성립에 폭행·협박이 필요한가'라는 질문은 그동안 많은 변화를 겪어 온 여성의 인권 문제를 다룬 판결, 입법의 변화와 함께 고민해야 할 문제이다. 처의 무능력제도의 폐지를 통한 가정 내 여성 인권의 신장은 건강한 가족관계를 해치지 않았다. 또한 부부간이라도 폭행 또는 협박으로 강간한 경우라면 가해자는 강간죄에서 자유로울 수 없다는 판결의 선고와 부부간 강간행위에 대한 문제의식은 부부폭력률의 감소를 가져오기도 하였다. 한편 부부관계의 특수성을 고려하는 절차를 마련한 것은 건강한 가족관계를 장려하는 차원에서 부수적 장치를 둔 것이다. 이를 통해 '상대의 동의 없는 성관계는 강간'이라는 관념을 정립하는 법제도적 장치의 마련이 오히려 건전한 남녀관계를 장려하는 것이 아닌지 생각해 본다.

[주제어] 여성, 인권, 처의 행위능력, 부부강간, 아내강간, 강간죄, 동의

Ⅰ. 들어가며

현행 형법은 강간죄의 성립에 폭행 또는 협박을 요한다(제297조). 여기서 폭행 또는 협박의 정도는 최협의다. 폭행 또는 협박의 정도가 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도에 이르러야 한다는 의미다. 물론 실제 사건에서 법원은 폭행·협박을 점차 넓게 인정하여 피해자가 성교 당시 처하였던 구체적인 상황을 기준으로 판단해야 하고 피해자가 사력을 다하여 반항하지 않았다는 사정만으로 가해자의 폭행·협박이 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도에 이르지 않았다고 단정해서는 안 된다고 보는 것이 최근의 추세이기는 하다.[1] 하지만 여전히 피해자가 물리적으로 얼마나 저항했는지를 기준으로 판단하는 판례들도 꽤 존재한다. 강간죄의 구성요건으

1) 예를 들어 대법원 2005. 7. 28. 선고 2005도3071 판결.

로 폭행 또는 협박을 요하는 이상 당연한 해석일 수밖에 없기도 하다.

그런데 최근 우리나라에 전파된 성범죄 피해자들의 미투운동의 영향으로[2] 비동의간음죄의 신설 방안이 구체적으로 검토되고 있다.[3] 법무부는 강간죄의 성립 요건을 현행보다 완화하고 상대방의 동의 없이 성행위를 하는 경우를 처벌하기 위해 형법에 '비동의 간음죄'를 신설하는 방안을 검토 중인 것으로 보도되었다.[4]

이와 같은 현실에서 '강간죄 성립에 폭행·협박이 필요한가'와 같은 강간죄 규정의 개선방안을 강구하는 작업은 법사학적 차원에서의 판결, 입법, 시민인식의 변화를 살펴보는 작업과 함께 이루어져야 할 것이다. 이 글에서는 강간죄 규정 논의에서 가장 많은 논란이 있었던 아내강간의 문제가 판결로 해결되기까지 논의를 살펴보기 위해 광복을 전후로 한 아내의 행위능력 문제부터 다루어보기로 한다. 현재는 여성의 행위능력을 인정하는 것은 지극히 당연한 것이지만 당시에는 급진적인 판결 선고였던 것처럼 강간죄에 폭행·협박의 구성요건을 배제하고 '상대의 명백한 동의가 없는 경우'가 자리하는 것이 미래의 어느 시점에서는 당연한 일일지도 모르기 때문이다.

---

2) 미투운동의 영향으로 전세계적으로 성범죄 관련 법률을 개정하거나 판례의 재정립을 시도하고 있다[동아일보, "영-스웨덴 '명백한 동의없는 성관계는 강간' 못박아" (2018. 3. 17.), http://news.donga.com/3/all/20180307/88984519/1 (2018. 4. 14. 확인)]. 대표적으로 스웨덴 정부는 2017. 12. 21. 성관계 전 상대의 명시적 동의를 얻지 않았다면 강간이 성립하도록 하는 법개정안을 의회에 제출하였다[Government Offices of Sweden, "New Sexual Offence legislation based on consent" (2017. 12. 21.), http://www.government.se/press-releases/2017/12/new-sexual-offence-legislation-based-on-consent/ (2018. 4. 14. 확인)].

3) 노컷뉴스, "당정, 비동의 간음죄 신설 가닥"(2018. 4. 10.), http://www.nocutnews.co.kr/news/4952078 (2018. 4. 13. 확인).

4) 세계일보, "[어떻게 생각하십니까] "처벌 솜방망이" vs "피해자 양산"…'비동의 간음죄 신설' 논란" (2018. 4. 10.), http://www.segye.com/newsView/20180410005273 (2018. 4. 13. 확인).

Ⅱ. 처의 행위능력의 인정

1. 우리 전통법제하 여성의 행위능력

행위능력이란 스스로 법적으로 유효한 행위를 할 수 있는 능력, 즉 자신의 행위에 대하여 책임을 질 수 있는 능력을 뜻한다. 행위능력이 있어야 자기소유물을 임의로 처분할 수 있고, 금전을 차용할 수 있으며, 소송행위 등 기타 중요한 법률행위를 스스로 유효하게 할 수 있다. 로마법, 독일법 등에 따르면 행위능력은 연령, 건강, 성별에 따라 결정되어 왔는데, 전세계적으로 고대로부터 여자는 무능력자로 취급받았다. 특히 처(妻)는 부(夫)의 후견하에 있는 것이 원칙이었다.[5]

그에 비해 우리나라 전통법제에는 법적 행위능력이라는 개념 자체가 존재하지 않았다.[6] 조선시대에도 어른으로 대접하는 것은 연령보다도 혼인을 기준으로 하여 기혼자는 성별을 불문하고 자기의 언동에 대하여 책임을 질 수 있는 인격적 지위를 갖추었다고 보았다. 처의 경우에도 완전한 권리능력·행위능력·소송능력·형사책임능력을 갖고 있으며 법전에도 이에 관하여 적극적으로 규정하고 있었다.[7] 이렇듯 역사적으로 처의 행위능력에 대한 제한을 두지 않은 것이 오히려 우리나라의 특색이라고 평가된다.[8]

여성의 소송주체로서의 권리는 경국대전에서 "사족부녀의 소송은 자(子)·손(孫)·서(壻)·질(姪)·노비(奴婢) 등으로 대신하는 것을 허용한다."라고 보장하고 있었다. 사족여성의 소송을 가장이 아닌 손아래 사람이나 하인으로 하여금 대행하도록 한 것은 내외(內外)를 중시하였던 조선사회에서 사족여성에 대한 예우의 차원에서 나온 것임을 쉽게 예상할 수 있다.[9] 여성의 재산

5) 박병호, 「행위능력」, 『고시계』 제32권 제6호 (1987), 181면.
6) 박병호, 위의 글(각주 5).
7) 박병호, 「행위능력」, 고시계 제32권 제6호 (1987), 182면.
8) 박병호, 위의 글(각주 7).
9) 장병인, 「조선시대와 일제시대 여성의 법적 지위 비교」, 『호서사학』 제36집(호서사학회, 2005), 221면.

권을 인정하고 직접 소송주체로 나서 소송권 행사를 하는 것을 철저히 보장하였던 것은 현전하는 고문서들에서 적지 않게 확인이 가능하다.[10] 또한 이들 문서의 작성연대가 대부분 1900년 전후인 것으로 미루어 짐작할 수 있는 것은 일제의 식민통치 직전까지도 여성이 독자적으로 소송하는 데 법적 제한이 없었을 뿐 아니라 적극적으로 보장되었다고 볼 수 있다.

2. 일제강점기하 처의 무능력제도

일제강점기에 들어서면서 결혼한 여자의 행위능력이 제한되기 시작하였다. 1912년 일본은 민사에 관한 기본법령이었던 조선민사령 제11조를 통해 민사관계인 신분 및 재산관계에 대해서는 일본민법전이 아닌 조선의 관습에 준거할 것을 명시하였으나, 유교의 젠더 규범을 조선의 관습의 이름으로 동원되는 과정에서 그 관습이 재구성되거나[11] 일본인의 관습이 우리의 관습인 것처럼 대체되었다.[12] 이는 법전조사국의 관습조사보고서가 "조선에서는 처는 부에 대해 절대적으로 복종하여야 하므로, 처에 대한 부권은 자못 강력하여 처의 행위능력은 극단적으로 제한되어, 거의 모든 일은 부의 허가를 받아야 하였다. 그러므로 본래부터 신체의 구속을 받는 계약, 소송행위 등의 중요한 법률행위에 대해서 부의 허가가 필요한 것은 물론, 가령 중요하지 않은 행위라 하더라도 단독으로 할 수 없는 것이 원칙이다."[13]라고 왜곡해서 쓴 것을 통해 알 수 있다.

결국 일본은 1921. 5. 6. 조선민사령 제11조의 개정을 통해서 처의 능력에 관해서도 일본의 민법 제14조 이하가 의용되도록 하였다. 의용민법 제14조

---

10) 규장각 소재 고문서를 검토해 보면 산송관련 소지류 1874건 중 13건, 노비관련 소지류 82건 중 2건, 토지소유관련 소지류 1141건 중 50건에서 여성이 소송 주체였음이 확인된다[장병인, 위의 글(각주 9), 223면].

11) 홍양희, 「식민지시기 가족 관습법과 젠더 질서: 관습조사보고서의 젠더이식을 중심으로」, 『한국여성학』 제23권 제4호(한국여성학회, 2007), 100면.

12) 일본인의 관습을 우리의 관습이라고 의제한 대표적인 것이 '처의 무능력'과 관련해서라는 장병인, 앞의 글(각주 9), 217면.

13) 정긍식, 「국역관습조사보고서」(한국법제연구원, 1992), 89~90면.

는 법적으로 의미있는 모든 행위(원본 영수 또는 이용 행위, 차재 또는 보증 행위, 부동산 또는 중요한 동산에 관한 권리의 득실을 목적으로 하는 행위, 소송행위, 증여, 화해, 중재 계약의 체결 행위, 상속의 승인 또는 포기 행위, 증여 또는 유증의 수락 또는 거절 행위, 신체에 구속 받을 계약을 맺는 행위 등)를 하는 경우 남편의 허가를 얻어야 한다고 규정하고(제14조), 처가 이들 행위를 함에 있어 부의 허가를 받지 않은 경우 취소할 수 있다고 명시하였다.[14] 더욱이 처의 무능력 해제에 관해 명시한 제17조는 남편의 생사가 불명한 경우, 남편이 아내를 유기한 경우, 남편이 금치산자 내지 준금치산자인 경우, 남편이 정신병으로 병원 내지 사택에 감치된 경우, 남편이 1년 이상의 자유형에 처하여 형집행 중인 경우, 부부의 이해가 상반되는 경우에 있어서는 제14조에 해당하는 행위라도 남편의 허가 없이 행할 수 있다는 당연한 상황에서의 규정을 두어 여성의 권리 회복을 표방하면서 실제는 그 인격을 비하하는 것이었다.[15] 또한 제18조는 미성년의 남편은 그 법정대리인의 허가를 얻어 자기 아내의 행위를 허가하지 않으면 안 된다고 규정하여 남편이 미성년, 처가 성년인 경우 남편으로 하여금 아내의 허가를 받게 하면 되는 것을 오히려 성년의 아내에 대하여까지 이중으로 감시하는 규정을 두었다.[16]

처의 무능력제도를 규정한 입법이유서에는 미혼의 여자와 미망인은 그 능력에 있어서 남자와 다름이 없지만 유부녀의 경우 남편에게 순종할 의무가 있는 관계로 남편의 허가를 얻게 하는 것이 필요하다고 설명되어 있다.[17] 당시 우메 겐지로(梅謙次郞) 민법기초위원의 발언[18]에 비추어볼 때 미성년

14) 김주수, 「여성의 법적 지위」, 『현상과 인식』 제7권 제3호(한국인문사회과학회, 1983. 9.), 17면.
15) 정광현, 「조선여성과 법률(8): 여성과 법률상능력〈오〉」, 『동아일보』(1936. 4. 14.).
16) 정광현, 위의 글(각주 15).
17) 정광현, 「조선여성과 법률(9): 여성과 법률상능력〈육〉」, 『동아일보』(1936. 4. 24.).
18) "천(天)에 이일(二日)이 없고 일국에 두 왕이 없는 것과 같이 일가에 두 주인이 있어서는 도저히 일가를 정리할 수 없다. 그리고 일가의 주재자의 지위는 남편이 반드시 그것을 점령하여야 할 이치는 없으나 개화한 세상에 있어서 처가 남편 위에서 권력을 행사한다는 것은 망녕이니 하여간 여러 가지 이유로 아무리 하여도 남자가 여자를 지배하게 되며 처는 남편의 권력 아래 복종하게 된다. 그러므로 처에게 재산이 있어 그것을 처리할 때에는 그 남편과 상의함이 정당하며 남편의 의사를 무시하고 처가 임의로 하여서는 아니되겠다. 만일 그렇게된다면 결국 부권은 유명무실의 존재가 되고 말 것이다. 이와 같으므로 처를 무능력자로 취급하는 바이라. … 처가 남편에게 순종하지 않으면 가정의 화숙과 그 원만을 도모하기 어렵다."이에 관해서는 정광현, 위의 글(각주 17).

자, 금치산자 등의 무능력자가 정신의 불완전성이라는 내부적 사정에 의하여 그 능력이 제한되는 것에 반하여, 결혼한 여성의 경우에는 가정의 평화, 일가의 이익, 혼인생활의 원만, 부권의 존중 등 외부적 사정에 의하여 제한하고 있음을 알 수 있다.[19] 이와 같이 당시 여성의 지위는 혼인한 경우 남편에게 종속되어 있다고 볼 수 있는데, 일제에 의해 이식된 가(家)제도와 호주제도로 인하여 처는 호주인 부에게 법적으로나 경제적으로 예속될 수밖에 없었다.[20]

3. 광복 이후 미군정하 민주주의 사조의 확산

1945. 8. 15. 광복을 맞이하면서 민주주의를 수호하는 독립국가 건설이라는 시대적 의제를 필두로, 자유와 평등을 억압하는 식민지시대 구법의 청산을 요구하게 된다. 그럼에도 1960년 우리 민법이 시행되기 이전까지 광복 후 미군정(美軍政)에서는 특별명령이 없는 한 일제 강점기의 법령이라도 그대로 효력이 지속되었다. 즉 미군정당국은 1945. 11. 2. 군정법령 제21호로 "모든 법률 또는 조선 구정부가 발포하고 법률적 효력이 있는 규칙 명령 고시 기타 문서로서 1945. 8. 9. 시행 중인 것은 그간 이미 폐지된 것을 제외하고 조선군정부의 특별명령으로 폐지할 때까지 그 효력이 존속함"을 공포하였기 때문에 의용민법에 따라 처는 여전히 행위무능력자에 불과하였다.[21]

이와 같이 일본인 본위로 만든 법률이 대부분 그대로 시행되는 것은 해방 후 여성의 사회진출이 활발해지는 변천된 상황에서 구시대의 악습으로 여겨져 비판을 받게 된다. 해방 직후 여성들은 좌익, 우익 진영에 상관없이 가부장적 봉건성에 맞서 여성의 권익을 위해 운동을 전개해 나갔다.[22] 여성단체들은 민주주의를 건설함에 있어 "그 나라의 어머니인 동시에 그 나라의 국민

19) 정광현, 앞의 글(각주 17).
20) 김주수・김상용, 『친족・상속법』(제14판)(법문사, 2017), 10면.
21) 안경희, 「민법과 젠더: 부부간의 일상가사대리권을 중심으로」, 『이화젠더법학』 제4권 제2호(이화여자대학교 젠더법학연구소, 2012. 12.), 29면.
22) 윤정란, 「해방 후 국가건설과정에서 우익 진영 여성들의 의회진출운동」, 『역사문화연구』 제24집(한국외국어대학교 역사문화연구소, 2006), 213면.

인" 여성의 임무가 중대하고 여성의 지위 향상을 위해 실제적인 개혁이 필요하다며 공창제 폐지, 선거권과 피선거권 획득, 재산권 보장 등을 주장하며 개혁의 목소리를 높였다.[23] 진보적 민주주의국가가 건설되어야 하며 그것은 일제 잔재와 친일파의 척결, 봉건잔재의 완전 소탕이 이루어져야 가능하다는 관점에서 여성억압의 정치적 해결을 도모하였다.[24] 1945. 12. 조직된 전국적 규모의 여성대중조직인 조선부녀총동맹(약칭 '부총')[25]은 1946년 맹원이 80만 명이었고 1947. 8.에 이르러서는 맹원 200만 획득운동을 벌였는데, 이는 1947년 당시 남한의 여성인구 960만 명의 약 10분의 1 정도의 규모였다.[26] 그러나 1947. 8. 15. 미군정의 대탄압으로 인하여 지도부가 구속되고 서북청년단(약칭 '서청') 등의 테러단으로부터 구타, 납치, 삭발, 강간 등의 폭행을 당하는 등 미군정과 그를 지지하는 세력들로부터 탄압을 받았다.[27] 이러한 사회 분위기 속에서, 처의 행위능력을 제한하는 의용민법은 성차별이라는 이유로 그 적용을 거부하는 최초의 대법원 판결이 등장한다.

4. 처의 행위능력을 인정한 대법원 1947. 9. 2. 선고 1947민상88 판결

원고인 기혼여성은 자기 소유의 집을 세입자에게 불법점거 당했다는 이유로 가옥인도를 요구하였는데 세입자가 이를 거부하자 가옥인도청구소송을 제기하여 승소하였다. 세입자인 피고는, 법적 무능력자인 원고가 남편과 상의하지 않고 소송을 제기하였는데도 원심법원이 소송당사자의 소송능력을 조사하지 않았다고 주장하여 대법원에서 해당 사건이 다루어지게 되었다.

이에 대해 대법원은 의용민법 제14조 제1항은 처의 법률적 행위에는 부의

23) 김은경, 「탈식민기 가족법에서 민주주의 의제와 여성의 국민화: '처의 행위능력'을 중심으로」, 『사림』 제57호(수선사학회, 2016), 277면; 「[사설] 전국여성대회의 의의」, 『동아일보』(1946. 6. 1.), 1면.
24) 이승희, 『한국현대여성운동사』(백산서당, 1994), 225면.
25) 1947. 2. '남조선민주여성동맹'으로 개칭하였다.
26) 이승희, 앞의 글(각주 24), 233면.
27) 이승희, 앞의 글(각주 24), 226면.

허가를 요하며 처의 능력을 제한하고 있는데, 해당 규정의 취지는 부부간의 화합을 목적으로 한 측면도 있으나, 그보다는 주로 부에게 처에 대한 우월적 지배권을 부여한 취지라고 해석하였다. 우리는 일본으로부터 해방되어 법률, 정치, 경제, 문화 등 모든 제도를 민주주의이념 하에 건설하는 것이 국시라고 할 것이므로 만민은 평등하고 이미 여성에 대하여 선거권과 피선거권을 인정하는 등 남자와 동등한 공권을 향유하고 있고 사권에 대하여도 남녀가 동등한 점을 고려할 때 의용민법 제14조는 남녀평등을 부인하던 구제도로서 그 차별을 가장 현저히 한 규정으로 우리 사회에 적합하지 않아 그 적용에 있어서 적당한 변경이 요구된다고 보아 처의 행위능력 제한을 인정하지 않는다고 판시하였다.

일본으로부터 해방되었으나 우리 민법이 제정[28]되기 전으로서 여전히 일제강점기 시대의 법규가 적용되던 시기에, 처가 소송을 제기하려면 부의 허가를 얻어야 한다고 처의 행위능력을 제한하는 법규정이 폐기되지 않았음에도, 성차별이 우리 국시인 민주주의와 양립할 수 없다고 보아 처의 행위능력을 인정하는 판결을 선고한 것이다. 이 판결은 처음으로 '남녀평등'이라는 용어를 사용하고, 성차별이 민주주의 이념에 반한다고 판시한 최초의 판결로서, 여성의 지위를 법적으로 인정받게 한 대표적인 대법원 판결로 평가된다.[29]

5. 1947년 판결에 대한 찬반논의

예상할 수 있는 바와 같이 1947년 당시 이 판결이 가져온 사회적 파장은 컸다. 평등 및 민주주의를 주장하는 입장과 관습을 중시하는 세력간에 찬반논의이 벌어졌다. 또한 법리적으로도 무엇을 우위에 두어야 할지에 대하여 팽팽한 의견대립이 있었는데, 이를 두고 우리나라 최초의 법학논쟁이라고 보는 것[30]도 과언이 아닐 것이다. 찬반논의 중 대표적인 주장들을 간략히 살펴

28) 1958. 2. 22. 제정, 1960. 1. 1. 시행.

29) 예를 들어 경향신문, "여성의 지위: 10%나마 그것을 찾기 까지" (1964. 8. 15.); 김엘림, "'남녀평등'을 명시한 우리나라 최초의 판결는?: 1947년 대법원 판결, '남녀평등'이란 용어 처음 사용", 여성신문 (2013. 6. 17.), http://www.womennews.co.kr/news/view.asp?num=58589 (2017. 7. 19. 확인).

보면 다음과 같다.

먼저 해당 판결에 대한 긍정적 입장 중에 새 조선 건국에 있어 봉건적 잔재에 해당하여 건국이념에 반하는 법규정을 소탕하는 데에는 과감해야 한다고 주장하면서 생성중인 국가의 실질적 헌법인 민주주의를 기준으로 구민법 제14조 자체의 효력을 심사한 우리나라 최초의 헌법재판이라고 본 관점이 있다.[31] 찬성론자 중 다른 이는, 입법기관의 활동이 부진한 상황에서 대법원은 과거 일본법 중 현실에 적합하지 않은 법규를 취사선택하여 그 적용여부를 신중히 하는 것은 법운용의 최고기관으로서의 권한인 동시에 의무라고 주장하기도 하였다.[32] 찬성론자들은 처의 행위능력을 인정하는 것은 건국이념인 민주주의의 속성으로서 남녀평등을 실현한 것이며, 당시의 구민법이 아무리 현명한 처라도 미성년자 등과 함께 무능력자로 대우하는 것의 부당함은 사회적 합의가 되어 있다고 하면서[33] 대상판결을 지지하는 입장을 법리적으로 뒷받침하였다.

반면 부정적 입장 중에는 대법원이 위헌법률심사를 할 권한이 없으며 당해 판결은 입법권침해라는 주장이 있었다. 재판으로 이러한 결정을 할 수 있는 것은 그러한 결정을 하지 않으면 민주주의의 토대가 붕괴될 성질의 문제에 한정되는데, 처의 행위능력 제한은 이와 같은 사유에 해당하지 않는다는 것이었다.[34] 반대론자 중 다른 이는, 성문법을 무시하여 감정적으로 법해석을 하여서는 안 된다고 주장하면서 법적 안정성을 무시하였다는 차원에서 비판하였다.[35] 반대론자들은 구민법 제14조는 여자에 관한 규정이 아니라 처에 관한 규정이며 사회에 있어서의 남녀의 지위와 가정생활에 있어서의 부부관계는 구별해야 된다면서 권위적인 가부장제를 옹호하기도 하였다. 당시의 현실이 아직 부녀의 교양과 사회적 지위가 남자에 비하여 일반적으로 얕은

30) 양창수, 「우리나라 최초의 헌법재판논의: 처의 행위능력 제한에 관한 1947년 대법원 판결에 대하여」, 서울대학교 법학 제40권 제2호(서울대학교 법학연구소, 1999), 128면.
31) 홍진기, 「사법재판소의 법률심사: 민법 제14조의 무효선언 판결에 관하여」, 법정 제2권 제11호(법정사, 1947), 8면; 홍진기법률연구재단, 『유민 홍진기 법률논문 선집』(경인문화사, 2016), 165면.
32) 장후영, 「민법 제14조의 운명」, 법정 제3권 제4호(법정사, 1948), 6~7면.
33) 김은경, 앞의 글(각주 23), 277면.
34) 김갑수, 「군정과 일본법적용의 한계」, 법정 제2권 제10호(법정사, 1947), 37면.
35) 김한진, 「처의 소송능력」, 『고대신문』 제1호(1947. 11. 3.), 2면. 양창수, 앞의 글(각주 30), 131면에서 재인용.

것이 사실이기 때문에 처의 지위만 무제한하게 향상시킨다면 부부생활의 원만을 깨뜨린다는 우려를 표한 것이다.[36]

6. 후속 대법원 판례의 변천

아직 대한민국 정부가 수립되기 전인 1948. 3. 28. 대법원이 의용민법 제14조를 다루어 같은 입장을 유지한 사건이 있었다. 1947년의 판결이 성문법을 적용하지 않은 위법이 있으므로 변경하여야 한다고 주장한 사안에서, 대법원은 "원고가 가령 유부녀일지라도 현행 민사소송제도 하에서 소송행위에 관하여 부의 허가를 불요하는 바이다."라고 판시하였다.[37] 여기서 "현행 민사소송제도"라 함은 대상판결에서 설시한 민주주의 추세에 적응한 결과로서의 민사소송제도를 말하는 것이었다.[38]

그러나 정부수립 이후 1954년, 부(父)가 친권행사를 하는 데는 친족회의 동의가 필요하지 않으나 모(母)의 경우에는 필요하다고 규정한 의용민법 제886조가 평등권에 관한 헌법 제8조에 저촉되어 무효이고 이 점은 '처의 행위능력 인정' 판결에서 이미 인정된 것이라고 주장하며 상고한 사안[39]에서 대법원은 아내의 소송능력에 관한 1947년의 대법원 판결은 미군정하의 판결이므로 대한민국 정부 수립 후에는 구속력이 없다고 판시하여 원심판결을 뒤집었다. 미군정 하의 대법원과 정부수립 이후의 대법원은 주권의 귀속이 달라졌으므로 동일성 있는 사법기관으로 파악할 수 없어 구속력이 없다고 설시한 것으로 이해할 수도 있겠으나,[40] 우리 헌법에서 말하는 평등은, 남녀평등원칙에 대해서도 절대무차별적 평등을 의미하는 것이 아니라 배분적 공평을 포함하는 것이므로 남녀의 기타를 표준으로 하여 이를 정하여야 할 것이며 "법문이 현존하는 이상" 법을 적용하는 법원으로서는 이를 헌법위반의 이유로

36) 김은경, 앞의 글(각주 23), 278면.
37) 대법원 1948. 3. 28. 선고 1947민상260 판결.
38) 양창수, 앞의 글(각주 30), 143면.
39) 대법원 1954. 9. 7. 선고 4287민상50 판결.
40) 양창수, 앞의 글(각주 30), 145면.

배제할 수 없다고 한 것에서 위 대상판결과 상반된 입장을 표현한 것임을 확인할 수 있다.[41] 결혼한 여성을 독립적인 사회구성원으로 보기보다 가부장과 가족에 예속된 사적인 존재로 인식하고 있는 당시의 보수적인 관념이 남아있던 탓도 클 것이다.

7. 제정민법에서 처의 무능력조항 배제

처의 무능력조항을 폐지하는 대법원 판결은 우리 민법 제정에 그대로 반영되기에 이른다. 1958. 2. 22. 제정된 민법 중 재산법분야는 구민법의 미비한 점을 수정, 보완한 만주민법이나 중화민국민법 등 외국의 민법을 참고하여 어느 정도 용이하게 합의를 이끌어내었지만, 가족법의 경우에는 우리의 관습을 존중해야 한다는 의견과 헌법정신에 입각한 근본적 개혁을 주장하는 의견이 팽팽히 대립한 후의 결과물이었다.[42] 국회에 제출된 정부안인 관습존중론, 국회 법제사법위원회 장경근위원장을 필두로 한 점진적개혁론, 정광현 교수를 비롯한 학계와 이태영 변호사를 비롯한 여성단체에서 주장한 급진적개혁론이 있었는데, 처의 행위능력에 대해서도 여러 안이 제안되었지만 처의 무능력 조항을 폐지하자는 데에는 이견이 없었다.[43] 법전편찬위원회는 1954. 10. 26. 정부제출법안으로 민법안을 국회에 제출하였고 법제사법위원회 민법안심의소위원회에서는 헌법 제8조의 평등의 원칙에 비추어 구민법 제14조를 삭제할 것에 합의하였다. 이로써 처는 단독으로 유효하게 법률행위를 할 수 있는 행위능력을 취득하게 된다. 제정민법은 처의 행위능력 조항 자체를 삭제하고 제831조에서 부부는 특유재산을 각자 관리, 사용, 수익한다고 규정하는 것으로 마무리된 것이다.

또한 대상판결의 선고는 부부 일방의 고유재산에 관하여 각자 독자적으로 처분할 수 있는 부부별산제(夫婦別産制)를 도입하는 계기가 되었고,[44] 1953.

41) 안경희, 앞의 글(각주 21), 29~30면.
42) 김은경, 앞의 글(각주 23), 280면.
43) 여러 입법안들의 비교에 대해서는 김은경, 앞의 글(각주 23), 280~286면 참조.
44) 제9회 한국법률가대회, 『근대 사법 120년: 성찰과 새로운 지향』(한국법학원, 2014. 10. 24.), 12면.

9. 18. 공포된 형법 제241조 제1항은 “배우자 있는 자가 간통할 때에는 3년 이하의 징역에 처한다.”라고 규정하여 의용민법과는 달리 간통죄의 주체를 처만이 아니라 배우자로 동등하게 규정하게 된다.[45] 민법 제정에서 가장 의미 있는 것으로 일제강점기의 유산인 처의 무능력제도의 폐지로 보는 것[46] 처럼 이는 여성의 지위를 남성과 동등한 것으로 끌어올린 작업의 시초였다.

III. 아내강간의 인정

1. 형법체계에서 성범죄의 변화

유교 문화 하의 가부장적 사회에서는 여성의 성적 자기결정권은 남편에 대한 정조의무에 밀려 그 보호에 대한 인식수준이 낮았다. 형법에서 강간죄의 보호법익을 ‘정조’가 아닌 ‘성적 자기결정권’이라고 보기 시작한 것도 1995년에 이르러서다. 개정 전 형법에서는 강간죄 등이 명시된 장의 제목이 “정조(貞操)에 관한 죄”였던 관계로, 강간죄라는 범죄화의 정당성을 결정짓는 객관적 기준이 정조에 대한 침해로 해석되어 자칫 성적 순결을 보호하는 범죄로 해석될 수 있었다. 1995. 12. 29. 형법의 일부개정으로 지금과 같이 ‘강간과 추행의 죄’라는 명칭으로 대체되면서 강간죄의 보호법익이 순수하게 성적 자기결정의 자유임을 시사하였다. 형법개정안 심의과정에서 보호법익의 변화를 강조하기 위해 ‘성적 자기결정에 대한 죄’로 하자는 의견도 있었으나 우리 형법이 장의 명칭을 보호법익에 따라 붙이는 태도를 취하지 않고 있다는 이유로 결국 “강간과 추행의 죄”로 결정되었다.[47]

현행 형법 제297조는 강간죄에 대하여 “폭행 또는 협박으로 사람을 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.”라고 규정하고 있다. 이는 2012. 12.

45) 김주수, 앞의 글(각주14), 20면.
46) 정현주, 「처의 무능력제도 폐지」(행정자치부 국가기록원, 2006. 12. 1.), http://www.archives.go.kr/next/search/listSubjectDescription.do?id=002590 (2017. 7. 18. 확인).
47) 법무부, 「형사법개정자료〈XIV〉: 형법개정법률안 제안이유서」(1992. 10.), 155면.

18. 개정을 통해 강간죄의 객체가 '부녀'에서 '사람'으로 대체된 것에 따른 것이다. 개정 전 형법에서는 '부녀(婦女)'만이 강간죄의 객체로 규정되어 있었는데, 대법원은 이에 대해 강간행위가 남녀의 생리적 · 육체적 차이로 인하여 남성에 의해서 행해지는 것이 대부분이므로 강간죄의 객체를 부녀에 한정하더라도 사회관념상 합리적인 근거가 있는 차등에 해당하여 헌법상 평등원칙에 반하지 않는다고 보았었다.[48] 이후 형법개정을 통해 강간죄의 객체를 '사람'으로 바꾼 것은 성적 자기결정권에 대한 우리의 사회적, 도덕적 관점의 변화상을 반영한 것으로 해석할 수 있다.[49] 당시 강간죄의 개정은 유사강간죄 규정의 신설과 모든 성범죄에서의 친고죄 폐지 등과 함께 이루어졌는데, 개정이유에서 "변화된 시대 상황을 반영하여 다양화된 성범죄에 효과적으로 대처하기 위하여 유사강간죄를 신설하고, 성범죄의 객체를 "부녀"에서 "사람"으로 확대하며, 친고죄 및 혼인빙자간음죄를 폐지하려는 것"이라고 밝힌 것에서 알 수 있다.

2. 부부강간에 대한 사회일반의 인식 변화

개정형법에 따르더라도 강간죄의 객체인 '사람'에 배우자가 포함되는지는 여전히 논란의 여지가 있을 수 있다. '부부강간(marital rape)이란, 혼인을 한 남자 또는 여자가 상대 배우자를 폭행 또는 협박으로 간음하는 것을 말한다. 배우자강간(spousal rape)이라고도 불리며, 문제된 사건들에서 주로 피해자가 여성이었다는 점에서 아내강간(wife rape)이라고도 불린다.

앞서 언급한 우리의 사회 분위기 속에서 오랫동안 강간죄의 객체에 '법률상의 배우자'는 제외하고 해석되어 왔다. 우리나라에서 1994년까지 부부간 강간에 대한 고소나 판결례는 단 한 건도 없다고 보도[50]한 것에서 알 수 있듯이, 부부간에 강간이라는 개념이 성립한다는 것을 인식하지 못하고 설사

48) 대법원 1967. 2. 28. 선고 67도1 판결.
49) 김성돈, 『형법각론』(제4판)(SKKUP, 2016), 169면.
50) 동아일보, 「"남편 성폭행" 국내서도 심각」(1994. 1. 14.), 16면.

인식하였더라도 문제화하는 사회분위기가 아니었던 것이다. 1991년 한국형사정책연구원의 조사에 따르면 남편에게 심한 폭행을 당한 여성의 경우 47.8%가 남편이 아내를 폭행한 뒤 강제적으로 성관계를 맺는다고 답했다.[51] 그럼에도 불구하고 남편의 일방적인 성행위를 거절하면 남편이 다른 핑계로 힘들게 하는 경우가 많아 결국 성행위에 응할 수밖에 없다고 호소하는 여성들이 상당수 있다는 것도 알려졌다. "아내를 때린 뒤 남편들은 대개 폭행 후 아내를 달래는 수단이 성관계라고 생각한다. 아내들은 더 맞지 않기 위해 성관계를 맺는다고 답하지만 그런 경우를 강간이라고 생각하는 사람은 아직 드문 형편"이라는 한국여성의전화 관계자의 말[52]에서 당시의 사회 분위기를 읽을 수 있다. 1993년 성폭력특별법 제정 당시 여성단체에서 부부강간죄의 법규정화 문제를 거론하였으나 결국 아직 국민의식수준에 부합하지 않는다는 이유로 제외된 바 있다.[53]

그러나 점차 시민단체의 주장, 법규정의 변화 등으로 시민들의 인식도 변화하기 시작한다. 2001. 8. 27. 한국여성개발원(현 한국여성정책연구원)이 '여성폭력 종합방지 대책' 공청회를 통해 부부강간죄의 인정 등을 포함하는 '성폭력관련법안 개선안'을 발표하였고,[54] 2005. 6. 1. 전국 성인남녀 700명을 대상으로 부부강간에 대한 여론조사를 실시한 결과 국민의 10명 중 8명이 부부강간에 대한 법적 처벌이 필요하다고 여기는 것으로 나타났다.[55] 81.3%가 '부부간 강압에 의하거나 때론 폭력까지 행사해 성관계를 강요했을 때, 법적 처벌이 필요한가'의 질문에 대하여 '그렇다'고 답변하였는데, 법적 처벌이 필요하지 않다는 응답은 18.7%로, 이 중 나쁘지만 처벌까지 하는 것은 심하다는 의견이 45.4%, 가정 내부의 부부문제라는 것이 36.2%, 부부간 성관계는 결혼에 따른 의무라는 것이 15.7%였다. '부부간에 강간(죄)이 성립

51) 김익기 외, 「가정폭력의 실태와 대책에 관한 연구」(한국형사정책연구원, 1991. 12.), 109면.
52) 동아일보, 앞의 글(각주 50).
53) 한국여성의전화, 「대법원 공개 변론에 대한 시민토론－무엇이 아내 성폭력인가」(한국여성의전화 창립 30주년 기념 연속토론회: 반여성폭력운동의 쟁점과 전망 1, 2013. 5. 10.), 10면.
54) 조선일보, 「부부강간죄 한국서도 가능한가」(2001. 9. 1.), 27면.
55) 한겨레21, 「국민 81.3% "부부강간을 처벌하라!"」 (2005. 6. 8.), http://legacy.www.hani.co.kr/section－021003000/2005/06/021003000200506080563053.html (2017. 11. 1. 확인).

한다고 보는가'라는 물음에 성립한다는 답변이 58.4%로, 성립하지 않는다는 39.6%보다 높은 것으로 나타났다.

3. 부부강간죄 인정 여부에 대한 찬반 논의

부부간 강간죄를 적용하는 것에 부정적인 입장에서는 부부관계의 특수성을 강조한다. 민법상 동거의무를 지는 부부는 성을 서로 향유하는 특수한 관계이고 성관계는 부부관계의 가장 내밀한 부분이므로 그 자율에 맡겨야 한다는 것이다. 또한 폭행 등이 개입된 범죄행위를 한 경우에는 형법 제324조상 강요죄로 얼마든지 처벌할 수 있고 강간죄는 그에 대한 형벌이 3년 이상으로 상당히 무거운데, 상대방이 이를 악용할 수 있다는 것에 대하여도 우려한다. 부부강간죄가 악용될 경우 이혼율의 증가 등 가정파괴를 부추길 우려가 있다는 것이다. 부부관계 때마다 상대의 의사를 물어봐야 하고 만일의 사태를 대비해 일일이 녹음이라고 해두어야 하는지 의문이라는 등 극단적인 경우까지 상정하면서 부부간 신뢰에 금이 간다고 주장한다.[56]

이와 달리 부부강간죄를 인정해야 한다는 입장에서는 위와 같은 주장에 대하여 가부장적 사고의 발로라고 비판한다.[57] 아내는 결혼과 동시에 남편에 대해 무조건적인 성관계에 동의한 것으로 보거나 아내를 남편의 배타적인 소유물로 보는 시각에서 비롯된 것이라는 주장이다. 강간죄의 보호법익이 여성의 순결이 아니라 성적 자기결정권이므로 결혼 후에도 유지되는 것이라는 점을 강조하면서, 합법적으로 성을 향유하는 사이인 부부지간이라도 성적 자기결정권은 헌법상 기본권에 속하는 것으로서 존중되어야 한다고 본다.[58] 만약 부부강간죄를 도입하더라도 일반 강간과 구별되어야 한다는 주장도 있

56) 오마이뉴스, 「부부강간죄 "과잉입법" - "도입 절실"」(2005. 12. 12.), http://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0000298224 (2017. 11. 2. 확인).

57) 세계일보, 「[어떻게보십니까] 부부강간죄 인정」(2009. 2. 2.), http://www.segye.com/print/2009020200 3998 (2017. 11. 2. 확인).

58) 김혜정, 「부부사이 강간죄의 법리적·정책적 쟁점에 관한 소고」, 『법조』 제62권 제10호(법조협회, 2013. 10.), 213.

다. 확실한 거부의사를 표시한 경우에 한해서만 적용하는 등 적용요건을 보통의 강간죄보다 엄격히 하고, 고소기간도 짧게 제한하여 뒤늦게 문제삼는 일이 없도록 해야 한다는 것이다. 즉 강간죄를 적용하는 것은 우리 형법상 강간죄 대상에서 아내를 배제하고 있지 않아서 법문 해석으로도 당연히 부부강간을 처벌할 수 있는 것이고 부부강간이라고 해서 강간죄의 예외로 보는 것이 오히려 기혼여성에 대한 차별에 해당하는 것으로 보며, 부작용에 대해서는 운영과정에서 신중을 기하는 것으로 해결하자는 것이다.

4. 판례의 변화

대법원은 1970. 3. 10. 실질적인 부부관계가 유지되고 있는 경우에는 설령 남편이 폭력으로써 강제로 처를 간음했다 하더라도 강간죄는 성립하지 않는다고 판시하였고,[59] 그 이후 법률상의 처는 강간죄의 객체가 될 수 없다는 입장을 43년간 유지하였다.

한편 2004. 8. 20. 서울중앙지방법원에서 아내를 강제추행하고 원치 않는 성행위를 강요한 자에 대해 처음으로 강제추행치상죄를 인정한 판결이 등장하였다.[60] 해당 사건은 강간죄가 아닌 강제추행죄에 관한 것이므로 부부사이의 강간죄를 부정한 1970년의 대법원 판결을 거스른 것이 아니고 부부강간죄의 성립을 명시적으로 인정한 것은 아니었지만, 남편이 부인의 팔을 억지로 꺾는 등 폭력을 사용했기 때문에 아내의 성적 자기결정권이 침해당했고, 혼인은 부부가 서로의 성적 요구에 응한다는 약속을 포함하지만 그렇다고 어느 한 쪽이 성적 자기결정권을 포기한다는 것은 아니라는 점을 명시한 것에서 의미가 있었다. 별거중이거나 이혼소송이 제기된 상태가 아니었음에도 강제추행죄를 인정하였다는 점에서도 의미가 컸다.

또한 2009. 1. 16. 부산지방법원은 피고인이 필리핀 국적의 성관계를 거부하는 아내를 흉기로 협박하여 반항을 억압한 후 간음한 사안에서 최초로 부

59) 대법원 1970. 3. 10. 선고 70도29 판결.
60) 서울중앙지방법원 2004. 8. 20. 선고 2003고합1178 판결.

부강간을 인정하였다.[61]

이어 2009. 2. 12. 대법원은 배우자에 대한 강간죄를 인정하였으나, 이는 이혼 의사가 합치되는 등 실질적인 부부관계가 인정될 수 없는 사안에 한하여 긍정한 것이었다.[62] 즉 정상적인 혼인 관계가 존속하는 상태 하의 성관계에 폭행 또는 협박이 있는 경우에 대해서는 판단을 유보하였다. 그러다 2013. 5. 16. 종전의 견해를 변경하여 혼인생활이 정상적으로 유지되고 있는 부부관계에 있어서도 강제적 성관계를 맺은 경우라면 강간죄로 처벌할 수 있다는 대법원 판결이 선고된다.

5. 부부강간을 인정한 대법원 2013. 5. 16. 선고 2012도14788 전원합의체 판결

남편이 아내를 부엌칼로 위협해 강제로 성관계를 가진 사건에서 1심[63] 및 2심[64] 법원은 부부사이라도 폭행, 협박 등으로 강제로 성관계를 할 권리까지 있다고 할 수 없다며 유죄를 선고하였다. 그동안 많은 논란이 되어온 주제인 점 등을 고려하여 대법원은 2013. 4. 18. 공개변론을 열었다. 검찰 측은 형법상 강간죄의 객체는 부녀여서 아내를 제외할 이유가 없고, 민법상 '부부의 동거의무'에도 폭력을 동반한 강간까지 받아들여야 할 의무가 포함되지는 않는다고 주장하였다. 혼인관계를 이유로 아내를 강간죄의 객체에서 제외한다면 국가와 사회가 개인에 대한 보호의무를 저버리는 것이라고 하였고, 전문가 참고인 역시 아내는 혼인관계의 상대방이기 이전에 성적 자기결정권을 가지는 한 여성임을 강조하였다. 반면 피고인 측은 사회통념상 '동물'에 사람이 포함되지 않는 것처럼 부녀에 아내를 포함시키는 것은 합당하지 못하다고 하였다. 부부간 문제를 반드시 형벌로 규제하는 것이 옳은지, 교육이나 치료 등 다른 방법을 찾아야 할지 먼저 검토해야 한다고 주장하였다. 또한 배우자

61) 부산지방법원 2009. 1. 16. 선고 2008고합808 판결.
62) 대법원 2009. 2. 12. 선고 2008도8601 판결.
63) 수원지방법원 안산지원 2012. 5. 18. 선고 2011고합244, 2011전고63(병합) 판결.
64) 서울고등법원 2012. 11. 8. 선고 2012노1657, 2012전노145 판결.

강간을 이유로 한 고소가 감정적 보복 수단이 될 수 있고 가족 붕괴를 가속화시켜 부부간 신뢰관계를 파괴할 수 있기 때문에 배우자 강간죄가 인정되어서는 안 된다고 주장하였다.

결국 대법원은 다음과 같은 이유로 혼인관계가 실질적으로 유지되고 있는 부부사이에도 강간이 성립한다는 것을 인정하여 종래의 판례를 변경한다. 첫째, 1953년 제정된 형법은 강간죄를 '정조에 관한 죄'라고 정하고 있었는데, 1995년 형법이 개정되면서 그 제목이 '강간과 추행의 죄'로 바뀌게 된 것은 강간죄의 보호법익이 배우자인 남성을 전제로 한 관념으로 인식될 수 있는 '여성의 정조' 또는 '성적 순결'이 아니라, 자유롭고 독립된 개인으로서 여성이 가지는 성적 자기결정권이라는 사회 일반의 보편적 인식과 법감정을 반영한 것으로 볼 수 있다는 것을 강조하였다. 둘째, 민법 제826조 제1항에서 부부의 동거의무를 규정하고 있더라도 거기에 폭행, 협박에 의하여 강요된 성관계를 감내할 의무가 내포되어 있다고 할 수 없다고 보았다. 셋째, 문언해석상으로도 형법 제297조가 정한 강간죄의 객체인 '부녀'에는 법률상 처가 포함되는 것으로 보는 것에 아무런 제한이 없으므로, 혼인관계가 파탄된 경우뿐만 아니라 혼인관계가 실질적으로 유지되고 있는 경우에도 남편이 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행이나 협박을 가하여 아내를 간음한 경우에는 강간죄가 성립한다고 보았다. 다만, 남편의 아내에 대한 폭행 또는 협박이 피해자의 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도에 이른 것인지 여부는, 부부 사이의 성생활에 대한 국가의 개입은 가정의 유지라는 관점에서 최대한 자제하여야 한다는 전제에서, 그 폭행 또는 협박의 내용과 정도가 아내의 성적 자기결정권을 본질적으로 침해하는 정도에 이른 것인지 여부, 남편이 유형력을 행사하게 된 경위, 혼인생활의 형태와 부부의 평소 성행, 성교 당시와 그 후의 상황 등 모든 사정을 종합하여 신중하게 판단하여야 한다고 하여 구체적인 판단기준도 제시하였다.

강간이 여성의 정조 내지 순결의 박탈이 아니라 성적 자기결정권의 침해를 의미하기 때문에 혼인한 부부 사이라고 해서 이 같은 자기결정권이 사라지는 것이 아닌 것을 강조한 판결로서, 혼인과 성에 관한 시대 변화와 보조

를 같이했다는 데 의미가 있었다. 하지만 대상판결에서도 부부간 강간죄의 성립을 인정하면서도, 절차적으로 일반 형사절차로 다루지 않고 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법에 따른 가정보호사건으로 처리하는 것이 더 바람직한 경우가 있다는 여지를 열어두었다. 이는 가정폭력범죄 중에서도 불법성이 높은 강간죄의 경우라 할지라도 가해자와 피해자의 관계 내지 전체적인 상황에 비추어 볼 때 가정보호사건으로 기소하는 것이 건강한 가족관계를 위하는 방법일 수 있기 때문이다.

6. 부부폭력률의 감소

위와 같은 판례의 변화와 함께 배우자에 대한 폭력이 감소하는 변화도 나타났다. 여성이 1년간 경험한 배우자로부터의 폭력 피해율을 조사한 설문 결과에 따르면 2016년에는 그 비율이 12.1%로, 2013년 조사결과인 29.8%보다 상당히 낮아진 수치를 보였다. 남성의 폭력 피해율 역시 27.3%에서 8.6%로 하락하였다. 배우자 폭력 가해율 역시 여성의 가해율은 9.1%, 남성의 가해율은 11.6%로 감소하였다.[65]

3년 사이의 부부폭력 피해율과 가해율의 하락은 부부 사이의 폭력이나 강간 등을 엄하게 처벌하는 판결의 태도와 더불어 부부 사이의 폭력에 대한 부정적인 인식이 증가한 사회적 현상의 반영으로 해석된다.

7. 후속 판례의 추이

대상판결 이후 그 취지에 부합하는 판결들이 지속적으로 선고되었다.

2015. 1. 7. 광주고등법원은 국제결혼을 한 남편이 흉기를 사용하지 않았으나 강제로 아내와 성관계를 가진 사안에서 강간죄를 인정하는 판결을 선고하였다.[66] 이 판결은 흉기를 사용한 사안에서 부부강간죄를 인정한 지 2년

65) 한국여성정책연구원, 「2016년 가정폭력 실태조사 연구」(여성가족부, 2016. 12.), 160면.
66) 광주고등법원 2015. 1. 7. 선고 2014노106 판결.

만에 그 인정 범위를 넓혔다는 데 의미가 있었다.

또한 부부강간죄의 피해자가 남편인 경우도 등장하였다. 검찰은 남편을 감금하고 강제로 성관계한 혐의 등으로 아내를 피의자로 구속하였는데,[67] 비록 강간의 점에 대해서는 강간의 고의와 반항을 현저히 불가능하게 할 정도의 폭행 또는 협박이 인정되지 않아 무죄가 선고되었으나 강간의 성립 여부 판단이 상세히 이루어졌다.[68]

그러나 우려의 견해가 있었던 것과 같이 부부강간죄의 인정을 이혼소송에 악용하는 사례들이 나타나기도 하였다.[69] 아내가 남편을 성폭행 혐의로 신고한 뒤 고소취하를 조건으로 이혼소송을 진행하여 합의이혼을 이끌어내는 것이다. 이와 같은 사례의 등장이 폭력이 존재한 부부관계에 대한 처벌의 필요성을 약화시키는 것은 아니다. 그러나 부부간 강간 문제가 타인의 강간과는 차이를 필요로 하는 특수한 영역임을 말해주는 사례이기는 하다. 부부간 강간은 본질적으로 상호적 결정으로 이루어지는 성관계를 포함하는 부부간의 동거의무와 자유로운 인격의 발현을 위한 성적 자기결정권에 대한 존중의무 그 사이에 존재하기 때문이다.[70]

Ⅳ. 나가며: 시사점을 대신하여

처의 행위능력이 제한되기 시작한 것은 우리의 관습이 아니던 것을 관습인 것처럼 왜곡한 일제강점기 시대부터였다. 이후 광복을 맞이하면서 확산된 민주주의 사조와 함께 대법원은 남녀평등의 사상을 근거로 처의 행위능력을 회복시키는 판결을 선고하였다. 이 판결에 대해 반대론자들은 처의 지위를

67) 대법원이 부부강간죄를 인정한 이후 아내가 피의자로 구속된 사례는 처음이라고 보도하고 있는 아시아경제, 「아내가 남편 묶어놓고 성폭행 … '부부 강간'녀 첫 사례」(2015. 10. 23.), http://www.asiae.co.kr/news/print.htm?idxno=2015102307190675862&udt=1 (2017. 6. 19. 확인).

68) 서울중앙지방법원 2016. 9. 9. 선고 2015고합968 판결.

69) 헤럴드경제, 「"남편에게 강간 당했다" … 이혼소송에 '부부강간죄' 악용하는 아내들」(2015. 10. 14.), http://biz.heraldcorp.com/view.php?ud=20151014000626 (2017. 11. 6. 확인).

70) 이상돈, 『형법강론』(박영사, 2015), 849면.

무제한으로 향상시키는 것이 부부생활의 원만을 깨뜨릴 수 있다는 우려를 표하기도 하였으나 우리 민법은 일제강점기의 유산인 처의 무능력제도를 폐지하였고, 이는 민법 제정에서 가장 의미가 큰 것으로 여겨진다. 이후 부부별산제가 도입되고 형법상 간통죄의 주체가 "처"만이 아니라 "배우자"로 변경되기에 이른다.

또한 형법상 강간죄 규정의 보호법익이 여성의 정조가 아니라 성적 자기결정권의 보호라는 데 시민들의 인식이 변화하면서 형법에도 이와 같은 변화가 반영되었고 부부간에도 강간이 성립할 수 있다는 문제의식이 대두되었다. 특히 정상적인 혼인 관계가 종료된 상황에서 남편의 폭행이나 협박을 동반한 성관계에 대해 2009년 대법원 역시 강간죄를 인정하였고 2013년에 이르러서는 실질적인 부부관계가 유지되고 있다 하더라도 부부간 동거의무에 폭행·협박을 수반한 성관계의무까지 포함될 수 없다고 하여 강간죄의 객체에 법률상의 처도 포함된다는 판례변경을 하였다. 이후 부부 사이의 폭력률이 감소하는 등 긍정적인 사회적 효과가 나타나기도 하였다. 하지만 건강한 가족관계를 위해 부부관계의 특수성을 고려하여야 한다는 점에서 절차적으로 가정보호사건으로 처리하는 병행적 절차를 두고 있다.

미투운동으로 많은 시민들이 인식하게 된 '강간죄 성립에 폭행·협박이 필요한가'라는 질문은 그동안 많은 변화를 겪어 온 여성의 인권 문제를 다룬 판결, 입법의 변화와 함께 고민해야 할 문제이다. 처의 무능력제도의 폐지를 통한 가정 내 여성 인권의 신장은 건강한 가족관계를 해치지 않았다. 또한 부부간이라도 폭행 또는 협박으로 강간한 경우라면 가해자는 강간죄에서 자유로울 수 없다는 판결의 선고와 부부간 강간행위에 대한 시민들의 문제의식은 부부폭력률의 감소를 가져오기도 하였다. 한편 부부관계의 특수성을 고려하는 절차는 건강한 가족관계를 장려해야 하는 차원에서 부수적 장치로서 두었다. 상대의 동의 없는 성관계는 강간이라는 관념의 정립이 건강한 남녀관계를 해치게 되는 것일까? 오히려 뚜렷한 기준을 마련한 법제도적 장치의 마련이 건전한 남녀관계를 장려하는 것이 아닐까 생각해본다.

▌참고문헌

김성돈, 『형법각론』(제4판), SKKUP, 2016.

김익기 외, 「가정폭력의 실태와 대책에 관한 연구」, 한국형사정책연구원, 1991. 12.

김주수 · 김상용, 『친족 · 상속법』(제14판), 법문사, 2017.

법무부, 「형사법개정자료〈XIV〉: 형법개정법률안 제안이유서」, 1992. 10.

이상돈, 『형법강론』, 박영사, 2015.

이승희, 『한국현대여성운동사』, 백산서당, 1994.

정긍식, 「국역관습조사보고서」, 한국법제연구원, 1992.

홍진기법률연구재단, 『유민 홍진기 법률논문 선집』, 경인문화사, 2016.

제9회 한국법률가대회, 「근대 사법 120년: 성찰과 새로운 지향」, 한국법학원, 2014. 10. 24.

한국노동사회연구소, 「직장 내 성희롱의 적극적 예방제도 도입방안」, 노동부, 2004.

한국여성의전화, 「대법원 공개 변론에 대한 시민토론: 무엇이 아내 성폭력인가」, 한국여성의전화 창립 30주년 기념 연속토론회: 반여성폭력운동의 쟁점과 전망1, 2013. 5. 10.

한국여성정책연구원, 「2016년 가정폭력 실태조사 연구」, 여성가족부, 2016. 12.

강동욱, 「직장내 성희롱의 의의와 그 유형에 관한 고찰」, 『한양법학』 제19권 제3호, 2008. 10.

김갑수, 「군정과 일본법적용의 한계」, 『법정』 제2권 제10호, 법정사, 1947.

김양희, 「성희롱: 경험과 인식, 그리고 정책 방안」, 『한국심리학회지: 문화 및 사회문제』 제2권 제1호, 1995. 6.

김엘림, 「직장내 성희롱」, 『조선일보』, 1997. 2. 16, 19면.

김은경, 「탈식민기 가족법에서 민주주의 의제와 여성의 국민화: '처의 행위능력'을 중심으로」, 『사림』 제57호, 수선사학회, 2016.

김주수, 「여성의 법적 지위」, 『현상과 인식』 제7권 제3호, 한국인문사회과학회, 1983. 9.

김한진, 「처의 소송능력」, 『고대신문』 제1호, 1947. 11. 3.

박병호, 「행위능력」, 『고시계』 제32권 제6호, 1987.

안경희, 「민법과 젠더: 부부간의 일상가사대리권을 중심으로」, 『이화젠더법학』 제4권 제2호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2012. 12.

양창수, 「우리나라 최초의 헌법재판논의: 처의 행위능력 제한에 관한 1947년 대법원 판결에 대하여」, 『서울대학교 법학』 제40권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 1999.

윤정란, 「해방 후 국가건설과정에서 우익 진영 여성들의 의회진출운동」, 『역사문화연구』 제24집, 한국외국어대학교 역사문화연구소, 2006.

장병인, 「조선시대와 일제시대 여성의 법적 지위 비교」, 『호서사학』 제36집, 호서사학회, 2005.

장후영, 「민법 제14조의 운명」, 『법정』 제3권 제4호, 법정사, 1948.

정광현, 「조선여성과 법률(8): 여성과 법률상능력〈오〉」, 『동아일보』, 1936. 4. 14.

_____, 「조선여성과 법률(9): 여성과 법률상능력〈육〉」, 『동아일보』, 1936. 4. 24.

정현주, 「처의 무능력제도 폐지」, 행정자치부 국가기록원, 2006. 12. 1.

최윤희, 「현행 남녀고용평등법하에서의 정년차별 문제: 간접차별을 중심으로」, 인권과 정의, 2006. 2.

홍양희, 「식민지시기 가족 관습법과 젠더 질서: 관습조사보고서의 젠더이식을 중심으로」, 『한국여성학』 제23권 제4호, 한국여성학회, 2007.
홍진기, 「사법재판소의 법률심사: 민법 제14조의 무효선언 판결에 관하여」, 『법정』 제2권 제11호, 법정사, 1947.

〈Abstract〉

Transformation of Women's Rights from Recognition of Wife's Legal Ability to Wife Rape

Ha, Min Kyung*

Constraints on the legal rights of a female spouse were a remnant of Japanese occupation of Korea. After Japan lost the Second World War, leading to Korea's liberation and the spread of democracy, such constraints were progressively abandoned, culminating the Supreme Court's recognition of the legal ability of a female spouse. Despite people who criticized the decision at the time by arguing that improvements in women's legal status would harm an amicable home atmosphere, it was subsequently reflected in the enactment of the Civil Act, now seen as the most significant development in the history of Civil Act enactment.

Afterwards, with a change in the social meaning of rape not as a violation of women's chastity but that of sexual self-determination, the notion that rape can be committed between legal spouses gained ground. In 2013, the Supreme Court decided that a married woman does not have a duty to have a forced sexual relationship, and that a legal wife can be a victim of rape under the current Criminal Act. In subsequent years, the rate of violence between spouses has been significantly reduced. But, at the same time, given that elements in a spousal relationship are unlike any other relationships, the law provides for

* Researcher at Judicial Policey Research Institute (Ph. D. in Law, Attorney at Law, NY)

special processes in such cases in order to foster healthy familial relationships.

In this age since the #MeToo movement, the question of whether violence or threats are necessary requirement to establish rape should be informed by a close study of the historical impact of precedents and legal enactments concerning women's rights.

We now know that recognizing the wife's legal ability did not harm a healthy household atmosphere. Moreover, the significant reduction in spousal violence after the Supreme Court ruling on wife rape, while the law provides for a special process to handle such cases, show the positive impact of such changes in the legal definition of sanctioned sexual relationships. Introducing an obvious sexual consent into a sexual encounter in legal terms would put the relationship between sexual partners on more sound ground.

[Key Words] woman, human rights, legal ability of wife, spousal rape, wife rape, rape, consent

접수일 : 2018. 3. 14. ‖ 심사개시일 : 2018. 3. 23. ‖ 게재확정일 : 2018. 4. 18