

## 1. 간통죄 사건

〈헌재 1990. 9. 10. 89헌마82 형법 제241조의 위헌여부에 관한 헌법소원, 판례집 2, 306〉

### 가. 사건의 배경

이 사건은 개인의 성생활의 자유를 국가가 지나치게 간섭하고 있을 뿐 아니라 평등원칙에도 반한다고 하여 오랫동안 시비의 대상이 되어왔던 형법상의 간통죄 규정에 대하여 합헌이라고 결정한 사건이다.

청구인은 간통죄로 기소되어 1심에서 징역 1년을 항소심에서 징역 8월을 각 선고받고 대법원에 상고하여 재판을 받던 중 형법 제241조가 헌법에 위반된다고 하면서 위헌법률심판제청을 신청하였으나 대법원이 이를 기각하자 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구하였다.

### 나. 결정의 주요내용

헌법재판소는 성적(性的) 자기결정권과 간통죄의 관계를 언급하면서 6인 재판관의 다수의 견으로 간통죄를 규정한 형법 제241조가 합헌이라고 결정하였다.

성적(性的) 자기결정권과 관련하여 보면 헌법 제10조의 개인의 인격권·행복추구권에는 개인의 자기운명결정권이 전제되는 것이고 자기운명결정권에는 성행위여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는 성적 자기결정권이 포함되어 있다. 간통죄를 규정한 형법 제241조가 개인의 성적 자기결정권을 제한하는 것이나 개인의 성적 자기결정권은 국가적·사회적 공동생활의 테두리 안에서 타인의 권리·공중도덕·사회윤리·공공복리 등의 존중에 의한 내재적 한계가 있는 것으로 절대적으로 보장되는 것은 아니라 할 것이다.

형법 제241조의 간통죄의 규정은 선량한 성도덕과 일부일처주의 혼인제도의 유지 및 가족생활의 보장을 위하여서나 부부간의 성적 성실의무의 수호를 위하여 그리고 간통으로 인하여 야기되는 사회적 해악의 사전예방을 위하여 배우자있는 자의 간통행위를 규제하는 것이고 그러한 행위를 한 자를 2년 이하의 징역에 처할 수 있도록 규정한 위 법률조항은 성적 자기결정권에 대한 필요 및 최소한의 제한으로 과잉금지원칙이나 기본권의 본질적 내용침해금지에 저촉되는 것이 아니다.

한편 간통죄가 피해자의 인내심이나 복수심의 다과 및 행위자의 경제적 능력에 따라 법률적용의 결과가 달라지고 경제적 강자인 남자에게 보다는 경제적 약자인 여자에게 불리하게 작용하는 측면이 있는 점을 무시할 수는 없으나 이는 개인의 명예와 사생활보호를 위하여 친고죄로 하는 데서 오는 부득이한 현상으로서 형법상 다른 친고죄에도 나타날 수 있는 문제이지 특별히 간통죄에만 해당되는 것은 아니라고 할 것이므로 위 법률조항이 평등권을 침해하였다고 할 수 없다.

간통죄의 규정은 “혼인과 가족생활을 개인의 존엄과 양성(兩性)의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.”라고 한 헌법 제36조 제1항의 규정에 반하는 법률이 아니라 오히려 위 헌법규정에 의하여 국가에게 부과된 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 한 혼인과 가족생활의 유지·보장 의무이행에 부합하는 법률이라 할 것이다.

이에 대하여 한병채, 이시윤 재판관은 간통행위에 대한 형사제재는 합헌이나 그 제재의

내용으로 징역형만을 선택하고 있기 때문에 간통죄규정이 위헌이라는 취지의 반대의견을 제시하였고, 김양균 재판관도 간통죄규정은 사생활 은폐권이라는 국민의 기본권을 침해하고 있거나 과잉금지의 원칙에 위배되어 원칙적으로 위헌이며 동죄의 존치의 합헌성을 인정한다고 하더라도 그에 대한 형벌로 징역 2년 이하의 자유형만을 규정하고 있는 벌칙의 규정은 과잉금지의 원칙에 위배된다는 반대의견을 제시하였다.

#### 다. 사후경과

헌법재판소는 이 결정에서 헌법 제10조의 행복추구권에 성적 자기결정권이 포함된다고 보면서도 성적 자기결정권은 혼인과 가족생활의 유지·보장 등을 위해 제약될 수 있는 것이라고 판단하였다. 이 결정은 법과 도덕의 경계, 사생활에 대한 국가개입의 한계에 관한 논의를 촉발시켰다. 그후 형법개정과정에서 간통죄에 대해 징역형 외에 벌금형을 추가하자는 논의가 있었으나 입법에는 반영되지 못했다.

헌법재판소는 간통죄에 관해 그후 위헌법률제청 사건에서 다시 심판한 적이 있었는데, 1993년 3월 11일 위 결정을 그대로 유지한다고 결정하였다(90헌가70).