

20대 국회 강간죄 개정을 위한 토론회

성폭력 판단기준, '폭행과 협박'이 아닌 '동의여부'로!

- 일시 2019년 11월 13일(수) 오후 2시-4시
- 장소 국회의원회관 제1세미나실
- 주최 국회의원 심상정 · 이정미(정의당)
국회의원 남인순 · 백혜련 · 권미혁 · 정춘숙(더불어민주당)
국회의원 김삼화(바른미래당)
국회아동여성인권정책포럼, 정의당 여성본부,
'강간죄' 개정을 위한 연대회의(209개 단체)

순서

시 간	세 부 사 항
	사회 : 위은진(한국젠더법학회 부회장, 변호사)
2:00-2:15	▶ 인사말 : 국회의원 심상정·이정미(정의당) 국회의원 남인순·백혜련·권미혁·정춘숙(더불어민주당) 국회의원 김삼화(바른미래당)
2:15-2:30	▶ 발제 1 : '강간죄' 개정운동의 배경 및 의미와 과제 - '강간죄'개정을 위한 연대회의, 이미경 한국성폭력상담소 소장
2:30-2:50	▶ 발제 2: 성폭력 형법 개정안의 주요 내용과 쟁점 - 이경환 민변 여성인권위원회 미투대응팀장
2:50-3:05	▶ 발제 3: 강간죄 구성요건 관련 국제법 및 해외 입법례 - 장임다혜 형사정책연구원 부연구위원
3:05-3:35	▶ 지정토론 : 오승이 판사(인천지방법원) : 박은정 검사(부장검사) : 장응혁(계명대 경찰행정학과)
3:35-4:00	▶ 종합토론

목 차

■ 인사말	4
국회의원 심상정 · 이정미 (정의당)	
국회의원 남인순 · 백혜련 · 권미혁 · 정춘숙 (더불어민주당)	
국회의원 김삼화 (바른미래당)	
■ 발제 · 토론문	
발제 1 ‘강간죄’ 개정운동의 배경 및 의미와 과제	18
발제 2 성폭력 형법 개정안의 주요 내용과 쟁점	32
발제 3 강간죄 구성요건 관련 국제법 및 해외 입법례	48
토론 1 성적자기결정권의 의미와 동의의 의미	57
토론 2 한국의 성폭력 법령체계와 비동의간음죄의 도입	64
토론 3 성폭력 형법 개정안의 평가와 과제	70
■ 부록 : 국회 법제사법위원회에 보낸 ‘강간죄’ 개정을 위한 연대회의 의견서	
1. 제1차 의견서(2019. 3. 30)	76
형법 제297조 강간죄의 구성요건을 ‘동의’ 여부로 개정할 것을 촉구합니다	
2. 제2차 의견서(2019. 7. 9)	79
직접적인 ‘폭행협박’ 없이 발생하는 강간 전체 71.4% : 전국 66개 성폭력상담소 2019.1-3. 상담사례 분석	
3. 제3차 의견서(2019. 8. 13)	82
국제법 및 해외입법례는 강간죄를 ‘동의’ 여부로 판단	
4. 제4차 의견서(2019. 9. 18)	88
성폭력 가해자들이 피해자를 명예훼손, 무고 등으로 역고소하겠다고 위협하게 하는 현행 강간죄 구성요건은 바뀌어야합니다!	
5. 제5차 의견서(2019. 11. 11)	90
강간 피해는 폭행 협박으로만 설명될 수 없습니다 - 무료법률지원 사건의 불기소, 무죄판결 결과 분석을 중심으로 -	

■ 인사말



국회의원 심상정(정의당 대표/경기 고양시갑)

반갑습니다. 정의당 대표 심상정입니다.

먼저 토론회를 주최해주신 이정미 의원님, 남인순 의원님, 백혜련 의원님, 권미혁 의원님, 정춘숙 의원님, 김삼화 의원님, 그리고 강간죄 개정을 위한 연대회의를 비롯한 모든 관계자분들께 감사의 말씀을 드립니다.

바쁘신 와중에도 와주시는 이미경 소장님, 이경환 팀장님, 장임다혜 위원님, 그리고 토론을 맡아주시는 오승이 판사님, 박은정 검사님, 장응혁 교수님께도 감사드립니다. 좋은 토론 기대합니다.

1994년에 성폭력특별법을 제정하고 1995년까지 법조문에 있던 정조 개념을 없앤 이후 '가해자 처벌과 피해자 보호'라는 목적으로 성폭력관련법들에 많은 진전이 있었지만 근본적인 개선에는 미치지 못했습니다. 성폭력의 본질은 '비동의'입니다. 그러나 법은 지금 이 순간에도 피해자에게 폭행이나 협박을 증명하라 요구하고 있습니다.

이제 피해자의 경험과 목소리에 법이 귀를 기울일 때입니다. 피해자에게 폭행이나 협박 증명을 요구할 게 아니라 가해자들에게 피해자의 명확한 동의가 있었는지를 물어야 합니다. 성폭력 판단기준을 '폭행 또는 협박'에서 '동의 여부'로 바꾸는 내용을 담은 이번 형법 개정안은 성폭력에 대한 사회적인 인식을 바꾸는 위대한 전진이 될 것입니다.

선진국들이 다 적용하고 있는 것을 우리만 못할 이유가 없습니다. 영국, 스웨덴, 독일 등의 나라들은 이미 피해자의 의사에 반한 성적 침해를 강간죄로 규정해 처벌하고 있습니다. 유엔 여성차별철폐위원회(CEDAW)에서는 우리 정부에 형법 297조의 강간죄 개정을 권고하기도 했습니다.

2018년 성폭력에 대한 위대한 고발로 시작된 미투운동 이후 5개 정당 모두가 앞다투어 강간죄 구성요건에 관한 법안을 제출한 바 있습니다. 이미 초당적인 합의가 이뤄졌고 20대 국회를 가장 뜨겁게 달군 이슈가 여성이슈임에도 이 법안을 통과시키지 못한다면 국회가 국민과 동떨어진 국회라는 것을 증명하는 것입니다.

이번 정기 국회는 용기 내 성폭력 피해사실을 고발했던 여성들의 외침에 응답할 수 있는 마지막 기회입니다. 반드시 통과시킵시다. 저와 정의당은 20대 국회에서 강간죄의 구성요건을 개정하여 여성들의 용기에 응답하고 성평등 사회를 만들어갈 것입니다. 힘차게 걸어가겠습니다. 감사합니다.

■ 인사말



국회의원 이정미(정의당/비례대표)

국회 환경노동위원회 이정미 의원입니다. <성폭력 판단기준, 폭행과 협박이 아닌 동의 여부로!> 토론회에 참가해 주신 여러분께 감사드립니다.

2018년 초 미투의 함성이 시작된 이후, 우리 사회는 혁명적 변화를 겪는 와중에 있습니다. 피해자들의 용기 있는 고백을 시작으로 사회 곳곳에서 성폭력의 진실이 고발되기 시작했고, 불법촬영물에 대한 엄정한 법 처리 요구와, 여성의 재생산권 보장을 위한 낙태죄 폐지에 이르기까지, 젠더평등 실현을 위한 여성들의 목소리는 더 커가고 있습니다.

그러나 지난 미투 이후 과연 법과 제도에서 그 목소리들이 뒷받침되고 있는지 살펴보면, 부끄럽지만 합니다. 안희정 전 지사에 대한 판결처럼 위계에 의한 간음에 있어 진실보한 기준이 만들어지는 성과도 있었습니다. 하지만 그 밖에 추가적인 입법이 국회에서 이뤄지지 않아, 성폭력 없는 사회 만들기에 있어 국회는 도움이 되기는커녕, 방해만 되고있는 형편입니다.

강간죄의 구성요건을 폭행과 협박에서 부동의로 바꾸는 형법 개정도 마찬가지입니다. 그간 법원은 저항하기 어려운 폭행과 협박이 있는 경우만 강간으로 보는 이른바 최협의설에 입각하여 강간 여부를 판결해 왔습니다. 그러나 가해자의 폭행·협박으로 공포감을 느껴 적극적으로 저항하지 못한 경우, 저항으로 인해 더욱 심각한 폭행이 뒤따를 것으로 예상되어 저항하지 않은 경우, 또는 수치심에 구조를 요청하지 않은 경우 등 다양한 경우가 부지기수로 존재합니다.

그래서 저는 지난해 「형법」 개정안을 내고 우선 기존 형법 제32장 '강간과 추행의 죄'를 '성적자기결정권 침해의 죄'로 변경하였습니다. 성적 자기결정권을 권리가 아니라 개인이 보유할 것으로 기대되는 능력으로 왜곡해서는 안되며, 성적 자기결정권을 국가와 사회가 보호해야할 권리라는 점을 분명히 하고자 한 것입니다. 또한 기존 강간죄를 ▲저항이 곤란한 폭행·협박에 의한 강간 ▲폭행·협박에 의한 강간, ▲명백한 거부 의사 표시에 반한 강간죄로 구분하여 처벌하고, 기존 추행죄도 ▲폭행·협박에 의한 추행과 ▲명백한 거부 의사 표시에 반한 추행으로 구분하여 처벌하고자 했습니다. 형량이 낮아 현재 대부분 약식 재판으로 진행되는 '업무상 위력 등에 의한 간음·추행'의 경우에도 현행 5년 이하의 징역 또는 1천500만 원 이하의 벌금에서 15년 이하의 유기징역 또는 3천만 원 이하의 벌금으로 처벌을 강화하고자 했습니다.

20대 국회는 실질적으로 이제 1달하고 20일 뒤면 막을 내리게 됩니다. 아무 일도 하지 않고 싸우기만 하는 최악의 국회라는 오명을 벗어나기 위해서, 미투 이후에도 아무 변화도 만들지 못한 국회가 되지 않기 위해서는 이제라도 시급히 젠더평등 입법에 나서야 합니다. 그런 의미에서 20대 국회에서 강간죄 개정을 촉구하기 위해 209개 단체가 모인 것과 오늘 토론회를 연 것을 매우 고무적인 일입니다. 제가 낸 비동의 강간죄의 신설을 포함한 형법 개정안을 포함해 여러 법이 제출되어 있습니다. 20대 국회가 실제 법 개정이 이뤄질 수 있도록, 오늘 토론회에서 많은 지혜가 모아질 기대합니다. 저도 20대 국회가 끝날 때까지 결코 포기하지 않고 최선을 다하겠습니다. 감사합니다.

■ 인사말



국회의원 남인순(더불어민주당 최고위원/서울송파병)

안녕하십니까? 더불어민주당 최고위원으로 일하고 있는 서울송파병 국회의원 남인순입니다.

'입동 (立冬)'을 지나 성큼 다가온 겨울의 문턱에서 「20대 국회 강간죄 개정을 위한 토론회 - 성폭력 판단기준, 폭행과 협박 아닌 동의여부로!」를 개최하게 되었습니다. 이번 토론회는 심상정·권미혁·정춘숙·김삼화 의원님을 비롯하여 국회 여성·아동·인권 정책포럼과 정의당 여성본부 및 '강간죄 개정을 위한 연대회의'와 공동으로 준비했습니다.

2018년 우리사회를 뒤흔든 #미투 운동은 성별 고정관념과 성별 권력관계에 기반한 성차별적·성불평등 사회에 대한 변화를 끊임없이 요구하고 있습니다. 특히 #미투 운동으로 폭로된 성차별 구조 안의 '성폭력'에 대한 인식과 대응은 한계가 명확하기에, '성폭력'에 대한 새로운 인식과 대응을 촉구하고 있습니다.

이에 응답한 국회는 다수의 의원이 강간의 구성요건은 '동의여부'로 변경하는 법안을 내놓은 상황입니다. 지난해 9월 나경원 자유한국당 의원이 대표발의하고, 저를 비롯해 바른미래당, 민주평화당 의원 등 여야 4당 여성의원들이 참여한 「형법」개정안이 발의된 바 있습니다. 이 외에도 5개의 정당(더불어민주당, 자유한국당, 바른미래당, 민주평화당, 정의당)에 소속된 백혜련·강창일·홍철호·천정배 등 다수의 의원들이 「형법」개정안을 발의하였습니다.

현행 「형법」상 '폭행 또는 협박'이 강간죄의 구성 요건으로 되어있으나 '정도'에 대한 명시적인 규정이 없음에도 대법원의 판례는 가해자의 폭행이나 협박으로 피해자가 '항거불능 상태나 현저히 곤란할 정도'여야 강간죄가 성립한다고 보고 있습니다.

이에 피해자가 '항거불능이나 현저히 곤란할 정도'에 이르지 못하면 처벌의 공백이 생기고 피해자 보호에 충분하지 않게 됩니다. 게다가 이러한 판례는 가해자의 가해 여부에 초점을 맞추는 것이 아니라 피해자의 구조 요청이나 반항 유무가 중점이 됨으로써 피해자에게 2차 피해를 입히는 등의 문제가 발생하게 되고 있습니다.

피해자들이 피해 당시 폭행과 협박이 있었음을 증명하는 것이 아니라, 가해자들에게 피해자의 명확한 동의가 있었는지에 우리는 물어야 합니다. 피해자가 아닌 가해자에게 더 많은 질문을 해야 합니다.

여성의 '노(NO)'를 '노(NO)'로 해석되지 않은 불합리한 의사소통구조가 지배하고 있는 현실을 인식하고, 가부장제 사회의 '법'체계가 피해자보다 가해자 시각으로 바라보고 가해자의 목소리에 더 귀 기울이고 있음을 성찰해야 합니다.

국회가 즉각적으로 응답하여 '비동의 간음죄' 관련 법안들을 내놓은 이유는, 이미 UN 여성차별철폐위원회가 권고했듯이 폭행 또는 협박 여부를 기준으로 성폭행 성립을 따지는 국내 형법은 국제 기준에 부합하지 않았으며, 많은 국민들이 동의 여부로 강간죄를 개정하자는 목소리들을 담았기 때문입니다. 그러나 국회에서 법개정 논의가 제대로 되고 있지 않는 실정입니다.

'강간죄'구성요건을 개정하려는 움직임은 법적 변화뿐만이 아니라 성폭력에 대한 인식을 바꾸는 중차대한 일입니다. 형법 개정 논의를 통해 사회적 컨센서스를 만드는 길로 가기를 기대하며, 오늘 함께 해주시는 여러분들과 '비동의 간음죄'를 포함한 #미투 법안의 처리에 앞장서겠습니다.

사회를 맡아 토론회를 이끌어주실 위은진 한국젠더법학회 부회장님, 발제를 맡아주시는 이미경 한국성폭력상담소장님, 이경환 민변 여성인권위원회 미투대응팀장님, 장임다혜 형사정책연구원 부연구위원님, 토론을 해주시는 오승이 인천지법 판사님, 박은정 검사님, 장응혁 계명대 경찰대행정학과 교수님께 감사드립니다.

다시 한 번 이 자리에 참석하여 지혜를 모아주시는 여러분들께 감사드리며, 건강과 평화를 기원합니다.

■ 인사말



국회의원 백혜련(더불어민주당 전국여성위원장/경기수원을)

안녕하십니까? 국회 법제사법위원회 소속 더불어민주당 경기 수원을 국회의원 백혜련입니다.

찬바람이 옷깃을 여미게 하더니 어느덧 겨울의 시작을 알리는 입동이 지났습니다. 쌀쌀한 날씨에도 불구하고 “20대 국회 강간죄 개정을 위한 토론회”에 참석해 주신 모든 분들께 감사의 말씀을 전합니다.

특히 이 자리를 함께 만들어주신 심상정 정의당 대표님, 남인순 더불어민주당 최고위원님, 국회의원 연구단체인 ‘국회아동여성인권정책포럼’ 공동대표를 맡고 계신 권미혁, 김삼화, 정춘숙 의원님 그리고 ‘정의당 여성본부’와 전국 209개 여성인권운동단체와 전문가들로 구성된 ‘강간죄 개정을 위한 연대회의’ 관계자 분들께도 깊은 감사의 말씀을 드립니다.

오늘 토론회의 주제는 “성폭력 판단기준, ‘폭행과 협박’이 아닌 ‘동의여부’로!” 입니다. 이는 ‘미투 운동’이 촉발시킨 ‘강간죄’의 구성요건을 변경하라는 시대적 요구를 한 마디로 함축한 것입니다.

현행 형법 297조는 ‘폭행 또는 협박으로 사람을 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다’고 명시하고 있습니다. 형법이 제정된 1953년 이후 단 한번 개정돼 객체를 ‘부녀’에서 ‘사람’으로 확대했을 뿐, 66년 동안이나 ‘강간죄’의 구성요건이나 형량에 변함이 없었습니다.

1995년 이전까지만 해도 ‘강간죄’는 ‘정조에 관한 죄’로 분류되었습니다. ‘강간죄’의 보호법익은 정조, 성적순결이었기 때문에 여성들은 범죄의 피해자였으면서도 오히려 지켜야 할 것을 지키지 못한 잘못을 추궁 받아야 했습니다.

이후 강간죄의 보호법익이 ‘성적자유(원치 않는 성행위를 하지 않을 자유)’와 ‘성적자기결정권’으로 바뀐 후에도 상황은 크게 바뀌지 않았습니다. 법원은 ‘강간죄’에 대해 가해자의

폭행 또는 협박이 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도여야 한다는 이른바 '최협의설'과 폭행 또는 협박의 내용과 정도, 행사 경위, 피해자와의 관계, 성고 당시와 그 후의 정황 등 제반사정을 종합해서 판단해야 한다는 '종합판단설'에 따라 판결 해왔습니다. 이 때문에 항거불능의 폭행 또는 협박에 이르지 않는 정도의 유형력 행사를 통해 '강간죄'를 범한 경우 그리고 폭행 또는 협박이 분명히 실제 했었음에도 가해자와 피해자의 관계, 피해자의 저항 정도나 전후 태도에 따라 처벌하지 못하게 되는 상황이 벌어지게 된 것입니다. 상대방의 의지에 반하여 강제로 성관계를 하는 것 자체가 엄연한 범죄입니다. '폭행 또는 협박'의 정도는 형량에 반영될 문제이지, 유죄와 무죄를 판단하는 기준이 되어서는 안 됩니다.

일각에서는 의사에 반하는 강제적인 성관계를 범죄화하면 '과잉범죄화'의 부작용이 우려된다고 주장하지만, 오히려 이제까지 마땅히 법으로 규율해야 할 것을 하지 못한 것으로, 규범의 공백으로 인해 '과소범죄화' 된 것입니다. 더구나 피해자의 법익은 보호하지도 못하면서, 가해자일지도 모를 피고인의 방어권 보장을 우려해 '비동의간음죄' 도입에 반대하는 태도에 동의하기 어렵습니다.

법원이 일부 판결에서 진일보한 해석으로 시대적 요구에 보조를 맞추고 있지만 그것으로는 부족합니다. 법관들의 '성인지감수성'과 '폭행 또는 협박'에 대한 다양한 해석에만 의존할 수는 없습니다. 법원별·심급별 일관성 없는 판결로 인해 법적 안정성을 기대하기도 어렵습니다.

'비동의간음죄' 도입에 대해서는 저를 포함한 여야 5개 정당 10명의 국회의원들이 개정안을 발의한 상태로 이미 입법방향에는 공감대가 형성되어 있습니다.

독일, 스웨덴, 영국, 캐나다 등이 동의 여부를 성폭력 구성 요건으로 규정하고 있으며, UN 여성차별철폐위원회에서도 우리 정부에 형법 297조 강간죄를 폭행과 협박이 아닌 동의여부로 개정할 것을 권고한 바 있습니다. 한국형사정책연구원도 지난해 12월 발표한 '형법상 성폭력범죄의 판단기준 및 개선방안'을 통해 강간죄 처벌의 공백 지점을 줄이기 위해 '비동의간음죄' 도입이 필요하다고 강조했습니다.

오늘 토론회 사회를 맡으신 한국젠더법학회 부회장 위은진 변호사님과 발제를 해 주실 이미경 한국성폭력상담소 소장님, 이경환 민변 여성인권위원회 미투대응팀장님, 장임다혜 형사정책연구원 부연구위원님 그리고 토론을 함께 해 주실 인천지방법원 오승이 판사님, 형사정책연구원 박은정 검사님, 장응혁 계명대 경찰행정학과 교수님께 깊은 감사의 말씀을 드립니다.

다시 한 번 강조드리지만, '비동의간음죄' 도입 논의는 더 이상 미룰 일이 아닙니다. 국민을 대표하는 입법기관인 국회가 더 이상 직무유기를 해서는 안 될 것입니다. 오늘 토론회에서 제기된 내용들이 형법 개정안 심사과정에 반영될 수 있도록 최선을 다하겠습니다. 감사합니다.

■ 인사말



국회의원 권미혁(더불어민주당/비례대표)

안녕하십니까?

국회 행정안전위원회 소속 더불어민주당 국회의원 권미혁입니다.

오늘 <성폭력 판단 기준 '폭행과 협박'이 아닌 '동의여부'로!>토론회에 참석해주신 내·외빈 여러분들께 감사의 인사를 드립니다.

또한 오늘 이 자리를 함께 만들어주신 정의당 심상정 대표님, 더불어민주당 남인순 최고위원님, 백혜련 전국여성위원장님, 정춘숙 의원님, 바른미래당 김삼화 의원님과 국회아동여성인권정책포럼, 정의당 여성본부, 전국 208개 여성 인권 운동 단체와 전문가들로 구성된 '강간죄 개정을 위한 연대회의' 관계자 분들께도 깊은 감사의 말씀을 드립니다.

2018년 #미투 운동은 성폭력에 대한 새로운 인식과 대응을 촉구하고 있습니다. UN 여성차별철폐위원회(CEDAW)에서는 2018년 3월, 우리 정부에 형법 297조 강간죄를 폭행과 협박이 아닌 동의여부로 개정할 것을 권고했고, 국제형사재판소와 유럽인권재판소와 같은 국제재판소들은 모두 '동의'여부에 따라 강간을 판단하고 있습니다.

현재 국회에는 5개당(더불어민주당, 자유한국당, 바른미래당, 민주평화당, 정의당) 소속 의원들이 10개의 구성요건 관련 법안을 발의한 상황이나 논의가 전혀 진척되지 않고 있습니다.

강간죄 개정은 늦출 수 없는 과제입니다. 현행 법률은 성적 침해의 수단을 “폭행 또는 협박”으로 규정하고 있으나, 현실에서 성적 침해는 가해자의 물리적인 폭행이나 명시적인 협박을 수반하지 않는 다양한 상황에서 발생하고 있고, 오히려 2차 피해 유발 및 보복성 역고소 도구로 악용되고 있어 그 폐해가 심각합니다.

법률의 공백으로 인해 성폭력 피해자가 법적 처벌의 공백 때문에 피해를 구제받지 못하거나, 수사·재판 과정에서의 2차 피해를 방지하는 것은 #미투 이후 우리사회가 만들어야 하는 최소한의 정의입니다.

오늘 토론회를 계기로 강간죄 개정에 대한 토론이 활발하게 이어지고 국회에서도 법 개정의 동력이 될 수 있기를 바랍니다. 토론회에서 제기된 내용들이 법 개정 단계에서 반영될 수 있도록 최선을 다하겠습니다.

오늘 토론회 사회를 맡으신 한국젠더법학회 부회장 위은진 변호사님과 발제를 해주실 이미경 한국성폭력상담소 소장님, 이경환 민변 여성인권위원회 미투대응팀장님, 장임다혜 형사정책연구원 부연구위원님 그리고 토론을 함께 해주실 인천지방법원 오승이 판사님, 형사정책연구원 박은정 검사님, 장응혁 계명대 경찰행정학과 교수님께 깊은 감사의 말씀을 드립니다.

감사합니다.

■ 인사말



국회의원 정춘숙(더불어민주당/비례대표)

안녕하십니까?

용인 수지에 살고있는 국회 여성가족위원회 소속 더불어민주당 간사 정춘숙입니다.

오늘 <성폭력 판단 기준 '폭행과 협박'이 아닌 '동의여부'로!>토론회에 참석해주신 내.외빈 여러분들께 감사의 인사를 드립니다.

또한 오늘 이 자리를 함께 만들어주신 국회 심상정, 남인순, 백혜련, 권미혁, 김삼화 의원님과 '강간죄'개정을 위한 연대회의 관계자 분들께도 감사드립니다.

우리 주변 수많은 여성들이 성희롱, 성차별을 겪었습니다. 그리고 우리사회 '#미투운동'은 계속되고 있습니다. 이번 '#미투운동'의 확산을 토대로 성범죄의 심각성을 인식할 뿐만 아니라 성차별적 사회구조에 큰 변화가 일어나고 있습니다.

지금까지 계속되는 미투 운동으로 사회적, 제도적 변화를 촉구하는 움직임이 활발합니다. 미투운동의 흐름으로 발의된 법안은 약 150여건을 넘어섰습니다.

미투 관련 법안 중 UN여성차별철폐위원회에서 권고사항인 성폭력 피해자를 향한 보복성 역고소 악용문제를 해결하기 위한 '사실적시에 의한 명예훼손 폐지', '무고죄 수사유예', '강간죄 성립범위 확대', '과거 성이력 채택 금지', '성폭력 피해자의 2차 방지 대책' 등 형법과 성폭력처벌법을 중심으로 개정안이 쏟아져 나왔습니다.

이처럼 미투 운동으로 젠더폭력방지를 위한 법제도 변화에 대한 요구는 뜨겁지만, 아직 성폭력범죄의 핵심사항인 '비동의간음죄 신설' 등 현실적인 법 개정 논의가 현실적으로 이루어지지 않고 있습니다.

이에, 오늘 토론회에서 국회에 발의된 강간죄 개정 법안에 대한 현황을 분석하고, 젠더폭력방지정책 패러다임을 바꿀 수 있는 비동의 간음죄 신설에 대한 심도깊은 논의가 필요합니다.

저도 여성가족위원회 소속 국회의원으로서 '성차별적 사회관습 철폐, 폭력 없는 사회·모두가 안전한 대한민국'을 만들고자 끊임없이 노력하겠습니다.

끝으로, 토론회 준비를 위해 애써주신 관계자와 전문가 여러분들께 감사의 인사를 드립니다. 또한, 이 자리에 함께하신 모든 분들의 건강과 행복을 기원합니다. 감사합니다.

■ 인사말



국회의원 김삼화(바른미래당/비례대표)

안녕하십니까. 바른미래당 국회의원 김삼화입니다.

먼저, 바쁘신 가운데도 <성폭력 판단 기준 '폭행과 협박'이 아닌 '동의여부'로!> 토론회에 참석하여 자리를 빛내주신 내외 귀빈 여러분과 정성껏 준비한 발제와 토론으로 세미나의 깊이를 더해 주실 패널 여러분께 감사의 말씀을 드립니다. 더불어 뜻깊은 자리를 함께 해주신 심상정·남인순·백혜련·권미혁·정춘숙 의원님을 비롯한 강간죄 개정을 위한 연대회의, 국회아동여성인권정책포럼, 정의당 여성본부에게도 감사의 말씀을 전합니다.

지난해 1월 서지현 검사의 용기있는 폭로로 촉발된 우리 사회 미투 운동으로 성범죄의 심각성에 대한 사회적 공감대가 확산되었고, 더 나아가 성평등 사회로의 구조적 변화로까지 이어지고 있습니다.

UN 여성차별철폐위원회(CEDAW)에서는 2018년 3월, 우리 정부에 형법 제297조 강간죄를 폭행과 협박이 아닌 동의여부로 개정할 것을 권고한 바 있습니다.

또한 지난해 여성 국회의원 13명이 뜻을 모아 <비동의 간음죄 도입을 위한 국회 토론회>와 기자회견 등을 개최하며 가해자의 시각이 아닌 피해자의 시각이 반영되는 사회, 차별 없고 상식 있는 대한민국으로 가기 위한 합리적인 제도개선 방안을 논의해왔습니다.

그러나 여전히 성폭력범죄의 핵심사항이라고 할 수 있는 '비동의간음죄 신설' 등 현실적인 법 개정 논의는 지지부진한 상황입니다.

이제는 포스트 미투운동으로, 그동안의 젠더폭력 입법 공백과 한계를 넘어서기 위해 더 많은 법적 검토와 개선이 필요한 상황입니다.

오늘 토론회를 통해 성범죄의 구성요건이 국제 기준에 맞추어 마련될 수 있는 방안과 성폭력범죄의 법제도에 관한 심도 있는 논의가 이루어지기를 기대합니다.

저 역시 앞으로도 우리 사회의 성희롱·성폭력 범죄를 근절하고 피해자에 대한 2차 피해 방지 등이 확실하게 이루어질 수 있도록 실질적인 방안을 모색하는데 힘쓰겠습니다.

다시 한번 오늘 토론회에서 발제와 토론을 맡아주신 분들께 감사의 인사를 드리며, 참석하신 모든 분들의 행복과 건강을 기원합니다.

감사합니다.

[발제 1]

‘강간죄’ 구성요건 개정운동의 배경 및 의미와 과제

이미경(‘강간죄’ 개정을 위한 연대회의, 한국성폭력상담소 소장)

1. 문제제기

‘강간죄’를 폭행과 협박이 아니라 동의여부로 판단하라는 여성인권운동의 요구는 어제 오늘의 일이 아니다. 1991년 성폭력특별법 제정운동 당시에도 형법 제32장이 ‘정조에 관한 죄’인 점과 강간죄가 ‘폭행과 협박’을 범죄의 구성요건으로 두고 있는 점 등이 문제로 제기되었다. 이후 여성인권법연대의 형법개정 운동(2005년~2007년), 전국성폭력상담소협회의 성폭력 수사·재판 시민감시단 활동(2004년~현재) 등 여성인권단체에서는 꾸준히 이 문제를 제기해왔다.

형법 제297조 강간죄는 “폭행 또는 협박으로 사람을 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다”고 규정되어 있다. 여기에서 폭행과 협박은 피해자의 반항을 불가능하게 하거나 또는 현저히 곤란하게 할 정도여야 한다. 일부 판례에서는 성폭력의 보호법익을 ‘성적자기결정권’으로 접근하고 있지만, 아직도 얼마나 심한 폭행과 협박이 있었는지에 초점을 둔 ‘최협의설’의 영향을 벗어나지 못하고 있다. 따라서 피해자들은 법적·사회적으로 폭행과 협박의 상황에서 적극적으로 저항할 것을 요구받고 있고, 그렇지 않은 경우에는 ‘가짜 피해자’로 의심과 비난을 받는다.

얼마나 많은 성폭력 피해자들이 그 피해를 인정받지 못하는지는 국가의 성폭력 범죄처리 통계를 통해서도 확인된다. 여성가족부의 통계를 보면, 전국의 170개 성폭력상담소에서 2018년 한 해 동안 241,343건¹⁾의 성폭력상담을 했다(국가지표체계, 2019). 성폭력 피해자들 중 몇 퍼센트가 성폭력상담소에 상담을 하고, 또 수사기관에 고소했는지는 명확히 알 수 없다. 다만, 대검찰청(2018: 98, 226)의 『범죄분석』 자료를 보면, 2017년 한 해 동안 성폭력은 32,824건이 고소되었고 검찰은 이중 46%만 기소했다. 2018년 통계를 보면(김정혜, 2019: 13), 총 40,432건의 성폭력범죄 중 14,404건(35.6%)만 기소되었다. 성폭력범죄의 불기소 이유에는 ‘혐의없음’ 비중이 높

1) 이 통계에서 건수란 피해자 명수가 아니라 지원한 횟수에 기반한 것임.

고, 입증의 어려움, 성폭력범죄의 협소한 정의, 피해자에 대한 불신 등을 들 수 있으며, 특히 혐의없음 불기소 비중이 높다는 점은 무고죄로 고소/인지될 가능성을 높이는 요인으로도 작동한다.

2018년 미투운동이 혁명처럼 일어나 우리 사회의 전반적인 변화를 촉구하고 있는 시점에서 '강간죄' 구성요건의 개정운동은 다시 본격화되고 있다. 강간죄 개정운동은 성폭력에 대응하는 국가의 법과 제도가 외관상으로는 어느 정도 틀이 잡힌 것 같지만, 실제 그 이행과정에서 피해자의 권리는 제대로 보장받지 못하는 근본 요인 중 하나를 강간죄의 구성요건으로 보고 이를 바꾸고자 하는 운동이다. '강간죄' 구성요건 개정운동은 성폭력 범죄를 무엇으로 볼 것인가의 문제, 즉 성폭력의 의미 및 판단기준에 주목한다. 이 운동은 2019년 1월 15일, 한국여성단체연합 주최로 열린 <#미투운동 이후의 과제와 전망 : 여성운동 정책역량 강화 워크숍>에서 구체적으로 제안되었다. 그리고 지난 3월 21일부터 전국의 208개 여성인권단체들이 <'강간죄' 개정을 위한 연대회의>를 결성해 활동 중, 더불어민주당과 정부는 4월 10일 '성희롱·성폭력 근절대책 관련 당정 간담회'를 열고 비동의간음죄 신설을 전향적으로 검토하고 있다고 밝힌바 있다.²⁾

국제적으로도 UN 여성차별철폐위원회(CEDAW)에서는 2017년에 일반권고 제35호 제29조(e)에서 성범죄는 '자유로운 동의의 부재'를 기준으로 정의되어야 한다고 명시하였다. 또한 2018년에 UN 여성차별철폐위원회는 제69차 세션 한국 제8차 본심의 결과 한국정부에 강간죄의 구성요건을 폭행과 협박이 아닌 동의 여부로 판단하라고 권고했다. 여성폭력과 관련된 입법운동은 일정 범위와 규모를 넘어서는 연대의 조직화와 담론의 정치를 기반으로 이루어지는 복합적인 동원과정이며(신상숙, 2007: 222), 이 운동을 기록하고 정리하며 평가하는 작업은 운동현장에서 만이 아니라 학술적으로도 중요한 의미를 갖는다.

이 글은 2018년 미투운동을 통해서 드러난 우리사회의 성차별적 구조의 변화를 위한 법·제도 개선과제들 중 '강간죄' 구성요건에 초점을 맞춰, 법개정운동의 의미와 쟁점, 과제를 살펴보고자 한다.

2. '강간죄' 구성요건의 변화를 위한 여성운동의 역사

반성폭력운동은 관련법 제·개정운동과 성폭력에 대한 잘못된 통념·관행을 바꾸는 성문화운동을 양축으로 추진되어왔다. 법제정 운동을 보면, 1991년부터 시작한 성폭

2) "당정, 성폭력 대책 협의...강간죄 성립기준 완화 검토", 연합뉴스, 2018년 4월 10일자, <https://www.yna.co.kr/view/AKR20180410053800001?input=1179m>(최종검색일: 2019. 10.28.)

력특별법 제정운동의 결과로 3년 만에 법이 제정되어 가해자 처벌 및 피해자보호(권리보장)의 근거를 마련한 것은 획기적인 변화였다. 이어서 1995년에는 형법 제32장의 제목을 '정조에 관한 죄'에서 '강간과 추행의 죄'로 변경하였다. 이후 수습 차례에 걸친 성폭력특별법 개정을 비롯해 청소년성보호에관한법률(2000), 특정범죄자에대한 보호관찰및전자장치부착등에관한법률(2007, 일명 전자발찌법), 성폭력범죄자의성충동 약물치료에관한법률(2010, 일명 화학적 거세법), 여성폭력방지기본법(2018) 등 성폭력 관련법들의 제·개정이 지속적으로 이루어지고 있다. 최근에는 미투 이후 국회에 상정된 성폭력관련 법률개정안 150여 개 중 30여 개의 내용이 제·개정되었다.

'강간죄' 구성요건 개정 운동의 시발점은 1991년 성폭력특별법 제정운동을 들 수 있다. 당시에는 형법 제32장의 제목이 '정조에 관한 죄'로 규정되어 있어 폭행과 협박으로 강간을 판단하는 것에 대한 문제제기 보다는 정조의 개념이 얼마나 전근대적인지, 소위 '보호할 만한 가치가 있는 정조'인지 여부가 강간죄의 판단근거가 됨을 비판하는 것이 주된 문제제기였다(이상덕, 1997: 32). 제안된 법안을 보면 국회에 청원한 여성단체 안에서는 성폭력을 '성적자기결정권의 침해행위로서 사람의 성적인 자유를 침해하는 일체의 행위'로 규정하였다. 민주당 안과 국민당 안도 같은 입장이었으나 민자당 안에서는 성폭력의 명시적인 규정 없이 형법상의 관련 조항을 나열하였다. 결국, 성폭력특별법은 성폭력에 대한 기본개념 규정 없이 형법의 각 조항을 나열하는 것에 그쳐, 강간죄의 구성요건에 대해서는 제대로 논의가 되지 못한 아쉬움이 크다. 특히 '여성들은 동의에 의한 성관계와 강간 사이의 연속선상 어딘가에 위치지을 수 있는 수많은 비동의적인 성을 경험하고 있다는 점(최은순, 1993: 100)'에서 이는 더욱 중요한 문제이다.

여성운동 단체에서 강간죄의 구성요건을 구체적으로 논의한 것은 성폭력특별법 제정 이후 10여 년이 지난 2005년부터 시작된 '여성인권법연대'³⁾의 형법개정운동이다. 이 운동은 그동안의 반성폭력 법제화 운동이 피해생존자의 목소리를 담아내 성평화적인 법의 변화를 만들어왔다는 성과도 있지만, 기존의 가부장제 질서를 크게 훼손하지 않고 전복적이지 않았던 것에 대한 비판적 성찰에서 시작된 운동이라고 볼 수 있다(이미경, 2007: 40). 당시 여성인권법연대에서는 법학자와 활동가들이 모여 2년 동안의 지난한 논의 끝에 형법 개정안을 마련하였다. 이 형법 개정안의 핵심은 '동의 없는 성적 행동'의 처벌규정 신설, 최협의 폭행·협박설 폐기, 친고죄 폐지였다(이호중,

3) 여성인권법연대는 한국여성단체연합의 성·인권위원회가 해소되면서 2005년에 결성된 회의체로, 서울여성의전화, 장애여성공감, 한국성폭력상담소, 한국여성단체연합, 한국여성민우회 성폭력상담소, 한국여성장애인연합, 한국여성의전화연합 등 여성인권운동단체와 이에 뜻을 함께하는 교수와 법조인들이 중심이 되어 전반적인 여성인권법의 방향을 모색하는 장이었다.

2007: 33).

여성인권법연대의 형법개정안은 성폭력 관련 형법 체계를 뒤흔든 획기적인 내용이어서 어떤 의원이 발의를 해주지가 관건이었다. 다행히 임종인 의원이 대표발의를 했고, 공청회도 개최했다. 그러나 특별히 주목받지 못한 채 국회 회기만으로 법안은 자동폐기되었다. 그럼에도 여성인권법연대의 형법개정안은 이후 성폭력 관련법 연구에 중요한 시사점을 주고 있고, 현재의 강간죄 구성요건 개정운동에도 준거틀이 되고 있다.

또한 2004년부터 지속해오고 있는 전국성폭력상담소협의회회의의 '수사·재판시민감시단' 활동은 형사·사법절차에서의 2차 피해에 주목해 피해자 권리를 사회적으로 환기시키고 있다. 전국의 각 상담소에서 직접 피해생존자를 지원하면서 수사와 재판과정을 모니터링하여 그 해의 디딤돌과 걸림돌을 추천하고 '수사·재판시민감시단'에서 이를 심사하여 선정·발표하는데, 대부분 강간죄 구성요건에 대한 해석과 맞닿아 있는 사례들이다. 한국성폭력상담소에서는 2006년부터 '성폭력을 조장하는 대법원 판례바꾸기 운동'을 지속해오고 있다. 특히 이 운동의 초기에는 강간죄의 구성요건인 '최협의설' 비판을 위해 매달 대법원 판례를 평석하여 대법관을 비롯한 법조인들에게 보내는 운동을 13개월 동안 진행했다. 이어서 2015년부터 모의재판, 판례평석 등의 방법으로 판례바꾸기 운동을 이어오고 있다. 한국여성민우회에서는 수사·재판과정을 모니터링하여 문제제기 및 개선방안을 제안하는 '첫사람'운동을 진행하고 있다.

특히 2018년 '혁명' 같은 미투운동 속에서 한국여성단체연합에서는 그해 8월부터 10월까지 성차별적인 사회구조를 변혁하기 위한 법과 제도개선을 위해 회원단체들과 민변 여성인권위원회, 관련 전문가들과 함께 TF를 꾸렸다(최은순, 2018: 4). TF에서는 2달여 동안의 논의 결과를 정리해 11월에 미투운동 중점 입법 과제 해결을 위한 성평등 포럼인 「#미투운동, 法을 바꾸다」를 개최했다. 미성년자 의제강간, 스토킹, 2차 피해 방지, 고용·노동·예술분야 성폭력, 학교 성폭력 등 다양한 주제를 다룬 이 포럼의 첫 번째 발제는 "강간죄 구성요건 재구조화"였다. 발제자는 비동의를 규정한 문언을 "상대방의 동의 없이"로 제안했고, 형법 297조 강간죄의 구성요건을 비동의·위계·위력·폭행·협박으로 배치한 입법 발의안을 제안했다(정미명화, 2018: 21-25). 이외에도 각 단체별로 추진해 온 강간죄 구성요건 관련 다양한 활동들의 토대 위에서, 올해 <'강간죄' 개정을 위한 연대회의(이하 '연대회의')>가 출발할 수 있었다.

3. <'강간죄' 개정을 위한 연대회의> 활동 목표와 내용

연대회의는 '강간죄'의 구성요건을 폭행과 협박이 아닌 동의여부로 개정하고자

2019년 3월 21일에 전국 208개⁴⁾ 여성인권단체들로 결성되었다. 법개정운동은 법적으로 피해생존자의 권리를 두텁게 보장할 뿐만 아니라, 우리 사회의 성폭력에 대한 기본인식을 바꾸는 매우 중요한 일이기 때문이다. 1994년 성폭력특별법 제정이 일반인들에게 성폭력이 사회적 범죄라는 인식을 확산시키고 고소율을 높임으로써 성폭력 추방에 크게 기여하였다는 평가는(민경자, 1999: 65) 강간죄 구성요건의 개정이 우리 사회 구성원들의 성(sexuality)을 대하는 인식과 태도를 바꿀 수 있다는 희망이기도 하다. 나아가 강간죄의 구성요건을 '폭행과 협박'에서 '동의 여부'로 전환하는 것은 가부장제 사회의 남성중심적인 시각에서 형성된 성편향적인 법에 대한 도전이기도 하다. 연대회의의 구체적인 활동을 살펴보면 다음과 같다.

(1) 형법 개정안 마련, 의원발의 및 정부와의 거버넌스를 통한 논의 확산

연대회의는 법학자, 법조인, 활동가들이 함께하는 전문가회의를 진행하면서 2019년 11월 의원발의를 목표로 형법 개정안을 마련하고 있다. 연대회의 법안을 기반으로 발의를 할 의원을 섭외하고 있으며, 이후 토론회를 통한 여론조성 및 대국민 홍보활동을 해가고자 한다. 연대회의에서는 법무부 검찰국 형사법제과나 대검찰청 형사부 담당자들과의 면담을 통해 연대회의의 강간죄 구성요건 개정의 당위성을 설명했다. 나아가 '미투운동과 함께하는 시민행동'과 함께 정의당, 바른미래당, 더불어민주당 등의 대표나 원내대표 면담을 통해 법개정운동의 취지를 전달하고 각 당의 협력을 요청하고 있다. 대통령 직속 정책기획위원회나 범정부 성희롱·성폭력 및 디지털성범죄 근절추진 협의회, 법무부 법무·검찰개혁위원회, 법무부 성폭력·성범죄대책위원회, 국방부 양성평등위원회, 경찰청 수사정책위원회, 경찰청 성평등위원회 등 정부 각 위원회 활동에서도 관련자료 공유 및 논의제안을 하고 있다. 이러한 거버넌스를 통해 각 부처에 '권고' 형태로 강간죄 구성요건의 변화를 촉구하고자 했다.

(2) 국회 법제사법위원회들에게 의견서 전달 등을 통한 법개정 촉구

연대회의에서는 강간죄 구성요건 개정의 필요성을 의견서로 작성하여 국회 법제사법위원회 위원들에게 전달하고 이를 언론을 통해 홍보하는 방식으로 법개정에 압력을 주고 있다. 1차 의견서(2019.3.30.)는 "형법 제297조의 구성요건을 '동의' 여부로 개정하라"는 총괄적인 내용을 담았다. 2차 의견서(2019.7.9.)는 2019년 1월부터 3월까지

4) 2019년 9월부터 민주사회를위한변호사모임 여성인권위원회가 동참하여 현재는 총 209개 단체가 함께하고 있음.

지 전국성폭력상담소협의회를 통해 전체 66개 성폭력상담소에 접수된 강간(유사강간 포함) 상담사례들을 분석한 결과, 성폭력 피해사례 총 1,030명 중 직접적인 폭행·협박 없이 발생한 성폭력 피해사례는 71.4%(735명)에 달한다는 결과를 통해 '최협의설'의 폐해를 지적하였다. 1차, 2차 의견서는 연대회의 활동가들이 직접 국회 법제사법위원회의 제1소위 소속 의원실을 돌며 전달했다. 3차 의견서(2019.8.13.)는 국제법 및 해외입법례에서의 강간죄 판단기준을 소개하였고, 4차 의견서(2019.9.18.)는 무고죄 역고소 과정에서의 '최협의설'의 문제점을 담았다. 5차 의견서(2019.11.11.)는 검찰에서 무혐의처분을 받은 사건 분석을 통한 최협의설의 문제점을 짚었고, 이후 가해자 변호인 시장의 구조적인 폐해 속에 드러난 강간죄 구성요건의 문제, '최협의설' 관련 최근 판례평석 등의 다양한 분야와 내용의 의견서를 계속 제출할 계획이다.

(3) 공청회, 토론회를 통한 논의 확산

연대회의에서는 의원발의를 추진한 후, 법안에 관한 대국민 공청회를 11월 중에 실시할 예정이었으나, 선뜻 발의하겠다고 나서는 의원이 아직 없는 상황이다. 일단, 법 개정 필요성을 제기하기 위해 6명의 국회의원들과 연대회의 공동주최로 11월 13일에 "20대 국회 강간죄 개정을 위한 토론회 : '폭행과 협박' 아닌 '동일부'"를 개최하였다. 또한 다양한 학회와 정부위원회, 각 단체 등에서 '강간죄' 구성요건 개정의 필요성을 논의하는 토론회를 제안·참여하고 있다. 이를 통해 성인지감수성을 담은 법담론을 생산하고 구체적인 논의를 확산시켜 사회적 분위기를 새롭게 조성하고자 한다. 지난 9월 27일에는 대통령 직속 정책기획위원회에서 주최한 <미투이후 법·정책 마련을 위한 전문가 간담회>에 '강간죄' 개정을 위한 연대회의의 활동가와 전문가들이 참여해 의견을 개진하였다.

(4) 대국민 홍보활동을 통한 사회 전반의 인식개선

연대회의에서는 집회, 기자회견, 기고, 언론인터뷰, 성명서, 입장문 등 언론홍보를 비롯해 카드뉴스, 웹자보를 활용한 대국민 홍보활동도 지속적으로 펼쳐나가고 있다. 7월 9일에는 카드뉴스, 9월 16일에는 "내가 당한 강간은 강간이 아니라고 한다"라는 제목의 동영상 제작하여 홍보하였다.⁵⁾

9월 18일에는 국회 앞에서 "강간죄 구성요건을 폭행·협박에서 '동의'로 개정하라"는

5) "내가 당한 강간은 강간이 아니라고 한다", '강간죄' 개정을 위한 연대회의, 2019년 9월 16일자, <https://www.youtube.com/watch?v=sFRjjYWqwTk> (최종검색일: 2019.10.28.)

제목의 기자회견을 개최하여 법개정의 필요성과 강간죄에 대한 국제적 흐름을 소개하고, 형법 297조 안에 강간죄의 구성요건으로서 '동의여부'가 들어갈 것을 촉구했다. 9월 28일에는 '미투운동과 함께하는 시민행동'과 함께 "강간죄 개정을 위한 총궐기 : 이제는 강간죄다. 폭행협박 증명요구 폐기하라!"는 제목의 집회를 광화문에서 진행하였다. 이 집회에는 500여 명의 시민들이 참여하여 구호를 외치며 시내 행진을 하였고, 특히 정리집회에서는 성폭력 피해생존자들이 직접 나서 최협의설의 영향 아래 있는 현행법 체계에서 자신이 겪은 2차 피해, 가해자를 처벌하지 못함을 드러내며 법개정의 필요성을 발언하여 큰 울림을 주었다.

4. '강간죄' 구성요건의 개정에 대한 국회와 정부의 대응

미투운동 이후 국회에서는 발빠르게 150여 개의 성폭력 관련 법안들을 발의했고, 그동안 30여 개의 법안이 국회를 통과해 시행되거나 시행을 앞두고 있다. 반가운 일이지만 상당수 법안이 형량강화 수준에 머무는 등 근본적인 문제들은 제대로 짚어내지 못하고 있다. <표 1>에서 보듯이 현재 국회에는 2018년 3월부터 2019년 6월까지 10개의 강간죄 구성요건 관련 법안이 발의되었다. 특정 정당만이 아니라 5개의 정당(더불어민주당, 자유한국당, 바른미래당, 민주평화당, 정의당) 소속 의원들이 앞다투어 소위 '비동의간음죄' 관련 법안을 발의한 것은 미투가 가져온 '선물'이기도 하다. 다만, 발의한 의원들 중 누구도 적극적으로 법안의 통과를 위한 추후 활동을 하고 있지 않은 점이 아쉽다.

<표> 현재 국회에 상정된 강간죄 구성요건 관련 입법안

의안번호	발의자 (제안일자)	"비동의" 문언
2012532	자유한국당 홍철호의원안 (2018.3.19.)	폭행이나 협박 또는 사람의 의사에 반하여 해당하는 사람을 강간
		강도가 사람에 의사에 반하여 해당하는 사람을 강간
2012564	더불어민주당 강창일의원안 (2018.3.20.)	상대방의 명백한 동의가 없는 상태에서 사람을 간음
2012601	더불어민주당 백혜련의원안 (2018.3.22.)	상대방의 의사에 반하여 사람을 간음
2012795	민주평화당 천정배의원안 (2018.3.30.)	동의 없이 사람을 간음

의안번호	발의자 (제안일자)	“비동의” 문언	
2014938	자유한국당 송희경의원안 (2018.8.17.)	폭행이나 협박 또는 상대방의 동의 없이 사람을 강간	
2014981	바른미래당 김수민의원안 (2018.8.21.)	상대방의 부동의 의사에 반하여 사람을 간음	
		(피보호자) 상대방의 부동의 의사에 반하여 간음	업무상위력 등에 의한 간음
2015062 ⁶⁾	정의당 이정미의원안 (2018.8.27.)	사람의 명백한 거부 의사 표시에 반하여 강간	거부 의사 표시에 반한 강간
		(피보호자) 명백한 거부 의사 표시에 반하여 위력으로 강간	거부 의사 표시에 반한 강간
		사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태 이용	준강간 등
		사람의 동의 없이 사람에게 대하여 수행	강제추행
		(피보호자) 위계 또는 위력으로 간음	업무상 위력 등에 의한 간음추행
2015354	자유한국당 나경원의원안 (2018.9.6.)	상대방의 의사에 반하여 사람을 간음	강간, 유사강간, 강제추행
		(피보호자) 위계 또는 위력으로서 간음	업무상 관계 등에 의한 간음
		(피보호자+우월한 지위) 명시적 동의 없이 간음	업무상 관계 등에 의한 간음
19460	자유한국당 박인숙의원안 (2019.3.28.)	동의 없이 사람을 간음한 사람	강간, 유사강간, 강제추행
		미성년자 또는 심신미약자를 위계/위력으로써 동의를 받아 간음 또는 수행한 사람	미성년자 등에 대한 간음
		(피보호자) 위계/위력으로써 동의를 받아 간음	업무상위력 등에 의한 간음
20810	더불어민주당 김철민의원안 (2019.6.4.)	동의없이 약물 등으로 인하여 심신미약 상태에 있는 사람을 간음	강간
		상대방의 의사에 반하여 사람을 간음	강간
		동의없이 약물 등으로 인하여 심신미약 상태에 있는 사람에게 대하여 제297조의2 제1항에 따른 행위	유사강간
		상대방의 의사에 반하여 사람을 간음	유사강간
		동의없이 약물 등으로 인하여 심신미약 상태에 있는 사람을 수행	강제추행
		상대방의 의사에 반하여 사람을 수행	강제추행

자료: 장임다혜, ‘강간죄’개정을위한연대회의 회의자료(2019.4.18.) 중 일부, 2-3쪽.

6) 성폭력범죄의처벌등에관한특례법 일부개정법률안(2015065) 및 아동·청소년의성보호에관한법률일부 개정법률안(2015066)과 동시에 발의함

5. 강간죄 구성요건 개정운동의 쟁점

(1) 법개정운동의 범위 및 용어의 변경

연대회의에서는 법개정의 범위를 어디서부터 어디까지로 할지 진지하게 논의해왔다. 이는 2000년대 중반의 여성인권법연대에서도 마찬가지였다. 그만큼 성폭력 관련 법이 형법, 성폭력범죄의처벌 등에관한특례법, 성폭력방지및피해자보호등에관한법률, 아동·청소년의성보호에관한법률 등 산발적으로 규정되어 있기 때문이다. 실제 형사·사법절차의 담당자들도 혼동하여 잘못된 법안을 적용해 문제가 된 경우도 있다. 이들 각 법안들을 조율하고 정리할 필요성은 늘 제기되어왔고, 정부나 단체에서 몇 차례 재정비가 시도되기도 했지만 성공적이지 못했다. 이 방대한 작업은 단시일 내에 진행하기 어렵고, 많은 연구와 논의가 필요하다는 점에서 본 연대회의에서는 운동의 범위를 전반적인 성폭력 관련 형사법 체계 중 '강간죄'의 구성요건에 동의 여부를 넣는 것을 주요 목표로 설정하였다.

현재 국회나 언론에서는 강간죄 구성요건에서 '동의 여부' 관련한 규정을 주로 '비동의간음죄'로 명명하고 있다. 그러나 '간음'의 사전적 의미가 '결혼한 사람이 배우자가 아닌 이성과 성관계를 맺음'이고, '간음하다'의 사전적 의미는 '성관계를 맺다'⁷⁾로 통용되는 사회에서 '비동의간음죄'는 용어상 성폭력의 특성을 담아내지 못하는 문제를 내포하고 있다. 무엇보다 간음은 한자로 姦淫으로 간음, 간통, 간약하다는 뜻의 간(姦)을 채용하고 있는데 이는 여(女)를 세 번 쌓아 쓴 여성혐오적 한자표현이기도 하다. 따라서 잘못된 의미의 용어⁸⁾를 바꾸기 위한 구체적인 노력이 필요하다. 또한 <표 1>에서 보듯이, 현재 국회에 상정된 강간죄 구성요건에 관한 법률 10개 중 '비동의'의 정의를 '상대방의 명백한 동의가 없는', '상대방의 의사에 반하여', '동의 없이', '상대방의 부동의 의사에 반하여', '사람의 명백한 거부 의사 표시에 반하여', '명시적 동의 없이' 등 매우 다양하게 규정하고 있다. "상대방의 의사에 반한 경우(No Means No Rule)"와 "명백한 동의의 의사가 없는 경우(Yes Means Yes Rule)"의 장단점을 면

7) 2016년, 법무부 형사법제과에서는 <성폭력범죄 처벌규정 개선위원회>를 꾸리고 성폭력 관련 법안들을 통합하고자 했으나, 문제의식만 공유된 채 크게 진전이 없이 마무리되었음

8) 다음 한국어 사전, <https://dic.daum.net/search.do?q=%EA%B0%84%EC%9D%8C>(최종검색일: 2019.10.28.)

9) 어떤 현상을 명명(naming)한다는 것은 그 사회의 인식과 문화를 나타내므로 매우 중요한 의미가 있다. 한 신문사의 기사검색을 통해 성폭력 관련 용어의 변화를 살펴본 연구에 의하면, 1960년대에는 '강간' 외 '능욕', '겁탈' 이란 표현이 쓰였고, 1970년대에는 '추행'이란 말이 늘어났으며 1980년대 후반부터는 '성폭행', '인신매매', '가정파괴', '성고문' 등이 쓰였고, 1990년대에는 '성폭력', '성희롱'이라는 표현이 상당한 비중을 차지했다(신상숙, 2007: 60-61).

밀히 검토 필요할 필요가 있다. 참고로 2016년 캐나다 온타리오 법원의 “강간당하기를 원하는 사람은 아무도 없다. 취약한 피해자를 이용하거나 피해자의 신뢰를 배신하여 성폭력을 저지른 것에 대한 비난과 책임은 온전히 가해자의 몫이어야 한다. 피해자가 입맞춤, 포옹, 혹은 다른 성적 접촉에 참여했다고 하더라도 피해자는 성행위를 거부할 권리를 갖는다¹⁰⁾”는 판결문이 시사하는 바가 크다.

(2) '동의여부' 판단의 비판에 대한 합리적 반론

강간을 폭행과 협박이 아닌 '동의 여부'로 판단하는 것에 대해 피의자나 피고인의 방어권 보장 측면에서 논란의 소지가 많다는 지적이 있다. “범죄 행위자의 처벌 여부가 전적으로 피해자의 의사에 따라 좌우된다는 불합리한 결과(이영란, 1994)”라거나, “그 행위양태가 다양하고 외연이 불분명해 명확성을 본질적 요소로 갖는 형법상의 범죄로 규정하는 데 큰 어려움이 따른다(서보학, 1998: 57)”는 비판이 있다. “폭행과 협박, 위력은 없었지만 동의 없이 이뤄진 성교가 범죄로 처벌되는 것은 과잉범죄화의 폐해를 바로 불러일으킬 것”이라는 우려도 있다.¹¹⁾ 피해 여성을 보호하기 위해 무조건 형법이 동원되어야 한다는 것은 오히려 여성주의의 '적'인 가부장주의의 관념의 산물일 수 있다는 지적도 있다(조국, 2003: 69). 이 주장에 의하면, “남성의 행위를 범죄로 규정하여 남성의 자기통제를 요구하고 여성을 보호해야 한다는 논리는 여성의 의지와 능력을 폄하한다”는 것이다. 또한 최근의 미투운동은 형법개혁 논의의 중요한 계기이지 당장 형법을 개정해야 할 근거라고 보기는 어렵다며, 영국의 경우 50년 만의 형법개정에서 30여 년에 걸친 여성주의적 요구를 반영하여 2003년 성범죄법을 개정한 사례를 들기도 한다(김한균, 2018: 439).

기존의 폭행과 협박에 의한 강간죄 규정 아래에서도 피의자(피고인)가 무고라며 피해자를 억고소 하는 현실에서 '동의 여부'로 판단한다는 것은 훨씬 논란을 가중시킬 수 있다는 점에서 우리 사회의 큰 도전이기도 하다. 현행법체계에서 동의를 착오에 관한 엄격한 해석으로 피해자가 '이건 강간이야'를 외치자 중단한 경우에도 무죄 판결¹²⁾을 한 경우를 보더라도, 이는 가해자의 착각 또는 오해가 아니라 실상 내송 정도로 치부해버리는 일방적 무시였다는 점을 지적할 수 있다(유주성, 2016:51). 한국형사정책연구원에서 각 분야에서 경력이 10년 이상 되는 경찰, 교수, 검사, 판사, 변호사,

10) 한국성폭력상담소(2017), 『단 하나의 기준, 적극적 합의: 캐나다 온타리오 법원, [2016. 7. 21. 선고 2016ONCJ448 판결』, 서울: 한국성폭력상담소, p234.

11) “조국 “비동의간음죄 신설·미성년자 의제강간죄 기준연령 상향 곤란””, 세계일보, 2019년 8월 18일자, <https://n.news.naver.com/article/022/0003389929>(최종검색일: 2019.10.28.)

12) 대법원 2015. 8. 27. 2014도8722판결.

NGO활동가 등 총 48명의 전문가들의 의견을 조회한 결과 응답자의 54.2%는 '폭행·협박의 유형력 요건을 제거하고 비동의 요건으로 대체해야 한다'고 답했다(장다혜·홍영호·김현숙, 2018: 199). 강간죄를 '동의여부'로 판단한다는 것은 이번 미투운동에서도 명확하게 보여주었듯이 "강간에 대한 현재의 법률만으로는 처벌할 수 없는 영역에 대한 문제제기이자, 강간피해 경험을 가진 여성들이 법률에서 인정받지 못한 자신들의 경험을 법률 속에 새롭게 담아내려는 시도이며, 강간의 판단기준을 남성에서 여성으로, 가해자로부터 피해자에게로 이동시켜 보다 균형 잡힌 법률해석을 가능하게 할 것(이유정, 2007: 172)"이다. 또한 형사절차에서의 공방 내용이 피고인의 인식이라는 내심의 영역에 관하여 이루어지기 때문에, 강간죄 구성요건에 비동의 요건을 도입하는 경우, '동의 없이'로 규정하는 방식이 타당할 것이다(김선화, 2019: 119). 그리고 이러한 비동의 요건은 성적자기결정권이라는 보호법익과의 조화와 피해자에 대한 2차 피해의 최소화, 그리고 형사법 원칙과 체계에 부합하는 입법에 대한 고려 속에서 이루어져야 한다(장다혜·이경환, 2018: 209).

현재 국회에서는 법제사법위원회 제1소위에서 강간죄 구성요건 관련 법안을 심의할 예정이다. 지난 3월 25일 제1차 회의에서 법무부와 법원행정처의 입장을 가져오라고 했지만, 이후 논의가 이어지지 못하고 있다. 이에 대해 법무부는 최근에는 강간죄 성립을 넓게 인정하는 추세이며 전문가 의견 수렴 및 충분한 연구 등 종합적 논의가 필요하다는 입장이고, 법원행정처는 입법정책적으로 결정할 사안이라며(전상수, 2019) 공을 미룬 상태이다. 연대회의에서는 강간죄 구성요건을 동의 여부로 두는 것에 대한 논박에 좀 더 촘촘한 대응 논리를 개발하고 이를 다양한 통로로 설득·소통하고 홍보를 지속해갈 것이다.

6. 남은 과제와 법개정운동의 방향

<'강간죄' 개정을 위한 연대회의> 활동은 성폭력 피해자의 권리를 보장하고, 형사·사법절차의 담당자 및 일반 대중들에게 성폭력의 판단기준은 폭행과 협박이 아닌 동의 여부임을 알려내고자 시작했다. 여성운동이 법 제·개정 활동에 치중한다는 비판의 목소리도 있지만, 법과 일상만 서로 영향을 주고 받는 구조라는 점에서 강간죄 구성요건의 개정을 매우 시급하고 중요한 운동과제로 선택할 수밖에 없다. 법은 사회적 인식, 현상들과 상호작용하면서 변화되어 간다는 점에서 일반 시민들이 성폭력을 어떻게 바라보고 있는지는 법개정운동에 가장 중요한 변수이기도 하다. 따라서 국회나 정부만이 운동의 대상이 아니라, 대중의 일상생활에서 성인지감수성을 키우는 체계적

이고 효율적인 교육이 선행되어야 할 것이다. 연대회의 활동이 어떻게 시민들과 소통할 수 있을지 많은 고민과 노력을 기울여야 할 부분이다.

그동안의 성폭력 관련법 제·개정 과정을 돌아보면, 어떤 변화도 저절로 오지는 않았다. 수많은 피해자들의 용기와 여성운동단체들의 연대로 가능할 수 있었다. 이번 '강간죄' 구성요건의 개정, 즉 '최협의설 타파' 운동은 법적인 변화뿐만 아니라 우리 사회의 성폭력에 대한 인식을 바꾸는 매우 기본적인 일이다. 더 이상 피해자들에게 피해 당시 폭행과 협박이 있었음의 증명을 요구할 것이 아니라, 가해자들에게 피해자의 명확한 동의가 있었는지를 물어야 한다. 강간죄의 구성요건을 '폭행과 협박에서 동의 여부'로의 패러다임 전환은 가부장제 사회의 남성중심적인 시각에서 형성된 법의 '합리성'이나 '객관성'이 얼마나 피해자의 경험과 목소리를 배제하고 있었는지에 대한 성찰이기도 하다. 미투 운동이 던져준 과제 중 하나는 성폭력을 규율하는 형법 체계를 근본적으로 성찰하고, 젠더권력의 편향성을 제거하는 방향으로 나아가는 것이다(이호중, 2019:31). 따라서 강간죄 구성요건의 개정은 미투운동에의 응답이 될 것이다.

여성운동 현장에서 우리가 경험하고 있는 셀 수 없는 감동의 순간들, 특히 2018년 미투운동은 우리에게 연대의 힘이 얼마나 강력하고 아름다우며 힘을 내게 하는지를 절감하게 했다. 이제, 우리는 강간죄 구성요건을 변화시키는 법제화 및 우리 사회 성문화를 바꿔 가는 운동을 다시 시작했다. <'강간죄' 개정을 위한 연대회의>에서는 강간죄를 판단하는 단 하나의 기준으로 '적극적 합의'가 법조문에서만 아니라, 우리 모두의 상식이자 일상의 실천이 되는 세상을 향해 한 걸음씩 나아가길 것이다. 다행히 미투운동의 시발점이 되었던 안희정 전충남도지사의 성폭력 사건의 '위력'에 대한 법원의 전향적 판결로 우리 사회는 한 걸음 더 나아가게 되었다. 이러한 긍정적인 변화 속에서 우리 여성운동은 현행 강간죄의 구성요건이 구체적으로 성폭력 피해자의 권리를 어떻게 침해하고 여성들의 일상을 위협하는지, 이후 운동방향을 어떻게 세워갈 것인지에 대한 진지한 성찰과 탐구, 토론, 결단, 도전, 연대가 필요하다.

〈 참고문헌 〉

김선화(2019), “저항'에서 '동의'로”, 『미투 이후, 형사사법 패러다임의 변화』, 한국젠더법학회·한국여성정책연구원 주최 춘계공동학술대회 자료집(2019.4.27.).

김정연(2018), “형법상 성범죄 규정의 판단기준 및 개선방안 : 비동의 간음죄의 도입가능성을 중심으로”, 『이화젠더법학』, 제10권 1호, 67-101쪽.

- 김정혜(2019), “검찰 사건 처리 통계로 본 성폭력 무고 사건의 현황”, 『성폭력 무고의 젠더분석과 성폭력 범죄 분류의 새로운 범주화』, 대검찰청·한국여성정책연구원 공동주최 포럼 자료집(2019.7.19.).
- 김한균(2018), “비동의 간음죄 입법론의 비판적 검토”, 『형사법의 신동향』, 제59권, 415-443쪽.
- 대검찰청(2018), 『범죄분석』, 서울: 대검찰청.
- 민경자(1999), “성폭력 여성운동사”, 한국여성의전화 엮음, 『한국 여성인권운동사』, 서울: 한울아카데미.
- 서보학(1998), “성폭력 범죄와 형법 정책”, 『현상과 인식』, 제22권 1·2호, 43-63쪽.
- 신상숙(2007), “한국 반(反)성폭력운동의 제도화와 자율성에 관한 연구”, 서울대학교 사회학과 박사학위논문.
- 유주성(2016), “강간죄 성립의 판단기준으로서 피해자의 동의와 저항-대법원 2015.8.27. 2014도8722판결-”, 『비교형사법연구』, 제18권 1호, 33-60쪽.
- 이상덕(1997), “성폭력특별법 입법과정에 대한 분석적 연구”, 중앙대학교 사회개발대학원 사회복지학과 석사학위논문.
- 이미경(2007), “성폭력 피해생존자의 권리를 보장하는 형법 마련을 위해”, 『성폭력관련 형법개정안 공청회』 자료집(2007.2.8.).
- 이영란(1994), “성폭력특별법의 형법적 고찰”, 『피해자연구』, 제3호, 19-31쪽.
- 이유정(2007), “비동의간음죄의 신설에 대한 논의”, 한국성폭력상담소 엮음, 『성폭력, 법정에 서다: 여성의 시각에서 본 법담론』, 서울: 푸른사상.
- 이호중(2007), “성폭력 형법 개정안의 주요 내용과 쟁점”, 『성폭력관련 형법개정안 공청회』 자료집(2007.2.8.).
- _____ (2019), “강간죄 개정의 필요성, 의미와 방향”, 『미투 이후 법·정책마련을 위한 전문가 간담회』 자료집, 대통령직속정책기획위원회 포용사회분과(2019. 9. 27).
- 장다혜·홍영오·김현숙(2018), 『젠더폭력 관련 법체계 개선방안』, 서울: 여성가족부.
- 장다혜·이경환(2018), 『형법상 성폭력범죄의 판단기준 및 개선방안 - 비동의간음죄의 도입가능성을 중심으로』, 서울: 한국형사정책연구원.
- 장다혜(2019), “현재 국회에 상정된 강간죄 구성요건 관련 입법안”, ‘강간죄’ 개정을 위한 연대회의 제3차 회의자료(2019.4.18.).
- 정이명화(2018), “강간죄 구성요건 재구조화”, 『#미투운동, 법을 바꾸다』, 한국여성단체연합 주최 #미투운동 중점 입법 과제 해결을 위한 성평등 포럼자료집(2018.11.1.).
- 조국(2003), 『형사법의 성평등』, 서울: 박영사.
- 최은순(1993), “여성과 형사법”, 『법과사회』, 제8권, 95-120쪽.
- _____ (2018), “#미투국면에서 법·제도 개선 흐름과 방향”, 『#미투운동, 법을 바꾸다』, 한국여성단체연합 주최 #미투운동 중점 입법 과제 해결을 위한 성평등 포럼자료집(2018.11.1.).

한국성폭력상담소(2017), 『단 하나의 기준, 적극적 합의: 캐나다 온타리오 법원, [2016. 7. 21. 선고 2016ONCJ448 판결』, 중요한 성폭력판결시리즈 1, 강예은·박아름(역), 신윤진(감수), 서울: 한국성폭력상담소.

[대법원 2015. 8. 27. 선고 2014도8722판결]

국가지표체계(2019), http://www.index.go.kr/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx_cd=1591 (최종검색일: 2019.10.28.)

다음 한국어 사전, <https://dic.daum.net/search.do?q=%EA%B0%84%EC%9D%8C>(최종검색일: 2019.10.28.)

전상수(2019), “형법 일부개정법률안 검토보고”, 법제사법위원회(의안정보시스템, http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_O1V9U0T4G1K5X1N8V5O0D0E2R1W2U2&ageFrom=20&ageTo=20, 최종검색일: 2019.10.28.).

“당정, 성폭력 대책 협의…강간죄 성립기준 완화 검토”, 연합뉴스, 2018년 4월 10일자, <https://www.yna.co.kr/view/AKR20180410053800001?input=1179m> (최종검색일: 2019.10.28.)

“조국 “비동의간음죄 신설·미성년자 의제강간죄 기준연령 상향 곤란””, 세계일보, 2019년 8월 18일자, <https://n.news.naver.com/article/022/0003389929> (최종검색일: 2019.10.28.)

“내가 당한 강간은 강간이 아니라고 한다”, ‘강간죄’ 개정을 위한 연대회의, 2019년 9월 16일자, <https://www.youtube.com/watch?v=sFRjjYWqwTk> (최종검색일: 2019.10.28.)

성폭력 형법 개정안의 주요 내용과 쟁점¹⁾

이경환(변호사, 민변 여성인권위원회 미투대응팀 팀장)

1. 서론

미투 운동이 우리 사회의 주요한 의제가 된 이후 성폭력 관련 법률에 대한 많은 입법안들이 제출되었다. 그 중에서도 비동의간음죄 도입 논의가 활발히 진행되면서 안희정 사건의 제1심 판결에서도 비동의간음죄 도입 논의가 언급되고, 약 10개의 법률안이 발의되기도 하였으나, 국회에서의 제대로 된 논의와 검토는 이루어지지 않은 상황이다.

비동의간음죄 신설 논의는 단순히 유형력의 정도가 낮은 행위를 새롭게 성폭력 범죄로 포섭하여 구성요건을 1개 추가하는 정도의 의미에 그치지 않는다. 비동의간음죄 논의는 성폭력의 본질과 기본 구성요건에 관련된 것으로서 전체 성폭력 범죄 규정에 영향을 미칠 수밖에 없다.

이에 따라 '강간죄' 개정을 위한 연대회의는 단순히 조문 하나를 추가하는 것에 그치는 논의가 아닌, 비동의간음죄 신설을 포함하여 성폭력 법체계 전반을 새롭게 재구성하는 것을 목표로 형법 개정안을 구상하였으며, 여러 논의를 거쳐 아래와 같은 내용의 개정안을 마련하였다.

2. 개정안의 주요 취지 및 내용

(1) 성폭력 관련 특별법을 형법으로 통합

현재 성폭력의 처벌을 규율하는 주요 내용들은 형법 제32장, 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(성폭력처벌법), 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(청소년성보호법)의

1) 이 글에서 다루고 있는 형법 개정안은 '강간죄' 개정을 위한 연대회의에서 초안이 마련되어 논의를 거쳐 정리된 내용이다. 필자가 연대회의 참여자 중 일원으로서 개정안의 내용과 의미에 대한 설명을 맡게 되었다는 점을 밝혀둔다.

3개 법률에 나뉘어 규정되어 있다. 심지어 법률을 관할하는 정부 부처 및 국회 상임 위원회도 구분되는데, 형법과 성폭력처벌법은 법무부의 소관 법률로서 국회 법제사법 위원회가 관할하는 반면, 청소년성보호법은 여성가족부 소관 법률로서 국회 여성가족 위원회가 관할을 하고 있다.

이러한 특성으로 인하여 통일적으로 규율되고 개정이 이루어져야 하는 내용들이, 각 법률마다 서로 다른 주체에 의해 각각 개정되면서 법체계가 더욱 복잡해지고 법적 정합성에 문제가 생기는 상황이 발생하기도 하였다. 성폭력처벌법이 1994년 특별법 형태로 제정되면서(성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률) 여러 사건들이나 사회의 변화하는 인식에 따라 필요한 내용들을 신속하게 반영하고, 청소년성보호법의 존재로 인하여 좀 더 급진적인 내용의 법률 개정이 이루어지는 등 각 법률의 존재로 인한 긍정적인 효과가 있었음을 부인하기는 어렵다. 그러나 성폭력처벌법이 제정된 이후 벌써 25년이 지났고, 그동안의 수많은 법률 개정의 결과물이 축적된 현재의 상황에서는 개별 법률의 각개약진 보다는 통일적이고 체계적인 규율의 필요성이 더욱 요구된다.

따라서 이번 개정안은 3개 법률에 나뉘어 있던 성폭력 처벌 규정들을 기본법인 형법으로 통합하여 배치하는 것을 목표로 하였다.

(2) 비동의를 성폭력의 기본 구성요건으로 하는 체계 개편 및 최협의설의 폐기

성폭력의 기본형인 강간죄와 강제추행죄를 살펴보면, 둘 다 기본 구성요건으로서 폭행과 협박을 요구하고 있으며, 대법원은 그 의미를 최협의설로 해석하고 있다. 최협의설은 피해자의 저항이 불가능하거나 현저히 곤란한 정도를 기준으로 판단하기 때문에, 근본적으로 성폭력 여부를 판단함에 있어 '피해자의 저항 여부 및 정도'를 기준으로 판단할 수밖에 없는 한계를 가지고 있다.

대법원은 "사후적으로 보아 피해자가 성교 이전에 범행 현장을 벗어날 수 있었다거나 피해자가 사력을 다하여 반항하지 않았다는 사정만으로 가해자의 폭행·협박이 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도에 이르지 않았다고 선불리 단정하여서는 안된다."라고 판단하고(대법원 2005. 7. 28. 선고 2005도3071 판결), 성폭력 사건을 판단함에 있어 '성인지 감수성'을 잃지 않도록 유의해야 한다는 판단(대법원 2018. 10. 25. 선고 2019도7709 판결)을 하면서 최협의설의 문제점을 완화하였지만, 최협의설에 의해 피해자의 저항이 기본적인 주된 판단기준이 된다는 점에는 여전히 변함이 없다.

이는 처벌의 공백을 야기할 뿐만 아니라 왜곡된 강간 통념을 유지·강화한다는 점

에서 문제를 야기한다. 이러한 점에서 개정안에서는 비동의 요건을 신설하면서, 이를 완화된 형량의 별도의 죄로 도입하는 것이 아니라, 각각 강간죄와 성적 행동 강요죄(기존의 강제추행죄)의 구성요건으로 규율함으로써 성폭력의 본질이 '비동의'에 있고, 성폭력 범죄의 기본형이 '비동의'에 의해 정의된다는 점을 분명히 하였다.

한편, 개정안 제297조 제2항 및 제298조 제2항에서는 '폭행, 협박 또는 위력'을 구성요건으로 하였는데, 위력을 추가함으로써 이 규정이 위력-협박의 폭행, 협박-최협의의 폭행, 협박을 폭넓게 포괄하여 적용될 수 있도록 하였다. 이때의 위력 개념은 종전과 같이 업무, 고용, 기타 관계를 전제로 하지 않기 때문에, 최협의설에 의한 처벌의 공백을 메꾸는 기능을 하기도 한다. 이를 통해 기존에 최협의설에 의해서는 처벌 대상에서 누락되어 있던 비동의-위력-협박의 폭행-협박에 의한 행위를 처벌 대상으로 포괄하게 되면서, 입법적으로 최협의설을 폐기하는 것이 된다.

사실 실무적으로는 강제추행의 경우 기습추행의 개념이 인정되고 있고, 업무상 위력에 의한 추행의 인정범위도 매우 넓은 상황이었으며, 강간 사안에서도 외형적으로는 최협의설을 유지하고 있었으나, 실제로는 유형력의 정도와 크게 상관없이 피해자 진술의 신빙성을 근거로 유죄 인정을 많이 하여 왔기 때문에, 비동의 구성요건의 도입은 완전히 새로운 판단기준을 도입하거나 새로운 처벌영역을 대폭 확대하는 결과를 가져오지는 않을 것으로 본다. 따라서 비동의 구성요건 도입의 의미는 처벌의 공백 해결보다는, 성폭력의 본질 및 판단기준을 올바르게 정립하고 잘못된 강간 통념을 제거할 수 있는 기초가 된다는 점에서 더욱 찾을 수 있을 것으로 기대한다.

폭행, 협박 또는 위력을 동일한 법정형으로 규율하는 것에 대해 이견이 있을 수도 있겠으나, 이들 개념이 이론적으로는 구분될 수 있어도 실제 사건에서는 구분하기가 어려우며, 피해자의 입장에서는 위력에 의한 경우 물리적인 유형력은 다소 약하다고 하더라도 지위나 권세에 의한 침해가 폭행, 협박에 의한 경우보다 본질적으로 낮다고 볼 수는 없다는 점을 감안하였다. 사건의 구체적인 내용에 따른 형량 조정은 법정형 내에서의 양형 판단으로 맡겨도 무방할 것으로 본다.

현행 형법 및 관련 특별법	형법 개정안	비고
제32장 강간과 추행의 죄	제32장 성적 침해의 죄	<ul style="list-style-type: none"> ■ 제32장의 제목 변경-성적 자기결정권의 침해보다 다소 넓은 개념으로 '성적 침해'로 규정함.
제297조(강간) 폭행 또는 협박으로 사람을 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.	제297조(강간) ① 동의없이 다른 사람과 성교하거나 그에게 제3자의 성교를 수인하게 하거나 그로 하여금 자기 또는 제3자에	<ul style="list-style-type: none"> ■ '간음' 용어를 '성교'로 수정함. ■ '동의없는 성교'를 강간죄의 기본구성요건으로 규정함(제1항 신설). 이로써 비동의 성교와 강

현행 형법 및 관련 특별법	형법 개정안	비고
<p><제1항 신설></p>	<p><u>게 성교하도록 한 자는 1년 이상 15년 이하의 유기징역에 처한다.</u> <u>② 폭행, 협박 또는 위력으로 사람에게 대하여 전항의 행위를 한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.</u></p>	<p>간의 개념 구별을 지양하고, <동의없는 성교=강간>으로 강간 개념을 설정함. ■ 제2항은 제1항에 대한 가중 형태임. 기존 강간죄의 행위수단인 폭행·협박 외에 ‘위력’도 명시적으로 규정함으로써 입법적으로 최협의설을 폐기하도록 함.</p>
<p><u>제298조(강제추행) 폭행 또는 협박으로 사람에게 대하여 추행을 한 자는 10년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다.</u></p> <p><제1항 신설></p>	<p><u>제298조(성적 행동 강요) ① 동의없이 사람에게 대하여 성적 행동을 하거나 그에게 제3자의 성적 행동을 수인하게 하거나 그로 하여금 자기 또는 제3자에 대하여 성적 행동을 하게 한 자는 10년 이하의 유기징역에 처한다.</u> <u>② 폭행, 협박 또는 위력으로 사람에게 대하여 전항의 행위를 한 자는 1년 이상의 유기징역에 처한다.</u></p>	<p>■ ‘추행’을 ‘성적 행동’으로 개념 수정함. ■ ‘동의없는 성적 행동’을 기본 구성요건으로 규정함(제1항 신설). ■ 폭행·협박과 ‘위력’이 행사된 경우는 가중처벌하는 형식을 취함(제2항).</p>

(3) 강간/유사강간/추행의 삼분체계의 재구조화

기존의 우리 성폭력 법체계는 강간/추행으로만 구분되는 이분체계였으나, 2012. 12. 18. 형법 등 개정으로 강간/유사강간/추행의 삼분체계가 도입되었다(13세 미만에 대해서는 2006년 유사강간죄 도입). 그러나 이와 같은 삼분체계는 여전히 강간을 성기간의 결합만으로 한정하여 성기중심의 문화와 정조이데올로기가 반영되어 있어 문제적이다. 입법기술론적으로도 삼분체계를 유지할 경우 모든 종류의 가중적 구성요건에 대하여 삼분체계에 따라 구성요건을 만들고 법정형을 배분하여야 하는데, 이는 쉽지 않은 일이다. 예컨대, 친족관계에 의한 강간 등 규정(성폭력처벌법 제5조), 업무상 위력에 의한 범행 규정(형법 제303조, 성폭력처벌법 제10조), 장애인인 아동·청소년에 대한 간음 등 규정(청소년성보호법 제8조) 등의 규정들에는 여전히 유사강간죄가 별도로 규정되어 있지 않다.

이에 개정안에서는 현행 유사강간을 강간죄로 포섭하여 새로운 형태의 2분체기로 재구조화 하면서, 용어도 종전의 ‘간음’을 대체하여 ‘성교’(유사강간 포함)라는 개념을 도입하였다. 이처럼 유사강간을 강간으로 포섭할 경우, 강간은 ‘이성간의 관계에서 주로 여성만 당할 수 있는 것’이라는 인식을 타파하고 남성이 피해자인 강간, 동성간의

강간 등이 인정될 수 있는 토대가 마련될 것으로 기대한다. 2012년 형법 개정으로 강간죄의 객체가 '부녀'에서 '사람'으로 개정되었으나, 단지 법조문의 변화에 그쳤을 뿐 현실이나 인식의 변화로 이어지지 않았다. 행위 구성요건이 여전히 성기간의 결합만을 의미하는 '간음'(강간죄의 경우 '강간'으로 표현이 개정됨)에 머물러 있었기 때문이다. '간음'을 '성교'로 개정함으로써 강간죄의 객체를 '사람'으로 변경한 것의 의미가 실질화될 것으로 생각한다.

현행 형법 및 관련 특별법	형법 개정안	비고
제297조의2(유사강간) 폭행 또는 협박으로 사람에게 대하여 구강, 항문 등 신체(성기는 제외한다)의 내부에 성기를 넣거나 성기, 항문에 손가락 등 신체(성기는 제외한다)의 일부 또는 도구를 넣는 행위를 한 사람은 2년 이상의 유기징역에 처한다.	<삭제>	<ul style="list-style-type: none"> ■ 현행 '유사강간'을 '성교' 개념으로 통합하여 규정하고, 현행 제297조의2 유사강간죄는 삭제함. ■ 성교 개념에 대해서는 정의규정을 신설함(개정안 제306조의4).
제306조<삭제> <정의 규정 신설>	<p>제306조(정의) 본 장에서 “성교”라 함은 다음의 행위를 말한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 성기, 구강 또는 항문 등 신체의 내부에 성기를 넣는 행위 2. 성기 또는 항문에 신체(성기는 제외한다)의 일부 또는 도구를 넣는 행위 	<ul style="list-style-type: none"> ■ 개정안 제306조에 정의규정을 신설. 현행 '유사강간'을 '성교' 개념으로 통합하여 개념정의 규정을 둬,

(4) 가중요건 및 특별법 구성요건의 재조정

가) 가해자와 피해자 관계의 고려

성폭력처벌법의 친족관계 가중 규정을 형법으로 이동하면서, 보호·감독관계에 의한 가중요건을 추가하였다. 친족관계 가중처벌의 취지를 단순히 반윤리적이거나 패륜적인 관점에서 찾는 것이 아닌 가해자와 피해자 관계의 권력적 역압의 속성을 감안하는 것으로 이해할 때, 일정한 권력적 지배관계가 존재하는 다른 사회적 관계에 대해서도 동일한 취지의 가중처벌을 하여야 한다고 본 것이다.

다만, 이러한 보호·감독관계는 '위력' 요건과 중복될 우려가 있어서, 동일한 요소가 범죄성립 및 가중요건의 이중적인 영향을 미치지 않도록 입법론 또는 해석론상의 보완이 필요하다.

현행 형법 및 관련 특별법	형법 개정안	비고
<p>※ 성폭력처벌법 제5조(친족관계에 의한 강간 등) ① 친족관계인 사람이 폭행 또는 협박으로 사람을 강간한 경우에는 7년 이상의 유기징역에 처한다.</p> <p>② 친족관계인 사람이 폭행 또는 협박으로 사람을 강제추행한 경우에는 5년 이상의 유기징역에 처한다.</p> <p>③ 친족관계인 사람이 사람에 대하여 「형법」 제299조(준강간, 준강제추행)의 죄를 범한 경우에는 제1항 또는 제2항의 예에 따라 처벌한다.</p> <p>④ 제1항부터 제3항까지의 친족의 범위는 4촌 이내의 혈족·인척과 동거하는 친족으로 한다.</p> <p>⑤ 제1항부터 제3항까지의 친족은 사실상의 관계에 의한 친족을 포함한다.</p>	<p>제299조의2(친족관계, 보호·감독관계에 따른 가중) ① 친족관계인 사람 또는 교육, 업무, 고용, 종교, 의료 또는 그 밖의 관계로 타인을 보호·감독하는 지위에 있는 사람이 제297조부터 제299조까지의 죄를 범한 경우에는 다음 각호의 구별에 의하여 처벌한다.</p> <p>1. 제297조제1항의 죄를 범한 경우에는 3년 이상의 유기징역에 처한다.</p> <p>2. 제297조제2항의 죄를 범한 경우에는 5년 이상의 유기징역에 처한다.</p> <p>3. 제298조제1항의 죄를 범한 경우에는 1년 이상의 유기징역에 처한다.</p> <p>4. 제298조제2항의 죄를 범한 경우에는 3년 이상의 유기징역에 처한다.</p> <p>5. 제299조제1항의 죄를 범한 경우에는 7년 이상의 유기징역에 처한다.</p> <p>6. 제299조제2항의 죄를 범한 경우에는 5년 이상의 유기징역에 처한다.</p> <p>7. 제299조제3항의 죄를 범한 경우에는 제5호 또는 제6호의 예에 따라 처벌한다.</p> <p>② 제1항의 친족의 범위는 4촌 이내의 혈족·인척과 동거하는 친족으로 한다.</p> <p>③ 제1항의 친족은 사실상의 관계에 의한 친족을 포함한다.</p>	<p>■ 성폭력처벌법 제5조의 친족관계 가중규정을 형법개정안에 통합하면서, 동시에 친족관계에 있는 사람뿐만 아니라 타인을 보호·감독하는 지위에 있는 사람이 성폭력범죄를 저지른 경우에도 동일하게 가중 처벌하도록 규정함.</p> <p>■ 2007년 여성인권법연대안 제299조의 3의 문체이식을 반영하는 규정이며, 보호·감독관계에 ‘의료’를 추가로 명시하였음.</p> <p>■ 친족의 범위에 관해서는 현행 성폭력처벌법 제5조 제4항 및 제5항과 동일하게 규정함.</p>

한편, 개정안은 보호감독관계 남용에 의한 성폭력 구성요건을 추가하였다. 이 규정은 폭행, 협박, 위력에 해당하지는 않지만, 권력관계를 남용했다고 볼 수 있는 사안을 포섭하는 것으로서, 피해자의 동의 여부와는 무관하다. 따라서 피해자의 동의가 있더라도, 그러한 동의가 권력관계의 남용에 의한 그루밍 범죄에 대하여 적용할 수 있다.

현행 형법 및 관련 특별법	형법 개정안	비고
<p>제303조(업무상위력 등에 의한 간음) ① 업무, 고용 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음한 자는 7년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.</p> <p>② 법률에 의하여 구금된 사람</p>	<p>제303조(친족관계, 보호·감독관계의 남용에 의한 성교 등) ① 친족관계에 있거나 교육, 업무, 고용, 종교, 의료 또는 그 밖의 관계로 인하여 자기의 보호·감독을 받는 사람에 대하여 그 보호·감독의 관계를 남용하여 성적 행동을 하거나 그에게 제3자의 성적 행동을 수인하게 하거나 그로 하여금 자기 또는 제3자에게 성적 행동을 하도록 한 사람은 1년 이</p>	<p>■ “위력”에 의한 경우는 기본구성요건인 제297조와 제298조가 적용되므로, 제303조는 이에 해당하지 않는 경우에 “보호·감독관계의 남용”이라는 구성요건표지</p>

현행 형법 및 관련 특별법	형법 개정안	비고
<p>을 감호하는 자가 그 사람을 간음한 때에는 10년 이하의 징역에 처한다.</p> <p>※ 성폭력처벌법 제10조(업무상 위력 등에 의한 추행) ① 업무, 고용이나 그 밖의 관계로 인하여 자기의 보호, 감독을 받는 사람에 대하여 위계 또는 위력으로 추행한 사람은 3년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다.</p> <p>② 법률에 따라 구금된 사람을 감호하는 사람이 그 사람을 추행한 때에는 5년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.</p>	<p>상의 유기징역에 처한다. 성교의 경우에는 3년 이상의 유기징역에 처한다.</p> <p>② 친족관계에 있거나 교육, 업무, 고용, 종교, 의료 또는 그 밖의 관계로 인하여 자기의 보호·감독을 받는 미성년자 또는 신체적·정신적인 장애가 있는 사람에 대하여 그 보호·감독의 관계를 남용하여 성적 행동을 하거나 그에게 제3자의 성적 행동을 수인하게 하거나 그로 하여금 자기 또는 제3자에게 성적 행동을 하도록 한 사람은 3년 이상의 유기징역에 처한다. 성교의 경우에는 5년 이상의 유기징역에 처한다.</p> <p>③ 법률에 의하여 구금된 사람을 감호하는 자가 그 사람에 대하여 성적 행동을 한 때에는 1년 이상의 유기징역에 처한다. 성교한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.</p>	<p>를 도입하여 그러한 지위에 있는 자의 '동의없는 성교나 동의없는 성적 행동'의 경우(개정안 제299조의2 제1항 제1호와 제3호)와 동일한 법정형으로 처벌하도록 함.</p> <p>■ 피해자가 “미성년자 또는 장애인”인 경우는 보호·감독관계 남용을 가중처벌하도록 함(개정안 제2항).</p>

나) 피해자 요소의 고려(장애)

장애인성폭력의 문제는 대체로 기존 성폭력처벌법 상의 규정을 옮겨 왔다. 특징적인 부분은 형법 제302조를 해체한 것인데, 위력의 경우는 폭행, 협박과 함께 강간죄 및 성적 행동 강요죄의 구성요건으로 포섭되었고, 위계는 13세 미만의 자와 장애인에 대해서만 규율하기로 하면서 형법 제302조가 독립적으로 존재할 필요가 사라지게 되었다. 위계의 구성요건은 개정안 제299조의3 제2항 및 제3항에 반영되었다.

19세 이상의 사람이 아무런 요건 없이 장애 아동·청소년을 간음하거나 추행하면 처벌할 수 있도록 하였던 종전의 청소년성보호법 제8조에 대해서는 장애 아동·청소년의 성적 자기결정권을 지나치게 무시한다는 비판론이 있어서 유지하지 않았다. 이 부분은 개정안 제302조(현 청소년성보호법 제8조의2)가 대체하게 되는데, '궁박한 상태'가 장애 요건을 포섭할 수 있는지에 대하여 우려를 표하는 견해도 있었다.

현행 형법 및 관련 특별법	형법 개정안	비고
<p>제302조(미성년자 등에 대한 성교) 미성년자 또는 심신미약자에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음 또는 추행을 한 자는 5년 이하의 징역에 처한다.</p>	<p>제299조의3(장애인에 대한 강간 등) ① 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람에 대하여 제297조부터 제299조까지의 죄를 범한 경우에는 다음 각호의 구별에 의하여</p>	<p>■ 현행 성폭력 처벌법 제6조의 가중처벌의 취지를 개정안에 반영함.</p>

현행 형법 및 관련 특별법	형법 개정안	비고
<p>※ 성폭력처벌법 제6조(장애인에 대한 강간·강제추행 등) ① 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람에 대하여 「형법」 제297조(강간)의 죄를 범한 사람은 무기징역 또는 7년 이상의 징역에 처한다.</p> <p>② 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람에 대하여 폭행이나 협박으로 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 사람은 5년 이상의 유기징역에 처한다.</p> <p>1. 구강·항문 등 신체(성기는 제외한다)의 내부에 성기를 넣는 행위</p> <p>2. 성기·항문에 손가락 등 신체(성기는 제외한다)의 일부나 도구를 넣는 행위</p> <p>③ 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람에 대하여 「형법」 제298조(강제추행)의 죄를 범한 사람은 3년 이상의 유기징역 또는 2천만원 이상 5천만원 이하의 벌금에 처한다.</p> <p>④ 신체적인 또는 정신적인 장애로 항거불능 또는 항거곤란 상태에 있음을 이용하여 사람을 간음하거나 추행한 사람은 제1항부터 제3항까지의 예에 따라 처벌한다.</p> <p>⑤ 위계(僞計) 또는 위력(威力)으로써 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람을 간음한 사람은 5년 이상의 유기징역에 처한다.</p> <p>⑥ 위계 또는 위력으로써 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람을 추행한 사람은 1년 이상의 유기징역 또는 1천만원 이상 3천만원 이하의 벌금에 처한다.</p> <p>⑦ 장애인의 보호, 교육 등을 목적으로 하는 시설의 장 또는 종사자가 보호, 감독의 대상인 장애인에 대하여 제1항부터 제6항까지의 죄를 범한 경우에는 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중한다.</p>	<p>처벌한다.</p> <p>1. 제297조제1항의 죄를 범한 경우에는 3년 이상의 유기징역에 처한다.</p> <p>2. 제297조제2항의 죄를 범한 경우에는 5년 이상의 유기징역에 처한다.</p> <p>3. 제298조제1항의 죄를 범한 경우에는 1년 이상의 유기징역에 처한다.</p> <p>4. 제298조제2항의 죄를 범한 경우에는 3년 이상의 유기징역에 처한다.</p> <p>5. 제299조제1항의 죄를 범한 경우에는 7년 이상의 유기징역에 처한다.</p> <p>6. 제299조제2항의 죄를 범한 경우에는 5년 이상의 유기징역에 처한다.</p> <p>7. 제299조제3항의 죄를 범한 경우에는 제5호 또는 제6호의 예에 따라 처벌한다.</p> <p>② 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람에 대하여 위계에 의하거나 그 사람이 신체적인 또는 정신적인 장애로 인하여 항거가 곤란한 상태에 있음을 이용하여 그 사람과 성교하거나 그에게 제3자의 성교를 수인하게 하거나 그로 하여금 자기 또는 제3자에게 성교하도록 한 사람은 제1항 제2호의 예에 따라 처벌한다.</p> <p>③ 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람에 대하여 위계에 의하거나 그 사람이 신체적인 또는 정신적인 장애로 인하여 항거가 곤란한 상태에 있음을 이용하여 성적 행동을 하거나 그에게 제3자의 성적 행동을 수인하게 하거나 그로 하여금 자기 또는 제3자에게 성적 행동을 하도록 한 사람은 제1항 제4호의 예에 따라 처벌한다.</p> <p>④ 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람에 대하여 제299조의2제1항의 친족관계 또는 보호·감독관계에 있는 사람이 제297조부터 제299조까지의 죄를 범한 경우에는 제1항 각호에 정한 형의 2분의1까지 가중한다.</p>	<p>■ 장애인의 경우 위계에 의한 경우라든가 항거불능은 아니지만 항거곤란을 이용한 경우를 처벌할 필요가 있어 그러한 처벌규정을 반영함(개정안 제2항, 제3항).</p> <p>■ 시설종사자 등이 보호감독관계를 남용하여 장애인성폭력을 저지른 경우에 대하여 1/2가중하는 현행 성폭력처벌법 제6조 제7항을 취지를 그대로 반영함(개정안 제4항).</p>

다) 피해자 요소의 고려(나이)

개정안에서는 일괄적인 19세 미만 가중규정을 두지 않고, 13세 미만에 대한 가중 규정만을 유지하였다. 또한 13세 미만에 대해서는 위계 요건을 유지하였다(앞서 설명한 바와 같이, 개정안에서는 13세 미만 및 장애인에 대해서만 위계 요건을 유지하고 있음. 이는 대법원 판결에 따른 위계의 의미를 고려하면 다른 대상에 대해서 위계 요건을 적용할 실익이 없기 때문임).

의제강간 연령 상한 논의와 관련하여서는 단순한 연령 상향 대신 13세 이상 16세 미만의 사람에 대하여 '궁박한 상태'를 이용한 성교 또는 성적 행동 강요 행위를 처벌하도록 하였다. 이는 2019년 개정으로 청소년성보호법에 도입된 제8조의2 규정을 옮겨온 것이다.

현행 형법 및 관련 특별법	형법 개정안	비고
<p>※ 성폭력처벌법 제7조(13세 미만의 미성년자에 대한 강간, 강제추행 등) ① 13세 미만의 사람에 대하여 「형법」 제297조(강간)의 죄를 범한 사람은 무기징역 또는 10년 이상의 징역에 처한다.</p> <p>② 13세 미만의 사람에 대하여 폭행이나 협박으로 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 사람은 7년 이상의 유기징역에 처한다.</p> <p>1. 구강·항문 등 신체(성기는 제외한다)의 내부에 성기를 넣는 행위</p> <p>2. 성기·항문에 손가락 등 신체(성기는 제외한다)의 일부나 도구를 넣는 행위</p> <p>③ 13세 미만의 사람에 대하여 「형법」 제298조(강제추행)의 죄를 범한 사람은 5년 이상의 유기징역 또는 3천만원 이상 5천만원 이하의 벌금에 처한다.</p> <p>④ 13세 미만의 사람에 대하여 「형법」 제299조(준강간, 준강제추행)의 죄를 범한 사람은 제1항부터 제3항까지의 예에 따라 처벌한다.</p> <p>⑤ 위계 또는 위력으로써 13세 미</p>	<p>제299조의4(13세 미만의 미성년자에 대한 강간 등) ① 13세 미만의 사람에 대하여 제297조제2항의 죄를 범한 사람은 7년 이상의 유기징역에 처한다.</p> <p>② 13세 미만의 사람에 대하여 제298조제2항의 죄를 범한 사람은 3년 이상의 유기징역에 처한다.</p> <p>③ 13세 미만의 사람에 대하여 위계에 의하여 그 사람과 성교하거나 그에게 제3자의 성교를 수인하게 하거나 그로 하여금 자기 또는 제3자에게 성교하도록 한 사람은 제1항의 예에 따라 처벌한다. 위계에 의하여 그 사람에 대하여 성적 행동을 하거나 그에게 제3자의 성적 행동을 수인하게 하거나 그로 하여금 자기 또는 제3자에게 성적 행동을 하도록 한 사람은 제2항의 예에 따라 처벌한다.</p> <p>④ 13세 미만의 사람에 대하여 제299조제1항의 죄를 범한 사람은 10년 이상의 유기징역에 처한다.</p> <p>⑤ 13세 미만의 사람에 대하여 제299조제2항의 죄를 범한 사람은 5년 이상의 징역에 처한다.</p> <p>⑥ 13세 미만의 사람에 대하여 제299조제3항의 죄를 범한 사람은 제4항 또는 제5항의 예에 따라 처벌한다.</p>	<p>■ 성폭력처벌법 제7조의 13세 미만 미성년자에 대한 성폭력 가중처벌 규정을 형법에 통합하여 반영함. (형량은 다소 조정함)</p> <p>■ 개정안에서는 폭행·협박과 위력을 성폭력의 행위수단으로 함께 규정하는 방향인데, 피해자가 13세 미만 미성년자인 경우에는 위계를 행위수단으로 별도로 규정함(개정안 제3항).</p> <p>■ 한편, 청소년성보호법에는 19세 미만 가중규정이 있는바(청소년성보호법 제7조), 논의 결과 굳이 이를 특별한 가중사유로 반영할 필요는 없는 것으로 의견이 모아짐에 따라 이번 개정안에서는 19세 미만 가중규정은 두지 않기로 함. (※ 청소년성보호법의 19세 미만 가중규정은</p>

현행 형법 및 관련 특별법	형법 개정안	비고
<p>만의 사람을 간음하거나 추행한 사람은 제1항부터 제3항까지의 예에 따라 처벌한다.</p>		<p>이번 개정의 기회에 삭제 하자는 것이 됨.)</p>
<p>제302조(미성년자 등에 대한 간음) 미성년자 또는 심신미약자에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음 또는 추행을 한 자는 5년 이하의 징역에 처한다.</p> <p>※ 청소년성보호법 제8조의2(13세 이상 16세 미만 아동·청소년에 대한 간음 등) ① 19세 이상의 사람이 13세 이상 16세 미만인 아동·청소년(제8조에 따른 장애 아동·청소년으로서 16세 미만인 자는 제외한다. 이하 이 조에서 같다)의 궁박(窮迫)한 상태를 이용하여 해당 아동·청소년을 간음하거나 해당 아동·청소년으로 하여금 다른 사람을 간음하게 하는 경우에는 3년 이상의 유기징역에 처한다.</p> <p>② 19세 이상의 사람이 13세 이상 16세 미만인 아동·청소년의 궁박한 상태를 이용하여 해당 아동·청소년을 추행한 경우 또는 해당 아동·청소년으로 하여금 다른 사람을 추행하게 하는 경우에는 10년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다.</p>	<p>제302조(13세 이상 16세 미만 사람에 대한 성교 등) ① 19세 이상의 사람이 13세 이상 16세 미만인 사람의 궁박(窮迫)한 상태를 이용하여 그와 성교하거나 그에게 제3자의 성교를 수인하게 하거나 그로 하여금 자기 또는 제3자에게 성교하도록 한 경우에는 3년 이상의 유기징역에 처한다.</p> <p>② 19세 이상의 사람이 13세 이상 16세 미만인 사람의 궁박한 상태를 이용하여 그 사람에게 대하여 성적 행동을 하거나 그에게 제3자의 성적 행동을 수인하게 하거나 그로 하여금 자기 또는 제3자에게 성적 행동을 하도록 한 경우에는 1년 이상의 유기징역에 처한다.</p>	<p>■ 이번 개정안은 “위력”을 강간 및 성적 행동 강요죄의 기본적인 행위 수단으로 규정하였으므로, 제302조의 위력 조항은 의미가 없음.</p> <p>■ “위계”의 경우, 이번 개정안은 장애인과 13세 미만자에 대해서는 위계를 강간·성적 행위 강요와 동일하게 처벌하는 규정을 두었음(개정안 제299조의3 제2, 3항, 제299조의4 제3항). 13세 이상의 사람에 대하여 위계를 이용한 경우에는 처벌필요성이 그다지 크지 않고, 대법원판례에 따르면 처벌가능성도 거의 없다고 보아야 하므로, 결국 현행 형법 제302조는 삭제함.</p> <p>■ 대신에 청소년성보호법 제8조의2의 규정을 개정안 제302조에 반영함.</p>
<p>제305조(미성년자에 대한 간음, 추행) 13세 미만의 사람에 대하여 간음 또는 추행을 한 자는 제297조, 제297조의2, 제298조, 제301조 또는 제301조의2의 예에 의한다.</p>	<p>제305조(13세 미만 미성년자에 대한 성교, 성적 행동) 13세 미만의 사람에 대하여 성교 또는 성적 행동을 하거나 하게 한 자는 제297조제2항, 제298조제2항, 제300조 또는 제301조의 예에 의한다.</p>	<p>■ 현행법의 취지와 동일한 규정으로 문구만 수정함.</p>

3. 개정안의 의의와 한계, 남은 쟁점들

이번 개정안은 지난 2007년에 제안되었던 여성인권법연대안의 핵심 제안을 유지하면서, 그동안 개정된 법률의 내용 및 사회적 논의를 반영하여 마련된 것이다. 그럼에

도 불구하고, 이번 개정안이 3개 법률에 나뉘어 있는 성폭력 처벌 규정을 대부분 포괄하고 있기 때문에, 각각의 세부 규정들에 대한 모든 쟁점과 논란도 포함하고 있어 여전히 정리되지 않은 고민들이 많이 존재하고 있는 상황이다.

특히 이번 개정안에서는 디지털 성폭력 규정을 반영하지 않았는데, 이는 최근 디지털 성폭력 문제가 사회적으로 중요한 이슈로 부각되면서 별도의 입법논의가 진행되고 있어 선불리 기존 규정만을 옮겨오는 개정만으로는 이 문제에 대해 제대로 대응할 수 없다고 판단하였기 때문이다. 또한, 개정안에서는 청소년성보호법 내용 중 성매매, 성착취 관련 내용도 반영하지 않았는데, 이에 대해서도 심도깊은 논의가 좀 더 필요하다고 본다. 그리고 이와 같이 형법으로 대부분 규정을 포괄하는 개정을 할 경우, 성폭력처벌법과 청소년성보호법의 남은 규정들을 어떻게 처리할지도 쉽지 않은 문제가 될 것이다.

법정형의 부분에 있어서도 일부 지나치게 과도한 형량을 조정하기도 하였으나, 비동의, 위력에 의한 범행의 경우 현행 규정보다 상당히 높은 형량으로 규정되어 있어, 이에 논의가 많을 것으로 보인다.

결국 이번 개정안은 성폭력 관련 법률을 전체적으로 정비함에 있어 논의의 시발점이자 지향점이 되어야 할 것이다. 이번 개정안을 통해 성폭력에 관한 인식 전환의 계기가 마련되고, 정부와 국회에서 본격적인 개정 논의가 이루어지길 희망한다.

<별첨> 형법 개정안

제32장 성적 침해의 죄

제297조(강간) ① 동의없이 다른 사람과 성교하거나 그에게 제3자의 성교를 수인하게 하거나 그로 하여금 자기 또는 제3자에게 성교하도록 한 자는 1년 이상 15년 이하의 유기징역에 처한다.

② 폭행, 협박 또는 위력으로 사람에게 대하여 전항의 행위를 한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

제298조(성적 행동 강요) ① 동의없이 사람에게 대하여 성적 행동을 하거나 그에게 제3자의 성적 행동을 수인하게 하거나 그로 하여금 자기 또는 제3자에 대하여 성적 행동을 하게 한 자는 10년 이하의 유기징역에 처한다.

② 폭행, 협박 또는 위력으로 사람에게 대하여 전항의 행위를 한 자는 1년 이상의 유기징역에 처한다.

제299조(중강간, 중한 성적 행동 강요) ① 흥기나 그 밖의 위험한 물건을 지닌 채 또는 2명 이상이 합동하여 제297조제2항의 죄를 범한 자는 5년 이상의 유기징역에 처한다.

② 제1항의 방법으로 제298조제2항의 죄를 범한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

③ 사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 유발하거나 그러한 상태에 있음을 이용하여 그 사람과 성교하거나 그에게 제3자의 성교를 수인하게 한 자 또는 그 사람에게 대하여 성적 행동을 하거나 그에게 제3자의 성적 행동을 수인하게 한 자는 제1항 또는 제2항의 예에 따라 처벌한다.

제299조의2(친족관계, 보호·감독관계에 따른 가중) ① 친족관계인 사람 또는 교육, 업무, 고용, 종교, 의료 또는 그 밖의 관계로 타인을 보호·감독하는 지위에 있는 사람이 제297조부터 제299조까지의 죄를 범한 경우에는 다음 각호의 구별에 의하여 처벌한다.

1. 제297조제1항의 죄를 범한 경우에는 3년 이상의 유기징역에 처한다.
2. 제297조제2항의 죄를 범한 경우에는 5년 이상의 유기징역에 처한다.

3. 제298조제1항의 죄를 범한 경우에는 1년 이상의 유기징역에 처한다.
4. 제298조제2항의 죄를 범한 경우에는 3년 이상의 유기징역에 처한다.
5. 제299조제1항의 죄를 범한 경우에는 7년 이상의 유기징역에 처한다.
6. 제299조제2항의 죄를 범한 경우에는 5년 이상의 유기징역에 처한다.

7. 제299조제3항의 죄를 범한 경우에는 제5호 또는 제6호의 예에 따라 처벌한다.

- ② 제1항의 친족의 범위는 4촌 이내의 혈족·인척과 동거하는 친족으로 한다.
- ③ 제1항의 친족은 사실상의 관계에 의한 친족을 포함한다.

제299조의3(장애인에 대한 강간 등) ① 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람에 대하여 제297조부터 제299조까지의 죄를 범한 경우에는 다음 각호의 구별에 의하여 처벌한다.

1. 제297조제1항의 죄를 범한 경우에는 3년 이상의 유기징역에 처한다.
2. 제297조제2항의 죄를 범한 경우에는 5년 이상의 유기징역에 처한다.
3. 제298조제1항의 죄를 범한 경우에는 1년 이상의 유기징역에 처한다.
4. 제298조제2항의 죄를 범한 경우에는 3년 이상의 유기징역에 처한다.
5. 제299조제1항의 죄를 범한 경우에는 7년 이상의 유기징역에 처한다.
6. 제299조제2항의 죄를 범한 경우에는 5년 이상의 유기징역에 처한다.

7. 제299조제3항의 죄를 범한 경우에는 제5호 또는 제6호의 예에 따라 처벌한다.

② 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람에 대하여 위계에 의하거나 그 사람이 신체적인 또는 정신적인 장애로 인하여 항거가 곤란한 상태에 있음을 이용하여 그 사람과 성교하거나 그에게 제3자의 성교를 수인하게 하거나 그로 하여금 자기 또는 제3자에게 성교하도록 한 사람은 제1항 제2호의 예에 따라 처벌한다.

③ 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람에 대하여 위계에 의하거나 그 사람이 신체적인 또는 정신적인 장애로 인하여 항거가 곤란한 상태에 있음을 이용하여 성적 행동을 하거나 그에게 제3자의 성적 행동을 수인하게 하거나 그로 하여금 자기 또는 제3자에게 성적 행동을 하도록 한 사람은 제1항 제4호의 예에 따라 처벌한다.

④ 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람에 대하여 제299조의2제1항의 친족관계 또는 보호·감독관계에 있는 사람이 제297조부터 제299조까지의 죄를 범한 경우에는 제1항 각호에 정한 형의 2분의1까지 가중한다.

제299조의4(13세 미만의 미성년자에 대한 강간 등) ① 13세 미만의 사람에 대하여

여 제297조제2항의 죄를 범한 사람은 7년 이상의 유기징역에 처한다.

② 13세 미만의 사람에 대하여 제298조제2항의 죄를 범한 사람은 3년 이상의 유기징역에 처한다.

③ 13세 미만의 사람에 대하여 위계에 의하여 그 사람과 성교하거나 그에게 제3자의 성교를 수인하게 하거나 그로 하여금 자기 또는 제3자에게 성교하도록 한 사람은 제1항의 예에 따라 처벌한다. 위계에 의하여 그 사람에 대하여 성적 행동을 하거나 그에게 제3자의 성적 행동을 수인하게 하거나 그로 하여금 자기 또는 제3자에게 성적 행동을 하도록 한 사람은 제2항의 예에 따라 처벌한다.

④ 13세 미만의 사람에 대하여 제299조제1항의 죄를 범한 사람은 10년 이상의 유기징역에 처한다.

⑤ 13세 미만의 사람에 대하여 제299조제2항의 죄를 범한 사람은 5년 이상의 징역에 처한다.

⑥ 13세 미만의 사람에 대하여 제299조제3항의 죄를 범한 사람은 제4항 또는 제5항의 예에 따라 처벌한다.

제299조의5(특수강도강간 등)

① 제319조제1항(주거침입), 제330조(야간주거침입절도), 제331조(특수절도) 또는 제342조(미수범. 다만, 제330조 및 제331조의 미수범으로 한정한다)의 죄를 범한 사람이 제297조제2항, 제298조제2항 및 제299조의 죄를 범한 경우에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

② 제333조(강도), 제334조(특수강도), 제335조(준강도), 제336조(인질강도) 또는 제342조(미수범. 다만, 제333조부터 제336조까지의 미수범으로 한정한다)의 죄를 범한 사람이 제297조제2항, 제298조제2항 및 제299조의 죄를 범한 경우에는 무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다.

제300조(강간 등 상해·치상) ① 제297조제2항의 죄를 범한 사람 또는 그 미수범이 사람을 상해하거나 상해에 이르게 한 때에는 무기 또는 5년 이상의 유기징역에 처한다.

② 제298조제2항의 죄를 범한 사람 또는 그 미수범이 사람을 상해하거나 상해에 이르게 한 때에는 3년 이상의 징역에 처한다.

③ 제299조, 제299조의2 제1항 제2호 또는 제4호, 제299조의3 제1항 제2호 또는 제4호, 같은 조 제2항, 같은 조 제3항, 제299조의4 제1항부터 제3항까지의 죄를 범한 사람 또는 그 미수범이 사람을 상해하거나 상해에 이르게 한 때에는 무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다.

④ 제299조의2 제1항 제5호부터 제7호까지, 제299조의3 제1항 제5호부터 제7호까지, 제299조의4 제4항부터 제6항까지, 제299조의5의 죄를 범한 사람 또는 그 미수범이 사람을 상해하거나 상해에 이르게 한 때에는 무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다.

제301조(강간 등 살인·치사) ① 제297조제2항, 제298조제2항, 제299조부터 제299조의5까지의 죄를 범한 사람 또는 그 미수범이 사람을 살해한 때에는 사형 또는 무기징역에 처한다.

② 제297조제2항, 제298조제2항, 제299조부터 제299조의5의 죄를 범한 사람 또는 그 미수범이 사람을 사망에 이르게 한 때에는 무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다.

제302조(13세 이상 16세 미만 사람에 대한 성교 등) ① 19세 이상의 사람이 13세 이상 16세 미만인 사람의 궁박(窮迫)한 상태를 이용하여 그와 성교하거나 그에게 제3자의 성교를 수인하게 하거나 그로 하여금 자기 또는 제3자에게 성교하도록 한 경우에는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

② 19세 이상의 사람이 13세 이상 16세 미만인 사람의 궁박한 상태를 이용하여 그 사람에 대하여 성적 행동을 하거나 그에게 제3자의 성적 행동을 수인하게 하거나 그로 하여금 자기 또는 제3자에게 성적 행동을 하도록 한 경우에는 1년 이상의 유기징역에 처한다.

제303조(친족관계, 보호·감독관계의 남용에 의한 성교 등) ① 친족관계에 있거나 교육, 업무, 고용, 종교, 의료 또는 그 밖의 관계로 인하여 자기의 보호·감독을 받는 사람에 대하여 그 보호·감독의 관계를 남용하여 성적 행동을 하거나 그에게 제3자의 성적 행동을 수인하게 하거나 그로 하여금 자기 또는 제3자에게 성적 행동을 하도록 한 사람은 1년 이상의 유기징역에 처한다. 성교의 경우에는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

② 친족관계에 있거나 교육, 업무, 고용, 종교, 의료 또는 그 밖의 관계로 인하여 자기의 보호·감독을 받는 미성년자 또는 신체적·정신적인 장애가 있는 사람에 대하여 그 보호·감독의 관계를 남용하여 성적 행동을 하거나 그에게 제3자의 성적 행동을 수인하게 하거나 그로 하여금 자기 또는 제3자에게 성적 행동을 하도록 한 사람은 3년 이상의 유기징역에 처한다. 성교의 경우에는 5년 이상의 유기징역에 처한다.

③ 법률에 의하여 구금된 사람을 감호하는 자가 그 사람에 대하여 성적 행동을

한 때에는 1년 이상의 유기징역에 처한다. 성교한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

제304조(미수범) 제297조부터 제300조(다만, 상해에 이르게 한 경우는 제외한다), 제301조제1항, 제302조, 제303조의 미수범은 처벌한다.

제305조(13세 미만 미성년자에 대한 성교, 성적 행동) 13세 미만의 사람에 대하여 성교 또는 성적 행동을 하거나 하게 한 자는 제297조제2항, 제298조제2항, 제300조 또는 제301조의 예에 의한다.

제305조의2(상습범) 상습으로 제297조부터 제299조의5까지, 제302조, 제303조부터 제305조의 죄를 범한 자는 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중한다.

제306조(정의) 본 장에서 “성교”라 함은 다음의 행위를 말한다.

1. 성기, 구강 또는 항문 등 신체의 내부에 성기를 넣는 행위
2. 성기 또는 항문에 신체(성기는 제외한다)의 일부 또는 도구를 넣는 행위

강간죄 구성요건 관련 국제법 및 해외 입법례

장임다혜(한국형사정책연구원 부연구위원)

1. 국제인권법 상 강간 개념 변화의 요구

- UN 2010년 유엔 여성지위향상국은 여성 대상 폭력에 대한 입법권고안을 담은 핸드북을 발행하여, 각국 형법이 유형력 또는 폭행의 행사를 강간의 구성요건으로서 요구하고 있는 경우 그러한 조건을 삭제할 것을 요청하였으며, 아울러 '명백하고 자발적인 동의'를 강간 판단의 기준으로 삼거나, '강압적인 상황'이 존재하는 경우 강간이라고 보되 '강압적인 상황'의 해석을 넓게 하는 방식의 입법이 이루어져야 한다고 권고하였다. 유엔 여성차별철폐위원회 역시 여러 결정을 통해 동의 여부를 기준으로 강간이 정의되어야 한다는 의견을 개진하였으며, 2017년 UN CEDAW 일반권고 35호에서는 일반입법조치로 "부부강간 및 아는 관계/데이트 강간을 포함한 성범죄의 정의는 자유롭게 결정할 수 있는 동의의 결여를 기초로 하고, 강요적 환경을 고려해야 한다"(para.29(e))고 명시하고 있다. 이에 따라 2018년 3월 12일 CEDAW위원회의 한국정부 젠더 기반 여성에 대한 폭력 분야 권고안으로 "(a) 형법 제297조를 개정하여 피해자의 자유로운 동의 부족을 중심으로 강간을 정의하고, 특히 배우자 강간을 범죄화할 것"이 지적되었다.
- 유럽연합 차원에서는 2011년 <여성에 대한 폭력과 가정 폭력의 방지와 대응을 위한 유럽평의회협약(Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence: 이하 이스탄불 협약)¹⁾을 통해 성적 침해를 강간등으로 변경하도록 합의하였다. 이스탄불 협약 제 36조에서는 비동意的인 성적행위를 강간 등 성폭력으로 규정하고 있다. 이 협약에 서명한 회원국들은 강간죄 등 형법을 개정할 의무를 가지게 되었으며, 현재 유럽 46개의 회원국이 서명하고 34개국이 이스탄불 협약을 비준하였다.
- 국제법 차원에서 살펴보면, 뉘른버그 국제군사재판 헌장 및 극동군사재판

1) Council of Europe Treaty Series No. 210, 11.V.2011.

Control Council Law 이후 강간(rape)을 인도에 반한 죄로 다루어왔으며, 유슬라비아 내전과 르완다 내전시 발생한 무력갈등시 범죄를 다루기 위한 임시재판에서 강간의 구성요건을 동의의 부재로 규정한 이후 로마규정에 따라 설치된 국제형사재판에서 역시 강간의 구성요건을 동의 없는 성적 침해로 규정하고 있다. 유럽인권재판소 역시 '폭행 및 협박'이 아닌 '동의'여부를 기준으로 강간을 판단하는 것이 국제적인 추세임을 확인하면서, 유럽인권협약에 의하여 국가는 피해자의 동의 없이 이루어진 모든 성적 행위를 기소하고 처벌해야 할 의무가 있다고 판시한 바 있다.

- 영미법체계인 영국과 아일랜드, 캐나다, 호주 등은 강간의 요건을 “동의 없이” 이루어지는 성적 침해로 규정하고 있으나 강압적인 상황에 대한 해석과 동의가 없었다는 피고인의 인식에 대한 협소한 주관적 해석의 문제가 제기되어 이에 대한 법률상 기준을 명시하는 입법을 추진하고 있으며, 대륙법체계 국가의 경우 기존에 폭행 또는 협박과 같이 유형력을 중심으로 한 강간 구성요건을 비동의로 변경하고 확대하거나 경미범죄인 비동의간음 규정을 추가하는 입법을 취하고 있다. 이하에서는 우리와 동일한 대륙법체계 국가들의 형법 개정 방식을 살펴본다.

2. 독일의 강간죄 등 개정: 성적 침해 신설 및 강간죄 개념의 확대

- 독일에서 연간 8,000여 건의 강간이 신고되고 있으나 2016년 강간죄로 신고된 사건의 8%만이 유죄 선고를 받는 등 낮은 유죄률이 문제점으로 지적되고 있었으며,²⁾ 독일이 이스탄불 협정에 서명했음에도 불구하고 이를 이행하지 않는 것에 대해 “no-means-no” 입법을 요구하는 캠페인이 광범위하게 확산되었다. 이에 따라 독일에서 형법상 성폭력범죄가 인식가능하게 타인의 의사에 반하여 실행되는 성적침해에 대해 형법상 충분히 대응하고 있는지에 대한 논의가 전개되었으며,³⁾ 이스탄불 협정에 부합하기 위해 처벌가능성에 흠결 있는 비동의 성적 행위 사례들에 상응하는 개정이 필요하다는 공감대가 형성되어 2016년 7월 7일 다음과 같이 개정되어, 2016년 11월 10일부터 시행되고 있다.

2) 'No means no': Germany broadens definition of rape under new law, DW(2016.7.7.), <https://www.dw.com/en/no-means-no-germany-broadens-definition-of-rape-under-new-law/a-19385748>(검색일: 2018.9.3.).

3) Deutscher Bundestag, Entwurf eines ... Gesetzes zur ?nderung des Strafgesetzbuches - Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung, BT Drs. 18/8210(2016.4.25.), p. 9.

제177조 성적침해; 성적강요; 강간

(§ 177 Sexueller Übergriff; Sexuelle Notigung; Vergewaltigung)

- (1) 타인의 인식가능한 의사에 반하여 성적행위를 그에게 실행하거나 그로 하여금 실행하도록 하거나 그로 하여금 제3자에 대해 성적행위를 실행하거나 제3자의 성적행위를 수인하도록 만드는 자는, 6개월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.
- (2) 타인에 대해 성적행위를 실행하거나 그로 하여금 실행하도록 하거나 그로 하여금 제3자에 대해 성적행위를 실행하거나 제3자의 성적행위를 수인하도록 만드는 자는, 다음의 경우에도 동일하게 처벌된다:
 1. 범죄행위자가 타인이 반대의사를 형성하거나 표시할 수 없는 상황에 있음을 이용하는 경우
 2. 범죄행위자가 타인의 동의를 확인한 경우가 아니라면, 타인이 그의 신체적 또는 정신적 상태로 인해 의사의 형성 또는 표시에 현저한 장애가 있음을 이용한 경우
 3. 범죄행위자가 의외의 순간(Uberraschungsmoment)을 이용하는 경우
 4. 범죄행위자가 피해자가 저항하면 느낄 수 있을 만한 해악이 발생할 가능성이 있는 상황을 이용하는 경우, 또는
 5. 범죄행위자가 타인으로 하여금 성적행위를 실행하거나 수인하도록 느낄 수 있을 만한 해악으로 위협함으로써 강요한 경우
- (3) 미수는 처벌된다.
- (4) 의사를 형성하거나 표시할 수 없는 무능력이 피해자의 질병이나 장애에서 비롯된 경우에는 1년 이상의 자유형이 선고된다.
- (5) 범죄행위자가 다음에 해당하는 경우에는 1년 이상의 자유형에 처한다:
 1. 피해자에 대해 폭력을 행사한 경우
 2. 피해자를 신체 또는 생명에 대한 현재의 위협으로 위협한 경우, 또는
 3. 피해자가 범죄행위자의 행위에 무방비하게 맡겨져 있는 상황을 이용한 경우
- (6) 특별히 중한 경우에는 2년 이상의 자유형이 선고된다. 특별히 중한 경우는 일반적으로, 다음의 경우에 인정된다:
 1. 범죄행위자가 피해자와의 성교를 실행하거나 실행하도록 만들거나, 특히 신체 안으로의 삽입과 결부된 경우(강간)처럼 피해자를 특별히 모욕하는 유사성행위를 희생자에게 실행하거나 희생자로 하여금 실행하도록 만드는 경우, 또는
 2. 범죄행위가 다수에 의해 공동으로 행해진 경우
- (7) 범죄행위자가 다음에 해당하는 경우에는 3년 이상의 자유형에 처한다:
 1. 무기나 다른 위험한 도구를 휴대한 경우
 2. 타인의 저항을 폭력을 통해 또는 폭력을 이용한 협박을 통해 저지하거나 이기기 위해서 그 밖에 도구 또는 약품을 휴대한 경우, 또는
 3. 희생자를 심각한 건강상 침해의 위협에 빠뜨리는 경우

(8) 범죄행위자가 다음에 해당하는 경우에는 5년 이상의 자유형에 처한다:

1. 범행에 무기 또는 다른 위험한 도구를 사용한 경우 또는
2. 피해자를
 - a) 범행시에 신체적으로 심각하게 학대하거나
 - b) 사망의 위험에 빠뜨린 경우

(9) 제1항 및 제2항의 중하지 아니한 경우에는 3개월 이상 3년 이하의 자유형에 처하고, 제4항 및 제5항의 중하지 아니한 경우에는 6개월 이상 10년 이하의 자유형에 처하고, 제7항 및 제8항의 중하지 아니한 경우에는 1년 이상 10년 이하의 자유형에 처한다.

- 개정된 독일 형법 제177조는 성적 침해, 성적 강요, 강간의 기본적인 신체적 성폭력 구성요건을 규정하고 있는데, 제177조의 특징은 다음과 같다.
- 첫째, 제177조제1항에 “인식가능한 의사에 반하는 성적 행위”를 규정함으로써 비동의 범죄를 성폭력 범죄의 기본적인 유형이자 구성요건으로 규정하였다. 여기에서 인식가능한 의사에는 명시적인 의사표시뿐만 아니라 묵시적인 표현까지 포함된다. 성폭력범죄를 규정한 제177조의 기본적 구성요건이 의사에 반하는 성적 침해이기 때문에, 기존의 성적 강요 및 강간에서 규정된 유형력 요건은 기본적인 범죄에 추가되는 가중적 처벌요건이 된다(제177조제5항).
 - 둘째, 피해자의 거부의사표시가 구성요건이 아닌 성적 자기결정권의 행사가 제한되는 상황을 이용하는 행위를 제177조제2항에 규정하여, 비동의에 대응하는 이용행위 역시 비동의 범죄로 처벌하도록 규정하고 있다. 성적 자기결정권의 행사가 제한되는 상황으로는 ① 피해자의 거부의사표시가 기대불가능하여 동의의 사표시를 유효하다고 볼 수 없거나, ② 피해자간의 반대사표시가 객관적으로 불가능한 경우가 있는데, 이에 따라 의사형성 또는 의사표시를 할 수 없는 상황에 있음을 이용하는 경우(제1호), 의사형성 또는 의사표시 능력에 제약이 있는 경우(제2호), 기습 등 의외의 순간을 이용하는 경우(제3호), 저항시 해악이 발생할 수 있는 상황을 이용하는 경우(제4호), 신체 또는 생명에 대한 해악을 제외하는 다른 해악을 고지하여 협박하는 경우(제5호)가 이용행위로 규정되어 있다.
 - 셋째, 개정 전에는 저항무능력상태(항거불능)를 이용한 경우가 성적 남용으로 처벌되었으나, 성폭력범죄의 기본적인 구성요건이 의사에 반하거나 의사형성 또는 표시능력이 제한된 상황이 됨으로써 장애나 질병으로 의사무능력 상태에 있는 경우가 성적 남용에서 성폭력 범죄인 성적 침해로 포섭되었으며 가중적 처벌요건으로 규정되었다(제179조 삭제 및 제177조제4항).

- 넷째, 인식가능한 의사에 반하거나 의사표시를 할 수 없는 상태에서 삽입에 의한 성적 침해가 이루어지는 경우 강간 등 특별히 중한 경우(제177조제6항)로 처벌하도록 규정함으로써 강간의 개념이 변경되었다. 제177조 제6항은 특별히 중한 경우로 성기삽입 또는 신체 삽입행위인 강간과 다수에 의한 공동행위를 규정하고 있다. 이는 가중적 구성요건규정이 아니라 단지 성적침해 및 성적강요에 대한 형량가중규정인 규정예시(Regelbeispiel)이다. 이에 따라 폭력 또는 강요 없이 명시적인 거부 의사표시에도 불구하고 성교를 실행한 경우에는 제6항 제1호에 의한 강간으로 처벌된다. 이러한 입법취지는 성교 또는 유사성교행위와 결부된 제177조 제1항 또는 제2항의 성폭력범죄가 피해자에 의해 일종의 성적의미를 가진 폭력의 형태로 받아들여지고, 여기서 형법상 의미를 가진 폭행 또는 협박이 행해졌는지 여부는 중요하지 않게 되는 상황을 고려한 것이다.⁴⁾

3. 스웨덴 강간죄 개정: 강간죄 구성요건의 변경

- 스웨덴은 1999년 「여성폭력방지법」⁵⁾에 따라 2002년에 성착취 인신매매를 처벌하는 조항이 형법에 규정되었고 형법 6장에 강간과 성적 학대, 취약자에 대한 성적 착취, 아동 성폭력 등과 함께 아동 및 성인 대상 성구매, 성매매 알선 등 성 관련 젠더 폭력을 규정하고 있다. 당시 스웨덴 법체계의 변화는 성폭력과 성매매의 이분법적인 구분을 벗어나 성을 대상으로 한 폭력을 젠더 폭력의 연속선에서 강요로 이어지는 행위수단의 다양한 방식을 포섭하고자 하는 특징을 가지고 있다. 그렇기 때문에 문제가 되는 행위에 적용되는 법조는 제6장 제1조로부터 마지막 조항까지 적용여부가 검토되도록 구성되어 있다.
- 스웨덴은 2017년 및 2018년 법개정을 통해 강간죄 등 기본적인 성범죄의 구성요건을 “자발적으로 성행위에 참여하지 않은 경우”로 개정하였다.

스웨덴 형법 제6장 성범죄

제1조 (강간)

자발적으로 행위에 참여하지 않은 자에 대해 성교행위 내지 성교행위에 준하는 성적

4) Schmidt, Strafrecht - Besonderer Teil 1, 19. Aufl., 2018, Rn. 467f.

5) 1995년 성매매 위원회(Commission on Prostitution)와 1995년 여성폭력방지위원회(Commission on Violence against Women) 등이 이 법률의 제정에 참여하였다.

행위를 실행한 자는 강간의 유죄로 2년 이상 6년 이하 징역에 처한다. **참여가 자발적인지 여부를 평가함에 있어, 자발성은 언어 또는 행동, 기타 다른 방식으로 표출되었는지 여부를 특정하게 고려한다. 다음의 각호에 해당하는 경우에는 자발적인 참여로 고려하지 않는다.**

1. **참여가 폭행 또는 다른 폭력, 범죄행위에 대한 협박, 다른 사람의 위법행위에 대한 기소 또는 신고의 위협, 다른 사람에 대한 유해한 정보를 제시하겠다는 협박의 결과로 이루어진 경우**

2. **가해자가 그 사람이 무의식, 수면, 심각한 두려움, 중독 또는 기타 약물의 영향, 질병, 신체적 상해 내지 정신적 장애, 기타 다른 조건으로 인해 특정하게 취약한 상태에 있는 사실을 부적절하게 이용(exploit)한 경우**

3. **가해자가 가해자에게 의존하는 사람의 지위를 심각하게 남용함으로써 그 사람이 참여하도록 유도한 경우**

범죄와 관련된 조건의 관점에서 그 범죄가 덜 중하다고 간주되는 경우에는 강간의 유죄로 4년 이하의 징역에 처한다.

제1문의 범죄가 중한 경우에 중한 강간의 유죄로 5년 이상 10년 이하의 징역에 처한다. 범죄가 중한지 여부를 판단할 때에는 가해자가 특별히 중한 속성의 폭력 또는 위협을 사용했는지 여부 내지 피해자가 한 명 이상인지 여부, 기타 남용의 방식이 행위수단 또는 피해자의 낮은 연령 등 기타의 관점에서 가해자가 특별히 무지비성 내지 잔인성을 표출했는지를 고려한다.

제1a조 (부주의 강간)

제1조에 규정된 행위를 저지른 자가 다른 사람이 자발적으로 참여하지 않았다는 사실에 대하여 심각하게 부주의한 경우에 부주의 강간의 유죄로 4년 이하 징역에 처한다. 조건과 관련하여 그 행위가 덜 중한 경우에 책임을 조각한다.

제2조 (성적 남용)

제1조에 규정되지 않은 성적 행위를 자발적으로 참여하지 않은 사람에 대하여 실행한 자는 성적 남용(sexual abuse)의 유죄로 2년 이하의 징역에 처한다. 참여가 자발적인지 여부에 대한 판단은 제1조의 규정된 각 호를 적용한다.

범죄가 중한 경우 중한 성적 남용의 유죄로 6월 이상 6년 이하의 징역에 처한다. 범죄가 중한지 여부를 판단할 때에는 가해자가 특별히 중한 속성의 폭력 또는 위협을 사용했는지 여부 내지 피해자가 한 명 이상인지 여부, 기타 남용의 방식이 행위수단 또는 피해자의 낮은 연령 등 기타의 관점에서 가해자가 특별히 무지비성 내지 잔인성을 표출했는지를 고려한다.

제3조 (부주의 성적 남용)

제2조에 규정된 행위를 저지른 자가 다른 사람이 자발적으로 참여하지 않았다는 사실에 대하여 심각하게 부주의한 경우에 부주의 성적 남용의 유죄로 4년 이하 징역에 처한다. 조건과 관련하여 그 행위가 덜 중한 경우에 책임을 조각한다.

- 스웨덴 형법은 기본적으로 비동의의 요건을 둔 성적 침해에 대해서 “자발적으로 참여하지 않는” 것으로 규정하고 있으며, 여기에서 자발성이 없는 것으로 추정되는 요건으로 ① 폭행 또는 협박, ② 피해자의 취약한 상태의 이용, ③ 피해자의 의존적 지위의 심각한 남용으로 제시하고 있어, 피해자의 연령 여부와 관계 없이 가해자에게 의존하고 있는 사람인지 여부를 판단하고 이를 가해자가 남용했는지 여부를 요건으로 두고 있다는 점이 다른 해외의 법제와 구별되는 점이다.
- 스웨덴 형법의 특징은 제1조 및 제2조에 대해 주관적 구성요건으로 심각한 부주의를 규정하여 이에 대해 4년 이하 징역형으로 처벌하도록 하여, 상대방의 동의 없음에 대해 고의가 입증되지 않더라도 심각한 부주의가 입증된다면 처벌하도록 규정하고 있다는 점이다. 이러한 규정방식은 영미법체계에서 비동의를 구성요건으로 한 강간죄를 적용하는 데에 있어, 피고인이 피해자의 동의가 있었다고 오인하였다고 주장하며 주관적 구성요건인 고의가 조각되는지를 판단할 때에 기준에 대해 형법상 규정하고 있는 것을 가져온 것이다.

[비교] 캐나다 연방형법

제153.1조 제3항 [동의를 없는 경우]

본 항의 목적에 비추어 다음과 같은 경우에는 동의는 없는 것으로 본다.

- (a) 합의가 고소인이 아닌 다른 사람의 말과 행동에 의해 표현되는 경우,
- (b) 고소인에게 해당 행위에 동의할 수 있는 능력이 없는 경우,
- (c) 피고인이 신뢰, 권력 또는 권위적인 위치를 남용하여 고소인으로 하여금 활동에 참여하도록 권유 또는 유도한 경우
- (d) 고소인이 해당 행위에 참여할 합의가 없음을 말 또는 행동을 통해 표현한 경우, 또는
- (e) 고소인이 성적활동에 참여하는 것에 동의하였으나, 해당 행위의 참여를 지속하는 합의가 없음을 말 또는 행동을 통해 표현한 경우

제153.1조 제5항 [동시에 대한 신뢰가 있더라도 범죄가 성립하는 경우]

다음의 각 호의 경우에 피고인이 기소된 해당 행위에 대해 고소인이 동의했다고 신뢰하더라도 범죄가 성립한다.

- (a) 피고인의 신뢰가 다음의 각 목로부터 기인한 경우
 - (i) 스스로 유도된 도취상태

(ii) 부주의 또는 의도된 무관심

(b) 피고인이 고소인의 동의를 확인하기 위하여 그 당시에 고소인이 알고 있는 상황에서 합리적인 조치를 취하지 않은 경우

제153.1조 제6항 [동이가 있다고 믿은 피고인]

피고인이 기소내용에 대한 행위에 대해 고소인이 동의했음을 신뢰했다고 주장하는 경우, 그러한 신뢰에 대한 합리적인 근거의 존재 또는 부존재를 고려하기 위하여 피고인의 신뢰의 정직성의 결정과 관련된 모든 증거를 검토할 때 판사는 충분한 증거라고 만족할 수 있는지, 배심원들이 믿을 수 있는지, 그 증거가 변론을 구성하는지에 대하여 배심원에게 설명해야 한다.

4. 오스트리아 비동의간음죄 신설

- 오스트리아는 형법 제10장 성적 완전성 및 자기결정권에 관한 죄에서 강간 및 강제추행 등 성폭력 범죄를 규정하고 있다. 제201조 강간은 폭행, 개인적 자유의 박탈, 생명 또는 신체에 대한 현재 위험을 고지한 협박을 통해 성교 또는 성교에 상응하는 성행위를 하는 경우를 규정하고 있다. 그리고 제205조에서는 우리 형법상 준강간에 해당하는 항거불능자 또는 정신장애인에 대한 성적 남용을 규정하여, 항거불능자 또는 중한 심리적 장애로 인해 사건의 의미를 인식하거나 그에 따라 행동할 능력이 없는 자에 대하여 성적 행위에 대한 규정을 두고 있다.
- 2016년 1월 1일부터 시행된 오스트리아 형법 개정안에 따라 제205a조 성적 자기결정 침해죄가 신설되었는데, 본 조항은 의사에 반한 행위에 대해 2년 이하 징역으로 경미범죄로 처벌하도록 규정하고 있다. 독일과 달리 오스트리아의 경우 강간 개념의 변경 없이 의사에 반한 성적 침해행위를 규정하고 있는데, 간음 및 유사간음 행위로 그 행위유형을 한정하고 있다는 점, 그리고 의사에 반한 행위를 공박한 상황, 즉 강제력을 받는 상황을 이용하거나 과거에 협박이 있는 경우로 한정하고 있다는 점에서 이스탄불 협약에서 요구하는 요건을 충족하지 못하는 소극적 입법으로 평가할 수 있다.

제205조a 성적 자기결정의 침해

(1) 타인에게 공박한 상황을 이용하거나 이전에 행해진 협박에 따라 그의 의사에 반하여

성교 또는 그와 유사한 성적 행위를 행한 자는 그 행위가 다른 규정에 의해 더 중한 범죄로 처벌되지 않는 한, 2년 이하의 자유형에 처한다.

- (2) 다른 사람으로 하여금 제1항에 규정된 방식으로 성교 또는 그와 유사한 성적 행위를 타인에게 하게 하거나 자신 또는 제3자를 성적으로 흥분시키거나 만족시키기 위해서 성교와 유사한 성적 행위를 비자발적으로 피해자 스스로에게 행하도록 시키는 자도 제1항과 마찬가지로 처벌한다.

성적자기결정권의 의미와 동의의 의미

오승이(인천지방법원 판사)

1. 발표문을 읽으면서 아직 국제적 기준에 다다르지 못한 우리나라의 현실에 안타까움을 느끼는 동시에, 1991년부터의 반성폭력 운동 역사를 다시 짚어주시는 덕분에 우리 법의 역동성과 변화무쌍함에 다시금 놀라게 된다.

2. 성폭력에 대한 기본개념의 규정이 필요하다. 보호법익에 대한 분명한 규정은 피고인의 행동이 왜 처벌되어야 하고 어떻게 처벌되어야 하는지에 대한 근본적인 질문을 놓지 않도록 해 준다는 점에서 반드시 필요하다고 생각한다. 이미 성폭력이 “사람의 성적 자기결정권을 침해하는 행위”라는 것에는 학계와 판례상 별다른 이의가 없는 상황이다. 성적 자기결정권이라는 보호법익을 고려할 때 ‘동의 없이’가 적합한 안이라는 점에 의견을 같이 한다.¹⁾

1) 현행법에 성폭력에 대한 정의는 없는데 아이러니하게도 그것보다 개괄적인 여성폭력, 2차 피해 개념이 먼저 현행 법체계에 들어가 있는 상황이다. 여성폭력방지기본법 제3조 1호: "여성폭력"이란 성별에 기반한 여성에 대한 폭력으로 신체적·정신적 안녕과 안전할 수 있는 권리 등을 침해하는 행위로써 관계 법률에서 정하는 바에 따른 가정폭력, 성폭력, 성매매, 성희롱, 지속적 괴롭힘 행위와 그 밖에 친밀한 관계에 의한 폭력, 정보통신망을 이용한 폭력 등을 말한다. 3호: "2차 피해"란 여성폭력 피해자가 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 피해를 입는 것을 말한다.

가. 수사·재판·보호·진료·언론보도 등 여성폭력 사건처리 및 회복의 전 과정에서 입는 정신적·신체적·경제적 피해

나. 집단 따돌림, 폭행 또는 폭언, 그 밖에 정신적·신체적 손상을 가져오는 행위로 인한 피해(정보통신망을 이용한 행위로 인한 피해를 포함한다)

다. 사용자(사업주 또는 사업경영담당자, 그 밖에 사업주를 위하여 근로자에 관한 사항에 대한 업무를 수행하는 자를 말한다)로부터 폭력 피해 신고 등을 이유로 입은 다음 어느 하나에 해당하는 불이익조치

- 1) 파면, 해임, 해고, 그 밖에 신분상실에 해당하는 신분상의 불이익조치
- 2) 징계, 정직, 감봉, 강등, 승진 제한, 그 밖에 부당한 인사조치
- 3) 전보, 전근, 직무 미부여, 직무 재배치, 그 밖에 본인의 의사에 반하는 인사조치
- 4) 성과평가 또는 동료평가 등에서의 차별과 그에 따른 임금 또는 상여금 등의 차별 지급
- 5) 교육 또는 훈련 등 자기개발 기회의 취소, 예산 또는 인력 등 가용자원의 제한 또는 제거, 보안정보 또는 비밀정보 사용의 정지 또는 취급 자격의 취소, 그 밖에 근무조건 등에 부정적 영향을 미치는 차별 또는 조치
- 6) 주의 대상자 명단 작성 또는 그 명단의 공개, 집단 따돌림, 폭행 또는 폭언, 그 밖에 정신적·신체적 손상을 가져오는 행위
- 7) 직무에 대한 부당한 감사 또는 조사나 그 결과의 공개
- 8) 인허가 등의 취소, 그 밖에 행정적 불이익을 주는 행위

간음 또는 추행이라는 개념이 성적 자기결정권 침해라는 보호법익을 제대로 반영하고 있지 않다는 문제가 지속적으로 제기되어 왔다. '간음' '추행' 개념에 남은 윤리적인 색채를 지운다는 점에서 성교(내지 삽입), 성적 행동(내지 성적 행위)라는 용어가 더 나아보인다.

동의 모델은 의사결정의 자유와 능력을 기준으로 보는 모델이다.²⁾ 보호법익이 이와 같다는 점이 모두에게 명확해진다면, 묵시적 동의와 소극적 부동의를 구별하기가 어렵다는 이유로 심리를 회피할 수만은 없다는 점을 받아들여야 하지 않을까.

3. 이경환 변호사의 발표문대로 비동의 구성요건의 도입이 '완전히' 새로운 판단기준을 도입하거나 새로운 처벌영역을 '대폭' 확대하는 결과를 가져오지는 않을 것이라고 예상한다. 그동안 법원은 최협의설의 영향 아래서도 구체적 타당성 있는 결론을 내놓기 위해 요령껏 기습추행, 업무상 위력의 해석, 성인지 감수성의 렌즈를 통하여 교정한 피해자의 행동에 대한 합리적 인식 등을 동원하는 융통성을 발휘해 왔다. 오히려 비동의 구성요건의 도입이 최협의설이 폐기되지 않은 상태에서 각종 예외적 해석을 하는 데 따른 난점을 극복하는 길이 될 수 있다.

다만 가해자의 여성의 의사에 대한 일방적인 무시나 폄하(이른바 '내송'에 대한 통념)가 오히려 범행의 고의를 배제해 주는 손쉬운 면죄부로 쓰이지 않도록 섬세한 해석론이 필요하다. 법원이 성폭행이나 성희롱 법원이 성폭행이나 성희롱 사건의 심리를 할 때에는 그 사건이 발생한 맥락에서 성차별 문제를 이해하고 양성평등을 실현할 수 있도록 '성인지 감수성'을 잃지 않도록 유의하여야 한다(대법원 2018. 10. 25. 선고 2018도7709). 법원은 법 해석을 할 때 그것이 성차별을 고착시키는 것이 아닌지 숙고할 필요가 있다. 이러한 주의사항은 현 시점에서는 행위자로 하여금 종래보다 상대방 여성의 동의 여부와 범위를 보다 세세하게 살피고 예민하게 포착할 것을 요구하는 것이 될 터이다.

4. 성적 자기결정권의 의미와 동의의 의미 및 범위에 대해 보다 섬세한 심리를 요구하는 최근 판례 두 개를 소개하겠다.

1) 대법원 2019. 6. 13. 선고 2019도3341 판결³⁾

9) 물품계약 또는 용역계약의 해지, 그 밖에 경제적 불이익을 주는 조치
2) 장다혜, “강간죄의 재구조화: 전문가 대상 설문조사 결과를 중심으로”, 젠더법학 11권 1호, 2019, 37면.

형법은 제2편 제32장에서 '강간과 추행의 죄'를 규정하고 있는데, 이 장에 규정된 죄는 모두 개인의 성적 자유 또는 성적 자기결정권을 침해하는 것을 내용으로 한다. 여기에서 '성적 자유'는 적극적으로 성행위를 할 수 있는 자유가 아니라 소극적으로 원치 않는 성행위를 하지 않을 자유를 말하고, '성적 자기결정권'은 성행위를 할 것인가 여부, 성행위를 할 때 그 상대방을 누구로 할 것인가 여부, 성행위의 방법 등을 스스로 결정할 수 있는 권리를 의미한다. 형법 제32장의 죄의 기본적인 구성요건은 강간죄(제297조)나 강제추행죄(제298조)인데, 이 죄(형법 302조 미성년자/심신미약자 위계/위력 추행죄)는 미성년자나 심신미약자와 같이 판단능력이나 대처능력이 일반인에 비하여 낮은 사람은 낮은 정도의 유·무형력의 행사에 의해서도 저항을 제대로 하지 못하고 피해를 입을 가능성이 있기 때문에 그 범죄의 성립요건을 보다 완화된 형태로 규정한 것이다.

성폭력 범죄에서 피해자의 동의가 있었다고 할 때에는 보통 그 의미를 '다른 사람의 행위를 승인하거나 시인'한다는 뜻으로 사용한다. 피해자에게 이루어진 행위에 대하여 피해자의 동의가 있다는 이유로 범죄의 성립을 부정하는 이유는 그러한 행위는 피해자의 성적 자유 또는 성적 자기결정권을 침해한 것으로 보지 않기 때문이다. 그런데 피해자가 사전에 성매매에 동의하였다 하더라도 피해자는 여전히 그 동의를 번복할 자유가 있을 뿐만 아니라 자신이 예상하지 않았던 성적 접촉이나 성적 행위에 대해서는 이를 거부할 자유를 가지는 것이다. 그러므로 피해자에 대하여 이루어진 행위에 대하여 피해자의 동의가 있었는지 여부는 그 행위의 경위 및 태양, 피해자의 연령, 범행 당시의 정황 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 볼 때 그 행위로 인하여 피해자의 성적 자유 또는 성적 자기결정권이 침해되었는지를 기준으로 삼아 구체적·개별적으로 판단하여야 한다.

피고인의 행위는 그 경위 및 태양, 피해자의 연령 등에 비추어 볼 때 피해자와 같은 처지에 있는 일반적·평균적 사람이 예견하기 어려운 가학적인 행위로서 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 데에서 더 나아가 성적 학대라고 볼 수 있다. 피해자가 성매매에 합의하였다 하더라도 이와 같은 행위가 있을 것으로 예상하였거나 또는 이에 대하여 사전 동의를 하였다고 보기 어렵다. 또한 피해자가 필로폰

-
- 3) 사실관계: 성매매를 하기로 하고 만난 피고인이 피해자를 설득하여 필로폰을 투약하고 화장실에서 샤워를 하고 있던 피해자에게 다가가 자신의 성기를 입으로 빨게 하고, 피해자를 뒤로 돌아 엮드리게 한 다음, 피해자의 항문에 손가락을 넣고, 샤워기 호스의 헤드를 분리하여 그 호스를 피해자의 항문에 꽂아 넣은 후 물을 주입하였다. 이로써 피고인은 약물로 인하여 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 심신미약자를 위력으로 추행하였다는 범죄사실로 기소되었다. 피해자는 고등학교에 재학 중인 16세의 학생이었으나, 미성년자인줄 몰랐다는 피고인의 변소가 받아들여져 청소년 성매수죄로 기소되지 않은 것으로 보인다. 심신미약자추행에 관하여 제1심은 유죄를 선고하였으나, 제2심은 무죄를 선고하였다. 대법원이 유죄 취지로 파기하였다.

투약에 동의하였다 하여 이를 들어 피해자에게 어떠한 성적 행위를 하여도 좋다는 승인을 하였다고 볼 수도 없다. 피해자는 수사기관 및 원심법정에서 필로폰 투약을 한 상태에서 피고인의 행위에 적극적으로 저항할 수 없었다고 진술하고 있다. 심신미약의 상태에 있는 피해자가 원치 않는 성적 접촉 또는 성적 행위에 대하여 거부 의사를 명확히 밝히지 않았다 하여 동의를 한 것으로 쉽게 단정해서는 안 됨은 물론이다.

→성매매를 하는 것에 동의했으면 일정 시간 동안 여성의 신체에 대한 처분권을 모두 넘겨받은 것이라고 여기는 일부 남성들의 인식에 경종을 울리는 판결이다. 성매매의 동의가 일체의 성적 행위에 대한 동의 절차를 생략해도 되는 것으로 간주할 수 없다는 것이다.

2) 대법원 2019. 7. 11. 선고 2018도2614 판결⁴⁾

성폭행이나 성희롱 사건의 피해자가 피해사실을 알리고 문제를 삼는 과정에서 오히려 피해자가 부정적인 여론이나 불이익한 처우 및 신분 노출의 피해 등을 입기도 하여 온 점 등에 비추어 보면, 성폭행 피해자의 대처 양상은 피해자의 성정이나 가해자와의 관계 및 구체적인 상황에 따라 다르게 나타날 수밖에 없다. 따라서 개별적, 구체적인 사건에서 성폭행 등의 피해자가 처하여 있는 특별한 사정을 충분히 고려하지 않은 채 피해자 진술의 증명력을 가볍게 배척하는 것은 정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따른 증거판단이라고 볼 수 없다. 위와 같은 법리는, 피해자임을 주장하는 자가 성폭행 등의 피해를 입었다고 신고한 사실에 대하여 증거불충분 등을 이유로 불기소처분되거나 무죄판결이 선고된 경우 반대로 이러한 신고내용이 객관적 사실에 반하여 무고죄가 성립하는지 여부를 판단할 때에도 마찬가지로 고려되어야 한다. 따라서 성폭행 등의 피해를 입었다는 신고사실에 관하여 불기소처분 내지 무죄판결이 내려졌다고 하여, 그 자체를 무고를 하였다는 적극적인 근거로 삼아 신고내용을 허위라고 단정하여서는 아니 됨은 물론, 개별적, 구체적인 사건에서 피해자임을 주장하는 자가 처하였던 특별한 사정을 충분히 고려하지 아니한 채 진정한 피해자라면 마땅히 이렇게 하였을 것이

4) 사실관계: 피고인은 직장 선배인 공소외인이 피고인과 술을 마시던 술집에서 나와 함께 걸어가다 길가에 있던 소파에 앉았다가 일어나려는 순간 피고인의 팔을 잡고 끌어 앉히더니 강제로 피고인의 목덜미에 팔을 두르고는 피고인의 입에 강제로 입을 맞추고 자신의 혀를 피고인의 입에 넣으려고 하는 등 추행을 하였다고 고소하였다. 공소외인은 수사기관에서 무혐의 처분을 받았고, 피고인의 재정신청도 기각되었다. 공소외인은 피고인을 무고죄로 고소하였고, 제1심 및 원심은 피고인에게 유죄를 선고하였다. 대법원이 무죄 취지로 파기하였다.

라는 기준을 내세워 성폭행 등의 피해를 입었다는 점 및 신고에 이르게 된 경위 등에 관한 변소를 쉽게 배척하여서는 아니 된다.

원심이 유죄 인정의 근거로 밝힌 사정들은 피고인의 고소내용이 객관적으로 허위임을 뒷받침하는 논거로 삼기에 적절하다고 보기 어렵다. 피고인이 입맞춤 등을 당하기 이전에 공소외인과 사이에 손을 잡는 등 다른 신체접촉이 있었다거나 공소외인의 유형력 행사나 협박성 발언이 있었는지, 피고인이 강제추행을 당한 직후 공포감을 느끼어 주변에 도움을 요청하였는지 등은 피고인이 공소외인으로부터 일순간에 기습추행을 당하였는지 여부와 직접적인 관련이 없기 때문이다.

나아가 설령 피고인이 이 사건 당일에 일정 수준의 신체접촉을 용인한 측면이 있다 하더라도, 피고인은 신체의 자유와 자기결정권을 갖는 주체로서 언제든지 그 동의를 번복할 수 있을 뿐 아니라 자신이 예상하거나 동의한 범위를 넘어서는 신체접촉에 대해서는 이를 거부할 자유를 가지므로, 피고인이 주장하는 기습추행이 있기 전까지 공소외인과 사이에 어느 정도의 신체접촉이 있었다고 하여, 입맞춤 등의 행위에 대해서까지 피고인이 동의하거나 승인을 하였다고 인정하기는 어렵다.

→손을 잡는 등의 신체접촉을 용인했다 하더라도 입맞춤에 대한 동의를 했다고 볼 수는 없으며, 설령 동의했다 하더라도 언제든지 동의를 번복할 수 있다는 점을 확인한 판결이다.

5. 이하에서는 연대회의의 개정안에 대해 살핀다.

① 제32장의 제목을 '성적 침해'라고 규정했는데, 이것이 '성적 자기결정권의 침해'보다 다소 넓은 개념인가? 위 판례에서 말하는 것과 같은, 성적 자기결정권 침해와 구분되는 성적 자유 침해를 염두에 둔 것인가? 토론자는 판례가 말한 소극적 성적 자유 역시 '성행위를 하지 않을' 성적 자기결정권에 포괄되는 개념이 아닌가 하는 생각이 있다.

② 성적 행동 강요죄(간결한 용어라는 측면에서 성적 강요죄가 어떨까 한다)는 기존의 강제추행을 대체하는 개념이 아니라 더 포괄적인 성적 착취, 성적 강요행위를 포괄하는 것으로 보인다. 대가성이 있더라도 강제성을 띠는 성매매 강요행위가 성적 강요에 포섭될 것으로 전망된다.⁵⁾ “제3자의 성적 행동을 수인하게 하거나 자

5) 장다혜, 위의 글, 24면.

기 또는 제3자에 대하여 성적 행동을 하게 한 자”는 타인의 자위행위를 보게 하거나 타인 앞에서 자위행위를 하게 하는 것을 포함하는 개념으로 해석될 수 있다. 즉 신체적 접촉이 없는 경우를 포괄하는 것으로 보인다. 이렇게 해석하면 발표문에서 제기한 성폭력처벌법, 청소년성보호법과의 관계뿐 아니라 성매매처벌법상 성매매 강요행위와 겹치는 부분의 해결 및 영리성 부분의 불법성을 어떻게 평가할 것인지도 검토가 필요하게 된다.

③ 제297조 ‘그에게 제3자의 성교를 수인하게 하거나 그로 하여금 자기 또는 제3자에게 성교하도록 한 자’ 개념이 명확히 와닿지 않는다. ‘성교’는 1인의 타인에 대한 행위가 아닌 관계적 행위라는 인식이 있는데, 피해자가 포함되는 구성요건이 되려면 ‘그에게 제3자와의 성교를 수인하게 하거나 그로 하여금 자기 또는 제3자와 성교하도록 한 자’라고 규정되어야 하는 것 아닐까?

④ 개정안은 강제추행에 관하여 벌금형을 없애는 취지로 보이는데, 현재 단독재판에서 벌금을 선고하는 경우가 많아 상당한 형량의 상향조정을 불러오게 된다는 점에서 충분한 숙고가 필요하다.

⑤ 위력과 폭행·협박을 같은 조항에 규정하는 것에 다소 의문이 있다.

위력을 보이는 것 자체는 범죄가 아니지만, 폭행·협박은 그 자체로 범죄로서, 폭행·협박과 결합된 강간은 위력을 보인 강간보다 더 높은 단계의 처벌이 필요한, 처벌가치가 다른 범죄가 아닐까 하는 의문이 여전히 있다.

덧붙여, 현실에서 폭행협박과 위력의 구분이 어렵다는 문제의식에도 공감은 가지지만, 위력과 비동의도 현실에서 구분이 어려울 수 있다. 위력은 무형의 사회·경제·정치적 지위와 권세를 이용하는 것도 포함하는바, 이러한 지위와 권세는 그 보유자의 분리 불가능한 속성, 즉 신분에 가깝다. 위력이 왕성하게 작동할 때는 위력은 자의식을 가질 필요가 없고, 직접 명령할 필요도 없다.⁶⁾ 그렇다면 지위와 권세를 가진 자의 (그가 누구인지 익히 아는 이에 대한) 비동의간음은 모두 위력에 의한 간음이 되는 결과가 되는 것일까, 아니면 별도의 ‘행사’를 필요로 하는가. 이는 아직 토론자가 해결하지 못한 의문이다.

⑥ 제299조 제3항은 심신상실 또는 항거불능의 상태를 유발한 경우(중강간, 중한

6) 김영민, ‘위력이란 무엇인가’, 2018. 8. 24. 경향신문 칼럼, http://m.khan.co.kr/view.html?art_id=201808242030005

성적 행동 강요)와 그러한 상태에 있음을 이용한 자(현재 강간, 강제추행 규정에 따라 처벌하게 되어 있는 준강간, 준강제추행)를 동일하게 처벌하고 있는데, 준강간, 준강제추행을 중강간, 중한 성적 행동 강요와 동일하게 평가할 수 있을지 의문이다. 심신상실, 항거불능을 '유발'한 경우는 중강간, 중한 성적 강요에 넣고, '이용'한 경우는 297조에 넣어 현재 체계와 같이 강간 등과 동일하게 처벌해야 하지 않을까?

⑦ 제299조의4가 미성년자에 대한 성범죄를 규정하고 있는데, 의제강간, 의제성적강요죄도 이 조항에 함께 규정하는 것도 위계에 의한 성범죄와 동이가 있는 경우를 한눈에 비교할 수 있다는 점에서 좋을 것 같다.

전체 체계에 있어서, 기본 구성요건(297, 298)-행위 가중요건(중강간, 299)-관계 가중요건(299의2, 303)-장애 가중요건(299의3)-나이 가중요건(13세, 16세, 299의4, 302, 305)-결합 가중요건(특수강도강간, 299의5), 결과가중요건(강간상해, 살인등, 300, 301)-미수범, 상습범(304, 305의2)-정의(306)의 체계는 어떨까?

⑧ 개정안에서 그루밍 범죄를 겨냥한 '보호감독 관계의 남용'이 가장 논쟁적인 부분 중 하나로 보인다. 성년 비장애 여성에 대해서 '보호감독 관계를 남용하여' 동의를 받은 성적 행동을 하는 경우가 무엇인가, 그 경우를 형법으로 처벌해야 하는지에 관하여 쉽게 논박되지 않는 의문이 제기될 수 있다. 이경환 변호사의 발표문에서 13세 이상의 사람에 대하여 위계를 이용한 경우에 처벌의 필요성이 크지 않고, 처벌가능성도 거의 없다고 보고하는 점을 떠올려 볼 때 더욱 그러하다.

한국의 성폭력 법령체계와 비동의간음죄의 도입¹⁾

박은정(부장검사)²⁾

1. 한국의 성폭력법령체계와 ‘강간죄’ 개정운동

한국의 성폭력범죄를 규정하고 있는 형법, 성폭력범죄의처벌등에관한특례법, 아동청소년의성보호에관한법률 등에서 성폭력범죄의 기본유형인 강간, 강제추행의 죄는 폭행, 협박을 기본적인 구성요건으로 하고 있다. 여기서의 폭행, 협박은 대법원 판례에 따르면 ‘피해자의 반항을 억압할 정도의 폭행과 협박’을 의미한다.³⁾ 이는 최협의설에 따른 것으로 한 발제자의 지적대로 아직도 이 견해는 법정에서 유효하게 유지되고 있다.⁴⁾

그러나 헌법재판소와 대법원은 성폭력범죄의 보호법익이 피해자의 성적 자기 결정권이라는 점을 이미 오래전부터 천명해 왔다⁵⁾

이러한 한국 성폭력 법령체계의 근본적인 문제 즉 성적 자기결정권을 행사하는 피해자의 의사가 성폭력을 판단하는 기준이 아닌 가해자의 유형력의 행사여부가 성폭력 여부를 결정하는 법령체계로 인하여 피해자가 성폭력이라고 인식하는 지점과 법률이 성폭력이라고 판단하는 지점의 간극을 일치시키기 위하여 오랫동안 그 개정운동이 전개되어 왔다.

2018년 한국 사회에서 전개된 미투(Me Too) 운동과 더불어 유엔 여성차별철폐위원회(CEDAW)의 권고⁶⁾는 위 개정운동 전개에 있어 중요한 기폭제가 되었고, 이후 성폭력 법령체계에 관한 활발한 논의가 이루어지게 되었으며 다수의 입법안

1) 본 토론문은 법무부, 대검의 공식 입장과 무관함

2) 한국형사정책연구원 파견, 2010 서울서부지검 성폭력범죄대응센터 주임검사, 2018 서울동부지검 여성아동범죄조사부장검사, 2019 서울중앙지검 여성아동범죄조사부장검사, 現 젠더법 전문검사 커뮤니티 운영팀장

3) 대법원 1999. 9. 21. 선고 99도 2608 등

4) 이경환 ‘성폭력 형법 개정안의 주요 내용과 쟁점’

5) 헌법재판소 2011. 9. 29. 선고 2010헌바66, 대법원 2012. 3. 15. 선고 2012도544 등

6) 2018. 3. 12. 제8차 권고안 ‘한국의 사법제도가 강간을 대하는 태도에 근본적인 문제가 있어.... 강간을 정의할 때 피해자의 동의여부를 중점에 두어야...’

들이 나오게 되는 데에 커다란 역할을 한 것으로 보인다.

발제문들은 그 일련의 과정에서의 중요한 성과로 우선 그 노고에 경의를 표하고, 이번 토론회를 통하여 그동안의 개정운동을 통하여 마련된 성폭력 관련 형법 개정안을 면밀히 살펴보고 우리 법률 속에서 자리잡아야 하는 성폭력의 진정한 정의와 그에 따른 바람직한 성폭력 법령체계를 모색하는 계기가 되기를 바란다.

II. 형법 개정안 및 외국의 입법례와 비교(발제문 검토)

1. 강간죄 구성요건 관련 국제법 및 해외 입법례⁷⁾

발제문은 국제인권법상 강간 개념의 변화를 요구하고 있음을 우선 지적하고 있다. 즉 2010년 유엔지위항상국, 유엔 여성차별철폐위원회, 유럽평의회협약, 뉘른버그 국제군사재판 헌장 및 극동 군사재판 등에서 강간의 구성요건을 피해자의 동의여부를 기준으로 해야 한다는 점을 분명히 하고 있음을 밝혔다.

개별 국가들의 경우 비교적 최근에 개정한 국가들을 중심으로 서술하고 있는데 독일 형법과 스웨덴 형법 그리고 오스트리아 형법을 예로 들고 있다. 이들 국가에서도 강간은 피해자의 의사, 자발성 등을 판단기준으로 개정안들이 마련되었음을 알 수 있다.

특이한 점은 스웨덴 형법에서 '부주의 강간'이라는 구성요건을 규정하고 있는데 이는 우리 형법 체계상 '과실'의 개념을 전제한 것으로 매우 새롭게 여겨진다. 같은 스웨덴 형법에서 규정하고 있는 '성적 남용' 규정은 강간이나 강제추행 외의 행위태양을 의미하는 것으로 일견 보이는데 'Sexual Abuse'의 해석을 '성적 남용'이라고 함으로써⁸⁾ 원래의 의미보다 다른 개념으로 되어 오히려 혼돈을 주는 것으로 보인다.

2. 성폭력 형법 개정안의 주요 내용과 쟁점⁹⁾

한국의 성폭력 처벌 규정들은 형법, 성폭력범죄의처벌등에관한특례법(이하 '성폭법'이라고 한다.), 아동청소년의성보호에관한법률(이하 '아청법'이라고 한다.) 등에

7) 장다혜 발제문

8) 'sexual abuse'는 문언상으로는 성적 학대를 의미하는 것으로 우리 법체계상으로도 아동학대의 경우 강간이나 강제추행 외의 성적 행위를 포섭하는 것으로 해석할 수 있다.

9) 이경환 발제문

나뉘어서 규정이 되어 있다. 성폭법과 아청법은 특별법으로 그 제정연도에 있어 차이가 있고, 입법 취지도 상이한데 이러한 특별법들이 그때그때 필요에 따라 제정됨으로써 형법과의 통일성과 일관성이 떨어지고 개별 규정들간의 법정형 등에 있어서 불균형이 발생하는 등 전면적인 개정을 필요로 하게 되었다.

발제문은 이러한 고민을 반영하여 마련한 전면적인 개정안 중 주요 내용과 쟁점만을 담고 있는데 전체 개정안이 없는 상태에서 개별적인 규정들이 통일적이고 적합한 형벌체계를 갖춘 것인지를 살펴보는 데에는 한계가 있다는 점을 우선 말씀드린다.

그리고 개정안을 살펴보기 전에 개정안에서 들고 있는 새로운 개념들을 짚어 볼 필요가 있다. 개정안은 '강간과 추행의 죄'를 '성적 침해의 죄'로, '간음'을 '성교'로, '추행'을 '성적 행동'으로 변경하고 있다.

형법 제32장 '강간과 추행의 죄'는 앞서도 살펴보았듯이 성폭력의 본질을 담지 못하고 있으므로 개정의 필요성이 있다. 다만 '성적 침해'라는 표현이 매우 광범위한 침해행위를 의미할 수 있어¹⁰⁾ 형법상 처벌규정을 전제로 한 용어로 쓰기에는 명확성의 원칙에 반하는 문제가 있을 수 있다. 오히려 헌법재판소와 대법원에서 성폭력범죄의 보호법익을 성적 자기결정권이라고 명확하게 천명하였다는 점에서 이를 그대로 입법화하는 것이 보다 간명할 것으로 보인다.

다음으로 '간음'과 '성교'를 비교할 때 '성교'라는 개념은 성적 교섭을 의미하는 것으로 합의에 의한 성관계라는 뉘앙스를 준다. 수사실무상 피해자를 상대로 '성교'하였는지 묻는 것은 오히려 부적절해 보인다. 반면 '간음'의 경우 사전적 의미로 강간을 포함하는 개념으로 해석되는데 그 자체로 위법성을 나타내는 것으로 보인다. '성적 행동'도 '성적 침해'와 마찬가지로의 불명확성의 문제가 있다고 사료된다.¹¹⁾

개정안의 주요 취지로 성폭력 관련 특별법을 형법으로 통합하자는 주장은 우선 환영할 만한데 개별 성폭력 처벌 규정들이 매우 구체적이고 다양한 상태에서 이들 모두를 형법에 넣음으로서 전체 형법 체계에서 비율이나 균형이 맞겠는지 하는 의문이 있다. 한편 성폭법이나 아청법에 규정된 수사와 재판에 관한 특별 규정들이나 부가처분과 관련된 제반 규정들은 새롭게 다른 법률로써 규정하는 것인지, 형법 개정안에 넣는 것인지, 새로운 법률로써 규정할 경우 어떻게 규정할 것

10) 법령상 '성적 침해'라는 용어를 처음으로 사용한 예는 2018. 법무부 성희롱·성범죄 대책위원회에서 훈령으로 활동 목적을 정하면서 '성희롱·성범죄 등 성적 침해행위'를 대상으로 하였는데 여기서는 성희롱과 성차별까지 포함하는 넓은 개념으로 사용되었다.

11) 다만 영미 등 다수 입법례에서 추행을 'sexual act'라고 표현하고 있으므로 '성적 행동'에 대한 개념이 보다 구체적으로 정립될 수 있다면 장차 교체하는 방향도 바람직하다.

인지 등에 대한 검토가 필요하다.

그리고 개정안에서 가장 중요하게 살펴보아야 할 쟁점으로 비동의를 성폭력의 기본 구성요건으로 하는 체계 개편을 들 수 있다. 발제자는 이로써 대법원의 최협 의설이 폐기되는 것이라고 주장하는데 전적으로 공감한다. 다만 발제자가 지적하고 있는 바와 같이 그동안 실무적으로 유형력의 정도와 크게 상관없이 피해자 진술의 신빙성을 근거로 유죄 선고가 되어온 점에 비추어 비동의의 구성요건의 도입이 처벌영역을 대폭 확대하는 결과를 가져오지는 않을 것이라고 하는 점에 대하여는 동의하기 어렵다. 기습 추행의 개념은 법리상 정립된 개념으로 논외로 하더라도 발제자가 들고 있는 업무상 위력에 의한 추행, 강간 등 수사에 있어서 유형력의 행사와 상관없는 동의 개념의 도입은 구체적인 사건에서 기소율을 높이는 계기가 될 수 있다.¹²⁾

개정안은 비동의간음죄를 따로 신설하지 않고 형법 제297조 강간 규정에 단계를 나누어 비동의성교(간음)과 폭행, 협박에 의한 성교(간음)을 규정하는 방식으로 규정을 하고 있다. 그런데 개정안 전반에 나타나 있는 제3자를 전제로 한 범행은 우리 형법상 다른 범죄에는 나타나 있지 않다. 아마 외국 입법례를 참고하는 과정에서 제3자 대상 범행이 어색하게 들어가 있는데 이는 우리 형법 체계상 공동정범이나 간접정범 이론으로 구성하고 있으므로 다른 처벌규정들과 통일적으로 체계를 맞출 필요가 있다. 다음으로 개정안은 친족관계에 의한 성폭력과 보호·감독관계에 의한 성폭력을 하나로 통합하여 규정하고, 이에 따른 (준)강간, (준)강제추행에 대한 가중처벌규정과 아울러 이러한 관계의 남용에 의한 성교 등 행위를 처벌하는 규정을 새롭게 두고 있다. 친족관계 외에 보호·감독 관계에 의한 성폭력 처벌의 필요성 때문에 이를 규정한 것으로 보인다.

그러나 이 규정은 성인 피해자를 전제로 감금에 이르지 않은 보호·감독 관계의 경우 현행 업무상 위력에 의한 간음, 추행과 어떤 차이점이 있는지¹³⁾ 이를 대체하는 건지의문이고, 나아가 이 관계에서 강간, 강제추행이 아닌 남용하여 성폭력에 이르는 사안은 매우 모호할 것으로 사료된다. 발제자는 이 규정이 피해자의 동의가 있더라도 처벌하는 것을 규정하고 있음을 밝히면서 그루밍 범죄를 대상으로 한다고 기술하고 있다. 우선 그루밍 범죄는 외국의 입법례에서도 대부분 아동청소년

12) 수사실무상 피해자의 저항을 전제로 하는 현행의 성폭력 개념은 범행 현장에서 저항이 무의미하여 포기한 상태에서의 범죄를 기소하지 못하는 문제가 있고, 개정안에 따른 경우 저항의 포기로 해석되는 많은 사례들을 기소할 수 있다.

13) 감금의 경우라면 폭행, 협박 혹은 비동의 등으로 충분히 구성이 가능할 것이다. 한편 이 규정은 개정안에서 19세 미만 성폭력 처벌 규정을 삭제하면서 아동청소년 피해자를 상정한 것으로 볼 수도 있을 듯하다.

년 피해자를 전제로 규정하고 있다. 성인 피해자의 경우 동의를 하더라도 보호·감독 관계라는 이유로 가해자를 처벌하는 것은 성폭력범죄의 과잉 입법으로 보여진다. 우리 사회가 19세 이상 성인에게 성적 자기결정권을 인정하고 있고, 다만 13세 미만 미성년자, 19세 미만 아동청소년과 장애인에 대하여는 그 취약성 때문에 더 엄격하게 보호하는 데에 입법적인 합의를 하였다고 볼 수 있다. 그러나 이를 더 확장하여 성인 피해자까지 성적 자기결정권을 제대로 행사하지 못하는 취약한 존재로 취급하여 피해자 동의를 무시하고, 그럼에도 보호하는 것은 성폭력 피해자가 많은 경우 여성이라는 점에서 여성주의적 관점에서도 바람직하지 않다.

게다가 이 사안에서 가해자는 피해자의 적극적인 동의에도 불구하고 처벌을 받게 되는데 그렇다면 가해자의 성폭력범죄를 저지른다는 인식과 의사 즉 고의를 입증하기도 어렵다.¹⁴⁾ 이 규정은 19세 미만 피해자에 대한 가중 규정을 폐지하면서 입법적 공백을 채우기 위하여 넣은 규정으로 보이는데 그렇게 될 경우 보호·감독 관계가 아닌 19세 미만 아동청소년에 대하여 성인과 마찬가지로의 성적 자기결정권을 인정하고 그만큼의 보호만을 하겠다는 것인지 그 부분에 대하여 국민적인 합의를 이끌어 낼 수 있는지 의문이다.

Ⅲ. 바람직한 성폭력 법령체계의 모색과 정립

1. '성폭력'의 개념과 보호법익

성폭력이 개인의 성적 자기결정권을 침해하는 범죄라는 점은 모두가 공감하는 바이다. 넓은 개념으로는 성희롱 등을 포함한 성적 침해행위 전반을 성폭력으로 규정할 수 있겠으나 좁은 의미에서 형사상 처벌대상으로 규정하는 범죄들은 피해자가 자유롭고 독립적으로 자신의 성적 자기결정권을 행사하는 과정에서 그것이 침해되었을 경우를 성폭력 범죄로 규정할 필요가 있다.

그렇다면 형법 제32장은 '성적 자기결정권을 침해하는 죄'로 명확히 선언할 것이 요구된다.

2. 비동의간음죄의 신설

14) 이런 경우 보호·감독 관계에 있는 사람들간의 '연애'와 '성폭력'을 어떻게 구분할 것인지도 모호하다.

성폭력을 피해자 의사를 기준으로 판단하게 되면 당연히 비동의간음죄가 가장 기본적인 구성요건이 될 수 있다. 이는 유엔 등 국제법과 미국, 영국, 스웨덴 등 서구 선진국 대부분의 나라에서 강간을 규정하는 기본 개념이다.

이에 대하여 비판적인 견해는 형사상 수사와 재판에서 '피해자 동의'의 입증 이 곤란하다는 이유로 우려를 표한다. 그러나 형사재판에서 '고의'의 입증은 모든 범죄에서 똑같이 문제가 된다. 성폭력 범죄가 피해자의 진술만으로 증거판단을 하기 때문에 비동의간음죄의 신설로 무고한 피의자를 기소할 수 있다 비판도 있다. 이러한 비판은 성폭력범죄의 수사과 재판을 깊이 들여다 보지 않은 단견이다.

성폭력 사건에서 피해자의 일방적인 진술만으로 기소되는 경우는 많지 않으며 수사과정에서 피해자 진술을 보강하는 수많은 증거들¹⁵⁾을 갖추고 있다.

피해자의 동의가 없었음을 입증하는 것과 폭행이 있었다고 입증하는 것은 차이가 없다.¹⁶⁾ 모두 피해자의 진술을 근거로 하는 것이다. 동의를 하지 않았다는 피해자의 진술에 신빙성이 있는지는 다른 보강증거들을 종합한 증거판단의 문제가 된다.

이는 가해자가 동의가 있었음을 입증하는 것이 아니라 검사가 동의가 없었음을 입증해야 하는 것이고 그 모든 책임은 검사에게 있다. 무고한 피의자의 기소를 걱정하기 보다 그동안 동의하지 않은, 원치 않은 성폭력이라고 주장하는 많은 피해자들의 피해를 기소하지 못했던 점을 반성할 필요가 있는 것이다.

IV. 결론

이상으로 강간죄 개정운동과 그에 따른 형법 개정안을 살펴보았다.

그동안 강간죄 개정을 위하여 많은 노력을 아끼지 않은 현장 실무자, 여성계, 시민단체, 국회 등의 노고에 경의를 표한다. 이제 그 성과로 성폭력범죄를 보다 정의롭게 규정하고 형법과 특별법 간의 통일된 법령체계 속에서 가해자를 제대로 처벌하고 피해자를 특별하게 보호하는 시스템을 하루빨리 갖추기를 기대해 본다.

15) 피해 직후 문자, 편지, 통화내역, CCTV 진단서, 사진, 진술분석, 심리평가, 거짓말탐지기 등

16) 피해 상처가 없는 경우

성폭력 형법 개정안의 평가와 과제¹⁾

장응혁(교수, 계명대 경찰행정학과)

1. 서론

1994년 특별법이 제정된 이후 과거 불가능하다고 생각했던 쟁점들이 하나둘씩 특별법의 제.개정 및 다른 특별법의 제.개정을 통해 해결되었다. 그리고 이렇게 축적된 발전은 결국 철옹성같이 보이던 형법까지도 2012년 전면(?)개정되는 결과를 낳았다.

이후 이러한 변화의 물결은 잠시 잠잠해졌으나 2018년 미투 운동이 우리 사회의 주요한 의제가 되면서 새로운 계기를 맞고 있다. 미투운동은 특히 권력형 성폭력범죄의 심각성과 대응에 우리사회의 관심을 집중시켰으며 형법 제303조가 개정되는 등 다양한 시도가 이루어지고 있지만 근본적인 해결책의 하나로 비동의간음죄 도입이 그 어느 때보다도 활발하게 논의되고 있다.

비동의간음죄 관련 약 10개의 법률안이 발의되었으며 학술적으로도 다양한 논의가 이루어지기 시작하였으나 문제의 중요성 및 도입의 어려움에 비하여 아직 그 논의 및 노력이 부족하다고 생각된다. 다만 “강간죄” 개정을 위한 연대회의¹⁾에서 새로 마련한 개정안(이하 ‘개정안’이라고 한다)은 기존의 논의들을 충실히 반영하여 다른 입법안들에 비하여 훨씬 구체적이면서도 실현가능한 내용을 담고 있어 이하에서는 개정안을 중심으로 그 의의와 문제점을 간단히 제기함으로써 토론에 참여하고자 한다.

2. 성폭력 형법 개정안의 평가와 의의

현재 제20대 국회에는 10개의 강간죄 구성요건 관련 법안(이하 ‘입법안’이라고 한

1) 본 토론회의 발제문들 모두 기존의 논의에 비해 훨씬 발전된 내용을 다루고 있다. 본고는 그러한 논의에 조금이라도 보탬이 되기를 희망하며 의견을 정리하였지만 여전히 해결해야 할 문제가 많고 그러한 문제가 충분히 논의되지 않는다면 향후 도입과정은 물론 시행과정에서도 많은 어려움을 낳을 수 있다는 점을 먼저 밝히고 싶다. 이는 비동의간음죄 도입이 성폭력범죄의 처벌체계를 근본적으로 바꾸는 문제가 될 뿐 아니라 본 개정안처럼 형법을 바꾸게 된다면 이는 우리나라 형법 체계를 근본적으로 바꾸는 계기가 될 수도 있기 때문이다.

다)이 발의되어 있다.

〈표 1〉 20대 국회 입법안별 비동의간음죄 규정

법안	비동의간음죄 관련 규정	평가
천정배의원안 (2012795)	제303조의2(비동의 간음추행) ① 동의없이 사람을 간음한 사람은 3년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.	비동의 간음죄 신설
이정미의원안 (2015062)	제299조(거부의사 표시에 반한 강간) ① 사람의 명백한 거부의사 표시에 반하여 강간한 사람은 1년 이상의 유기징역에 처한다.	
김철민의원안 (2020810)	제297조 ③ 상대방의 의사에 반하여 사람을 간음한 사람은 3년 이하의 징역에 처한다.	
김수민의원안 (2014981)	제297조(강간) 상대방의 부동의 의사에 반하여 사람을 간음한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.	폭행·협박요건을 비동의 요건으로 대체
강창일의원안 (2012564)	제297조(강간) 상대방의 명백한 동의가 없는 상태에서 사람을 간음한 사람은 5년 이상의 유기징역에 처한다.	
백혜련의원안 (2012601)	제297조(강간) 상대방의 의사에 반하여 사람을 간음한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.	
나경원의원안 (2015354)	제297조 상대방의 의사에 반하여 사람을 간음한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.	
박인숙의원안 (2019460)	제297조 동의 없이 사람을 간음한 사람은 3년 이상의 유기징역에 처한다.	
홍철호의원안 (2012532)	제297조(강간) 폭행이나 협박 또는 사람의 의사에 반하여 해당하는 사람을 간음한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.	
송희경의원안 (2014438)	제297조(강간) 폭행이나 협박 또는 상대방의 동의없이 사람을 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.	유형력 요건과 비동의 요건을 함께 규정

이들 법률안들을 크게 나누면 비동의간음죄의 신설, 폭행·협박요건을 비동의로 변경, 폭행·협박요건에 비동의를 추가하는 입법안으로 나눌 수 있는데 입법 가능성을 기준으로 검토하면 비동의를 추가하는 입법안들은 입법기술적으로 불가능해 보이고 폭행·협박요건을 비동의로 변경하는 입법안들은 법정형에 대한 고려가 전혀 없다는

점에서 비현실적인 입법안으로 평가할 수 있다.

우선 비동의를 추가하는 입법안 관련 한 조문에서 동일한 법정형 아래 다양한 실행행위를 규정할 수는 있지만 이러한 실행행위들은 서로간에 대등한 불법내용을 가져야 한다는 점을 고려해야 한다. 이러한 점은 과거 장애인에 대한 성폭력범죄를 처벌하는 조항인 성폭력처벌법 제6조의 항거불능 상태에 대하여 다수설 및 판례가 강간죄와 강제추행죄와의 균형상, 그리고 형법 제302조에서 심신미약자에 대하여 위계 또는 위력으로 간음 또는 추행하는 것을 처벌하는 규정을 두고 있다는 이유에서 항거불능상태를 엄격히 해석해 왔음을 고려할 때 명백하다.

그리고 폭행, 협박요건을 비동의요건으로 대체한 개정안들은 지나치게 무거운 법정형을 그대로 유지하고 있다는 점에서 비현실적이다. 개정안들은 폭행, 협박요건을 비동의요건으로 대체하면서 법정형을 3년 이상의 유기징역으로 유지하거나 5년 이상의 유기징역으로 상향하고 있는데 비동의간음죄 도입이 처벌의 공백을 메꾸고자 하는 것이라는 점을 고려하면 문제가 있다. 왜냐하면 이러한 법정형은 결국 비동의요건을 아주 엄격하게 해석하게 함으로써 처벌의 공백이 그대로 유지되게 할 가능성이 높기 때문이다.

따라서 비동의간음죄를 새로 신설하면서 비교적 낮은 법정형을 규정한 법안이 그나마 입법이 실현될 가능성이 있는데 새롭게 제시된 개정안은 기존의 강간죄를 유지하면서 비동의간음죄를 1년 이상 15년 이하의 유기징역에 처하는 죄로 신설하고 있다.

더구나 비동의간음죄를 신설할 뿐만 아니라 성폭력 법체계 전반을 새롭게 구성하고자 하고 있어 다른 입법안들이 대체로 단순하게 기존의 법체계를 그대로 유지하면서 비동의간음을 처벌하는 조문 하나만을 추가하는 개정안²⁾을 비교할 때 큰 차이를 보인다.

3. 성폭력 형법 개정안의 문제점

이처럼 본 개정안은 기존의 입법안들과는 비교의 대상이 되지 않을 정도로 고민과 노력이 들어간 입법안이라고 평가할 수 있지만 포함하는 내용이 방대한 만큼 미비점도 많다. 이하에서는 중대한 미비점에 대하여 간단히 살펴보기로 한다.

(1) 보호법익의 모호성

2) 이정미의원안이 그나마 다른 규정들도 체계적으로 정비하고자 노력하고 있다.

개정안은 형법 제32장의 장명을 강간과 추행의 죄에서 '성적 침해의 죄'로 바꾸면서 성적 자기결정권이 아닌 '성'을 보호법익으로 규정하고 있는데 자칫하면 이를 통해 처벌의 범위가 지나치게 확대될 우려가 있다. 더구나 인간의 '성' 그 자체를 보호법익으로 보아야 하는지는 물론 아직 성적 자기결정권에 대해서도 우리사회의 논의가 충분하지 않은 점을 고려해야 한다.

(2) 비동의의 기준

비동의간음죄를 도입한다고 하더라도 어떠한 형태의 비동의를 요건으로 할지는 또 다른 문제이다. 현재 개정안은 '동의없이'로 다른 입법안들은 '동의없이', '의사에 반하여', '부동의의사에 반하여', '명백한 거부 의사 표시에 반하여'로 규정하고 있는데, 크게 보아 상대방이 부동의 의사를 표명했는데 성관계로 나아간 경우에 처벌하는 방식(이른바 'No Means No' rule)과 상대방의 명시적이고 적극적인 성관계 동의 의사가 있어야 하고 그렇지 않은 경우 성관계로 나아가면 이를 처벌하는 방식(이른바 'Yes Means Yes' rule)으로 나눌 수 있고 세계적으로도 이와 같은 기준하에서 논의되고 있다.

둘 중에서 어떠한 형태의 비동의를 요건으로 채택할지는 정책적인 문제로도 볼 수 있으나 결국 범죄가 보호법익에 대한 침해라는 점을 고려하면 이러한 규정을 통해 보호하려는 법익 즉 성적 자기결정권의 내용을 검토해 볼 필요가 있다.

이와 관련 성적 자기결정권을 민주주의적 상호이해에 기초한 개인의 동의에 의하여 실천되는 것으로 동의와 상호이해에 기초하지 않는 성적 자기결정권 침해를 성폭력으로 보는 견해³⁾도 있으나 일반적으로 성적 자기결정권은 자신이 원하는 성생활을 스스로 결정하고 이에 동의하는 다른 사람과 함께 할 것을 결정할 권리인 적극적 자기결정권과 자신이 원하지 않는 사람과의 성관계를 거부할 자유에 관한 권리인 소극적 자기결정권으로 나뉘며 우리나라에서는 형법의 최후 수단성에 비추어 소극적 자기결정권을 형법이 보호하는 법익으로 보고 있다는 점⁴⁾을 고려할 필요가 있다.

따라서 원하지 않는 성관계를 거부하는 것이 기준이 되어야 하는데 이는 비동의 의사를 표명하는 것으로 볼 수 있고 따라서 우리나라에서의 비동의를 이른바 'No Means No' Rule을 기준으로 하는 것이 현재로서는 적합하다고 생각된다.⁵⁾ 즉 동의

3) 이호중, "성폭력 처벌규정에 대한 비판적 성찰 및 재구성", 형사정책 제17권 제2호, 2005, 86-87면.

4) 이영/김성돈, "성적 자기결정권의 형법적 의의와 기능", 법학논총 제34권 제2호, 2010, 405면.

5) Yes Means Yes' rule에 대하여 항상 상대방의 반응을 관찰해야 하므로 사회구성원들에게 과도한 부담을 주게 된다는 지적도 있다. 嘉門優, "ドイツ性刑法における「被害者の意思に反する」要件の展開

의사의 표현보다는 거부 의사의 표현을 기본으로 하자는 것인데 개정안 관련해서 '동의 없이'보다는 '의사에 반하여', '부동의 의사에 반하여', '명백한 거부 의사 표시에 반하여' 로 규정하여 신설하는 것이 좋을 것이다.

(3) 구성요건의 중복

개정안은 형법과 특별법을 통합하면서 형법에 다양한 규정을 두고 있는데 각 조항 별로 지나치게 중복되는 결과를 초래하였다. 예를 들어 제299조의2(친족관계, 보호.감독관계에 따른 가중) 제1항 제2호는 친족관계인 사람 또는 교육, 업무, 고용, 종교, 의료 또는 그 밖의 관계로 타인을 보호.감독하는 지위에 있는 사람이 제297조 제2항의 죄를 범한 경우에는 5년 이상의 유기징역에 처한다고 규정하고 있는데 이는 개정안의 제303조 제1항⁶⁾과 큰 차이가 없어 보인다.

물론 발표문 6쪽 표의 비고란을 보면 ""위력"에 의한 경우는 기본구성요건인 제297조와 제298조가 적용되므로 제303조는 이에 해당하지 않는 경우에 "보호.감독관계의 남용"이라는 구성요건표지를 도입하여 그러한 지위에 있는 자의 '동의없는 성교나 동의없는 성적 행동'의 경우를 처벌하자는 취지임을 밝히고 있는데 그 취지에는 동감하지만 동의 없음과 보호.감독관계의 남용을 동일하게 보아야하는지는 의문이다.

오히려 판례는 최근 위력의 존재만으로도 범죄의 성립을 인정하고 있으며 우리 사회구조가 원래부터 아주 권위적이었음을 고려하면 보호.감독관계의 남용은 위력으로 도 충분히 처벌할 수 있을 것으로 생각된다.⁷⁾

4. 해외 입법례 관련 시사점

발표자는 국제법뿐만 아니라 독일, 스웨덴, 오스트리아 등의 최근 동향을 소개하고 있다. 이는 강간을 동의 없이 이루어지는 성적 침해로 규정하고 있는 영미법체계뿐만

—ドイツ刑法177条の改正の動きを中心に—, 理論刑法学の探求 9巻, 成文堂, 2016, 285-287면. 동일한 취지로 김한균, “비동의 간음죄 입법론의 비판적 검토”, 형사법의 신동향 통권 제59호, 2018, 431면은 간음을 전후한 다양한 성적 행동의 각 단계, 각 형식마다 각 상대방이 상호 자기결정 의사를 확인하고 합의의무를 지속적으로 준수하기를 요구하는 것은 무리한 기대라고 지적하고 있다.

6) 친족관계에 있거나 교육, 업무, 고용, 종교, 의료 또는 그 밖의 관계로 인하여 자기의 보호.감독을 받는 사람에 대하여 그 보호.감독의 관계를 남용하여 성적 행동을 하거나 그에게 제3자의 성적 행동을 수인하게 하거나 그로 하여금 자기 또는 제3자에게 성적 행동을 하도록 한 사람은 1년 이상의 유기징역에 처한다. 성교의 경우에는 3년 이상의 유기징역에 처한다

7) 다만 개정안의 경우 위력을 폭행 및 협박과 같이 규정함으로써 향후 위력의 인정범위가 달라질 수는 있다.

아니라 폭행 또는 협박과 같이 유형력을 중심으로 한 구성요건을 채택하고 있는 대륙법체계 국가들도 서서히 비동의요건을 도입하고 있음을 소개하고 있다는 점에서 큰 의미가 있다고 할 수 있다.

다만 비동의간음죄만을 기준으로 한다면 위와 같은 입법례의 소개가 타당하지만 본 개정안이 비동의간음죄는 물론 보호·감독관계의 남용죄를 신설할 뿐만 아니라 위력간음죄를 전면적으로 도입하고 유사강간죄를 강간죄에 포함시키고 있는 점을 고려하면 과연 위 국가들이 비교를 위한 적절한 입법례가 될 지는 의문이다.

토론자의 개인적 견해이지만 보호·감독관계의 남용죄 및 강간죄의 범위 확장만을 기준으로 한다면 오히려 일본의 2016년 개정형법과 유사하다고 보이며 강간과 가중강간을 별도로 규정하고 있다는 점에서는 프랑스 형법과도 유사하다. 따라서 향후 다른 나라의 입법례들도 포괄적으로 검토해야 할 것으로 보인다.

[별첨] 국회 법제사법위원회에 제출한 위헌 연대회의 의견서(1~5차)

■ 제1차 의견서(2019. 3. 30)

형법 제297조 강간죄의 구성요건을 '동의' 여부로 개정하라

2018년 #미투 운동은 한국 사회에서 오랫동안 해결하지 못한 숙제로 남아 있던 성폭력 문제를 공론장으로 끌어올렸다. 수많은 피해자가 피해 경험을 세상에 말하였고, 성폭력이 일상에서 만연하게 발생하는 사회구조적 문제임을 밝혔다. 현행법과 판례가 피해자 인권보장, 가해자 처벌, 재발 방지의 역할을 하기보다 오히려 피해자에게 저항 유무, 과거 성이력을 묻는 등 2차 피해를 일으키고 보복성 역고소의 도구로 악용되는 현실도 명백하게 드러났다. 이에 강간죄의 구성요건을 변경하거나 비동의간음죄를 별도로 신설하는 내용을 주요 골자로 하는 8개의 형법 개정안이 국회에 상정되었다. '강간죄' 개정을 위한 연대회의는 해당 형법 개정안들에 대한 국회 법제사법위원회의 일괄 심사를 앞두고 다음과 같은 의견으로 형법 개정을 촉구한다.

1. 형법 제297조 강간죄를 개정하라

형법 제297조 강간죄의 구성요건은 '폭행 또는 협박' 여부가 아닌 '동의' 여부로 개정되어야 한다. 현행 강간죄 규정과 '최협의설'은 다양한 유형의 성폭력을 성범죄로 포괄하지 못하고 성폭력의 법적 처벌 공백을 만들고 있기 때문이다.

현행 형법 제297조 강간죄는 '폭행 또는 협박'을 구성요건으로 규정하고 있다. 그동안 판례는 강간죄가 성립하기 위한 '폭행 또는 협박'의 정도를 '상대방의 반항을 불가능하게 하거나 현저하게 곤란'하게 하는 경우로 한정하는 '최협의설'에 근거하여 성폭력을 매우 엄격하게 판단해왔다. 과거 성폭력의 보호법익을 여성의 '정조'로 규정하고 피해자를 '보호할만한 여성'과 '보호할 가치가 없는 여성'으로 구분했던 시절부터 이어져 온 구시대적 관행의 잔재이다. 오늘날 형법 제25장의 제목은 '정조에 관한 죄(1953)'에서 '강간과 추행의 죄(1995)'로 개정되었고, 대법원 판례는 성폭력의 보호법익을 '성적자기결정권'이라 판시하고 있다. 그러나 여전히 실제 수사·재판 과정에서는 얼마나 심한 폭행 또는 협박이 있었는지에 초점을 둔 '최협의설'의 영향을 벗어나지 못하고 있다.

#미투 운동은 성폭력을 '폭행 또는 협박' 여부로 협소하게 규정하는 것이 얼마나 현실과 괴리되는지 세상에 알려졌다. 이는 그동안 여성계가 꾸준히 '최협의설'을 비판하고 형법 개정을 요구하면서 주장해온 바이기도 하다. 여성가족부의 「성폭력피해상담 분석 및 피해자 지원방안 연구(2018)」 보고서에 따르면, 전국 4개의 성폭력상담소의 1년간 상담일지 중 '폭행.협박 없는 성폭력'에 대한 상담 516건을 분석하여 보니 "폭행.협박 없는 성폭력은 폭행과 협박을 필요로 하지 않는 권력관계나 속임수, 가해자에 대한 신뢰를 이용하여 항거불능의 상태로 만드는 등의 다양한 가해자의 전략.전술에 의해 전개되고 있었다."라고 한다. 이어서 보고서는 "저항하거나 저항의사를 표시할 수 없는 피해자의 취약성을 교묘히 이용하거나, 저항과 반항이 불가능한 상태에서 범죄를 저지르지만 기존의 성폭력 신화 및 피해자 비난 문화에 기대어 면책받고 피해자에게 모든 책임을 떠넘기려 한다는 점에도 폭행.협박 없는 성폭력은 악랄하고도 비열한 범죄"이지만, 여전히 한국에서는 "범죄의 피해자로 인정받기도 어렵고 더 나쁜 경우 무고의 피의자로 의심되거나 처벌받은 우려도 배제하기 어렵다"라고 비판한다. 실제로 대검찰청(2017:226-7)의 『범죄분석』을 보면, 2016년 한 해 동안 성폭력 사건은 총 27,248건이 고소되었고 이 중 11,401건이 기소되어, 성폭력의 기소율은 41.8%에 불과하다. 성폭력은 신고율이 1.9%(여성가족부 「2016년 전국 성폭력 실태조사」)에 불과하여 암수율이 매우 높은 범죄라는 사실까지 고려한다면 현행법 규정과 '최협의설'에 따른 수사.재판 관행이 만들어낸 성폭력의 법적 처벌 공백은 그 규모를 가늠하기 어려울 만큼 크다.

따라서 강간죄를 개정하여 성폭력의 법적 처벌 공백을 없애고, 피해자의 관점을 반영한 제대로 된 수사와 처벌이 이루어질 수 있도록 할 필요가 있다.

2. 강간죄의 구성요건을 '동의' 여부를 중심으로 규정하라

강간죄의 구성요건은 반드시 '동의' 여부를 중심으로 규정되어야 한다. '부동의 의사에 반하여/명백한 거부 의사 표시에 반하여' 등과 같이 구성요건을 규정할 경우 다시금 성폭력 피해자에게 '얼마나 저항했는가', '왜 거부 의사를 표시하지 않았는가'라고 질문하는 화살이 돌아와 사실상 '최협의설'을 유지하는 것과 똑같은 결과를 낳을 수 있다. '의사에 반하여'로 구성요건을 규정할 경우 현행법보다 해석을 넓게 할 여지는 있으나 '상대의 의사에 반하였는지 여부를 어떻게 알 수 있는가' 하는 쟁점이 생긴다. 따라서 '내심의 의사'에 반하는 경우로 폭넓게 해석하지 않고 '명시적인 거부 의사'를 밝힌 경우에만 한정하여 적용할 가능성이 크고, 그렇게 된다면 결국 위와 마찬가지로 성폭력 피해자에게 저항/거부 여부를 묻는 화살이 돌아가게 될 것이다. '동의 없이' 또는 '명백한 동의 없이' 등으로 '동의' 여부에 초점을 둔 구성요건을 두어 피의자/피고인에게 '어떻게 동의를 구하였는가', '무엇을 근거로 동의 여부를 판단하였는가' 질문하도록 형법 개정이 이루어져야 한다.

국제적으로는 이미 성폭력의 주요한 판단기준을 '동의' 여부로 보고 있다. UN 여성차별철폐위원회에서는 2017년에 일반권고 제19호를 업데이트하여 일반권고 제35호(e)에 "강간을 포함하여 성폭력을 신변 안전 및 육체적, 성적, 정신적 온전성(integrity)에의 권리에 반하는 범죄로 특정짓고, 부부강간, 지인강간, 데이트 강간을 포함하여, 성범죄의 정의가 자유로운 동의의 부재에 기반을 둔 강압적인 상황을 고려한 것으로 보장하라"고 명시하고 있다. 더욱이 UN 여성차별철폐위원회에서는 2018년 제8차 한국정부의 성평등 정책 전반에 대한 심의 후, '젠더에 기반한 여성에 대한 폭력(Gender Based Violence)' 분야 7가지 권고 내용 중 첫 번째로 "「형법」 제297조를 개정하여, 피해자의 자유로운 동의 부족을 중심으로 강간을 정의하고, 특히 배우자 강간을 범죄화할 것"이라고 권고하기도 하였다.

해외 입법례를 보더라도 독일, 캐나다, 영국, 스웨덴 등에서는 이미 '동의' 여부를 중심으로 성폭력의 구성요건을 규정하고 있으며, 형식적으로는 동의가 있었으나 폭행·협박, 위계·위력, 피해자의 취약한 상태(연령, 장애, 음주, 약물복용 등)를 이용한 경우로서 실질적으로 동의가 있었다고 보기 어려운 경우에도 성폭력으로 처벌할 수 있도록 법체계를 마련해두고 있다. 특히 캐나다와 스웨덴에서는 동의 여부를 확인해야 할 책임을 강조하며, 가해자가 동의 여부를 부주의하게 판단하거나 과실로 잘못 판단한 경우에도 성폭력으로 처벌하는 규정을 두고 있다.

국회는 국제적 기준 및 권고에 맞게 형법 제297조 강간죄의 구성요건을 '동의' 여부로 개정하여야 하며, 이를 구체적인 법 조항으로 규정함에 있어서 더는 성폭력 피해자가 법적 처벌 공백 때문에 피해를 구제받지 못하거나 수사·재판 과정에서 2차 피해를 겪지 않도록 면밀하게 논의하고 검토하여야 한다. '강간죄' 개정을 위한 연대회의는 앞으로도 국회의 행보를 주시하며 성폭력에 대한 패러다임을 '폭행 또는 협박'에서 '동의' 여부로 전환하기 위한 법 개정 및 성문화 바꾸기 운동을 적극적으로 이어나갈 것이다.

2019. 3. 30.

'강간죄' 개정을 위한 연대회의

(총 208개 단체/중복기관수 제외)

■ 제2차 의견서(2019. 7. 9)

직접적인 '폭행·협박' 없이 발생하는 강간 전체 71.4%
: 전국 66개 성폭력상담소 2019.1-3. 상담사례 분석

1. 2018년 #미투 운동은 성폭력이 직접적인 폭행·협박이 아닌 지위와 권세, 영향력 등을 이용하여 발생하고 있는 현실을 보여주었다. 형법상 강간죄나 강제추행죄와 같은 성폭력 관련 법률은 성적 침해의 수단을 "폭행 또는 협박"으로 규정하고 있으나, 현실에서 성적 침해는 가해자의 물리적인 폭행이나 명시적인 협박을 수반하지 않는 다양한 상황에서 발생하고 있다.
2. 2019년 1월부터 3월까지 전국성폭력상담소협의회를 통해 전체 66개 성폭력상담소에 접수된 강간(유사강간포함) 상담사례들을 살펴본 결과, 성폭력 피해사례 총 1,030명 중 직접적인 폭행·협박 없이 발생한 성폭력 피해사례는 71.4%(735명)에 달하고, 직접적인 폭행·협박이 행사된 성폭력 피해사례는 28.6%(295명)에 불과한 것으로 나타났다. 성폭력 신고율이 10% 미만으로 매우 낮고, 현행 수사·재판기관에서 강간죄의 구성요건을 "상대방의 저항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도로 최협의의 폭행·협박"으로 해석하고 있는 현실에서 실제로 처벌 가능한 성폭력 피해사례는 28.6%보다 훨씬 낮을 수밖에 없다.
3. 현재 국회에는 강간죄의 구성요건을 "의사에 반하여" 또는 "동의 없이"로 변경하거나 비동의간음죄를 별도로 신설하는 내용을 주요 골자로 하는 9개의 형법 개정안이 발의된 상황이다. 국회 법제사법위원회 제1소위에서 개정안들에 대한 본격적인 논의를 기다리고 있다. 이에 208개의 여성인권운동단체와 전문가들로 구성된 <'강간죄' 개정을 위한 연대회의>는 형법 제297조 강간죄를 개정하여 성폭력 구성요건을 '동의' 여부를 중심으로 규정할 것을 강력하게 촉구한다.
4. 현행 형법상 강간죄를 구성하는 "폭행 또는 협박"은 성폭력 행위 당시에 가해자가 직접적인 폭행·협박을 하는 경우를 의미한다. 그러나 강간(유사강간포함) 상담사례 분석에 따르면, 성폭력 행위 당시에 가해자가 물리적인 폭행이나 명시적인 협박으로 피해자의 저항을 억압한 사례는 전체 사례 중 28.6%에 지나지 않았다. 20세에서 64세인 성인이나 65세 이상 고령자의 경우 각각 31.6%, 37.5%였으나, 19세 미

만 미성년자나 장애인인 경우 각각 23.7%, 26.0%로, 직접적인 폭행·협박을 한 성폭력 사례의 비율은 미성년자나 장애인의 경우에 상대적으로 더 낮게 나타난다.

행위수단별 강간(유사강간 포함) 상담통계 (단위: 명(%))

행위수단	장애인	비장애인			미상	합계
		성인 (19-64세)	미성년자 (19세미만)	고령자 (65세이상)		
직접적 폭행·협박 있음	82 (26.0)	165 (31.6)	40 (23.7)	3 (37.5)	5 (31.2)	295 (28.6)
직접적 폭행·협박 없음	233 (73.9)	357 (68.4)	129 (76.4)	5 (62.5)	11 (68.7)	735 (71.4)
합계	315 (100.0)	522 (100.0)	169 (100.0)	8 (100.0)	16 (100.0)	1,030 (100.0)

5. 성폭력 행위 당시에 직접적인 폭행·협박이 없었던 강간(유사강간포함) 상담사례는 전체 사례 중 무려 71.4%를 차지한다. 이러한 상담사례는 크게 두 가지 유형으로 나뉜다.

첫째로, 가해자가 성폭력 행위 당시에 직접적인 폭행·협박을 하지 않더라도 피해자가 벗어나기 어렵고 도움받을 수 없는 상황으로 인해 저항을 포기하는 사례들이 있다. 상습적으로 신체적인 위협을 가해온 남자친구에 대한 두려움 때문에 저항하지 못하는 상황에서 발생한 성폭력, 입원 중에 의료인에 의해 발생한 성폭력, 여행지에서 가이드에게 의존할 수밖에 없는 고립된 상황에서 발생한 성폭력 등이 이에 해당한다. 상담사례에 의하면, 많은 성폭력 피해자가 가해자와의 관계, 힘 또는 권력의 차이, 피해자의 취약한 상황, 상습적인 학대에 노출된 경험 등에 따라 직접적인 폭행·협박이 없더라도 저항하기 어려운 상황에 놓인다.

둘째로, 가해자가 성폭력 행위 당시에 직접적인 폭행·협박을 하지 않더라도 피해자를 속이거나 피해자가 신체적·정신적으로 무력한 상태를 이용하는 사례들이 있다. 피해자가 잠이 든 상황에서 발생한 성폭력, 피해자가 술 또는 약물에 취한 상태일 때 발생한 성폭력, 피해자가 거부 의사를 밝혔음에도 기습적으로 발생한 성폭력 등이 이에 해당한다. 비록 준강간죄 등에서 “심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여” 성폭력을 하는 경우 처벌하도록 규정하고 있으나, “심신상실 또는 항거불능”이라는 구성요건은 “최협의의 폭행·협박”에 준하는 매우 협소한 경우에만 성립이 인정되고 있어, 두 번째 유형에 해당하는 성폭력 상담사례 중 대부분은 준강간죄 등으로 포섭될 수 없다.

6. 가장 최근의 강간(유사강간포함) 상담사례들을 분석한 결과에서 나타나듯이, 직접

적인 폭행·협박이 없는 성폭력 상담사례가 전체 사례 중 71.4%를 차지하고 있지만, 현행 형법상 강간죄 등 성폭력 법률로는 이러한 성폭력 사례들을 처벌할 수 없다. 이는 성폭력 피해를 호소하는 사례 중 대부분이 한국의 현재 법률에서는 처벌의 사각지대에 놓여있음을 의미한다. 국회는 하루빨리 강간죄의 구성요건을 “폭행 또는 협박” 여부가 아니라 “동의 없이” 또는 “명백한 동의 없이” 등으로 “동의” 여부를 중심으로 규정하도록 형법 및 성폭력 관련 법률 전반을 개정하여야 한다. 이는 UN 여성차별철폐위원회(2018.3.9.)에서 한국 정부에 권고한 사항이며 세계적인 흐름이다.

7. 독일이나 영국, 스웨덴 등 선진국들은 이미 피해자의 의사에 반하는 또는 동의 없는 성적 침해를 강간죄 등으로 규정함으로써 폭행·협박 없는 성폭력 사례들을 처벌하고 있다. 독일의 경우에는 “인식 가능한 의사에 반하는” 성적 침해를 기본적인 성폭력 범죄 개념으로 변경하였고, 스웨덴의 경우에는 피해자의 “동의 없이” 성적 행위를 하는 것을 강간죄로 규정하면서 “피해자가 가해자에게 의존하는 상황을 이용”하는 것을 피해자의 동의 없는 행위로 명시하고 있다. 한국도 이러한 입법 변화를 고려하여 형법상 강간죄 등의 법 개정을 추진하고, 성폭력 피해를 방지하는 한국의 법 현실을 개선하여야 할 것이다.
8. 여성인권운동단체들은 1991년 성폭력특별법 제정 운동 당시부터 최협의설을 폐기하고 “폭행·협박”이라는 구성요건을 개정하도록 촉구해왔다. 2005년에 결성된 <여성인권법연대>는 형법 제297조 강간죄를 “동의 없는 성적 행동 등” 죄로 규정하고 성폭력 관련 법률의 패러다임 자체를 바꾸는 「2007년 형법 개정안」을 제안해 임종인 의원이 발의, 공청회를 개최하기도 하였다. 208개의 여성인권운동단체와 전문가들로 구성된 <‘강간죄’ 개정을 위한 연대회의>는 앞으로도 국회의 행보를 주시하며 성폭력에 대한 패러다임을 “폭행 또는 협박”에서 “동의” 여부로 전환하기 위한 법 개정 및 성문화 바꾸기 운동을 적극적으로 이어나갈 것이다.

2019. 07. 09.

‘강간죄’ 개정을 위한 연대회의

(총 208개 단체/중복기관수 제외)

■ 제3차 의견서 (2019. 8. 13)

**“형법 제297조 강간죄의 구성요건을
‘동의’ 여부로 개정할 것을 촉구합니다”
국제법 및 해외입법례, 강간죄를 ‘동의’ 여부로 판단**

1. 2018년 #미투 운동은 한국 사회에서 오랫동안 해결하지 못한 숙제로 남아 있던 성폭력 문제를 공론장으로 끌어올렸습니다. 그러나 현행 형법 제297조가 강간죄의 구성요건을 ‘폭행 또는 협박’으로 규정하고 있는 데에 비해, 현실의 성폭력은 지위나 권세, 영향력 등을 이용해 가해자의 물리적인 폭행이나 명시적인 협박이 수반되지 않는 다양한 유형으로서 발생하고 있어, 현재 성폭력 피해를 호소한 모든 피해자가 법적으로 적절한 구제를 받지는 못하고 있는 상황입니다. 이러한 법제와 현실 간의 괴리로 인해 성폭력을 처벌하는 데 있어서의 법적 공백이 생겨나게 되었을 뿐 아니라, 강간에 있어서의 폭행 또는 협박을 입증하기 위해 피해자에게 저항 유무, 과거 성이력 등이 질문되는 등의 2차 피해가 일어나거나, 가해자들의 피해자에 대한 보복성 역고소가 비일비재해지는 등 많은 부작용이 발생하고 있습니다.
2. 이에 208개의 여성인권단체와 전문가들로 구성된 <‘강간죄’ 개정을 위한 연대회의>에서는 형법 제297조를 개정하여 강간죄의 구성요건을 ‘폭행 또는 협박’이 아닌 ‘동의’여부로 규정할 것을 촉구하고 있는 바, 본 의견서에서는 국제법 및 해외 입법례와 같은 국제적 기준이 강간을 판단함에 있어 ‘동의’여부를 그 기준으로 하는 방향으로 수렴되고 있음을 강조하고, 우리 형법 역시 국제적 기준에 부합할 수 있도록 개정되는 것이 바람직함을 제시하려 합니다.
3. 우선 국제법상의 기준을 살펴보자면, 국제형사재판소와 유럽인권재판소와 같은 국제재판소들은 모두 ‘동의’여부에 따라 강간을 판단하고 있습니다. 국제형사재판소는 ‘동의를 부재’를 강간 성립 여부 판단의 주안점으로 둡니다. 유럽인권재판소는 ‘폭행 및 협박’이 아닌 ‘동의’여부를 기준으로 강간을 판단하는 것이 국제적인 추세임을 확인하면서, 유럽인권협약에 의하여 국가는 피해자의 동의 없이 이루어진 모든 성적 행위를 기소하고 처벌해야 할 의무가 있다고 판시하였습니다.
4. 유엔 역시 각국이 동의 여부를 기준으로 강간을 정의할 것을 여러 차례 권고한 바 있습니다. 2010년 유엔 여성지위향상국은 여성 대상 폭력에 대한 입법권고안을 담

은 핸드북을 발행하여, 각국 형법이 유형력 또는 폭행의 행사를 강간의 구성요건으로서 요구하고 있는 경우 그러한 조건을 삭제할 것을 요청하였습니다. 아울러 '명백하고 자발적인 동의'를 강간 판단의 기준으로 삼거나, '강압적인 상황'이 존재하는 경우 강간이라고 보되 '강압적인 상황'의 해석을 넓게 하는 방식의 입법이 이루어져야 한다고 권고하였습니다. 유엔 여성차별철폐위원회 역시 여러 결정을 통해 동의 여부를 기준으로 강간이 정의되어야 한다는 의견을 개진한 바 있고, 2017년에는 일반권고 제35호 제29조 (e)에서 성범죄는 '자유로운 동의의 부재'를 기준으로 정의되어야 하며, 강압적인 상황 하였던 경우 이를 고려해야 한다고 명시하였습니다. 특히 유엔 여성차별철폐위원회는 2018년 제8차 한국정부의 성평등 정책 전반에 대해 심의한 후, 형법 제297조를 개정하여 피해자의 자유로운 동의의 부재를 중심으로 강간을 정의하여야 한다고 권고하기도 했습니다.

5. 이외에도 여성에 대한 폭력과 가정폭력 방지 및 근절을 위한 유럽 평의회 협약(이스탄불 협약, 2011년)은 동의 없는 모든 성적 행위는 범죄화되어야 한다고 규정하였고, 이 협약은 유럽의 34개국에 비준, 46개국에 서명하였습니다.
6. 해외 각국의 구체적인 입법례를 보더라도 영국, 스웨덴, 독일, 아일랜드, 캐나다, 호주, 미국(11개 주) 등의 여러 선진국들은 이미 이러한 국제적 기준에 따라, 피해자의 의사에 반한 또는 동의 없는 성적 침해를 강간죄 등으로 규정하여 폭행 및 협박 없는 성폭력 사례들을 처벌하고 있습니다. 또한 형식적으로는 동의가 있다고 보이나 폭행·협박, 위계·위력, 피해자의 취약성(연령, 신체적·정신적 장애, 음주, 약물 복용, 무의식, 수면, 공포 등)을 이용한 경우 등으로서 실질적으로 자유롭고 자발적인 동의가 이루어지기 어렵다고 판단되는 경우에도 동의의 부재를 간주하여 처벌하는 입법을 채택하였습니다. 특히 이중 스웨덴은 가해자가 심각한 부주의로 피해자의 동의를 확인하지 못한 경우까지 처벌하도록 규정하여, 국제 기준보다도 좀더 진일보한 입장을 보여주고 있습니다.
7. 각국의 입법례를 국가별로 더 자세히 살펴보자면, 우선 영국은 잉글랜드, 스코틀랜드, 웨일즈, 북아일랜드의 모든 구성국들이 각각 개별적으로 동의 여부를 판단기준으로 본 강간죄 조항을 2000년대 들어 개정하면서 동의를 판단하는 기준을 합리성을 중심으로 변경하였습니다. 그중 대표적으로 잉글랜드는 동의 없는 성행위가 있었고, 피해자가 동의하였는지 여부를 가해자가 합리적으로 믿지 않았을 경우 강간이 성립한다고 규정하고 있습니다. 이때 동의는 부당한 압력이 없는 상태에서 자유롭게 이루어져야 하며, 성행위에 동의할 수 있을 정도의 이해와 지식을 갖추어 동의능력이 인정되는 자의 동의만이 유효합니다. 또한 미성년자, 정신질환자 등의 경우 동의의 부재가 간주됩니다.

8. 스웨덴은 2018년 형법을 개정하여 자발적 참여 없는 성관계 또는 그에 준하는 성관계를 강간으로 규정하였고, 폭행 및 협박의 존재를 자발적 참여가 없는 상태로 간주하는 여러 기준 중 하나로 제시하였습니다. 또한 자발성을 판단할 때 상대방의 언동 및 행위는 특히 고려되어야 하며, 가해자의 폭행 및 협박에 의한 경우, 피해자가 무의식, 수면, 공포, 음주, 약물, 질병, 상해, 심신미약 등으로 특별히 취약한 상황에 있고 가해자가 그를 이용하였을 경우, 가해자가 자신의 우월한 지위를 이용하였을 경우는 자발적이라고 볼 수 없다고 규정합니다. 더하여 스웨덴은 앞서 언급하였듯이, 가해자가 피해자가 자발적으로 참여하는 것이 아니라는 것을 합리적으로 인식할 수 있는 상황에 있었음에도 불구하고 성행위를 한 경우를 '과실에 의한 강간'으로 처벌합니다.
9. 독일은 2016년부터 성적 침해 규정을 신설하여 '타인의 인식가능한 의사(묵시적 의사표시 포함)에 반하는 성적 행동'을 범죄화하였습니다. 또한 가해자의 협박이 있거나, 피해자가 반대의사를 형성하거나 표현할 수 있지 않는 상황, 신체적 또는 심리적으로 의사의 형성과 표현이 중대하게 제한된 상황, 놀란 상황, 저항할 경우 중대한 해악의 협박이 이루어질 상황을 가해자가 이용한 경우에도 피해자가 성행위를 거부한 경우와 동일하게 처벌하도록 하였습니다.
10. 아일랜드는 1981년부터 강간을 피해자의 동의가 없는 성관계로서, 가해자가 피해자 동意的 부재에 대하여 악의이거나 미필적 고의(reckless)를 가지고 있던 경우로 규정하였으며, 2017년 동의에 대한 정의조항을 추가하였습니다. 정의조항에 따르면 자유롭게 자발적으로 성관계에 참여하는 경우에만 동의가 인정됩니다.
11. 캐나다는 1992년부터 피해자의 자발적 동의 여부에 따라 강간을 규정하기 시작했으며, 가해자가 피해자의 동의가 있었다고 생각한 것에 대해 미필적 고의를 가졌거나 혹은 고의적으로 무시한 경우(recklessness or willful blindness), 그리고 가해자가 피해자의 동의를 확인하기 위해 합리적인 절차를 거치지 않은 경우는 승낙의 항변을 할 수 없다고 규율합니다. 또한 피해자가 명시적으로 언동 또는 행위를 통해 비동의 의사를 표시한 경우, 도중에 동의를 철회하는 경우, 피해자 아닌 제3자가 동意的 의사표시를 한 경우, 피해자에게 동의능력이 없는 경우, 가해자가 신뢰관계·권력·권위를 남용한 경우는 비동의가 간주됩니다. 캐나다 법원은 더 나아가 피해자가 수동적이고 저항하지 않았다고 해서 동의가 있었다고 간주할 수 없고, 문제되는 성행위에 대한 계속적, 의식적, 현재적인 동의가 있어야 하며, 이후에 일어난 성행위에 대해 사전적으로 동의할 수는 없다고 판시하고 있습니다.
12. 호주의 모든 구성 주들은 자유롭게 자발적인 동의 여부를 기준으로 강간을 판단하며, 이중 특히 태즈메이니아 주는 가장 엄격하게 '피해자의 적극적 동의'를 강간

의 구성요건으로서 규정하고 있습니다.

13. 미국은 주마다 입법례가 다르나, 미국 연방수사국(FBI)은 2012년부터 범죄 통계에서 강간을 '동의 없이 신체 또는 물건을 질, 항문, 또는 구강에 삽입하는 행위'로 정의하고 있습니다. 또한 현재 11개 주(캘리포니아, 하와이, 워싱턴 D.C., 플로리다, 일리노이, 미네소타, 몬타나, 뉴햄프셔, 뉴저지, 워싱턴, 위스콘신)에서 법문 또는 판례상으로 피해자의 적극적 동의 또는 자유로운 동의가 없는 경우를 강간으로 파악하고 있습니다. 대표적으로 캘리포니아 형법은 동의를 "자유의지의 행사에 따른, 행위 또는 태도에 대한 긍정적인 협력"이라고 규정하며, 동의는 행위의 성질에 대한 지식을 가지고 있는 자에 의해 자유롭고 자발적으로 이루어져야 하고, 현재 또는 과거에 상대방과 혼인관계 혹은 연인관계였다는 사실은 동의를 구성하기에 충분하지 않다고 명시하고 있습니다. 또한 피해자가 만 18세 이하인 경우, 피해자가 무의식 또는 수면상태인 경우, 가해자의 기망으로 인해 피해자가 행위의 주요부분을 인식하지 못한 경우, 피해자가 음주·약물 복용으로 인해 성행위를 거부할 수 없음을 가해자가 알거나 합리적으로 알 수 있었을 경우에는 피해자의 동의능력이 인정되지 않습니다.
14. 이상에서 살펴본 바와 같이, 국제법과 선진적인 해외 입법례는 모두 강간을 '동의'여부를 중심으로 판단하고 있습니다(<표1> 국제법과 해외 입법례를 통해 본 강간죄 구성요건 참조). 이에 <'강간죄'개정을 위한 연대회의>는, 국회가 형법 제297조 강간죄의 구성요건을 '동의'여부로 개정하여, 국제적 기준 및 권고에 우리 형법이 부합하도록 할 뿐 아니라, 성폭력 피해자가 법적 처벌의 공백으로 인해 피해를 구제받지 못하거나 수사·재판 과정에서 2차 피해를 입는 일이 더는 발생하지 않게 할 것을 촉구합니다.

< 표 1 > 국제법과 해외 입법례를 통해 본 강간죄 구성요건

분류	주요 내용
국제형사재판소	'동의를 부재'를 강간 성립 여부 판단의 주안점
유럽인권재판소	'폭행 및 협박'이 아닌 '동의'여부를 기준으로 강간을 판단하는 것이 국제적인 추세임을 확인하면서, 유럽인권협약에 의하여 국가는 피해자의 동의 없이 이루어진 모든 성적 행위를 기소하고 처벌해야 할 의무가 있다고 판시
UN 여성지위향상국 (2010)	여성 대상 폭력에 대한 입법권고안을 담은 핸드북을 발행하여, 각국 형법이 유형력 또는 폭행의 행사를 강간의 구성요건으로서 요구하고 있는 경우 그러한 조건을 삭제할 것을 요청. 아울러 '명백하고 자발적인 동의'를 강간 판단의 기준으로 삼거나, '강압적인 상황'이 존재하는 경우 강간이라고 보되 '강압적인 상황'의 해석을 넓게 하는 방식의 입법이 이루어져야 한다고 권고

<p>UN 여성차별철폐위원회 (2017. 2018)</p>	<p>제35호 제29조(e)에서 성범죄는 ‘자유로운 동의의 부재’를 기준으로 정의되어야 하며, 강압적인 상황 하였던 경우 이를 고려해야 한다고 명시(2017년)</p> <p>제8차 한국정부의 성평등 정책 전반에 대해 심의한 후, 형법 제297조를 개정하여 피해자의 자유로운 동의의 부재를 중심으로 강간을 정의하여야 한다고 권고(2018년)</p>
<p>여성에 대한 폭력과 가정폭력 방지 및 근절을 위한 유럽 평의회 협약 (이stanbul 협약, 2011)</p>	<p>동의 없는 모든 성적 행위는 범죄화되어야 한다고 규정하였고, 이 협약은 유럽의 34개국이 비준, 46개국이 서명함</p>
<p>영국</p>	<p>영국은 잉글랜드, 스코틀랜드, 웨일즈, 북아일랜드의 모든 구성국들이 각각 개별적으로 동의 여부를 판단기준으로 본 강간죄 조항을 2000년대 들어 개정함. 그중 대표적으로 잉글랜드는 동의 없는 성행위가 있었고, 피해자가 동의하였는지 여부를 가해자가 합리적으로 믿지 않았을 경우 강간이 성립한다고 규정. 이때 동의는 부당한 압력이 없는 상태에서 자유롭게 이루어져야 하며, 성행위에 동의할 수 있을 정도의 이해와 지식을 갖추어 동의능력이 인정되는 자의 동의만이 유효.</p>
<p>스웨덴</p>	<p>스웨덴은 2018년 형법을 개정하여 자발적 참여 없는 성관계 또는 그에 준하는 성관계를 강간으로 규정하였고, 폭행 및 협박의 존재를 자발적 참여가 없는 상태로 간주하는 여러 기준 중 하나로 제시하였음. 또한 자발성을 판단할 때 상대방의 언동 및 행위는 특히 고려되어야 하며, 가해자의 폭행 및 협박에 의한 경우, 피해자가 무의식, 수면, 공포, 음주, 약물, 질병, 상해, 심신미약 등으로 특별히 취약한 상황에 있고 가해자가 그를 이용하였을 경우, 가해자가 자신의 우월한 지위를 이용하였을 경우는 자발적이라고 볼 수 없다고 규정. 가해자가 피해자가 자발적으로 참여하는 것이 아니라는 것을 합리적으로 인식할 수 있는 상황에 있었음에도 불구하고 성행위를 한 경우를 ‘과실에 의한 강간’으로 처벌.</p>
<p>독일</p>	<p>독일은 2016년부터 성적 침해 규정을 신설하여 ‘타인의 인식가능한 의사(묵시적 의사표시 포함)에 반하는 성적 행동’을 범죄화함. 또한 가해자의 협박이 있거나, 피해자가 반대의사를 형성하거나 표현할 수 있지 않는 상황, 신체적 또는 심리적으로 의사의 형성과 표현이 중대하게 제한된 상황, 놀란 상황, 저항할 경우 중대한 해악의 협박이 이루어질 상황을 가해자가 이용한 경우에도 피해자가 성행위를 거부한 경우와 동일하게 처벌하도록 함.</p>
<p>아일랜드</p>	<p>아일랜드는 1981년부터 강간을 피해자의 동의가 없는 성관계로서, 가해자가 피해자 동의의 부재에 대하여 악의이거나 미필적 고의(reckless)를 가지고 있던 경우로 규정하였으며, 2017년 동의에 대한 정의조항을 추가함. 정의조항에 따르면 자유롭게 자발적으로 성관계에 참여하는 경우에만 동의가 인정됨.</p>
<p>캐나다</p>	<p>캐나다는 1992년부터 피해자의 자발적 동의 여부에 따라 강간을 규정하기 시작했으며, 가해자가 피해자의 동의가 있었다고 생각한 것에 대해 미필적</p>

	<p>고의를 가졌거나 혹은 고의적으로 무시한 경우(recklessness or willful blindness), 그리고 가해자가 피해자의 동의를 확인하기 위해 합리적인 절차를 거치지 않은 경우는 승낙의 항변을 할 수 없다고 규율. 또한 피해자가 명시적으로 언동 또는 행위를 통해 비동의 의사를 표시한 경우, 도중에 동의를 철회하는 경우, 피해자 아닌 제3자가 동意的 의사표시를 한 경우, 피해자에게 동의능력이 없는 경우, 가해자가 신뢰관계·권력·권위를 남용한 경우는 비동의가 간주됨. 캐나다 법원은 더 나아가 피해자가 수동적이고 저항하지 않았다고 해서 동의를 있었다고 간주할 수 없고, 문제되는 성행위에 대한 계속적, 의식적, 현재의 동의를 있어야 하며, 이후에 일어날 성행위에 대해 사전적으로 동의할 수는 없다고 판시하고 있음.</p>
호주	<p>호주의 모든 구성 주들은 자유롭고 자발적인 동의 여부를 기준으로 강간을 판단하며, 이중 특히 태즈메이니아 주는 가장 엄격하게 ‘피해자의 적극적 동의’를 강간의 구성요건으로서 규정하고 있음.</p>
미국	<p>미국은 주마다 입법례가 다르나, 미국 연방수사국(FBI)은 2012년부터 범죄 통계에서 강간을 ‘동의 없이 신체 또는 물건을 질, 향문, 또는 구강에 삽입하는 행위’로 정의하고 있음. 또한 현재 11개 주(캘리포니아, 하와이, 워싱턴 D.C., 플로리다, 일리노이, 미네소타, 몬타나, 뉴햄프셔, 뉴저지, 워싱턴, 위스콘신)에서 법문 또는 판례상으로 피해자의 적극적 동의 또는 자유로운 동의가 없는 경우를 강간으로 파악하고 있음. 대표적으로 캘리포니아 형법은 동의를 “자유의지의 행사에 따른, 행위 또는 태도에 대한 긍정적인 협력”이라고 규정하며, 동의는 행위의 성질에 대한 지식을 가지고 있는 자에 의해 자유롭고 자발적으로 이루어져야 하고, 현재 또는 과거에 상대방과 혼인관계 혹은 연인관계였다는 사실은 동의를 구성하기에 충분하지 않다고 명시하고 있음. 또한 피해자가 만 18세 이하인 경우, 피해자가 무의식 또는 수면상태인 경우, 가해자의 기망으로 인해 피해자가 행위의 주요부분을 인식하지 못한 경우, 피해자가 음주·약물 복용으로 인해 성행위를 거부할 수 없음을 가해자가 알거나 합리적으로 알 수 있었을 경우에는 피해자의 동의능력이 인정되지 않음.</p>

■ 제4차 의견서 (2019. 9. 18)

**“형법 제297조 강간죄의 구성요건을 ‘동의’ 여부로 개정할 것을 촉구합니다”
성폭력 가해자들이 피해자를 명예훼손, 무고 등으로
역고소하겠다고 위협하게 하는 현행 강간죄 구성요건**

형법 제297조는 폭행, 협박을 이용하여 강간하는 행위만을 강간죄로 규정하며, 대법원은 강간죄가 성립하기 위한 폭행, 협박의 정도를 ‘최협의’ 폭행, 협박으로 제한하고 있습니다. 따라서 상대방의 저항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 수준의 폭행, 협박을 이용한 경우라야 강간죄에 해당됩니다.

현행 형법 하에서 비장애성인에 대한 성적 침해가 범죄가 될 수 있는 경우는 강간, 업무상 위력에 의한 간음, 준강간뿐입니다. 즉, 술에 만취하였거나 정신을 잃고 있는 경우가 아닌 이상, 상대방의 저항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 수준에 미치지 못하는 폭행, 협박을 사용한 강간은, 업무상 위력이 입증되지 않으면 범죄에 해당하지 않습니다. 다시 말하면, 우리 법은 상대방이 원하지 않는 성관계를 하기 위해 상대방의 저항을 곤란하게 하는 수준의 폭행, 협박을 사용하는 행위를 허용하고 있습니다.

성폭력 상담소에 접수되는 상담 사례의 70% 이상이 직접적 폭행, 협박이 없는 사례였던 데서도 드러나듯, 저항을 현저히 곤란하게 하는 수준의 폭행, 협박이 없었더라도 자신이 원하지 않는 성관계를 상대방이 억지로 한 행위를 성폭력이라고 인식하는 것이 일반인의 법감정입니다. 지금 시대의 평범한 사람들은, 자신이 성관계를 원하지 않았음에도 불구하고 상대방이 강제로 성관계를 시도하였을 때, 이를 성폭력 피해로 경험하고, 형법이 개입할 것을 기대합니다. 그러나 형법은 이러한 일반인의 법감정에서 너무 멀리 떨어져 있습니다.

일반인들의 성폭력에 대한 인식과 형법의 처벌 범위 사이의 간극은, 성폭력 피해를 경험하고 법이 개입해주기를 기대하는 사람들을 보호하지 못하는 데에서 그치지 않고, 더 나아가 그들을 피의자의 지위에 서도록 만들고 있습니다. 바로 성폭력 피해자를 의심하고, 성폭력 무고 혐의를 씌우는 것입니다.

지난 7월 발표된 성폭력 무고죄 검찰 통계에 따르면, 성폭력 무고 고소 중에서 82.6%는 불기소처분으로 종료되었습니다. 성폭력 무고 고소로 검찰이 기소한 사건 중에서도 15.5%는 무죄가 선고되었습니다. 즉, 성폭력 가해자로 지목된 사람이, ‘상대방이 거짓으로 성폭력 피해를 주장하는 것’이라면서 상대방을 무고죄로 고소한 사건 중에서 실제로 성폭력 무고로 밝혀진 사건은 극히 드물다는 것입니다. 이로부터, 성

폭력으로 무고를 당했다는 고소 중에서는, 진정한 무고 피해를 입은 경우보다도, 상대방이 원하지 않는 성관계를 억지로 했으면서도 상대방을 무고죄로 고소하는 경우가 훨씬 많을 것이라고 추정할 수 있습니다.

성폭력 가해자가 가해를 인정하기는커녕 성폭력 피해자를 무고로 고소할 수 있는 이유 중 하나는, 우리 법에서 성폭력이 인정되는 범위가 매우 좁아서 범죄를 입증하기가 어렵기 때문입니다. 본래 무고죄는 상대방이 형사처분을 받게 하기 위해 허위 사실을 신고할 때라야 성립합니다. 하지만, 성폭력과 같이 범죄가 인정되는 범위는 좁고 피해자에 대한 의심은 사회적으로 널리 퍼져 있는 사건에서는, 피해자가 스스로 '피해를 입었다고 생각'하였음에도 불구하고 피해를 '입증'하지 못하였다는 이유에서 무고 혐의를 받고 거꾸로 수사 대상이 되는 문제가 드물게 발생하기도 합니다. 성폭력 가해자 측에서 이러한 현실을 악용하여, 피해자가 피해를 주장하지 못하도록 하기 위해 성폭력 무고 가해자로 몰아가는 것입니다.

우리 법이 성폭력의 성립 범위를 좁게 인정한다는 점은, 성폭력 피해자에게 명예훼손, 무고 등으로 역고소를 하겠다는 성폭력 가해자의 위협을 더 수월하게 만들어 줍니다. 성폭력 피해자가 자신의 경험을 성폭력 피해라고 생각하더라도 우리 법이 인정하는 성폭력범죄에는 해당되지 않는 경우가 많고, 그럴 경우 피해자는 성폭력 피해를 입증할 수 없을 것이기 때문입니다. 최협의의 폭행, 협박을 이용한 행위에만 강간이라는 이름을 붙이는 형법의 태도는 일반인의 법감정과 동떨어진 기준으로서, 성폭력 피해자를 무고 가해자로 둔갑시키는 데 기여하고 있습니다.

실제로 성폭력 피해자가 무고로 처벌 받는 사례는 매우 드물다고 하더라도, 성폭력을 신고했다가 역고소를 당할지도 모른다는 우려는 성폭력 피해자에게 큰 위협이 됩니다. 무고 가해자로 몰린 성폭력 피해자가 결국에는 불기소처분이 된다고 하더라도, 성폭력 피해자가 도리어 무고죄 혐의를 받고 수사 대상이 되는 것은 피해자에게 극심한 고통을 주며, 우리 사회의 수많은 피해자들을 침묵하도록 만듭니다.

성폭력의 입증이 어렵고 성폭력 성립 범위가 좁을수록, 더 많은 피해자들은 자신의 피해 사실을 말하지 못하게 됩니다. 이에 <'강간죄' 개정을 위한 연대회의>는 형법 제297조 강간죄의 성립 요건을 '폭행, 협박'에서 '동의 여부'로 전환하여 성폭력에 대한 일반인의 인식을 형법 안으로 수용하고, 피해를 입증하지 못하여 겪을 수 있는 위험 때문에 자신의 피해 경험을 말하지 못하도록 하는 일체의 장애물을 제거할 것을 촉구합니다.

2019. 09. 18.

'강간죄' 개정을 위한 연대회의

(총 208개 단체/중복기관수 제외)

■ 제5차 의견서 (2019. 11. 11)

“형법 제297조 강간죄의 구성요건을 ‘동의’ 여부로 개정할 것을 촉구합니다”

강간 피해는 폭행 협박으로만 설명될 수 없습니다.

- 무료법률지원 사건의 불기소처분, 무죄판결 결과 분석을 중심으로

지금까지 형법상 강간과 강제추행죄의 구성요건이자 행위수단인 ‘폭행과 협박’의 수위에 대한 판단에 있어 판례는 최협의설¹⁾을 반영하여 왔습니다. 최협의설이란 강간죄의 구성요건인 폭행과 협박의 행사가 있고 그 정도에 있어서 ‘피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게’할 것을 요구한다는 의미입니다.

이에 209개의 여성인권단체와 전문가들로 구성된 <‘강간죄’ 개정을 위한 연대회의>에서는 형법 제297조를 개정하여 강간죄의 구성요건을 ‘폭행 또는 협박’이 아닌 ‘동의’ 여부로 규정할 것을 촉구하고 있습니다. 본 의견서에서는 폭행과 협박을 구성요건으로 하고 있는 우리 형법이 피해자의 현실과 경험을 반영하여 강간을 판단함에 있어 ‘동의’ 여부를 그 기준으로 개정되는 것이 바람직함을 제시하고자 합니다.

본 의견서는 전국성폭력상담소에서 지원/신청한 한국성폭력위기센터의 무료법률지원 사건을 기반으로 작성했습니다. 이들 자료를 살펴보면 강간죄 구성요건의 최협의설이 현재 형사사법절차에서 어떻게 작동되고 있는지 더욱 분명하게 드러나고 있습니다.

1. 2016~18년 판례 유·무죄 및 불기소 처분 판단 근거²⁾

아래 <표1>에서 보듯이 폭행·협박이 명확하고, ‘피해자다움’이 “잘 입증된” 경우에만 유죄판단이 내려지고 있습니다. 반면, 무죄판결 혹은 불기소처분은 표면상 폭행·협박의 가능성을 인정하면서도 피해자를 억압할 수준은 아니라고 하거나, 폭행·협박에 대한 명확한 증거가 없다고 보는 경우가 대부분입니다. 사건 당시 상황과 맥락보다도, 왜 사전에 피해자가 미리 조심하지 않았는지, 왜 피해 당시 “더욱 강하게” 저항하고 도망가지 않았는지, 왜 다소 시간이 경과 된 후에 고소를 했는지, 사건 전후 가해자와의 관계를 볼 때 다른 목적으로 고소를 한 것은 아닌지 의심을 받습니다. 성폭력 사건은 “쉽게 극복할만한 것이 아니기에” 사건 직후에 학교나 직장 등의 일상생활을

1) 성폭력 구성요건 최협의설 비판과 관련된 논문 및 판례정리는 『성폭력 조장하는 대법원 판례바꾸기 운동 : 1차~12차 자료집 모음』, 한국성폭력상담소, 2007 외 참조.

2) 「불기소처분 사례로 본 ‘피해자다움’ 해체 : 적극적 합의를 위하여」, 2019년 여성가족부 성폭력피해자 무료법률구조사업 워크숍 자료집 참조. (2019.10.10.)

잘 유지하고 있는 것처럼 보이면, 성폭력 “피해자가 보일 모습이 아니다”며 피해자 진술의 신빙성을 의심하기도 합니다.

<표1> 2016~18년 유·무죄 판결 및 불기소 처분 판단 근거

유죄판단의 근거	무죄판단/불기소 처분의 근거
<ul style="list-style-type: none"> - 저항의 정도(상해, 찰과상, 멍 자국 등 객관적 증거)입증 - 피해 직후 항의 및 도움요청(친구, 다이어리, 가해자 사과요구), 즉시 신고함 - 사후 대처(산부인과 진료, 정신과 치료, 상담의뢰)의 증거 - 상습, 반복, 다수의 피해자 존재함 - 피해 직후 심리적, 신체적으로 정상상태가 아 닌이 입증됨(정신과 진료, 학업·직업유지의 어려움, 은둔, 분노 우울 등 심리적 고통, 소화불량, 두통 등 신체적 증상) - 피해자 진술의 일관성, 타당성 있음 - 목격자의 증언 있음 - 객관적으로 위계·위력이 인정됨 	<ul style="list-style-type: none"> - 폭행 협박을 인정할 만한 정황이 부족함 - 그정도는 위협으로 볼 수 없어 강제가 아님 - 저항의 정도를 입증할 수 없음 - 서로 좋은 감정으로 같이 있었고, 가해자에게 호감이 있었음 - 파·가해자 집, 숙박업소에 자발적으로 감 - 학업·직업 등 일상유지가 됨 - 주변인이 피해로 불만한 점을 눈치채지 못함 - 즉시 신고하지 않거나, 주변에 도움을 요청하지 않았음 - 피해 후에도 가해자와의 관계가 유지됨 - 주변에서 보기에 평소와 다르지 않음

성폭력 사건에서 피해 경험자의 진술은 가장 명확한 증거임에도 폭행·협박을 증명하기가 쉽지 않거나, 폭행·협박이 있었다라도 “피해자가 더 강하게 저항하는 것이 가능”한 정도의 폭력이라는 이유로 범죄 회피와 입증책임마저 피해자의 몫으로 전가되면서 피해자의 진술신빙성이 배척되는 것이 현실입니다.

이러한 최협의설은 “여성이 강하게 저항하면 강간은 불가능하다”는 통념을 전제로 하므로 피해자가 이미 가해자의 극심한 폭행으로 제대로 저항할 수조차 없는 상태가 되거나, 너무 두려운 나머지 “더 이상의 저항을 할 수 없을 지경”일 정도의 협박을 당했는지, 그 두려움을 감수하고서라도 피해자가 명확하고 강경하게 거절의 의사 표시를 했는지가 관건일 수밖에 없습니다.

2. 준강간 사건 불기소 처분 근거

준강간은 대부분 음주 후 취한상태에서 이루어지는 경우가 많아 사실상 심신상실 또는 항거불능 상태를 이용한다는 점에서, 폭행·협박 여부는 판단 대상이 아닙니다. 그럼에도 불기소 처분결과를 보면 강간 당시 가해자가 직접적인 폭행이나 협박을 행사

하였는지 불분명하며, 어떠한 저항행위를 하지 않다가 강간 이후 현장을 벗어나서야 가해자에게 화를 내거나 문제를 제기한 것은 저항으로 보기 어렵다고 판단하였습니다. 강제가 아닌 합의된 관계라는 가해자의 일방적인 주장을 유지, 강화시켜주는 지점입니다.

3. 위계 위력에 의한 사건 불기소 처분 근거

업무상 위력 등에 의한 간음이란 업무, 고용 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람의 위계 또는 위력에 의한 것으로 폭행·협박 여부는 판단대상이 아닙니다. '유형력을 행사할 수 있는 지위'에 있으면 곧 "위력"이므로 실제 가해자 본인이 유형력을 행사했음을 인지해야 하는 것도 아니고, 피해자가 거절의 의사를 표시했는지 여부는 중요하지 않습니다. 애초에 '유형력을 행사할 수 있는 지위'가 상대방의 자유로운 의사표시를 억압하기 때문입니다. 많은 직장 내 성폭력 피해자들이 퇴사를 결심하거나, 퇴사 이후에 고소를 결심하게 되는 이유이기도 합니다. 더욱이 가해자가 직급이 높은 상사라면, 문제제기 시 어떠한 불이익이 있을지 모르기 때문에 아무 일도 없었던 것처럼 업무를 하고 관계를 유지하는 것이 오히려 피해자 입장에서는 불가피한 선택입니다.

피해자의 자유로운 의사 표시가 억압될 상황은 매우 다양합니다. 친밀한 관계라서, 친구라서, 직장동료라서, 선배나 상사라서, 교수라서, 피해자가 강력하게 성폭력이라 명명하며 대응하기 어려운 상황은 얼마든지 존재합니다. 법률/판례상 위력 또한 이러한 유형력을 행사할 수 있는 상황을 의미하는 개념입니다.

4 '피해자다운 피해자 상'에 의한 처분 근거

앞에서 살펴본 것처럼, 강간 사건의 불기소 처분을 결정하는 데에는 최협의설만이 아니라, 피해자가 사건 전후에 걸쳐 얼마만큼 '보호할만한 피해자'의 모습을 갖추고 있는가와 같은 사회적 통념이 깊숙이 작동되고 있음을 또한 알 수 있습니다.

'피해자다운 피해자'라는 통념은, "성폭력 피해는 쉽게 극복하기 어려우므로 피해자라면 당연히 고통스러워하는 모습을 보여야 한다"는 단일한 전형적인 피해자의 모습을 상정할 때 작동됩니다. "성폭력피해자는 '끔찍한' 피해 이후 '정상적'인 삶을 살 수 없어야 하며, 주변 사람이 이상한 점을 바로 눈치 챌 수 있고, 피해 후 즉시 신고를 하거나 가해자와 관계를 바로 단절하고 돌아서야 한다"는 피해자다움에 대한 고정관념은 피해자들마다 각자 처한 상황과 조건에 따라 대처하는 방식이 서로 다르며, 치유의 과정조차 상이하다는 점을 상상하기 어렵게 만듭니다. 그러므로 '전형성'에서 벗어나는 순간 '피해자가 아니다'라는 의심부터 받게 됩니다.

피해자들은 각자 처한 상황에 따라 여러 가지 이유로 즉시 신고나 주변에 도움 요청을 망설이기도 하고, 자신이 겪은 일을 성폭력이라 인지하기까지 극도의 혼란스러움을 경험하기도 합니다. 그러므로 적극적인 법적 해결을 고민하기까지 충분한 시간이 필요한 경우도 있다는 것은 너무나도 당연한 사실입니다.

5. 강간죄의 구성요건을 ‘동의’ 여부로 개정하여야 합니다

현행 형법 제297조가 강간죄의 구성요건을 ‘폭행 또는 협박’으로 규정하고 판단하고 있어 실제 피해자들의 경험과 큰 간극이 존재합니다. 성폭력 피해여부는 폭행이나 협박 유무가 아니라 본인의 의사가 적극적으로 반영되었는지, 선택을 하는데 충분한 시간을 확보 받았는지, 선택 후 다른 불이익을 염려하지 않아도 되었는지 등이 고려되어 판단되어야 합니다. 수사단계에서 불기소처분 비율이 높고, 기소 후 재판결과에서도 증거불충분 등의 이유로 무죄판단이 내려지는 현실 속에서 기소율을 높이고 가해행위에 부합하는 판결결과를 위해 성폭력 피해자의 경험과 언어가 수사재판과정에서 반영되어야 합니다.

이를 위해서는 폭행 또는 협박을 전제로 하는 판단을 넘는 새로운 성폭력에 대한 인식전환과 법체계의 변화가 필요합니다. 이에 <‘강간죄’ 개정을 위한 연대회의>는, 국회가 형법 제297조 강간죄의 구성요건을 ‘동의’여부로 개정하여, 피해자의 현실을 반영하여 ‘동의 없이 이루어진 일련의 성적 행위’로 성폭력을 재개념화하고 강간죄 판단에 있어서 ‘동의’ 여부를 적극적으로 검토할 것을 촉구합니다.

2019. 11. 11.

‘강간죄’ 개정을 위한 연대회의

(총 209개 단체/중복기관수 제외)

가족과 성·건강 아동청소년상담소, 강릉여성의전화, 강화여성의전화, 고양파주여성민우회, 광명여성의전화, 광주여성민우회, 광주여성의전화, 군포여성민우회, 김포여성의전화, 김해여성의전화, 대구여성의전화, 목포여성의전화, 벨엘케어상담소, 부산여성의전화, 부천여성의전화, 서울강서양천여성의전화, 서울남서여성민우회, 서울동북여성민우회, 서초성폭력상담소, 성남여성의전화, 성매매문제해결을위한전국연대, 수원여성의전화, 시흥여성의전화, 안양여성의전화, 영광여성의전화, 오내친구장애여성성폭력상담소, 울산여성의전화, 원주여성민우회, 이레성폭력상담소, 익산여성의전화, 인구보건복지협회인천성폭력상담소, 인천여성단체협의회부설가정·성폭력상담소, 인천여성민우회, 인천여성의전화, 장애여성공감성폭력상담소

전국성폭력상담소협의회(133개소)

(가족과 성·건강 아동청소년상담소, 벨엘케어상담소, 서초성폭력상담소, 이레성폭력상담소, 천주교성폭력상담소, 탁틴내일아동청소년성폭력상담소, 한국성폭력상담소, 한국성폭력위기센터, 한국여성상담센터, 한국여성민우회 성폭력상담소, 한국여성의전화 성폭력상담소, 휴샘 가정폭력성폭력 통합운영상담센터, 인천광역시

여성단체협의회 부설 가정·성폭력상담소, 강화여성의전화 부설 강화여성상담소, 인구보건복지협회 인천지회 성폭력상담소, 광명YWCA 성폭력상담소, 군포여성민우회 성폭력상담소, 부천여성의전화 부설 성폭력상담소, 부천청소년성폭력상담소, 사람과평화 부설 용인성폭력상담소, 성남여성의전화 부설 가정폭력성폭력상담소, 수원여성의전화 부설 통합상담소, 씨알여성회 부설 성폭력상담소, 안산 YWCA 여성과성상담소, 안성성교육성폭력상담센터, 안양여성의전화 부설 성폭력상담소, 평택성폭력상담소, 하남YWCA 부설 성폭력상담소, 행가래로의왕 가정·성상담소, 김포여성상담센터, 고양파주여성민우회 부설 고양성폭력상담소, 남양주가정과성상담소, 동두천성폭력상담소, 고양파주여성민우회 부설 파주성폭력상담소 '함께', 포천 가족성상담센터, 연천행복뜰상담소, 강원여성가족지원센터 부설 춘천가정폭력성폭력상담소, 속초여성인권센터 부설 속초성폭력상담소, 영월성폭력상담소, 한국가정법률상담소강릉지부 부설 강릉가정폭력·성폭력상담소, 한국가정법률상담소동해지부 부설 동해가정폭력·성폭력상담소, 함께하는공동체 부설 원주가정폭력성폭력상담소, 정선아라리가족성상담소, 세종YWCA성인권상담센터, 가정울건강하게하는시민모임태안지부 태안군성인권상담센터, 법률구조법인대한가정법률복지상담원아산지부아산성상담지원센터, 로템나무상담지원센터, 천안여성의전화 부설 성폭력상담소, 충남성폭력상담소, 홍성성가정폭력통합상담소, 부여성폭력상담소, 서천성폭력상담소, 인구보건복지협회충북·세종지회 청주성폭력상담소, 제천성폭력상담소, 청주여성의전화 부설 청주성폭력상담소, 청주YWCA 여성종합상담소, 충주생명의전화 부설 충주성폭력상담소, 당진 가족성통합 상담센터, 대전YWCA 성폭력상담소, 인구보건복지협회 대전충남지회 대전성폭력상담소, 나주여성상담센터, 담양인권지원상담소, 무안여성상담센터, 함평보두마상담센터, 여수성폭력상담소, 전남성폭력상담소, 해남성폭력상담소, 행복누리 부설 목포여성상담센터, 군산성폭력상담소, 성폭력예방치료센터 김제지부 성폭력상담소, 성폭력예방치료센터 부설 성폭력상담소, 성폭력예방치료센터정읍지부 성폭력상담소, 익산성폭력상담소·장애인성폭력상담소, 광주여성의전화 부설광주여성인권상담소 바램, 광주여성민우회 성폭력상담소, 인구협회 광주성폭력상담소, 제주여성인권연대 부설 제주여성상담소, 제주YWCA통합상담소, 대구여성폭력통합상담소, 대구여성의전화 부설 성폭력상담소, 인구보건복지협회 대구·경북지회 부설 성폭력상담소, 경주다움성폭력상담센터, 구미여성종합상담소, 로템성폭력상담소, 새경산성폭력상담소, 칠곡종합상담센터, 포항여성회 부설경북여성종합상담소, 필그림가정복지통합상담소, 한마음상담소, 거창성·가족상담소, 경남여성회 부설 성폭력상담소, 김해성폭력상담소, 사천성가족상담센터, 진주성폭력상담소, 진해여성의전화 부설 진해성폭력상담소, 거제YWCA성폭력상담소, 창원성·건강가정상담소, 창원여성의전화 부설 창원성폭력상담소, 통영YWCA성폭력상담소, 함안 성가족상담소, 하동성가족상담소, 부산성폭력상담소 부설 부산성폭력·가정폭력상담소, 부산여성의전화 성·가정폭력상담센터, 기장열린상담소, 다함께성가정상담센터, 인구보건복지협회 부산지회 성폭력상담소, 생명의전화울산지부 부설 남구가정성폭력통합상담소, 한국가정법률상담소 울산지부 부설 울산성폭력상담소, 울산동구 가정·성폭력 통합상담소, 밀양시성가족상담소, 한국여성복지상담협회 부설 꿈누리 여성장애인상담소, 장애여성공감 부설 장애여성 성폭력상담소, 한국여성장애인연합 부설 서울여성장애인성폭력상담소, 한사회장애여성폭력 상담센터, 인천광역시지적발달장애인복지협회장애인성폭력상담소, 오내친구장애인성폭력상담소, 경원사회복지회 부설 여성장애인성폭력상담소, 의정부장애인성폭력상담소, 대전여성장애인연대 부설 대전여성장애인성폭력상담소, 동대전장애인성폭력상담소, 충남지체장애인협회 부설 장애인성폭력아산상담소, 충남장애인복지정보화협회 부설 천안장애인성폭력상담소, 충북여성장애인연대 부설 청주여성장애인성폭력상담소, 광주여성장애인연대 부설 여성장애인성폭력상담소, 제주특별자치도지체장애인협회 부설 제주여성장애인상담소, 대구여성장애인연대 부설 대구여성장애인통합상담소, 경북여성장애인성폭력상담소, 국제문화교육진흥원 영남여성장애인성폭력상담소, 경남여성장애인연대 부설 경남여성장애인성폭력상담소, 부산여성장애인연대 부설 성·가정통합상담소, 울산장애인인권복지협회 부설 울산장애인성폭력상담센터, 전남여성장애인연대 부설 목포여성장애인성폭력상담소, 행복나눔지원센터 부설 새벽이슬장애인성폭력상담소)

전주여성의전화, 진주여성민우회, 진해여성의전화, 창원여성의전화, 천안여성의전화, 천주교성폭력상담소, 청주여성의전화, 춘천여성민우회, 탁틴내일, 한국성폭력상담소, 한국성폭력상담소 부설 피해자보호시설 열림터, 한국성폭력상담소 부설 연구소 올림, 한국성폭력위기센터,

한국여성단체연합(7개 지부 28개 회원단체/경기여성단체연합, 경남여성단체연합, 광주전남여성단체연합, 대구경북여성단체연합, 대전여성단체연합, 부산여성단체연합, 전북여성단체연합, 경남여성회, 기독교여성회, 대구여성회, 대전여성회, 부산성폭력상담소, 새움터, 수원여성회, 여성사회교육원, 울산여성회, 제주여성회, 제주여성인권연대, 젠더정치연구소 여.세.연, 참교육을위한전국학부모회, 천안여성회, 평화를만드는여성회, 포항여성회, 한국성인지예산네트워크, 한국성폭력상담소, 한국여성노동자회, 한국여성민우회, 한국여성연구소, 한국여성의전화, 한국여성장애인연합, 한국여신학자협의회, 한국이주여성인권센터, 한국한부모연합, 함께하는주부모임)

한국여성민우회, 한국여성상담센터, 한국여성의전화, 민주사회를위한변호사모임 여성인권위원회

20대 국회 강간죄 개정을 위한 토론회
성폭력 판단기준, '폭행·협박'이 아닌 '동의여부'로!

발행일 2019년 11월 13일

발행인 국회의원 심상정·이정미(정의당)
국회의원 남인순·백혜련·권미혁·정춘숙(더불어민주당)
국회의원 김삼화(바른미래당)
국회아동여성인권정책포럼, 정의당 여성본부,
'강간죄' 개정을 위한 연대회의(209개 단체)

편 집 감이

주 소 서울시 마포구 성지1길 32-42(합정동 366-24) 2층
'강간죄' 개정을 위한 연대회의 사무국

전 화 02-338-2890
