



A/HRC/47/26
A/HRC/47/26/Add.1

강간에 관한 UN 특별보고서 (2021)

유엔인권이사회가 채택한 여성폭력 특별보고관의 보고 및 권고,
모법적 입법을 위한 프레임워크

‘강간죄’개정을위한연대회의

강
간
죄
개
정
을
위
한
연
대
회
의

강
간
죄

이 자료집은 UN 여성폭력 특별보고관 두브라브카 시모노비치가 유엔인권이사회 41/17 결의안에 따라 제출하고 2021년 제47차 유엔인권이사회가 채택한 보고서 「중대하고 체계적이며 널리 퍼진 인권침해이자 범죄, 여성과 여아에 대한 젠더기반폭력의 한 유형인 강간 그리고 그 예방」과 그 부록 「강간에 관한 모범적 입법을 위한 프레임워크(강간죄 입법 모델)」의 한국어 번역판입니다.

해당 보고서와 프레임워크는 강간에 관한 국제 인권 기준의 발전 과정과 국가 간 격차를 밝히고, 다양한 국가의 법을 국제 인권 기준에 맞춰 단일화하기 위한 권고 사항과 체계적인 틀을 제시하고 있습니다.

펴낸곳 '강간죄'개정을위한연대회의

펴낸날 2022년 10월 5일

초벌번역 복서희

2차 번역 박아름

감수 및 해제 장임다혜

표지 디자인 테오즈



A/HRC/47/26
A/HRC/47/26/Add.1

강간에 관한 UN 특별보고서 (2021)

유엔인권이사회가 채택한 여성폭력 특별보고관의 보고 및 권고,
모법적 입법을 위한 프레임워크

‘강간죄’ 개정을 위한 연대회의

강간
가
가
가

가
가

일러두기

1. 이 자료집은 2021년 제47차 UN 인권이사회에서 채택한 「A/HRC/47/26」과 「A/HRC/47/26/Add.1」 영어판을 번역하여 엮은 것이다. 각 원문은 이 자료집 부록으로 첨부하였으며, United Nations Digital Library System (digitallibrary.un.org)에서도 확인할 수 있다.
2. 원문 중 'gender'는 맥락에 따라 성 또는 젠더 등으로 번역하되, 이를 포함하는 용어는 본문에서 사용될 때 처음 한 번만 괄호 안에 원어를 표시했다. (예: 젠더기반폭력(gender-based violence), 성인지 감수성(gender-sensitive)) 그 밖에도 이해를 돕는 데 필요한 경우에는 처음 한 번만 괄호 안에 원어를 표시했다. (예: 관측 기관(observatories))
3. 본문 중 글자를 굵게 표시한 부분은 모두 원문이 강조한 부분이며, 「」 표시는 모두 옮긴이가 붙인 것이다.
4. 각주는 원문의 주를 따르되 옮긴이가 붙인 주는 각주 앞에 (옮긴이주)라고 표시했다.
5. 이 자료집의 본문은 '을유1945' 서체를 사용했다.

강간에 관한 UN 특별보고서(2021)

차 례

들어가며	4
해제	6
중대하고 체계적이며 널리 퍼진 인권침해이자 범죄, 여성과 여아에 대한 젠더기반폭력의 한 유형인 강간 그리고 그 예방	9
강간에 관한 모범적 입법을 위한 프레임워크(강간죄 입법 모델)	37
부록	65
A/HRC/47/26	
A/HRC/47/26/Add.1	

들어가며

“내가 당한 강간은 강간이 아니라고 한다.”

2019년 ‘강간죄’개정을위한연대회의가 제작한 영상 제목입니다. 2019년 1월부터 3월까지 전국 66개 성폭력상담소에 접수된 강간(유사강간) 상담사례 중 직접적 폭행·협박이 없었던 성폭력은 71.4%였습니다.¹⁾ 한국 형법상 강간죄 기준이 배제하고 있는 현실의 강간이 71.4%임을 뜻합니다. 피해자가 성폭력을 겪는 곳은 직장, 가족, 친밀한 관계가 가장 많음에도²⁾ 일상적 권력 관계에서 발생한 성폭력은 형사 절차에서 누락되고 있습니다.³⁾

사회적으로 젠더폭력 사안이 이슈화될 때마다 정부나 입법부는 법정형을 높이겠다고 말하지만, 형법상 ‘강간죄’ 구성요건은 1953년 제정 이래 바뀐 적이 없습니다. 여전히 강간죄가 성립하려면 폭행 또는 협박이 있어야 합니다. 그 정도는 피해자의 저항이 불가능하거나 현저히 곤란할 정도여야 한다는 최협의설도 아직 법원의 판단기준으로 남아 있습니다.

2018년 3월 유엔여성차별철폐위원회는 한국 정부에 “폭행과 협박이 아닌 동의 여부로 강간을 판단하도록 형법 297조를 개정하고 배우자 강간을 범죄화할 것, 성폭력 피해자에 대한 형사 소송 남용 예방을 위한 조치를 시행하고 피해자의 성 이력을 사법 증거로 채택하는 것을 금지할 것”을 권고했습니다. 2018년 미투운동 직후 한국 20대 국회는 5개 정당 출신 의원들이 ‘비동의 강간죄’ 또는 ‘비동의 간음죄’ 관련 총 10개의 형법개정안을 발의했으나 적극적 논의 없이 회기 만료로 폐기됐습니다. 한국 정부는 위 입법과제에 적극적으로 나서지 않았습니다.

이러한 현실을 딛기 위해 ‘강간죄’개정을위한연대회의는 2019년 출범했습니다. 전국 223개 단체가 함께 실태조사, 온라인 토론회, 대중교육, 서명운동, 판례 알리기, 국회의원 후보 정책요구, 국회 토론회 등 다양한 활동을 펼치고 있습니다.

1) ‘강간죄’개정을위한연대회의 2차 의견서

2) 한국성폭력상담소 2021년 상담통계 <피해자-가해자 관계> 직장 내 37.7%, 친족 15.9%, 친밀한 관계 10.2%)

3) 대검찰청 「2021년 범죄분석」 <성폭력 범죄 중 성인범의 피해자와의 관계>는 고용관계 2.2%, 애인 5.5%, 친족 3.4%, 타인 59.3%

이 자료집은 2021년 UN 인권이사회가 채택한 「중대하고 체계적이며 널리 퍼진 인권침해 이자 범죄, 여성과 여아에 대한 젠더기반폭력의 한 유형인 강간 그리고 그 예방」과 「강간에 관한 모범적 입법을 위한 프레임워크(강간죄 입법 모델)」 한국어 번역판입니다. 특별보고서는 전 세계적으로 강간을 인권침해이자 젠더기반폭력으로 다루고, 강간에 대한 인식과 입법을 피해자의 관점으로 통합할 것을 촉구합니다.

물리력, 강제력을 강간 정의의 요건으로 삼고, 삽입 유형에 따라 별도 범죄로 규정하여 성폭력을 위계 짓고, 부당한 가중감경 사유를 유지하고, 공소시효를 좁게 두는 것은 결국 강간이 신고되지 않게 하며, 신고되더라도 기소되지 않게 하고, 기소되더라도 수사관이 성인지 감수성을 가지고 기소하지 않게 하며, 적은 유죄선고, 많은 2차 피해, 피해자에 대한 사회적 낙인, 가해자 불처벌을 정상화하는 원인이라고 언급합니다.

특별보고서는 특히 강간 정의에서 ‘동의 없음(lack of consent)’이 핵심이어야 한다고 말합니다. 신체적 부상이 없더라도 동의한 것으로 간주해서는 안 되며, 피해자의 침묵, 과거 성적 이력, 지위, 직업 등으로 동의 여부를 추정하면 안 된다는 점을 짚고, 진정한 동의를 할 수 없는 상황과 동의가 없다고 추정해야 하는 상황 등을 열거합니다. 그동안 진정한 동의 없이 일어나는 성적 침해에 진지하게 개입하지 않아 왔던 한국에 특별보고서는 강간죄의 원칙을 제안합니다.

특별보고서 확인, 초벌 번역, 2차 번역, 전체 검수 및 토론, 감수와 해제, 편집 디자인, 발간 홍보 등에 많은 활동가들이 오랜 시간 노력했습니다. 한국의 입법부, 정부, 사법부 관계자들, 법조인 및 학계, 여성폭력 근절을 위해 노력하는 전문가들, 언론, 그리고 수많은 시민들에게 읽히기를 바랍니다. 젠더기반폭력의 세상을 바꾸는 법 개정을 함께 합시다.

‘강간죄’개정을위한연대회의

해제

UN 여성폭력 특별보고관의 주요 임무는 여성과 여아에 대한 폭력, 그 원인과 결과에 대한 조사 결과를 밝히고 여성폭력을 근절하기 위한 국제적, 국내적 조치 및 정책에 대해 권고함으로써 UN의 인권 프레임워크와 그 메커니즘에 여성폭력에 관한 내용이 통합되도록 하는 역할을 해왔다. 1993년 12월 UN 총회에서 채택된 <여성폭력철폐선언(Declaration on the Elimination of Violence against Women)>에 기반하여, UN 인권위원회는 1994년 3월 4일 UN 인권이사회 결의 1994/45에 따라 여성폭력 특별보고관을 처음으로 임명하였으며, 이후 연례 위원회에서 “여성에 대한 폭력 그리고 그 원인과 결과” 보고서를 제출하게 하였다. 1995년부터 현재까지 일본군 전시 성노예와 르완다 내전시 성폭력을 포함하여 무력분쟁시 성폭력, 인신매매와 강제성매매, 가정폭력 등 여성폭력의 다양한 사건과 주제에 대해 조사보고서가 발간되었으며, 가정폭력 입법모델도 제안된 바 있다. 이번 여성폭력 특별보고관의 보고서는 “강간”에 대한 것으로, 2021년 제47차 UN 인권이사회에서 채택되었다. 이 보고서는 여성에 대한 젠더기반폭력으로서 강간에 초점을 두고 있는데, 특히, 국제인도법 및 국제인권법, 그리고 국제형사재판 관례 등을 기초로 국내에 적용가능한 형사입법모델을 제시하고 있다.

강간은 넓은 의미의 성폭력 범죄의 한 유형이지만, 가장 먼저 범죄로 처벌되었던 성폭력 유형으로서 국내법에서는 다른 성폭력 범죄의 개념과 범위에 주요한 영향을 주는 범죄이다. 우리 형법에서는 성폭력 범죄에 대한 처벌규정을 모아 놓은 제32장(강간과 추행의 죄)에서 가장 먼저 등장하는 조문이 강간죄인 만큼, 강간죄의 구성요건에 대한 해석은 강제추행이나 준강간, 업무상 위력간음 등과 같은 다른 성폭력범죄의 요건을 해석하는 기준점이 된다는 점에서 핵심적인 범죄이다. 이러한 점에서 여성폭력 특별보고관의 보고서에서 특별히 강간에 초점을 맞춘 것은 강간죄의 요건과 해석, 형사절차를 살펴봄으로써 여성에 대한 젠더기반폭력 중 성폭력에 대한 각 국가의 형사처벌 전반에 대한 검토로 확장하기 위한 것으로 보인다.

보고서는 우선 국제인권법에서 여성에 대한 폭력이자 인권침해로서 강간을 인식하고 각 국가의 국내법상 강간죄 규정과 강간을 다루는 형사절차의 한계로 인해 여성의 동등한 사법접근권이 저해된다는 점에 주목하며 성평등 실현이라는 <여성차별철폐협약>의 이행을 위해 각 국가에서의 강간죄 규정과 형사절차를 개선하도록 권고했던 역사에 대해 검토하고 있다.

국제인권법에서는 강간의 보호법익을 개인의 안전과 신체적, 성적, 정신적 통합성의 권리로 보고, 이러한 보호법익의 침해를 규정하기 위해서는 강간의 정의를 ‘동의 없음’을 기준으로 규정하고 유형력의 행사가 없거나 피해자의 저항행위가 없더라도 강압적인 상황을 고려하여 강간죄를 적용할 수 있도록 하고 배우자에 의한 강간을 비범죄화하는 국내법 규정을 개선하는 것이 필요하다고 강조해왔다.

국제인도법과 관련 국제형사재판 관례를 통해서 강간죄의 구성요건과 해석의 기준, 피해자 진술의 증거능력에 관한 규정이 발전되어 왔다. 국제형사재판소에 관한 로마규정에 대한 해설에 따르면, 남성 성기를 여성 성기에 삽입하는 행위만이 아니라 항문, 구강 등에 성기를 삽입하는 행위 또는 성기와 항문에 물건을 삽입하는 행위(매우 경미한 정도의 삽입이라도 포함)를 모두 강간으로 포섭하고 있으며, 폭행 또는 협박과 같은 유형력 행사나 피해자의 저항이라는 기준을 넘어 주변 상황의 맥락을 고려하여 판단했을 때 피해자가 자유의지에 따라 자발적으로 한 동의가 없는 경우를 모두 강간으로 처벌하고 있다.

이러한 국제인권법과 국제인도법에서의 강간죄 정의와 구성요건, 판단기준에 따라 여성폭력 특별보고관은 회원국들이 국내법을 국제 기준에 맞추어야 한다고 권고하고 있으며, 이를 위해 국내법 개정의 기준이 되는 입법 모델 역시 제안하고 있다. 여기에는 강간죄의 수단과 행위 등 구성요건뿐만 아니라 동의 능력에 대한 연령 기준, 자발적 동의를 불가능하게 하거나 저해하는 피해자의 취약성 요건, 양형에 대한 가중·감경사유, 친고죄 폐지, 강간죄 입증에 위한 증거능력 요건, 동의에 대한 증거자료로서 피해자 성적 이력 사용 금지 등 형사절차상 피해자 보호 조항, 공소시효 및 역외적용, 형사사건처리에 관한 통계 수집 등이 포함되어 있다.

현재 우리 형법상 강간죄 규정은 보고서에서 제시하고 있는 국제인권규범상 강간죄의 기준과는 분명한 차이가 있다.

첫째, 구성요건 중 수단의 차이이다. 우리 형법상 강간죄는 “폭행·협박”을 구성요건으로 하고 있으며, 준강간죄의 경우 “심신상실 또는 항거불능상태를 이용하여”를 요건으로 하고 있다. 또한, 현재 대법원 관례에 따르면 폭행·협박의 정도는 “피해자의 항거(저항)을 불가

능하게 하거나 현저히 곤란할 정도”에 이르도록 요구하고 있다. 여성폭력 특별보고관이 권고하는 동의 없는 성적 행동이라는 강간의 정의에 비추어 볼 때, 강압적인 상황에서 피해자가 저항하지 않거나 심신상실에 이르지 않는 심신미약의 상황에서 저항하지 못하는 경우는 우리 형법상 강간죄 규정에서 포섭되지 못한다.

둘째, 구성요건 중 행위의 차이이다. 우리 형법에서는 강간죄의 행위를 남성 성기를 여성 성기에 삽입하는 행위로 한정하고, 그 밖에 성기에 성기 이외의 신체 또는 물건을, 항문이나 구강에 성기 등을 삽입하는 행위의 경우에는 강간이 아닌 유사강간으로 나누고 강간죄보다는 낮은 형량을 부과하고 있다. 그러나 국제적 기준에 따르면 유사강간은 강간으로 통합되어야 하며, 이로써 여성 피해자 이외에 남성 피해자 역시 차별 없이 강간죄 피해자로 인정될 수 있다.

마지막으로 한국은 형사절차상 강간죄 입증을 위한 증거능력에 관한 별도의 규정이 없고 다만 법관에게 피해자의 사생활을 존중할 의무를 부과함으로써 법관의 재량으로 강간 등 성폭력 피해자를 증인신문의 과정에서 보호하도록 할 뿐이다. 그로 인해 여전히 피해자의 성적 이력에 대한 피고인 측의 반대신문에 노출되기도 하고 피해자에게 강간 중 소리쳐 도움을 요청했는지, 탈출을 시도했는지 여부를 증거로 제시하도록 요구하는 재판부를 만나기도 한다.

이번 여성폭력 특별보고관의 보고서와 강간죄에 관한 입법 모델은 우리 형법이 나아가야 할 바를 명확히 제시하고 있다. 현재 입법 모델은 동의를 추정 규정이나 증거능력에 관한 규정 등 영미법 체계에 맞춘 안이라는 점에서 대륙법 체계인 우리 형법 및 형사절차법과는 법체계상 차이가 있어, 국내법 체계에 부합하는 방향으로 법률개정을 추진하기 위한 고민이 필요하다. 우리와 같은 대륙법계인 스웨덴이나 독일 등의 형법 개정을 위한 시도는 우리가 국내법 체계 내 국제인권 규범상 기준을 통합해나가는 데에 있어서 주요한 참조가 될 수 있을 것이다.

장임다혜(한국형사·법무정책연구원)

유엔 United Nations
총회 General Assembly

배포대상 : 일반
2021년 4월 19일

원문 : 영어

유엔인권이사회

제47차

2021년 6월 21일-7월 9일

안건 3

발전권 포함 시민적, 정치적, 경제적, 사회적, 문화적 등
모든 인권의 보장 및 증진

**중대하고 체계적이며 널리 퍼진 인권침해이자 범죄, 여성과
여아에 대한 젠더기반폭력의 한 유형인 강간 그리고 그 예방**

**여성에 대한 폭력 및 그 원인과 결과에 관한 특별보고관 두브라브카
시모노비치의 보고서**

요약

여성에 대한 폭력 및 그 원인과 결과에 관한 특별보고관 두브라브카 시모노비치가 유엔인권이사회 41/17 결의안에 따라 제출한 이 보고서는, 강간을 중대하고 체계적이며 널리 퍼진 인권침해이자 범죄, 여성과 여아에 대한 젠더기반폭력의 한 유형으로 다루고, 이를 예방하기 위해 특별보고관이 수행한 활동을 서술하고 있다.

I. 서문

1. 이 보고서는 유엔인권이사회 41/17 결의안에 따라 여성에 대한 폭력 및 그 원인과 결과에 관한 특별보고관 두브라브카 시모노비치(Dubravka Šimonović)가 제출했다. 이 보고서에서 특별보고관은 강간을 중대하고 grave 체계적이며 systematic) 널리 퍼진(widespread) 인권침해이자 범죄, 여성과 여아에 대한 젠더기반폭력(gender-based violence)의 한 유형으로 다루고, 이를 예방하기 위해 강간에 적용하는 국가 형법을 평시와 분쟁 시 모두 국제 기준 및 관례에 맞춰 단일화할 것을 권고한다. 이 보고서는 「강간에 관한 모범적 입법을 위한 프레임 워크¹⁾」를 함께 제공하며, 이들이 단일화 도구로 사용되길 기대한다.

A. 특별보고관이 수행한 활동

2. 코로나19 바이러스(COVID-19)의 전 세계적 대유행은 주로 온라인으로 이어진 특별보고관의 활동에 지속적인 영향을 미쳤다.
3. 2020년 5월 14일, 특별보고관은 여성에 대한 차별 및 폭력에 관한 독립전문가 메커니즘 플랫폼의 제8차 회의를 온라인으로 주최했다.²⁾ 이후 해당 플랫폼은 코로나19 바이러스와 여성에 대한 차별 및 젠더기반폭력의 증가에 관한 공동 성명을 발표했다.³⁾
4. 2020년 10월 1일, 특별보고관은 제4차 세계여성회의 25주년 총회 고위급회담 “평등, 발전 및 평화를 위한 행동”에 직접 참석하여, 여성에 대한 폭력 근절을 가속화하기 위해 이를 여성지위위원회 안전에 상설 항목으로 포함할 것을 촉구하는 의견을 전달했다.⁴⁾
5. 2020년 10월 9일, 특별보고관은 유엔 총회에서 화상 회의를 통해 코로나19 바이러스의 전 세계적 대유행과 여성에 대한 젠더기반폭력의 전 세계적 대유행의 교차점에 관한 주제 보고서를 발표했다. 특히 가정폭력과 “가정 내 평화” 계획에 중점을 두었다.⁵⁾ 보고서 발표 후, 특별보고관은 22개 회원국과 의미 있는 대화를

1) A/HRC/47/26/Add.1.

2) www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/SR/14May2020_EDVAW_Platform_meeting_report.docx 참조.

3) Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR), “Joint statement by the Special Rapporteur and the EDVAW Platform of women’s rights mechanisms on COVID-19 and the increase in violence and discrimination against women”, 14 July 2020.

4) www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/SR/High_Level_Meeting_Statement.docx 참조.

나누었다.

6. 2020년 10월 30일, 특별보고관은 “페미사이드(Femicide) 감시” 계획을 실행하기 위한 정보 및 데이터를 요청했다. 11월 23일, 특별보고관은 다른 독립적 인권 임무 보유자⁶⁾ 50명이 지지하는 성명에서 매년 강조해온 페미사이드 감시 조직(watch bodies) 또는 관측 기관(observatories) 설립을 반복해서 요청했다.⁷⁾
7. 2020년 11월 24일, 특별보고관은 여성차별철폐위원회 여성에 대한 젠더기반폭력 관련 실무진을 만나, 「여성차별철폐위원회 일반권고 35호(2017) 이행 지침」을 개발하기 위한 공동 작업을 논의했다. 이는 회원국들의 결정에 따라 특별보고관이 권고하는 내용으로, 「젠더기반폭력에 관한 선택의정서」를 마련하는 배경이 될 것이다.

B. 중대하고 체계적이며 널리 퍼진 인권침해이자 범죄, 여성과 여아에 대한 젠더기반폭력의 한 유형인 강간

8. 전 세계적으로 여성과 여아 3명 중 1명이 젠더기반폭력을 경험하고, 여아 10명 중 1명은 강간 피해자다.⁸⁾ 많은 국가가 강간을 범죄화하지만, 여전히 강간은 가장 널리 퍼진 범죄 중 하나이다. 가해자 대부분은 처벌받지 않으며 여성 피해자 대다수는 피해를 신고하지 않는다.⁹⁾
9. 오늘날 국제인권체계와 판례는 강간을 인권침해이자 여성과 여아에 대한 젠더기반폭력의 한 유형으로, 고문이나 마찬가지로 인식한다. 국제인도법과 국제형법에 따라 강간은 전쟁 범죄, 인도에 반한 죄이며, 다른 범죄 요소가 존재하는 경우 제노사이드(genocide)를 구성하는 행위로도 여겨진다.¹⁰⁾
10. 그러나 이와 같은 국제 기준이 국가 차원에서는 완전히 통합되지 않았다. 국가는 각기 다른 정의(유형력(force) 또는 동의 없음(lack of consent))로 강간을 범죄화

5) A/75/144.

6) (옮긴이 주) mandate holder. 임무 보유자는 유엔인권이사회가 주제별 인권 문제에 관해 보고받고 조언받기 위해 임명하는 독립적 인권전문가를 뜻한다.

7) OHCHR, “Urgent action needed to end pandemic of femicide and violence against women, says UN expert”, 23 November 2020.

8) World Health Organization, Violence against Women Prevalence Estimates, 2018: Global, Regional and National Prevalence Estimates for Intimate Partner Violence against Women and Global and Regional Estimates for Non-Partner Sexual Violence against Women (Geneva, 2021); 그리고 United Nations Children’s Fund, Hidden in Plain Sight: A Statistical Analysis of Violence against Children (New York, 2014).

9) 일부 판례에서는 강간과 그 밖의 성폭력 유형을 아우르는 의미로 “성폭행”이라는 용어를 사용한다.

10) 안전보장이사회 결의안 1820호 (2008).

하며, 각기 다른 사람(여성만 또는 모든 사람)을 보호하고, 배우자 강간을 포함하거나 제외하고, 각기 다른 삽입 유형으로 (강간 행위를) 규정하고, 각기 다른 가중감경 사유를 규정하고, 각기 다른 형량을 규정하고, 직권으로 강간을 기소하거나 피해자의 고소가 있을 때만¹¹⁾ 강간을 기소하도록 규정하고, 각기 다른 공소시효를 규정하거나 아예 공소시효를 규정하지 않는다.

11. 또한, 여성에 대한 다양한 유형의 차별 및 젠더기반폭력, 미디어와 형사 사법체계가 만든 강간에 관한 신화 및 성별 고정관념을 둘러싼 전반적 맥락이 국가에서 법이 이행될 때 영향을 미친다.
12. 이러한 모든 요인은 흔히 강간이 신고되지 않는 원인이 된다. 강간은 신고되더라도 거의 기소되지 않는다. 설령 기소되더라도, 수사관이 성인지 감수성(gender-sensitive)을 가지고 기소하는 경우는 드물다. 이는 일반적으로 대단히 적은 유죄선고, 생존자에 대한 2차 피해와 높은 소모율¹²⁾로 이어진다. 이는 강간, 강간 문화 또는 강간에 대한 침묵, 피해자에 대한 사회적 낙인, 가해자 불처벌을 정상화하는 결과를 낳고 있다.
13. 가해자 불처벌을 초래하는 모든 구조적, 규범적, 정책적 요인을 해결하는 데 실패한 정부는 이제 수많은 여성 행진과 시위, 여성인권운동, 미투운동, 강간에 대한 침묵을 깨뜨리는 시민사회운동으로 문제제기를 받고 있다. 예를 들면 칠레¹³⁾, 스페인¹⁴⁾, 인도¹⁵⁾ 사례가 있다.
14. 최근 시민사회단체가 발표한 강간에 관한 보고서도 국가 및 국제 차원의 법률, 정책 및 관행의 단점을 강조했다. 예를 들면 이퀄리티나우는 강간 관련 법률의 주요 격차에 관한 개요를 발표했다.¹⁶⁾ 국제앰네스티는 국제형사재판소에 관한 권고 사항과 유럽 상황에 관한 개요를 발표했다.¹⁷⁾ 아시아-태평양 지역 국제여성권리행동감시단은 국가법에 반영된 인권 기준에 주목했다.¹⁸⁾ 변화를위한자매들은

11) (웁긴이 주) 피해자 등 고소권자가 고소하는 경우에만 공소를 제기할 수 있는 범죄를 ‘친고죄’라고 한다. 한국은 2013년 6월 19일 성폭력 범죄에 대한 친고죄 조항을 폐지했다.

12) (웁긴이 주) Attrition rates. 소모율은 수사 및 기소 각 단계에서 불송치·불기소 등으로 사건이 종결되는 비율을 뜻한다.

13) 칠레 그룹 Las Tesis의 노래 “Un violador en tu camino” (“이대로 가면 당신은 강간범 A rapist in your path”)은 전 세계적 구호가 되었다.

14) 2016년 18세 여성을 집단 강간한 라 마나다(늑대떼) 성폭력 사건은 스페인 법률이 강간 정의를 개정하는 계기가 되었다.

15) 2012년 23세 여성이 버스에서 집단 강간 후 살해당한 사건은 격렬한 시위와 법률 개정으로 이어졌다.

16) Equality Now, The World’s Shame: The Global Rape Epidemic – How Laws Around the World Are Failing to Protect Women and Girls from Sexual Violence (2017).

17) Amnesty International, “Rape and sexual violence: human rights law and standards in the International Criminal Court” (2008) 그리고 “Right to be free from rape: overview of legislation and state of play in Europe and international human rights standards” (2018).

18) International Women’s Rights Action Watch Asia Pacific, Addressing Rape as a Human Rights Violation: The Role of International Human Rights Norms and Instruments (Kuala

영연방 전역의 배우자 강간 및 성폭력 범죄화에 관한 보고서를 작성했다.¹⁹⁾

15. 많은 유엔 및 지역 인권기구가 여성에 대한 폭력에 적용할 수 있는 기준이 되는 중요한 지침을 제공했지만, 강간을 전체적·구체적으로 인권침해로서 다루는 주제 보고서는 없었다. 이에 비추어 볼 때, 그리고 (비록 국가 차원에서는 일반적으로 보수적인 형법에 필요한 법적 변화가 아직 뒤따르지 않고 있지만) 강간 및 성폭력에 대한 대중의 거부감과 전반적인 인식 변화를 고려할 때, 특별보고관은 이 보고서에서 강간을 인권침해로 다루고, 이를 방지하고 근절해야 하는 국가의 책임을 중점에 두기로 했다.
16. 비록 이 보고서에서 특별보고관이 제시하는 권고 사항 중 많은 부분은 다른 성폭력 유형의 범죄화 및 기소에도 마찬가지로 적용되지만, 이 보고서는 강간을 그 밖의 성폭력 유형과 구별하고 그 구성요건을 정의하고 있는 국제 차원의 발전을 반영하기 위해 특별히 강간에 초점을 맞췄다. 일부 국가는 강간을 이전의 좁은 정의에서 성폭력의 한 유형으로 확장하여 범죄화하고 있다. 그러나 관련 용어들의 차이는 강간 정의, 범죄화, 기소 등 강간의 구성요건 단일화를 위한 각 법의 비교에 장애가 되지 않는다. 이 보고서는 강간에 초점을 맞추므로써, 강간을 정의하는 구성요건을 그와 마찬가지로 중요한 다른 형사법 규정(감정 사유, 공소시효, 성적 동의 연령 그리고 피해자/생존자 보호에 관한 형사 절차 규정 등)과 연결한다. 이는 실질적인 강간 범죄화에 필요한 법적 체계와 밀접하게 관련된 규정들을 다루기 위해서다.
17. 이 보고서를 준비하기 위해, 특별보고관은 2020년 5월 27일 이퀄리티나우와 공동으로 온라인 전문가그룹 회의를 진행했다. 회의 결과로 발표된 보고서는 강간을 중대하고 체계적인 인권침해이자 여성에 대한 젠더기반폭력으로 다루며, 이 보고서를 보완한다.²⁰⁾
18. 현재 국가법에서 강간을 어떻게 범죄화하고 있는지 정보를 수집하기 위해 특별보고관은 2020년 4월 9일 국가와 그 밖의 이해관계자에게 설문지를 배포했다.²¹⁾ 대중에게 공개할 수 있는 정보와 함께 제출된 207개 응답은 강간에 관한 국제 인권 기준과 국가의 의무 사이에 의미심장한 격차가 있음을 드러냈다.²²⁾
19. 이 보고서에서 특별보고관은 국제법적 기준에 따라 강간을 실질적으로 그리고 성

Lumpur, 2007).

19) Sisters For Change, *The Criminalisation of Marital Rape and Intimate Partner Sexual Violence across the Commonwealth* (London, 2019).

20) http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/SR/Call_on_Rape/EGM_EN-SR_Report.pdf 참조.

21) 설문지와 응답은 <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Women/SRWomen/Pages/SRVAW.aspx> 에서 확인할 수 있다.

22) 특별보고관은 모든 응답자(대부분 설문지를 넘어서는 응답을 제출해주었다)와 보고서 초안에 의견을 준 크리스틴 친킨과 제인 코너스에게 큰 감사를 드린다.

실하게 예방, 범죄화, 기소하고, 이를 평시와 분쟁 시 모두에 적용해야 할 국가의 책임을 다음과 같이 다루고 있다.

- (a) 피해자 중심적 접근을 기반으로 실질적인 강간 범죄화 및 기소에 필요한 적용 가능한 국제 인권과 형법 기준에 관한 개요를 제공한다.
- (b) 강간에 관한 국가 형법 및 관행을 국제 기준에 따라 검토하고 단일화하는 과정을 지원하고 장려한다.
- (c) 강간 범죄화 및 기소에 관한 권고 사항을 제시한다. 이는 「강간에 관한 모범적 입법을 위한 프레임워크」와 공동으로 국가법을 국제 기준과 비교하고 조율하는 단일화 도구를 제공하기 위함이다.

II. 강간에 관한 국제법적 체계

A. 국제인권법의 발전

20. 국제인권법은 다음 세 가지 주요 개념을 통해 강간을 인권침해로 구성하는 점진적 절차를 밟아왔다. (a) 「여성차별 금지를 위한 프레임워크」에 따른 여성과 여아에 대한 젠더기반폭력의 한 유형, (b) 「고문에 관한 프레임워크」에 따른 고문, (c) 인신매매, 아동매매, 노예화, 강제 결혼, 조혼 및 아동 결혼 등 그 밖의 인권 침해. 강간은 다양한 인권을 침해한다. 예를 들면 신체의 통합성(integrity)에 관한 권리, 자율성 및 성적 자율성에 관한 권리, 사생활에 관한 권리, 가장 높은 수준의 신체 건강 및 정신 건강을 누릴 권리, 여성이 법 앞에 평등할 권리, 폭력 및 차별, 고문, 그 밖에 잔인하거나 비인간적인 대우로부터 자유로울 권리 등이 있다.
21. 여성차별철폐위원회는 「여성에 대한 폭력에 관한 일반권고 19호(1992)」에서 강간을 여성에 대한 차별 및 젠더기반폭력의 한 유형으로 명확하게 언급했고, 강간이 가정에서 발생하는 여성에 대한 폭력의 한 유형이라는 사실에 주목하게 했다.
22. 「여성폭력철폐선언」²³⁾은 여성에 대한 폭력의 정의를 최초로 규정한 전 세계적 국제 법률문서로, 제2조 폭력의 유형에 ‘강간’과 ‘배우자 강간’을 포함하고 있다.
23. 1993년 「비엔나 선언 및 행동계획」²⁴⁾은 여성에 대한 폭력 근절은 국가의 인권 의무이며, 무력분쟁 시 강간 및 성폭력은 국제인도법과 국제인권법의 기본 원칙

23) (웁긴이 주) 1993년 12월 20일 유엔 총회에서 채택한 결의안.

24) (웁긴이 주) 1993년 6월 14일부터 25일까지 열린 비엔나 세계인권회의에서 채택한 결의안.

을 위반한다는 점을 명시했다. 이에 따라 분쟁 시 폭력에 적용하는 국제인도법과 평시 강간에 적용하는 국제인권법을 구분하는 관행에 의문을 제기했다.

24. 1995년 「베이징 선언 및 행동강령」²⁵⁾은 강간을 가정 및 사회에서 발생하는 폭력의 한 유형으로 인식했고, 분쟁 시 체계적으로 실행되는 강간을 고의적인 전쟁 도구이자 전쟁 범죄로 여겼다.
25. 지역적 차원에서는 1994년 「여성에 대한 폭력 예방, 처벌 및 근절을 위한 미주협약(벨렘 도 파라 협약)」이 여성에 대한 폭력을 최초로 다룬 국제조약이다. 이 조약은 강간이 가정 및 사회 모두에서 발생하는 폭력의 한 유형임을 확인했다.
26. 2003년 「아프리카 여성의 권리에 관한 인권 및 민권에 관한 아프리카 헌장 의정서(마푸토 의정서)」는 당사국이 여성에 대한 폭력을 범죄화하는 법률을 제정하도록 의무화했다. 제4조 (2)항에 따르면, 당사국은 공적이든 사적이든 원치 않는 성관계와 강제적 성관계를 포함한 모든 유형의 여성에 대한 폭력을 금지하는 법률을 제정하고 집행해야 한다. 또한, 제14조 (2)항 (c)호에 따르면, 당사국은 여성이 강간으로 임신한 경우 의료적 임신중지를 할 권리를 부여하여 여성의 재생산권을 보장할 의무가 있다. 2017년 아프리카인권및민권위원회는 아프리카에서 발생하는 성폭력과 그 결과를 방지하기 위해 위와 같은 지침을 채택했다.
27. 여성에 대한 폭력 및 그 원인과 결과에 관한 특별보고관의 임무는 1994년에 확립됐다.²⁶⁾ 인권침해로서 오로지 여성에 대한 폭력 및 그 원인과 결과에만 초점을 맞추는 임무를 최초로 맡은 인권기구였다. 1995년 인권위원회에 임무 보유자가 제출한 첫 보고서는 강간을 여성에 대한 젠더기반폭력의 한 유형으로 인정했다.²⁷⁾ 이전의 특별보고관은 동의를 강간과 성관계를 구분하는 법적 기준으로 보았다.²⁸⁾ 그는 강간, 특히 배우자 강간의 범죄화 및 기소에 관한 주요 우려 사항을 제시했고, 동의 없음을 기준으로 강간을 정의하고 모든 유형의 삽입을 포함하도록 범위를 확장할 것을 권고했다. 또한, 그는 피해자의 고소를 입증하기 위한 증거의 요건, 강간을 기소하는 기준(재판 중 피해자의 성적 이력²⁹⁾ 사용 기준과 2차 피해 방지 방법 포함), 강간의 형량 등을 검토했다.³⁰⁾
28. 지난 25년 동안 연이은 임무 보유자들은 보고서를 통해 강간죄 규정의 단점을 정기적으로 다뤘다.³¹⁾ 예를 들어 네팔에서 특별보고관은 강간 기소에 관한 권

25) (웁킨이 주) 1995년 9월 4일부터 15일까지 유엔 창립 50주년을 맞아 중국 베이징에서 열린 제4차 세계여성대회에서 채택한 결의안. 줄여서 ‘북경행동강령’이라고 부르기도 한다.

26) 유엔 인권위원회 1994/45.

27) E/CN.4/1995/42.

28) E/CN.4/1997/47, 단락 36.

29) (웁킨이 주) 성적 이력 또는 성 이력은 성적 경험, 행동, 평판, 병력, 성폭력 고소 또는 성매매 관련 기록 등을 뜻한다.

30) E/CN.4/1999/68.

31) 임무 보유자들은 사우디아라비아처럼 강간을 범죄화하지 않은 나라들에 강간을 범죄화할 것을

고를 확대하여 강간 기소를 불가능하게 하는 엄격한 공소시효를 검토할 필요성까지 다뤘다.³²⁾ 한편, 특별보고관은 강간으로 임신했을 때 임신중지를 금지하거나 강요하는 규제가 여성에 대한 차별임을 밝히고, 아르헨티나와 에콰도르에 강간으로 임신한 경우 임신중지를 합법화할 것을 권고했다³³⁾.

29. 다른 특별 절차에 따른 임무 보유자와 인권조약기구들도 여러 개인통보³⁴⁾ 및 조사에 관한 결정에서 강간죄 규정의 단점을 더욱 구체화하는 판단을 내렸다. 고문 방지위원회와 인권위원회 모두 강간을 고문으로 인정했다.³⁵⁾
30. 지역 및 국제 인권기구는 강간을 범죄화 및 기소해야 하는 국가 의무의 구체적인 특성을 밝혔고, 특정 강간 사건에 관한 판례의 발전을 통해 더 많은 진전이 이루어졌다. 지역적 차원에서는 미주인권위원회가 「고문 방지 및 처벌에 관한 미주협약」에 따라 강간을 고문으로 규정했고, 이후 「미주인권협약」에 따라 강간의 개념을 고문이자 여성의 사생활에 관한 권리 침해로 발전시켰다.³⁶⁾ 미주인권재판소는 판례를 통해 국가 및 비국가 행위자³⁷⁾에 의한 성폭력은 고문으로 간주될 수 있다고 밝혔다.³⁸⁾
31. 이와 유사하게 유럽인권재판소는 강간을 폭력으로 규정하는 「유럽인권조약」 제3조(고문금지)와 제8조(사생활과 가정생활을 존중받을 권리)를 존중하는 첫 결정으로, 2003년 역사적인 사건인 M.C. 대 불가리아(M.C. v. Bulgaria)³⁹⁾ 사건 판결에서 강간 정의를 다루었다. 재판부는 실질적인 강간 수사 및 처벌을 위한 형법 규정을 제정해야 하는 국가의 명확한 의무를 밝혔다. 또한, 재판부는 실질적인 강간 범죄화를 위해 충족해야 하는 기준에 관하여 어떤 진보적 동향이 있는지 확인할 목적으로 형법상 강간 정의에 관한 국내 및 국제 대상 설문 조사를 진행

촉구했다. (A/HRC/11/6/Add.3)

32) A/HRC/41/42/Add.2.

33) A/74/137 및 A/HRC/44/52/Add.2 참조

34) (울긴이 주) individual communications. 개인통보는 국가가 국제 인권 기준 또는 인권 조약에서 인정하는 개인의 권리와 기본적 자유를 침해한 경우, 개인이 개인통보제도에 따라 국제적 기관에 권리 구제를 요청하는 것을 뜻한다.

35) Committee against Torture, general comment No. 2 (2007); Human Rights Committee, general comment No. 28 (2000).

36) Inter-American Commission on Human Rights, Martín de Mejía v. Peru, Report No. 5/1996, Case No. 10.970, Merits, 1 March 1996; 그리고 Ana, Beatriz and Celia González Pérez v. Mexico, Report No. 53/2001, Case No. 11.565, Merits, 4 April 2001 참조.

37) (울긴이 주) non-State actors. 국제 관계에 영향을 미치는 국가 이외의 행위 주체. 국제기구, 비정부기구, 초국적 기업, 국제 테러단체, 국제 무기 암거래 조직 등이 이에 속한다.

38) Inter-American Court of Human Rights, Rosendo Cantú et al. v. Mexico, Judgment, 31 August 2010; and López Soto et al. v. Venezuela, Judgment, 26 September 2018 참조.

39) (울긴이 주) 1995년 만 14세인 피해자가 두 남성에게 강간을 당했다고 신고했으나, 불가리아 검찰이 강제로 성관계를 했다는 증거가 불충분하다는 이유로 불기소하고 이에 불복하는 피해자의 항고와 재항고도 기각하자, 이러한 결정이 「인권과 기본적 자유의 보호를 위한 협약(유럽 인권 조약)」에 따른 피해자의 권리를 침해했다고 보아 1997년 피해자가 불가리아 정부를 상대로 유럽인권재판소에 재판을 청구한 사건.

했다. 그 결과 동의 없음을 강간 및 성학대의 필수요건으로 여기는 전 세계적 추세에 주목했고, 이러한 범죄를 기소할 때 물리적 저항을 입증하도록 요구하는 등 어떤 방식으로든 엄격하게 접근하면, 특정 유형의 강간을 처벌하지 않고 남겨둘 위험이 있고 실질적인 개인의 성적 자율성 보호를 위태롭게 한다고 설명했다. 유럽인권재판소는 피해자의 동의 없는 모든 유형의 삽입을 강간으로 정의하고, “동의를 주변 상황의 맥락을 고려하여 판단했을 때 개인이 자유 의지에 따라 자발적으로 한 것이어야 한다(consent must be given voluntarily, as a result of the person’s free will, assessed in the context of the surrounding circumstances).” 라고 판단했다.⁴⁰⁾

32. 고문방지위원회는 공무원이 저질렀거나 공무원의 선동으로, 공무원의 동의 또는 묵인하에 발생한 강간은 고문이라는 관점에 따라 판례를 발전시켰다.⁴¹⁾
33. 여성차별철폐위원회는 2010년 채택한 역사적인 강간 사건인 베르티도 대 필리핀 (Vertido v. Philippines)⁴²⁾ 사건에 대한 결정에서, 강간에 관한 신화 및 고정관념이 공정한 재판에 관한 피해자의 권리에 영향을 미쳤다고 판단했다.⁴³⁾ 특히 이 사건 재판관은 피해자의 성격과 행동에 초점을 맞추고, 피해자가 신체적으로 저항한 증거가 없음을 동의의 표현으로 보았다. 위원회는 신빙성 있는 강간 신고를 위해 피해자에게 신체적 저항을 요구해서는 안 된다고 밝혔다.
34. 여성차별철폐위원회는 필리핀에 동의 없음을 중심으로 강간을 정의하기 위한 입법을 검토한 후, “명백하고 자발적인 동의” 여부를 구성요건으로 하고 피고인이 고소인/생존자의 동의 여부를 확인하기 위해 어떤 조치를 했는지 입증하도록 하거나, “강제적 상황”에서 발생한 행위를 구성요건으로 하되 광범위한 강제적 상황을 포함하도록 성폭력의 정의를 입법할 것을 권고했다.
35. 이러한 법적 진보는 2011년 채택된 「여성에 대한 폭력과 가정폭력 방지 및 근절을 위한 유럽평의회 협약(이스탄불 협약)」에 활용되고 법문화되었으며 더욱 발전했다.⁴⁴⁾ 「이스탄불 협약」은 최초로 강간을 비롯한 성폭력에 대한 법적 구속력 있

40) European Court of Human Rights, *M.C. v. Bulgaria*, Application No. 39272/98, Judgment, 4 December 2003, 단락 163 및 단락 166.

41) *V.L. v. Switzerland* (CAT/C/37/D/262/2005) 그리고 *C.T. and K.M. v. Sweden* (CAT/C/37/D/279/2005) 참조.

42) (울진이 주) 1996년 필리핀 다바오시 상공회의소 직원인 피해자가 전 상공회의소 회장에게 강간을 당했다고 신고했으나, 다바오시지방법원이 8년간 재판을 미룬 끝에 피해자가 제대로 저항하지 않았다는 이유로 1심 무죄 판결을 선고하자, 국가가 「여성차별철폐협약」에 따른 피해자의 권리를 침해했다고 보아 2007년 피해자가 여성차별철폐위원회에 개인통보제도를 통한 권리 구제를 청구한 사건.

43) CEDAW/C/46/D/18/2008.

44) Dubravka Šimonović, “Global and regional standards on violence against women: the evolution and synergy of the CEDAW and Istanbul Conventions”, *Human Rights Quarterly*, vol. 36, No. 3 (August 2014), pp. 590–606 참조.

는 정의를 포함하고 있다. 제36조에 따르면, 당사국은 고의로 타인의 질, 항문 또는 구강 등 신체의 일부에 동의 없이 신체의 일부 또는 다른 물건을 삽입하는 성적 유형의 행위를 범죄화해야 한다. 이 조항도 “동의를 주변 상황의 맥락을 고려하여 판단했을 때 개인이 자유 의지에 따라 자발적으로 한 것이어야 한다.”라고 규정한다. 또한, 당사국은 성폭력 범죄 규정을 전/현 배우자 및 친밀한 관계를 대상으로 하는 행위에도 적용하고 이를 국내법이 인정하도록 보장해야 한다. 협약을 설명하기 위한 보고서가 강조한 것처럼 이와 같은 정의는 피해자의 신체적 저항이 없는 경우를 포함하여 모든 동의 없는 성행위를 범죄화하고 실질적으로 기소할 목적으로 확립됐다.

36. 2017년 여성차별철폐위원회는 특별보고관과 공동으로 준비한 「여성에 대한 젠더 기반폭력에 관한 일반권고 35호(2017)」를 채택했다. 여성차별철폐위원회와 특별보고관은 특히 당사국에 강간을 신변 안전 및 신체적·성적·정신적 통합성(integrity)의 권리를 침해하는 범죄로 특징짓고, 배우자 강간을 포함하며, 강간 정의를 동의 없음을 기준으로 규정하고 강압적인 상황을 고려하도록 보장할 것을 권고했다. 「일반권고 35호」는 또한 어떤 형태로든 시간제한⁴⁵⁾이 존재한다면 피해자가 범죄를 신고하지 못하게 하는 상황들을 고려해야 하며, 강간은 고문이나 마찬가지로 임을 밝혔다.

B. 국제인도법과 국제형사법의 발전

37. 인류 역사를 통틀어 강간은 분쟁에서 불가피한 부분으로 여겨졌고, 그 결과 사회적으로든 법적으로든 전쟁의 속성이자 도구로 받아들여졌다. 제2차 세계대전 이후 채택된 「국제군사재판소(이하 ‘뉘른베르크 재판소’) 헌장」은 강간을 전쟁 범죄 또는 인도에 반한 죄로 인정하지 않았다. 이는 분쟁 시 강간이 뉘른베르크 재판소에서 고려해야 하는 중요하고 명확한 범죄로 인지되지 않았음을 보여준다. 이와 유사하게 「극동국제군사재판소(이하 ‘도쿄 재판소’) 헌장」도 강간을 전쟁 범죄 또는 인도에 반한 죄로 명시하지 않았다. 도쿄 재판소가 선고한 판결에 따르면 난징시에서 점령 첫 달 동안 발생한 강간 건수가 거의 20,000건에 달하는데 말이다.⁴⁶⁾
38. 국제인도법에 따른 주요 법적 발전은 1949년 「전시에 있어서의 민간인의 보호에 관한 1949년 8월 12일자 제네바협약(제4협약)」⁴⁷⁾이 채택되었을 때 이루어졌다.

45) (웁킨이 주) 고소기간, 공소시효 등을 말한다.

46) 전 특별보고관은 일본 정부에 제2차 세계대전 동안 일본에 존재했던 “위안부” 제도에 대한 법적 책임을 질 것을 권고했다. (예를 들면 E/CN.4/1996/53/Add.1 및 Corr.1 참조).

47) (웁킨이 주) 대한민국은 1966년 8월 16일 「제4협약」에 일부 조항은 유보하며 가입했고, 같은 날

강간은 제27조에 따라 명시적으로 금지됐다. 제27조는 “여성은 명예에 대한 모든 침해로부터 특별히 보호받아야 한다. 특히 강간, 강제 성매매, 또는 모든 유형의 성적 폭력으로부터 보호받아야 한다.”라고 규정했다. 비록 이 조항은 강간죄를 국제인도법 위반으로 보게 하는 중요한 진전을 이루었지만, 이 조항의 문구는 성폭력을 사람 및 사람의 신체적 통합성(integrity)을 침해하는 범죄가 아닌 여성의 도덕을 침해하는 범죄로 바라보는 가부장적 관점을 반영하고 있다.

39. 1977년 채택된 「1949년 8월 12일자 제네바 협약에 대한 추가 및 국제적 무력충돌의 희생자 보호에 관한 의정서(제I의정서)」⁴⁸⁾는 「제4협약」 제27조를 대부분 반복하지만 “명예”라는 단어는 생략했다. 제75조는 그중에서도 “성별”에 근거한 모든 차별을 금지하고, 민간인이든 군사 요원이든 상관없이 “개인의 존엄성에 대한 잔학 행위, 특히 굴욕적이고 모욕적인 대우, 강제 성매매 및 모든 유형의 성적 폭력”을 포함한 행위를 금지한다. 「1949년 8월 12일자 제네바 협약에 대한 추가 및 비국제적 무력충돌의 희생자 보호에 관한 의정서(제II의정서)」⁴⁹⁾ 제4조는 “개인의 존엄성에 대한 잔학 행위, 특히 굴욕적이고 모욕적인 대우, 강간, 강제 성매매 및 모든 형태의 성적 폭력”을 금지한다.
40. 그다음으로 중요한 법적 발전은 1993년과 1994년에 이루어졌다. 두 임시 국제전범재판소가 설립되면서 분쟁의 맥락에서 발생한 강간을 인도에 반한 죄로 인정하는 것이다. 1993년 5월, 안전보장이사회 결의안 827호(1993)에 따라 구유고슬라비아 국제재판소가 설립됐다. 이때 안전보장이사회는 사상 최초로 분쟁 시 강간을 공식적으로 규탄했다.
41. 이듬해인 1994년 르완다 국제형사재판소가 설립됐다. 두 법원은 각 법령에 따라 강간에 관한 명시적인 재판권을 가졌다. 구유고슬라비아 국제재판소는 제5조 (g)항에서, 르완다 국제형사재판소는 제3조 (g)항에서 강간을 인도에 반한 죄에 따른 별도 규정으로 범죄화했다. 그러나 강간 정의는 빠져 있었다.
42. 구유고슬라비아 국제재판소의 첫 검사에 따르면, “강간을 전쟁 범죄로 기소할 때 우리가 직면하는 실질적 문제 중 하나는 그 범죄의 정의가 없다는 것이다.”⁵⁰⁾
43. 당시 국제법은 강간 정의를 규정하지 않았으므로 국제재판소들의 판례가 국제 범죄로서 강간 정의를 규정하는 역할을 했다. 강간을 인도에 반한 죄로 판단한 첫 강간 판결은 1998년 르완다 국제형사재판소가 선고한 검찰 대 아카예수

조약 제218호로 발효했다.

48) (웁킨이 주) 대한민국은 1982년 1월 15일 「제I의정서」를 일부 조항은 유보하며 비준했고, 1982년 7월 15일 조약 제778호로 발효했다.

49) (웁킨이 주) 대한민국은 1982년 1월 15일 「제II의정서」를 유보 없이 비준했고, 1982년 7월 15일 조약 779호로 발효했다.

50) Richard J. Goldstone, “Prosecuting rape as a war crime”, Case Western Reserve Journal Of International Law, vol. 34, No. 3 (2002), p. 283.

(Prosecutor v. Akayesu)⁵¹⁾ 사건 판결이었다.⁵²⁾ 재판부는 강간을 인도에 반한 죄로 판단하며 피고인에게 유죄를 선고했고, 더 나아가 아카예수에서 목인되고 장려된 강간은 제노사이드 범죄에 해당한다고 판결했다. 또한, 르완다 국제형사재판소는 강간 및 성폭력을 구성하는 행위는 “피해자가 신체적·정신적 피해 모두로 고통받기 때문에” 피해자에게 피해를 주는 최악의 방법이라고 판단했다.⁵³⁾

44. 이 사건에서 르완다 국제형사재판소는 국제법상 일반적으로 받아들여지는 강간죄의 정의가 없음을 인정하고, 강간을 “강압적 상황에서 사람에게 저지르는 성적 유형의 신체적 침해”로 정의했다. 재판소는 강압적 상황을 판단할 때 물리적 폭력을 입증하는 증거는 필요하지 않다고 강조했다.⁵⁴⁾ 강압적 상황에는 위협 및 협박, 강요, 그 밖에 두려움 또는 자포자기를 노리는 유형의 강압이 포함될 수 있다. 무력분쟁 또는 인테라함웨⁵⁵⁾ 주둔군 가운데 놓인 투치족 여성 난민의 상황처럼 특정 상황은 강압을 내재할 수 있다.⁵⁶⁾
45. 이와 유사하게, 구유고슬라비아 국제재판소는 1998년 검찰 대 푸룬드지야 (Prosecutor v. Furundžija)⁵⁷⁾ 사건 판결을 통해 국제 범죄의 맥락에서 강간을 범죄화하는 중요한 진전을 이루었다.⁵⁸⁾ 당시 재판소 규정은 강간을 인도에 반한 죄로만 명시하고 있었으나, 이 사건 피고인은 제네바 협약 공통규정 제3조를 위반하는 강간 혐의로 기소됐다. 이 사건 판결에서 재판소는 강간을 제네바 협약의 중대한 위반이자 전쟁에 관한 법률 또는 관습 위반으로 기소할 수 있다고 판단했다. 이러한 판결에 따르면, 제네바 협약을 비준한 모든 당사국은 강간을 저질렀다고 의심되는 사람을 제네바 협약의 중대한 위반으로 기소할 의무가 있다.⁵⁹⁾ 또 다른 진전은 재판소가 관련 국가의 강간 정의에서 벗어나 강제적 구강성교도

51) (윤진이 주) 1994년 르완다 내전에서 다수 민족인 후투족이 소수 민족인 투치족을 무차별적으로 강간, 고문, 살해한 ‘르완다 제노사이드’에 대하여, 르완다 국제형사재판소가 전 르완다 타바 시장 장 폴 아카예수를 전범 재판하고 국제형사재판소 사상 최초로 제노사이드, 인도에 반한 죄(강간) 등의 혐의를 인정하며 유죄 판결을 선고한 사건. ‘르완다 제노사이드’에서 후투족 민병대는 불과 100일이라는 기간 동안 투치족과 일부 온건한 후투족 등 110만 명을 학살했고, 투치족 여성 25만~50만 명을 강간했다.

52) International Criminal Tribunal for Rwanda, Prosecutor v. Akayesu, Case No. ICTR-96-4-T, Judgment, 2 September 1998

53) 같은 글, 단락 731.

54) 같은 글, 단락 686 및 단락 688.

55) (윤진이 주) Interahamwe. 인테라함웨는 ‘르완다 제노사이드’를 실행한 후투족 민병대를 뜻한다.

56) 같은 글, 단락 688.

57) (윤진이 주) 1993년 보스니아 내전에서 당시 크로아티아(가톨릭계) 국방위원회 소속 특수 부대의 사령관 안토 푸룬드지야가 보스니아(이슬람계) 마을을 공격하고 이슬람교도를 집단 학살하며, 정보를 얻으려는 의도로 여성들을 체포하여 심문하면서 부하들이 보스니아 여성을 나체로 심문하고 강간하는 장면을 목격하고도 이를 묵인하였다는 전쟁 범죄(강간 방조) 혐의로 구유고슬라비아 국제재판소에서 전범 재판을 받은 사건.

58) 구유고슬라비아 국제재판소 1998.12.10. 선고 Prosecutor v. Furundžija, Case No. IT-95-17/1-T 판결 참조.

59) 현재 제네바 협약 당사국은 유엔 회원국, 팔레스타인, 쿡 제도를 포함한 196개 국가이다.

강간에 해당한다고 판결했다는 점이다.⁶⁰⁾

46. 강간을 정의하는 요건에 관하여, 구유고슬라비아 국제재판소는 3년 후인 2001년 검찰 대 쿠나락 외(Prosecutor v. Kunarac et al.)⁶¹⁾ 사건 판결에서 또 다른 기준점을 제공했다. 이 사건 피고인은 제네바 협약 공통규정 제3조 위반 및 인도에 반한 죄로서 강간 혐의로 기소됐다.⁶²⁾
47. 이 사건 재판부는 국제인도법이나 재판소 규정에 강간죄의 구체적 정의가 없다는 점에 주목했고, 강간죄의 구성요건을 밝히는 기본 원칙을 조사했다. 이 조사에 따르면, 국제법상 강간죄를 구성하는 범죄 행위는 피해자의 동의 없이 발생하는 아래와 같은 성적 삽입으로 이루어졌다. 아무리 경미한 수준이라도 (a) 피해자의 질 또는 항문에 가해자의 성기 또는 가해자가 사용하는 다른 물건을 삽입하는 행위, 또는 (b) 피해자의 구강에 가해자의 성기를 삽입하는 행위. 성적 삽입에 대한 동의는 주변 상황의 맥락을 고려하여 판단했을 때 피해자가 자유 의지에 따라 자발적으로 한 것이어야 한다. 성적 삽입을 하려고 의도했고 그 성적 삽입이 피해자의 동의 없이 발생했다는 점을 인지하고 있다면 범죄의 고의가 성립한다.⁶³⁾ 재판부는 강간이 피해자의 진정한 자유의사에 반하거나 합의하지 않은 성적 삽입으로 이루어진다고 판단했다.⁶⁴⁾ 따라서 동의 없음은 강간죄를 정의하는 핵심 요건으로 인정되었다.
48. 항소심에서 항소인들은 강간죄의 기본 요건은 동의 없음이 아니라 강요(coercion) 또는 유형력 행사라고 주장했다. 항소심 재판부는 유형력 또는 유형력 행사 협박(threat of force)은 동의 없음을 보여주는 명확한 증거이지만 유형력 자체가 강간의 요건은 아니라는 이유로 항소인들의 주장을 기각했다.⁶⁵⁾ 재판소는 그러므로 동의 없음 자체가 국제형법에 따른 강간죄의 구성요건이라고 밝혔다.
49. 국제 범죄로서 강간의 구성요건을 정의한 점에 더하여, 두 재판소가 따르는 절차 및 증거에 관한 규칙은 성인지 감수성을 가지고 피해자 중심으로 강간을 처벌하기 위한 중요한 규정들을 포함하고 있다.

60) 구유고슬라비아 국제재판소 1998.12.10. 선고 Prosecutor v. Furundžija 판결, 단락 183.

61) (웁긴이 주) 1992년부터 1993년까지 보스니아 내전에서 세르비아군 경찰부대 장교 드래고리유브 쿠나락은 “인종청소”를 목적으로 부대 전체를 “강간 부대”로 만들어서 비세르비아계 민간인을 조직적·전략적·체계적으로 강간하고 여성과 여아를 강제수용소 등으로 끌고 가 성노예화했다는 혐의로, 세르비아군 라도미르 코박과 조란 부코빅은 각각 보스니아 여성을 집단 강간한 혐의로, 구유고슬라비아 국제재판소에서 전범 재판을 받은 사건.

62) 구유고슬라비아 국제재판소 2001.02.22. 선고 Prosecutor v. Kunarac et al., Case No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T 판결 참조.

63) 같은 글, 단락 460.

64) 같은 글, 단락 440.

65) 구유고슬라비아 국제재판소 2020.06.12. 선고 Prosecutor v. Kunarac et al. 항소심 판결, 단락 129. 이 판결은 르완다 국제형사재판소 Prosecutor v. Gacumbitsi 판결 항소심에서 재확인됐다(르완다 국제형사재판소 2006.06.07. 선고 Prosecutor v. Gacumbitsi, Case No. ICTR-2001-64-A 항소심 판결 참조).

50. 규칙 제96조는 성폭력 피해자의 진술은 어떤 입증도 필요하지 않다고 규정한다. 특히 피해자의 과거 성적 이력은 증거로 제출할 수 없으며, 동의 여부에 관한 변호는 제한된다. 이는 강간에 관한 국제형사소송법에 중요한 진보를 이루었다.
51. 강간 범죄화 및 구성요건 정의에 관한 그다음 기준점은 1998년 「국제형사재판소에 관한 로마규정」⁶⁶⁾ 채택이다. 「로마규정」은 제21조 (3)항에서 재판소의 법률 적용 및 해석은 국제적으로 인정되는 인권과 일치해야 한다고 규정함으로써 국제인권법과의 중요한 연관성을 밝혔다. 강간, 성노예화, 강제 성매매, 강제 임신, 강제 불임 그리고 그 밖의 성폭력 유형은 제7조에 인도에 반한 죄로, 그리고 제8조에 국제적·비국제적 무력분쟁의 맥락에서 발생하는 전쟁 범죄로 열거되었다.⁶⁷⁾
52. 「로마규정」에 따른 범죄구성요건은 제7조 (1)항 (g)호와 관련하여 강간죄를 다음과 같이 정의한다.
- (a) 가해자가 피해자 또는 가해자의 신체 일부에 성기를 삽입하거나 피해자의 항문 또는 생식기에 물건 또는 신체 일부를 삽입하는 행위로 아무리 경미한 수준이라도 사람의 신체를 침해함.
- (b) 가해자가 피해자 또는 다른 사람에 대한 유형력, 유형력 행사 협박 또는 강요(예를 들어 폭력, 협박, 감금, 심리적 학대, 권력 남용에 대한 두려움을 이용하는 힘)를 사용하거나 강압적 환경을 악용하여 해당 침해 행위를 저질렀음. 또는 진정한 동의를 할 수 없는 사람에게 해당 침해 행위를 저질렀음.⁶⁸⁾
53. 이 정의는 “진정한 동의를 할 수 없는 사람”에 관한 두 번째 단락과 “자연적, 인위적 또는 나이에 따른 영향으로 행위 능력을 상실한 사람은 진정한 동의를 할 수 없다고 여겨진다.”라는 해당 단락 각주를 통해 동의를 명시적으로 언급한다. 이 각주는 인위적인 행위 능력 상실(예를 들면 술 또는 약물에 의한 결과)도 포함함으로써 행위 능력 상실의 해석을 넓힌다. 또한, 성적 동의 연령 미만 아동과 관련되는 나이에 따른 행위 능력 상실도 포함한다.
54. 이 정의는 비록 암시적으로 동의 없음을 포함하고 있으나, 동의 없음을 강간 정의의 주요 요건으로 고려할지 말지 각 사건의 법원이 결정하도록 남겨두고 있다는 점에서 비판받아왔다.⁶⁹⁾ 법원은 인권 기준에 따라 「로마규정」 조항들을 이행하도록 권고받는데, 인권 기준 또한 점진적으로 발전해왔다. 오늘날 인권 기준에 따르면 동의 없음을 강간의 가장 중요한 구성요건으로 포함할 필요가 있다.

66) (웁킨이 주) 대한민국은 2002년 11월 13일 「로마규정」을 유보 없이 비준했고, 2003년 2월 1일 조약 제1619호로 발효했다.

67) (웁킨이 주) 「국제형사재판소에 관한 로마규정」 제7조 제1항 사호 및 제8조 제2항 나호 22목 참조.

68) ICC-ASP/1/3 그리고 Corr.1, part II.B, art. 7 (1) (g)-1, 단락 1-2.

69) Eithne Dowds의 진술, 6-7쪽.

55. 2013년 4월, 「분쟁 시 성폭력 예방에 관한 선언」이 G8⁷⁰⁾에 채택됐고, 이후 150 개국에서 지지를 받았다. 이 선언을 통해 장관들은 무력분쟁 시 발생하는 강간 및 그 밖의 심각한 성폭력 유형은 전쟁 범죄이자 「제네바 협약」 및 「제I의정서」의 중대한 위반이며, 국가는 중대한 위반을 저질렀거나 명령했다는 혐의가 제기된 개인을 누구든지 국적과 상관없이 수색하고 기소할(또는 재판을 위해 신병을 넘겨줄) 의무가 있다고 밝혔다.⁷¹⁾

C. 안전보장이사회 결의안 1325호(2000)에 따른 강간에 관한 프레임워크의 발전

56. 안전보장이사회는 여성과 평화와 안보에 관한 결의안 1325호(2000)와 그에 따르는 9개 후속 해결책을 채택함으로써, 강간을 포함한 성폭력을 국제 평화 및 안보에 대한 위협으로 인식하고 무력분쟁 시 성폭력을 해결하기 위한 프레임워크를 마련했다.
57. 결의안 1820호(2008)에서 안전보장이사회는 강간 및 그 밖의 성폭력 유형은 전쟁 범죄, 인도에 반한 죄 또는 제노사이드를 구성하는 행위라고 언급하며, 분쟁 해결 과정의 맥락에서 성폭력 범죄에 관한 전쟁 중 불법 행위 면책 조항을 폐지할 필요성을 강조한다.
58. 결의안 1888호(2009)에서 안전보장이사회는 분쟁 시 성폭력을 해결하는 사무총장 특별대표를 임명하도록 요구했다. 이 결의안은 법치주의 및 분쟁 시 성폭력에 관한 전문가팀의 도움을 받아 이행됐다. 이 전문가팀은 안전보장이사회에 제출하는 사무총장 연례 보고서를 작성한다.
59. 안전보장이사회의 노력은 분쟁에 영향을 받는 국가들에서 강간 및 성폭력을 가시화하는 데 크게 기여했으나, 강간 가해자를 기소하고 만연한 불처벌과 맞서는 성과는 명백하게 부족했다. 이러한 성과 부족은 대상 국가들에 인권에 기반한 접근법이 부족한 점, 그리고 분쟁 이전부터 강간 범죄화에 관한 법적 결점이 존재했던 점과 관련이 있을 수 있다.
60. 분쟁과 관련된 성폭력에 대한 보고서의 맥락에서 사무총장이 추적 관찰한 19개 국가 중 17개 국가는 「여성에 대한 모든 형태의 차별 철폐에 관한 협약(여성차별철폐협약)」⁷²⁾을 비준했다.⁷³⁾ 반면 2개 국가(소말리아와 수단)는 아직 해당 협약

70) (웁킨이 주) Group of Eight의 약어. 세계 주요 8개국에 속하는 미국, 일본, 영국, 프랑스, 독일, 이탈리아, 캐나다, 러시아를 말한다.

71) www.un.org/ruleoflaw/blog/document/g8-declaration-on-preventing-sexual-violence-in-conflict 참조

72) (웁킨이 주) 대한민국은 1984년 12월 27일 「여성차별철폐협약」을 일부 조항은 유보하며 비준했고, 1985년 1월 26일 조약 제855호로 발효했다.

을 비준하지 않았다. 19개 국가 중 7개 국가(아프가니스탄, 보스니아, 헤르체고비나, 중앙아프리카공화국, 콜롬비아, 코트디부아르, 콩고 민주 공화국, 나이지리아)만 「로마규정」을 비준하여 분쟁 시 강간에 대한 공소시효 폐지를 수락했다. 반면 12개 국가는 아직 「로마규정」을 비준하지 않았다.⁷⁴⁾

61. 「로마규정」을 비준하지 않은 국가에 특별보고관이 설문지를 보내 응답받은 결과에 따르면, 오직 미얀마에만 평시 또는 분쟁 시 강간에 대한 공소시효가 없었다. 강간에 대한 공소시효는 만연한 가해자 불처벌의 원인이 된다.⁷⁵⁾
62. 예를 들어 특별보고관은 「로마규정」을 비준하지 않은 네팔에 방문했을 때, 사건 발생 1년 이내로 강간을 신고하도록 요구하는 공소시효 조항이 분쟁 중에 발생한 강간 사건 처벌을 불가능하게 한다고 비판하며 개정을 권고했다.⁷⁶⁾ 강간에 관한 인권 및 국제인도법, 국제형법 기준은 분쟁에 영향을 받는 국가와 상호 연결되어야 한다.
63. 안전보장이사회 및 분쟁에 영향을 받는 국가가 전반적인 인권 협약, 더 구체적으로는 「여성차별철폐협약」을 더 잘 활용하고 싶다면, 여성 분쟁 예방에 관해서는 「여성차별철폐위원회 일반권고 30호(2013)」를, 여성에 대한 젠더기반폭력에 관해서는 「여성차별철폐위원회 일반권고 35호(2017)」를 참고할 수 있다. 두 일반권고는 소말리아와 수단을 제외한 모든 국가에 적용할 수 있다. 강간은 평시와 분쟁 시 만연한 범죄이며, 관련 국가에서 강간을 범죄화 및 정상화하는 중에 이미 존재하는 결점을 해결하지 않는 한 분쟁 상황에서 강간을 성공적으로 해결할 수 없다.
64. 따라서 특별보고관은 분쟁 시 강간 및 성폭력을 예방하고 근절하기 위한 인권 기반 접근을 촉구한다. 이는 여성에 대한 차별 및 폭력에 관한 독립전문가 메커니즘 플랫폼도 권고한 사항이다.⁷⁷⁾ 또한, 특별보고관은 안전보장이사회 결의안 1888호(2009)에서 계획되었으나 실제로는 실현된 적 없는 특별보고관의 임무에 더 많은 협력을 촉구한다.

III. 강간 범죄화 및 기소에 관한 국가 간 격차와 이를 예방하기 위한 권고 사항

73) S/2020/487

74) 「로마규정」 제29조는 「로마규정」이 적용되는 범죄에 대한 공소시효를 금지한다.

75) 특별보고관은 19개 국가에 있는 유엔 현장에 정보를 요청했고, 콜롬비아, 리비아, 네팔, 나이지리아, 소말리아, 스리랑카, 수단, 시리아, 예멘으로부터 9개 응답을 받았다. 다른 출처도 고려하면, 부룬디, 중앙아프리카공화국, 코트디부아르를 제외한 총 16개 국가에서 응답을 받았다.

76) A/HRC/41/42/Add.2 참조

77) 해당 플랫폼이 2020.02.11. 발표한 성명 참조. www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/SR/Statement_conflict_prevention_ED_VAW_platform.pdf

65. 특별보고관은 강간 범죄화 및 기소에 관한 설문지에 전 지역에 걸쳐 105개 국가로부터 207개 응답을 받았다. 그중 46개는 정부, 19개는 국가인권기구, 142개는 시민사회단체, 국제기구, 학계 등 각기 다른 기관이 제출한 응답이었다.⁷⁸⁾
66. 이 섹션에서 특별보고관은 강간 범죄화 및 기소에 관한 여러 국가 간 격차를 간략하게 짚고, 적용할 수 있는 국제 기준을 강조하며, 국가법과 국제 기준을 단일화하기 위한 권고 사항을 규정한다.

A. 강간의 범위와 구성요건

1. 피해자 보호, 강간 행위 및 배우자 강간 제외

67. 역사적으로 강간은 오직 여성에 대한 질내삽입만을 범죄화하여 특정 성별에 국한된(gender-specific) 범죄였다. 오늘날 국제 인권 기준은 모든 사람에 대한 모든 유형의 삽입 행위를 포함하도록 강간 조항의 범위를 확장했다.
68. 모든 사람을 보호하는 방향으로의 변화는 각 국가에서도 일어나고 있다. 국가 대부분은 모든 사람을 보호하도록 성중립적으로(gender-neutral) 강간을 정의하고 있다. 그러나 국가 중 거의 3분의 1은 여전히 특정 성별에 국한된 범죄로 오직 여성 피해자만 보호하도록 강간을 정의하고 있다.⁷⁹⁾ 이런 국가는 보통 별도 형법 조항으로 여성 외 피해자를 보호하는데, 일부 국가는 남성과 남아에 대한 성폭력 범죄를 대체로 강간죄보다 가볍게 처벌한다.
69. 많은 국가가 국제 인권 기준에 맞춰 배우자 강간을 범죄화하고 있다. 그러나 국가 중 상당수는 범죄 규정에서 배우자 강간을 명시적으로 제외하고 있다. 역사적으로 국가들은 처음 강간을 범죄화할 때 배우자 강간을 제외했다. 이는 많은 식민지 법에서도 되풀이됐다. 이후 강간에 관한 국제 기준이 발전함에 따라 변화가 이루어졌지만, 모든 국가가 변화를 뒤따르지는 않았다. 오늘날 배우자 강간을 제외하는 법률은 이를 처음 제정한 국가에서는 개정됐으나 그 국가의 과거 식민지에서는 유지되고 있다는 역설적 상황에 있다. 영연방 국가 54개 중 거의 절반은

78) 설문지와 응답은 <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Women/SRWomen/Pages/SRVAW.aspx> 에서 확인할 수 있다. 이 섹션에서 제공하는 정보는 2020년 4월부터 12월까지 받은 응답을 토대로 작성됐다. 그 이후에 적용된 변화는 반영되지 않았을 수 있다.

79) 아르메니아, 아제르바이잔, 방글라데시, 불가리아, 쿠바, 키프로스, 조선민주주의인민공화국, 이집트, 가나, 인도, 인도네시아, 요르단, 카자흐스탄, 모로코, 미얀마, 네팔, 나이지리아, 파키스탄, 필리핀, 러시아, 스리랑카, 스위스, 시리아, 탄자니아, 짐바브웨.

여전히 배우자 강간 제외 규정을 폐지하기 위한 법 개정이 필요하다.⁸⁰⁾

70. 바하마, 방글라데시, 인도, 이라크, 요르단, 레바논, 말레이시아⁸¹⁾, 나이지리아, 사모아, 남수단, 스리랑카, 수단, 시리아를 포함한 많은 국가가 여전히 범죄 규정에서 배우자 강간을 제외하고 있다.
71. 예를 들어 인도에서는 강간죄에서 배우자 강간을 명시적으로 제외한다. 2013년 형법 (개정) 법률은 성폭력 범죄 규정에 관한 중요한 개정을 이루었으나, 배우자 강간 제외 규정은 유지했다. 한편, 합법적으로 헤어진 배우자에 의한 강간은 범죄화되 더 가벼운 징역형을 도입했다. 이와 마찬가지로 나이지리아는 형법 제 357조에 강간을 “여성 또는 여아에 대한 동의 없는 불법 성교”라고 정의하는데, 제6조에 “불법 성교”를 “남편과 아내 사이 이외에서 일어나는 육체관계”라고 정의한다. 이는 곧 강간죄 규정에서 배우자 강간을 명시적으로 제외된다는 뜻이다. 요르단은 형법 제292조에 따른 강간 조항을 “누구든지 강요, 협박 또는 속임수를 사용하여 아내 이외의 여성과 동의 없이 성관계를 한 사람”에게 적용한다. 레바논은 가정폭력으로부터 여성과 그 밖의 가족 구성원을 보호하는 2014년 법률 제 293호 제7조에 “배우자의 성관계할 권리”를 요구하기 위해 협박 또는 폭력을 사용하는 배우자의 행위를 범죄화하지만, 배우자 강간 그 자체는 범죄화하지 않는다. 네팔과 르완다 등 다른 국가는 배우자 강간을 범죄화하지만, 이를 처벌할 때 감형할 수 있다.
72. 특별보고관은 다음과 같이 권고한다.
 - (a) 강간에 관한 형법 조항은 어떤 유형이든 차별 없이 모든 사람을 보호해야 한다. 남성, 남아 및 다양한 성별로 정체화하는 사람(gender-diverse persons)에게도 법률을 적용해야 한다. 그러나 강간은 주로 여성과 여아에게 영향을 미치는 젠더기반폭력의 한 유형이므로, 성중립적 조항을 적용할 때는 성인지 감수성이 필요하다.
 - (b) 강간죄 규정은 배우자 또는 친밀한 관계에 의한 강간을 포함해야 한다. 국제 인권 기준에 반하여 범죄 규정에서 배우자 강간을 제외하는 모든 국가는 해당 조항을 긴급하게 폐지해야 한다.
 - (c) 강간죄 규정은 신체의 일부 또는 물건을 이용한 모든 유형의 성적 삽입을 아무리 경미한 수준이라도 포함하도록 명시해야 한다.

2. 동의 없음 그리고/또는 유형력 행사에 기반한 강간 정의 및 동의 연령

80) Sisters For Change, The Criminalization of Marital Rape 참조.

81) 같은 글.

73. 지난 30년 동안, 강간 정의에 동의 없음이 포함되도록 명문화하는 것은 강간의 핵심 구성요건으로 드러났다. 이는 「이스탄불 협약」 제36조, 구유고슬라비아 국제재판소 및 르완다 국제형사재판소의 판결, 그리고 어느 정도는 「로마규정」에 따라 규정되었으며, 「여성차별철폐위원회의 일반권고 35호(2017)」(단락 29 (e))에서 상세하게 설명되었다. 2019년 11월, 여성에 대한 차별 및 폭력에 관한 독립전문가 메커니즘 플랫폼은 “동의 부재(Absence of consent)는 강간을 정의하는 세계적 기준이 되어야 한다.”라는 성명을 발표했다.
74. 제출된 내용에 따르면, 많은 국가가 동의 없음에 기반하여 강간을 정의하고 있다.⁸²⁾ 비록 동의를 각각 다르게 개념화하고 이를 표현하는 다양한 언어가 사용되고 있으나, 「이스탄불 협약」을 비준한 국가를 비롯해 점점 더 많은 국가가 최근 강간 정의를 바꾸고 강간의 구성요건에 동의 없음이 포함되도록 명문화하고 있다.
75. 예를 들어 2016년 독일 형법은 “거절은 거절이다(no means no)” 원칙을 반영하여 강간 조항을 개정했으며, 강간을 피해자의 “인식 가능한 의사”에 반하는 모든 성행위로 정의했다. 모로코 형법 제486조는 남성이 상대방의 의사에 반하여 여성과 성관계를 하는 행위로서 강간을 범죄화하고 있다.
76. 스웨덴은 “동의해야 동의다(yes means yes)” 원칙을 반영하여 강간 정의를 바꿨다. 형법 제6장 제1항에 따라 강간 조항은 “자발적으로 참여하지 않은 사람과 성관계 또는 침해의 심각성을 고려할 때 성관계에 필적하는 그 밖의 성적 행위를 하는 사람”에게 적용된다.
77. 그러나 대다수 국가의 형법 조항은 유형력 또는 폭력 행사 협박(threats of violence)을 사용하는 강간만을 강간으로 정의하고 있다.
78. 예를 들어 체코는 형법 제185(1)조에 따라 강간 조항을 “누구든지 폭력 또는 폭력 행사 협박 또는 그 밖의 심각한 해악에 대한 협박으로 다른 사람에게 성관계를 강요하거나 그와 같은 행위를 하기 위해 상대방의 취약성을 악용하는 사람”에게 적용한다.
79. 이와 마찬가지로 아제르바이잔 형법 제149조는 강간을 “폭력을 행사하거나 피해

82) 아프가니스탄, 알바니아, 아르헨티나, 바하마, 방글라데시, 벨기에, 볼리비아(다민족 공화국), 불가리아, 부르키나파소, 캄보디아, 카메룬, 캐나다, 콜롬비아, 크로아티아, 키프로스, 조선민주주의인민공화국, 덴마크, 이집트, 에스와티니, 에티오피아, 프랑스, 조지아, 독일, 가나, 그리스, 과테말라, 헝가리, 아이슬란드, 인도, 인도네시아, 이라크, 아일랜드, 요르단, 카자흐스탄, 케냐, 리투아니아, 룩셈부르크, 마다가스카르, 몰디브, 말리, 몰타, 모리셔스, 모나코, 몬테네그로, 모로코, 미얀마, 네팔, 니카라과, 나이지리아, 오만, 파키스탄, 페루, 필리핀, 폴란드, 포르투갈, 루마니아, 르완다, 사모아, 시에라리온, 소말리아, 남아프리카 공화국, 남수단, 스리랑카, 스웨덴, 시리아, 토고, 튀니지, 터키, 우크라이나, 영국, 탄자니아, 짐바브웨.

자 또는 다른 사람에게 폭력을 행사하겠다고 협박하거나 피해자의 무력한 상태를 이용하여 이루어지는 성교”라고 정의했다.

80. 이와 유사하게 프랑스 형법 제222-23조는 폭력, 강요, 협박 또는 기습으로 다른 사람 또는 가해자에게 이루어지는 모든 성적 삽입을 어떤 유형이든 상관없이 강간의 구성요건으로 규정한다.
81. 동의의 또 다른 중요한 특성은 성적 동의 연령이다. 이는 강간죄 규정에 관한 가장 논쟁적인 쟁점 중 하나다. 일반적으로 국가는 특정 연령 미만 아동은 성적 동의를 할 수 없다고 간주하고 동의 여부와 관련 없는 강간죄 규정을 통해 최소 성적 동의 연령을 규정한다. 형법은 이런 강간 유형을 “의제 강간⁸³⁾”으로 범죄화한다. 예를 들어 연령 차이가 최대 3살 이하인 경우를 제외하고 16세 미만 개인과 하는 모든 성행위를 의제 강간의 구성요건으로 규정하는 것이다.
82. 설문 응답에 따르면, 대다수 국가는 법률상 성적 동의 연령을 15세, 16세 또는 18세로 규정하고 있다.
83. 그러나 일부 국가는 성적 동의 연령을 12세~14세 또는 그 이하로 대단히 낮게 규정하거나 법률상 성적 동의 연령을 규정하지 않고 있다. 프랑스는 후자로, 법률상 피해자의 연령에 대한 명시적인 언급이 경범죄에 해당하는 성폭력에는 있으나 강간죄에는 없다. 2021년 3월 프랑스 하원을 통과한 법안은 동의 연령을 15세로 규정하는데, 이 보고서를 작성하는 시점에는 아직 상원을 통과하지 못하였다.
84. 일부 국가, 특히 라틴아메리카는 형법 조항으로 “에스투프로(estupro)” 범죄를 규정한다. 이는 일반적으로 성인이 성적 유혹 또는 속임수로 법률상 동의 연령 이상인 미성년자와 성관계를 하는 사건을 말한다. 예를 들면, 법률상 동의 연령이 14세인 에콰도르는 성인이 속임수로 14세 이상 18세 미만 미성년자와 성관계를 하는 사건에 “에스투프로” 조항을 적용하여 1년~3년의 징역형을 선고한다. 반면 강간 및 의제 강간은 19년~22년의 징역형으로 처벌할 수 있다. 이와 마찬가지로 니카라과는 강간은 8년~12년의 징역형으로 처벌할 수 있지만 “에스투프로(속임수로 14세 이상 16세 미만 사람과 하는 육체관계로 정의됨)”는 3년~5년의 징역형으로 처벌할 수 있다. 10대 여아와 관련하여 강간보다 처벌 수위가 낮은 범죄의 존재는 강간법 불처벌의 원인을 제공한다. 증거에 의하면, 강간법은 만에 하나 기소되는 경우 강간 대신 강간보다 처벌 수위가 낮은 범죄 혐의로 기소되는 경향이 있다.
85. 특별보고관은 다음과 같이 권고한다.
 - (a) 국가는 강간 정의의 핵심에 동의 없음이 포함되도록 명문화해야 한다. 유형력

83) (웁킨이 주) statutory rape. ‘법정 강간(법률로 규정한 강간)’이라고 번역하기도 한다.

또는 유형력 행사 협박은 동의가 없었다는 명확한 증거를 제공하지만, 유형력이 곧 강간의 구성요건은 아니다. 국가는 반드시 동의는 주변 상황을 맥락을 고려하여 판단했을 때 개인이 자유 의지에 따라 자유롭게(freely) 한 것이어야 한다는 점을 명시해야 한다. 동의 없는 성교는 모든 정의에서 강간으로 범죄화되어야 한다.

- (b) 강간에 관한 형법 조항은 동의 여부를 판단할 필요가 없거나 동의가 불가능한 상황을 구체적으로 명시해야 한다. 예를 들면 피해자가 교도소 또는 소년원 같은 시설에 있는 경우, 알코올 및 약물 사용으로 인해 영구적으로 또는 일시적으로 동의 능력이 없는 경우 등이 있다.
- (c) 강간을 범죄화하는 법률은 16세 미만 아동의 동의 여부는 중요하지 않으며⁸⁴⁾, 동의 연령 미만 개인과 하는 모든 성관계는 강간(의제 강간)이고 이 경우 동의 여부를 판단할 필요가 없음을 명시해야 한다. 18세 미만 아동과 14세 이상 16세 미만 아동 간 합의한 성관계는 예외를 둘 수 있다.
- (d) “에스투프로” 조항이 존재하는 국가는 이를 폐지해야 한다.

3. 양형 및 가중감경 사유

- 86. 강간죄의 형벌은 가중감경 사유 적용에 따라 형량을 3분의 1 이상 가중하여 처벌할 수 있다. 설문 조사 결과에 따르면, 대다수 국가에서 강간죄는 징역형으로 처벌된다. 대부분 국가에서 가중처벌하지 않은 강간죄의 최소 형량은 1년~10년의 징역형이다. 약 3분의 1을 가중처벌하면 최소 형량은 11년~20년 사이이다. 그보다 소수 국가에서는 최대 형량으로 무기징역을 선고할 수 있다.
- 87. 벌금형을 선고하기도 한다. 많은 경우 징역형과 함께 벌금형을 병과한다.⁸⁵⁾ 3개 국가(아르메니아, 인도네시아, 네덜란드)에서만 징역형 대신 벌금형을 선고할 수 있다. 일부 국가는 가해자가 현/전 배우자 또는 친밀한 관계인 경우를 가중 사유 목록에 포함하고 있다. 소수 국가에서는 가중 사유가 있는 경우 사형을 선고할 수 있다.
- 88. 감경 사유는 다양하며, 그중 상당수는 국제 인권 기준과 일치하지 않는다. 일부는 보편적으로 나타난다. 예를 들어 피해자의 행실이 성폭력을 유발했거나⁸⁶⁾ 가해자

84) 국가는 지역적 맥락에 따라 동의 연령을 15세 또는 16세로 규정해야 한다. 단, 15세 미만으로 규정해서는 안 된다.

85) 방글라데시, 부르키나파소, 콜롬비아, 인도, 인도네시아, 레바논, 마다가스카르, 미얀마, 노르웨이, 오만, 파키스탄, 남수단, 스리랑카, 토고, 탄자니아.

86) 예를 들어 아르메니아, 조선민주주의인민공화국, 리투아니아, 러시아, 스위스에 이러한 감경 사

가 피해자의 배우자인 경우(예를 들어 미얀마, 네팔, 토고) 가해자는 감형을 받을 수 있다. 이러한 감경 사유는 인권 기준과 일치하지 않는다.

89. 감형 또는 심지어 형을 면제하는 가장 우려되는 감경 사유는 가해자가 피해자와 결혼하는 경우다. 이른바 “강간범과의 결혼”으로 알려진 조항이다. 일부 국가는 최근 이런 조항을 폐지하는 개정안을 통과했지만(예를 들어 요르단과 튀니지), 다른 국가는 이런 조항을 유지하고 있다(예를 들면 이라크, 리비아, 필리핀). 시리아는 피해자와 결혼하는 경우 가해자의 형량을 감형한다. 레바논과 마다가스카르는 여전히 결혼 약속이 있는 경우 의제 강간으로 처벌하지 않고 있다. 모로코는 형벌이 너무 가혹한 경우 판사가 작량 감경을 할 수 있는 재량권을 가지는데, 사실상 이는 가해자가 피해자와 결혼하는 경우 형을 면제할 수 있다는 의미다.
90. 특별보고관은 다음과 같이 권고한다.
- (a) 강간은 그 범행의 심각성에 상응하는 방식으로 처벌되어야 한다. 벌금형을 단독으로 선고하는 형벌은 폐지되어야 한다.⁹⁰⁾
- (b) 국가는 가중 사유 중에 다음과 같은 경우를 포함해야 한다. 가해자가 현/전 배우자 또는 친밀한 관계이거나 가족 구성원인 경우. 가해자가 피해자에 대한 영향력 또는 권력을 남용한 경우. 피해자가 취약한 상태였거나 피해자를 취약한 상태로 만든 경우. 피해자가 아동인 경우. 아동이 있을 때 해당 범죄를 저지른 경우. 해당 범죄로 인해 피해자에게 신체적 그리고/또는 정신적 피해가 발생한 경우. 2명 이상이 합동하여 해당 범죄를 저지른 경우. 폭력 또는 흉기 사용 또는 흉기 위협으로 해당 범죄를 반복적으로 저지른 경우.
- (c) 국가는 인권 기준과 일치하지 않는 모든 감경 사유를 검토하고 폐지해야 한다. 특히 “강간범과의 결혼” 조항을 폐지해야 한다. 또한, 성 고정관념(gender stereotypes)과 강간에 관한 통념에 근거한 감경 사유 적용을 중단해야 한다.

B. 강간 기소 및 피해자 보호

1. 지체 없는 직권 기소

91. 대다수 국가는 강간을 직권으로 기소한다. 즉, 국가기관이 공소를 제기하며 피해자의 고소 여부가 기소 여부를 전적으로 좌우하지 않는다. 그러나 일부 국가는

유가 있다. 안도라, 칠레, 인도네시아는 피해자가 범죄의 원인을 제공하거나 가해자를 자극한 경우를 감경 사유에 포함하고 있다.

90) 「시민적·정치적 권리위원회 일반권고 36호(2018)」에 따르면, 사형은 형벌에서 제외되어야 한다.

피해자의 고소가 있을 때만 강간을 기소한다.⁸⁸⁾ 예를 들면 쿠바는 언제나 피해자의 고소가 있을 때만 강간을 기소하며, 만약 피해자가 고소를 취하하면 기소를 중단한다. 다른 국가는 여러 처리 방식이 혼재한다. 예를 들면 에콰도르는 피해자의 고소가 있을 때만 “에스투프로(숙임수를 이용한 미성년자와의 성관계)”를 기소한다. 멕시코, 슬로베니아, 터키는 피해자의 고소가 있을 때만 배우자 강간 또는 친밀한 관계에 의한 강간을 기소한다. 이와 마찬가지로 아제르바이잔, 루마니아 같은 국가는 가중 처벌할 수 있는 강간 유형만 직권으로 기소한다. 다른 방법으로는 국가기관이 기소를 거부하는 경우 피해자가 사인 소추⁸⁹⁾로 형사 소송을 계속할 수 있다.

92. 강간 사건의 불기소는 일반적으로 검사의 자유재량에 따라 결정된다. 법률상 불기소에 관한 기준은 다양하며, 검사는 광범위한 재량권을 부여받을 수 있다. 예를 들어 일본의 경우 검사는 가해자의 성격, 나이, 환경, 범죄의 심각성, 범죄 이후의 경과 또는 정황에 따라 기소가 불필요하다고 판단하는 경우 불기소를 결정할 수 있다. 이는 모든 형사 범죄와 마찬가지로이다.
93. 「여성차별철폐위원회 일반권고 35호(2017)」는 당사국에 공정하게, 공평하게, 시기 적절하게, 신속하게 가해자를 법정에 세우기 위해 직권으로 기소할 것을 권고했다. 이와 유사하게 「이스탄불 협약」은 당사국에 모든 형사 절차 단계에서 피해자의 권리를 고려하는 동시에 수사·재판 절차를 지체 없이 수행하고, 피해자의 신고 또는 고소 여부가 강간 기소 여부를 전적으로 좌우하지 않도록 보장할 것을 요구한다.
94. 특별보고관은 다음과 같이 권고한다.
 - (a) 강간죄는 직권으로 기소해야 한다. 검사의 재량권은 너무 광범위하지 않아야 한다. 피해자의 고소 여부가 강간 기소 여부를 전적으로 좌우해서는 안 된다.
 - (b) 기소는 지체 없이 해야 한다.

2. 입증 기준, 강간 피해자 보호 조항 및 그 밖의 보호 조치

88) (웁킨이 주) 한국은 2013년 6월 19일 성폭력 범죄에 대한 친고죄 조항을 폐지했다. 성폭력 친고죄 폐지 이전에는 피해자가 제한된 고소기간(1년) 안에 고소하지 않으면 성폭력 범죄를 수사·재판할 수 없었고, 피해자와 가해자가 합의하면 모든 형사 절차가 중단됐다. 이로 인해 피해자는 사실상 개인이 기소 여부를 결정한다는 중압감, 가해자 측에 의한 무리한 합의 종용, ‘피해자가 가해자의 인생을 망치고 있다’라는 식의 비난과 악의적인 소문 등 심각한 2차 피해에 시달렸다. 현재는 피해자가 직접 고소하지 않아도 성폭력 수사·재판을 진행할 수 있으며 피해자와 가해자가 합의하더라도 형사 절차가 중단되지 않는다.

89) (웁킨이 주) 개인이 소추, 즉 형사 사건에 대하여 공소를 제기하는 일. 현재 한국은 사인 소추를 인정하지 않으며, 국가소추주의에 따라 국가기관(검사)만 공소 제기를 할 수 있다.

95. “합리적 의심을 넘어서는” 입증을 요구하는 형법의 입증 기준을 강간 사건에 적용할 때, 이는 강간 정의와 밀접하게 상호 연관된다. 예를 들어 강간 정의가 유형력 행사 또는 강요의 입증을 요구하는 경우, 피해자가 그러한 증거를 제공할 입증 책임을 지며, 이는 가해자 불처벌로 이어진다. 일반적으로 강간은 닫힌 문 뒤에서 발생하고 눈에 보이는 신체적 피해가 없을 수도 있기 때문이다. 반면에 강간 정의가 동의 없음에 기반하는 경우, 입증 책임의 부담은 가해자와 공유되거나 가해자에게 부분적으로 전가되며, 따라서 합리적 의심을 넘어서는 입증에 대한 다른 입증 기준이 요구된다.
96. 많은 국가는 강간을 유형력 행사 또는 강요에 기반하여 정의하고 있다. 그중 일부는 증거능력에 관한 요건을 명시적인 조항으로 규정하고 있다. 많은 국가에서 사실상 강간의 증거로 의학적 검진 결과를 제출해야 하는 경우가 많다. 아프가니스탄, 방글라데시, 가나, 모리셔스, 모로코, 나이지리아, 파키스탄, 시에라리온 등을 포함한 일부 국가는 반드시 증인이 있어야 한다. 예멘은 가해자의 자백이 없는 한, 강간 피해자가 범죄 사실을 증명하려면 반드시 남성 증인 4명을 데려와야 한다고 법으로 규정하고 있다. 강간이 일반적으로 발생하는 상황을 고려했을 때, 이러한 필수조건은 강간 사건 대부분의 증명을 불가능하게 만든다.
97. 또 다른 우려스러운 관행은 ‘처녀성 검사’다. 일부 국가는 여전히 ‘처녀성 검사’를 한다고 보고하고 있다. 예를 들어 아르메니아는 피해자의 성적 조건, 성적 순결성 및 ‘처녀성’ 또는 그 밖의 사항을 증명하는 자료를 비롯한 법의학적 검진 결과를 제출하도록 보건부장관령으로 규정하고 있다.
98. 가해자에 대한 형사 소송을 제기할 때 피해자는 심각한 피해를 경험할 수 있다. 예컨대 피해자가 외상 경험을 되새기고 여전히 사회와 형사 사법 체계에 퍼져 있는 편견으로 피해자 비난에 시달리는 등 2차 피해가 발생할 수 있다.
99. 설문 응답에 따르면, 몇몇 국가는 피해자의 진술 신빙성을 깎아내리기 위해 피해자의 성적 이력을 이용하는 행위를 방지할 목적으로 강간 피해자 보호 조항을 도입하는 법안을 통과시켰다.⁹⁰⁾
100. 특별보고관은 다음과 같이 권고한다.
- (a) 피해자의 진술이 피해에 대한 신체적·심리적 평가로 뒷받침되고 기존 증거와 함께 판단되었다면, 이를 증거로 인정하기 위한 추가적인 보강증거를 요구해서는 안 된다.
 - (b) 국가는 피해자의 성적 이력을 증거자료로 받아들이지 않는 강간 피해자 보호 조항을 제정해야 한다.

90) 캐나다, 콜롬비아, 체코, 에콰도르, 에스와티니, 인도, 아일랜드, 멕시코, 남아프리카, 스위스, 영국.

- (c) 국가는 피해자를 지원하고 피해자의 사생활을 보호하기 위한 별도 정책을 마련해야 한다. 피해자와 가해자 간 접촉을 방지하고, 피해자가 법정에서 출석하지 않거나 적어도 가해 혐의자가 출석하지 않은 법정에서 (특히 통신 기술을 사용하여) 진술할 수 있도록 해야 한다. 법률 지원을 제공하고, 필요하면 통역사를 제공하고, 가해자가 탈출하거나 석방되는 경우 피해자에게 알려야 한다.

3. 공소시효, 역외적용⁹¹⁾ 및 자료 수집

101. 대부분 국가는 형사소송법상 공소시효 조항에 따라 일정 기간이 지나면 강간을 기소할 수 없도록 규정한다. 일반적으로 공소시효는 해당 범죄의 최대 형량과 같은 수준으로 정한다.
102. 보고된 자료에 따르면, 다음 15개국에는 강간 기소에 대한 공소시효가 없다. 방글라데시, 캐나다, 키프로스, 가나, 헝가리, 인도, 아일랜드, 자메이카, 몰디브, 모리셔스, 미얀마, 네덜란드, 파키스탄, 남아프리카, 영국. 그러나 많은 국가는 공소시효가 있다.
103. 일부 국가는 현저히 짧은 공소시효를 두어 피해자의 사법 접근을 불가능하게 하고 있다. 예를 들어 이라크는 3개월이고, 이탈리아, 네팔, 베네수엘라(볼리바르 공화국)는 1년이다.
104. 아동 피해자와 관련된 사건의 경우, 일부 국가는 성인 피해자에게 적용하는 공소시효를 폐지하고 있다.⁹²⁾ 다른 방법으로는 아동 피해자가 성년이 된 이후부터 공소시효를 적용한다.⁹³⁾ 다른 국가는 아동 피해자가 강간을 신고할 수 있는 특정 나이를 결정한다. 핀란드는 28세까지 피해 사실을 신고할 수 있고, 폴란드는 30세까지 신고할 수 있다. 스위스는 (피해자가 피해 당시 12세 이상 18세 미만인 경우) 25세까지 신고할 수 있다. 마지막으로 콜롬비아는 피해자가 성년이 된 이후 최대 20년까지, 프랑스와 토고는 피해자가 성년이 된 이후 최대 30년까지 강간을 기소할 수 있다.
105. 강간죄 규정은 역외적용할 수 있어야 한다. 그렇지 않으면 다른 국가 구성원(국제적으로 복무하는 구성원 또는 유엔 및 그 밖의 국제기구와 관련된 제복을 입

91) 국외에서 발생한 법률문제에 대하여 자국의 재판권을 행사하여 국내법을 적용하는 일.

92) 벨기에, 칠레, 덴마크, 에콰도르, 말리, 스위스. 스위스는 피해자가 12세 미만인 경우의 공소시효를 폐지했다.

93) 아르메니아, 볼리비아(다민족 공화국), 브라진, 콜롬비아, 프랑스, 과테말라, 룩셈부르크, 모나코, 네팔, 니카라과, 노르웨이, 슬로베니아, 스페인, 튀니지, 터키. 볼리비아(다민족 공화국)와 네팔은 피해자가 성년이 된 이후 각각 4년, 1년 뒤부터 공소시효를 적용한다.

은 직원들 포함)에 의한 강간 사건은 기소 자체가 불가능할 수 있다.

106. 비록 비교할 수 있는 데이터가 부족하지만 참고할 수 있는 데이터에 따르면, 강간 사건은 높은 소모율을 보인다. 이는 신고된 사건 중에서 수사되고, 기소되고, 마침내 유죄 판결이 선고되는 비율이 낮다는 사실을 반영한다. 2014년~2018년 스웨덴에서 신고된 사건 중 유죄 판결이 선고된 비율은 4.6%였다. 반면 2014년 나이지리아에서 신고된 사건 중 유죄 판결이 선고된 비율은 단 0.9%였다. 일부 국가는 강간 기소에 관한 데이터를 수집·보고하지 않는다.
107. 특별보고관은 다음과 같이 권고한다.
- (a) 강간에 관한 법적 소송 절차를 개시하는 데 공소시효가 있어서는 안 된다. 강간이 평시에 발생했든 분쟁 시에 발생했든 마찬가지다. 공소시효가 있는 경우 피해자/생존자의 치유를 위해 연장되어야 하며, 사법 접근을 불가능하게 해서는 절대로 안 된다. 아동 피해자의 경우 공소시효는 최소한 피해자가 성년에 도달한 이후에 소송 절차를 개시할 수 있도록 허용해야 한다.
 - (b) 국가는 법원이 자국민에 의해 자국 영토 밖에서 발생하는 강간 사건을 기소하고 다른 관할 구역과 협력할 수 있게 하도록 치외법권에 대한 재판 관할권을 규정해야 한다.
 - (c) 국가는 기소율, 신고율 및 소모율에 관한 데이터를 수집하고, 여성에 대한 폭력을 관측하는 기관의 일종으로 강간 예방에 관한 감시/관측 기관을 설립해야 한다.

IV. 결론 및 권고

108. 국제인권법, 국제인도법 그리고 강간에 관한 국제형사법은 지난 수십 년 동안 상당한 발전을 이루었으며, 독립적인 그러나 상호 연관적인 과정을 통해 강간 범죄화 및 기소에 관한 발전된 기준을 도출했다.
109. 앞서 언급한 각각의 체계에는 중요한 공통분모가 있다. 국제 인권 체계는 적용 범위가 더 넓고 평시와 분쟁 시에 적용할 수 있다. 국제 인권 체계는 개별적이 아닌 연대적으로 평시와 분쟁 시 강간 범죄화 및 기소에 관한 국가 차원의 원칙을 제공한다.
110. 국가법과 국제 기준의 단일화는 이미 시작되었다. 이는 「여성차별철폐선언」, 「여성차별철폐위원회 일반권고 35호(2017)」, 그 밖에 여성차별철폐위원회 그리고 여성에 대한 폭력 및 그 원인과 결과에 관한 특별보고관이 제시한 여러 권고 사항,

(123개국 이 비준한) 「로마규정」 등과 관련이 있다. 「이스탄불 협약」에 따라 현재 34개 당사국은 세부적인 단일화 절차를 수행하고 있다. 그중 다수는 강간의 핵심 요건에 동의 없음을 포함하기 위해 강간 정의를 바꿨다.

111. 모든 국가는 이 보고서가 제시하는 구체적인 권고 사항과 「강간에 관한 모범적 입법을 위한 프레임워크」를 통해 더 발전되고 뒷받침된 권고 사항에 따라 단일화 과정의 속도를 높이고, 강간에 관한 국제 인권 기준과 강간 범죄화 및 기소에 관한 국가법을 통합해야 한다. 이는 실질적인 범죄화 및 기소를 위해 결정적이고 상호 연결된 강간죄의 모든 구성요건과 관련이 있다.
112. 국가는 모든 사람을 포괄하고, 배우자 강간 및 모든 성적 삽입 행위를 포함하고, 동의 없음을 강간의 핵심으로 포함하는 강간 정의를 사용하여 강간을 범죄화해야 한다. 가중감정 사유는 인권 기준에 맞춰 재검토되고 조정되어야 한다.
113. 기소는 직권으로 해야 한다. 평시 또는 분쟁 시 강간에 관한 공소시효는 폐지해야 한다. 또는 최소한 아동 피해자는 성년이 된 이후에 강간을 신고할 수 있어야 한다. 기소 시 증거에 관한 규칙은 피해자를 2차 피해로부터 보호하는 동시에 가해자 불처벌을 줄이고 기소율을 높이기 위해 크게 바뀌어야 한다.
114. 국가는 여성을 차별하는 그 밖의 법률을 폐지해야 한다. 강간 범죄화 및 기소 과정에서 법적 공백과 고정관념에 직간접적으로 영향을 주기 때문이다. 국가는 간통, “zina(부정한 성관계)”⁹⁴, 동성 간 성관계 등 성인 간 합의한 성관계를 범죄화하는 모든 조항을 폐지해야 한다. 강간으로 임신한 경우 임신중지를 범죄화하는 조항도 폐지해야 한다.
115. 국가는 국제 인권 기준 및 보고서⁹⁵)에 따라 강간 피해자에게 적절한 서비스를 제공하고 지원해야 한다. 그 내용에는 강간 위기 센터, 평시 및 분쟁 시 모두의 맥락을 고려한 보호 명령과 임시 구제 조치, 피해자에게 지급하는 배상금 등을 포함해야 한다.
116. 국가는 사법부 구성원과 법률 및 법 집행 전문가에게 강간에 관한 국제 인권 기준 및 관례, 그리고 이런 기준을 여전히 충족하지 못하도록 방해하는 사회적 통념과 고정관념에 관한 필수 교육을 반드시 해야 한다.
117. 국가는 아동·청소년에게 성적 자율성 및 인권에 관한 각 나이에 적합한 교육을 반드시 해야 한다. 그 내용에는 동의 없음을 이해하는 것(“거절은 거절이다” 원칙)과 적극적 합의(affirmative consent)를 증진하는 것(“동의해야 동의다” 원칙)의 중요성을 포함해야 한다.

94) (웁킨이 주) 부정한 성관계를 뜻하는 이슬람 법률 용어로 남편과 아내 사이의 성관계를 제외한 모든 성관계를 가리킨다. 강간 피해자는 피해 사실을 입증하지 못하는 경우 ‘zina’라는 죄목으로 처벌받을 수 있다.

95) A/HRC/14/22 참조

118. 안전보장이사회가 결의안 1888호(2009)에서 계획한 대로 국가는 분쟁 시 강간 및 성폭력을 근절하고 안전보장이사회와 특별보고관의 협력을 지원하기 위해 인권 기준을 활용해야 한다. 특히 「여성폭력철폐선언」, 「여성차별철폐협약」, 「여성차별철폐위원회 일반권고 30호(2013)」 및 「일반권고 35호(2017)」를 활용해야 한다.
119. 성평등(Gender Equality) 및 여성 역량 강화를 위한 국제연합기구(유엔여성기구), 유엔 마약 범죄 사무소, 유엔 인권고등판무관 사무소 등 유엔 기관들은 특별보고관과 여성차별철폐위원회, 여성에 대한 차별 및 폭력에 관한 독립전문가 메커니즘 플랫폼을 비롯한 그 밖의 전문가 메커니즘과 협력하여 국가가 이 보고서와 「강간에 관한 모범적 입법을 위한 프레임워크」를 근거로 국가법과 국제 인권 기준을 단일화하는 과정을 지원해야 한다.

유엔 United Nations
총회 General Assembly

배포대상 : 일반
2021년 6월 15일

원문 : 영어

유엔인권이사회

제47차

2021년 6월 21일-7월 9일

안건 3

발전권 포함 시민적, 정치적, 경제적, 사회적, 문화적 등
모든 인권의 보장 및 증진

강간에 관한 모범적 입법을 위한 프레임워크(강간죄 입법 모델)

여성에 대한 폭력 및 그 원인과 결과에 관한 특별보고관의 보고서*

요약

여성에 대한 폭력 및 그 원인과 결과에 관한 특별보고관 두브라브카 시모노비치가 유엔인권이사회 41/17 결의안에 따라 제출한 이 보고서는, 강간을 중대하고 체계적이며 널리 퍼진 인권침해이자 범죄, 여성과 여아에 대한 젠더기반폭력의 한 유형으로 다루고, 이를 예방하기 위해 특별보고관이 수행한 활동을 서술하고 있다.

* 특별보고관이 제출한 보고서를 수정 없이 원문으로만 공표함.

차례

I. 서문

II. 강간죄 입법 모델의 목적

III. 인권 원칙 및 국가의 의무 안내

- A. 실질적 성평등 원칙
- B. 반차별 원칙
- C. 성 고정관념 해소 원칙
- D. 젠더기반폭력 근절 원칙
- E. 국가의 일반 인권 의무 및 상당한 주의 의무

IV. 강간의 구성요건

- A. 형법 조항은 신체의 통합성과 성적 자율성을 보호해야 한다
- B. 강간에 관한 형법 조항은 모든 사람을 포함하여 보호해야 한다
- C. 강간으로 범죄화하는 행위
- D. 동의 그리고 유형력 행사 또는 강요

V. 강간죄 입법 모델

- A. 강간죄 규정
- B. 형벌 및 가중감경 사유
- C. 수사, 기소 및 재판

VI. 국가적 차원에서 그 밖의 관련 법정책

- A. 구제 및 배상
- B. 강간 사건인 경우 임신중지 접근권
- C. 강간 위기 센터 또는 성폭력/원스톱 서비스 센터
- D. 교육·훈련 및 인식 제고
- E. 데이터 수집 및 강간 감시 관측 기관
- F. 위기 또는 비상시 국가의 의무

I. 서문

1. 강간죄 입법 모델은 회원국과 그 밖의 이해관계자에게 강간에 관한 국제 기준을 충족하기 위한 도구를 제공한다. 국제 기준은 국제인권법, 국제인도법, 국제형사법에 따라 확립되었으며, 관련 재판소의 판례 및 전문가 메커니즘이 만든 연성법(soft law)¹⁾을 포함한다. 이러한 기준은 강간을 인권침해이자 젠더기반폭력(gender-based violence)의 한 유형으로 다루는 여성폭력 특별보고관의 보고서(A/HRC/47/26)에 제시되어 있으며, 평시와 분쟁 시 모두에 적용할 수 있다.²⁾
2. 보고서와 함께 제공된 이 프레임워크는 특정 성폭력 유형인 강간에 초점을 맞추고 있다. 비록 이 프레임워크가 제시하는 기준 중 많은 부분은 다른 성폭력 유형에도 적용할 수 있으나, 강간을 다른 성폭력 유형과 구별하고 강간의 구성요건을 정의하는 국제 차원의 발전을 강조하고 구체적으로 반영하기 위해서다.
3. 이와 같은 기준은 국가 차원에서 국가가 더 발전하고 확장할 수 있도록, 최소한도의 보호 수준으로 간주해야 한다.

II. 강간죄 입법 모델의 목적

4. 강간에 관한 모범적 입법의 목적은 다음과 같다.
 - (a) 모든 사람(특히 여성)이 공사 모든 영역에서 강간으로부터 자유로운 삶을 살 권리를 보장한다.
 - (b) 신체의 통합성(integrity)과 성적 자율성, 사생활, 신체적·정신적 건강에 관한 권리, 폭력, 차별, 고문, 비인간적이고 굴욕적인 대우로부터 자유로운 권리, 그 밖의 인권을 침해하는 가장 흔하고 널리 퍼진 행위인 강간을 방지하고 근절한다.
 - (c) 인도에 반한 죄, 전쟁 범죄, 고문 유형 또는 제노사이드(genocide)를 구성하

1) (웁긴이 주) 법적 구속력이 없는 준법률문서를 지칭하는 법률 용어. 법과 비법(非法)의 경계 영역에 존재하는 모든 법적 규범을 총칭하며, 구속력을 가지는 조약 및 국제 관습법과 달리 법적 효력 또는 법적 구속력은 없으나 국가 간 합의, 행동규칙, 가이드라인, 결의, 선언 등의 형태로 입법 절차의 중간 단계 역할을 한다.

2) 특별보고관은 본 원고 초안을 검토하고 의견을 준 존 세론, 제인 코너스, 에이트네 다우즈, 재클린 헛트, 요한나 넬스, 국제앰네스티, 이퀄리티나우, 휴먼라이츠워치, 아시아태평양 지역 국제여성권리행동감시단(IWRAW), 유엔마약범죄사무소와 유엔여성기구에 감사를 드린다. 이들은 강간 범죄화 및 기소에 관한 보고서(A/HRC/47/26)를 정교화하는 과정에서 앞서 제시한 의견을 기반으로 본 원고 초안 검토를 요청받았다.

는 행위인 분쟁 시 강간을 방지하고 근절한다.

- (d) 가해자 불처벌과 맞서고 강간 신고율 및 기소율을 높인다.
- (e) 피해자가 강간을 신고할 수 있도록 하고, 피해자에게 안전, 주체성, 회복을 제공한다.
- (f) 차별적이고 국제법에 반하는 조항을 개정 및 폐지하도록 지원한다.
- (g) 법률과 사법 실무에서 강간에 관한 고정관념 및 강간 신화를 비롯한 모든 유형의 젠더기반차별(gender-based discrimination)을 없앤다.
- (h) 강간에 관한 형법 조항을 여성과 여아에 대한 젠더기반폭력 및 가정폭력을 방지하고 피해자³⁾를 보호 및 지원하기 위한 다른 국내법⁴⁾, 정책 및 조치와 연결한다.
- (i) 강간에 관한 비교 가능한 데이터 수집 및 여성에 대한 젠더기반폭력(강간 포함)에 관한 국립 관측 기관(observatories) 설립을 지원한다. 이러한 기관은 강간 예방에 이바지하기 위하여 관련 데이터를 수집하고 분석 결과를 제시하는 업무를 맡는다.

III. 인권 원칙 및 국가의 의무 안내

- 5. 강간에 관한 법률을 채택하고 그 효율성을 검토할 때, 국가는 실질적 성평등(gender equality) 원칙과 반차별 원칙, 해로운 성 고정관념(gender stereotypes) 해소 원칙, 여성에 대한 젠더기반폭력 근절 원칙, 「세계인권선언」과 「여성에 대한 모든 형태의 차별 철폐에 관한 협약(이하 ‘여성차별철폐협약’)」 그리고 다른 핵심적인 유엔 및 지역 인권 문서에 명시되어 있는 그 밖의 인권 원칙과 국가의 의무를 준수하고 적용해야 한다.⁵⁾

A. 실질적 성평등 원칙

3) 이 문서에서 사용하는 “피해자”라는 용어는 국가 형법에서 보편적으로 사용하는 용어지만, “생존자”라는 용어 또한 국가법에서 사용할 수 있다. (유엔마약범죄사무소와 유엔여성기구가 발간한 「폭력 대상이 되는 여성과 여아를 위한 성인지적 대응에 관한 경찰 업무 안내서 The Handbook of Gender-Responsive Police Services For Women and Girls Subject to Violence」 참조)

4) 인신매매, 이주 밀거래 가중처벌, 관련 피해자 보호 및 지원에 관한 법률 등을 포함한다.

5) 「범죄 예방 현장 및 형사사법제도에서 여성에 대한 폭력 근절에 관한 최신 모범 전략과 실용적 조치(A/Res/65/228)」를 함께 참고하라.

6. 강간죄 규정, 그리고 모든 관련 법 조항의 이행 및 해석은 젠더 관점(gender perspective)을 포함해야 하며, 실질적 성평등 달성을 지향해야 한다. 이는 「여성차별철폐협약」 제2조 제a항에 규정되어 있고 「베이징행동강령」 제232단락 제c항에 반영된 원칙이다. 국가는 “남녀평등⁶⁾의 원칙이 헌법 또는 기타 적절한 입법에 아직 규정되지 않았다면, 이를 구현하며 법 또는 기타 적절한 수단을 통해 동 원칙의 실제적 실현을 확보할” 의무가 있다.

B. 반차별 원칙

7. 강간에 관한 형법 조항은 남성, 남아 및 다양한 성별로 정체화하는 사람(gender diverse persons)을 포함한 모든 사람을 차별 없이 포괄하고 보호해야 한다. 모든 관련 형법 조항(특히 피해자 권리 보장을 위한 조치)은 성(sex), 나이, 젠더, 인종, 피부색, 카스트, 언어, 종교, 정치적 또는 그 밖의 견해, 출신 국가 또는 사회적 배경, 민족, 소수 민족과의 연관성, 성적 지향, 성 정체성(gender identity), 건강 상태, 장애, 혼인 상태, 이주 지위, 재산, 가문, 직업 또는 그 밖의 사회적 지위 등 모든 사유에 대한 차별 없이 이행되도록 보장해야 한다. 이를 보장하려면 (여러 가지 사유가) 교차하는 유형의 차별⁷⁾과 그로 인해 강간 피해자에게 미치는 복합적이고 부정적인 영향 또는 피해자들이 직면하는 강간 위험성 증가도 인식해야 한다.

C. 성 고정관념 해소 원칙

8. 강간죄 규정, 그리고 모든 관련 법률의 이행 및 해석은 사회와 형사 사법 체계에 만연한 성별에 대한 편견과 해로운 성 고정관념, 강간 신화를 비롯한 고정관념을 해소해야 하는 국가의 의무를 지침으로 삼아야 한다. 「여성차별철폐협약」 제5조

6) (웁킨이 주) 1979년 채택된 「여성차별철폐협약」은 남녀평등(the equality of men and women)의 원칙을 규정하고 있으나, 이후 국제 인권 기준은 남성과 여성이라는 성별 이분법을 넘어서 다양한 성별로 정체화하는 사람들을 포괄하는 성평등(Gender equality)의 원칙으로 발전하였다. 1993년 「여성에 대한 폭력 철폐 선언」은 처음으로 여성에 대한 폭력을 젠더기반폭력(gender-based violence)으로 정의했고, 2011년 설립된 ‘유엔여성기구’의 정식 명칭은 ‘성평등과 여성 역량 강화를 위한 국제연합기구(UN Entity for Gender Equality and Empowerment of Women)’다.

7) (웁킨이 주) 2가지 이상의 사유가 중첩하거나 교차해서 이루어지는 차별을 ‘교차차별’ 또는 ‘복합차별’이라고 한다. 차별금지법제정연대에 따르면, “각 개인은 복합적이고 변화하는 정체성을 갖게 되기 때문에 개인이 경험하는 차별 역시 한 가지 사유로만 발생하지 않”는다. 따라서 실질적인 차별 금지 및 평등 실현을 위해서는 “개인이 경험하게 되는 여러 정체성을 통합적으로 인정하고, 여러 맥락과 요소가 결부된 고유한 차별의 경험을 충분히 이해할 수 있어야” 한다.

에 따르면, 국가는 “일방의 성이 열등 또는 우수하다는 관념 또는 남성과 여성의 고정적 역할에 근거한 편견, 관습 및 기타 모든 관행을 없앨 목적으로, 남성과 여성의 사회적 및 문화적 행동양식을 수정”하기 위해 특히 교육 영역에서 “모든 적절한 조치를 해야 한다.”⁸⁾

D. 젠더기반폭력 근절 원칙

9. 강간을 범죄화하고 기소할 때, 강간은 모든 사람에게 영향을 미칠 수 있지만 주로 여성과 여아에게 영향을 미친다는 점을 이해해야 한다. 따라서 강간은 여성에 대한 젠더기반폭력의 한 유형이므로 형법 조항을 적용할 때 성인지 감수성(gender-sensitive)이 필요하다. 이러한 원칙은 여성에 대한 폭력을 (젠더기반폭력으로) 정의하는 「여성에 대한 폭력 철폐 선언(이하 ‘여성폭력철폐선언’)」에 기초하며, 지역 인권 문서(예를 들어 「마푸토 의정서」, 「이스탄불 협약」, 「벨렘 도 파라 협약」)와 「여성차별철폐위원회 일반권고 19호(1992)」 및 「일반권고 35호(2017)」에서 반복되고 뒷받침되고 있다.
10. 「여성폭력철폐선언」 제1조 및 제2조에 따르면,
 - (a) “여성에 대한 폭력”이란, 여성에게 신체적, 성적, 심리적 피해 또는 괴로움을 주거나 줄 수 있는 모든 젠더기반폭력(gender-based violence) 행위를 뜻하며, 공사 모든 영역에서 발생하는 협박, 강압, 임의적인 자유 박탈 등을 포함한다.
 - (b) 여성에 대한 폭력은 다음 각호에 해당하는 경우를 포함하되 이에 국한되지는 않는다.
 - (i.) 가정에서 발생하는 신체적, 성적, 심리적 폭력. 구타, 가정 내 여아에 대한 성적 학대, 혼인 지참금 관련 폭력, 배우자 강간, 여성 성기 절제 및 여성에게 해로운 그 밖의 전통적 관행, 배우자 외 폭력, 착취와 관련된 폭력 등을 포함한다.
 - (ii.) 사회 일반에서 발생하는 신체적, 성적, 심리적 폭력. 직장, 교육 기관, 그 밖의 장소에서 발생하는 강간, 성적 학대, 성적 괴롭힘 및 성적 위협, 여성 인신매매 및 강제 성매매 등을 포함한다.
 - (iii.) 어디에서 발생하든 국가가 저지르거나 묵인한 신체적, 성적, 심리적 폭력.

8) 「베이징행동강령」 단락 124 (k)항 참조.

11. 「여성차별철폐위원회 일반권고 19호(1992)」에 따르면, 젠더기반폭력은 “피해자가 여성이라는 이유로 발생하는 여성을 향한 폭력 또는 여성에게 불균형적으로 영향을 미치는 폭력”이다. “이는 신체적, 정신적, 성적 피해 또는 괴로움을 주는 행위 및 그러한 행위를 하겠다는 협박, 강압, 그 밖의 자유 박탈 등을 포함한다.”
12. 「이스탄불 협약」은 위와 같은 두 가지 정의를 결합하며, 오늘날 판례와 독립적인 여성 인권 모니터링 메커니즘의 권고를 통해 여성에 대한 폭력의 한 유형으로 널리 인식되고 있는 경제적 폭력도 포함하도록 명시한다.
13. 「여성차별철폐협약」은 여아를 포함한 모든 연령대의 여성을 보호한다. 여아는 모든 아동을 보호하는 「아동권리협약」에 의해서도 보호받는다. 「아동권리협약」 제 19조에 따르면, 국가는 “부모나 법정대리인, 그 밖의 사람이 아동을 양육하는 동안 모든 형태의 신체적·정신적 폭력, 상해나 학대, 방임 또는 방치하는 대우, 성적 학대를 포함한 가혹한 처우나 착취로부터 아동을 보호”할 의무가 있다.

E. 국가의 일반 인권 의무 및 상당한 주의 의무

14. 강간 범죄화 및 기소는 강간을 예방하고 처벌하기 위한 실질적인 형법 조항을 제정해야 하는 국가의 적극적 인권 의무와 국가 대리인이 강간을 저지르지 않도록 보장해야 하는 국가의 소극적 인권 의무에 기초해야 한다.
 - (a) 국가는 국가와 비국가 행위자⁹⁾가 저지르는 강간을 예방, 수사하고 가해자를 처벌하기 위한 모든 입법 및 그 밖의 조치를 하기 위해 상당한 주의를 기울여야 한다. 또한, 국가는 강간 폭력 피해자에게 서비스 접근권과 즉각적인 구제 및 보호 수단을 제공하고 국제 기준에 따른 배상금을 지급해야 한다.
 - (b) 국가는 국가 대리인과 그 밖에 국가 직무를 대행하는 사람(비정규직 포함)이 국내외에서 강간을 저지르지 않고 국가의 의무에 따라 행동하도록 보장해야 한다. 무력분쟁, 정치적 폭력, 그 밖의 사회적 혼란 또는 인도적 개입의 맥락을 비롯한 모든 맥락에서 이를 보장해야 한다.
 - (c) 국가는 강간을 예방하고 근절하기 위한 법률, 정책, 조치 및 계획을 적절하게 시행하기 위해 재정 및 인적 자원을 적절하게 할당해야 한다.
 - (d) 국가는 모든 관련 국가 대리인(특히 법 집행 요원, 사법부, 의료인, 사회복지사, 교사 등)이 동의와 강간죄에 관한 정기적이고 구체적인 교육과 역량 강화 훈련을 받도록 보장해야 한다. 강간죄에 관한 교육·훈련은 강간을 인권침해이

9) (울긴이 주) non-State actors. 국제 관계에 영향을 미치는 국가 이외의 행위 주체. 국제기구, 비정부기구, 초국적 기업, 국제 테러단체, 국제 무기 암거래 조직 등이 이에 속한다.

자 젠더기반폭력의 한 유형으로 다루어야 한다.

- (e) 국가는 강간 및 성폭력 피해자를 상대하거나 지원하기 위해 일하는 국가-지역 기관, 법 집행 기관, 여성 또는 성평등 관련 국가 기관, 그리고/또는 전문 시민사회단체, 독립적 전문가, 국제인권기구, 그 밖의 이해당사자와 협업하여 여성 인권 및 여성에 대한 폭력, 보건 의료 서비스, 사회 서비스 등을 조정하는 기관 간의 협력을 보장하고, 그들의 업무를 공인하고 장려하고 지원해야 한다.

IV. 강간의 구성요건

- 15. 국가는 다음 구성요건을 기반으로 강간을 정의하고 강간 범죄화를 보장하기 위해 필요한 입법 조치를 해야 한다.

A. 형법 조항은 신체의 통합성과 성적 자율성을 보호해야 한다

- (a) 강간은 신체의 통합성 및 성적 자율성에 관한 권리를 침해하는 범죄다. 따라서 강간을 도덕에 관한 범죄나 도덕, 풍속, 명예, 가족 또는 사회에 반하는 범죄로 정의해서는 안 되며, 그와 같은 형법 조항으로 분류해서도 안 된다.
- (b) 성인 간 합의한 성행위를 범죄화해서는 안 된다. 성인 간 합의한 성행위의 범죄화는 성적 자율성에 관한 권리를 침해하고, 강간 피해자가 나서지 못하도록 막을 위험이 있다.

B. 강간에 관한 형법 조항은 모든 사람을 포함하여 보호해야 한다

- (a) 강간죄 규정은 남성, 남아 및 다양한 성별로 정체화하는 사람을 포함한 모든 사람을 차별 없이 보호해야 한다. 그렇지만 강간이 주로 여성과 여아에게 영향을 미친다는 사실은 변하지 않는다.
- (b) 강간죄 규정은 현/전 배우자 또는 친밀한 관계 사이에서 발생하는 강간에 적용되어야 한다.
- (c) 강간에 관한 형법 조항은 친족 성폭력을 포함해야 한다.

C. 강간으로 범죄화하는 행위

- (a) 강간에 관한 형법 조항은 신체의 일부 또는 물건을 이용한 모든 유형의 성적 삽입(질, 항문 또는 구강 내 삽입)을 아무리 경미한 수준이라도 포함하도록 명시해야 한다.

D. 동의 그리고 유형력 행사 또는 강요

- (a) 강간은 동의 없이 이루어지는 성적 행위다. 강간 정의에 동의 없음(lack of consent)이 포함되도록 명문화하고, 이를 강간의 핵심으로 규정해야 한다. 동의하지 않은 사람에게 어떤 수단으로든 이루어지는 모든 성적 삽입 행위를 강간으로 규정해야 한다.
- (b) 신체적 부상 같은 저항의 증거가 없다고 하더라도, 그 자체는 절대로 성행위에 대한 진정한 동의의 증거로 간주될 수 없다.
- (c) 동의는 주변 상황의 맥락을 고려하여 판단했을 때 개인이 자유 의지에 따라 자발적으로 한 것이어야 한다.
- (d) 동의 없이 이루어지는 성관계 및 그 밖의 성적 삽입(질, 항문 또는 구강 내 삽입)은 모든 정의에서 강간으로 범죄화되어야 한다.
- (e) 유형력(force), 유형력 행사 협박(threat of force) 또는 강요(coercion)로 강간이 이루어지는 경우 동의가 없었다고 추정한다.

V. 강간죄 입법 모델

A. 강간죄 규정

제1조. 강간의 정의

16. 사람(가해자)이 다음 각 호에 해당하는 행위를 하는 경우 강간이다.

- (a) 동의 없이 다른 사람(피해자)의 질, 항문 또는 구강에 신체의 일부 또는 물건을 아무리 경미한 수준이라도 성적으로 삽입하는 행위
- (b) 동의 없이 다른 사람(피해자)의 질, 항문 또는 구강에 제3자가 아무리 경미한 수준이라도 성적으로 삽입하게 하는 행위
- (c) 동의 없이 피해자로 하여금 가해자 또는 제3자의 질, 항문 또는 구강에 아무리 경미한 수준이라도 성적으로 삽입하게 하는 행위

제2조. 동의에 관하여

17. 동의는 주변 상황의 맥락을 고려하여 판단했을 때 개인이 자유 의지에 따라 자발적으로 한 것이어야 하며, 언제든지 철회할 수 있다. 모든 경우에 동의를 명시적으로 할 필요는 없지만, 다음 각 호에 해당하는 사유를 근거로 동의 여부를 추정해서는 안 된다.
- (a) 피해자의 침묵
 - (b) 피해자의 언어적 또는 신체적 무저항
 - (c) 피해자의 과거 성적 이력¹⁰⁾
 - (d) 피해자의 지위, 직업 또는 피고인과의 관계

제3조. 동의 연령

- (a) 16세 미만인 사람은 진정한 동의를 할 수 없다고 간주한다.
- (b) 16세 미만 아동 간 합의한 성관계 또는 18세 미만 아동과 14세 이상 16세 미만 아동 간 합의한 성관계는 범죄화해서는 안 된다.¹¹⁾

제4조. 진정한 동의를 할 수 없는 상황에 관하여

10) (옴진이 주) 성적 이력 또는 성 이력은 성적 경험, 행동, 평판, 병력, 성폭력 고소 또는 성매매 관련 기록 등을 뜻한다.

11) 「아동권리협약」 제1조는 아동을 18세 미만인 사람으로 정의한다. 연령대가 비슷한 10대 간 합의한 성관계는 예외를 두어 범죄화하지 않을 수 있다. 법률상의 성적 동의 연령을 결정하기 위해 사회적으로 용인되는 최소 연령을 정할 때, 아동 보호 및 아동의 진화하는 능력을 고려해야 한다.

18. 사람이 다음 각 호에 해당하는 경우에는 진정한 동의를 할 수 없다고 간주한다.
- (a) 자발적/비자발적으로 또는 알지 못하는 상황/상태에서 섭취한 술이나 약물로 인해 의식이 없거나 잠이 들거나 만취한 경우
 - (b) 가해자가 성인이거나 18세 이상이고, 피해자가 혈연, 결혼, 입양, 위탁 양육, 그 밖의 유사한 가족 관계로 가해자와 관련된 아동인 경우

제5조. 유형력, 협박 또는 강요 사용

19. 유형력, 유형력 행사 협박 또는 강요로 삽입이 이루어지는 경우에는 동의를 없다고 간주한다. 강압적 상황은 다음 각 호에 해당하는 경우를 비롯해 이에 국한되지 않는 광범위한 상황을 포함한다.
- (a) 피해자에 대한 학대, 폭력, 강박, 속임수, 감금, 심리적 억압 또는 위협으로 인해 피해자가 복종 또는 묵인하게 된 경우
 - (b) 피해자가 피해자나 제3자에 대한 현재 또는 미래의 신체적/비신체적 해악에 대한 (명시적 또는 묵시적) 협박을 받은 경우

제6조. 동의를 없다고 추정하는 경우

20. 다음 각 호에 해당하는 경우에는 동의를 없다고 추정한다.
- (a) 피해자가 자발적/비자발적으로 또는 알지 못하는 상황/상태에서 섭취한 술이나 약물로 인해 취한 경우
 - (b) 질병, 신체적 부상, 그 밖의 특정 취약성이 피해자의 동의 능력에 영향을 미치는 경우
 - (c) 가해자가 권력, 신뢰, 영향력 또는 피해자와의 종속 관계가 있는 지위에 있고, 그 지위를 이용하여 (피해자의) 참여를 강요할 수 있는 경우
21. 가해자가 피해자와의 관계, 피해자에 대한 권력적 지위나 권위를 남용하는 경우에도 동의를 없다고 추정한다. 가해자가 권력, 위력, 영향력 또는 피해자와의 종속 관계가 있는 지위에 있는 경우란 다음 각 호에 열거된 지위 및 관계를 포함하되 이에 국한되지는 않는다.

- (a) 학교, 병원, 종교기관, 교정시설, 요양시설 환경에서
- (b) 직업상의 또는 직업에 의한 환경에서
- (c) 주거 복지 시설, 소년원, 기부금으로 운영되는 양육원, 보육원 또는 고아원에서
- (d) 피해자에게 의료적, 심리적, 심리사회적 지원 또는 치료를 제공하는 맥락에서
- (e) 후견인 관계에서
- (f) 법 집행 기관, 노동자, 보호관찰관, 스포츠 코치, 교사, 종교인, 육아도우미, 보육교사, 그 밖에 피해자와 관련된 사회복지 직무를 수행하는 지위에 있는 사람이 그 직무 수행 과정에서
- (g) 그 밖에 일반적으로 피해자에 대한 돌봄, 교육, 감독에 관여하고 책임이 있는 경우

B. 양형 및 가중감경 사유

제7조. 형벌

- (a) 국가는 강간 범죄에 대한 제재가 효과적이고, 적절하며, 범죄를 억제할 수 있고, 범죄의 심각성과 비례하도록 보장해야 한다.
- (b) 국가는 양형 결과의 일관성을 보장하기 위한 양형 기준을 개발해야 한다.
- (c) 국가는 조건부 형벌 그리고/또는 사회봉사활동 또는 벌금형을 단독으로 선고하는 형벌을 허용해서는 안 된다.
- (d) 강간에 대한 형벌로 사형을 선고해서는 안 된다.

제8조. 가중사유

- 22. 가중인자가 있을 때 강간의 심각성과 중대성은 증가한다. 국가는 가중사유를 고려하여 양형에 반영하도록 해야 한다.
- 23. 다음 각 호에 해당하는 경우 강간죄에 관한 양형 과정에서 가중사유로 고려해야 한다. 단, 다음 각 호에 해당하지 않더라도 가중사유가 있을 수 있다.

- (a) 피해자를 특히 취약하게 만드는 권력 불균형이 있는 피해자와 가해자 간 관계
- (i.) 현/전 배우자 또는 친밀한 관계인 사람이 범죄를 저지른 경우
 - (ii.) 가족 구성원 또는 피해자의 동거인이 범죄를 저지른 경우
 - (iii.) 가해자가 신뢰 관계, 친족 관계, 지휘 관계, 그 밖에 불평등한 권력 관계 등 피해자와의 관계를 이용한 경우
 - (iv.) 가해자가 국가 대리인 또는 계약자이거나, 한 명 이상의 국가 대리인 또는 계약자에게 위임, 지원, 묵인을 받은 경우
- (b) 피해자를 성폭력에 특히 취약하게 만드는 피해자의 상태 또는 상황
- (i.) 어떤 이유로든 수감되거나 억류된 피해자에게 범죄를 저지른 경우
 - (ii.) 아동 또는 노인에게 범죄를 저지른 경우
 - (iii.) 아동 또는 피해자의 친족을 대상으로 범죄를 저질렀거나, 아동 또는 피해자의 친족이 있는 곳에서 범죄를 저지른 경우
 - (iv.) 가해자가 인신매매, 이주, 노동착취, 성착취, 자연재해 등으로 특히 취약한 위치에 있는 사람을 이용한 경우(무력분쟁, 정치적 폭력, 그 밖의 사회적 혼란 등이 발생한 시기를 포함하되 이에 국한되지는 않는다)
 - (v.) 피해자의 인종, 카스트, 민족, 성적 지향, 성 정체성, 장애, 나이, 이주민 또는 난민, 그 밖의 신분에 대한 차별을 부가적 동기로 범죄를 저지른 경우
 - (vi.) 임신한 사람에게 범죄를 저지른 경우
- (c) 범행 수단
- (i.) 두 명 이상의 사람이 함께 범죄를 저지른 경우
 - (ii.) 범죄 또는 관련 범죄를 반복적으로 저지른 경우
 - (iii.) 극심한 폭력 또는 협박, 또는 극심한 폭력을 가하려는 시도를 선행하거나 동반하여 범죄를 저지른 경우
 - (iv.) 무기를 사용하거나 사용하겠다고 위협하여 범죄를 저지른 경우
 - (v.) 피해자를 계속 통제하기 위해 피해자로 하여금 약물, 술, 그 밖의 중독성 물질을 섭취 또는 사용하게 하거나 그 영향을 받게 하는 경우

- (vi.) 가해자가 이전에 유사한 죄질의 범죄로 유죄 선고를 받은 경우
 - (vii.) 가해자가 범죄 행위를 영상 또는 사진으로 촬영한 경우
- (d) 강간이 피해자에게 미친 영향
- (i.) 범죄가 피해자에게 심각한 신체적·정신적 피해 또는 장애를 초래한 경우
 - (ii.) 범죄가 사망, 임신, 성매개 감염 또는 질병 감염을 초래한 경우

제9조. 감경사유

24. 국가는 국제인권법에 반하는 문화, 종교, 관습, 전통 또는 소위 ‘명예’에 근거한 정상참작 및 감경사유를 강간 사건에 적용하도록 허용해서는 안 된다.
- (a) 국가는 가해자가 피해자 또는 피해자의 가족과 어떤 형태로든 합의(금전적 합의 또는 그 밖의 합의)를 했다는 이유로 처벌을 면제받거나 감형을 받을 수 없도록 해야 한다.
 - (b) 국가는 가해자가 범행 후 피해자와 결혼했다는 이유로 처벌을 면제받거나 감형을 받을 수 없도록 해야 하며, 법은 가해자가 피해자와 결혼해야 한다고 규정해서는 안 된다.
25. 다음 각 호에 해당하는 사유는 감경 사유 적용을 금지해야 한다. 단, 다음 각 호에 해당하지 않더라도 감경사유 적용을 금지할 수 있다.
- (a) 가해자가 피해자와 결혼하거나 결혼을 원하는 경우 또는 화해를 원하거나 시도하는 경우
 - (b) 가해자 또는 가해자의 가족 또는 가해자의 공동체가 피해를 배상하겠다고 하는 경우
 - (c) 가해자의 성격 또는 평판
 - (d) 교묘하게 피해자에게 책임을 돌릴 수 있는 피해자의 과거 행동 이력

제10조. 친권 박탈

26. 국가는 강간으로 아동을 임신한 경우, 그 아동의 최선의 이익을 고려하여 가해자

의 친권 박탈을 허용하는 입법 조치를 해야 한다.

- (a) 강간죄로 형사소송절차를 진행하는 경우, 강간 혐의로 아동을 임신한 경우 그 아동에 대한 피의자/피고인의 친권은 형사소송절차에서 최종 판결이 확정될 때까지 정지한다.
- (b) 강간죄로 유죄 판결을 선고하는 경우, 강간으로 아동을 임신한 경우 그 아동에 대한 가해자의 친권은 그 아동의 최선의 이익을 고려하여 박탈해야 한다. 한편 위자료 및 손해배상 책임은 친권 박탈과 상관없이 부여해야 한다. 친권에 관해 결정할 때는 여성에 대한 폭력 사건을 참작해야 한다.
- (c) 강간죄로 유죄 판결을 선고하는 경우, 모든 아동에 대한 가해자의 친권은 그 아동의 최선의 이익을 고려하여 박탈해야 한다. 한편 위자료 및 손해배상 책임은 친권 박탈과 상관없이 부여해야 한다. 단, 이러한 조항은 친자 관계로 인해 발생하는 모든 혜택을 누릴 수 있는 아동의 권리를 침해하지 않는다.

C. 수사, 기소 및 재판

제11조. 피해자 중심적 접근

- a) 피해자 중심적 접근은 모든 대응의 중심에 피해자를 둔다. 이는 피해자가 피해자의 권리, 법적 절차 및 사건 진행 과정을 지속해서 안내받고, 그 과정 전반에 걸쳐 지원받고, 적절한 상황에 무료 법률 지원을 받을 수 있도록 보장하는 것 등을 포함한다.
- b) 피해자와의 면담 횟수는 범죄 수사를 위해 꼭 필요한 경우에만 실시하여 최소한도로 해야 한다.
- c) 의학적·법적 증거 수집을 위한 검사는 형사소송절차를 위해 꼭 필요한 경우에만 실시하여 최소한도로 해야 한다.
- d) 피해자는 합리적인 반대 결정이 내려지지 않는 한, 피해자의 법정대리인(들) 및 피해자가 선택한 지지자들과 동행할 수 있어야 한다.

제12조. 강간의 아동 피해자 및 아동 증인¹²⁾

12) 「아동 범죄 피해자와 증인 관련 문제에 대한 사법지침(ECOSOC/RES/2005/20)」에 따른다.

- (a) 강간의 모든 아동 피해자 또는 아동 증인은 자신의 이익을 우선적으로 고려할 권리가 있다.
- (b) 강간의 모든 아동 피해자 또는 아동 증인은 다음과 같은 일반 원칙에 따라 대우받아야 한다.
 - (i.) 범죄의 아동 피해자 또는 아동 증인은 법적 절차 전반에 걸쳐 아동의 존엄성을 존중하는 세심하고 배려 있는 대우를 받아야 한다. 이러한 대우를 하려면 아동의 개인적 상황, 긴급하고 특별한 욕구, 나이, 젠더, 장애, 성숙도 등을 고려해야 한다.
 - (ii.) 아동의 사생활에 대한 개입은 높은 증거 기준과 절차에 따른 공정하고 공평한 결과를 보장하기 위해 법으로 필요하다고 규정한 최소한도로 제한해야 한다.
 - (iii.) 아동 피해자 또는 아동 증인의 사생활의 자유는 보호되어야 한다.
 - (iv.) 아동을 증인 또는 피해자로 식별할 수 있는 정보는 법원의 명시적인 허가 없이 공개될 수 없다.
 - (v.) 아동 피해자 또는 아동 증인은 자신의 관점, 의견, 믿음을 자유롭게 표현할 권리가 있으며, 형사 절차 과정에서 이루어지는 결정을 비롯하여 자신의 삶에 영향을 미치는 결정에 의견을 낼 권리가 있다.
- (c) 아동 피해자 또는 아동 증인은 다음과 같은 경우 형사 절차 전반에 걸쳐 국선변호사를 무료로 선임할 수 있어야 한다.
 - (i.) 아동이 요청하는 경우
 - (ii.) 부모 또는 보호자가 요청하는 경우
 - (iii.) 지정된 지원 담당자가 요청하는 경우
 - (iv.) 법원이 아동의 최선의 이익을 위해 필요하다고 판단하여 변호사 선임을 직권으로 명령하는 경우
- (d) 형사 절차의 모든 단계에서 만약 아동 피해자 또는 아동 증인의 안전이 위험하다고 판단되는 경우, 관할 관청은 아동을 위한 보호 조치를 마련하여 이행해야 한다. 아동을 위한 보호 조치는 다음과 같은 조치를 포함할 수 있다.
 - (i.) 형사 절차의 모든 단계에서 아동 피해자 또는 아동 증인과 피의자/피고인 간 직접 접촉 방지
 - (ii.) 관할 법원의 접근 금지 명령 신청

- (iii.) “접근 금지”를 보석 조건으로 포함하는 관할 법원의 공판 전 피의자 구속 명령 신청
- (iv.) 관할 법원에의 피의자/피고인 가택 연금 명령 신청
- (v.) 경찰 또는 관련 기관에 아동 피해자 또는 아동 증인에 대한 신변 보호 신청
- (vi.) 관할 관청이 적절하다고 판단하는 그 밖의 보호 조치 신청 또는 이행

제13조. 수사

- (a) 수사관/경찰관은 범죄 신고가 지연됐다는 이유로 수사를 미루거나 사건 접수를 거부하거나 단독으로 수사를 개시해서는 안 된다.
- (b) 수사관/경찰관은 피해자에게 고소/고발 접수 확인서를 지체 없이 발급해야 한다.
- (c) 수사관/경찰관은 피해자 또는 그 밖의 증인/조직이 한 모든 진술/신고를 지체 없이 유효하게 기록하고 수사해야 하며, 고소에 관한 공식 보고서가 모든 경우에 보관되도록 보장해야 한다.
- (d) 수사관/경찰관은 지체 없이 도움 및 보호 요청에 대응하고, 피해자에게 피해자의 권리를 안내하고, 피해자가 고소장을 제출하고 그 밖의 관련 서비스를 이용할 수 있도록 지원해야 한다.
- (e) 수사관/경찰관은 성인지 감수성을 가지고 트라우마에 대한 이해를 바탕으로 사생활에 대한 권리를 충분히 존중하며 초기 대면 조사를 진행해야 한다.
- (f) 수사관/경찰관은 강간 고소가 관할 수사기관에 접수된 후 부당한 지체 없이 피해자가 이해할 수 있는 언어로, 필요시 통역사의 지원을 받아 피해자 조사를 진행해야 한다.
- (g) 수사관은 상황의 심각성과 강간 또는 치명적인 폭력의 재발 위험성을 고려하여 위험성 평가를 진행해야 한다. 위험성 평가를 진행할 때 가해자의 총기 소지 여부, 유효한 보호 명령(당사자의 요청에 따른 보호 명령 또는 그 밖에 피해자와 그 가족을 보호하기 위해 필요한 조치 등 포함) 유무 등을 고려해야 한다.
- (h) 경찰이 피해자를 학대하거나 사건을 잘못 처리하는 경우 피해자가 문제제기

할 수 있는 기구가 있어야 한다.

제14조. 직권 기소

- (a) 강간의 수사 및 기소는 직권으로 수행해야 한다. 국가는 범죄의 실질적인 수사 및 기소를 수행할 의무가 있다. 따라서 국가는 피해자의 신고 또는 진술에 전적으로 의존해서는 안 되며, 설령 피해자가 진술을 철회하더라도 실질적인 수사 및 기소를 지속해야 한다.
- (b) 강간 사건을 중단한 모든 검사는 피해자에게 시기적절하게 공식적인 서면으로 사건을 불기소할 이유를 설명해야 한다.

제15조. 시기적절하게 지체 없이

- (a) 수사 및 재판 절차는 형사 소송 절차의 모든 단계에서 피해자의 권리를 고려하면서 시기적절하게 지체 없이 수행해야 한다.
- (b) 모든 강간 신고는 진지하게 받아들여야 하며, 신속하게 편견 없이 철저히 수사해야 한다.
- (c) 모든 증거는 적법하게 수집해야 하고, 피해자에 대한 편견을 갖게 하는 모든 고정관념이나 그 밖에 피해자의 실질적인 사법 접근을 막는 사유 없이 기소하고 판결해야 한다.

제16조. 증거능력 요건, 강간 피해자 보호 조항

- 27. 국가는 강간 사건 증거에 대한 객관적·성인지적 평가를 보장해야 한다.
 - (a) 피해자의 과거 성적 이력 또는 성적 행동에 관한 증거 제시는 반대신문을 포함한 모든 법적 절차 단계에서 일반적으로 금지되어야 하며, 사건과 직접적인 연관성이 있고 꼭 필요한 경우에만 허용되어야 한다.
 - (b) 기소를 하기 위해 특정 증거가 있어야 한다는 절대적 요건은 결코 있어서는 안 된다. 예를 들어 의학적 증거는 특히 신고가 지연되거나 수사 개시가 지연된 경우 확보가 불가능할 수 있다.

- (c) 피해자의 진술이 개별적인 사건의 맥락을 고려했을 때 신빙성 있고 믿을 만하며 유죄 판결의 근거로 충분하다고 인정하기 위해 피해자의 진술을 그 밖의 방법으로 입증해야 한다는 요건은 없어야 한다.
- (d) 신체적 부상 같은 저항의 증거가 없다고 하더라도, 그 자체는 절대로 성행위에 대한 진정한 동의를 증거로 간주되어서는 안 된다.
- (e) 추정되는 강간 발생 시기부터 신고 시기까지 기간이 얼마나 지연되었든, 이를 근거로 피해자에게 불리한 추론을 해서는 안 된다.

제17조. 공소시효

- (a) 강간 기소는 평시든 분쟁 시든 모든 상황에서 어떠한 시효 기간도 없어야 한다.
- (b) 만약 공소시효가 있다면, 법은 아동 피해자의 경우 피해자가 성년이 된 이후 소송을 개시할 수 있도록 충분한 기간을 주어야 한다.

제18조. 국가 간 협력 및 관할권

28. 국가는

- i. 다음 각 호에 해당하는 장소에서 또는 사람에 의해 강간죄가 발생하는 경우, 그에 대한 관할권을 확립해야 한다.¹³⁾
 - ii. 국가 영역에서
 - iii. 국가의 국기를 게양한 선박의 선상에서
 - iv. 국가 법률에 따라 등록된 항공기의 기내에서
 - v. 자국민에 의해
- (a) 국가는 강간 행위가 발생한 지역에서 강간을 범죄화하는지에 따라 국가의 관할권이 좌우되지 않도록 보장해야 한다.
 - (b) 국가는 강간 범죄가 분쟁, 전쟁 범죄, 인도에 반한 죄, 제노사이드, 널리 퍼진(widespread) 또는 체계적인(systematic) 공격, 국란, 인도주의적 위기의 맥락에서 발생하는 경우, 그에 대한 관할권을 확립해야 한다.

13) (웁긴이주) 원문상의 오류. 맥락상 i 호는 제28항에 해당하며, ii 호부터 v 호까지가 제28항 각 호에 해당하는 내용으로 보인다.

- (c) 국가는 모든 강간 사건을 예방·수사·기소하고, 피해자를 보호·지원하며, 국제형 사사법공조 및 그 밖에 필요한 지원을 하고, 외국 사법기관이 선고한 관련 민형사상 판결(보호 명령 포함)을 집행하고 외국에 범죄인을 인도하기 위해 가능한 한 광범위하게 국가 간 협력하도록 노력해야 한다.

제19조. 강제중재 또는 강제조정 금지

- 29. 법은 강간 사건의 경우 모든 법적 절차에서 어떤 형태로든 강제로 중재 또는 조정을 할 수 없도록 명시적으로 금지해야 한다.
 - (a) 여성에 대한 폭력 사건, 특히 강간 및 성폭력 사건을 대체적 분쟁 해결¹⁴⁾ 절차에 강제로 회부해서는 안 된다.
 - (b) 강간 사건, 특히 범행 당시 아동 피해자를 대상으로 한 강간 사건의 경우 양형 거래¹⁵⁾를 단호하게 막아야 한다.

제20조. 피해자 중심적 보호 조치

- 30. 국가는 수사 및 재판 절차의 모든 단계에서 피해자의 권리와 이익을 보호하도록 보장하기 위해 필요한 모든 입법 조치를 해야 한다. 특히 다음 각 호와 같은 입법 조치를 해야 한다.
 - (a) 피해자와 그 가족 구성원, 증인 등을 위협, 보복 및 2차 피해로부터 보호해야 한다. 필요한 경우 피해자와 그 가족 구성원에 대한 신변보호 조치를 해야 한다.
 - (b) 범죄 수사 또는 재판을 진행하는 건물 안에서 피해자와 가해혐의자(들)이 마주치지 않도록 보장해야 한다. 이를 위해서는 대기 공간 및 출입구를 분리해야 하고, 도착시각 및 출발시각에 시차를 두어야 한다. 또한, 피해자와 가해혐의자(들) 간 시각적 접촉을 방지하기 위해 피해자가 자신이 안전하다고 생각하는 공간에서 원격으로 또는 통신 기술을 이용하여 진술하거나 증인 보호

14) (옴긴이 주) Alternative Dispute Resolution(ADR). 대체적 분쟁 해결은 전통적인 분쟁 해결 방법인 소송 절차를 대체하는 소송 외의 분쟁 해결 방법을 총칭하는 개념으로, 법원의 판결이 아닌 협상, 화해, 조정, 중재 등을 통한 분쟁 해결을 뜻한다.

15) (옴긴이 주) plea bargains. 양형 거래 또는 유죄협상제도는 피의자 또는 피고인이 범죄 혐의 사실을 유죄로 인정하는 대신 검사가 상대적으로 가벼운 범죄로 기소하거나 다른 범죄 사실을 기소하지 않거나 형량을 감경받을 수 있도록 약속하는 제도.

를 위한 차폐시설 또는 법정에 있는 중계시설을 이용하여 진술할 수 있도록 허용해야 한다.

- (c) 피해자의 사생활을 보호하고, 피해자의 신원을 특정할 수 있는 모든 정보가 공개·유포되지 않도록 방지해야 한다. 이는 재판이 끝나기 전(피해자의 동의가 없다면 재판이 끝난 후에도) 강간 피해자의 신원을 특정할 수 있는 언론 보도 금지, 경찰 신고 시 사생활 보호, 소송 절차 중 법정 비공개 전환, 그 밖에 유사한 조치를 포함한다.
- (d) 형사 소송 절차 전반에 걸쳐 피해자에게 피해자의 권리, 이용 가능한 지원 서비스, 수사 및 소송 절차의 경과, 그 안에서 피해자의 역할, 사건 결과 등 정보를 피해자가 이해할 수 있는 언어로 시기적절하게 충분히 제공해야 한다.
- (e) 피해자가 법률 구조, 통역, 증인 지원에 관한 권리를 행사할 수 있도록 해야 한다. 이러한 권리는 전문 서비스 제공자 또는 피해자가 선택한 그 밖의 독립적 지원자가 법정에서 피해자와 동행하거나 피해자를 대리할 권리를 포함한다.
- (f) 피해자가 형사 소송 절차에 실질적으로 참여할 수 있도록 피해자의 구체적인 욕구를 헤아려야 한다. 또한, 아동 피해자와 특별한 지원이 필요한 피해자에게 특별한 지원 및 보호 조치를 제공하여 그들의 최선의 이익을 보장하는 동시에 그들이 형사 소송 절차에 가능한 한 충분히 참여할 수 있도록 보장해야 한다. 이러한 특별한 조치는 다음 각 호에 해당하는 조치를 포함하되 이에 국한되지는 않는다.
 - (i.) 피해자 면담을 하는 경우, 피해자와 성(sex)이 같은 면담자가 피해자의 집이나 거주지 또는 피해자 면담을 목적으로 특별히 설계되거나 개조된 공간에서 지체 없이 피해자 면담을 수행하도록 보장해야 한다.
 - (ii.) 아동의 진술을 녹음하는 동안 부모 또는 아동이 신뢰하는 사람이 동석하도록 보장해야 한다. 아동이 신뢰하는 사람은 강간 피해자를 상대하거나 지원하는 전문 시민사회단체의 대변인을 포함할 수 있다.
 - (iii.) 피해자가 신체적·심리적·정신적·지적 장애가 있는 경우, 피해자 진술을 청취하고 녹음하기 전에 특수 교육자, 심리학자 또는 그 밖에 적절한 의사소통 기술에 정통한 사람에게 도움을 구해야 한다. 예를 들어 점자, 수화 언어 또는 그 밖에 특별한 지원이 필요한 사람이 쉽게 이용할 수 있는 전자 장치 및 정보 기술에

정통한 사람에게 도움을 구해야 한다.

- (iv.) 피해자 면담을 할 목적으로 교육·훈련을 받은 전문가가 피해자 면담을 수행 또는 중개하도록 보장해야 한다.
 - (v.) 통역 그리고/또는 번역 서비스를 보장해야 한다.
 - (vi.) 심리사회적·법적 지원을 보장해야 하고, 여행 경비가 발생하는 경우 보상해야 한다.
- (g) 보호 명령은 효율적이고, 유효하고, 쉽게 이용할 수 있어야 한다. 당사자의 요청에 따라 보호 명령을 할 수 있어야 하며, 피해자가 보호 명령 및 그 밖의 보호 조치를 신청하는 경우 지체 없이 처리하도록 보장해야 한다. 또한, 강간에 관한 모든 진술을 시의적절하게 편견 없는 태도로 청취하도록 보장해야 한다.

VI. 국가적 차원에서 그 밖의 관련 법·정책

A. 구제 및 배상

- 31. 구제 및 배상은 강간을 방지하고 피해자를 위한 정의를 보장하는 대단히 중요한 역할을 한다. 국가는 강간 피해자(기소가 불가능한 경우도 포함)에게 구제 및 배상을 해야 한다.
- 32. 국가는 배상 절차에 관한 정보가 공개적으로 널리 선전되도록 보장해야 한다. 배상 절차에 관한 정보는 피해자에게 접근권이 있는 모든 이용 가능한 법적, 의료적, 심리학적, 사회적, 행정적 서비스와 그 밖의 모든 서비스에 관한 정보를 포함한다. 국가는 피해자의 완전한 회복과 배상을 위해 법률 서비스, 사회 서비스 및 건강(성 건강, 재생산 건강, 정신 건강 포함) 서비스를 제공하고, 피해가 반복되지 않도록 보장해야 한다. 국가는 강간 피해자에게 다음 각호에 해당하되 이에 국한되지는 않는 보상을 해야 한다.
 - (a) 피해자는 가해자에게 배상을 청구할 권리가 있어야 한다
 - (b) 피해자는 관련 공직자 및 기관이 성실하게 의무를 수행하지 않는 경우 배상을 청구할 권리가 있어야 한다.
 - (c) 피해자에게 상해 또는 신체적·정신적 건강 손상이 발생하는 경우, 국가는 가해자 또는 그 밖의 배상 책임자가 배상하지 않는 범위에서 피해자에게 배상

금을 지급해야 한다.

B. 강간으로 임신한 경우 임신중지 접근권

33. 피해자가 강간으로 임신했다고 주장하거나 강간 또는 친족 성폭력으로 임신했다는 합리적 의심이 있는 경우, 모든 피해자는 안전하고 합법적인 임신중지에 관한 접근권이 있어야 한다. 국가는 강간에 의한 임신인 경우를 비롯해 임신중지를 금지하는 법률을 폐지해야 하며, 피해자에게 성과 재생산 건강 전반에 관한 의료 서비스 접근권을 보장하는 법률을 제정해야 한다. 이는 심리적 지원 및 상담, 응급 피임, HIV 상담·검사 및 노출 후 예방 조치¹⁶⁾, 안전하고 합법적인 임신중지, 임산부 건강 관리 등에 관한 접근권을 포함한다. 여성의 임신중지를 범죄화하거나 임신중지를 이유로 여성을 수감해서는 안 된다. 특히 강간 또는 친족 성폭력에 의한 임신이거나 심각한 태아 장애가 있는 경우에는 더욱 그래서는 안 된다. 국가는 강간에 의한 임신으로 임신중지를 하는 경우 의사/환자의 비밀을 보장해야 한다.

C. 강간 위기 센터 또는 성폭력/원스톱 지원 센터

34. 모든 피해자는 성인지 감수성과 장애 감수성이 있는 시기적절하고 알맞은 의학적 검진을 통해 정의에 접근할 수 있도록 지원받아야 한다. 의학적 검진을 하기 전에는 피해자에게 정보를 제공하고 피해자의 진정한 의사에 따른 자발적 동의를 받아야 한다. 또한, 피해자는 치유·회복을 돕기 위한 치료법과 심리사회적 돌봄을 받을 수 있어야 하며, 피해자가 원하는 경우 형사 소송 절차에 접근할 수 있도록 지원받아야 한다.
35. 국가는 강간 및 성폭력 피해자에게 피해자가 필요로 하는 동안 의료 및 법의학 검사, 트라우마 지원 및 상담을 제공하기 위하여, 적절하고 쉽게 이용할 수 있으며 전문적이고 충분한 자원 및 기금을 가진 충분한 수의 강간 위기 센터 또는 원스톱 지원 센터를 설립해야 한다.
36. 국가는 다음 각 호에 해당하는 책무를 수행해야 한다.
- (a) 경찰과 의료 서비스 제공자가 성폭력 사건의 법의학적 증거를 수집·보전하기

16) (웁킨이 주) PEP, post-exposure prophylaxis. HIV 바이러스에 노출된 경우 예방적 화학요법을 이용하여 HIV 감염을 예방하는 조치.

위하여 따라야 하는 규칙 체계를 개발해야 한다.

- (b) 충분한 수의 의료인 및 법의학 전문 인력을 교육·훈련하여 성폭력 사건의 의학적 검진을 세심하고 종합적인 방식으로 능숙하게 수행하도록 해야 하고, 피해자가 원하는 경우 피해자와 성이 같은(same-sex) 사람이 지원하도록 해야 한다.
- (c) 시기적절하고 정당하게 의학·법의학 증거를 수집·검사하고 법원에 제출하도록 명령해야 한다.
- (d) 성폭력 혐의로 기소된 사람에게 유죄를 선고하기 위하여 의학·법의학 증거를 필수 요건으로 요구할 수 없도록 법률에 특별히 명시해야 한다.
- (e) 과학적 사실에 근거하지 않고 '처녀막' 유무 또는 질의 이완 상태에 근거하여 피해자에게 불리한 추론을 도출하는 '처녀성 검사', '두 손가락 검사'¹⁷⁾, 그 밖의 유사한 절차 등 피해자의 성·재생산 건강 및 권리를 침해하거나 2차 피해를 일으키는 절차 또는 검사 이용을 금지해야 한다.

37. 국가는 강간 및 성폭력 피해자(체류 자격이 불안정한 이주민 피해자 포함)를 돕기 위하여 포괄적·통합적 지원 서비스를 제공해야 한다. 이를 위해 충분한 자원을 제공하고, 전문 교육·훈련을 받은 전문가가 지원 서비스를 제공하도록 해야 한다. 지원 서비스는 다음 각 호에 해당하는 서비스를 포함하되 이에 국한되지는 않는다.

- (a) 법률 상담, 심리 상담, 경제적 지원, 주거·교육·훈련·취업 지원
- (b) 무료 상담·지원(다른 서비스 제공자 소개 포함)을 제공하는 24시간 전화·온라인 상담 서비스
- (c) 강간 및 성폭력 피해자(특히 여성과 아동)를 위한 적절하고 쉽게 이용할 수 있으며 안전하고 유용한 충분한 수의 쉼터
- (d) 피해자·증인·가족이 위협을 받거나 해악을 고지받는 경우 피해자·증인·가족을 보호하는 보호 체제
- (e) 지원 서비스 접근권에 피해자가 피해 사실을 경찰에 신고해야 한다거나 특정 체류 자격이 있어야 한다는 조건을 두어서는 안 된다.
- (f) 국가는 요청 또는 명령이 있는 경우 강간 피해자가 무료 법률 구조를 받을 권리와 소송 지원 과정에서 자격을 갖춘 공정한 통역사 및 법률 문서 번역 서비스를 무료로 이용할 권리를 보장해야 한다.

17) (울진이 주) 피해자의 '처녀막' 유무, 성관계에 익숙한지 여부 등을 확인하기 위해 피해자의 질 내부에 두 손가락을 삽입하여 질의 이완 정도를 확인하는 검사.

D. 교육·훈련 및 인식 제고

38. 국가는 법 집행관, 변호사, 사법·의료·사회 서비스 전문가가 국가적 교육 및 훈련을 받도록 의무화해야 하며, 다음 각 호와 같은 교육·훈련을 수행하도록 보장해야 한다.
- (a) 국가는 특히 성폭력의 맥락에서 성평등, 법치주의, 여성 및 아동 권리 증진·보장 등 기본 원칙을 적용하기 위한 지침을 주는 국가적·지역적·국제적 법률 문서에 관한 교육을 해야 한다.
 - (b) 성인지 감수성을 가지고 트라우마에 대한 이해를 바탕으로 피해자 중심적 접근을 활용하는 교육·훈련을 해야 한다.
 - (c) 아동 피해자 및 아동 증인과 함께 일하는 모든 전문가에게 재피해·재외상화·2차 피해 위험성 완화 전략을 포함하여 아동 피해자 및 아동 증인 관련 문제에 관한 적절한 교육·훈련을 해야 한다.
 - (d) 국가는 성폭력 예방을 목적으로 하는 대중 인식 제고 및 교육 캠페인을 수행하고 이를 위한 기금을 조달해야 한다. 이러한 캠페인은 편견을 갖게 하는 고정관념을 없애고 모든 사람이 평등·비차별·인권·동의 원칙에 기반하여 성과 관계를 교육받도록 보장하기 위하여, 아동을 비롯해 모든 연령대의 사람을 대상으로 각 연령대에 적합한 방식으로 수행해야 한다.
 - (e) 국가는 성폭력에 관한 젠더적(gendered)·상호교차적(intersectional) 이해에 기반하여 인권·성·성평등·인종평등·성폭력으로부터 자유로울 권리에 관한 인식 제고 계획을 시행해야 한다.
 - (f) 국가는 성역할 고정관념(stereotyped gender roles) 해소, 비폭력적 남성성 증진, 통합적·포괄적 성교육 등을 통해 차별적인 사회적·문화적 행동 양식과 혐오적인 성 고정관념 및 인종 고정관념을 변화하기 위한 교육 과정을 시행해야 한다.
 - (g) 국가는 모든 미디어가 그들의 활동에서 여성에 대한 젠더기반차별(여성에 대한 해롭고 고정관념을 강화하는 묘사, 여성 또는 여아에 대한 폭력 묘사 등 포함)을 없애고, 성폭력 피해자의 존엄성 존중을 강화하도록 장려하는 실효성 있는 조치를 채택하고 시행해야 한다.
 - (h) 국가는 성폭력 가해자의 재범을 방지하는 심리사회적 치유 및 교육 과정을 지원하고 이를 위한 기금을 조달해야 한다.

E. 데이터 수집 및 강간 감시 관측 기관

39. 강간에 관한 데이터 수집은 설문조사 및 행정통계자료를 통해 이루어지며, 강간 관련 법안의 실효성을 모니터링하고 성폭력 대책을 개선하기 위해 필수적이다. 강간에 관한 데이터 수집과 지식 베이스를 강화할 필요성이 있다. 데이터의 수집·공유·발표는 절대로 그 영향을 받는 사람에게 해를 끼치거나 차별적 목적으로 이용되어서는 안 된다.
40. 국가는 강간에 관한 익명화·세분화한 통계 데이터를 수집·분석·발표해야 한다. 통계 데이터는 다음 각 호에 해당하는 데이터를 포함하되 이에 국한되지는 않는다.
- (a) 법원이 유죄 판결을 선고한 강간 사건 수
 - (b) 유죄 판결을 선고받은 가해자 수
 - (c) 소모율(수사 및 기소 각 단계에서 사건이 종결되는 비율)
 - (d) 경찰(집행기관/형사사법당국)에 접수된 강간 사건의 피해자 신고 건수 및 제3자 신고 건수
 - (e) 기소된 강간 사건 수, 형사 소송 절차 그리고/또는 그 밖의 법적 조치를 시작한 강간 사건 수
 - (f) 강간죄로 유죄 판결을 선고받은 가해자 수 및 강간 신고/고소 대비 유죄 선고 비율
 - (g) 강간 사건 피해자·가해자에 관하여 성, 나이, 폭력 유형, 가해자와 피해자의 관계, 지리적 위치, 그 밖에 관련성이 있다고 여겨지는 모든 요인(예를 들어 인종/민족/국적/체류 자격/카스트/성적 지향/장애/성 정체성 등)을 세분화한 행정 및 사법 데이터
 - (h) 강간이 여성과 여아에 대한 다른 유형의 젠더기반폭력(가정폭력, 여성살해, 실종, 강제임신 등을 포함하되 이에 국한되지는 않음)과 관련이 있는지 여부
 - (i) 사건 신고부터 종결까지의 경과 기간
 - (j) 유죄 판결의 선고 형량
 - (k) 다음 각 호에 해당하는 경우 그 이유
 - (l) 수사 중지 결정을 하는 경우
 - (m) 불기소 결정을 하는 경우

(n) 피해자에게 보상금을 지급하는 경우

(o) 피해자 지원 서비스를 위한 조치(기금 집행 포함)를 하는 경우

41. 국가는 강간 및 성폭력 피해자와 그 밖의 이해관계자를 상대하거나 지원하기 위해 일하는 시민 사회 단체의 대변인을 비롯한 전문가가 참여할 수 있는 다학제간 독립 감독 기관(예를 들어 강간 감시/관측 기관(Rape Watch/Observatory))을 설립해야 한다. 이러한 독립 기관은 피해자의 사법 접근 보장, 강간 기소 및 소모율에 관한 데이터 주시, 예방 조치 권고를 위한 상징적 사건 분석을 목표로 하며, 성폭력 사건의 수사·기소·판결을 정기적으로 검토해야 하고, 법률·관습·절차 개정을 권고할 권한이 있어야 한다.

F. 위기 또는 비상시 국가의 의무

42. 본 「강간에 관한 모범적 입법을 위한 프레임워크(강간죄 입법 모델)」에서 제시하는 국가의 인권 의무는平時, 분쟁/전쟁 시, 전염병 유행, 자연재해 또는 인공재해, 그 밖에 모든 형태의 유사한 상황에 전적으로 적용할 수 있다. 이러한 위기/비상 상황이 피해자 지원 서비스뿐만 아니라 강간 사건의 수사 또는 기소를 중단하거나 지연하는 명분으로 이용되어서는 안 된다. 강간으로부터 자유로운 삶을 살 인권은 위기/비상시에도 훼손될 수 없다.

**Human Rights Council****Forty-seventh session**

21 June–9 July 2021

Agenda item 3

**Promotion and protection of all human rights, civil,
political, economic, social and cultural rights,
including the right to development****Rape as a grave, systematic and widespread human rights
violation, a crime and a manifestation of gender-based
violence against women and girls, and its prevention****Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes
and consequences, Dubravka Šimonović***Summary*

In the present report, submitted pursuant to Human Rights Council resolution 41/17, the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Dubravka Šimonović, describes the activities that she has undertaken and addresses the theme of rape as a grave, systematic and widespread human rights violation, a crime and a manifestation of gender-based violence against women and girls, and its prevention.



I. Introduction

1. The present report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Dubravka Šimonović, is submitted to the Human Rights Council pursuant to its resolution 41/17. In the report, the Special Rapporteur addresses rape as a grave, systematic and widespread human rights violation, a crime and a manifestation of gender-based violence against women, and presents recommendations for its prevention through the harmonization of national criminal laws with international standards and jurisprudence on rape, both in peacetime and during conflict. This report is accompanied by a framework for model legislation on rape, envisaged as a harmonization tool.¹

A. Activities undertaken by the Special Rapporteur

2. The coronavirus disease (COVID-19) pandemic has continued to affect the Special Rapporteur's activities, which continued mainly online.

3. On 14 May 2020, the Special Rapporteur hosted the eighth meeting of the Platform of Independent Expert Mechanisms on Discrimination and Violence against Women, which was held online.² The Platform later issued a joint statement on COVID-19 and the increase in gender-based violence and discrimination against women.³

4. On 1 October 2020, the Special Rapporteur participated in person in the high-level meeting of the General Assembly on the twenty-fifth anniversary of the Fourth World Conference on Women: Action for Equality, Development and Peace, and delivered a statement calling for violence against women to be included as a standing item on the agenda of the Commission on the Status of Women, in order to accelerate its eradication.⁴

5. On 9 October 2020, the Special Rapporteur addressed the General Assembly by videoconference to present her thematic report on the intersection between the COVID-19 pandemic and the pandemic of gender-based violence against women, with a focus on domestic violence and the "peace in the home" initiative.⁵ Following her presentation of the report, she engaged in a constructive dialogue with 22 Member States.

6. On 30 October 2020, the Special Rapporteur issued a call for information and data under her "Femicide Watch" initiative, while on 23 November, in a press statement supported by 50 other independent human rights mandate holders, she reiterated her yearly call for the establishment of femicide watch bodies or observatories.⁶

7. On 24 November 2020, the Special Rapporteur met with the working group on gender-based violence against women of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women to discuss their joint work to develop a guide on the implementation of the Committee's general recommendation No. 35 (2017), which would serve as background for preparing an optional protocol on gender-based violence, as recommended by the Special Rapporteur, should Member States decide to do so.

¹ A/HRC/47/26/Add.1.

² See www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/SR/14May2020_EDVAW_Platform_meeting_report.docx.

³ Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR), "Joint statement by the Special Rapporteur and the EDVAW Platform of women's rights mechanisms on COVID-19 and the increase in violence and discrimination against women", 14 July 2020.

⁴ See www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/SR/High_Level_Meeting_Statement.docx.

⁵ A/75/144.

⁶ OHCHR, "Urgent action needed to end pandemic of femicide and violence against women, says UN expert", 23 November 2020.

B. Rape as a grave, systematic and widespread human rights violation, a crime and a manifestation of gender-based violence against women and girls

8. Globally, 1 in 3 women and girls has been subjected to gender-based violence, and 1 in 10 girls has been a victim of rape.⁷ Rape has been criminalized in a large number of States and yet it remains one of the most widespread crimes, with the majority of perpetrators enjoying impunity and the majority of women victims not reporting it.⁸

9. Currently, the international human rights framework and jurisprudence recognizes rape as a human rights violation and a manifestation of gender-based violence against women and girls that could amount to torture. Under international humanitarian law and international criminal law, rape can constitute a war crime, a crime against humanity, or a constitutive act with respect to genocide when the other elements of the crimes are present.⁹

10. However, these international standards have not been fully incorporated at the national level. States criminalize rape using different definitions (based on force or on lack of consent), protecting different persons (only women or all persons), including or excluding marital rape, covering different types of penetrations, prescribing different aggravating and mitigating circumstances, setting different lengths of sentences, prescribing *ex officio* or *ex parte* prosecution of rape, and providing or not providing at all for different statutes of limitation for its prosecution.

11. Additionally, their implementation is influenced by the surrounding general context of different forms of discrimination and gender-based violence against women, myths and gender-based stereotyping on rape by the media and the criminal justice system.

12. All these factors contribute to the fact that rape is frequently not reported. If rape is reported, it is seldom prosecuted; if prosecuted, the prosecution is rarely pursued in a gender-sensitive manner and often leads to very few convictions, the revictimization of survivors and high attrition rates, resulting in a normalization of rape, a culture of rape or silence on rape, stigmatization of victims and impunity for perpetrators.

13. Governments' failure to address all the structural, normative and policy factors that result in impunity for perpetrators is now being challenged by many women's marches and protests, feminist movements, the Me Too movement and civil society movements that are breaking the silence on rape. Examples include those in Chile,¹⁰ Spain,¹¹ and India.¹²

14. Recent reports on rape by civil society organizations have also highlighted the shortcomings of laws, policies and practices at the national and international levels. For example, Equality Now produced an overview of the main gaps in legislation on rape;¹³ Amnesty International produced recommendations for the International Criminal Court and an overview of the situation in Europe;¹⁴ International Women's Rights Action Watch Asia

⁷ World Health Organization, *Violence against Women Prevalence Estimates, 2018: Global, Regional and National Prevalence Estimates for Intimate Partner Violence against Women and Global and Regional Estimates for Non-Partner Sexual Violence against Women* (Geneva, 2021); and United Nations Children's Fund, *Hidden in Plain Sight: A Statistical Analysis of Violence against Children* (New York, 2014).

⁸ In some jurisdictions, the term "sexual assault" is used to encompass rape and other manifestations of sexual violence.

⁹ Security Council resolution 1820 (2008).

¹⁰ A song by the Chilean group Las Tesis, "*Un violador en tu camino*" ("A rapist in your path"), has become a rallying cry across the world.

¹¹ The gang rape of an 18-year-old woman in 2016 in the *La Manada* (Wolf Pack) case resulted in a change to the definition of rape under Spanish legislation.

¹² In 2012, a 23-year-old woman was gang-raped and murdered on a bus, leading to intense protests and changes to legislation.

¹³ Equality Now, *The World's Shame: The Global Rape Epidemic – How Laws Around the World Are Failing to Protect Women and Girls from Sexual Violence* (2017).

¹⁴ Amnesty International, "Rape and sexual violence: human rights law and standards in the International Criminal Court" (2008) and "Right to be free from rape: overview of legislation and state of play in Europe and international human rights standards" (2018).

Pacific focused on human rights standards in national legislation;¹⁵ and Sisters For Change produced a report on the criminalization of marital rape and sexual violence across the Commonwealth.¹⁶

15. Many United Nations and regional human rights bodies have produced significant guidance on applicable standards on violence against women, but there is no holistic and specific thematic report on rape as a human rights violation. In the light of this, and in recognition of the general shift in perception and in public rejection of sexual violence and rape – which have not yet been followed by the necessary legal changes of mostly conservative criminal laws at the national level – the Special Rapporteur decided to dedicate this report to the theme of rape as a human rights violation, focusing on States’ responsibility to prevent and eradicate it.

16. Although many of the Special Rapporteur’s recommendations in the present report also apply to the criminalization and prosecution of other forms of sexual violence, the report is focused specifically on rape in order to reflect developments at the international level that have also distinguished it from other types of sexual violence and defined its constitutive elements. While in some States rape is criminalized as a form of sexual assault, expanded from former narrow definitions of rape, these differences in terminology are not an obstacle to comparisons related to the harmonization of its constitutive elements for its definition, criminalization and prosecution. By focusing on rape, the report also connects the constitutive elements of its definition with other equally important provisions of criminal law, such as mitigating circumstances, statutes of limitation and age of sexual consent, as well as criminal procedural provisions on the protection of victims/survivors, in order to address them as interrelated provisions of the legal framework needed for the effective criminalization of rape.

17. For the preparation of the report, on 27 May 2020 the Special Rapporteur held an online expert group meeting, in collaboration with Equality Now. The outcome of that meeting was a report on rape as a grave and systematic human rights violation and gender-based violence against women, which complements the present report.¹⁷

18. In order to collect information on the current criminalization of rape in national laws, the Special Rapporteur distributed a questionnaire to States and other stakeholders on 9 April 2020.¹⁸ The 207 submissions received, along with information publicly available, reveal the significant gaps between States’ obligations and international human rights standards on rape.¹⁹

19. In this report, the Special Rapporteur addresses the primary responsibility of States to effectively and with due diligence prevent, criminalize and prosecute rape in accordance with international legal standards, applicable both in peacetime and during conflict, by:

(a) Providing an overview of applicable international human rights and criminal law standards needed for the effective criminalization and prosecution of rape, based on a victim-centred approach;

(b) Supporting and encouraging a process of review and harmonization of national criminal laws and practices with international standards on rape;

¹⁵ International Women’s Rights Action Watch Asia Pacific, *Addressing Rape as a Human Rights Violation: The Role of International Human Rights Norms and Instruments* (Kuala Lumpur, 2007).

¹⁶ Sisters For Change, *The Criminalisation of Marital Rape and Intimate Partner Sexual Violence across the Commonwealth* (London, 2019).

¹⁷ Available at http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/SR/Call_on_Rape/EGM_EN-SR_Report.pdf.

¹⁸ The questionnaire and submissions are available at <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Women/SRWomen/Pages/SRVAW.aspx>.

¹⁹ The Special Rapporteur is profoundly grateful to all those who made submissions, many of which went beyond the questionnaire, and to Christine Chinkin and Jane Connors, who provided their comments on the draft report.

(c) Providing recommendations on the criminalization and prosecution of rape, which, jointly with the model legislation on rape, are intended to serve as a harmonization tool for comparing and aligning national laws with international standards.

II. International legal framework on rape

A. Evolution of international human rights law

20. International human rights law has taken progressive steps in framing rape as a human rights violation through three main conceptual avenues: (a) as a specific form of gender-based violence against women and girls under the women's anti-discrimination framework; (b) as torture under the torture framework; and (c) as other human rights violations, such as trafficking, sale of children, slavery, forced marriage and early and child marriage. Rape is a violation of a range of human rights, including the right to bodily integrity, the rights to autonomy and to sexual autonomy, the right to privacy, the right to the highest attainable standard of physical and mental health, women's right to equality before the law and the rights to be free from violence, discrimination, torture and other cruel or inhuman treatment.

21. Rape, as a form of discrimination and gender-based violence against women, is specifically mentioned by the Committee on the Elimination of Discrimination against Women in its general recommendation No. 19 (1992) on violence against women, in which it refers to rape as a manifestation of violence against women in the family.

22. The Declaration on the Elimination of Violence against Women, the first universal international instrument that provided a definition of violence against women, included "rape" and "marital rape" as forms of violence in its article 2.

23. The Vienna Declaration and Programme of Action, of 1993, established that eliminating violence against women was a human rights obligation of States, and that rape and sexual violence in armed conflict were violations of the fundamental principles of international humanitarian and human rights law. It thus questioned the traditional divide according to which international humanitarian law applied to violence in conflict and international human rights law to rape under regular circumstances.

24. The Beijing Declaration and Platform for Action, of 1995, recognized rape as a manifestation of violence in the family and in the community, and the systematic practice of rape in conflict as a deliberate instrument of war, constituting a war crime.

25. At the regional level, the Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence against Women (Convention of Belém do Pará), of 1994, was the first international treaty on violence against women, identifying rape as a manifestation of such violence both in the family and in the community.

26. The Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa (Maputo Protocol), of 2003, specifically obligates States parties to enact legislation to criminalize violence against women. Under article 4 (2), States parties are required to enact and enforce laws to prohibit all forms of violence against women including unwanted or forced sex whether the violence takes place in private or public, and under article 14 (2) (c), States parties are obligated to protect women's reproductive rights by authorizing medical abortion in cases of rape. The African Commission on Human and Peoples' Rights adopted in 2017 its guidelines on combating sexual violence and its consequences in Africa.

27. The mandate of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences was established in 1994 and was the first human rights mechanism entrusted to focus solely on violence against women, its causes and consequences as a human rights violation.²⁰ In the first report of the mandate holder to the Commission on Human Rights, in 1995, rape was identified as a manifestation of gender-based violence against women.²¹ The former Special Rapporteur saw consent as the legal dividing line between rape and sexual

²⁰ Commission on Human Rights resolution 1994/45.

²¹ E/CN.4/1995/42.

intercourse;²² presented key concerns regarding the status of the criminalization and prosecution of rape, especially marital rape; and recommended that the definition of rape be based on the lack of consent, with an expanded scope to include all types of penetration. She reviewed issues such as the evidentiary requirements for corroborating a victim's complaint; standards on prosecution of rape, including the use of a victim's sexual history during trial and mechanisms to prevent revictimization; and the sentencing of rape.²³

28. In the 25 years that followed, successive mandate holders have regularly addressed shortcomings in the criminalization of rape in their reports.²⁴ For example, on Nepal, the Special Rapporteur expanded recommendations on the prosecution of rape regarding the need to review strict statutes of limitation that precluded its prosecution.²⁵ Having established that laws proscribing or imposing restrictions to abortion in cases of rape discriminate against women, the Special Rapporteur has recommended to Argentina and Ecuador that they legalize abortion in cases of rape.²⁶

29. Other special procedures mandates holders and human rights treaty bodies have also fleshed out shortcomings in the criminalization of rape in their concluding observations, Views on individual communications and inquiries. Both the Committee against Torture and the Human Rights Committee have recognized rape as torture.²⁷

30. Further progress has been achieved through the development of jurisprudence on specific cases of rape, as regional and international human rights bodies determined the specific nature of States' obligation to criminalize and prosecute rape. At the regional level, the Inter-American Commission on Human Rights framed rape as torture under the Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture, and later developed the concept of rape as torture and a violation of women's right to privacy under the American Convention on Human Rights.²⁸ The Inter-American Court of Human Rights has established in its jurisprudence that sexual violence practised by State actors and by non-State actors can be considered torture.²⁹

31. Similarly, the European Court of Human Rights first made determinations with respect to rape as a violation of articles 3 (prohibition of torture) and 8 (right to respect for privacy and family life) of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, and addressed the definition of rape in the landmark case *M.C. v. Bulgaria* in 2003. The Court established the positive obligation of States to enact criminal law provisions to effectively investigate and punish rape. The Court conducted a survey of domestic and international approaches to defining rape in criminal law, with the purpose of identifying any evolving trends in relation to standards that must be met to effectively criminalize rape. It noted a universal trend towards regarding lack of consent as the essential element of rape and sexual abuse, and explained that any rigid approach to the prosecution of those crimes, such as requiring proof of physical resistance, risked leaving certain types of rape unpunished and thus jeopardizing the effective protection of the individual's sexual autonomy. It concluded that rape must be defined as any sexual penetration without the victim's consent and that "consent must be given voluntarily, as a result of the person's free will, assessed in the context of the surrounding circumstances".³⁰

²² E/CN.4/1997/47, para. 36.

²³ E/CN.4/1999/68.

²⁴ The mandate holders have called on countries that did not criminalize rape, such as Saudi Arabia (A/HRC/11/6/Add.3), to do so.

²⁵ A/HRC/41/42/Add.2.

²⁶ See A/74/137 and A/HRC/44/52/Add.2.

²⁷ Committee against Torture, general comment No. 2 (2007); Human Rights Committee, general comment No. 28 (2000).

²⁸ See Inter-American Commission on Human Rights, *Martín de Mejía v. Peru*, Report No. 5/1996, Case No. 10.970, Merits, 1 March 1996; and *Ana, Beatriz and Celia González Pérez v. Mexico*, Report No. 53/2001, Case No. 11.565, Merits, 4 April 2001.

²⁹ See Inter-American Court of Human Rights, *Rosendo Cantú et al. v. Mexico*, Judgment, 31 August 2010; and *López Soto et al. v. Venezuela*, Judgment, 26 September 2018.

³⁰ European Court of Human Rights, *M.C. v. Bulgaria*, Application No. 39272/98, Judgment, 4 December 2003, paras. 163 and 166.

32. The Committee against Torture developed jurisprudence according to which rape, when perpetrated by public officials, at their instigation or with their consent or acquiescence, constitutes torture.³¹

33. The Committee on the Elimination of Discrimination against Women, in its Views adopted in 2010 on the landmark rape case *Vertido v. Philippines*,³² concluded that myths and stereotypes regarding rape had affected the victim's right to a fair trial. In particular, the trial judge had focused on the personality and behaviour of the victim, and taken the lack of evidence of physical resistance by the victim as an indication of consent. The Committee established that a victim should not be expected to physically resist in order to credibly report rape.

34. The Committee recommended that the Philippines review the definition of rape in its legislation so as to place the lack of consent at its centre, and enact a definition of sexual assault that either required the existence of "unequivocal and voluntary agreement" and proof by the accused of steps taken to ascertain whether the complainant/survivor was consenting, or required that the act take place in "coercive circumstances" and included a broad range of coercive circumstances.

35. Those legal advancements were capitalized on and codified and further developed in the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention), adopted in 2011.³³ The Istanbul Convention contains the first legally binding definition of sexual violence, including rape. Under article 36, States parties commit to criminalizing the intentional conduct of engaging in non-consensual vaginal, anal or oral penetration of a sexual nature of the body of another person with any bodily part or object. This article also provides that consent must be given voluntarily as the result of the person's free will assessed in the context of the surrounding circumstances, and that States parties must ensure that the criminalization provisions also apply to acts committed against former or current spouses or partners as recognized by internal law. As noted in the explanatory report to the Convention, this definition establishes the obligation to criminalize and effectively prosecute any non-consensual sexual act, including in the absence of physical resistance by the victim.

36. In 2017, the Committee on the Elimination of Discrimination against Women adopted its general recommendation No. 35 (2017) on gender-based violence against women, which had been prepared in collaboration with the Special Rapporteur. The Committee and the Special Rapporteur specifically recommended that States parties ensure that rape was characterized as a crime against the right to personal security and physical, sexual and psychological integrity, and that the definition of rape, including marital rape, was based on the lack of consent and took into account coercive circumstances. It also established that any time limitations, where they existed, should give consideration to circumstances hindering the capacity of the victims to report the crime, and that rape could amount to torture.

B. Evolution of international humanitarian and criminal law

37. Throughout human history, rape has been perceived as an inevitable part of conflict, resulting in its social and legal acceptance as an attribute and tool of war. The Charter of the International Military Tribunal (Nuremberg), adopted after the Second World War, did not identify rape as a war crime or crime against humanity, demonstrating that rape in conflict was not perceived as a significant and specific crime that required consideration by the Nuremberg Tribunal. In a similar manner, the Charter of the International Military Tribunal for the Far East (Tokyo) did not list rape as a war crime or crime against humanity, although

³¹ See *V.L. v. Switzerland* (CAT/C/37/D/262/2005) and *C.T. and K.M. v. Sweden* (CAT/C/37/D/279/2005).

³² CEDAW/C/46/D/18/2008.

³³ See Dubravka Šimonović, "Global and regional standards on violence against women: the evolution and synergy of the CEDAW and Istanbul Conventions", *Human Rights Quarterly*, vol. 36, No. 3 (August 2014), pp. 590–606.

in its judgment the Tokyo Tribunal recorded that approximately 20,000 cases of rape had occurred in the city of Nanking during the first month of its occupation.³⁴

38. A major legal development under humanitarian law was the adoption in 1949 of the Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (the Fourth Geneva Convention). Rape is explicitly prohibited under article 27: “Women shall be especially protected against any attack on their honour, in particular against rape, enforced prostitution, or any form of indecent assault.” Though this represented an important step forward in making visible the crime of rape as a violation of international humanitarian law, its wording reflects a patriarchal view of rape as a crime against the morals of women rather than a crime against the person and their physical integrity.

39. The Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), adopted in 1977, largely repeats article 27 of the Fourth Geneva Convention in its article 76, but omitting the word “honour”. Article 75 includes the prohibition of any distinction based, inter alia, on “sex”, and of acts including “outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment, enforced prostitution and any form of indecent assault”, whether committed by civilian or by military agents. In Protocol II Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, article 4 prohibits “outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment, rape, enforced prostitution and any form of indecent assault”.

40. The next important legal developments took place in 1993 and 1994, with the recognition of rape in the context of conflict as a crime against humanity in the establishment of two ad hoc international war crimes tribunals. In May 1993, the International Tribunal for the Former Yugoslavia was established by the Security Council in its resolution 827 (1993), which contained the first ever condemnation by the Security Council of rape in war.

41. The following year, in 1994, the International Criminal Tribunal for Rwanda was established. Both courts, under their respective statutes, have explicit jurisdiction over rape. The Statute of the International Tribunal for the Former Yugoslavia in its article 5 (g) and the Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda in its article 3 (g) identify rape as a separate crime under crimes against humanity, but without defining it.

42. According to the first Prosecutor of the International Tribunal for the Former Yugoslavia: “Substantively, one of the problems we faced in charging rape as a war crime was the absence of any definition of that crime.”³⁵

43. Since international law at that time did not define rape, it was the jurisprudence of those tribunals that provided the definitional elements of rape as an international crime. The first case of rape that was found to constitute a crime against humanity was in the judgment of the International Criminal Tribunal for Rwanda in the case *Prosecutor v. Akayesu* in 1998.³⁶ The accused was convicted of rape as a crime against humanity, and the rapes, which had been condoned and encouraged by Akayesu, were further found to amount to the crime of genocide. The Tribunal also recognized that rape and sexual violence constituted were among the worst ways of inflicting harm on the victim, “as he or she suffers both bodily and mental harm”.³⁷

44. In this case, the Tribunal acknowledged that there was no commonly accepted definition of the crime of rape in international law and defined it as “a physical invasion of a sexual nature, committed on a person under circumstances which are coercive”.³⁸ The Tribunal noted that coercive circumstances did not need to be evidenced by a show of

³⁴ The former Special Rapporteur recommended that the Japanese Government take legal responsibility for the “comfort women” system that existed in Japan during the Second World War (see, for example, E/CN.4/1996/53/Add.1 and Corr.1).

³⁵ Richard J. Goldstone, “Prosecuting rape as a war crime”, *Case Western Reserve Journal Of International Law*, vol. 34, No. 3 (2002), p. 283.

³⁶ International Criminal Tribunal for Rwanda, *Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Judgment, 2 September 1998.

³⁷ *Ibid.*, para. 731.

³⁸ *Ibid.*, paras. 686 and 688.

physical force. Threats, intimidation, extortion and other forms of duress that preyed on fear or desperation could constitute coercion, and coercion could be inherent in certain circumstances, such as armed conflict or the military presence of the Interahamwe among refugee Tutsi women.³⁹

45. Similarly, the International Tribunal for the Former Yugoslavia, in its judgment in the landmark case *Prosecutor v. Furundžija* in 1998, provided important advancements in the criminalization of rape in the context of international crimes.⁴⁰ While in the Statute of the Tribunal the only explicit reference to rape is as a crime against humanity, the defendant was charged with the crime of rape as a violation of common article 3 of the Geneva Conventions. In its judgment, the Tribunal found that rape might also be prosecuted as a grave breach of the Geneva Conventions and as a violation of the laws or customs of war. These findings imply that all parties to the Geneva Conventions are obliged to prosecute any person suspected of having committed rape as a grave breach of those Conventions.⁴¹ Another development was the determination by the Tribunal that forced oral sex constituted rape, which represented a departure from definitions of rape in the country concerned.⁴²

46. In terms of the definitional elements of rape, another benchmark at the International Tribunal for the Former Yugoslavia came three years later, in 2001, in its judgment in the case *Prosecutor v. Kunarac et al.*, in which the accused were charged with the crime of rape as a violation of common article 3 of the Geneva Conventions and as a crime against humanity.⁴³

47. Noting that there was no specific definition of the crime of rape in international humanitarian law or in the Statute of the Tribunal, the trial chamber conducted a survey of basic principles for identifying the constituent elements of the crime of rape. It found that the actus reus of the crime of rape in international law was constituted by the sexual penetration, however slight, (a) of the vagina or anus of the victim by the penis of the perpetrator or any other object used by the perpetrator, or (b) of the mouth of the victim by the penis of the perpetrator, where such sexual penetration occurred without the consent of the victim. Consent for that purpose must be consent given voluntarily, as a result of the victim's free will, assessed in the context of the surrounding circumstances. The mens rea was the intention to effect that sexual penetration, and the knowledge that it occurred without the consent of the victim.⁴⁴ The trial chamber concluded that sexual penetration would constitute rape if it was not truly voluntary or consensual on the part of the victim.⁴⁵ Lack of consent was therefore recognized as a central element of the definition of the crime of rape.

48. On appeal, the appellants argued that the use of coercion or force, as opposed to lack of consent, was a basic element of the crime of rape. The appeals chamber rejected the appellants' argument, reasoning that force or threat of force provided clear evidence of non-consent, but that force was not an element per se of rape.⁴⁶ The Tribunal thus established that the lack of consent is per se a constitutive element of rape as a crime under international criminal law.

49. In addition to definitional elements of rape as an international crime, the rules of procedure and evidence of both Tribunals contained an important set of provisions for gender-sensitive and victim-centred prosecution of rape.

³⁹ Ibid., para. 688.

⁴⁰ International Tribunal for the Former Yugoslavia, *Prosecutor v. Furundžija*, Case No. IT-95-17/1-T, Judgment, 10 December 1998.

⁴¹ There are 196 parties to the Geneva Conventions, including all Member States, the Holy See, the State of Palestine and the Cook Islands.

⁴² International Tribunal for the Former Yugoslavia, *Prosecutor v. Furundžija*, Judgment, para. 183.

⁴³ International Tribunal for the Former Yugoslavia, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, Case No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, Judgment, 22 February 2001.

⁴⁴ Ibid., para. 460.

⁴⁵ Ibid., para. 440.

⁴⁶ International Tribunal for the Former Yugoslavia, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, Appeal Judgment, 12 June 2002, para. 129. In the case *Prosecutor v. Gacumbitsi* of the International Criminal Tribunal for Rwanda, the definition in the *Kunarac et al.* case was reconfirmed on appeal (Case No. ICTR-2001-64-A, Appeal Judgment, 7 July 2006).

50. Rule 96 provided that no corroboration was required of the testimony of a victim of sexual violence. It specifically excluded the admissibility of the victim's prior sexual conduct and restricted defence based on consent, constituting significant advancements in international criminal procedural law on rape.

51. The next benchmark for the criminalization of rape and the definition of its constituent elements was the adoption in 1998 of the Rome Statute of the International Criminal Court. The Rome Statute established an important link with international human rights law in its article 21 (3), according to which the application and interpretation of law by the Court must be consistent with internationally recognized human rights. Rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization and other forms of sexual violence are enumerated under article 7 as crimes against humanity and under article 8 as war crimes in the context of both international and non-international armed conflict.

52. The Elements of Crimes of the Rome Statute contains the following definition of the crime of rape, in relation to article 7 (1) (g):

(a) The perpetrator invaded the body of a person by conduct resulting in penetration, however slight, of any part of the body of the victim or of the perpetrator with a sexual organ, or of the anal or genital opening of the victim with any object or any other part of the body;

(b) The invasion was committed by force, or by threat of force or coercion, such as that caused by fear of violence, duress, detention, psychological oppression or abuse of power, against such person or another person, or by taking advantage of a coercive environment, or the invasion was committed against a person incapable of giving genuine consent.⁴⁷

53. This definition explicitly refers to consent in its second paragraph, with respect to "a person incapable of giving genuine consent", and the footnote to that paragraph clarifies that it is understood that a person may be incapable of giving genuine consent if affected by natural, induced or age-related incapacity. This broadens the interpretation of incapacity by including induced incapacity, as a result, for instance, of drugs or alcohol. It also includes age-related incapacity, relating to children below the age of sexual consent.

54. There has been criticism of this definition as it only implicitly includes lack of consent, but it remains to be determined by the Court whether to consider lack of consent as a key element of the definition of rape in specific cases.⁴⁸ The Court is invited to implement the provisions of the Rome Statute in accordance with human rights standards, which have also evolved and now require the inclusion of the lack of consent as a central element of rape.

55. In April 2013, the Declaration on Preventing Sexual Violence in Conflict was adopted by the Group of Eight, and was later supported by 150 States. In the Declaration, ministers recalled that rape and other forms of serious sexual violence in armed conflict were war crimes and also constituted grave breaches of the Geneva Conventions and their Protocol I, and that States had an obligation to search for and prosecute (or hand over for trial) any individual alleged to have committed or ordered a grave breach regardless of nationality.⁴⁹

C. Evolution of the Security Council framework on rape under its resolution 1325 (2000)

56. The Security Council, by the adoption of its landmark resolution 1325 (2000), on women and peace and security, and nine follow-up resolutions, has identified sexual violence, inclusive of rape, as a threat to international peace and security and established its framework for addressing sexual violence in armed conflict.

57. In its resolution 1820 (2008), the Security Council notes that rape and other forms of sexual violence can constitute a war crime, a crime against humanity or a constitutive act

⁴⁷ ICC-ASP/1/3 and Corr.1, part II.B, art. 7 (1) (g)-1, paras. 1–2.

⁴⁸ Submission by Eithne Dowds, pp. 6–7.

⁴⁹ See www.un.org/ruleoflaw/blog/document/g8-declaration-on-preventing-sexual-violence-in-conflict.

with respect to genocide, and stresses the need for the exclusion of sexual violence crimes from amnesty provisions in the context of conflict resolution processes.

58. In resolution 1888 (2009), the Security Council requested the appointment of a Special Representative of the Secretary-General on sexual violence in conflict. Implementation of the resolutions is supported by the Team of Experts on the Rule of Law and Sexual Violence in Conflict, which contributes to the annual reports of the Secretary-General to the Security Council.

59. The Security Council's efforts have significantly contributed to the visibility of sexual violence and rape in conflict-affected States, but there is a clear lack of results in prosecuting perpetrators of rape and combating widespread impunity. This lack of results could also be linked to the lack of a human rights-based approach and legal shortcomings in the criminalization of rape that existed before the conflict in the States under consideration.

60. Of the 19 States monitored by the Secretary-General in the context of his report on conflict-related sexual violence,⁵⁰ 17 States had ratified the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, while two (Somalia and Sudan) had not yet done so. Only seven of the States had ratified the Rome Statute (Afghanistan, Bosnia and Herzegovina, Central African Republic, Colombia, Côte d'Ivoire, Democratic Republic of the Congo and Nigeria), thus accepting the exclusion of a statute of limitation for the prosecution of rape during the conflict, while the 12 other States had not.⁵¹

61. According to the responses that the Special Rapporteur received to her questionnaire, of those States that had not ratified the Rome Statute, only Myanmar had no statute of limitation for rape in times of peace or conflict. Having a statute of limitation for the prosecution of rape contributes to the widespread impunity for perpetrators.⁵²

62. For example, when the Special Rapporteur visited Nepal, which had not ratified the Rome Statute, she observed that its statute of limitation requiring rape to be reported within a year precluded the prosecution of rape cases that had occurred during the conflict, and she therefore recommended changes.⁵³ Human rights and international humanitarian and criminal law standards on rape should be interlinked in conflict-affected States.

63. There is an opportunity for the Security Council and conflict-affected States to better utilize both human rights instruments in general and, more specifically, the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women and general recommendations No. 30 (2013), on women in conflict prevention, and No. 35 (2017), on gender-based violence against women, of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, as they are applicable to all of the States except Somalia and the Sudan. Rape is a widespread crime in peace and in conflict, and it cannot be successfully addressed in conflict contexts without addressing pre-existing shortcomings in its criminalization and normalization in the State concerned.

64. The Special Rapporteur therefore calls for a human rights-based approach to the prevention and eradication of sexual violence and rape during conflict, as also recommended by the Platform of Independent Expert Mechanisms on Discrimination and Violence against Women.⁵⁴ She additionally calls for increased cooperation with her mandate, as envisaged in Security Council resolution 1888 (2009) but which has never materialized in practice.

⁵⁰ S/2020/487.

⁵¹ Article 29 of the Rome Statute prohibits statutes of limitation for crimes under its jurisdiction.

⁵² The Special Rapporteur requested information from United Nations field presences in 19 States, and received nine responses, from Colombia, Libya, Nepal, Nigeria, Somalia, Sri Lanka, the Sudan, the Syrian Arab Republic and Yemen. Considering other sources, responses were received for 16 States in total, all but Burundi, the Central African Republic and Côte d'Ivoire.

⁵³ See A/HRC/41/42/Add.2.

⁵⁴ See the statement adopted by the Platform on 11 February 2020. Available at www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/SR/Statement_conflict_prevention_ED_VAW_platform.pdf.

III. Gaps in the criminalization and prosecution of rape at the national level and recommendations for its prevention

65. The Special Rapporteur received 207 submissions to her questionnaire on the criminalization and prosecution of rape, covering 105 States across all regions. Responses were received from 46 Governments, 19 national human rights institutions and 142 other entities, comprising civil society organizations, international organizations, academia and others.⁵⁵

66. In this section, the Special Rapporteur presents a brief overview of the gaps in the criminalization and prosecution of rape in various States, highlights applicable international standards and provides recommendations for the harmonization of national laws with international standards.

A. Scope and constitutive elements of rape

1. Protected victims, acts of rape and exemption of marital rape

67. Historically, rape was criminalized as a gender-specific crime of the vaginal penetration of women only. Today, international human rights standards have expanded the scope of rape provisions to cover all persons and all acts of penetration of a sexual nature.

68. This shift towards the protection of all persons is also happening domestically, and in most States the definition of rape is gender-neutral, covering all persons. However, in approximately a third of States, the definition of rape is still a gender-specific crime covering only women victims.⁵⁶ Those States often have separate criminal law provisions covering other victims, and in some States other offences that cover sexual violence committed against men and boys have often been sanctioned less severely than the offence of rape.

69. In many States, in accordance with international human rights standards, marital rape is criminalized. However, in a significant number of States, marital rape is explicitly excluded from criminalization. Historically, States first criminalized rape with a marital rape exemption, which was reproduced in many colonial laws. Changes were later made in parallel with international standards on rape, but not in all States. Today, a paradox exists in that these laws were changed in the countries where they originated, but were kept in their former colonies. Almost half of the 54 Commonwealth States still need to amend their legislation to remove the marital rape exception.⁵⁷

70. Many States still exempt marital rape from criminalization, including the Bahamas, Bangladesh, India, Iraq, Jordan, Lebanon, Malaysia,⁵⁸ Nigeria, Samoa, South Sudan, Sri Lanka, the Sudan and the Syrian Arab Republic.

71. For instance, in India, marital rape is explicitly excluded from the offence of rape. The Criminal Law (Amendment) Act, 2013, by which important reforms to criminal provisions on sexual violence were introduced, retained the exception for marital rape. While it criminalized rape of lawfully separated partners, it introduced lighter prison sentences in that case. Likewise, in Nigeria, rape is defined in article 357 of the Criminal Code as “unlawful carnal knowledge of a woman or girl without her consent”, but “unlawful carnal knowledge” is defined in article 6 as “carnal connection which takes place otherwise than between husband and wife”, meaning that marital rape is explicitly excluded from the provision

⁵⁵ The questionnaire and submissions are available at <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Women/SRWomen/Pages/SRVAW.aspx>. The information presented in this section is based on the submissions, which were received from April to December 2020. Changes that have taken effect since the submissions may not be reflected.

⁵⁶ Armenia, Azerbaijan, Bangladesh, Bulgaria, Cuba, Cyprus, Democratic People’s Republic of Korea, Egypt, Ghana, India, Indonesia, Jordan, Kazakhstan, Morocco, Myanmar, Nepal, Nigeria, Pakistan, Philippines, Russian Federation, Sri Lanka, Switzerland, Syrian Arab Republic, United Republic of Tanzania and Zimbabwe.

⁵⁷ See Sisters For Change, *The Criminalization of Marital Rape*.

⁵⁸ Ibid.

criminalizing rape. In Jordan, rape provisions under article 292 of the Penal Code apply to “any person who has sexual intercourse with a female, other than his wife, without her consent, whether by coercion or threat or deception”. In Lebanon, Law No. 293 of 2014 on the protection of women and other family members from domestic violence, in its article 7, criminalizes a spouse’s use of threats or violence to claim a “marital right to intercourse”, but does not criminalize the rape itself. In other countries, such as Nepal and Rwanda, while marital rape is criminalized, it is punishable by reduced sentences.

72. The Special Rapporteur makes the following recommendations:

(a) Criminal law provisions on rape should protect all persons, without any kind of discrimination. Men, boys and gender-diverse persons should also be covered by legislation. However, rape is a form of gender-based violence that predominantly affects women and girls, requiring a gender-sensitive application of gender-neutral provisions;

(b) The criminalization of rape should include rape between spouses or intimate partners. All States that exclude the criminalization of marital rape, contrary to international human rights standards, should urgently repeal those provisions;

(c) The criminalization of rape should explicitly include all types of penetration, however slight, of a sexual nature with any bodily part or object.

2. Definitions of rape based on lack of consent and/or use of force and age of consent

73. In the past 30 years, the explicit inclusion of lack of consent in the definition of rape has emerged as its central and constitutive element, as prescribed under article 36 of the Istanbul Convention, the jurisprudence of the International Tribunal for the Former Yugoslavia and the International Criminal Tribunal for Rwanda and, to some extent, the Rome Statute, and as elaborated upon by the Committee on the Elimination of Discrimination against Women in its general recommendation No. 35 (2017) (para. 29 (e)). On November 2019, the Platform of Independent Expert Mechanisms on Discrimination and Violence against Women issued a statement entitled “Absence of consent must become the global standard for definition of rape”.

74. The submissions indicate that many States have definitions of rape based on lack of consent.⁵⁹ A growing number of States, including those that have ratified the Istanbul Convention, have recently changed their definition of rape and explicitly included lack of consent as its constitutive element, albeit using varied language that expresses different conceptualizations of consent.

75. For example, the Criminal Code of Germany of 2016 amended rape provisions to reflect the principle of “no means no”, defining rape as any sexual act against the “discernible will” of the victim. In Morocco, article 486 of the Penal Code criminalizes rape as an act by which a man has sexual intercourse with a woman against her will.

76. Sweden changed its definition of rape to reflect the principle of “yes means yes”. Rape provisions under chapter 6, section 1, of the Criminal Code apply to “a person who performs sexual intercourse, or some other sexual act that in view of the seriousness of the violation is comparable to sexual intercourse, with a person who is not participating voluntarily”.

77. However, criminal law provisions in the majority of States define rape only by the use of force or threats of violence.

⁵⁹ Afghanistan, Albania, Argentina, Bahamas, Bangladesh, Belgium, Bolivia (Plurinational State of), Bulgaria, Burkina Faso, Cambodia, Cameroon, Canada, Colombia, Croatia, Cyprus, Democratic People’s Republic of Korea, Denmark, Egypt, Eswatini, Ethiopia, France, Georgia, Germany, Ghana, Greece, Guatemala, Hungary, Iceland, India, Indonesia, Iraq, Ireland, Jordan, Kazakhstan, Kenya, Lithuania, Luxembourg, Madagascar, Maldives, Mali, Malta, Mauritius, Monaco, Montenegro, Morocco, Myanmar, Nepal, Nicaragua, Nigeria, Oman, Pakistan, Peru, Philippines, Poland, Portugal, Romania, Rwanda, Samoa, Sierra Leone, Somalia, South Africa, South Sudan, Sri Lanka, Sweden, Syrian Arab Republic, Togo, Tunisia, Turkey, Ukraine, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, United Republic of Tanzania and Zimbabwe.

78. In Czechia, for example, rape provisions under section 185 (1) of the Criminal Code apply to the following: “Whoever forces another person to have sexual intercourse by violence or by a threat of violence, or a threat of other serious detriment, or whoever exploits the person’s vulnerability for such an act.”

79. Likewise, article 149 of the Criminal Code of Azerbaijan defines rape as “sexual relations with application of violence or with threat of its application to the victim [or] to other persons, or with use of a helpless condition of the victim”.

80. Similarly, article 222-23 of the Criminal Code of France provides that any act of sexual penetration, of any nature whatsoever, of another person or of the perpetrator, by violence, coercion, threat or surprise, constitutes rape.

81. Another important feature of consent is the age of sexual consent, which is among the most contentious issues related to the criminalization of rape. Usually, States set the minimum age of sexual consent through the criminalization of rape of children under a specific age, when consent is not relevant since they are not deemed capable of giving it. Criminal laws criminalize this type of rape as “statutory rape”, by establishing, for example, that any sexual act with an individual below the age of 16 constitutes statutory rape, with exceptions when there is a maximum of three years’ age difference.

82. According to the responses to the questionnaire, the majority of States set the legal age of sexual consent at 15, 16 or 18 years.

83. However, in some States the age of sexual consent is very low, at 12 to 14 years old or even lower, or there is no legal age of sexual consent. The latter is the case in France, where there is a clear reference in legislation to the age of the victim for the misdemeanour of sexual assault, but not for the crime of rape. A bill passed in March 2021 in the National Assembly would set the age of consent at 15, and still had to be passed in the Senate at the time of writing of this report.

84. In some States, particularly in Latin America, criminal law provisions establish the crime of *estupro*, which usually describes cases in which an adult has sexual relations with a minor above the legal age of consent by means of seduction or deceit. This is the case, for instance, in Ecuador, where the legal age of consent is 14. The *estupro* provisions apply to cases in which an adult has sexual relations, by means of deceit, with a child older than 14 and younger than 18, imposing a sentence of 1 to 3 years’ imprisonment, while rape and statutory rape are punishable by 19 to 22 years’ imprisonment. Likewise, in Nicaragua, while rape is punishable with sentences ranging from 8 to 12 years’ imprisonment, *estupro* (defined as carnal knowledge, by means of deceit, of a person older than 14 and younger than 16) is punishable by 3 to 5 years’ imprisonment. The existence of a less severe offence involving teenage girls contributes to the impunity of rapists, as evidence suggests that rapists tend to be charged with the lesser offence instead of rape, if they ever face prosecution.

85. The Special Rapporteur makes the following recommendations:

(a) States should explicitly include lack of consent at the centre of their definition of rape. Force or threat of force provide clear evidence of non-consent, but force is not a constitutive element of rape. States must specify that consent must be given freely, as a result of the person’s free will, assessed in the context of the surrounding circumstances. Intercourse without consent should be criminalized as rape in all definitions;

(b) Criminal provisions on rape should specify the circumstances in which determination of lack of consent is not required or consent is not possible; for example, when the victim is in an institution such as a prison or detention centre, or is permanently or temporarily incapacitated owing to the use of alcohol and drugs;

(c) Legislation criminalizing rape should establish that consent of children below the age of 16 is immaterial,⁶⁰ and that any sexual intercourse with an individual below the age of consent is rape (statutory rape), where determination of lack of consent is not required.

⁶⁰ States should set the age of consent at 15 or 16 years, according to the local context, but not below 15 years.

Exceptions could include consensual intercourse between a child aged under 18 and a child older than 14 and younger than 16;

- (d) *Estupro* provisions, where they exist, should be abolished.

3. Sentencing and aggravating and mitigating circumstances

86. Sentencing for rape is closely related to the application of aggravating and mitigating circumstances that may increase sanctions by a third or more of the imprisonment time. According to the results of the questionnaire, rape is sanctioned with imprisonment in the vast majority of States. In the majority, the minimum sentence for non-aggravated rape is between 1 and 10 years' imprisonment. In approximately a third, the minimum sentence ranges from 11 to 20 years. In a smaller group, a maximum sanction of a life sentence may be applied.

87. Fines are also used as sanctions. In many cases, they are applied in addition to the prison sentences,⁶¹ while in only three States (Armenia, Indonesia and Netherlands), fines may be imposed as an alternative sanction to imprisonment. Some States have listed as an aggravating circumstance the perpetrator being a current or former spouse or intimate partner. In a minority of States, when there are aggravating circumstances, the death penalty may be applicable.

88. There are various mitigating circumstances, and many of them are not consistent with international human rights standards. Some are general: for example, a perpetrator may receive reduced sentences when tempted by the conduct of the victim,⁶² or when the perpetrator is the victim's spouse (for example, in Myanmar, Nepal and Togo). Such mitigating circumstances are not in line with human rights standards.

89. A most worrying mitigating circumstance, entailing the reduction – or even cancellation – of sanctions, is that of a perpetrator marrying their victim, also known as “marry your rapist” provisions. While some States recently passed amendments to abolish these provisions (such as Jordan and Tunisia), others retain them (such as Iraq, Libya and Philippines). In the Syrian Arab Republic, marrying the victim may reduce a perpetrator's sentence. In Lebanon and Madagascar, there remain exceptions for statutory rape when there was a promise of marriage, and in Morocco judges have discretion to determine mitigating circumstances if the punishment is too severe, which in practice may include exempting perpetrators from punishment if they marry their victim.

90. The Special Rapporteur makes the following recommendations:

(a) Rape should be sanctioned in a way commensurate with the gravity of the offence, and the use of fines as the only sanction should be abolished;⁶³

(b) States should include among aggravating circumstances the following situations: the perpetrator is a current or former spouse or intimate partner, or a family member, or the perpetrator abuses power or authority over the victim; the victim was or was made vulnerable, the victim was a child, or the act was committed in the presence of a child; the act resulted in physical and/or psychological harm for the victim; the act was committed by two or more people; and the act was committed repeatedly, with the use of violence, or with the use or threat of use of a weapon;

(c) States should review and abolish all mitigating circumstances that are not in accordance with human rights standards, especially “marry your rapist” provisions, and cease their application on the basis of gender stereotypes and myths on rape.

⁶¹ Bangladesh, Burkina Faso, Colombia, India, Indonesia, Lebanon, Madagascar, Myanmar, Norway, Oman, Pakistan, South Sudan, Sri Lanka, Togo and United Republic of Tanzania.

⁶² For example, in Armenia, Democratic People's Republic of Korea, Lithuania, Russian Federation and Switzerland. In Andorra, Chile and Indonesia, mitigating circumstances include the victim contributing to the crime or provoking the perpetrator.

⁶³ In accordance with general comment No. 36 (2018) of the Human Rights Committee, sanctions should exclude the death penalty.

B. Prosecution of rape and protection of victims

1. Prosecution *ex officio* and without undue delay

91. In the vast majority of States, rape is prosecuted *ex officio*: that is, by public prosecution, not wholly dependent upon the victim's complaint. However, in some States, rape is prosecuted *ex parte*. In Cuba, for example, rape is always prosecuted *ex parte* and prosecution is interrupted if victims withdraw their complaint. In other States, there is a mixed approach. For example, in Ecuador prosecution is *ex parte* in cases of *estupro* (sexual relations with a minor through deceit), and in Mexico, Slovenia and Turkey in cases of marital rape or rape by an intimate partner. Likewise, only aggravated forms of rape are prosecuted *ex officio* in States such as Azerbaijan and Romania, and in others, victims may pursue private prosecution if they have been denied public prosecution.

92. Non-prosecution of rape cases is generally the result of discretionary decisions by prosecutors. The criteria established by law for non-prosecution vary and may give wide discretionary power to prosecutors. Such is the case in Japan, for example, where a prosecutor may decide not to press charges if prosecution is deemed unnecessary owing to the character, age and environment of the offender, the gravity of the offence and the circumstances or situation after the offence, as is the case for all criminal offences.

93. In its general recommendation No. 35 (2017), the Committee on the Elimination of Discrimination against Women recommended that States parties apply *ex officio* prosecution to bring alleged perpetrators to trial in a fair, impartial, timely and expeditious manner. Similarly, the Istanbul Convention requires parties to ensure that investigations and judicial proceedings are carried out without undue delay while taking into consideration the rights of the victim during all stages of the criminal proceedings, and that prosecution of rape is not wholly dependent upon a report or complaint filed by a victim.

94. The Special Rapporteur makes the following recommendations:

(a) The crime of rape should be prosecuted *ex officio*, without the discretionary powers of prosecutors being too wide, and prosecution should not depend solely on the victim's complaint;

(b) Prosecution should be pursued without undue delay.

2. Standard of proof, rape shield provisions and other protective measures

95. The application of criminal law standard of proof, "beyond reasonable doubt", in rape cases is closely interconnected with the definition of rape. For example, if the definition of rape requires proof of the use of force or coercion, victims bear the burden of providing such proof, which leads to impunity for perpetrators given that rape usually takes place behind closed doors and may not result in visible physical harm. On the other hand, if the definition of rape is based on lack of consent, the burden with respect to that proof is shared with or shifted in part to the perpetrator, and a different standard of proof from that of beyond reasonable doubt is therefore required.

96. Many States have definitions that are based on the use of force and coercion. Some of them have explicit provisions on requirements regarding proof; in many States, in practice it is often necessary to present medical examinations as evidence of rape, and in some, there must be witnesses, including in Afghanistan, Bangladesh, Ghana, Mauritius, Morocco, Nigeria, Pakistan and Sierra Leone. In Yemen, the law establishes that without a confession from the perpetrator, a rape victim must provide four male witnesses to establish that the offence had been committed. This requirement makes most rape cases impossible to prove, owing to the circumstances in which rape usually takes place.

97. Another worrisome practice is virginity testing, which is still being reported in some States. For example, in Armenia, an ordinance by the Minister of Health provides for forensic medical examinations, including the identification of the sexual condition, sexual integrity and virginity or otherwise of the victim.

98. Pursuing a criminal case against a perpetrator can take a heavy toll on rape victims. Revictimization can occur as they relive traumatic experiences and suffer victim-blaming biases that still permeate societies and criminal legal systems.

99. According to the responses to the questionnaire, several States have passed legislation to include rape shield provisions, which are aimed at preventing the use of a victim's sexual history to undermine the credibility of their claims.⁶⁴

100. The Special Rapporteur makes the following recommendations:

(a) The victim's testimony, supported by a physical and psychological assessment of harm and assessed alongside existing evidence, should not require further corroboration to be considered as proof;

(b) States should enact rape shield provisions to exclude from evidence information a victim's sexual history;

(c) States should take other measures to support the victim and protect the victim's privacy, avoid contact between victim and perpetrator, enable the victim to testify in the courtroom without being present or at least without the presence of the alleged perpetrator (notably through the use of communications technologies), provide legal assistance, provide interpreters when needed, and inform victims if a perpetrator escapes or is released.

3. Statute of limitation, extraterritorial application and data

101. In most States, statutes of limitation as a provision of criminal procedural law preclude the prosecution of rape after a certain period, usually set at the level of the maximum duration of sanctions for the crime.

102. According to data at hand, there is no statute of limitation for the prosecution of rape in the following 15 States: Bangladesh, Canada, Cyprus, Ghana, Hungary, India, Ireland, Jamaica, Maldives, Mauritius, Myanmar, Netherlands, Pakistan, South Africa and United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. In the majority of States, however, statutes of limitation are in place.

103. Some States have particularly short statutes of limitation, precluding victims' access to justice. For example, it is three months in Iraq, and one year in Italy, Nepal and Venezuela (Bolivarian Republic of).

104. In cases involving child victims, some States eliminate statutes of limitation that apply to adults.⁶⁵ In others, statutes of limitation begin to run after the child reaches adulthood.⁶⁶ Other States determine specific ages up to which a child victim may report rape. In Finland, such reporting is possible until the age of 28, and in Poland, 30. In Switzerland, a victim may report until the age of 25 (if they were older than 12 and younger than 18 at the time of the assault). Lastly, rape may be prosecuted in Colombia up to 20 years and in France and Togo up to 30 years after the victim reaches adulthood.

105. The criminalization of rape should include extraterritorial application, as otherwise prosecution may be precluded in cases of rape committed by citizens in other States, including citizens serving as international or uniformed personnel connected to the United Nations and other international organizations.

106. Although there is a lack of comparable data, available data reveals high attrition rates in the prosecution of rape, reflecting the small percentage of reported cases that are investigated, prosecuted and ultimately result in convictions. Sweden has a conviction rate of 4.6 per cent for the period 2014–2018, while Nigeria secured convictions in only 0.9 per

⁶⁴ Canada, Colombia, Czechia, Ecuador, Eswatini, India, Ireland, Mexico, South Africa, Switzerland and United Kingdom.

⁶⁵ Belgium, Chile, Denmark, Ecuador, Mali and Switzerland. In the case of Switzerland, the statute of limitation is eliminated if the victim was younger than 12.

⁶⁶ Armenia, Bolivia (Plurinational State of), Brazil, Colombia, France, Guatemala, Luxembourg, Monaco, Nepal, Nicaragua, Norway, Slovenia, Spain, Tunisia and Turkey. In the case of Bolivia (Plurinational State of) and Nepal, the statutes begin to run four years and one year after the victim reaches adulthood, respectively.

cent of cases reported in 2015. Some countries do not collect and report data on the prosecution of rape.

107. The Special Rapporteur makes the following recommendations:

(a) There should be no statute of limitation for initiating legal proceedings on rape, whether committed during conflict or in peacetime. Where statutes of limitation do exist, they should be prolonged to allow for the healing of victims/survivors and should never preclude access to justice. In the case of child victims, statutes of limitation should at a minimum allow for the initiation of proceedings after the victim has reached the age of majority;

(b) States must provide for extraterritorial jurisdiction, so that their courts can prosecute rape cases committed by their nationals outside their territory and facilitate cooperation with other jurisdictions;

(c) States should collect data on prosecution, sentencing and attrition rates, and establish rape prevention watches or observatories as part of observatories on violence against women.

IV. Conclusions and recommendations

108. **International human rights law, international humanitarian law and international criminal law on rape have advanced significantly over the past few decades, in independent yet interrelated processes resulting in advanced standards on the criminalization and prosecution of rape.**

109. **There is significant overlap between these frameworks. The international human rights framework is broader and is applicable in times of peace and conflict. Jointly, and not separately, they provide elements for the criminalization and prosecution of rape at the national level, in times of peace and conflict.**

110. **The harmonization of national standards with international standards has already started with respect to the Declaration on the Elimination of Violence against Women, general recommendation No. 35 (2017) of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, other recommendations provided by that Committee and by the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, and the Rome Statute (which has 123 States parties). Currently, the detailed harmonization process is being conducted under the Istanbul Convention by its 34 States parties, many of which have changed their definitions of rape in order to include lack of consent as its central element.**

111. **All States need to accelerate this harmonization process and incorporate international human rights standards on rape into their national laws on the criminalization and prosecution of rape with respect to all the constitutive elements of the crime of rape, which are interlinked and crucial for effective criminalization and prosecution, in accordance with the specific recommendations laid out in this report and further developed in and supported by the framework for model legislation on rape.**

112. **States should criminalize rape using a definition of rape that covers all persons, includes marital rape and all acts of penetration of a sexual nature, and explicitly includes lack of consent at its centre. Aggravating and mitigating circumstances should be revisited and aligned with human rights standards.**

113. **Prosecution should be pursued ex officio. Statutes of limitation should be abolished for rape in times of peace or conflict, or, at the very least, child victims should be able to report rape after reaching adulthood. Evidentiary rules of prosecution should significantly change to decrease impunity for perpetrators and increase the rate of prosecution, while protecting victims from revictimization.**

114. **States should repeal other laws that discriminate against women, which directly or indirectly contribute to legal gaps and stereotypes in the criminalization and prosecution of rape. States should abolish any provisions that criminalize consenting**

sexual relations between adults, such as adultery, *zina* (illicit sexual relations) and same-sex relations, and those that criminalize abortion in cases of rape.

115. States should provide adequate services and support to victims of rape, including rape crisis centres, protection orders and interim relief measures in the context of both peace and conflict, including reparations to victims, in accordance with international human rights standards and reports.⁶⁷

116. States must ensure the necessary training for members of the judiciary and legal and law enforcement professionals on international human rights standards and jurisprudence with respect to rape, and on the myths and stereotypes that still hinder the implementation of those standards.

117. States must ensure the age-appropriate education of children and adolescents on sexual autonomy and human rights, including the importance of understanding lack of consent (the “no means no” approach) and of promoting affirmative consent (the “yes means yes” approach).

118. States should utilize human rights standards, especially the Declaration on the Elimination of Violence against Women, the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women and general recommendations No. 30 (2013) and No. 35 (2017) of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, in the eradication of sexual violence and rape during conflict, and support cooperation by the Security Council with the Special Rapporteur, as envisaged by the Security Council in its resolution No. 1888 (2009).

119. United Nations agencies such as the United Nations Entity for Gender Equality and the Empowerment of Women (UN-Women), the United Nations Office on Drugs and Crime and the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, in cooperation with the Special Rapporteur, the Committee on the Elimination of Discrimination against Women and other expert mechanisms, such as the Platform of Independent Expert Mechanisms on Discrimination and Violence against Women, should support States in the process of harmonizing national legislation with international human rights standards, on the basis of the recommendations in this report and the framework for model legislation on rape.

⁶⁷ See A/HRC/14/22.



Human Rights Council**Forty-seventh session**

21 June–9 July 2021

Agenda item 3

**Promotion and protection of all human rights, civil,
political, economic, social and cultural rights,
including the right to development****A framework for legislation on rape (model rape law)****Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes
and consequences****Summary*

In this addendum to the Special Rapporteur's report on rape as a grave, systematic and widespread human rights violation, submitted pursuant to Human Rights Council resolution 41/17, the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Dubravka Šimonović, presents a Framework for Model Legislation on Rape, including a Model Rape Law, envisaged as a harmonization tool.

* Reproduced as received, in the language of submission only.



Contents

	<i>Page</i>
I. Introduction	3
II. Objectives of the Model Rape Law	3
III. Guiding Human Rights Principles and State Obligations	4
A. Substantive gender equality	4
B. Non-discrimination	4
C. Elimination of gender stereotypes	4
D. Elimination of gender-based violence against women.....	5
E. General States' human rights obligations and the obligation to act with due diligence.....	5
IV. Constitutive elements of rape	6
A. Criminal law provisions should protect bodily integrity and sexual autonomy.	6
B. Criminal law provisions on rape should cover and protect all persons	6
C. Acts criminalized as rape	6
D. Consent and use of force or coercion	7
V. Model Rape Law	7
A. Criminalization of rape	7
B. Sentencing, aggravating and mitigating circumstances	8
C. Investigation, prosecution and trial.....	10
VI. Other relevant laws and policies at the national level	15
A. Remedies and reparations	15
B. Access to abortion in cases of rape.....	15
C. Rape Crisis or sexual violence /One-Stop Service Centres	15
D. Training and awareness-raising	16
E. Data collection and rape watch observatories.....	17
F. State obligations in times of crises or emergencies	18

I. Introduction

1. The Model Rape Law provides States and other stakeholders with a tool for implementing international standards on rape, as established under international human rights law, international humanitarian law and international criminal law, including as interpreted in the jurisprudence of relevant tribunals and soft law produced by expert mechanisms. These standards are presented in the report of the Special Rapporteur on violence against women on rape as a human rights violation and a manifestation of gender-based violence against women (A/HRC/47/26), and are applicable both in times of peace and during conflict.¹
2. In line with the report, this Framework focuses on rape as a specific form of sexual violence, although many of the standards are also applicable to other forms of sexual violence, in order to highlight and reflect specific developments at the international level that have also distinguished rape from other types of sexual violence and defined its constitutive elements.
3. These standards should be considered a minimum level of protection, which could be further expanded by States at the national level.

II. Objectives of the Model Rape Law

4. The objectives of the model legislation on rape are to:
 - (a) Protect everyone's right to a life free from rape, particularly that of women, both in the public and private spheres;
 - (b) Prevent and combat rape as a most common and widespread violation of human rights to bodily integrity and sexual autonomy, to privacy, to physical and mental health; and the rights to be free from violence, discrimination, torture, inhuman and degrading treatment; and other human rights;
 - (c) Prevent and combat rape in conflict as a crime against humanity, a war crime, a form of torture, or a constitutive element of genocide;
 - (d) Combat impunity for perpetrators and increase rates in the reporting and prosecution of rape;
 - (e) Enable victims of rape to report it, and provide them with security, agency and recovery;
 - (f) Support the revision and elimination of provisions that are discriminatory and contrary to international law;
 - (g) Eliminate from law and judicial practices all forms of gender-based discrimination, including stereotypes and myths about rape;
 - (h) Connect criminal law provisions on rape with other national laws, policies and measures for the prevention of gender-based violence against women² and girls and domestic violence, as well as the protection of and assistance to victims;³
 - (i) Support the collection of comparable data on rape and the establishment of national observatories on gender-based violence against women including rape, tasked with collecting data and producing analyses to contribute to prevention.

¹ The Special Rapporteur would like to acknowledge the comments provided to an early draft by John Cerone, Jane Connors, Eithne Dowds, Jacqueline Hunt, Johanna Nelles, Amnesty International, Equality Now, Human Rights Watch, International Women's Rights Action Watch Asia Pacific (IWRAP), UNODC and UN Women, invited to do so based on their previous contributions for the elaboration of the Report on the criminalization and prosecution of rape (A/HRC/47/26).

² Including laws on trafficking in persons, aggravated smuggling of migrants and related victim protection and assistance.

³ While the term "victim" is adopted in this document as a common term in national criminal laws, the term "survivor" could also be used by national laws. (See "The Handbook of Gender- Responsive Police Services For Women and Girls Subject to Violence", by UNODC and UN Women.).

III. Guiding Human Rights Principles and State Obligations

5. In adopting laws on rape and reviewing their efficiency, States should abide by and apply the principles of substantive gender equality, and the elimination of discrimination, harmful gender stereotypes and gender-based violence against women, as well as other human rights principles and States obligations enshrined in the Universal Declaration of Human Rights, the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, and other core UN and regional human rights instruments.⁴

A. Substantive gender equality

6. The criminalization of rape, and the implementation and interpretation of all of its relevant legal provisions should incorporate a gender perspective and be oriented towards achieving substantive gender equality, as established in Article 2.a of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, and reflected in paragraph 232.c of the Beijing Platform for Action. States have the obligation to “embody the principle of the equality of men and women in their national constitutions or other appropriate legislation if not yet incorporated therein and to ensure, through law and other appropriate means, the practical realization of this principle”.

B. Non-discrimination

7. Criminal provisions on rape should cover and protect all persons, without any discrimination, including men, boys and gender diverse persons. Implementation of all relevant criminal law provisions, in particular measures to protect the rights of victims, should be secured without discrimination on any ground such as sex, age, gender, race, colour, caste, language, religion, political or other opinion, national or social origin, ethnicity, association with a national minority, sexual orientation, gender identity, state of health, disability, marital status, migration status, property, birth, occupation or other status. This should include recognition of intersecting forms of discrimination and their compounded negative impact on the victims of rape or the heightened risk of rape they face.

C. Elimination of gender stereotypes

8. The criminalization of rape, and the implementation and interpretation of all relevant legal provisions, should be guided by States’ obligation to eliminate stereotypes, including by addressing and eliminating gender-based prejudicial stereotypes and rape myths, which are pervasive in society and within criminal justice systems. According to Article 5 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, States should: “Adopt all appropriate measures, especially in the field of education, to modify the social and cultural patterns of conduct of men and women, with a view to achieving the elimination of prejudices, customary practices and all other practices which are based on the idea of the inferiority or superiority of either of the sexes and on stereotyped roles for men and women”.⁵

D. Elimination of gender-based violence against women

9. The criminalization and prosecution of rape should be guided by the understanding that, while rape could affect all persons, it predominantly affects women and girls. Therefore, it constitutes a form of gender-based violence against women that requires a gender-sensitive application of criminal law provisions based on the definition of violence against women of the UN Declaration on the Elimination of Violence Against Women, and replicated in and

⁴ See also updated Model Strategies and Practical Measures on the Elimination of Violence against Women in the Field of Crime Prevention and Criminal Justice, A/Res/65/228.

⁵ Also para. 124, item k of the Beijing Platform for Action.

supported by regional human rights instruments (such as the Maputo Protocol, the Istanbul Convention and the Belém do Pará Convention), as well as General recommendations No. 19 (1992), and No. 35 (2017) of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women.

10. Under Articles 1 and 2 of the Declaration:

(a) "violence against women" means any act of gender-based violence that results in, or is likely to result in, physical, sexual or psychological harm or suffering to women, including threats of such acts, coercion or arbitrary deprivation of liberty, whether occurring in public or in private life.

(b) Violence against women shall be understood to encompass, but not be limited to, the following:

(i.) Physical, sexual and psychological violence occurring in the family, including battering, sexual abuse of female children in the household, dowry-related violence, marital rape, female genital mutilation and other traditional practices harmful to women, non-spousal violence and violence related to exploitation;

(ii.) Physical, sexual and psychological violence occurring within the general community, including rape, sexual abuse, sexual harassment and intimidation at work, in educational institutions and elsewhere, trafficking in women and forced prostitution;

(iii.) Physical, sexual and psychological violence perpetrated or condoned by the State, wherever it occurs.

11. According to General recommendation No. 19 (1992) of the Committee, gender-based violence is "violence that is directed against a woman because she is a woman or that affects women disproportionately. It includes acts that inflict physical, mental or sexual harm or suffering, threats of such acts, coercion and other deprivations of liberty."

12. The Istanbul Convention combines those two definitions and explicitly includes also economic violence, which is now widely recognized as form of violence against women in jurisprudence and recommendations of women human rights independent monitoring mechanisms.

13. The CEDAW Convention protects women of all ages, including girls, who are also protected under the Convention on the Rights of the Child, which protects all children. As per article 19 of the CRC, States are under the obligation to protect the child from all forms of physical or mental violence, injury or abuse, neglect or negligent treatment, maltreatment or exploitation, including sexual abuse, while in the care of parent(s), legal guardian(s) or any other person who has the care of the child.

E. General States' human rights obligations and the obligation to act with due diligence

14. The criminalization and prosecution of rape should be based on States' positive human rights obligations to enact effective criminal law provisions to prevent and punish rape and States' negative human rights obligations to ensure that State agents refrain from committing rape.

(a) States should take all legislative and other measures to exercise due diligence to prevent, investigate, and punish perpetrators for acts of rape perpetrated by State and non-State actors, and provide access to services and immediate means of redress and protection to victims of violence for acts of rape, as well as reparations in line with international standards.

(b) States should ensure that State agents and other persons acting on behalf of the State, including contractors, refrain from rape and act in conformity with this obligation, both domestically and extraterritorially, including, but not limited to, in the context of armed conflict, political violence or other social disturbance or humanitarian intervention.

(c) States should allocate appropriate financial and human resources for the adequate implementation of laws, policies, measures and programmes to prevent and combat rape,

(d) States should ensure that all involved State agents, especially law enforcement personnel, the judiciary, health care providers, social workers and teachers receive regular and specific training and capacity building on consent and on the crime of rape as a human rights violation and a manifestation of gender-based violence.

(e) States should ensure collaboration between national and local agencies, law enforcement, national agencies or machineries on women or gender equality and/or coordination bodies on women's rights and violence against women, healthcare, social services and others in partnership with specialist civil society organizations, independent experts, National Human Rights Institutions, and other stakeholders working to address or support victims of rape and sexual violence, recognizing, encouraging and supporting their work.

IV. Constitutive elements of rape

15. States should take the necessary legislative measures to ensure the criminalization of rape based on the following constitutive elements for its definition:

A. Criminal law provisions should protect bodily integrity and sexual autonomy.

(a) Rape is a crime against the rights to bodily integrity and sexual autonomy; therefore, it should not be defined as a moral crime or a crime against morality, public decency, honour, family or society, and it should not be classified as such in criminal law provisions;

(b) Consensual sexual acts between adults should not be criminalized; criminalizing such acts interferes with the right to sexual autonomy and risks deterring victims of rape from coming forward.

B. Criminal law provisions on rape should cover and protect all persons

(a) Criminal provisions on rape should cover and protect all persons without any discrimination; men, boys and gender diverse persons should be covered. This does not change the fact that rape predominantly affects women and girls;

(b) Criminal provisions on rape should apply to rape between spouses and intimate partners, whether current or former;

(c) Criminal law provisions on rape should include incest.

C. Acts criminalized as rape

(a) Criminal law provisions on rape should explicitly include all types of penetration of a sexual nature (vaginal, anal or oral), however slight, by any bodily part or an object.

D. Consent and use of force or coercion

(a) Rape is an act of sexual nature committed without consent. Definitions of rape should explicitly include lack of consent and place it at its centre, stipulating that rape is any act of sexual penetration of a sexual nature by whatever means committed against a person who has not given consent.

(b) Lack of evidence of resistance such as physical injuries to the body must never, in and of itself, be taken as proof of genuine consent to the sexual act.

(c) Consent must be given voluntarily as the result of the person's free will assessed in the context of the surrounding circumstances.

(d) Intercourse and other types of penetration of a sexual nature (vaginal, anal or oral) without consent should be criminalized as rape in all definitions.

(e) Lack of consent is presumed where rape was committed by force, or by threat of force or coercion.

V. Model Rape Law

A. Criminalization of rape

Article 1. Definition of rape

16. A person (the perpetrator) commits rape when they:

(a) engage in non-consensual vaginal, anal or oral penetration of a sexual nature, however slight, of the body of another person (the victim) by any bodily part or object; or

(b) cause non-consensual vaginal, anal or oral penetration of a sexual nature, however slight, of the body of another person (the victim) by a third person; or

(c) cause the victim to engage in the non-consensual vaginal, anal or oral penetration of a sexual nature, however slight, of the body of the perpetrator or another person.

Article 2. On consent

17. Consent must be given voluntarily and must be genuine and result from the person's free will, assessed in the context of the surrounding circumstances, and can be withdrawn at any moment. While consent need not be explicit in all cases, it cannot be inferred from:

(a) silence by the victim;

(b) non-resistance, verbal or physical, by the victim;

(c) the victim's past sexual behavior; or

(d) the victim's status, occupation or relationship to the accused.

Article 3. Age of consent

(a) A person is considered incapable of giving genuine consent when they are a person below the age of 16.

(b) Consensual sexual relations between children younger than 16, or between a child younger than 18 years old and a child older than 14 and younger than 16 should not be criminalized.⁶

Article 4. On the incapability of giving genuine consent

18. A person is considered incapable of giving genuine consent:

(a) when they are unconscious, asleep, or seriously intoxicated as a result of drugs or alcohol consumed voluntarily, involuntarily or unknowingly;

⁶ The Convention on the Rights of the Child in its Article 1 defines as child a person below the age of eighteen years. There could be exceptions of criminalization of consensual sexual relationship between similar age groups of teenagers. When defining an acceptable minimum age when determining the legal age for sexual consent, protection and evolving capacities of children need to be taken into account.

(b) when the perpetrator is an adult, 18 years old or older and the victim is a child related to the perpetrator by blood, marriage, adoption, fostering or other analogous familial affiliation.

Article 5. Use of force, threat or coercion

19. Lack of consent is presumed where penetration was committed by force, or by threat of force or coercion. There is a broad range of coercive circumstances, including, but not limited to, circumstances in which:

(a) the victim was subject to abuse, violence, duress, deceit, detention or psychological oppression or intimidation that contributed to the victim's subjugation or acquiescence; or

(b) the victim was subject to a threat (expressed or implied) of present or future physical or non-physical harm to the victim or a third person.

Article 6. On presumed lack of consent

20. Lack of consent is presumed when:

(a) The victim was intoxicated as a result of drugs or alcohol consumed voluntarily, involuntarily or unknowingly;

(b) When an illness, bodily injury, or other particular vulnerability has an impact on the victim's ability to consent; or

(c) When the perpetrator is in a position of power, trust, influence or dependency over the victim and may have taken advantage of that position to force participation.

21. Lack of consent is also presumed when the perpetrator abuses a relationship or position of power or authority over the victim. The positions and relationships listed below include, but are not limited to, situations in which the perpetrator is in a position of power or authority, influence or dominance over the victim:

(a) in a school, hospital, religious, correctional or care facility setting;

(b) in a professional or occupational setting;

(c) in a residential care facility, community home, voluntary home, children's home or orphanage;

(d) in the context of providing the victim medical, psychological or psycho-social support or treatment;

(e) in a guardian-ward relationship;

(f) by acting as a member of law enforcement, worker, probation officer, sports coach, instructor, minister of religion, babysitter, child-minder or in any other position of welfare in relation to the victim; or

(g) by otherwise being generally involved and responsible for the care, training or supervision of the victim.

B. Sentencing, aggravating and mitigating circumstances

Article 7. Sentencing

(a) States should ensure that sanctions for offences of rape are effective, proportionate, dissuasive and commensurate with the gravity of the crimes.

(b) States should develop sentencing guidelines to ensure consistency in sentencing outcomes.

(c) States should not allow conditional sentences and/or community service or fines alone as sanctions.

(d) The death penalty should never be imposed for rape.

Article 8. Aggravating circumstances

22. The presence of aggravating factors increase the gravity and severity of rape and States should ensure that aggravating circumstances are taken into account and factored into penalties.

23. The following non-exhaustive list of circumstances should be taken into consideration as aggravating circumstances in the determination of the sentence in relation to the offence of rape:

(a) the relationship between victim and perpetrator, when there is a power imbalance that makes the victim particularly vulnerable:

- (i.) the offence was committed against a former or current spouse or partner;
- (ii.) the offence was committed by a member of the family or a person cohabiting with the victim;
- (iii.) the perpetrator took advantage of any kind of relationship of trust, kinship, authority or other unequal power relationship with the victim;
- (iv.) the perpetrator is an agent or contractor of the State, or has authorization, support or acquiescence from one or more agents or contractors of the State;

(b) conditions of the victim or context that make them particularly vulnerable to sexual violence:

- (i.) the offence was committed against a victim who for any reason is imprisoned or detained;
- (ii.) the offence was committed against a child or against an older person;
- (iii.) the offence was committed against or in the presence of relatives of the victim or any child;
- (iv.) the perpetrator took advantage of a person in a position of particular vulnerability, including but not limited to in times of armed conflict, political violence or other social disturbance, during human trafficking or migration, labour exploitation, sexual exploitation or natural disasters;
- (v.) the offence was committed with an additional discriminatory motive against a victim because of their race, caste, ethnicity, sexual orientation, gender identity, disability, age, migrant or refugee or other status;

(vi.) the offence was committed against a pregnant person;

(c) the ways in which the offence is carried out:

- (i.) the offence was committed by two or more people acting together;
- (ii.) the offence, or related offences, were committed repeatedly;
- (iii.) the offence was preceded or accompanied by extreme levels of violence or threats of or attempts to cause extreme levels of violence;
- (iv.) the offence was committed with the use or threat of use of a weapon;
- (v.) the offence was committed including by causing the victim to take, use or be affected by drugs, alcohol or other intoxicating substances to maintain control over the victim;
- (vi.) the perpetrator had previously been convicted of offences of a similar nature;
- (vii.) the offense was filmed or photographed by the perpetrator;

(d) the consequences of rape to the victim:

- (i.) the offence resulted in severe physical or psychological harm or disability for the victim;
- (ii.) the offence resulted in death, pregnancy or the communication of a sexually transmitted infection or disease.

Article 9. Mitigating circumstances

24. States should not permit in rape cases the use of extenuating and mitigating circumstances that are based on culture, religion, customs, traditions or so-called honour that are contrary to international human rights law in cases of rape.

(a) States should ensure that the perpetrator cannot be exempt from punishment or subjected to reduced punishment by reaching any form of settlement (financial or otherwise) with the victim or the victim's family;

(b) States should ensure that the perpetrator cannot be exempt from punishment or subjected to reduced punishment for subsequently marrying the victim and the law should not provide that the perpetrator is required to marry the victim.

25. Mitigating circumstances that should be prohibited include, but are not limited to:

(a) if the perpetrator marries or desires to or attempts to reconcile with the victim.

(b) the wish of the perpetrator, or the perpetrator's family or community, to compensate for the harm.

(c) character or reputation of the perpetrator;

(d) prior history of behaviour to insinuate blame on the part of the victim.

Article 10. Withdrawal of parental rights

26. States should take legislative measures to allow for the withdrawal of parental rights of perpetrators in relation to the children conceived as a result of rape, taking into consideration their best interests:

(a) Where a person is subject to a criminal proceeding for the crime of rape, parental rights to the child conceived as a result of the alleged rape will be suspended until a final decision is determined in the criminal process.

(b) Where a person is convicted of the crime of rape, there should be a presumption against parental rights to a child conceived as a result of rape, taking into consideration the best interest of the child, while alimony and compensation should be granted irrespective of such withdrawal of parental rights. Incidents of violence against women should be taken into account when deciding on parental rights.

(c) Where a person is convicted of the crime of rape, there should be a presumption against parental rights to any child conceived by that person, taking into consideration the best interest of the child, while alimony and compensation should be granted irrespective of such withdrawal of parental rights. These provisions are without prejudice to the child's right to enjoy any benefit accruing from their paternity.

C. Investigation, prosecution and trial

Article 11. Victim-centred approach

a) A victim-centred approach places the victim at the centre of all responses, including by ensuring that they are kept informed about their rights, the legal process and progress of the case and are supported throughout the process, and free legal aid is available where appropriate;

b) The number of interviews of the victim should be kept to a minimum and interviews carried out only where strictly necessary for the purposes of the criminal investigation;

c) Examinations to collect medico-legal evidence are kept to a minimum and are carried out only where strictly necessary for the purposes of the criminal proceedings;

d) Victims should be able to be accompanied by their legal representative(s) and support persons of their choice, unless a reasoned decision has been made to the contrary.

Article 12 – Child victims and witnesses of rape⁷

(a) Every child victim or witness of rape has the right to have his or her best interests given primary consideration.

(b) Every child victim or witness of rape shall be treated according to the following general principles:

(i.) A child victim or witness of crime shall be treated in a caring and sensitive manner that is respectful of his or her dignity throughout the legal proceedings, taking into account his or her personal situation and immediate and special needs, age, gender, disabilities if any and level of maturity.

(ii.) Interference in the child's private life shall be limited to the minimum necessary as defined by law in order to ensure high standards of evidence and a fair and equitable outcome of the proceedings.

(iii.) The privacy of a child victim or witness shall be protected.

(iv.) Information that would tend to identify a child as a witness or victim shall not be published without the express permission of the court.

(v.) A child victim or witness shall have the right to express his or her views, opinions and beliefs freely, in his or her own words, and shall have the right to contribute to decisions affecting his or her life, including those taken in the course of the justice process.

(c) A child victim or witness shall be assigned a lawyer by the State free of charge throughout the justice process in the following instances:

(i.) At his or her request;

(ii.) At the request of his or her parents or guardian;

(iii.) At the request of the support person, if one has been designated;

(iv.) Pursuant to an order of the court on its own motion, if the court considers the assignment of a lawyer to be in the best interests of the child.

(d) If at any stage in the justice process the safety of a child victim or witness is deemed to be at risk, the competent authority shall arrange to have protective measures put in place for the child. Those measures may include the following:

(i.) Avoiding direct contact between a child victim or witness and the accused at any point in the justice process;

(ii.) Requesting restraining orders from a competent court;

(iii.) Requesting a pretrial detention order for the accused from a competent court, with "no contact" bail conditions;

(iv.) Requesting an order from a competent court to place the accused under house arrest;

(v.) Requesting protection for a child victim or witness by the police or other relevant agencies;

(vi.) Making or requesting from competent authorities other protective measures that may be deemed appropriate.

Article 13. Investigation

(a) Investigators/police officers should not delay investigation nor refuse to record the crime or initiate an investigation solely based on delayed reporting of the crime;

⁷ In accordance with the Guidelines on Justice in Matters involving Child Victims and Witnesses of Crime (ECOSOC/RES/2005/20).

(b) Investigators/police officers should promptly give the victim written acknowledgement of receipt of their complaint;

(c) Investigators/police officers should promptly and effectively record and investigate all allegations/reports made by the victim or other witnesses/organizations and ensure that the official report of the complaint is filed in all cases;

(d) Investigators/police officers should promptly respond to requests for assistance and protection, advise the victim of their rights, and support the victim in filing a complaint and in accessing relevant services;

(e) Investigators/police officers should conduct initial interviews in a gender-sensitive and trauma-informed manner and with due respect for the right to privacy.

(f) Investigators/police officers should conduct interviews of victims without unjustified delay after the rape complaint has been made to the competent investigative authority, in a language understood by the victim and with the support of an interpreter, if necessary;

(g) Investigators should conduct risk assessments, considering the seriousness of the situation and the risk of repeated rape or lethal violence, including possession of firearms by the perpetrator and issue effective protection orders including *ex parte* protection orders or other measures to protect the victim and their family as necessary;

(h) There should be a complaint mechanism accessible to victims who were mistreated by the police or if their case was mishandled.

Article 14. Ex officio prosecution

(a) The investigation and prosecution of rape should be conducted *ex officio*. The State has the obligation to carry out an effective investigation and prosecute the crime, which should not be wholly dependent on a report or accusation made by the victim and may continue even if the victim has withdrawn their statement;

(b) Any prosecutor who discontinues a rape case should provide a formal and timely written explanation to the victim of the reasons why the case was dropped.

Article 15. Timely and without undue delay

(a) Investigations and judicial proceedings should be carried out in a timely manner without undue delay, while taking into consideration the rights of the victim during all stages of the criminal proceedings;

(b) All reports of rape should be taken seriously and investigated promptly, thoroughly and impartially;

(c) All evidence properly collected and decision on cases that should be prosecuted without any prejudicial stereotypical views of the victim or any other reason which would deny effective access to justice to victims.

Article 16. Evidentiary requirements, rape shield provisions

27. States should ensure an objective, gender-sensitive assessment of the evidence in rape cases:

(a) Introduction of evidence regarding the victim's past sexual history or behaviour should be generally prohibited at all stages of the legal process, including cross-examination; and should be permitted only when relevant and necessary;

(b) There should never be an absolute requirement that any specific piece of evidence be available for a prosecution to go ahead, such as medical evidence, which may not be available, particularly after a delay in reporting, or if there is a delay in starting the investigation;

(c) There should be no requirement for the testimony of the victim to be otherwise corroborated in order for that testimony to be considered credible, reliable and sufficient as a basis for conviction, considered in the context of the particular case;

(d) Lack of evidence of resistance such as physical injuries to the body must never, in and of itself, be taken as proof of consent to the sexual act.

(e) No adverse inference shall be drawn from a delay of any length between the alleged commission of rape and the reporting thereof.

Article 17. Statutory Limitations

(a) The prosecution of rape should not be subject to any period of limitation in any circumstances, whether carried out in times of peace or conflict;

(b) If statutes of limitation are in place, in the case of child victims, statutes should allow sufficient time for the initiation of proceedings after the victim has reached the age of majority.

Article 18. Jurisdiction and Cooperation between States

28. States should:

- i. Establish jurisdiction over offences of rape, when the offence is committed:
- ii. in their territory; or
- iii. on board a ship flying their flag; or
- iv. on board an aircraft registered under their laws; or
- v. by one of their nationals.

(a) Ensure that their jurisdiction is not subordinated to the condition that the acts of rape are criminalised in the territory where they were committed.

(b) Establish jurisdiction over offences of rape when the offence is committed in the context of conflict, war crimes, crimes against humanity, genocide, widespread or systematic attack, national disturbances or humanitarian crises.

(c) States should endeavour to co-operate with each other, to the widest extent possible, for the purpose of preventing, investigating and prosecuting all rape cases, protecting and providing assistance to victims and providing mutual legal and other necessary assistance in criminal matters, extradition and enforcement of relevant civil and criminal judgments by judicial authorities of other States, including protection orders.

Article 19. Prohibition of mandatory reconciliation or mediation

29. The law should expressly prohibit any form of mandatory conciliation or mediation in cases of rape, both before and during legal proceedings.

(a) Cases of violence against women, and particularly of rape and sexual violence, should not be referred to mandatory alternative dispute resolution procedures.

(b) Plea bargains should be strongly discouraged in cases of rape and especially when the offence was committed against a victim who was a child at the time of the crime.

Article 20. Victim-centred protection measures

30. States should take all necessary legislative measures to ensure that the rights and interests of victims are protected at all stages of the investigation and judicial proceedings, in particular by:

(a) Providing for the protection of victims, their family members and witnesses from intimidation, retaliation and secondary victimization, including through physical protection of victims and their family members where necessary;

(b) Ensuring avoidance of contact between a victim and the alleged perpetrator(s) within premises where criminal investigations or trials are conducted, including by providing separate waiting areas, entrances and exits and staggered arrival and departure times; by permitting victims to give evidence remotely or through the use of communication technology in a place the victim deems safe; or by utilizing witness protection boxes or

screens in courtrooms to avoid visual contact between the victim and the alleged perpetrator(s);

(c) Protecting the privacy of victims and preventing public dissemination of any information that could lead to the identification of the victim including by prohibiting the media from identifying victims of rape before conclusion of the trial and without the victims' consent afterwards, privacy when reporting to the police, closure of the courtroom during proceedings and the like;

(d) Providing victims with adequate and timely information, in a language they understand throughout the criminal justice process, on their rights and available support services, the progress of the investigation and legal proceedings, their role therein and the outcome of the case;

(e) Enabling victims to exercise their right to legal aid, interpretation and court support, including the right to be accompanied and represented in court by a specialized service or by any other independent support persons chosen by the victim.

(f) Assessing the victim's specific needs to enable their effective participation in the criminal proceedings; and ensuring that child victims and victims with specific needs are afforded special support and protection measures to ensure they are able to participate as fully as possible in the proceedings at the same time as protecting their best interests. Such special measures may include but are not limited to:

(i.) ensuring that interviews with the victim are conducted in their home or residence or in premises specially designed or adapted for that purpose by an interviewer of the same sex without undue delay;

(ii.) ensuring the presence of parents or a person trusted by the child while recording a child's testimony, which could include representatives from specialist civil society organizations working to address or support victims of rape; and

(iii.) in the case of victims with physical, psychological, mental or intellectual impairment or disabilities, obtaining the assistance of a special educator, psychologist or other person familiar with appropriate communication techniques for example braille, sign language or other electronic and information technology accessible to people with specific needs, before interviewing or recording the statement of the victim;

(iv.) ensuring that interviews with the victim are carried out by or through professionals trained for that purpose;

(v) ensuring interpretation and or translation services;

(vi) ensuring psycho-social and legal support, and covering travel expenses incurred.

(g) Ensuring that protection orders are efficient, available and easily accessible, could be issued ex parte and that victims are not subjected to undue delays in their applications for protection orders and other protective measures and that all allegations of rape are heard in a timely and impartial manner.

VI. Other relevant laws and policies at the national level

A. Remedies and reparations

31. Remedies and reparations are a crucial part of combating rape and ensuring justice for victims. States should provide remedies and reparations to victims of rape, including victims of rape when prosecution is not possible, but not limited to the following measures:

32. States should ensure that information concerning reparation mechanisms, including all available legal, medical, psychological, social, administrative and all other services to which victims may have a right to access, is widely and publicly disseminated. States should provide legal, social and health services, including sexual, reproductive and mental health

services for a complete recovery, and satisfaction and guarantees of non-repetition. States should provide compensation to victims of rape including but not limited to the following:

- (a) Victims should have the right to claim compensation from perpetrators;
- (b) Victims should have the right to claim compensation where relevant officials and institutions have failed to perform their obligations with due diligence;
- (c) State compensation should be awarded to victims having sustained bodily injury or impairment of physical or mental health, to the extent that the damage is not covered by the perpetrator or other sources.

B. Access to abortion in cases of rape

33. All victims who claim that they are made pregnant through rape, or where there is a reasonable suspicion that the pregnancy is a result of rape or incest, should have access to a safe and legal abortion. States should repeal laws that prohibit abortions, including in case of rape, and enact laws that give victims the right to access a full range of sexual and reproductive healthcare, including access to psychological support and counselling, emergency contraception, HIV counselling, testing and post-exposure prophylaxis, safe and legal abortion and maternal health care. Women should not be criminalized and imprisoned for obtaining abortions, especially in cases of rape, incest or severe foetal impairment. States should guarantee doctor/patient confidentiality when performing abortions in cases of rape.

C. Rape Crisis or sexual violence /One-Stop Service Centres

34. All victims must be supported to access justice through timely, appropriate and gender-sensitive and disability-sensitive medical examinations, which are conducted with the voluntary, genuine and informed consent of the victim. Victims should also have access to therapeutic and psycho-social care to aid their healing. They should also be supported to access criminal justice processes if they wish to do so.

35. States should set up appropriate, easily accessible, specialist, well-resourced and funded rape crisis or one-stop service centres for victims of rape and sexual violence in sufficient numbers to provide for medical and forensic examination, trauma support and counselling for victims for as long as victims need.

36. States should:

- (a) develop protocols for police and healthcare providers for the collection and preservation of forensic evidence in cases of sexual violence;
- (b) train sufficient numbers of medical and forensic staff to competently conduct the medical examination in cases of sexual violence in a sensitive and comprehensive manner and to provide the victim with same-sex support if they wish;
- (c) mandate the timely and proper collection, testing and submission to court of medical and forensic evidence;
- (d) expressly state in the law that medical and forensic evidence are not mandatorily required in order to convict a person accused of sexual violence;
- (e) prohibit the use of procedures or examinations which violate the sexual and reproductive health and rights of victims or contribute to secondary victimization, including virginity tests, two-finger tests or other similar procedures which draw adverse inferences based on the condition of the hymen or laxity of the vagina and are not based on scientific fact.

37. States should provide comprehensive and integrated support services to assist victims of rape and sexual violence, including those with insecure immigration status, which are adequately resourced and provided by specialist trained professionals, including but not limited to:

- (a) legal and psychological counselling, financial assistance, housing, education, training and assistance in finding employment;
- (b) round-the-clock phone and internet helplines which provide assistance and advice free-of-charge, including referrals to other service providers;
- (c) shelters for victims of rape and sexual violence, particularly women and children, which are adequate, accessible, safe and available in sufficient numbers; and
- (d) victim, witness and family protection mechanisms, where the victim, witness or family is facing threats or intimidation;
- (e) access to support services should not be conditional upon the victim reporting the violation to the police or on certain immigration status;
- (f) States should ensure that victims of rape have the right to free legal aid and free access to a qualified and impartial interpreter and the translation of legal documents in support of the legal case, where requested or required.

D. Training and awareness-raising

38. States should take steps to mandate national education and training for law enforcement officials, lawyers, judicial, medical and social service professionals and ensure such programmes:

- (a) provide education on national, regional and international legal instruments that offer guidance for the application of the fundamental principles of gender equality, the rule of law and the promotion and protection of the rights of women and children, especially in the context of sexual violence;
- (b) provide training on utilizing a gender-sensitive, trauma-informed, and victim-centred approach;
- (c) provide appropriate training on issues related to child victims and witnesses for all professionals working with child victims and witnesses, including strategies to mitigate risks of re-victimization, re-traumatization and secondary victimization;
- (d) States should conduct and fund public awareness-raising and education campaigns aimed at preventing sexual violence which need to be directed at persons of all ages, starting with children in an age-appropriate manner, to dismantle prejudicial stereotypes and ensure the population is educated on sex and relationships based on principles of equality, non-discrimination and human rights and consent;
- (e) States should implement awareness-raising programmes regarding human rights, sex, gender and racial equality and the right to be free from sexual violence, based on a gendered and intersectional understanding of sexual violence;
- (f) States should use educational curricula to modify discriminatory social and cultural patterns of behaviour, as well as derogatory gender and racial stereotypes, including through addressing stereotyped gender roles, promoting non-violent masculinities and integrating comprehensive sexuality education;
- (g) States should adopt and implement effective measures to encourage all media to eliminate gender-based discrimination against women in their activities, including the harmful and stereotyped portrayal of women and representations of violence against women and girls, and to enhance respect for the dignity of victims of sexual violence; and
- (h) States should support and fund psycho-social treatment and education programmes aimed at preventing perpetrators of sexual violence from re-offending.

E. Data collection and rape watch observatories

39. The collection of data on rape, through surveys and administrative statistical data, is fundamental for monitoring the efficacy of rape legislation and improving measures to

address sexual violence. There is a need to strengthen data collection and the knowledge base on rape. The collection, sharing and publication of data should never do harm to those affected or be used for discriminatory purposes.

40. States, should collect, analyze and publish yearly anonymized disaggregated statistical data on rape, including but not limited to:

- (a) The number of rape cases resulting in conviction by the Court;
- (b) The number of convicted perpetrators;
- (c) The attrition rate (rate at which cases are dropped at each stage of the investigation and prosecution);
- (d) The number of rape cases reported to the police (enforcement agencies/criminal justice authorities) by victims and the number of reports by third parties;
- (e) The number of rape cases prosecuted or the number of criminal proceedings initiated and/or any other legal action;
- (f) The number of convicted perpetrators of rape and the conviction rate in relation to reports / complaints of rape;
- (g) Administrative and judicial data on rape cases' victims and perpetrators, disaggregated by sex, age and type of violence as well as the relationship of the perpetrator to the victim, geographical location and any other factors deemed relevant, such as race/ethnicity/nationality status/immigration status/caste/sexual orientation/disability/ and gender identity;
- (h) Whether the rape was linked to other forms of gender-based violence against women and girls, including but not limited to domestic violence, femicide, disappearance, forced pregnancy and the like;
- (i) The time elapsed between reporting and the conclusion of the case;
- (j) The penalties given on conviction;
- (k) The reasons for:
- (l) decisions to stop investigations
- (m) decisions not to prosecute
- (n) The compensation paid to victims; and
- (o) The measures taken, including funds expended, to support services to victims.

41. States should establish an independent multidisciplinary oversight body (such as a Rape Watch/ Observatory) with the participation of experts including civil society representatives working to address or support victims of rape and sexual violence and other stakeholders. Such independent bodies should regularly review the investigation, prosecution and adjudication of sexual violence cases and be empowered to recommend changes in law, practice and procedure aimed at ensuring access to justice for victims, to observe data on prosecution of rapes, attrition rates, and to analyze emblematic case in order to recommend preventive measures.

F. State obligations in times of crises or emergencies

42. The human rights obligations of States laid out in this Framework for Model Legislation on rape (Model Rape Law) are fully applicable in times of peace and in times of conflict or war, health pandemics and disasters, natural or manmade, or any type of similar circumstances. Such crises or emergencies should not be used as a justification to interrupt nor slow down the investigation and prosecution of rape cases, as well as support services for victims. The human right to a life free from rape cannot be derogated in time of crises or emergencies.

Wonderful Law

Change Criminal Law(형법, 刑法) 297

2021 ver. 1

이상한 나라의 강간죄 Wonderful Law

Start

presented by call21st

한번쯤 내가 판사라면 이것보단 낫겠다! 생각하셨죠?

그래서 준비했습니다.

평범한 사람도 직접 체험보는 성범죄 재판!

지금 바로, 같이 해봐요!

<http://wonderful-law.korea.wtf>

‘강간죄’개정을위한연대회의

2018년 들불처럼 번진 #Metoo 미투운동 이후 우리 사회는 성폭력을 명확하게 처벌하고 예방하기 위한 법과 제도를 마련해왔습니다. 그럼에도 불구하고 일상에서의 성차별, 성희롱, 성폭력은 근본적으로 개선되지 못하고 있으며, 용기 있게 성폭력을 이야기한 피해자에 대한 의심과 책임전가, 2차 피해는 더 규모가 커지기도 했습니다. 피해자에 대한 지침은 많아졌지만, 피해자의 권리를 이해하고 이를 적극적으로 보장, 실현하는 사회적 조직은 여전히 부족합니다.

이러한 현상의 근저에는 성폭력에 대한 오래된 가부장적 시각, 남성중심적인 법규정이 있습니다. 형법 제297조는 강간을 “폭행 또는 협박으로 강간한 자는 3년 이상의 유기 징역에 처한다”고 되어 있으며, 폭행과 협박을 인정하기 위해서는 피해 당시 얼마나 심각한 폭행 또는 협박이 있었는지, 피해자가 얼마나 강하게 저항했는지를 요구하는 ‘최협의설’을 강간죄의 판단기준으로 요구해왔습니다.

이런 강간죄 판단기준은 성폭력 피해자를 (죽을 힘을 다해 저항한) ‘진짜 피해자’와 (죽을 힘을 다해 저항하지는 않은) ‘가짜 피해자’로 이분화하고 피해자들을 비난하고 의심하는 문화를 양산해왔습니다.

#Metoo 미투운동 이후 제20대 국회에는 성폭력 관련된 법 개정안이 150여개나 상정되었습니다. 비동의 강간죄 관련 법안도 10개가 상정되었습니다. 그러나 제대로 논의조차 되지 못했습니다.

#미투운동의 의미를 살리고 피해자의 권리보장을 위해서는 결국 “성폭력이 무엇인가?”라는 근본적인 질문으로 되돌아가 문제의 근원을 밝히고 성폭력의 의미구성을 바로 세워야 하며, 성폭력 판단기준을 더이상 ‘폭행과 협박’이 아닌 ‘동의’ 여부로 바꾸는 운동이 필요합니다. 이를 위해 “동의”의 개념, 판단기준 마련을 위한 논의의 장을 넓고 깊게 펼쳐갈 필요가 있습니다. ‘강간죄’ 개정을 위한 연대회의가 출범한 이유입니다.

아카이빙 사이트 change297.tistory.com

후원계좌 우리은행 1005-102-778031 (예금주: 천주교성폭력상담소)