

KWDI 이슈페이퍼

수행과제명 비동의간음죄의 비동의 판단기준 마련을 위한 국내외 사례연구

과제책임자 윤덕경 한국여성정책연구원 명예연구위원 (Tel: 02-3156-7102 / E-mail: dkyoon@kwidimail.re.kr)

비동의간음죄 도입을 위한 국내외 사례연구

초록

- 우리나라 형법상 비동의간음죄는 현재 입법화되지는 않았으나 강간죄의 보호법익인 성적 자기결정권 보호의 실질적인 보장을 위해 도입이 필요하며, 해외 입법례에서도 폭행·협박이 아닌 피해자의 동의에 기반한 성폭력범죄의 입법화가 이루어지고 있어 비동의간음죄 도입의 시사점을 주고 있음.
- 실제 성폭력피해자 상담과정에서 항거곤란의 정도는 아니었지만 피해자의 동의없이 간음한 경우, 항거곤란을 입증하기는 어렵지만 동의가 없음을 입증할 수 있는 경우 등 현행 법으로는 가해자 처벌이 어렵지만 비동의간음죄 도입에 의해 처벌을 담보할 수 있는 사례들이 다수 발생하고 있음.
- 또한 외국 입법례 중 동의모델을 채택한 독일은 2016.11.10. 형법 제177조 제1항 개정에서 행위수단을 ‘폭행, 신체·생명 위협, 무방비상태 이용’에서 “타인의 인식가능한 의사에 반하여”를 추가하여 인식가능한 피해자의 의사에 반하여 성적 행위를 하는 경우 성폭력범죄가 성립하도록 하였음. 독일의 개정 법률은 ‘인식가능한’이라는 제한적인 요건이 들어 있기는 하지만 피해자의 동의여부를 성폭력범죄의 주요 수단으로 보고 성적 자기결정권 보호에 더욱 근접하려 했다는 점에서 의의가 크다고 하겠음. 영국은 이보다 앞선 2003년 성범죄법에서 동의없는 성적 행위의 다양한 유형을 비동의 범죄로 구축하였음.
- 본 연구에서는 성적 자기결정권의 실질적인 보장을 위한 비동의간음죄 도입의 필요성과 당위성의 전제하에 비동의간음죄에 해당될 수 있는 국내 상담소 사례들을 검토하여 그 유형을 분류하고, 비동의간음죄 도입국가인 영국, 독일의 법률, 판례, 정책을 통해 동의기준 및 비동의의 인정 또는 불인정사례 등을 검토하여 우리 입법에 주는 시사점과 비동의간음죄 도입시 비동의 판단기준 마련에 고려할 사항 및 비동의간음죄 도입 관련 우리 형법의 개정방향을 제시해 보고자 함.

1. 배경 및 문제점

- ▶ 우리나라 형법상 비동의간음죄는 현재 입법화되지는 않았으나 강간죄의 보호법익인 성적 자기결정권 보호의 실질적인 보장을 위해 도입이 필요하며, 해외 입법례에서도 폭행·협박이 아닌 피해자의 동의에 기반한 성폭력범죄의 입법화가 이루어지고 있어 비동의간음죄 도입의 시사점을 주고 있음.
- ▶ 현행법상 강간죄의 구성요건인 폭행·협박은 최협의의 폭행·협박을 필요로 하여 저항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란한 정도에 이르는 폭행·협박을 사용한 경우에만 처벌이 가능함. 따라서 상대방의 동의없이 성적 침해가 발생한 경우 현행법상으로는 강간죄가 성립되지 않아 성적 자기결정권을 침해하는 중대한 범죄가 불처벌됨으로써 입법적 공백상태가 발생하게 됨.
- ▶ 실제 성폭력피해자 상담과정에서 항거곤란의 정도는 아니었지만 피해자의 동의없이 간음한 경우, 항거곤란을 입증하기는 어렵지만 동의가 없음을 입증할 수 있는 경우, 저항의 외적 표시를 남길 여지없이 공포심에 짓눌려 피해를 당한 경우, 비장애성인 대상 위계·위력이 있는 경우 등 현행 법으로는 가해자 처벌이 어렵지만 비동의간음죄 도입에 의해 처벌을 담보할 수 있는 사례들이 다수 발생하고 있어 비동의간음죄 도입의 필요성을 요구하는 현장의 목소리와 특히 피해자들의 목소리를 경청할 필요가 있음.
- ▶ 외국 입법례 중 동의모델을 채택한 독일은 2016.11.10. 형법 제177조 제1항 개정에서 행위수단을 ‘폭행, 신체·생명 위협, 무방비상태 이용’에서 “타인의 인식가능한 의사에 반하여”를 추가하여 인식가능한 피해자의 의사에 반하여 성적 행위를 하는 경우 성폭력범죄가 성립하도록 하였음. 독일의 개정 법률은 ‘인식가능한’이라는 제한적인 요건이 들어 있기는 하지만 피해자의 동의여부를 성폭력범죄의 주요 수단으로 보고 성적 자기결정권 보호에 더욱 근접하려 했다는 점에서 의의가 크다고 하겠음. 영국은 이보다 앞선 2003년 성범죄법에서 동의없는 성적 행위의 다양한 유형을 비동의 범죄로 구축하였음.
- ▶ 본 연구에서는 성적 자기결정권의 실질적인 보장을 위한 비동의간음죄 도입의 필요성과 당위성의 전제하에 비동의간음죄에 해당될 수 있는 국내 상담소 사례들을 검토하여 그 유형을 분류하고, 비동의간음죄 도입국가인 영국, 독일의 법률, 판례, 정책을 통해 동의기준 및 비동의의 인정 또는 불인정사례 등을 검토하여 우리 입법에 주는 시사점과 비동의간음죄 도입시 비동의 판단기준 마련에 고려할 사항 및 비동의간음죄 도입 관련 우리 형법의 개정방향을 제시해 보고자 함.

2. 국내외 사례조사 및 분석결과



폭행·협박없는 국내 성폭력사례 조사결과

- ▶ 현행 법으로는 강간죄의 가해자 처벌이 어렵지만 비동의간음죄 도입에 의해 처벌을 담보할 수 있는 사례조사를 위해 성폭력상담소 활동가대상의 심층면접을 수행하였음.
- ▶ 가정폭력 상황에서의 성폭력
가정폭력 상황에서 발생하는 성폭력 문제는 가시화되기 어려우며, 이혼이나 가정폭력 문제에 대해서 이야기할 때 폭력이 일상적으로, 중첩적으로 일어나는데 그것이 눈에 보이는 신체적, 구체적 협박인 경우가 있지만 다양한 통제, 억압 관계에서 성폭력이 발생하는 경우도 상당함. 가해자의 비위를 맞춰주기 위해서, 그 사람이 요구하는 성관계를 해야만 하는

상황이거나 어떤 폭력 상황이 있을 때 화해의 수단으로 가해자는 그것을 화해라고 이야기하며 관계를 맺지만, 피해자 입장에서는 앞서 있던 통제 때문에 성관계에 응해야 하는 이런 일들이 계속 발생하게 됨. 판례에서 아내강간이 인정된다고 하더라도 칼을 가지고 있었거나 신체적 폭력이 수반되는 등 판례에서 협소하게 해석되어지는 지점이 발생하고 있어 그러한 조건에 이르지 못한 경우에는 아내강간이 인정되기 어려운 상황임. 가정폭력 상황에서의 성폭력을 사소하게 보는 인식은 수사기관에서도 예외가 아니며, 수사과정에서 성폭력을 심각하게 이야기하여도 사소하게 취급하여 사건화해 주지 않을 경우 피해자들은 더 이상 문제제기할 수 없게 됨.

▶ 상대방과의 관계를 거절할 수 없는 맥락이 있는 경우

폭행·협박이 없는 성폭력 사례에는 상대방과의 관계를 거절할 수 없는 맥락이 있는 경우가 있는데 특히 장애인의 경우가 그러함. 우리 사회에서 정상으로 포섭되기 위해서는 여성은 결혼하거나 아이를 낳는 게 정상이라고 보여지는 상황에서 장애인으로 그룹 지어졌던 사람들이 자신이 정상이라는 그룹에 편입할 수 있는 가장 좋은 방법 중 하나를 비장애 남성과의 결혼, 연애로 인식하기도 함. 장애 여성들의 경우 비장애인과 관계에서 스스로 위축되며, 비장애 남성이 자신에게 호감을 보이고, 성적 관계를 제안했을 때 이를 거절하는데 어려움이 존재함.

▶ 무방비상태에서의 성폭력

폭행·협박없는 성폭력사례 중 무방비상태에서 성폭력을 당하는 경우가 있음. 피해자가 해외여행 중에 케첩 테러(케첩을 던지고 당황하는 사이 피해자의 가방을 훔쳐 달아남)를 당한 상황에서, 여행사이트를 통해 만난 유학생에게 성폭행을 당한 경우임. 이 사례의 경우 가해자의 폭행·협박이 없었으며, 피해자는 케첩테러를 당한 이후, 심리적인 위축감으로 인하여 가해자의 숙소를 벗어나지 못하였고, 피해를 입을 당시 강력하게 저항하지 못하였음.

▶ 금전적인 이유 등으로 가해자에게 의존하는 경우

금전적 이유 등으로 가해자에게 의존하는 경우 성폭력에 대해 자유로운 의사에 의한 비동의를 표현하기 어려운 상황에 있어 그 동의가 진정한 자유의사에 의해 이루어진 것인지 검토가 필요한 경우가 있음.

▶ 가해자가 권력의 위치에 있는 경우

폭행·협박없는 성폭력 사례 중 가해자가 권력의 위치에 있는 경우가 포함되는데 이런 경우는 대표적으로 종교지도자와 신도와의 관계에서 많이 발생함. 긴 세월동안 종교지도자와 신도와의 관계로 만나 오면서 성폭력 피해를 당하는 경우가 자주 발생하며, 사람을 존경하는 것과 성관계의 구분이 모호하여 피해자가 가진 상처가 치유되기 어려운 상황도 발생함. 존경하는 것은 얼마든지 가능하지만 그것이 바로 성관계로 연결되는 것은 타당하지 않음. 존경과 구분되는, 성관계에 대한 동의없음을 분명히 표시할 수 있어야 하며, 비동의간음죄의 신설은 비동의간음죄가 처벌될 수 있다는 쪽으로 일반인의 인식을 개선할 수 있는 효과가 있다고 하겠음.

▶ 가해자의 전과전력, 소문의 두려움 등 특수한 상황이 있는 경우

폭행·협박이 없는 성폭력사례에는 가해자의 전과전력, 소문의 두려움 등 특수한 상황이 있는 경우가 포함될 수 있음. 가해자에게서 느끼는 물리적인 압박감으로 피해자는 성관계의 요구를 강력하게 거부하지 못하는 경우도 발생함. 가해자의 전과 등 전력을 알고 있거나, 가해자의 체격적 조건이 우월한 경우 피해자는 가해자에게 적극적인 비동의 의사를 표현하기 어려움. 이러한 상황에서 적극적으로 거부할 수 없었던 피해자의 의사는 받아들여지지 않았으며, 동의없는 성적 행위가 가능한 것처럼 인식되는 상황에 처한 것이 현실임. 특히 이전 애인관계 또는 성관계가 있었던 경우는 다음의 성관계에도 동의했을 것이라고 보는 사회통념이나 남성중심적인 편견들이 수사·사법기관에서 나타나고 있다는 점들이 재고되어야 할 것임.



비동의간음죄 관련 외국사례 조사결과

1) 영국 : 동의를 중심으로 한 성범죄 체계

- ▶ 영국의 법률들은 형사 사법 체계로부터 본래 내재해 있던 성차별주의를 제거하기 위한 노력들이 담겨있었다는 평가를 받았으며, 대표적인 것이 동의규정을 성문화한 것임. 2003년 성범죄법 개정을 통한 동의개념의 법규화는 기존의 판례를 통해서 형성되었던 부동의 추정이 명확한 개념으로 자리잡기 힘들었기 때문에 동의개념의 명확화가 요구되었음.
- ▶ 개정 전 동의에 대한 판단기준으로 피고인이 피해자가 동의했다고 정직하게 믿은 경우(순수하게 믿은 경우)에 대한 판단, 피해자의 동의와 가해자의 동의에 대한 인식 또는 부주의에 대한 판단이 판례에서 중요했음.
- ▶ 동의는 자체로 논의되지 않았고 다음과 같은 경우를 통해서 비동의가 입증되는 방식이 사용되었음. 즉, 유형력의 사용 또는 유형력에 대한 두려움(제3자에 대한 위협)을 이용한 경우, 피해자가 잠이 드는 등 무의식 상태에서 동의할 수 없었던 경우, 행위의 본질에 대한 기망으로 인해 오해를 한 경우(예를 들어 그 행위가 성행위가 아니라고 속여 행위한 경우), 다른 사람으로 가장한 경우(예를 들어 배우자나 파트너 등으로 가장한 경우), 피해자가 행위의 본질을 근본적으로 이해하지 못한 경우, 연령·장애 또는 질병 등으로 인해서 피해자가 동의 또는 저항의 여부를 결정할 수 있는 이해나 지식을 가지고 있지 않은 경우는 피해자의 부동의, 동의의 결여로 추정되었음.
- ▶ 개정 전 판례로, 동의와 관련한 대표적인 판례가 1982년의 'R v Olugboja'인데, 협박에 의한 강요가 아니더라도 특정되지 않은 강요의 상황에서 마지못해 복종한 것이라면 유효한 동의가 아닌 것으로 인정되었음.
- ▶ 2003년 성범죄법 개정으로 '동의' 규정과 관련해서 주로 동의의 세 가지 측면으로 변화한 점이 논의되고 있음. 동의의 법적 정의의 제공의미, C가 속아서 동의한 경우 C의 동의의 타당성에 미치는 영향, 그리고 C의 동의에 대한 D의 믿음의 역할에 관한 것임. 이것은 2003년 성범죄법이 동의 '능력', 동의할 '자유', 동의를 얻기 위해 취한 조치, 동의에 대한 합리적인 믿음이라는 측면에서의 과제를 낳게 되며, 이러한 점에서 명확성 여부와 추가입법 개혁의 필요성도 논의되고 있음. 영국 검찰에서도 다음과 같은 측면에 중점을 두고, 톨키프를 통해서 강간사건에서 동의판단 기준을 안내하고 있음.

① 동의 능력

동의할 수 있는 능력과 관련해서 고려해야 할 점으로 영국검찰에서는 '술 또는 약물의 영향, 동의를 표현할 소통이 힘들 정도로 아픈 경우, 정신건강의 문제나 학습 장애가 있는 경우, 잠들어 있었거나 의식을 잃은 상태인 경우'를 판단기준으로 제시하고 있음.

② 동의할 자유(자유의사)

동의할 자유는 자유의사를 표현할 수 있는 상황 등을 의미하며, 영국검찰은 다음과 같은 상황에서 동의할 수 있는 자유를 설명하고 있음. 가정폭력(파트너나 가족 구성원)의 경우, 권력의 위치에 있는 경우(특히, 가족 구성원, 교사, 종교 지도자, 고용주, 조직폭력, 보호자, 의사), 재정적으로나 보살핌을 위해 가해자에게 의존한 경우, 나이 차이가 있는 경우, 동의할 수 있을 만큼 나이가 들지 않은 경우를 동의할 자유와 관련된 판단기준으로 제시하고 있음.

③ 동의를 얻기 위해 취한 단계

가해자가 어떻게 동의를 알게 되었거나 동의를 믿었는지, 가해자가 취약한 피해자를 착취한 것은 아닌지 등 가해자가 취한 조치를 기준으로 함.

④ 동의에 대한 합리적인 믿음

성행위를 원하지 않는 징후를 인식하거나 무시한 경우, 일부만이 아니라(예를 들어, 성적 동의 성교는 하지만 구강 성교는 하지 않음) 모든 성행위에 대한 동의가 이루어졌는지 확인하는 것을 말함.

2) 독일 : 행위를 중심으로 한 성형법 체계

- ▶ 행위를 중심으로 한 성형법(Sexualstrafrecht) 체계를 두고 있는 대표적인 국가인 독일은 2016년 “인식가능한 의사에 반하여”(gegen den erkennbaren Willen; §177 Abs. 1 StGB) 타인에게 성적 행위를 하거나 그로 하여금 성적 행위를 하도록 하거나 타인으로 하여금 제3자에게 성적 행위를 하도록 하거나 제3자의 성적 행위를 수인하도록 하는 행위를 처벌하는 것을 주요 내용으로 하는 형법 개정안을 마련하였음. 개정 독일형법 제177조는 ‘동의 없는’ 모든 성적 침해행위를 성폭력으로 규정한 것이 아니라 ‘인식가능한 의사에 반하는’ 성적 침해행위만을 성폭력으로 규정하는 일종의 네거티브 정의(negative definition) 방식을 취하고 있다는 점이 특징임.
- ▶ 본 보고서에서 분석한 독일연방대법원 판례는 ‘인식가능한 의사에 반하는 성적 행위’의 인정사례 6개, 불인정사례 4개로 분류됨. 인정사례를 보면, [인정사례1] 콘돔을 한 성관계에만 동의한다는 의사를 반복하여 밝혔음에도 성관계 도중 몰래 콘돔을 제거한 경우(소위 ‘스텔싱’), [인정사례2] 동성의 지적장애인에게 피해자의 (성적 지향과 무관하게) 인식가능한 의사에 반하여 항문성교를 요구한 경우, [인정사례3] 술에 취해 손을 들어올릴 수 없었던 피해자가 고개를 젓는 방식으로 거부 의사를 표시했음에도 성관계가 이루어진 경우, [인정사례4] 구타로 인해 여전히 아픔을 느끼며 울고 있는 피해자(아내)를 남편이 침대로 옮긴 후 성관계를 가진 경우 등이 개정형법 제177조 제1항이 규정한 ‘인식가능한 의사에 반하는 성적 행위’로 처벌되었음. 이때의 성적 침해행위는 반드시 성기가 삽입된 성교에 한정되지 않기 때문에, 독일법원은 [인정사례5] 접근금지 명령이 선고되었음에도 헤어진 연인을 찾아가 차량에 탑승하려는 것을 막아서고 피해자의 입에 자신의 혀를 밀어 넣은 경우, [인정사례6] 피해자가 찍기 싫다고 이야기하는데도 인터넷상으로 알게 된 지인을 돕기 위해서는 필요하다고 속여 자위행위 장면을 찍어 전송하도록 한 경우에 ‘인식가능한 의사에 반하는 성적 침해행위’에 해당한다고 보았음.
- ▶ 불인정사례를 보면, [불인정사례1] 내심으로는 성관계를 하고 싶지 않았음에도 표면적으로는 동의하여 성관계를 가졌던 적이 있는 가운데, 성관계 요구에 대해 ‘남자친구가 생겼다’는 우회적인 표현으로 거부 의사를 밝힌 경우, [불인정사례2] 당시 만취상태(소위 ‘블랙아웃’)로 인해 당시 상황이 특별히 뚜렷하게 기억나지 않는다고 피고인이 성관계를 요구한 것이 40~50% 정도 확실하다고 하는 등 피해자의 진술이 일관되지 못하고 피고인의 진술과도 불일치한 경우, [불인정사례3] 신체를 깨무는 형태의 폭력이 수반된 성적 행위(구강성교 및 항문성교)가 있었으나 이에 앞서 성적 행위(구강성교)에 대해 사전에 동의한 바 있었던 경우에는 ‘인식가능한 의사에 반하는 성적 침해행위’로 인정하지 않았음.

3. 정책제언



국내 상담사례 분석의 시사점

- ▶ 폭행·협박이 없는 성폭력 상담사례를 분석한 결과, 다양한 취약상황에 처한 피해 여성들은 적극적으로 거부 의사를 표명하지 못하였으며, 이로 인해 성폭력범죄로 인정받지 못하는 경우가 발생하는 것으로 나타났음.
- ▶ 피해자가 취약한 상황에서 성적 행위에 동의할 자유가 있었는가, 자유의사에 의해 동의할 수 있었는가 성폭력의 동의를 판단하는 중요한 기준으로 고려될 필요가 있음. 현행법상 최협의의 폭행·협박에 의한 강간죄만 인정됨으로써 폭행·협박이 없는 성폭력의 경우 현행법상으로 처벌할 수 없어 처벌의 공백이 발생함. 처벌할 수 없었던 성폭력사례에 대해 처벌을 가능하게 할 수 있는 방안이 마련될 필요가 있으며, 비동의간음죄 신설이 요청됨.

- ▶ 폭행·협박없는 성폭력도 분명히 범죄라는 근거가 마련되어 폭행과 협박이 없다면 동의한 성관계라는 애매모호한 인식을 타파할 수 있도록 하는 것이 필요함. 이를 통해 폭행·협박이 없는 성폭력을 겪고 있는 피해자들의 성폭력 피해경험이 제대로 인식될 수 있는 기회로 삼을 수 있을 것이며, 비동의간음죄가 처벌될 수 있다는 방향으로 일반인의 인식을 개선할 수 있는 효과도 달성할 수 있을 것임.

비동의간음죄 관련 영국·독일사례 분석의 시사점

- ▶ 영국의 강간사건에 대한 동의판단기준은 동의능력, 동의할 자유(자유의사), 동의를 얻기 위해 취한 단계, 동의에 대한 합리적인 믿음을 주요 요소로 보고 있음. 이것은 영국검찰이 제시한 동의판단의 기준으로 법원 판례에서도 이러한 기준이 참고될 수 있을 것임. 이 4가지 판단기준은 우리 형법의 비동의간음죄 도입시 비동의판단기준 마련에 큰 시사점을 줄 수 있을 것임. 특히 동의할 자유(자유의사) 부분에서 제시하는 예들은 본 연구의 상담사례 분석에서도 유사하게 나타나고 있어서 우리의 판단기준 마련시 참고할 부분이 있을 것으로 보임.
- ▶ 독일연방대법원 판례에서 인정사례 6개는 인식가능한 의사에 반하여 행한 성적 행위를 인정한 사례로 적절한 인정사례로 보이며, 우리의 비동의간음죄 도입시에 유용하게 활용할 수 있는 사례라고 하겠음. 인식가능한 의사에 반하여 행한 성적 행위로 인정되지 못한 사례는 과거 가·피해자간에 동의에 기반한 성관계가 있었던 경우, 신체를 깨우는 형태의 폭력이 수반된 성적 행위(구강성교 및 항문성교)가 있었으나 이에 앞서 성적 행위(구강성교)에 대해 사전에 동의했던 경우, 피해자의 진술이 일관되지 못한 경우 등이 있었음.
- ▶ 과거 동의에 기반한 성관계가 있었지만 과거의 동의가 현재의 동의를 의미하는 것은 아닐 수 있으며, 업무상 권력관계에 의해 적극적인 비동의를 표현할 수 없기도 함. ‘남자친구가 생겼다’는 우회적인 거부 의사에 반하는 성적 행위로 인정해야 할 필요성과 사전의 성적 행위에 대한 동의는 전체 동의를 인정하는 것은 아니라는 것이 좀 더 논의될 필요가 있음.
- ▶ 또한 판례분석을 통해 주 법원과 연방법원의 심급에 따른 입장차이가 있다는 점, 진술의 신빙성과 관련하여 어려운 부분이 있다는 점 등이 발견되었음. 독일 판례 중 주 법원은 인식가능한 의사에 반하는 성적 행위에 해당한다고 판단하였으나, 연방대법원이 이를 파기환송한 사례들에서 개정형법 제177조 제1항의 입법취지를 무색케 하는 결정을 내린 것을 볼 수 있었음. 또한 자신의 진술 외에 피해를 입증할 증거를 제시할 수 없는 피해자 사례에서 진술의 신빙성 및 피해를 인정받기 어려운 상황에 놓이게 된다는 사실을 확인할 수 있었음. 이것은 법률이 인식가능한 의사에 반하는 성적 행위를 처벌하는 것으로 개정되었다고 하더라도 여전히 발생하는 문제임. 특히 피해자가 법집행 관련 직종(경찰관) 등 확실한 직업에 종사하는 경우 피해자 진술의 신빙성 인정에 유리한 상황으로 이어지지만 인터넷 만남주선 사이트에서 피고인과 성관계를 갖기로 하고 만난 경우 등 성적으로 개방적인 여성은 성에 동의할 가능성이 높은 것으로 간주하는 등 편견이 작용하여 진술의 신빙성 인정에 어려움이 있는 경우가 있었음.
- ▶ 법원 심급에 따른 입장차이가 존재하거나 진술의 신빙성 인정문제는 우리나라 독일에서 유사하게 발생하는 일임. 법원 특히 대법원에서의 성편견이나 고정관념에 의한 판결의 해소를 위해 법관대상의 성인지적 관점, 피해자 관점의 인식배양이 필요하고, 그에 관한 교육이 지속적으로 이루어져야 할 것임.

영국, 독일 입법모델 분석을 통한 비동의간음죄 도입 관련 우리 형법의 개정방향

- ▶ 첫째, 비동의간음죄 도입을 위해 우리가 취할 수 있는 입법모델은 우리 형법체계와의 정합성 측면에서 성문법 체계로 구성된 독일 형법을 참조하는 것이 적절하다고 하겠음. 영국의 입법모델은 성적 침해행위를

강간(우리나라의 강간), 삽입성폭행(우리나라의 유사강간), 성폭행(우리나라의 강제추행), 비동의 성적행위 야기죄로 구분하고, 각각의 행위들을 비동의 요건만으로 범죄성립을 긍정하게 되어 영국의 입법모델에 따르면, 강간죄는 그 실질에 있어 비동의간음죄로 재구성됨. 반면, 독일의 입법모델은 인식가능한 의사에 반하는 성적 행위를 기본 범죄구성요건으로 함으로써 행위유형을 중심으로 한 종래 성형법 체계를 성적 자기결정권 보호를 중심으로 전환하였다는 점에 의의가 있음. 또한 폭행·협박과 비동의 간의 불법의 차이를 두지 않는 것은 일반적인 법감정에 반한다는 점을 고려하여 종래의 강간죄는 가중구성요건으로 두고 인식가능한 의사에 반하는 성적 행위를 기본 범죄구성요건으로 설정한 것은 우리에게 시사하는 바가 크다고 하겠음.

- ▶ 둘째, 우리 형법이 비동의 입법모델을 도입하더라도 형법 제32장 및 관련 특별법은 현행 체계대로 유지되기 어려울 것으로 예상됨. 과도기적으로는 (오스트리아의 경우와 같이) 현행 체계를 유지하는 가운데 ‘의사에 반하는 성적 행위’를 처벌하는 규정을 하나 추가하는 ‘손쉬운’ 방안을 고려해 볼 수도 있을 것이나, 머지않아 다른 규정과의 체계상 불균형 문제와 의사에 반하였는지 여부에 대한 입증 문제가 대두될 것임. 비동의간음죄 도입을 위한 우리 형법의 개정방향은 의사에 반하는 성적 행위를 처벌하는 규정 하나를 신설하는 안이 모색되더라도 장차 형법과 성폭력 관련 특별법 전체 체계의 전면수정이 불가피하다고 하겠음.
- ▶ 셋째, 비동의간음죄 도입시 비동의와 관련된 문언을 어떻게 표현할 것인가를 보면, 피해자의 동의 유무를 규범화하는 피해자중심적인 입법·사법정책을 실현하고 있는 영국모델을 참고하여 ‘동의없음’을 법문으로 마련하는 것을 고려해 볼 필요가 있음.
- ▶ 넷째, 비동의간음죄의 비동의 판단기준 마련시 영국·독일사례는 시사점을 줄 수 있을 것임. 영국의 강간사건에 대한 동의판단기준은 동의능력, 동의할 자유(자유의사), 동의를 얻기 위해 취한 단계, 동의에 대한 합리적인 믿음을 주요 요소로 보고 있는데 이 4가지 판단기준은 우리 형법의 비동의간음죄 도입시 비동의판단기준 마련에 큰 시사점을 줄 수 있을 것임. 특히 동의할 자유(자유의사) 부분에서 ‘가정폭력(파트너나 가족 구성원)의 경우, 가해자가 권력의 위치에 있는 경우(특히, 가족 구성원, 교사, 종교 지도자, 고용주, 조직폭력, 보호자, 의사), 재정적으로나 보살핌을 위해 가해자에게 의존한 경우, 나이차이가 있는 경우, 동의할 수 있을 만큼 나이가 들지 않은 경우’를 예로 들면서 자유의사를 표현할 수 있는 상황인가를 기준으로 동의할 자유를 판단하고 있음. 이러한 상황제시는 본 연구의 국내 상담사례 분석에서도 유사하게 나타나고 있음. 가정폭력 상황에서의 성폭력, 장애인의 경우 등 상대방과의 관계를 거절할 수 없는 맥락이 있는 경우, 무방비상태에서의 성폭력, 금전적인 이유 등으로 가해자에게 의존하는 경우, 가해자가 권력의 위치에 있는 경우, 가해자의 전과전력, 소문의 두려움 등 특수한 상황이 있는 경우 등이 폭행·협박이 없는 성폭력사례로서 제시되었음. 성폭력에 관한 동의할 자유(자유의사)와 관련하여 자유의사를 표현할 수 있는 상황인가를 기준으로 동의할 자유를 판단하고 있는 영국의 기준은 우리의 비동의간음죄 판단기준 마련시 참고할 부분이 있을 것으로 보임.
- ▶ 또한 독일연방대법원을 통해 인정된 사례, 즉 가해자의 성적 침해요구에 피해자가 거부하는 의사를 적극적으로 표현한 경우, 피해자의 낮은 지능과 사회적인 접촉부족 및 권력관계에 의해 가해자의 요구를 거부할 수 없었던 경우, 고개를 저어 거부의사를 표시한 경우, 가정폭력 상황에서 이루어지는 성적 행위는 인식가능한 의사에 반한 성적 행위로 인정된 사례들로서 우리의 비동의간음죄 판단기준 마련시 고려할 수 있을 것임.
- ▶ 다섯째, 비동의간음죄 도입에 관한 20대, 21대 국회의 형법 개정안 비교를 통해 형법의 개정방향을 제시할 수 있음. 모든 개정안들은 강간죄의 구성요건을 현행법상 ‘폭행 또는 협박으로 사람을 강간한 자’에서 ‘상대방의 동의없이 사람과 성교한 사람’ 또는 ‘상대방의 의사에 반하여 사람을 간음한 자’로 개정하여 비동의간음죄의 도입을 명시하고 있음. 강간죄의 개념을 ‘폭행·협박’이 아닌 ‘동의없음’으로 개정하는 것은 성적 자기결정권의

실질적인 보장을 위한 획기적인 패러다임의 전환이라고 하겠음. 그동안 동의없이 이루어진 간음에 대한 불처벌로 처벌의 공백상태가 있었는데 비동의에 대한 입법화로 이러한 공백상태를 해소할 수 있다는 점에 법 개정의 의의가 있음.

- ▶ 구체적인 개정안을 살펴 보면, 구성요건에 따른 법정형 차이를 기준으로 3가지안 정도로 분류할 수 있음. 제1안은 형법 제297조 강간의 표제하에“폭행이나 협박 또는 상대방의 동의없이 사람을 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.”고 하였고, 제2안은‘상대방의 의사에 반하여 간음한 자는 3년 이상의 유기징역에 처하고’, 폭행 또는 협박으로 강간한 경우 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중하는 법안임. 제3안은 상대방의 동의없이 사람과 성교한 사람은 1년 이상의 징역에, 폭행, 협박 또는 위계, 위력으로 사람과 성교한 사람은 3년 이상의 징역에 처하는 것으로 규정하고 있음. 여기서 제1안은 폭행·협박의 경우와 상대방의 동의없이 간음하는 경우를 모두 3년 이상의 유기징역에 처하도록 하여 양자를 경중없이 같은 법정형으로 규정하고 있어 폭행·협박의 경우가 상대방의 동의없이 간음한 경우보다 불법이 크다고 보아 더 중하게 처벌하는 것이 타당하다고 하겠음. 제2안은 상대방의 의사에 반하여 간음한 경우를 3년 이상의 유기징역에 처한다고 규정하여 현행의 폭행·협박이 있는 경우와 동일하게 처벌하고 폭행·협박이 있는 경우는 2분의 1을 가중하는 것으로 하였음. 현행법이 폭행·협박이 있는 강간에 대한 처벌형량의 정도를 일정 수준으로 정하고 있기 때문에 특별한 이유없이 동일한 구성요건에 대해 법정형을 상향조정하는 것은 적절하지 않다고 하겠음. 제3안은 상대방의 동의없이 사람과 성교한 경우는 1년 이상의 징역에, 폭행, 협박 또는 위계, 위력으로 사람과 성교한 경우는 3년 이상의 징역에 처하도록 하였음. 이 개정안은 법정형을 구성요건의 단계에 맞게 규정하고 있어 적절한 안이라고 하겠음.

참고자료

- 강간죄 개정을 위한 연대회의(209개 단체) 등(2019), 「성폭력 판단기준, ‘폭행과 협박’이 아닌 ‘동의여부’로!」, 20대 국회 강간죄 개정을 위한 토론회, 2019.11.13.
- 김보화·허민숙·김미순·장주리(2018), 「성폭력피해상담 분석 및 피해자 지원방안 연구」, 여성가족부.
- 박미숙·김은경·김성돈(2010), 「성폭력범죄 구성요건정비를 위한 입법정책연구」, 한국형사정책연구원.
- 장다혜·이경환(2018), 「형법상 성폭력범죄의 판단기준 및 개선방안-비동의간음죄의 도입가능성을 중심으로」, 한국형사정책연구원.
- 장다혜·홍영오·김현숙(2018), 「젠더 폭력 관련 법체계 개선방안」, 여성가족부.
- Home office(2002), Home Office Annual Report, The Government's expenditure plans 2002-03.
- Hörnle, T. 2015. Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention: Ein Gutachten zur Reform des § 177 StGB, Deutsche Institut für Menschenrechte.
- Renzkowski, J. 2016, Nein! - Das neue Sexualstrafrecht, NJW, S. 3553. 3554. 3558.
- UN(2006), UN CRIMINAL JUSTICE HANDBOOK SERIES: Handbook on Restorative Justice Programmes, UNITED NATIONS New York

주관부처: 여성가족부 권익지원과
관계부처: 법무부 형사법제과, 대검찰청 형사2과