



KOREAN WOMEN'S
DEVELOPMENT
INSTITUTE

비동의간음죄 관련 법률 개정 동향과 향후과제

김정연 한국형사정책연구원 부연구위원/변호사

1. 들어가며

2018년 성폭력 피해 증언 운동, 이른바 Me Too 운동이 국제적으로 확산되면서 국내에서도 문화예술계를 비롯한 공무원 등 공공부문에 이르기까지 성폭력 피해사실에 대한 증언이 광범위하게 이어졌다. 이후 2019년에는 텔레그램 대화방 성착취사건, 이른바 N번방 사건이 발생하면서 사회적 공분과 함께 성폭력에 대한 새로운 인식과 법적 대응의 필요성이 제기되었다.

한편 2018년 UN여성차별철폐위원회 제8차 국가보고서 심의에서는 형법상 강간죄의 구성요건이 CEDAW의 국제 기준과 일치하지 않는다는 점을 지적하면서 ‘형법의 강간을 폭행, 협박이 있는 경우로만 한정하지 말고, 피해자의 동의 여부를 중점에 두도록 시정’할 것을 권고한 바 있다. 국제연합(UN) 국제사법재판소, 유럽연합(EU) 유럽인권재판소는 ‘피해자의 동의 없는 성적 행위를 처벌할 수 있다’고

판단하고 있다.

이에 따라 제20대 국회는 물론 제21대 국회에 이르기까지 이와 관련한 형법상 성범죄 규정 등 관련 규정에 대한 개정법률안을 연이어 발의하고 있다. 여기에는 비동의간음죄의 도입이나 위력에 의한 간음죄의 처벌 강화, 성폭력 피해자의 증언에 대한 사실적시 명예훼손죄의 개정 등의 내용을 포함하고 있다. 이 글에서는 비동의간음죄의 도입과 관련한 각 법안의 주요 내용을 비교, 평가하고 향후 개정 방향을 살펴보도록 한다.

II. 제20대 국회 비동의간음죄 관련 개정 법률안의 주요 내용

(1) 비동의간음죄 도입 및 강간죄 구성요건 완화에 관한 형법 일부개정법률안

2018년 사회적으로 미투 운동이 큰 반향을 일으

〈표 1〉 비동의간음죄 도입 및 강간죄 구성요건의 완화에 관한 형법 일부개정법률안(제20대 국회)

연번	의안번호(대표발의자)	주요 내용	비고
1	3726호 (황주홍 의원)	강간죄의 폭행·협박의 정도를 '폭행죄와 협박죄'와 동일한 정도로 완화	강간죄(제297조) 규정의 구성요건 개정
2	12532호 (홍철호 의원)	'사람의 의사에 반하여'를 구성요건에 포함	강간죄(제297조) 규정의 구성요건에 추가
3	12564호 (강창일 의원)	피해자의 명시적인 동의 없이 이루어진 간음을 강간죄로 처벌 및 강간죄의 법정형 상향	강간죄(제297조) 규정의 구성요건 개정
4	12601호 (백혜련 의원)	강간죄의 구성요건을 '폭행 또는 협박으로'를 '상대방의 의사에 반하여'로 개정 및 사람의 저항을 현저히 곤란하게 하는 폭행·협박으로 성범죄를 저지른 경우에는 가중처벌	강간죄(제297조) 규정의 구성요건 개정
5	12795호 (천정배 의원)	비동의간음·추행죄(안 제303조의2)의 신설	강간죄(제297조) 규정은 그대로
6	13098호 (최경환 의원)	강간죄의 폭행·협박의 정도를 '반항을 곤란하게 한 정도'로 완화	강간죄(제297조) 규정의 구성요건 개정
7	14938호 (송희경 의원)	'상대방의 동의 없이'를 구성요건에 포함	강간죄(제297조) 규정의 구성요건에 추가
8	14981호 (김수민 의원)	강간죄의 구성요건을 '부동의 의사에 반하여'로 개정	강간죄(제297조) 규정의 구성요건 개정
9	15062호 (이정미 의원)	'명백한 거부'의 표시에 반한 강간죄' 신설 및 강간죄의 폭행·협박의 정도를 3단계로 분화하여 법정형 구분	아청법, 성폭법의 주요 성범죄 규정을 형법에 통합
10	15354호 (나경원 의원)	강간죄의 구성요건을 '상대방의 의사에 반하여'로 개정	강간죄(제297조) 규정의 구성요건 개정

킨 이후 제20대 국회에서는 이와 관련한 형법상 성범죄 규정 등 관련 규정에 대한 개정 법률안이 연이어 발의되었는데, 그 중에서도 비동의 간음죄의 도입 및 강간죄 구성요건의 완화와 관련한 개정안을 정리하면 아래와 같다.

전체적으로는 형법상 성범죄 구성요건으로 비동의간음죄의 도입을 내용으로 하지만, 구체적인 내용이나 규정형식은 각각의 법률안마다 차이가 있다. 이에 각 법률안의 주요 내용을 구분하면 다음과 같다.

먼저 기존의 강간죄 규정을 그대로 두고 비동의

간음죄의 신설을 내용으로 하는 경우이다.¹⁾ 이 법률안은 형법에 비동의간음죄 단일 규정을 삽입하는 형태를 취하고 있다.

두 번째는 본래 강간죄 규정의 구성요건을 개정하여 비동의간음죄를 기본구성요건으로 하면서 종래 강간죄에 해당하는 경우는 가중처벌 하도록 하는 유형이다. 이러한 법률안은 강간죄 구성요건을 '상대방의 의사에 반하여'로 개정하면서 사람의 저항을 현저히 곤란하게 하는 폭행 또는 협박으로 성범죄를 저지른 경우에는 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지

1) 형법 일부개정법률안(천정배의원 대표발의), 2018. 3. 30. 발의(의안번호 12795).

가중하도록 하여 기존의 강간죄를 가중구성요건으로 하는 내용을 담고 있다.²⁾ 상대방의 의사에 반하여 간음한 경우를 강간죄로 처벌하고 폭행·협박으로 강간죄를 범한 경우에는 가중처벌을 하도록 하는 법률안도 유사한 형태로 구분할 수 있다.³⁾

세 번째 유형은 기존의 강간죄 구성요건을 개정하여 의사에 반하는 간음을 강간죄로 처벌하는 경우이다. ‘폭행 또는 협박’을 ‘상대방의 명백한 동의가 없는 상태’로 개정하는 유형이 있고,⁴⁾ ‘상대방의 부동의 의사에 반하여 간음’한 경우 강간죄로 처벌하는 경우가 있다.⁵⁾ 이러한 법률안은 비동의간음죄를 강간죄의 기본 구성요건으로 하여 종래의 강간죄 형태를 포함한다는 점에서 두 번째 유형과는 차이가 있다.

네 번째는 기존의 강간죄의 구성요건에 비동의간음죄에 해당하는 구성요건을 추가하여 종래의 구성요건인 폭행·협박과 병렬적으로 규정하는 형태이다. ‘사람의 의사에 반하는 경우’를 성폭력 범죄 구성요건에 포함시키는 경우⁶⁾와 ‘상대방의 동의 없이’를 추가하여 강간죄의 성립범위를 확대하는 경우⁷⁾이다.

다섯 번째는 법원이 강간죄의 폭행·협박의 정도를 ‘최협의의 폭행·협박’으로 해석하는 것에 대해 구성요건을 완화하여 입법적으로 해결하는 경우이다. 강간죄의 성립을 위한 폭행·협박의 정도를 형법상 폭행죄 및 협박죄의 폭행·협박과 동일한 정도로 완화

하는 법률안⁸⁾과 ‘피해자의 반항을 곤란하게 한 정도’로 완화하는 법률안⁹⁾이 이에 해당한다. 이정미 의원 대표발의 형법 일부개정법률안은 강간죄의 성립범위를 제한적으로 보는 법원의 해석에 대한 문제의식은 같으나, 강간죄 성립의 구성요건을 폭행·협박의 정도에 따라 3단계로 구분하여 ‘명백한 거부’의 의사 표시에 반한 강간죄, ‘협의의 폭행·협박으로 성립하는 강간죄’, ‘최협의의 폭행·협박으로 성립하는 강간죄’로 나누어 법정형을 달리한다는 점에서 차이가 있다.¹⁰⁾ 또한 이 법률안은 현행 성범죄 규정이 형법과 특별법에 동일·유사한 구성요건이 중복되어 규정되어 있어 아동·청소년의 성보호에 관한 법률과 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법의 주요 성범죄 규정을 형법에 통합하여 체계적으로 정리하고자 한 점에 특징이 있다.

(2) 비동의간음죄 도입에 관한 성폭력특별법 개정법률안

성범죄 구성요건으로서 비동의간음죄의 도입 및 강간죄 구성요건의 완화를 내용으로 하는 제20대 국회의 형법 개정 법률안을 살펴보았는데, 이를 전제로 성폭력특별법에도 비동의간음죄 관련 개정안이 발의되었다.

첫째 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부

2) 형법 일부개정법률안(백혜련의원 대표발의), 2018. 3. 22. 발의(의안번호 12601).
3) 형법 일부개정법률안(나경원의원 대표발의), 2018. 9. 6. 발의(의안번호 15354).
4) 형법 일부개정법률안(강창일의원 대표발의), 2018. 3. 20. 발의(의안번호 12564).
5) 형법 일부개정법률안(김수민의원 대표발의), 2018. 8. 21. 발의(의안번호 14981).
6) 형법 일부개정법률안(홍철호의원 대표발의), 2018. 3. 19. 발의(의안번호 12532).
7) 형법 일부개정법률안(송희경의원 대표발의), 2018. 8. 17. 발의(의안번호 14938).
8) 형법 일부개정법률안(황주홍의원 대표발의), 2016. 11. 18. 발의(의안번호 3726).
9) 형법 일부개정법률안(최경환의원 대표발의), 2018. 4. 17. 발의.
10) 형법 일부개정법률안(이정미의원 대표발의), 2018. 8. 27. 발의(의안번호 15062).

개정법률안은 형법상 강간죄의 폭행 또는 협박의 정도를 사람의 반항을 곤란하게 한 정도로 완화하여 명문화하는 경우 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법상 강간죄 등도 동일하게 규정함으로써 강간죄의 성립 범위를 확대하려는 것이다.¹¹⁾

둘째 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안은 형법상 비동의간음죄의 도입을 전제로 이 법에 의한 친족관계에 의한 강간죄와 장애인 또는 13세 미만 미성년자에 대한 유사강간죄의 경우에도 피해자의 적극적인 저항이 없더라도 상대방의 부동의 의사에 반한 경우 가중처벌하려는 것이다.¹²⁾

먼저 개정안은 폭행·협박의 정도를 완화하면서도 법정형은 현행과 같은 수준으로 유지하고 있음에 반하여 강간죄의 폭행·협박의 정도를 완화를 주장하면서도 폭행·협박의 정도에 따라 법정형을 달리 규정할 필요가 있다는 주장이 있는 점¹³⁾ 등을 고려하여 검토할 필요가 있다. 다음 개정안의 경우 친족관계에 의한 강간죄 및 장애인에 대한 유사강간죄 관련하여서는 폭행 등 유형력을 행사한 경우와 유형력을 행사하지 아니한 간음행위를 동일한 법정형으로 처벌하고 있다는 점에서 죄질의 중대성이나 비난가능성 등에 비추어 범죄와 형벌의 균형이 이루어지고 있는지가 문제된다.

Ⅲ. 제21대 국회 비동의간음죄 관련 개정 법률안의 주요 내용

비동의간음죄의 도입 내지 강간죄의 구성요건 완화에 관한 제20대 국회의 법률안들은 통과되지 못한 채 모두 2020년 5월 29일 의원들의 임기만료로 폐기되었다. 이후 제21대 국회에서도 비동의간음죄의 도입에 관한 법률안이 발의되었는데, 현재 의원 발의로 국회에 계류 중인 법안은 2건 정도이다.

백혜련의원 대표발의 형법 일부개정법률안은 강간죄의 구성요건을 비동의간음죄의 형태로 하면서 폭행·협박에 의한 성범죄를 가중처벌 하는 것으로 제20대 국회에서 발의한 내용과 동일하다.¹⁴⁾ 그러나 비동의간음죄의 도입을 고려하는 경우에도 폭행·협박에 의한 강간죄에 비해 비교적 죄질이 가볍다 할 것이므로 해당 법정형을 낮게 설정하는 경우가 대부분이라는 점을 감안할 필요가 있다.¹⁵⁾

한편 류호정의원 대표발의 형법 일부개정법률안은 강간죄의 구성요건을 상대방의 동의가 없는 경우, 폭행·협박 또는 위계·위력인 경우로 유형화하여 법정형을 달리하는 형태를 취하고 있다.¹⁶⁾ 그러나 비난가능성이나 법체계적으로 볼 때 ‘폭행·협박 또는 위계·위력’을 동일한 범주로 볼 수 있는 행위수단인지는 의문이다.

11) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안(최경환의원 대표발의), 2018. 4. 17. 발의(의안번호 13099).

12) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안(김수민의원 대표발의), 2018. 8. 21. 발의(의안번호 14982).

13) ‘중한 강간죄’의 경우 ‘최협의의 폭행·협박’을 구성요건으로 설정하고, ‘경한 강간죄’의 경우 ‘협의의 폭행·협박’을 구성요건으로 설정하는 입법론이 있다[조국, “강간죄 및 미성년자 등에 대한 위계간음죄 재론(再論)”, 『형사법연구』 제28권 제4호 통권 제69호(2016, 겨울), 한국형사법학회, 112쪽].

14) 형법 일부개정법률안(백혜련의원 대표발의), 2020.6. 8. 발의(의안번호 245).

15) 이호중, “성폭력 처벌규정에 대한 비판적 성찰 및 재구성”, 『형사정책』, 제17권 제2호, 동성출판사, 2005, 111면; 유주성, “강간죄 성립의 판단기준으로서 피해자의 동의와 저항-대법원 2015. 8. 27. 2014도8722 판결-”, 『비교형사법연구』 제18권 제1호 통권 제36호, 한국비교형사법학회, 2016. 4, 56면.

16) 형법 일부개정법률안(류호정의원 대표발의), 2020. 8. 12. 발의(의안번호 2898).

Ⅳ. 개정안 평가 및 향후 방향

비동의간음죄의 도입에 대해서는 이미 주요 선진국에서 많은 진통을 겪었지만 최종적으로 도입하는 방향을 정한 경우가 많다. 구체적으로 독일은 2016년, 스웨덴은 2018년에 각각 비동의간음죄를 신설하였다. 영국은 동의 유무를 성범죄의 구성요건으로 규정하고 있는데, 2003년 성범죄법을 제정하면서 비동의 개념을 적극적으로 규정하여 '동의'에 관한 개념을 명확히 하고 있다.¹⁷⁾

우선 비동의간음죄의 도입 여부를 판단하기 위해서는 동죄가 성적 자기결정권의 보다 충실한 보장으로 이어질 수 있는지 아니면 개인의 일상적 성생활에 무리하게 개입하는 결과로 이어질 것인지에 대한 대답이 필요하다. 헌법재판소의 결정에 따르면, 개인의 성행위와 같은 사생활의 내밀한 영역에 대해서는 그 권리와 자유의 성질상 국가는 간섭과 규제를 가능하면 최대한 자제하여 개인의 자기결정권에 맡겨야 하고, 국가형벌권의 행사는 필요최소한의 범위에 그쳐야 한다고 본다.¹⁸⁾ 그러나 이는 동의하지 않은 성적 행위조차 개인의 내밀한 영역으로 치부하여 방기하는 것을 옹호하는 것은 아닐 것이다. 성적 자기결정권은 개인적 권리로서 중요한 가치를 가진다는 점에서 당연히 법적으로 보호 받아야 한다.

나아가 비동의 간음죄의 도입과 관련하여서는 과연 사법부가 성적 자기결정권의 충실한 보호라는 관점에서 제대로 기능하였는가 생각해 볼 필요가 있다. 이미 많은 학계의 전문가들과 비동의간음죄 도입 관련 법률안의 제안이유에서도 불충분한 성적 자기결정권의 보호를 사법부의 강간죄에 대한 좁은 해

석의 탓으로 돌리고 있다. 물론 사법부, 특히 형사재판에 있어서는 형벌 규정의 해석에 있어 엄격하고 보수적일 수밖에 없으며, 성범죄의 경우 대부분 진술에 의존할 수밖에 없는 상황을 고려하면 사법부의 소극적 관행을 이해 못할 바는 아니다. 그러나 이러한 이유로 강간죄에 대한 사법부의 엄격한 해석이 계속 정당화된다면 비동의 간음죄의 도입을 통한 입법적 해결은 불가피하다.

다만 비동의간음죄의 도입은 형법상 모자이크식으로 단순히 도입할 수 있는 문제가 아니라 성폭력범죄 법체계 전체뿐만 아니라 타범죄와의 체계정합성에 관하여 충분한 논의를 거치는 등 종합적인 검토가 필요하다. 성범죄의 구성요건이 형법과 특별법에 유사 중복적으로 규정되어 있어 여러 특별법 규정의 내용 및 개정도 함께 재검토되어야 할 것이다. 그리고 비동의간음죄의 도입에 가장 우려하는 바는 동의 여부에 대한 명확성의 문제와 처벌 여부가 전적으로 피해자의 의사에 좌우될 우려가 있다는 점이다. 이에 대해서는 비동의 개념에 대한 상세한 규정을 마련하여 이러한 문제를 불식시킬 필요가 있다.

17) 김정연, 허황, "성적 자기결정권의 합리적 보호를 위한 성폭력범죄 관련법제의 개선방향연구", 국회 법제사법위원회, 2019, 85면.

18) 헌법재판소 2009. 11. 26. 2008헌바58, 2009헌바191(병합)결정.