



형법상 성폭력범죄의 판단기준 및 개선방안

비동의간음죄의 도입가능성을 중심으로



A Study on the Improvement for the Judgment of
Sexual Violence Crimes

Focused on the Possibility of Adoption of Lack of Consent

장다혜·이경환



머리말

최근 미투 운동이 활발히 전개되면서 현재 형법상 성폭력범죄 관련 개정안들이 폭발적으로 쏟아져 나오고 있습니다. 한국에서의 성폭력 범죄의 현실과 현행 형법상 성폭력 규정이나 법해석으로 인한 한계를 고려할 때에 형법 제32장에 대한 개정이 반드시 필요함에도 불구하고, 현재 20대 국회에 상정되어 있는 형법 개정안들에 대해서는 법체계 전반에 대한 체계적이고 엄밀한 검토 하에서 제기된 것인지 의문이 제기되기도 합니다. 그럼에도 불구하고 최근 제출된 비동의간음죄의 신설이나 형법상 강간죄등에 비동의 요건을 추가하는 법률안들은 90년대부터 지속적으로 제기되어 온 성적 자기결정권이라는 보호법익에 부합한 형법 제32장 개정에 대한 요구와 올해 유엔 여성차별철폐위원회의 한국 정부에 대한 제297조 개정 권고라는 큰 흐름 속에서 의미를 가지고 있습니다. 비동의 요건을 둔 성폭력 범죄에 관련된 개정은 법률상 성폭력에 대한 개념을 변경한다는 점에서 현행 성폭력법체계 내에서의 패러다임 전환을 가져오는 큰 변화가 될 수 있으며, 그만큼 이러한 개정의 필요성과 방향에 대해서는 엄밀한 검토가 요구되는 상황입니다.

이 연구는 성적 자기결정권 침해의 기본적 유형으로서의 비동의간음죄 또는 비동의 요건 도입에 대한 검토와 「형법」 및 성폭력처벌법상 구성요건 추가 내지 대체의 필요성 및 방향에 대한 분석을 위해 기획되었습니다. 현행 성폭력범죄 행위수단인 폭행·협박 및 위력 요건 및 비동의 요건과의 체계적인 분석뿐만 아니라 현재 「형법」상 행위수단과 관련된 구성요건 또는 그 해석의 한계로 인해 실제 법 적용에서 배제되는 성폭력 사건의 요소들을 살펴봄으로써 우리 「형법」상 성폭력범죄행위에 대한 구성요건 추가 또는 변경이 필요한지, 필요하다면 개정방향은 어떠한지 하는지에 대해 세밀하게 검토할 수 있을 것이라 기대됩니다.

이 연구의 공동연구진으로 바쁜 변호사 활동 와중에 높은 전문성을 가지고 참여해주신 이경환 법무법인 태평양 변호사와 영미법 해외 자료 수집에 도움을 주신 이다미 연구원, 독일 형법 자료 수집과 번역에 도움을 주신 독일 프라이부르크대학 법학과 박사수료생 박성은 선생님께 진심으로 감사의 인사를 전합니다.

2018년 12월

연구진을 대표하여

부연구위원 장 다 혜

목 차

국문요약	1
------------	---

제1장 서 론 · 장다혜	13
-----------------------	----

제1절 연구 배경	15
-----------------	----

제2절 연구의 목적 및 내용	17
-----------------------	----

제3절 연구의 구성	18
------------------	----

제2장 형법상 성폭력범죄의 법체계 및 행위수단에 대한 판단기준 · 장다혜	21
---	----

제1절 형법상 성폭력범죄에 대한 체계적 검토	23
--------------------------------	----

1. 성폭력범죄의 기본적 구성요건	23
--------------------------	----

2. 성폭력범죄의 체계	28
--------------------	----

제2절 성폭력법체계에 따른 행위수단의 규정방식 및 판단기준 검토	33
---	----

1. 형법상 성폭력범죄의 체계에 따른 행위수단의 규정방식	34
---------------------------------------	----

2. 폭행·협박의 최협의 판단기준에 따른 행위수단의 판단기준 제한	36
--	----

3. 최근 최협의 폭행·협박의 완화 경향	40
------------------------------	----

제3장 비동의간음죄 신설에 대한 기존 논의 및 관련 개정안 검토 · 장다혜	43
--	----

제1절 비동의간음죄 신설에 대한 기존 논의 검토	45
----------------------------------	----

1. 비동의간음죄 신설의 필요성 관련 논의 검토	45
----------------------------------	----

2. 비동의간음죄 신설에 대한 찬반 논의 검토	48
3. 비동의간음죄 신설 관련 기존 논의에서 나타난 법적 쟁점	51
제2절 비동의간음죄 관련 형법개정법률안 검토	55
1. 제안이유 검토	55
2. 개정안의 내용 검토	58
3. 소결	75

| 제4장 | 해외의 비동의요건 도입 및 법률규정에

대한 검토 · 장다혜 77

제1절 독일	80
1. 비동의 요건을 기본적 유형으로 하는 형법 제177조 개정	80
2. 형법 제177조의 유형력 및 비동의 관련 판단기준 검토	88
3. 개정 법률에 대한 논의	109
제2절 영국	121
1. 2003년 성범죄법 개정	121
2. 2003년 성범죄법상 성폭력범죄의 체계와 내용	125
3. 2003년 성범죄법의 동의규정 및 판단 기준	135
4. 영미법계 국가의 비동의 입증 및 피고인 고의에 관한 법규정	144

| 제5장 | 현행 성폭력법체계상 처벌 공백에 대한

실증적 분석 · 이경환 153

제1절 연구대상 및 분석방법	155
1. 연구대상	155
2. 분석방법	157
제2절 유형력 요건에 대한 판단기준과 그 문제점	158

1. 폭행·협박 죄합의설과 처벌 공백	158
2. 유형력 판단기준	159
3. 유형력 판단기준의 문제점	160
제3절 유형력 요건으로 인한 무죄 사례 분석	162
1. 무죄 사례 분석	162
2. 유형력 판단요소의 문제점	177
제4절 유·무죄 판결 비교 분석	182
1. 유형력 내용 및 정도	184
2. 유형력 행사 경위와 범행 전·후의 정황	185
제5절 소결	198

| 제6장 | 결론 및 정책제언 · 장다혜·이경환 201

제1절 현행 형법상 성폭력범죄체계 개선의 필요성	203
1. 현행 성폭력 관련 법률상 처벌의 흠결에 대한 검토	203
2. 성적 자기결정권의 보호법익에 부합하는 체계로서 동의모델로의 이행 필요	205
제2절 형법상 성폭력범죄 관련 체계 개선의 방향	208
1. 성적 자기결정권의 보호법익을 중심으로 한 체계 개선의 방향	209
2. 행위수단의 체계화	212
3. 비동의 요건 규정에 대한 검토	215

참고문헌 219

Abstract 223

표 차례

〈표 2-1〉 성폭력범죄의 체계	29
〈표 2-2〉 형법상 성폭력범죄의 체계	32
〈표 3-1〉 비동의간음추행죄 신설안(천정배의원안)	59
〈표 3-2〉 비동의간음죄와 다른 성폭력범죄와의 관계[천정배의원안]	59
〈표 3-3〉 유형력 요건을 비동의 요건으로 변경하는 안 (강창일의원안, 백혜련의원안, 나경원의원안)	60
〈표 3-4〉 유형력 요건과 비동의 요건을 함께 규정하는 안	64
〈표 3-5〉 여성인권법연대안(임종인의원대표발의, 176449)	66
〈표 3-6〉 이정미의원안(2015062)	71
〈표 4-1〉 독일 형법 개정 전·후 비교	89
〈표 5-1〉 현행 형법상 성폭력범죄 구성요건에 따른 처벌의 공백	155
〈표 5-2〉 강간죄 유죄 판결의 폭행·협박 내용과 정도 및 피해자-피고인 관계	183
〈표 5-3〉 데이트강간 사례 유·무죄 판례 비교	186
〈표 5-4〉 협박 사례 유·무죄 판례 비교	188
〈표 5-5〉 청소년 사례 유·무죄 판례 비교	196
〈표 5-6〉 미성년자위력간음이 인정된 판례	197

국문요약

□ 연구목적 및 기대효과

○ 논의 배경

- 최근 미투운동이 일어난 이후 현행 성폭력관련법체계가 가지고 있는 처벌의 흠결을 해결하기 위해 기본적인 성폭력범죄인 강간죄 등의 개정안이 제출되고 있는 상황임
- 이 중 비동의간음죄의 신설안 내지 강간죄 등에 비동의 요건의 추가 안들은 법률상 성폭력 기본 개념을 변경한다는 점에서 현행 법체계의 패러다임 전환이 될 수 있으므로, 이와 관련하여 현행 성폭력관련법률의 체계적인 검토를 통해 비동의 요건을 추가 또는 대체할 필요성이 있는지, 만약 필요하다면 어떻게 개정해야 하는지에 체계적이고 면밀한 분석이 요청됨

○ 연구 목적

- 이 연구의 목적은 성폭력범죄의 기본유형 및 행위수단, 판단기준에 대한 법체계적·실증적·비교법적 검토를 통해 「형법」 및 성폭력처벌법상 비동의간음죄의 신설 또는 비동의 요건의 추가 등 성폭력 행위수단에 대한 개정의 필요성을 검토하고 개정방향을 도출하는 데에 있음

□ 연구방법

○ 현행 법체계 및 판례 분석

- 형법 등 성폭력관련법률상 성폭력범죄의 행위수단(폭행·협박, 위계·위력, 심신상 실상태 등 이용)에 따른 법체계와 판단기준에 대해 검토
- 강간죄의 주요 판례의 사실관계와 판단요소를 분석함으로써 행위수단으로 인한 처벌상 공백에 대해 분석

○ 비교법 연구

- 비동의 요건을 성폭력 행위수단으로 해외의 법률 및 판례 분석
- 주요 연구대상은 대륙법계 국가인 독일과 영미법계 국가인 영국의 성폭력 범죄의 행위수단, 규정방식 및 개정과정 등임

□ 주요 연구내용

○ 형법상 성폭력범죄에 대한 체계적 검토

- 성폭력범죄의 기본적 구성요건
 - 행위유형: 간음, 유사간음, 추행(→ 성적 속성을 가진 행위 개념에 성도덕적 평가 반영)
 - 행위수단: 폭행 또는 협박의 사용, 위계 또는 위력의 사용, 심신상실 또는 항거불능상태 이용
- 성폭력범죄의 법체계
 - 법정형에 따른 행위유형별 불법성 체계를 살펴보면, 간음>유사간음>추행
 - 형법상 행위수단별 불법성 체계를 살펴보면, 폭행·협박=심신상실·항거불능 이용>미성년자, 심신미약자, 피보호감독자 위계·위력
 - 특별법 개정 등으로 피해자 요건에 따른 행위수단별 불법성 체계 변화를 살펴보면, 13세 미만 위계·위력>장애인 항거곤란상태 이용>19세 미만 위계·위력>장애인 위계·위력>성인 폭행·협박=심신상실·항거불능 이용>피보호감독자 위계·위력
- 형법 제32장 체계
 - 경합범이나 결과적 가중범, 상습범 등 다른 불법성 가중요건을 제외하고 살펴보면, 제297조 내지 제298조는 폭행·협박, 제299조는 심신상실·항거불능 이용, 제302조 내지 제303조는 미성년자등 위계·위력, 제305조는 미성년자 의제강간 등 행위수단에 따라 체계적으로 규정되어 있음
 - 폭행·협박을 형법상 성폭력범죄의 기본적 행위수단으로 둬으로써 우리 형사법 체계는 유형력 요건을 중심으로 하는 성폭력법체계(유형력 모델)이며, 간음행

위를 기준으로 유사간음과 추행을 감정적인 구성요건으로 둬으로써 폭행 또는 협박으로 하는 성교행위를 성폭력범죄의 기본적인 범죄유형으로 두고 있다는 것을 알 수 있음

- 유형력 모델에서의 규정방식
 - 저항무능력 상태를 이용한 준강간 규정방식: 폭행·협박의 유형력 요건에 준하여 규정되어 심신상실 또는 항거불능 상태로 협소하게 규정
 - 유형력의 보충적 요건으로서 위계·위력 적용 제한: 기본적 행위수단인 유형력에 대한 보충적 요건이므로 유형력을 행사하는 수준으로 영향을 받을 수 있는 피해자의 취약한 특성(연령, 장애, 보호감독관계)에 한정하여 규정

○ 유형력 모델에서의 행위수단 해석(판례)

- 유형력 모델에서의 행위수단 해석방식: 피해자의 항거(저항) 가능 여부가 기준
 - 강간죄의 ‘폭행·협박’ 최협의설: “폭행·협박은 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이어야 함”
 - 준강간의 ‘항거불능’ 엄격해석: 폭행·협박의 최협의 기준에 따라 “심신상실 이외의 원인 때문에 심리적 또는 물리적 반항이 절대적으로 불가능하거나 현저히 불가능하게 하는 경우”
 - 위계 규정의 제한: 위계와 간음행위의 인과관계 해석에서 불가분적 관련성을 요구하여, 행위자에 대한 위계(예)남편으로 가장 등)이나 고립된 장소로의 유인을 위한 위계 등은 해당되지 않음
 - 위력 규정의 제한: 위력의 행사와 간음행위의 인과관계 해석에서 위력 행사행위를 요구하여, 협의의 폭행협박이 있지 않은 무형력의 행사에 대해서는 대체로 인정하지 않음
- 최근 폭행·협박 최협의설 완화 경향
 - 최근 강간죄의 폭행·협박에 대한 판례를 살펴보면, ① 폭행·협박의 최협의설에 대한 규범판단을 유지하고 있으나, ② 실질적 저항행위의 존재를 입증하도록 해왔던 최협의 폭행·협박 정도를 충족하는 입증기준을 완화하는 경향이 나타남
 - 2005년 대법원 판례(2005도3071)에서 피해자의 항거 가능 여부에 대한 판단으

4 형법상 성폭력범죄의 판단기준 및 개선방안

로 “사후적으로 보아 피해자가 성교 이전에 범행 현장을 벗어날 수 있었다거나 피해자가 사력을 다하여 반항하지 않았다는 사정만으로 가해자의 폭행·협박이 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도에 이르지 않았다고 선불리 단정하여서는 안된다”는 기준을 제시함.

- 이후 실질적인 피해자의 저항행위를 입증하도록 요구했던 기존 판례의 태도가 변경되어, 합리적인 관점에서 피해자의 저항이 제압될 수 있거나 저항할 수 없었던 상황에 대해 종합적이고 객관적으로 판단하는 경향이 나타남
- 기습추행에 대해 폭행·협박으로 인정하는 강제추행죄에서의 폭행협박 판단과 유사하게 강간죄에서 간음행위시작 당시 폭행·협박이 없더라도 간음행위와 거의 동시 또는 그 직후에 피해자를 폭행하여 간음한 경우 강간죄로 인정하는 판례(2016도16948, 2016전도156)도 있어, 강간죄의 폭행협박 최협의설은 상당히 완화된 상황임
- 그러나 최협의설 판례 변경이 없기 때문에 저항행위에 대한 객관적 판단 관련 법원 해석의 편차가 크고 비일관적이어서, 처벌의 예견가능성 등 법적 안정성에 문제가 존재함

○ 판례분석을 통한 처벌 공백에 대한 실증적 분석

- 연구대상: 2005년 대법원 판례 이후 폭행·협박 최협의설 완화 경향을 고려하여, 2005년 이후 강간 또는 위계·위력간음 사건의 대법원 및 하급심 판례 200여건 분석
- 분석방법: 합의가 없었다는 피해자 진술 신빙성이 인정되나 유형력의 정도를 충족하지 못한 무죄 판례 판단요소를 살펴보기 위해, 유형력의 정도를 충족했다고 본 유죄 판례와 피해자 진술 신빙성이 부정된 무죄 판례와 비교 분석
- 유형력 판단요소
 - 저항할 수 없었던 조건: 피해자-피고인 체격차이, 나이 차이, 고립된 장소, 피해자-피고인 관계, 범행 당시 피해자의 심신미약 상태
 - 피해자의 저항행위: 구조요청, 탈출 시도
 - 전형적인 성폭력피해자상: 범행 전후 피해자의 언동과 행실, 재판과정에서의 피해자 진술태도

- 유무죄 판결 비교 결과

- 유형력 내용 및 정도: 유죄와 무죄 판결 모두 성행위를 위해 눕히거나 옷을 벗기고 간음행위를 하는 과정에서 유사한 유형력 행사를 확인할 수 있으므로 별다른 차이가 발견되지 않음
- 유형력 행사경위 등 범행 전후정황: ① 데이트폭력 사례에서 조건, 저항행위에 차이가 없었으나 전형적 성폭력피해자상에 부합되지 않는다는 점을 근거로 유형력 정도 충족 못한다고 무죄 판결, ② 혼외 성관계 폭로 협박만 있던 사례에서 피해자의 압박감을 더하는 추가협박 여부, 전형적 성폭력피해자상에 부합되지 않는다는 점을 근거로 유형력 정도 충족 못한다고 무죄판결, ③ 대법원 파기환송 사례에서, 하급심은 저항할 수 없었던 조건에 대해 인정하지 않았으나 대법원은 같은 조건을 저항할 수 없었던 조건으로 인정하여 유죄판결, ④ 청소년 성폭력 사례에서, 유형력 내용에 차이가 없으나 폭행협박을 인정하거나 위력을 인정하는 등 혼동 존재
- 종합적으로 볼 때, 실제 행사된 유형력 내용의 차이보다는 피해자 진술 신빙성에 따른 증명력 판단이 유형력 정도를 판단하는 핵심적인 기준이 되고 있으며, 신빙성 판단에서 피해자의 범행전후 언행이나 재판 중 태도 등을 판단하는 기준이 전형적인 성폭력피해자상이 되는 문제점이 나타남. 최근 폭행·협박 죄협의를 해석의 완화로 폭행·협박과 위력의 구분이 모호해지는 등 적용법조의 비밀관성도 문제가 됨.

○ 비동의간음죄 신설 내지 비동의 요건 도입 관련 쟁점

- 비동의 요건의 도입 관련 쟁점

- 비동의 요건 도입의 우려점으로, 개인의 성적 행위에 대한 국가형벌권의 과도한 개입과와 비동의 요건의 불명확성에 대한 지적이 있음. 그러나 우리 형법체제에서 구성요건적 개념의 해석론이 요구되는 여타의 요건들이 존재하고 있으므로 쟁점은 국가형벌권의 개입범위를 비동의 요건의 규정방식을 통해 어떻게 설정할 것인가에 집중됨.
- 비동의 요건 도입의 필요성을 강조하는 입장에서 제기되는 처벌 흠결은 협의의

폭행·협박이 있는 경우, 비장애성인 대상 위계·위력이 있는 경우, 피해자의 거부 의사표시가 있었으나 저항행위가 없었던 경우, 저항행위를 입증하기 어려우나 동의 없음을 입증할 수 있는 경우에 해당됨. 이에 따라 비동의 요건으로 모든 행위를 포섭할지, 위력(협의 폭행·협박포함)을 별도의 구성요건으로 신설하는 행위수단 체계 개선으로 해결할지 검토할 필요가 있음.

- 유형력이 행사되지 않은 비동의 요건에 대한 판단기준과 비동의에 대한 피고인의 고의에 대한 판단기준에 대한 검토가 필요함.
- 최근 비동의간음 관련 형법개정법률안의 특성
 - 강간죄의 폭행·협박 최협의설의 한계와 그로 인한 처벌 흠결을 이유로 비동의간음죄 시설 또는 비동의 요건 대체 내지 신설안 7개가 제출(2018년 8월 현재)
 - 이정미의원대표발의안을 제외한 나머지는 강간죄등만을 변경하고 있어 위계·위력 등 다른 행위수단과의 체계상 비동의 요건의 도입으로 인한 해석상 혼란이 야기되거나 비동의 요건 자체가 제한적으로 해석될 우려가 있음. 강간죄의 유형력 요건에 비동의 요건을 추가하는 안은 두 요건의 속성 차이를 고려했을 때에 비동의 요건 도입의 효과가 없는 안이며, 강간죄의 유형력 요건을 비동의 요건으로 대체하는 안(폭행·협박을 가중적 처벌요건으로 둠)을 도입하기 위해서는 위계·위력이라는 행위수단 역시 삭제하는 것이 요청됨.
 - 경미범죄로 비동의간음죄를 신설하는 안(천정배대표발의)은 유형력 모델에서 유형력의 보충적 요건으로 작동하게 될 수 있으나, 유형력이 아닌 비동의 요건으로 성인 대상 협박의 폭행·협박 내지 위계·위력이 포섭된다는 점에서 경미범죄의 설정이 부적절한 문제가 있음.
 - 비동의 요건을 도입하기 위해서는 다른 행위수단과의 체계적인 관련성을 고려하여 제32장 전체적인 행위수단체계를 종합적으로 검토해야 함.

○ 해외의 비동의 요건 규정방식

- 독일 형법 제177조 개정
 - 2011년 이스탄불협정 이행을 위해 강간 등 성폭력범죄의 기본 개념을 비동의적 성적 행위로 변경해야 할 필요성과 강간죄 등 개정의 사회적 요구에 따라

2016.11.10. 형법 제177조 개정시행

- 제177조 제1항의 행위수단을 “폭행, 신체·생명 위협, 무방비 상태 이용”에서 “타인의 인식가능한 의사에 반하여”으로 변경하고, 법정형을 1년 이상 징역에서 6개월 이상 5년 이하 징역으로 낮춤. 이에 따라 폭행 등 유형력 요건(1년 이상 징역)은 제5항으로 이동하여 가중적 처벌요건이 됨.
- 제177조 제2항에서 의사능력형성 또는 표시를 제한하는 조건 내지 무능력상태를 이용하는 행위를 다음과 같이 열거하고, 제1항과 동일하게 처벌함: 1. 범죄행위자가 타인이 반대의사를 형성하거나 표시할 수 없는 상황에 있음을 이용하는 경우, 2. 범죄행위자가 타인의 동의를 확인한 경우가 아니라면, 타인이 그의 신체적 또는 정신적 상태로 인해 의사의 형성 또는 표시에 현저한 장애가 있음을 이용한 경우, 3. 범죄행위자가 의외의 순간(Überraschungsmoment)을 이용하는 경우, 4. 범죄행위자가 피해자가 저항하면 느낄 수 있을 만한 해악이 발생할 가능성이 있는 상황을 이용하는 경우, 5. 범죄행위자가 타인으로 하여금 성적행위를 실행하거나 수인하도록 느낄 수 있을 만한 해악으로 위협함으로써 강요한 경우
- 제177조 제4항을 추가하여 피해자의 질병이나 장애 요건을 두고 가중적 처벌요건으로 설정(1년 이상 징역)
- 영국 2003년 성범죄법
 - 2003년 법개정은 기존의 동의 요건에 대한 해석상 혼란을 해소하기 위해 동의 모델 체계화를 구축하고자 하는 취지로 이루어짐
 - 성폭력범죄의 기본유형을 비동의 범죄(“동의 없이”)로 규정하고 행위유형을 성기삽입, 성기이외삽입, 성적접촉으로 성적 행위로 규정함. 그 외 동의없는 성적행위를 위해 피해자의 의식에 영향을 주는 약물 및 기타 물질을 투여하는 행위, 타인이 동의없이 성적행위를 수행하도록 하는 행위를 성적 침해 행위유형으로 추가함.
 - 아동 또는 정신적 장애를 가진 자 등 동의능력이 없거나 제한된 경우에 대해서는 비동의범죄가 아닌 연령 또는 지위의 이용 등 별도의 구성요건을 둔 남용 범죄로 규정함

- 비동의 범죄의 규정방식을 살펴보면, 비동의 요건(“B가 동의하지 않았음”)과 동의에 대한 주관적 요건(“A가 B의 동의를 합리적으로 신뢰하지 않음”)을 구성요건으로 두고, 합리적 신뢰에 대한 기준으로 “행위자가 피해자의 동의 여부를 확인하기 위해 취한 모든 단계를 포함한 모든 상황을 고려하여 결정한다”로 제시함.
- “동의”(제74조)에 대해 선택의 자유와 능력을 전제로 동의에 대한 증거추정을 위한 추가 규정(제75조)을 둬: 행위 전 또는 행위시 (고소인 또는 타인에 대한) 폭력사용 또는 폭력에 대한 두려움을 주거나, 고소인이 불법적으로 구금되어 있거나, 고소인이 잠이 들거나 기타 의식이 없거나, 고소인의 신체적 장애로 인해 동의 여부에 대해 의사소통할 수 없거나, 고소인의 동의 없이 물질 투여로 인해 의식이 몽롱하거나 제압된 경우
- 동의를 위한 결과추정을 위한 추가 규정(제76조)을 둬: 의도적으로 행위의 속성 또는 목적에 대해 기망하거나, 의도적으로 고소인이 개인적으로 알고 있는 사람으로 가장하여 동의를 유도한 경우

□ 정책제언

○ 성적 자기결정권의 보호법익에 부합하는 동의 모델로의 이행 필요성

- 처벌 공백에 대한 문제제기 검토
 - 유형력 모델로 인해 폭행·협박 이외의 행위수단에 대한 기준이 제한되거나 엄격해짐으로써, 폭행·협박으로 인한 처벌 공백보다는 준강간, 위계·위력간음등에서의 처벌 공백이 존재(비장애성인 위계·위력간음 부재, 심신미약 상태이용 부재 등)
 - 폭행협박 최협의설의 완화 경향으로 이로 인한 처벌의 공백 문제는 어느 정도 해결되었으나, 이로 인해 위력과 구분 혼동 문제 발생.
 - 최근 강간죄 처벌 공백은 피해자 진술 신빙성 판단이 쟁점임에도 불구하고, 판례가 신빙성 판단을 유형력 정도에 대한 입증의 쟁점으로 판단하는 것으로 나타나, 피해자 진술 신빙성 판단요소 및 기준이 명료하게 제시되지 못하는 것이 현실
- 성적 자기결정권에 부합한 법체계 개선 필요성

- 형법 제32장의 보호법익이 성적 자기결정권이라는 점을 고려하여 동의없는 성을 폭력으로 간주해야 할 필요성이 있음
- UN CEDAW는 젠더 기반 여성폭력에 대한 입법조치로 ‘부부간 및 아는 관계/데이트 강간 포함한 성범죄의 정의를 자유롭게 결정할 수 있는 동의를 결여를 기초로 하고 강요적 환경을 고려해야 한다고 권고하였으며(일반권고 35호 para.29(e)), 2018.3.12. CEDAW위원회 한국정부권고 역시 형법 제297조 개정하여 피해자의 자유로운 동의 부족을 중심으로 강간을 정의하라는 내용이 포함되어 있음.
- 피해자의 저항을 중심으로 강제성을 판단하는 유형력 모델은 피해자의 극도의 저항을 요구하는 정조를 보호하는 형법체계에 기초한 것으로, 최근 대륙법체계인 독일에서의 형법 개정은 유형력 모델을 동의 모델로 변경하는 방향으로 이루어짐.
- 동의 모델 변경의 기대효과
 - 비동의 요건의 도입은 피해자 저항에 집중하는 유형력 모델에서 피해자 진술 신빙성 판단과 유형력 정도에 대한 판단을 동시에 하는 한계를 극복하고, 입증과 관련된 피해자 진술 신빙성 판단의 세부요소를 세밀하게 검토함으로써 판례를 통해 피해자 진술 신빙성 판단 요소를 분명히 구축할 수 있을 것임

○ 형법 제32장 체계 개선 방향

- 비동의 요건과 유형력 요건의 조화
 - 성적 자기결정권에 부합한 법체계 개선을 위해서 비동의 요건 도입이 필요하나 일부 개정안처럼 강간죄 자체를 비동의요건으로 변경하는 영국과 같은 규정방식은 동의 개념 내지 증거추정 등을 통해 비동의 요건을 명확히 하는 조항이 추가되어야 한다는 점에서 우리 형법체계에 부합하지 않음
 - 독일과 같이 비동의 요건을 기본적인 범죄유형으로 하여 법정형을 낮추되, 유형력 요건을 규정하는 방향이 적절
- 정조관념 제거 및 명확성 확보를 위해 행위유형 및 용어 변경
 - 정조를 보호법익으로 할 때 통용되는 간음, 추행이라는 용어의 불명확성을

제거하고 성기결합 중심의 침해 유형을 성적 자기결정권 침해 정도를 규정한 내용으로 변경

⇒ 간음 → 성기삽입행위(성기에 의한 삽입행위 및 성기에 대한 삽입행위 일체)

- 유사간음 → 성기 이외의 삽입행위(성기 이외의 신체 내지 물건 삽입의 성기 이외 신체 내부에 대한 삽입행위)

- 간음·유사간음의 불법성 구분을 삽입행위 일체로 통합하여 유형화(삽입행위) 하는 것이 필요

- 추행 → 성적 행위(삽입 행위 이외의 성적 속성을 가진 신체적인 접촉행위)

• 행위수단 체계화

- 폭행·협박=의사형성/표시 무능력 상태 이용(중한 유형력) 위력(경한 유형력으로 협의의 폭행·협박 및 무형의 세력) 비동의=의사형성/표시 제한 상태 이용(위계 포함)

- 현행 형법상 법정형 고려하여 폭행·협박 삽입행위는 3년 이상 징역, 위력 삽입행위는 7년 이하 징역 또는 3천만원 이하 벌금, 비동의의 요건은 그보다 낮은 단계의 법정형을 둘 수 있음

• 비동의의 요건 규정방식과 해석

- “상대방의 의사에 반하여”: 일부 개정안에서 제시하는 “의사에 반하여”로 비동의의 요건을 규정하게 되면, 독일과 같이 의사형성 또는 표시능력의 제한상태에 대한 별도의 규정이 추가되어야 함. 일부 개정안에서 제시하는 “명백한” 의사에 반하여로 제한하는 것은 불명확성을 줄이기 위한 것이나 주관적 구성요건에 대한 검토가 전제된 형법규정에서 불필요함

- “상대방의 동의 없이”: 일부 개정안에서 제시하는 “동의 없이”로 비동의의 요건을 규정하게 되면, 의사형성 또는 표시능력의 제한 상태를 이용한 행위에 대해 별도 규정을 둘 필요 없이 포섭됨. 일부 개정안에서 제시하는 “명시적인” 동의 없는 규정은 비동의의 요건의 불명확성을 줄일 수 있으나, 행위의 표현 방식을 제한함으로써 처벌범위를 과도하게 확장할 수 있다는 점에서 문제가 있음.

- 해외에서 비동의의 요건 입증에 주로 피해자의 동의할 수 없는 상태 내지 명시적인 언행을 통한 거부 의사 표시에 집중되어 있는 점을 볼 때, 비동의의 요건이 도입되면 명시적인 언행이 없는 경우 동의 내지 의사표시를 할 수 없던 피해자

- 의 상태나 조건에 대한 검토가 주된 쟁점이 됨. 기본적으로 검사에 의해 피해자의 거부 의사 내지 동의할 수 없는 상태나 조건이 입증되어야 하며, 이를 입증할 경우 피고인의 주관적 구성요건에 대한 착오를 종합적으로 검토하게 될 것임.
- 피고인에 대해 과도한 입증책임의 부담이나 피해자에 대한 형사절차상 2차 피해를 예방하기 위해, 종합적인 판단시 객관적이고 합리적인 기준을 세울 필요가 있음. 피해자의 비동의 의사 표시 내지 피해자의 조건, 상태에 대한 평가 및 피고인의 주관적 구성요건 착오에 대한 판단이 각자의 주관 내지 평소 태도가 아닌 행위시 내지 행위 직전, 직후에 한하여 정황에 대해 합리적인 관점에서 평가해야 할 것임

제 1 장



서 론

장 다 혜

서론

제1절 연구 배경

최근 미투운동의 주된 고발 대상이 되었던 성폭력사건은 강제력 행사의 수단이 폭행·협박과 같은 유형력이 아닌 소속된 집단 내부 권력관계로 인한 피해자에 대한 무형의 지배력이라는 점에서 ‘권력형 성폭력’이라고 명명되고 있다. 그러나 현행 형사법상 강간 등 성폭력범죄의 행위수단이 폭행·협박 또는 위계·위력으로 한정되어 있고 상대방의 자유의사를 억압할 수 있는 위력을 좁게 해석하는 판례의 태도로 인해 현재 미투운동을 통해 제기되는 ‘권력형’ 성폭력사건들의 형사처벌 가능성에 한계가 있다는 지적이 제기되고 있다.

이에 미투운동이 제기된 이후 제출되어 있는 이른바 ‘미투입법’과 관련하여, 2018년 8월 현재 ① 비동의간음죄 신설 또는 강간 등 비동의 요건을 추가하는 안,¹⁾ ② 업무상 위력등에 의한 간음죄에 대한 개정 또는 우월적 지위를 이용한 간음추행 신설안,²⁾ ③ 성희롱 형사처벌안,³⁾ ④ 강간죄 폭행·협박의 정도를 완화하는 안,⁴⁾ ⑤ 업무상 위력에 의한 강간·강제추행죄 신설안⁵⁾ 등이 발의된 상태이다. 이러한 법률개정안들은 「형법」과 「성폭력범죄 처벌 등에 관한 특례법」(이하 성폭력처벌법)상 성폭력범죄의

1) 홍철호의원대표발의안(의안번호 2012532), 강창일의원대표발의안(의안번호 2012564), 백혜련의원대표발의안(의안번호 2012601), 천정배의원대표발의안(의안번호 2012795).

2) 나경원의원대표발의안(의안번호 2012281, 의안번호 2012282), 이명수의원대표발의안(의안번호 2012507), 박상도의원대표발의안(의안번호 2012963, 2012964), 신용현의원대표발의안(의안번호 2012351).

3) 천정배의원대표발의안(의안번호 2012725), 이명수의원대표발의안(의안번호 2012519).

4) 최경환의원대표발의안(의안번호 201398).

5) 손금주의원대표발의안(의안번호 2012256).

구성요건을 추가함으로써 입법상 불비 내지 사법부의 법해석으로 인해 발생하는 현행 법상 성폭력범죄의 처벌 공백을 없애고자 하는 데에 일차적인 목적이 있지만, 이 중 비동의간음죄 또는 비동의 요건의 추가와 관련된 개정은 법률상 성폭력에 대한 개념을 변경한다는 점에서 현행 성폭력법체계 내에서의 패러다임 전환이 될 수 있다.

비동의간음죄 신설 주장이 성폭력특별법 제정운동이 전개된 90년대 초반부터 제기되었던 배경에는 정조를 보호법익으로 삼고 있는 「형법」상 성폭력범죄 규정을 개인의 성적 자기결정권의 침해로 중심으로 전환하는 것이 필요하다는 인식이 있었다. 90년대 초 형사법체계가 성적 자기결정권을 침해하는 비동의적인 성 중 일부만을 범죄로 규정하고 있다는 점을 비판하며⁶⁾ 성폭력특별법에 비동의간음죄를 신설해야 한다는 주장이 제기되었는데,⁷⁾ 이러한 논의는 성적 자기결정권의 침해행위를 처벌하기 위해 강간을 포함한 성폭력의 개념을 상대방의 저항이 아니라 동의를 기준으로 재정의하자는 당시 페미니즘 연구에 기반하고 있다.⁸⁾ 비동의간음죄 신설이 제기된 이후 형법학자 등 법학계를 중심으로 찬반논의가 진행되었으며, 관련 논의는 비동의간음죄에서 성폭력범죄에 대한 형사법체계와 구조에 대한 논의까지 포함하여 2000년대 중반까지 지속되었다. 이러한 논의를 바탕으로 2006년에 여성운동단체들의 연대체인 여성인권법연대가 발족하여 ‘동의없는 성적 행동’이라는 표제로 비동의 요건을 포함한 성폭력 관련법의 체계와 구조를 전체적으로 변경하는 「형법」 제32장 전면 개정안을 마련하였으며, 2007년 임종인의원대표발의로 형법일부개정법률안을 제출하였으나 임기만으로 폐기되었다.

국제인권의 측면에서 UN CEDAW 일반권고 35호에서는 일반입법조치로 “부부강간 및 아는 관계/데이트 강간을 포함한 성범죄의 정의는 자유롭게 결정할 수 있는 동意的 결여를 기초로 하고, 강요적 환경을 고려해야 한다”(para.29(e))고 명시하고 있다. 이에 따라 2018년 3월 12일 CEDAW위원회의 한국정부 젠더 기반 여성에 대한 폭력분야

6) 최은순(1993), “여성과 형사법”, 〈법과 사회〉 제8권, 법과사회이론학회, 100쪽; 한인섭(1994), “성폭력특별법과 피해자보호 : 그 문제와 개선점”, 〈피해자학연구〉 제3호, 한국피해자학회, 36-7쪽.

7) 한인섭(1992), “성폭력에 관한 특별법 시안에 대한 개인적 의견”, 가칭 성폭력특별위원회 내부 워크샵 자료; 최은순, 위의 글, 105쪽 재인용.

8) 심영희(1992), 『여성의 사회참여와 성폭력』, 나남; 박선미(1989), “여성학적 관점에서 본 강간범죄의 재판과정”, 〈형사정책〉 제4호, 한국형사정책학회, 289-316쪽; 이명선(1989), 「강간에 대한 여성학적 접근」, 이화여자대학교 대학원 여성학과 석사학위 청구논문, 미간행. 참조.

권고안으로 “(a) 형법 제297조를 개정하여 피해자의 자유로운 동의 부족을 중심으로 강간을 정의하고, 특히 배우자 강간을 범죄화할 것”이 지적되었다. 이에 따라 국내 성폭력관련 법체계에서 성적 자기결정권이라는 보호법익의 속성을 반영한 성폭력범죄의 기본유형에 대한 변경의 필요성에 대해 검토가 필요한 상황이다.

본 연구에서는 성적 자기결정권 침해의 기본적 유형으로서의 비동의간음죄 또는 비동의 요건 도입에 대한 검토와 「형법」 및 성폭력처벌법상 구성요건 추가 내지 대체의 필요성 및 방향에 대한 분석을 시도하고자 한다. 현행 성폭력범죄 행위수단인 폭행·협박 및 위력 요건 및 비동의 요건과의 체계적인 분석뿐만 아니라 현재 「형법」상 행위수단과 관련된 구성요건 또는 그 해석의 한계로 인해 실제 법 적용에서 배제되는 성폭력사건의 요소들을 살펴봄으로써 우리 「형법」상 성폭력범죄행위에 대한 구성요건 추가 또는 변경이 필요한지, 필요하다면 개정방향은 어떠해야 하는지에 대해 세밀하게 검토할 수 있다.

제2절 연구의 목적 및 내용

본 연구의 목적은 성폭력범죄의 기본유형 및 행위수단, 판단기준에 대한 법체계적·실증적·비교법적 검토를 통해 「형법」 및 성폭력처벌법상 비동의간음죄의 신설 또는 비동의 요건의 추가 등 성폭력 행위수단에 대한 개정의 필요성을 검토하고 개정방향을 도출하는 데에 있다.

이를 위해 본 연구에서는 1) 「형법」 및 성폭력처벌법상 성폭력범죄 행위수단인 폭행·협박, 위계·위력, 심신상실·항거불능 상태의 이용, 비동의의 요건에 대한 법체계 및 판단기준에 대해 검토하고, 주요 판례의 사실관계 및 판단요소를 분석함으로써 행위수단의 처벌상 공백에 대한 실증적인 검토를 수행하고자 한다. 또한 2) 비동의 요건을 성폭력범죄의 행위수단으로 두고 있는 해외의 법률 및 판례들을 분석하고 비동의 요건과 폭행·협박, 위계·위력 등 강제력 요건과의 법체계적 분석을 통해 비동의간음죄 신설 또는 비동의 요건의 도입 가능성을 검토하고자 한다. 이러한 분석을 바탕으로 「형법」 및 성폭력처벌법상 성폭력범죄 기본유형 및 구성요건 변경에 관한

개정방향을 도출하고 개선안을 제시하고자 한다.

비동의간음죄 신설을 둘러싼 논의는 현행 형사법에서의 성폭력법체계 및 구조에 대한 문제제기를 포함하며 비동의간음죄의 도입 자체가 성폭력에 대한 법적 개념의 근본적인 변경을 초래한다는 점에서, 사실상 비동의간음죄 관련 연구는 성폭력법체계 전반에 대한 검토이기도 하다. 비동의간음죄 도입가능성의 검토와 방향성에 대해 본 연구가 성폭력범죄의 보호법익을 정조에서 성적 자기결정권으로 실질적으로 변화시키는 성폭력법체계의 개선에 기여할 것이라 기대된다.

제3절 연구의 구성

본 연구의 구성은 다음과 같다.

제2장에서는 우리 「형법」상 성폭력범죄의 법체계와 성폭력범죄의 행위수단 및 행위유형을 체계적으로 검토하고, 이러한 법체계가 성폭력범죄의 행위수단에 대한 규정 방식과 해석에 어떠한 영향을 미치고 있는지를 살펴본다. 또한 행위수단에 대한 판례의 판단기준과 그의 변화에 대해 검토한다.

제3장에서는 90년대부터 제기되어왔던 「형법」상 비동의간음죄 신설을 둘러싼 논의를 검토함으로써, 현행 성폭력법체계와 규정의 문제점을 살펴보고 개선의 필요성에 대해 점검한다. 특히 비동의간음죄신설의 찬반논의를 통해 비동의 요건 도입과 관련된 법적 쟁점에 대해 도출한다. 그리고 20대 국회에 발의된 비동의간음죄 또는 비동의 요건 도입과 관련된 형법개정안들을 분석함으로써, 비동의 요건의 도입방안에 대해 검토한다.

제4장에서는 비동의 요건의 도입 또는 비동의 요건의 해석상 문제를 해결하기 위해 형법 개정을 추진한 독일과 영국의 개정배경 및 과정, 개정논의에서의 쟁점을 살펴보고, 비동의 요건의 도입방식과 규정, 각 규정의 해석과 판단기준, 범위와 최근 쟁점에

대해 검토함으로써, 향후 비동의 요건의 도입방안에서의 쟁점과 개선방향을 도출한다.

제5장에서는 강간죄에 대해 유·무죄 판결에서 유형력 요건에 대한 해석과 판단기준을 살펴보고, 유·무죄 판단에 영향을 미치는 요소들을 분석함으로써, 현행 「형법」상 성폭력법체계로 인한 처벌의 흠결과 한계를 진단한다.

마지막으로 제6장에서는 현행 「형법」상 성폭력법체계의 개선 필요성과 비동의 요건의 도입 필요성에 대해 점검하고, 성적 자기결정권이라는 보호법익에 부합하는 법체계의 개선 및 처벌의 흠결을 메꾸기 위한 체계 개선 방향에 대해 제안한다.

제 2 장

형법상 성폭력범죄의 법체계 및 행위수단에 대한 판단기준

장 다 혜

제2장

형법상 성폭력범죄의 법체계 및 행위수단에 대한 판단기준

제1절 형법상 성폭력범죄에 대한 체계적 검토

형법상 성폭력범죄의 개선을 위해서 현재의 성폭력범죄 규정 및 구성요건 해석의 내용과 문제점에 대해 정확하게 진단할 필요가 있으며, 이를 위해서 형법상 성폭력범죄의 행위수단에 대한 체계적 검토가 필요하다. 이하에서는 미성년자 또는 장애인, 친족 등 행위객체와 관련된 요소를 제외한 나머지 구성요건(행위수단 및 행위유형)을 중심으로 성폭력범죄의 구조에 대해 살펴보고자 한다.

1. 성폭력범죄의 기본적 구성요건

가. 행위유형

1) 간음, 유사간음, 추행의 개념 및 범위

우리 형사법체계에서 성폭력범죄에 해당하는 성적행위의 유형은 크게 간음, 유사간음, 추행으로 나뉜다. 간음은 남성성기를 여성성기에 삽입하는 행위, 즉 성교행위를 의미하는 것이며, 유사강간(간음)은 구강, 항문 등 신체(성기는 제외한다)의 내부에 성기를 넣거나 성기, 항문에 손가락 등 성기 이외에 신체의 일부 또는 도구를 넣는 행위를 의미한다. 추행은 간음 또는 유사간음에 해당하지 않는 성적행위로, 판례에서는 “객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 피해자의 성적 자유를 침해하는 행위”⁹⁾를 의미한다.

9) 대법원 2002. 4. 26. 선고 2001도2417 판결; 대법원 2018. 2. 8. 선고 2016도17733 판결.

형법 제297조는 강간죄를 규정하면서 강간이라는 용어를 그대로 사용하고 있어 이에 따라 강간과 간음을 별도의 행위로 구분할 수 있으나, 강간이라는 용어가 강제로 간음행위를 하는 것을 의미하기 때문에 여기에서는 이를 별도의 행위유형으로 분류하지 않는다.

2013년 형법 일부개정을 통해 신설된 유사강간죄에서는 유사강간에 대한 정의를 법률에 규정하고 있으나, 강간(간음)이나 추행에 대해서는 법률상 개념은 없다. 간음 및 추행의 법적 개념은 판례를 통해 확인되는데, 간음의 경우 성기삽입행위인 성교행위로 해석함으로써 행위유형이 제한되어 있으나 추행은 판례상으로도 간음이나 유사간음 이외의 성적 행위가 모두 해당될 수 있는 불명확한 개념이다. 구체적으로 살펴보면, 판례는 일반적으로 가슴이나 엉덩이 등 성적으로 판단되는 신체부위에 접촉하거나 키스하거나 껴안는 등 성적 의미의 신체적인 접촉행위를 추행행위로 인정하고 있으나, 피해자를 도구로 삼아 피해자의 신체를 이용하여 스스로를 만지게 하는 행위¹⁰⁾나 30대 직장 상사가 20대 부하직원의 어깨를 주무르는 행위¹¹⁾, 11세 아동 앞에서 성기를 꺼내어 잡고 움직이며 피해자에게 가까이 다가가는 행위¹²⁾를 추행으로 인정하기도 한다. 그러나 같은 신체적 접촉이 없는 행위에 대해서 48세 여성에게 바지를 벗어 성기를 보여준 행위에 대해서는 신체접촉이 없었고 공개된 장소라는 점 등을 고려하여 추행으로 인정하지 않았다¹³⁾. 이렇게 추행에 해당하는 행위범주의 불명확성은 추행의 개념이 “일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위”라는 추상적 정의에 근거하고 있기 때문이다. 판례는 “추행에 해당하는지에 대한 판단은 피해자의 의사, 성별, 연령, 행위자와 피해자의 관계, 그 행위에 이르게 된 경위, 피해자에 대하여 이루어진 구체적 행위태양, 주위의 객관적 상황과 그 시대의 성적 도덕관념 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다”¹⁴⁾는 기준을 제시하고 있는데, 이는 결국 추행에 해당하는 행위의 범주에 대한 판단이 행위 자체의 특성보다는 피해자나 행위자의 특성, 행위 상황의 특성 등으로 유추된 수치심이나 혐오감을 느낄 수 있는 피해자 내지 상황에 대한 기존의 통념에 기대고 있음을 알 수 있다.

10) 대법원 2018. 2. 8. 선고 2016도17733 판결.

11) 대법원 2004. 4. 16. 선고 2004도52 판결.

12) 대법원 2013. 1. 16 선고 2011도7164 판결.

13) 대법원 2012. 7. 26. 선고 2011도8805 판결.

14) 대법원 2010. 2. 25. 선고 2009도13716 판결, 대법원 2012. 3. 29. 선고 2012도936 판결 등 참조.

2) 행위개념에 반영된 성도덕적 평가

추행의 개념에서 사용되는 “성적 수치심 또는 혐오감을 일으키는 행위” 내지 “선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위”라는 문구는 사회적 법익인 성풍속을 해하는 범죄의 구성 요건인 ‘음란’의 개념에서도 유사하게 확인할 수 있다. 판례에서 ‘음란’을 “사회통념상 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것”¹⁵⁾으로 개념화하고 있다. 또한 군형법 제92조의 추행죄에서도 ‘추행’이라는 개념을 동일하게 사용하고 있는데, 판례는 군형법상 추행죄의 주된 보호법익이 ‘개인의 성적 자유’가 아니라 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 사회적 법익이라는 점에서 군형법상 추행과 형법상 추행을 다르게 개념화하고 있다. 군형법 제92조의 추행은 “계간(항문 성교)에 이르지 아니한 동성에 성행위 등 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 성적 만족 행위로서 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 침해하는 것”을 의미한다.¹⁶⁾

성적 자기결정권을 침해하는 개인적 법익침해 범죄와 사회적 법익침해 범죄에서 동일한 판단기준을 활용하거나 동일한 용어를 사용하고 있는 모순적인 태도는 1953년 형법 제정 당시의 법률용어가 현재까지 개정대상이 되지 않았다는 점에 기인한다. 물론 제정형법의 경우에도 강간 및 강제추행 등 정조 침해 범죄를 개인적 법익침해 범죄로 보고 공연음란 등 사회적 법익침해 범죄인 제22장(성풍속에 관한 죄)와 분리하여 제32장 정조에 관한 죄에 규정하였다. 그러나 실제 법률의 문구와 개념에서는 사회적 법익침해와 개인적 법익침해의 구분은 명확하지 않았다. 이러한 원인에 대해서는 일제식민지시기 일본 형법을 의용하여 적용했던 역사와 제정 당시 일본의 형법개정안을 주로 참조한 우리 형법의 제정과정을 고려하면 확인할 수 있다. 일본형법은 강간, 강제음란(추행), 공연음란죄를 모두 제22장 음란, 간음 및 중혼의 죄에서 다루고 있는데, 명치13년(1880년) 구형법에서는 강제추행을 강간죄의 선행규정으로 두면서, 강간을 폭행협박으로 남녀의 정욕을 완성하는 것, 즉 간음하는 것이며 강제추행은 폭행으로써 외설(음란)의 소행을 하는 것으로 규정하면서 남녀의 정욕을 완성하는 것이 아니라 예를 들어 사람의 음부 등을 보임으로써 우롱하는 것으로 구분하였다.¹⁷⁾ 우리의 추행

15) 대법원 2017. 10. 26. 선고 2012도13352 판결.

16) 대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도2222 판결.

17) 권창국(2016), “강제추행죄의 요건으로서 ‘폭행’의 해석과 기습추행”, 대법원 <형사실무연구회>

개념이 사회적 법익침해 범죄의 구성요건인 음란과 유사한 것은 이 때문이다.

형법에 성적행위에 대한 도덕적 평가가 반영되어 있다는 점은 추행의 개념뿐만 아니라 간음, 추행이라는 용어를 통해서도 알 수 있다. 구체적으로 살펴보면, 간음(姦淫)의 사전적 의미에 대해 표준국어대사전은 “부정한 성관계를 함. 주로 배우자 이외의 사람과의 성관계 따위를 이른다”라고 설명한다. 추행 역시 도덕적 가치평가가 포함된 개념으로, 표준국어대사전에서 추행(醜行)은 “1. 더럽고 지저분한 행동, 2. 강간이나 그와 비슷한 짓”이라고 정의되어 있다.

근대 형법의 제정 당시 개인의 권리로서 성적 자기결정에 대한 침해가 아닌 성에 대한 도덕적 평가가 형벌의 근거가 되었기 때문에, 영미법체계에서는 강간(rape)과 외설적(indecent) 행위라는 용어를 사용하여 성폭력범죄를 표현하거나 독일에서도 도덕에 대한 침해의 장에서 성적 침해를 규정하였다. 그러나 1973년 독일은 성과 관련된 형법체계에서 도덕성을 제거하고 개인의 권리보호에 초점을 두기 위해 도덕에 관한 침해를 성적 자기결정에 관한 침해로 변경하고 조문에서 성적명예, 수치심 등의 용어를 제거하고 모욕 등의 용어로 대체하였다. 영국 역시 2003년 법개정을 통해 외설성이라는 개념에 내포된 윤리적 평가와 결별하기 위해 외설적 행위를 성적이라는 개념으로 변경하였다. 특히 영국의 경우, 외설성에 대한 추상적 구성요건을 통해 다양한 성적침해를 포괄해왔으나 이를 중립적인 개념인 ‘성적’으로 대체하고, 합리적인 사람의 관점에서 행위의 본질 또는 행위의 목적이나 상황을 통해 성적인 속성을 판단하는 것으로 포섭하였다.

나. 행위수단

앞서 살펴본 행위유형이 특정한 행위수단과 결합하는 경우에 그것은 처벌할 수 있는 범죄행위가 된다. 우리 형사법체계에서 성폭력범죄를 구성하는 행위수단으로는 폭행 또는 협박 사용, 위계 또는 위력 사용, 심신상실 또는 항거불능의 상태 이용으로 크게 나누어볼 수 있다. 다만, 피해자의 연령이나 장애 여부에 따라 이러한 행위수단을 요구하지 않거나 행위수단의 규정상 차이가 있는 경우가 있다.

1) 폭행 또는 협박의 사용

‘폭행 또는 협박으로’ 앞서 설명한 성적인 행위유형(간음, 유사간음, 추행)을 실행하는 행위는 강간, 유사강간, 강제추행으로 처벌된다. 행위유형이 간음인지 추행인지에 따라 범죄의 성립요건에 해당하는 폭행 또는 협박의 정도에는 차이가 있으나, 대체로 폭행 또는 협박은 상대방의 저항을 제압하기 위해 범죄행위자가 상대방에게 신체적인 유형력을 행사하거나 말 또는 행위로 해악을 고지함으로써 피해자의 자유를 강제하는 효과를 내는 수단을 의미한다. 그러므로 단지 유형력의 행사나 해악의 고지만으로는 충분하지 않고 상대방의 저항(항거)을 불가능하게 하거나 곤란하게 하는 정도를 요구한다.

판례는 강간죄에서의 폭행 또는 협박은 “피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것”¹⁸⁾이며, 강제추행죄에서의 폭행 또는 협박은 “항거를 곤란하게 할 정도일 것”¹⁹⁾이라고 하여, 행위유형에 따라 폭행 또는 협박의 기준을 다르게 두고 있다. 폭행 또는 협박과 성적 행위의 인과관계는 성적 행위 당시에 폭행·협박이 있는 경우에 인정되지만, 폭행 또는 협박으로 항거를 곤란하게 한 뒤 간음행위 또는 추행행위를 하는 경우뿐만 아니라 폭행 또는 협박이 간음 또는 추행과 동시에 일어나는 경우²⁰⁾에도 인정하여, 기습적인 행위를 폭행 또는 협박의 유형으로 하여 포괄적으로 해석하고 있다.

2) 위계 또는 위력의 사용

‘위계 또는 위력으로써’ 성적인 행위 유형(간음, 추행)을 실행하는 행위는 위계·위력 간음 또는 위계·위력추행으로 처벌된다.

위계란 행위자가 간음 또는 추행의 목적으로 상대방에게 오인, 착각, 부지를 일으키는 상대방의 그러한 심적 상태를 이용하여 간음 또는 추행의 목적을 달성하는 것을 의미한다.²¹⁾ 의료행위로 가장하여 성적행위를 하는 경우와 같이 성적 행위의 속성이나 목적에 대해 오인, 착각, 부지를 일으키는 속임수를 이용하는 경우가 위계에 해당된다.

위력은 피해자의 자유의사를 제압하기에 충분한 세력을 말하고, 유형적이든 무형적

18) 대법원 1992. 4. 14. 선고 92도259 판결.

19) 대법원 2007. 1. 25 선고 2006도5979 판결.

20) 대법원 2015. 9. 10 선고 2015도6980, 2015모2524 판결; 대법원 2017. 10. 12 선고 2016도16948 판결.

21) 대법원 2012. 9. 27. 선고 2012도9119 판결.

이든 묻지 않으므로 폭행·협박뿐 아니라 행위자의 사회적·경제적·정치적인 지위나 권세를 이용하는 것을 포함한다.²²⁾ 위계 또는 위력은 폭행 또는 협박보다 행위수단의 포섭범위가 넓은 보충적 요건이기 때문에, 위계 또는 위력의 이용을 성폭력범죄의 행위수단으로 인정하는 법률규정은 피해자가 미성년자 또는 장애인인 경우, 고용 등 보호감독관계와 같이 피해자와 가해자의 관계적 특성으로 피해자가 특별히 취약한 경우를 구성요건으로 두고 그 적용범위를 한정하고 있다.

3) 심신상실 또는 항거불능 상태의 이용

‘심신상실 또는 항거불능 상태를 이용하여’ 성적인 행위 유형(간음, 유사간음, 추행)을 실행하는 행위는 준강간, 준유사강간, 준강제추행 범죄가 성립하며, 각각 강간죄, 유사강간죄, 강제추행죄에 의해 처벌한다.

여기서 심신상실은 정신기능의 장애로 인하여 의사결정능력과 사리판단능력이 없는 상태를 의미하는 것으로 형법 제10조 제1항인 심리장애 상태를 의미하므로 동조 제2항의 심신미약의 상태를 제외하는 것으로 본다.²³⁾ 그리고 항거불능의 상태라 함은 형법 제297조, 제298조와의 균형상 심신상실 이외의 원인 때문에 심리적 또는 물리적으로 반항이 절대적으로 불가능하거나 현저히 곤란한 경우를 의미하는 것²⁴⁾으로 본다. 심신상실 상태의 이용이라는 행위수단과 관련하여, 피해자가 신체적 또는 정신적 장애를 가지고 있는 경우에 항거불능 이외에도 그러한 장애로 인해 항거곤란의 상태에 있으면 준강간으로 포섭하는 규정을 별도로 두고 있다(성폭력처벌법 제6조제3항).

2. 성폭력범죄의 체계

행위수단과 관련된 구성요건은 각 행위의 내용과 정도에 대해서는 법적 해석이 요구되는 추상적인 개념이다. 판례를 통해 구축된 법적 해석은 행위수단의 내용과 관련된 규범판단 및 사안의 구체적인 사실관계를 통해 나타난 행위수단의 내용 및 정도가 구성요건적 개념을 충족하는지 여부와 관련된 사실판단의 기준을 제시하는데, 이 때

22) 대법원 1998. 1. 23. 선고 97도2506 판결.

23) 백형구(2003). “준강간죄와 준강간죄 -학설·판례의 정리”, <고시계> 48(2), 57쪽.

24) 대법원 2000. 5. 26. 선고 98도3257 판결; 대법원 2009. 4. 23. 선고 2009도2001 판결; 대법원 2012. 6. 28. 선고 2012도2631 판결.

해당 법률의 체계적 구조 및 형량 등을 고려한 체계적 해석이 이루어진다. 아래 [표 2-1]에서는 형법, 성폭력처벌법, 아동청소년 성보호에 관한 법률(이하 아청법)상 규정들을 간음, 유사간음, 추행에 따른 행위 유형별로 폭행·협박의 사용, 위계·위력의 이용, 심신상실 또는 항거불능 상태의 이용과 관련된 행위수단에 따라 현재의 성폭력범죄 관련 조문들을 정리하였다. 여기에서는 결합법과 결과적 가중법은 제외하였다.

〈표 2-1〉 성폭력범죄의 체계

행위 유형	죄명(조문)	행위수단	법정형
간음	강간(§297)	폭행·협박	3년 이상
	준강간(§299)	심신상실 또는 항거불능 상태 이용	3년 이상
	13세 미만 위계·위력간음(성§7⑤)	위계·위력	무기 또는 10년 이상
	장애인준강간(성§6③)	신체적·정신적 장애로 항거불능 또는 항거곤란	무기 또는 7년 이상
	19세 미만 위계·위력간음(아§7⑤)	위계·위력	무기 또는 5년 이상
	장애인위력간음(성§6⑤)	위계·위력	5년 이상
	미성년자심신미약자간음(§302)	위계·위력	5년 이하
	피보호감독자위력간음(§303①)	위계·위력	7년 이하 3,000만 이하
유사 강간	유사강간(§297의2)	폭행·협박	2년 이상
	준유사강간(§299)	심신상실 또는 항거불능 상태 이용	2년 이상
	13세 미만 위계·위력유사간음(성§7⑤)	위계·위력	7년 이상
	19세 미만 위계·위력유사간음(아§7⑤)	위계·위력	5년 이상
	장애인준유사간음(성§6③)	신체적·정신적 장애로 항거불능 또는 항거곤란	5년 이상
추행	강제추행(§298)	폭행·협박	10년 이하 1,500만원 이하
	준강제추행(§299)	심신상실 또는 항거불능 상태 이용	10년 이하 1,500만원 이하
	13세 미만 위계·위력추행(성§7⑤)	위계·위력	5년 이상 3,000만원 이상 5,000만원 이하
	장애인준강제추행(성§6③)	신체적·정신적 장애로 항거불능 또는 항거곤란	3년 이상 2,000만원 이상 5,000만원 이하
	19세 미만 위계·위력추행(아§7⑤)	위계·위력	2년 이상 1,000만원 이상 3,000만원 이하
	장애인위력추행(성§6⑥)	위계·위력	1년 이상 1,000만원 이상 3,000만원 이하
	피보호감독자위력추행(성§10①)	위계·위력	3년 이하 1,500만원 이하

행위유형이 간음인 경우를 살펴보면, 행위수단이 폭행 또는 협박을 사용한 경우 형법 제297조 강간죄가 적용되어 3년 이상의 유기징역에 처하며, 행위수단이 심신상실 또는 항거불능 상태를 이용한 경우에 형법 제299조 준강간으로 3년 이상의 유기징역에 처한다. 행위수단이 위계 또는 위력을 사용한 경우에는 피해자의 연령 또는 장애 여부, 피해자와 가해자의 특정 관계로 피해자가 특별히 취약한 지위를 가질 때로 구성요건이 제한된다. 피해자가 미성년자인 경우, 형법 제302조는 미성년자에 대해 위계 또는 위력으로써 간음한 경우 5년 이하의 징역에 처하도록 하고 있으나, 성폭력처벌법 및 아청법이 제정·개정되면서 위계 또는 위력으로써 13세 미만 미성년자를 간음하는 경우 무기징역 또는 10년 이상의 징역, 13세 이상 19세 미만 아동청소년을 간음하는 경우에 무기징역 또는 5년 이상 징역으로 법정형이 상향되었다. 피해자가 장애인인 경우, 심신미약자에 대해 위계 또는 위력으로써 간음하는 경우 5년 이하의 징역에 처하며(형법 제302조), 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람을 위계 또는 위력으로 간음한 사람은 5년 이상의 유기징역에 처한다(성폭력처벌법 제6조제5항). 피해자가 장애인인 경우에는 신체적인 또는 정신적인 장애로 항거불능 또는 항거곤란의 상태를 이용한 경우까지도 장애인 준강간으로 포섭하여 무기징역 또는 7년 이상의 징역에 처한다(성폭력처벌법 제6조제4항). 업무고용 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람에 대해 위계 또는 위력으로 간음한 경우에는 7년 이하 징역 또는 3000만원 이하의 벌금에 처한다(형법 제303조제1항).

행위유형이 유사간음인 경우를 살펴보면, 행위수단이 폭행 또는 협박을 사용한 경우에 2년 이상 유기징역에 처하며(형법 제297조의2), 행위수단이 심신상실 또는 항거불능 상태를 이용한 경우에 2년 이상 유기징역에 처한다(형법 제299조). 피해자가 장애인인 경우 행위수단이 장애로 항거곤란의 상태를 이용한 경우에 장애인준유사간음으로 5년 이상의 유기징역에 처한다(성폭력처벌법 제6조제4항). 행위수단이 위계 또는 위력을 사용한 경우에 유사간음 유형을 처벌하는 규정은 피해자가 미성년자인 경우만을 두고 있다. 13세 미만인 미성년자에 대해 위계 또는 위력으로써 유사간음한 경우 7년 이상 징역에 처하며(성폭력처벌법 제7조제5항), 13세 이상 19세 미만 아동청소년에 대해 위계 또는 위력으로써 유사간음한 경우 5년 이상 징역에 처한다(아청법 제7조제5항).

행위유형이 추행인 경우를 살펴보면, 행위수단이 폭행 또는 협박을 사용한 경우 형법 제298조 강제추행죄가 적용되어 10년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처하며, 행위수단이 심신상실 또는 항거불능 상태를 이용한 경우에 형법 제299조 준강제추행으로 강제추행과 같이 처벌한다. 행위수단이 위계 또는 위력을 사용한 경우에는 피해자가 미성년자인 경우, 형법 제302조는 미성년자에 대해 위계 또는 위력으로써 추행한 경우 5년 이하의 징역에 처하도록 하고 있으나, 성폭력처벌법 및 아청법이 제정·개정되면서 위계 또는 위력으로써 13세 미만 미성년자를 추행하는 경우 5년 이상 징역 또는 3천만원 이상 5천만원 이하의 벌금, 13세 이상 19세 미만 아동청소년을 추행하는 경우에 2년 이상 징역 또는 1천만원 이상 3천만원 이하의 벌금으로 법정형이 상향되었다. 피해자가 장애인인 경우, 심신미약자에 대해 위계 또는 위력으로써 추행하는 경우 5년 이하의 징역에 처하며(형법 제302조), 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람을 위계 또는 위력으로 추행한 사람은 3년 이상의 유기징역 또는 2천만원 이상 벌금에 처한다(성폭력처벌법 제6조제5항). 피해자가 장애인인 경우에는 신체적인 또는 정신적인 장애로 항거불능 또는 항거곤란의 상태를 이용한 경우까지도 장애인 준강제추행으로 포섭하여 1년 이상의 유기징역 또는 1천만원 이상 3천만원 이하의 벌금에 처한다(성폭력처벌법 제6조제6항). 업무고용 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람에 대해 위계 또는 위력으로 추행한 경우에는 3년 이하 징역 또는 1,500만원 이하의 벌금에 처한다(성폭력처벌법 제10조제1항).

위의 표에서 나타나듯이, 성적 행위 유형 중 간음행위가 불법성이 가장 중한 행위로 높은 법정형을 두고 있으며, 그 다음이 유사강간이고, 강제추행은 성적 행위 유형 중 가장 경미한 행위에 해당한다. 행위수단에 따라 구분해보면, 폭행 또는 협박 사용과 심신상실 또는 항거불능 이용이 불법성이 동일하게 중한 행위수단이며, 그에 반해 위계·위력은 경미한 행위수단임을 알 수 있다. 피해자의 특성에 따라 연령이 13세 미만인 경우에 불법성이 가장 중하며, 13세 이상 19세 미만인 경우에는 그보다는 덜 중한 범죄로 분류된다. 피해자가 신체적 또는 정신적 장애를 가진 경우 피해자가 19세 미만 미성년자인 경우보다는 덜 중한 범죄로 분류된다. 피해자와 가해자의 관계로 인해 피해자가 특별히 취약한 위치에 있는 경우에 피구급자에 대한 침해가 피보호 감독자에 대한 침해보다 더 중한 범죄이다.

형법상 제32장의 조문체계를 행위유형 및 행위수단별로 분류해보면 다음의 [표 2-2]와 같다. 행위유형 및 수단의 특성을 파악하기 위해 경합범이나 결과적 가중범, 상습범에 대한 규정은 제외한다.

〈표 2-2〉 형법상 성폭력범죄의 체계

죄명(조문)	행위유형	행위수단	법정형
강간(§297)	간음	폭행·협박	3년 이상
유사강간(§297의2)	유사간음	폭행·협박	2년 이상
강제추행(§298)	추행	폭행·협박	10년 이하 1,500만원 이하
준강간(§299)	간음	심실상실 또는 항거불능 상태 이용	3년 이상
준유사강간(§299)	유사간음	심실상실 또는 항거불능 상태 이용	2년 이상
준강제추행(§299)	추행	심실상실 또는 항거불능 상태 이용	10년 이하 1,500만원 이하
미성년자심신미약자위계·위력간음(§302)	간음	위계·위력	5년 이하
피보호감독자위력간음(§303①)	간음	위계·위력	5년 이하 1,500만 이하
피구금자위력간음(§303②)	간음	-	7년 이하
미성년자간음(§305)	간음	-	3년 이상
미성년자유사간음(§305)	유사간음	-	2년 이상
미성년자추행(§305)	추행	-	10년 이하 1,500만원 이하

[표 2-2]는 형법 제32장의 조문 순서에 따라 행위유형과 행위수단을 분류한 것이다. 표를 살펴보면, 형법 제32장의 조문 체계가 행위수단을 중심으로 구성되어 있음을 알 수 있다. 제32장의 제목인 강간과 추행의 죄에서 나타나듯이, 성적 자기결정권 침해 범죄를 규정하고 있는 제32장의 기본적인 범죄유형은 ‘폭행 또는 협박’을 사용한 성적행위 유형(간음, 유사간음, 추행)이다. 폭행 또는 협박의 사용은 없으나, 그러한 정도에 준한 행위수단은 ‘심신상실 또는 항거불능 상태 이용’이다. ‘위계 또는 위력’을 사용한 경우는 피해자의 연령, 장애의 특성이나 특정 관계로 인해 피해자가 가해자에 대해 특별히 취약한 지위에 있는 경우에 한하여 규정하는 형법상 성폭력범죄의 특수한 유형이다. 마지막으로 피해자가 13세 미만인 미성년자인 경우와 법률상 구금되어 있는 피구금자와 구금자의 관계에 한정된 특수유형으로, 행위수단과 관계없이 성적 행위가 이루어지면 형법상 기본 범죄유형으로 처벌한다.

형법상 성폭력범죄의 체계를 살펴보았을 때, 폭행·협박을 형법상 성폭력범죄의 기

본적 행위수단으로 됨으로써 우리 형사법체계는 유형력 요건을 중심으로 하는 성폭력 법체계이며, 간음행위를 기준으로 유사간음과 추행을 감경적인 구성요건으로 됨으로써 폭행 또는 협박으로 하는 성교행위를 성폭력범죄의 기본적인 범죄유형으로 두고 있다는 것을 알 수 있다.

제2절 성폭력법체계에 따른 행위수단의 규정방식 및 판단기준 검토

앞서 살펴본 우리 형사법체계상 성폭력범죄의 구조는 행위수단에 대한 법률규정 및 판단기준에 영향을 미친다. 이하에서는 강간을 기본적 범죄유형으로 하는 형법상 성폭력범죄체계가 행위수단에 대한 규정의 방식과 그에 대한 판단기준에 어떠한 영향을 미치는지 살펴본다.

형법 제32장 강간과 추행의 죄에서의 기본적인 범죄유형은 강간죄로, 3년 이상의 유기징역을 법정형으로 두고 있다. 그로 인해 강간죄의 행위수단인 폭행 또는 협박은 유형력의 행사가 존재하면 폭행의 정도를 충족하는 거동범인 폭행죄(2년 이하 징역 500만원 이하 벌금)나 상대방으로 하여금 공포심을 일으키기에 충분한 정도의 해악을 고지하는 것으로 충족되는 협박죄(3년 이하 징역 500만원 이하 벌금)보다는 좁은 범위를 형성한다. 판례는 “강간죄가 성립하려면 가해자의 폭행·협박은 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이어야 한다”²⁵⁾고 규정하고 있으며, 이를 폭행·협박의 최협의설이라고 한다.

강간죄 폭행·협박의 최협의설에 대해서는 90년대 성폭력특별법 제정운동 과정에서부터 다양한 유형의 성적 자기결정권 침해행위를 처벌하지 못한다는 문제인식 하에 성적 자기결정권이라는 보호법익이 조율하는 폭행·협박의 정도에 대한 판단기준의 변경이 필요하다는 문제제기가 되어 왔다. 이에 대해 피해자의 ‘필사적인 저항’을 전제하고 있는 최협의설 판단기준의 한계를 극복하기 위해 강간죄의 폭행·협박을 최협의와

25) 대법원 2001. 2. 23. 선고 2000도5395 판결; 대법원 2001. 10. 30. 선고 2001도4462 판결; 대법원 2017. 10. 12. 선고 2016도16948, 2016전도156 판결 참조.

협의 사이의 중간 개념을 설정하기 위한 기준으로 '진지한 저항' 내지 '합리적 저항'을 곤란하게 하는 폭행·협박이 제시되기도 하였다. 최협의설에 대한 판례의 변경은 없었으나 최근 판례의 경향은 폭행·협박을 입증하는 실질적 저항행위의 요구보다도 가상적 저항행위가 불가능한 상태인지 여부에 대해 종합적으로 판단하고 있다.

1. 형법상 성폭력범죄의 체계에 따른 행위수단의 규정방식

가. 준강간 등의 제한적 규정

심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 간음행위, 유사간음행위, 추행행위를 하는 경우 형법 제299조에 의해 준강간 등에 해당되어 강간죄, 유사강간죄, 강제추행죄와 동일한 법정형으로 처벌된다.

준강간 등 행위수단을 설정한 것은 피해자가 자신의 성적 자기결정에 반하는 행위에 대해 저항할 수 없는 상태에 있어 그로 인해 항거불능 또는 현저히 항거곤란할 정도의 폭행 또는 협박이 필요 없는 상황을 이용하는 경우를 상정한 것이다. 성적 행위가 이루어지는 시점에 상대방의 신체적 또는 정신적인 상태로 인해 그 성적 행위에 동의하거나 거부 또는 저항할 수 없는 상황에 있음에도 불구하고 성적 행위를 실행한 것은 그의 성적 자기결정에 반하는 행위임은 분명하다. 이러한 경우에는 피해자의 평소의 신체적·정신적 능력, 또는 행위 시 피해자의 신체적·정신적 상태와 관련되며, 피해자가 신체적·정신적 장애로 인해 책임능력이나 의사결정능력에 한계가 있는 경우 내지 행위시 피해자가 알코올 또는 약물 등에 의해 신체적·정신적으로 의사를 결정할 수 있는 능력에 일시적인 제한이 있는 경우를 상정할 수 있다.

그러나 강간죄의 폭행·협박이 성폭력범죄의 기본적인 유형이므로, 이와 동일한 법정형이 규정된 준강간죄의 경우 심신미약의 상태를 제외한 '심신상실 또는 항거불능의 상태'로 협소하게 규정된다. 앞서 살펴보았듯이 심신상실은 정신기능의 장애로 인하여 의사결정능력과 사리판단능력이 없는 상태를 의미하는 것으로 일시적으로 의사결정능력이나 사리판단능력이 제한되는 심신미약과는 다른 개념이다. 항거불능 역시 항거가 곤란한 상황이 아닌 절대적으로 불가능한 경우를 의미하는 개념이다. 현행 법률상 폭행 또는 협박에 대항하는 피해자가 성적 자기결정권을 행사할 수 없는

상태에 있거나 자기결정에 따른 의사 표시를 할 수 없는 상태를 규정한 유일한 규정이 준강간죄등임에도 불구하고, 현재 성폭력법체계에서는 성적 자기결정권을 행사하거나 표현할 수 없는 상태는 절대적인 무능력 상태로만 한정되어 있음으로써 그 적용에 있어 제한을 가져온다.

나. 위계·위력의 제한된 적용범위

위계 또는 위력은 형법 등 성폭력범죄의 주요 행위수단이지만, 성폭력범죄의 기본 범죄유형이 폭행·협박이기 때문에 그 외의 폭행·협박에 해당하지 않는 위계·위력이 행사된 경우는 폭행·협박이 없는 행위라도 성적 자기결정을 행사할 수 있는 능력이 제한되는 피해자의 특성이 있는 경우에 한하여 제한적으로 규정되고 있다. 위계 또는 위력을 이용한 성적 자기결정권 침해를 처벌하는 피해자의 특성은 취약성에 있다. 구체적으로 살펴보면, 연령 또는 장애로 인해 취약성을 가지는 미성년자 또는 심신미약자의 경우에 위계 위력이라는 행위수단을 이용한 간음행위, 유사간음행위, 추행행위를 처벌한다. 피해자와 가해자의 관계와 관련하여 피해자가 취약해지는 업무, 고용 기타 관계로 인해 행위자의 보호 및 감독을 받는 사람인 경우에 한정하여 간음행위 또는 추행행위를 처벌한다.

형법 제정 당시에 미성년자나 심신미약자를 대상으로 위계 또는 위력을 이용한 간음행위 또는 추행행위는 비장애성인을 대상으로 폭행 또는 협박이 사용된 경우보다는 경미한 것으로 설정하여 법정형을 낮게 규정하였다. 그러나 2000년대 이후 아동성폭력 사건 및 장애인 대상 성폭력사건이 사회적으로 이슈화되면서 취약한 피해자에 대한 성적행위 자체의 높은 불법성과 비난가능성에 대해 사회적 공감대가 형성되었으며, 이러한 인식의 변화는 특별법의 제정 및 개정을 통해 반영되었다. 현재 성폭력처벌법 및 야청법에서는 13세 미만의 사람, 13세 이상 19세 미만인 사람, 또는 신체적·정신적 장애를 가진 사람에 대해 위계 또는 위력을 이용하여 성적행위를 하는 경우는 비장애성인에게 폭행 또는 협박으로 성적행위를 하는 경우보다 법정형이 상향되었다.

2. 폭행·협박의 최협의 판단기준에 따른 행위수단의 판단기준 제한

일반적으로 행위수단에 대한 법적판단의 쟁점은 ① 행위수단의 내용 및 정도에 대한 규범적 해석과 ② 행위수단의 내용과 정도를 입증하는 판단기준의 충족 여부를 결정하는 사실판단의 과정으로 나누어볼 수 있다. 최협의 폭행·협박의 판단기준은 ①과 ② 각각의 쟁점에 대한 판단에 영향을 미치는데, 준강간 등이나 위계 등 행위수단 해석에 있어 ①인 내용과 정도에 대한 해석에 있어 제한을 하며, 위력의 경우 주로 ②인 위력을 입증하는 판단기준의 해석에 있어 제한적 효과를 발휘한다.

가. 준강간의 제한된 해석

준강간등에서의 행위수단에 대한 규정은 심신미약의 상태를 제외한 심신상실, 항거 곤란의 상태를 제외한 항거불능의 상태만을 명시하고 있다. 이 중 심신상실은 정신적 장애로 인한 영구적 무능력을 의미하는 것이지만, 항거불능은 행위 당시에 피해자가 저항을 할 수 없는 상태에 있는지를 포함하는 것이다. 그러므로 항거불능 여부를 판단할 때에 피해자가 행위당시에 저항을 할 수 없는 정도인지와 피해자가 항거불능 상태에 있음에 대해 피고인이 인식할 수 있는 정도인지에 대해서는 규범판단과 사실판단이 필요한 규정이다. 이에 대해 판례는 “항거불능의 상태라 함은 형법 제297조, 제298조와의 균형상 심신상실 이외의 원인 때문에 심리적 또는 물리적으로 반항이 절대적으로 불가능하거나 현저히 곤란한 경우”²⁶⁾라는 기준을 제시한다. 형법상 성폭력범죄의 기본적 행위수단인 폭행·협박이 사용된 경우와 동일한 법정형을 규정하고 있으므로, 항거불능의 해석에 최협의 폭행·협박의 기준이 적용되는 것이다.

구체적으로 살펴보면, 법원은 피해자가 술에 취한 상태였다는 점, 그리고 술에 취한 상태에서 처음 만난 피고인과 불과 1시간 만에 모텔에 가 합의 하에 성관계를 갖는다는 것이 합리적이지 않다는 점을 인정하였으나, 피해자가 모텔 객실로 스스로 걸어가는 등 특정한 행위를 했다는 근거로 일시적인 “블랙아웃 증상은 심신상실 또는 항거불능 상태에 해당하지 않는다”고 보았다.²⁷⁾ 또한 술에 만취하였더라도 당시 상황을 비교

26) 대법원 2000. 5. 26. 선고 98도3257 판결; 대법원 2009. 4. 23. 선고 2009도2001 판결; 대법원 2012. 6. 28. 선고 2012도2631 판결 참조.

27) 서울고등법원 2015. 1. 30. 선고 2014노3517 판결.

적 상세히 진술하거나 저항행위에 대해 진술하였다면 술에 만취하거나 인사불성인 상태가 심신상실에 이르지 않은 심신미약의 정도에 이른 것으로 본다.²⁸⁾ 이에 따르면 준강간의 행위수단인 항거불능에 해당하는 상태는 피해자의 무의식 상태에 한정됨을 알 수 있다.

준강간의 행위수단을 제한적으로 해석하는 태도는 성폭력처벌법상 장애인준강간 해석에서도 유사하게 나타난다. 장애인준강간 규정은 판례가 형법상 준강간의 해석에 있어 의사형성의 절대적인 무능력 상태가 인정되는 장애를 협소하게 해석하여 대부분의 장애인에 대한 성폭력이 인정되지 못하는 처벌의 흠결을 극복하기 위해 마련된 것으로, 상대방의 신체적·정신적 장애로 인해 항거불능뿐만 아니라 항거곤란의 상태를 이용한 행위수단으로 기존의 준강간 규정보다 넓게 규정하고 있다. 그러나 장애인 준강간죄의 법정형이 형법상 강간죄보다 높게 규정되고 있어, 판례에서는 상대방의 신체적·정신적 장애에 대한 판단기준으로 장애정도가 심신상실의 수준에 이를 것을 요구하고 있다. 그로 인해 장애인인 피해자가 성교육을 받은 적이 있는 등 일정한 이해 능력이 있다고 판단되면 저항능력이 있는 것으로 보고 장애인준강간을 부정하게 되어, 대부분 피해자의 장애 또는 성에 대한 무지, 가해자에 대한 신뢰, 피해자의 사회적 고립 등을 이용한 성폭력 행위가 처벌되지 않는 문제가 발생한다.²⁹⁾

나. 위계의 제한된 해석

판례는 위계를 행위자가 간음 또는 추행의 목적으로 상대방에게 오인, 착각, 부지를 일으키고는 상대방의 그러한 심적 상태를 이용하여 간음 또는 추행의 목적을 달성하는 것으로 해석한다. 그러나 “여기에서 오인, 착각, 부지라고 함은 간음행위 또는 추행행위 자체에 대한 오인, 착각, 부지를 말하는 것이지, 간음행위 또는 추행행위와 불가분적 관련성이 인정되지 않는 다른 조건에 관한 오인, 착각, 부지를 가르키는 것은 아니”라고 판시함으로써, 성적 행위 자체에 대한 속임수가 아닌 고립된 장소로 유인하거나 성적 행위와 관련된 조건에 대해 속임수를 사용한 경우에 대해서는 위계

28) 대법원 2011. 10. 27. 선고 2011도11518 판결, 울산지방법원 2012. 12. 7. 선고 2012고합278 판결.

29) 김정혜(2015), 『장애인여성 성폭력범죄에 대한 법원의 판단 연구: 지적장애여성 성폭력 판결을 중심으로』, 서울대학교 법학과 대학원 박사학위논문 참조.

에 의한 성폭력을 부정하고 있다. 구체적으로 살펴보면, 피고인의 유인행위가 지적장애인인 피해자를 행위의 발생을 가능하게 하는 제3자가 없는 고립된 장소인 집 또는 모텔로 오게 하는 것과 관련된 경우, 장소에 오도록 하는 행위와 성교행위와의 불가분적 관련성을 부정하고 있다³⁰⁾. 또한 미성년자인 상대방에 대해 성교를 대가로 돈을 주겠다는 거짓말을 하고 성교행위를 한 경우 금품제공과 성교행위 사이의 불가분적 관련성을 부정하고 있다³¹⁾. 미성년자나 심신미약자의 경우에 성적 행위에 대한 의사결정능력이 제한되거나 의사표시를 할 수 있는 능력이 제한되어 있음으로 이를 고려하여 위계를 사용한 성폭력범죄에 대해 법률로 규정하고 있으나, 위계와 성적 행위 간의 인과관계에 대한 해석을 협소하게 함으로써 실제 이러한 의사결정 또는 표시능력이 제한된 다양한 상황을 포섭하지 않고 있는 것이다. 결국 미성년자 또는 심신미약자가 의사무능력 상태가 아닌 경우라면 의사능력제한 상태를 이용하여 상대방을 속여서 간음 또는 추행한 행위들의 상당수가 처벌받지 않으며, 폭행 또는 협박 이외에 다른 수단을 이용한 경우에 처벌될 수 있는 가능성이 낮을 수밖에 없다.

다. 위력의 제한된 해석

위력 자체가 피해자의 자유의사를 제압하기 충분한 세력(유·무형의 힘 포함)을 의미하므로, 여기에는 최협약에는 해당하지 않지만 협약에 의한 폭행·협박뿐만 아니라 사회적·경제적·정치적인 지위나 권세를 이용하는 것도 가능하다는 것³²⁾이 위력의 내용에 대한 판례의 판단기준이다. 그리고 “위력으로써” 간음 또는 추행한 것인지 여부에 대해서는 행사한 유형력의 내용과 정도 내지 이용한 행위자의 지위나 권세의 종류, 피해자의 연령, 행위자와 피해자의 이전부터의 관계, 그 행위에 이르게 된 경위, 구체적인 행위 태양, 범행 당시의 정황 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것을 요구한다.³³⁾ 이 때 위력과 간음 또는 추행과의 인과관계에 대한 판단을 간음행위 또는 추행행위 당시 위력의 행사를 중심으로 판단하는데, 판례는 위력의 행사를 강간에서의

30) 대법원 2002. 7. 12. 선고 2002도2029 판결; 대법원 2014. 9. 4. 선고 2014도8423, 2014전도 151 판결.

31) 대법원 2001. 12. 24. 선고 2001도5074 판결.

32) 대법원 2005. 7. 29. 선고 2004도5868 판결.

33) 대법원 2005. 7. 29. 선고 2004도5868 판결.

최협의 폭행·협박에 이르지 않는 유형력의 행사 내지 저항행위의 존재여부를 주요한 요건으로 보고 있어 무형의 위력 행사에 대해 배제하는 해석을 하고 있다.

구체적으로 살펴보면, 뇌병변 1급 장애인인 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행·협박을 했다는 점을 인정할 증거가 없었던 사례에서 판례는 피해자의 거부 의사표시에도 불구하고 욕설을 하고 피해자의 머리를 강제로 피고인의 성기 쪽으로 누르는 등의 유형력 행사를 위력으로 인정하면서 장애인위력간음죄를 인정한다.³⁴⁾ 또한 성경험이 없는 17세 피해자가 하지 말라고 하면서 바지를 벗기지 못하도록 벨트를 잡고 있었으나 피고인이 그냥 하자며 설득하고 피해자의 신음소리를 막기 위해 손으로 입을 막은 유형력의 행사가 있었으며 범행장소가 인적이 드문 외딴 곳에 주차된 차안이기 때문에 항거가 현저히 곤란했다는 사정을 고려하여 위력을 이용한 것으로 인정하였다.³⁵⁾ 성경험이 있는 17세의 피해자의 경우 남자친구의 아버지인 피고인과 성교행위에 이르게 된 과정에서 폭행·협박이 없었고 피고인과 재차 성관계를 가졌으며 안겨보라는 피고인의 말에 스스로 안긴 점 등으로 심리적으로 위축된 상태에서 겁을 먹은 나머지 성관계를 가졌다는 점을 부인하여 위력간음에 대해 무죄를 선고한 원심 판결에 대해, 대법원은 피고인이 성교행위 당시 피해자의 거부 의사표시에도 불구하고 피해자의 팔목을 힘있게 꼭 잡았고 울면서 몸을 비트는 피해자의 바지를 힘으로 벗기는 유형력을 행사하였고 갑자기 껴안고 키스를 하고 팔목을 꼭 잡은 피고인의 행위를 예상하지 못하여 순간적으로 피고인에게 압도당하여 정상적인 저항행위가 어려웠다는 점을 인정하여 원심을 파기하였다.³⁶⁾

판례를 통해 나타나듯이, 위력의 행사를 판단함에 있어 피해자의 거부 의사표시를 억압하는 신체적인 유형력의 행사, 저항하기 어려운 장소 내지 피해자의 경악과 공포의 존재, 술에 취하는 등 심신미약의 상태, 신체적인 차이의 존재 등을 위력의 요건으로 인정함으로써 폭행 또는 협박이라는 행위수단에 대한 판단에서와 마찬가지로 유형력의 행사로 저항의사가 제압되었는지를 기준으로 하고 있다는 점을 알 수 있다. 일부 미성년자 위력간음 판례에서 비록 유형력의 행사는 없었으나 피보호감독자의 지위³⁷⁾, 11세 등 상당히 어린 피해자의 요소³⁸⁾ 등을 위력으로 인정한 판례들이 있긴

34) 대법원 2001. 12. 24. 선고 2001도5074 판결.

35) 대법원 2007. 8. 23. 선고 2007도4818 판결.

36) 대법원 2005. 7. 29. 선고 2004도5868 판결.

하지만 추가적인 불법요소가 없는 위력사례에서는 대체로 위세를 표현하는 위협적 표현이나 몸을 누르는 등의 협박의 유형력 행사 요소를 검토함으로써, 위력이 폭행 또는 협박과 같은 유형력뿐만 아니라 지위나 권세와 같은 무형의 세력을 의미함에도 불구하고 폭행 또는 협박이라는 행위수단이 기본적인 범죄유형인 성폭력범죄에서 위력의 판단은 여전히 유형력에 기준을 두고 이루어지는 것이다.

3. 최근 최협의 폭행·협박의 완화 경향

최근 강간죄의 폭행·협박에 대한 판례를 살펴보면, ① 폭행·협박의 최협의설에 대한 규범판단을 유지하고 있으나, ② 실질적 저항행위의 존재를 입증하도록 해왔던 최협의 폭행·협박 정도를 충족하는 입증기준을 완화하는 경향이 나타난다. 이러한 변화는 2005년 대법원 판례에서부터 시작되었는데, “강간죄가 성립하기 위한 가해자의 폭행·협박이 있었는지 여부는 그 폭행·협박의 내용과 정도는 물론 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 피해자가 성교 당시 처하였던 구체적인 상황을 기준으로 판단하여야 하며, 사후적으로 보아 피해자가 성교 이전에 범행 현장을 벗어날 수 있었다거나 피해자가 사력을 다하여 반항하지 않았다는 사정만으로 가해자의 폭행·협박이 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도에 이르지 않았다고 선불리 단정하여서는 안된다”고 하여, 그동안 폭행·협박의 최협의 정도를 충족하는 정황증거로 피해자의 범행 전 탈출시도나 범행 전·후 피해자의 구조 요청을 요구했던 기존 판례의 판단기준을 변경하였다. 또한 피해자 진술의 신빙성에 대한 판단기준으로 옷이 벗겨진 구체적 경위에 대한 일관된 진술을 요구했던 기존 판례를 변경하여, 범행 후 피해자의 행위나 범행 후 정황에 대한 주변인의 진술 등에 대한 종합적인 판단을 통해 피해자의 진술과 전체적인 일치성이 있으면 신빙성이 있다고 판단하였다.³⁷⁾

2005년 이후 대법원은 범행 장소가 제3자가 접근할 수 있다는 사실 또는 피고인과 피해자가 수년 전부터 알고 지내던 사이 내지 연인관계였다는 점이 성적인 자기 방어를 포기할 정도의 심리적 억압상태를 부인하는 근거가 될 수 없다고 판단하고 있으며,

37) 춘천지방법원 2017. 9. 8. 선고 2016고합128 판결.

38) 부산지방법원 2012. 10. 12. 선고 2012고합358, 2012전고13(병합) 판결.

39) 대법원 2005. 7. 28. 선고 2005도3071 판결 참조.

피해자와 피고인 간의 체격의 차이 등 신체적인 특성이나 범행 당시 피해자의 명시적인 거부 의사표시, 당시 피해자의 신체적·정신적 상태(알코올의 섭취), 범행 후 피해자의 피고인에 대한 행동 등을 최협의의 폭행·협박 정도에 대한 판단기준으로 보고 있다.⁴⁰⁾ 이러한 판례의 태도는 실질적인 피해자의 저항행위를 입증하도록 요구해왔던 기존의 판례 태도를 변경하여 합리적인 관점에서 피해자의 저항행위가 제압되거나 피해자가 저항할 수 없었던 상황에 대해 종합적으로 판단함으로써 최협의의 폭행·협박의 정도에 대한 객관적인 기준을 제시하고 있음을 보여준다. 비록 폭행·협박의 최협의설에 대한 판례의 변경은 없으나 최협의의 정도를 충족하는 사실에 대한 판단기준을 객관적이고 합리적인 관점으로 변경함으로써 사실상 최협의설을 완화하고 있는 것이다.

또한 최근에는 대법원이 강제추행죄에서 기습적인 추행에 대해서도 폭행·협박의 정도 및 추행과 폭행·협박 간의 인과관계를 인정했던 것을 강간죄에도 적용함으로써, 강간죄의 폭행·협박에 대한 판단기준이 폭행 또는 협박을 항거를 곤란케 하는 정도인 경우에 인정하는 강제추행의 판단기준과 유사한 정도로 확대되었다. 대법원은 “강간죄에서의 폭행·협박과 간음 사이에는 인과관계가 있어야 하나 폭행·협박이 반드시 간음행위보다 선행되어야 하는 것은 아니다”라고 판단기준을 제시하여⁴¹⁾, 피해자와 피고인이 동거하고 있었으나 이미 피해자가 헤어지자고 이야기한 사정, 피고인이 피해자의 옆에서 자위행위를 하는 것에 대해서는 피해자가 동의하였으나 성교행위에 대해서는 명시적 거부 의사표시를 했던 점을 고려하여, 피고인이 기습적으로 피해자의 팔과 함께 몸을 세계 끌어안은 채 가슴으로 피해자의 등을 세계 눌러 움직이지 못하게 한 유형력의 행사를 항거곤란한 폭행·협박으로 보았으며, 간음행위 시작 당시 폭행·협박이 없었다고 하더라도 간음행위와 거의 동시 또는 그 직후에 피해자를 폭행하여 간음한 경우에도 강간죄의 폭행·협박을 성립되는 것으로 보았다.

대법원의 판례에서는 최협의설의 완화 경향이 나타남에도 불구하고 여전히 최협의설에 대한 판례의 변경은 없기 때문에 같은 사실관계에 대해서 제1심 또는 제2심의 해석과 대법원의 해석에 차이가 나타나고 있다. 제1심 또는 제2심 법원이 최협의설을 충족시키지 못하는 것으로 해석한 사실에 대해 대법원은 최협의의 정도를 판단하는

40) 대법원 2012. 7. 12. 선고 2012도4031 판결; 대법원 2018. 2. 28. 선고 2017도21249 판결.

41) 대법원 2017. 10. 12. 선고 2016도16948, 2016전도156 판결.

근거가 될 수 없다는 점에서 법리해석이 잘못되었다는 판단을 하고 있는 것이다. 이렇게 폭행 또는 협박 등 행위수단에 대한 법원의 판단이 비일관적으로 이루어지는 것은 성폭력범죄의 불법적인 성격과 성적 자기결정권의 침해의 의미가 법체계 내에서 확립되지 않은 결과로 보인다. 제32장의 제목이 정조에 관한 죄에서 강간과 추행의 죄로 변경되었고 제32장의 보호법익이 정조가 아닌 성적 자기결정권이라는 점은 확립된 해석이기는 하지만, 정조를 보호법익으로 할 당시의 기본적 범죄유형에 대한 설정과 성폭력범죄를 구성하는 요건의 용어 및 개념 등이 그대로 유지되고 있어 사회적 변화에 따른 법해석의 변화가 체계적이고 일관된 형태로 이루어지지 못하는 것이다.

제 3 장

○ 비동의간음죄 신설에 대한 기존 논의 및 관련 개정안 검토

장 다 혜

비동의간음죄 신설에 대한 기존 논의 및 관련 개정안 검토

비동의간음죄의 신설 내지 비동의 요건의 도입은 앞서 살펴본 유형력 요건을 중심으로 체계화되어 있는 현행 형법상 성폭력범죄의 개념과 유형을 변경한다는 점에서 현행 성폭력법체계 내에서의 패러다임이 전환될 수 있다. 비동의간음죄 신설을 둘러싼 논의는 현행 형사법에서의 성폭력법체계 및 구조에 대한 문제제기를 포함하며, 비동의간음죄의 도입 자체가 성폭력에 대한 법적 개념의 근본적인 변경을 포함하는 것이므로 성적 자기결정권이라는 보호법익에 합치하는 성폭력법체계의 개선을 위한 핵심적인 쟁점이다. 이하에서는 90년대 제기되었던 비동의간음죄의 신설을 둘러싼 기존 논의의 검토를 통해 필요성과 개선방향의 쟁점에 대해 도출하고자 한다. 그리고 현재까지 발의된 비동의 요건의 도입 및 비동의간음죄 신설 관련 형법개정안이 앞서 검토된 개선방향의 쟁점과 관련하여 대안을 제시하고 있는지를 살펴본다.

제1절 비동의간음죄 신설에 대한 기존 논의 검토

1. 비동의간음죄 신설의 필요성 관련 논의 검토

1994년 성폭력특별법 제정당시 비동의간음죄 신설 주장은 형법상 강간죄의 폭행·협박이라는 강제성 요건과 폭행·협박 판단기준으로서 최협의설로 인해 다양한 유형의 성적 자기결정권 침해행위를 처벌하지 못한다는 문제인식 하에서 강간의 연속선상에 있는 침해행위를 경중에 따라 성폭력법체제로 구조화할 필요성에 근거하여 제기되었다. 이러한 문제의식은 이후 성적 자기결정권의 침해행위의 유형화를 통한 성폭력

처벌규정에 대한 개정 논의에서도 지속되었다. 비동의간음죄 신설의 필요성에 대한 근거는 크게 다음과 같이 두 가지로 요약된다.

가. 강간죄 해석의 한계로 인한 처벌의 흠결

상대방의 폭행·협박 등 유형력이 행사되었음에도 불구하고 그 정도가 항거불가능하거나 곤란한 정도에 이르지 않았거나 이를 입증하기 어려운 경우 또는 저항행위의 성공으로 간음추행의 미수에 이른 경우에 처벌할 수 없으므로 비동의간음죄의 신설이 필요하다는 것이다. 다시 말해 강간죄의 구성요건인 폭행·협박의 정도를 상대방의 항거불능 내지 곤란이라는 최협의로 해석하고 있는 법원의 태도에 대한 문제제기이다.

최은순은 성기 삽입 이외에 신체적 접촉에 대해서는 피해자가 자발적으로 응하였으나 성기삽입행위를 격렬히 거부하여 미수에 그친 사례와 강간 직후 피해자가 피고인을 유인하여 체포를 할 수 있었던 사례의 경우 최협의 폭행·협박의 정도를 충족하지 못하는 것으로 판단된다고 지적한다.⁴²⁾ 결국 피해자의 저항행위가 성공하여 미수에 그친 경우 최협의설을 입증하기 어려우며,⁴³⁾ 피해자가 저항행위를 할 수 있는 능력이 있다고 판단되는 경우에도 항거곤란 내지 항거불능을 입증하기 어렵다는 것이다. 이와 관련하여 신윤진은 강간죄 폭행·협박의 최협의설이 실제 외부로 표출된 폭행·협박 행위와 외부로 표출된 강한 반항행위를 요구한다는 점에서 반항하기 곤란한 피해자의 심리적·물리적 상태의 판단기준이 아니며, 여성의 객관적 거부 의사로 유·무죄 판단에서 배제함으로써 성적 자기결정권이라는 보호법익과도 모순될 뿐만 아니라 적당한 정도의 폭력을 사용한 간음추행을 처벌하지 않는다는 점에서 문제적이라고 평가한다.⁴⁴⁾ 한인섭 역시 폭행·협박의 최협의설에 입각한 제한적인 해석으로 ① 폭행·협박의 정도가 상대방의 항거곤란의 정도는 아니었지만 피해자의 동의없이 간음·추행한 경우, ② 항거곤란을 입증하기는 어렵지만 동의가 없었음을 입증할 수 있는 경우, ③ 저항의 외적 표시를 남길 여지가 없이 공포심에 짓눌려 당한 경우에 성폭력으로 처벌하지 못하므로 이러한 보호의 흠결을 해결하기 위해 비동의간음죄 신설에 대한 검토

42) 최은순(1993), 앞의 글, 100-1쪽.

43) 신윤진(2005), “‘의제화간’의 메커니즘-강간죄 해석에 있어서의 최협의 폭행·협박설 비판-”, 서울대학교 공익인권법센터, <공익과 인권> 제2권 제1호, 80-1쪽.

44) 신윤진(2005), 위의 글.

가 필요하다고 주장한다.⁴⁵⁾

나. 성적 자기결정권에 부합한 법체계 개선 필요성

성적 자기결정권이라는 성폭력처벌규정의 보호법익을 고려한 성폭력법체계의 개선방향으로 상대방의 동의없는 성적침해를 폭력이자 범죄로 구성해야 한다는 주장이다. 이호중은 성적 자기결정권 자체가 민주적인 기초 위에서 형성되어야 할 관계적 맥락의 자유이므로 이를 침해하는 행위로서 동의없는 성을 폭력으로 간주해야 할 필요성이 있다고 지적한다.⁴⁶⁾ 이러한 입장은 UN 등 국제기구의 여성에 대한 폭력(Violence against Women)에 대한 대응 정책에서도 확인할 수 있다. UN CEDAW 일반 권고 35호⁴⁷⁾에서는 젠더 기반 여성에 대한 폭력 관련 일반입법조치와 관련하여 “부부 강간 및 아는 관계/데이트 강간을 포함한 성범죄의 정의는 자유롭게 결정할 수 있는 동의를 결여를 기초로 하고, 강요적 환경을 고려해야 함”(para.29(e))으로 명시하고 있다. 본 권고에 기반하여 2018.3.12. CEDAW 위원회 한국정부 젠더 기반 여성에 대한 폭력분야 권고의 내용에는 “(a) 형법 제297조 개정하여 피해자의 자유로운 동의 부족을 중심으로 강간을 정의하고, 특히 배우자 강간을 범죄화할 것”이 포함되어 있다. 2007년 여성인권법연대가 마련한 형법개정안⁴⁸⁾은 이러한 입장에 근거하여 제안 이유를 “성적 자기결정권을 침해하는 중대한 범죄임을 명확히 규정”하기 위한 것으로 명시하고, 비동의간음죄를 “동의없는 성적 행동”이라는 표제로 형법 제32장의 기본유형으로 하고 장의 제목을 “성적 자기결정권을 침해하는 죄”로 변경할 것을 제안하였다.

다. 검토

첫 번째로 살펴본 현행 성폭력범죄 행위수단의 제한적 규정 및 해석으로 인한 처벌의 공백을 해결할 필요성에 대해서는 비동의간음죄 신설을 반대하는 학자들 역시

45) 한인섭(1994), 앞의 글, 36-7쪽.

46) 이호중(2005), “성폭력 처벌규정에 대한 비판적 성찰 및 재구성”, 한국형사정책학회, <형사정책> 제17권 제2호, 110쪽.

47) Committee on the Elimination of Discrimination against Women, General recommendation No. 35 on gender-based violence against women, updating general recommendation No. 19, 14 July 2017, CEDAW/C/GC/35.

48) 형법일부개정안(임종인의원대표발의, 의안번호 176449).

인정하는 논거이기도 하다. 그러나 이러한 처벌의 공백은 비동의간음죄의 신설이 아닌 폭행·협박의 최협의설을 완화하는 입법 또는 법해석을 통해 해결할 수 있다고 본다. 그러므로 비동의간음죄 신설의 필요성에 대한 핵심 근거는 사실상 두 번째로 살펴본 동의없는 성적침해라는 성폭력의 기본 정의와 개념이 반영될 수 있는 성폭력 처벌법체계 개선의 필요성이다. 성폭력이 상대방의 자유로운 동의에 반하는 성적 행위를 함으로써 성적 자기결정권을 침해한 것이라는 기본적인 정의와 개념은 법이론적으로나 국제법상으로도 확립되어 있다. 다만 형사처벌의 대상이 되는 성폭력 행위의 범위를 어떻게 정할 것인가가 논의의 대상이 된다.

2. 비동의간음죄 신설에 대한 찬반 논의 검토

가. 비동의간음죄 신설에 대한 반대 논거

첫째, 구성요건의 불명확성에 대한 문제제기이다. 비동의간음과 같이 그 행위태양이 다양하고 외연이 불분명한 행위를 범죄로 규정하는 것은 형법상 명확성의 원칙에 반하며,⁴⁹⁾ 피해자의 동의여부가 구성요건이 될 경우 범죄행위자의 처벌 여부가 피해자의 의사에 따라 좌우된다는 불합리한 결과를 가져올 수 있다는 것이다.⁵⁰⁾ 또한 명시적으로 동의하지 않은 남성의 성교추구행위가 비동의간음죄로 처벌될 뿐 아니라, 묵시적 동의나 조건부 동의와 같은 경우 거절로 해석될 수 있기 때문에 사실상 피고인에게 입증책임이 전환되는 부당한 결과가 제기될 수 있다고 지적한다.⁵¹⁾

둘째, 과잉처벌 및 과잉보호의 위험성에 대한 지적이다. 형법에 규정을 도입하는 것은 국가형벌권의 행사범위를 정하는 문제이므로 국가의 개입이 아닌 시민사회 내에서 사회문화적으로 해결할 수 있는 영역에서는 형벌권의 개입을 최소화해야 한다는 형법의 보충성 원칙에 기초한 논거이다. 이상돈은 비동의간음에 해당하는 행위는 가해남성과 피해여성 사이에 '의사소통적 장애'가 발생한 상황이고 의사소통 방식은 곧 문화이기 때문에 형법상 범의개념에 담기 어려우며, 이러한 문제는 형법이 아닌

49) 서보학(1998), “성폭력범죄와 형법정책”, 현상과 인식 제22권 제1,2호(통권 제75호), 한국인문사회과학회, 57쪽.

50) 이영란(1994), “성폭력특별법의 형법적 고찰”, 피해자학연구 제3호, 한국피해자학회, 28쪽.

51) 조국(2004), 『형사법의 성편향』, 박영사, 226쪽.

여성의 성적 주체성과 이에 기반한 자기 결정을 구성해나가는 과정에서 해결해야 한다고 본다.⁵²⁾ 조국 역시 비동의간음죄를 형법에 신설했을 때, 남녀 간의 의사소통이 제대로 이루어지지 않은 사례까지 형사상 처벌될 수 있다는 점을 우려한다. 조국은 합의에 따라 ‘입맞춤과 농도 짙은 애무’를 교환한 후 피고인의 성교요구를 피해자가 거부하였음에도 불구하고 피고인이 폭행 또는 협박 없이 성교를 감행했던 1992년 캘리포니아주법원의 ‘*In re M.T.S. 판결*’을 전형적인 비동의간음 사례로 제시하며, 피고인과 피해자 사이에 합의에 의한 애무가 진행되고 있었으나 애무에서 성교로 나아갈 것인가에 대해 남녀 사이의 의사소통이 제대로 이루어지지 않았던 것이며 남성이 여성의 거절의사를 의례적인 것으로 착오했던 사건임에도 불구하고 강간으로 유죄를 선고한 것이 과잉처벌이라고 지적한다.⁵³⁾ 이러한 국가형벌권의 과도한 개입은 여성의 성역할 고정관념 내지 가부장적 관념에 근거하여 여성을 과도하게 보호함으로써 여성의 평등한 성적 자기결정권 실현을 불가능하게 만든다고 본다.

나. 반대 논거에 대한 비판의견

첫째, 상대방의 비동의를 구성요건으로 하는 경우 명확성에 반한다는 주장에 대해, 이미 형법상 구성요건에 불확정 개념이 존재하며 이러한 개념은 해석론과 판례를 통해 구체화될 수 있다고 반박한다.⁵⁴⁾ 촉탁 또는 승낙, 폭행, 음란, 위계 또는 위력 등과 같은 개념이 판례의 해석을 통해 기준을 정립해온 것처럼, 비동의 역시 해석을 통한 판단기준의 설정이 가능하다는 것이다. 또한 비동의와 같은 내심의 의사와 관련된 개념들(범의, 목적, 인식, 예견가능성 등)이 형사법체계에서 활용되고 있으며, 이러한 내심의 의사를 판단하기 위해 범행 전·후의 객관적인 사정을 통해 판단할 수 있다고 지적한다.⁵⁵⁾ 구성요건의 불명확성으로 인해 묵시적인 동의나 조건부 거부와 같은 동의와 비동의의 사이에 위치하는 행위들의 경우에도 비동의 요건을 충족하는 것으로 포섭가능하기 때문에 피고인의 입증부담이 늘어날 수 있다는 주장에 대해서는, 대부분의

52) 이상돈(2003), 『법철학 : 법, 이성, 사회』, 법문사, 401-7쪽.

53) 조국(2004), 앞의 책, 68쪽.

54) 한인섭(1994), 앞의 글, 37쪽, 각주 6).

55) 이유정(2007), “비동의간음죄 신설에 대한 논의”, 한국성폭력상담소, 『성폭력, 법정에 서다: 여성의 시각에서 본 법담론』 참조.

범죄에서 범죄구성요건을 충족하는 행위가 있으면 피고인의 고의조각 등의 주장은 피고인에게 입증책임이 있는 것이 일반적인 것이라고 지적한다.⁵⁶⁾ 비동의의 요건이 특별히 다른 형법상의 개념과 다른 점이 없음에도 불구하고 구성요건의 불명확성에 대한 비판이 제기되는 것은 이러한 비판이 전제하고 있는 성행위와 관련된 상황 자체가 남성 중심적인 섹슈얼리티 규범 속에서 여성의 섹슈얼리티는 남성의 성적 제안에 동의하거나 거부하는 수동적인 주체로만 상정함으로써 사실상 성을 둘러싼 의사소통의 존재를 거부하는 것일 뿐이다.⁵⁷⁾

둘째, 과도한 국가형벌권의 개입으로 성적 쟁점을 모두 해결하는 것에 대해 과잉처벌 내지 과잉보호의 문제가 있다는 주장에 대해 제기되는 반론은 현재 민주주의적인 의사소통구조가 정착되지 않은 상황에서 자발적 동의에 기초하지 않은 성관계로 인한 성적 자기결정권의 침해가 존재하며, 보충성 원칙은 권력적 요소가 차단된 개인 간의 의사소통과 자율적 갈등해결이 가능하다는 전제 하에서만 유효한 논거일 뿐이라는 것이다.⁵⁸⁾ 불평등한 권력관계와 뿌리 깊은 정조관념에 노출되어 있는 사회에서 비동의의간음죄의 처벌은 오히려 성적 자기결정권의 의미를 바로 세우기 위해 필요한 것이라 주장한다.⁵⁹⁾ 비동의의간음죄 신설의 주장은 여성의 거부에도 불구하고 이루어진 강제적 성행위가 강간죄로 처벌받지 않는 법해석의 현실 문제를 수정하기 위해 제기된 것으로, 보편적 성적 자기결정권의 일반론을 전제로 비판하는 것은 구조적 문제에 대한 인식이 결여된 것일 뿐이라는 것이다.⁶⁰⁾

다. 검토

구성요건의 불명확성에 대한 주장에 대해서는 우리 형법상 범죄행위들에 대한 구성요건 규정방식 전반에 대한 문제제기라는 점에서 비동의의간음죄 신설에 대한 반대논거로는 부적절하다. 구성요건에 대해 개념적 정의를 법규정상 제공하지 않는 우리 형법

56) 이유정(2007), 위의 글.

57) 장다혜(2004), 단순강간의 형사법상 판단기준에 대한 여성주의적 연구, 이화여자대학교 여성학과 대학원 석사학위논문, 9쪽.

58) 이호중(2005), 앞의 글, 109-10쪽.

59) 이유정(2007), 앞의 글.

60) 장다혜(2004), 앞의 글, 10쪽.

체계에서 구성요건적 개념의 해석론의 정립은 지속적으로 검토되어야 할 별도의 쟁점이라고 본다. 이와 관련하여서는 동의 내지 의사와 같이 상대방의 태도와 관련된 규정이 성폭력법체계에 도입되는 것에 반대하고 범죄행위에 대해 규정하고 있는 형법 체계를 고려할 때에 가해자의 행위, 즉 유형력을 중심으로 규정되어야 한다는 주장은 가능하다. 그러나 가해자가 행사하는 유형력을 중심으로 규정해야 한다는 주장은 비동의 요건에 대해 어떻게 규정할 것인가와 관련된 규정방식에 대한 설정을 통해 해결할 수 있다. 다시 말해, 상대방의 의사에 반하거나 의사를 표시할 수 없는 상황을 이용한 행위를 규정하는 방식으로 비동의요건을 도입한다면 가해자의 행위를 중심으로 설정하는 것이 가능하다.

위의 논의에서 비동의간음죄 신설을 둘러싼 핵심적인 쟁점은 성폭력에 있어 국가형벌권의 개입 수준을 어느 범위에서 설정하는지에 관한 것에 있다. 앞서 살펴보았던 비동의간음죄 신설에 대해 반대하는 논거로 삼는 비동의간음의 상황은 피고인이 폭행 또는 협박 등 물리적인 유형력을 행사하지 않고 상대방이 원치 않는 성적 행위로 나아갔으나 상대방의 거부 의사 혹은 동의 의사에 대해 피고인의 입장에서 명확하게 인식하지 못하였다고 판단하는 경우이다. 이러한 경우까지 성폭력범죄로 설정하여 국가가 개입하는 것은 사회의 자율성에 대한 침해적인 결과를 나올 수 있다는 것이다. 이에 대해 비동의간음죄 신설을 주장하는 입장에서는 비동의간음의 상황에서 형사처벌의 대상이 되는 성적 자기결정권 침해행위의 범위를 비동의간음죄의 구성요건과 형량, 친고죄 도입 여부 등에 대한 논의를 통해 제한할 수 있다고 주장한다.⁶¹⁾ 결국 비동의간음죄의 도입에 대한 논의는 현행 성폭력처벌법체계 내에서 다른 성폭력범죄와의 관계 속에서 구성요건 및 형량, 피해자의 비동의에 대한 판단기준과 피고인의 비동의 인식에 대한 판단기준에 대한 구체적인 검토를 통해 이루어질 필요가 있다.

3. 비동의간음죄 신설 관련 기존 논의에서 나타난 법적 쟁점

비동의간음죄를 둘러싼 기존 논의의 분석을 통해 향후 비동의간음죄 신설 또는 비동의 요건 추가의 법적인 쟁점을 다음과 같이 정리할 수 있다.

61) 이유정(2007), 위의 글.

가. 강간죄의 폭행·협박 해석변경을 통한 해결 가능성

현행 성폭력법체계에서 나타나는 처벌의 공백을 비동의 요건 추가 내지 비동의간음죄 신설을 통해 해결할 것인가, 아니면 폭행·협박의 정도의 완화와 판단기준으로서 합리적인 피해자 기준을 정립하여 해결할 것인가의 문제가 있다. 조국은 폭행·협박의 최협의 정도에 이르지 않은 유형력으로 피해자의 동의없이 간음·추행한 경우와 저항의 외적 표시를 남길 여지없이 공포심에 짓눌려 강간당한 경우 가해자를 처벌할 수 있도록 최협의설을 협의설로 완화하거나 합리적인 피해자 유형의 기준으로서 “합리적 저항”을 제압하는 정도로 기준을 대체 정립하여 피해자 진술의 신빙성 판단을 한다면 현재 처벌의 공백을 해결할 수 있다고 주장한다.⁶²⁾ 그러나 이러한 주장에 대해서는 폭행·협박의 정도를 완화하고 합리적 강간 피해자 기준으로 피해자 진술의 신빙성을 판단한다면 최협의 정도를 충족하지 않는 강제력을 수반한 간음행위 처벌은 가능하지만, 피해자 보호를 충실히 하기 위해서는 개인의 가치관이 개입될 수 있는 해석의 영역에 기대는 것으로는 충분치 않을 뿐 아니라⁶³⁾ 위계·위력에 의한 간음추행에 대해 법정형을 폭행·협박에 의한 강간 또는 강제추행에 비해 법정형을 낮추어 규정하고 있음에도 불구하고 협의의 폭행·협박과 위계·위력 간의 강제력 정도는 거의 동일한 가치를 가진다는 점에서 법체계상 모순이 발생한다는 비판이 있다.⁶⁴⁾

나. 비동의와 폭행·협박 이외의 성폭력범죄유형 도입 가능성

비동의간음죄를 강간죄의 감경적 구성요건으로 추가하여 신설하는 경우 “동의없음”에 해당하는 행위유형에 대해 비동의간음죄로 포섭할지, 혹은 행위유형별로 처벌의 정도를 달리 규정할지에 대한 논의가 필요하다. 비동의간음죄 신설에 대한 기존 논의에서 비동의간음죄로 포섭가능한 것으로 제시된 행위유형은 다음과 같다.

62) 조국(2004), 앞의 책, 67-9쪽.

63) 이유정(2007), 앞의 글 참조.

64) 이호중(2005), 앞의 글, 106-7쪽.

■ 비동의간음죄로 포섭가능한 것으로 제시된 유형⁶⁵⁾

- [협박의 폭행·협박이 있는 경우] 폭행·협박의 정도가 상대방의 반항을 불가능하게 하거나 항거를 현저히 곤란하게 할 정도에 이르지 않았으나, 그것이 피해자의 의사를 제압하는데 충분하다고 인정되는 경우
- [위계 내지 위력이 있는 경우] 위계·위력을 사용하여 피해자를 간음하는 경우
- [피해자의 저항행위가 없는 경우] 폭행·협박이 없어도 피해자가 공포심이나 수치심에 사로잡혀 저항을 하지 못한 경우 내지 저항의 외적 표시를 남길 여지가 없이 공포심에 짓눌려 당한 경우
- [피해자의 거부 의사표시가 있는 경우] 진지하게 거부의 의사를 밝혔음에도 이에 반하여 성교에 이른 경우
- [피해자의 비동의를 명백한 경우] 폭행·협박·위계·위력이 있었다거나, 피해자가 신체적으로 저항하였다는 점을 입증하기 어렵지만, 피해자가 동의를 하지 않았음이 명백한 경우 내지 항거곤란을 입증하기는 어렵지만 동의를 없었음을 입증할 수 있는 경우

이에 따라 비동의에 해당하는 행위유형을 정리해보면, ① 협박의 폭행·협박, ② 위계·위력, ③ 상대방의 명시적이거나 진지한 거부 의사표시/비동의 의사표시의 인식, ④ 피해자의 공포심 또는 수치심의 존재로 인한 저항의 포기로 나뉜다. 그러나 기존 논의에서는 이러한 행위유형들이 비동의간음죄의 적용대상으로 포섭할 필요가 있다는 주장만 제기되었을 뿐, 동일한 법정형을 적용해야 하는 행위인지, 행위반가치의 정도에 따라 유형을 세분화해야 하는지에 대해서 구체적인 논의를 진행하지 않았다. 이와 관련하여 2007년 여성인권법연대의 안에서는 비동의와 폭행·협박·위력이라는 행위수단을 나누어, 비동의를 기본적 유형으로 하고 폭행·협박·위력이 있는 경우 가중적 처벌요건으로 규정한 바 있다.

다. 비동의에 대한 주관적 구성요건 검토 필요성

상대방의 동의없음에 대한 피고인의 인식과 고의의 판단기준에 대한 논의가 필요하다. 비동의간음죄의 신설에 대한 반대입장에서 과잉처벌 내지 과잉보호로 제기한 비동의간음의 유형은 다음과 같다.

65) 한인섭(1994), 앞의 글; 이유정(2007), 앞의 글 참조.

비동의간음죄의 과잉처벌 또는 과잉보호로 제시된 유형⁶⁶⁾

- [명시적인 동의는 없었는데 피고인이 묵시적인 동의로 추정할 경우] 폭행·협박은 없었으나 여성의 자발적인 동의가 없는 경우
- [명시적인 거부 의사표시에 대해 피고인이 동의로 착오한 경우] 피해자가 적극적으로 애무를 시도하였으나 피고인과의 성교를 명시적으로 거부한 상황에서 피고인이 상대방의 거부 의사표시를 의례적인 것으로 착오한 경우

위의 유형들은 상대방의 비동의에 대한 사실의 착오와 관련하여 제시된 사례로, 성폭력범죄에서 비동의 요건을 두고 있는 영국, 미국, 캐나다 등 영미법 국가에서는 주관적인 구성요건인 고의와 관련하여 핵심적인 논쟁이 되고 있는 쟁점이다. 피해자의 동의에 대한 피고인의 고의, 즉 피고인이 동의가 있었다고 신뢰했는지에 대해 판단할 때에 그 기준을 “합리적 신뢰”라는 객관적인 기준으로 할 것인지, “진지하고 정직한 신뢰”라는 주관적인 기준으로 할 것인지 대해 여전히 해석상 다툼이 있다. 배심재판을 통한 사실심체계를 가지고 있는 영미법체계에서는 이러한 해석의 쟁점과 관련하여 피고인의 고의에 대해 합리적 판단 기준과 비동의를 일응 추정할 수 있는 요건 및 입증정도 등을 법률로 규정하는 추세이다.

라. 비동의 입증을 위한 판단기준 검토 필요성

폭행·협박 내지 위계·위력이 없는 경우 피해자의 비동의에 대한 판단기준에 대한 논의가 필요하다. 앞서 비동의간음죄로 포섭된 행위유형이 적용될 수 있는 공포심 또는 수치심에 저항행위를 하지 않은 경우 내지 동의가 없었다는 점을 입증할 수 있는 경우에 해당하기 위해서는 피해자의 비동의 내지 거부 의사에 대한 피해자 진술의 신빙성을 판단해야 한다. 1970년대까지 미국은 커먼로상 강간죄의 구성요건인 비동의(without consent/nonconsent)를 입증하는 기준으로 여성의 비동의 의사표시 이외에 내심 진정으로 동의하지 않았음을 입증할 수 있는 정황상 증거로 신속한 고소, 피해자-가해자 첫 만남의 자발성 여부, 피해자의 품행 및 과거 성적 이력, 피해자와 가해자의 과거 성관계 여부를 요구한 바 있다.⁶⁷⁾ 이러한 확증요건의 요구는 1970년대

66) 서보학(1998), 앞의 글; 조국(2004), 앞의 책 참조.

강간법 개정운동을 통해 폐기되었으며, 이를 통해 피해자의 성적 이력을 확증요건으로 활용하지 못하게 하기 위한 연방 법률이 제정되기도 하였다. 그러나 그 이후 어떠한 유형력도 행사되지 않은 경우에 강간죄의 비동의에 대한 판단에 있어 “피해자의 거부 의사표시만으로 강간입증이 충분하지 않다”고 본 판례들이 나오기 시작하였고, 이에 대응하기 위해 주형법에 피고인의 동의에 대한 확정적 방어가 성립할 수 있는 요건으로 피고인의 동의 확인을 위한 추가적인 행위를 요구하거나 동의의 철회 내지 의식이 없는 상태는 동의가 없는 경우로 보거나 피해자의 과거 성적 이력이나 옷차림이 동의를 추정하는 증거로 인정하지 않는 절차적 규정들이 도입되기도 하였다.

결국 비동의 요건을 도입하거나 비동의간음죄를 신설한다고 하더라도 피해자의 비동의의 진술에 대한 신빙성 판단에 있어 여전히 남성중심적인 섹슈얼리티 규범과 강간신화 등의 고정관념에 기초한 판단이 이루어지는 경우 기존 폭행·협박의 최협의설 판단에 있어 한계가 그대로 반복될 우려가 있다. 이에 대해 진술의 신빙성 판단에 있어 합리적인 피해자 기준에 대한 주장⁶⁸⁾은 비동의 요건에 대한 판단기준에서도 적극적으로 고려할 필요가 있다.

제2절 비동의간음죄 관련 형법개정법률안 검토

2018년 8월 현재 20대 국회에 제출된 형법개정법률안 중 비동의간음죄 신설안 또는 비동의 요건의 추가안은 7개가 제출되었으며, 17대 국회에 제출된 형법개정법률안 중 여성인권법연대가 마련한 개정안 역시 비동의간음추행에 대해 추가하는 안을 포함하고 있다. 이하에서는 비동의간음죄 관련 형법법률개정안의 내용과 특징에 대해 살펴보려고 한다.

1. 제안이유 검토

비동의간음죄와 관련된 형법개정법률안에서 제안이유를 통해 제시하고 있는 비동

67) Susan Estrich(1995), *Real Rape*, pp. 95-7.

68) 이유정(2007), 앞의 글 참조.

의간음죄 신설의 필요성은 다음과 같다.

첫째, 현행 성폭력처벌법체계에서 폭행·협박의 최협의설에 의해 피해자의 적극적인 저항이 없는 경우나 처벌의 공백이 발생하여 이로 인해 피해자의 성적 자기결정권이 충분히 보호되고 있지 않기 때문에 이를 해결하기 위해서 비동의간음죄가 필요하다는 입장이다.

[백혜련의원안(2012601)] ① 대법원 판례는 강간죄로 처벌하려면 가해자의 폭행이나 협박으로 피해자가 ‘항거불능 상태’이거나 ‘항거가 현저히 곤란한 정도’여야 한다고 보고 있어 피해자가 적극적으로 저항하지 않고 ‘싫다’는 의사만 표시했을 때는 강간죄가 성립되지 않음. 이런 이유로 여성계와 법조계에서는 강간죄를 이른바 ‘비동의간음죄’로 범죄구성요건을 개정하여 폭행과 협박이 없어도 상대방 의사에 반해 간음하는 경우 처벌해야 한다는 주장이 있음. ② 이에 ‘폭행 또는 협박으로’를 ‘상대방의 의사에 반하여’로 개정하고, 사람의 저항을 현저히 곤란하게 하는 폭행 또는 협박으로 성범죄를 저지른 경우에는 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중할 수 있도록 함.

[천정배의원안(2012795)] 강간죄 또는 강제추행죄가 인정되기 위해서는 엄격한 요건을 갖출 것이 요구됨에 따라 피해자가 적극적인 저항 없이 ‘싫다’는 의사표시만 한 경우에는 형사처벌이 쉽지 않은 상황인 바, 피해자의 적극적인 저항이 없는 경우라도 상대방의 합의 또는 동의가 부재한 상태에서 간음 또는 추행을 한 경우에는 형사처벌을 할 수 있도록 근거규정을 마련해야 한다는 의견이 제시되고 있음.

[송희경의원안(2014938)] 대법원 이 성폭력범죄의 구성요건을 엄격하게 해석하는 결과 현실적으로 피해자가 피고인의 강간 시도에 강력하게 저항하였음을 스스로 입증할 책임을 부담하게 되고, 이와 같은 입증에 실패하여 피고인이 무죄판결을 받은 사례가 이미 상당수 존재함.

[이정미의원안(20150620)] 그동안 법원은 강간죄의 성립과 관련하여 ‘최협의의 폭행·협박’이 필요한 것으로 해석하여 왔고 그로 인해 가해자의 폭행·협박에 공포감을 느껴 적극적으로 저항하지 못한 경우, 저항으로 인해 더욱 강한 폭행이 뒤따를 것으로 예상하여 저항하지 않은 경우, 수치심에 구조를 요청하지 않은 경우 등에는 강간죄의 성립이 부정되는 경우가 많았음. 이와 같은 문제점을 해결하기 위해 ‘명백한 거부 의사 표시에 반한 강간죄’를 신설하고자 함.

[나경원의원안(2015354)] 최근 미투 운동으로 드러난 사회 각계각층의 성폭력, 특히 업무 고용 등의 관계로 자기의 보호·감독을 받는 자에 대해 위력을 이용한 성폭력이 심각한 사회문제가 되고 있음. 그런데 현행법은 강간죄의 구성요건을 ‘폭행 또는 협박으로 사람을 강간한 행위’로 정하고 있고, 판례는 강간죄가 성립하기 위한 ‘폭행 또는 협박’의 정도를 ‘피해자의 반항이 불가능하거나 현저히 곤란한 정도일 것’을 일관되게 요구하고 있어, 피해자의 성적 자기결정권에 대한 충분한 보호를 위해 폭행·협박 여부와 상관없이 상대방의 의사에 반하는 성적행위를 처벌하는 비동의간음죄를 신설하는 주장이 제기되고 있음. 또한 업무상위력 등에 의한 간음의 경우, 위계 또는 위력의 행사에 의하여 간음이 발생하였음을 입증하기 어려워 권력형 성폭력 가해자 처벌에 한계가 있다는 비판 또한 제기되고 있음. 이에 상대방에 의사에 반하여 간음한 경우 강간죄로 처벌하고, 폭행 또는 협박으로 강간죄를 범한 경우에는 가중처벌 하도록 하며, 업무상 관계 등에서는 위계 또는 위력에 의한 경우가 아니더라도 상대방의 명시적 동의없이 간음한 경우에는 처벌하도록 함으로써 성폭력 피해자에 대한 성적 자기결정권을 보다 적극적으로 보호하려는 것임.

둘째, 형법상 강간죄의 폭행·협박 죄형의설로 인해 피해자가 강한 저항행위의 존재를 입증해야 한다는 부담을 가지게 되며 이로 인해 형사소송과정에서의 2차 피해 등 피해자 보호에 실패하고 있으므로 비동의 요건을 추가하여 보호의 흠결을 개선하겠다는 입장이다.

[강창일의원안(2012564)] ① 형법 조문 어디에도 폭행·협박의 정도에 관한 명시적인 규정이 없음에도 판례는 폭행 또는 협박의 정도가 ‘피해자의 반항이 불가능하거나 현저히 곤란한 정도일 것’을 일관되게 요구하고 있음. 이로 인해 재판 과정에서 가해자의 강간 여부가 아니라 피해자의 구조 요청이나 반항 유·무가 중점이 됨으로써 피해자에게 2차 피해를 입히는 등의 문제가 발생하게 됨. ② 피해자의 명시적인 동의없이 이루어진 간음을 강간죄로 처벌하도록 하고, 강간죄의 법정형을 상향함으로써 성범죄에 대한 형법의 보호적 기능을 강화하려는 것임.

셋째, 죄형의설이 폭행·협박의 정도와 저항의 가능여부에 대한 판단기준을 제시하고 있으나 이러한 기준의 일관된 적용이 어려우므로 반의사 요건을 포함시켜 법률적용의 일관성과 통일성을 확보하기 위한 기준으로 피해자의 의사를 반영할 수 있도록

비동의 요건을 추가하겠다는 입장이다.

[홍철호의원안(2012532)] ① ‘폭행 또는 협박 정도의 기준’과 ‘반항의 가능 및 불가능 여부 판단에 대한 기준’을 사실 관계적으로 각 상황마다 명확히 일관적으로 적용하는데 한계가 존재할 수 있으므로 보다 확실한 기준 마련이 필요한. ② ‘사람의 의사에 반하는 경우’를 성폭력범죄 요건에 포함시켜 법률 적용의 일관성과 통일성을 유지하는 동시에 가장 중요한 피해자의 의사를 온전히 반영해 성폭력범죄에 대한 보다 명확한 처벌이 가능할 수 있도록 하고자 함.

이러한 형법개정의 필요성은 앞서 살펴보았던 기존 비동의간음죄 신설 필요성으로 최협의설의 한계와 이로 인한 처벌의 흠결에 대한 문제인식과 연결되어 있다. 2007년 여성인권법연대가 제안한 개정안의 경우에는 앞서 언급하였듯이 성적 자기결정권이라는 성폭력처벌법의 보호법익에 부합하는 형법상 성폭력법체계의 정비를 언급하고 있으나, 20대 국회에 제출된 개정안들은 성폭력의 개념과 보호법익의 일관성을 확보하기 위한 방향으로 비동의간음죄 도입은 고려하고 있지 않다.

그 외에 UN CEDAW 위원회의 권고에 따라 피해자 동의여부를 기준으로 성범죄를 판단하는 국제기준에 부합하는 법률 개정의 필요성을 제안이유로 언급한 개정안도 있다(송희경의원안).

2. 개정안의 내용 검토

현재 개정안들은 크게 비동의간음추행죄의 신설안(천정배의원안), 폭행·협박을 비동의로 변경하는 안(강창일의원안, 백혜련의원안, 나경원의원안), 폭행·협박에 비동의를 추가하는 안(홍철호의원안, 송희경의원안), 비동의 요건을 기본적 요건으로 하여 행위의 정도에 따라 가중적 구성요건을 구성하는 안(이정미의원안, 여성인권법연대안)으로 나눌 수 있다.

가. 비동의간음추행죄 신설안

비동의간음추행죄를 신설하는 안은 형법 제303조 업무상위력등간음 이하에 제303

조의2를 신설하여 “동의없이 사람을 간음추행하는 행위”로 규정하고, 간음행위인 경우 3년 이하의 징역 1천만원 이하의 벌금, 추행행위의 경우 1년 이하의 징역 500만원 이하의 벌금을 법정형으로 한다.

〈표 3-1〉 비동의간음추행죄 신설안(천정배의원안)

현행 형법 [법률 제13719호]	천정배의원안 (2012795)
(신설)	제303조의2(비동의 간음·추행) ① 동의없이 사람을 간음한 사람은 3년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다. ② 동의없이 사람을 추행한 사람은 1년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.
제305조의2(상습범) 상습으로 제297조, 제297조의2, 제298조부터 제300조까지, 제302조, 제303조 또는 제305조의 죄를 범한 자는 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중한다.	제305조의2(상습범) ----- ----- 제303조, 제303조의2----- -----.

천정배의원안에서 새로이 추가되는 비동의간음추행은 법정형을 업무상 위력간음추행보다는 낮추어 규정함으로써 강간, 강제추행 및 업무상위력간음추행보다 감경적인 구성요건으로 신설하는 안이다(표 3-2 참조).

〈표 3-2〉 비동의간음죄와 다른 성폭력범죄와의 관계(천정배의원안)

	범죄	행위수단	법정형
간음	비동의간음	비동의	3년 이하 1,000만 이하
	업무상위력간음	위계·위력	7년 이하 3,000만 이하
	강간	폭행·협박	3년 이상
유사강간	유사강간	폭행·협박	2년 이상
추행	비동의추행	비동의	1년 이하 500만원 이하
	업무상위력추행	위계·위력	3년 이하 1,500만원 이하
	강제추행	폭행·협박	10년 이하 1,500만원 이하

천정배의원안은 기존의 형법 성폭력범죄의 체계에 대한 변경없이 비동의간음죄를 신설하고 “동의없이”라는 요건을 규정하는 안으로, 기존 비동의간음죄 신설 논의에서 제기된 안과 가장 유사한 형태이다. 그러므로 “동의없이”의 범주에는 폭행 또는 협박이

없는 경우 내지 위계 위력이 행사되는 까지 포섭이 가능하며, 법정형이 업무상 위력간 음추행보다 낮으므로 “동의없이”에 대한 판단기준이 가장 완화될 수 있는 안이다.

그러나 본 개정안은 다음과 같은 한계가 있다. 첫째, 비동의간음죄의 신설은 기존의 유형력 요건을 그대로 둬으로써 기존의 형법상 성폭력법체계에서 발생하는 처벌 공백의 문제를 완전히 해결하는 안으로 보기 어렵다. UN CEDAW의 권고가 현행 성폭력법 체계를 유형력 중심이 아닌 동의 중심으로 변경하라는 요청이라는 점에서 권고의 방향에 부합되는 안이 아니라는 한계가 있다. 둘째, 비동의간음죄를 3년 이하의 자유형 또는 벌금형으로 설정하고 있는데, 본 개정안에 따르면 의사에 반하여 간음하는 행위에는 최협의 폭행·협박의 정도를 충족하지 않거나 특정한 관계는 없으나 위계 또는 위력에 의한 간음행위가 포섭된다는 점에서 3년 이하의 범죄로 설정한 것이 불법성의 정도와 비교하였을 때 적절한지 의문이 제기된다. 마지막으로 유사간음의 행위유형을 새로이 신설되는 조문에 포함시키지 않았는데, 불법성이 더 높은 간음행위의 경우 비동의 요건을 둬도 불구하고 유사간음행위에 비동의 요건을 제외하는 이유에 대해 별다른 근거를 제시하지 않고 있다.

나. 폭행·협박 요건을 비동의 요건으로 대체하는 안

폭행·협박을 구성요건으로 하는 강간죄, 유사강간죄, 강제추행죄에서 폭행·협박을 삭제하고 비동의를 규정하는 안으로 강창일의원안과 백혜련의원안, 나경원의원안이 여기에 해당된다.

〈표 3-3〉 유형력 요건을 비동의 요건으로 변경하는 안(강창일의원안, 백혜련의원안, 나경원의원안)

현행 형법 [법률 제13719호]	강창일의원안 (2012564)	백혜련의원안 (2012601)	나경원의원안 (2015354)
제297조(강간) 폭행 또는 협박으로 사람을 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.	제297조(강간) 상대방의 명백한 동의가 없는 상태에서 사람을 간음한 사람은 5년 이상의 유기징역에 처한다.	제297조(강간) 상대방의 의사에 반하여-----간음한 ----- -----.	제297조(강간) 상대방의 의사에 반하여-----간음한 ----- -----.
제297조의2(유사강간) 폭행 또는 협박으로 사람에게 대하여 구강, 항문	제297조의2(유사강간) 상대방의 명백한 동의가 없는 상태에서-----	제297조의2(유사강간) 상대방의 의사에 반하여-----	제297조의2(유사강간) 상대방의 의사에 반하여-----

현행 형법 [법률 제13719호]	강창일의원안 (2012564)	백혜련의원안 (2012601)	나경원의원안 (2015354)
등 신체(성기는 제외한다)의 내부에 성기를 넣거나 성기, 항문에 손가락 등 신체(성기는 제외한다)의 일부 또는 도구를 넣는 행위를 한 사람은 2년 이상의 유기징역에 처한다.	----- ----- ----- ----- ----- -----.	----- ----- ----- ----- ----- -----.	----- ----- ----- ----- ----- -----.
제298조(강제추행) 폭행 또는 협박으로 사람에 대하여 추행을 한 자는 10년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다	제298조(강제추행) <u>상대</u> <u>방의 명백한 동의가 없는 상태에서</u> ----- ----- ----- -----.	제298조(강제추행) <u>상대</u> <u>방의 의사에 반하여</u> ----- ----- ----- -----.	제298조(강제추행) <u>상대</u> <u>방의 의사에 반하여</u> ----- ----- ----- -----.
(…)			
제303조(업무상위력 등에 의한 간음) ①업무, 고용 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다.			제303조(업무상 관계 등에 의한 간음) ① ----- ----- ----- ----- -----10년-----5천만원----- ② <u>업무, 고용, 그 밖의 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독을 받거나 경제적·사회적 지위를 이용하여 사실상 영향력을 행사할 수 있는 사람에 대하여 명시적 동의없이 간음한 사람은 7년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.</u> ③ ----- ----- -----1년 이상 10년-----.
②법률에 의하여 구금된 사람을 감호하는 자가 그 사람을 간음한 때에는 7년 이하의 징역에 처한다.			
(…)			
		제305조의3(폭행 또는 협박) 사람의 저항을 현저히 곤란하게 하는 폭	제305조의3(폭행 또는 협박에 의한 강간 등) 폭행 또는 협박으로 제297

현행 형법 [법률 제13719호]	강창일의원안 (2012564)	백혜련의원안 (2012601)	나경원의원안 (2015354)
		행 또는 협박으로 제297조, 제297조의2, 제298조부터 제300조까지, 제302조, 제303조 또는 제305조의 죄를 범한 사람은 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중한다.	조, 제297조의2, 제298조 및 제300조의 죄를 범한 사람은 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중한다.

강창일의원안, 백혜련의원안, 나경원의원안은 모두 성폭력범죄의 기본유형을 강제적 요건에서 비동의의 요건으로 변경한다는 점에서 공통점이 있다. 그러나 비동의의 규정방식과 범위, 법정형에는 차이가 있는데, 강창일의원안의 경우 행위수단을 “상대방의 명백한 동의없는 상태에서”로 규정하고 강간죄에 한하여 법정형을 3년 이상의 징역에서 5년 이상의 징역으로 상향하였으며, 백혜련의원안과 나경원의원안은 “상대방의 의사에 반하여”라고 규정하고 기존의 강간, 유사강간, 강제추행의 법정형은 그대로 두는 대신 폭행 또는 협박이 있는 경우를 가중요건을 두고 있다. 백혜련의원안은 비장애성인을 대상으로 하는 간음, 유사간음, 추행 및 미성년자 또는 심신미약자에 대해 “사람의 저항을 현저히 곤란하게 하는 폭행 또는 협박”을 수단으로 하는 경우에 법률상 가중 규정을 둔다. 나경원의원안은 비장애성인을 대상으로 하는 간음, 유사간음, 추행이 “폭행 또는 협박”의 행위수단에 의해 이루어진 경우에 법률상 가중규정을 둔다. 또한 나경원의원안에서는 업무상위력간음에도 비동의의 요건을 도입하는데, 업무등비동의간음죄의 경우 경제적, 사회적 지위를 이용하여 사실상 영향력을 행사할 수 있는 사람과 명시적 동의를 구성요건으로 추가하여, 미투운동을 통해 확인된 처벌의 공백을 해결하고자 하였다. 이 개정안에 따르면, 업무 고용의 보호감독관계와 사실상의 지위관계를 이용하여 간음행위를 한 경우에 명시적 동의를 확인하지 않는다면 7년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다. 새로이 신설된 업무상등비동의의 간음죄와 법정형을 맞추기 위해, 기존의 피보호감독자간음은 법정형을 10년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금으로 상향하고 피금주자간음은 1년 이상 10년 이하의 징역으로 상향한다.

강창일의원안은 “명백한 동의가 없는 상태”를 명시함으로써 피고인이 성적행위의

전·후상황 등을 고려하여 묵시적 동의를 추정했다는 항변을 배제하도록 규정하였음에도 불구하고, 법정형을 상향함으로써 명백한 동의가 없었다는 입증의 부담을 가중시켰다고 볼 수 있다. 그러나 폭행, 협박 요건을 삭제함으로써 명백한 동의의 부재를 확인할 수 있는 요소로 폭행·협박 등 유형력의 존재가 제시될 수 있으므로 폭행·협박의 최협의설 완화의 결과를 기대할 수 있다. 그러나 업무상위력등간음에 대한 개정을 포함하고 있지 않기 때문에 법정형이 더 높은 강간죄의 “명백한 동의가 없는 상태”에 위계·위력에 의한 경우는 배제될 수밖에 없으며, 이를 고려할 때에 폭행·협박 등 유형력이 없는 동의 없는 성적행위유형의 경우에는 개정안 제297조 내지 제298조에 해당하지 않는다. 그러므로 강창일의원안은 기본적인 성폭력범죄를 상대방의 의사에 반한 행위로 정의하였음에도 불구하고 동의 없는 성적행위를 처벌하는 것이 아닌 폭행·협박의 정도를 완화하는 안이라고 평가할 수 있다. 그러므로 강창일의원안의 “명백한 동의 없는 상태에서”의 적용은 위력이 폭행·협박이 있는 경우를 포함한다는 점을 고려할 때에 저항을 곤란하게 하는 유형력의 정도가 입증되어야 가능하다.

백혜련의원안은 “의사에 반하는” 간음, 유사간음, 추행을 강간 및 유사강간, 강제추행으로 하고, 최협의 폭행·협박에 대해 가중요건을 규정함으로써 의사에 반하는 성적침해를 성폭력으로 정의하는 개념을 강간죄에 도입하는 안으로 평가할 수 있다. 그러나 강창일의원안과 마찬가지로 업무상위력등간음추행에 대한 개정을 포함하고 있지 않기 때문에, “의사에 반하는” 성적행위에 포섭되는 행위에서 위계·위력에 의한 경우와 폭행·협박이 없으며 거부 의사표시가 있는 경우는 배제된다. 결과적으로 백혜련의원안 역시 강창일의원안과 마찬가지로 비동의간음을 신설하는 안이 아닌 폭행·협박의 정도를 완화하는 안이라고 평가할 수 있다. 비동의를 “의사에 반하여” 고 규정하였으나 명시적인 또는 묵시적인 거부 의사의 존재는 항거곤란한 정도의 폭행 또는 협박의 입증으로 확인하게 될 뿐이다.

나경원의원안 역시 “의사에 반하는” 간음, 유사간음, 추행을 강간 및 유사강간, 강제추행으로 하고, 폭행·협박에 대해 가중요건을 규정함으로써 의사에 반하는 성적침해를 성폭력으로 정의하는 개념을 강간죄에 도입하는 안이다. 백혜련의원안과 달리 가중요건을 폭행·협박이라는 행위수단에 두고 있음에도 불구하고, 특정한 관계에서 위계·위력의 행위수단이 있는 경우에 명백한 동의가 없는 경우보다 법정형을 상향하고

있고 위계·위력의 행위수단으로 간음한 행위는 강제추행과 유사한 법정형을 두고 있어, “의사에 반하는” 성적행위는 백혜련의원안과 마찬가지로 항거가 곤란한 정도의 폭행·협박으로 성적행위를 한 경우에 한하여 적용된다. 그러므로 나경원의원안 역시 비동의 요건을 중심으로 성폭력법체계를 전환하는 것이 아니라 기존의 폭행·협박의 최협의설을 완화하는 안이다.

다. 유형력 요건과 비동의 요건을 함께 규정하는 안

폭행·협박을 구성요건으로 하는 강간죄, 유사강간죄, 강제추행죄에서 폭행·협박 이외에 비동의 요건을 추가하는 안으로 홍철호의원안과 송희경의원안이 여기에 해당된다.

〈표 3-4〉 유형력 요건과 비동의 요건을 함께 규정하는 안

현행 형법 [법률 제13719호]	홍철호의원안 (2012532)	송희경의원안 (201438)
제297조(강간) 폭행 또는 협박으로 사람을 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.	제297조(강간) 폭행이나 협박 또는 사람의 의사에 반하여 해당하는-----.	제297조(강간) 폭행이나 협박 또는 상대방의 동의없이-----.
제297조의2(유사강간) 폭행 또는 협박으로 사람에 대하여 구강, 항문 등 신체(성기는 제외한다)의 내부에 성기를 넣거나 성기, 항문에 손가락 등 신체(성기는 제외한다)의 일부 또는 도구를 넣는 행위를 한 사람은 2년 이상의 유기징역에 처한다.	제297조의2(유사강간) 폭행이나 협박 또는 사람의 의사에 반하여 해당하는-----.	제297조의2(유사강간) 폭행이나 협박 또는 상대방의 동의없이-----.
제298조(강제추행) 폭행 또는 협박으로 사람에 대하여 추행을 한 자는 10년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다		제298조(강제추행) 폭행이나 협박 또는 상대방의 동의없이-----.
(…)		
第339條(強盜強姦) 強盜가 사람을 強姦한 때에는 無期 또는 10年以上의 懲役에 處한다.	제339조(강도강간) 강도가 사람의 의사에 반하여 해당하는-----.	

홍철호의원안과 송희경의원안은 폭행·협박을 구성요건으로 하는 강간죄, 유사강간죄, 강제추행죄에서 간음, 유사간음, 추행의 행위수단으로 폭행·협박 이외에 비동의

요건을 추가하는 안이다. 두 개정안 모두 강제성의 의미에 의사에 반하는 행위를 포함하는 것으로, 홍철호의원안은 비동의 요건을 “사람의 의사에 반하여”로 하고, 송희경의원안은 “상대방의 동의없이”로 표시하였다는 점에서 차이가 있다.

홍철호의원안은 비동의 요건을 “사람의 의사에 반하는” 성적행위로 규정함으로써, 성적행위 당시에 피해자의 거부 또는 저항의사가 명시적으로 또는 묵시적으로 표시될 것과 범죄행위자가 성적행위의 대상이 되는 사람의 의사에 반한다는 것을 알거나 알 수 있었을 것을 요구한다. 그러나 현재 강간죄의 폭행·협박이 항거불능 또는 항거 곤란의 정도에 이르러야 하므로, 사람의 의사는 단지 거부의사를 표현하는 것으로는 부족하고 저항의사 형성과 표시를 의미하는 것으로 제한적으로 해석될 수밖에 없다. 위계·위력의 행위수단을 규정하고 있는 법률의 개정을 포함하고 있지 않기 때문에 이러한 해석은 체계적 해석을 통해 도출될 수 있는 유일한 결론이다. 이렇게 제한적으로 해석될 경우에는 이미 폭행 또는 협박의 구성요건이 실질적인 또는 추상적인 저항 행위가 제압되거나 제압될 수 있는 사정을 포함하는 것으로 해석되므로, 개정이유와 달리 “사람의 의사에 반하여”라는 규정의 추가가 법해석상 큰 변화를 초래하지 못할 가능성이 높다.

송희경의원안은 비동의 요건을 “상대방의 동의없이” 이루어지는 성적행위를 규정함으로써, 성적행위 당시에 피해자의 동의의사가 명시적 또는 묵시적으로 표현되거나 그러한 동의의사의 표현이 이루어질 가능성이 없거나 의사표시능력이 제한된 피해자의 상태가 존재하여 범죄행위자가 성적행위의 대상이 되는 사람의 동의가 없었다는 사실을 알거나 알 수 있었을 것을 요구한다. 비동의 요건을 표현하는 문구의 차이로 홍철호의원안에서 포함되지 않은 의사형성 능력이 없거나 제한되는 경우가 포함되나, 홍철호의원안과 마찬가지로 폭행 또는 협박의 행위수단을 그대로 둔 채 비동의 요건을 강간 등의 구성요건으로 추가함으로써 최협의 폭행·협박의 정도를 요구하는 판단 기준으로 인해 상대방의 명백한 동의의사에 반하는 정도로 해석될 가능성이 높다. 또한 동의의사 형성 가능성의 부재 역시 제한적인 상황이 아니라 불가능한 상황으로 제한적으로 해석되어 제299조에서 요구하는 심신상실 또는 항거불능의 정도와 해석상의 차이가 없어, 결국 명백한 동의의사의 명시적이거나 묵시적인 표현이 있는 상황에서만 적용될 수밖에 없다. 이 개정안 역시 위계·위력의 행위수단을 규정하고 있는

법률의 개정을 포함하고 있지 않기 때문에 제한적인 해석이 불가피하다. 명백한 동의에 반하는 성적행위를 규정한 강창일의원안과 비교해볼 때, 이 개정안은 폭행 또는 협박이라는 행위수단을 그대로 둠으로써 강창일의원안이 가지는 최협의 폭행 또는 협박을 완화하는 정도의 효과를 기대하기는 어렵지만, 현재 대법원에서 피해자의 거부사표시가 있는 경우에 실질적인 저항행위의 표시가 없더라도 추상적인 저항행위의 포기 또는 제압이 존재할 수 있는 객관적인 상황에 대해 판단하는 기준의 법률적인 근거를 명확하게 마련하게 되는 효과를 기대할 수 있다.

라. 제32장 전면 개정안

비동의 요건을 중심으로 제32장을 전면 개정하는 안으로는 여성인권법연대안과 이정미의원안이 있다. 두 개정안 모두 형법 및 성폭력범죄 처벌 등에 관한 특례법과 아동·청소년의 성보호에 관한 법률을 전면 또는 일부를 형법에 통합하는 안이다.

여성인권법연대안은 형법 제32장 강간과 추행의 죄를 전면 개정하는 안으로 비동의 간음등을 기본구성요건으로 하고 행위의 정도에 따라 가중적 구성요건을 두는 방식으로 구성된다.

〈표 3-5〉 여성인권법연대안(임종인의원대표발의, 176449)

개 정 안
제32장 성적 자기결정권을 침해하는 죄 제297조(동의없는 성적 행동 등) ① 사람에게 대하여 그가 동의하지 아니함을 알면서 성적 행동을 한 자는 1년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다. ② 사람에게 대하여 그가 동의하지 아니함을 알면서 간음한 자는 3년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다. 제298조(성적 행동의 강요) ① 폭행, 협박 또는 위력으로 사람에게 대하여 성적 행동을 한 자는 1년 이상의 유기징역에 처한다. ② 제1항의 방법으로 피해자에게 제3자의 성적 행동을 받아들이게 하거나 피해자로 하여금 자기 또는 제3자에게 성적 행동을 하도록 한 자도 제1항의 형과 같다. 제299조(강간) ① 폭행, 협박 또는 위력으로 사람을 강간한 자는 2년 이상의 유기징역에 처한다. ② 제1항의 방법으로 피해자에게 제3자의 간음을 받아들이게 하거나 피해자로 하여금 자기 또는 제3자에게 간음하도록 한 자도 제1항의 형과 같다. 제299조의2(중강간 등) ① 다음 각 호의 방법으로 제298조의 죄를 범한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

개 정 안

1. 피해자의 저항을 현저히 곤란하게 하는 정도의 폭행이나 협박을 사용한 때
2. 사람의 심신상실 또는 항거불능상태를 이용한 때
3. 흉기나 그 밖의 위험한 물건을 휴대한 때
4. 2인 이상이 합동하여 죄를 범한 때
- ② 제1항 각 호의 방법으로 제299조의 죄를 범한 자는 5년 이상의 징역에 처한다.

제299조의3(친족관계 등에 의한 가중) ① 친족관계에 있는 자 또는 교육, 업무, 고용, 종교나 그 밖의 관계로 인하여 타인을 보호·감독하는 지위에 있는 자가 성적 자기결정권을 침해하는 죄를 범한 때에는 다음의 구별에 따라 각각 처벌한다.

1. 제297조 제1항의 죄는 3년 이하의 징역
2. 제297조 제2항의 죄는 7년 이하의 징역
3. 제298조의 죄는 3년 이상의 유기징역
4. 제299조의 죄는 5년 이상의 유기징역
5. 제299조의2제1항의 죄는 4년 이상의 유기징역
6. 제299조의2제2항의 죄는 6년 이상의 유기징역
- ② 제1항에서의 친족의 범위는 4촌 이내의 혈족과 4촌 이내의 인척으로 하되, 사실상의 관계에 의한 친족을 포함한다.

제299조의4(13세 미만의 아동에 대한 강간 등) ① 13세 미만의 아동에 대하여 성적 자기결정권을 침해하는 죄를 범한 때에는 다음의 구별에 따라 처벌한다.

1. 제298조의 죄는 2년 이상의 유기징역
2. 제299조의 죄는 5년 이상의 유기징역
3. 제299조의2제1항의 죄는 4년 이상의 유기징역
4. 제299조의2제2항의 죄는 6년 이상의 유기징역
- ② 위계에 의하여 13세 미만의 아동에 대하여 성적 행동을 하거나 간음한 자는 제1항 제1호 또는 제2호의 예에 따른다.

제299조의5(특수강도강간 등) ① 제319조 제1항, 제330조, 제331조 또는 제342조(제330조 및 제331조의 미수범에 한한다)의 죄를 범한 자가 제298조부터 제299조의2까지의 죄를 범한 때에는 무기 또는 5년 이상의 유기징역에 처한다.

- ② 제334조(미수범을 포함한다)의 죄를 범한 자가 제298조부터 제299조의2까지의 죄를 범한 때에는 무기 또는 10년 이상의 유기징역에 처한다.

제300조(장애인에 대한 간음 등) 신체 또는 정신상의 장애가 있는 사람에 대하여 위계에 의하여 성적 행동을 하거나 간음한 자는 제298조 또는 제299조의 예에 따른다.

제301조(강간 등 상해·치상) ① 제298조의 죄를 범한 자 또는 그 미수범이 사람을 상해하거나 상해에 이르게 한 때에는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

- ② 제299조, 제299조의2, 제299조의3제1항 제3호부터 제5호까지, 제299조의4제1항 제1호부터 제3호까지 또는 같은 조 제2항의 죄를 범한 자 또는 그 미수범이 사람을 상해하거나 상해에 이르게 한 때에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

- ③ 제299조의3제1항 제6호, 제299조의4제1항 제4호 및 제299조의5제1항의 죄를 범한 자 또는 그 미수범이 사람을 상해에 이르게 한 때에는 무기 또는 7년 이상의 유기징역에 처한다.

제301조의2(강간 등 살인·치사) ① 제298조부터 제300조까지의 죄를 범한 자 또는 그 미수범이 사람을 살해한 때에는 사형 또는 무기징역에 처한다.

- ② 제298조부터 제300조까지의 죄를 범한 자 또는 그 미수범이 사람을 사망에 이르게 한 때에는 무기 또는 10년 이상의 유기징역에 처한다.

제302조(미수범) 제298조부터 제300조까지, 제301조(다만, 상해에 이르게 한 자는 제외한다) 및 제

개 정 안

301조의2제1항의 미수범은 처벌한다.

제303조(업무상 지위를 이용한 성적 행동 등) ① 교육, 업무, 고용, 종교나 그 밖의 관계로 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람에 대하여 그 보호·감독권을 남용하여 성적 행동이나 간음을 한 자에 대하여는 다음의 구별에 따라 처벌한다.

1. 미성년자 또는 장애인에 대하여 성적 행동을 한 자는 10년 이하의 징역
 2. 미성년자 또는 장애인에 대하여 간음한 자는 1년 이상의 유기징역
 3. 제1호 및 제2호에 해당하는 사람 외의 사람에 대하여 성적 행동을 한 자는 7년 이하의 징역
 4. 제1호 및 제2호에 해당하는 사람 외의 사람에 대하여 간음한 자는 10년 이하의 징역
- ② 법률에 따라 구금된 사람을 감호하는 자가 그 사람에 대하여 성적 행동이나 간음을 한 때에는 다음의 구별에 따라 처벌한다.
1. 성적 행동을 한 자는 1년 이상의 유기징역
 2. 간음한 자는 2년 이상의 유기징역

(제304조 삭제)

제305조(미성년자에 대한 성적 행동) 13세 미만의 아동에게 성적 행동을 하거나 간음한 자는 제298조, 제299조, 제301조 또는 제301조의2의 예에 따른다.

제305조의2(공중밀집장소에서의 성적 행동) 대중교통수단, 공연 또는 집회장소나 그 밖에 공중이 밀집하는 장소에서 사람에 대하여 성적 행동을 한 자는 1년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

제305조의3(통신매체이용 음란) 자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적으로 전화·우편·컴퓨터, 그 밖의 통신매체를 이용하여 성적수치심이나 혐오감을 일으키는 말이나 음향, 글, 도화, 영상 또는 물건을 상대방에게 도달하게 한 자는 2년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금에 처한다.

제305조의4(카메라 등 이용 촬영) ① 카메라, 그 밖에 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 타인의 신체를 그 의사에 반하여 촬영하거나 그 촬영물을 반포·판매·임대 또는 공연히 전시하거나 상영한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.
② 영리목적으로 제1항의 촬영물을 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조 제1항 제1호의 정보통신망을 이용하여 유포한 자는 7년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

제306조(고소) 제297조, 제305조의2, 제305조의3의 죄는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.

제306조의2(정의) ① 이 장에서 “성적 행동”이란 피해자의 성적 수치심이나 성적 혐오감을 불러일으키는 행위를 말한다.

② 이 장에서 “강간” 또는 “간음”이란 다음의 행위를 말한다.

1. 성기·구강·항문 등 신체 내부로 성기를 삽입하는 행위
2. 신체의 일부 또는 도구를 이용하여 성기 또는 항문에 삽입하는 행위

제306조의3(정의) 이 장에서 규정하는 “사람”은 법률상 또는 사실상의 혼인관계에 있는 배우자를 포함한다.

여성인권법연대안은 동의없는 성적 행동 및 간음을 제297조에 규정함으로써 그것이 이 형법상 성폭력범죄의 기본적인 범죄유형이라는 점을 분명하게 한다. 그리고 폭행, 협박, 위력으로 성적 행동 및 간음행위를 가중적 구성요건으로 두고, 최협의 폭행·협박, 준강간, 특수강간 등의 경우를 가중처벌하는 것으로 규정하여, 기존의 형법 제32

장의 법체계 및 구조를 전면적으로 변경한다. 이 개정안은 법체계 및 구조의 변경뿐만 아니라 제32장이 정조가 아닌 성적 자기결정권을 침해하는 범죄임을 분명히 하는 보호법익에 따른 개념과 용어의 변경도 시도한다. 그러므로 간음 또는 추행이라는 용어를 최대한 제거하고 이를 성적 행동으로 변경하며, 성교행위가 아닌 삽입행위의 경우를 모두 강간 또는 간음행위로 포섭함으로써 정조의 평가에 기초한 성기에 대한 성기 삽입과 그 외의 삽입행위에 대한 불법성에 대한 평가를 제거하고 동일한 불법성으로 다룬다.

- 성적 행동: 성적 수치심이나 성적 혐오감정을 불러일으키는 행위
- 간음/강간: 성기와 신체 등 성기삽입행위, 신체 내 도구삽입행위
- 동의없는 성적 행동: 사람에게 대해 동의하지 않음을 알면서 성적 행동한 경우 1년 이하 5백만원 이하 벌금(친고죄), 사람에게 대해 동의하지 않음을 알면서 간음한 경우 3년 이하 1천만원 이하 벌금(친고죄)
- 성적 행동의 강요: 폭행, 협박, 위력으로 성적 행동한 경우 1년 이상 징역
- 강간: 폭행, 협박, 위력으로 강간한 경우 2년 이상 징역
- 중강간: 피해자의 저항을 현저히 곤란하게 하는 정도의 폭행이나 협박을 사용한 때, 사람의 심신상실 또는 항거불능상태를 이용한 때, 흉기 기타 위험한 물건을 휴대한 때, 2인 이상이 합동하여 죄를 범한 때에 성적행동의 강요적인 경우 3년 이상, 강간죄의 경우 5년 이상 징역
- 업무상위력등에 의한 성적 행동: 교육, 업무, 고용, 종교 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람에 대하여 그 보호 또는 감독의 관계를 이용하여 성적 행동한 경우 7년 이하 징역, 간음한 경우 10년 이하의 징역

여성인권법연대안은 동의없는 성적 행동이 있었을 때 법정형을 1년 이하로 가장 낮게 두고 친고죄로 규정하고 위력의 경우를 협의의 폭행·협박과 동일한 구성요건으로 묶으로써 동의없는 성적 침해를 폭행·협박 또는 위계·위력 등 어떠한 유형력도 행사되지 않는 상대방이 동의하지 않은 경우만을 포섭하도록 규정하는 것이 특징이다. 또한 업무상위력간음 등의 법정형을 상향함으로써 보호감독관계 등이 아닌 위력을 협의의 폭행·협박과 동일한 강제력 요건으로 묶으로써 강제력 요건을 유형력 존재 여부 뿐 아니라 심리적 강제 역시 포섭할 수 있도록 규정하였다.

이 개정안에서 비동의의 요건은 “사람에 대해 동의하지 않음을 알면서”로 규정되는데, 여기에서는 행위 당시 피해자의 비동의의사가 명시적으로 또는 묵시적으로 표현됨으로써 범죄행위자가 알거나 알 수 있었을 것을 성폭력범죄를 성립하게 하는 구성요건으로 본다. 그러므로 범죄행위자의 피해자 비동의의사에 대한 인식을 입증하게 되면 동의 없는 성적 행동 등으로 처벌가능하다. 앞서 살펴보았던 다른 개정안들과 달리 폭행·협박 등 기존의 유형력 요건을 둔 성적행위유형을 모두 개정의 범위에 포함시켰으며 비동의 요건의 경우 친고죄로 규정함으로써, 동의없는 성적 행동에 포섭되는 행위는 행위시 범죄행위자의 폭행 또는 협박, 위력의 이용 또는 행사가 존재하지 않았으나 피해자가 거부의를 표현했음에도 불구하고 성적 행위를 한 경우까지도 포함될 수 있다. 그리고 위계를 이용한 고의가 인정되면 피해자의 동의없음을 알았다는 것이 추정되므로 비장애 성인을 대상으로 한 위계를 이용한 성적행위 역시 동의없는 성적행위로 포섭될 것이다.

폭행, 협박, 위력을 행위수단으로 하는 성적 행동의 강요 내지 강간에 대해서, 개정안의 취지에 따르면 협의의 폭행 또는 협박을 포섭하기 위한 것으로 설명하고 있으나,⁶⁹⁾ 이미 강요라는 표현에 내재한 상대방의 거부 또는 저항의 제압이라는 의미가 포함되며, 폭행 또는 협박의 행위수단과 성적 행동 내지 간음과의 인과관계가 요구된다는 점을 볼 때 개정안의 강간 또는 성적 행동의 강요 규정에서 행위수단은 협의의 폭행 또는 협박 정도를 넘어서는 저항을 곤란하게 하는 정도를 요구하도록 해석된다. 또한 폭행 또는 협박과 함께 위력을 규정함으로써 범죄행위자의 사회적 지위와 권력적 요소로 인한 두려움과 공포가 존재하는 경우에 유형력이 행사된 경우와 동일하게 성폭력으로 처벌할 수 있도록 두고 있어,⁷⁰⁾ 최근 미투운동을 통해 고발된 업무상 보호감독관계가 존재하지 않으나 사실상의 지위와 권력을 이용하는 행위에 대해서 포섭할 수 있다는 점은 긍정적이나, 폭행, 협박과 마찬가지로 위력과 성적 행동 간의 인과관계가 필요하다는 점에서 범죄행위자의 지위와 권력적 요소의 이용이라는 점이 보다 분명하게 부각되기 위해서는 구성요건적 표지로 등장할 필요가 있다.

이정미의원안은 명백한 거부 의사 표시에 반한 강간죄를 기본적 범죄유형으로 하고

69) 이호중(2007), “성폭력 형법 개정안의 주요 내용과 쟁점”, 여성인권법연대, 〈성폭력 관련 형법개정안 공청회〉 자료집(2007. 8.), 20쪽.

70) 앞의 글, 21쪽.

가중적 구성요건을 규정하는 전면 개정안이다.

〈표 3-6〉 이정미의원안(2015062)

개 정 안

제32장 성적(性的) 자기결정권 침해의 죄

제297조(저항이 곤란한 폭행·협박에 의한 강간) ① 사람의 저항을 현저히 곤란하게 하는 폭행 또는 협박으로 사람을 강간한 사람은 4년 이상의 유기징역에 처한다.

② 흉기 또는 그 밖의 위험한 물건을 휴대하거나 2명 이상이 합동하여 사람을 강간한 사람은 무기징역 또는 5년 이상의 유기징역에 처한다.

③ 제1항 또는 제2항의 방법으로 4촌 이내의 혈족·인척과 동거하는 친족을 강간한 사람은 7년 이상의 유기징역에 처한다. 친족에는 사실상의 관계에 의한 친족을 포함한다.

④ 제1항 또는 제2항의 방법으로 13세 이상 19세 미만의 사람을 강간한 사람은 무기징역 또는 7년 이상의 유기징역에 처한다.

⑤ 제1항 또는 제2항의 방법으로 13세 미만의 사람을 강간한 사람은 무기징역 또는 10년 이상의 유기징역에 처한다.

⑥ 제1항 또는 제2항의 방법으로 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람을 강간한 사람은 무기징역 또는 7년 이상의 유기징역에 처한다.

⑦ 제1항 또는 제2항의 방법으로 사람에 대하여 구강, 항문 등 신체(성기는 제외한다)의 내부에 성기를 넣거나 성기, 항문에 손가락 등 신체(성기는 제외한다)의 일부 또는 도구를 넣는 행위를 한 사람은 2년 이상의 유기징역에 처한다.

제298조(폭행·협박에 의한 강간) ① 폭행 또는 협박으로 사람을 강간한 사람은 2년 이상의 유기징역에 처한다.

② 제1항의 방법으로 4촌 이내의 혈족·인척과 동거하는 친족을 강간한 사람은 3년 이상의 유기징역에 처한다. 친족에는 사실상의 관계에 의한 친족을 포함한다.

③ 제1항의 방법으로 13세 이상 19세 미만의 사람을 강간한 사람은 무기징역 또는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

④ 제1항의 방법으로 13세 미만의 사람을 강간한 사람은 무기징역 또는 5년 이상의 유기징역에 처한다.

⑤ 제1항의 방법으로 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람을 강간한 사람은 무기징역 또는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

⑥ 제1항의 방법으로 사람에 대하여 구강, 항문 등 신체(성기는 제외한다)의 내부에 성기를 넣거나 성기, 항문에 손가락 등 신체(성기는 제외한다)의 일부 또는 도구를 넣는 행위를 한 사람은 1년 이상의 유기징역에 처한다.

제299조(거부의사 표시에 반한 강간) ① 사람의 명백한 거부의사 표시에 반하여 강간한 사람은 1년 이상의 유기징역에 처한다.

② 4촌 이내의 혈족·인척과 동거하는 친족의 명백한 거부의사 표시에 반하여 강간한 사람은 2년 이상의 유기징역에 처한다. 친족에는 사실상의 관계에 의한 친족을 포함한다.

③ 13세 이상 19세 미만인 사람의 명백한 거부의사 표시에 반하여 강간한 사람은 무기징역 또는 2년 이상의 유기징역에 처한다.

④ 13세 미만인 사람의 명백한 거부의사 표시에 반하여 강간한 사람은 무기징역 또는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

⑤ 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람의 명백한 거부의사 표시에 반하여 강간한 사람은 무기징역 또는 2년 이상의 유기징역에 처한다.

⑥ 업무, 고용 그 밖의 관계로 인하여 자기의 보호, 감독을 받는 사람의 명백한 거부의사 표시에 반하여 위력으로 강간한 사람은 1년 6월 이상의 유기징역에 처한다.

개 정 안

⑦ 사람의 명백한 거부 의사 표시에 반하여 구강, 항문 등 신체(성기는 제외한다)의 내부에 성기를 넣거나 성기, 항문에 손가락 등 신체(성기는 제외한다)의 일부 또는 도구를 넣는 행위를 한 사람은 15년 이하의 유기징역에 처한다.

제300조(준강간 등) ① 사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 사람을 강간한 사람은 3년 이상의 유기징역에 처한다.

② 제1항에도 불구하고 13세 미만의 사람에 대하여 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 강간한 사람은 10년 이상의 유기징역에 처한다.

③ 사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 구강, 항문 등 신체(성기는 제외한다)의 내부에 성기를 넣거나 성기, 항문에 손가락 등 신체(성기는 제외한다)의 일부 또는 도구를 넣는 행위를 한 사람은 2년 이상의 유기징역에 처한다.

④ 제3항에도 불구하고 13세 미만의 사람에 대하여 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 구강, 항문 등 신체(성기는 제외한다)의 내부에 성기를 넣거나 성기, 항문에 손가락 등 신체(성기는 제외한다)의 일부 또는 도구를 넣는 행위를 한 사람은 7년 이상의 유기징역에 처한다.

제301조(강간 상해·치상) ① 제297조의 죄를 범한 사람이 사람을 상해하거나 상해에 이르게 한 때에는 무기징역 또는 7년 이상의 유기징역에 처한다.

② 제1항에도 불구하고 제297조 제1항 또는 제2항의 방법으로 13세 미만의 사람을 강간한 사람이 사람을 상해하거나 상해에 이르게 한 때에는 무기징역 또는 10년 이상의 유기징역에 처한다.

③ 제298조의 죄를 범한 사람이 사람을 상해하거나 상해에 이르게 한 때에는 무기징역 또는 5년 이상의 유기징역에 처한다.

④ 제3항에도 불구하고 제298조 제1항의 방법으로 13세 미만의 사람을 강간한 사람이 사람을 상해하거나 상해에 이르게 한 때에는 무기징역 또는 7년 이상의 유기징역에 처한다.

⑤ 제299조의 죄를 범한 사람이 사람을 상해하거나 상해에 이르게 한 때에는 무기징역 또는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

⑥ 제5항에도 불구하고 13세 미만인 사람의 명백한 거부 의사 표시에 반하여 강간한 사람이 사람을 상해하거나 상해에 이르게 한 때에는 무기징역 또는 5년 이상의 유기징역에 처한다.

⑦ 제300조의 죄를 범한 사람이 사람을 상해하거나 상해에 이르게 한 때에는 무기징역 또는 5년 이상의 유기징역에 처한다.

제302조(강간 살인·치사) ① 제297조부터 제300조까지의 죄를 범한 사람이 사람을 살해한 때에는 사형 또는 무기징역에 처한다.

② 제297조 또는 제298조의 죄를 범한 사람이 사람을 사망에 이르게 한 때에는 무기징역 또는 10년 이상의 유기징역에 처한다.

③ 제299조 또는 제300조의 죄를 범한 사람이 사람을 사망에 이르게 한 때에는 7년 이상의 유기징역에 처한다.

④ 제2항 및 제3항에도 불구하고 13세 미만의 사람을 사망에 이르게 한 때에는 무기징역 또는 15년 이상의 유기징역에 처한다.

제303조(강제추행) ① 폭행 또는 협박으로 사람에 대하여 추행을 한 사람은 10년 이하의 유기징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

② 제1항에도 불구하고 13세 미만의 사람에 대하여 폭행 또는 협박으로 추행을 한 사람은 5년 이상의 유기징역 또는 3천만원 이상 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

③ 사람의 동의없이 사람에 대하여 추행을 한 사람은 3년 이하의 유기징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

제304조(업무상 위력 등에 의한 간음·추행) ① 업무, 고용 그 밖의 관계로 인하여 자기의 보호, 감독을 받는 사람에 대하여 위계 또는 위력으로 간음한 사람은 15년 이하의 유기징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

개 정 안

- ② 법률에 의하여 구금된 사람을 감호하는 사람이 구금된 사람을 간음한 때에는 17년 이하의 유기징역에 처한다.
- ③ 업무, 고용 그 밖의 관계로 인하여 자기의 보호, 감독을 받는 사람에 대하여 위계 또는 위력으로 추행한 사람은 5년 이하의 유기징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.
- ④ 법률에 의하여 구금된 사람을 감호하는 사람이 구금된 사람을 추행한 때에는 7년 이하의 유기징역 또는 2천500만원 이하의 벌금에 처한다.

제305조(13세 미만의 사람 등에 대한 특례) ① 13세 미만의 사람에 대하여 간음한 사람은 제297조 제5항, 제298조 제4항, 제299조 제4항, 제301조 제2항·제4항·제6항, 제302조 제1항·제4항의 예에 따른다.

② 19세 이상의 사람이 장애 청소년(「장애인복지법」 제2조 제1항에 따른 장애인으로서 신체적인 또는 정신적인 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 13세 이상의 청소년을 말한다. 이하 이 조에서 같다)을 간음하거나 장애 청소년으로 하여금 다른 사람을 간음하게 하는 경우에는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

③ 19세 이상의 사람이 장애 청소년을 추행한 경우 또는 장애 청소년으로 하여금 다른 사람을 추행하게 하는 경우에는 10년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

제305조의2 (장애인 보호·감독자 등에 대한 형의 가중) 장애인의 보호, 교육 등을 목적으로 하는 시설의 장 또는 종사자가 보호, 감독의 대상인 장애인에 대하여 본 장의 죄를 범한 경우에는 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중한다.

제306조(미수범 처벌) 제297조부터 제305조까지의 미수범은 처벌한다.

제306조의2(상습범 가중) 상습으로 제297조부터 제300조까지, 제303조부터 제305조까지 및 제306조의 죄를 범한 사람은 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중한다.

이정미의원안은 성폭력범죄의 행위유형은 간음, 유사간음, 추행으로 그대로 유지하지만 행위수단을 비동의, 명백한 거부 의사표시에 반하여, 폭행·협박, 저항을 현저히 곤란하게 하는 폭행·협박으로 나누는 안이다. 그러나 간음 및 유사간음의 경우와 추행의 경우에 행위수단을 다르게 설정하고 있는데, 간음과 유사간음의 행위유형의 경우에 명백한 거부 의사표시에 반하여, 폭행·협박, 저항을 현저히 곤란하게 하는 폭행·협박의 행위수단을 설정한다. 현행 형법상 강간죄와 비교하였을 때 형량을 가중하고, 그보다 낮은 정도의 폭행·협박과 명백한 거부 의사표시에 반하는 행위에 대해서는 형량을 감경한다. 심신상실 또는 항거불능을 이용한 간음 또는 유사간음인 경우 저항을 현저히 곤란하게 하는 폭행·협박보다는 형량을 감경한다. 추행유형에 대해서는 행위수단을 폭행·협박, 비동의로 정한다. 현행 형법상 강제추행 규정을 그대로 유지한 채 비동의의 추행을 감경적 요건으로 신설한다.

- 저항이 곤란한 폭행·협박에 의한 강간: 사람의 저항을 현저히 곤란하게 하는 폭행·협박 강간 4년 이상 징역, 흉기·휴대 또는 2인 이상 합동 강간 무기 또는 5년 이상

징역, 현저히 곤란한 폭행·협박 또는 흥기휴대 2인이상 합동 유사강간 2년 이상 유기 징역

- 저항곤란 폭행·협박 강간의 가중적 구성요건: 친족 강간 7년 이상, 13세 이상 19세 미만 및 장애인 강간 무기 또는 7년 이상, 13세 미만 강간 무기 또는 10년 이상
- 폭행·협박 강간: 폭행·협박 강간 2년 이상 징역, 폭행·협박 유사강간 1년 이상 징역
- 폭행·협박 강간의 가중적 구성요건: 친족 강간 3년 이상, 13세 이상 19세 미만 및 장애인 강간 무기 또는 3년 이상, 13세 미만 강간 무기 또는 5년 이상
- 거부 의사표시에 반한 강간: 명백한 거부 의사표시에 반하여 강간 1년 이상 징역, 명백한 거부 의사표시에 반하여 유사강간 15년 이하 징역
- 거부 의사표시에 반한 강간의 가중적 구성요건: 친족 강간 2년 이상, 13세 이상 19세 미만 및 장애인 강간 무기 또는 2년 이상, 13세 미만 강간 무기 또는 3년 이상, 업무상 보호감독관계 1년 6월 이상 징역
- 준강간: 심신상실 또는 항거불능 이용 강간 3년 이상, 유사강간 2년 이상
- 준강간 가중적 구성요건: 13세 미만 강간 10년 이상, 13세 유사강간 7년 이상
- 강제추행: 폭행·협박 추행 10년 이하 2천만원 이하,
- 강제추행의 가중적 구성요건: 13세 미만 강제추행 5년 이상 5천만원 이하
- 비동의 추행: 동의없이 사람에 대해 추행 3년 이하 징역 1년 만원 이하 벌금
- 업무상 위력등에 의한 간음추행: 업무, 고용 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람에 대하여 위계 또는 위력으로 간음 15년 이하 3천만원 이하, 업무, 고용 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람에 대하여 위계 또는 위력으로 추행 5년 이하 2천만원 이하, 법률상 피구금자 간음 17년 이하, 피법률구금자 7년 이하
- 13세 미만 사람 간음 등은 13세 미만 강간 등과 동일하게, 장애인 13세 이상 19세 미만 간음 3년 이상, 장애인 13세 이상 19세 미만 추행 10년 이하 2천만원 이하
- 장애인 보호감독자, 상습 법률상 가중

이정미의원안은 강간죄 성립의 구성요건을 명백한 거부 의사표시, 협의의 폭행·협박, 최협의 폭행·협박이라는 3단계로 구분하고 있다는 점에서 강간의 개념을 비동의 요건을 통해 재정립하려는 시도라고 평가할 수 있다. 그러나 간음, 유사간음, 추행의 행위유형에 대한 구분이 법정형의 차이로 나타나는 불법성의 경증뿐만 아니라 행위수단의 설정을 다르게 함으로써 성폭력범죄를 구성하는 행위속성의 본질적인 차이가

존재한다는 점을 전제하고 있다. 이러한 설정은 추행행위가 간음행위에 비해 기습적으로 또는 짧은 시간동안 이루어질 수 있는 행위상 특성이 있다는 점을 고려한 것으로 보인다. 그러나 실제 사례들에서 성기 삽입을 동반하는 행위 역시 기습적으로 또는 짧은 시간이 이루어진 경우들이 존재하며(모델에게 특정한 포즈를 요구한 뒤 갑작스럽게 옷을 내리고 삽입행위를 한 경우, 앉아있는 피해자 앞에서 자위행위를 하다가 갑작스럽게 피해자 입으로 가져간 경우 등) 성폭력범죄의 미수범에 대한 처벌규정이 있는데도 불구하고, 굳이 구성요건을 다르게 둘 정도로 현격한 행위 본질상의 차이가 있다고 보기 어렵다. 간음 및 유사간음행위의 경우 명백한 거부 의사표시에 반하는 것으로 규정함으로써 말이나 행동을 통해 표현되는 거부 의사표시를 명시적으로 한 경우로 한정하고 추행행위의 경우에 동의에 반하는 것으로 규정함으로써 명시적인 또는 묵시적인 동의가 존재하지 않거나 능력 또는 상황에 의해 동의를 할 수 없어 동의가능성이 없는 상황을 포괄한다. 의사에 반한 행위와 동의가 없는 행위는 그 적용범위에서 본질적인 차이가 있음에도 불구하고 행위유형에 따라 다른 구성요건을 설정함으로써 체계적인 혼란을 가져올 뿐만 아니라 간음과 유사간음, 추행이 가지는 성적침해의 속성에 대해 본질적인 차이를 설정한다는 한계가 있다.

이러한 문제는 피보호자에 대한 위계·위력간음에서도 반복되는데, 위계·위력간음이 명백한 의사에 반한 강간보다 범형정이 낮게 규정되어 있어 명백한 거부 의사표시를 제한하는 보호감독관계에서 위계 또는 위력의 행위수단을 통해 간음하는 행위가 명백한 의사표시를 할 수 있는 사람에 대해 그 의사에 반한 간음행위보다 비난가능성이 더 낮은 것으로 설정하고 있다. 이로 인해 가해자와 피해자의 지위로 인해 발생하는 취약성에 대해 제대로 고려되지 못한다.

3. 소결

비동의간음죄 신설 또는 비동의요건을 추가하는 형법개정법률안들의 대부분은 개정의 필요성을 강간죄의 최협의 폭행·협박로 인한 처벌의 흠결을 극복하기 위해 형법상 성폭력범죄의 행위수단에 대한 개정안을 제시하였다. 이러한 개정안들은 최협의 폭행·협박의 완화 효과를 가질 수 있을지 모르나, 이미 앞에서 검토한 바와 같이 현재 판례의

태도가 최협의설을 완화하고 있다는 점에서 법률개정을 통한 변화의 폭은 그리 크지 않을 것으로 예상된다. 제32장의 전면 개정안을 제시한 여성인권법연대안과 이정미의 원안을 제외한 나머지 개정법률안들은 사실상 최근 UN CEDAW위원회의 한국 정부에 대한 권고인 성폭력법체계의 개선 요구에 부합하는 안은 아니다. 향후 판례분석으로 통해서도 나타나지만, 우리의 경우 처벌의 흠결보다는 오히려 비일관적인 판례의 태도로 인한 강간죄 등의 체계적이고 일관된 적용이 이루어지지 못하는 문제를 가지고 있고, 형법상 성폭력범죄 행위수단별로 폭행·협박의 해석 확대에도 불구하고 위계·위력, 심신상실 또는 항거불능의 이용에 대한 규정과 해석의 한계가 공존하고 있어 전반적인 법체계의 혼란이 야기된다는 문제를 가지고 있다. 그러므로 제32장의 전면개정을 통해 종합적이고 체계적인 개선이 필요하며, 이때에 국제사회에서 요구하는 성폭력 형법체계의 방향인 동의 없는 성적 자기결정권 침해의 범죄화에 대해 우리 형법 체계에 부합하는 개선방향을 검토할 필요가 있다. 제32장 전면개정을 위해서는 행위유형과 행위수단을 체계적으로 검토하여 불법성의 경중에 따른 법체계를 정립하고, 이에 대한 규정을 우리 형법 규정의 방식에 부합하도록 간결화할 필요가 있다.

제 4 장



해외의 비동의요건 도입 및 법률규정에 대한 검토

장 다 혜

해외의 비동의요건 도입 및 법률규정에 대한 검토

성적 자기결정권을 인간의 존엄성의 한 측면으로 보호하기 위한 형법의 체계구성을 위해 미국뿐만 아니라 유럽의 몇몇 국가들은 비동의 요건만을 둔 조문을 두고 있다. 오스트리아 형법(StGB-Österreich) 제205a조는 다른 성폭력 유형의 변경없이 비동의 간음죄를 신설하는 방식으로 성적 자기결정권 침해죄를 규정하여 의사에 반한 행위에 대해 2년 이하 징역으로 경미범죄로 처벌하도록 규정하고 있다.⁷¹⁾ 이와 달리 벨기에의 경우 형법(Code Pénal) 제375조는 동의가 없는 사람에 대해 성적 삽입행위를 강간으로 규정하고 있으며,⁷²⁾ 영미법체계인 영국이나 아일랜드⁷³⁾의 경우 강간의 규정을

71) § 205a StGB Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung

- (1) Wer mit einer Person gegen deren Willen, unter Ausnützung einer Zwangslage oder nach vorangegangener Einschüchterung den Beischlaf oder eine dem Beischlaf gleichzusetzende geschlechtliche Handlung vornimmt, ist, wenn die Tat nicht nach einer anderen Bestimmung mit strengerer Strafe bedroht ist, mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen.
- (2) Ebenso ist zu bestrafen, wer eine Person auf die im Abs. 1 beschriebene Weise zur Vornahme oder Duldung des Beischlafes oder einer dem Beischlaf gleichzusetzenden geschlechtlichen Handlung mit einer anderen Person oder, um sich oder einen Dritten geschlechtlich zu erregen oder zu befriedigen, dazu veranlasst, eine dem Beischlaf gleichzusetzende geschlechtliche Handlung unfreiwillig an sich selbst vorzunehmen.

72) Article 375 du Code pénal "Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit et par quelque moyen que ce soit, commis sur une personne qui n'y consent pas, constitue le crime de viol.

Il n'y a pas consentement notamment lorsque l'acte a été imposé par violence, contrainte ou ruse, ou a été rendu possible en raison d'une infirmité ou d'une déficience physique ou mentale de la victime.

Quiconque aura commis le crime de viol sera puni de réclusion de cinq ans à dix ans. Si le crime a été commis sur la personne d'un mineur âgé de plus de seize ans accomplis, le coupable sera puni de la peine de la réclusion de dix à quinze ans.

Si le crime a été commis sur la personne d'un enfant âgé de plus de quatorze ans accomplis et de moins de seize ans accomplis, le coupable sera puni de la peine de la réclusion de quinze à vingt ans.

동의를 없는 성교행위를 규정하고 있다.

이 중 최근에 비동의 요건을 성폭력범죄에 도입한 독일은 성문법체계에서 비동의 요건을 도입한 대표적 사례이다. 오스트리아와 달리 형법상 성폭력범죄의 체계적인 변경을 시도한 입법례이다. 영국의 경우 비동의 요건을 성폭력으로 봤던 영미법 전통에서 발생한 문제를 명확성을 확보하는 법률의 전면개정을 통해 극복하고자 하였다. 비록 우리와의 법체계가 다르긴 하지만 영미법체계에서 성문법률의 명확한 규정을 추구했다는 점에서 영국의 비동의 요건과 관련한 규정의 검토에 의의가 있다. 이하에서는 독일과 영국의 개정과정 및 취지, 비동의 요건을 둘러싼 개정의 쟁점을 상세히 살펴보려고 한다.

제1절 독일

1. 비동의 요건을 기본적 유형으로 하는 형법 제177조 개정

가. 개정의 배경 및 이유

독일은 2016년 11월 10일 “no-means-no” 모델을 형법상 성폭력범죄를 규정하는 형법 제177조에 반영하고 성적괴롭힘 및 범죄 집단에 의한 성폭력을 처벌하는 형법개

Est réputé viol à l'aide de violences tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit et par quelque moyen que ce soit, commis sur la personne d'un enfant qui n'a pas atteint l'âge de quatorze ans accomplis. Dans ce cas, la peine sera la réclusion de quinze à vingt ans.

Elle sera de la réclusion de vingt ans à trente ans si l'enfant était âgé de moins de dix ans accomplis.”

- 73) Criminal Law (Rape) Act, 1981 sec.2. Meaning of “rape”. (1) A man commits rape if—
- (a) he has unlawful sexual intercourse with a woman who at the time of the intercourse does not consent to it, and
 - (b) at that time he knows that she does not consent to the intercourse or he is reckless as to whether she does or does not consent to it, and references to rape in this Act and any other enactment shall be construed accordingly.
- (2) It is hereby declared that if at a trial for a rape offence the jury has to consider whether a man believed that a woman was consenting to sexual intercourse, the presence or absence of reasonable grounds for such a belief is a matter to which the jury is to have regard, in conjunction with any other relevant matters, in considering whether he so believed.

정안이 시행되었다. 정부가 개정안을 마련하고 의회에서 만장일치로 통과하게 된 공통된 문제인식은 구형법 제177조가 “성적강요; 강간”이라는 표제로 유형력 또는 강요를 행위수단으로 한정하여 성적 자기결정을 침해하는 범죄를 규정하고 이를 1년 이상의 자유형으로 규정하고 있어 실제 실무에서 성적 자기결정을 침해하는 행위들에 대해 처벌할 수 없다는 문제가 있다는 점이다. 당시 독일에서 연간 8,000여 건의 강간이 신고되고 있으나 2016년 강간죄로 신고된 사건의 8%만이 유죄 선고를 받는 등 낮은 유죄률이 문제점으로 지적되었다.⁷⁴⁾

이러한 독일 성폭력범죄 관련 법률 변화의 시초는 2012년 유포된 성행위 동영상을 확인한 이후 2명의 남성을 약물이용과 강간으로 고소한 여성이 위증죄로 벌금형을 받은 것이 이슈화되면서 독일사회에 광범위하게 확산된 “no-means-no” 캠페인이었다. 당시 동영상에는 폭행의 상황은 없었으나 상대방 여성이 성행위에 대해 “그만해”, “안돼”라고 말하는 것이 담겨있었다.⁷⁵⁾ 구 형법상 성폭력범죄 규정이 동의없이 이루어진 성적침해행위를 성폭력범죄로 포섭하지 않기 때문에, 성폭력범죄를 고소하는 이들이 오히려 재판 과정에서 처벌을 받게 되는 결과를 가져온다는 점이 문제점으로 지적된 것이다. 여성단체와 NGO 뿐만 아니라 여성변호사회와 인권위원회가 법개정을 위한 캠페인에 결합하였고, 일부 법학자들이 개정의 필요성에 대해 법리적인 분석을 더하였다.⁷⁶⁾

또 다른 형법 개정의 배경에는 2011년 <여성에 대한 폭력과 가정 폭력의 방지와 대응을 위한 유럽의회협정(Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence: 이하 이스탄불 협정)⁷⁷⁾이 있다. 이스탄불 협정 제36조는 비동의적인 성적행위를 강간 등 성폭력으로 규정하

74) ‘No means no’: Germany broadens definition of rape under new law, DW(2016.7.7.), <https://www.dw.com/en/no-means-no-germany-broadens-definition-of-rape-under-new-law/a-19385748>(검색일: 2018.9.3.). 한국의 경우, 검찰연감에 따르면 2016년 형법상 ‘강간 및 추행의 죄’의 기소율은 약 29%(19,032건 접수, 5,633건 기소)이고, 사법연감에 따르면 2016년 유죄율은 약 91%(5,818건 접수, 5,347건 유죄)로 나타나, 접수된 사건의 대략 28% 정도가 유죄 선고를 받고 있다.

75) SORAYA SARHADDI NELSON, In Germany, Lawmakers Pass ‘No Means No’ Law For Cases Of Rape, NPR news(2016.7.7.), <https://www.npr.org/sections/parallels/2016/07/07/485106708/in-germany-lawmakers-pass-no-means-no-law-for-cases-of-rape>(검색일: 2018.9.3.).

76) Hörnle, Tatjana(2017), The New German Law on Sexual Offenses. *German Law Journal* 18(06), p. 1314.

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

고 있고 있다. 독일은 이스탄불 협정에 서명하였으며, 이에 근거하여 독일에서 형법상 성폭력범죄가 인식가능하게 타인의 의사에 반하여 실행되는 성적침해에 대해 형법상 충분히 대응하고 있는지에 대한 논의가 전개되었다.⁷⁸⁾ 이에 따라 이스탄불 협정에 부합하기 위해 처벌가능성에 흠결 있는 비동의 성적행위 사례들에 상응하는 개정이 필요하다는 공감대가 형성되었으며, 이스탄불 협정의 국내 이행을 위한 개정이 추진되었다.

나. 2016년 개정의 내용 및 방향

1) 구형법 제177조의 문제점

구형법 제177조는 제1항인 성적강요를 기본구성요건으로 두고, 제2항 이하에서는 강간 등을 형벌의 가중요건으로 규정하고 있다. 구형법 제177조 제1항에 따르면, 강요는 폭행을 통해(제1호), 신체 또는 생명에 대한 현재의 위협에 대한 협박을 통해(제2호), 또는 피해자가 범죄행위자의 영향력 행사에 무방비하게 맡겨져 있는 상황을 이용한 경우(제3호)를 구성요건으로 한다. 즉, 구형법상 성적강요는 피해자가 자신의 의사에 반해 성적행위에 대한 작위, 수인 또는 부작위를 하도록 강제되거나 행위자가 피해자의 반대의사를 폭행을 통해 제압해야 성립한다.⁷⁹⁾

(1) 처벌의 흠결

입법이유서에서는 구형법 제177조 제1항이 피해자가 강요받을 것을 요건으로 함으로써, 피해자가 오직 특별한 사정 때문에 저항행위를 하지 못한다는 점을 범죄행위자가 알거나 알 수 있었음에도 불구하고 그 특별한 사정을 이용하여 실행되거나 수인된 성적행위가 강요수단이 충분하지 않다는 이유로 또는 강요가 없었다는 이유로 처벌되지 않는 결과를 초래한다고 지적한다.⁸⁰⁾ 다시 말해, 범죄행위자가 특정한 상황을 성적행위를 위해 이용하고 그 성적행위가 타인의 의사에 반해 이루어지지만 특정한 이유

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

79) Fischer, StGB, 62. Auflage, § 177 Rn. 4; BT Drs. 18/8210, p. 8.에서 재인용.

80) Ibid.

로 저항하지 않는다는 점을 인식함에도 불구하고 제177조에 규정된 성적강요 요건에 포섭되지 않는 행위들이 존재한다는 것이다.⁸¹⁾

우선 강요요건을 규정한 구형법 제177조 제1항은 강요행위와 성적 행위와의 인과 관계가 인정되어야만 성립가능하므로 그 관련성이 부정되면 강요가 없었다는 이유로 성폭력범죄로 인정되지 않는다. 구체적으로 살펴보면, 구형법 제177조 제1항 제1호는 타인에 대해 폭행을 통해 성적 행위를 실행하거나 수인하도록 강요하는 행위를 규정하고 있다. 이 때 폭행이라는 강요수단과 성적 행위라는 강요 결과 사이에 목적 관련성이 존재해야 하므로, 범죄행위자가 피해자를 폐쇄된 공간에 감금하기 위해서 폭행을 사용하였으나 그 감금이 성적 행위를 가능하게 하는 데에 기여하지 않고 단지 방해받지 않도록 하기 위해서 행해지는 경우에는 제177조 제1항 제1호가 성립되지 않는다⁸²⁾. 또한 구형법 제177조 제1항 제2호는 신체 또는 생명에 대한 현재의 위협에 대한 협박을 강요수단으로 두고 있는데, 범행 당시가 아닌 범행 전에 피해자에게 폭행을 사용하였던 적이 있어 피해자가 이로 인해 범행시점에 추가적인 폭행에 대한 두려움으로 저항하지 않는 경우에는 성적 강요가 인정되지 않는다. 판례상 과거에 사용된 폭행이 원칙적으로 범행시점에 신체 또는 생명에 대한 현재의 위협에 대한 협박으로 계속 작용할 수 있으나⁸³⁾, 폭행의 사용과 성적 행위 사이에 몇 주가 지났다면 범행 전 사용된 폭력과 범행 시 묵시적 협박 사이의 관련성은 인정되지 않는다.⁸⁴⁾ 피해자가 폭력적인 분위기 속에서 범죄행위자와 함께 살고 있는 경우에도 그 폭력의 분위기는 구체적인 성적 행위를 실행할 때에 명시적이거나 묵시적인 협박을 위해 표현되어야 하며, 피해자의 단순한 두려움만으로는 그 관련성을 인정하기에 충분하지 않다⁸⁵⁾.⁸⁶⁾

다음으로 구형법 제177조 제1항에서 규정된 강요의 수단이 피해자의 저항행위를 제압할 충분한 정도에 이르지 않았다고 판단되면 성폭력범죄로 인정되지 않는다. 제2

81) BT Drs. 18/8210, p. 9.

82) BGH, Urteil vom 2. Oktober 2002 - 2 StR 153/02, Rn. 11; BGH, Beschluss vom 24. August 1999 - 4 StR 339/99, Rn. 8 참조.

83) BGH, Beschluss vom 13. Juni 2006 - 4 StR 178/06, Rn. 9; BGH, Beschluss vom 24. Juni 2010 - 4 StR 260/10, Rn. 4; BGH, Urteil vom 2. Oktober 2002 - 2 StR 153/02, Rn. 16 참조.

84) BGH, Urteil vom 2. Oktober 2002 - 2 StR 153/02, Rn. 17 참조.

85) BGH, Beschluss vom 5. Oktober 2004 - 3 StR 256/04, Rn. 9 참조.

86) BT Drs. 18/8210, p. 9-10.

호의 협박은 신체 또는 생명에 대한 현재의 위협에 대한 것으로 규정되어 있어, “한 대 때리겠다”와 같은 구타의 위협이나 두발을 자르겠다는 위협과 같은 경우에는 여기에 해당하지 않는다⁸⁷⁾.⁸⁸⁾

마지막으로 기습적인 성적 공격은 구형법 제177조에 의한 강요에 해당하지 않아 처벌할 수 없다. 범죄행위자가 그 성적행위자가 피해자의 동의를 받지 못하는 것을 알거나 알 수 있음에도 피해자가 저항행위를 할 수 있는 여지없이 갑작스럽게 성적행위를 실행할 수 있다. 이러한 행위는 강요의 구성요건표지가 인정되지 않으며, 다만 성적명예에 대한 침해에 해당하는 경우나 범죄행위로 인해 피해자의 품위를 떨어뜨리는 멸시로 이해될 수 있는 경우에 형법 제185조 모욕죄로 처벌될 수 있을 뿐이어서, 성적 자기결정권을 침해한 행위의 본질에 적절한 처벌이 이루어지지 못하였다.⁸⁹⁾

(2) 포괄구성요건인 “피해자가 놓여있는 무방비한 상황” 해석의 한계

입법이유서에서는 제177조 제1항 제3호가 폭행(제1호) 또는 협박(제2호)에 포섭되지 않으나 성적침해로서 가벌성이 있는 행위를 포섭하기 위해 만들어진 포괄구성요건(Auffangtatbestand)으로서, 피해자가 저항에 성공할 가능성이 없기 때문에 어떠한 신체방어도 하지 않고 범죄행위자가 이를 이용하는 사례들을 포함하기 위한 입법취지를 가짐에도 불구하고, 판례의 해석에 의해 제1호 및 제2호를 기준으로 좁게 해석되어 왔다고 지적한다. 독일 형법은 1997년 제33차 형법개정을 통해 구형법 제177조 제1항 제3호를 신설하여 “피해자가 범죄행위자의 영향력 행사에 무방비하게 맡겨진 상황을 이용하는 것”을 성적강요의 구성요건으로 둠으로써, 이를 통해 실무상 피해자가 특별히 타인의 도움을 기대할 수 없고 신체적으로 우위에 있는 범죄행위자에게 내맡겨져 있으며 그의 도움을 받을 수 없는 상황 때문에 저항이 의미없게 여겨지는 장소로 피해자를 데려가는 경우를 포섭하여, 피해자가 공포 또는 폭력 사용의 두려움으로 저항하지 않는 경우와 같은 처벌의 흠결을 제거하려고 하였다.⁹⁰⁾ 그러나 실무에서

87) BGH, Beschluss vom 8. Mai 2001 - 4 StR 58/01, Rn. 5; KG Berlin, Beschluss vom 3. Mai 2013 - (4) 121 Ss 69/13 (78/13), Rn. 8 참조.

88) BT Drs. 18/8210, p. 10.

89) Ibid., p. 11-12.

90) Bundestagsdrucksache 13/2463, S. 7; Bundestagsdrucksache 13/7324, S. 6; Ibid., p. 7.에서 재인용.

이러한 기대가 완전히 충족되지는 못했는데, 그 이유에 대해 입법이유서에서는 구형 법 제177조 제1항이 폭력(제1호)과 신체 또는 생명에 대한 현재의 위험을 이용한 협박(제2호)과 함께 1년 이상 자유형을 예정함으로써 중범죄로 규정하고 있기 때문에 판례가 제3호의 요건을 좁게 해석했다는 점을 설명한다. 또한 강요의 요소를 가지고 있기 때문에 피해자가 전혀 예상하지 못했기 때문에 의사를 제압할 필요가 없는 상황은 필연적으로 제외될 수밖에 없다고 한다.⁹¹⁾ 다시 말해, 제177조 제1항 제3호의 “피해자가 놓여있는 무방비한 상황”의 해석이 판례를 통해 제1호 및 제2호의 강요수단과 유사한 강제수단을 만들어낼 것을 요구함으로써, 피해자의 무방비한 상황을 이용하여 범죄행위자가 성적행위를 실행하거나 수인하도록 강요할 것을 요건으로 새롭게 정립되었다는 것이다.⁹²⁾ 그렇기 때문에, 피해자가 상해 또는 살해에 대한 두려움과 같이 생명 또는 신체의 위험에 대한 두려움 때문에 저항행위를 하지 않은 것이 아니라 해고의 결과나 불법체류자의 지위로 인한 국외추방, 기물파손과 같이 그 외의 다른 종류의 두려움 때문에 저항행위를 하지 않은 것이라면 피해자가 놓여있는 무방비한 상황에 해당하지 않아 제177조 제1항 제3호가 적용되지 않는다. 구체적으로, 함께 입양된 자매와 떨어져서 다른 집에 살게 될지 모른다는 두려움으로 아동이 저항행위를 하지 않은 경우에 무방비한 상황으로 인정되지 않았으며⁹³⁾, 자동차를 거실로 몰고 들어가 집을 부수겠다는 협박에 의해 저항을 억압당한 경우 역시 제177조 제1항 제3호의 성립이 인정되지 않았다⁹⁴⁾.⁹⁵⁾

이러한 좁은 해석의 결과는 제177조 제1항 제3호의 법률문구로 인한 것이기도 하다. 제3호는 “피해자가 범죄행위자의 영향력 하에 무방비하게 놓여있는 상황을 이용하여”라고 규정되어 있는데, 이 규정은 단지 주관적으로 무방비하다고 느껴지는 상황이 아니라 객관적으로 무방비한 상황에 놓여있는 상황을 의미한다. 판례는 무방비한 상황인지 여부에 대해 가해자의 영향력에 대해 방어할 수 있는 개인적인 능력이 객관적 상황에 의해 본질적으로 저하되었는지를 검토할 것을 요구한다. 여기서 객관적인 상황은 구체적인 행위 상황, 즉, 범죄행위자와 피해자의 신체적·심리적 조건,

91) BT Drs. 18/8210, p. 11-12.

92) BGH, Beschluss vom 14. Februar 2005 - 3 StR 230/04, Rn. 9 참조, Ibid.에서 재인용.

93) BGH, Beschluss vom 4. Dezember 2008 - 3 StR 494/08, Rn. 6.

94) BGH, Beschluss vom 13. Juni 2006 - 4 StR 178/06, Rn. 10.

95) BT Drs. 18/8210, p. 11.

장소, 행위시점 등을 의미하며, 이러한 구체적인 행위 상황을 통해 피해자가 외부적인 보호를 받을 수 있는 가능성이 없어 범죄행위자의 영향력 하에 무방비하게 노출되어 있는지를 판단하게 된다.⁹⁶⁾ 이에 따르면, 피해자가 신체적 또는 심리적 장애가 있었는지, 성적행위가 고립된 장소 내지 탈출 가능성이나 도움을 줄 수 있는 제3자가 없는 상황에서 일어났는지 등에 대해 판단하여 무방비한 상황으로 인한 공포로 저항을 하지 않았는지를 판단해야 한다. 그렇기 때문에 연방대법원은 가족의 경제를 지원하는 시아버지가 결혼이주여성인 며느리에 대해 결혼생활을 파탄낼 것에 대해 협박하며 성적행위를 한 사건에서 가정파탄이라는 사회적 불이익에 대한 공포심을 제177조 제1항 제3호의 피해자가 놓인 무방비한 상황으로 볼 수 없다고 판단하면서, 행위 당시 피해자의 보호없는 상황을 객관적인 외부 상황(예를 들어, 고립된 장소나 제3자가 부재한 상황 등)에 근거하며 외부의 도움을 받을 수 없는지 여부에 대해 원심이 판단하지 않았다는 이유로 원심을 파기환송하였다.⁹⁷⁾

2) 형법 개정의 과정 및 방향

형법상 성폭력범죄에서 비동의 요건 등을 도입하는 연방정부의 개정안은 2014년과 2016년 두 차례 제출되었다. 2014년 개정안은 이스탄불 협정의 이행을 위한 것으로 연방정부뿐만 아니라 의원안도 제출되었으며, 이에 대해 독일법률가협회(Deutsche Juristinnenbund)은 동의 없는 성적행위를 범죄화하는 방향으로 형법 각칙 제13절 전체를 전면 개정하는 안을 제시하기도 하였다.⁹⁸⁾ 2016년도 연방정부의 개정안은 2014년 원내교섭단체인 BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN가 한 성적 자기결정권 보호 개선을 위한 법률 개정 입법청구로 출발하였으며, 이에 연방정부는 형법 각칙 제13절 전체의 개정위원회를 설치하고 논의를 진행한 결과 패러다임을 전환시키는 전면 개정에 대한 논의를 진척하는 데에 상당한 시간이 소요되므로 성적 자기결정권의 형법상 보호가 신속하게 개선될 필요성에 따라 성적 자기결정권 침해에 대한 일부 규정을 개정하기로 결정하고 2015년 2월 20일부터 2016년 4월 25일까지 개정안 작업을 추진하였다.

96) Fischer, StGB, 62. Auflage, § 177 Rn. 28.

97) BGH, Urteil vom 27.03.2003 - 3 StR 446/02, Rn. 14, 18.

98) Freudenberg, Dagmar/ Pisal, Ramona, Stellungnahme des djb vom 25. Juli 2014, <https://kripoz.de/Kategorie/stellungnahmen/sexualstrafrecht-stellungnahmen/>.

기존의 판례에 대한 검토를 통해 연방정부는 ① 폭행 또는 폭행에 대한 협박과 성적 행위 간의 목적 관련성이 존재하지 않는 경우, ② 상해 또는 살해에 해당하지 않는 침해에 대한 두려움으로 저항하지 못한 경우, ③ 단지 피해자의 주관적인 인식에 따른 무방비한 상황을 이용한 성적 침해의 경우, ④ 의외의 순간을 이용한 성적 침해의 경우가 구형법상 성폭력범죄로 포섭되지 못하는 성적 자기결정권을 침해하는 행위로 보았다. 그리고 구형법 제177조 제1항 및 제2항에 포함되지 않는 가별성이 있는 행위들이 포섭될 수 있도록 구성요건을 새롭게 구성하면서 여기에 구형법 제179조에서 규정하고 있는 항거불능의 사람에 대한 성적남용의 구성요건을 포함하는 방향으로 형법초안을 마련하였다.⁹⁹⁾ 2016년 연방정부 개정안은 구형법 제177조 제1항 제3호 및 제240조 제4항 제2문제1호를 삭제하고 제179조 남용구성요건에 새로운 행위구성요건을 통합하는 것이었다.

이러한 연방정부의 초안에 대해서 독일 의회 내 여성위원들이 기존의 성적강요죄를 유지하는 것의 한계를 지적하였으며, 이를 개선하기 위해 성형법개정을 위한 형법개정법률안과 성적남용 및 강간으로부터 보호 개선을 위한 형법개정법률안을 제출하였다. 법 및 소비자보호위원회(des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz)의 논의 과정에서 이러한 문제제기가 반영되었다.¹⁰⁰⁾ 법 및 소비자보호위원회는 연방정부의 법률개정안을 변경하면서, “No-meas-no” 해법이 보다 명확하게 반영되기 위해서는 성폭력범죄가 더 이상 피해자의 거부 의사 또는 저항을 제압해야 할 것으로 하는 것이 아니라 범죄행위자가 인식가능한 피해자의 의사를 무시하는 행위만으로 성폭력범죄가 성립하도록 규정할 필요성을 지적하였다.

성적 자기결정이라는 법익의 형법상 보호는 피해자가 자신 스스로를, 경우에 따라서는 높은 위험을 무릅쓰지만 구체적인 성공전망이 결여된 상황에서, 범죄행위자로부터 방어하거나 적어도 이를 시도하는가의 여부에 달려있어서는 안 된다. 범죄행위자가 피해자의 인식가능한 반대의사를 무시한다면, 그는 이미 이를 통해서 피해자의 동기나 그 밖의 방어행위와 무관하게 그의 성적 자기결정권을 침해하는 것이다. 원칙적으로 피해자의 “아니오”로 충분하고 받아들여져야 한다. 이로써 소위 비합의 해법(“아니오”는

99) BT Drs. 18/8210(2016.4.25.), p. 12.

100) BT Drs. 18/9097 참조.

“아니오”-해법)이 도입된다. 동시에 이스탄불 협정(ETS 210 - Istanbul-Konvention) 제36조의 내용이 더 잘 고려된다. 또한 성행법의 수인할 수 없는 보호홈결과 가치평가 모순이 제거되어야 한다는 연립정부에 관한 합의가 실현된다.¹⁰¹⁾

이에 따라 형법 제179조인 저항무능력자에 대한 성적남용을 삭제하고, 장애여부와 관계없이 모든 성적침해에 해당하는 범죄행위를 형법 제177조로 통합하는 현행 형법이 마련되었다. 이를 통해 장애가 있는 사람에 대한 성적남용의 행위들이 성적침해로 포섭되었으며, 제177조 제2항에 규정된 강간은 성적강요행위의 가중요건이 아니라 성적침해의 가중요건이 됨으로써 강요를 통해 이루어지지 않은 범죄행위까지도 성폭력범죄로 인정되도록 하였다.

그 외에도 제184i조의 신설이 포함되었는데, 이를 통해 성적 괴롭힘 또는 성추행의 행위를 새로운 범죄구성요건으로 포함하게 되었다. 이를 통해 성적행위의 현저함의 기준에 해당하지 않아 기존의 모욕죄(제185조)에 적용되었던 범죄행위들이 성적 자기결정의 침해 범죄로 포함되도록 하였다.

마지막으로 범죄행위를 실행하기 위해 여럿이 집단을 이루어 함께 타인을 압박하여 이루어진 제177조 내지 제184i조의 범죄에 대해 새로이 제184j조를 규정하여 새로운 범죄구성요건으로 구성하게 되었다. 이 규정은 2016년 신년 독일 쾰른에서 1000여명의 중동, 북아프리카 출신 난민 신청자들이 행인 등을 대상으로 성폭력, 강도, 절도, 폭행 등의 범죄를 일으킨 사건에 대한 대응으로 도입된 것이다.¹⁰²⁾

법과 소비자보호위원회의 권고에 따른 새로운 개정안은 2016년 7월 7일 의회의 만장일치로 통과하게 되었다.

2. 형법 제177조의 유형력 및 비동의 관련 판단기준 검토

2016년 11월 10일부터 시행된 현행 독일형법은 성적 자기결정권 보호의 개선을 개정된 제177조 및 제178조, 제179조, 제184j조를 포함한다. 각 조문의 개정 전·후는 다음의 표와 같다. 이하에서는 비동의의 요건을 도입한 제177조를 중심으로 검토한다.

101) BT Drs. 18/9097, p. 21.

102) Hörnle, Tatjana(2017), The New German Law on Sexual Offenses. *German Law Journal* 18(06) 참조.

〈표 4-1〉 독일 형법 개정 전·후 비교

개정전(1998년 4월 1일 ~ 2016년 11월 10일)	현행(2016년 11월 10일~)
제177조. 성적강요, 강간 § 177. Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung	제177조 성적침해; 성적강요; 강간 § 177 Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung (1) 타인의 인식가능한 의사에 반하여 성적행위를 그에게 실행하거나 그로 하여금 실행하도록 하거나 그로 하여금 제3자에 대해 성적행위를 실행하거나 제3자의 성적행위를 수인하도록 만드는 자는, 6개월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다. (2) 타인에 대해 성적행위를 실행하거나 그로 하여금 실행하도록 하거나 그로 하여금 제3자에 대해 성적행위를 실행하거나 제3자의 성적행위를 수인하도록 만드는 자는, 다음의 경우에도 동일하게 처벌된다: 1. 범죄행위자가 타인이 반대의사를 형성하거나 표시할 수 없는 상황에 있음을 이용하는 경우 2. 범죄행위자가 타인의 동의를 확인한 경우가 아니라면, 타인이 그의 신체적 또는 정신적 상태로 인해 의사의 형성 또는 표시에 현저한 장애가 있음을 이용한 경우 3. 범죄행위자가 의외의 순간(Überraschungsmoment)을 이용하는 경우 4. 범죄행위자가 피해자가 저항하면 느낄 수 있을 만한 해악이 발생할 가능성이 있는 상황을 이용하는 경우, 또는 5. 범죄행위자가 타인으로 하여금 성적행위를 실행하거나 수인하도록 느낄 수 있을 만한 해악으로 위협함으로써 강요한 경우 (3) 미수는 처벌된다. (4) 의사를 형성하거나 표시할 수 없는 무능력이 피해자의 질병이나 장애에서 비롯된 경우에는 1년 이상의 자유형이 선고된다.
(1) 타인에게 자신 또는 제3자의 성적행위를 수인하도록 하거나 또는 자신이나 제3자에 대하여 성적 행동을 하도록 다음 각호의 1과 같이 강요한 자는 1년 이상의 자유형에 처한다. 1. 폭행을 행사한 경우 2. 신체 또는 생명에 대한 현재의 위험으로 위협한 경우, 또는 3. 피해자가 범죄행위자의 행위에 무방비하게 맡겨져 있는 상황을 이용한 경우	(5) 범죄행위자가 다음에 해당하는 경우에는 1년 이상의 자유형에 처한다: 1. 피해자에 대해 폭력을 행사한 경우 2. 피해자를 신체 또는 생명에 대한 현재의 위험으로 위협한 경우, 또는 3. 피해자가 범죄행위자의 행위에 무방비하게 맡겨져 있는 상황을 이용한 경우
(2) 특히 중한 경우에는 2년 이상의 자유형에 처	(6) 특별히 중한 경우에는 2년 이상의 자유형이

개정전(1998년 4월 1일 ~ 2016년 11월 10일)	현행(2016년 11월 10일~)
한다. 특별한 사정이 없는 한, 다음 각호의 1에 해당하면 특히 중한 경우로 본다. 1. 행위자가 피해자와의 성교를 실행하거나 실행하도록 만들거나, 신체 안으로의 삽입과 결부된 경우(강간)처럼 피해자를 특별히 모욕하는 유사성행위를 피해자에게 실행하거나 희생자로 하여금 실행하도록 만드는 경우, 또는 2. 범죄행위가 다수에 의해 범죄가 공동으로 범해지는 경우	선고된다. 특별히 중한 경우는 일반적으로, 다음의 경우에 인정된다: 1. 범죄행위자가 피해자와의 성교를 실행하거나 실행하도록 만들거나, 특히 신체 안으로의 삽입과 결부된 경우(강간)처럼 피해자를 특별히 모욕하는 유사성행위를 희생자에게 실행하거나 피해자로 하여금 실행하도록 만드는 경우, 또는 2. 범죄행위가 다수에 의해 공동으로 행해진 경우
(3) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 3년 이상의 자유형에 처한다. 1. 무기나 다른 위험한 도구를 휴대한 경우 2. 타인의 저항을 폭력을 통해 또는 폭력을 이용한 협박을 통해 저지하거나 이기기 위해서 그 밖에 도구 또는 약품을 휴대한 경우, 또는 3. 피해자를 심각한 건강상 침해의 위험에 빠뜨리는 경우	(7) 범죄행위자가 다음에 해당하는 경우에는 3년 이상의 자유형에 처한다: 1. 무기나 다른 위험한 도구를 휴대한 경우 2. 타인의 저항을 폭력을 통해 또는 폭력을 이용한 협박을 통해 저지하거나 이기기 위해서 그 밖에 도구 또는 약품을 휴대한 경우, 또는 3. 피해자를 심각한 건강상 침해의 위험에 빠뜨리는 경우
(4) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 5년 이상의 자유형에 처한다. 1. 행위 중에 무기 또는 다른 위험한 물건을 사용한 자 2. 피해자를 a) 범행시에 신체적으로 심각하게 학대하거나 b) 사망의 위험에 빠뜨린 경우	(8) 범죄행위자가 다음에 해당하는 경우에는 5년 이상의 자유형에 처한다: 1. 범행에 무기 또는 다른 위험한 도구를 사용한 경우 또는 2. 피해자를 a) 범행시에 신체적으로 심각하게 학대하거나 b) 사망의 위험에 빠뜨린 경우
(5) 제1항의 중하지 아니한 경우에 대해서는 6월 이상 5년 이하의 자유형에 처하고, 제3항과 제4항의 중하지 아니한 경우에 대해서는 1년 이상 10년 이하의 자유형에 처한다.	(9) 제1항 및 제2항의 중하지 아니한 경우에는 3개월 이상 3년 이하의 자유형에 처하고, 제4항 및 제5항의 중하지 아니한 경우에는 6개월 이상 10년 이하의 자유형에 처하고, 제7항 및 제8항의 중하지 아니한 경우에는 1년 이상 10년 이하의 자유형에 처한다.
제178조【성적강요 및 강간에 의한 치사】행위자가 성적강요 또는 강간(제177조)을 통해 중과실로 피해자의 사망을 야기한 자는 무기 또는 10년 이상의 자유형에 처한다.	제178조【성적침해, 성적강요 및 강간에 의한 치사】행위자가 성적침해, 성적강요 또는 강간(제177조)을 통해 적어도 경솔하게 피해자의 사망을 야기한 자는 무기 또는 10년 이상의 자유형에 처한다.
제179조【항거불능자에 대한 성적남용】① 다음 각호의 1에 해당하는 타인의 항거 불능인 상태를 남용하여 타인에 대하여 성적 행동을 하거나 또는 타인으로 하여금 자기에 대하여 성적 행동을 하게 한 자는 6월 이상 10년 이하의 자유형에 처한다. 1. 정신적·심리적 질병 또는 중독과 관련된 장애 또는 심한 의식장애로 항거불능인 자 2. 신체적으로 항거불능인 자 ② 항거불능상태의 남용 하에 제3자에 대하여 성적 행동하게 하거나 또는 제3자로 하여금	제179조 (삭제)

개정전(1998년 4월 1일 ~ 2016년 11월 10일)	현행(2016년 11월 10일~)
자신에게 하도록 하는 것을 통해 항거불능상태인 자(제1항)를 남용한 자도 동일하게 처벌한다. ③ 특히 중한 경우에 대해서는 1년 이상의 자유형에 처한다. ④ 미수범은 처벌한다. ⑤ 다음 각호의 1에 해당하는 경우 2년 이상의 자유형에 처한다. 1. 행위자가 피해자와 함께 성교하거나 또는 피해자에 대하여 신체 침입과 관련된(강간) 유사 성행위를 하거나 또는 피해자로 하여금 자신에 대하여 유사 성행위를 하게 한 경우 2. 다수에 의해 범죄가 공동으로 범해지는 경우 3. 행위자가 피해자에 대한 행위로 중한 건강상의 훼손위험 또는 신체적·정신적 발전에 현저한 훼손을 야기한 경우 ⑥ 제5항의 중하지 아니한 경우에 대하여는 1년 이상 10년 이하의 자유형에 처한다. ⑦ 제177조 제4항 2호 및 제178조는 동일하게 적용된다.	
	제184i조【성적괴롭힘】 (1) 타인을 성적인 방식으로 신체적으로 접촉하고 이를 통해 괴롭히는(belästigen) 자는, 그 행위에 대해 다른 조문들에서 더 중한 형벌을 규정하고 있는 경우가 아니라면, 2년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다. (2) [1] 특별히 중한 경우는 3개월에서 5년 이하 자유형에 처한다. [2] 특별히 중한 경우는 대개 그 행위가 다수에 의해 공동으로 행해진 경우에 발생한다. (3) 본 규정은 검사가 특정한 공익적 고려로 기소하지 않는 한 고소에 의해 처벌한다.
	제184j조【집단법행】 범죄를 행하기 위해 모집한 집단에 참여하여 범죄를 행한 자가 집단의 일부가 제177조 또는 제184i조의 범죄를 저지르는 경우 그 행위가 다른 더 중한 형벌을 규정한 조문에 해당하지 않는다면 2년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.
제184f조【개념정의】이법에서 1. 성적행위란 각 조문에서 보호하는 법익의 관점에 비추어 일정한 현저함(von einiger Erheblichkeit)을 가진 행위만을 말한다. 2. 타인 앞에서의 성적행위란 행위과정을 지각하는 타인의 앞에서 이루어진 행위만을 말한다.	제184h조【개념정의】 이 법에서 1. 성적행위란 각 조문에서 보호하는 법익의 관점에 비추어 일정한 현저함(von einiger Erheblichkeit)을 가진 행위만을 말한다. 2. 타인 앞에서의 성적행위란 행위과정을 지각하는 타인의 앞에서 이루어진 행위만을 말한다(2015.1.27.개정).

가. 성적침해(제177조 제1항)

제1항은 제177조의 기본적인 구성요건을 규정한 것으로,¹⁰³⁾ 이 규정에 의하면 “타인의 인식가능한 의사에 반하여 ① 타인에게 성적행위를 하거나, ② 타인으로 하여금 성적행위를 하도록 만들거나, ③ 타인으로 하여금 제3자에게 성적행위를 하거나 제3자의 성적행위를 수인하도록 하는” 행위가 성적침해의 정의가 된다. 제1항의 법정형은 6개월 이상 5년 이하의 자유형으로 중범죄(1년 이상 자유형)는 아니다.

1) 타인의 인식가능한 의사에 반하여

여기에서 구성요건 표지는 피해자의 거부하는 인식가능한 의사로, 이 때 “인식가능한” 의사는 내적으로 형성된 반대의사로 충분하지 않으며, 객관적인 제3자의 시각에서 볼 때 인식 가능해야 하며, 명시적인 의사표시뿐 아니라 묵시적인 표현도 가능하다.¹⁰⁴⁾ 객관적인 의미에서 인식가능해야 하므로, 단지 피해자가 심리적인 망설임을 가졌다는 것만으로는 충분하지 않으며, 이중적인 의사소통 역시 인식가능하지 않은 것으로 본다. 표시한 동의는 언제나 철회할 수 있고, 철회의사 역시 거부하는 의사에 해당한다. 인식가능한 의사에 반한 행위인지에 대해서는 범죄상황, 범죄행위자와 피해자 사이의 관계 등 전체적인 배경에 비추어 판단해야 한다.¹⁰⁵⁾

Renzikowski는 이러한 규정모델이 법원 판단의 어려움을 초래할 수 있다고 지적한다. (전)파트너와의 관계에 대해 이스탄불 협정 제46조에 따라 중하게 처벌되어야 하지만, 이러한 관계에서 명시적인 거부표현이 반드시 종국적인 거부를 의미한다고 보기 어려우며, 피해자가 거부 의사에도 불구하고 성행위에 대해 적극적으로 협력하고 소극적으로 수인하는 것이 아니라면 저항의사를 주장한다고 해도 진술의 신빙성이 없다고 본다.¹⁰⁶⁾

2) 성적 행위 관련

성적행위는 형법 제13절 성적 자기결정을 침해하는 범죄에서 다루는 성적 관련성이

103) Schmidt, Strafrecht - Besonderer Teil 1, 19. Aufl., 2018, Rn. 466c.

104) Schmidt, Strafrecht - Besonderer Teil 1, 19. Aufl., 2018, Rn. 466d.

105) MüKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 47, 48.

106) MüKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 48.

있는 행위를 말한다.¹⁰⁷⁾ 성적 행위의 개념 정의에 대해서는 제184h조 제1호에서 “각 조문에서 보호하는 법익의 관점에 비추어 일정한 현저함(*von einiger Erheblichkeit*)을 가진 행위”라고 규정하고 있다. 이 때 일정한 수준의 현저함이라는 기준에 의해, 단순한 상스러운 언행이나 귀찮게 하는 행위는 배제된다.¹⁰⁸⁾

타인에게 성적 행위를 하는 경우 내지 제3자와의 성적 행위를 하는 경우는 신체의 접촉을 요건으로 하나, 이 때 피부접촉으로 한정되는 것은 아니며 옷 위로 접촉하는 행위 내지 신체에 사정하는 행위도 여기에 해당된다.¹⁰⁹⁾ 타인의 성적 행위를 실행하도록 만드는 경우에는 피해자가 스스로에 대해 성적 행위를 하게 하는 경우도 해당되는데,¹¹⁰⁾ 이 때 피해자가 범죄행위자의 신체 또는 스스로의 신체에 접촉하는가 여부는 관계가 없으며, 자극적인 자세를 취하게 하는 것 역시 성적 행위에 포함된다. 범죄행위자가 공간적으로 현장에 있거나 성적 행위를 인지할 것은 요구되지 않는다.¹¹¹⁾

4) 주관적 구성요건

형법 제15조에 따라, 주관적인 구성요건인 고의가 필요하며 미필적 고의로도 충분하다. 피해자의 거부 의사가 존재하고, 이 의사가 (객관적인 제3자에게) 인식가능하다는 점이 인정되면 고의가 인정된다. 그러나 착오로 피해자가 동의했다고 생각한 경우는 고의를 배제한 행위상황에 대한 착오(제16조 제1항 제1문)이므로 처벌되지 않는다.¹¹²⁾ 그러나 범죄행위자가 피해자의 반대의사를 인식했고 그것에 대해 동의가 존재했다고 생각했다는 착오의 주장은 제3자의 관점에서 객관적으로 반대의사가 인식 가능했는지를 기준으로 검토되어야 한다. 그러므로 피해자의 의사에 반한 강제적인 성적행위를 통해 최종적으로 피해자의 생각을 바꿀 수 있다는 맹목적인 희망은 일반적인 관점에서 수용되기 어려운 것이므로 착오로 인정될 수 없다.

Renzikowski는 피고인이 범행을 부인하는 경우 사건의 외부적인 상황을 통해 고의를 도출해야 하기 때문에 피고인의 고의의 증거를 제출하는 것이 어려울 것이라고

107) Schmidt, Strafrecht - Besonderer Teil 1, 19. Aufl., 2018, Rn. 466.

108) MüKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 46.

109) MüKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 45, 52.

110) Schmidt, Strafrecht - Besonderer Teil 1, 19. Aufl., 2018, Rn. 466e.

111) MüKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 49.

112) Schmidt, Strafrecht - Besonderer Teil 1, 19. Aufl., 2018, Rn. 466f.

지적한다. 그러나 피해자의 태도로부터만 동의를 결여를 도출할 수 있기 때문에 새로운 법으로 인해 피해자에게 책임을 지우는 방어전략을 유발시킬 수 있다는 주장에 대해서는, 강요모델에서 피해자에게 저항가능성이 없다는 것을 입증하도록 부담시킨 것과 달리 동의모델에서는 동의를 결여되었다는 것을 입증할 수 있다면 피해자의 부담이 가중되지 않을 것이라고 보고 있다.¹¹³⁾

나. 특별한 상황의 이용(제177조 제2항)

제2항에서는 제1항과 달리 피해자의 거부 의사에 대한 인식가능성이 구성요건이 아니다. 여기에서는 ① 피해자의 거부 의사표시가 기대불가능하여 동의 의사표시를 유효하다고 볼 수 없거나, ② 피해자가 반대의사표시가 객관적으로 불가능한 경우를 규정하고 있다.¹¹⁴⁾ 본 조항은 구형법 제179조 제1항인 항거불능인 자에 대한 성적남용이 신체적 또는 정신적 장애를 가진 사람에만 국한하여 적용했던 것을 개정을 통해 장애를 가진 사람이 아닌 특별한 상황을 이용하는 것에 초점을 두어 가벌성 있는 사례들을 포섭하기 위한 것이다.¹¹⁵⁾ 본 조항의 각 호에 규정된 요건은 범죄행위자가 타인에 대해 성적행위를 실행하거나 타인이 성적행위를 실행하도록 하거나 제3자와의 성적행위를 실행 또는 수인하도록 만드는 행위를 달성하기 위해 이용하는 각각 특별한 상황들이다.

1) 의사형성 또는 의사표시를 할 수 없는 상황에 있는 경우(제1호)

여기에서는 피해자가 거부 의사를 형성하거나 표시할 수 없는 것을 이용하는 행위를 구성요건으로 한다. 이는 구형법 제179조 제1항에 해당되는 사례를 포섭하기 위한 것으로, 구체적으로 피해자에게 의사를 형성하거나 표시할 능력이 결여되어 있는 경우이다. 여기에는 정신적 장애 때문에 저항이 불가능한 경우나 의식을 잃게 하는 약물을 섭취하게 하여 의식불명에 빠지는 경우가 해당된다. 이 때 행위자가 약물을 투여했는지 여부는 중요하지 않으며,¹¹⁶⁾ 만약 그의 동의 없이 약물을 투여하였다면

113) MüKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 58.

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

115) BT Drs. 18/8210(2016.4.25.), p. 14.

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

제5항 제1호가 적용된다.¹¹⁷⁾ 여기에서 이용이란, 범죄행위자가 바로 이를 통해서 피해자의 성적 자기결정권을 침해하는 것을 의미하는데, 이러한 표현을 사용함으로써 구형법 제179조 남용을 포기함을 분명하게 하였다. 그러므로 범죄행위자가 의사를 형성 또는 표시할 수 없는 무능력을 이용한 것은 성적 교류를 가능하게 하거나 용이하게 하고 행위자가 이를 인식한 경우를 의미한다.¹¹⁸⁾ 이 때 피해자의 의사는 판단기준이 아니지만, 구성요건해당성을 배제하는 합의는 가능하다. 예를 들어, 정상적인 상태에서 의사형성 또는 표시할 수 없는 상황, 예를 들어 환각제에 취하여 의식이 없는 상태에서의 성적 교류에 대해 합의의 의사표시를 한 경우나 연인관계에서 수면 중인 상대방을 애무하는 행위 등이 여기에 해당할 것이다.¹¹⁹⁾

Renzikowski는 구형법과 달리 저항능력을 강조하지 않는 것은 동의모델 하에서 가능하나 이를 의사형성 또는 의사표시 능력으로 규정함으로써, 방어할 능력을 저해하나 의사형성 또는 의사표시를 저해하지 않는 신체 장애, 예를 들어 하반신마비 같은 경우는 여기에 해당되지 않는 한계가 있다고 지적한다. 또한 규정에 “의사”가 아닌 “거부의사”를 명시하고 있음으로 인해 혼란이 있다고 지적한다. 구형법 제179조에 따른 저항불능에 해당될 수 있었던 ① 피해자가 자신의 거부를 범죄행위자에 대해 관철시키지는 못하지만 표시는 할 수 있었던 경우나 ② 피해자의 동의가 법적 이유에서 무효로 평가된 경우, ③ 피해자가 의사를 전혀 형성할 수 없었던 경우, ④ 피해자가 자신의 의사를 표시할 수 없었던 경우를 모두 포함하고 있는데, 여기에서 거부의사와 결부될 수 있는 유형은 첫 번째에 한정되어 있을 뿐 나머지는 동의의사이거나 거부인지 여부를 확인할 수 없는 유형이라는 것이다.¹²⁰⁾ 마지막으로 제1호의 입법취지가 의사형성 또는 의사표시 능력이 완전히 결여된 경우를 규정하기 위한 것인데, 여기에 해당하는 상황은 의사소통이 더 이상 불가능한 경우에만 한정됨으로써 적용범위를 현저히 제한하게 되는 문제가 있다고 지적한다.¹²¹⁾

여기에서의 주관적 구성요건은 피해자가 의사를 형성하거나 표시할 수 없는 무능력과 관련된 고의이다. 범죄행위자가 피해자의 상태를 의식적으로 성적 교류를 가능하

117) MÜKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 64.

118) MÜKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 65.

119) MÜKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 66.

120) MÜKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 61.

121) MÜKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 62.

게 하거나 도와주는 하나의 요소로 고려해야 하며, 이 점에서 확정적인 고의가 요구된다. 그러므로 미필적인 고의는 해당하지 않는 것으로 본다.¹²²⁾

2) 의사형성 또는 의사표시 능력에 제약이 있는 경우(제2호)

제2호는 피해자가 신체적 또는 정신적 상태로 인해 의사를 형성하거나 표시하는데 현저한 한계가 있음을 이용한 경우로, 그 사람의 동의를 확인한 경우가 아니면 처벌된다. 제2호의 주된 보호대상은 현저한 지능저하를 동반하는 정신장애를 가진 피해자이지만, 심하게 취한 경우에 의사형성 또는 표시의 능력이 완전히 배제되지 않은 경우에도 해당될 수 있다.¹²³⁾ 이 때 신체적 또는 정신적 상태라는 문구는 질병이나 장애에 이를 것을 의미하지 않기 때문에 망상이나 편집증, 착란 상태, 지능의 저하, 주기적인 약물 또는 알코올 섭취, 수면 또는 마취에서 깨어난 이후의 혼미함이나 강간 때문에 발생한 완전한 소진과 무감각한 상태, 뇌졸중으로 인한 언어상실, 정신적인 장애로 인한 실어증, 자폐, 종양, 신경퇴행성 질병으로 인한 의사표시능력의 제한도 여기에 해당할 수 있다. 그러나 외국인의 언어능력부족이나 말더듬과 같은 언어장애, 병리학적인 것이 아닌 단순한 소심함은 여기에 포함되지 않는다.¹²⁴⁾

제2호는 구형법 제179조에 의해 포섭되지 않은 경우로, 여기서 의사형성 또는 의사표시에 대한 현저한 제약이 어느 정도에 해당하는지에 대해서는 법률 자체에서는 도출되지 않는다. 제3자의 관점에서 객관적으로 제약이 일정한 수준의 현저함을 보이는가는 법관의 규범적인 평가에 기대게 된다. 이 때 현저함의 정도에 대한 평가에 대해서 Renzikowski는 성적인 사건의 의미와 범위를 인식하고 자신의 행태를 이러한 이해에 따라 조절할 수 있는 능력이 있다고 간주되는 평균적인 사람의 정상적인 정신상태와의 비교를 통해 가능하며, 신체적 또는 정신적 특징으로 파악된 장애가 정상의 경계를 넘어서는 근본적인 인격구조의 변화가 발생하여 신중한 행위를 할 능력이 감소했다고 간주될 수 있는 수준에 이른 경우에 현저한 제약에 해당한다고 평가할 수 있다고 본다.¹²⁵⁾

122) MüKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 68.

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

124) MüKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 72.

125) MüKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 70, 71.

제1호가 의사형성 또는 의사표시가 불가능한 상황이라면, 제2호는 의사형성 또는 의사표시가 현저하게 제한되어 있는 상황으로 정신적이거나 신체적인 상태 때문에 자신의 의사를 유효하기 처분할 수 있는 능력이 부분적으로 없는 사람들의 보호를 하향시키려는 시도로 평가된다. 그렇기 때문에 이들의 사실상 동의에 대해서는 구성요건에 해당하지 않다는 규정이 추가되었다. 이 때 동의는 명시적인 언어로 또는 묵시적인 행동으로 표시해야 하며, 보호대상인 사람이 스스로 능동적으로 행위를 하는 경우에 인정된다. 여기에서 묵시적인 행동의 의사표시란 피해자가 성행위를 능동적이고 자발적으로 하는 경우를 의미한다.¹²⁶⁾ 보호대상인 사람의 사실상 동의만으로 충분하지 않고 행위자가 그 동의를 명시적으로 또는 묵시적으로 받아들임으로써 확인해야 한다.¹²⁷⁾ 이로써 제1항은 피해자에게 의사표시를 할 부담을 지우는 것으로, 제2항 제2호는 범죄행위자가 피해자의 동의의사를 확인할 의무를 지게 되는 것으로 구분된다.¹²⁸⁾ 이에 따르면 피해자의 이중적인 의사표시가 있다면 그것은 인식가능한 동의의사에 해당하는지를 검사가 입증하는 것이 아니라 이를 동의의사임을 확인했다는 입증의 부담을 피고인이 지게 되는 것이다. 판례는 술에 취한 피해자의 상태는 제2항 제2호의 의사형성 또는 의사표시에 현저한 제약을 받고 있는 상황이지만, 만약 거부의사를 형성하고 표시할 수 있었고 피고인이 이러한 거부의사를 무시하고 성행위를 하였다면 이 경우에 제2항 제2호가 아닌 제1항에 해당되는 행위로 본다.¹²⁹⁾

동의를 있으면 구성요건에 해당하지 않는 것으로 규정한 입법취지는 보호대상인 사람들의 성적 자기결정권을 존중하는 것에 있으나,¹³⁰⁾ Renzikowski는 동의의 효력은 이해능력과 판단능력이 기준이 되어야 함에도 불구하고 이 규정으로 인해 이해능력과 판단능력의 제한으로 인한 의사하자는 오히려 고려되지 못하는 부정적인 효과를 가진다고 비판한다. 결국 하자 있는 동의결정이 있음으로 인해 여기에 해당되는 행위가 처벌되지 못한다는 것이다. 이로 인해 지능에 장애가 있는 사람이 쉽게 가질 수 있는 타인에 대한 사회적 의존성과 무조건적인 신뢰로 인해 친숙한 사회적 범위에 있는 사람들에 의해 용이하게 조정될 수 있음에도 불구하고 이러한 행위는 처벌되지

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

127) MüKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 76, 77.

128) MüKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 74. 참조.

129) BGH, Beschluss vom 16. Mai 2017 - 3 StR 43/17.

130) BT Drs. 18/8210(2016.4.25.) 참조.

않을 수 있다.¹³¹⁾

3) 의외의 순간의 이용(제3호)

제3호는 범죄행위자가 의외의 순간을 이용한 것을 규정한다. 여기에서 의외의 순간의 이용한 것은 피해자가 어떠한 성적 공격에도 노출되어 있지 않다고 생각하고 범죄행위자가 이런 상황을 성적 행위를 할 의도로 이용하는 것을 의미한다. 여기에 해당하는 대표적인 행위는 기습적으로 성기부위를 만지는 행위이다.¹³²⁾ 의외의 순간을 이용하는 것은 피해자가 반응할 수 없도록 갑작스럽게 성적행위를 실행하는 것이기 때문에 피해자 스스로의 성적 행위 또는 제3자와의 성적교류를 포함하지 않는다.¹³³⁾

Renzikowski는 이러한 기습적인 행위에는 시차를 두지 않는 짧은 공격이 주로 해당되긴 하지만, 성적행위가 더 오래 지속되는 경우도 포섭될 수 있어 신체적인 접촉 이외에도 성교 행위도 포함될 수 있다고 본다. 피고인이 14세 피해자에게 모델로 스케치를 하기 위해 다리를 벌리고 벽을 보고 팔을 기대고 있을 것을 요구한 뒤 갑작스럽게 조깅바지와 속옷을 내리고 성기삽입을 한 이후 사정을 할 때까지 성교를 진행한 사례에서, 피고인이 피해자가 굳어버려 거부의를 표현하지 못했다는 것을 인식하고 있다는 것을 인정할 수 있다면 이는 제3호에 구성요건에 해당된다는 것이다. 피해자가 갑작스러운 공격에 놀라 더 이상 반응할 수 없는 상태에 빠져들 수 있고 이는 피해자의 개인적인 성격에 따라 달라질 수 있기 때문에 짧은 시차에 이루어진 공격이 아닌 지속된 행위도 포섭될 수 있다.¹³⁴⁾

다만, 기습적으로 이루어진 성적행위의 경우 제184h조 제1호의 현저함의 기준에 도달하는가가 문제될 수 있다. 옷을 입고 있거나 가볍게 접촉했기 때문에 성적 행위의 현저함 기준에 충족하였는지 여부를 명백하게 긍정하기 어려운 경우를 포섭하기 위해, 제184i조 성적 괴롭힘 규정이 2016년 개정을 통해 도입되었다. 제184i조 제1항은 “타인을 성적인 방식으로 신체적으로 접촉하고 이를 통해 괴롭히는(belästigen) 자는, 그 행위에 대해 다른 조문들에서 더 중한 형벌을 규정하고 있는 경우가 아니라면,

131) MüKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 74, 75.

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

133) MüKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 84.

134) Ibid.

2년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다”라고 규정하고 있다. 이를 통해 범죄행위자가 피해자의 동의없이 또는 그의 의사에 반하여 피해자의 가슴 또는 엉덩이, 가랑이 사이를 만진 경우 또는 입이나 목에 키스하는 경우 에 비록 그것이 성적행위의 현저함 기준을 충족하지 못하더라도 명백하게 처벌될 수 있게 되었다.¹³⁵⁾

다른 규정과 마찬가지로 주관적 구성요건으로 의외의 순간이라는 요건과 관련된 고의가 필요로 하나, 범죄행위자가 피해자가 성적행위를 예상하지 못한다는 것을 감안하고 이를 의식적으로 자신의 성적교류를 위해 이용해야 하기 때문에 확정적 고의가 요구된다.¹³⁶⁾

4) 저항 시 해악발생 가능성이 있는 상황의 이용(제4호)

제4호는 피해자가 저항하는 경우에 그가 느낄 수 있을 만한 해악(ein empfindliches Ubel)이 발생할 수 있는 상황을 이용하는 경우를 규정한 것으로, 구체적으로 피해자가 거부한다면 폭력적인 분위기에 노출될 것이라는 두려움으로 성적 행위를 허용하거나 행위자에게 성적 행위를 하는 경우가 여기에 해당한다.¹³⁷⁾ 피해자가 저항하면 느낄 수 있을 만한 해악이 발생할 수 있는 상황이 객관적 구성요건이므로, 객관적인 관점에서 보아 피해자에게 실제로 느낄 수 있을만한 해악이 닥칠 수 있고 피해자가 이를 인식하고 두려워하는 경우를 포함하는 것이다.

이 규정의 입법취지는 구형법 제177조 제1항 제3호의 무방비 상태로 포섭되지 못하는 사례들을 포섭하기 위한 것인데, 판례가 무방비 상태에 해당되는 기준으로 피해자가 범죄행위자의 폭력 행위에 대한 두려움으로 저항을 포기하는 경우에 한정하는 것과 달리 제4호는 성적 행위 시 범죄행위자의 행위여부와 관계없이 피해자가 느낄 수 있는 해악의 넓은 범위를 포섭한다. 특히 피해자가 느낄 수 있을만한 해악이라고 규정함으로써 피해자의 주관적인 이해 과정에서 객관적인 관점에서 실제 해악이 발생할 낚시가 없지만 피해자가 그러한 해악이 발생할 것이라고 생각하는 모든 경우가 포함될 수 있다. 그러므로 주관적으로 무방비한 상황에 있다고 상상하여 피해자가 움직이지 않는 상황을 이용한 경우에도 처벌가능하게 된다. 다만, 이 때 해악이 발생할

135) Schmidt, Strafrecht - Besonderer Teil 1, 19. Aufl., 2018, Rn. 467m.

136) MüKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 86.

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

수 있는 가능성과 피해자가 생각할 수 있는 저항행위는 관련성이 있어야 한다. 따라서 범죄행위자의 성적교류 제안이 없는 상황에서 해악이 발생할 수 있다는 판단으로 성적교류를 피해자가 스스로 제안한 경우는 해악의 발생가능성이 저항과 무관하기 때문에 여기에 해당하지 않는다.¹³⁸⁾ 여기에서의 저항은 신체적인 방어행위만이 아니라 성적교류 강요에 대한 모든 거부가 포함된다.¹³⁹⁾

여기에서의 “느낄 수 있을만한 해악”은 상해 또는 살해에 대한 두려움을 요건으로 하지 않고 보다 넓은 범위의 해악을 포섭한다. 개인적 자유 또는 재산 등 다른 법익의 침해도 구체적인 사례에 따라 느낄 수 있을 만한 해악이 될 수 있고, 거부하는 경우 해고 또는 불법체류로 인한 국외추방 등의 결과를 겪어야 한다는 걱정도 여기에 해당된다. 또한 성매매 여성이 자신이 거부하면 포주에게 구타를 당할 수 있다는 두려움 때문에 그녀에게 제안된 성적행위에 저항하지 않은 경우도 여기에 해당한다. 그러나 피해자가 부끄러움을 느껴서 또는 거절하면 파트너와 다투어야 할지도 모른다는 두려움을 가진 경우는 일반적으로 느낄 수 있을 만한 해악에 해당하지 않는다.¹⁴⁰⁾ 그러나 해악이 거부의 직접적인 결과로 발생하게 되는지 여부는 기준은 아니다. 왜냐하면 제4호는 현재의 위험을 전제로 하지 않기 때문이다. 그러므로 장래에 발생할지 모르는 해악, 예를 들어 해고당할지도 모른다는 두려움에서 거부하지 않아도 총족될 수 있다. 다만 해악과 거부 간의 시간상 차이가 클수록 그 관련성은 약하게 평가될 것이다.¹⁴¹⁾

주관적인 구성요건에는 무리하게 요구된 성적 교류에 합의하지 않으나 해악의 두려움 때문에 그것을 허용할지도 모른다는 생각, 즉 미필적 고의가 포함된다. 범죄행위자가 피해자의 두려움을 인식하지 못하는 경우에는 고의를 조각하는 행위상황에 대한 착오(제16조 제1항)에 해당할 수 있다.¹⁴²⁾ 여기에서 피고인의 인식은 그에 상응하는 객관적인 연결점이 존재하는 경우에 인정될 수 있는데, 예를 들어 폭력적인 분위기 속에서 피해자가 범죄행위자와 함께 살고 있는 경우 이미 과거에 피해자에 대한 행위자의 공격이 존재했기 때문에 객관적인 연결점이 있고 이를 피고인의 고의를 인정할 수 있는 근거로 볼 수 있다.¹⁴³⁾

138) BT Drs. 18/8210(2016.4.25.), p.16.

139) MüKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 88.

140) BT Drs. 18/8210(2016.4.25.), p.16-17.

141) MüKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 90.

142) MüKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 91.

Renzikowski는 제4호를 강요된 상황의 이용이라고 본다. 다만 명시적으로 드러내어 해악을 위협하는 상황이 아닌 묵시적 태도에 의한 강요를 상정하는 차이가 있을 뿐이라는 것이다. 왜냐하면 느낄 수 있을 만한 해악의 실현은 피해자의 관점에서 볼 때 범죄행위자에게 달려있으므로, 결국 피해자가 두려워하는 해악으로 범죄행위자가 위협해야 성립가능한 것이기 때문이다. 다만 범죄행위자가 스스로 그 해악을 실현할 것을 요구하는 것은 아니고 그 시작이 범죄행위자와 관련되어 있어야 한다.¹⁴⁴⁾

5) 강요(제5호)

제5호는 범죄행위자가 타인으로 하여금 성적행위를 실행하거나 수인하도록 느낄 수 있을 만한 해악으로 위협함으로써 강요한 경우를 규정한 것으로, 여기서 피해자가 느낄 수 있을만한 해악은 제241조 협박죄의 의미로, 이러한 해악이 발생할 수 있음을 보여줌으로써 피해자의 거부의를 제압하는 경우에 처벌된다.¹⁴⁵⁾

여기에서는 명시적으로 강요를 언급하고 있는데, 여기에서의 강요는 “느낄 수 있을 만한 해악을 이용한 협박”이라는 수단에 한정된다. 이때의 협박은 명시적이거나 묵시적으로 피해자의 관점에서 범죄행위자의 의지에 달려있는 해악을 인식하도록 제시하는 행위이다. 그러므로 범죄행위자가 스스로 그 협박을 행동에 옮길 수 있거나 그렇게 의도하는지 여부는 피해자가 단지 그렇게 믿기만 하면 중요하지 않다. 범죄행위자의 의사표시를 해석할 때에 그 의사표시의 맥락이 중요하긴 하지만 이에 대해서는 피해자의 관점에서 평가되기 때문에, 피해자의 착오로 위협이 있다고 생각하는 것을 이용하는 경우에도 제5호에 해당된다.¹⁴⁶⁾ 신체 또는 생명에 대한 현재의 위험을 이용한 위협의 경우에는 제5항 제2호가 적용되므로, 가중요건에 해당하지 않는 협박들, 예를 들어 가벼운 구타를 암시하거나 두발을 자르겠다고 협박하거나 그 외의 사회적 불이익을 가하겠다고 위협하는 경우에도 적용된다.¹⁴⁷⁾ 이 때 해악의 대상은 피해자만이 아니라 제3자도 될 수 있으며, 이 때 제3자와의 특별히 가까운 관계 역시 요구되지 않는다.¹⁴⁸⁾

143) BT Drs. 18/8210(2016.4.25.), p.17.

144) MüKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 87, 89.

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

146) MüKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 93.

147) MüKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 94.

주관적인 구성요건과 관련하여는 미필적 고의도 해당하므로, 행위자가 피해자가 자신과의 성적교류에 합의하지 않는 것이 가능하다고 생각하고 피해자가 오직 그의 위협 때문에 협력한다는 것을 인식하는 것으로 충분하다.¹⁴⁹⁾

라. 질병과 장애가 있는 자에 대한 성적침해(제177조 제4항)

제177조 제4항은 제1항과 제2항의 의사를 형성하거나 표시할 수 없는 피해자의 무능력이 질병이나 장애로 인한 경우에 중범죄로 규정하는 것이다. 여기에서는 피해자에게 의사형성 또는 의사표시가 불가능하게 하는 질병 또는 장애가 있는 경우를 규정하는데, 이 때 장애는 사회복지법상의 장애의 기준(신체기능, 지적능력 또는 정신적 건강에 제약이 있으며 6개월 이상 사회생활에 참여하는 것이 제약된 경우)에 따르며 질병은 사회법원의 판례에 따라 치료를 요하거나 노동능력을 상실하게 하는 정상적이지 않은 신체 또는 정신상태를 의미하는 것으로 본다.¹⁵⁰⁾

피해자의 질병이나 장애에 기인한 무능력을 이용한 성적행위에 대해 중범죄로 규정한 입법취지는 장애인의 권리에 대한 유엔협약 제16조 제1항에서 요구하는 장애인에 대한 모든 형태의 착취, 폭력 및 남용으로부터의 보호를 위한 입법조치를 이행하기 위한 것에 있다. 이를 중범죄로 규정함으로써 지속적으로 존재하는 무능력을 이용하는 행위에 대해서는 1년 이상 자유형에 처하는 성적 강요와 본질적으로 차이가 없는 것으로 보는 것이다.¹⁵¹⁾ 다만, Renzikowski는 질병과 장애가 있는 사람의 성적 자기결정의 권리를 보장하기 위해서는 해당 규정을 제한적으로 적용할 수밖에 없으며, 이것이 합헌적인 해석이라고 본다. 즉, 보호대상인 사람의 추정되는 이익에 합치하는 경우에는 처벌되는 이용행위는 존재하지 않는 것으로 봐야 한다는 것이다.¹⁵²⁾

마. 유형력 요건 및 무방비한 상황의 이용(제177조 제5항)

새로운 제177조 제5항은 구형법 제177조 제1항의 성적강요 규정을 그대로 가지고

148) MÜKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 95.

149) MÜKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 96.

150) Schmidt, Strafrecht - Besonderer Teil 1, 19. Aufl., 2018, Rn. 467c.

151) BT Drs. 18/8210(2016.4.25.), p. 18.

152) MÜKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 99.

왔으나, 구형법과 달리 “강요”라는 법률문구를 사용하고 있지 않다. 강요모델을 동의 모델로 전환하면서 이미 의사를 굽히게 한다는 의미에서의 강요라는 표현은 본 항에서 규정하고 있는 경우들에서는 더 이상 필요하지 않다는 것으로 볼 수 있다. 이는 기존의 폭력 또는 협박 등과 같은 강요의 수단과 성적행위 사이의 목적 관련성을 엄격하게 해석함으로써 발생했던 처벌의 흠결을 해소하고자 하는 입법의도가 표현된 것으로 보인다.

그러나 이에 대해 Renzikowski는 강요라는 표현을 제외한 것에 대해, 폭력을 제외한 나머지 유형의 구성요건은 이미 강요가 존재하는 상황을 규정한 것이며, 강요의 삭제를 통해 폭력의 경우에 폭력으로 강요하는 경우가 아닌 폭력이 수반된 성적행위가 포함되게 되어 체계적으로 제1호의 유형을 제2호 및 제3호와 다르게 취급하는 결과를 가져온다는 점에서 비판을 전개한다. 그러므로 Renzikowski는 제5항을 구형법 제177조 제1항의 성적강요와 동일한 것으로 봐야 한다고 해석한다.¹⁵³⁾

1) 폭력을 행사한 경우(제1호)

제1호는 피해자에 대해 폭력을 행사한 경우를 규정하는데, 여기에서 폭력을 행사하는 경우라 함은 저항을 이기기 위해서 신체에 대해 힘을 행사하는 것을 의미한다.¹⁵⁴⁾ 다수설은 폭력을 행사하여 성적행위를 강요해야 제1호가 적용된다고 본다.¹⁵⁵⁾

여기에서는 폭행(Gewalttätigkeit)이 아닌 폭력(Gewalt)을 사용하고 있는데, 폭행은 타인의 신체에 대한 여타의 영향력 행사를 포함하는 개념이지만 폭력은 물리적인 힘을 의미하는 개념이다.¹⁵⁶⁾ 그러므로 폭력이란 타인에 대해 행사되는 직접적 또는 간접적 영향력 행사를 통한 신체적으로 작용하는 강제로서, 실제로 행해진 저항을 극복하거나 예상되는 저항을 애초부터 배제시키는 데에 적합한 것을 의미한다.¹⁵⁷⁾ 그러나 기존의 판례는 신체적인 요소에 국한한 제한적인 폭력개념을 고수함으로써, 범죄행위자의 신체적인 힘의 행사와 피해자의 신체적인 강제효과가 있는 경우에 폭력을 인정하는 태도를 보여왔다. 이에 따르면 피해자를 감금하거나 피해자가 떠나지

153) MüKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 101.

154) Schmidt, Strafrecht - Besonderer Teil 1, 19. Aufl., 2018, Rn. 467e.

155) Ibid: MüKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 102 참조.

156) MüKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 101.

157) MüKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 104.

못하도록 길을 막는 행위는 폭력으로 포섭되지 못한다.¹⁵⁸⁾ 즉, 폭력이 인정되기 위해서는 피해자에게 물리적 강제효과가 발생해야 하며, 권총이나 칼로 위협하거나 말로 피해자에게 영향력을 행사하여 정신적인 강제효과가 발생하는 것은 폭력에 해당하지 않는다.¹⁵⁹⁾ 또한 피해자가 아닌 제3자에 대한 폭력 또는 제3자의 저항행위는 역시 제1호의 폭력에 해당하지 않는다.¹⁶⁰⁾

그러나 최근 폭력개념을 확장하는 판례의 경향이 나타나, 한밤중에 피해자의 집에 침입하여 “조용히 해. 나는 아무 짓도 안 할 거야”라는 말로 구강성교를 하도록 만든 경우¹⁶¹⁾나 피해아동에게 수 시간 산행을 하도록 만들어 피해자가 신체적으로 지쳐서 성적 요구에 따른 경우¹⁶²⁾를 폭력으로 인정하기도 하였다.¹⁶³⁾

Renzikowski는 개정된 제177조 제5항 제1호의 폭력이 행사된 경우 성적 강요에 해당하므로 폭력과 강요 사이에는 수단-목적의 관련성이 존재해야 하며, 폭력 사용이 성적 행위를 수인하거나 실행하는 데에 기여해야 한다고 해석한다. 폭력사용은 성적 행위에 선행하여 이루어질 필요는 없으며 동시에 이루어질 수 있다.¹⁶⁴⁾ 이렇게 제177조 제5항을 성적강요로 보는 해석에 따르면 성적 교류 이후에 뒤따르는 폭력은 이 규정의 구성요건에 해당되지 않는 것으로 본다.¹⁶⁵⁾ 이와 달리, 강요를 규정에서 삭제한 입법취지를 고려하여 수단-목적의 관련성이 배제되므로, 폭력의 사용이 의사에 반한 성적행위를 위한 것이 아니라 성적 행위 전·후 또는 동시에 이루어진 경우에도 제5항 제1호를 적용해야 한다는 견해도 있다. Hörnle에 따르면 개정을 통해 폭력을 사용하여 강요한 경우가 아니라 성적 행위의 실행 또는 수인이 폭력의 사용과 함께 이루어진 경우를 포섭한 이유는 폭력사용에 대한 피고인의 고의를 제한적으로 해석함으로써 발생한 처벌의 흠결을 제거하기 위한 것이므로, 제5항의 규정은 범죄행위자가 각 호의 행위를 성적 행위 전·후 또는 동시에 했다면 충분히 적용할 수 있다고 본다.¹⁶⁶⁾

158) MüKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 105.

159) MüKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 107.

160) MüKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 109.

161) LG Hamburg 10.6.1994 -627 Kls 2/94, MDR 1995, 1056 (1057) 참조.

162) BGH 11.1.1996 -5 StR 651/95, NStZ 1996, 276 참조.

163) MüKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 105.

164) BGH 5.5.1992 -1 StR 202/92, NStZ 1992, 433 참조.

165) MüKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 110.

166) Hörnle, Tatjana(2017), The New German Law on Sexual Offenses. German Law Journal 18(06), p. 1324.

2) 신체 또는 생명에 대한 현재의 위험으로 위협한 경우(제2호)

제5항 제2호는 범죄행위자가 피해자에게 신체 또는 생명에 대한 현재의 위험으로 위협하는 경우를 규정한 것으로, 구체적으로 행위자가 신체 또는 생명에 대한 위협을 가할 것임을 보여주고, 만약 즉시 방호조치를 취하지 않는다면 이런 가해가 확실하게 또는 극히 높은 개연성을 가지고(höchstwahrscheinlich) 발생할 것이 예상된다면 여기에 해당된다.¹⁶⁷⁾ 제5조 제2항은 제2항 제5호에 비해 가중된 협박을 규정하고 있다. 우리 형법과 달리, 독일 형법은 강도죄(제249조), 공갈죄(제253조), 그리고 강도에 준하는 공갈죄(제255조)를 별도로 규정하여 고지된 해악의 내용, 즉 침해하겠다는 법익이 신체 또는 생명에 관한 법익인 경우를 가중적 구성요건으로 규정하고 있다. 제5조 제2항은 제2조 제5항에서의 해악의 내용에 따라 그것이 생명 또는 신체에 대한 현재의 위험일 경우에 해당하는 가중요건으로 볼 수 있다.

위협 방식은 명시적이거나 묵시적인 것 모두 가능한데, 명시적인 위협의 표현이 없더라도 범죄행위자가 피해자에게 인식가능하게 신체 또는 생명에 대한 위협을 표현한 것이면 위협에 포함이 된다.¹⁶⁸⁾ 또한 가족 관계에서 연속된 범죄행위의 경우, 이전의 행동과 협박을 통해 형성된 폭력의 분위기를 일반적으로 이용하는 상황은 묵시적인 위협이 될 수 있다.¹⁶⁹⁾ 이 때 신체 또는 생명에 대한 현재의 위험은 신체상해 또는 사망이 발생할 수 있음으로 위협하는 경우를 의미한다. 자유박탈로 위협하는 경우 그 지속성으로 인해 신체상해가 우려될 수 있는 경우가 여기에 해당할 수 있다.¹⁷⁰⁾ 여기에서 현재의 위험이라는 의미는 즉시 방호조치가 취해지지 않으면 제시된 손해가 언제라도 실현될 개연성이 있는 경우에 인정되는데, 이러한 판단은 피해자의 관점에서 그것을 방어하기 위해 피해자에게 어떤 선택지가 있는가를 기준으로 이루어진다.¹⁷¹⁾

Renzikowski는 신체 또는 생명에 대한 위협의 발생이 피해자가 아닌 제3자에게 일어날 위험의 경우에도 제5항 제2호에 해당한다고 보았으나,¹⁷²⁾ 연방대법원은 구형법 제177조 제1항 제2호가 강요의 수단이 피해자와 가까운 관계의 제3자에게 향하는

167) Schmidt, Strafrecht - Besonderer Teil 1, 19. Aufl., 2018, Rn. 467e.

168) Schmidt, Strafrecht - Besonderer Teil 1, 19. Aufl., 2018, Rn. 467e.

169) MüKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 118.

170) MüKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 119.

171) MüKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 120.

172) MüKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 121.

경우도 포함한 것과 달리 개정된 제177조 제5항 제2호의 경우 법률문구상 명시적으로 피해자 자신에게 위협이 향할 것을 요구한다고 보았다. 그러므로 범죄행위자가 피해자에게 가까운 사람에 대한 폭력을 이용하여 피해자를 위협하는 식으로 성적행위를 강요하는 것은 개정된 제177조 제2항 제5호에 포섭되고, 제177조 제6항 제1호의 요건이 충족된다면 특별히 중한 경우로 인정되어 강간으로 처벌가능하다.¹⁷³⁾

3) 범죄행위자의 행위에 무방비로 노출되어 있는 상황의 이용(제3호)

제5항 제3호는 피해자가 범죄행위자의 영향 하에 무방비하게 맡겨져 있는 상황을 이용한 경우를 규정한다. 무방비로 노출된 상황이라는 표지는 피해자의 보호와 저항 가능성이 범죄행위자의 영향력에 내맡겨질 정도로 줄어든 상황을 의미한다. 여기에서 범죄행위자의 행위는 성적 행위를 의미하는 것이 아니라 범죄행위자가 자신의 목표를 폭력으로 관철시킬 수 있는 수단이 되는 행위를 말하며, 협박이나 그 밖에 말로 하는 표현들은 여기에 해당하지 않는다.¹⁷⁴⁾ 무방비하다는 의미는 피해자가 외부의 어떠한 도움이나 보호를 기대할 수 없는 경우를 말한다.¹⁷⁵⁾ 여기에 해당하는 주된 유형은 범죄행위자가 피해자를 먼저 감금하고 그 다음 새로운 범죄를 결심하여 피해자에게 성적 행위를 하는 경우와 같이,¹⁷⁶⁾ 신체적인 폭력을 이용한 묵시적인 협박이 존재하는 동시에 피해자가 범죄행위자의 공격에서 현재 벗어날 수 없는 경우이다.¹⁷⁷⁾

Renzikowski는 그동안의 판례 태도를 비판하면서 개정된 제5항 제3호의 무방비한 상황은 객관적인 관찰자의 관점이 아니라 피해자의 관점에 따라 판단되어야 하며, 그러므로 객관적으로는 보호가능성이 존재하지만 피해자가 범죄행위자에게 그에 대해 속임을 당하거나 그러한 가능성을 스스로 인식하지 못한 경우에도 인정되어야 한다고 본다. 이러한 해석이 규범의 보호목적에 비추어서도 타당하며, 피해자보호의 개선이라는 입법취지에도 부합한다는 것이다.¹⁷⁸⁾ 다만 이에 대한 판단은 범죄행위자와 피해자의 성격과 장소적 특징 등 외부조건에 대한 상황을 전체적으로 검토함으로

173) BGH, Beschluss vom 22. März 2017 - 3 StR 475/16 참조.

174) MüKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 123.

175) MüKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 124.

176) Schmidt, Strafrecht - Besonderer Teil 1, 19. Aufl., 2018, Rn. 467e.

177) MüKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 133.

178) MüKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 125.

써 이루어져야 한다.¹⁷⁹⁾

제5조 제3항에서 법적으로 유효한 피해자의 동의는 피해자의 무방비한 상태를 이용하여 거부의를 제압하는 것을 배제하므로 구성요건을 조각한다. 그러나 피해자가 강요로 인해 동의한 경우는 이에 해당하지 않으며, 피해자가 최소한 피임도구를 사용할 것을 범죄행위자에게 부탁한 경우도 동의에 해당하지 않는다.¹⁸⁰⁾

제5항 제3호의 주관적 구성요건은 미필적 고의로 충분한데, 범죄행위자가 피해자가 성적교류에 합의하지 않았을 수 있다고 여기고 자신의 태도로 인해 저항이 배제했다는 것을 감수하고 피해자의 무방비한 상황의 이유가 되는 상황을 인식해야 한다. 피해자의 태도가 중의적인 경우에 구성요건적 착오가 검토될 수 있지만,¹⁸¹⁾ 단지 사후적인 동의가 있다는 착오나 폭력없이 사정에 도달하기를 원했다는 인식, 방해받지 않기 위해 문을 막았다는 주장으로 고의를 부정할 수 없다.¹⁸²⁾ 또한 피해자의 저항에 진정성이 없다는 주장, 다시 말해 경미한 저항행위나 단순히 말로만 이루어진 저항을 범죄행위자가 단순한 내성으로 해석했다는 주장 역시 구성요건적 착오로 인정될 수 없다.¹⁸³⁾

바. 강간 등 특별히 중한 경우 등 형량가중규정(제177조 제6항 내지 제8항)

제177조 제6항은 특별히 중한 경우로 성기삽입 또는 신체 삽입행위인 강간과 다수에 의한 공동행위를 규정하고 있다. 이는 가중적 구성요건규정이 아니라 단지 성적침해 및 성적강요에 대한 형량가중규정인 규정예시(Regelbeispiel)이다. 다수설은 강간과 공동범죄의 실행을 독자적인 구성요건이 아니라 형벌가중규정으로 둔 것은 불법의 내용이나 피해자 보호에 비추어 문제가 있다고 비판한다. 왜냐하면 독일 형법에서 특별히 중한 경우 또는 덜 중한 경우에 대해 규정되어 있는 형벌가중이나 감량이 중범죄(Verbrechen)와 경미범죄(Vergehen)를 나눌 때에 고려되지 않기 때문에(제12조 제3항), 그로 인해 강간이나 공동범죄라 할지라도 제9항에 따라 덜 중한 경우로

179) MüKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 126.

180) MüKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 135.

181) MüKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 138.

182) MüKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 139.

183) MüKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 140.

감형을 받게 되는 상황이 발생할 수도 있기 때문이다.¹⁸⁴⁾

제6항은 구형법 제177조 제2항과 규정은 유사하지만 해석상의 차이가 있는데, 이는 제177조의 기본적인 행위가 제1항 또는 2항으로 규정된 효과이다. 그렇기 때문에 구형법 제177조 제2항과 달리 현재 법규정에서 따라 범죄행위자가 피해자를 폭행을 통해서 또는 폭행의 위협을 통해서 또는 무방비 상태의 이용을 통해서 강요하는 것은 더 이상 강간의 성립요건이 아니다. 독일 형법상 강간은 범죄행위자가 강요 요건을 실행하지 않아도 단순히 피해자와의 성교를 실행하면서 피해자의 인식가능한 반대의사를 무시하거나 제177조 제2항의 상황을 이용하기만 하면 성립한다. 다시 말해, 폭력 또는 강요 없이 명시적인 거부사표시에도 불구하고 성교를 실행한 경우에는 제6항 제1호에 의한 강간으로 처벌된다. 이러한 입법취지는 성교 또는 유사성교행위와 결부된 제177조 제1항 또는 제2항의 성폭력범죄가 피해자에 의해 일종의 성적의미를 가진 폭력의 형태로 받아들여지고, 여기서 형법상 의미를 가진 폭행 또는 협박이 행해졌는지 여부는 중요하지 않게 되는 상황을 고려한 것이다.¹⁸⁵⁾

이에 대해서는 폭력이나 강요가 있는 상황과 없는 상황을 모두 제6항 제1호를 적용하는 것이 비례성 원칙과 합치되는지에 대해 비판이 존재한다. 예를 들어 콘돔을 사용하여 성교하기로 합의했는데 삽입행위 도중에 몰래 콘돔을 빼는 경우와 같이 비합의 콘돔 제거 또는 일명 “스텔싱(Stealththing)” 사례의 경우 제6항 제1호에 해당하는데, 제177조 제9항의 감경규정이 제177조 제6항에는 적용되지 않기 때문에 이러한 결과가 과도한 처벌을 가져올 수 있다는 것이다.¹⁸⁶⁾ 이러한 문제는 형벌가중규정인 제7항 및 제8항의 경우에도 해당한다. 제7항과 제8항은 구 제177조 제3항과 제4항의 가중요건이 문구 그대로 규정되어 있으나, 구형법과 달리 가중요건은 더 이상 강요만을 요건으로 하는 것이 아니라 제1항과 제2항의 성적침해를 요건으로 하기 때문에 비례성 원칙의 문제를 제기한다. 다만, 제7항 및 제8항의 경우 제9항에서 덜 중한 경우에 감경을 규정하고 있다.

개정 이후 판례의 태도를 살펴보면, 비례성의 원칙에 따라 제177조 제6항의 해석을

184) Schmidt, Strafrecht - Besonderer Teil 1, 19. Aufl., 2018, Rn. 467f; MüKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 201 7, StGB § 177 Rn. 142 참조.

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

186) Ibid.

제한하고 있다. 제6항 제1호에 규정된 “강간죄”가 이미 폭력사용이 전제된 개념이므로 이를 성립하기 위해서는 제1항의 성적침해에 강요가 전제될 것을 요구한다. “삽입을 동반한 성교유사적 행위(형법 제177조 제6항 제2문 제1호)의 특별히 모욕적인 효과가 부정되고 형법 제177조 제1항의 성적침해에 어떠한 강요도 전제되지 않는다면, 강간을 이유로 한 유죄판결은 새 법에 따라서는 고려되지 않는다.”¹⁸⁷⁾ 또한 제177조 제9항의 감경규정이 제6항에 적용되지 않음에도 불구하고 이를 해석상으로 적용가능한가에 대해, 제6항 제1호의 규정예시가 실현되었음에도 불구하고 그 규정효과가 일정한 수준의 책임감정적 상황들 때문에 배제되는 경우에는 형량의 감경은 오직 극히 예외적인 사례들에서만 고려될 수 있다고 해석한다. 그러나 현저하게 책임을 감경하는 범죄행위와 범죄행위자와 관련된 요소들이 존재하는 경우 그것은 제6조 제1항의 구성요건의 유사요건들이 그 자체로 보아 충족되지 않았다고 평가할 수 있는 상황일 수 있다고 본다.¹⁸⁸⁾ 이로써 제177조 제6항은 사실상 제1항의 가중처벌규정이 아니라 제5항 성적강요의 가중처벌규정으로 볼 수 있는 효과를 가지게 되었다.

3. 개정 법률에 대한 논의

가. 성적 자기결정권 침해에 대한 강요모델에서 동의모델로의 이행

독일 구형법상 성폭력범죄는 기본적인 유형을 성적 강요와 남용을 구분하고, 남용은 미성년자 또는 장애인 등 취약한 상태에 있는 자를 대상으로 한 행위로, 강요는 피해자의 저항을 제압하는 폭행, 신체 또는 생명에 대한 협박, 피해자의 무방비한 상황을 이용한 행위로 규정하였다. 이렇게 원치 않는 강요된 성적교류로부터의 성적 자기결정권의 보호와 자기결정능력이 제한되거나 불가능한 사람들의 성적 자기결정권의 보호를 분리한 것은 1973년 제4차 형법개정을 통해서였는데, 이에 대해서는 1871년 제국형법(RStGB)에서 성적강요, 저항 능력 없는 여성의 성적남용, 아동에 대한 성적남용을 “여성의 명예에 대한 침해”로 모두 하나의 구성요건(제176조)에 통합하여 있던 것을 극복하고 “성적 자기결정”이라는 독자적인 법적 지위가 발전된 것이라고

187) LG Bamberg, Urteil vom 07. Dezember 2017 - 33 KLS 1105 Js 520/17, Rn. 87.

188) Ibid., Rn. 88.

평가된다.¹⁸⁹⁾ 1997년 형법개정에서는 이전 형법상 제177조 강간죄의 구성요건과 제178조 성적남용에 대한 구성요건을 한 조문으로 통합하면서 제177조의 기본적 구성요건을 성적강요로 구성하고 성기삽입행위가 포함된 강간을 형벌가중요건으로 구성하게 되었다.¹⁹⁰⁾

이러한 강요모델에 대해 1871년 제국형법에서 극도의 폭력, 그러한 폭력에 대한 위협만을 피해자의 신체적 저항이 요구되지 않는 것으로 인정했던 전통적인 강간의 정의를 근본적으로 변경하지 못했다는 비판도 존재한다.¹⁹¹⁾ 1997년 개정을 통해 행위수단을 폭행, 신체 또는 생명에 대한 협박 이외에도 “피해자가 무방비 상태로 행위자의 영향 하에 방치되어 있는 상황을 이용”하는 행위까지 포함하여 피해자의 저항이 요구되지 않는 상황을 포섭하려고 하였으나 판례상 협소한 판단기준을 가지게 된 것은 이 때문이라는 것이다. 다시 말해, 남용(제179조)과 강요(제177조)의 분리를 성폭력범체계의 모델로 삼음으로써, 신체적인 행위를 통한 강요가 아닌 묵시적인 협박이 강요로 포섭되기 어려워졌고, 여전히 피해자의 무방비 상태에 대한 입증이 범죄행위자의 폭력 또는 협박이나 피해자의 저항을 통해서만 가능하다는 한계가 있었다는 것이다. 2015년 연방대법원의 판결은 이러한 문제점을 그대로 보여주는데, 연방노동청 사례 매니저인 피고인이 본인의 사무실에서 피고인이 담당하는 27세 여성에게 성행위를 요구하고 피해자의 거부 의사표시에도 불구하고 의자에 앉아있는 피해자의 입에 자신의 성기를 가져가 삽입한 행위에 대해, 신체 또는 생명의 위험을 감수하지 않았으며 협박당하지 않았을 뿐만 아니라 피해자가 무방비한 상황에 있지 않았다고 보아 제177조 제1항에 의한 성적강요가 아니라고 판단했다.¹⁹²⁾ 주변에 도움을 요청할 수 있는 사무실이라는 장소가 무방비한 상태가 아니라는 판단은 결국 피해자가 피고인의 행위 시 소리를 질러 주변에 도움을 요청하는 것과 같은 신체적인 저항행위가 존재해야만 형법상 성폭력이 인정되어야 한다는 것을 의미한다.

2016년 형법개정은 강요와 남용의 분리에 기초한 성폭력범죄의 강요모델을 동의모델로 이동하고자 하는 패러다임 전환의 시도였다. 개정을 통해 제177조의 기본적인

189) MüKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 16.

190) 법무부(2008), 독일형법, 미간행, 6-7쪽.

191) Hörnle, Tatjana(2017), The New German Law on Sexual Offenses. German Law Journal 18(06), p. 1311-2.

192) BGH, Urteil vom 29.01.2015 - 4 StR 424/14, Rn. 11.

구성요건을 타인의 인식가능한 의사에 반하여 이루어진 성적행위(제1항)로 변경하고, 장애 있는 자와 장애 없는 자의 구분 없이 피해자의 거부 의사표시가 기대불가능하여 동의의사를 유효하다고 볼 수 없거나 피해자의 거부 의사표시가 객관적으로 불가능한 상황(제2항)을 성적남용이 아닌 성적침해로 포섭함으로써, 강요와 남용의 전통적인 이분법을 극복하고 동의를 중심으로 성폭력을 개념화한 것이다. 이에 개정된 제177조의 기본적인 구성요건에 따라 범죄행위자에 대해 저항의사를 실현할 수 없는 무능력 내지 상황에 대해 판단할 필요 없이 오직 명백히 드러난 피해자의 거부 의사를 무시하는 경우가 처벌된다.

나. 일부 개정의 한계

비록 2016년 형법개정이 제177조에 비동의 요건을 규정한 기본적 구성요건을 규정하고 강요가 아닌 이용 행위를 중심으로 새로운 규정을 도입함으로써 동의모델을 구축하였지만, 이러한 시도가 형법 제13절 성적 자기결정권 침해에 관한 죄의 전체 규정이 아닌 성적강요 및 강간죄(제177조)만을 대상으로 이루어짐에 따라 입법의도에 따른 패러다임의 전환이 실제 이루어졌는지에 대해서는 부정적인 평가가 주류적이다. 실제 현행 독일 형법 제13절 내에는 동의모델뿐만 아니라 강요와 남용의 모델이 그대로 공존하고 있으며, 이로 인해 강요행위와 이용행위에 대한 구분과 해석상의 차이에 대한 다른 평가들이 공존하고 있다.

1) 강요와 남용의 체계상 혼란에 대한 비판

Renzikowski는 다음과 같은 이유로 개정된 제177조로 인한 강요와 남용 간의 체계정합성에 대해 비판을 전개한다.

첫째, 성적강요와 성적남용의 구성요건을 하나의 조문에 규정함으로써 제177조의 체계론상 혼란을 가져온다. 구형법 제177조 제3항과 제4항의 가중요건을 개정된 제177조 제7항과 제8항에 그대로 규정하고 있는데, 현행 제177조는 강요를 기본적인 구성요건으로 하고 있지 않기 때문에 가중요건규정은 더 이상 강요의 가중요건이 아니기 때문이다. 그로 인해 인식가능한 의사에 반한 성적행위의 가중요건 법정형을 별다른 검토없이 성적강요의 가중요건과 동일하게 두는 문제뿐만 아니라 동일한 가중

요건을 두고 있는 다른 법익침해행위인 중강도(제250조 제1항)¹⁹³⁾와 동일한 법정형으로 두게 됨으로써 형법의 체계정합성을 해치는 결과를 가져온다고 비판한다.¹⁹⁴⁾

둘째, 2016년 개정을 통해 법익침해의 가치평가의 모순들이 제거되지 않았을 뿐만 아니라 오히려 새롭게 발생시키는 문제를 초래했다. 구체적으로 살펴보면, 개정된 제177조 제1항 및 제2항은 6개월 이상 5년 이하의 자유형을 규정하고 있는데, 이는 피보호자, 피구금자 등의 지위를 이용하거나 미성년자 또는 청소년에 대한 성적남용에 대한 규정(제174조 내지 제174c조, 제180조, 제182조)에서 자유형 형량의 하한을 규정하지 않거나 3개월 이상으로 규정하고 있는 것과 차이가 있다. 문제는 이러한 성적남용 규정이 법적으로 유효한 성적 교류에 관한 동의가 존재하지 않는 경우를 상정하고 있는데, 이와 제177조 제1항 및 제2항에서 규정된 내용에 실질적인 차이가 있는지 분명하게 검토된 바가 없다는 것이다. 다만, 제177조의 개정으로 피해자의 인식가능한 의사를 무시하고 성적행위로 나아간 범죄행위는 모두 제177조로 모두 포섭될 수 있기 때문에, 제174조 내지 제174c조, 제182조에서 규정된 구성요건에 포섭될 수 있는 사안은 결과적으로 피해자가 먼저 성적행위를 제안하거나 동의의 의사표시를 한 경우에 한정되므로 이러한 자유형 하한의 차이가 설명될 수 있는 여지가 존재한다고 볼 수도 있다. 그러나 제177조에 포함된 가중요건들과 형별가중사유들로 인해 제177조 위반시 자유형 상한이 15년까지 가능하게 되어, 제174조 내지 제174c조, 제180조, 제182조의 성적남용 규정의 상한인 5년과 상당한 차이가 발생하는 문제는 여전히 남아 있다.¹⁹⁵⁾

셋째, 제177조의 개정으로 인해 성적침해와 성적남용 간의 규범충돌이 발생하였다. 구체적으로 살펴보면, 제182조 제1항은 청소년인 피해자의 어쩔 수 없는 상황(Zwangslage)을 이용하여 성적 교류를 한 자를 처벌하는데, 이러한 행위는 제177조

193) 독일 형법 제250조【중강도】 ① 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 3년 이상의 자유형에 처한다.

1. 행위자 또는 다른 범죄참가자가 다음과 같이 강도한 경우
 - a) 무기 또는 기타 위험한 도구를 휴대하고
 - b) 폭력 또는 폭력을 고지한 협박으로 타인의 항거를 방해하거나 저지하고
 - c) 당해 행위로 타인을 중한 건강훼손의 위험에 빠뜨리고
2. 행위자가 강도 또는 절도의 계속적 수행을 목적으로 조직된 범죄조직의 구성원으로서 다른 구성원의 협력 하에 강도한 경우

194) MüKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 10.

195) MüKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 11.

제2항 제4호에서 규정하고 있는 저항하면 느낄 수 있는 해악을 경험할 가능성에 따라 포섭가능하다. 그러므로 제182조 제1항은 제177조 제2항 제4호의 특별규정으로 볼 수 있을 것이다. 그러나 현재 법정형은 제182조 제1항의 자유형 하한이 제177조 제2항보다 낮아, 이에 따르면 피해자가 청소년인 경우에 불법에 대한 가치평가가 성인인 경우보다 더 낮다는 불합리한 결론으로 이어진다. 또한 제177조 제2항 제2호에 따르면 신체적 또는 정신적인 상태로 인해 자기결정에 장애를 가진 사람과의 성적 교류를 그 사람이 사실상 동의한다면 허용하게 하게 되나, 제174c조 치료시설 내에 있는 사람에 대해 치료나 보호할 의무가 있는 자가 성적 교류를 하는 경우에는 사실상의 동의를 위법성과 관계가 없는 것으로 규정되어 있다. Renzikowski는 여기에서 유사한 정도로 자율성이 결여된 사람들의 경우에 제177조 제2항 제2호에 의해 사실상 동의가 있다면 성적 교류가 허용되는데, 제174c조의 경우에는 사실상 동의가 효력이 없다는 것은 어떻게 설명될 수 있는지 의문을 제기한다.¹⁹⁶⁾

그러나 제174c조가 피구금자, 피보호자 또는 치료시설 내 환자와 이에 대해 보호감독의 권한을 가진 자의 보증인적 관계를 구성요건을 하고 있다는 점에서 사실상 자유로운 동의가 불가능한 관계에 한정하여 적용되기 때문에 제177조 제2항 제2호에 규정된 사실상의 동의 효력을 배제할 근거는 충분하다고 판단된다. 다만, 그 외에 Renzikowski가 지적하고 있는 체계정합성에 대한 비판은 제177조 개정을 통해 기본적인 성폭력범죄의 구성요건을 비동의 요건으로 변경한 2016년 개정이 결국 인식가능한 의사에 반한 성적행위를 모두 성폭력범죄로 보는 독일 성형법상 패러다임 전환을 초래할 수밖에 없다는 점을 분명히 보여준다. 이러한 문제를 해결하기 위해서는 2014년 제기되었던 형법 제13절 전면 개정이 검토되어야 할 것이다.

2) 강요와 남용의 구분 유지가 필요하다는 입장

앞서 살펴보았듯이, 다수설은 2016년 개정이 독일 형법상 성폭력범죄에서 유지하고 있던 강요와 남용의 구분을 탈피하고자 하였으나, 여전히 성적 자기결정의 능력을 가진 자에 대한 성적침해에 대한 규정은 강요로 해석될 수밖에 없다고 지적한다. 피해자의 의사에 반해 성적행위를 실행 또는 수인하도록 하는 행위는 기본적으로

196) MüKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 12.

강요의 형태가 될 수밖에 없다는 것이다. 다만 입법취지를 반영하여 상대방의 의사에 반하는 행위수단이 거부의를 제압할 정도에 이르지 않고 거부의를 무시할 때에도 성폭력범죄로 포섭할 수 있다고 지적한다.

동의모델로의 전환의 필요성으로 이스탄불 협정의 이행이라는 측면 이외에 독일 내 성폭력범죄에 대한 낮은 유죄율로 비롯된 처벌의 흠결이 지적되었으며,¹⁹⁷⁾ 2016년 형법개정은 이러한 처벌 흠결의 문제를 독일 형법의 강요모델에서 비롯된 것으로 보고 이를 개선하기 위해 추진된 것이다.¹⁹⁸⁾ 그러나 강요모델이 필요하다는 입장은 이러한 처벌의 흠결이 법률상 처벌가능성의 흠결인지 하자있는 법 적용으로 인한 흠결인지 명백하게 구분되지 않는다고 본다. 예를 들어 의외의 상황을 이용하는 기습적인 성적 침해의 경우가 구형법 제177조 제1항 제3호의 “무방비한 상태”에 포섭될 수도 있다는 것이다. 판례나 다수설에서 요구하는 자신을 방어하거나 도움을 기대할 수 없는 무방비한 상태의 객관적 의미를 기준으로 삼는 대신 피해자의 관점에서 해석한다면 처벌의 흠결이 해소될 수 있다.¹⁹⁹⁾ 다시 말해, 형법상의 강요모델의 문제가 아니라 법원 해석의 한계로 인해 성폭력범죄가 제대로 처벌되지 않았다는 것이다. 물론 이러한 견해에서도 연방정부가 제시한 모든 처벌의 흠결상태를 법률개정 없이 해석을 통해 해소하기 어렵다는 점에 대해서는 인정한다. 그러한 점에서 다수설은 개정된 제177조를 이용과 강요의 구분을 통해 제한적으로 해석하도록 기준을 제시한다.

3) 성적 남용의 전면 개정 추진이 필요하다는 입장

성적 남용과 강요의 체계적 구분 자체에 대해 근본적인 문제를 제기하고, 오히려 남용과 강요의 구분 자체를 없애는 개정을 체계화할 필요성을 제기하는 견해도 존재한다. 성적남용은 강요 또는 동의와 관계없는 범죄행위에 대한 규정으로, 여기에는 특정한 상황 하에서 성적 행위는 사실상 폭행 또는 협박과 관계없이 만약 다른 사람이 사실상 동의를 하더라도 금지되어야 한다는 생각이 깔려있다는 것이다. 현행 형법상

197) 독일 개정 전인 2014년 성적강요 또는 강간(제177조)으로 신고된 범죄건수는 7,345건이었으나 같은 해 유죄건수는 1,004건으로 유죄율이 낮은 편이었고, 장애인에 대한 성적남용(제179조)의 경우 2014년 1,412건이 신고되었으나 유죄판결을 받은 수는 194명에 지나지 않았다.

MüKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 13, 15.

198) BT Drs. 18/8210.

199) MüKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 30.

성적 남용은 14세 미만의 아동 또는 14세 이상 18세 미만의 청소년을 보호하며, 일부 성인인 경우에도 취약성이 강화되는 특정한 상황, 예를 들어 감옥이나 보호시설에 수용되어 있거나, 형사사건 피의자가 되거나, 의료 또는 심리치료를 받는 환자인 경우에도 이를 통해 보호된다. 2016년 개정의 방향성이 강요와 남용의 구분을 넘어 성적 자기결정의 침해를 규정하는 것인 점을 고려할 때에 제13장의 다른 성적남용 규정은 개정하지 않고 오직 구형법 제179조 심리적 또는 신체적으로 장애가 있거나 질병이 있는 피해자에 대한 성적남용만을 포섭한 것은 오히려 성적 자기결정권의 측면에서 한계라는 것이다.²⁰⁰⁾

다. 동의모델의 도입에 대한 비판

1) 동의모델 체계화의 문제

제177조에서 규정하고 있는 성적 자기결정권 침해의 행위는 “타인의 인식가능한 의사에 반하여 ① 타인에게 성적행위를 하거나, ② 타인으로 하여금 성적행위를 하도록 만들거나, ③ 타인으로 하여금 제3자에게 성적행위를 하거나 제3자의 성적행위를 수인하도록 하는” 행위가 타인의 인식가능한 의사에 반하여 이루어지거나 아니면 상대방의 의사를 표시하기 어려운 자유가 제압된 상황 또는 의사를 표시할 수 있는 능력이 저해된 경우에 적용된다. 제177조 성적침해의 기본적인 구성요건은 제1항에 규정되어 있으며 제2항은 의사형성 또는 표시할 수 없는 특별한 상황을 규정한다. 구체적으로, 제177조 제1항은 “타인의 인식가능한 의사에 반한” 성적행위를 규정하고 있다. 다른 행위수단의 규정 없이 비동의 요건만을 성폭력범죄의 구성요건으로 둬으로써 비자발적이고 동의하지 않은 성적교류로부터 광범위하게 보호하는 규정이다. 제2항은 인식가능한 의사표현이 없더라도 성폭력범죄를 구성할 수 있도록 피해자가 성적행위와 관련된 의사형성 또는 의사표현의 능력이 결여되거나 제한된 사유들을 규정한다.

Renzikowski는 특히 제2항이 다음과 같은 점에서 체계화에 실패했다고 평가한다. 첫째, 자기결정능력이 없는 경우에서부터 의외의 순간을 이용하는 경우까지 상이한

200) Hörnle, Tatjana(2017), The New German Law on Sexual Offenses. German Law Journal 18(06), p. 1313-4.

구성요건을 혼합했다는 점에서 동의의 결여 또는 법적으로 효력이 없는 동의 등 동의 모델을 체계화하지 못하였다. 둘째, 제1호와 제2호는 자기결정능력의 결여와 제한을 구분하기 위한 규정임에도 불구하고 “거부의사의 형성 또는 표시”를 자기결정능력에 관한 문언으로 둬으로써 체계화하지 못하였다. 이 규정에 따르면, 자신의 상태로 인해 의사를 형성하거나 표시할 수 없다는 판단은 매우 축소된 범위에서만 가능하다. 셋째, 제4호와 제5호는 모두 강요의 상황을 다루고 있으나 제4호는 묵시적인 협박의 규정이고 제5호는 명시적인 협박의 규정으로 구분된다. 그러나 묵시적인 의사표시를 통한 협박 여부는 개별적인 상황의 맥락에서 도출되므로, 이를 구분하여 별도의 구성요건으로 규정하는 것은 중복일 따름이다.²⁰¹⁾

그러나 이러한 평가는 강요와 남용의 구분이 뚜렷했던 구형법의 체계 하에서 가능한 것으로 보인다. 2016년 개정은 동의모델의 구축을 위한 것이며, 개정 이후 제177조의 판례를 살펴보면 이러한 태도는 더욱 분명히 나타난다. 판례는 2016년 개정된 제177조 제1항과 제2항의 관계에 대해 제1항이 우선한다고 본다. “제177조 제2항은 입법자의 의사에 따르면 오직, 반대의사를 표시하는 것이 희생자에게 기대할 수 없거나 사실상 불가능한 경우들만을 규정한다. 거부가 인식가능하게 전달되었고 따라서 2016년 11월 4일의 형법 제177조 제1항이 적용되는 경우에는, 어쨌든 2016년 11월 4일의 제177조 제2항의 구성요건에 해당하는지 여부는 더 이상 심사될 필요가 없다.”²⁰²⁾ 이에 따르면, 제177조의 기본적인 구성요건은 “인식가능한 의사에 반한” 성적 행위이며, 제2항은 의사를 인식가능하도록 표시하는 것이 피해자에게 기대될 수 없는 경우들을 열거한 것으로 동의모델에 따라 동의가 없었다고 간주되는 경우에 대한 규정이다.

2) 비동의 요건의 불명확성과 과도한 형벌권 확장의 문제

새로이 도입된 제177조 제1항인 비동의 요건에 대해 비판적인 의견들이 강하게 제기되었는데, 주된 논거는 비동의 요건의 불명확성이다. “인식가능한 의사”가 객관적인 요건으로 포섭되었으나 이것이 무엇을 의미하는지에 대해서는 불명확하다는 것이다. 제1항의 “인식가능성”을 범죄행위자의 인식가능성을 기준으로 삼게 된다면, 이

201) MüKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 32.

202) LG Bamberg, Urteil vom 07. Dezember 2017 - 33 KLS 1105 Js 520/17, Rn. 63.

구성요건표지는 결국 아무런 법적 의미를 갖지 못하게 된다. 왜냐하면 성적침해가 과실범이 아니기 때문에 결국 범죄자가 반대의사를 실제로 인식했는지 여부가 쟁점이 될 것인데, 이에 대해서는 실제 입증이나 확인이 불가능하기 때문이다.²⁰³⁾ 그러므로 이는 범죄행위자의 인식가능성이 아닌 객관적인 제3자의 관점에서 인식가능했는지를 중심으로 판단할 수밖에 없다. 그러나 이러한 경우, 가해자의 피할 수 없는 착오로 인해 처벌가능성이 존재한다는 점에서 사실상 과실범을 처벌하는 효과를 낳게 된다. 다시 말해, 피고인이 실제로 인식하지 못한 거부 의사가 객관적인 제3자의 관점에서 인식가능하다는 것은 결과적으로 피고인이 부주의하게 상대방의 의사를 판단한 것이 되고, 이를 인식가능한 의사에 반한 행위로 포섭하는 것은 피고인의 과실에 대해 처벌함으로써 과도한 형벌권의 확장을 가져온다는 비판이다.²⁰⁴⁾

이러한 입장에 따르면 이미 강요라는 표현에 거부 의사가 전제되어 있으므로 비동의 요건을 도입하는 것은 불필요한 일이다. 거부 의사를 증명하는 것과 강요를 증명하는 것에는 별다른 차이가 없다는 것이다.²⁰⁵⁾ 실제 제177조 제1항의 경우 범죄행위자가 피해자에 대해 성적 행위를 실행하는 것 이외에 피해자가 스스로 성적 행위를 하거나 제3자에 대해 성적 행위를 실행하거나 제3자의 성적 행위를 수인하도록 하는 것을 규정하고 있으나, 별도의 강요 없이 의사에 반하여 스스로에 대한 성적 행위 또는 제3자와의 성적 행위를 수인 또는 실행하게 하는 것 자체가 가능하지 않다는 것이 일반적인 평가이다. 그러므로 제177조 제1항에 의해 피해자 스스로 또는 제3자와의 성적 행위를 하도록 하는 행위가 처벌되기 위해서는 결국 법원은 어떤 외부적인 원인들이 피해자 스스로 자유롭게 결정하는 것을 방해하였는지, 다시 말해 강요당한 행위를 하지 않는 것을 방해했는지를 해명해야 한다. 이로 인해 의사에 반한 성적침해를 규정한 제1항과 해악의 두려움으로 강요당한 성적침해를 규정한 제2항 제4호 또는 제5호 간의 실질적인 차이는 없어진다.²⁰⁶⁾

비동의 요건의 불명확성으로 인해 개정 전에도 존재했던 입증의 문제를 더 심각하

203) Fischer, StGB, 64. Auflage, §177, Rn. 11.

204) Thomas Fischer, Zum letzten Mal: Nein heißt Nein, Zeit Onlien(2016.6.28.), <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2016-06/rechtspolitik-sexualstrafrecht-nein-heisst-nein-fischer-im-recht>(검색일: 2018.8.2.).

205) Ibid.

206) MüKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 51, 54.

게 가져올 수밖에 없다는 평가도 있다. 이미 구형법상 법규정에 따르더라도 고소인과 피의자가 주장하는 사실관계가 어느 정도 신빙성이 있는지를 조사하는 것이 매우 어려운 일이었으나, 인식가능한 의사에 반했는지 내지 피해자가 의사형성 또는 표시를 할 수 없는 상황이었는지에 대한 입증은 훨씬 더 복잡해졌다는 것이다.²⁰⁷⁾ 결국 이에 대해 독일변호사협회는 다음과 같이 평가한다. “형사소송에서 사실관계 해명에 관한 다툼은 더 격화될 것이고, 당사자들의 주관적 관점들이 구성요건해당성을 결정할 것이다. 여기서 극히 감정적인 결과들에 대해 당사자들이 사후에 다른 의미를 부여함으로써 사실관계 자료의 의미를 결정하게 될 것이다.”²⁰⁸⁾

그러나 개정 이후 판례를 살펴보면 인식가능한 의사에 대한 입증은 피해자 진술 이외에도 객관적인 정황에 대한 종합적 해석으로 이루어지고 있어 비동의요건의 불명확성이 특별히 더욱 문제되지 않는 것으로 보인다. 판례는 피해자의 상태로 인해 성적 행위의 실행을 거부하는 의사를 관철시키지 못하고 피고인이 이러한 피해자의 상태를 인식했다는 점을 확인한다면, 피고인이 그의 성적 행위가 피해자의 인식가능한 의사에 반하여 이루어지거나 이루어질 수 있다는 미필적 고의를 인정하고 있다. 예를 들어, 피해자가 감각이 없는 상태로 가만히 누워있었다는 점이 확인된 경우, 인식가능한 의사에 반하는 요건은 그 상황으로부터 오해의 여지없이 도출되는 것으로 본다.²⁰⁹⁾

라. 거부 의사에 대한 피고인의 착오에 대한 문제

주관적 구성요건은 독일형법상 구성요건적 기수에 대한 규정에 근거하여 목적을 향한 행위를 할 의도를 요구한다. 제177조의 기본적 구성요건이 타인의 인식가능한 의사가 됨으로써 피해자의 동의가 있었다는 주장은 구성요건적 착오가 될 수 있다.

구형법상 성적강요에 대한 판례에서 피해자의 동의의사나 거부 의사에 대해 구성요건적 착오를 인정한 판례들이 있었다. 연방대법원은 피해자와 피고인의 관계가 연인

207) DER ERKENNBAREWILLE - ZUR "NEUEN VERGEWALTIGUNG" NACH § 177 ABS. 6 NR. 1 STGB, Lanz Legal(2017.3.16.), <https://www.lanz-legal.de/2017/03/16/der-erkennbarewille-zur-neuen-vergewaltigung-nach-177-abs-6-nr-1-stgb/>(검색일: 2018.8.2.).

208) Stellungnahme DAV 11/2016, aaO; Ibid. 재인용.

209) BGH, Beschluss vom 30. August 2017 - 4 StR 345/17 참조.

관계이거나 그랬던 적이 있다면 피해자의 거부 의사표시를 거부로 인식하지 않은 피고인의 고의에 대해 구성요건적 착오를 인정하는 경향성을 보인다. 연방대법원은 이전에 피고인에 의한 데이트 폭력의 경험이 있던 피해자가 거부 의사표를 표시하였으나 적극적으로 저항행위를 하지 않은 사례에서 거부 의사 표시에도 불구하고 피해자에게 힘을 행사하여 성행위를 실행한 피고인에 대해 연방대법원은 피해자의 거부 의사에 대한 피고인의 착오를 인정했다.²¹⁰⁾ 이와 유사하게 데이트 이후 피해자의 거부 의사표시에도 불구하고 성적행위를 실행한 피고인이 데이트 도중 피해자가 보여준 태도로 동의했다고 생각했다는 착오의 주장을 인정한 판례도 있다.²¹¹⁾

이러한 태도는 피해자의 적극적인 저항행위가 없는 경우에 강간죄의 성립을 부정하는 태도로 연결된다. 피고인이 피해자를 마사지하는 것에 대해서 피해자가 동의를 하였으나 성교행위로 나아가는 것에 대해 거부 의사표를 표시했음에도 불구하고 피고인이 성교행위를 하여 상해가 발생한 사건에서, 연방대법원은 피해자가 원치 않는다고 이야기를 하면서도 거부 의사표를 확실히 보여줄 정도로 저항행위를 하지 않았다는 점, 피고인의 침대에서 잠옷을 입고 마사지를 허용한 피해자의 행동을 피고인이 성행위에 동의한 것으로 생각하는 것이 합리적이라는 점, 다음 날 피고인이 성행위를 시도하였을 때에 피해자가 명백하게 거부 의사표를 표시하였기 때문에 성교행위로 나아가지 않았다는 점을 고려하여 피고인의 착오 주장을 인정하였다.²¹²⁾

이렇게 피해자의 적극적인 저항행위의 존재를 피고인의 고의에 대한 구성요건적 착오로 인정하는 판례의 태도는 저항행위 존재 여부를 요구하지 않는 구형법 제177조 제1항제3호인 무방비상태의 이용의 판단에서도 유지된다. 구체적으로 살펴보면, 피고인이 길에서 우연히 만난 여성을 강간할 의도로 뒤에서 덮치고 상처를 입힌 이후 피해자가 성관계에 동의하며 더러운 곳에서 성관계를 할 수 없으니 다음날 다시 만나자고 약속을 하고 피고인을 체포하게 된 사건에서 피고인의 피해자 동의에 대한 구성요건적 착오가 인정되었다.²¹³⁾ 피해자의 동의의사가 무방비한 상황에서 이루어졌음에도 불구하고, 이에 대해 동의라고 인식했다는 피고인의 비합리적인 착오 주장을

210) BGH, 28.02.1991 - 4 StR 553/90 참조.

211) BGH, 13.10.1982 - 3 StR 137/82 참조.

212) BGH, Beschl. v. 3.4.2002 - 3 StR 33/02 참조.

213) BGH 4 StR 33/93 - 24 June 1993 (LG Dortmund) 참조.

인정한 것이다. 또한 범행 전 피고인과 16세인 피해자의 대화에서 피해자가 피고인에 대해 두려움과 성행위에 대한 거부 의사를 표시했다는 점, 피고인이 피해자의 의사와 범행장소의 고립성에 대해 인지했다는 점, 그럼에도 불구하고 성적행위를 실행하고 그 과정에서 피해자의 의사를 변경했다는 표시를 하지 않았다는 점을 근거로 피해자의 무방비한 상황을 이용한 강간이라고 판단한 원심에 대해, 연방대법원은 피해자가 성기삽입이 아프다는 이유로 구강성교를 제안하고 실행한 사실로 근거로 피고인의 관점에서 피해자가 양면적인 태도를 보였으며 그로 인해 피고인이 피해자가 동의했다고 생각하고 피해자가 우는 것을 성기삽입의 고통으로 오인할 수 있었다는 점을 판단하지 않았으며 원심을 파기하였다.²¹⁴⁾

Renzikowski는 피고인의 고의를 조각하는 구성요건적 착오의 주장은 외부상황을 종합적으로 검토하여 신중하게 평가되어야 함에도 불구하고 연방대법원이 그동안 해당 사건에서 강요로 판단될 수 있는 객관적인 상황이 존재함에도 불구하고 이에 상응하는 피고인의 이용의사에 대한 검토없이 오직 피고인의 주관적인 인식을 판단하는 오류를 범해왔다고 비판한다. 그리고 개정된 제177조에서 피고인의 착오주장에 대해서 다음과 같은 판단 기준을 제시한다. 우선 피해자의 인식가능한 의사가 판단기준이 되므로 모든 형태의 피해자의 거부 의사는 진지하게 받아들여져야 하며 거부 의사를 진지하게 고려하지 않은 피고인의 착오 주장은 받아들여질 수 없다. 다만, 피해자가 양면적이고 중의적인 태도를 보이는 경우에 한정하여 동의에 대한 착오 주장에 대해 검토할 수 있다고 본다.²¹⁵⁾

피고인의 고의와 관련된 구성요건적 착오와 관련하여, 비동의 요건의 도입이 오히려 피해자에 대해 거부 의사 표시에 대한 의무를 부과하는 부정적인 효과를 가진다는 주장도 존재한다. 제대로 표현되지 않는 거부 의사는 언제나 피고인의 착오로 연결될 수밖에 없기 때문에, 결국 비동의 요건은 피해자에게 항상 “성행위에 반대하는 뜻을 표명해야 한다”는 요구로 귀결된다는 것이다. 이미 비동의 요건의 명문화된 규정은 피해자가 거부 의사를 객관적으로 표시할 것을 필수적으로 요구하고 있고, 이로 인해 개정 전에는 존재하지 않았던 피해자의 의무가 부과된 결과가 초래될 수밖에 없다고

214) BGH, 23.08.2007 - 4 StR 253/07 참조.

215) MüKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 139, 140, 141.

본다.²¹⁶⁾

이와 관련하여, 피해자에게 부당한 부담이 부과되는 것을 제거하기 위해 범죄행위자에게 피해자의 동의에 대해 확인해야 하며 이에 대해 부주의했던 것에 대해 구성요건적 착오로 인정하지 않는 견해도 존재한다. 그러나 다수설은 이러한 입장에 대해 반대하며, 구성요건적 착오에 대한 판단은 강요에 대한 객관적인 상황에 대한 피고인의 인식을 기준으로 피해자의 태도에 대해 합리적으로 평가하는 방향으로 이루어지므로 피해자에게 과도한 부담을 지우는 것은 아니라고 지적한다.²¹⁷⁾

제2절 영국

1. 2003년 성범죄법 개정

가. 개정배경 및 이유

2003년 영국(England and Wales)정부는 아동을 대상으로 한 성적착취와 성매매 산업의 확대, 데이트관계 또는 지인관계에서 발생하는 성폭력범죄의 증가에 대응하기 위해 1956년도 성범죄법(Sexual Offences Act 1956)의 전면적인 개정을 추진하였다. 개정 당시 영국의 강간죄 유죄율은 1985년 25%에서 2000년 7%로 지속적으로 감소하고 있었는데, 이러한 낮은 유죄율의 문제에 대해서 신고되는 성폭력 사건들 중 데이트 상대 또는 지인에 의한 사건들이 증가하였는데 이러한 사건의 경우 배심원들이 낯선 사람에 의한 성폭력보다 보수적인 판단을 하는 경향성을 가지기 때문이라는 문제제기가 이루어졌다.²¹⁸⁾ 개정 전 성범죄법과 관련하여 배우자 강간 및 남성에게 대한 강간이 포함²¹⁹⁾되는 등 중요한 개정이 추진되긴 하였으나, 기본적인 틀은 1956년 법을 그대로 유지하고 있었다. 1956년 성범죄법은 근친행위나 성교행위에 대한 정의가 성별고

216) Fischer, StGB, 64. Auflage, § 177, Rn. 12.

217) MüKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 141.

218) Home office, *Protecting the Public: strengthening protection against sex offenders and reforming the law on sexual offences*(Presented to Parliament by the Secretary of State for the Home Department by Command of Her Majesty), November 2002, para. 9.

219) Criminal Justice and Public Order Act 1994를 통해 개정됨.

정관념에 따라 특정되어 있었으며, 동성애를 범죄화하는 규정이 있는 등 차별적인 규정을 그대로 유지하고 있다는 점에서 비판을 받아왔다.²²⁰⁾ 특히 비판적 페미니스트 학자들과 여성운동 활동가들은 당시 성범죄법 하에서 영미법국가에서 발생하는 강간죄 규정 및 해석의 한계가 동일하게 발생하고 있다는 비판을 전개하였다. 특히 당시 법체계 하에서 성폭력 범죄에서의 입증의 어려움을 야기하는 요인으로 1976년 Morgan 판례로 구축된 동의에 대한 “잘못된 그러나 진지한 신뢰(miskaken but honest belief)” 규칙이 지적되었는데, 이러한 비동의 요건에서의 입증의 어려움으로 인해 영국에서 성폭력범죄의 처벌에 흠결이 발생한다는 것이다.²²¹⁾

1997년 노동당 내각이 들어서면서 성범죄 피해자를 위한 사법적 개선을 위한 정책이 추진되기 시작했으며, 1999년부터 성범죄법 개정안의 준비 작업이 시작되었다. 영국정부가 구성한 검토위원회와 자문위원회는 기존 성범죄법을 검토하면서, “(1) 남용과 착취로부터 개인, 특히 아동 및 더 취약한 자들을 보호하기 위해 일관성있고 명백한 성범죄 규정을 제시하고, (2) 성범죄자에 대해 적절한 처벌이 가능하도록 하며, (3) 유럽인권협약과 인권법에 부합하도록 공정하고 차별없는 법률을 만들 것”²²²⁾을 권고했다. 이 때 전문가로 구성된 자문위원회에는 강간 피해자 지원 단체 및 강간법 개혁 캠페인을 주도한 페미니스트 그룹과 학자들이 포함되어 있었는데, 이로 인해 검토과정에서 직간접적으로 페미니즘의 관점이 강하게 반영되었다고 평가된다.²²³⁾

검토위원회가 제시한 62개의 권고안을 바탕으로 영국정부는 개정안에 대한 백서인 <Protecting the Public>을²²⁴⁾ 발간하였으며, 이후 개정법률안이 2003년 1월 의회에 제출되었다. 2003년 11월 20일 현행 2003년 성범죄법이 통과되어 2004년 5월부터 시행되었다.²²⁵⁾

220) Kim Stevenson et al., *Blackstone's Guide to The Sexual Offences Act 2003*, Oxford Univ. Press, 2014, p.2.

221) Nicole Westmarland, Rape Law “Reform in England and Wales”, School for Policy Studies Working Paper Series Paper Number 7(April 2004), University of York, <http://nicolewestmarland.pbworks.com/f/Rape+Law+Reform+in+England+and+Wales+-+Westmarland+2004.pdf>. 참조.

222) Home office, *Setting the Boundaries: Reforming the law on sex offences*, Vol. 2, 2000 참조.

223) Nicole Westmarland, Ibid.; Kim Stevenson et al., *Blackstone's Guide to The Sexual Offences Act 2003*, Oxford Univ. Press, 2014, p. 4.

224) Home office, *Protecting the Public: strengthening protection against sex offenders and reforming the law on sexual offences*(Presented to Parliament by the Secretary of State for the Home Department by Command of Her Majesty), November 2002.

나. 2003년 성범죄법 개정 방향

2002년 백서에서 영국정부는 기존의 성범죄법이 변화하고 있는 성범죄의 양상에 부합하지 않아 성범죄법에 의해 처벌되지 못하는 성폭력범죄 행위들을 새로이 범죄로 규정하고 동의와 관련하여 법률의 명확성을 확보하기 위해 전면적인 개정을 추진한다고 입법배경을 설명한다. 이에 따라 2003년 법률 개정의 방향은 강간과 성폭행, 그리고 관음 사이의 다양한 성폭력 스펙트럼을 포괄함으로써 격차를 줄이고, 아동 및 취약한 이들에 대한 보호를 특별히 강조하기 위해 동의없는 성적행위로부터 모든 사람을 동등하게 보호할 수 있는 형법체계를 구축하는 것으로 설정되었다.²²⁶⁾ 특히 기본적인 구성요건인 동의에 대한 전면적인 변화를 추진하였는데, 피해자가 동의능력을 가지고 있더라도 동의가 존재하지 않을 가능성이 매우 높은 특정한 상황을 법률상 명시하여 이러한 경우 동의의 결여를 간주하는 것을 규정하고, 피고인의 고의에 대해 객관적인 제3자의 관점에서 합리성을 심사할 수 있도록 명문화하고자 하였다.²²⁷⁾

백서에서 설명하고 있는 2003년 성범죄법의 개정방향을 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 동의 정의 및 추정 규정을 법률상 명시하였다. 이전 법에서 동의의 결여를 성폭력범죄의 기본적인 구성요건으로 하고 동의의 내용과 판단기준에 대해서는 판례법에서 확립되어 있었으나 그 지침이 일반적이거나 명료하지 않았다. 그러므로 2003년 개정을 통해 동의의 내용 및 판단기준을 법률에 규정함으로써 이를 명확하게 하고자 하였으며, 동의입증에 관하여 증거추정과 결과추정의 규정을 둠으로써 피해자 보호와 피고인에게 보장되어야 할 공정성 간의 균형을 추구하고자 하였다. 동의를 법률에 규정하는 것에 대해서는 준계약적인 합의를 공식화하고자 하는 것이 아니라 친밀한 성적 행위는 오직 양 당사자의 동의에 의해 이루어져야 한다는 점을 명확히 밝히는 데에 그 목적이 있다고 설명한다.²²⁸⁾

225) Nicole Westmarland, Ibid. 참조.

226) Home office, *Protecting the Public: strengthening protection against sex offenders and reforming the law on sexual offences*(Presented to Parliament by the Secretary of State for the Home Department by Command of Her Majesty), November 2002, para. 9, 14.

227) Ibid., para. 11, 12.

228) Ibid., para. 29, 30.

둘째, 동의 모델을 구축하기 위해 법률상 성폭력범죄를 비동의범죄로 체계화하였다. 2003년 성범죄법에서 규정하는 성폭력범죄의 기본 개념은 동의없는 성적행위이며, 범죄자가 다른 사람이 동의를 하지 않음을 알면서 성적 행위를 하려는 경우 내지 동이가 있는지 없는지에 대해 전혀 고려하지 않은 경우를 범죄화한다. 2003년 법에서 규정하는 비동의 범죄로는 강간, 삽입에 의한 폭행, 성적폭행, 동의없는 성적 행위를 위해 피해자의 의식에 영향을 주는 약물 및 기타 물질을 투여하는 행위, 타인이 동의없이 성적 행위를 수행하도록 하는 행위, 성범죄를 저지르기 위한 목적으로 행하는 형법상 범죄행위가 있다.²²⁹⁾

셋째, 아동 및 더 취약한 자에 대한 특별한 보호를 규정하였다. 아동, 정신적인 장애를 가진 취약한 자를 대상으로 이루어지는 성범죄는 표면적으로는 동의에 의한 성행위로 인식될 수 있으나, 한 사람이 다른 사람에 대해 우월적인 권력의 지위를 가진 경우에 비록 표면적인 동의가 있더라도 형사법의 영역으로 규정할 필요성이 있다는 것이다.²³⁰⁾ 이를 위해 동의 및 동의 입증에 대한 규정을 특별히 도입하였다. 기존의 판례법은 신뢰 지위에 있는 자의 남용 범죄에서 피고인이 아동이 18세 미만임을 알지 못했고 알 수 있다고 기대하기 어렵다는 주장을 하는 경우 연령에 관한 '진지한 믿음' 방어를 인정하고, 검사가 그러한 믿음이 없었다는 점을 입증하도록 요구해왔다. 그러나 신뢰 지위 또는 가족 관계의 경우 연령에 대해 알 것임이 추정되므로 연령에 대한 착오의 입증은 피고인이 부담하는 것이 타당하다고 보고, 2003년 개정을 통해 입증부담을 피고인에게 전환하였다.²³¹⁾ 또한 새롭게 성적 그루밍을 형사법의 영역으로 포섭하였는데, 성적행위를 위해 16세 이하의 아동을 찾는 행위는 상업적 의도가 없다고 하더라도 처벌하도록 규정하였다. 인터넷의 발달에 따라 아동과의 접촉이 쉬워지면서 성적 그루밍 행위가 급증한 것에 대한 대응이며, 성범죄의 결과가 발생하기 전 아동을 만나려고 유도하는 행위 과정에 개입하기 위한 것이다.²³²⁾

229) Ibid., para. 39.

230) Ibid., para. 48.

231) Ibid., para. 56, 57.

232) Ibid., para. 54.

2. 2003년 성범죄법상 성폭력범죄의 체계와 내용

가. 동의를 중심으로 한 성폭력범죄의 체계

2003년 성범죄법(Sexual Offences Act 2003)은 제1부 성범죄와 제2부 통지 및 명령으로 구분되는데, 제1부는 강간, 성적폭행, 아동 성착취, 정신장애자에 대한 성폭력, 성매매, 인신매매, 관음 등 형사처벌 대상이 되는 성범죄를 규정하고 있으며, 제2부는 성범죄자의 재범방지를 위한 성범죄자 등록제도와 성범죄자에 대한 형벌 이외에 법원 명령에 대해 규정하고 있다.

제1부 성범죄법에서 성폭력범죄로 규정하는 행위는 크게 강간(rape), 폭행(Assault), 동의없는 성적 행위를 하도록 하는 행위(Causing sexual activity without consent)로 나뉜다. 이 중 폭행은 삽입에 의한 폭행(Assault by penetration)과 성적 폭행(Sexual assault)으로 구분된다.

영국 형사법체계에서 성폭력은 동의없는 성적 행위로 개념화되어 있는데, 이는 피해자가 동의할 수 있는 능력을 가지고 있음을 전제하는 개념이다. 그러므로 영국 성범죄법에서는 동의할 수 있는 능력에 따라 성폭력범죄의 구성요건이 다르게 규정된다. 2003년 성범죄법에서 동의할 수 있는 능력을 연령과 정신적인 상태의 기준으로 판단하고 있다. 구체적으로 살펴보면, 13세 미만의 사람은 동의능력이 없으며, 13세 이상 16세 미만인 사람은 동의능력이 제한된다. 장애를 가진 자 역시 장애의 종류와 정도에 따라 동의능력이 없거나 제한된다.

피해자가 동의능력이 없는 13세 미만의 경우에는 동의 여부에 대한 판단 없이 강간, 폭행, 성적 행위를 하도록 하는 행위를 처벌하며, 성적 행동을 하도록 유도하는 행위, 성적 행위 시 함께 있도록 하는 행위, 성적 행위를 보게 하는 행위까지 성폭력범죄로 처벌한다. 피해자가 동의할지 여부에 대해 선택할 수 있는 능력이 결여되거나 선택에 대해 의사소통을 할 수 없는 장애가 있는 경우 역시 같은 행위가 성폭력범죄로 처벌된다.

피해자가 동의능력이 제한된 자인 경우에는 피해자의 동의가 외면상으로는 있는 것으로 보이더라도 피해자와 범죄행위자와의 관계와 관련된 구성요건이 추가된 경우에 범죄로 처벌할 수 있도록 하였다. 피해자가 13세 이상 16세 미만인 자인 경우에는 범죄행위자가 18세 미만인 경우에 성적 행동을 하도록 유도하는 행위, 함께 있거나

보게 하는 행위를 형사처벌한다. 2003년 성범죄법 개정을 통해 성적 그루밍이 포함되었는데 성범죄를 할 목적으로 16세 미만인 자를 만나거나 만나려고 이동하거나 만나는 약속을 하는 행위, 그리고 성적인 대화를 하는 행위가 성폭력범죄로 신설되었다. 범죄행위자가 신뢰의 지위에 있거나 가족관계인 경우에는 동의능력이 제한되는 연령 기준은 18세 미만으로 상향된다. 이 경우 성적 행위, 성적 행위를 하도록 유도하는 행위, 함께 있거나 보게 하는 행위는 성폭력범죄이다. 피해자가 정신장애를 가진 경우에는 유도하거나 위협하거나 속임수를 통해 성적 행위에 대해 동의를 얻거나 성적행위를 하는 경우를 처벌한다.

나. 비동의 범죄의 규정과 내용

2003년 성범죄법 개정의 취지는 동의능력이 있는 자에 대해 동의 없는 성적 행위의 다양한 유형을 비동의의 범죄로 구축하는 것이다. 동의 없는 성적 행위의 유형은 강간, 삽입폭행, 성적폭행, 성적 행위를 하도록 하는 행위로 나뉘어진다. 여기에 포섭되지 않는 행위는 비동의의 범죄를 저지르기 위한 목적의 약물 및 기타 물질 투여행위 내지 성범죄를 저지르기 위한 의도로 저지른 다른 범죄행위로 규정하고, 이 역시 2003년 성범죄법에 규정함으로써 성범죄로 포섭하였다.

비동의의 범죄라는 명명은 상대방의 동의가 없다는 것을 기본적인 구성요건으로 규정한 것을 분명히 한다. 제1조부터 제4조까지의 조문은 모두 해당 성적 행위에 비동의의 요건을 두고 있다. 제74조에 따라 동의는 선택할 수 있는 자유와 능력이 있는 경우 스스로의 선택으로 자유롭게 동의한 것을 의미하므로, 자유나 능력의 제한이 있는 경우에 동의의 결여를 입증할 수 있다. 2003년 법률은 비동의의 요건 이외에도 피고인이 동의에 대해 합리적으로 신뢰할 수 없었다는 것을 구성요건으로 두고 있다. 검토과정에서 기존 판례에서 인정해온 피고인의 “잘못된, 그러나 정직한 신뢰”에 대한 비판이 제시되었기 때문에 “합리적 신뢰”를 구성요건으로 둬으로써 판례의 기준을 변경한 것이다.

1) 강간(rape)

1956년 성범죄법에서 강간은 여성에 대한 불법적인 성교행위로 규정이 되어 있었

으나, 1976년 개정법률²³³⁾을 통해 여성에 대해 그녀의 동의없이 이루어진 불법적인 성교행위로 변경되었다. 1976년 개정을 촉발했던 것은 동의에 대해 피고인의 “잘못되었으나 진지한 신뢰”가 합리적이지 않아도 피고인의 고의를 조각할 수 있는 방어주장으로 인정된 DDP v. Morgan 판결을 둘러싼 논쟁이었는데, 1976년 개정을 통해 범죄 성립을 위한 고의는 동의의 결여에 대한 인식 또는 부주의(recklessness)로 규정되었다. 이후 1994년 타법의 개정으로 강간의 피해자를 여성으로만 한정했던 것을 남성 피해자와 항문에 성기를 삽입하는 행위를 강간으로 처벌가능 하도록 범위가 확대되었다. 2003년 성범죄법 개정 과정에서 강간의 불법성과 특성에 대해 검토되었으며, 삽입행위와 비삽입행위 간의 구분, 성기의 삽입과 그 외의 삽입의 구분을 통한 체계화를 시도하였다.²³⁴⁾

2003년 성범죄법은 강간은 성기에 의한 삽입행위로 한정하며, 그 외 신체 또는 물건에 의한 삽입행위는 폭행으로 분류한다. 그러나 삽입행위의 불법성에 대해서는 동일하게 평가하며 모두 정식재판에 의해 최대 무기징역까지 가능하도록 규정하였다.

제1조 강간

- (1) 사람(A)이 다음과 같은 행위를 저지른 경우
 - (a) 의도적으로 다른 사람(B)의 질, 항문, 또는 입에 성기를 삽입하고,
 - (b) B가 해당 삽입행위에 동의하지 않으며,
 - (c) A가 B가 동의한다고 합리적으로 신뢰하지 않은 경우
- (2) A의 신뢰가 합리적인지 여부는 A가 B의 동의 여부를 확인하기 위해 취한 모든 단계를 포함하여, 모든 상황을 고려하여 결정한다.
- (3) 본 조항에 따른 범죄에 대해서 제75조, 제76조가 적용된다.
- (4) 본 조항에 따른 범죄행위를 한 자는 정식기소로 종신 구금형 이하에 처한다.

2003년 개정으로 강간의 정의는 확대되었는데, 질, 항문, 구강에 대한 성기삽입행위가 모두 강간으로 포섭되었다. 음경의 삽입을 전제하고 있으나, 성별을 특정하고 있지 않아 성전환수술을 한 경우에도 해당한다. 강간에 대해 성기 삽입의 개념을 계속

233) Sexual Offences Amendment Act 1976.

234) Kim Stevenson et al., *Blackstone's Guide to The Sexual Offences Act 2003*, Oxford Univ. Press, 2014, p. 32.

유지하는 것에 대해 백서에서는 다음과 같이 설명한다. 법개정의 방향이 성별의 특정 등 차별적 요소를 제거하는 것에 있지만, 강간범죄의 전통적인 개념을 고려한다면 비동의적인 음경의 삽입행위이며, 남성과 여성의 해부학적인 차이로 인해 강간은 신체적으로 오직 남성에 의해 실행될 수 있는 범죄라는 것이다.²³⁵⁾ 만약 여성이 상대 남성의 동의 없이 그에게 성기삽입하도록 강요하는 경우에 강간죄가 적용될 수는 없다. 그러나 2003년 법에 따르면 이러한 경우에 타인에게 동의 없이 성교 행위를 하게 하는 행위인 제4조 제4항이 적용되어 강간죄(제1조)와 동일한 법정형으로 처벌할 수 있다.²³⁶⁾

2) 삽입에 의한 폭행(Assault by penetration)

제2조 삽입에 의한 폭행

- (1) 사람(A)이 다음과 같은 행위를 저지른 경우
 - (a) 의도적으로 다른 사람(B)의 질, 항문, 또는 입에 신체의 일부 또는 물건을 삽입하고,
 - (b) 해당 삽입행위가 성적이며,
 - (c) B가 해당 삽입행위에 동의하지 않으며,
 - (d) A가 B가 동의한다고 합리적으로 신뢰하지 않은 경우
- (2) A의 신뢰가 합리적인지 여부는 A가 B의 동의 여부를 확인하기 위해 취한 모든 단계를 포함하여, 모든 상황을 고려하여 결정한다.
- (3) 본 조항에 따른 범죄에 대해서 제75조, 제76조가 적용된다.
- (4) 본 조항에 따른 범죄행위를 한 자는 징역기소로 종신구금형 이하에 처한다.

2003년 성범죄법은 폭행을 삽입에 의한 폭행과 성적 폭행으로 구분하는 이전 법률에 따른 분류체계를 그대로 유지하고 있다. 삽입에 의한 폭행은 질이나 항문, 입에 신체 일부 또는 물건이 삽입된 경우에 적용되지만 피해자가 삽입에 무엇을 사용했는지 알지 못하는 경우에도 적용가능하다.²³⁷⁾ 검토과정에서 성기 이외의 삽입에 의한 성폭력인 경우 강간보다 더 심한 두려움과 고통, 그리고 더 심한 내부의 상해를 초래할

235) Home office, *Protecting the Public: strengthening protection against sex offenders and reforming the law on sexual offences*(Presented to Parliament by the Secretary of State for the Home Department by Command of Her Majesty), November 2002, para. 40.

236) Ibid.

237) Ibid., para. 44.

수 있다는 점이 지적되었기 때문에, 2003년 법에서는 강간(제1조)과 삽입폭행(제2조)의 법정형을 동일하게 규정하였다.

삽입행위가 성적이라는 의미는 범죄행위자의 의도와 목적, 상황이 성적이지 않고 폭력과 관련된 것이라고 하더라도 합리적인 관점에서 그 행위 자체의 속성이 성적인 것으로 이해되거나 그 상황이나 목적, 혹은 둘 모두가 성적인 경우에 인정된다(제78조)²³⁸⁾. 제2조 제1항 제b호의 문구에 따르면, 범죄행위자의 의도가 성적일 것을 요구하지 않으며, 그것이 합리적인 사람이 보기에 성적일 것을 요구하는 것이다. 제3조의 성적 폭행과 달리 삽입행위의 경우 일반적으로 성적인 것으로 포괄될 수 있어서 성적인 삽입행위라는 구성요건을 별도로 두는 것에 대해서 불필요하다는 의견도 있으나, 이 구성요건은 검사나 치료목적의 의료행위로 삽입행위가 있는 경우에 면책할 수 있는 요건을 법률상 명시함으로써 방어를 더 용이하게 하기 위한 것으로 본다.²³⁹⁾

3) 성적 폭행(Sexual assault)

제3조 성적 폭행

- (1) 사람(A)이 다음과 같은 행위를 저지른 경우
 - (a) 의도적으로 다른 사람(B)에 대해 신체접촉(touching)을 하고,
 - (b) 해당 신체접촉이 성적이며,
 - (c) B가 해당 신체접촉에 동의하지 않으며,
 - (d) A가 B가 동의한다고 합리적으로 신뢰하지 않은 경우
- (2) A의 신뢰가 합리적인지 여부는 A가 B의 동의 여부를 확인하기 위해 취한 모든 단계를 포함하여, 모든 상황을 고려하여 결정한다.
- (3) 본 조항에 따른 범죄에 대해서 제75조, 제76조가 적용된다.
- (4) 본 조항에 따른 범죄행위를 한 자는
 - (a) 약식기소인 경우, 6개월 이하의 징역 또는 법정 최대치를 초과하지 않는 범위의 벌금형, 또는 둘 다에 처한다.

238) 제78조 “성적” 제1부(제15조A, 제71조 제외)의 목적 상, 삽입, 만질 또는 기타 행위에 대해 합리적인 사람이 다음과 같이 판단하면 그 행위는 성적이다.

(a) 그와 관련되어 사정과 사람의 목적이 무엇이든지 그 속성이 성적인 것이거나,
(b) 그 속성이 성적일 수 있거나 그와 관련된 그 사정 또는 목적, 또는 둘 모두가 성적이기 때문에 성적인 것

239) Kim Stevenson et al., *Blackstone's Guide to The Sexual Offences Act 2003*, Oxford Univ. Press, 2014, p. 40.

(b) 정식기소인 경우, 징역 10년 이하에 처한다.

성적 폭행은 1956년 법에서 외설적 폭행(indecent assault)이라는 표제로 포섭되던 더듬거나 옷 위로 몸을 문지르는 등 사회통념에 반하는 신체접촉(touching)을 포섭한다. 1956년 법에서는 직접적인 신체접촉이 없더라도 그 행위의 사정을 고려하여 그것이 외설적이라고 판단되면 외설적 폭력으로 인정하였다.²⁴⁰⁾ 새로운 성범죄법을 준비하는 검토과정에서 이러한 종류의 행위를 폭행(assault)에 포섭할지 여부에 대해 검토하였는데, 외설적인 혹은 성적인 신체접촉의 불법성은 민감하고 일반적으로 사적으로 여겨지는 타인의 신체 부위를 동의없이 만지는 행위가 일상생활에서 수용될 수 없다는 것에 있고, 이러한 행위의 경우 접촉의 요소가 존재할 뿐 아니라 피해자에게 유형력에 대한 두려움을 줄 수 있다는 점에서 폭행의 항목으로 두는 것이 타당하다고 보았다. 그러나 문제는 외설성이라는 개념이 매우 넓고 모호하다는 점에 있었다. 명확성을 확보하기 위해 대상이 되는 신체부위를 명확하게 규정할 수 있으나 사회통념 내지 상황에 따라 문제가 되는 신체부위가 유동적이라는 점을 고려한다면 신체부위를 정의하는 것은 적절하지 않다는 비판이 제기되어, 새로운 법률에서는 “성적”의 정의를 합리적인 사람에 의해 성적으로 판단될 수 있는 것으로 규정함으로써 판단기준을 제시하게 되었다. 이에 따라 2003년 성범죄법에서는 사회적 평가가 반영된 외설적이라는 표현을 “성적”으로 대체하고 이러한 범죄의 표제를 “성적 폭행”으로 변경하게 되었다.²⁴¹⁾

제2조와 마찬가지로 성적 폭행의 경우에도 범죄행위자의 의도는 제1항 제a호인 신체접촉에 한정되며, 성적인 의도로 신체접촉할 것을 구성요건으로 하지 않는다. 그러나 일반적으로 성적인 신체로 인식되는 성기 주변이나 여성의 가슴 이외에 다른 신체에 대한 접촉이 성적으로 이루어지는 경우에는 성적인 의도로 신체접촉했다는 점을 입증할 필요가 있다. 제78조에 의해서 제3조 제1항 제b호 신체접촉이 성적이라는 판단은 반드시 성적 속성을 가진 행위에 국한되지 않으며, 발을 만지거나 옷 위로 신체의 사적인 부분을 문지르는 행위와 같이 본래적으로 성적 속성을 가지지 않은

240) Ibid., p. 42.

241) Home office, Setting the Boundaries: Reforming the law on sex offences, Vol. 1, 2000, para. 2.14.3,4.

행위라도 행위자의 목적이 성적인 경우에 해당할 수 있다(제78조 제b호). 다만 여기에 서 범죄행위자가 가진 성적 의도를 입증할 것을 요구하는 것은 아니며, 합리적인 사람의 관점에서 피고인의 행위 목적이나 상황에 관한 증거를 통해 해당 행위가 성적 속성이 있는지를 판단하게 된다.

제3조에서의 신체접촉은 만지거나 때리는 행위 등 신체적인 접촉을 의미한다. 1956년 성범죄법에서의 외설적 폭행의 경우 판례는 심리적 폭행을 포섭하여 범죄행위자의 말이나 제스처로 즉각적이고 불법적인 외설적인 접촉이 있을 것이라는 두려움을 가지는 경우나 범죄행위자가 피해자 스스로 옷을 벗도록 하는 경우에도 인정하였다. 그러나 2003년 성범죄법 제3조 제1항 제a호는 범죄행위자가 실제 다른 사람의 신체를 접촉하는 행위에 한정하여 규정하고 있다. 이에 따라 신체접촉의 의미상 짧은 시간 또는 경미한 신체접촉이 여기에 해당할 수 있으나 실제 신체접촉이 발생하지 않은 심리적인 폭행이 포섭되는 것으로는 해석할 수 없다. 다만, 신체접촉 없는 성적폭행의 경우에는 제4조 동의없는 성행위를 하도록 하는 행위에 포섭될 수 있다. 또한 성적 신체접촉이 일어나지는 않았으나 언어적 위협으로 두려움을 가지는 경우는 제62조 성범죄를 저지를 의도로 다른 범죄를 저지르는 행위²⁴²⁾ 또는 미수범으로 처벌가능할 것이다. 그러나 성적 의도로 공공장소에서 여성의 치마 속을 훑쳐보는 행위는 제3조에 해당하지 않는다.²⁴³⁾

4) 동의없는 성행위를 하게 하는 행위(Causing sexual activity without consent)

제4조 동의없는 성행위를 하도록 하는 행위

- (1) 사람(A)이 다음과 같은 행위를 저지른 경우
 - (a) 의도적으로 다른 사람(B)이 행위를 하도록 하고,
 - (b) 해당 행위가 성적이며,
 - (c) B가 해당 행위에 동의하지 않으며,
 - (d) A가 B가 동의한다고 합리적으로 신뢰하지 않은 경우

242) 제62조 [성범죄를 저지를 의도로 범죄를 저지르는 행위] 제1부에 규정된 성범죄(교사, 방조, 상담, 조달 등 포함)를 저지를 의도로 이루어진 납치, 감금은 종신형, 그 외의 범죄행위는 약식기소가 가능하며 10년 이하의 징역에 처한다.

243) Kim Stevenson et al., *Blackstone's Guide to The Sexual Offences Act 2003*, Oxford Univ. Press, 2014, p. 45-6.

- (2) A의 신뢰가 합리적인지 여부는 A가 B의 동의 여부를 확인하기 위해 취한 모든 단계를 포함하여, 모든 상황을 고려하여 결정한다.
- (3) 본 조항에 따른 범죄에 대해서 제75조, 제76조가 적용된다.
- (4) 다음과 같은 행위로 이 조항에 따라 유죄 판결을 받은 자는
 - (a) B의 항문 또는 질에 삽입하거나
 - (b) B의 입에 성기를 삽입하거나
 - (c) 다른 사람의 항문 또는 질에 B의 신체 일부 또는 B에 의해 물건을 삽입하거나
 - (d) B의 성기를 다른 사람 입에 삽입하는 경우
 정식기소로 종신구금형 이하에 처한다.
- (5) 제4항이 적용되지 않는 경우, 본 조항에 따른 범죄행위를 한 자는
 - (a) 약식기소인 경우, 6개월 이하의 징역 또는 법정 최대치를 초과하지 않는 범위 내의 벌금형, 또는 둘 다에 처한다.
 - (b) 정식 기소인 경우, 징역 10년 이하에 처한다.

제4조는 2003년 개정으로 신설된 것으로 이전 법에서는 타인에게 자신의 의사에 반하여 성적행위에 참여하거나 스스로에게 성적행위를 하도록 강요하는 행위에 대한 별도의 처벌규정이 없었다. 2003년 성범죄법은 동의없는 성적행위를 하도록 하는 행위를 새로운 성폭력범죄유형으로 둬으로써, 여성인 범죄행위자가 남성 피해자에게 성교행위를 하도록 강요하는 경우 또는 권력을 남용하여 성적행위에 참여하도록 강요하는 경우 등을 비동의 범죄의 유형으로 포섭하였다. 제4조는 강간을 하는 공범을 도와 피해자에게 유형력을 행사하고 강간을 용이하게 하는 여성에게도 적용될 수 있다.²⁴⁴⁾ 제4조에서는 삽입행위의 경우에 강간(제1조)과 삽입폭행(제2조)과 동일하게 무기징역까지 처벌할 수 있도록 규정하고(제4항), 비삽입행위의 경우 성적폭행(제3조)과 동일하게 최대 10년 이하 징역형을 선고할 수 있도록 규정하고 있다.

의도적으로 다른 사람이 성적 행위에 참여하게 하는 행위를 입증하기 위해서는 범죄행위자의 행위와 피해자의 성적 행위 간에 인과관계가 있어야 하며, 단순히 다른 사람에게 성적 행위를 하도록 유도하는 것만으로는 충분하지 않고 행위자의 작위 또는 부작위가 직접적으로 결과 발생에 기여를 해야 한다. 그러므로 수동적인 관찰자

244) Ibid., p. 48-9.

나 방관자의 행위는 본 규정에 해당하지 않는다.²⁴⁵⁾ 이 때 성적 행위를 하게 하는 행위는 타인과의 성행위에 참여하도록 하는 것뿐만 아니라 자위와 같이 스스로에 대한 성적행위를 강요하는 행위 역시 포함된다. 이 규정은 호주의 모델형법안에서 제안된 ‘성적 행위의 강요’를 참조한 것으로, 여기에서는 범죄행위자가 피해자에게 행위자와 성적 행위를 하게 하거나 피해자 스스로에게 하거나 제3자와 성적 행위를 하게 하거나 동물과의 성적 행위를 하게 하는 행위를 규정하고 있다.²⁴⁶⁾

검토위원회는 제4조에서 권력과 통제의 남용으로 이루어지는 다양한 성적 침해의 상황이 포함될 수 있다고 보았다. 권력을 가진 자가 자신의 통제 하에 있는 사람의 성적 자기결정권을 무시할 수 있는 상황을 고려하여, 2003년 성범죄법은 제4조를 비동의의 범죄로 규정하고 강요하는 자가 피해자가 동의를 하지 않았다는 것을 알았거나 이에 대해 부주의했다는 점이 입증되면 처벌할 수 있도록 규정하였다.²⁴⁷⁾

5) 비동의의 범죄를 저지르기 위한 목적의 다른 범죄행위 처벌규정

비동의의 범죄를 체계화하면서 이러한 유형에 포섭되지 못하는 다른 종류의 성적 침해들을 고려하여 2003년 성범죄법에서는 예비범죄(Preparatory offences) 항목을 새롭게 도입하였다. 이는 성범죄를 저지를 명백한 의도를 가지고 형법상 범죄행위 또는 불법행위를 저지르는 경우에도 이들을 성범죄자로 관리하기 위한 것이다. 이에 따라 성범죄의 의도로 다른 형법의 범죄를 저지른 경우에 이 규정에 의해 2003년 성범죄법 제2부에 규정된 성범죄자 등록제도의 대상이 된다.²⁴⁸⁾

제61조 의도를 가지고 물질을 투여하는 행위

- (1) A가 의도적으로 다른 사람(B)에게 물질을 투여하거나 그가 복용하도록 하는 행위를 하는 경우
 - (a) B가 동의하지 않는다는 것을 알면서, 그리고

245) Ibid., p. 49-50.

246) Home office, *Setting the Boundaries: Reforming the law on sex offences*, Vol. 1, 2000, para. 2.20.2.

247) Ibid., para. 2.20.3.

248) Home office, *Protecting the Public: strengthening protection against sex offenders and reforming the law on sexual offences*(Presented to Parliament by the Secretary of State for the Home Department by Command of Her Majesty), November 2002. 참조.

- (b) B와 관련된 성행위에 사람이 참여할 수 있도록 하기 위해 B를 위태롭게 하거나 제압할 의도를 가지고
- (2) 본 조항에 따른 범죄행위를 한 자는
 - (a) 약식기소인 경우, 6개월 이하의 징역 또는 법정 최대치를 초과하지 않는 범위 내의 벌금형, 또는 둘 다에 처한다.
 - (b) 정식기소인 경우, 징역 10년 이하에 처한다.

제62조 성범죄를 저지를 의도로 범죄를 저지르는 행위

- (1) A가 관련 성범죄를 저지를 의도로 범죄를 저지른 경우 본 조항에 의한 범죄를 저지른 것이다.
- (2) 본 조항에서, “관련 성범죄”란 제1부에 규정된 범죄를 의미한다(교사, 방조, 상담, 알선 포함).
- (3) 본 조항에 따른 범죄행위를 한 자가 납치 또는 감금의 범죄를 저지른 경우 정식기소로 중신구금형이하에 처한다.
- (4) 제3항이 적용되지 않는 경우, 본 조항에 따른 범죄행위를 한 자는
 - (a) 약식기소인 경우, 6개월 이하의 징역 또는 법정 최대치를 초과하지 않는 범위 내의 벌금형, 또는 둘 다에 처한다.
 - (b) 정식기소인 경우, 징역 10년 이하에 처한다.

제63조 성범죄를 저지를 의도로 무단침입한 행위

- (1) A가 다음의 범죄를 저지른 경우
 - (a) 어떤 부지에 무단침입하고
 - (b) 그 부지에서 관련 성범죄를 저지르고자 하는 의도를 가지고 있으며
 - (c) 그가 무단침입자라는 것을 알거나 그에 대해 부주의한 경우
- (2) 본 조항에서
 - “부지”는 구조물 또는 구조물의 일부를 포함한다.
 - “관련 성범죄”는 제62조와 동일한 의미이다.
 - “구조물”은 텐트, 차량, 선박 또는 기타 임시 또는 이동가능한 구조물을 포함한다.
- (3) 본 조항에 따른 범죄행위를 한 자는
 - (a) 약식기소인 경우, 6개월 이하의 징역 또는 법정 최대치를 초과하지 않는 범위 내의 벌금형, 또는 둘 다에 처한다.
 - (b) 정식기소인 경우, 징역 10년 이하에 처한다.

3. 2003년 성범죄법의 동의규정 및 판단 기준

2003년 성범죄법 제74조 이하 동의에 대한 규정들은 제1조 내지 제4조에 규정된 비동의범죄의 공통된 구성요건에 대한 개념 및 입증과 관련된 것이다. 영국에서 이전까지 동의의 정의와 기준은 판례법을 통해 구축되어 온 것이 전부였으나, 2003년 개정을 통해 그동안 판례로 구축되었던 동의의 기준을 법률에 명시함과 동시에 판례법의 해석으로 인해 발생한 처벌의 흠결 문제를 개선하게 되었다.

가. 개정 전 동의에 대한 판단기준

개정 전 판례에서 동의와 동의의 인식 또는 부주의에 대한 판단은 피고인이 피해자가 동의했다고 정직하게 믿은 경우(honest belief)에 대한 판단과 연결되어 있다. 검사는 행위 당시 피해자가 성적 행위에 동의하지 않았음을 입증해야 하는데, 판례법에서는 다음의 경우가 입증되면 동의가 없다고 보았다. 구체적으로 살펴보면, ① 유형력(force)의 사용 또는 유형력에 대한 두려움(제3자에 대한 위협 포함)을 이용한 경우, ② 피해자가 잠이 드는 등 무의식 상태에 있어 동의할 수 없었던 경우, ③ 행위의 본질에 대한 기망으로 인한 오해, 예를 들어 그 행위가 성적 행위가 아니라는 속임수로 행위를 한 경우, ④ 다른 사람, 예를 들어 남편이나 파트너 등으로 가장한 경우, ⑤ 피해자가 행위의 본질에 대해 근본적으로 이해하지 못하는 경우, ⑥ 연령, 장애 또는 질병 등으로 인해 피해자가 동의 또는 저항 여부를 결정할 수 있는 이해나 지식을 가지고 있지 않은 경우에는 동의의 결여로 추정된다.²⁴⁹⁾

동의 추정에 대한 판례법상 원칙이 존재하는 것과 달리 동의의 개념은 명확하게 정립되지 못했다고 평가된다. 1976년 개정 전 판례는 강간죄를 행위 시 성교행위에 대해 동의하지 않는 여성에 대해 불법적인 성교행위를 한 것으로 정의하고, 유형력, 두려움, 또는 사기의 이용이 입증되면 별도 동의 없음이 입증될 필요가 없다고 보았다. 1976년 개정으로 판례법에서 구축된 강간죄의 개념이 명문화되었으나, 동의 또는 동의의 결여를 판단할 수 있는 기준에 대해서는 일반적인 지침이 규정화되지는 않았다.

249) Home office, *Setting the Boundaries: Reforming the law on sex offences*, Vol. 1, 2000, para.2.2.2.

동의개념에 대한 대표적인 판례로 언급되는 것이 *R v. Olugboja*²⁵⁰⁾인데, 여기에서의 쟁점은 특정되지 않는 종류의 강요 상황에서 성교행위가 이루어진 경우에 피해자의 동의를 어떻게 해석할 것인가에 관한 것이었다. 여기에서의 강요상황은 피고인의 친구가 피해자와 피해자의 친구를 강간한 이후 전반적인 상황에 해당하는 것이었는데, 피고인은 강요가 살해 또는 중한 상해에 대한 협박이 아니면 강요된 동의를 유효한 동의로 판단했던 기존의 판례를 인용하며 피고인의 친구에 의한 강간상황이 강요가 아니므로 피해자의 동의는 유효한 동의라고 주장하였다. 이에 대해 *Olugboja* 판례는 기존의 판례 태도를 변경하여 피해자의 동의가 존재했는지에 대해서는 단지 동의의 통상적인 의미를 기준으로 판단해야 한다는 기준을 제시하였다.²⁵¹⁾ 일반적인 법관의 배심원에 대한 설사에서 동의의 의미에 대해 “동의 또는 동의의 부재가 의미하는 것은 통상적인 의미에 따르는데, 예를 들어 동의와 복종(submission)의 차이를 고려할 수 있다. 모든 동의에는 복종이 포함되지만 마지못한 복종은 동의를 포함하지 않는다”고 설명하고 있는데,²⁵²⁾ 이를 통해 도출되는 동의의 통상적인 의미는 “마지못한 복종과 다른 마음의 상태”이며 “둘 간의 차이는 정도의 차이를 의미”한다는 것이다.²⁵³⁾ 이러한 동의의 의미에 비추어 *Olugboja* 판례는 비록 협박에 의한 강요가 아니더라도 특정되지 않은 강요의 상황에서 마지못해 복종한 것이라면 유효한 동의가 아니라고 보았다.

Olugboja 판례는 피해자의 선택과 결정에 초점을 두어 동의가 피해자의 이익에 대한 스스로의 인식에 기초한다고 봄으로써 성적 자기결정의 중요성을 강조한 것으로 볼 수 있다.²⁵⁴⁾ 그러나 동의의 법적 정의를 제시하지 않고 일상적이고 통상적인 의미를 제시함으로써 결국 배심원이 유사한 사건에 대해 일관된 판단을 할 수 있는 명확한 기준을 제공하지는 못했다.²⁵⁵⁾

250) *R v. Olugboja* [1982] QB 320

251) Ibid., 332A; Simon Gardner, Appreciating *Olugboja*, *Legal Studies* 16(3), 1996, p. 277 재인용.

252) Kim Stevenson et al., *Blackstone's Guide to The Sexual Offences Act 2003*, Oxford Univ. Press, 2014, p. 10.

253) Simon Gardner, Appreciating *Olugboja*, *Legal Studies* 16(3), 1996, p. 277.

254) Ibid., 참조.

255) Kim Stevenson et al., *Blackstone's Guide to The Sexual Offences Act 2003*, Oxford Univ. Press, 2014, p. 11.

나. 2003년 성범죄법의 동의 규정

판례법상 동의 개념에 대한 한계를 극복하기 위해 2003년 개정에서는 동의와 관련한 명확하고 분명한 범조항을 만들고자 하였다. 이를 위해 판례법을 통해 구축된 동의의 결여 상황에 대한 구체적인 규정들을 법률규정으로 제시하여 동의의 부재가 추정될 수 있는 법적 근거를 마련하고자 하였다.

2003년 성범죄법은 동의의 개념(제74조), 동의의 결여에 대한 증거의 추정(제75조), 동의의 결여에 대한 결과의 추정(제76조)을 명문화하고 있으며, 제75조 및 제76조인 동의 추정 규정이 적용되는 행위를 강간, 삽입폭행, 성적폭행, 동의없는 성적행위를 하도록 하는 행위로 규정하고 있다(제77조).

제74조 동의

제1부의 목적상, 사람은 그가 스스로의 선택으로 동의하고 그러한 선택을 할 수 있는 자유와 능력이 있는 경우에 동의한다.

2003년 성범죄법 제74조에 규정된 동의의 요건은 “스스로의 선택으로 동의함 (agree by choice)”, “선택을 할 수 있는 자유”와 “선택을 할 수 있는 능력(capacity)”이다. 스스로의 선택으로 인한 동의는 자신의 이익에 대한 인식에 비추어 이루어진 선택을 의미한다. 선택할 수 있는 자유가 있기 위해서는 선택을 강요하는 행위 또는 강요할 수 있는 상황이 없어야 한다. 그리고 선택을 할 수 있는 능력이 제한되는 경우는 연령이나 정신적인 장애로 인한 것이다.²⁵⁶⁾

제75조 동의에 대한 증거의 추정

(1) 본 절에 의해 적용되는 범죄의 소송절차에서

(a) 피고인이 관련 행위를 하였고

(b) 제2항에 규정된 사정이 존재하고

(c) 피고인이 그러한 사정이 존재함을 알고 있었다는 점이 입증되면,

그의 동의 여부에 대해 충분한 증거를 제시하지 못하는 한 고소인이 동의하지 않았다고 보고, 고소인이 합리적으로 동의했다고 믿었는지 여부에 대해 충분한 증거가

256) SEXUAL OFFENCES ACT 2003 EXPLANATORY NOTES, para. 139.

제시되지 않는 한 고소인이 동의했다는 합리적인 믿음이 없었던 것으로 본다.

(2) 사정은

- (a) 관련된 행위시 내지 그 행위가 시작되기 직전에 사람이 고소인에 대해 폭력을 사용하거나 고소인에게 즉각적인 폭력이 행사될 수 있다는 두려움을 주거나
 - (b) 관련된 행위시 내지 그 행위가 시작되기 직전에 고소인이 타인에 대해 폭력이 사용되었거나 즉각적인 폭력이 사용될 수 있다는 두려움을 주거나
 - (c) 고소인이 관련 행위시 불법적으로 구금되어 있고 피고인은 불법적으로 구금되지 않았거나
 - (d) 관련 행위시 고소인이 잠이 들었거나 기타 의식이 없었거나,
 - (e) 고소인의 신체적 장애로 인해 고소인이 행위시 피고인에게 고소인이 동의했는지 여부에 대해 의사소통을 할 수 없었거나,
 - (f) 고소인의 동의없이 고소인에게 물질을 투여하거나 투여하도록 하여 그로 인해 관련 행위시에 고소인이 몽롱하게 하거나 제압되도록 하는 경우
- (3) 2항의 (a), (b)에서, 행위가 시작되기 직전에 대한 의미는 일련의 성적행위 중 하나의 행위인 경우 첫 번째 성적행위가 시작되기 직전을 의미한다.

제75조 제2항은 제74조에서 정의한 선택할 수 있는 자유와 능력이 제한되는 경우를 열거하고 있다. 선택할 수 있는 자유가 제한되는 상황은 자신 또는 제3자에 대한 폭력 내지 폭력이 이루어질 수 있다는 위협으로 두려움을 가지는 경우(제a호, 제b호), 납치 또는 불법적인 구금의 상황(제c호)이며, 선택할 수 있는 능력이 제한된 상황은 의식이 없거나(제d호), 신체적인 장애로 인해 의사표시를 할 수 없거나(제e호), 마약 또는 기타 약물 등으로 의식에 제약이 있는 경우(제f호)이다.

제75조 제1항은 배심원에게 구성요건적 사실과 고의에 대해 충분히 입증되었는지를 판단하는 기준을 제시한다. 검사가 동조 제2항의 각호에 해당하는 상황에서 성행위가 이루어졌다는 것을 합리적인 의심의 여지없이 입증 하 게 되면, 제1조 내지 제4조의 구성요건적 사실인 비동의가 추정된다. 이러한 추정을 깨기 위해서는 피고인은 고소인이 사실상 동의했다는 우세한 증거를 제시해야 한다. 제1조 내지 제4조의 구성요건인 고의는 피고인이 고소인이 동의했다고 합리적으로 신뢰하는 경우에 조각되는데, 제75조 제2항의 상황임을 검사가 합리적인 의심의 여지없이 입증한다면 제75조 제1항에 의해 피고인이 가졌던 동의에 대한 합리적인 신뢰가 없다고 추정된다.

2003년 성범죄법 주석에서는 제75조 증거의 추정과 관련하여 (배심원에 대한) 설득의 부담(persuasive burden)이 아니라 (법관에 대한) 증거의 부담으로 설명하고 있다. 이에 따르면, 제75조의 추정을 깨기 위해서는 피고인이 법관을 대상으로 배심원에게 제시될 가치가 있는 자신의 합리적 신뢰에 대해 우세한 증거를 제시해야 한다. 피고인의 우세한 증거 제시는 피고인의 진술, 목격자의 진술, 또는 고소인에 대한 반대신문 등에서 제시된 증거를 통해 동의에 대한 사실상 쟁점을 제기하는 방식으로 이루어질 수 있다. 피고인이 제시한 우세한 증거에 따라 법관이 배심원에게 동의에 관한 쟁점을 제시하는 것이 정당하다고 판단하면, 관련 쟁점에 대해 일반적인 방식으로 검사에게 피고인에게 합리적인 신뢰가 없음을 입증하도록 절차를 진행한다. 그러나 법관이 그러한 증거가 충분치 않다고 판단하면, 피고인이 관련 행위를 했고 그 상황이 제75조 제2항에 적용되며 피고인이 이러한 상황을 인식하였다는 점에 대해 배심원이 확신한다고 가정하고 배심원에게 유죄의 평결을 지시하게 된다.²⁵⁷⁾

2003년 성범죄법에서 비동의 및 피고인 고의에 대한 법률상 사실추정의 규정을 도입한 것은 배심원이 피해자의 보호와 피고인을 위한 법적 공정성의 보장 간의 균형 있는 판단을 할 수 있도록 기준을 제시하기 위한 것이기도 하지만, 이를 법률상 명시함으로써 일반인들이 불법적인 성적 행위의 구체적인 기준에 대해 명확하게 인식하고 피해자들이 신고를 주저하지 않을 수 있는 분명한 기준을 제시하기 위한 것이기도 하다.²⁵⁸⁾ 또한 이는 법원이 비동의의 범죄에서 고의를 조각하는 피고인의 방어로 인정해 온 “잘못된 그러나 정직한 신뢰” 기준을 제거하고, 이를 합리성 심사로 변경시키는 동시에 그 입증의 책임을 피고인에게 두기 위한 입법이다. “합리적인 신뢰”를 명문화한 규정에 따르면, 검사가 비동의에 대해 합리적인 의심의 여지가 있고 피고인이 고소인의 성적행위에 기꺼이 참여했다는 점을 확신할 수 있는 합리적인 조치를 하지 않았다는 것을 입증하게 되면 범죄가 성립하게 된다. 여기에서 합리적이라는 기준은 객관적인 제3자의 관점을 의미하지만, 행위 당시 상황, 양 당사자의 행동과 그들이 수행한 책임의 수준, 행위 전·후의 상황을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다.²⁵⁹⁾

257) SEXUAL OFFENCES ACT 2003 EXPLANATORY NOTES, para. 142.

258) Home office, *Protecting the Public: strengthening protection against sex offenders and reforming the law on sexual offences*(Presented to Parliament by the Secretary of State for the Home Department by Command of Her Majesty), November 2002. para. 33.

259) Ibid., para. 34.

제76조 동의에 대한 결과의 추정

- (1) 본 조항이 적용되는 범죄에 대한 소송에서, 피고인이 관련행위를 하였고, 제2항에 규정된 사정이 존재하는 것이 입증되면, 결과적으로 다음이 추정된다.
 - (a) 고소인이 관련 행위에 대해 동의하지 않았고,
 - (b) 피고인은 고소인이 관련 행위에 대해 동의했다고 믿지 않았다.
- (2) 사정은
 - (a) 피고인이 의도적으로 피고인에게 관련 행위의 속성 또는 목적에 대해 기망하거나
 - (b) 피고인이 의도적으로 고소인이 개인적으로 알고 있는 사람을 가장하여 관련 행위에 대한 동의를 유도한 경우

제76조는 비동 의와 동의에 대한 합리적 신뢰의 부재에 대한 결과를 추정하는 상황에 대한 규정으로, 피고인이 성적 행위와 관련하여 고소인을 기망하는 경우에 성립한다. 결과의 추정은 오직 검사가 일반적인 방식으로 피고인이 관련 행위를 하였고 제2항의 사정이 존재함을 합리적인 의심의 여지없이 입증하게 되면 성립된다. 제76조 결과추정이 인정되면 제75조 증거의 추정과 달리 검사는 피고인의 합리적 신뢰에 대해 어떤 것도 입증할 필요가 없다. 성적 행위의 속성이나 행위의 목적을 속이거나 다른 사람을 가장하는 것 자체가 의도적인 행위이기 때문에 이미 이러한 사정에 대해 피고인이 인식할 수밖에 없으며, 이러한 행위를 의도적으로 하였다면 피고인의 동의에 대한 신뢰 역시 존재할 수 없기 때문이다. 그러므로 제76조에서는 피고인의 합리적 신뢰에 대해 다룰 필요가 없으며 이를 제75조와 구분하여 결과의 추정규정으로 둔 것이다.²⁶⁰⁾

제77조 관련 행위

제75조 및 제76조가 적용되는 범죄에 관하여, 해당 조항들에서 관련 행위에 대해서는 다음과 같다.

범죄	관련 행위
제1조(강간) 범죄	피고인이 의도적으로 그의 성기를 다른 사람(고소인)의 질, 항문 또는 구강에 삽입한 행위
제2조(삽입에 의한 폭행) 범죄	피고인이 의도적으로 그의 신체 일부 또는 물건을 다른 사람(고소인)의 질 또는 항문에 삽입하는 행위로 그러한 삽입이 성적인 경우

260) Kim Stevenson et al., *Blackstone's Guide to The Sexual Offences Act 2003*, Oxford Univ. Press, 2014, p. 21.

범죄	관련 행위
제3조(성적폭행)	피고인이 의도적으로 다른 사람(고소인)을 만지고, 그러한 만짐이 성적인 경우
제4조(동의없는 성적행위를 하도록 하는 행위)	피고인이 의도적으로 다른 사람(고소인)이 행위에 참여하도록 하고, 그러한 행위가 성적인 경우

제75조와 제76조는 동의에 대한 추정을 규정하는 것이므로 비동의를 요건으로 둔 비동의 범죄(제1조 내지 제4조)에 적용된다(제77조).

다. 비동의 입증을 위한 기준

1) 비동의 입증이 추정되는 요건

2003년 성범죄법의 특징은 동의에 대한 증거의 추정이 가능한 요건을 규정하고 이러한 경우 피고인의 합리적 신뢰에 대한 증거입증의 부담을 검사가 아닌 피고인에게 둔다는 점에 있다. 동의에 대한 증거의 추정이 가능한 상황은 폭력의 사용 또는 폭력에 대한 두려움이 있는 경우, 불법적 구금이 있는 경우, 피해자가 무의식 상태인 경우, 신체적 장애로 인하여 피해자가 의사표시 무능력 상태의 경우, 피해자를 위태롭게 하거나 제압할 수 있는 물질을 동의 없이 투여한 경우이다.

각 요건에 대해 구체적으로 살펴보면, 우선 폭력 사용 또는 폭력에 대한 두려움(제75조 제2항 제a,b호)에서 폭력(violence)에 대한 법적 정의는 없다. 통상적인 의미로 폭력은 유형력의 의미를 충족시키는 정도보다 더 높은 정도의 해악을 언급하는 것으로 이해된다. 이때의 폭력은 사람에 대한 것뿐만 아니라 물건에 대한 것도 포함된다. 불법적 구금상태에 대한 규정(동항 제c호)은 신체적 자유를 제한함으로써 선택의 자유가 제한되는 결과를 상정한 것이다. 여기서 선택의 자유가 완전히 박탈될 필요는 없다. 무의식 상태(동항 제d호)의 대표적인 예시는 잠이 든 상황이다. 술에 취해 무의식 상태가 되었다면 여기에 해당될 수 있다. 무의식 상태로 규정하고 있으므로, 여기에서는 무의식의 원인이 무엇인지 대해서는 중요한 요건이 아니다. 신체적 장애로 인한 의사표시 무능력 상태(동항 제e호)를 별도로 둔 것은, 2003년 법에서 정신장애를 동의능력이 제한된 경우로 보고 범죄구성요건을 다르게 구성한 것과 달리 의사소통과 관련된 신체장애를 동의능력이 부재한 상태로 상정한 것이다. 피해자의 의식을 제한

하기 위한 물질을 투여하는 행위가 있는 경우(동향 제1호)에서는 해당 물질이 법률상 항정신적 약물일 것에 한정하지 않고 피해자를 위태롭게 하거나 제압할 수 있는 물질로 광범위하게 규정하였다. 이러한 물질을 투여한 행위 자체가 이미 상대방이 동의하지 않을 것을 알고 있다는 피고인의 고의를 추정할 수 있는 근거가 되므로 동의에 대한 증거추정의 규정으로 포함되었다.²⁶¹⁾

2) 비동의입증과 피고인의 고의

2003년 성범죄법에서 비동의의 입증과 피고인의 방어에 대해 상세히 규정한 것은 다른 범죄와 달리 성폭력범죄에서 피고인의 고의 입증의 어려움으로 처벌의 흠결이 발생하기 때문이었다. 판례법에서 인정하고 있는 피고인의 고의 조각을 위한 “잘못된, 그러나 정직한 신뢰”의 인정은 피해자가 실질적으로 거부 의사를 표시하였다고 하더라도 성폭력범죄를 성립하지 않도록 하는 핵심적인 요소로 평가되어 왔다.

“잘못된, 그러나 정직한 신뢰”는 1976년 Morgan 판례에서 정립되었다. 남편이 3명의 친구와 함께 그의 아내를 강간한 사건에서, 남편이 그의 친구에게 자신의 아내가 처음에 거부하여도 그녀가 변태적인 사람이라 계속 시도하면 마음을 바꿀 것이라고 한 말을 근거로 피고인은 그녀가 사실 강제적인 성행위를 즐겼고 그것에 동의했다고 정직하게 믿었다고 주장하며 강간의 고의를 부정하였는데, 법원은 피고인이 피해자가 동의했다고 정직하게 믿었다면 그러한 믿음이 합리적이지 않다고 하더라도 고의가 조각된다고 판시하였다.²⁶²⁾ Morgan 판례의 한계를 해결하기 위해 마련된 1976년 성범죄법 개정법률은 배심원이 “피고인의 동의에 대한 믿음에 대한 합리적인 근거”가 있는지를 판단하도록 기준을 명시하고 있다. 그러나 실무에서는 여전히 피고인의 정직한 신뢰에 대한 방어로 인해 강간죄의 유죄판결이 어려워지는 상황이 지속되어왔다. 이에 1995년 영국의 법제위원회는 Morgan 규칙에 대해 객관적인 심사기준을 제공할 필요성을 인식하고 다음과 같은 기준을 제시하였다. 정직한 신뢰 방어에 대한 심사 시 피고인의 정직한 신뢰의 주장에 대한 신빙성을 검토하기 위해 피고인이 동의 여부를 확인하려고 하였는지와 동의에 대한 그의 믿음이 스스로 유도된 도취상태에

261) Kim Stevenson et al., *Blackstone's Guide to The Sexual Offences Act 2003*, Oxford Univ. Press, 2014, p. 18-20.

262) DPP v. Morgan [1976] AC 182.

빠져 이루어진 것이 아닌지를 고려해야 한다는 것이다.²⁶³⁾

“잘못된, 그러나 정직한 신뢰” 방어는 피고인의 고의에 대해 주관적인 심사기준이다. 학계에서는 강간죄에서 고의에 대한 주관적 심사기준을 둘러싼 첨예한 논쟁이 진행되었으며, 합리성 심사인 객관적 심사기준을 도입해야 한다는 주장이 주관적 심사를 지지하는 입장과 대립해왔다. 주관적인 심사기준이 필요하다는 입장은, ① 외부적인 기준을 제시하는 합리성 심사는 당해 사건의 특성과 피고인의 행위의 맥락을 고려하지 못하며, ② 합리성 심사 역시 객관적인 기준이 아닌 특정 계급, 문화, 지적능력을 가진 사람들을 가정한 기준이라는 점에서 한계가 있고 고정관념을 제거할 수 있을 것이라는 기대를 하기 어렵다고 주장한다. 그러나 합리적 심사라는 객관적 기준을 도입해야 한다는 측에서는, ① 주관적 심사가 피해자의 의사나 실제 일어난 행위와 관계없이 동의에 대해 판단한다는 한계가 있으며, ② 여성의 no는 yes라는 성에 대한 잘못된 신화가 유지되는 데에 기여함으로써, 성적 자기결정권이라는 근본적인 개념을 침해하고, ③ 피해자의 동의를 구하는 것보다는 강제적인 성행위를 하는 것이 더 쉽다는 인식을 제공하며, ④ 사회적으로 성폭력으로 인식되는 행위에 대해 허용하는 것이 부정적이고, ⑤ 주관적 방어는 제기하기는 쉽지만 반박하기는 어려우며, ⑥ 잘못된, 그러나 진지한 신뢰 주장이 근거하는 것이 피해자의 과거 성적 이력인데, 이러한 성적 이력의 주장은 이미 증거법에서 제한되고 있다는 점을 제시한다.²⁶⁴⁾

새로운 법률개정을 위한 검토위원회는 피고인의 동의에 대한 정직한 신뢰의 기준의 문제를 해결하기 위해 이를 법해석의 영역으로 두는 것이 아니라 법률상 피고인의 동의에 대한 신뢰의 판단기준을 제시하는 해외 입법례들을 참고하여 피고인 신뢰에 대한 객관적 기준을 법률로 명문화하는 것이 필요하다는 결론을 내렸다. 이에 따라 2003년 성범죄법에서 피고인의 고의는 피해자가 동의한다고 합리적으로 신뢰하지 않은 경우에 성립하며, 신뢰가 합리적인지에 대한 판단은 피고인이 동의 여부를 확인하기 위해 취한 모든 단계 등을 종합하여 판단하도록 법률에 규정하게 되었다(제1조 내지 제4조).

263) Law Commission, *Consent in Sex Offences*, Consultation paper no. 39, 1995, Appendix C.

264) Home office, *Setting the Boundaries: Reforming the law on sex offences*, Vol. 1, 2000, para.2.13.6,7.

4. 영미법계 국가의 비동의 입증 및 피고인 고의에 관한 법규정

Morgan 규칙의 한계를 극복하는 문제는 비동의 요건으로 성폭력 범죄를 규정하고 있는 영미법체계의 국가들이 공통적으로 경험하는 쟁점이다. 영국이 법률개정을 통해 이러한 문제를 해결했던 것처럼, 성폭력 범죄에서 피해자의 동의와 피고인의 신뢰에 대한 기준을 정립하기 위해 미국 일부 주형법과 캐나다 형법에서도 피해자의 동의가 있었다는 피고인의 주장과 방어에서 동의의 존재 또는 결여로 볼 수 있는 증거에 대한 판단기준을 법률에 명시하고 있다. 이하에서는 비동의 입증과 피고인의 고의에 대한 방어의 판단기준을 규정한 미국 주법 및 캐나다 형법의 규정방식에 대해 간략하게 제시하고자 한다.

가. 캐나다 연방형법

캐나다는 동의가 없는 경우 및 피고인의 동의에 대한 정직한 신뢰가 있어도 범죄가 성립되는 기준을 다음과 같이 연방형법에 명시하였다.

제153.1조 제3항 [동의를 없는 경우]

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

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

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

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

- (ii) 부주의 또는 의도된 무관심
- (b) 피고인이 고소인의 동의를 확인하기 위하여 그 당시에 고소인이 알고 있는 상황에서 합리적인 조치를 취하지 않은 경우

제153.1조 제6항 [동의를 있다고 믿은 피고인]

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

영국과 마찬가지로 캐나다의 경우 피해자의 동의가 없었다고 간주되는 상황을 규정함으로써 이러한 객관적 상황이 검사에 의해 입증되면 비동의로 간주하고, 동의에 대한 피고인의 신뢰에 대해서는 피고인이 입증하도록 규정하고 있다. 성관계에 동의한다는 의사표시가 본인이 아닌 다른 사람에 의한 경우나, 고소인에게 의사결정능력이 없거나, 피고인이 신뢰, 권력, 권위적 지위를 남용하여 성적 행위를 하도록 권유 또는 유도하였거나 명시적인 비동의 의사에 대한 표시나 동의철회의 의사표시가 있는 경우가 여기에 해당한다.

피고인이 상대방의 동의에 대해 정직하게 신뢰하였다고 주장을 하더라도, 그러한 신뢰의 주장이 스스로 유도된 도취상태에서 비롯된 착오이거나 상대방의 동의 또는 비동의 의사에 대해 부주의하였거나 의도적인 무시 등 미필적인 고의에 해당하는 사정이 있다면 동의의 신뢰에 대한 방어가 되지 못한다. 피고인의 정직한 동의에 대한 신뢰의 주장은 합리성 심사기준에 의해 평가를 받아야 한다. 합리적 심사를 위해서는 배심원에게 판단을 맡기는 것이 아니라 판사를 통해 충분한 증거가 될 수 있는지 배심원에게 설명하도록 하고 있다.

나. 미국

미국의 경우 성폭력범죄의 동의에 관한 규정은 주로 주형법에 규정되어 있으며, 연방법인 균형법에도 성폭력범죄와 관련된 규정이 존재한다. 각 주별로 강간 및 중한

성폭행, 성폭행 등에 관한 명칭, 내용, 규정에 차이가 있으며, 유형력 요건만을 규정한 주도 있지만 비동의 요건에 대한 규정을 두고 있는 주도 있고 동시에 규정한 경우도 있다. 이하에서 제시하는 법규정들은 비동의 요건을 성폭력범죄의 구성요건으로 두는 주형법이나 균형법상 동의에 대한 개념과 피해자의 동의 존재여부와 동의에 대한 피고인의 신뢰 방어에 대한 판단기준을 법률상 규정한 사례들이다.

미국 내 비동의 요건을 둔 주형법들은 피해자의 동의가 없었다고 추정되는 상황에 대해, 거부 의사나 명시적인 표현, 폭행 또는 협박, 피해자가 무의식 상태에 있거나 의사무능력자이거나 연령 또는 장애로 인해 동의 무능력 상태인 경우, 성행위 목적에 대해 속이거나 다른 사람으로 가장한 경우를 명시하고 있다. 또한 뉴욕주의 경우에는 피해자의 동의 무능력 상태나 상황에 대한 증거로 피해자의 진술만이 있는 경우에는 성적 행위의 존재 및 해당 성적 행위와 피고인과의 연관성이 입증되는 경우에 한하여 피해자의 진술 신빙성을 인정하고 있다.

비동의 요건이 성폭력범죄의 구성요건인 주형법에서는 피고인의 구성요건적 착오에 대한 확정적 방어(affirmative defence)에 대해서 별도로 규정을 두고 있다. 대체로 피고인이 동의에 대해 신뢰했다는 방어에 대해서는, 동의했다는 주장의 근거가 피해자의 과거 성적 이력이나 옷차림, 이전 혹은 현재의 친밀한 관계인 경우에는 방어를 성립하지 않는다고 규정한다. 워싱턴주나 오레곤주의 경우 피해자가 미성년자이거나 장애인인 등 동의가 없었다고 추정되었을 때 피고인의 확정적 방어가 성립되는 요소를 연령 또는 장애에 대한 착오로 한정하는 규정을 별도로 두고 있다.

1) 미국 연방균형법

제8조 제8항 동의

- (A) “동의”란 의사능력을 가진 사람이 문제가 되는 행위에 대해 자유롭게 동의하는 것을 의미한다. 말이나 행동을 통한 동의의 결여 표현은 동의가 없음을 의미한다. 유형력의 사용, 유형력의 위협 또는 다른 사람의 두려움을 일으켜서 언어적, 신체적 저항이나 표시가 결여된 것은 동의를 의미하지 않는다. 현재 또는 이전의 데이터 또는 사회적 내지 성적 관계, 또는 문제가 된 행위에서 피소인과 관련된 사람의 옷차림이 동의를 의미하지 않는다.
- (B) 수면, 무의식 또는 의사무능력자는 동의 할 수 없다. 사망을 초래하거나 중한 신체

- 적 상해를 입히거나 의식을 잃게 만드는 행위로 초래된 유형력에 대해 동의할 수 없다. 위협 또는 두려움을 일으키거나 본 법 제b조제1항제c호(협박, 신체적 상해, 성행위 목적에 대한 기만, 다른 사람으로 가장한 경우) 또는 제d호(불법적인 유형력의 사용, 사망 또는 상해를 초래할 유형력의 사용, 사망, 상해 또는 납치에 대한 위협, 무의식 상태로 빠뜨리는 경우)에 기술된 상황 하에서는 동의할 수 없다.
- (C) 범죄의 상황에 근거하여 동의의 결여가 추정될 수 있다. 모든 주변 상황은 사람이 동의했는지 또는 다른 사람의 행동으로 인해 저항하지 않거나 저항하지 않는지 여부를 결정할 때 고려되어야 한다.

2) 미국 뉴욕주 형법

제130.05조 성범죄: 동의의 결여

1. 구체적으로 명시하였는지 여부와 상관없이, 본장에서 정의하는 피해자의 동의없이 범해진 성행위에 대한 모든 범죄를 요소로 한다.
2. 동의의 결여 결과:
 - (a) 힘을 통한 강제력; 또는
 - (b) 동의 무능력; 또는
 - (c) 범죄가 성적납용 또는 강제 접촉으로 기소된 경우, 추가적으로 강제력 행사 또는 동의할 수 없거나 다른 상황에서 피해자가 행위자의 행위에 대하여 명시적 또는 묵시적으로 묵인하지 않는 경우
 - (d) 제130.25조 제3항에서 규정하는 3급 강간죄 또는 제130.40조 제3항에서 규정하는 범죄의 성적행위, 추가적으로 성관계, 구강성행위 또는 항문성행위 당시 상황에서 강제력을 행사한 경우에, 피해자가 이러한 행위에 동의하지 않는다고 명시적으로 표현하고, 행위자는 모든 상황에서 이러한 행위에 대한 동의의 결의의 표현으로써 이러한 피해자의 단어와 행동을 이해한다는 합리적인 사람이다.
3. 상대방이 다음과 같은 경우에는 동의할 수 없는 것으로 간주한다.
 - (a) 17세 미만인 자; 또는
 - (b) 정신장애자; 또는
 - (c) 정신적으로 무능력한 자; 또는
 - (d) 신체적으로 무력한 자; 또는
 - (e) 이하 (보호관찰관, 수용시설 및 위탁시설, 병원의 종사자 등의 세부 규정)

제130.16조 성범죄; 진술

동의의 결여가 오직 피해자의 정신적인 결함 또는 정신적인 무능력, 동일한 범행의 시도로 인한 동의 무능력에서 비롯되었다는 피해자의 진술이 있으며, 그 외에 다음과 같은 다른 증거가 없으면, 본 조항에 규정된 범죄로 기소되지 않는다.

- (a) 범행 당시 해당 사례에서 피해자와 성교행위, 구강성교행위, 항문성교행위 또는 성적접촉하려는 시도에 대한 입증; 그리고
- (b) 피고인과 관련 범죄의 기수 또는 미수의 연관

3) 미국 오레곤주 형법

제163.315조 동의 무능력; 저항의 결여의 효과

- (1) 다음과 같은 사람은 성행위에 대하여 동의할 수 없는 것으로 간주한다.
 - (a) 18세 미만;
 - (b) 정신적 결함;
 - (c) 정신적으로 무능력함; 또는
 - (d) 신체적으로 무력함
- (2) 언어적 또는 신체적 저항의 결여는 그 자체로 동의를 구성하지 않으며, 모든 다른 관련 증거와 함께 사실심에 의해서 고려될 수 있다.

제163.325조 방어로써의 무지 또는 실수

- (1) 제163.355조 내지 제163.445조에 따른 기소에서 해당 범죄행위가 16세 미만인 아동에 대한 것이면 피고인은 아동의 나이를 알지 못했거나 17세 이상이라고 합리적으로 믿었다는 것에 대해 방어할 수 없다.
- (2) 해당 범죄행위가 16세가 아닌 특정 연령 미만의 아동에 대한 것이면 피고인이 행위 시 해당 아동이 특정연령 이상이라고 합리적으로 믿었다는 것을 입증하는 경우에 피고인의 확정적 방어가 된다.
- (3) 제163.355조 내지 제163.445조에 따른 기소에서 피해자의 동의 결여가 오로지 피해자의 정신적 결함 또는 정신적으로 무능력함 또는 신체적으로 무력함으로 인한 피해자의 무능력에 기인한다면, 피고인이 행위시 피해자의 무능력에 관한 사실 또는 관련 조건을 알지 못했다는 것을 입증하면 피고인의 확정적 방어가 된다.

4) 미국 캘리포니아주 형법

제261.6조 동의; 현재 또는 이전의 데이트 관계 또는 결혼관계; 증거능력 또는 입증부담

제261조, 제262조, 제286조, 제288조a 또는 제289조의 기소에서 문제가 되고 있는 동의에 대하여, “동의”는 자유로운 의사에 따른 행위에 의해 행동 또는 태도에서 긍정적으로 작용한다는 의미로 정의되어야 한다. 사람은 반드시 자유롭고 자발적으로 행동해야 하며, 행위 또는 관련 거래의 본질을 숙지해야 한다.

제261조, 제262조, 제286조, 제288조a 또는 제289조의 기소에서 동의가 문제되는 경우에 현재 또는 이전 데이트 관계나 부부관계는 동의를 구성하는데 불충분하다. 본질은 동의 관련 입증부담 또는 증거능력에 영향을 미치지 않는다.

제261.7조 피고인이 콘돔을 쓰거나 다른 피임기구를 사용하도록 피해자가 요청한 증거; 동의

제261조, 제262조, 제286조, 제288조a 또는 제289조에 따른 기소에서 문제가 되고 있는 동의에 대하여, 피해자가 피고인에게 콘돔 또는 다른 피임기구를 사용하도록 제안하고, 요청하거나 또는 피고인과 의사소통한 증거는, 추가적인 동의의 증거 없이, 동의를 구성하기에 불충분하다.

5) 미국 워싱턴주 형법

제9A.44.020조 증언-증거-서면청구-증거능력

- (1) 본장에서 정의된 범죄에 대한 유죄를 선고하기 위하여 피해자의 진술을 확보할 필요는 없다.
- (2) 피해자의 결혼 및 이혼 이력, 또는 난교, 순결하지 않음, 성적 행동방식 등 사회 기준에 반하는 일반적 평판 등과 같은 피해자의 과거 성적 이력에 대한 증거는 신빙성에 대한 쟁점으로 인정될 수 없으며, 본 조의 (3)항에 규정된 피해자의 동의 예외를 입증하는 것으로 인정할 수 없고, 가해자와 피해자가 과거에 서로 성관계를 가졌을 때, 그리고 과거 행위가 동의 문제에 필수적일 때, 가해자와 피해자 사이의 이전 행위에 대한 증거는 범죄에 대한 동의의 쟁점으로 인정될 수 있다.
- (3) RCW 9A.40.100의 강간, 인신매매 또는 9.68A RCW의 범죄의 기수 또는 미수, 관련 범죄를 저지를 의도로 폭행한 행위로 기소된 경우, 피해자의 결혼 및 이혼 이력, 또는 난교, 순결하지 않음, 성적 행동방식 등 사회 기준에 반하는 일반적 평판 등과 같은 피해자의 과거 성적 이력에 대한 증거가 피해자 진술의 신빙성을 공격하기 위한 것인 경우에 인정되지 않으며, 피해자의 신뢰성이 공격을 받으면

인정될 수 없으며, 형법의 원칙상 금지되는 경우 제외하고 오직 다음과 같은 절차에 의해서만 동의에 대하여 인정할 수 있다.

- (a) 공판 전 서면청구시, 피고인은 법원과 검찰에 대해 해당 방어가 제시된 피해자의 과거 성행위에 대한 증거와 관련성이 있으며 피해자의 동의에 대한 쟁점과 관련성이 있다는 것을 입증하는 진술을 해야 한다.
- (b) 서면청구시 선서진술서 또는 증거가 제시된 선서진술서를 함께 제출해야 한다.
- (c) 법원 이 제시된 증거가 충분하다고 판단하는 경우, 법원은 배심 없는 심리를 명해야 하며, 해당 심리의 필수 증인, 피고인, 변호인, 그리고 사건 또는 법원 업무에 직접적인 이익이 있는 사람 이외의 사람에게는 비공개로 해야 한다.
- (d) 심리 종결 후, 법원 이 피해자의 이전 성적 이력에 대해 피고인이 제출할 목적인 증거가 피해자의 동의와 관련된 쟁점과 관련이 있다고 판단하는 경우에, 해당 증거를 인정하게 된다면 해당 증거 가치보다 그 증거인정이 부당한 편견으로 인한 실질적 위험을 가져올 가능성이 매우 높고, 해당 증거를 배제하게 된다면 피고인을 위한 정의를 실질적으로 부정하는 결과를 초래할 수 있기 때문에, 법원은 어떤 증거가 피고인에 의해 제시되어야 하는지에 대해 진술하도록 명령해야 하며, 이 때 명령의 내용에는 허용될 수 있는 질문의 속성이 포함되어야 한다. 피고인은 법원의 명령에 따라 증거를 제시할 수 있다.
- (4) 본 조항은 피해자의 과거 성적 행동의 본질에 대해 입증하기 위해 재판장 앞에 해당 사례의 증거를 제시하는 경우 과거 성적 행동에 대한 쟁점에 관하여 피해자에게 반대신문을 금지하는 것으로 해석할 수 없으나, 법원은 이러한 증거에 대하여 (3)항에 따른 심리를 요구할 수 있다.

제9A.44.030조 본 장의 기소에 대한 방어

- (1) 동의를 결여가 피해자의 정신적 무능 또는 피해자의 신체적으로 무력한 상태에 기초하는 본 장에 따른 모든 기소에서, 피고인은 피해자가 정신적으로 무능력하거나 신체적으로 무력하지 않다고 합리적으로 믿었다는 점을 증거의 우세에 의해 입증하면 방어가 된다.
- (2) 본 장에 의거한 범죄나 범죄 정도가 피해자의 연령에 따라 결정되는 기소인 경우, 피고인이 피해자의 나이를 알지 못했거나 나이가 더 많다고 믿었다는 주장은 방어가 아니다. 방어가 되기 위해서는 피고인이 범행시 피해자가 말한 연령에 기초하여 본 조 (3)항에 규정된 연령이라고 합리적으로 믿었다는 것을 증거의 우세에 의해 입증해야 한다.

- (3) 본 조 (2)항에 따른 방어는 다음과 같은 피고인에게 각 호에 규정된 합리적인 믿음을 요구한다.
- (a) 1급 강간으로 기소된 피고인의 경우, 피해자가 최소한 12세이거나 피고인과의 연령 차이가 24개월 미만이었다.
 - (b) 2급 강간으로 기소된 피고인의 경우, 피해자가 최소한 14세이거나 피고인과의 연령 차이가 36개월 미만이었다.
 - (c) 3급 아동 강간으로 기소된 피고인의 경우, 피해자가 최소한 16세 이상이거나 피고인과의 연령 차이가 48개월 미만이었다.
 - (d) 1급 미성년자와 성추행으로 기소된 피고인의 경우, 피해자는 최소한 18세 이상이거나 피고인과의 연령 차이가 60개월 미만이었다.
 - (e) 1급 아동 성추행으로 기소된 피고인의 경우, 피해자가 최소한 12세 이상이거나 피고인과의 연령 차이가 36개월 미만이었다.
 - (f) 2급 아동 성추행 혐의로 기소된 피고인의 경우, 피해자는 최소한 14세 이상이거나 피고인과의 연령 차이가 36개월 미만이었다.
 - (g) 3급 아동 성추행 혐의로 기소된 피고인의 경우, 피해자가 최소한 16세 이상이거나 피고인과의 연령 차이가 36개월 미만이었다.
 - (h) 2급 미성년자 성추행으로 기소된 피고인의 경우, 피해자가 최소한 18세 이상이거나 피고인과의 연령 차이가 60개월 미만이었다.

제 5 장

○ —————

현행 성폭력법체계상 처벌 공백에 대한 실증적 분석

이 경 환

현행 성폭력법체계상 처벌 공백에 대한 실증적 분석

우리의 현행 성폭력법체계에서 비동의 요건의 도입 또는 비동의간음죄의 신설이 필요하다는 근거는 성적 자기결정권이라는 보호법익에 부합하는 형법의 체계적 변화의 필요성 이외에 현행 형법 등 성폭력법체계상 처벌되지 않는 성폭력 행위들이 존재한다는 처벌의 공백에 대한 주장에 기초하고 있다. 특히 현재 20대 국회에 제출된 7개의 개정안들은 모두 현재 처벌의 흠결을 메꿀 필요성을 개정 이유로 제시하고 있다. 이하에서는 현행 성폭력법체계상 처벌의 공백이 존재하는지, 어떤 지점에서 그러한 공백이 존재하는지를 살펴보고자 한다.

제1절 연구대상 및 분석방법

1. 연구대상

가. 현행 법체계상 유형력의 유·무에 따른 처벌의 공백지대

〈표 5-1〉 현행 형법상 성폭력범죄 구성요건에 따른 처벌의 공백

	비장애인			장애인 (19세 이상)	장애인 (19세 미만)	피구금자
	19세 이상	13세 이상 19세 미만	13세 미만			
폭행·협박	○	○	○	○	○	○
위계·위력 △ (업무, 고용 기타 관계, 피보호감독자, 심신미약자)		○	○	○	○	○
유형력 부존재 (비동의)	X	X	○	X	○ (요건 제한 있음)	○

장애 유·무, 나이 등 피해자의 특성 또는 상태를 가로축으로 놓고, 세로축을 간음 범행의 행위수단인 유형력의 정도로 하여 그 처벌 여부를 살펴보면 위 표와 같다. 먼저 폭행·협박으로 간음을 한 경우에는 모든 피해자 유형에 대해 처벌규정이 존재한다. 위계·위력의 경우에는 피해자가 19세 이상인 비장애인인 경우, 가해자와 피해자 사이에 업무, 고용 기타 관계가 있거나 피해자가 가해자의 피보호감독자 또는 심신미약 자일 때에는 처벌규정이 있지만, 일반적인 처벌규정이 없어 처벌의 공백이 존재한다.

한편, 피해자가 13세 미만의 사람이거나(형법 제302조) 13세 이상 19세 미만의 장애인인 경우(아청법 제8조, 19세 이상의 사람이 신체적 또는 정신적 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 13세 이상²⁶⁵⁾ 19세 미만의 아동·청소년을 간음한 경우에 적용된다), 피구금자인 경우(형법 제303조 제2항) 등에는 유형력의 행사가 없더라도 간음행위가 처벌되며,²⁶⁶⁾ 그 외의 경우에는 처벌규정이 존재하지 않는다.

따라서 현행 규정체계상 간음행위에 동원된 유형력의 정도에 따라 처벌의 공백이 존재하는 지점은 위 표에서 진하게 표시된 부분이라고 할 수 있다.

나. 연구대상 선정기준 및 자료수집 방법

본 연구에서는 대법원 이 대략 2005년경부터 폭행·협박의 판단기준을 완화하고 있다는 점을 감안하여, 2005년 이후 선고된 강간 또는 위계·위력에 의한 간음 사건의 대법원 판례 및 그 하급심판례를 연구대상으로 선정하였다. 다만 비동의간음죄와 관련하여 핵심적으로 분석되어야 하는 '간음에 합의한 사실이 없다는 피해자 진술의 신빙성은 어느 정도 인정되지만, 행위수단이 법률에 규정된 유형력의 정도를 충족하지 못한 것으로 보아 무죄를 선고한 경우'에 해당하는 유형의 판례들이 2005년 이후 판례 중에서는 충분하지 못하여, 2005년 이전의 사례들도 가능한 범위에서 분석하였다. 그 외에도 2005년 이후 사례 중 비교에 적합한 사례가 없거나, 2005년 이전의 사례가 비교에 더 적절한 경우에는 2005년 이전 판례라도 분석의 대상으로 포함하였다.

265) 13세 미만의 경우에는 형법 제302조가 적용된다.

266) 위 표에서는 간음에 대해 합의가 있으면 당연히 처벌 대상에서 제외되어야 하는 피해자 유형과의 비교를 위해 '비동의'라는 표시를 부기하였으나, 형법 제302조, 제303조 제2항, 아청법 제8조의 경우에는 피해자의 동의 여부를 묻지 않고 간음행위만 있으면 처벌이 가능하다.

주된 분석 자료는 판례검색 사이트인 로앤비에서 2005년 1월 1일 이후의 판례 중 ‘강간’이 사건명에 포함된 판결문 전체와 ‘위력, 간음’, ‘위계, 간음’이 사건명에 포함된 판결문을 검색하여 수집하였다. 2018년 8월 현재 검색을 통해 수집된 판결문은 약 1000여건 정도였으나, 이 중 강간치사 및 강도강간 등 결합범이나 결과적 가중범에 관한 판례나 신상정보공개만이 쟁점인 경우 등과 같은 판결문을 제외한 약 200여건이 주된 분석의 대상이 되었다.

2. 분석방법

성폭력 관련 판례를 구분해보면, ① 간음에 합당한 사실이 없다는 피해자 진술의 신빙성을 인정하고, 법률에 규정된 유형력의 정도(폭행·협박 또는 위계·위력)를 충족하였다고 보아 유죄를 선고한 경우, ② 간음에 합당한 사실이 없다는 피해자 진술의 신빙성은 어느 정도 인정되지만, 행위수단이 법률에 규정된 유형력의 정도를 충족하지 못한 것으로 보아 무죄를 선고한 경우, ③ 성폭력을 당하였다는 피해자 진술 자체의 신빙성이 인정되지 않아 무죄를 선고한 경우 등의 유형으로 구분해 볼 수 있다.

이 중 비동의간음죄가 신설될 경우 새롭게 처벌 범위에 포함되는 유형은 ②유형이므로, 이 유형의 판례 사안을 집중적으로 분석할 필요가 있다. 또한 ②유형의 의미, 판단기준, 처벌 필요성 등을 제대로 분석하기 위해서는, 어떤 판단기준 및 판단요소에 의해 유형력의 정도가 달리 판단되었는지를 살펴야 하므로 ②유형의 판례들을 유죄가 선고된 판례들(위 ①유형)과 비교할 필요가 있으며, 피해자 진술의 신빙성이 부정되어 무죄가 선고된 판례들(위 ③유형)과도 비교를 하여야 한다. ②유형의 경우, 기간을 제한하지 않고 ‘강간, 폭행, 협박, 정도’의 키워드로 검색한 대법원 판결 48건과 ‘간음, 위계, 위력, 정도’의 키워드로 검색한 대법원 판결 8건 및 그 하급심 판결을 분석 대상으로 하였다.

제2절 유형력 요건에 대한 판단기준과 그 문제점

1. 폭행·협박 최협의설과 처벌 공백

앞서 살펴본 바와 같이, 대법원은 강간죄 성립에 필요한 유형력의 정도에 대해, “강간죄가 성립하려면 가해자의 폭행·협박은 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이어야 한다”²⁶⁷⁾고 일관되게 판시함으로써 강간죄의 성립에 필요한 폭행·협박의 정도에 대해 최협의설의 입장을 취하고 있다.

이와 같은 판단기준에 따르면 가해자의 간음행위가 피해자의 의사에 반한 것이임 명백하고, 그 과정에서 유형력이 행사되었더라도 그 유형력의 정도가 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이 아니면 처벌을 할 수 없는 처벌의 공백이 발생할 수밖에 없다. 단적으로 성인인 피해자의 의사에 반하여 위력 행사를 통해 간음을 한 경우, 피해자가 업무, 고용, 기타 관계로 인한 보호감독관계에 있어 업무상 위력간음죄(형법 제30조 제1항)가 적용되지 않는 한, 그러한 행위를 처벌할 수 있는 규정이 없기 때문에 가해자에 대해 무죄가 선고되어야 하는 것이다. 대법원은 위력의 의미에 대해 ‘피해자의 자유의사를 제압하기에 충분한 세력’을 의미한다고 하는데,²⁶⁸⁾ 이처럼 피해자의 자유의사를 제압하기에 충분한 힘을 사용하였음에도 불구하고 처벌이 되지 않는다는 것은 납득하기 어려우며 분명한 처벌의 공백에 해당한다.

한편, 위와 같은 판단기준과 처벌의 공백은, ‘위력 정도의 힘만 행사된 경우에는 성인인 피해자는 충분히 반항을 해서 피해를 입지 않을 수 있으며, 만약 피해자가 간음을 당하였다면 그것은 피해자가 충분히 할 수 있었던 반항을 하지 않은 잘못이거나, 심지어 피해자가 진정으로 간음을 거부한 것이 아니다’와 같이 피해자의 의사해석 및 성적 자기결정권 해석에 있어 사회적으로 바람직하지 못한 메시지를 전달할 수 있다.²⁶⁹⁾ 예컨대 대법원은 “(강간을 당하였다는) 피해자 진술에 신빙성이 없거나, 피고

267) 대법원 2017. 10. 12. 선고 2016도16948 판결 등 참조.

268) 대법원 2005. 7. 29. 선고 2004도5868 판결.

269) 강간죄의 폭행·협박에 대해 최협의설의 정도를 요구하는 대법원의 견해가 성적 자기결정권을 최대한 보장하려는 헌법의 기본권 보호 이념에 위배되고 피해자에게 자기방어에 소홀한 점을 이유로 강간의 책임을 전가시킬 위험이 있다는 지적으로, 이희훈(2015), 성적 자기결정권과 성폭력 관련 법제 및 판례에 대한 헌법적 고찰, 헌법논총 제26집, 헌법재판소, 203~207쪽 참조.

인이 피해자에 대하여 설사 판시와 같이 폭행 또는 협박을 가하였다고 하더라도, 그 폭행 또는 협박이 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도에 까지 이른 것이라고 보기에는 미흡한 것이 아닌가 하는 의문이 든다”라고 판시하고 있는데²⁷⁰⁾, 이는 무죄 판단을 하는 근거로서 ‘피해자가 성관계에 동의하였다’라는 것과 ‘피해자의 의사에 반하고 유형력이 행사되었으나 반항을 현저히 곤란하게 하는 정도에 미치지 않았다’라는 것의 차이가 존재하지 않음을 명시적으로 보여 준다. 이는 피해자의 의사, 성적 자기결정권의 해석에 왜곡을 가져오고, 피해자에게 비동의를 입증하기 위한 상당한 정도의 저항의무를 요구하는 결과가 되어 부당하다.

2. 유형력 판단기준

피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행·협박이 있었는지에 대한 판단기준과 관련하여, 대법원은 “강간죄가 성립하려면 가해자의 폭행·협박은 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이어야 하고, 그 폭행·협박이 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이었는지 여부는 그 폭행·협박의 내용과 정도는 물론, 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 판단하여야 한다”²⁷¹⁾라고 일관된 기준을 제시하고 있다.

위와 같은 판단기준에 따르면 객관적인 유형력의 내용이나 정도 외에도 당시의 정황과 경위, 가해자와 피해자의 관계 등과 같은 요인 등이 종합적으로 고려되어야 하는데, 실제로 유형력은 그 내용과 정도가 비슷하더라도 그 유형력이 행사된 상황이나 당사자들 사이의 관계 등의 요인에 따라 유형력의 의미와 영향력이 달리 판단될 수 있으므로, 위와 같은 종합적인 고려는 타당하다.

예컨대 가해자가 비슷한 정도의 유형력을 행사하였다고 하더라도, 가해자와 피해자의 체격 차이가 크거나,²⁷²⁾ 피해자의 나이가 많이 어리거나,²⁷³⁾ 가해자의 몸에 문신이

270) 대법원 1992. 4. 14. 선고 92도259 판결.

271) 대법원 1992. 4. 14. 선고 92도259 판결; 2004. 6. 25. 선고 2004도2611 판결; 대법원 2007. 1. 25. 선고 2006도5979 판결 등 참조.

272) 피고인은 키 175cm, 몸무게 70kg의 건장한 체격의 성인 남성인 데 비하여 피해자는 158cm, 몸무게 51kg 정도에 불과하여 체격의 차이가 컸다는 점을 판단에 고려한 사례로, 대법원

있어 위협적으로 보이거나,²⁷⁴⁾ 가해 당시의 상황이 주변에 도움을 구할 만한 사람이 없고 고립된 장소에서 가해자와 피해자만 있는 상황²⁷⁵⁾이거나, 피해자가 가해자와 특별한 관계에 있어 가해자의 뜻을 거스르기 쉽지 않은 점²⁷⁶⁾ 등의 사정이 있으면 이와 같은 사정이 없는 경우와 비교하여 볼 때 피해자에게 더욱 위협적이고 피해자의 반항을 곤란하게 한다고 볼 수 있으므로, 이와 같은 사정에 대한 고려가 필요하다.

위력의 판단기준도 폭행·협박의 경우와 비슷한데, 대법원은 “청소년의 성보호에 관한 법률 위반(청소년 강간 등)죄에 있어서의 ‘위력’이란 피해자의 자유의사를 제압하기에 충분한 세력을 말하고 유형적이든 무형적이든 묻지 않으므로, 폭행·협박뿐 아니라 행위자의 사회적·경제적·정치적인 지위나 권세를 이용하는 것도 가능하며, ‘위력’으로써 간음하였는지 여부는 행사한 유형력의 내용과 정도 내지 이용한 행위자의 지위나 권세의 종류, 피해자의 연령, 행위자와 피해자의 이전부터의 관계, 그 행위에 이르게 된 경위, 구체적인 행위 태양, 범행 당시의 정황 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.”²⁷⁷⁾고 판시하여 위력의 경우에도 유형력의 내용과 정도 이외에 당시 정황 등 제반 사정을 고려하도록 하고 있다.

3. 유형력 판단기준의 문제점

강간죄의 보호법익은 성적 자기결정권이고, 성적 자기결정권을 침해한다는 것의 본질은 성관계에 대한 동의의사를 포함한 성적인 영역에 있어서의 자기결정권, 즉

2012. 7. 12. 선고 2012도4031 판결 참조.

273) 피해자들이 나이가 어린 청소년으로서 채팅사이트 등을 통해 피고인과 알게 된 경우로, 대법원 2012. 2. 23. 선고 2011도15608 판결; 대법원 2011. 7. 28. 선고 2011도5813 판결 등 참조.

274) 피고인이 피해자에게 문신을 보여주면서 동네의 조폭들을 다 알고 있으며 맥주병으로 부인의 머리를 깎은 사실도 있다고 말하는 등 협박하여 강간한 사례로서, 부산지방법원 2011. 9. 30. 선고 2011고합147 판결 참조.

275) 피고인이 피해자를 차에 태운 뒤 지나다니는 행인들이나 차들이 거의 없는 한적한 곳으로 가 범행을 한 사안에서 피해장소의 특성상 피해자가 피고인으로부터 벗어나 주변의 도움 받기를 기대하기 어려웠을 것이라고 판단한 사례로, 대법원 2007. 8. 23. 선고 2007도4818 판결 참조(구체적인 사실관계는 제1심 판결인 서울중앙지방법원 2007. 3. 23. 선고 2006고합1415 판결 참조).

276) 피고인은 피해자가 사귀고 있던 남자친구의 아버지로서 피해자가 피고인을 친아버지처럼 신뢰하고 있었으며, 남자친구인 피고인의 아들이 피해자에게 헤어지자는 말을 한 뒤 피해자가 피고인과 아들 문제를 상담하고 피고인이 아들을 설득해보겠다고 한 사정을 감안한 사례로, 서울서부지방법원 2004. 5. 13. 선고 2004고합41 판결 참조(다만, 이 사안에서는 강간이 아닌 청소년위력간음죄로 기소되어 유죄로 인정됨).

277) 대법원 2005. 7. 29. 선고 2004도5868 판결; 대법원 2007. 8. 23. 선고 2007도4818 판결 참조.

피해자의 의사에 반하였는지 여부에 있다.

그러나 앞서 살펴본 바와 같이 강간죄의 성립을 위해 필요한 폭행·협박의 정도를 최협의설과 같이 판단하게 되면, 유형력을 행사하여 피해자의 의사에 반하는 간음을 하더라도 처벌을 할 수 없는 공백이 발생하게 된다. 더구나 최협의설에 따른 폭행·협박의 정도는 애초부터 피해자의 반항 가능성(반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하였는지 여부)을 기준으로 판단하기 때문에, 판단의 초점이 피해자가 반항이나 구조 요청을 얼마나 적극적으로 하였는지 여부에 맞춰지기 쉬우며, 결과적으로 '반항을 충분히 하지 않은 피해자는 사실상 성관계에 동의한 것과 마찬가지이다'와 같은 잘못된 성폭력 편견을 강화하는 데 일조하여 왔다.

대법원은 “강간죄가 성립하기 위한 가해자의 폭행·협박이 있었는지 여부는 … 피해자가 당시 처하였던 구체적인 상황을 기준으로 판단하여야 하며, 사후적으로 보아 피해자가 범행 현장을 벗어날 수 있었다거나 피해자가 사력을 다하여 반항하지 않았다는 사정만으로 가해자의 폭행·협박이 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도에 이르지 않았다고 선불리 단정하여서는 안된다”²⁷⁸⁾거나, “강간죄에서의 폭행·협박과 간음 사이에는 인과관계가 있어야 하나, 폭행·협박이 반드시 간음행위보다 선행되어야 하는 것은 아니다”²⁷⁹⁾와 같은 판시를 통해 피해자에 대한 비현실적인 반항의 요구를 자제하고 폭행·협박의 정도에 대한 판단을 사실상 완화하고 있다. 뒤에서 살펴보는 바와 같이, 하급심에서도 실무적으로는 유형력의 정도를 판단함에 있어 폭행·협박의 객관적인 내용과 정도 보다는 반항을 할 수 없었던 피해자의 주관적인 사정을 비중있게 고려함으로써 실질적으로 유죄 인정에 필요한 폭행·협박의 정도를 완화하여 판단하고 있는 것으로 보이나,²⁸⁰⁾ 이러한 접근방식은 유형력의 판단기준을 주관화하여 재판부에 따라 판단의 편차가 크게 만들고, 최협의 폭행·협박이나 협의의 폭행·협박, 위력 등 개념의 구분을 모호하게 하는 등 새로운 문제를 야기하게 된다. 이에 대해서는 뒤의 판례분석을 통해 자세히 살펴보기로 한다.

278) 대법원 2005. 7. 28. 선고 2005도3071 판결; 대법원 2012. 7. 12. 선고 2012도4031 판결; 대법원 2018. 2. 28. 선고 2017도21249 판결 참조.

279) 대법원 2017. 10. 12. 선고 2016도16948 판결.

280) 윤승은(2006), 강간죄의 구성요건으로서의 폭행·협박의 정도, 형사판례연구 제14권(2006. 9. 5.), 한국형사판례연구회, 84쪽 참조.

제3절 유형력 요건으로 인한 무죄 사례 분석

1. 무죄 사례 분석

이하에서 분석하는 사례들은 강간을 당하였다는 피해자 진술의 신빙성이 배척되어 무죄가 선고된 사안이 아닌, 폭행·협박의 정도가 피해자의 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도에 이르지 않았다는 이유로 무죄가 선고된 사안이다. 각 사안별로 공소사실과 판결의 요지, 유형력의 정도에 대한 구체적인 판단요소를 살펴보기로 한다.

가. 인천지방법원 2012. 6. 21. 선고 2011고합827 판결²⁸¹⁾

1) 공소사실의 요지

피해자는 보험설계사인데 피고인은 지인을 통해 피해자를 알게 되었고, 보험계약을 체결하고 싶다고 하여 피해자가 피고인의 집에 방문을 하였다. 보험계약 체결 후 피고인은 상의를 벗어 가슴과 팔의 상처를 보이며 문신을 지운 상처이고 예전에 조폭이었다고 위협을 가하고, 피해자가 생리 중이므로 하지 말아 달라고 하였으나 주먹을 쥐고 마치 때릴 듯이 협박한 뒤 피해자가 겁을 먹고 씻고 나오자 피해자를 침대에 밀쳐 넘어뜨리고 위에 올라타 소리를 지르며 몸부림치는 피해자를 몸으로 눌러 반항을 억압하여 간음하였다.

2) 판결요지

피고인은 성관계를 하자는 자신의 제안에 피해자가 흔쾌히 동의하여 성관계를 가지게 되었다고 주장하였으나, 피해자는 당시 생리가 시작된 것으로 생각하고 있었고 보험설계사와 고객의 관계로 거의 초면인 피고인과 낯선 장소(피고인의 집)에서 흔쾌히 성관계를 나눌 상황이 아니었던 것으로 보인다.

피해자가 주장한 바와 같이, 실제로 그러한 정도로 심각한 유형력 행사가 이루어졌다면 피해자의 팔, 다리에 상당한 정도의 손상이 남았을 것이나 그러한 손상이 있었음

281) 로앤비에는 상급심 정보가 등록되어 있지 않고 당사자 이름을 확인할 수 없어서 판결의 확정 여부는 확인하지 못하였다.

을 뒷받침할 만한 자료가 없다. 또한 피고인을 조직폭력배로 알고 보복이 두려워 신고도 못했다고 주장하는 피해자가 사건 직후 피고인에게 전화를 걸어 상당 시간 통화를 하였던 사정도 과연 위와 같은 심각한 유형력의 행사가 이루어졌는지를 의심스럽게 한다. 또한 재판 과정에서 나타난 피해자의 즉흥적인 진술 태도 등에 비추어도 피해자가 사실을 그대로 진술하고 있는지 의심스럽다.

피해자가 별로 내키지 않은 상태에서 피고인과 성관계를 가졌을 가능성이 농후하지만, 피고인이 강간죄의 성립에 필요한 피해자의 반항을 억압하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행·협박을 하였다고 보기에는 그 증거가 충분하지 않다.

3) 평가

판결문에서 확인되는 유형력 판단요소의 내용은 아래와 같다.

유형력 판단요소	이 사건의 경우
유형력의 내용과 정도	피해자가 움직이지 못하도록 피해자의 팔을 붙잡고 몸 위에 올라타, 다리로 피해자의 허벅지를 짓누름. 문신과 상처를 보이면서 예전에 조폭이었다고 위협하고 주먹을 쥐고 때릴 듯이 협박함
피고인과 피해자의 관계	보험설계사와 계약자로서 처음 만난 사이
유형력 행사 경위	보험에 가입할 듯이 보험료가 80만 원인 보험청약서에 서명을 한 다음 곧바로 유형력을 행사
범행 전·후의 상황	피해자는 사건 다음 날 바로 피고인을 고소하고 원스탑지원센터에서 조사를 받았는데, 특별한 신체손상에 대한 자료는 없었음

이 판결의 특징은, 재판부가 피고인의 주장과 피해자의 주장 중 어느 한 쪽도 그대로 신뢰하지 않고, 양측 주장의 중간 정도의 선에서 독자적인 결론을 내렸다는 점이다. 즉, 피고인은 피해자가 흔쾌히 성관계에 동의하였다고 주장하였으나, 재판부는 피해자가 당시 생리가 시작된 것으로 생각한 점, 피고인과 피해자가 거의 초면인 점 등을 고려하여 납득하기 어렵다고 배척하였다. 또한, 피해자는 피고인이 예전에 조폭이었다면서 협박을 하고 피해자의 팔을 붙잡고 몸 위에 올라타 누르는 유형력을 행사하여 강제로 간음을 하였다고 주장하였으나, 재판부는 상처가 남지 않은 점, 사건 직후 피고인과 상당 시간 통화한 점, 피해자의 재판 과정의 진술태도 등을 종합하여 피해자의 진술이 의심스럽다고 판단하였다.

피고인 주장의 경우, 재판부가 언급한 사정 외에도 피해자가 사건 다음 날 바로

고소를 하였으며 적어도 판결문상으로는 허위 고소를 할 이유가 없어 보이는 점, 피고인이 보험 계약을 빌미로 피해자를 적극적으로 유인한 것으로 보이는 점²⁸²⁾ 등을 종합하여 볼 때, 피고인의 주장을 배척한 것은 타당해 보인다. 다만 피해자 주장을 배척한 근거는 의문이 있는데, 먼저 피해자의 팔과 다리에 손상이 없다는 점은 몸을 짓누르고 팔을 붙잡는다고 하여 항상 상처가 남는 것은 아니므로 타당한 근거로 보기 어렵다.²⁸³⁾ 또한 사건 직후 피해자가 피고인과 통화를 한 것은 사후적인 사정으로서 유형력의 정도와는 무관한 내용이며, 통화 사실 자체만으로는 피해자 진술의 신빙성을 부정하는 근거가 될 수 없다.²⁸⁴⁾ 오히려 피고인 몸에 문신을 지운 상처가 있고, 피해자에게는 낮설고 고립된 공간인 피고인의 집에서 발생한 사건임을 감안하면 피고인이 행사한 유형력이 피해자에게는 현저히 반향을 곤란하게 할 수 있는 정도였을 가능성이 크다.

그런데 이 판결에서는 ‘피해자가 별로 내키지 않은 상태에서 피고인과 성관계를 가졌을 가능성은 농후하다’라고 판단하면서도 무죄를 선고하였는데, 이는 약간의 유형력 행사만 있는 경우를 피해자의 동의와 동일시하는 최협의설의 문제점과 처벌의 공백을 적나라하게 드러낸다.

나. 제주지방법원 2011. 1. 17. 선고 2010고합144 판결²⁸⁵⁾

1) 공소사실의 요지

피고인은 약 3년간 사귀었다가 헤어진 피해자를 강간할 것을 마음먹고, 열린 창문을

282) 판결문에서는 피고인이 보험청약서에 서명을 한 사실까지는 기재되어 있으나 실제 계약 체결이 완료되었는지는 확인되지 않는다. 계약 체결이 진정한 것이었더라도 보험 계약이 거의 초면인 피해자를 피고인의 집까지 오게 하는 주된 수단이었다는 점에는 변함이 없으며(특히 보험료가 80만 원 이하 되는 고액의 보험이었음), 피고인이 서명만 하고 계약 체결을 완료하지 않았다면 범행 목적이 수단이었다는 점이 강하게 추단된다.

283) 이러한 유형력 행사의 결과로 항상 상처가 남는다면 대부분의 강간 사건은 모두 강간치상으로 기소되어야 할 것이다. 몸의 상처에 대한 이러한 판단은 자칫 ‘강간을 당했다고 주장하려면 몸에 상처가 남을 정도로 저항해야만 한다’와 같은 잘못된 메시지로 연결될 수 있다. 대법원 2005도3071 판결의 제1심은 이 사건과 비슷하게 ‘피해자의 주장대로 피고인이 양손이나, 몸으로 피해자의 어깨 부분을 강하게 눌렀다면 어깨 부위에 멍이 드는 등 상해를 입었을 텐데 상처가 없었다’라는 이유로 무죄를 선고하였으나, 대법원은 다른 사정들을 감안하여 상처 여부와 관계없이 유죄 취지의 파기환송 판결을 한 바 있다.

284) 판결문 내용으로는 피해자가 어떤 이유로 무슨 내용의 통화를 하였는지 확인되지 않는다.

285) 로앤비에는 상급심 정보가 등록되어 있지 않고 당사자 이름을 확인할 수 없어서 판결의 확정 여부는 확인하지 못하였다.

통하여 피해자의 방안으로 침입하여, 그곳 침대에서 잠을 자고 있던 피해자의 몸 위에 올라 타 앉은 후 잠을 깬 피해자에게 ‘왜 나를 버렸냐’고 묻고 피해자가 ‘치가 떨린다, 그냥 싫다’고 하자 피해자에게 ‘사람을 죽였다, 너도 죽을래’라고 협박하면서 손으로 피해자의 입을 막고, 한손으로 피해자의 양손을 붙잡아 머리 위로 올리고 피해자가 입고 있던 옷 속으로 손을 집어넣어 가슴을 만지고, 계속하여 피해자가 입고 있던 팬티 속으로 손을 집어넣어 피해자의 음부 속으로 손가락을 집어넣고, 피해자의 몸 위에 앉아 반항하지 못하게 한 후 피해자를 1회 간음하여 강간하였다.

2) 판결요지

아래에서 살펴보는 유형력 판단요소를 종합하여 보면, 피고인이 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행 또는 협박을 하여 피해자를 강간하였다고 보기는 어렵다고 보인다(피고인의 주거침입죄는 유죄로 인정).

3) 평가

판결문에서 확인되는 유형력 판단요소의 내용은 아래와 같다.

유형력 판단요소	이 사건의 경우
유형력의 내용과 정도	‘사람을 죽였다, 너도 죽을래’라고 협박하면서 손으로 피해자의 입을 막고, 한손으로 피해자의 양손을 붙잡아 머리 위로 올리고 피해자의 몸 위에 앉아 반항하지 못하게 함
피고인과 피해자의 관계	약 3년간 사귀었다가 헤어진 사이(사귀는 동안에는 성관계를 갖고 동거도 하였음). 헤어진 후 5개월 뒤 피해자에게 변경된 전화번호를 받고 모텔에서 성관계도 갖는 등 동거관계가 끝난 후에도 원만한 관계를 유지하였음
유형력 행사 경위	피해자의 집 밖에서 피해자를 부르다가 창문을 통해 집 안으로 침입한 뒤(피해자와 사귀는 때에도 창문을 통해 피해자의 방으로 들어간 사실이 있다고 함) 피해자와 대화를 나누다가 유형력 행사
범행 전·후의 상황	위에서 살펴본 피고인과 피해자의 관계, 피고인은 피해자 방에서 20~30분 동안 이야기를 나눈 다음 짧은 시간 동안 피해자와 성교한 사실, 피해자는 성관계 도중에 피고인을 밀쳐 피고인의 몸이 뒤로 밀리게 되자 방에서 나와 모친을 깨웠고, 피고인은 피해자의 반항을 제압하는 등의 행동은 하지 않은 채 그대로 창문을 넘어 방에서 나간 사실, 피해자는 당시 성교에 이르기 전에 휴대전화로 피해자의 모친 및 남자친구에게 전화를 걸기는 하였으나 피해자의 방 바로 밖에 있는 거실에서 남동생이 잠을 자고 있었음에도 불구하고 소리를 지르는 등의 구호를 요청하지 않은 사실, 그 후 피해자와 피고인은 15회에 걸쳐 문자 또는 통화를 하면서 대화를 한 사실

피해자는 피고인이 ‘사람을 죽였다, 너도 죽을래’라고 협박하면서 피해자의 입을 막고 양손을 붙잡고 몸으로 누르는 등의 유형력을 행사하였다고 진술하였으나, 재판부는 유형력 행사 사실이 있었는지 여부에 대해서는 명확히 판단하지 않은 채 ‘피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행 또는 협박을 하여 피해자를 강간하였다고 보기는 어렵다’라고만 판단하였다.

인정된 사실관계에 따르면 피해자는 성관계 도중 피고인의 명치 부분을 밀쳐 피고인이 뒤로 밀리게 되었고, 피해자는 곧바로 모친의 방으로 가서 모친을 깨운 사실이 있음에도, 재판부는 이와 같은 피해자의 행동이 어떤 의미인지 설명하지 않고 단지 성관계 이전에 거실에 있던 남동생에게 구조를 요청하지 않았다는 점만을 지적하였다.

판결의 전체적인 내용을 보면 재판부는 피해자가 피고인과의 성관계에 대해 애초부터 동의하였을 가능성을 염두에 둔 것으로 보이나, 피해자의 동의 여부나 위 범행 전·후의 상황에 대한 구체적인 판단 없이 유형력의 정도가 충분치 않다는 판단만을 하였다. 피해자가 주장한 바와 같은 유형력의 행사가 있었다면 그러한 정도의 유형력이 과연 피해자의 저항을 현저히 곤란하기에 부족한 것인지 의문이 있으며, 피해자가 피고인의 몸을 밀치고 모친을 깨운 것 외에 재판부가 생각하는 것처럼 남동생에게 소리를 질러 구조를 요청하는 반항까지 하여야 할 의무가 있는지도 의문이다.

다. 대법원 2004. 6. 25. 선고 2004도2611 판결²⁸⁶⁾

1) 공소사실의 요지

피고인은 채팅사이트를 통해 알게 된 피해자와 새벽 시간에 비디오 방에서 함께 영화를 보다가 ‘야, 우리 하자’고 말하면서 소파에 누워 졸고 있던 피해자의 바지를 강제로 벗기려고 하여, 피해자가 너무 놀라 일어서서 나가려고 하니까 피고인이 끌어들여 눕히더니 강제로 바지를 벗기고 간음하였다. 이후 같은 날 오후 피고인 회사 숙직실에서도 피고인은 피해자를 같은 방법으로 간음하였다. 피해자는 피고인이 위험한 물건이나 흉기로 협박한 사실은 없었으나, 힘으로 누르고 인상을 쓰면서 미친

286) 제1심과 항소심은 청소년성보호에관한법률위반(청소년강간등)죄의 유죄를 인정하였으나 대법원 이 파기 환송되었으며, 환송 후 항소심에서는 위력에 의한 간음죄(형법 제302조)로 공소장이 변경되어 유죄가 인정되었다.

사람처럼 강간했다. 힘으로 꼼짝 못하게 하였다. 위협하듯이 인상만 썼다고 설명하였다. 피고인은 ‘피해자의 동의를 구하지 아니하고 성행위를 하였지만 거세게 반항을 한 것이 아니었으므로 누르거나 억압을 할 필요가 없었고 피해자를 폭행한 사실이 없다’는 취지로 진술하였다.

2) 판결요지

피해자와 피고인의 진술에 의하여 인정되는 피고인이 피해자를 간음하게 된 경위, 피고인과 피해자의 관계, 간음 당시의 정황 및 그 이후 피고인과 피해자의 행적 등 모든 사정을 종합하여 보면, 피고인은 피해자의 의사에 반하는 정도의 유형력을 행사하여 피해자를 간음한 것으로 볼 여지는 있으나, 더 나아가 그 유형력의 행사로 인하여 피해자가 반항을 못하거나 반항을 현저하게 곤란하게 할 정도에까지 이르렀다는 점에 대하여는 합리적인 의심이 없을 정도로 증명이 되었다고 보기는 어렵다 할 것이다(피해자 진술의 신빙성이나 유죄판단을 한 원심의 사실인정을 직접적으로 문제 삼지는 않았음).

3) 평가

판결문에서 확인되는 유형력 판단요소의 내용은 아래와 같다.

유형력 판단요소	이 사건의 경우
유형력의 내용과 정도	피해자를 끌어다 눕히고 힘으로 누르면서 강제로 옷을 벗겨 미친 사람처럼 강간함. 위협하듯이 인상을 씬
피고인과 피해자의 관계	인터넷 채팅사이트에서 종교에 관한 이야기를 하면서 알게 되었으며 고민상담을 하던 사이(피해자 만 14세)
유형력 행사 경위	비디오방에서 영화를 보다가 갑자기 유형력 행사
범행 전·후의 상황	사건 이를 전에도 피고인이 채팅만 하지 말고 만나자는 이야기를 했는데 피해자가 겁이 나서 거절함. 사건 전날 어머니와 할머니로부터 꾸중을 듣고 울적한 기분 채팅을 하다가 만나기로 하여 PC방에서 만났다가 다음 날 새벽쯤 비디오방으로 감. 첫 번째 간음 이후 비디오방에서 나와 다시 PC방으로 가서 2시간 가량 있다가 피고인의 제의로 피고인 회사 숙직실로 가서 쏘그려 자고 있는데 피고인이 다시 범행함. 그 후 피고인과 계속 같이 다니다가 이를 뒤에 귀가함

위 유형력 판단요소를 살펴보면, 피해자가 나이가 어리고 범행 장소가 새벽 시간의 비디오방이나 피고인이 잘 아는 공간인 피고인 회사의 숙직실이라는 점은 피해자의 반항을 더욱 곤란하게 하는 요소로 판단된다.

대법원은 피해자의 진술 등 사건의 경위를 열거식으로 나열한 뒤 이를 모두 종합하면 유형력의 정도가 피해자의 반항을 현저하게 곤란하게 할 정도에 이르렀다는 점이 증명되지 않았다고 판단하였기 때문에, 구체적으로 어떤 사정을 근거로 유형력의 정도가 충분치 않다고 판단하였는지는 알 수 없다. 다만 위 유형력 판단 요소를 살펴보면, 피해자가 첫 번째 피해 이후에도 여전히 피고인과 함께 있다가 두 번째 피해를 당하게 되었고, 그 이후에도 약 이틀간 피고인과 함께 있었다는 점이 피해자에게 불리하게 판단되었을 가능성이 높다고 보인다. 그러나 이는 강간을 당하였다는 피해자 진술의 신빙성을 의심케 하는 근거가 될 수는 있을지언정,²⁸⁷⁾ 유형력의 정도를 달리 판단하게 하는 요소로 보기는 어렵다. 즉, 이 판결은 외형적으로는 유형력의 정도를 문제 삼고 있으나, 실제로는 성관계에 동의하지 않았고 강제로 당하였다는 피해자 진술의 신빙성 자체를 문제삼고 있다고 보아야 한다.²⁸⁸⁾

한편, 환송 후 항소심에서는 위력에 의한 간음죄로 공소장이 변경되어 유죄가 인정되었는데, 피해자 진술의 신빙성을 인정하는 이상 피해자를 끌어다 눕히고 힘으로 누르면서 강제로 옷을 벗긴 정도의 유형력이 반항을 곤란하게 할 정도는 아니지만 위력에는 해당된다고 볼 근거가 무엇인지 의문이다. 이처럼 최협의의 폭행·협박과 위력의 구분이 모호한 것은 쉽게 확인할 수 있는 문제인데, 이는 애초에 개념 자체에 대한 현실적인 구분이 어려울 뿐만 아니라, 최협의설의 문제점을 줄이기 위해 최협의의 폭행·협박을 완화하여 인정하고 있는 실무 경향에도 기인한다. 이에 대해서는 뒤에 서 자세히 살펴보기로 한다.

287) 실제로는 이 사건과 같이 부모나 어른과의 갈등으로 가출을 한 청소년은 돈이나 잘 곳이 없어 피해를 당한 이후에도 피고인에게 의존하면서 같이 다니는 경우가 자주 발생하기 때문에, 그러한 이유만으로 피해자를 의심하는 것은 적절하지 않다. 강간 종료 이후 즉시 신고하거나 도망치지 않고 피고인과 함께 지냈다는 사후의 사정이 이미 종료된 강간죄의 성부를 좌우할 사정이 되는지 의문스럽다는 취지의 평석으로, 윤승은(2006), 앞의 글, 81쪽 참조.

288) 박용철은 이 판결에 대해 “이러한 판결은 피해자가 새벽 3시에 피고인과 함께 있을 정도의 이른바 비행 소녀였다는 점을 보아 이 피해자의 법익은 성적자기결정권이 아닌 보호할 필요가 없는 정조로 본 것이 아닌가하는 비판을 하게 만든다.”라고 비판을 한 바 있다. 박용철(2006), “최협의설을 인용한 대법원 판례의 문제점과 개선방향에 대한 소고: 2004도2611, 성폭력 조장하는 대법원 판례 바꾸기 운동 자료집, 한국성폭력상담소, 115쪽 참조

라. 대법원 1999. 9. 21. 선고 99도2608 판결²⁸⁹⁾

1) 공소사실의 요지²⁹⁰⁾

피고인은 아침에 여관에서 함께 자고 있는 피해자를 보고 옷을 벗겨 성교하려 하였으나 피해자가 하지 말라고 하면서 몸을 좌우로 흔드는 등 거부하자, 몸을 누른 채 한 번만 하게 해달라고 애원하듯이 말하면서 피해자의 반향이 덜해지자 피해자의 다리를 올려 간음하였다.

2) 판결요지

피고인이 친구의 소개로 피해자를 만나 사귀면서 얼마 안 되어 같이 술을 마신 뒤 여관에 들어가 같이 잠을 자다가 성교를 시도하였으나 피해자가 적극적으로 거부하여 포기하고 같이 잠만 잔 사실, 이후 호프집에서 만나 술을 마신 뒤 여관에서 잠을 잔 뒤 아침에 피고인이 피해자의 옷을 벗기고 성교하려 하자 피해자가 하지 말라고 하면서 몸을 흔드는 등 거부하였으나 몸을 일으켜 그 장소에서 탈출하려고 하거나 소리를 질러 구조를 요청하는 등 적극적인 반향은 하지 않은 사실, 피고인은 피해자의 몸을 누른 채 한 번만 하게 해달라고 애원하듯이 말하면서 피해자의 반향이 덜해지자 피해자의 다리를 벌려 성교를 시도하였으나 잘 되지 않자 피해자의 다리를 올려 성교하던 도중 호출기가 여러 번 울리자 더 이상 계속하지 않은 사실, 그 후 피고인은 피해자에게 연락할 때까지 잘 지내라고 하면서 피해자와 같이 여관에서 나온 사실 등을 종합하여 보면, 피고인은 피해자의 의사에 반하는 정도의 유형력을 행사하여 피해자를 간음한 것에 불과하고, 그 유형력의 행사가 피해자의 반향을 현저히 곤란하게 할 정도에 이른 것은 아니므로 피고인의 행위가 강간치상죄²⁹¹⁾에 해당하지 않는다고 판단한 것은 옳다.

289) 원심인 고등군사법원 1999. 5. 11. 선고 99노160 판결에서도 무죄를 선고하였다(다만 판결문은 구하지 못함). 대법원 이 군검찰 측의 상고를 기각하여 무죄 판결이 확정되었다.

290) 로앤비에는 이 대법원 판결의 하급심 판결문이 등록되어 있지 않아 공소사실을 정확히 확인하지 못하였으나, 대법원 판결문을 통해 추정되는 내용을 기재하였다.

291) 피해자가 약 2주간의 치료를 요하는 질 열상을 입어서 피고인은 강간치상죄로 기소되었다.

3) 평가

판결문에서 확인되는 유형력 판단요소의 내용은 아래와 같다.

유형력 판단요소	이 사건의 경우
유형력의 내용과 정도	피해자의 옷을 벗긴 뒤 몸으로 누름
피고인과 피해자의 관계	친구의 소개로 만나 사귀지 얼마 안되는 사이
유형력 행사 경위	술을 마신 뒤 여관에서 잠을 자고 일어나 아침에 피고인이 피해자의 옷을 벗기고 성교하려고 하자 피해자가 거부하여 유형력 행사
범행 전·후의 상황	사건 약 일주일 전쯤 피고인과 피해자는 술을 마신 뒤 함께 여관에서 잠을 자다가 피고인이 성교를 시도하였으나 피해자가 적극적으로 거부하여 포기한 사실이 있음. 사건 전날에도 피고인과 피해자는 같이 술을 마신 뒤 여관에서 잠을 잤는데, 다음 날 아침 피고인이 성교를 시도함. 피해자는 잠에서 깨어나 하지 말라고 하면서 몸을 좌우로 흔드는 등 거부하였으나, 여관에서 탈출하려고 하거나 소리를 질러 구조를 요청하는 적극적인 반항은 하지 않았음. 피고인이 피해자와 성교를 하던 중 호출기가 여러 번 울리자 성교를 중단하였음.

대법원은 피해자가 피고인에게 하지 말라고 하면서 몸을 좌우로 흔들며 반항한 사실, 피고인이 피해자의 의사에 반하는 정도의 유형력을 행사하여 간음한 사실을 그대로 인정하였다. 피해자의 의사에 반하였다는 점을 인정하였기 때문에, 피해자가 피고인의 애원으로 중간에 마음을 바꾸어 성관계에 동의를 하였다는 판단을 한 것은 아니라고 보이나, 피해자가 끝까지 성관계에 동의를 하지 않는 상황이었다면 이 사건이 왜 무죄가 선고되어야 하는지 의문이 남게 된다.

피해자의 입장에서 보면, 이미 전날 밤에 피고인이 성교를 시도하였으나 적극적으로 거부하여 성교를 하지 않은 사실이 있었으며, 아침에 잠에서 깨어보니 피고인이 자신의 옷을 벗긴 뒤 몸 위에 올라가 몸을 누르고 있는 상황이다. 이 상황에 피해자는 하지 말라고 하면서 몸을 좌우로 흔들며 피고인을 거부하였으나 피고인은 계속 몸을 누르면서 피해자의 반항을 억압하였다. 이러한 상황과 정도의 유형력 행사가 피해자의 반항을 현저히 곤란하게 하지 않았다고 보기 어렵다.

대법원은 피해자가 몸을 일으켜 그 장소에서 탈출하려고 하거나 소리를 질러 구조를 요청하는 등 적극적인 반항을 하지 않았다는 점을 언급하고 있으나, 피고인이 몸을 누르고 있는 상황에서 피해자가 몸을 일으켜 탈출을 할 수 있었는지부터 의문이고, 무엇보다 잠에서 막 깨어난데다 피고인이 옷까지 벗긴 상황에 처한 피해자가 벌거벗은 채로 탈출을 하거나 구조를 요청했어야 한다고 요구하는 것은 비현실적일

뿐만 아니라 바람직하지도 않다.

마. 대법원 1998. 7. 28. 선고 98도1379 판결²⁹²⁾

1) 공소사실의 요지

피고인은 피해자로 하여금 술을 먹게 하여 만취상태에 이르게 한 후 인근의 여관에 서 1회 성교한 것을 기화로, 피고인의 말을 듣지 않으면 성교사실을 동네사람들과 피해자의 남편에게 폭로하겠다고 협박하여 피해자를 여관으로 데리고 가서 강간하고, 이어서 같은 방법으로 총 4차례 강간하였다.

2) 판결요지

피고인이 피해자와 성관계를 가졌음을 기화로 그 사실을 폭로하겠다고 협박을 하였고 이로 인하여 피해자가 다소 외포된 상태에서 피고인의 요구에 응하게 되어 몇 차례 성관계를 맺었다고 하더라도 그와 같은 협박으로 인하여 피해자가 항거불능 또는 항거가 현저히 곤란한 상태에 있었다고 하기는 어려워 보인다.

3) 평가

판결문에서 확인되는 유형력 판단요소의 내용은 아래와 같다.

유형력 판단요소	이 사건의 경우
유형력의 내용과 정도	성관계 사실을 동네 사람들과 남편에게 폭로하겠다고 협박
피고인과 피해자의 관계	피고인과 피해자 부부는 서로 친하게 지내는 지인 관계로서, 피해자는 남편의 외도를 의심하여 이 문제로 피고인과 상의를 하던 관계였음
유형력 행사 경위	성관계 사실을 폭로하겠다고 협박하여 여관에 데리고 감
범행 전·후의 상황	피해자는 피고인으로부터 남편이 바람을 피우고 다닌다는 말을 듣고 화가 난 상태에서 술을 마신 뒤 피고인과 성교를 하게 됨(피해자는 이 때도 의식 없이 당한 강간이라고 주장). 이후 피고인이 피해자를 찾아와 사과하였고 커피나 음료수 등을 자주 사줌. 피해자도 1주일에 1-2번 정도 피고인이 경영하는 포장마차에 들렀는데 딸을 데리고 간 적도 있고, 피고인과 함께 자신의 아이들을 데리고 어린이대공원에 가서 놀다 온 적도 있음. 피고인은 성관계 사실을 폭로하겠다고 하면서 피해자로부터 황금반지 1개, 개소주 30만 원 상당, 황금목걸이 30돈 1개를 갈취한 사실도 있음(이 부분은 대법원에서도 유죄를 인정함)

292) 항소심은 강간에 대해서도 유죄를 인정하였으나, 대법원은 강간 유죄 부분을 파기 환송하였다. 환송 후 항소심 판결 결과는 확인하지 못하였다.

대법원은 위와 같은 범행 전·후의 상황을 근거로 피고인과 피해자의 처음 성관계가 피고인의 강압만으로 이루어진 것으로 보기가 의심스럽다는 판시도 하였는데, 이는 피고인과의 성관계를 동의하지 않았다는 피해자 진술의 신빙성 자체를 의심한 것이다. 그리고 가정적 판단으로서 피고인이 성관계 사실을 폭로하겠다고 협박을 하여 성관계를 하였다고 하더라도, 그러한 협박만으로는 피해자의 반향을 현저히 곤란하게 할 정도가 아니라고 판단하였다.

먼저 피해자 진술의 신빙성과 관련하여, 피고인은 성관계 사실을 폭로하겠다고 협박하여 피해자로부터 금품까지 갈취하였고 이는 대법원에서도 유죄가 인정되었다. 공갈 범행이 피해자에 대한 강간 범행보다 더 먼저 시작되었고, 이후 범행들도 강간 범행과 거의 같은 시기에 겹쳐져 있다는 점을 감안하여 볼 때, 갈취행위와 유사하게 성관계 사실을 폭로하겠다고 협박으로 피해자를 간음하였다는 피해자의 주장은 상당히 신빙성이 있다고 보인다. 대법원은 피해자가 아이들까지 데리고 피고인을 방문하거나 함께 놀러간 사실 등을 근거로 피해자와 피고인의 불륜관계를 의심한 것으로 보이나, 이는 피고인의 공갈 범행과 부합되지 않는다.²⁹³⁾

보다 중요한 판시 내용은 성관계 사실 폭로 협박의 정도가 피해자의 반향을 현저히 곤란하게 할 정도에 이르지 못한다는 부분인데, 공갈죄에서 요구되는 폭행, 협박은 상대방의 저항을 억압하기에 족한 정도에 이르지는 않고 단순히 피해자의 임의의사를 제한하는 정도에 해당하므로,²⁹⁴⁾ 이론적으로는 공갈죄의 유죄를 인정하더라도 최협의의 폭행·협박이 필요한 강간죄에 대해서는 무죄를 선고하는 것이 가능하다. 그러나 이 경우에도 ‘결혼을 한 여성에 대해 혼외 성관계 사실을 동네사람이나 남편에게 폭로하겠다고 협박하는 것이 피해자의 저항을 현저히 곤란하게 하는 정도에 이르지 않는가?’라는 질문과 ‘이러한 협박을 이용하여 피해자와 간음한 행위를 처벌하지 않는 것이 타당한가?’라는 질문이 남게 된다.

특히 전자의 경우, 뒤에서 살펴보는 대법원 2006도5979 판결에서 비슷한 내용의

293) 판결문의 내용만으로는 피해자가 어떤 경위로 딸을 데리고 피고인을 방문하거나 함께 놀이동산에 놀러갔는지, 그에 대한 피해자의 설명은 무엇이었는지 등이 파악되지 않아 구체적인 판단은 어렵다. 다만, 같은 판결 안에서 피고인에 대한 공갈죄의 유죄를 인정하면서 강간 부분의 판단에 있어서는 이를 고려하지 않은 것이 그 자체로 논리정합성의 문제가 있다는 지적은 가능할 것으로 보인다.

294) 대법원 2001. 3. 23. 선고 2001도359 판결; 대법원 1990. 8. 14. 선고 90도1114 판결 등.

협박을 피해자의 반향을 현저히 곤란하게 하는 정도의 협박으로 인정한 바 있으므로 비교 분석할 필요가 있다.

바. 대법원 1992. 4. 14. 선고 92도259 판결²⁹⁵⁾²⁹⁶⁾

1) 공소사실의 요지

피고인이 옆방에 거주하는 피해자를 피고인의 방으로 끌고 가 쓰러뜨리고 목을 누르면서 ‘소리를 지르면 칼을 가져와 죽여버리겠다’라고 협박하여 피해자의 반향을 억압한 후 간음하였다.

2) 판결요지

피고인은 검찰 이래 원심(항소심) 법정에 이르기까지 피해자가 피고인을 유혹하여 성교하였을 뿐 피해자를 강간한 사실이 없다고 주장하였으나, 원심(항소심)이 피고인의 변소를 배척하고 피해자의 진술을 채택한 것을 조리와 경험칙에 반하는 것이 아닌 한 이를 잘못이라 할 수는 없다.

그러나 아래에서 보는 바와 같은 여러 범행 전·후의 사정들을 감안하여 보면, 피고인이 피해자에 대하여 설사 판시와 같이 폭행 또는 협박을 가하였다고 하더라도, 그 폭행 또는 협박이 피해자의 항거를 불능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도에 까지 이른 것이라고 보기에는 미흡한 것이 아닌가 하는 의문이 든다.

3) 평가

판결문에서 확인되는 유형력 판단요소의 내용은 아래와 같다.

유형력 판단요소	이 사건의 경우
유형력의 내용과 정도	방으로 끌고 가 쓰러뜨리고 목을 누르면서 ‘소리를 지르면 칼을 가져와 죽여버리겠다’라고 협박

295) 폭행·협박의 정도 판단을 위해 유형력의 내용이나 정도 이외에 피해자와의 관계, 유형력 행사의 경위, 범행 전·후의 상황 등을 종합적으로 고려하는 이른바 ‘종합적 판단기준’을 처음으로 판시한 판례이다(변종필(2006), 강간죄의 폭행·협박에 관한 대법원의 해석론과 그 문제점, 비교형사법연구 제8권 제2호, 한국비교형사법학회, 165쪽).

296) 항소심에서는 유죄로 인정하였으나 대법원 이 파기 환송 판결을 하였다. 이후 환송 후 항소심 결과는 확인하지 못하였다.

유형력 판단요소	이 사건의 경우
피고인과 피해자의 관계	피해자가 함께 근무하는 친한 언니에게 자신의 아파트 방 1칸을 빌려주었는데, 피고인은 그 언니와 동거하던 사이임(피해자는 자신의 남자친구와 함께 동거)
유형력 행사 경위	같이 살고 있는 집에서 갑자기 피해자를 방으로 끌고 가 유형력 행사
범행 전·후의 상황	1) 피해자는 룸싸롱에서 일하는 호스티스로서 친한 언니에게 방을 빌려주었고, 각각 남자친구와 동거하는 상황이었음 2) 피고인 진술에 따르면 피해자가 방으로 들어와 담배를 빌려달라고 하고 현기증이 난다며 기대어 유혹하였다고 함. 피해자는 피고인이 강간을 하려 해서 진정시키기 위해 담배를 달라고 하였으나 주지 않았다고 진술함 3) 피고인은 발기가 되지 않자 피해자가 손을 만져서 발기시켜 주었다고 하고, 피해자는 피고인이 발기가 되지 않는다면 손을 끌어다 만지게 하였다고 진술함 4) 피해자 진술에 의하더라도, 피해자가 성교 도중 피고인에게 ‘언니가 알면 어떻게 하느냐, 언니를 알면서 이럴 수 있느냐’라고 하자, 피고인이 ‘네가 좋으니 남자친구와 헤어지고 나하고 살자’는 등의 대화를 나누었음 5) 피해자 진술에 의하더라도 피고인이 성교 도중 성기를 피해자 질내에 여러 번 삽입하였음 6) 피고인과 피해자 진술에 의하면 피고인이 질외 사정 여부를 묻자 피해자가 질외에 사정해달라고 하여 배 위에 사정하였음 7) 피고인 진술에 의하면 피해자가 성교 후 피고인의 담배를 꺼내어 피웠다고 하고, 피해자는 피고인이 피해자에게 담배를 주고 불을 붙여주었다고 함 8) 피해자의 상처가 피고인의 어떤 폭행으로 입게 된 것인지 설명이 없고, 그러한 상처는 성교 도중 격정에 못이겨 만든 상처일 가능성도 배제할 수 없음

1992년의 판례라는 점을 감안하더라도 판결문 그 자체의 문제점이 굉장히 많은 판례이다. 먼저 대법원은 판결에서 피고인과 피해자의 상반된 진술을 열거하면서 어느 진술이 신빙성이 있는지 판단하지도 않은 채 피해자의 주장을 배척하고 있다. 이러한 판단은 피해자의 진술이 모두 사실이라고 가정하더라도 유죄를 인정할 수 없는 경우에 가능할 텐데, 대법원은 성폭력에 대한 잘못된 편견에 근거하여 피해자 진술을 왜곡하여 이해한 것으로 보인다. 예컨대 피해자가 피고인과 성교 도중에 나눈 대화 내용은 피해자가 원치 않는 성관계를 하였다는 중요한 근거로 보는 것이 타당한데, 대법원은 ‘피해자 진술에 의하더라도’라는 인용문구를 사용하여 이를 오히려 피해자 진술의 신빙성을 약화시키는 내용으로 보았다. 이러한 대법원의 태도는 ‘강간을 당하는 피해자는 성교 도중 가해자와 대화를 나누지 않는다(또는 나눌 수 없다)’라는 잘못된 편견에 기인한 것으로 보인다. 그 외에도 룸싸롱 호스티스라는 피해자의 직업, 강간을 모면하기 위해 담배를 구하고, 피고인에 의해 억지로 손으로 발기를 시킨 점, 성교 이후 담배를 피운 점 등은 모두 강간 사실과 양립불가능한 사정이 아님에도 이를 ‘전형적인 강간 피해자상’에 맞지 않는 모습으로 평가한 것으로 보인다.²⁹⁷⁾

또한, 피해자의 상처에 대해 '성교 도중 걱정에 못 이겨 만든 상처일 가능성도 배제할 수 없다'고 한 판시 내용은 대법원 이 피해자 진술을 신빙성을 부정하고, 처음부터 피해자가 유혹을 한 것이라는 피고인의 진술내용을 더 신뢰하였을 가능성 크다는 점도 보여준다.

한편, '판시와 같이 폭행 또는 협박을 가하였다고 하더라도, 그 폭행 또는 협박이 피해자의 항거를 불능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도에 까지 이른 것이라고 보기에는 미흡한 것이 아닌가 하는 의문이 든다'라는 판시 내용은 최협의설의 문제점과 그에 따른 처벌의 공백을 명시적으로 드러낸다. 강제로 방으로 끌고 가서 목을 누르고 '소리를 지르면 칼을 가져와 죽여 버리겠다'라고 협박하는 내용이 피해자의 반항을 현저히 곤란하게 하는 정도가 아니라는 판단도 문제이고, 이러한 정도의 유형력을 행사하는 것은 처벌의 대상이 아니라고 보는 것도 큰 문제이다.

사. 대법원 1990. 12. 11. 선고 90도2224 판결²⁹⁸⁾

1) 공소사실의 요지

피고인이 피해자를 친구의 기숙사 방으로 유인하여 피해자를 양손으로 겨안아 눕힌 다음, 주먹으로 얼굴을 한 차례 세게 때려 반항을 억압하고 강간하려다 미수에 그친 채 상해를 입게 하였다.

2) 판결요지

피해자가 몸부림을 치고 저항하는 것만으로 피고인으로부터 벗어날 수 있었고, 범행장소가 얼마간의 반항을 하여도 주위에서 곧 알아차릴 수 있는 상황이었던 점, 사건 이후 피해자가 계속 기숙사 방에서 머물다가 피고인의 자취방으로 따라 갔고, 그곳에서 밤을 같이 보내면서 피고인이 여러 차례 피해자를 간음하려 하였으나 피해자의 거부로 뜻을 이루지 못하였다는 점을 볼 때, 피고인이 피해자를 간음하려 한 때의 상황이나 전·후의 사정이 그와 같다면 피고인은 다만 피해자의 의사에 반하는

297) 이 판결에 대한 평석으로는 이경환(2006), 최협의설에 따른 대법원 판례평석 - 92도259, 성폭력 조장하는 대법원 판례바꾸기 운동 자료집, 한국성폭력상담소 참조.

298) 항소심에서는 유죄로 인정하였으나 대법원 이 파기 환송 판결을 하였다. 이후 환송 후 항소심 결과는 확인하지 못하였다.

정도의 유형력을 행사하여 피해자를 간음하려 하였음에도 불과하고, 그 유형력의 행사가 피해자의 반항을 현저히 곤란케 할 정도에까지 이른 것은 아니라고 봄이 상당하다 할 것이다.

3) 평가

판결문에서 확인되는 유형력 판단요소의 내용은 아래와 같다.

유형력 판단요소	이 사건의 경우
유형력의 내용과 정도	피해자를 양손으로 껴안아 눕힌 다음, 주먹으로 얼굴을 한 차례 세게 때림
피고인과 피해자의 관계	불상 ²⁹⁹⁾
유형력 행사 경위	피고인 친구 방에서 친구가 피해자에게 허위의 남녀관계를 발설한 것에 대해 사과를 한 뒤 친구가 방에서 나가자 피고인이 갑자기 피해자는 방에 눕히면서 유형력 행사
범행 전·후의 상황	피해자는 근무처 기숙사로 가던 중 피고인을 만나 강압 없이 다방에서 커피를 마시며 40여분 정도 이야기를 나누고, 생맥주집으로 옮겨 같이 있다가 나왔고, 피고인의 친구가 피해자에게 사과할 것이 있다고 하여 함께 친구 숙소로 감. 피해자는 몸부림을 치고 저항하는 것만으로 피고인으로부터 벗어날 수 있었고, 범행장소는 다수의 사람이 기숙하는 곳이어서 얼마간의 반항을 해도 주위에서 알아차릴 수 있는 상황이었는데, 기숙사 방 밖에서 연탄불을 갈고 있던 피고인의 친구는 피해자의 거부의 의사표시나 다투는 소리 이외에는 별다른 저항이나 고함을 알아차리지 못하였다고 함. 범행 이후 친구가 다시 방에 들어와 옆방 동료와 술을 마시는데 피해자는 약 2시간 정도 그곳에 머물다가 나왔으며, 그 이후에도 피고인의 자취방에 따라 가서 그곳에서 피고인이 여러 차례 간음하려 하였으나 피해자의 거부로 뜻을 이루지 못함.

피고인의 친구가 피해자의 거부의 의사표시와 다투는 소리를 들었다고 하였으므로, 피해자가 피고인과의 성관계에 대해 동의하지 않았다는 점은 명확하다. 다만 대법원은 피해자가 손쉽게 구조요청을 하거나 더 적극적인 반항을 할 수 있었음에도 이를 하지 않은 점에 비추어, 행사된 유형력의 정도가 피해자의 반항을 현저히 곤란하게 할 정도는 아니라고 판단한 것으로 보인다.

그러나 피해자를 주먹으로 때린 것은 상당한 정도의 유형력인 점, 피고인의 친구가 바깥에서 다투는 소리를 들을 정도로 피해자가 반항한 점, 이 사건이 피고인과 그

299) 하급심 판결문을 구하지 못하여 피고인과 피해자의 관계를 정확히 파악하지는 못하였으나, 피고인의 친구가 피고인과 피해자의 남녀관계를 허위로 발설한 것에 대해 사과를 하였다는 내용이 있다. 피해자와 피고인은 최소한 서로 잘 아는 관계였다는 점은 확인할 수 있으며, 범행장소가 '근무처 기숙사'였다는 점에 비추어 볼 때 직장동료였을 가능성이 높다.

친구가 사전에 모의한 것일 가능성이 높은 점,³⁰⁰⁾ 피고인과 피해자 사이에 ‘허위의 남녀관계’에 대한 소문이 나있고 방 밖에 피고인의 친구가 있는 상황에서 피해자가 구조요청을 하기는 어려웠을 것인 점 등을 감안하면 피해자에게 더 적극적인 저항을 요구하는 것이 타당하다고 볼 수 없다.³⁰¹⁾

이러한 판단은 2005년의 대법원 판결에 의해 실시된 “사후적으로 보아 피해자가 범행 현장을 벗어날 수 있었다거나 피해자가 사력을 다하여 반항하지 않았다는 사정만으로 가해자의 폭행, 협박이 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도에 이르지 않았다고 선불리 단정하여서는 안된다.”³⁰²⁾라는 기준에 따르면 결론이 달라질 수 있을 것으로 볼 여지도 있다. 그러나 대법원은 여전히 강간죄의 성립에 필요한 폭행, 협박은 최협의설에 의한 정도라는 입장을 유지하고 있으며, 피해자가 당시 처하였던 구체적인 상황을 기준으로 보았을 때 저항 가능성이 있었는지 여부는 재판부의 주관적인 판단에 맡겨져 있기 때문에, 비동의를 요건으로 하지 않는 한 여전히 비현실적인 저항을 요구하여 무죄가 선고될 가능성은 존재한다고 보아야 한다.³⁰³⁾

2. 유형력 판단요소의 문제점

가. 유형력 판단시 판례에서 고려되는 세 가지 내용

위에서 살펴본 바와 같이 대법원은 피고인의 폭행, 협박이 피해자의 반항을 억압하거나 현저히 곤란하게 할 정도에 이르렀는지 여부를 판단하기 위해 유형력의 내용과

300) 피고인은 친구가 사과할 것이 있다는 이유로 친구 방으로 피해자를 데리고 갔고, 피고인의 친구가 방 밖으로 나간 사이에 범행을 한 뒤 범행이 끝나자 친구가 다시 방으로 돌아왔다. 이러한 점에 비추어 볼 때, 피고인과 친구 사이에 모종의 논의가 있었을 가능성이 매우 높다.

301) 이 판결이 강간죄의 성립을 인정하려면 피해자로 하여금 현실적으로 저항을 하였을 것을 요구하고 있다는 점에서 문제가 있다는 평석으로, 장다혜(2006), 강간죄 폭행, 협박의 최협의설에 대한 판례평석: 90도2224, 성폭력 조장하는 대법원 판례 바꾸기 운동 자료집, 한국성폭력상담소, 60~63쪽 참조

302) 대법원 2005. 7. 28. 선고 2005도3071 판결.

303) 대법원 2005도3071 판결이 ‘합리적 피해자의 관점’을 지지하여 종전 판결들의 문제를 일부 해소한 측면이 있으나, 여전히 피해자의 저항여부 내지 저항가능성의 문제가 중요한 판단자료라는 점을 전제하고 있으며, 성적자기결정권 침해에 관한 피해자의 주관적 의사가 무시되는 근본적 결함이 극복되지 못하였다는 평가로, 이호중(2006), 최협의설의 자성?: 2005도3071 판결의 의미와 시사점, 성폭력 조장하는 대법원 판례 바꾸기 운동 자료집, 한국성폭력상담소, 154-155쪽 참조.

정도, 피해자와 피고인의 관계, 유형력 행사 경위, 범행 전·후의 상황 등을 종합적으로 고려하는 판단기준을 적용하고 있다.

실제 판례에서 위와 같은 기준들에 따라 실시한 고려요소들을 살펴보면 대략 세 가지 정도의 내용으로 크게 분류할 수 있는데, ① 피해자가 주관적으로 느끼는 유형력의 정도에 영향을 미치는 내용, ② 피해자의 저항과 관련된 내용, ③ 전형적인 성폭력 피해자상과 관련된 내용이 그것이다.

나. 피해자가 주관적으로 느끼는 유형력의 정도에 영향을 미치는 내용

먼저, 피해자가 주관적으로 느끼는 유형력의 정도에 영향을 미치는 내용으로는 피해자와 피고인의 체격 차이, 나이 차이, 범행장소(외딴 곳 또는 피고인의 집 등), 피해자와 피고인의 관계, 범행 당시 피해자의 상태(술에 취해 있거나 잠에서 막 깬 상태) 등이 있다.³⁰⁴⁾ 이러한 요소들은 객관적인 유형력의 내용이나 정도에 더하여 유형력이 피해자에게 미치는 영향을 달리 판단할 수 있게 하는 것이기 때문에 당연히 고려해야 할 사항이다.

다. 피해자의 저항과 관련된 내용

다음으로 피해자의 저항과 관련된 내용이 있다. 예컨대 거실에 있던 남동생에게 구조를 요청하지 않은 사실,³⁰⁵⁾ 여관에서 탈출하려고 하거나 소리를 질러 구조를 요청하는 적극적인 반항을 하지 않은 사실,³⁰⁶⁾ 피해자는 몸부림을 치고 저항하는 것만으로 벗어날 수 있었고 기숙사에서 얼마간의 반항을 해도 주위에서 알아차릴 수 있는 상황이었는데 방 밖에 있던 피고인의 친구가 저항이나 고함을 알아차리지 못한 사실³⁰⁷⁾ 등이 유형력의 정도에 대한 판단과정에서 고려된 내용이다.

위 내용들을 살펴보면 주로 피해자가 저항을 하지 않았다는 사실이 유형력의 정도를 낮게 보는 요소로 고려된 것을 확인할 수 있는데, 그와 같은 고려는 논리적으로

304) 제4장 제1절 1. 나항 참조.

305) 제주지방법원 2011. 1. 17. 선고 2010고합144 판결.

306) 대법원 1999. 9. 21. 선고 99도2608 판결.

307) 대법원 1990. 12. 11. 선고 90도2224 판결.

타당하다고 볼 수 없다. 유형력의 정도와 상관없이 피해자가 저항을 하는 경우도 있고, 하지 않는 경우도 있어서, 피해자의 저항 여부가 피고인이 행사한 유형력의 정도와 논리필연적인 관계에 있다고 볼 수 없기 때문이다. 피해자가 저항을 할 수 있는 상황에서 저항을 하지 않았다면, 이는 피해자에게 저항을 할 의사가 없었다고 보아 피해자가 성관계에 동의하지 않았다는 진술의 신빙성을 부정하는 근거가 될 수는 있겠으나,³⁰⁸⁾ 피해자가 저항을 현저히 곤란하게 하는 유형력 행사에 직면하여 아예 저항의 시도조차 하지 못하는 경우도 있으므로, 피해자의 저항사실이 없다고 하여 피고인이 행사한 유형력의 정도가 경미하다고 볼 수 없다.

예를 들어 피고인과의 관계나 범행장소, 범행 전·후의 상황, 유형력 행사 경위 등 나머지 모든 요소들이 동일한 상황에서 동일한 내용과 정도의 유형력 행사에 직면한 피해자 A와 B가 있는데, 피해자 A는 저항을 시도하다가 억압되고 피해자 B는 저항조차 하지 못하고 피해를 당한 경우를 가정해 본다. 이 경우 피해자 A와 B가 피고인과의 성관계에 동의하지 않았다는 점이 명확하고 진술의 신빙성을 의심할 사정이 존재하지 않는다면, 저항사실의 유·무는 피고인이 행사한 유형력의 정도를 달리 판단하게 할 아무런 영향을 미치지 못한다. 심지어 비슷한 상황에서 피해자 A와 같이 저항을 시도하는 것이 일반적이고 사회 평균인의 관점이고, 피해자 B와 같이 저항을 시도조차 하지 못하는 반응이 예외적이라고 하더라도, 피해자 B가 저항을 하지 않았다는 사실은 여전히 유형력의 정도를 판단하는 것과는 논리적으로 관련이 없다.

한편, 피해자가 당해 사건에서 실제로 저항을 하였는지 여부와 피고인이 유형력을 행사하는 범행 당시의 상황에서 저항가능성이 있었는지 여부는 구별되는데, 후자의 경우는 유형력의 정도에 대한 판단과 관련이 있다고 볼 수 있다. 이는 강간죄 성립을 위해 필요한 유형력 행사의 정도가 '피해자의 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도'로서 피해자의 저항가능성과 연관하여 기준이 정해져 있기 때문이다. 따라서 늦은 시간에 인적이 드문 장소에서 피해를 당하거나 피고인이 흥기로 위협을 하는 상황과 같이 저항가능성이 희박한 경우에는 유형력의 정도가 높게 평가될 수

308) 물론 피해자가 과연 저항을 할 수 있었는지 여부는 당시 상황에서의 피해자의 상태와 입장을 고려하여 신중하게 판단하여야 하며, 단순히 저항사실이 없다는 점이 곧바로 피해자 진술의 신빙성을 부정하는 근거로 사용되는 것은 부적절하다. 다만 여기서 지적하는 점은 피해자의 저항 사실의 부존재는 피해자 진술의 신빙성 판단에 고려될 여지는 있어도, 유형력의 정도 판단에 고려될 내용이 아니라는 것이다.

있다. 다만 이와 같이 특별한 사정이 없더라도 피해자의 저항이 현저히 곤란한 경우는 얼마든지 있을 수 있으므로, 사후적인 관점에서 저항가능성이 있었다고 쉽게 판단하여서는 안 된다.

이처럼 피해자의 저항과 관련된 요소를 고려하는 것은 여러 문제가 있을 수 있기 때문에, 이를 판단에 고려할 때는 매우 신중한 판단이 요구된다. 이 때문에 대법원도 “사후적으로 보아 피해자가 성교 이전에 범행 현장을 벗어날 수 있었다거나 피해자가 사력을 다하여 반항하지 않았다는 사정만으로 가해자의 폭행·협박이 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도에 이르지 않았다고 선불리 단정하여서는 안된다”라고 특별한 주의를 요청하고 있다.³⁰⁹⁾

라. 전형적인 성폭력피해자상과 관련된 내용

유형력의 정도에 대한 판단에 고려되는 요소 중 범행 전·후의 피해자의 언동이나 행실과 같은 내용이 있다. 예컨대 사건 이후 피해자가 피고인과 문자를 주고받거나 통화를 한 사실,³¹⁰⁾ 성교 도중 피고인과 대화를 나눈 사실,³¹¹⁾ 성교 이후 피해자가 담배를 피운 사실,³¹²⁾ 범행 이후 피고인과 함께 있다가 재차 피해를 당하고 그 이후에도 피고인과 같이 다닌 사실,³¹³⁾ 범행 이후 피고인이 피해자에게 커피나 음료수를 자주 사주고, 피해자도 피고인이 경영하는 포장마차에 일주일에 1~2번 정도 들렀는데 딸을 데리고 간 적도 있으며, 피고인과 함께 자신의 아이들을 데리고 놀이공원에 가기도 한 사실,³¹⁴⁾ 재판과정에서 나타난 피해자의 즉흥적인 진술태도³¹⁵⁾ 등이 있다.

이와 같은 사정들은 대부분 강간 범행과 직접적으로 관련이 없는 범행 이후의 사후적인 사정들로서 범행 당시 피고인이 행사한 유형력의 정도에 대한 판단과는 전혀

309) 대법원 2005. 7. 28. 선고 2005도3071 판결.

310) 인천지방법원 2012. 6. 21. 선고 2011고합827 판결, 제주지방법원 2011. 1. 17. 선고 2010고합144 판결.

311) 대법원 1992. 4. 14. 선고 92도259 판결(앞서 살펴본 바와 같이 친한 언니의 동거하는 남자친구가 피해자를 강간하는 상황에서 피해자가 피고인에게 ‘언니가 알면 어떻게 하느냐, 언니를 알면서 이럴 수 있느냐’라고 항의를 하였던 내용임).

312) 대법원 1992. 4. 14. 선고 92도259 판결.

313) 대법원 2004. 6. 25. 선고 2004도2611 판결.

314) 대법원 1998. 7. 28. 선고 98도1379 판결.

315) 제주지방법원 201. 1. 17. 선고 2010고합144 판결.

무관한 내용들이다. 단적으로 범행시점으로부터 최소 수개월 이후에 있었을 재판과정에서의 피해자의 진술태도가 범행 당시 피고인의 유형력의 정도와 무슨 관계가 있다는 것인가? 더구나 위 내용들은 우리 사회의 잘못된 성폭력 편견에 기반하여 형성된 전형적인 성폭력피해자상과 관련되어 있다는 점에서 더욱 문제적이다. 즉, 소위 ‘진정한 성폭력피해자’라면 피해 직후 피고인과 함께 있는 일 없이 무조건 경찰에 가서 신고를 할 것이라는 생각, ‘진정한 성폭력피해자’라면 피고인과 성교 도중 대화를 나누거나 성교 후 담배를 피우지는 않을 것이라는 생각, ‘진정한 성폭력피해자’라면 피해 이후 피고인과 통화를 하지 않을 것이라는 생각 등이 그러하다. 현실에서 나타나는 성폭력 피해에 대한 피해자들의 대응은 복잡다양하며 그러한 행동을 하게 된 맥락과 이유가 존재함에도 불구하고, 진정한 성폭력피해자상을 협소하게 상정한 뒤 그에 어긋난 행동을 할 경우 피해자를 무조건적으로 의심하는 것은 부당하다.³¹⁶⁾

설령 사건 이후 피해자의 행동이 합리적으로 설명되지 않아 판단의 고려사항이 될 수 있다고 가정하더라도, 그러한 사정은 피해자 진술의 신빙성에 영향을 미칠 수는 있어도 여전히 피고인이 행사한 유형력의 정도에 대한 판단과는 무관하다. 사건 이후 피해자가 피고인과 통화한 사실이 있다고 하여 과거에 있었던 피고인의 유형력의 내용이 달라지는 것도 아니고, 피해자가 피고인과 통화한 사실을 통해 유형력이 존재하기는 하였으나 그 정도가 피해자의 반항을 현저히 곤란하게 할 정도에 미치지 않는다고 추론할 수 있는 어떠한 논리적 근거도 존재하지 않기 때문이다.

결국 위와 같은 전형적인 피해자상과 관련된 내용들은 앞서 살펴본 피해자의 저항 여부와 마찬가지로 성폭력사건의 판단에 고려하지 않아야 하거나, 고려하더라도 피해자 진술의 신빙성 판단에 영향을 미치는 요소로 보아야 하며, 유형력의 정도에 대한 판단과는 무관하다.

316) 재판부가 보기에 일반적이지 않거나 합리적이지 않은 피해자의 사후적인 행동이 있을 경우, 최소한 그와 같은 행동에 대한 피해자의 설명을 청취하고 그 설명이 당시의 상황이나 맥락상 납득할 수 있는지 여부를 판단하여야 할 것인데, 지금까지의 판결문에서는 그와 같은 판단내용은 전혀 없이 다른 사정들과 병렬적으로 ‘피해자가 피고인과 범행 이후에도 전화통화를 한 점’과 같은 내용을 열거한 뒤, 피해자 진술의 신빙성을 문제 삼는 것도 아니라 유형력의 정도가 충분치 않다는 결론을 내리고 있다는 점에서 타당하다고 볼 수 없다.

바. 소결

이상 살펴본 바와 같이, 현재 법원 이 소위 '종합적 판단기준'에 따라 유형력의 정도에 대한 판단 과정에서 고려하는 요소들 중에는 고려하기에 부적절한 내용들 또는 피해자 진술의 신빙성 판단과는 관련이 있어도 유형력의 정도에 대한 판단과는 논리적으로 무관한 내용들이 많이 포함되어 있음을 알 수 있다.

현행과 같은 최협의설의 입장에 따르면, 피해자가 피고인과의 성관계를 애초부터 동의한 경우와 성관계에 동의하지 않았으나 행사된 유형력의 정도가 충분치 않은 경우가 무죄라는 결론에 있어 아무런 차이가 없기 때문에, 판례에서는 판단요소를 엄격하게 구분하지 않고 한꺼번에 판단하고 있는 것으로 보인다. 그러나 유·무죄의 결론이 동일하더라도 피해자가 성관계에 동의하였는지 여부는 사실관계의 판단에 있어 중대한 차이를 가져오며, 이를 구분하지 않고 한꺼번에 판단할 경우 무죄판단의 근거가 불명확하게 되어 판결의 타당성을 검증하기가 어려워지고, 그만큼 재판부의 자의적인 판단재량이 커지는 문제가 발생하게 된다.

제4절 유·무죄 판결 비교 분석

위에서 살펴본 판결들은 대체로 피해자의 의사에 반하는 유형력의 행사가 있었다고 하더라도 그 유형력의 정도가 피해자의 반향을 현저히 곤란하게 할 정도에 이르지 않았다는 판단을 하였는데, 실제로 유죄판결이 선고된 사례와 비교하여 유형력의 내용과 정도에 어떤 차이가 있는지 살펴보기로 한다.³¹⁷⁾

317) 아래 표에서 정리한 유죄판결 사례는 강간 사안을 중심으로 흥기를 사용하거나 피고인이 여러 명인 경우, 피해자가 사망에 이르거나 상당한 상해를 입은 경우를 제외한 내용이다. 이는 가능한 한 비슷한 상황에서 사용된 유형력을 비교하여, 유형력의 정도에 어떤 본질적인 차이가 존재하는지 살펴보기 위한 것이다.

〈표 5-2〉 강간죄 유죄 판결의 폭행·협박 내용과 정도 및 피해자-피고인 관계

	사건번호	폭행·협박의 내용과 정도	피해자와 피고인의 관계
1	2017도21249	피해자를 침대에 던지듯이 눕히고 피해자의 양손을 머리 위로 올린 후 팔로 누르고 피고인 양 다리로 피해자 양 다리를 누르는 방법으로 제압	불상 ³¹⁸⁾
2	2016도16948	피해자를 세계 끌어안은 채 가슴으로 피해자의 등을 세게 눌러 움직이지 못하도록 피해자의 반항을 억압	교제하고 동거하던 사이 (헤어지자는 이야기 나오던 상황)
3	2012도4031	피고인 승용차 안에서 피해자의 얼굴을 잡고 억지로 키스를 하고 어깨를 잡아 옆으로 눕힌 뒤 강제로 옷을 벗긴 뒤 간음	같은 동호회 회원으로 수년 전부터 알고 지내던 사이
4	2011도15608	피고인 차량 안에서 피해자의 양팔을 잡아 눌러 반항하지 못하게 한 후 옷을 벗기고 간음 / 승용차 안에서 피해자의 성기 사진을 올리고 피해자가 창녀라고 학교에 소문을 내겠다고 협박하여 반항하지 못하게 한 뒤 옷을 벗기고 간음	채팅사이트 통해 알게 된 관계 피해자들은 만 13세
5	2009도4335	피해자를 따라 엘리베이터를 같이 탄 뒤 그 안에서 주먹으로 피해자 얼굴을 수회 때려 반항을 억압한 뒤 계단으로 끌고 가 간음	길에서 피해자 발견. 모르는 사이
6	2005도3071	노래방에서 피해자의 팔을 잡아끌고 소파에 밀어 붙이고, 피해자가 저항하자 양손으로 피해자를 잡아 눕히고 배 위에 올라타서 양어깨를 눌러 반항을 억압한 다음 옷을 벗겨 간음	피해자가 노래방 도우미
7	대전고등법원 2006노235	손으로 피해자의 가슴을 밀어 바닥에 넘어뜨리고 계속하여 손으로 피해자의 머리채를 잡아 바닥에 수 회 내리쳐 피해자의 반항을 억압한 후 간음	피해자 아들이 놀이터에서 담배를 피다가 피고인에게 지적을 받으면서, 피해자가 아들 문제 상의를 위해 피고인에게 연락함
8	부산고등법원 2013노55	피고인의 무릎 위에 피해자를 마주보게 앉힌 후 양손으로 피해자의 양팔을 강하게 잡아 반항하지 못하게 한 뒤 옷 속으로 손을 넣어 가슴을 주무르고, 소파에 피해자를 눕히고 피해자의 바지와 팬티를 벗긴 뒤 간음	피고인은 피해자의 이모부이고, 피해자는 피고인이 사장으로 있는 카페에서 일함
9	서울고등법원 2013노390	모텔에서 피해자와 성관계 하려 하였으나 싫다며 몸부림치며 반항하는 피해자를 눕히고 배 위로 올라가 반항을 억압한 후 치마를 올리고 속옷을 벗긴 뒤 간음	대학교 커뮤니티를 통해 알게 된 사이로 연락을 주고받으며 지내다 이 날 처음 만났음
10	서울동부지방법원 2010고합142	택시 안에서 실내등을 끄고 문을 잠근 뒤 피해자의 입을 막으며 “순순히 말을 들어라. 시키는 대로 하지 않고 소리를 지르거나 언성을 높이면 죽이겠다.”고 협박하여 반항 억압 후 간음	피고인은 택시 기사, 피해자는 술에 취한 상태의 손님
11	대구지방법원 2007고합451	피해자가 성관계를 거부하는 의사표시를 하였는데도 피해자의 바지와 팬티를 벗기고 피해자 위에 올라가 한 손으로 피해자의 양 손목을 누르며 움직이지 못하게 한 다음 피해자의 다리 사이로 피고인의 발을 집어넣어서 피해자의 다리를 풀고 간음	주점 사장과 종업원 관계

	사건번호	폭행·협박의 내용과 정도	피해자와 피고인의 관계
12	대구지방법원 2007고합398	피해자를 침대로 밀어 넘어뜨리고 몸 위에 올라타 왼손으로 양 손목을 잡으면서 팔로 피해자의 목 부위 등을 누르고 피고인의 상체와 하체로 반항하는 피해자의 몸을 힘껏 누르는 방법으로 반항을 억압한 후 오른손으로 옷을 강제로 벗기고 간음	대학교 선후배. 피고인은 휴대폰 판매점 직원. 피해자는 손님으로 갔다가 과 선후배 관계를 알게 됨(처음 만난 사이)
13	울산지방법원 2014고합390	술에 취해 몸을 못 가누고 있는 피해자의 허벅지 부위를 팔로 누르면서 다른 손으로 피해자의 바지와 속옷을 벗기고 몸 위에 올라가 발로 피해자의 다리를 벌린 후 상체를 누른 채 간음	약 8개월간 같은 회사에서 근무한 사이
14	울산지방법원 2014고합177	피해자의 어깨를 잡아 넘어뜨린 후 몸 위로 올라가 손으로 소리를 지르며 저항하는 피해자의 입과 코를 막아 반항을 억압하고 소리를 지르며 화를 내거나 하여 이에 겁을 먹은 피해자로 하여금 옷을 벗게 한 후 간음하여 강간	채팅사이트를 통해 알게 된 사이 피해자는 가출한 상태(만 17세)
15	울산지방법원 2012고합263	피해자의 뒷덜미를 잡아끌어 바닥에 눕히고 허벅지 위에 올라앉아 반항을 억압한 후 옷을 벗기고 간음	연인 관계
16	울산지방법원 2011고합269	승용차 안에서 피해자가 '하지 마라'며 손으로 피고인의 몸을 밀고 저항하였음에도 불구하고, 손과 몸으로 피해자의 몸을 눌러 반항을 하지 못하게 한 후 피해자의 치마를 올리고 팬티를 벗긴 후 간음	연인 관계
17	수원지방법원 2010고합269	피해자의 손을 잡고 모델로 강제로 데리고 가 피해자의 옷을 벗기고 침대에 눕힌 다음, 피고인의 몸으로 피해자의 몸을 눌러 반항을 억압한 후 간음	인터넷 소개팅 사이트를 통해 아는 사이

1. 유형력 내용 및 정도

위 유죄판결 사례들의 내용을 살펴보면 피해자를 강제로 눕히는 과정, 피해자의 반항을 억압하는 과정, 피해자의 옷을 벗기고 간음하는 과정에서 주로 유형력이 사용된다는 점을 알 수 있다. 피해자를 강제로 눕히는 과정에서는 피해자를 밀어 넘어뜨리거나 뒷덜미를 잡아끄는 유형력이 행사되고, 피해자의 반항을 억압하는 과정에서는 주로 피해자를 피고인의 몸으로 누르고 팔을 잡는 유형력이 행사된다(피해자가 소리를 지르는 경우에는 입을 막기도 함). 그리고 피해자의 옷을 강제로 벗기고, 간음을 위해 발로 피해자의 다리를 푸는 유형력이 행사되기도 한다. 물리적인 힘을 사용하지 않고 반항하면 죽이겠다는 식의 협박을 하는 경우도 있다.

318) 하급심 판결을 확인하지 못하였고 대법원 판결만으로는 피해자와 피고인의 관계를 정확히 확인할 수는 없었다. 다만 범행장소가 피고인의 집이었던 점에 비추어 보면, 피해자가 피고인의 집에 갈 수 있을 정도로는 아는 사이였던 것으로 추측된다.

일부 사례에서 주먹으로 때리거나 머리채를 잡고 머리를 바닥에 부딪치게 한 경우도 있으나, 대체적으로는 피해자의 몸을 피고인의 몸으로 누르고 팔을 붙잡고 강제로 옷을 벗기는 정도의 유형력이 행사되는 것이 일반적임을 확인할 수 있다.

그런데 이와 같은 유형력의 내용과 정도는 앞서 무죄로 판단된 사안들에서도 거의 동일하게 확인되는 것으로서, 이들을 서로 비교하여 볼 때 유형력의 정도에 있어 본질적으로 차이가 있다고 보기 어렵다. 즉, 앞서 살펴본 사례들은 유형력의 정도가 피해자의 반항을 현저히 곤란하게 할 정도에 이르지 않았다는 이유로 무죄가 선고되었지만, 유죄사례와 비교하여 볼 때 유형력의 내용이나 정도에 있어 확실한 구분의 기준이 되는 차이는 찾기 어려우며, 오히려 비슷한 수준의 유형력(몸을 누르고 강제로 옷을 벗기는 정도)이 사용되었음에도 판결결과가 유죄와 무죄로 극명하게 구분되었다는 점을 확인할 수 있다.

한편 피해자와 피고인의 관계를 살펴보면, 위 사례들은 피해자와 피고인이 서로 아는 관계인 경우가 많으며 처음 만난 경우도 존재하는데, 대체로 피해자와 피고인이 아는 관계일수록 범행에 사용된 객관적인 유형력이 정도가 낮은 경향을 보이고 있다. 그러나 이와 같은 피해자와 피고인과의 관계는 앞서 살펴본 무죄 사례의 경우도 비슷하게 존재하며, 유형력의 정도에 대한 판단이나 판결결과를 달리 할만한 특별한 차이점이 발견되지는 않는다.

2. 유형력 행사 경위와 범행 전·후의 정황

위에서 살펴본 바와 같이, 유죄판결 사안과 무죄판결 사안을 비교해 보았을 때 유형력의 내용이나 정도에 본질적인 차이가 없음에도 판결결과가 유죄와 무죄로 극명하게 달라졌다는 점이 확인되며, 유형력 판단요소 중 피해자와 피고인의 관계는 유죄와 무죄가 나누는 데 큰 영향이 없는 것으로 보인다.

그렇다면 유형력의 내용과 정도, 피해자와 피고인의 관계 이외의 나머지 유형력 판단요소인 유형력 행사 경위나 범행 전·후의 상황에 있어 무언가 본질적인 차이가 존재하여야만 유죄와 무죄의 판단이 달라진 원인이 설명될 수 있을 것이다. 그런데 유형력 행사 경위나 범행 전·후의 상황은 비슷한 사실관계의 사안이 아니면 비교분석

을 하는 것이 적절치 못하다.

이에 아래에서는, 비슷한 유형의 사안에서 유·무죄가 나뉜 경우, 동일한 사실관계에서 하급심과 상급심 사이에 유·무죄 판단이 달라진 경우 등을 비교 분석하여 어떠한 요소가 결론에 차이를 가져왔는지 살펴보도록 한다.

가. 데이트강간 사례

〈표 5-3〉 데이트강간 사례 유·무죄 판례 비교

유형력 판단요소	대법원 99도2608(무죄)	울산지법 2011고합263(유죄)
유형력의 내용과 정도	피해자의 옷을 벗긴 뒤 몸으로 누름	피해자의 뒷덜미를 잡아끌어 바닥에 눕히고 피해자의 허벅지 위에 앉음
피고인과 피해자의 관계	친구의 소개로 만나 사귀지 얼마 안되는 사이	연인관계
유형력 행사 경위	술을 마신 뒤 여관에서 잠을 자고 일어나 아침에 피고인이 피해자의 옷을 벗기고 성교하려고 하자 피해자가 거부하여 유형력 행사	피고인의 예전 여자친구로부터 온 문자 메시지를 계기로 다툰 뒤 피해자가 집에 돌아가려 하자 피고인이 성관계를 하자고 붙잡으면서 유형력 행사
범행 전·후의 상황	사건 약 일주일 전쯤 피고인과 피해자는 술을 마신 뒤 함께 여관에서 잠을 자다가 피고인이 성교를 시도하였으나 피해자가 적극적으로 거부하여 포기한 사실이 있음. 사건 전날에도 피고인과 피해자는 같이 술을 마신 뒤 여관에서 잠을 잤는데, 다음 날 아침 피고인이 성교를 시도함. 피해자는 잠에서 깨어나 하지 말라고 하면서 몸을 좌우로 흔드는 등 거부하였으나, 여관에서 탈출하려고 하거나 소리를 질러 구조를 요청하는 적극적인 반항은 하지 않았음. 피고인이 피해자와 성교를 하던 중 호출기가 여러 번 울리자 성교를 중단하였음.	피고인이 피해자를 강제로 눕히고 하의를 벗기자, 피해자는 '하는 순간 너와는 끝이다'라고 말하였음. 성관계 도중 및 이후 피해자와 다투면서 때린 사실이 있음(이미 성기를 삽입하여 강간죄의 기수에 이른 이후에 발생한 폭행이었기 때문에 범죄사실에 포함되지는 않음). 성관계 경위 및 피해자의 나체 사진 촬영 여부에 대한 피고인의 진술이 일관되지 못하였음.

위 두 사건의 경우 피고인이 직접 행사한 유형력의 내용과 정도는 피해자를 몸으로 누르는 정도로 동일하다.³¹⁹⁾ 피해자와 피고인의 관계 역시 모두 사귀는 사이로 동일하며, 유형력 행사 경위 역시 피고인이 성교를 요구하는 상황에서 피해자가 응하지

319) 울산지법 2011고합263 판결 사안에서는 피고인이 피해자의 뒷덜미를 잡아끌어 강제로 눕히는 유형력 행사가 추가적으로 있었으나, 대법원 99도2608 판결 사안에서는 피해자가 자고 있는 상태였기 때문에 강제로 눕히는 유형력 행사가 필요치 않은 상황이었다. 따라서 이러한 유형력의 차이는 본질적인 것으로 볼 수 없다.

않자 유형력을 행사하였다는 점에서 비슷하다.

차이가 나는 부분은 범행 전·후의 상황인데, 대법원 99도2608 판결 사안에서는 피해자가 여관에서 탈출하려고 하거나 소리를 질러 구조를 요청하는 등 적극적인 반항을 하지 않았다는 점이 지적되었다. 울산지법 2011고합263 판결 사안에서는 피해자의 저항여부에 대해 명시적인 언급은 없으나 피해자의 저항에 대한 서술이 없고, 단지 피해자가 ‘하는 순간 너와는 끝이다’라고 말하였다는 내용이 있어 저항을 심하게 하지는 않고 말로써 거부 의사를 분명하게 표시한 것으로 보인다.³²⁰⁾ 다만, 울산지법 2011고합263 판결 사안의 경우, 성관계 도중 및 이후의 피고인의 폭행 사실, 피고인 진술의 비일관성 등 피해자 진술의 신빙성을 인정할만한 요소들이 더 많이 존재한다.

위와 같이 살펴보면, 위 두 사안에 있어 유형력의 정도를 달리 판단할 근거는 특별히 보이지 않는다. 대법원 99도2608 판결 사안에서 피해자가 적극적으로 반항하지 않은 점을 언급하였으나, 이는 울산지법 2011고합263 판결 사안에서도 마찬가지였고,³²¹⁾ 특히 앞서 살펴본 바와 같이 피해자가 적극적인 저항을 하지 않았다는 점은 유형력의 정도를 판단함에 있어 영향을 미친다고 볼 수 없다.

그렇다면 남게 되는 차이는 피해자의 성관계 동의 여부에 대한 진술 신빙성 판단 요소라고 볼 수 있다. 울산지법 2011고합263 판결 사안의 경우 피해자 진술을 의심할 만한 요소가 별로 없는 반면, 대법원 99도2608 판결 사안의 경우 ‘왜 피해자가 사건 일주일 전과는 달리 끝까지 적극적으로 거부하지 않았는지’ 여부를 의심스럽게 본 것으로 보인다. 위 판결들의 유·무죄 판단이 옳은 것인지 여부는 차치하더라도, 대법원 이 실제로는 피해자의 성관계 동의의사를 의심하면서도 판단의 근거로는 유형력의 정도가 부족하였다는 점을 내세워 판단한 것은 부당하다. 실질적인 판단근거가 잘 드러나지 않게 되고, 그 과정에서 전형적인 성폭력피해자상과 관련된 법원의 편견이 은폐되는 결과로 이어질 수 있기 때문이다. 유형력의 정도와는 무관한 요소들을 근거

320) 표에 기재된 바와 같이 피고인은 성관계 도중 및 이후에 피해자를 폭행하였는데, 그 경위를 살펴보면 성관계 도중에 피해자가 ‘너와는 끝이다’라고 말하자 피고인이 뺨을 때렸고, 다시 피해자가 욕설을 하자 피고인이 2~4차례 뺨을 더 때렸다고 한다. 그리고 성관계 이후 피고인이 피해자에게 ‘헤어지니 좋으냐, 왜 나를 나쁘게 만드느냐, 다 니 탓이다’라고 말하면서 피해자를 벽 쪽으로 세계 밀어 머리를 부딪히게 하였다. 이러한 경위를 살펴보면 성관계 도중의 폭행도 피해자의 저항을 제압하기 위해 행사된 것은 아니라고 보인다.

321) 오히려 대법원 99도2608 판결 사안에서는 피해자가 몸을 좌우로 흔들면서 성관계를 거부한 사실이 있었다.

로 판단을 함으로써 유형력 판단기준이 모호하게 되고, 그 결과 재판부의 인식 차이에 따라 유형력의 정도에 대한 판단이 자의적이 되는 부분도 문제라고 할 수 있다.

나. 협박만 있는 사례

〈표 5-4〉 협박 사례 유·무죄 판례 비교

유형력 판단요소	대법원 98도1379(무죄)	대법원 2006도5979(유죄)
유형력의 내용과 정도	성관계 사실을 동네 사람들과 남편에게 폭로하겠다고 협박	성관계 사실을 남편과 가족들에게 알리겠다고 협박
피고인과 피해자의 관계	피고인과 피해자 부부는 서로 친하게 지내는 지인 관계로서, 피해자는 남편의 외도를 의심하여 이 문제로 피고인과 상의를 하던 관계였음	실제로는 모르는 사이이나, 피고인이 피해자의 옛 애인으로 행세하고, 피해자가 모텔로 들어가는 사진을 찍은 제3자로도 행세함
유형력 행사 경위	성관계 사실을 폭로하겠다고 협박하여 여관에 데리고 감	성관계 사실을 폭로하겠다고 협박하여 여관에 데리고 감
범행 전·후의 상황	피해자는 피고인으로부터 남편이 바람을 피우고 다닌다는 말을 듣고 화가 난 상태에서 술을 마신 뒤 피고인과 성교를 하게 됨(피해자는 이 때도 의식 없이 당한 강간이라고 주장). 이후 피고인이 피해자를 찾아와 사과하였고 커피나 음료수 등을 자주 사줌. 피해자도 1주일내 1~2번 정도 피고인이 경영하는 포장마차에 들렀는데 딸을 데리고 간 적도 있고, 피고인과 함께 자신의 아이들을 데리고 어린이대공원에 가서 놀다 온 적도 있음. 피고인은 성관계 사실을 폭로하겠다고 하면서 피해자로부터 황금반지 1개, 개소주 30만 원 상당, 황금목걸이 30돈 1개를 갈취한 사실도 있음(이 부분은 대법원에서도 유죄를 인정함).	피고인은 실제로 피해자의 집에 전화하여 피해자의 아들에게 피해자 남편의 전화번호를 물어보기도 하였음. 피해자는 피고인과의 성관계 사실이 시어머니와 남편에게 알려지자 수면제를 먹고 자살을 기도하기도 함.

위 두 사안은 물리적인 폭행 사실은 전혀 없이 혼외 성관계 사실을 폭로하겠다고 협박만 있었다는 점에서 매우 유사한 사안이다. 다만, 대법원 2006도5979 판결 사안의 경우 성관계 사실을 폭로하겠다고 협박 외에도 피고인이 만들어낸 가상의 인물인 ‘사진 찍은 자’가 수 명의 부하를 거느리고 있다거나 그 성질을 건드리지 말라는 협박도 있었고, ‘사진 찍은 자’는 피해자가 그 정확한 신원을 알지 못하여 ‘사진 찍은 자’가 성관계 사실을 폭로할 경우 피해자만 심각한 불이익을 받게 되는 상황에 있었던 사정 등이 추가적으로 존재하였으며, 대법원은 이러한 사정을 근거로 표면적으로는

비슷한 내용의 협박이더라도 피해자에게 미칠 수 있는 심리적 압박의 내용과 정도가 다르다고 판단하였다.³²²⁾

즉, 대법원은 유부녀에게 혼외 성관계 사실을 폭로하겠다는 협박만으로는 피해자의 반항을 현저히 곤란하게 할 정도에 이르지 않는다는 종전의 입장을 그대로 유지하면서, 피해자가 느끼는 압박감을 더하는 추가적인 사정들을 근거로 결론을 달리 한 것이다. 위와 같은 추가적인 사정으로 인하여 대법원 2006도5979 판결 사안에서의 협박의 정도가 더 크다고 판단한 것은 타당하다고 보이나, 그 차이가 강간죄의 유·무죄 성립을 좌우할 정도로 본질적인 것인지에 대해서는 의문이 있다.

특히 대법원 98도1379 판결 사안에서 피고인이 피해자에게 음료수 등을 사주고, 피해자가 자녀와 함께 피고인을 방문하거나 같이 놀이공원에 놀러간 사정 등이 언급된 것은 문제라고 생각되는데, 앞서 살펴본 바와 같이 이와 같은 사후적인 사정은 유형력의 정도를 판단함에 있어 논리적인 관계가 없기 때문이다. 대법원 98도1379 판결은 피해자가 피고인과 동의하에 성관계를 가졌을 가능성을 의심하면서도,³²³⁾ 피고인의 협박 사실이나 공갈 범행 등이 있어 피해자 진술의 신빙성을 완전히 부정할 수 없었기 때문에 협박의 정도가 충분치 않다는 손쉬운 이유를 들어 무죄 취지로 판단한 것이 아닌지 의심된다. 만약 대법원 98도1379 판결과 같은 사실관계에서 피고인이 피해자에게 음료수 등을 사주고, 피해자가 자녀와 함께 피고인을 방문하거나 같이 놀이공원에 놀러간 사정 등이 존재하지 않았다면 대법원 이 이를 무죄로 판단하였을 것인지, 그러한 무죄 판단이 성적 자기결정권의 보호라는 측면에서 바람직한 것인지 생각해볼 필요가 있다.

322) 대법원은 이와 같은 사정들을 포함하여 협박의 전체적인 내용 및 정도, 협박의 경위, 가해자와 피해자의 신분이나 사회적 지위, 피해자와의 관계, 간음 당시와 그 후의 정황, 성관계 폭로 위협에 따른 압박감의 내용과 정도 등에 있어 대법원 98도1379 판결 사안과는 다르다고 판시하였다.

323) 실제로 대법원은 피해자가 술에 취해 정신이 없는 상태에서 있었던 피고인과의 첫 번째 성관계(이 성관계 사실을 폭로하겠다는 협박을 받기로 이후 강간 피해가 발생하였다)가 피고인의 강압만으로 이루어진 것으로 보기가 의심스럽다는 판시를 하기도 하였다.

다. 동일한 사안에서 하급심과 상급심의 판단이 달라진 사례

1) 대법원 2012. 7. 12. 선고 2012도4031 판결

(1) 공소사실의 요지

피고인과 피해자는 같은 밴드 동호회 회원인바, 피고인은 2010. 12. 24. 02:30경 ○○시 ○○동 노상에 주차된 피고인 승용차 안에서, 동호회 회식 후 귀가하기 위해 승용차의 뒷좌석에 앉아 있던 피해자를 간음하기로 마음먹고, 손으로 피해자의 온몸을 만지며 입맞춤을 하고, 피해자가 이에 저항하자 양손으로 피해자의 어깨를 눌러 옆으로 눕혀 항거불능케 한 다음 피해자의 바지와 속옷을 벗기고 1회 간음하여 피해자를 강간하였다.

(2) 원심 판결 요지

원심은 ① 피해자는 이 사건 성관계 당시 피고인이 피해자의 어깨를 눌러 옆으로 눕히고 팬티를 억지로 내리는 유형력을 행사한 외에 폭행 또는 협박을 가한 사실은 없다고 진술하고 있는 점, ② 이 사건 성관계가 피고인의 소형 승용차 뒷좌석의 좁은 공간에서, 피고인이 피해자의 핫팬츠와 팬티를 완전히 벗기지 않고 종아리까지만 내린 상태에서 이루어졌다는 점에 비추어 당시 피해자가 피고인의 차량 문을 열거나 몸을 움직이는 등의 행동만 하였어도 피고인에 의한 일방적인 성관계가 쉽게 이루어 지지는 않았을 것으로 보이는 점, ③ 피고인 차량이 주차되어 있던 장소는 횡단보도와 육교가 접한 대로변으로 주변에 늦게까지 영업하는 상가가 있고 차량의 통행도 있었으며 피고인과 피해자가 수년 전부터 알고 지내던 사이로 피해자가 성적인 자기방어를 포기할 정도의 심리적 억압상태에 있었다고 보이지는 않는 점, ④ 이 사건 성관계 당시에 피해자로서는 피고인과의 성관계가 주변에 알려지는 것이 두려웠던 것으로 보이는 것은 하나, 피해자가 강간에 대한 반항을 완전히 포기할 정도의 심리적 항거불능 상태에까지 이르렀는지 또는 성관계 당시 이를 용인하는 이외의 다른 행위를 기대할 수 없는 상태였는지 여부에 관해서는 여전히 의문이 제기되는 점, ⑤ 한편 피고인이 수사기관에서부터 제1심 법정에 이르기까지 이 사건 공소사실을 인정한다는 취지의 진술을 한 사실은 있으나, 피고인이 인정한 내용은 피해자의 의사에 반하여 간음하였다는 사실에 관한 것일 뿐 피고인이 피해자를 폭행·협박하였다는 사실까지 인정한

것으로 보이지는 않는 점 등 이 사건 유형력 행사의 정도나 그 경위, 범행 당시 상황이나 주변 상황, 피해자와의 관계 등을 종합하여, 피고인이 피해자의 명시적 의사에 반하여 위력을 행사하여 간음한 것은 사실이나 더 나아가 그러한 유형력의 행사로 인하여 반항을 못하거나 반항하는 것이 현저하게 곤란하게 할 정도에 이르렀다는 점이 합리적 의심이 없을 정도로 증명되었다고 보기 어렵다는 이유로, 제1심의 유죄판결을 파기하고 무죄를 선고하였다.

(3) 대법원 판결 요지

대법원은 ① 피고인과 피해자는 밴드동호회 회원들로서 동호회 활성화 등을 위한 연말 회식을 하면서 2차로 밴드연습실에서 다른 동료들과 함께 술을 마신 사실, ② 다음 날 새벽 2시경 술자리를 마치며 피해자가 집으로 돌아가려 하자 피고인은 대리기사를 불러 자신의 차량으로 피해자를 데려다 주겠다면서 피해자를 밴드연습실 앞 노상에 주차되어 있던 피고인의 승용차 뒷좌석에 태운 사실, ③ 그런데 피고인은 실제로는 대리기사를 부르지 않았고 대리기사를 기다린다고 차량 뒷좌석에 있는 피해자 옆에 타고는 피해자를 껴안으려 한 사실, ④ 피해자는 피고인을 밀치면서 억지로 껴안는 것이 싫다고 얘기한 사실, ⑤ 그럼에도 피고인은 이를 무시하고 ‘억지로 하는 것이 뭘지 보여주겠다’고 하면서 손으로 피해자의 얼굴을 잡고 억지로 키스를 하고, 온몸을 만지고 피해자의 어깨를 잡고 옆으로 눕힌 사실, ⑥ 피고인이 피해자의 치마를 걷어 올리고 그 안에 입은 핫팬츠를 벗기려고 하자 피해자는 옷을 벗기지 못하도록 버티면서 하지 말라고 울면서 애원한 사실, ⑦ 그럼에도 피고인은 강제로 피해자의 핫팬츠와 팬티를 내린 후 피해자를 간음한 사실, ⑧ 피고인은 키 175cm, 몸무게 70kg의 건장한 체격의 성인 남성인 데 비하여 피해자는 키 158cm, 몸무게 51kg 정도에 불과하여 체격의 차이가 크고, 당시 술에 취한 상태인 피해자가 좁은 차량 안에서 피해자를 잡고 있던 피고인을 벗어나기는 어려웠던 사실, ⑨ 이 사건 차량이 대로변에 있다고 하여도 당시 주변에는 차량이나 다니는 사람이 없었고, 새벽 2시 30분경의 추운 날씨에 입고 있던 핫팬츠와 팬티가 종아리까지 벗겨져 있는 상태에서 피해자가 피고인을 물리치고 피고인의 차량 문을 열고 뛰쳐나가는 쉽지 않은 상황이었다는 사실, ⑩ 피고인이 이 사건 범행 후 자신의 차량을 운전하여 피해자의 집에 데려다 주면서

친근감을 표현하는 말을 하였지만 피해자는 단순히 ‘알았다’는 말만 하고 뒷좌석에 그대로 앉아 있었던 사실, ⑪ 피해자는 이 사건 당일 아침 곧바로 밴드동호회 리더인 공소외인에게 밴드를 그만두겠다는 문자메시지를 보냈고, 그 메시지를 보고 전화를 한 공소외인에게 ‘피고인이 강제적으로 성관계를 했다’는 취지의 얘기를 한 사실, ⑫ 피고인이 같은 날 피해자에게 ‘밴드를 그만두지 마라, 자신이 잘못했다’는 취지의 문자메시지를 보내자, 이에 대해 피해자는 ‘나도 그만두지(기) 싫어서 지금까지 참고 그리고 오빠 믿고서 나간거야~ 성폭행당한 여자가 그 사람 얼굴을 어떻게봐~ 내가 밴드 다 포기할테니까 이제 더 이상 생각나지 않게 해줘~ 제발 부탁이야, ‘내가 울면서 하지 말라고 했는데 내가 싫다고 하는데도 힘으로 막했잖아~ 그게 성폭행이지~ 억지로 막했잖아~ 당하는 내 심정은 생각해봤어? 내가 왜 그런 대우를 받아야 하는데? 내 의지는 완전히 무시됐잖아~ 앞으로 어떻게 살아야할지 모르겠어~’라는 메시지를 피고인에게 보내 전날의 피고인의 행위에 대하여 강력하게 항의한 사실, ⑬ 피고인도 계속 피해자의 용서를 구하는 문자메시지를 보낸 사실, ⑭ 피해자는 2010. 12. 26. ‘생각 같아서는 경찰에 신고하고 싶어~ 어떻게 할지 지금 고민중이야’라는 문자를, 2010. 12. 28.에는 ‘그만한 각오도 없이 그런일을 벌이다니~ 그날 나는 이러다 죽는게 아닌가 하고 얼마나 무서웠고~ 지금까지 일도 제대로 못하고 있어~ 잠도 못자고~’라는 내용의 문자를 보낸 사실, ⑮ 그러나 피해자는 주변 사람들이 피고인과의 성교사실을 알게 되는 것이 두려워 어떠한 조치도 취하지 못하던 중 위 성교로 인해 자궁외임신이 되고 급기야 복강경하 좌측 나팔관절제술을 받게 되자, 피고인을 강간죄로 고소한 사실 등을 인정할 수 있는바, 이러한 제반 사정을 종합하여 보면, 피고인은 피해자의 의사에 반하여 피해자의 반항을 억압하거나 현저하게 곤란하게 할 정도의 유형력을 행사하여 피해자를 강간하기에 이르렀다고 보기에 충분하다고 판단하였다.

(4) 평가

대법원 이 피고인과 피해자의 체격 차이가 크고, 당시 술에 취한 상태인 피해자가 피고인을 벗어나기는 어려웠던 점, 피고인의 차량이 대로변에 있다고 하여도 당시 주변에는 차량이나 다니는 사람이 없었고, 새벽 2시 30분의 추운 날씨에 입고 있던 핫팬츠와 팬티가 종아리까지 벗겨져 있는 상태에서 차량 문을 열고 뛰쳐나가는

쉽지 않은 상황이었던 점을 고려한 것은, 피해자가 주관적으로 느끼는 유형력의 정도에 영향을 미칠 수 있는 내용을 고려하고, 피해자의 저항가능성을 합리적으로 판단한 것으로서 타당하다고 생각된다.

원심과 대법원의 판단 내용의 차이로 눈에 띄는 점은 피해자 진술의 신빙성과 관련된 부분이다. 즉, 원심은 외형적으로는 유형력의 정도가 피해자의 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도에 이르지 못하였다는 점을 무죄 판단의 근거로 삼았으나, 판시 내용을 보면 ‘피해자가 차량 문을 열거나 몸을 움직이기만 하였어도 일방적인 성관계가 쉽게 이루어지지 않았을 것’, ‘피해자가 성적인 자기방어를 포기할 정도의 심리적 억압상태에 있었다고 보이지 않는다’, ‘성관계 당시 이를 용인하는 이외의 다른 행위를 기대할 수 없는 상태였는지 여부에 관하여 의문이 제기된다’라는 언급들을 하여 근본적으로 피해자가 성관계에 동의한 것이 아닌지를 의심하고 있음을 알 수 있다. 이에 대응하여 대법원은 피해자가 사건 당일 곧바로 밴드를 그만 두겠다는 문자메시지를 보냈고, 메시지를 보고 연락한 밴드 리더에게 ‘피고인이 강제로 성관계를 했다’라고 이야기한 점, 피해자가 피고인에게 ‘내가 싫다고 하는데도 힘으로 막했잖아~ 그제 성폭행이지’와 같은 문자메시지를 보내고 피고인이 용서를 구한 점 등 사건 이후의 사후적인 사정들³²⁴⁾로서 피해자 진술의 신빙성을 보강할 수 있는 여러 사정들을 추가적으로 판시하였다.

결국 위 사안에서 원심과 대법원의 판단이 정반대로 바뀌게 된 결정적인 이유는 유형력의 정도에 대해 본질적으로 다른 판단을 하였기 때문이 아니라, 피해자 진술의 신빙성에 대한 판단이 달랐기 때문으로 보인다. 그럼에도 이러한 판단내용이 유형력의 정도에 대한 판단으로 포장되는 것은 문제이며, 피해자 진술의 신빙성 판단과 유형력의 정도에 대한 판단이 혼동되는 문제를 야기한다.

2) 대법원 2017. 10. 12. 선고 2016도16948 판결

(1) 공소사실의 요지

피고인은 동거하던 피해자의 집에서 피해자에게 성관계를 요구하였는데, 피해자가

324) 사건 이후에 있었던 사후적인 사정들이므로, 사건 당시 유형력의 정도에 대한 판단과는 무관한 내용들이다.

생리 중이라는 등의 이유로 이를 거부하자, 피해자에게 성기삽입을 하지 않기로 약속하고 옆드리게 한 후 피해자의 뒤에서 자위행위를 하다가 피해자의 팔과 함께 몸을 세계 끌어안은 채 가슴으로 피해자의 등을 세계 눌러 움직이지 못하도록 피해자의 반항을 억압한 다음 자신의 성기를 피해자의 성기에 삽입하여 1회 강간하였다.

(2) 원심 판결 요지

원심은 피해자가 피고인에게 성기삽입에 대하여는 명시적으로 거부의를 밝혔고, 피고인도 성기를 삽입하지 않기로 약속하였음에도 피고인이 피해자의 성기에 자신의 성기를 삽입함으로써 피해자의 의사에 반하여 피해자를 간음한 사실은 인정되지만, 피고인이 피해자를 간음할 당시 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 유형력을 행사하였다는 점이 합리적인 의심의 여지가 없이 증명되었다고 보기는 어렵다는 이유로, 이 사건 주위적 공소사실을 무죄로 판단한 제1심의 판단을 그대로 유지하였다.

(3) 대법원 판결 요지

대법원은 ① 피고인은 친구의 소개로 알게 된 피해자와 교제를 시작하여 피해자의 집에서 동거를 해오다 성격 차이로 인해 피해자로부터 헤어지자는 말을 듣고도 이에 응하지 않고 있었던 사실, ② 피고인은 2016. 2. 7. 17:00경 피해자의 집 거실에서 텔레비전을 보다가 피해자에게 성관계를 계속 요구하였으나 피해자는 생리 중이라는 이유로 싫다며 이를 거부한 사실, ③ 피고인은 피해자에게 자위행위만 하겠다며 자신이 있는 매트리스 위에 올라오도록 요구하였고, 피해자는 ‘내 몸에 손대지 말고 알아서 자위행위를 하라’고 말하면서 매트리스 위로 올라가 피고인의 옆에 눕자, 피고인은 피해자의 가슴을 만지고 둔부를 쓰다듬으면서 피해자에게 성관계를 하고 싶다는 취지의 이야기를 하였고, 피해자는 싫다며 바닥으로 내려간 사실, ④ 그러자 피고인은 다시 피해자에게 몸만 만지며 자위행위를 하겠다고 말하며 매트리스로 올라오도록 요구하였고, 피해자는 짜증을 내면서 몸에 손을 대지 않는 조건으로 피고인의 요구에 다시 응한 사실, ⑤ 피고인은 자신의 성기에 보디로션을 바른 후 무릎을 세우고 앉은 채로 자위행위를 하다가 자신의 성기를 피해자의 팬티 속으로 넣으려고 하였으나, 피해자가 싫다면서 피고인을 밀치고 다시 바닥으로 내려간 사실, ⑥ 이에 피고인은

재차 피해자에게 절대 자신의 성기를 삽입하지 않겠다고 그냥 있어만 달라고 사정하였고, 마지못한 피해자가 다시 응하면서 뒤로 엎드리자 피고인은 피해자의 둔부 쪽으로 올라탄 상태에서 자신의 성기와 피해자의 둔부에 보디로션을 바른 후 피해자의 둔부를 스치면서 자위행위를 한 사실, ⑦ 그러다가 피고인은 도저히 안 되겠다고 갑자기 자신의 성기를 피해자의 성기에 삽입하였고, 이에 놀란 피해자가 일어나면서 이를 벗어나려고 하자, 피고인은 양팔로 피해자의 팔과 몸통을 세게 끌어안은 채 가슴으로 피해자의 등을 세게 눌러 움직이지 못하도록 피해자의 반항을 억압한 상태에서 5분간 간음행위를 계속하다가 피해자의 등에 사정한 사실을 인정하면서, 이와 같은 피고인의 행위는, 비록 간음행위를 시작할 때 폭행·협박이 없었다고 하더라도 간음행위와 거의 동시 또는 그 직후에 피해자를 폭행하여 간음한 것으로 볼 수 있고, 이는 강간죄를 구성한다고 판단하였다.

(4) 평가

위 대법원 판결의 주된 취지는 ‘강간죄에서의 폭행·협박과 간음 사이에는 인과관계가 있어야 하나, 폭행·협박이 반드시 간음행위보다 선행되어야 하는 것은 아니다’라는 것이다. 즉, 원심은 동일한 사실관계를 전제로 하면서도 ‘피고인이 피해자를 간음할 당시’ 반항을 현저히 곤란하게 할 정도의 유형력을 행사하였다고 보기 어렵다고 판단하였으나, 대법원은 ‘간음행위와 거의 동시 또는 그 직후’에 유형력의 행사가 있었더라도 강간죄를 구성한다고 판단한 것이다. 이러한 대법원의 판단은 합리적이다.

위 판결에서 간음행위와 유형력 행사의 선후관계에 대한 판단 외에 의미가 있는 부분은, 양팔로 피해자를 세게 끌어안은 채 가슴으로 피해자의 등을 누른 정도를 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 유형력으로 인정하였다는 점이다. 결론에 있어서는 타당하다고 보이나, 이러한 정도의 유형력과 협의의 폭행·협박, 위력 등 사이에 어떠한 차이가 존재하는지 의문이다. 이처럼 실제 판례를 통해 인정되는 최협의의 폭행·협박과 위력의 차이를 구분하기 어려운 문제는 다른 판례에서도 흔히 찾아볼 수 있는데, 특히 청소년 대상 성폭력 사안에서 많이 발생하는 문제이므로 이하에서 좀 더 살펴보기로 한다.

라. 청소년 성폭력 사례

아래 표는 유죄와 무죄 사안을 비교한 것이 아니라, 둘 다 유죄가 인정되었는데 대법원 2004도2611 판결 사안은 위력에 의한 간음으로 인정되었고, 울산지법 2014고합177 판결은 강간으로 인정된 경우이다. 이하에서는 최협의의 폭행·협박과 위력의 구분이 실무상 어떻게 이루어지고 있는지 살펴보겠다.

〈표 5-5〉 청소년 사례 유·무죄 판례 비교

유형력 판단요소	대법원 2004도2611(위력 유죄)	울산지법 2014고합177(강간 유죄)
유형력의 내용과 정도	피해자를 끌어다 눕히고 힘으로 누르면서 강제로 옷을 벗겨 미친 사람처럼 강간함. 위협하듯이 인상을 씬	피해자의 어깨를 잡아 넘어뜨린 후 몸 위로 올라가 손으로 소리를 지르며 저항하는 피해자의 입과 코를 막아 반항을 억압하고 소리를 지르며 화를 냄
피고인과 피해자의 관계	인터넷 채팅사이트에서 종교에 관한 이야기를 하면서 알게 되었으며 고민상담을 하던 사이(피해자 만 14세)	인터넷 채팅사이트에서 알게 된 사이로 피해자가 가출하여 돈이 없는 것을 알고 밥을 사주고 택시비도 주겠다고 하면서 피고인의 집으로 오도록 유인
유형력 행사 경위	비디오방에서 영화를 보다가 갑자기 유형력 행사	피고인의 집에서 함께 술을 마신 뒤 자고 가라는 피고인의 제안을 거절하고 피해자가 침터에 가겠다고 하자 유형력 행사
범행 전·후의 상황	사건 이틀 전에도 피고인이 채팅만 하지 말고 만나자는 이야기를 했는데 피해자가 겁이 나서 거절함. 사건 전날 어머니와 할머니로부터 꾸중을 듣고 울적한 기분에 채팅을 하다가 만나기로 하여 PC방에서 만났다가 다음 날 새벽쯤 비디오방으로 감. 첫 번째 간음 이후 비디오방에서 나와 다시 PC방으로 가서 2시간가량 있다가 피고인의 제의로 피고인 회사 숙직실로 가서 쯔고려 자고 있는데 피고인이 다시 범행함. 그 후 피고인과 계속 같이 다니다가 이틀 뒤에 귀가함.	성관계 후 피해자는 피고인과 함께 편의점에 나갔다는 사실이 있는데, 당시 피해자는 편의점 종업원에게 도움을 요청하는 행동을 하지는 않았음(피해자는 피고인이 옆에 있어 종업원으로부터 제대로 된 도움을 받을 수 있을지 확신이 가지 않았기 때문이라고 진술). 이후 피해자는 식염수를 산다는 핑계를 대고 피고인의 집에서 나와 택시를 탄 뒤 울면서 피해사실을 말하여 택시기사가 경찰서에 함께 가서 신고함. 피고인은 애초에 성관계 사실 자체를 부인하다가 나중에 성관계 사실을 인정하는 등 진술에 일관성이 없음.

위 두 사안을 비교하여 보면, 피고인이 행사한 유형력이 내용과 정도가 거의 비슷하다. 울산지법 2014고합177 판결 사안에서는 힘으로 몸을 누르고 강제로 옷을 벗긴 것 이외에 피고인이 소리를 지르는 피해자의 입과 코를 막은 유형력 행사가 추가적으로 있었으나, 본질적인 차이를 가져오는 내용으로 보이지는 않는다.³²⁵⁾

그럼에도 불구하고 대법원 2004도2611 판결은 애초에 강간죄³²⁶⁾로 기소되어 유죄를 인정한 원심 판결을 파기하여, 환송 후 항소심에서 위력에 의한 간음죄가 인정되었다. 굳이 원심 판결을 파기하여 강간죄가 아닌 위력에 의한 간음죄로 인정할 만큼 유형력의 정도에 명확한 차이가 존재하는지 의문이다. 청소년 피해자에 대한 강간죄가 인정된 또 다른 사례를 보더라도, 피고인은 차량 안에서 피해자의 양팔을 잡아 눌러 반항하지 못하게 한 후 옷을 벗기는 유형력을 행사하였는데(대법원 2011도15608 판결), 대법원 2004도2611 판결 사안과 어떤 본질적인 차이가 존재하는지 알 수 없다.

앞서 살펴본 바와 같이 성인이 피해자인 사건에서도 강제로 눕혀 몸을 누르고 옷을 벗기는 정도의 유형력 행사로 강간죄 성립이 인정된 사례가 많이 있다. 피해자가 청소년인 경우에는 더 약한 정도의 유형력 행사로도 반항이 쉽게 제압될 수 있을 것이므로 강간죄의 성립이 더욱 넓게 인정되어야 할 것인데, 비슷한 정도의 유형력이 행사된 사안에서 오히려 위력에 의한 간음죄가 인정된 사례는 쉽게 여럿 찾아볼 수 있다.

〈표 5-6〉 미성년자위력간음이 인정된 판례

사건번호	위력 간음 인정 사례
대법원 2007도4848 판결	피해자를 차에 태워 인적이 드문 곳으로 유인한 뒤 키스를 시도하고, 이를 밀치는 피해자에게 '가만히 있어 조용히 해'라고 하며 인상을 쓰고 피해자의 몸을 눌러 힘으로 제압한 후 피해자의 옷을 벗기고 간음
서울서부지방법원 2004고합41 판결	아들 여자친구인 피해자가 술에 취한 것을 이용하여 잠을 재워주겠다며 여관으로 유인한 다음 피해자를 끌어안고 피해자가 하지 말라고 함에도 무시하고 힘으로 옷을 벗긴 뒤 간음
서울고등법원 2012노3801 판결	여자 청소년인 피해자와 여관에서 술을 마시던 중 술에 취해 침대에 누워 있던 피해자를 뒤에서 껴안고, 피해자가 이를 뿌리치며 "시발 놔아, 더럽다, 하지 마라"고 말하며 거부하는데도, 피해자의 몸 위로 올라 타 양 팔을 누른 뒤 스타킹과 팬티를 벗기고 2회 간음

반면 대법원 2004도3164 판결의 경우, 피해자가 만19세의 미군인데 택시 운전사가

325) 오히려 차이가 나는 부분은 유형력이 내용과 정도 부분이 아니라, 범행 이후의 정황, 즉 전형적인 성폭력피해자상에 부합하지 않는 피해자의 행동의 유·무라고 할 수 있다. 이처럼 피해자에 대한 의심이 유형력의 정도에 반영되어 판단되는 것은 바람직하지 못하다.

326) 청소년의성보호에관한법률위반(청소년강간등)죄.

호텔 주차장에 차를 세우면서 섹스를 하자고 하자 극도의 공포심에 거부를 하지 못하고 호텔로 따라 들어가 별다른 유형력의 행사 없이(심지어 피고인이 겁을 주거나 위협적인 행동을 취한 사실도 없으며, 단지 피해자는 피고인이 옷을 벗길 때 양팔에 힘을 주고 몸을 비트는 행동을 하였을 뿐임) 포기 상태에서 성관계에 응한 사안에 대해 강간죄의 성립을 인정하기도 하였다.

위 판례들은 개별구체적인 사안의 세부적인 사실관계를 고려하여 판단하였을 것이나, 위와 같이 최협의의 폭행·협박과 위력에 대한 판단이 예측하기 어려울 정도로 혼동되고 있는 것은 문제이다.

제5절 소결

유죄 인정 사례에서 살펴본 바와 같이 유형력의 정도가 크지 않은 경우에도 최협의의 폭행·협박으로 인정되어 강간죄의 유죄가 인정되는 사례들이 많음을 확인할 수 있다. 법원 일각에서는 ‘이처럼 유형력의 정도가 최협의에 이른다고 보기 어려운 경우에도 피해자 진술의 신빙성이 인정되어 성적 자기결정권이 침해되었다고 판단되는 경우에는 실무상 최협의의 폭행·협박을 인정하여 처벌을 하고 있기 때문에 굳이 비동의간음죄를 입법적으로 신설할 필요가 없다’는 견해도 존재한다.

그러나 이러한 실무 경향으로 인해 최협의의 폭행·협박과 협의의 폭행·협박, 위력의 구분이 모호하게 되고, 더 나아가 최협의설 자체와 정면으로 충돌하는 문제가 발생한다. 또한 피해자 진술의 신빙성 문제를 유형력의 정도에 대한 판단에 포함시킴으로써 두 판단기준이 혼동되고 법관 개인의 성폭력에 대한 잘못된 편견이 은폐되는 결과가 발생할 수도 있다.

그리고 위와 같은 의견은 최협의설을 유지하고 있는 판례로 인해 수사단계에서 기초조차 되지 않는 사건들의 존재를 간과하고 있다. 이번 분석에서는 판례만을 대상으로 하였으나, 검찰에서의 불기소처분까지 분석을 하게 되면 판단기준의 혼동과 처벌의 공백 문제는 더욱 심각하게 드러날 것이라 추측된다.

한편, 비동의간음죄 입법시 일정 정도 이상의 유형력의 존재가 아닌 ‘비동의’ 여부

가 문제되고, 그에 대한 판단기준이 불명확하기 때문에 문제가 있다는 의견도 존재한다. 비동의간음죄가 문제되는 경우 유형력의 존재나 정도에 대한 판단은 필요가 없게 되며, 피해자가 피고인과의 성관계에 대해 동의하였는지 여부만이 문제될 것인데, 이 경우 피해자 진술의 신빙성이 가장 큰 판단기준이 될 것이다. 그런데 앞서 살펴본 바와 같이, 현행 강간죄가 문제되는 사안에 있어서도 피해자 진술의 신빙성은 중요하게 문제되고 있으며, 특히 유형력의 정도에 대한 판단에 있어서도 피해자 진술의 신빙성과 관련된 요소를 고려하고 있음을 알 수 있다.

오히려 비동의간음죄가 신설되면, 지금과 같이 피해자 진술의 신빙성 문제를 유형력의 정도에 관한 문제로 둔갑시켜 판단하는 것을 막을 수 있고, 이를 통해 피해자 진술의 신빙성 판단기준을 더욱 세밀화 하는 것도 가능하다고 생각한다.

제 6 장



결론 및 정책제언

장다혜·이경환

결론 및 정책제언

제1절 현행 형법상 성폭력범죄체제 개선의 필요성

1. 현행 성폭력 관련 법률상 처벌의 흠결에 대한 검토

앞서 살펴보았듯이, 유형력 요건을 기본적인 범죄유형으로 둔 현행 형법상 성폭력 법체계 하에서는 폭행·협박 이외에 위계·위력 또는 심신상실이나 항거불능상태의 이용 등의 규정 자체가 저항행위와 관련된 유형력을 중심으로 규정함으로써 처벌의 흠결이 발생할 수밖에 없다. 비장애성인에 대한 위계·위력에 의한 성적 침해는 현행 법체계에서는 형사처벌의 대상이 아니며, 심신미약인 상태를 이용한 성적 침해 역시 처벌되지 않는다. 게다가 최협의설에 따른 폭행·협박의 개념 정의가 ‘피해자의 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행·협박’으로 되어 있는 이상, 피해자의 의사에 반하고 유형력까지 행사되었지만 유형력의 정도가 최협의의 정도에 미치지 못한 경우는 전혀 처벌의 대상이 되지 못한다. 피해자가 아동·청소년 이거나 장애인인 경우에는 범행에 사용된 유형력이 최협의에는 미치지 못하더라도 위력에 해당되는 것으로 해석될 경우 처벌의 가능성이 있으나, 피해자가 성인인 경우에는 가해자가 업무상 보호감독자의 지위에 있는 경우에만 위력의 처벌규정이 있기 때문에 피고인과 피해자가 업무, 고용 기타 관계에 있지 않으면 처벌대상이 전혀 될 수 없어 처벌의 공백이 존재하게 된다.

이처럼 최협의의 폭행·협박을 요구하는 대법원 판례의 태도와 성인 피해자에 대해서는 업무상 위력에 의한 간음 또는 추행을 처벌하는 것 외에 최협의에 이르지 않는 유형력 행사로 인한 처벌규정이 흠결되어 있는 현행 성폭력법체계에 따라 처벌의

공백이 존재하며, 이러한 처벌의 공백은 판례상 “피고인은 피해자의 의사에 반하는 정도의 유형력을 행사하여 피해자를 간음한 것에 불과하고, 그 유형력의 행사가 피해자의 반항을 현저히 곤란하게 할 정도에 이른 것은 아니므로 피고인의 행위가 강간치상죄에 해당하지 않는다”³²⁷⁾와 같이 피해자의 의사에 반하는 유형력 행사사실을 인정하면서도 강간죄(위 사례는 강간치상죄)의 무죄를 선고하는 사례들을 통해 실증적으로 확인된다.

앞서 살펴본 바와 같이, 폭행·협박의 정도가 최협의를 정도에 이르지 않았다고 본 판례 사안에서 나타난 유형력의 내용과 정도를 살펴보면, 피해자의 팔을 붙잡고 몸 위에 올라타 누르고 주먹을 쥐고 때릴 듯이 협박한 사례,³²⁸⁾ ‘사람을 죽였다, 너도 죽을래’라고 협박하면서 피해자의 입을 막고 피해자의 양 손을 붙잡아 올린 뒤 몸 위에 앉아 반항하지 못하게 한 사례,³²⁹⁾ 피해자를 끌어다 눕히고 힘으로 누르면서 강제로 옷을 벗겨 미친 사람처럼 강간한 사례,³³⁰⁾ 피해자의 옷을 벗긴 뒤 몸으로 누른 사례,³³¹⁾ 혼외 성관계 사실을 동네사람들과 남편에게 폭로하겠다고 협박한 사례,³³²⁾ 피해자를 방으로 강제로 끌고 가 쓰러뜨리고 목을 누르면서 ‘소리를 지르면 칼을 가져와 죽여버리겠다’라고 협박한 사례,³³³⁾ 피해자를 양손으로 겨안아 눕힌 다음 주먹으로 얼굴을 한차례 세게 때린 사례³³⁴⁾ 등이 있는데, 이러한 정도의 유형력이 피해자의 반항을 현저히 곤란하게 할 정도에 이르지 않았는지도 의문이지만, 설령 최협의로 미치지 못한다고 인정하더라도 이와 같은 유형력을 행사하여 피해자의 의사에 반한 간음행위를 한 것이 형사처벌 대상에서 완전히 제외되는 것은 전혀 타당하다고 할 수 없다.

더구나 실제로 강간죄의 유죄가 인정되는 많은 대법원 판결과 하급심 판결 사안에서 나타난 유형력의 내용과 정도를 살펴보면, 위 사례들에서 보인 유형력의 정도와 본질적인 차이를 찾아볼 수 없다는 점에서도 최협의설 적용에 따른 처벌의 공백이

327) 대법원 1999. 9. 21. 선고 99도2608 판결.

328) 인천지방법원 2012. 6. 21. 선고 2011고합827 판결.

329) 제주지방법원 2011. 1. 17. 선고 2010고합144 판결.

330) 대법원 2004. 6. 25. 선고 2004도2611 판결.

331) 대법원 1999. 9. 21. 선고 99도2608 판결.

332) 대법원 1998. 7. 28. 선고 98도1379 판결.

333) 대법원 1992. 4. 14. 선고 92도259 판결.

334) 대법원 1990. 12. 11. 선고 90도2224 판결.

피해자들의 성적 자기결정권을 보호하는 데 있어 상당히 심각한 문제가 있음을 확인할 수 있다.

실무적으로는 피고인이 행사한 유형력의 내용과 정도가 객관적으로는 최협의의 정도에 미치지 못하더라도, 피해자 진술의 신빙성이 인정되는 경우에는 유형력 행사의 경위나 피고인과 피해자의 관계, 범행 전·후의 상황 등을 종합적으로 고려하여 유형력의 정도가 최협의에 이르렀다고 해석하는 방식으로 최협의설에 따른 처벌의 공백 문제를 최소화 하려는 노력을 기울이고 있는 것으로 보인다. 그러나 이와 같은 접근은 피해자 진술의 신빙성 문제를 유형력의 문제로 대체시킴으로써 전형적 피해자상 등 편견에 따른 잘못된 판단을 은폐하는데 이용될 수 있으며, 특히 법정형이 분명히 구분되어 있는 최협의의 폭행·협박과 위력의 구분 기준을 점점 더 모호하게 만드는 것으로 인해 판단기준이 재판부에 따라 자의적으로 적용되는 새로운 문제를 야기한다. 그리고 이번 분석대상에서는 제외되었으나, 검찰 단계에서의 불기소 처분까지 고려해보면, 최협의설의 입장을 유지하는 대법원 판례의 태도에 따라 수사 단계에서 아예 기소조차 되지 못하는 사례가 많을 것으로 추측되며 이 역시 성적 자기결정권 보호의 커다란 공백을 야기한다.

2. 성적 자기결정권의 보호법익에 부합하는 체계로서 동의모델로의 이행 필요

동의 모델로의 이행은 국제적인 차원에서도 요구되는 추세이다. UN CEDAW 일반 권고 35호에서는 일반입법조치로 성범죄의 정의는 자유롭게 결정할 수 있는 동의의 결여를 기초로 하라고 권고하고 있고, 2011년 4월 7일 채택되고 2014년 8월 발효된 여성에 대한 폭력과 가정폭력 방지 및 근절을 위한 유럽평의회 협약인 이스탄불 협약 역시 가입국의 성폭력법체계를 동의의 결여를 중심으로 변경하도록 규정하고 있다. 위에서 살펴본 바와 같이 영국, 캐나다, 미국의 일부 주 등이 피해자의 동의를 중심으로 성폭력법체계를 구성하고 있고 있으며, 국제사회의 요구에 따라 독일 등과 같은 유럽 국가들도 성폭력 법제를 변경하고 있다.

성폭력범죄의 보호법익인 성적 자기결정권의 핵심이 피해자의 자유로운 의사에 따른 성적행위 여부에 대한 결정, 즉 동의에 있다는 점을 감안하면 보호법익의 측면에서 보더라도 유형력 모델보다는 동의 모델이 더 적합하다. 구체적으로 살펴보면, 유형

력 요건을 중심으로 한 모델에서는 성적 자기결정권의 침해 여부를 종합적인 상황에 대한 객관적인 평가가 아니라 유형력 행사 여부로만 한정하여 판단함으로써, 유형력을 행사할 필요가 없는 상황에서의 성폭력 범죄에 대해 제대로 대응하기 어려운 결과가 발생한다. 예컨대, 법원은 피해자가 지인 1명과 소주 6병을 나누어 마시고 몸을 제대로 가누지 못하여 넘어지고 주변의 도움을 받아 화장실에 다녀올 정도로 만취하였으며, 낮선 피고인과 모텔에 가는 동안에도 지속적으로 구토한 사실은 인정하였고, 술에 취한 상태에서 처음 만난 피고인과 불과 1시간 만에 모텔에 가 합의 하에 성관계를 갖는다는 것이 합리적이지 않다는 점을 인정하였으나, 피해자가 술에 취한 상태에서 비이성적인 행동을 하였고 당시 상황이 전혀 기억나지 않는다는 사정만으로 준강간의 고의를 인정할 수 없으며, 피해자가 모텔 객실로 스스로 걸어가는 등 행위를 한 것을 근거로 일시적인 “블랙아웃 증상은 심신상실 또는 항거불능 상태에 해당하지 않는다”고 보았다.³³⁵⁾ 블랙아웃은 주취에 의한 일시적인 기억상실을 의미하는 것으로, 이러한 증상을 보일 때에는 걷거나 말하거나 반응하거나 기억하는 능력이 일시적인 손상이 일어나며 충동을 통제하지 못하는 등 의사결정능력에 장애가 생긴다.³³⁶⁾ 동의를 요건으로 하는 영국 법률에서는 피해자가 정신적으로 능력이 제한된 상태에 있는 경우, 즉 블랙아웃과 같이 의식의 손실이 있는 상태인 경우에는 동의가 있다고 하더라도 그것을 진정한 동의로 보기 어렵다고 본다.³³⁷⁾ 특히 피고인의 고의와 관련해서는 영미법체계에서는 Morgan 규칙에 따라 “잘못된 그러나 정직한 신뢰”가 있는 경우에 대해 배심원 이 객관적으로 해당 사례에서 피고인이 정직하게 신뢰할만한 사정이 있는지를 검토하지 못하는 오류를 시정하기 위해 이에 대해 “합리적 신뢰”의 기준을 제시하며 이러한 사정에 대해 피고인이 피해자가 동의를 했다고 믿을 만한 객관적 행위가 존재했는지를 종합적으로 판단하여 피고인의 고의에 대해 검토하도록 요구한다. 성문법체계인 독일 개정 형법에 따라서도 피해자가 신체적 또는 정신적으로 무능력 또는 무의식의 상황에 있는 것이 아니라면 제177조 제2항 제2호에 따라 피고인이 피해자의 사실상 동의를 확인했는지 여부를 성적침해의 성립을 위한 구성요건으로

335) 서울고등법원 2015. 1. 30. 선고 2014노3517 판결.

336) Annamarya Scaccia, Understanding Why Blackouts Happen, Healthline(2016.12.22.), <https://www.healthline.com/health/what-causes-blackouts>(검색일: 2018.9.13.).

337) Gourdon, Alexandra. Criminal Law: Rape - Consent in Rape: A Comparative Analysis between Ireland and France, Irish Student Law Review 4 (1994): p. 127.

규정하고 있다.

영미법의 피고인의 고의에 대한 객관적 검토기준과 독일의 동의에 대한 구성요건적 사실 모두 위 사건에 적용가능한 기준이 될 수 있다. 위 사건에서 피해자의 만취 상태에 대해서는 제3자의 진술이 있으며 피고인 역시 피해자가 계속 구토를 하였기 때문에 성관계 이후 피해자를 씻기기 위해 욕조로 데리고 갔다는 사실을 인정한다. 우리 법원은 이러한 객관적 사실에 대한 검토 없이 피해자가 블랙아웃 상태에서 본인의 의사와 관계없이 한 행위가 피고인에게 동의로 인식될 수 있다는 점을 고려하여 준강간의 고의가 없다고 판단한다. 그러나 독일의 새로운 형법을 적용하게 되다면 피고인이 사실상의 동의를 확인했다는 점은 피해자가 만취상태에서 구토를 지속하는 상황에서 동意的 의사표시를 했다고 하더라도 이를 사실상의 동의로 보기 어렵다는 점에서 제177조 제2항에 따라 성적침해 범죄에 해당될 수 있다. 이러한 결론은 영미법 체계에서도 동일하게 나타난다. 미국의 경우 피고인의 동의에 대한 구성요건적 착오에 대해 확정적 방어를 인정하고 있으나, 이에 대해서는 합리적인 관점에서 판단하도록 하고 있다. 실제 미국 균형법상 성범죄가 적용된 유사한 사례에서 피고인의 행위에 대해 유죄판단을 하였는데, 피해자가 술에 만취한 상태였으며 욕실에 있는 피해자의 질에 손가락을 삽입한 사건에서 피고인은 피해자가 동의를 했다고 신뢰하였다는 주장을 하였으나, 법원은 범행 시점 이전 피해자가 만취했다는 제3자의 증언을 근거로 만취한 피해자가 동의하였다는 주장이 합리적이지 않다고 보고 비동의 요건의 성립을 인정하였다.³³⁸⁾

유사한 상황에 대해 법적 결론에 차이가 있는 것은 유형력 모델과 동의모델에서의 차이로 인해 피고인의 동의에 대한 착오 판단이 크게 달라질 수 있기 때문이다. 피해자가 동의할 수 있는 능력이 제한되어 이미 유형력을 사용할 필요가 없는 상황에 대해서는 유형력 모델은 아무런 기준을 제시해줄 수 없기 때문에 피고인이 피해자가 동의했다고 믿었다는 주관적인 판단과 그에 대한 주장이 바로 받아들여지게 된다. 이러한 경우 실제 피해자의 의사나 일반인의 합리적인 관점에서 판단되는 동의능력에 대한 기준은 피고인의 행위 판단에서 배제될 수밖에 없다. 그러나 동의모델에서는 피해자의 상태를 입증하는 정황증거가 제시된 경우에는 일반적이고 합리적인 관점에서 성행

338) United States v. Airman First Class Matthew T. Ginn 2015 WL 5122285 (A.F.Ct.Crim.App).

위에 대한 동의가 가능한지를 판단함으로써 피고인의 동의에 대한 주관적인 주장에 대해 검토할 수 있는 객관적인 기준이 마련될 수 있다.

한편, 현재 우리 법원의 실무는 공식적으로 최협의설에 따른 폭행·협박의 정도가 필요하다는 입장을 유지하면서도, 실제로는 피해자의 성관계 동의 여부에 대한 진술의 신빙성을 중요하게 평가하여 유형력의 정도 판단에 반영하고 있다. 즉, 현재의 실무에서도 판단의 핵심은 유형력의 객관적인 내용과 정도 보다는 피해자 진술의 신빙성, 즉 피해자의 동의 여부에 대한 종합적인 판단에 있다고 볼 수 있는 것이다. 이러한 상황에서 우리 성폭력법체계가 동의모델로 변경된다고 하여 성폭력 성립 여부에 대한 판단기준이 전면적으로 바뀔 우려는 없으며, 오히려 기존에는 유형력의 정도에 대한 판단과 피해자 진술의 신빙성에 대한 판단이 혼재되어 그 판단기준이 모호하고 일관되지 못했던 실무가 판단대상과 기준의 분명한 구분으로 인해 더욱 정치하게 발전할 수 있다고 본다. 이러한 점에서 우리 성폭력법체계의 동의 모델로의 이행은 반드시 필요하다.

제2절 형법상 성폭력범죄 관련 체계 개선의 방향

형법상 성폭력범죄 관련 체계를 유형력 모델에서 동의 모델로 변경해야 할 필요성은 결국 성적 자기결정권의 침해로서 성폭력에 대한 법적 개념의 정립을 위해 상대방의 동의없이 성적 침해를 범죄로 구성할 필요성에서 나온다. 형법상 강간죄 등 성폭력 범죄에서 폭행·협박의 최협의설로 인한 처벌의 흠결이 동의 모델 변경의 필요성으로 제기되긴 하지만, 현재 실무상 최협의설의 완화 경향이 존재하고 국내에서 성폭력 범죄가 처벌되는 비율이 해외의 다른 국가들에 비해서 특별히 낮지 않기 때문에 최협의설로 인한 처벌의 흠결 자체가 그 근거가 되긴 어렵다. 그렇지만 폭행·협박 이외에 다른 행위수단이 제한적으로 규정되거나 그 해석에 있어서 한정되는 문제가 존재하고 있고, 유형력 모델 하에서 모든 행위수단의 해석이 피해자의 저항행위를 기준으로 이루어짐으로써 2차 피해의 문제가 제기되기 때문에 폭행·협박의 최협의설에 대한 문제제기는 여전히 유효하다.

비동의간음죄 신설을 둘러싼 기존의 논의나 해외의 입법례를 통해 알 수 있듯이, 핵심적인 논점은 성적행위의 동의에 대한 피고인의 인식과 관련하여 어느 범위까지 가벌성이 있는 행위로 보고 국가형벌권을 통해 제재할 것인가에 대한 것이다. 피해자의 의사에 반하는 내지 동의가 없는 성적 침해의 범위를 확정하기 위해서는 비동의 요건의 규정 방식, 법정형의 설정, 유형력 내지 무형의 지배력과의 체계, 비동의에 대한 피해자 진술의 신빙성 및 피고인의 고의에 대한 판단기준에 대한 설정이 필요하며, 이러한 설정은 앞서 언급한 비동의간음죄 신설의 필요성과 이유에서 제시하고 있는 성적 자기결정권라는 보호법익과의 조화와 피해자에 대한 2차 피해의 최소화, 그리고 형사법원칙과 체계에 부합하는 입법에 대한 고려 속에서 이루어져야 한다.

1. 성적 자기결정권의 보호법익을 중심으로 한 체계 개선의 방향

가. 비동의 요건과 유형력 요건의 조화

국제적인 기준에 따라 비동의 요건은 성문법체계에도 도입되고 있으며, 이에 대해 오스트리아와 같이 경미범죄로 “의사에 반하는” 성적침해에 대한 조문(비동의간음죄 안)을 신설하여 기존의 유형력 요건을 기본적 모델로 하되 그로 인한 흠결에 대해서 보충적으로 처벌할 수 있도록 규정하는 방식과 독일과 같이 동의모델에 따라 비동의 요건을 기본적인 범죄유형으로 하고 행위수단의 강제성 정도와 행위유형의 불법성 정도에 따라 가중적 구성요건을 구성하는 방식이 모두 검토될 수 있다.

앞서 살펴보았듯이, 성적 자기결정권이라는 보호법익과 부합하는 법체계적인 개선을 위해서는 기본적인 범죄유형과 체계를 유지한 채 비동의간음죄를 보충적인 감경구정으로 신설하는 안은 제한적인 결과를 가져올 수밖에 없다. 이러한 개선은 해당 행위가 추행으로 인정되지 못하는 범주의 성적인 행위의 형사처벌을 가능하게 할 수 있거나 유형력 요건의 증명이 충분하지 않은 사례에서 피해자가 동의하지 않았음이 범행 전·후 사정을 통해 명백하게 입증된 경우를 포섭할 수는 있다. 그러나 후자의 경우에 유형력 요건 중심의 법체계에 부합하지 않는 결정인데, 유형력 요건에 충족되지 않는 행위들을 처벌하게 됨으로써 체계적인 정합성을 해할 수 있는 우려가 있다. 뿐만 아니라 비동의간음죄 신설 이외에 형법의 체계적인 개선을 하지 않음으로 인해

앞서 살펴본 심신상실 또는 항거불능이라는 저항 무능력 요건과 위계 또는 위력의 제한적 해석으로 인한 흠결이 해소되지 않는다. 이러한 개선방향은 비동의 요건으로 성폭력범죄를 체계화하라는 국제사회의 권고와도 부합하지 않는다.

그러나 영국과 같이 비동의 요건을 중심으로 비동의범죄를 구성하고 동의를 개념 및 증거추정 등의 규정을 통해 유형력 요건을 고려하는 영미법체계의 방식을 성문법 체계에 도입하는 것은 체계정합성에 부합하지 않는다. 당사자주의 하에서 배심재판을 통한 사실확정을 형사법절차에 두고 있는 영미법체계에서는 피고인의 고의에 대해 주관적 판단기준과 객관적 판단기준에 대한 논의와 동의에 대한 추정이 법률상 규정될 수 있으나, 성문법체계에서 구성요건에 대한 판단은 이미 전문적인 법관에 의해 합리성을 기준으로 이루어지고 있다. 그러므로 모든 성폭력범죄에서 비동의 요건만을 규정하는 것이 아니라 비동의 요건을 기본적인 범죄유형으로 두고 낮은 법정형을 두되 유형력의 사용이나 피해자의 동의할 수 없는 상황을 이용한 행위를 별도의 구성요건으로 재구성할 필요가 있다. 이 때 법정형은 각 행위의 불법성에 대한 판단을 통해 이루어질 수 있다.

나. 정조 관념의 제거 및 명확성 확보를 위한 행위유형 및 용어 변경

우리 형법은 성폭력범죄에 해당하는 성적행위의 유형을 간음, 유사간음, 추행이라는 불명확한 용어로 사용하고 있다. 이러한 개념은 앞서 살펴보았듯이, 정조를 보호법적으로 할 때에 통용될 수 있는 개념으로 성적인 것에 대한 판단을 주관적인 개념인 수치심 내지 혐오감, 도덕관념이라는 기준으로 둬으로써 해당 범주의 불명확성을 가중시킨다. 현재 추행개념의 경우 이러한 불명확성을 기초로 광범위한 성적행위를 처벌가능하도록 만들었으나, 사회적인 도덕평가를 형사처벌이 가능한 범위로 포섭했다는 점에서 근대적 형법의 원리와의 부합하지 않는다.

우선 강간과 유사강간의 불법성에 차등을 두어 성기의 성기에 대한 삽입행위와 그 외의 삽입행위를 구분하고 있는 것은 정조를 보호법적으로 하는 법체계에 따른 구분이다. 성기 이외의 신체나 물건에 의한 성기 삽입 역시 성적 자기결정권을 기준으로 한 침해 정도로 볼 때에 불법성에 차이를 둘 필요가 없으며, 오히려 그로 인한 심리적인 외상이 더 중할 수 있다는 점을 고려할 때에 성기에 의한 성기 삽입행위보다 낮은

불법성을 설정하는 것은 적절하지 않다. 성기에 의한 성기삽입으로 인한 임신 또는 성병 등의 결과는 상해와 관련된 결과적 가중범의 영역으로 포섭해야 할 문제이며, 그 가능성만으로 불법성이 더 하다고 보는 것은 논리적이지 않다. 독일의 경우, 삽입행위 일체와 그 외의 성적 침해를 구분하고 있으며, 영국의 경우 성기에 의한 신체 삽입과 그 외의 삽입행위를 다른 조문으로 규정하고 있으나 동일한 법정형을 두고 있다. 성적 자기결정권이라는 보호법익을 고려할 때에 삽입행위 일체와 그 외의 성적 침해를 구분하는 것이 타당하며, 삽입행위 중 그 불법성이 행위의 속성상 침해적 속성이 덜한 경우에는 피해의 경함을 기준으로 양형단계에서 감경하는 것이 적절하다.

정조를 기준으로 한 성도덕적 평가를 제거하기 위한 용어의 변경 역시 필수적이다. 강간, 간음, 유사강간의 경우에는 삽입을 중심으로 용어를 변경할 필요가 있다. 성기삽입, 성교행위 등 해당 행위를 지칭하는 행위유형의 용어를 만들어 구성요건에 포섭하는 것이 필요하다. 현재 형법에서는 강간과 간음에 대해 별도의 구성요건인 것처럼 규정하고 있으나 이에 대해 강간은 법조항의 명칭으로, 간음을 행위유형으로 명확하게 규정할 필요가 있다.

추행의 경우에는 다른 해외 입법례를 참고 할 때에 성적 행위로 변경하는 것이 가능하다. 여기에서 성적의 의미에 대해서는 그 사회가 성적이라고 평가하는 행위로 개념화함으로써 사회적 관념의 변화를 반영할 수 있다. 현재 성적 수치심 또는 혐오감을 일으키고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로 추행행위를 개념화하고 있으나 성적 수치심 또는 혐오감 자체가 판단기준이 되는 것은 성적 자기결정권이라는 보호법익의 침해로 인해 가능한 일반적인 피해자 상태를 지칭하는 용어로는 적합하지 않을 뿐만 아니라 개인의 감정상태를 기준으로 한다는 점에서 명확한 지침을 제시해주지 못한다. 오히려 성적인 자기결정의 침해를 경험한 일반적인 피해자의 감정은 모욕감, 불쾌감, 무력감, 두려움이나 공포 등이 동시에 일어나는 상태에 가까울 것이다. 그러나 이러한 감정의 상태로 그 행위가 객관적으로 문제되는 행위인지에 대해 평가할 수는 없으며, 판례 역시 피해자와 같은 조건에 있는 일반인이 느끼는 성적 수치심 등을 언급하고 있어 객관적 평가를 하고 있음에도 불구하고 이러한 개념화를 통해 일반인에게 개인의 감정상태가 기준이 될 수 있다는 잘못된 지침을 제공할 수 있다.

이러한 용어 변경을 반영하여 제32장의 제목은 성적 자기결정에 대한 죄 내지 성적

침해에 대한 죄로 변경하는 것이 적절하다. 보호법익이 장의 제목에 들어가는 것에 형법 체계에 맞지 않는다는 의견이 있으나, 이미 제22장에서도 성폭속에 대한 죄로 되어 있어 체계적으로 볼 때에도 큰 무리는 없다고 보인다.

2. 행위수단의 체계화

현행 형법에서 성폭력범죄의 행위수단은 폭행·협박, 위계·위력, 심신상실 또는 항거불능의 이용과 같이 세 가지 유형으로 나누어져있다. 폭행·협박 규정의 추상성은 폭행·협박이 동원되었을 때 피해자의 의사에 반하는 것으로 이해되는 다른 범죄에서는 큰 무리가 없으나 성적 행위와 관련된 경우 폭행·협박의 존재에도 불구하고 피해자의 의사에 반하는 것으로 판단하기 모호한 영역이 있다고 보기 때문에 성폭력범죄에서의 폭행·협박 해석이 늘 문제가 된다. 영미법체계에서 비동의 요건의 성립여부를 판단하는데 다른 범죄에 비해 성폭력범죄에서 배심원들의 혼란을 고려하여 성폭력범죄에서의 동의 결여와 관련된 다양한 법률규정을 만들었다. 20대 국회에 제출된 강간죄 등의 개정안들 역시 폭행·협박이라는 행위수단의 해석상 문제를 해결하기 위해 행위수단의 유형을 변경하는 내용을 제시하고 있다.

기존의 문헌들이나 판례 분석을 통해 확인된 현재의 폭행·협박 해석 및 위계·위력의 규정에 의해 처벌의 흠결이 있는 경우는 ① 행위시에 폭행·협박이나 위계·위력이 입증되기 어려우나 집요한 설득이 이루어지는 경우에 그에 대해 피해자의 주관적인 관점에서 강요라고 느껴지는 경우, ② 행위시 저항이 불가능하거나 현저히 곤란할 정도의 폭행·협박은 입증되지 않았으나 유형력의 행사 등 협박의 폭행·협박이 있는 경우, ③ 비장애성인에 대해 위계나 무형의 위력이 이용된 경우, ④ 행위시 상대방이 항거불능 또는 심신상실의 상태는 아니지만 심신미약으로 인해 동意的 의사를 표시할 수 없는 상태인 경우이다. 현재 처벌되기 어려운 이러한 경우에 대해 동의모델을 도입한다면 과도한 형사처벌의 문제가 발생하거나 피고인에게 입증의 부담이 가중되는 결과가 초래될지에 대해 검토할 수 있다.

구체적으로 살펴보면, 상대방의 명시적인 거부 의사표시에도 불구하고 위와 같은 유형의 행위가 일어나는 경우는 모두 성적 자기결정권이 침해된 상황일 것이다. 다만 ①의 유형과 같이 명시적인 의사표시를 했음에도 불구하고 지속적인 설득행위를 피해

자가 강요로 받아들여 거부 의사표시를 포기하고 성행위로 나아간 경우에, 행위자의 관점에서 강요가 아닌 설득을 통해 피해자의 의사가 변경되었다고 생각할 수 있다. 이러한 상황에서는 합리적인 관점에서 피해자의 의사 변경이라고 생각할만했는지 행위자의 당시 행위를 판단하여 처벌가능성에 대해 판단할 수 있다. 비동의 요건의 도입을 반대하는 입장에서 문제시하는 명시적인 거부 의사표시가 없는 경우에 대해 검토해보자면, 피고인이 피해자의 언행을 묵시적인 동의로 판단을 한 경우에 폭행·협박, 위계·위력의 이용 행위가 입증된다면 피고인의 묵시적인 동의라는 판단은 합리적이지 않으므로 형사처벌의 필요성이 있다. 피해자가 심신미약의 상태라서 동의할 수 없었던 상황이라면, 피해자의 심신미약 상태가 충분히 인식가능한지에 대해 판단함으로써 피고인의 묵시적인 동의 인식이 합리적인지 여부를 판단할 수 있다. ①의 유형에서 피해자의 명시적 의사표시가 없다면 피고인이 그것을 묵시적인 동의로 해석한 것을 합리적이라고 판단할 수 있는 여지는 더 넓을 것이기 때문에 과도한 형사처벌이라고 볼 수 없다.

그렇다면 이러한 처벌의 흠결을 제거하기 위한 행위수단의 설정은 어떤 방향이 되어야하는지에 대해 살펴본다.

우선 현재 개정안에서 제시된 행위수단의 구분은 다음과 같은데, 첫째, ① 비동의 요건 ② 위계·위력(대상제한), ③ 폭행·협박(내지 저항을 현저히 곤란하게 하는 폭행·협박), ④ 심신상실 또는 항거불능으로 구분하는 안, 둘째, ① 비동의 요건, ② 폭행·협박·위력, ③ 저항을 현저히 곤란하게 하는 폭행·협박, ④ 심신상실 또는 항거불능으로 구분하는 안, 셋째, ① 비동의 요건, ② 폭행·협박, ③ 4위계·위력(대상제한), ④ 심신상실 또는 항거불능, ⑤ 저항을 현저히 곤란하게 하는 폭행·협박으로 나눈다. 개정안들은 공통적으로 비동의 요건을 신설하고 협의의 폭행·협박을 강간의 기준으로 설정하고 최협의 폭행·협박의 경우에 가중처벌하도록 구성을 한다. 개정안들은 대개 폭행·협박의 최협의설을 가중적인 요건으로 둬으로써 폭행·협박이라는 행위수단이 협의의 폭행·협박 내지 저항이 곤란한 정도의 폭행·협박의 정도로 해석될 것을 기대하고 있다. 그러나 앞서 분석한 대로 최근 판례들에서는 비록 최협의 폭행·협박설을 유지하고 있으나 실질적인 저항행위의 입증을 요청하지 않고 피해자의 거부 의사표시에 기초하여 저항이 가능한 상황인지 여부에 대해 객관적으로 판단함으로써 실제 위력에서

요구하는 협의의 폭행·협박과 최협의 폭행·협박의 정도를 구분하는 것이 증명의 정도에서의 차이로 국한되어 있는 상황이다. 이러한 상황에서 최협의와 협의의 정도 구분 자체 보다는 오히려 유형력이라는 신체적 힘으로 표현되지 않는 상대방의 의사를 제압할 수 있는 공포나 두려움과 같은 무형력이 작동하는 경우가 오히려 위력으로 포섭되지 않음으로써 발생하는 처벌의 흠결이 더욱 문제된다. 또한 이러한 개정안들은 처벌의 흠결이 있는 비장애여성에 대한 위계 또는 위력의 이용이 존재하는 경우에 대한 고려가 없다.

그러므로 처벌의 흠결을 메꾸기 위해서 행위수단은 ① 비동의 요건, ② 위력(협의의 폭행, 협박뿐만 아니라 무형의 세력을 포함), ③ 폭행 또는 협박, ④ 심신상실 또는 항거불능의 이용으로 나눌 수 있다. 비동의 요건에는 의사에 반한 성적행위와 동의할 수 없는 상태를 이용한 성적 행위가 포함된다. 위계와 위력은 서로 다른 행위수단임에도 불구하고 현재의 형법체계상 피해자가 성적 자기결정권을 행사할 수 없는 취약한 상태에 한정하여 일종의 남용 범죄에서만 인정하였기 때문에 마치 같은 수준의 행위수단인 것처럼 규정되어 왔다. 그러나 위계와 위력의 행위수단의 내용과 본질에 큰 차이가 있고, 이미 형법의 다른 범죄에서 위계와 위력은 별도로 규정되기도 한다.³³⁹⁾ 위계는 이미 비동의 요건을 충족하는 행위가 될 수 있으므로 비동의로 포섭하는 것이 적절하며, 위력의 경우에 힘의 행사를 전제한다는 점에서 비동의 요건보다는 가중적인 요건으로 둘 필요가 있다. 위의 행위수단은 의사결정의 자유와 능력을 기준으로 보는 동의모델 하에서는 자유와 능력에 대한 조합으로 ① 비동의: 의사에 반하는 행위 - 동의를 할 수 있는 능력이나 의사표시 능력이 제한된 상태를 이용하는 행위(위계 포함), ② 위력: 협의의 폭행협박 - 무형력 이용(동의할 수 있는 능력이나 의사표시 능력이 여타의 지위관계나 권세 등에 의해 제한되는 상황을 이용하는 행위), ③ 폭행·협박: 저항을 현저히 곤란하게 하는 유형력의 사용 또는 해악 고지 - 동의할 수 있는 능력이나 의사표시능력이 없는 상태를 이용하는 행위로 구성될 수 있다. 이렇게 행위수단의 체계를 구성하면, 피해자의 연령, 장애나 직무상 권한의 남용 등은 처벌을 가중하는 요건이 될 뿐 범죄를 성립하는 데에 핵심적인 구성요건은 되지 않을 수

339) 위계만을 규정하고 있는 범죄로 제137조 위계에 의한 공무집행방해, 제313조 신용훼손이며, 위력만을 규정하고 있는 범죄는 제258조의2 특수상해, 제261조 특수폭행, 제278조 특수체포·특수감금, 제284조 특수협박 등으로 단체 또는 다종의 위력에 한정하여 규정하고 있다.

있다.

이러한 행위수단의 분류에 따라 불법성에는 차이가 있으므로 법정형을 통해 체계화할 수 있다. 현행 형법에서 폭행·협박을 수단으로 하는 성교행위에 대해서는 3년 이상의 징역과 추행행위에 대해서 10년 이하 징역 또는 벌금을 규정하고 있는 것을 기준으로 하면, 위력의 경우에는 그보다 경미한 범죄로 규정하고, 비동의 요건의 경우에는 가장 경미한 행위수단으로 체계화할 수 있다.

3. 비동의 요건 규정에 대한 검토

가. 비동의 요건의 규정방식

성적 자기결정권을 보호법익으로 두는 것은 기본적으로 당사자들의 동의에 기초한 성적 행위가 침해없는 성적 행위에 해당하며, 그 외에 당사자의 동의가 없음에도 불구하고 성적 행위로 나아가는 것이 개인에 대한 침해를 형성한다는 점을 분명히 하는 것이다. 그러므로 이에 따른 범죄화는 동의가 없는 성적 행위를 기본적인 범죄유형으로 하고 동의를 제압하기 위한 유형력을 동원한 행위에 대해 유형력 행사의 불법성을 고려하여 가중적인 범죄로 구성하는 것이 적절하다. 동시에 성적 자기결정권이라는 보호법익에 대한 침해는 성적인 행위와 신체에 대해 결정할 수 있는 의사에 대한 침해이며, 우리 형법은 소극적인 성적 자기결정권 행사에 대한 침해를 범죄화하는 체계를 가지고 있다는 점에서, 동의가 없는 경우와 의사에 반하는 경우를 어느 범위까지 포섭할지에 대해서는 정책적인 결정이 필요하다. 해외 입법례를 보면 동의가 없는 경우는 거부 의사에 반하는 경우와 동의 또는 선택할 수 있는 능력이 제한되어 있는 경우를 포함하는 것이다. 영미법체계에서는 “동의를 결여”를 구성요건으로 하되 동의를 결여에 대해 판단할 수 있는 기준을 거부 의사를 제압하는 피고인의 행위, 즉 유형력을 사용하거나 피해자의 동의 무능력 상태를 이용하는 행위를 규정하고 있다. 독일의 경우에는 비동의 요건을 “인식가능한 의사에 반하는” 행위와 피해자 의사와 관계없이 피해자가 동의할 수 없거나 동의를 기대할 수 없는 상황으로 나누어 규정하고 있다.

우리의 경우 현재 개정안은 “상대방의 동의없는” 또는 “상대방의 (명백한) 의사에

반하여”로 크게 두 가지 방식으로 비동의 요건을 규정하고 있다. 이 두 가지 안은 모두 검토될 수 있는 비동의 요건의 규정방식이지만, 각 규정방식에 따라 다른 행위수단의 규정을 추가해야 하는지 여부가 달라질 수 있다.

우선 “상대방의 동의없는”의 경우에는 의사에 반한 행위뿐만 아니라 동의할 수 없는 상태를 이용한 경우가 모두 포섭된다. 우리 형법 규정방식을 고려하면 “동의없는”이라는 문구는 간명하다는 점에 장점이 있으나, 동의의 결여가 동의에 반한 행위뿐만 아니라 동의능력이 제한된 경우까지를 포함하는 포괄적인 규정이라는 점에서 문제가 될 수 있다. 영국이나 미국, 캐나다는 동의의 결여를 구성요건으로 하고 있으나 그 포괄성으로 인해 동의를 추정할 수 있는 기준에 대해 법률규정을 별도로 두고 있다. “명시적인 동의 없는”을 규정하는 것은 명시적인 동의에 대한 확인이 없는 경우를 포괄함으로써 과실범 처벌의 효과를 가질 수 있다는 점에서 과도한 처벌범위가 문제될 수 있다.

다음으로 “상대방의 의사에 반하여”로 규정하는 경우는 소극적 성적 자기결정권의 보호라는 점에서 보호법익에 부합하는 규정이다. 그러나 이러한 규정은 독일과 마찬가지로 의사형성능력 또는 표시능력 등 동의능력이 제한되는 경우에 대한 별도의 규정이 추가되어야 한다. 왜냐하면 의사에 반하여라는 규정은 동의능력을 가지고 합의와 그에 대한 의사표시를 할 수 있는 상황을 전제로 하기 때문이다. 이 경우에는 성적 침해의 행위수단의 분류가 늘어나서 법체계적으로 복잡해지는 부정적 효과를 가질 수 있다. 여기에서는 “명백한 의사”라는 한정을 규정할지 여부에 대한 검토가 필요한데, 형법규정에 따라 이미 객관적인 관점에서 의사에 반했는지와 피고인이 상대방에 의사에 반한다는 점을 알거나 알 수 있었는지에 대해 평가할 것이기 때문에 이러한 한정은 불필요하다고 보인다.

나. 동의에 대한 주관적 구성요건과 착오

비동의 요건이 도입되면 이러한 비동의 요건에 대해서는 피고인이 비동의에 대해 알았거나 알 수 있는지, 즉 피고인의 고의에 대해 판단하게 된다. 피해자의 명시적인 거부 의사표시가 합리적으로 입증되는 경우에 피고인의 고의는 입증되는 것으로 봐야 한다. 이 때 피고인이 동의사실에 대한 착오를 주장할 수 있는데, 이 경우에는 피해자

의 명시적인 의사변경의 표시가 있는 경우에 한하여 피고인의 성적행위가 합의에 의한 것으로 인정될 수 있다. 명시적인 거부 의사표시가 입증되면 피고인이 그것이 동의 의사라고 생각하였고 그러한 생각이 합리적이었음을 입증하게 되면 주관적 구성요건에 대한 착오를 판단할 것이다. 만약 피해자의 명시적인 거부 의사표시에 대한 입증을 오직 피해자의 진술에만 의존하게 되는 경우라면 현재의 판례에서 요구하는 바와 같이 진술로 표출된 피해자와 피고인의 당시 행위, 범행 전·후 행위, 주변의 상황 및 조건, 맥락에 대해 종합적으로 판단하여 진술의 신빙성에 대해 판단하게 되며, 이 때 다른 정황증거와의 객관적인 정합성이 존재하는 경우에 한하여 진술의 신빙성을 인정하게 될 것이다.

여기서 쟁점은 명시적인 거부 내지 비동의 언행이 이루어지는 시점이다. 성교 내지 성적접촉에 동의한 사람이 성교 내지 성적 접촉의 도중 동의를 철회하고 명시적인 거부 의사표시를 한 경우에 이를 명시적인 비동의 의사로 볼 것인가에 대해서는, 합의에 의한 성적행위의 의미에 비추어 볼 때 명시적인 비동의의 내지 거부 의사가 있는 경우 이러한 의사표시에 대해 존중해야 할 필요가 있다. 이미 미국 일리노이주는 2003년에 법을 개정하여 “처음에 성교 혹은 성적 접촉에 동의한 사람이 성교 혹은 성적 접촉 도중 동의를 철회하면, 어떠한 성교나 성행위에도 동의하지 않은 것으로 간주한다”³⁴⁰⁾는 규정을 신설한 바 있으며, 캐나다 역시 동의 의사가 철회된 경우에 동의가 없다고 보고 있다.

피해자의 거부 의사표시가 명시적인 언행으로 표현되지 않는 경우에는 범행 당시 또는 전·후의 사정과 피해자와 피고인의 행동에 대한 판단 등 주변의 정황증거와 맥락을 통해 피해자가 동의를 할 수 있는 상태였는지 여부에 대해 판단하게 된다. 피해자가 동의할 수 없는 상태인지에 대해 검사가 입증을 해야 하며, 이에 대해 입증이 되면 피고인은 피해자가 동의할 수 있는 상태라고 오인했다는 주장을 할 수 있다. 이 경우 피해자가 동의할 수 없는 상태인지 여부에 대해 합리적인 관점에서 평가하여야 하며 피고인의 피해자 상태에 대한 무시나 부주의와 같은 주관적인 조건을 고의를 조각할 수 있는 근거로 볼 수 없다. 피해자가 거부 의사에 대한 명시적인 언행을 하지 않았으며 동의할 수 있는 능력이 제한된 상태에 있지 않은 경우에는 피고인이 동의를

340) 2003 ILL. ALS 389, at 99.

추정하여 성행위를 한 행위가 합리적이지 않았다는 점을 검사가 입증하게 된다.

피고인이 피해자가 동의했다고 믿었다는 주장을 뒷받침 하기 위한 증거에 관하여, 미국은 2차 피해로부터 피해자를 보호하기 위해 절차적으로 증거의 종류를 제한하고 있다. 이 때 제한되는 증거의 종류로는 피해자의 과거 성적 이력 또는 과거 연인관계 여부, 피해자의 옷차림 등 강간신화 내지 전형적 강간피해자에 대한 고정관념과 관련된 것이다. 비동의 요건이 도입된다면, 피해자의 동의 없음 내지 피고인의 피해자 동의 주장을 둘러싸고 이를 입증하기 위한 다툼이 이루어질 것이므로, 이 과정에서 2차 피해를 최소화할 수 있는 절차적 보호장치의 고려가 필요하다.

참고문헌

1. 국내문헌 및 자료

- 권창국(2016), “강제추행죄의 요건으로서 ‘폭행’의 해석과 기습추행”, 대법원 <형사실무 연구회> 발표문(2016.12.20.).
- 김정혜(2015), 『장애여성 성폭력범죄에 대한 법원의 판단 연구: 지적장애여성 성폭력 판결을 중심으로』, 서울대학교 법학과 대학원 박사학위논문, 미간행.
- 박선미(1989), 여성학적 관점에서 본 강간범죄의 재판과정, 한국형사정책학회, <형사정책> 4; 289-316.
- 박용철(2006), “최협의설을 인용한 대법원 판례의 문제점과 개선방향에 대한 소고: 2004도2611”, <성폭력 조장하는 대법원 판례 바꾸기 운동> 자료집, 한국성폭력상담소.
- 백형구(2003), “준강도죄와 준강간죄- 학설·판례의 정리”, 고시계 48(2): 49-59.
- 법무부(2008), 『독일형법』, 미간행.
- 변종필(2006), “강간죄의 폭행·협박에 관한 대법원의 해석론과 그 문제점”, 한국비교형사법학회, <비교형사법연구> 8(2): 147-168.
- 서보학(1998), “성폭력범죄와 형법정책”, 한국인문사회과학회, <현상과 인식> 22(1,2): 43-63.
- 신윤진(2005), ““의제화간(擬制和姦)”의 메커니즘 - 강간죄 해석에 있어서의 최협의 폭행·협박설 비판”, 서울대학교 공익인권법센터, <공익과 인권> 2(1): 67-97.
- 심영희(1992), 『여성의 사회참여와 성폭력』, 나남.
- 윤승은(2006), “강간죄의 구성요건으로서의 폭행·협박의 정도”, 한국형사판례연구회, <형사판례연구> 14(2006. 9. 5.).
- 이경환(2006), “최협의설에 따른 대법원 판례평석 - 92도259”, <성폭력 조장하는 대법원 판례바꾸기 운동> 자료집, 한국성폭력상담소.
- 이명선(1989), 『강간에 대한 여성학적 접근』, 이화여자대학교 대학원 여성학과 석사학위 청구논문, 미간행.
- 이상돈(2003), 『법철학 : 법, 이성, 사회』, 법문사.

- 이영란(1994), “성폭력특별법의 형법적 고찰”, 한국피해자학회, <피해자학연구> 3: 19-31.
- 이유정(2007), “비동의간음죄 신설에 대한 논의”, 한국성폭력상담소, 『성폭력, 법정에 서다: 여성의 시각에서 본 법담론』.
- 이호중(2005), “성폭력 처벌규정에 대한 비판적 성찰 및 재구성”, 한국형사정책학회, <형사정책> 17(2): 81-98.
- 이호중(2006), “최협의설의 자성?: 2005도3071 판결의 의미와 시사점”, <성폭력 조장하는 대법원 판례바꾸기 운동> 자료집, 한국성폭력상담소.
- 이호중(2007), “성폭력 형법 개정안의 주요 내용과 쟁점”, 여성인권법 연대, <성폭력 관련 형법개정안 공청회> 자료집(2007. 8).
- 이희훈(2015), “성적 자기결정권과 성폭력 관련 법제 및 판례에 대한 헌법적 고찰”, 헌법재판소, <헌법논총> 26: 175-239.
- 장다혜(2004), 『단순강간의 형사법상 판단기준에 대한 여성주의적 연구』, 이화여자대학교 여성학과 대학원 석사학위논문.
- 장다혜(2006), “강간죄 폭행, 협박의 최협의설에 대한 판례평석: 90도2224”, <성폭력 조장하는 대법원 판례바꾸기 운동> 자료집, 한국성폭력상담소.
- 조국(2004), 『형사법의 성편향』, 박영사.
- 최은순(1993), “여성과 형사법”, 법과사회이론학회, <법과 사회> 8: 95-120.
- 한인섭(1994), “성폭력특별법과 피해자보호 : 그 문제와 개선점”, 한국피해자학회, <피해자학연구> 3: 33-52.

2. 외국문헌 및 자료

- Committee on the Elimination of Discrimination against Women, General recommendation No. 35 on gender-based violence against women, updating general recommendation No. 19, 14 July 2017, CEDAW/C/GC/35.
- Council of Europe Treaty Series No. 210, 11.V.2011.
- DER ERKENNBAREWILLE - ZUR "NEUEN VERGEWALTIGUNG" NACH § 177 ABS. 6 NR. 1 STGB, Lanz Legal(2017.3.16.), <https://www.lanz-legal.de/2017/03/16/der-erkennbare-wille-zur-neuen-vergewaltigung-nach-177-abs->

6-nr-1-stgb/.

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

Deutscher Bundestag, Beschlussempfehlung und Bericht - des Ausschusses für
Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss), BT Drs. 18/9097(2016.7.6.).

Estrich, Susan, *Real Rape*, Harvard Univ. Press.

Fischer, S.(2017), StGB, 64. Auflage, § 177.

Fischer, S.(2016), "Zum letzten Mal: Nein heißt Nein", *Zeit Onlien*(2016.6.28.),
[https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2016-06/rechtspolitik-s
exualstrafrecht-nein-heisst-nein-fischer-im-recht](https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2016-06/rechtspolitik-sexualstrafrecht-nein-heisst-nein-fischer-im-recht).

Freudenberg(2014), Dagmar/Pisal, Ramona, Stellungnahme des djb vom 25. Juli 2014,
[https://kripoz.de/Kategorie/stellungahmen/sexualstrafrecht-stellungah
men/](https://kripoz.de/Kategorie/stellungahmen/sexualstrafrecht-stellungahmen/).

Gardner, Simon(1996), "Appreciating Olugboja", 16 *Legal Stud.* 275 (1996).

Gourdon, Alexandra(1994), "Criminal Law: Rape - Consent in Rape: A Comparative
Analysis between Ireland and France", 4 ISLR 117 (1994).

Home office(2002), *Protecting the Public: strengthening protection against sex
offenders and reforming the law on sexual offences*(Presented to
Parliament by the Secretary of State for the Home Department by
Command of Her Majesty), November 2002.

Home office(2000a), *Setting the Boundaries: Reforming the law on sex offences*,
Vol. 1, 2000.

Home office(2000a), *Setting the Boundaries: Reforming the law on sex offences*,
Vol. 2, 2000.

Hörnle, Tatjana(2017), "The New German Law on Sexual Offenses". 18 German
L.J. 1309 (2017).

MüKoStGB/Renzikowski(2017), 3. Aufl. 2017, StGB § 177

Schmidt R.(2018), Strafrecht - Besonderer Teil 1, 19. Aufl., 2018

Stevenson, Kim, Anne Davies and Michael Gunn(2004), *Blackstone's Guide to*

The Sexual Offences Act 2003, Oxford Univ. Press, 2014.

Westmarland, Nicole(2004), "Rape Law Reform in England and Wales", School for Policy Studies Working Paper Series Paper Number 7(April 2004), University of York, <http://nicolewestmarland.pbworks.com/f/Rape+Law+Reform+in+England+and+Wales+-+Westmarland+2004.pdf> (2018. 10.1. 검색).

Abstract

The Standards and Improvement of Sexual Violence Crime in the Criminal Code : Focused on the possibility of Adoption of “Lack of Consent”

Chang, Da-hye · Lee, Kyoung-whan

Sexual violence, which has been the main target of the struggle against the ‘Me-too movement’ is called "sexual violence in power relationships" because the means of force exercise are not tangible, but intangible control over the victims of the group's internal power relations. However, the current criminal laws limit the possibility of criminal punishment of sexual violence cases in power relationships, which are raised through unsightly campaigns, due to the fact that the means of sexual crimes, such as rape, are limited to assault, intimidation, deception and power, and narrow interpretation of the power to suppress the freedom of the other party.

In response, bills has been proposed in the 20th National Assembly to add requirements for nonconsent, such as the creation of new or rape sections. These kinds of revision could be a paradigm shift within the current system of sexual violence in that it would change the concept of sexual violence under the law.

There was a perception that the law on sexual crimes, which had established purification as the rights of sexual violence in law, should be changed to focus on the violation of individual sexual self-determination rights. Criticizing the fact that criminal justice system defined only a portion of non-consensual sex that infringes sexual self-determination as a crime in the early 1990s, it has been suggested that the Special Act on Sexual Violence should create an offence of nonconsent sexual violence. These discussions were based on feminism studies at the time, which insisted the concept of sexual violence including rape should

be redefined by focused on not the other side's resistance but lack of consent to punish the violation of one's rights of sexual self-determination. Since the introduction of the new law on the nonconsent sexual violence was raised, the discussion was held mainly in the legal sciences, including the discussion on the criminal justice system and structure of sexual crimes to the mid-2000s. Based on such discussions, the coalition of women's activists was established in 2006 to develop a revised bill on the Criminal Law, which completely changed the structure of the laws related to sexual violence, including the requirements of nonconsent. In 2007, the bill was submitted in the 17th National Assembly but was abolished.

In terms of international human rights, UN CEDAW General Recommendation 35 specifies, as a general legislative measure, "the definition of sexual crimes, including marital and acquaintance or date rape, is based on the lack of freely given consent and takes into account coercive circumstances(para. 29(e))". Accordingly, on March 12, 2018 the CEDAW Commission's recommendation in the field of violence against women under the Korean government pointed out that "(a) amendment to Article 297 of the Criminal Act will define rape based on lack of free consent of victims, and in particular criminalize spousal rape." Therefore, it is necessary to review the need to change the basic types of sexual crimes in legal system, which reflect sexual self-determination rights as protective rights by criminal law,

In this study, we are going to attempt to review the introduction of the requirements of nonconsent as a basic type of sexual self-determination rights violation, and to analyze the need or substitution of these requirements under the Criminal Code and the Sexual Violence Punishment Act. By examining the elements of sexual violence cases that are currently excluded from applying the laws due to limitations in the interpretation of requirements for sexual violence laws, as well as systematic analysis of the requirements for the means of sexual

violence such as assault, threat and force and nonconsent, we can carefully examine whether the composition requirements of sexual violence acts under the current criminal law should be revised.

연구총서 18-AB-06

형법상 성폭력범죄의 판단기준 및 개선방안

- 비동의간음죄의 도입가능성을 중심으로 -

발 행 | 2018년 12월

발 행 처 | 한국형사정책연구원

발 행 인 | 한 인 섭

등 록 | 1990. 3. 20. 제21-143호

주 소 | 서울특별시 서초구 태봉로 114

전 화 | (02)575-5282

홈페이지 | www.kic.re.kr

정 가 | 10,000원

인 쇄 | (주)현대아트컴 02-2278-4482

I S B N | 979-11-89908-09-6 93360

• 사전 승인없이 보고서 내용의 무단 전재 및 복제를 금함.