

형법상 비동의강간죄 도입에 관한 일고

A review of the introduction of non-agreement rape in criminal law

-Reference to the discussion Japan and Germany-

홍태석(Hong, Tae-Seok)*

목 차

- | | |
|--------------|----------------|
| I. 서 론 | III. 도입에 관한 일고 |
| II. 외국의 논의상황 | IV. 결 론 |

■ 국문초록 ■

사실상 강간범죄는 우리 인류가 시작된 이래 가장 많이 발생하는 범죄 중 하나일 것이다. 이에 각국에서는 강간범죄를 대비한 형법상의 구성요건과 아울러 특별법 등을 통하여 예방책을 강구하고 있다. 우리 형법 역시 강간죄에 대한 구성요건을 시작하여 각종 특별법 등을 통하여 성범죄에 대하여 대응하고 있다.

얼마 전 안희정 전충남도지사 사건을 계기로 우리 사회에서도 이른바 ‘비동의강간죄’ 도입에 대하여 논의가 시작되었다. 자신의 지위나 권력을 이용하여 타인의 성을 착취하는 범죄에 대하여 적극 대응이 필요하다는 것이다. 하지만 우리의 형법에는 이미 위력 등에 의한 간음에 대한 구성요건이 있다. 이른바 비동의강간죄를 도입함에 있어 이중의 구성요건을 두게 되는 것은 아닌지 검토할 필요가 있으며, 이와 관련하여 외국의 입법례 등도 아울러 검토할 필요가 있을 것으로 생각된다. 이에 비동의강간죄 도입의 타당성에 대하여 검토하여 보았으며, 본 연구에서는 회의적으로 보았다.

보통 성인이 성관계를 하기 전에 명시적인 동의를 서로 받는 일은 별로 없으며, 암묵적 양해로 이루어지는 것이 통상일 것이다. 우리나라는 성행위 그 자체를 드러내놓고 말하는 것에 아직은 어색한 사회적 풍조가 있다. 이러한 사회에서 갑자기 국

가가 형법에 따라 “성행위를 할 때에는 반드시 상대방의 동의를 구하라”, “명확한 동의를 구하지 않고 성교하면 범죄다”라는 규범을 강제하게 되면 사회 구성원들의 자유로운 성적 자기결정의 자유에 큰 영향을 미칠 수 있을 것으로 보인다.

범죄의 전제가 되는 규범에 대하여 사회 구성원들에게 어느 정도의 공통된 인식이 형성되어 있지 않으면 처벌을 하여도 무엇이 나쁜 행위인지 이해할 수 없을 뿐만 아니라 사회에 그 규범을 지키려는 규범의식이 양성되기 어려워 성범죄 피해를 없애기 위한 목적은 달성되기 어려울 수 있다. 따라서 이른바 비동의강간죄의 신설은 대체 가능한 규정이 있으므로 그 도입의 필요성은 없는 것으로 보인다. 다만, 성범죄 피해를 예방하기 위하여 현재 우리의 성문화를 바꿀 필요가 있다고 한다면 갑작스럽게 국가가 형벌이라는 가장 강력한 수단에 의하여 강제하는 것이 아니라 성(性)의 본연의 자세를 둘러싼 국민적 논의나 성교육의 재검토가 선행되어야 할 것으로 보인다.

- 주제어 : 비동의강간죄, 강간죄, 성범죄, 업무상 위력에 의한 간음죄, 성적 자기결정권

I. 서론

우리 형법은 많은 법익을 보호하고자 다양한 구성요건들을 두고 있다. 그 중에서도 보호법익으로 가장 가치 있는 것이 ‘생명’임은 그 누구도 부인할 수 없을 것이다. 생명 이외에 많은 보호법익 중 다음으로 가치 있는 것을 고른다면 인간의 ‘성(性)’이지 않을까 생각된다. 생명 이외에 재산이나 단순 신체에 대한 침해는 시간이 지나면 회복의 여지가 있다 하겠으나 성범죄는 그 피해자가 당하는 순간뿐만 아니라 평생 기억될 ‘나쁜 트라우마’로 작용될 여지가 있다. 이러한 성범죄와 관련 우리 형법은 제297조에 “폭행 또는 협박으로 사람을 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다”고 규정하고 있으며, 2012년 신설된 이른바 ‘유사강간’ 행위에 대해서도 구성요건을 두고 있다.¹⁾

이렇듯 성(性)에 대한 범죄와 관련하여 다양한 구성요건을 두고 있음에도 불구하고 최근에 붙여진 이른바 ‘안희정 전 충남도지사’ 사건²⁾은 이른바 ‘비동의강간죄’ 도입에 관한 논의를 가속시켰다.³⁾ 유럽에서는 이른바 ‘yes means yes rule’이라 하여 명시적 동의가 없으면 강간으로 보는 규칙이 적용되고 있는 국가가 있다.⁴⁾

1) 이외에도 우리 형법 제32장에는 강제추행, 준강간 및 준강제추행, 강간상해 및 상간치상, 강간살인 및 강간치사, 미성년자 등에 간음, 업무상 위력 등에 의한 간음, 미성년자에 대한 간음 및 추행 등에 대해서도 구성요건을 두고 있다.

2) 2017년 6월말 부터 안희정 전 충남도지사의 비서로 근무한 김○○씨가 8개월 동안 4차례 강제적인 성관계와 수시로 성추행을 당했다고 밝힌 사건이다.

3) 오마이뉴스, 2018년 9월 6일자, “안희정, 현행법으로도 되지만.. ‘비동의 간음죄’로 몽친 여성의원들”, <https://news.v.daum.net/v/20180906160600110>(오마이뉴스, 2021. 6. 6. 확인).

4) 벨기에, 독일 등은 동의가 없는 상태에서 이루어진 성관계는 수단·관계의 정도에 관계없이 강간죄를

한편, 일본에서는 2017년 개정된 성범죄 규정을 둘러싸고 새로운 개정을 요구하는 의견이 제기되고 있다. 특히 성폭력 범죄의 근절을 호소하는 ‘플라워 데모’⁵⁾를 통하여 많은 여성들이 성범죄와 관련된 재판에서 무죄판결이 많은 것에 항의하고 있다. 이러한 가운데 특히 주목을 끄는 무죄판결이 나고야(名古屋) 지방법원 오카자키(岡崎) 지부의 2019년 판결이다.⁶⁾ 본 무죄판결에 대하여 ‘항거불능’이라는 엄격한 요건을 갖추지 않는 한 성범죄로 처벌되지 않는 것은 불합리하다는 비판이 있다.⁷⁾ 그리고 외국의 입법례와 비교하면 일본의 성범죄 규정이 한층 피해자에게 엄격하고 성폭력 가해자에게 관대한 규정으로 되어 있다는 비판도 있다.⁸⁾

일본에서 강제성교등죄에 있어 폭행·협박의 요건을 폐지해야 한다는 주장은 오래전부터 있어 왔으며, 해석론상 간음행위 그 자체를 폭행으로 봄으로써 사실상 부동의성교 행위 등을 처벌해야 한다는 견해가 있었다.⁹⁾ 나아가 폭행·협박에 의한 성교를 ‘성적 폭행죄’로서 재구성하여 피해자의 동의를 구성요건해당성(또는 위법성) 조각사유라고 평가해야 한다는 견해도 보인다.¹⁰⁾ 또한 최근에는 더 나아가 부동의성교죄를 입법화해야 한다는 주장이 나오기에 이르렀다. 이른바 ‘Yes means Yes rule’이 적용되어 명시적 동의 없는 성관계를 범죄로 처벌하여 동의 없는 성행위는 기본적으로 위법하며, 상대방의 동의가 있어야만 위법성이 조각된다고 볼 수 있다는 것이다.¹¹⁾ 이 견해에서는 피해자의 저항 유무에 관계없이 범죄 성립에 있어서는 해당 성행위가 ‘상대방의 의사에 반하는 것이었다’는 피해자 진술의 내용이 매우 중요하다고 보고 있다.¹²⁾ 또한 일본에서는 과실강제성교등죄의 신설도 주장되고 있다.¹³⁾

앞서 언급한 바와 같이 우리나라에는 강제추행죄를 비롯하여 강간죄 등의 성관련 범죄에 대한 구성요건을 두고 있으며, 이른바 비동의강간죄를 도입하지 않아도 업무상 위력 등에 의한 간음죄에 의하여 처벌이 가능할 수도 있어 보인다. 따라서 만일 비동의강간죄를 도입한다면 현재의 규정과 겹치는 부분은 없는지, 신설한다면 기존의 규정과의 차별점은 무엇인지, 피해자 보호에 어느 정도 실효성이 있는지, 또 다른 문제가 발생하

인정하고 있다. 독일 역시 2016년 개정 이후 ‘피해자의 표현된 의사’를 중심으로 강간죄를 판단하고 있다(<https://100.daum.net/encyclopedia/view/201XXX1810095>, 2021. 6. 6. 확인).

- 5) ハフポスト 日本版、2019年10月11日字「声をあげることから世界は変わる。性暴力に抗議する『フラワーデモ』に彼女が参加する理由、(https://www.huffingtonpost.jp/entry/story_jp_5d9d7f3ec4b06ddfc5108369, 2021. 6. 8. 확인). 플라워데모라 함은 2019년부터 일본에서 시작된 꽃을 몸에 지니고 성폭력에 항의하는 사회운동을 말한다.
- 6) 名古屋地裁岡崎支判 平成31年3月26日.
- 7) 伊藤和子, なぜ、それが無罪なのか, ディスカヴァー携書, 2019, 31頁.
- 8) 伊藤和子, 前掲書, 125頁.
- 9) 内田博文, “特集これからの刑事法をどうする”, 法学セミナー 第502號(1996), 32頁.
- 10) 木村光江, “強姦罪の理解の変化”, 法曹時報 第55卷 第9號(2003), 14頁以下.
- 11) 島岡まな, 性犯罪の本質は被害者の不同意にある(<https://news.yahoo.co.jp/feature/1510>, 2021.6.12.확인). 川口浩一, “強姦罪から不同意性交等罪へ”, 法政研究 第85卷 第3・4號(2019), 1296頁.
- 12) 島岡まな, “性犯罪の保護法益及び刑法改正骨子への批判的考察”, 慶應法学 第37號(2017), 31頁.
- 13) 井田/浅田編, 基本法コンメンタル刑法(第2版), 日本評論社, 2017, 390頁.

지는 않는지 등을 명확히 할 필요가 있을 것이다. 이러한 점과 관련하여서는 2016년에 폭행·협박의 요건을 삭제한지 얼마 되지 않은 독일의 논의도 검토할 필요가 있어 보인다. 이상의 내용을 중심으로 이하에서는 일본과 독일의 논의를 바탕으로 한 비동의강간죄 도입에 관하여 검토하여 본다.

II. 외국의 논의상황

1. 일본

(1) 판례의 검토

1) 폭행·협박 및 항거불능 요건의 확장

일본 형법 제177조는 강제성교등죄¹⁴⁾를 두고 있다. 본 죄에 있어 폭행·협박에 대한 요건을 폐지하자고 주장되는 이유 중 하나가 그 요구의 정도가 지나치게 까다롭다는 것에 있었다. 하지만 본 죄와 관련하여 폭행·협박의 요건을 일본 판례가 현저히 저항이 어려운 정도까지 요구하지 않았다는 점에 대하여 많은 지적이 있었다. 즉, 판례에서는 폭행·협박의 정도가 경미하여도 제반 사정을 고려하여 피해자의 저항이 곤란하였음을 인정하고 있으며,¹⁵⁾ 폭행·협박에 있어 피해자의 저항곤란은 범죄성립의 한 요소에 지나지 않는다고 보고 있다.¹⁶⁾

그리고 협박의 요건에 대해서도 구성요건의 해석상 확장되는 경향이 있다.¹⁷⁾ 즉, 제177조의 협박은 피해자의 저항 곤란성이라는 관점에서 보다 실질적인 판단이 이루어지고 있으며, 생명·신체에 대한 해악의 고지뿐만 아니라 보다 넓은 범위에서 인정되고 있다고 한다.¹⁸⁾

한편, 제178조의 준강제성교등죄는 ‘심신상실’ 내지 ‘항거불능’이거나 이러한 상태에서

14) 제177조(강제성교 등) 13세 이상의 자에 대하여 폭행 또는 협박을 이용하여 성교, 항문성교 또는 구강성교를 한 자는 강제성교등죄로 하여 5년 이상의 유기징역에 처한다. 13세 미만의 자에 대하여 성교 등을 한 자도 같다.

15) 最判昭和33年6月6日裁集刑 第126號 171頁.

16) 강제성교등죄의 유형별 판단기준에 대해서는 嶋矢貴之, “性犯罪における『暴行·脅迫』について”, 法律時報 第88卷 第11號, 2016, 71頁; 樋口亮介, “性犯罪の主要事実確定基準としての刑法解釋”, 法律時報 第88卷 第11號, 2016, 89頁 참조.

17) 刑事比較法研究グループ, “比較法から見た日本の性犯罪規定”, 刑事法ジャーナル 第45號, 成文堂, 2015, 159頁.

18) 広島高決平成23年4月4日家裁月報 第63卷 第9號 90頁(과거의 성적 괴롭힘을 폭로하겠다는 취지의 협박); 東京高判平成19年9月26日 判タ 第1268號 345頁(피해자가 해고되도록 하겠다는 협박); 高松高判昭和47年9月29日 高刑集 第25卷 第4號 425頁(피해자의 도둑질을 경찰에 신고하겠다는 협박).

성교 등을 한 경우를 대상으로 하고 있다. 그러나 이러한 ‘항거불능’에 대하여 해석상 넓게 보는 경향을 볼 수 있다. 즉, 저항하는 것이 ‘불가능’한 상태까지 이를 짓까지의 필요치 않으며 ‘반항이 현저히 곤란한 상태’로 충분하다고 보고 있다.¹⁹⁾ 구체적으로는 정신장애, 수면중, 각성 상태에 있는 피해자뿐만 아니라 정상적 상태이면서도 성적 행위에 관한 이해 능력이나 판단 능력이 충분한 피해자도 판례에서는 항거불능으로 인정한 사례를 찾아볼 수 있다. 그 전형적인 사례가 의사의 의료행위가 정당하다고 오신하고 있는 피해자에게 성적 행위를 하는 경우이며, 이에 더하여 피해자의 무지, 곤혹, 경악 등을 이용하거나 또는 피해자가 처해진 상황을 이용하여 피해자에게 항거불능의 상황을 야기한 경우에도 본죄가 성립한다고 보고 있다.²⁰⁾

이와 같은 ‘항거불능’의 판단기준은 피해자가 처한 상황이나 행위자가 만들어낸 상황 등을 종합하여 당해 피해자에게 행위를 승낙 또는 인용하는 이외의 행위를 기대하는 것이 현저히 곤란하다고 인정될 것을 요한다고 판단²¹⁾하고 있다. 이 외에도 골프코치,²²⁾ 목사,²³⁾ 써클활동의 고문 등이²⁴⁾ 미성년자에 대해서 지위·관계성을 이용해서 피해자를 외포·경악시키는 경우나 불이익을 두려워하게 하여 성행위에 응하도록 하는 경우 등을 항거불능으로 판단하고 있다.

이와 같은 일본 법원의 판단에 따라 처벌범위가 확대되어 온 결과 강제성교등죄와 준강제성교등죄의 처벌범위가 중복되게 되었다. 결국 일본에서는 준강제성교등죄는 “피해자가 취약하고 성적 행위에 저항하기 어려운 경우를 광범위하게 포섭하는 일반조항”이 되었다고 평가되고 있다.²⁵⁾ 한편, 강제성교등죄는 폭행·협박을 요소로 하여 피해자가 취약하고 성적 행위에 저항하기 곤란한 경우를 널리 포섭하기 위하여 양자의 성립 범위가 서로 중복되게 된다고 한다.²⁶⁾ 하지만 결론적으로 법정형은 동일하므로 어느 조문을 적용하더라도 별 문제는 없다는 견해²⁷⁾도 있다.

2) 성교 등에 수반되는 폭행의 의미

일본 형법학상 폭행의 요건에 대해서는 통상 성행위의 경우 이용되는 유형력, 예를 들어 피해자의 몸 위에서 저항을 못하게 하거나 강제로 다리를 벌리는 등의 행위도 여기

19) 東京高判平成15年9月29日 判決時報 第54卷 第1~12號 67頁 參照. 大塚仁ほか編, 大コンメンタール 第9卷(第3版), 青林書院, 2013, 82頁.

20) 東京高判平成15年9月29日 判決時報 第54卷 第1~12號 67頁; 東京高判昭和31年9月17日高刑集 第9卷 第9號 949頁; 東京高判昭和56年1月27日 刑裁月報 第13卷 第1·2號 50頁.

21) 大塚仁ほか編, 前掲書, 84頁.

22) 福岡高宮崎支判 平成26年 12月11日.

23) 京都地判平成18年2月21日 判タ 第1229號 344頁.

24) 秋田地判平成25年2月20日.

25) 刑事比較法研究グループ, 前掲論文, 161頁; 深町晋也, “性犯罪における暴行・脅迫の程度”, 法教 第427號, 2016, 40頁.

26) 深町晋也, 前掲論文, 40頁.

27) 深町晋也, 前掲論文, 40頁; 樋口亮介, 前掲論文, 90頁.

에 해당한다. 만일 이러한 유형력의 행사라도 족하다면 사실상 현행법대로 부동의성관계 등의 처벌이 가능해진다고도 할 수 있을 것이다. 일본의 일부 견해는 이를 긍정하고 있으며, 폭행에 의하여 피해자의 저항을 물리적으로 배제하였는가는 문제가 되지 않으며, 유형력의 정도는 법적 의의를 상실하였다고 평가되고 있다.²⁸⁾ 분명히 일부 판례에서 이러한 운용이 이루어지고 있음은 부정할 수 없으나 피해자가 미성년이라는 특이한 경우에 한정되어 있어 판례의 입장이라고까지는 보기 어렵다.²⁹⁾

3) 항거불능의 의미

앞서 언급한 바와 같이 준강제성교등죄의 항거불능 요건의 해석과 관련하여 나고야(名古屋)지방법원 오카자키(岡崎) 지부가 판결한 무죄판결을 계기로 일본내에서의 비판이 높아지고 있다. 이 사안에서 피고인은 이전부터 폭력과 성적 학대 등에 의하여 피고인에게 저항할 수 없던 정신상태에서 생활하고 있었던 동거녀의 딸 A(19세)가 항거불능의 상태에 있었던 점을 이유로 회의실과 호텔 등에서 성행위를 한 사안에 대하여 준강제성교등죄의 죄책을 인정하였다.³⁰⁾

나고야지방법원 오카자키 지부는 “본 건 각 성행위 당시 A의 심리상태는 성행위에 응하지 않으면 생명·신체 등에 중대한 위해를 당할 우려가 있다는 공포심에서 저항할 수가 없었다는 것과 상대방의 말을 전면적으로 믿고 이에 복종할 수밖에 없었던 상황에서 성행위에 응할 수 밖에 없었다고 생각하는 등 심리적 항거불능의 경우와는 달리 저항불능의 상태에까지 이르렀다는 판단에는 합리적인 의심이 있다”고 보아 무죄의 판단을 하였다.

본 판결과 관련하여서는 대상판결이 요구한 항거불능의 정도(인격의 완전한 지배)는 과잉이었을 가능성이 높다³¹⁾는 비판이 있다. 확실히 피해자가 오랜 세월에 걸쳐 폭행과 성적 학대를 받아온 점을 좀 더 고려했어야 한다는 것이다. 그러나 항거 불능이 요건을 완화하고 피해자의 임의적 판단의 여지가 있는 경우까지를 보다 넓게 대상으로 판단하

28) 刑事比較法研究グループ, 前掲論文, 159頁; 嶋矢, 前掲論文, 67頁; 樋口, 前掲論文, 89頁.

29) 福島家裁いわき支判 平成17年1月20日 家月 第57卷 第6號 198頁와 그 항소심인 仙台高決 平成16年10月29日 家月 第57卷 第6號 174頁. 이 사안의 피해자는 13세라는 점과 행위 전의 사정 등을 종합적으로 고려하여 저항이 어려웠을 것으로 판단한 사례이다. 하지만 본 판례가 폭행을 성관계에 통상적으로 수반되는 유형력이라도 관계 없다는 것을 일본 판례의 입장으로 보는 것에는 무리가 있으며, 원래 이러한 해석은 유추해석에 해당되어 죄형법정주의에 반한다. 동의성관계 등을 널리 처벌할 필요가 있다면 정면에서 논의해야지 해석론으로 대응해서는 안 된다는 견해도 보인다(嘉門優, “性犯罪規定の見直しに向けて—不同意性交等罪の導入に対する疑問—”, 立命館法學 第387·388號, 立命館大學法學會, 2019, 57頁).

30) 名古屋地裁岡崎支判 平成31年 3月26日.

31) 佐藤陽子, 判批, 刑事法ジャーナル 第62號, 2019, 151頁; 安田拓人, 判批, 法學教室 第469號, 2019, 138頁參照. さらに, 鹿児島地判平成26年 3月27日における抗拒不能判断に対する批判として, 金澤真理, 判批, 判例セレクト 第1號, 2014, 33頁; 川本哲郎, “準強姦罪における抗拒不能について”, 「川端博先生古稀祝賀論文集(下)」, 成文堂, 2014, 74頁參照.

는 점에는 의문의 여지가 있다는 견해³²⁾도 있다.

본 사례와 같이 부모로부터 지속적 성적 학대를 받아 온 사건을 계기로 2017년 감호 자성교등죄(제179조 제2항)가 신설³³⁾되었다. 동 구성요건은 피해자가 18세 미만인 경우로 한정하여 부모 등의 감호자가 성적 학대를 지속적으로 반복하고, 성적 행위만으로 폭행·협박이 인정되지 않으며, 항거불능에도 해당하지 않아 형법상의 성범죄로 처벌하기 어려운 경우가 있다는 이유로 신설되었다. 따라서 성행위가 18세 이상의 피해자에 대해 이루어졌을 경우에 대해서는 폭행·협박이 인정되거나 항거 불능에 해당하지 않는 한 강제성교등죄나 준강제성교등죄로 처벌해야 한다고 한다. 이러한 점에 대하여 항거불능 요건을 기존의 견해까지 변경하면서 이러한 사안을 준강제성교등죄로 처벌해서는 안 된다는 견해가 있다.³⁴⁾

일본에서는 최근 범죄피해자의 심리와 관련하여 공포뿐만 아니라 포기 등으로 인한 심리적 항거 곤란에 빠지는 경우도 있다는 연구도 있다.³⁵⁾ 이 중에서 항거불능의 사안으로는 모두 파악할 수 없어 형법에 의하여 새롭게 대응해야 한다면 현행법의 해석을 완화하는 것이 아니라 새로운 입법에 의한 대응이 바람직하다는 견해도 보인다.³⁶⁾

4) 피해자진술 신빙성 판단의 문제점

폭행·협박의 정도가 강하지 않은 경우 즉, 피해자의 저항이 없고 오히려 성행위에 동의하고 있었던 것 같은 외형적 정황이 인정되는 경우로 이러한 경우 재판에서는 피해자에 대하여 ‘정말 싫었는가’라는 질문을 하지 않을 수 없고 피해자 진술의 신빙성에 대한 판단이 매우 중요해진다고 보아 왔다.³⁷⁾ 이러한 사안에서 요구되는 피해자의 진의의 승낙과 피고인과의 성관계를 적극적으로 입찰 사정까지는 필요하지 않다. 즉, 피해자의 임의적인 판단으로 ‘피고인으로부터 요구받으면 저항할 생각도 없으며, 성행위를 하여도 어쩔 수 없다’는 용인의 의사가 있으면 진의로 나온 승낙이라고 볼 수 있다. 이러한 판단에 있어서 피고인과 피해자가 성관계에 이르기까지 어떠한 관계가 있었는지, 범행 후 피해자의 언동, 특히 피해자의 적극적인 신고가 중요하다.

이처럼 객관적인 증거가 없고 피해자 진술이 결정적인 증거가 되는 경우에는 그 신빙성에 대한 판단은 특히 신중하지 않을 수 없다.³⁸⁾ 특히, 성범죄에 있어서는 그 판단의

32) 嘉門優, 前掲論文, 58頁.

33) 제179조(감호자외설 및 감호자성교 등) ②18세 미만의 자에 대하여 그 자를 현재 감호함에 따른 영향력을 이용하여 성교 등을 한 자는 제177조의 예(5년 이상의 유기징역)에 따른다.

34) 嘉門優, 前掲論文, 58頁.

35) 齋藤梓/大竹裕子, “当事者にとっての性交・同意”とは：性暴力被害当事者の視点から望まない性交が発生するプロセスをとらえる”, 年報公共政策學 第13卷, 2019, 185頁以下; 齋藤梓/岡本かおり/大竹裕子, “性暴力被害が人生に与える影響と被害認識との関係—性暴力被害の支援をどう整えるべきか—”, 學校危機とメンタルケア 第11卷, 2019, 32頁 以下.

36) 嘉門優, 前掲論文, 59頁.

37) 遠藤邦彦, 強姦の成否(1), 立花書房, 2007, 230頁.

38) 最判平成21年4月14日 刑集 第63卷 第4號, 331頁.

기준이 되는 경험칙과 관련하여 일본에서는 이른바 ‘강간신화(強姦神話, rape myths)³⁹⁾에 대하여 비판적 목소리가 이어져 왔다. 즉, ‘정말로 간음의 시도를 당하였다면 도망치거나 격렬하게 저항했을 것이다’, ‘큰소리를 질러 도움을 청했어야 했다’고 하며, 이와 같은 행위를 하지 않은 피해자에게는 ‘용인의 의사’가 있었다고 인정되는 사례가 있다는 것이다.⁴⁰⁾

이와 같이 피해자 진술의 신빙성을 판단하는 방식에 대하여 강간신화에서 처럼 그릇된 경험칙을 바로잡아 나갈 필요가 있다. 하지만 이러한 문제에 대하여 일본에서는 동의하지 않는 이른바 ‘동의성교등죄’를 새롭게 도입했다고 해서 해결될 문제는 아니라는 견해도 있다. 즉, 동의성교등죄를 도입하면 객관적 증거없이 피해자의 증언이 쟁점이 되어 피고인에게 불리한 상황이 많을 수 있다는 견해도 있다.⁴¹⁾ 또한 이렇게 되면 재판에서 피해자 증언의 신뢰성을 담보하기 위하여 엄격하게 추궁한 나머지 피해자에 대한 2차 피해를 초래할 우려가 높아지게 된다는 것이다. 즉, 변호인측 뿐만 아니라 검찰이나 경찰까지도 공판을 유지하기 위하여 피해자에 대하여 ‘정말로 동의하지 않았는가’라고 엄격하게 추궁하지 않을 수 없는 상황이 발생하는 것이다. 이와 같이 일본에서는 폭행·협박의 요건을 단순히 삭제하는 것만으로는 피해자를 보호할 수 없을 뿐만 아니라 오히려 지금보다 더한 2차 피해를 가할 수도 있다는 것이다.

(2) 현행법상 처벌의 한계

1) 처벌의 한계

일본에서는 위와 같이 처벌의 간극이 지적되는 한편, 현행법에서도 판례·학설과 함께 ‘처벌의 한계’라 보이는 유형이 있다. 첫째로 피해자가 객관적으로 저항이 어려운 상황이었다고 인정되지 않은 사례를 들 수 있다. 예를 들어 상대가 성관계를 요구하여 내심으로는 싫었지만 인간관계가 악화되는 것을 두려워하여 거절하지 못하고 성관계에 응하는 경우를 상정할 수 있다. 분명 이것도 동의를 성교라고 할 수 있다. 그러나 사람은 싫다 하여도 ‘우선적으로’, ‘친절함에서’, ‘언쟁(또는 싸움)을 피하기 위해서’ 등 다양한 이유로 요구에 따르는 일은 발생할 수 있다. 이들 모두가 처벌되어야 할 강요라고는 생각되지 않으며, 이것은 성행위에 있어서도 동일하다는 견해가 있다.⁴²⁾

39) 강간의 가해자나 피해자, 성폭력에 대해 갖게 되는 편향적이고 유형적인 잘못된 신념을 말한다(일본의 위키백과(<https://ja.wikipedia.org/wiki/>)에서 검색, 2021. 6. 22. 확인). 강간신화는 전통적인 성역할, 개인간 폭력의 용인, 성폭력 특성에 대한 오해 등 다양한 문화적 유형에서 유래한다고 한다.

40) 島尾恵理, 強姦無罪, 大阪弁護士會人權擁護委員會性暴力被害検討プロジェクトチーム編, 信山社, 2014, 58頁 以下. なお, 野澤佳弘, 強姦無罪, 大阪弁護士會人權擁護委員會性暴力被害検討プロジェクトチーム編, 信山社, 2014, 73頁 이하도 大阪地判平成20年6月27日判決(強姦)을 소재로 하여 판례에 의한 피해자 심리에 대한 잘못된 이해에 대하여 비판하고 있다.

41) 島岡, 前掲論文, 31頁 参照.

42) Fischer, Noch einmal: § 177 StGB und die Istanbul-Konvention, ZIS, 2015, S. 314f.

또한, 앞서 언급한 바와 같이 성행위의 인식이나 사람의 동일성의 착오는 심리적 항거 불능으로 처벌의 대상으로 규정되어 있지만, ‘진실을 알면 성적 행위에 응하지 아니할 것이다’라는 정도의 기망·착오를 널리 항거불능에 포함해서는 안 된다고 보고 있다.⁴³⁾ 즉, 예를 들어 기망을 수단으로 하는 결혼사기와 같이 동기에 착오가 있는 경우에는 항거불능이라고 할 수 없고, 준강제성교등죄가 성립한다고 할 수 없다고 보아 왔다. 정상적인 판단능력을 가진 성인 피해자가 특정 상대방과 성행위를 갖는 것을 인식하면서 이에 응하고 있는 경우에 대해서는 ‘항거불능’이라고 할 수 없다는 것이다.⁴⁴⁾ 왜냐하면 이를테면 ‘결혼해 준다고 했기 때문에’ 라던가 ‘평생 사랑하겠다고 했기 때문에’ 성교에 응한 경우도 넓은 의미에서 ‘부동의’의 성교라고 할 수 있는데, 이들을 널리 형법에 따라 대처해야 하는 중대한 성적 피해라고까지는 할 수 없기 때문이다.⁴⁵⁾

2) 고의의 인정여부

다음으로 폭행·협박의 요건과 관련하여 외형적으로 저항이 곤란하였다는 것을 인정할 수 없으면 피고인의 고의가 인정되기 어려운 한계가 있다. 결국 피해자가 경악 또는 공포라는 심리상태에 의하여 저항이 곤란하였다는 점이 인정되면 외부적으로는 저항이 곤란하였다는 점을 알 수 없어 행위자로서는 그 상황을 인식할 수 없다. 그러면 강제성교나 준강제성교의 고의가 있었다고 인정할 수 없게 된다.

예를 들어 피해자가 항거불능이었음을 인정하였지만 고의가 부정되어 무죄로 된 사안⁴⁶⁾에서는 “외형적으로 피해자의 명확한 거부 의사는 나타나 있지 않다. 피해자가 비정상적인 정신적 혼란 상태에 있음을 객관적으로 판별할 수 있는 상황에 있었다고는 인정되지 않으며, 이를 의심케 하는 징표가 있는 모습도 보이지 않는다고 보아 피고인의 입장에서 어디까지나 피해자의 (적어도 소극적인) 동의를 얻으면서 성교를 하려했을 가능성이 있다.”고 판단하였다. 또한 시즈오카 지방법원 하마마츠 지부(静岡地裁浜松支部)도 피고인이 통행중인 여성에게 폭행을 가하여 구강성교로 인하여 구강 좌창 등의 상해를 입힌 사안에서 피해자가 항거 불능이었음을 인정하였으나 피고인의 고의를 부정하여 무죄로 판단하였다.⁴⁷⁾ 또한 피해자가 저항할 수 없었던 주된 이유는 “순간 머리가 하얗게 되었다”⁴⁸⁾는 등의 정신적인 이유에 의한다. 구강성교에 이르기 전 시점에서는 피고인의

43) 刑事比較法研究グループ, 前掲論文, 167頁.

44) 龜山/河村, 前掲論文, 84頁.

45) 嘉門優, 前掲論文, 61頁.

46) 福岡高裁宮崎支判平成26年12月11日. なお, 木村光江, “準強姦罪, 準強制わいせつ罪—地位・関係性の利用—”, 研修 第818號, 2016, 7頁에서는 “우월적 지위에 있는 자에게 준강간죄의 죄책을 물은 사안에서 피해자가 수인(數人)인 경우 피해자가 18세 미만이라는 특색이 있으며, 가고시마(鹿児島)의 사안과 같이 한 명의 피해자(18세)의 경우에는 항거불능의 인식을 결할 수 있는 여지가 있다”고 판단하고 있다.

47) 静岡地裁浜松支判 平成31年3月19日.

48) “아무 생각이 나지 않는다” 정도로 이해된다.

입장에서 “확실한 저항이 있었다고 보기 어렵다”고 보았다.

이처럼 피해자가 내심 항거불능 상태였다고 해도 피고인이 이를 인식할 계기가 없다면 피고인의 고의를 인정할 수 없다. 이와 같은 객관적인 요건을 해석에 의하여 확장적으로 이해할 수 있었다고 해도 고의 인정의 문제는 남지 않을 수 없다는 것이다. 이러한 점은 고의범만을 규정하고 있는 일본 현행법상의 처벌의 한계라는 지적이 있다.

2. 독일

(1) 독일의 성범죄 규정 개정(No means no model)

1) 처벌 간극의 문제

비동의간음죄 도입과 관련하여 독일의 논의를 검토할 필요가 있다. 독일에서는 피해자의 거절의사에 반하여 성교한 경우를 처벌한다는 이른바 ‘No means no model’(이하 No 모델이라 칭함)을 도입하였다. 이 모델론에 따르면 피해자가 거절 의사를 명시하고 있었음에도 성교에 이르렀다면 처벌의 대상이 된다는 것이다.⁴⁹⁾ 독일에서는 2016년 폭행·협박의 요건이 삭제되면서 이 모델이 도입되었다.⁵⁰⁾ 국제적 동향도 피해자의 의사 억압이

49) 嘉門優, 法益論, 成文堂, 2019, 201頁.

50) 독일 형법 제177조(성적침해, 성적강요, 강간) ① 타인의 인식 가능한 의사에 반하여 이 자에 대하여 성행위를 하거나 혹은 이 자에게 성행위를 행하게 한 자 또는 이 자로 하여금 제3자에 의한 성행위를 실행 혹은 수인하게 한 자는 6월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.

② 다른 사람에 대하여 성행위를 행하거나 그 사람에게 시킨 사람 또는 이 사람으로 하여금 제3자에 대하여 제3자에 의한 성행위를 행하거나 시킨 자가 이하와 같은 경우에서도 전항과 동일하게 처벌한다. 감수

1. 사람이 저항의사를 형성하거나 표명할 수 없는 상황을 이용한 경우
2. 행위자가 상대방의 동의를 얻은 경우를 제외하고는 그 자의 신체적 또는 정신적인 상황에 근거하여 의사 형성 또는 의사 표명이 중대하게 제약되어 있음을 이용한 경우
3. 행위자가 상대방의 경악을 이용한 경우
4. 피해자가 저항에 있어서 중대한 해로 우려되는 상황을 이용한 경우
5. 행위자가 성행위의 실행 내지 수인을 중대한 해로 인한 협박으로 강요한 경우

③ 이상의 미수는 별한다.

④ 피해자의 질병이나 장애에 근거하여 의사형성이나 의사표명을 할 수 없는 경우 1년 이상의 자유형을 선고한다.

⑤ 1년 이상의 자유형은 행위자가 이하의 경우에 선고한다.

1. 피해자에 대하여 폭행을 사용한 경우
2. 피해자에게 신체나 생명에 대하여 현재의 위험을 미치는 취지의 협박을 한 경우
3. 피해자가 무방비상태에서 행위자의 영향하에 몸을 맡기고 있는 상황을 이용한 경우

⑥ 범정이 특히 중한 사안에서는 형은 2년 이상의 자유형으로 한다. 범정이 특히 무거운 사안이란 원칙적으로

1. 행위자가 피해자와 성관계를 한 경우 또는 그와 유사한 특히 피해자를 비하하는 성행위를 피해자에게 또는 자신에 대해 피해자에게 행하게 한 경우, 특히 그러한 행위가 신체에 삽입된 것과 결부되어 있는 경우(강간)
2. 행위가 복수의 자에 의해 공동으로 행해졌을 때

라는 요소를 요구하지 않고 강요 수단의 한정을 둘 필요가 없다는 경향에 있다⁵¹⁾는 것이다.

독일에서 강간죄가 개정된 것은 몇 개의 처벌의 간극이 있었기 때문이다. 첫째, 강요의 수단 없이 실행되는 성행위, 이를테면 피해자가 치욕이나 체념, 내지는 착오에 의하여 저항할 수 없었던 것과 같은 경우이다.⁵²⁾ 둘째, 생명·신체에 대한 법익침해 이외의 중대한 법익침해를 고지하였을 경우, 예를 들어 행위자가 이전부터 행한 행동이나 협박에 의한 영향력을 이용하여 성행위를 행하는 경우,⁵³⁾ 직장에서 해고한다는 등의 사회적 해악의 고지, 인적 관계의 해소, 아동을 납치하는 경우 등이 있다.⁵⁴⁾ 셋째로 피해자의 경악을 이용하는 유형이다. 예를 들어 여성의 스커트 속에 갑자기 손을 넣는 경우나 갑자기 여성의 가슴을 만지는 경우이다.⁵⁵⁾ 이상과 같은 경우 독일에서는 종래의 규정으로는 처벌할 수 없었기 때문에 개정에 이르게 된 것이다.

확실히 독일에서는 폭행·협박 요건이 상당히 엄격하게 해석되고 있었기 때문에⁵⁶⁾ 처벌의 간극이 존재하고 있었다. 이 때문에 개정에 의하여 처벌범위가 확대되었다고 평가할 수 있다.

2) 거절의사의 인식가능성

독일이 채용한 No모델의 경우 피해자의 거절 의사가 처벌의 핵심이지만 그 의사의 판단 방법이 문제가 될 수 있다. 독일에서는 피해자 진술에 의존하는 것을 피하기 위하여 객관적 판단의 필요성을 느끼고 있었다. 즉, 독일의 통설은 형법 제177조 제1항에서 ‘타인의 인식 가능한 의사에 반하여’라는 요건의 ‘인식가능성’은 제3자의 관점에서 객관

⑦ 행위자가 이하의 경우에는 3년 이상의 자유형을 선고한다.

1. 흉기 또는 기타 위험한 도구를 휴대했을 때
2. 그 밖에 폭행 또는 폭행한다는 협박에 의해 타인의 반항을 저지하거나 억압할 목적으로 도구 또는 수단을 휴대했을 때
3. 행위로 인하여 피해자를 중증건강장애의 위험에 처한 때

⑧ 행위자가 이하의 경우는 5년 이상의 자유형을 선고한다.

1. 행위 시에 흉기 또는 위험한 도구를 사용했을 때 또는 2. 피해자를 a)행위시에 신체적으로 현저히 확대하거나 b) 행위로 인하여 사망의 위험에 처했을 때

⑨ 제1항 제2항 중 범정이 그다지 무겁지 않은 사안에서는 3월 이상 3년 이하의 자유형을 제4항 및 제5항 중 범정이 그다지 무겁지 않은 사안에서는 6년 이상 10년 이하의 자유형을 선고한다. 제7항 및 제8항 중 범정이 과중하지 아니한 사안에서는 1년 이상 10년 이하의 자유형에 처한다.

51) 이스탄불조약 제36조 참조. Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence(<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168008482e>); Eisele, Schönke/Schröder-Kommentar, 30Auffl. §177, Rn.5.

52) BGH NStZ 2013, 466.

53) Renzikowski, Miko, 3.Aufl. § 177, Rn.32; Eisele, a.a.O, §177, Rn.4.

54) Laubenthal, Sexualstraftaten, Handbuch, 2012, Rn.218.

55) Isfen, Zur gesetzlichen Normierung des entgegenstehenden Willens bei Sexualdelikten, ZIS, 2015, S. 218; Eisele, a.a.O, Rn.4.

56) 嘉門優, 前掲書, 208頁.

적으로 판단되어야 한다고 한다.⁵⁷⁾ 즉, 피해자가 행위 시점에서 행위자에 대하여 거절 의사를 구두로 명확하게 설명하고 있는지 또는 반항하면서 울거나 성행위를 회피하려고 함으로써 객관적으로 인식 가능하다고 인정된다.⁵⁸⁾ 또한 이와 같은 의사는 행위자와 피해자의 관계와 선행행위에서도 인식가능하다 볼 수 있다.⁵⁹⁾

이와 같이 독일에서 피해자의 거절 의사를 객관적으로 인정하려고 하는 태도는 현재 폭행·협박 요건을 가진 한국 및 일본에서 피해자의 반항 곤란성을 객관적으로 인정하는 수법이나 판단 요소와 큰 차이가 없는 것 같다. 일본에서 전술한 바와 같이 피해자의 저항 곤란성을 인정함에 있어 폭행·협박 이외의 객관적인 고려 요소로 여겨져 온 것이 범행에 이르기까지의 경위(차로 한밤중의 산중에 끌려가는 경우 등)나 행위시의 상황(공간적으로 밀실 등), 피해자의 속성(성별·연령 등) 등이 있다.⁶⁰⁾

3) No모델이 전제로 하는 ‘피해자상’

No모델에 있어서 피해자의 거절 의사는 그 객관적인 인식가능성과 아울러 행위자의 고의의 관점에서든 문제가 된다. 독일은 피해자가 인식 가능한 거절 의사에 반하여 성행위가 행해지고 있음을 행위자가 인지하고 감수하고 있는(billigend in Kaufnehmen) 경우에 고의가 인정된다고 보고 있다.⁶¹⁾ 확실히 피해자가 성행위에 동의하지 않고 있음을 행위자가 단순히 일반적으로 알고 있다는 것만으로는 불충분하며, 오히려 실제 의사표명을 행위자가 인식할 수 있어야 한다고 본다.⁶²⁾ 따라서 피해자의 거절의사가 명시화되어 행위자에 전달될 필요가 있다는 것이다.⁶³⁾

다시 말하면 No모델에서는 피해자에 대하여 거절의사의 표시를 의무화하고 있다는 것을 의미한다. 즉, No모델에서는 ‘No라고 할 수 있는 피해자상’이 전제가 되는 것이다. 이러한 피해자상은 독일에서는 타당한 전제일지도 모른다.⁶⁴⁾ 보다 중요한 것은 거절 의사를 명시할 수 없었던 상황을 이해하고 어느 범위까지 형법에 의하여 보호해야 하는지를 검토하는 것이다. 따라서 독일의 No모델에서 주목해야 할 것은 예외적으로 규정되어

57) BGH BeckRS 2018, 46309; BT-Drs, 18/9097, 22; Eisele, a.a.O, Rn.19.

58) BGH BeckRS 2018, 46309; BT-Drs, 18/9097, 22; Ziegler, BeckOK StGB §177 Rn.9.

59) Eisele, a.a.O, §177, Rn.19; Ziegler, a.a.O, §177 Rn.9.

60) 강제성교등죄의 인정에 대해서는 嶋矢, 前掲論文, 71頁; 樋口, 前掲論文, 89頁 참조.

61) BT-Drs. 18/9097, 23.

62) Fischer, StGB 66.Aufl. 2019. §177, Rn. 17. 다만 이러한 고의의 인정방법에 대한 비판으로 Hoven/Weigend, Nein heißt Nein!—und viele Fragen offen, JZ, 2017, S.187ff 등이 있다.

63) Eisele, a.a.O, Rn.19.

64) 이에 대하여 일본에서는 피해자의 저항곤란성 판단이 주로 피해자 전술의 신빙성 판단에 의존하는 경향에 있으며, 이른바 강간신화가 아직도 존재한다고 지적되고 있다. 이러한 상황에서, ‘피해자상’을 전제로 하는 No모델을 도입하면 ‘왜, 거절 의사를 구두나 태도로 강하게 나타내지 않았는가’라고 수사나 재판 단계에서 피해자가 추궁 당하는 사태가 지금 이상으로 높아질 우려가 있고 따라서 피해자 보호는 더욱 어렵고 오히려 피해자를 더욱 괴롭히는 결과를 낳을 수도 있다고 한다. 이에 No모델을 그대로 일본에 도입하는 것에는 찬성할 수 없다는 견해도 있다(嘉門優, 前掲論文, 68頁).

있는 ‘피해자가 거절 의사를 표명할 수 없는 상황에 있었다’는 경우이다. 그 중 특히 독일 형법 제177조 제2항 제2호에 규정된 ‘신체적 또는 정신적인 상황에 근거하여 의사형성 또는 의사표명이 중대하게 제한되어 있는 경우’⁶⁵⁾라 함은 의사형성과 표현능력을 일시적으로 중대하게 제약된 경우이며, 전형적 예로서 심한 명정상태를 의미한다.⁶⁶⁾ 또한 그 중대성에 대한 판단은 피해자의 의사 형성이나 표명 능력이 제약되고 있음이 객관적인 관점에서 명백하며, 제3자가 보아도 당연히 인정될 수 있어야 한다.⁶⁷⁾ 이러한 피해자의 상황을 이용하였을 경우 본 조문에 의하면 행위자가 피해자의 명확한 혹은 추정적인 동의를 얻었을 경우에 한하여 불처벌이 된다. 즉 여기서는 예외적으로 ‘Yes means yes model’이 적용되고 있는 것이다.⁶⁸⁾

이러한 규정의 타당성에 대해서는 보다 상세한 검토가 필요하지만 여기서 중요한 것은 피해자가 저항할 수 없거나 거절 의사를 명시할 수 없었던 경우에 대하여 어떠한 요건하에 어느 범위까지 형법이 보호해 나갈 것인가 하는 점이 논의의 중심이 되어야 할 것이다.

(2) Yes means yes model

다음으로 상대방의 명시적 동의를 얻지 않은 성교는 모두 처벌해야 한다는 개념(only yes means yes model(이하 ‘Yes모델’이라 한다)이 있다. 이 견해에 의하면 성교를 할 때에는 사전에 상대방의 명시적 동의를 얻어야 한다고 보며, 상대방의 동의를 확인하지 않고 성교를 하면 처벌받게 된다는 것이다. 또한 상대방의 동의가 있었다고 착오가 있는 사안에서도 동의를 받을 의무를 다하지 않았기에 과실범으로서 처벌될 가능성이 있다. 그 전형적인 예는 스웨덴 형법에서 볼 수 있다.⁶⁹⁾

그러나 독일에서 성행위 전에 적극적으로 동의를 표명할 것을 요구하는 Yes모델은 항상 다른 사람의 반응을 관찰할 것을 요구하게 되어 과도한 부담을 사회의 구성원에게 요구한다는 비판을 받아 왔다.⁷⁰⁾ 이 때문에 독일은 Yes모델을 채용하지 않았으나 과잉 처벌을 피하고 헌법으로 보장된 책임 원리를 고려하였다고 평가되고 있다.⁷¹⁾

한편 사회구성원에게 과도한 부담이라는 비판에 대하여 정책적인 관점에서 Yes모델에

65) 이 2호는 입법절차의 마지막에 규정되었기 때문에 충분히 논의되고 있지 않다고 한다. 그 배경에는 구 규정보다 구성요건이 확장되어 있기 때문에 사실상 강한 반대가 나타났다는 점에 있다고 한다 (Eisele, a.a.O, Rn.32).

66) BT-Drs. 18/9097 24; Eisele, a.a.O, Rn.33.

67) BT-Drs. 18/9097 24.

68) Eisele, a.a.O, Rn.36.

69) 川口, 前掲論文, 1283頁. 일본에서도 피해자의 저항 유무를 문제 삼을 것이 아니라 객관적인 성행위(통상 신체에 대한 유형력을 수반하므로 폭행은 이미 존재한다)의 증거와 함께 성교가 ‘의사에 반한 것이었다’고 하는 피해자 진술의 내용이 매우 중요하다고 하여 ‘Yes model’을 도입해야 한다고 주장하고 있다(島岡, 前掲論文, 31頁; 川口, 前掲論文, 1296頁).

70) Hömle, Wie §177 StGB ergänzt werden sollte, GA, 2015, S.326f.

71) Eisele, a.a.O, Rn.19.

의한 과실범도 도입하여 처벌의 범위를 확장하지 않으면 성범죄 피해를 막을 수 없다는 반론도 물론 있을 수 있다는 점을 간과해서는 안될 것이다.

Ⅲ. 도입에 관한 일고

1. 우리의 논의 상황

(1) 국회의원 발의안

먼저 21대 국회에서도 국회 시작과 함께 형법 개정안이 발의되었다.⁷²⁾ 2020년 8월 12일 류호정의원 등 13인에 의해 발의된 이른바 비동의간음죄의 제안이유를 보면 “2018년 미투운동, 2019년 텔레그램대화방 성착취사건(N번방 사건)은 성폭력에 대한 새로운 인식과 대응을 촉구하고 있으며, UN 여성차별철폐위원회는 강간죄의 구성요건을 동의 여부로 개정할 것을 정부에 권고한 바, 국제형사재판소와 유럽인권재판소와 같은 국제 재판소도 동의 여부에 따라 강간을 판단하고 있음”을 그 이유로 하고 있다.⁷³⁾

한편, 제20대 국회(2016~2020)에서 천정배 의원과 이정미 의원의 발의안이 있었다. 천정배 의원의 발의안을 보면 “현행법은 폭행이나 협박으로 사람을 강간하는 것을 강간죄의 구성요건으로 정하고 있는바, 판례는 강간죄가 성립되기 위한 폭행·협박의 정도를 ‘피해자의 반항이 불가능하거나 현저히 곤란한 정도’에 이르러야 한다고 보고 있고, 강제추행죄에 있어서도 폭행이나 협박을 구성요건으로 정하여 유형력 행사가 있을 것을 요구하고 있다. 이렇듯 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 있다. 이에 동의 없이 사람을 간음한 사람은 3년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에, 동의 없이 사람을 추행한 사람은 1년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처할 수 있도록 근거를 마련하여 성폭력 범죄에 엄정하게 대응하고, 성폭력범죄 피해자의 성적 자기결정권을 충실히 보호하려는 것이다”라고 제안이유를 설명하고 있다.

72) 세계일보 인터넷판(<https://www.segye.com>), 2020년 6월 25일자(비동의 간음죄 발의... 일부 “관계 전 동의서 받아야 하나?”, 2021. 7. 1. 확인). 백혜련 더불어민주당 의원은 21대 국회시작과 함께 형법 개정안을 다시 발의하였으며, “자기결정권을 침해하는 강제적 간음은 유형력 유무와 상관없이 처벌돼야 한다”며 “비동의 간음죄 도입은 여성 인권 보호를 위한 시대적 과제”라고 언급하였다.

73) http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_I2E0F0C8T1D2J1S0A1P3T3M9C7T0R2(2021. 7. 2. 확인).

또한 이정미 의원은 “그 동안 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 많았다. 이와 같은 문제점을 해결하기 위해 ‘명백한 거부 의사 표시에 반한 강간죄’를 신설하고자 한다.”고 제안이유서 명시되어 있다.⁷⁴⁾ 이하에서는 현재 학계의 논의를 검토하여 본다.

(2) 찬성 견해

먼저 찬성쪽의 견해를 보면, “우리나라에는 업무상 위계·위력에 의한 간음·추행죄라는 독특한 유형의 범죄가 있고 다른 한편으로는 다른 외국에는 일반적으로 규정되어 있는 비동의 간음·추행죄가 없으며, 세계적 입법의 추세 및 날이 갈수록 성적 자기결정의 자유의 중요성과 보호필요성에 대한 인식이 높아지고 있는 우리의 현실을 감안할 때 비동의간음·추행죄의 도입이 필요하다.”고 한다.⁷⁵⁾

또한 “현행의 형법은 성적 자기결정권의 보호는 충분치 않음을 근거로 하면서 강간죄와 강제추행죄의 경우 그 행위수단인 폭행·협박은 최협의로 이해되는데 이를 넓히려는 시도는 강간죄와 강제추행죄가 가지는 불법의 중함과 강도죄와의 관계 등을 고려할 때 바람직하지 못하다.....(중략)... 비동의 성범죄의 성립을 위해서는 미필적 고의로도 족하고 과실에 의한 비동의 성범죄는 인정될 수 없으며 비동의성이라는 주관적 표시로 인하여 입증의 어려움이 발생한다는 것은 타당하지 못하고 이는 비동의 성범죄의 신설에 장애가 되지 못한다.”는 견해⁷⁶⁾도 있으며, “현행법의 체계에서는 폭행·협박에 의한 경우를 제외한 강간 즉, 비동의강간을 처벌하지 못하는 공백을 우려하면서 위계·위력이라는 수단으로는 현실의 모든 성폭력을 대응하지 못하여 행위자가 피해자 스스로 갖는 공포심이나 불안을 이용하는 것은 위력개념에 포섭되기 어려워 이 경우 비동의강간죄가 아니면 처벌할 방법이 없다.”는 견해⁷⁷⁾도 보이며, 여성은 동의에 의한 성관계와 강간 사이의 연속선상 어딘가에 위치 지을 수 있는 수많은 비동意的인 성을 경험하고 있다면서 형법이 이 중 극히 일부만을 범죄로 규정하고 있음을 비판하는 견해도 있다.⁷⁸⁾

74) 의안정보시스템(<http://likms.assembly.go.kr/bill/main.do>, 2021. 7. 3. 확인)에서 검색.

75) 김태명, “권력형 성범죄의 처벌과 비동의 간음추행죄의 도입”, 법학연구 제57권, 전북대 법학연구소, 2018. 9, 159면.

76) 허황, “비동의 성범죄 신설에 관한 소고”, 피해자학연구 제28권 제1호, 한국피해자학회, 2020. 4, 85면.

77) 박지현, “비동의강간죄의 입법과 해석을 위한 제언”, 서울법학 제28권 제1호, 서울시립대 법학연구소, 2020. 5, 212면.

78) 최은순, 여성과 형사법, 법과사회이론연구회편, 1993, 100면.

(3) 반대 견해

한편, 반대쪽의 견해는 여성이 경험하는 모든 비동의적 성교를 모두 범죄로 규정하는 데 신중하여야 한다고 본다. 이는 위력도 없는 행위에 대하여 범죄화 하는 것은 과잉범죄라는 점과 비동의간음은 그 행위태양이 다양하고 외연이 불분명하여 명확성을 본질로 하는 형법상의 범죄로 하는데 어려움이 있으며, 성교에 대한 묵시적 동의나 조건부 동의는 동의와 거절로 해석될 수 있기 때문에 입증책임이 피고인에게로 전환될 수 있음을 그 근거로 한다.⁷⁹⁾

또한 형법상 ‘동의’의 개념이 명확치 않은 상황에서 책임기준에 대한 구체적 논의 없이 비동의강간죄를 도입하는 것은 처벌의 대상을 지나치게 확대할 수 있어 제도적 도입에 앞서 책임기준이나 범위 등에 대한 논의가 선행될 필요가 있다는 견해도 있으며,⁸⁰⁾ 비동의 간음죄는 그 외연이 불분명한 것을 이유로 형법상 성범죄에 관한 전체 조항을 면밀히 검토한 결과에 기초하여야 하며, 성범죄에 대한 패러다임의 변화는 다른 형법 규정에도 영향을 있으므로 보다 신중한 검토가 필요하다는 견해도 있다.⁸¹⁾

같은 맥락에서 비동의 간음죄 도입에 대해서는 신중할 필요성이 있다고 하면서 세계적 흐름에 편승하여 도입하는 것은 다른 나라의 법제를 그대로 옮겨오는 것으로 바람직하다고 볼 수 없고 현행 강간죄 등의 구성요건에서 행위수단에 대한 개정 내지 재해석을 검토하는 것이 필요하다는 견해도 보인다.⁸²⁾

2. 도입에 관한 일고(一考)

새로운 구성요건의 신설은 기존의 법률로는 현재의 범죄현상에 대처가 불가하거나 미흡한 경우라고 할 수 있다. 먼저 현재 우리 형법의 구성요건으로 이른바 ‘비동의강간’에 대처할 수 없는지에 대한 검토가 선결되어야 할 것으로 보이는 바, 비동의강간 행위에 대응이 가능할 것으로 보이는 구성요건은 ‘업무상위력 등에 의한 간음죄’(제303조)이다. 즉 제303조는 “업무·고용 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음한 자는 7년 이하의 징역 또는 3000만원 이하의 벌금에 처한다”고 규정하고 있다. 특히 본 구성요건에 있어 ‘위력’의 의미를 검토할 필요가 있을 것으로 보인다.

본 죄에서 말하는 ‘위력’이라 함은 사람의 의사를 제압할 수 있는 힘을 말하며, 폭행·

79) 조국, 형사법의 성편향, 박영사, 2020, 60-62면 참조.

80) 김성화, “비동의 강간죄의 도입에 관한 비교법적 연구-독일과 일본의 논의를 중심으로-”, 형사법의 신동향 제69호, 대검찰청, 2020, 258면 이하 참조.

81) 김정연, “형법상 성범죄 규정의 판단기준 및 개선방안-비동의 간음죄의 도입가능성을 중심으로-”, 이화젠더법학 제10권 제1호, 이화여대 법학연구소, 2018, 5, 96면.

82) 김혜정, “성폭력범죄 처벌규정의 정비에 관한 고찰-강간죄 등의 행위수단을 중심으로-”, 홍익법학 제20권 제3호, 홍익대 법학연구소, 2019, 281면.

협박은 물론 지위·권세를 이용하여 상대방의 의사를 제압하는 일체의 행위를 포함한 것으로 보고 있다.⁸³⁾ 이러한 의미에서 본다면 본죄에서 말하는 ‘위력’이란 “상대방의 의사를 제압할 정도의 유·무형의 힘을 말하며, 자신의 사회적 지위나 권력을 이용한 상대방에 대한 의사의 제압”이라 정리할 수 있을 것이다. 이러한 의미에서 본다면 자신의 지위나 권세를 이용한 간음행위 즉, 비동의간음의 행위에 대해서는 현행의 법률로도 충분히 대응 가능하다고 볼 수 있다.⁸⁴⁾

앞서 언급한 국회의원의 발의안에 있어서도 적극적인 저항이 없는 경우 형사처벌이 어려울 뿐만 아니라 사정에 의하여 저항하지 않은 경우 역시 처벌이 어렵다는 이유로 비동의간간죄의 신설을 도모하고 있다.

하지만 현행 위력에 의한 간음죄로 처단이 가능한 영역일 뿐만 아니라 남녀 관계에 있어 매번 성관계를 할 때마다 상대방의 동의를 받는 것도 어렵다 할 것이다. 아울러 성관계시 동의를 의미하는 어떻게 파악할 것인가도 문제가 있다. ‘비동의’라는 어감상 반드시 상대방의 명시적 동의를 있어야 하는지 또는 묵시적 동의로도 족한지 판단이 어려울 뿐만 아니라 성관계 당시에는 동의를 하였으나 이후 마음이 변하여 상대방이 비동의 하였다고 주장할 경우 이에 대한 입증 역시 곤란하다는 어려움도 있다. 따라서 현행 형법상의 ‘위력’의 개념이 “지위·권세를 이용하여 상대방의 의사를 제압하는 일체의 행위”임을 감안하였을 때 현행 형법으로도 충분히 의율 가능할 것으로 보인다.

IV. 결 론

모든 구성요건의 신설이 그러하겠지만 성범죄 관련 개정에서 있어서도 현재 상황에 대한 냉정하고 면밀한 분석이 필요하다. 정말로 처벌의 간극이 존재하는지, 또한 처벌의 간극이 있다 하여 그 해결법으로서 구성요건의 신설이 타당한지 신중한 논의가 필요하다 하겠다. 앞서 언급한 바와 같이 현재 일본에 있어서 폭행·협박의 요건이 충족되기는 하나 그 요건은 형해화되고 있으며, 항거불능의 이해는 확장되고 있다.⁸⁵⁾ 예를 들어, 나고야 지방법원 오카자키 지부의 2019년 판결에 대하여 ‘항거불능’에 대한 이해가 너무 제한적이라는 비판이 있었다. 그러나 앞서 기술한 바와 같이 항거불능으로서 요구되어야 할 수위를 낮추고 피해자에 대한 임의적 판단의 여지가 있는 경우까지 보다 넓게 대상

83) 이재상 외, 형법각론, 박영사, 2019, 178면. 다만, 폭행·협박을 사용하는 경우 그것이 강간죄나 강제추행죄의 폭행·협박 정도에는 이르지 않아야 한다.

84) 안희정 전 충남도지사 사건 역시 ‘위력에 의한 간음’으로 판단하였다. 물론 현행법으로 처단하려면 위력에 의한 간음 밖에 해당 규정이 없었을 것으로 생각된다.

85) 辰井聡子, “性犯罪に関する刑法改正—強制性交等罪の検討を中心に—”, 刑事法ジャーナル 第55號, 2018, 8頁은 폭행·협박요건의 정도에 대하여 누가 보더라도 알 수 있도록 조문에 기재하여야 한다고 한다.

으로 파악하는 것에는 의문의 여지가 있다. 물론 형법학에서 거절 의사를 나타낼 수 없거나 저항할 수 없었던 피해자의 심리 상황에 대한 이해 부족이 있을 수 있다. 이러한 피해자의 심리를 정확하게 이해하는 것이 급선무일 것이다. 다만, 형법에 새로운 대응이 필요한 피해 실태가 존재한다고 해도 현행법으로의 대응을 선 검토 후 미비점이 있으면 새로운 구성요건의 신설 등을 검토하여야 할 것이다.

현재 비동의의강간과 관련하여 문제시되는 것은 ‘저항할 수 없고 거절 의사를 명시할 수 없는 피해자’에 대한 형법적 보호의 방향이다. 현행 법률에 의한 대응이 불가한 상황이라면 새로운 구성요건의 신설도 가능할 것이다. 하지만 앞서 살펴본 바와 같이 위력에 의한 간음죄로의 의율이 충분히 가능하다고 판단되는 현 시점에서 새로운 구성요건의 신설은 불필요할 것으로 판단된다. 다만, 구성요건을 신설한다면 현재의 피해 실태의 분석에 따라 일정한 상황에 있는 피해자에 대하여 유형적으로 항거불능의 상황으로 취급하는 것이다. 예를 들어 독일과 같이 중대한 명정상태에 있어 거절 의사를 명시할 수 경우이다. 즉, 신체적 또는 정신적인 상황에 의하여 의사형성 또는 의사표명이 중대하게 제약되어 있는 경우에 대해 특별한 규정을 마련하는 것을 생각해 볼 수 있다.

보통 성인이 성관계를 하기 전에 명시적인 동의를 서로 받는 일은 별로 없으며, 암묵적 양해로 이루어지는 것이 통상일 것이다.⁸⁶⁾ 우리나라는 성행위 그 자체를 드러내놓고 말하는 것에 아직은 어색한 사회적 풍조가 있다. 이러한 사회에서 갑자기 국가가 형법에 따라 “성행위를 할 때에는 반드시 상대방의 동의를 구하라”, “명확한 동의를 구하지 않고 성교하면 범죄다”라는 규범을 강제하게 되면 사회 구성원들의 자유로운 성적 활동에 막대한 영향을 미칠 수 있을 것으로 보인다.

범죄의 전제가 되는 규범에 대하여 사회 구성원들에게 어느 정도의 공통된 인식이 형성되어 있지 않으면 처벌을 하여도 무엇이 나쁜 행위인지 이해할 수 없을 뿐만 아니라 사회에 그 규범을 지키려는 규범의식이 양성되기 어려워 성범죄 피해를 없애기 위한 목적은 달성되기 어려울 수 있다. 따라서 앞서 언급한 바와 같이 이른바 비동의의강간죄의 신설은 대체 가능한 규정이 있으므로 그 도입의 필요성은 없다 하겠다. 다만, 성범죄 피해를 예방하기 위하여 현재 우리의 성문화를 바꿀 필요가 있다고 한다면 갑작스럽게 국가가 형벌이라는 가장 강력한 수단에 의하여 강제하는 것이 아니라 성(性)의 본연의 자세를 둘러싼 국민적 논의나 성교육의 재검토가 선행되어야 할 것으로 보인다.

86) 다만, 일본의 성적(性的) 동의 체크리스트가 참고될 수 있겠다. 京都市男女共同参画推進協会, ジェンダーハンドブック(https://www.wings-kyoto.jp/docs/association_GH1808, 2021. 7. 21. 확인).

■ 참고문헌 ■

- 이재상 외, 형법각론, 박영사, 2019.
- 조 국, 형사법의 성편향, 박영사, 2020.
- 최은순, 여성과 형사법, 법과사회이론연구회편, 1993.
- 김성화, “비동의 강간죄의 도입에 관한 비교법적 연구-독일과 일본의 논의를 중심으로-”, 형사법의 신동향 제69호, 대검찰청, 2020.
- 김정연, “형법상 성범죄 규정의 판단기준 및 개선방안-비동의 간음죄의 도입가능성을 중심으로-”, 이화젠더법학 제10권 제1호, 이화여대 법학연구소, 2018. 5.
- 김태명, “권력형 성범죄의 처벌과 비동의 간음추행죄의 도입”, 법학연구 제57권, 전북대 법학연구소, 2018. 9.
- 김혜정, “성폭력범죄 처벌규정의 정비에 관한 고찰-강간죄 등의 행위수단을 중심으로-”, 홍익법학 제20권 제3호, 홍익대 법학연구소, 2019.
- 박지현, “비동의강간죄의 입법과 해석을 위한 제언”, 서울법학 제28권 제1호, 서울시립대 법학연구소, 2020. 5.
- 허 황, “비동의 성범죄 신설에 관한 소고”, 피해자학연구 제28권 제1호, 한국피해자학회, 2020. 4.
- 嘉門優, “性犯罪規定の見直しに向けて-不同意性交等罪の導入に対する疑問-”, 立命館法學 第387・388號, 立命館大學法學會, 2019.
- 金澤真理, 判批, 判例セレクト 第I號, 2014.
- 内田博文, “特集これからの刑事法をどうする”, 法学セミナー 第502號, 1996.
- 大塚仁ほか編, 大コンメンタール 第9卷(第3版), 青林書院, 2013.
- 島岡まな, “性犯罪の保護法益及び刑法改正骨子への批判的考察”, 慶應法學 第37號, 2017.
- 島尾恵理, 強姦無罪, 大阪弁護士會人權擁護委員會性暴力被害検討プロジェクトチーム編, 信山社, 2014.
- 嶋矢貴之, “性犯罪における暴行・脅迫について”, 法律時報 第88卷 第11號, 2016.
- 木村光江, 強姦罪の理解の変化, 法曹時報 第55卷 第9號, 2003.
- _____, 準強姦罪, 準強制わいせつ罪—地位・関係性の利用, 研修 第818號, 2016.
- 深町晋也, “性犯罪における暴行・脅迫の程度”, 法教 第427號, 2016.
- 安田拓人, 判批, 法學教室 第469號, 2019.
- 野澤佳弘, 強姦無罪, 大阪弁護士會人權擁護委員會性暴力被害検討プロジェクトチーム編, 信山社, 2014.
- 遠藤邦彦, 強姦の成否(1), 立花書房, 2007.
- 伊藤和子, なぜ, それが無罪なのか, ディスカヴァー携書, 2019.

- 齋藤梓/岡本かおり/大竹裕子, 性暴力被害が人生に与える影響と被害認識との関係-性暴力被害の支援をどう整えるべきか-, 學校危機とメンタルケア 第11卷, 2019.
- 齋藤梓/大竹裕子, “当事者にとっての性交‘同意’とは: 性暴力被害当事者の視点から望まない性交が発生するプロセスをとらえる”, 年報公共政策學 第13卷, 2019.
- 井田/浅田編, 基本法コンメンタール刑法(第2版), 日本評論社, 2017.
- 佐藤陽子, 判批, 刑事法ジャーナル 第62號, 2019.
- 辰井聡子, “性犯罪に関する刑法改正-強制性交等罪の検討を中心に-”, 刑事法ジャーナル 第55號, 2018.
- 川口浩一, “強姦罪から不同意性交等罪へ”, 法政研究 第85卷 第3・4號, 2019.
- 川本哲郎, “準強姦罪における抗拒不能について”, 「川端博先生古稀祝賀論文集(下)」, 成文堂, 2014.
- 樋口亮介, “性犯罪の主要事実確定基準としての刑法解釋” 法律時報 第88卷 第11號, 2016.
- 刑事比較法研究グループ, 比較法から見た日本の性犯罪規定, 刑事法ジャーナル 第45號, 成文堂, 2015.
- BGH BeckRS 2018.
- BGH NSTZ 2013.
- Eisele, Schönke/Schröder-Kommentar, 30Aufl. §177, Rn.5.
- Fischer, Noch einmal: § 177 StGB und die Istanbul-Konvention, ZIS, 2015.
- Fischer, StGB 66.Aufl. 2019. §177.
- Hörnle, Wie §177 StGB ergänzt werden sollte, GA, 2015.
- Hoven/Weigend, Nein heißt Nein!—und viele Fragen offen, JZ, 2017.
- Isfen, Zur gesetzlichen Normierung des entgegenstehenden Willens bei Sexualdelikten, ZIS, 2015.
- Laubenthal, Sexualstraftaten, Handbuch, 2012.
- Renzikowski, Müko, 3.Aufl. § 177, Rn.32.
- Ziegler, BeckOK StGB §177 Rn.9.

■ ABSTRACT ■

**A review of the introduction of non-agreement rape in criminal law
-Reference to the discussion Japan and Germany-**

Hong, Tae-Seok*

The crime of rape is probably one of the most common crimes since the beginning of our human race. Accordingly, each country is seeking preventive measures through special laws as well as the elements of the Criminal Act to prepare for rape. Our Criminal Law also responds to sexual crimes through various special laws.

In the recent case of former cheongnam-do governor Ahn Hee-jung, the so-called 'non-agreement rape' began to be discussed in our society. It is necessary to actively respond to the crime of exploiting the sex of others by using one's position or power. However, our criminal law stipulates the crime of rape by force. In introducing the so-called non-agreement rape, it is necessary to examine whether there is a double component and in this regard, it is necessary to examine foreign legislative cases as well. Therefore, in this paper the feasibility of introducing the crime of non-agreement rape was reviewed with a focus on these rule in the introduction of the crime of non-agreement rape.

* Key Words: sexual violence, rape, non-agreement rape, adultery by using the force, sexual self-determination

* Ph.D in Law, WonKwang Univ. School of Law Prof., crilaw@hanmail.net.