

성폭력범죄에 대응한 개정 형법에 관한 연구

김 한 기*

목 차

- | | |
|--------------------------|-------------------------|
| I. 서 론 | III. 개정 형법규정의 문제점과 개선방안 |
| II. 개정 형법상의 주요 내용 | 1. 객체에 관한 문제 |
| 1. 객체의 확장 | 2. 유사강간죄 규정과 관련한 문제 |
| 2. 유사강간죄의 신설 | 3. 위계간음죄조항의 폐지로 인한 문제 |
| 3. 혼인빙자간음 등 위계간음죄 규정의 폐지 | 4. 친고죄규정의 폐지와 관련된 문제 |
| 4. 소추조건으로서 친고죄 규정의 폐지 | IV. 결 론 |

I. 서 론

지난 2012년 12월 18일 성폭력범죄의 처벌규정과 관련하여 비교적 광범위한 내용의 형법 및 특별법¹⁾의 개정이 이루어져 2013년 6월 19일부터 시행되게 되었다.²⁾ 특히 성폭력 범죄와 관련된 형법의 개정은 지난 1995년 성폭력 범죄와 관련한 제32장의 표제를 기존의 ‘정조에 관한 죄’에서 ‘강간과 추행의 죄’로 개정된 이후 처음일 뿐 아니라, 구성요건과 관련한 개정은 1953년 형법의 제정 이후 처음으로 단행된 것이다.

* 건국대학교 행정대학원 강사, 법학박사

- 1) 기본 규범인 형법 이외에 ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 ‘성폭력특례법’이라 함)’, ‘아동·청소년의 성보호에 관한 법률(이하 ‘아청법’이라 함)’, ‘특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률(이하 ‘전자장치부착법’이라 함)’, ‘성폭력 방지 및 피해자보호 등에 관한 법률(이하 ‘성폭력방지법’이라 함)’, ‘성폭력 범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률(이하 ‘성충동약물치료법’이라 함)’과 같이 성폭력 범죄를 규율하고 있는 각종 특별법의 비교적 광범위한 개정이 이루어졌다.
- 2) 이 중 전자장치부착법은 공포일로부터, 성충동약물치료법은 공포일로부터 3개월이 경과한 2013년 3월 19일부터 시행되었다.

형법상 개정의 주요 내용으로는 먼저 구성요건과 관련하여 강간죄의 객체를 기존의 ‘부녀’에서 ‘사람’으로 확장하였으며,³⁾ 유사강간죄를 신설하여⁴⁾ 종래 강제추행죄로 처벌되던 유사강간행위에 대한 처벌을 강화한 것과 혼인빙자 간음죄의 위헌 결정⁵⁾으로 인한 제304조의 혼인빙자 등 위계간음죄 조항⁶⁾의 삭제이다. 아울러 사회적으로 끊임없이 논란이 되어왔던 소추조건으로서의 친고죄 규정이 삭제⁷⁾되게 되었다.

이러한 개정의 배경에는 1990년대의 “김부남 사건”과 “김보은 사건” 등을 계기로 성범죄에 대한 위기의식이 사회 전반적으로 확대된 이후, 2006년의 “용산 초등학교 살해사건”, 2007년 “안양 초등학교 납치 살해 사건(이른바 “혜진·예슬이 사건” 또는 “정성현 사건)”, 2008년 “조두순 사건”, 2009년 “강호순 사건”, 2010년 “김길태 사건”, 2011년 “영화도가니 사건”, 2012년 8월의 “만삭 주부 성폭행 사건” 및 9월의 “나주 고종석 사건” 등 끊임없이 이어지고 있는 심각한 성폭력 범죄에 대하여 학계 및 여성단체뿐 아닌 사회 전반적인 공분과 이를 통한 강경한 대응책 마련의 요구가 그 배경이 되었다. 그런데 종래에는 사회적으로 큰 반향을 일으킨 성범죄가 문제로 인식될 때마다 특별법의 제·개정을 통하여 그 적용대상이나 적용기간을 확대하거나,⁸⁾ 처벌을 강화하는 방

3) 형법 제297조(강간) 폭행 또는 협박으로 사람을 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

4) 형법 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.

5) 현재결 2009.11.26., 2008헌바55, 2009헌바191(병합) 전원재판부.

6) (개정을 통하여 삭제된) 형법 제304조(혼인빙자등에 의한 간음) 혼인을 빙자하거나 기타 위계로 음행의 상습 없는 부녀를 기망하여 간음한 자는 2년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다.

7) 구 형법 제306조(고소) 제297조 내지 제300조와 제302조 내지 제305조의 죄는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.

8) 이현정, “2012년 성폭력법제의 개정에 대한 비판적 검토 - 형법상 강간죄를 중심으로-”, 성균관법학 제25권 제2호(성균관대학교 법학연구소, 2013), 172쪽.

식을 통하여 대응하여 왔다.⁹⁾ 이로 인하여 성범죄와 관련한 형사특별법이 일정한 기준과 체계가 없이 중요사안에 따라 의원입법 형태로 산발적으로 제정되었다는 비판¹⁰⁾과 함께, 형법에서 중시되는 책임원칙·이중처벌 금지·소급효 금지 등의 법이념이나 법원칙이 무시되어 왔다는 점,¹¹⁾ 형벌의 가중화에도 불구하고 성폭력 범죄가 만연하고 있는 현실에서 형벌의 가중을 통한 일반예방의 효과에 대한 실효성을 인정하기 어렵다는 점¹²⁾ 등의 비판이 제기되어 왔다.

이러한 상황에서 기본법인 형법의 개정을 통하여 성폭력 범죄의 대처방안의 근본적인 부분의 대책 마련을 시도하였다는 점에서는 긍정적인 평가가 가능할 것이다. 그러나 이러한 긍정적인 평가에도 불구하고 개정형법상 문제의 소재가 여전히 존재한다는 한계를 지적하고 싶다.

먼저 객체의 확장만으로는 종래 논쟁이 되어 왔던 배우자에 대한 강간, 즉 ‘부부강간’의 문제와 성전환자의 객체성의 문제를 명시적으로 해결해 주지 못할 뿐 아니라, 유사강간죄의 신설과 함께 남성에 의한 남성강간이 강간죄에 포섭되지 못한다는 한계가 있다는 점이다. 또한 제304조의 삭제로 인하여 성인에 대해서는 위계간음이 인정될 수 없는 이른바 법률공백의 문제가 있으며, 성폭력 범죄 전반에 걸친 친고죄의 폐지에도 논란의 소지가 있다고 하겠다.

이와 같은 문제점들과 관련하여 이하에서는 먼저 개정 형법상 성폭

9) 예컨대 “김부남 사건”과 “김보은 사건”을 계기로 구 ‘성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률’이 제정되게 되었으며, “용산 초등학교 살해사건”과 “제주 초등학교 성추행 사건” 등을 계기로 ‘전자장치부착법’이 제정되었고, “안양 초등학교 납치 살해사건”으로 인하여 강간상해·강간치사·강간살인범에 대한 법정형을 상향시키는 구 ‘성폭력처벌법’의 개정이 이루어진 것을 들 수 있다.

10) 오경식, “성범죄 피해자의 관점에서 친고죄와 반의사불벌죄의 형사정책적 의미에 관한 연구”, 피해자학 연구 제21권 제1호(한국피해자학회, 2013), 192쪽.

11) 김태명, “성폭력 범죄의 실태와 대책에 관한 비판적 고찰”, 형사정책연구 제22권 제3호(한국형사정책학회, 2011), 34쪽.

12) 김정환, “2013년 성폭력범죄에 대한 형사제재의 모습”, 보호관찰 제13권 제1호(한국보호관찰학회, 2013), 32쪽.

력 범죄 규정의 주요 내용을 살펴보고, 성범죄의 행위태양의 내용과 이에 대한 해석 및 소추조건과 관련한 친고죄 폐지를 중심으로 제기될 수 있는 문제점을 살펴보고 이에 대한 나름의 대안을 제시하여 보기로 하겠다.

II. 개정 형법상의 주요 내용

성폭력 범죄에 관한 형법의 개정에 대하여 국회는 다음과 같은 개정 이유를 밝히고 있다. “사회가 다층화되고 복잡하게 발달함에 따라 성범죄도 역시 다양한 양상을 띠고 변화하고 있으나 현행 「형법」에서는 이러한 변화의 양상을 미처 담아내지 못하고 있다. 유사성교행위만 하더라도 독일, 프랑스 등 선진 외국에서는 강간의 기준을 “신체への 삽입”에 두고 강간죄에 포섭하여 엄하게 처벌하고 있는 것에 반하여 우리나라는 “성기 간의 삽입”만을 강간죄로 처벌하고 이와 유사한 성교행위는 강제추행죄로 처벌하고 있고, 게다가 강간죄의 객체를 “부녀”로 한정하는 문제점이 있다.

또한 피해자의 사생활과 인격을 보호한다는 명분을 가지고 추행·간음 목적 약취·유인·수수·은닉죄 및 강간죄 등 성범죄를 친고죄로 규정하고 있으나, 피해자의 고소 취하를 얻어내기 위하여 가해자 측이 피해자를 협박하거나 명예훼손으로 역고소하는 경우가 많아 문제로 지적되고 있고, 「형법」 체계가 성폭력을 중대한 범죄로 규정하고 있음에도 친고죄로 규정하고 있는 것은 「형법」 체계에도 맞지 아니하며, 혼인빙자간음죄의 경우 기소되거나 처벌받는 경우가 거의 없어 법적 실효성이 낮을 뿐 아니라, 혼인빙자간음죄의 대상을 “음행의 상습 없는 부녀”로 한정하는 것 자체가 여성의 성적 주체성을 훼손하는 규정이므로 이 규정들은 폐지되어야 할 것이다.

따라서 변화된 시대상황을 반영하여 다양화된 성범죄에 효과적으로 대처하기 위하여 유사강간죄를 신설하고, 성범죄의 객체를 “부녀”에서 “사람”으로 확대하며, 친고죄 및 혼인빙자간음죄를 폐지한다.”는 것이다.¹³⁾

이에 따른 형법상 성폭력범죄의 주요 개정 내용을 정리하면 먼저 구성요건에 있어서 강간죄의 객체를 ‘부녀’에서 ‘사람’으로 확대함으로써 성폭력 범죄에 있어서 양성평등의 원칙을 구현하고자 한 점, 유사강간죄의 신설을 통하여 강제추행과 강간죄 이외의 새로운 범죄의 행위태양을 설정하여 성범죄의 삼분화를 이룬 점,¹⁴⁾ 혼인빙자 등 위계간음죄 규정의 폐지와 함께 소추조건으로서의 친고죄 폐지이다. 이하에서는 이에 관한 세부 내용을 살펴보기로 하겠다.

1. 객체의 확장

개정된 형법 제297조는 “폭행 또는 협박으로 사람을 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.”라고 규정하여 강간죄의 객체를 종전의 ‘부녀’에서 ‘사람’으로 그 대상을 확대하였다. 이러한 변화는 강간죄의 객체에 여성뿐 아니라 남성 역시 성적 자기결정권의 주체로서 강간죄의 보호대상이 될 수 있음을 인정한 측면에서 양성평등의 원칙을 구현하는 중요한 의미를 지닌다고 할 수 있다. 종래에는 여성이 남성에 대하여 강간(성기의 삽입)한 경우에는 강간죄가 아닌 강제추행죄가 적용됨으로써 남성의 성적 자기결정권이 상대적으로 여성의 그것보다 경시되었다고 할 수 있을 뿐 아니라 특별법인 ‘아청법’이 이미 지난 2012년 3월 16일부터 남성 아동·청소년을 강간죄의 객체로 포함시킨 것과 관련하여

13) 개정 법률안 제안 이유 <http://likms.assembly.go.kr/bill/jsp/SummaryPopup.jsp?bill_id=PRC_R1-W2F1S1B2C2F1A2Q4U8I0D9H4I7B7>, 검색일 : 2013.11.21.

14) 임석원, “개정형법상 성범죄처벌규정에 관한 재검토-유사강간죄의 신설에 대한 문제제기를 중심으로-”, 법학연구 제54권 제2호(통권 76호)(부산대학교 법학연구소, 2013), 3쪽 참조.

기본법인 형법과 특별형법 사이의 이질적인 입장 문제로 지적되어 왔다.

이러한 객체의 확장으로 인하여 여성의 경우에도 강간죄에 있어서 종래에 인정되던 공동정범, 간접정범으로서뿐만 아니라 단독정범의 성립까지 가능하게 되었다.

2. 유사강간죄의 신설

형법은 성폭력범죄와 관련하여 제297조의 2를 신설하여 “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.”라는 내용으로 유사강간죄를 신설하였다. 이는 전술한 국회의 개정 법률안 제안이유에서 밝히고 있듯이 성기에 대한 성기 이외의 것을 삽입하거나 성기를 성기 이외의 신체에 삽입하는 행위가 통상적인 강제추행에 비하여 행위의 불법이 중하다는 점을 인식한 결과라고 할 수 있다.

그러나 이러한 형법의 개정에서 이미 특별법인 ‘성폭력특별법’과 ‘아청법’에서는 성폭력과 관련하여 강간·강제유사성교행위·강제추행의 삼분화를 이루고 있었다. 이에 강제적인 유사성교행위에 대하여 따라 만 19세 이상의 성인의 경우에는 형법상 강제추행죄가 적용되고, 만 19세 미만인 경우에는 아청법 제7조 제2항 제2호¹⁵⁾가 적용되어 기본법인 형법과 특별법이 부조화를 이루는 문제가 존재하여 왔다. 따라서 본 조의 신설은 형법과 특별법의 조화를 추구하였다는 점에서는 긍정적인 평가가 가능할 것이다.¹⁶⁾

15) 아청법 제7조(아동·청소년에 대한 강간·강제추행 등) ② 아동·청소년에 대하여 폭행이나 협박으로 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 자는 5년 이상의 유기징역에 처한다. <개정 2011.9.15>

2. 성기·항문에 손가락 등 신체(성기는 제외한다)의 일부나 도구를 넣는 행위

16) 이현정, 앞의 논문, 176쪽 참조.

아울러 본 조의 유사강간죄는 강간죄에 비하여 불법이 감경된 감경적 구성요건¹⁷⁾으로 보는 것이 타당할 것이다.¹⁸⁾ 이러한 측면에서 평가할 때, 본 조의 신설로 인하여 남성의 남성에 대한 강간의 경우 강간죄를 적용할 것인가, 본 조의 유사강간죄를 적용할 것인가의 문제가 발생하게 되는 바, 이에 대하여는 후술하고자 한다.

3. 혼인빙자간음 등 위계간음죄 규정의 폐지

종래 형법은 제304조에서 “혼인을 빙자하거나 기타 위계로서 음행의 상습없는 부녀를 기망하여 간음한 자는 2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.”고 규정하여 혼인을 빙자하는 등의 위계로서 부녀를 간음한 행위를 형사처벌의 대상으로 삼고 있었다. 동 규정을 살펴보면 ‘혼인을 빙자하여 간음한 행위’를 ‘위계 간음’의 한 유형으로 설정하고 있음을 알 수 있다. 그런데 종래에는 동 조에 대하여 ‘혼인빙자간음죄’라고 통칭하여 사용함으로써 본 조가 혼인을 빙자한 간음만

17) 유사강간죄가 강간죄의 감경적 구성요건으로 설정된 이유에 관해서는 강간죄가 피해 가능성으로서 임신이 있는 것에 비하여 그러한 가능성이 없는 점을 고려한 감경적 구성요건으로 설명하는 견해가 있다(손동권/김재윤, 새로운 형법각론(울곡출판사, 2013), 156쪽 참조). 이러한 견해는 일면 타당성이 있으나, 성전환자에 대한 강간 역시 강간죄로 처벌되어야 한다는 부분에 대하여 설명해 주지 못한다는 부분에서는 한계가 있는 것으로 생각된다.

18) 이에 반하여 성폭력에 대하여 규정하고 있는 형법 제32장의 기본적 구성요건을 제298조의 강제추행으로 보고, 강간죄를 “사람의 성적 자유를 현저히 침해하였기 때문에 그 불법이 가중된다.”고 하여 강제추행에 대한 가중적 구성요소로 파악하는 견해가 있다(이재상, 형법각론(박영사, 2013), 156쪽). 이러한 입장에서는 유사강간죄는 단순강제추행죄에 대한 가중적 구성요건으로 보게 될 것이다(유사강간죄를 강제추행죄의 가중적 구성요건으로 설명하는 다른 견해로는 임웅, 형법각론(법문사, 2013), 177쪽). 그러나 이러한 견해와 강간죄를 기본적 구성요건으로 하여 유사강간을 감경적 구성요건으로 파악하는 입장 중 어느 것을 취한다 하더라도 유사강간이 강간에 비하여 그 불법이 경한 것으로 파악한다는 점에서는 결론을 같이하는 것으로 생각된다.

을 규정하고 있는 것으로 오인하는 경향이 있었다.¹⁹⁾ 이와 더불어 혼인빙자 간음죄가 ‘성행법의 탈윤리화 사상’에 비추어 폐지됨이 타당하다는 주장이 학계의 대세를 이루고 있었다.²⁰⁾ 이러한 상황에서 헌법재판소는 지난 2009년 11월 26일 전원재판부에서 위헌결정을 내리게 되었다.²¹⁾ 이러한 결정에 대하여 헌법재판소는 결정 요지에 “이 사건 법률조항(형법 제304조)의 경우 입법목적에 정당성이 인정되지 않는다. 첫째, 남성이 위력이나 폭력 등 해악적 방법을 수반하지 않고서 여성을 애정행위의 상대방으로 선택하는 문제는 그 행위의 성질상 국가의 개입이 자제되어야 할 사적인 내밀한 영역인데다 또 그 속성상 과장이 수반되게 마련이어서 우리 형법이 혼전 성관계를 처벌대상으로 하지 않고 있으므로 혼전 성관계의 과정에서 이루어지는 통상적 유도행위 또한 처벌해야 할 이유가 없다. 다음 여성이 혼전 성관계를 요구하는 상대방 남자와 성관계를 가질 것인가의 여부를 스스로 결정한 후 자신의 결정이 착오에 의한 것이라고 주장하면서 상대방 남성의 처벌을 요구하는 것은 여성 스스로가 자신의 성적자기결정권을 부인하는 행위이다. 또한 혼인빙자간음죄가 다수의 남성과 성관계를 맺는 여성 일체를 ‘음행의 상습 있는 부녀’로 낙인찍어 보호의 대상에서 제외시키고 보호대상을 ‘음행의 상습 없는 부녀’로 한정함으로써 여성에 대한 남성우월적 정조관념에 기초한 가부장적·도덕주의적 성 이데올로기를 강요하는 셈이 된다. 결국 이 사건 법률조항은 남녀평등의 사회를 지향하고 실현해야 할 국가의 헌법적 의무(헌법 제36조 제1항)에 반하는 것이자, 여성을 유아시(幼兒視)함으로써 여성을 보호한다는 미명 아래 사실상 국가 스스로가 여성의 성적자기결정권을 부인하는 것이 되므로, 이 사건 법률

19) 박찬걸, “성폭력범죄 대처를 위한 최근(2012.12.18.)의 개정 형법에 대한 검토”, 한양법학 제24권 제2집(통권 제42집)(한양대학교 법학연구소, 2013), 189쪽 참조.

20) 임웅, 앞의 책, 177쪽.

21) 헌법재판소 2009.11.26. 선고, 2008헌바55, 2009헌바191(병합) 전원재판부 결정.

조항이 보호하고자 하는 여성의 성적자기결정권은 여성의 존엄과 가치에 역행하는 것이다.”라고 그 이유를 밝히고 있다.

그런데 이러한 헌법재판소의 결정 요지에서도 알 수 있듯이 헌법재판소가 위헌의 대상으로 삼은 것은 제304조의 규정의 위계 간음 중 혼인을 빙자하여 간음한 행위 즉 ‘혼인빙자간음죄’만을 위헌으로 판단한 것이 분명하다. 그럼에도 불구하고 개정 형법은 제304조 전체를 삭제함으로써 장애인²²⁾ 일반 성인에 대한 위계간음에 대하여 처벌할 수 없게 되는 이른바 법률공백의 문제를 야기하게 되었다는 점이 문제로 인식되는바, 이에 대하여는 후술하기로 하겠다.

4. 소추조건으로서 친고죄 규정의 폐지

종래 형법은 제306조에서 “제297조 내지 제300조와 제302조 내지 제305조의 죄는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.”고 규정함으로써 강간 등 상해·치상죄(제301조), 강간 등 살인·치사죄(제301조의 2), 상습강간죄(제305조의 2) 등을 제외한 제32장의 성폭력 범죄에 대하여 피해자의 고소가 있어야만 공소를 제기할 수 있는 ‘친고죄’로 규정하고 있었다.

그러나 이러한 친고죄 규정에 대하여 다음과 같은 폐단을 지적하며 폐지론이 끊임없이 제기되어 왔다. ① 친고죄 규정으로 인하여 성폭력 범죄와 같은 중대 범죄를 단순히 개인적인 문제로만 치부하거나 인식하게 될 뿐 아니라, ② 범죄의 피해자에 대하여 금전적인 이익을 추구하는 이른바 꽃뱀이라는 인식을 가지게 할 수 있으며,²³⁾ ③ 친고죄가 보호하고자 하는 피해자의 명예가 과연 무엇인지 그 실체가 확인되지 않고

22) 장애인에 대하여는 ‘성폭력특별법’ 제6조 제5항 “위계(僞計) 또는 위력(威力)으로 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람을 간음한 사람은 5년 이상의 유기징역에 처한다.”라는 규정을 통하여 위계간음죄가 처벌되게 된다.

23) 이현정, 앞의 논문, 177쪽.

있다는 점,²⁴⁾ ④ 성문화의 변화로 인하여 더 이상 여성의 정조가 아닌 성적 자기결정권으로 성범죄의 보호법익이 변화된 지금은 성범죄 피해 사실의 외부 공표로 인한 피해자의 명예에 대한 침해보다도 비친고죄로 규정하여 국가형벌권을 통한 성범죄의 단호하고 철저한 수사과 처벌이라는 공공의 이익이 더 중요한 시기라는 점과 ⑤ 피해자의 고소취소를 얻어내기 위하여 가해자측이 피해자를 협박하는 사례가 있는 등²⁵⁾ 피해자에 대한 2차 처벌이 문제된다는 점, ⑥ 비교법적인 관점에서 외국의 입법례에 있어서도 스위스, 러시아, 프랑스 등의 경우 강간죄에 대한 친고죄 규정을 두고 있지 않으며, 독일도 1876년 강간죄를 비친고죄로 개정하였고 가까운 대만의 경우에도 1999년 강간죄를 비친고죄로 개정하였다는 점²⁶⁾ 등이 그것이다.

이러한 점들에 비추어 친고죄 규정을 폐지한 형법의 개정은 성폭력 범죄에 대한 처벌이 통상적으로 합당하게 이루어지지 못하여 왔던 문제를 해결하는 데 큰 기여를 할 수 있을 것으로 판단된다. 그러나 제306조의 규정을 일괄적으로 삭제함으로써 모든 성폭력 범죄에 대하여 전면적으로 비친고죄로 삼은 것에는 비교적 경미한 범죄에 있어서까지 피해자가 원치 않는 경우에도 수사 또는 재판의 절차가 진행됨으로써 피해자에게 추가 피해가 발생할 수 있다는 점,²⁷⁾ 국가소추주의로 인한 공소권 남용을 통한 피해자의 인권침해의 위험성이 존재한다는 점²⁸⁾ 등 형법의 보충성의 원칙에 위배될 소지가 있다는 점이 문제가 될 것으로 생각된다.

24) 한석현/이재일, “성범죄 처벌법규의 체계적 정비방안”, 정책보고서 제8호(국회입법조사처, 2011), 146쪽.

25) 박찬걸, 앞의 논문, 171쪽 참조.

26) 전보경, “성폭력범죄 관련법상 친고죄 규정에 대한 비판적 고찰”, 동아법학 제56호(동아대학교 법학연구소, 2012), 234쪽 참조.

27) 이현정, 위의 논문, 188쪽 참조.

28) 김정환, 앞의 논문, 45쪽 참조.

Ⅲ. 개정 형법규정의 문제점과 개선방안

전술한 바와 같이 형법의 개정을 통하여 종래 성범죄에 있어서의 양성평등의 실현, 성범죄를 국가 및 사회적 문제로서 대응할 수 있는 공간을 마련하게 되었다는 것, 성형법의 탈윤리화의 구현, 기본 형법과 특별법과의 괴리를 좁혀 기본법인 형법에서도 성범죄의 삼분화를 완성하게 된 점 등 종래 논란이 되어왔던 일련의 부분들에 대하여 어느 정도의 해결책을 제시하였다는 긍정적인 평가가 가능하다. 그러나 논란의 소지는 아직도 존재하고 있는바, 이를 분류하여 보면 다음과 같다. 먼저 구성요건과 관련하여서는 ① 강간죄와 유사강간죄의 객체에 있어서 배우자의 객체성·성전환자의 객체성 문제와 ② 남성의 남성에 대한 성폭행 행위에 대하여 강간죄를 적용할 수 있는가의 문제가 여전히 논란이 될 수 있다. 이와 더불어 ④ 유사강간죄 규정 자체의 문제로서 구성요건의 불명확성으로 인한 문제가 제기될 수 있다. 다음으로는 제 304조의 삭제로 인하여 장애인이 아닌 성인에 대한 위계간음의 불가벌의 문제 역시 법률공백의 소지가 있다고 판단된다. 아울러 친고죄 규정의 폐지로 인하여 성범죄 전반에 걸쳐 비친고죄로 변화됨에 따라 발생할 수 있는 문제가 제기될 수 있는바, 이하에서는 각각에 대한 구체적인 문제점을 살펴보고 나름의 대안을 제시하고자 한다.

1. 객체에 관한 문제

1.1 부부강간의 문제

1.1.1 문제의 제기

부부강간 즉, 배우자의 강간죄 객체성과 관련하여서는 객체성을 부정하는 소극설²⁹⁾과 객체성을 인정하는 적극설³⁰⁾이 대립되어 왔다. 부

부강간을 부정하는 소극설의 주요 논거를 살펴보면 먼저 지극히 사적인 영역인 부부간의 성행위에 있어서까지 형벌권을 발동하여 문제를 해결하는 것은 형벌권의 남용이라는 지적³¹⁾과 함께 아내 강간을 일반화할 경우 부부간의 내밀한 성행위에 신뢰관계를 유지할 수 없고 그로 인한 출생아를 강간에 의해 태어난 아이로 전락시키는 결과를 가져올 수 있으며,³²⁾ 부부는 민법상의 동거의무가 있을 뿐 아니라 동거의무는 성생활을 함께 할 의무를 내포하는 것으로 성관계를 감내할 의무는 있는 것이므로 강요죄도 성립하지 않는다는 점³³⁾ 등이 있다.

이에 반하여 적극설은 강간죄의 보호법익이 성적 자기결정권인 이상 법률상의 아내도 강간죄의 객체가 되어야 하며,³⁴⁾ 부부간의 동거의무가 성관계에 응할 의무를 포함하고 있다고 하더라도 성관계를 지속적으로 거절하는 것은 이혼의 사유가 될 수 있을지언정 형법상의 강간죄를 정당화시켜주는 것은 아니며,³⁵⁾ 단지 위자료를 많이 받기 위하여 강간죄를 악용할 우려가 있다는 것으로 부부강간을 부정할 경우 아내에게 무고죄 성립의 위험이 있어 주객이 전도된 것이라는 점³⁶⁾등을 문제로 지적하고 있다.

판례의 경우 종래에는 강간죄의 성립을 부정하는 입장³⁷⁾이었으나,

29) 손동권/김재윤, 앞의 책, 151쪽; 임웅, 앞의 책, 183쪽; 권오걸, 형법각론(형설출판사, 2009), 170쪽; 정성근/박광민, 형법각론(제3판)(삼지원, 2008), 170쪽. 정영일, 형법각론(박영사, 2008), 117쪽.

30) 김성돈, 형법각론(제2판)(성균관대학교 출판부, 2009), 157쪽; 조국, 형사법의 성판향(제2판)(박영사, 2004), 31-32쪽; 오영근, 형법각론(제2판)(박영사, 2012), 160쪽; 이현정, 앞의 논문, 179쪽; 박찬걸, 앞의 논문, 180쪽.

31) 박찬걸, 위의 논문, 179쪽.

32) 손동권/김재윤, 앞의 책, 151쪽.

33) 임웅, 앞의 책, 183쪽 참조.

34) 오영근, 앞의 책, 160쪽.

35) 이종갑, “아내강간의 성립에 대한 소고”, 한양법학 제23집(한양법학회, 2008), 414쪽 참조.

36) 이현정, 앞의 논문, 179쪽.

37) 대법원 1970. 3. 10. 선고, 70도29 판결.

이후 실질적인 부부관계가 인정될 수 없는 상태에 이른 경우 법률상 배우자라 할지라도 강간죄의 객체가 될 수 있음을 인정하였으며,³⁸⁾ 최근에는 혼인관계가 파탄된 경우뿐 아니라 실질적으로 혼인관계가 유지되고 있는 상황 하에서도 강간죄가 성립할 수 있다는 내용의 전원합의체 판결을 내놓음으로써 부부강간을 인정하는 입장으로 변경하였다.³⁹⁾

그러나 이러한 종래의 견해와 판례의 태도는 근본적으로는 어디까지나 강간죄의 객체에 배우자를 포섭하여야 하는가에 대한 법의식 내지 법감정과 관련한 견해의 다툼이라는 점을 문제로 지적하고 싶다. 즉, ‘배우자를 강간죄의 객체에 포섭하여야 할 것인가?’의 문제에 앞서 현행 형법 제297조의 규정하에서 배우자에 대한 ‘강간 자체가 성립될 수 있는가?’의 본질적인 문제의 해결부터 선행되어야 하기 때문에 현행 규정이 가지는 문언적인 문제점을 지적하는 바이다.

38) 대법원 2009. 2. 12. 선고, 2008도8601 판결. - 대법원은 본 판결의 요지에서 “혼인관계가 존속하는 상태에서 남편이 처의 의사에 반하여 폭행 또는 협박으로 성교행위를 한 경우 강간죄가 성립하는지 여부는 별론으로 하더라도, 적어도 당사자 사이에 혼인관계가 파탄되었을 뿐만 아니라 더 이상 혼인관계를 지속할 의사가 없고 이혼의사의 합치가 있어 실질적인 부부관계가 인정될 수 없는 상태에 이르렀다면, 법률상의 배우자인 처도 강간죄의 객체가 된다.”라고 하여, 혼인관계를 지속할 수 없는 제한적인 경우에 있어서 부부강간이 성립할 수 있음을 밝히고 있다.

39) 대법원 2013. 5. 16. 선고, 2012도14788, 전원합의체 판결. - 본 사안에서 대법원은 다음과 같은 입장을 밝히고 있다. “헌법이 보장하는 혼인과 가족생활의 내용, 가정에서의 성폭력에 대한 인식의 변화, 형법의 체계와 그 개정 경과, 강간죄의 보호법익과 부부의 동거의무의 내용 등에 비추어 보면, 형법 제297조가 정한 강간죄의 객체인 ‘부녀’에는 법률상 처가 포함되고, 혼인관계가 파탄된 경우뿐만 아니라 혼인관계가 실질적으로 유지되고 있는 경우에도 남편이 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행이나 협박을 가하여 아내를 간음한 경우에는 강간죄가 성립한다고 보아야 한다. 다만 남편의 아내에 대한 폭행 또는 협박이 피해자의 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도에 이른 것인지 여부는, 부부사이의 성생활에 대한 국가의 개입은 가정의 유지라는 관점에서 최대한 자제하여야 한다는 전제에서, 그 폭행 또는 협박의 내용과 정도가 아내의 성적 자기결정권을 본질적으로 침해하는 정도에 이른 것인지 여부, 남편이 유형력을 행사하게 된 경위, 혼인생활의 형태와 부부의 평소 성행, 성교 당시와 그 후의 상황 등 모든 사정을 종합하여 신중하게 판단하여야 한다.”

이와 관련하여 강간죄의 객체를 ‘부녀’에서 ‘사람’으로 개정된 것은 강간죄의 객체에 배우자를 포함시킬 수 있는가의 문제와 관련하여서는 아무런 해결책도 제시하지 못한 채 침묵하고 있는 것이라 할 수 있다. 통상적으로 ‘강간’이라 함은 상호 온전한 의사에 의한 ‘화간’에 대비되는 개념으로 ‘강압적·강제적인 간음’을 의미함이 분명하다. 여기에서 ‘간음’은 사전적 의미상 “부부가 아닌 남녀가 성관계를 맺음.”⁴⁰⁾이라 정의되어 있다. 이를 종합하여 문언적으로 해석하게 되면 혼인을 한 부부 사이에는 ‘강간’이라는 행위태양이 존재할 수 없게 된다고 보아야 한다.⁴¹⁾

본인은 기본적으로 배우자에 대한 강간죄를 인정하여야 한다는 입장이다. 그러나 이는 어디까지나 입법정책적인 입장일 뿐 현재의 법규정을 유지한 채 배우자에 대한 강간을 인정하는 것은 죄형법정주의의 위반이라고 판단된다.⁴²⁾

1.1.2 개선방안

혼인관계의 배우자에 대하여도 강간죄가 성립할 수 있도록 하여야 한다는 것이 부부강간에 대한 필자의 본질적인 입장이다. 그러나 강간죄 규정을 현행과 같이 “사람을 강간한 자”라고 하여 행위 태양을 ‘강간’으로 유지한 채 배우자를 강간죄의 객체로 보는 것은 명백한 오류라고

40) 국립국어원 표준국어대사전 <<http://stdweb2.korean.go.kr/search/View.jsp>>, 검색일 : 2014.1.30.

41) 대법원 2013. 5. 16. 선고, 2012도14788, 전원합의체 판결. - 본 판결에서도 이상훈, 김용덕은 반대의견으로서 “...‘간음(姦淫)’의 사전적 의미는 ‘부부 아닌 남녀가 성적 관계를 맺음’이고, 강간은 ‘강제적인 간음’을 의미하므로 강간죄는 폭행 또는 협박으로 부부 아닌 남녀 사이에서 성관계를 맺는 것이라 할 것이다. 그리고 강간죄는 ‘부녀’를 대상으로 삼고 있으므로, 결국 강간죄는 그 문언상 ‘폭행 또는 협박으로 부인이 아닌 부녀에 대하여 성관계를 맺는 죄’라고 해석된다.”라고 하여 배우자의 강간죄 객체성을 부정하였다.

42) 동지로는 이현정, 앞의 논문, 180쪽.

생각된다. 따라서 ‘강간’으로 규정된 것을 ‘성교한’ 내지 ‘성기를 삽입한’ 등으로 개정하는 것이 입법정책적으로 타당하리라 생각한다.⁴³⁾

1.2 성전환자의 강간죄 객체성 문제

1.2.1 문제의 제기

종래 성전환자에 대하여 강간죄 객체로 인정할 수 있는가의 문제와 관련하여서는 성전환자도 강간죄의 객체가 될 수 있다는 성립 긍정설(적극설)⁴⁴⁾과 성전환자의 경우에는 강간죄의 객체 즉, 강간죄의 피해자가 될 수 없다는 성립 부정설(소극설)⁴⁵⁾이 대립되어왔다. 판례의 경우 성전환자의 강간죄 객체성을 부정하던 입장에서⁴⁶⁾ 형법의 개정 이전인

43) 물론 이러한 규정에 대하여 ‘성행위에 대하여 법률이 지나치게 노골적으로 묘사하는 것’이라는 비판이 제기될 여지도 있겠으나, 유사강간죄의 규정에서 이미 ‘넣거나’라는 표현을 사용하고 있을 뿐 아니라 지속적으로 제기될 수 있는 논란에 대한 명문적인 해결책이 될 수 있다는 것이 본인의 생각이다.

44) 박상기, 형법각론(제8판)(박영사, 2011), 145쪽; 정성근/박광민, 앞의 책, 170쪽; 김성돈, 앞의 책, 158쪽; 권오걸, 앞의 책, 171쪽.

45) 그러나 종래 부정설의 입장에서 설명하던 학자들도 형법 개정 이후에는 이에 대한 구체적 언급을 삭제하는 등 입장의 변경이 있는 것으로 판단된다(대표적인 예로는 임웅, 앞의 책, 181-184쪽; 손동권/김재윤, 앞의 책, 151-152쪽). 따라서 형법 개정 이전에 부정설의 입장을 취하였던 종래의 형법각론 기본서에 대해서는 언급을 생략하고자 한다.

46) 대법원 1996. 6. 11. 선고, 96도791 판결.; 본 판결에서 대법원은 “형법 제297조에서 말하는 부녀, 즉 여자에 해당하는지 여부도 … 발생학적인 성인 성염색체의 구성을 기본적인 요소로 하여 성선, 외부성기를 비롯한 신체의 외관은 물론이고 심리적, 정신적인 성, 그리고 사회생활에서 수행하는 주관적, 개인적인 성역할(성전환의 경우에는 그 전후를 포함하여) 및 이에 대한 일반인의 평가나 태도 등 모든 요소를 종합적으로 고려하여 사회통념에 따라 결정하여야 한다. … 기본적인 요소인 성염색체의 구성이나 본래의 내·외부성기의 구조, 정상적인 남자로서 생활한 기간, 성전환 수술을 한 경우, 시기 및 수술 후에도 여성으로서의 생식능력은 없는 점, 그리고 이에 대한 사회 일반인의 평가와 태도 등 여러 요소를 종합적으로 고려하여 보면 사회통념상 여자로 볼 수는 없다.”고 판시함으로써 남성에서 여성으로 성전환한 자에 대한 강간죄의 객체성을 부정하였다.

2009년의 사안⁴⁷⁾에서는 성전환자의 강간죄 객체성을 인정함으로써 성전환자에 대한 강간죄의 객체성을 해석상으로 인정할 수 있는 터전을 마련한 바 있다. 아울러 형법의 개정을 통하여 성전환자에 대한 강간죄의 객체성과 관련한 논란을 종식시킬 수 있다고 평가하는 견해가 있으나,⁴⁸⁾ 종래의 소극설의 입장에서 제시하는 논거인 ‘임신과 출산의 능력 즉, 생식능력’을 중심으로 하여 XX, XY 염색체를 바탕으로 성(性)을 ‘생물학적 성(sex)’으로서 평가하는 입장에서는 객체에 관한 개정과 함께 이루어진 형법 제297조의 2의 유사강간죄의 신설로 인하여 성전환자의 경우 온전한 ‘생식기관으로서의 성기’로 볼 수 없음을 이유로 강간죄가 아닌 유사강간죄가 적용되어야 한다는 반론이 제기될 가능성이 존재하는바, 여전히 논란의 여지가 있을 수 있음을 지적하고 싶다.

1.2.2 개선방안

생각건대, 성전환자 역시 성적 자기결정권의 주체로서 보호되어야 함은 당연할 뿐 아니라, 성의 개념 역시 생물학적 성 개념뿐 아니라 사회적 성(gender)을 중심으로 이해될 필요성이 있으므로⁴⁹⁾ 강간죄의 객체로 봄이 타당할 것이다. 그러나 성전환자의 강간죄 객체성 문제는

47) 대법원 2009. 9. 10. 선고, 2009도3580 판결; 본 사안에서 대법원은 “종래에는 사람의 성을 염색체와 이에 따른 생식기·성기 등 생물학적인 요소에 따라 결정하여 왔으나, 근래에 와서는 생물학적인 요소뿐 아니라 개인이 스스로 인식하는 남성 또는 여성으로의 귀속감 및 개인이 남성 또는 여성으로서 적합하다고 사회적으로 승인된 행동·태도·성격적 특징 등의 성역할을 수행하는 측면, 즉 정신적·사회적 요소들 역시 사람의 성을 결정하는 요소 중의 하나로 인정받게 되었으므로, 성의 결정에 있어 생물학적 요소와 정신적·사회적 요소를 종합적으로 고려하여야 한다. … 피해자가 성장기부터 남성에 대한 불일치감과 여성으로의 성귀속감을 나타냈고, 성전환 수술로 인하여 여성으로서의 신체와 외관을 갖추었으며, 수술 이후 30여년간 개인적·사회적으로 여성으로서의 생활을 영위해 가고 있는 점 등을 고려할 때, 사회통념상 여성으로 평가되는 성전환자로서 강간죄의 객체인 ‘부녀’에 해당한다.”고 하여 성전환자의 강간죄 객체성을 인정하게 되었다.

48) 이현정, 앞의 논문, 174쪽 참조; 박찬걸, 앞의 논문, 176-178쪽 참조.

49) 박찬걸, 앞의 논문, 178쪽 참조.

앞서 살펴본 배우자의 객체성과는 별개로 명문적인 해결이 아닌 법의식 내지 법감정과 관련한 해석상의 문제로 보아야 할 것이다. 즉, 굳이 형법의 개정을 단행하지 않더라도 개정 형법에서 이미 강간죄의 객체를 ‘사람’으로 확대한 이상 생식능력과 무관하게 성기에의 삽입을 중심으로 강간(내지 성교행위 또는 성기 삽입행위)을 이해하는 것이 바람직할 것이다.⁵⁰⁾ 따라서 입법적인 해결이 아닌 성에 대한 사회 전반적인 인식 변화를 통한 공감대의 형성 노력을 통하여 해결될 수 있는 문제로서 대법원 역시 전술한 2009년의 사안에서 이러한 의식을 반영한 판결을 내린바 있다.⁵¹⁾

1.3 남성의 남성에 대한 성폭행의 문제

1.3.1 문제의 제기

개정된 현행 형법이 객체에 대하여 ‘사람’으로 확장하였음에도 불구하고 ‘남성에 의한 남성 강간’의 경우 해석상 제297조의 강간죄가 아닌 제297조의 2의 유사강간죄가 성립될 수밖에 없다는 점도 문제로 지적된다. 개정된 현행의 구성요건적 체계에 의하면 ‘성기간의 교접’만이 강간죄의 대상이 되고, ‘성기에 대하여 성기를 제외한 신체의 일부나 도구’를 넣거나, ‘성기를 제외한 구강, 항문 등 신체의 일부에 대하여 성기’를 넣은 경우에는 유사강간죄가 성립하게 된다.

그런데 남성의 남성에 대한 성폭행에 있어서 성기 간의 교접 즉 성기 삽입을 통한 성폭행은 현실적으로 불가능하기 때문에 통상적으로 구강 또는 항문에의 성기 삽입의 형태로 이루어질 수밖에 없다. 그런데 성적 취향이 동성애자인 경우에 있어서뿐 아니라 이성애자(異性愛者)인 경

50) 이는 폐경 등으로 인하여 생식능력이 상실된 부녀에 대하여서도 강간죄를 인정하는 것이 당연함과 같은 맥락이다.

51) 대법원 2009. 9. 10. 선고, 2009도3580 판결.

우 여성이 아닌 남성에 의한 성폭력은 현실적으로 더 큰 육체적·정신적 고통을 가하는 범죄가 될 수 있다. 특히 이성애자인 남성의 경우에 있어서는 여성에 의한 강간피해보다도 동성인 남성에 의한 성폭력이 범죄의 중대성, 행위불법, 성적 자기결정권의 침해에 있어 결코 가볍지 않을 뿐 아니라 피해로 인한 성적 수치심이나 신체적 완결성의 훼손에 있어서는 오히려 더 중한 불법유형이라고 생각된다. 그럼에도 불구하고 남성에 의한 남성 강간의 경우 강간죄보다 상대적으로 경한 유사강간죄⁵²⁾가 적용될 수밖에 없다는 것은 형법개정이 추구하는 성폭력범죄에 있어서의 양성평등의 구현에 위배되는 것으로 판단된다.

이에 대하여 양형을 통하여 형벌의 경중문제를 해결할 수 있다는 반론이 제기될 수도 있을 것이나,⁵³⁾ 성폭력 범죄에 대한 형법의 체계가 강간죄와 유사강간죄의 경중을 구별하여 설정한 이상 현행 규정은 평등 원칙의 명백한 위반이라 하겠다.

1.3.2 개선방안

남성에 의한 남성 성폭행 역시 종래의 강간 즉, 이성간의 성기삽입과 같은 정도로 취급하여야 한다는 것이 필자의 생각이다. 그런데 현재의 강간죄 조항과 유사강간죄 조항을 유지한 채 남성간의 강간을 인정하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 위배될 수밖에 없다. 따라서 본 문제는 제297조와 제297조의 2의 규정에 대한 새로운 정비를 통하여서만 해결이 가능하다고 생각된다. 일례로 형법 제297조의 규정을 “폭행 또는

52) 형법 제297조의 강간죄에 대해서는 “3년 이상의 유기징역”으로 규정하고 있으며, 제297조의 2의 유사강간죄에 대해서는 “2년 이상의 유기징역”으로 규정함으로써 유사강간죄를 강간죄에 비하여 경한 것으로 설정하고 있음을 알 수 있다. 이는 각주18에서 언급하였던 제32장의 구성요건적 체계와 관련한 입장 중 어느 견해를 따르더라도 유사강간을 강간에 비하여 경한 것으로 취급한다는 점에서는 차이가 없다고 할 것이다.

53) 이러한 비판이 제기될 가능성에 대하여 언급한 또 다른 견해로는 이현정, 앞의 논문, 182쪽.

협박으로 사람의 성기에 성기를 삽입하거나 구강 또는 항문에 성기를 삽입한 자는”으로 개정하고 제297조의 2의 유사 강간은 “성기, 구강, 항문에 손가락이나 성기구를 넣는 행위를 한자...” 등으로 개정하는 것이 대안이 될 수 있을 것이다.⁵⁴⁾⁵⁵⁾ 물론 제297조를 이와 같이 개정할 경우 구강성교 및 항문 성교를 일괄적으로 성기간의 교접인 통상적인 성교와 같은 것으로 취급하게 되고 결과적으로 성폭력 범죄를 강간·유사강간·강제추행으로 삼분화한 취지에 반하게 된다는 비판이 제기될 수 있을 것이다. 그러나 성폭행 행위를 성기간의 강제적 교접에 국한할 필요는 없다고 생각될 뿐 아니라,⁵⁶⁾ 이러한 체계는 강간의 행위 태양을 확장하는 만큼 유사강간의 범위가 축소되는 것일 뿐 성폭력 범죄의 삼분화 자체가 변하게 되는 것은 아니라는 생각이다. 그런데 보다 큰 문제점은 이러한 체계를 취할 경우, 남성의 남성에 대한 성폭행 행위는 강간이 되는 데 비하여 여성의 여성에 대한 성폭력의 경우에는 유사강간죄가 성립하게 됨으로써 양성평등의 원칙에 반할 수 있다는 비판이 가능하다는 점일 것이다. 그러나 이는 성기에 있어서의 남성과 여성의 차이를 기초로 하여 그 불법의 경중에 차이를 둘 수 있는 부분이라 생각되는바, 이러한 구별이 남녀의 성적 차별까지는 아니라고 생각된다.

54) 이러한 취지와 비슷한 입장으로는 이현정, 위의 논문, 183쪽 - 그러나 이 견해는 본질적으로 성기 대 성기의 삽입행위와 그에 준하는 강제적 삽입은 강간죄로 보고 그 이외의 삽입행위는 강제추행죄로 처벌하자는 2원적인 입장을 취하고 있다는 점에서 현행의 삼분적인 체계를 유지한 채 남성의 남성에 대한 성폭행을 종래 강간죄의 개념에 포섭하고자 하는 필자의 견해와는 다소 차이를 보인다고 할 수 있다.

55) 그러나 예시된 내용과 같이 개정될 경우, 남성만을 보호대상으로 설정하는 것은 또 다른 성차별이라는 비판이 제기될 수도 있을 것이다. 그런데 성기에 대한 성기의 삽입(현재의 강간)과 유사강간을 구별하여 경중의 차이를 설정한 점에 있어서는 기본적으로 지지하는 입장이다. 이에 대해서는 유사강간죄 규정상의 문제를 논하면서 후술하겠다.

56) 이와 관련하여 종래에도 ‘간음’을 단순히 ‘남성과 여성간의 성기 결합’으로 해석하던 것을 확대시켜야 하는지와 관련된 논의가 필요함이 지적되어 왔다(조현욱, “성전환자(MTF형)의 강간죄 객체성 해당여부”, 일감법학 제20호(건국대학교 법학연구소, 2011), 662쪽).

2. 유사강간죄 규정과 관련한 문제

2.1 문제의 제기

본 조의 신설 이전에 이미 형사 특별법에서는 강간/유사강간/강제추행의 삼분적 체계를 이루고 있었다. 형사 특별법의 규정에 대하여 구체적으로 살펴보면 객체와 관련하여 먼저 13세 미만의 자에 대하여 동조의 규정과 같은 삽입을 한 경우에는 성폭력특례법 제7조 제2항이 적용되어 왔으며,⁵⁷⁾ 13세 이상의 아동·청소년인 경우에는 아청법 제7조 제2항이,⁵⁸⁾ 그리고 성인인 경우에도 신체적·정신적 장애가 있는 자에 대하여서는 성폭력특례법 제6조 제2항이 적용되어 왔다.⁵⁹⁾ 이로 인하여 장애가 없는 성인은 유사강간의 객체에서 제외되는 구조를 갖추고 있었다.

신설된 형법 제297조의 2의 유사강간죄 규정을 강간죄와의 체계하에서 종합적으로 살펴보면 성기 간의 강제적 삽입행위는 강간죄가 성립하고, 성기 이외의 삽입행위는 유사강간죄가 성립되도록 함으로써 강제추행죄보다 중하게 처벌하고자 하는 삼분적 체계화를 기본법인 형법에

57) 성폭력특례법 제7조(13세 미만의 미성년자에 대한 강간, 강제추행 등) ② 13세 미만의 사람에 대하여 폭행이나 협박으로 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 사람은 7년 이상의 유기징역에 처한다.

1. 구강·항문 등 신체(성기는 제외한다)의 내부에 성기를 넣는 행위
2. 성기·항문에 손가락 등 신체(성기는 제외한다)의 일부나 도구를 넣는 행위

58) 아청법 제7조(아동·청소년에 대한 강간·강제추행 등) ② 아동·청소년에 대하여 폭행이나 협박으로 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 자는 5년 이상의 유기징역에 처한다.

1. 구강·항문 등 신체(성기는 제외한다)의 내부에 성기를 넣는 행위
2. 성기·항문에 손가락 등 신체(성기는 제외한다)의 일부나 도구를 넣는 행위

59) 성폭력특례법 제6조(장애인에 대한 강간·강제추행 등) ② 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람에 대하여 폭행이나 협박으로 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 사람은 5년 이상의 유기징역에 처한다.

도입함으로써 이미 삼분적 체계를 취하여 왔던 성폭력특례법 및 아첨법 등의 특별법과의 조화를 추구하게 되었다.

그러나 이러한 긍정적인 평가와는 별개로 전술한 바와 같이 본 규정은 남성의 남성에 대한 성폭력이 강간죄에 포섭될 수 없도록 만드는 결과를 야기하는 결과를 가져오게 되었다. 아울러 본 규정 자체의 문제와 관련하여 입법적 절차에 의하여 제정된 법률이지만 정책적 목적이 주가 되어 수범자의 범위가 특정된 개별성과 구체성을 띤 법률을 의미하는 ‘처분적 법률’⁶⁰⁾에 해당하여 위헌법률로서 연결될 가능성이 있다는 비판이 제기되기도 한다.⁶¹⁾

또 다른 문제점은 ‘구강, 항문 등 신체의 내부’와 ‘손가락 등 신체의 일부 또는 도구’가 무엇인지 불명확하다는 것과 함께 형법 규정에 “...등”이라는 예시적 표현을 사용하고 있어⁶²⁾ 결과적으로 구성요건의 명확성의 원칙을 후퇴시키는 결과를 가져왔다는 점이다.⁶³⁾

그러나 본 규정이 가지는 가장 큰 문제는 본 죄의 규정에서 “구강, 항문 등 신체(성기는 제외한다)의 내부에 성기를 넣거나”라는 표현은 문언적으로 해석할 때 가해자가 남성인 경우만을 설정하고 있다는 문제점을 지적하고 싶다. 가해자의 성기를 피해자의 구강에 접촉하려는 소위 ‘구강성교’의 경우는 가해자가 남성일 경우뿐 아니라 여성인 경우에도 피해자가 남성이든 여성이든, 이성애자이든 동성애자이든을 불문하고 가슴이나 엉덩이 등에 대한 강제추행보다 수치심 내지 혐오감을

60) 홍완식, “처분적 법률에 관한 연구”, 토지공법연구 제56호(한국토지공법학회, 2012), 313쪽 이하 참조.

61) 임석원, 앞의 논문, 19-20쪽 참조 - 여기서는 동 규정이 사회적 요청에 따라 임기응변적인 정책추구의 필요성에 의하여 입법된 점, 변태성욕자 등 일정한 대상자를 구체적으로 특정한 채 입법된 법률이라는 점과 함께 국회가 가지는 순수하고 객관적인 법률제정권의 한계를 초과하고 있다는 점 등을 논거로 위헌의 소지가 있음을 지적하고 있다.

62) 이현정, 앞의 논문, 183-184쪽 참조.

63) 임석원, 위의 논문, 15-17쪽 참조.

불러일으킬 소지가 현저히 크다고 할 것이다. 이러한 규정 역시 평등원칙에 위배되는 것이라 생각된다.

2.2 개선방안

본 규정과 관련하여 필자는 삼분적 체계화를 이룬 점에 있어서는 기본적으로 긍정적으로 평가하는 입장이다. 그러나 전술한 바와 같이 남성에 의한 남성의 성폭행을 현재의 강간죄 개념에 포섭하기 위해서는 전술한 바와 같이 형법 제297조의 규정을 “폭행 또는 협박으로 사람의 성기에 성기를 삽입하거나 구강 또는 항문에 성기를 삽입한 자는”으로 개정하고, 본 조의 유사강간죄에 대해서는 “구강 또는 항문에 성기를 접촉하거나 성기, 구강, 항문에 손가락이나 성기구를 넣는 행위를 한 자”로 개정하여 여타의 강제추행보다 불법이 가중되는 요소로서 유사성교행위를 종래보다 구체화·축소화시킴으로써 삼분적 체계하에서 남성의 남성에 대한 강간을 강간죄로 포섭하고 이와 함께 피해자의 성별을 불문한 여성 가해자에 의한 구강성교행위를 유사강간으로의 포섭을 동시에 해결하여 평등원칙의 실현까지 모색할 수 있을 것으로 생각한다. 그런데 이러한 체계를 갖출 경우에도 구강 또는 항문에 성기를 ‘접촉’한 경우 강간죄의 미수범으로 보아야 할 것인지 유사강간죄로 보아야 할 것인지가 불분명하다는 문제가 제기될 수 있을 것이다. 생각건대, 처음부터 구강 또는 항문에 단순히 성기의 접촉만을 의도한 경우에는 유사강간죄로 보고 구강 또는 항문에 성기의 삽입을 시도하였으나 접촉에 그친 경우에는 강간죄의 미수범으로 해석하면 종래 강제추행과 강간의 구별과 큰 차이가 없을 것으로 판단된다.

그러나 이러한 개정은 단순히 형법의 개정뿐 아니라 성폭력특례법과 아청법 등 특별형법에 있어서까지 대대적인 개편이 요구되는 작업이라는 점이 문제가 될 수 있을 것이다.

3. 위계간음죄조항의 폐지로 인한 문제

3.1 문제의 제기

혼인빙자 위계간음에 대해서는 지속적으로 폐지론이 제기되어 왔을 뿐 아니라 헌법재판소에 의하여서도 위헌결정⁶⁴⁾이 내려졌음은 전술하였던 바와 같다. 그러나 헌법재판소는 결정요지에서 ‘형법 제304조 중 “혼인을 빙자하여 음행의 상습 없는 부녀를 기망하여 간음한 자” 부분은 헌법에 위반된다.’라고 명시함으로써 제304조 전체가 위헌인 것이 아니라 여러 가지 위계에 의한 간음죄의 유형 중 ‘혼인을 빙자하는’ 위계에 의한 간음죄만이 위헌이라고 판시하고 있다. 즉 제304조를 가리켜 흔히 혼인빙자간음죄라고 통칭하여, 마치 혼인을 빙자하는 행위 자체를 처벌하는 조항인 것처럼 오인하는 경향이 있으나, 혼인을 빙자하는 것은 위계의 한 예시에 불과한 것이므로, 실질적으로 제304조는 ‘위계에 의한 간음죄’를 규정한 것임을 명백히 하고 있다.⁶⁵⁾ 그런데 형법의 개정을 통하여 제304조 전체가 삭제됨으로써 장애가 없는 성인에 대한 위계간음 전체가 불가별이 되는 결과를 가져오게 되었다.

형법뿐 아니라 각종 특별형법 상에서는 장애가 없는 성인을 제외하고는 여러 객체를 대상으로 하는 ‘위계에 의한 간음죄’를 규정하고 있다. 구체적으로 살펴보면 미성년자 또는 심신미약자에 대한 위계에 의한 간음죄 규정(형법 제302조)과, 업무, 고용 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람에 대한 위계에 의한 간음죄(형법 제303조 제1항), 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람에 대한 위계에 의한 간음죄(성폭력특별법 제6조 제5항), 13세 미만의 사람에 대한 위계에

64) 헌법재판소 2009.11.26. 선고, 2008헌바55, 2009헌바191(병합) 전원재판부 결정.

65) 헌법재판소 2009.11.26. 선고, 2008헌바55, 2009헌바191(병합) 전원재판부. 결정 중 재판관 송두환의 반대의견에 대한 보충의견.

의한 간음죄(성폭력특례법 제7조 제5항), 아동·청소년에 대한 위계에 의한 간음죄(아청법 제7조 제5항) 등을 통하여 위계간음죄를 규정하고 있는 것이다. 이를 종합하여 볼 때 형법 제304조의 삭제로 인하여 장애가 없는 성인만이 위계간음죄의 보호대상에서 제외되었음을 확인할 수 있다.

위계간음의 대표적인 예로서는 (다소 극단적이기는 하지만) 자고 있는 자에 대하여 성행위를 시도하는 도중 행위의 객체가 “자기야?(내지 당신이야?)”라고 묻자 “그렇다”라고 대답하여 가해자를 배우자 내지 연인으로 오인하여 성관계를 가진 경우, 또는 여러 남녀가 한 방실에서 단체로 숙박을 하는 경우 연인 내지 부부인척 가장하여 상대방과 성관계를 가진 경우 등을 들 수 있을 것이다. 이러한 경우, 폭행 또는 협박의 수단이 인정될 수 없기 때문에 강간죄가 적용되기 어려울 뿐 아니라, 완전히 수면 중이거나 일시 의식을 잃은 경우로 볼 수도 없으므로 심신 상실 또는 항거불능의 상태로 보기도 어렵기 때문에 준강간죄가 적용되기도 어려울 것으로 판단된다.⁶⁶⁾

3.2 개선방안

전술한 사례 등을 제외하고는 통상적으로 장애가 없는 성인의 경우 위계간음의 행위유형이 매우 제한적일 수밖에 없겠으나, 신체적인 장애인뿐 아니라 업무, 고용관계에 있는 자에 대한 위계강간을 보호하면서 장애가 없는 성인만을 그 대상에서 제외시키는 것은 타당성을 인정하기

66) 위계간음의 다른 유형에 대하여 무상 증여 또는 채무면제를 빙자하는 방법 등을 통한 간음행위를 예시하면서 장애인인 아닌 성인에 대한 위계간음죄로의 보호 필요성을 주장하는 견해도 있으나(박찬걸, 앞의 논문, 190쪽 참조), 이러한 경우 굳이 위계간음으로 보호하여야 할 필요가 있는지에 대하여서는 개인적으로 의구심이 든다. 경제적 대가를 전제로 하여 성적인 자기 결정권을 행사한 자에 대하여 형법이 보호할 필요성은 없다는 것이 개인적인 생각이다.

어렵다고 판단된다. 뿐만 아니라 위와 같은 사례에서 역시 행위 객체는 성관계의 상대를 온전한 판단에 기초하여 스스로 결정하여 거부할 수 있는 ‘성적 자기결정권’이 침해당하였음이 명백하다고 할 것이다. 이는 혼인을 빙자하거나 성교를 위하여 단순히 유혹을 한 경우처럼 여성을 성적으로 유아시 하거나 수동적인 대상으로 인식함과 동시에 여성의 혼전 순결 내지 정조관념을 지나치게 강요하는 전통적인 관념이 반영된 혼인빙자간음과는 달리 성행위의 상대방을 스스로 결정할 수 있는 권리가 침해되었다는 점에서 본질적으로 보호되어야 함이 타당하리라 생각된다. 따라서 헌법재판소의 결정 취지를 그대로 반영하여 종래의 제304조 규정인 “혼인을 빙자하거나 기타 위계로서 음행의 상습없는 부녀를 기망하여 간음한 자”에서 “혼인을 빙자하거나 기타”의 부분과 “음행의 상습 없는” 부분만을 삭제하고, “부녀”를 “사람”으로 개정함이 타당한 조치였으리라 생각된다.

4. 친고죄규정의 폐지와 관련된 문제

4.1 문제의 제기

전술하였던 바와 같이 성폭력 범죄에 대한 친고죄 규정의 폐지는 여러 긍정적인 평가가 가능한 조치라는 점에서는 기본적으로 지지하는 입장이다. 그러나 성폭력 관련 범죄에 대한 전면적인 친고죄의 폐지 및 친고죄 폐지 이후의 후속조치의 미흡⁶⁷⁾ 등의 문제가 지적되고 있다. 이러한 문제점에 대하여 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

먼저 성폭력특례법 제13조의 통신매체이용 음란죄⁶⁸⁾ 등에 대해서와

67) 임석원, 앞의 논문, 18쪽 참조.

68) 제13조(통신매체를 이용한 음란행위) 자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적으로 전화, 우편, 컴퓨터, 그 밖의 통신매체를 통하여 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 말, 음향, 글, 그림, 영상 또는 물건을 상대방에게 도달하게

같이 친고죄의 전면적인 폐지는 친구 또는 연인에게 보내려던 영상을 과실로 다른 사람에게 발송한 경우나 전화를 받은 상대방을 연인으로 착각하여 애정표현과 관련한 이야기를 한 경우 등 비교적 경미한 사안의 경우까지 피해자의 의사와는 상관없이 수사절차 내지 (그 유죄 인정 여부와는 별개로) 공판 절차가 개시될 수도 있다는 점이 문제로 지적될 수 있다.

다음으로는 친고죄 폐지로 인하여 피해자가 입게 될 프라이버시의 침해 및 합의를 통한 조속한 피해회복이 곤란한 점 등의 비판이 제기될 수도 있다.⁶⁹⁾ 아울러 성범죄에 대하여 국가 형벌권의 발동을 통한 단호하고 철저한 수사과 처벌이라는 공공의 이익이 피해자 고유의 의사를 압도할 수 없다는 점⁷⁰⁾ 역시 친고죄 폐지에 대한 비판으로 제기되고 있다.

이에 대한 대안으로서 제시되는 것으로는 먼저 통신매체를 이용한 음란 행위 등 비교적 경미한 범죄에 대하여서는 친고죄의 부활이 재고될 필요가 있으며,⁷¹⁾ 반의사불벌죄로 규율하거나 원칙적으로 친고죄로 규정하고 공익적 관점에서 국가 형벌권의 발동이 필요한 경우 예외적으로 피해자 등의 고소여부에 관계없이 공소절차를 진행할 수 있는 ‘조건부 친고죄’의 도입⁷²⁾ 등이 그것이다. 그러나 반의사불벌죄로 규율하는 경우 친고죄와 마찬가지로 성범죄자를 형사처벌로부터 해방시켜줄 여지를 남김으로써 종래 친고죄 규정과 동일한 문제점이 존재하게 될 수 있으며, 조건부 친고죄의 경우 공익의 필요성의 해석에 따라 검사의 판단에 의하여 고소여부가 좌우될 수 있다는 것이 문제가 될 수 있다.⁷³⁾

다른 견해로는 사리분별능력과 의사판단능력을 어느 정도 갖추고

한 사람은 2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

69) 이현정, 위의 논문, 188-190쪽 참조.

70) 박찬걸, 앞의 논문, 173-174쪽 참조.

71) 이현정, 위의 논문, 188쪽.

72) 박혜진, “성폭력범죄에 대한 친고죄 규정의 비판적 고찰-친고죄 폐지론에 붙여-”, 안암법학 제40권(고려대학교 법학연구소, 2013), 442-444쪽 참조.

73) 박혜진, 위의 논문, 442-443쪽 참조.

있는 성인의 경우에는 냉철하게 판단하여 재판절차의 진행 여부를 결정하는 것이 보다 바람직하다는 것을 논거로 하여 제297조(강간), 제297조의2(유사강간), 제298조(강제추행), 제299조(준강간, 준강제추행), 제300조(미수범) 등의 죄에 있어서 피해자는 제302조와 제305조와 달리일반적인 성인이기 때문에 친고죄로 회귀하는 것이 바람직하다는 견해가 제시되기도 한다.⁷⁴⁾ 그러나 이러한 주장은 종래의 친고죄가 가지는 문제점을 다시 부활시킴으로써 개정 형법이 추구하고자 하는 성폭력 범죄에 대한 억제에의 노력에 역행하는 것이라는 의구심을 떨치기 어렵다.

4.2 개선방안

종래에 친고죄의 존폐 문제에서 지속적으로 제기되었던 핵심은 피해자 보호와 공익과의 조화라 할 수 있다. 즉, 성폭력 범죄를 바라보는 시각과 문제의식의 저변에는 ‘평등’과 ‘특별한 보호’라는 양 가치 사이의 긴장이라는 딜레마⁷⁵⁾가 언제나 존재할 수밖에 없는 것이다. 그런데 성폭력 범죄가 일반적으로 지극히 은밀한 곳에서 이루어지는 경우가 많다는 점을 고려할 때, 친고죄 규정의 폐지 여부와 무관하게 피해자의 의지에 따라 국가 형벌권이 발동할 가능성이 있다는 문제는 여전히 존재할 수 있기 때문에, 친고죄의 폐지가 전적으로 피해자 보호를 해한다는 측면은 상당부분 과장된 측면을 부정하기 어렵다.

이러한 상황 등을 바탕으로 앞에 언급하였던 여러 대안들 중, 통신매체를 이용한 음란 행위 등 그 불법이 매우 경미한 범죄의 경우에 한하여 친고죄 규정을 신설하는 것은 충분히 고려해 볼 만한 대안이라 생각한다.

그리고 무엇보다 성범죄 피해자의 보호와 관련한 지속적인 제도 개선이 필요함은 당연한 것이다. 이에 관한 구체적인 대안으로는 친고죄

74) 박찬걸, 앞의 논문, 174쪽.

75) 박혜진, 앞의 논문, 446쪽.

폐지를 통한 부작용의 문제와 관련하여 종래 도입된 성폭력특례법상의 피해자의 신원과 사생활 비밀 누설 금지(제24조), 성폭력범죄의 피해자에 대한 전담 조사제(제26조), 성폭력범죄 전담재판부 구성(제28조), 영상물의 촬영·보존 등(제30조), 심리의 비공개(제31조) 등 피해자 보호와 관련한 각종조치가 제대로 기능할 수 있도록 하기 위하여 고지제도 등의 도입 등을 마련할 필요가 있다.⁷⁶⁾ 또한 피해자의 보호를 위하여 마련된 대리인제도의 확대와 관련하여 성폭력특례법 제27조 제5항에서 규정하고 있는 아동·청소년이 아닌 피해자의 경우에 있어서의 국선 변호사 선임 규정이 임의규정으로 되어 있는 것⁷⁷⁾을 강제 규정으로 전환하는 것이 바람직할 것이다.

IV. 결 론

1990년대 이후 사회적으로 큰 파장을 일으켰던 각종의 성폭력 범죄가 지속적으로 이어지면서 성폭력 범죄에 대한 사회적 문제의식의 확산과 성폭력 범죄에 대한 강경한 대책이 요구됨에 따라 우리 형사법에서는 각종의 성범죄 관련 특별법을 제정 또는 개정함으로써 성폭력 범죄에 대응하여 왔다. 이러한 개정의 주요 내용으로는 형벌의 가중과 공소 시효의 폐지 등 강경대응이 그 핵심이라 해도 무방할 것이다. 그럼에도 불구하고 성폭력 범죄는 지속적으로 증가하여 왔으며, 이는 형벌의 강화만으로 범죄 예방의 효과를 기대하기에는 한계가 있다는 것을 단적으로 보여주는 것이라 하겠다. 따라서 성폭력 범죄에 효과적으로 대응하기 위한 방안이 처벌의 강화만이 아니라 보다 본질적인 대안의 모색이

76) 이현정, 앞의 논문, 189쪽 참조.

77) 성폭력 특례법 제27조 ⑥ 검사는 피해자에게 변호사가 없는 경우 국선변호사를 선정하여 형사절차에서 피해자의 권익을 보호할 수 있다.

이루어져야 한다는 점에 대하여는 어느 정도 공감대가 형성되었으리라 생각한다. 이러한 상황 하에서 지난 2012년 12월 18일에 공포된 개정 형법은 성폭력 범죄와 관련한 기본법인 형법의 개정을 통한 성폭력 범죄에 대한 본질적인 대응을 모색하고자 하였다는 측면에서는 긍정적인 평가가 가능할 것이다.

그러나 본론에서 제시하였던 바와 같이, 객체의 변경만으로는 종래 문제가 되어왔던 성전환자·배우자·남성의 남성에 대한 강간죄 적용이 해결될 수 없을 뿐 아니라, 기본법인 형법에 신설된 유사강간죄 규정상의 문제점, 장애인이 아닌 성인에 대한 위계간음으로부터의 보호 규정의 공백이 구성요건 상의 문제로 남아 있다. 더욱 큰 문제는 친고죄 규정의 폐지로 인한 성폭력 범죄 피해자 보호에 대한 실효적 수단의 확보와 지속적인 대안의 강구는 우리 형법이 지속적으로 해결하여야 할 문제로 남아 있다는 점이다.

이제 시행된 지 채 1년도 지나지 않은 법률에 대하여 다시 개정을 논하는 것이 법적 안정성을 해할 수 있다는 비판도 제기될 수 있으나, 상기한 구성요건적 부분과 관련한 개정은 현행 규정을 그대로 유지함으로써 발생할 수 있는 혼란에 비하여 오히려 경미할 수 있다는 것이 개인적인 생각이다.

성폭력 범죄의 예방과 관련한 대책이 기본 형법전치의 개정만으로 충분할 리는 만무하나, 형법의 미비점을 보완해 나감으로써 성폭력 범죄에 대한 적절한 입법 체계를 마련하는 것은 법학계 및 정책 입안자, 입법자가 가장 직접적으로 시도할 수 있는 가장 기본적인 노력인 까닭에 이와 관련한 지속적인 연구가 진행되어야 할 것이다.

(투고일 2013년 12월 31일, 심사(의뢰)일 2014년 1월 16일, 게재확정일 2014년 2월 21일)

주제어 : 성폭력범죄, 강간죄, 배우자 강간, 유사강간, 친고죄, 혼인빙자간음

참고문헌

1. 단행본

- 권오걸, 형법각론, 형설출판사, 2009.
김성돈, 형법각론(제2판), 성균관대학교 출판부, 2009.
박상기, 형법각론(제8판), 박영사, 2011.
손동권/김재운, 새로운 형법각론, 을곡출판사, 2013.
오영근, 형법각론(제2판), 박영사, 2012.
이재상, 형법각론, 박영사, 2013.
임 우, 형법각론, 법문사, 2013.
정성근/박광민, 형법각론(제3판), 삼지원, 2008.
정영일, 형법각론, 박영사, 2008.
조 국, 형사법의 성편향(제2판), 박영사, 2004.

2. 논문

- 김정환, “2013년 성폭력범죄에 대한 형사제재의 모습”, 보호관찰 제 13권 제1호, 한국보호관찰학회, 2013, 7-54쪽.
김태명, “성폭력 범죄의 실태와 대책에 관한 비판적 고찰”, 형사정책 연구 제22권 제3호, 한국형사법학회, 2011, 5-44쪽.
박성민, “개정형법상 성적자기결정권의 의미와 보호의 실제”, 성균관법 학 제25권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2013, 129-150쪽.
박찬걸, “성폭력범죄 대처를 위한 최근(2012.12.18.)의 개정 형법에 대한 검토”, 한양법학 제24권 제2집, 통권 제42집, 한양대학교 법학연구소, 2013, 167-196쪽.
박혜진, “성폭력범죄에 대한 친고죄 규정의 비판적 고찰: 친고죄 폐

- 지론에 붙여”, 안암법학 제40권, 고려대학교 법학연구소, 2013, 417-451쪽 참조.
- 오경식, “성범죄 피해자의 관점에서 친고죄와 반의사불벌죄의 형사 정책적 의미에 관한 연구”, 피해자학 연구 제21권 제1호, 한국피해자학회, 2013, 191-216쪽.
- 이종갑, “아내강간의 성립에 대한 소고”, 한양법학 제23집, 한양법학회, 2008, 401-417쪽.
- 이현정, “2012년 성폭력법제의 개정에 대한 비판적 검토: 형법상 강간죄를 중심으로”, 성균관법학 제25권 제2호, 성균관대학교 법학연구소, 2013, 171-195쪽.
- 이희경, “친고죄와 반의사불벌죄의 근거와 현행법제의 타당성 연구”, 피해자학연구 제21권 제1호, 한국피해자학회, 2013, 265-291쪽.
- 임석원, “개정형법상 성범죄처벌규정에 관한 재검토: 유사강간죄의 신설에 대한 문제제기를 중심으로”, 법학연구 제54권 제2호, 통권 76호, 부산대학교 법학연구소, 2013, 27-53쪽.
- 전보경, “성폭력범죄 관련법상 친고죄 규정에 대한 비판적 고찰”, 동아법학 제56호, 동아대학교 법학연구소, 2012, 227-255쪽.
- 조 국, “혼인빙자간음죄 위헌론 소고”, 형사정책 연구 제21권 제3호, 한국형사법학회, 2009, 253-266쪽.
- 조현욱, “성전환자(MTF형)의 강간죄 객체성 해당여부”, 일감법학 제20호, 건국대학교 법학연구소, 2011, 635-674쪽.
- 한석현/이재일, “성범죄 처벌법규의 체계적 정비방안”, 정책보고서 제8호, 국회입법조사처, 2011, 4-227쪽.
- 홍완식, “처분적 법률에 관한 연구”, 토지공법연구 제56호, 한국토지공법학회, 2012, 309-330쪽.

[Abstract]

A Study on the Penal Code Revised to Deal with Sexual Violence Crime

Han-Kee Kim*

There were revisions to the penal code, the basic law for sexual assaults on December 18, 2012. The revisions reflected the improvement measures for the punishment provisions of sexual assaults strongly insisted by the academia and women's groups. The major changes include the followings: first, the object of rape has been redefined as "person" instead of "woman", second, the crime of quasi-rape has been newly added to reinforce punishment for a forced act of intercourse, and finally, the provision for a crime requiring complaint from the victim for prosecutor has been abolished for sexual assaults including rape.

It is positive that the provision stipulating a crime requiring complaint from the victim for prosecutor has been abolished for rape. However, there is some concern about the excessive execution of punishment right by abolishing the provision for all sexual assaults. It is also required to come up with improvement measures for potential problems that can take place by abolishing the provision.

But, in addition to a portion on these positive, there is another problem of the revised criminal code. Firstly, In the notions for the sex the historical background difference of the Province of South Korea and Western were

* Lecturer, Graduate School of Public Administration Konkuk University, Ph.D. in Law

ignored. Secondly, duplication of on the revision Criminal Code and existing criminal special law regulations is the more serious problem. Thirdly, With respect to with crimes systems, the retreat of the principles of clarity of configuration requirements is concerned. And after an offense subject to complaint was abolished follow-up action plan is insufficient. Finally, Even when viewed from a constitutional perspective, legislation was not been granted in the legal justification.

Key Words : sexual assault, rape, homosexual rape, sexual intercourse, a crime requiring complaint from the victim for prosecutor, sexual intercourse under pretence of marriage

