

反성폭력 관점에서 본 친고죄

박선희*, 채종민

경북지방경찰청*, 경북대학교 의과대학 법의학교실

On the CIC from the view of Anti Sexual Violence Crime

Sun Hee Park*, Jong Min Chae

*Gyeongbuk Provincial Police Agency**,

Department of Forensic Medicine, Kyungpook National University School of Medicine

Abstract – The definition of Crime Indictable Upon Complaint (CIC) is crimes which can be prosecuted only with complaints from the victim or his/her direct parents. Sex crimes are the representative examples, rapes and indecent assaults. According to the research referenced in this paper, 74% of sex crimes which had been penalized based on Republic of Korea (ROK) Criminal Code amounts rape and indecent assault are CIC. However, only 20% of perpetrators were confined, and the rest received non-confinement or non-prosecution determination. The review of criminal history checks reveals that 67% of the perpetrators had criminal histories and 39% of them had more than three documented offenses. The CIC was established in order to protect the victim's rights and dignity, respecting the victim's opinion regarding the incident. All kinds of sex crimes then should have been the CIC, but those crimes such as Injury Resulting from Rape, Special Rape, Rape by Special Modus Operandi, Sexual Assault among Relatives and Domestic Violence which have to guarantee the opinion of the victims are prescribed as non-CIC.

We therefore conclude that the CIC should be abolished. The abolition of CIC will play an important role in crime prevention because severe penalties for sex crimes will be imposed on the perpetrators. In addition, it will help the sex crime victims retrieve their dignity by spreading recognition widely through the community that sexual assault is not only a social assault but an infringement against human rights.

Keywords : crime indictable upon complaint(CIC), rape, indecent assault, sexual crime

Corresponding author : Jong Min Chae, M.D., Ph.D.

Tel : 053-420-4885, Fax : 053-422-4712

jmchae@knu.ac.kr

I. 서론

성폭력이란 성관계가 아닌 강간과 폭력행위를 의미하며, 이러한 행위를 근절하기 위한 일체의 행위를 여성폭력 운동이라 한다. 성폭력이 사회문제로 부각되기 시작한 것은 1980년 후반부터였으며, 그 당시 성폭력이란 강간, 아내구타, 매춘, 인신매매를 뜻했다. 그러나 지금의 성폭력 개념은 강간뿐 아니라 추행, 성희롱 등 모든 신체적, 언어적, 정신적 폭력을 포함하고 있다. 1994년 「성폭력범죄의 처벌및피해자보호등에관한법률」(이하 성폭력특별법)이 제정되면서 그동안 형법에서 보호받지 못한 성폭력 피해자의 인권은 다소 신장되었지만 친고죄, 강간의 객체, 비동의간음 등 법률적 한계가 여전히 존재하고 있어 다수의 성폭력피해자들은 여전히 피해사실을 은폐하거나, 피해자로 인정받기 어려운 실정이다.

우리 형법과 특별법에서는 피해자의 명예보호와 침해법익의 경미성 등의 이유로 친고죄를 규정하고 있다. 친고죄란 피해자의 고소없이 가해자를 처벌할 수 없으며 성폭력범죄 중 대표적인 것이 우리 형법 제32장 ‘강간과 강제추행의 죄’에 있는 강간·강제추행이다. 그동안 친고죄가 피해자의 인권과 명예를 보호해 온 것은 부정할 수 없으나 강간·강제추행을 성에 의한 폭력으로 본다면 과연 친고죄 적용이 정당한 것인지 되새겨볼 필요가 있다. ‘고소’와 ‘취하’라는 단계를 거치도록 만들어 놓은 친고죄는 그 취지와 정반대로 피해자에게 심리적 부담만 가중시켜 범죄사실을 은폐하게 만들고 성폭력법의 재범률을 높이는 데 일조하고 있다. 우리나라 형법이 처음 만들어졌던 시대와 지금은 많은 사회문화적 차이와 변화가 있었다. 우선 여성의 인권이 많이 개선되었고, 성폭력에 대한 인식도 피해자 중심으로 점차 바뀌고 있어 강간 등 성폭력범죄에 대한 친고죄 적용은 시대적으로 맞지 않다. 아직은 소수지만 성폭력피해자들은 범죄사실을 숨기기보다 떳떳하게 밝힘으로써 가해자를 법적으로 처벌하고 피해자로서의 자신의 권리를 정당하게 주장하고 분노를 표출하며, 피해에 대한 심리적, 물질적 보상을 받기 원한다. 또한 가해자와 다른 사람들에게 성폭력은 심각한 범죄이며 가해자는 반드시 처벌받게 된다는 사실을 알리려 한다. 이처럼 시대적 분위기에 역행하는 친고죄는 성폭력을 예방하기보다는 방조하는 규정으로 비춰질 수밖에 없다. 성폭력피해자에게 있어 고소는 범죄 신고나 고발처럼 간단하게 이루어지는 과정이

아니다. 당연히 고소 여부를 결정하는 단계에서 많은 갈등을 느끼게 된다. 고소 후, 가해자의 보복도 두렵고, 수사·재판과정에서 겪어야 할 인권침해와 성차별적 관행의 문제, 피해자를 둘러싼 사회적 비난 등도 참기 힘들다. 특히 가해자 측은 피해자의 고소가 있더라도 일단 취소하면 재차 처벌받지 않는 친고죄 규정을 악용하여 명예훼손, 무고죄 등 역고소로 피해자에게 심각한 심리적 압박을 가해 합의를 얻어내는 경우가 많다. 막상 고소를 취소하고 나면 그동안 눈물을 떨구며 용서를 빌던 가해자 측은 그 원인을 피해자에게 돌리고 세상에 알려졌다면 위협까지 하기도 한다. 심지어 피해자를 꽃병으로 몰고 가 합의금마저 돌려받으려고 한다. 더욱이 피해자는 가해자의 보복이 두려워 이사를 하거나 직장을 옮겨야 하는 경우가 생기고, 자신의 고통스런 감정을 달래거나, 성폭력으로 인한 불안, 우울증을 해소하기 위해서 술을 마시거나 술 중독에 빠지거나 약물을 남용하게 된다. 미국의 경우 여성 마약 중독자 중의 약 44%가 성폭력을 경험했다고 한다. 성폭력의 1차 피해는 제2, 제3의 피해¹⁾를 만들고 강간에 대한 사회적 통념은 성폭력 피해자들의 상처회복과 원만한 사회적응을 막는 걸림돌로 작용하고 있다.²⁾

강간에 대한 사회적 통념

1. 성폭력은 나와는 무관한 일이고 나에게는 일어날 수 없다?
성폭력은 어느 특수한 계층이 아니라 때와 장소, 신분, 직업, 나이와 관계없이 피해를 당하고 있다.
2. 대부분의 강간은 낯선 사람에 의해 우발적으로 발생한다?
아는 사람에 의한 강간은 전체의 70% 이상을 차지하며 우발적이라기보다는 계획된 범죄가 많다.
3. 강간은 폭력이 아니라 조금 난폭한 성 관계이다?
강간은 성기라는 부분에 여성의 뜻과는 관계없이 가해지는 폭력이자 성 관계가 아니다.
4. 여자가 끝까지 저항하면 강간은 불가능하다?
때리거나 흉기로 위협하기도 하는 상황에서 피해자는 극도의 공포와 수치심으로 저항보다는 무력해지기 쉽다. 극심한 위기상황에서 끝까지 저항하라는 것은 목숨을 걸고 순결을 지켜야 한다고 강요하는 것이다.
5. 강간은 허위 고소가 많다?
가해자에게 합의금을 받아내기 위한 수단으로 화간을 고소하는 경우가 많다고 하지만 실제 강간의 허위고소 비율은 2% 정도로 다른 범죄와 비슷한 비율이다.

대부분의 성폭력범죄가 친고죄로 되어 있는 것은 아니지만 가장 기본적인 성폭력 유형인 강간, 강제추행이 친고죄로 규정되어 다른 성폭력범죄에 영향을 미치고 있는 것은 사실이다. 강간, 강제추행이란 범죄는 개인의 프라이버시 가운데 가장 중요한 상징적 의미를 가지는 성기에 폭력을 가하는 행위로서 신체 다른 부분에 가해지는 폭력에 비해 인간의 명예감정, 수치심, 신체의 자유를 보다 심각하게 침해하는 반인륜적 범죄다. 우리 형법은 강간에 있어서는 3년 이상, 강제추행에 있어서는 10년 이하 유기징역에 각각 처하도록 규정해 놓았다. 이렇게 무거운 법정형을 만들어 놓고도 피해자의 의사에 따라 가해자를 처벌하도록 해 놓은 것은 피해자보다는 가해자를 위한 규정이라고 밖에 볼 수 없다. 비록 일부분이기는 하지만 강간 등 성폭력 가해자들은 피해자 고소를 막기 위해 여러 차례 강간을 행하거나, 성폭행장면을 사진촬영 한다거나, 가족들이 보는 앞에서 강간을 하기도 한다. 피해대상도 젊은 여성뿐만 아니라 어린아이에서부터 노인에 이르기까지 무차별적이다. 이처럼 강간을 죄의식 없이 저지르고 쉽게 재범을 시도하며 그 수법이 다양해지는 것은 사회환경 등 여러 차원에서 문제점을 찾을 수 있지만 강간·강제추행에 대한 친고죄 규정과 그 처벌이 미약했던 것에서도 그 원인을 찾을 수 있다. 우리 사회는 성폭력법의 재범율이 83.4%라는 높은 수치에 놀라면서도 그 원인의 한 부분을 차지하는 친고죄에 관해서는 무관심으로 일관해 왔다. 그동안 여러 차례

친고죄 폐지가 논의되어 왔으나 법개정까지 반영되지 못했다. 여성계뿐만 아니라 법조계, 학계 등 각계각층에서 친고죄 폐지에 대해 긍정적 견해를 보여 왔음에도 친고죄가 지금까지 존속하는 것은 우리 사회에 만연된 남성중심적 가치관과 강간에 대한 사회적 통념 때문이라고 본다. 따라서 본 논문은 성폭력범죄 중 친고죄에 해당하는 강간·강제추행 등의 발생과 강간범 처벌 및 진과 현황을 살펴보고, 친고죄의 본질과 목적, 문제점에 대해 논하고자 한다.

II. 연구방법

논문에서 사용된 통계는 형법 32장의 ‘강간과 강제추행의 죄(이하 강간)’를 중심으로 대검찰청, 경찰청에서 발간한 통계자료를 사용하였다. 형법의 경우 친고죄와 비친고죄의 구별이 용이하였으나 성폭력특별법, 청소년성보호법의 경우 친고죄·비친고죄 구별없이 전체통계를 사용하였다. 논문을 준비하는 과정에서 다양한 분석을 위한 통계자료가 부족했고 특히 특별법의 경우 친고죄에 대한 정확한 분석이 어려워 아쉬움이 남았다. 그러나 본 논문을 계기로 성폭력에 대한 우리사회의 인식변화와 친고죄 폐지에 대한 공감대가 형성되기를 기대해 본다.

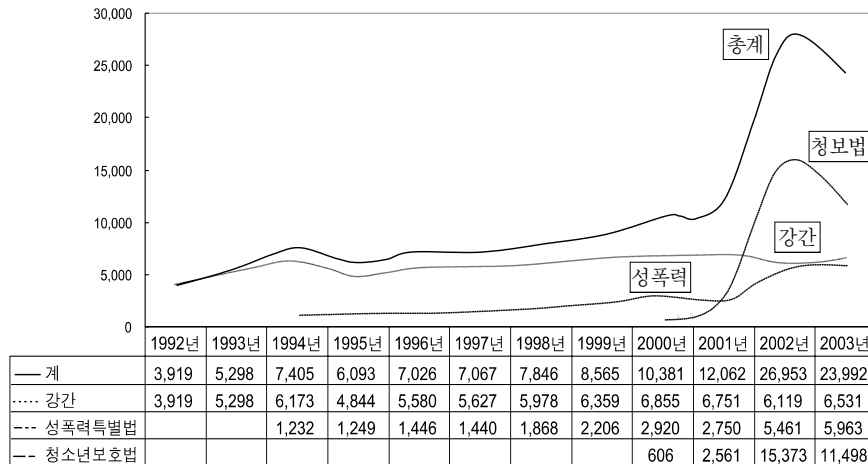


그림 1. 우리나라 성폭력 발생현황(1992~2003).

강간은 형법 제32장 ‘강간과 추행의 죄’에 규정된 범죄행위가 모두 포함된 수치임.

III. 결 과

1. 성폭력범죄와 친고죄 현황³⁾

1) 성폭력 발생 현황

강간은 성폭력특별법 제정 이후 완만한 상승과 하락을 보이고 있는 반면, 성폭력특별법과 청소년성보호법은 매년 높은 증가세를 보이다 2003년에는 감소하였다(그림 1). 성폭력특별법과 청소년성보호법의 발생건수가 증가한 것은 우리 사회에 만연한 성도덕 문란과 퇴폐향락문화의 범람에도 그 원인이 있겠지만 지금까지 법망을 피해온 행위들이 특별법 제정 등으로 법의 처벌을 받게 되었기 때문이다. 또한 친족간 성폭력, 아동성폭력, 가정폭력, 성매매, 미성년매매춘과 같은 범죄행위들이 비친고죄로 되어 있어 피해자의 고소가 없더라도 제3자의 고발, 수사기관의 인지·내사·칩보 등으로 쉽게 처벌이 가능했기 때문이다. 늘어나는 성폭력범죄 추세로 본다면 강간의 증가도 그에 비례하여 증가하는 것이 당연하나 강간은 범죄행위가 형법, 특별법에 모두 적용될 경우 특별법이 우선 적용되기 때문에 분석이 쉽지 않았다. 예를 들어 13세 이상 19세 미만 청소년에 대한 강간, 강제추행은 청소년성보호법으로 13세 미만 미성년자에 대한 강간, 강제추행은 성폭력특별법으로 처벌한다.

2) 강간과 친고죄(그림 2)

2003년 발생한 강간사건은 총 6,531건으로 이는 하루평균 18건, 1시간20분마다 강간사건이 발생했다는 수치다. 가장 많이 발생한 범죄유형으로는 강제추행 2,719건(41.6%), 강간 1,905건(29.2%), 강간치상 1,247건(19.1%) 순이었다. 전체 강간 중 친고죄인 강간, 강제추행, 준강간·준강제추행 등이 74.2%(4,849건)를 차지하여 친고죄 비중이 상당히 높음을 알 수 있다. 이는 수사기관에서 직접 처리한 건수를 나타낸 것으로 신고되지 않은 사건은 이보다 훨씬 많은 것으로 추정한다. 실례로 한국성폭력상담소의 2004년 상담현황을 살펴보면 실제 상담건수 중 18.6%만 고소한 것으로 드러나 여전히 신고율이 낮음을 알 수 있다.⁴⁾ 강간범의 연령별 분포를 보면 20대 이하가 44.6%로 가장 많았고, 피해자는 20대 이하가 33.9%로 가장 많이 차지했다. 강간은 피해자의 연령에 따라 형량이 달라지고 친

고죄·비친고죄로 나누어진다. 피해자가 13세 미만인 경우 비친고죄로 규정된 성폭력특별법 제8조의2 적용을 받지만 13세 이상 19세 미만인 경우에는 친고죄로 규정된 청소년성보호법 제10조의2 규정으로 처벌받는다. 즉 청소년에 대한 강간, 강제추행은 피해자의 고소가 있어야 공소제기가 가능하다.

3) 강간범 처벌 및 전과 현황(그림 3)

2003년 검거된 강간범은 총 5,425명이다. 이 중 1,838명(34%)이 구속되었고 1,815명(33.5%)이 불구속처분을 받았으며 1,729명(32%)은 공소권없음, 혐의없음 등으로 불기소처분을 받았다.

친고죄에 해당하는 강간·강제추행 등의 경우에는 총 3,748명 중 762명(20.3%)만 구속되었고 1,373명(36.6%)이 불구속처분을 받았으며 나머지 1,579명(42.1%)은 ‘혐의없음’, ‘공소권없음’ 등으로 불기소처분을 받았다(그림 4). 전체 강간범의 31%, 친고죄의 42%가 각각 처벌받지 않았다.

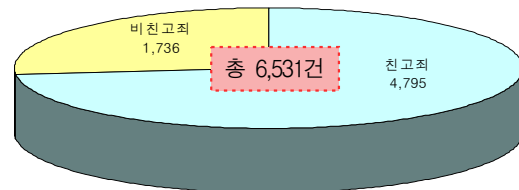


그림 2. 2003년 우리나라에서 발생한 강간사건 중 친고죄 현황.

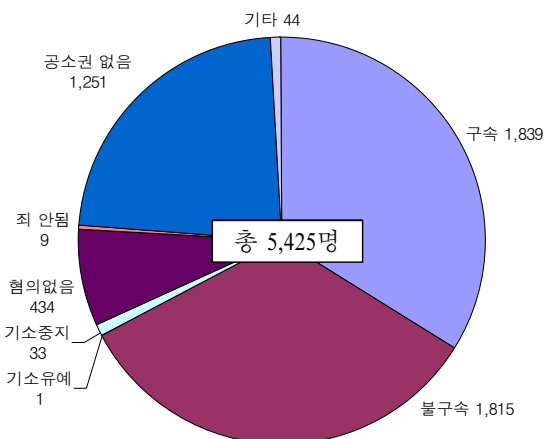


그림 3. 2003년 우리나라에서 검거된 강간범 처벌현황.

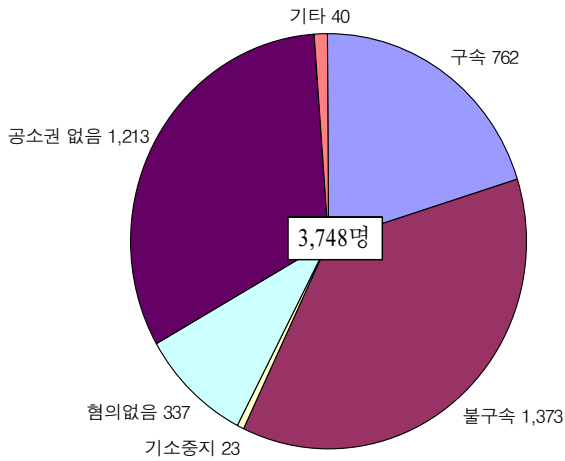


그림 4. 2003년 우리나라에서 검거된 강간강제추행 등 친고죄 가해자 처벌 현황.

이처럼 친고죄의 처벌률이 낮은 것은 여러 가지 이유가 있겠지만 고소취소에 따른 ‘공소권없음’과 증거부족에 따른 ‘혐의없음’이 많기 때문이다. 결국 가해자는 처벌을 받지 않음으로써 죄의식이 없어지고 다시 범죄를 저지르게 되는 악순환을 초래하고 있음을 알 수 있다.

2003년에 검거한 강간범의 전과현황을 살펴보면 총 5,425명 중 1,761명(32.5%)이 전과가 없는 초범이었고 나머지 3,664명(67.5%)은 전과자로 나타났다(그림 5). 더욱이 3범 이상 전과자가 전체 전과자의 57.7%를 차지했다. 처벌률이 높게 나타난 것은 강간이라는 범죄가 한 번에 그치는 것보다 계속적으로 피해를 주는 범죄라는 것을 증명해준

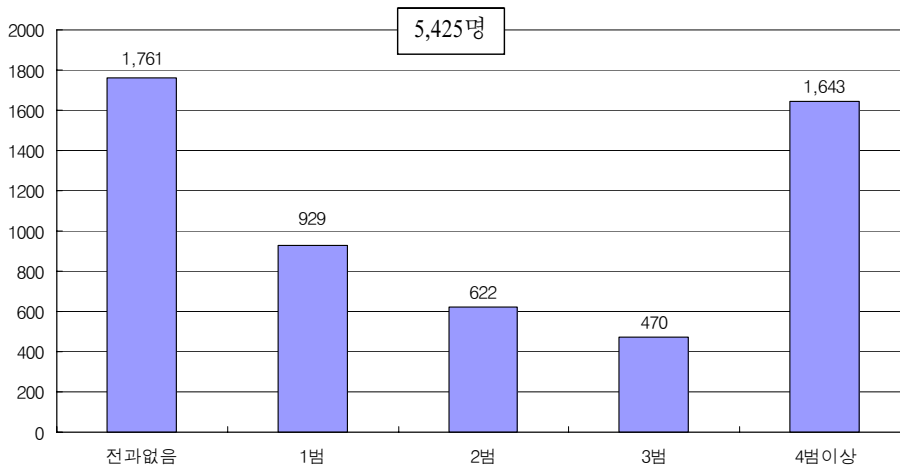


그림 5. 2003년 우리나라에서 검거된 강간범 전과 현황.

다. 이렇게 강간범의 재범률이 높은 것은 여러 가지 원인이 있겠지만 그 중에서도 친고죄 규정이 크다. 친고죄 규정으로 피해자가 고소를 취하함으로써 처벌을 면제받는 경우가 많고, 성폭행 당한 수치심에 곧바로 신고하지 않고 지체하다가 현장보존이나 증거수집을 제때 하지 못해 증거불충분으로 법정에서 인정받지 못하는 경우가 많기 때문이다. 강간의 경우 범행자체가 밀실에서 많이 이루어지고 목격자가 없는 경우가 많은 데다 피해자의 증거보존, 증거수집에 대한 지식이 없어 가해자의 자백에 의존하는 경우가 많다. 만약, 강간이 비친고죄로 되어있다면 피해자는 고소를 망설이다가 시기를 놓치는 경우를 피할 수 있고 정확한 증거수집으로 가해자를 확실하게 처벌할 수 있게 된다.

4) 사건 사례

(1) 강간 등 친고죄 사건

1) 경기도에 사는 A(30세)는 업무상 장기 투숙하던 000 호텔의 청소원인 피해자가 자신의 작업복을 세탁해 주자 고마움의 표시로 술을 대접한 후, 여관으로 끌고 가 1회 강간, 피해자 고소로 검거되었으나 고소 취소하여 불기소(공소권없음) 처분받음.

2) 노래연습장을 운영하는 B(35세)는 피해자와 술을 마신 후 집에 데려다 준다며 차량에 태운 뒤 잠금장치를 하고 피해자를 강간하려 하였으나 피해자가 애원하자 미수에 그쳐 강간미수로 검거되었으나 피해자가 고소 취소하여 불기소(공소권없음) 처분받음. 단 음주운전으로만 처벌.

3) 회사원 C(32세)는 하청업체 여직원인 피해자와 호프집에서 우연히 만나 함께 술을 마시고 놀다가 집까지 태워주겠다고 차량에 태운 후 2회 강간, 피해자 신고로 긴급체포되었으나 피해자 고소 취소로 불기소(공소권없음) 처분받음.

4) 자영업자 D(37세)는 인터넷 채팅으로 알게 된 피해자를 만나 술을 먹고 놀다가 술에 취한 피해자를 강간하려고 여관으로 데리고 가 1회 강간, 피해자 고소로 검거하였으나 피해자의 고소 취소로 불기소(공소권없음) 처분받음.

5) 무직인 E(29세)는 여자친구의 친구인 피해자가 “야 임마, 이 새끼” 등의 듣기 거북한 말을 하자 이에 격분하여 피해자의 휴대폰에 남자 성기를 찍은 사진과 함께 “혹시 그쪽 애인거 맞아요” 등의 성적수치심과 혐오감을 유발하는 문자메세지를 전송하여 성폭력특별법 제14조 통신매체이용 음란죄로 긴급체포하였으나 피해자가 고소취소하여 불기소(공소권없음) 처분받음.

(2) 강간치상 등 비친고죄 사건

1) 축산업자인 S(62세)는 농장 근처에서 쉬고 있는 피해자를 보고 욕정을 일으켜 차를 마시러 들어오라고 유인하여 강제로 1회 간음하였으며 그 과정에서 피해자는 약 2주간의 치료를 요하는 좌측 족관절 부위 타박상의 상해를 입어 강간치상으로 검거하였으나 피해자가 고소 취소하여 강간사건에 대해서는 불기소(공소권없음) 처리하고 강간치상 부분은 범죄혐의 인정되어 기소의견으로 사건 송치.

2) 일용직 노동자인 L(41세)은 친구의 집에서 친구의 처인 피해자를 강간하면서 약 3주간의 치료를 요하는 외상성 고막 천공의 상해를 가하고, 같은 달 피해자의 집에서 강간을 하려고 하였으나 피해자가 저항하여 미수에 그침. 피해자는 남편과 헤어질 것이 두려워 강간에 관해서는 언급하지 않고 상해로 신고, 강간상해에 대해서는 범죄혐의가 인정되었으나 강간미수는 피해자가 언급하지 않아 불기소(혐의없음)처리.

3) 무직인 P(28세)는 같은 빌라에 사는 피해자가 문을 열고 집으로 들어가려는 순간 뒤에서 피해자의 목을 잡고 자기의 집으로 끌고 가 술을 마시게 한 뒤 강간하여 약 2주간의 치료를 요하는 상해를 입혔고, 강간하는 모습을 디지털카메라를 이용 약 6분간 동영상 촬영하여 피해자 고소로 긴급체포되어 강간치상, 성폭력특별법(카메라등이용촬영)으로 불구속.

4) 회사원 K(22세)는 자신의 생일파티에 초대된 피해자를 차량에서 강간하려고 하자 피해자가 저항하여 약 2주간의 치료를 요하는 안면부 타박상 등 상해를 가하여 항거

불능인 상태에서 1회 강간, 피해자 고소로 긴급체포되어 강간치상으로 구속.

5) 노동자 H(46세)는 혼자 사는 피해자 집 유리창을 부수고 시정장치를 풀어 집으로 들어가 잠자고 있는 피해자를 강간, 약 2주간의 치료를 요하는 상해를 입혀 강간치상으로 구속.

(3) 사례 분석

강간사건 대부분이 폭력이 수반되는 범죄임에도 상해진 단서를 제출한 경우와 그렇지 않은 경우 비친고죄인 강간치상과 친고죄인 강간으로 구분하여 처벌하고 있다. 강간의 경우 피해자가 가해자와 합의 후 고소를 취소하면 가해자를 처벌할 수 없다. 반면에 강간치상의 경우 상해만 확인되면 가해자는 중벌을 받게 된다. 강간 등 성폭력사건의 경우 동일한 법익침해사건임에도 불구하고 상해를 인정받을 수 없는 강간은 피해자의 명예보호를 위해 친고죄로 규정하고, 2·3주 경미한 상해라도 상해가 인정되는 강간은 피해자 명예보호와 상관없이 비친고죄로 처벌하도록 되어 있는 것은 분명 모순이 아닐 수 없다.

IV. 고찰

1. 친고죄의 정의

우리 형사소송법은 국가형벌독점주의에 대한 구체적 표현으로 “공소는 검사가 제기하여 수행한다”(제246조)고 한다. 즉, 국가소추주의 및 기소독점주의를 표방하고 있다. 범죄는 기본적으로 피해자 의사를 고려함이 없이 직권으로 소추될 수 있는 것이 원칙이다. 대다수의 범죄가 비친고죄로 규정된 것도 이 때문이다. 그런데 일정한 범죄에 있어서 고소가 단순히 수사개시의 단서라는 의미를 초월하여 소송조건으로서 중요한 의미를 갖기도 한다. 이와 같이 피해자의 고소가 있어야만 소추될 수 있는 범죄의 유형을 친고죄라고 한다. 이런 의미에서 친고죄는 국가소추주의와 기소독점주의의 예외이다. 친고죄는 현행 형법과 형사특별법, 그리고 각종 행정법규에 광범위하게 규정되어 있다. 수사는 공소제기를 시작으로 최종적으로 유죄판결을 목적으로 하기 때문에 친고죄에 있어서는 고소가 전제된다. 고소는 일반적으로 수사기관에게 범죄사실을 알려 수

사를 개시할 수 있게 하는 단서로서의 기능을 한다. 고소가 없더라도 고소가 가능성이 있다면 수사의 필요성은 있다. 그러나 친고죄나 고발을 소추조건으로 하는 범죄 등에 있어서 고소, 고발은 단순한 단서로서 뿐만이 아니라 소송조건이다. 따라서 이러한 범죄에 대한 고소가 적법요건을 갖추지 못한 경우에는 수사기관이 그 고소를 각하하거나 그렇지 않은 경우 법원은 공소기각의 판결을 선고하여야 한다. 또한 고소가 없거나 취소된 경우에는 수사기관은 소송조건이 결여되어 공소를 제기할 여지가 없으므로, ‘공소권 없음’을 이유로 불기소처분함으로써 수사를 종결하여야 하고, 공판단계에서 고소가 취소되면 법원은 공소기각의 판결을 내려야 한다. 이와 같이 친고죄에 있어서 고소나 그 취소의 적법요건은 물론 고소나 그 취소의 효력범위는 피고인의 형사책임과 직결된 중요한 문제이다⁵⁾.

2. 친고죄의 목적

우리나라에서는 일반적으로 친고죄의 근거를 피해자의 명예보호와 피해법익의 경미성 두 가지에 두고 있으나 성폭력범죄의 경우 피해법익의 경미성보다는 피해자의 명예와 사생활보호 차원으로 보아야 할 것이다. 독일의 경우 경미사상, 피해자의 사적영역보호, 화해사상을 친고죄의 존재이유로 논의하고 있으나 우리 정서상 성폭력에 대한 경미사상, 화해사상은 고려되지 못하고 있는 실정이다.

독일의 법학자 마이발트(Maiwald)는 친고죄의 존재이유로 화해사상을 들고 있다. 마이발트는 범죄에 의해 야기된 공동체 내의 법적 교란은 국가가 범죄자에게 가하는 형벌과 같은 제재를 통해서 뿐만 아니라 가해자인 범죄자와 피해자의 화해를 통해서도 회복할 수 있다는 화해사상을 자신의 이론적 출발점으로 삼고 있다. 그리고 피해자가 범죄자와 화해를 하는 경우 일반인이 범죄에 대해 갖는 불안감이라든가 위협한 느낌도 함께 해소된다는 것이다. 따라서 고소제기 기간 안에 피해자가 범죄자와 화해를 하지 못하고 가해자인 범죄자에 대해 처벌을 원한다는 의사표시인 고소를 제기하는 경우야 비로소 공식적 형사절차가 개시될 수 있고 그때서야 범죄자에 대한 처벌이 필요할 정도로 중대한 공동체내의 법적 평화교란이 야기된다는 것이다. 또한 화해를 못해 고소를 제기하였다면 고소취소기간(제1심 판결선고 전까지) 안에 피해자와 범죄자가 다시 화해할 수 있도록 한 고소취소도 역시 마지막 순간까지 피해자와 범죄자에게 화해의 문을 열어놓은 입법자의 노력

으로 이해할 수 있다는 것이다. 그러나 화해사상은 화해할 수 있는 범죄와 화해할 수 없는 범죄의 구분이 명확할 수 없고 살인이나 강도강간죄의 경우도 피해자와 가해자의 화해가능성을 전혀 고려하지 않았다. 이러한 주장이라면 살인죄, 강도강간죄도 친고죄로 규정되어야 한다는 위험한 결론에 도달하게 된다. 또한 피해자와 범죄자 사이의 화해는 일반인의 범죄에 대한 불안감과 위협감을 해소해 준다고 하지만 성질상 해소될 수 없다.

형법은 성폭력범죄에 대하여 광범위한 친고죄규정을 두고 있다. 우리 사회는 여성의 순결과 정조를 강조하여 범죄사실의 공개가 피해자의 명예와 사생활을 침해한다는 이유로 강간죄를 친고죄로 규정하고 있다. 이는 통설과 판례의 일치된 의견이다. 친고죄를 폐지할 경우 가해남성과 피해여성의 인간주의적 용서의 여지가 봉쇄된다고 이상돈 교수는 주장한다. 가해남성의 반성이 전제된 상태에서 피해여성이 진정한 용서를 하는 상황이 있을 수 있으며 이 경우 국가형벌권이 작용하는 것은 과도한 형벌권 행사라는 주장이다⁶⁾. 그러나 친고죄 규정이 피해자의 명예와 인격을 보호하기 위한 것이라는 당초의 취지와 달리 성폭력 피해자는 다른 범죄피해자와 달리 피해사실을 자발적으로 수사기관에 고소하여야만 하기 때문에 우선 피해사실을 드러내는 과정에서 심리적인 갈등을 겪게 되며, 가해자와 친분관계가 있는 경우에는 더욱 그 갈등의 정도가 심하다. 고소를 한 이후에도 피해자는 끊임없이 가해자와 그 가족들로부터 ‘고소를 취하해 달라’는 요구에 시달려야 하며, 심지어 수사기관으로부터도 ‘원만하게 합의하고 고소를 취하하라’는 강요를 받게 된다. 일단 고소가 제기되었다 하더라도 피해자가 수사기관에서의 수치심 또는 고소취소의 종용에 따라 고소를 취소하면 위 고소는 없었던 것으로 되고 다시는 고소를 제기하지 못하는 제한을 받게 된다. 또한, 피해자가 가해자를 알게 된 날로부터 6개월(성폭력특별법 1년)이 지나면 고소를 할 수 없게 될 뿐만 아니라 법률가의 조언을 받지 않은 상태에서 잘못 고소하는 경우 가해자로부터 무고죄로 고소를 당하게 되어 심한 정신적, 육체적 피해를 당하게 된다. 따라서 여성단체들은 형법상 강간죄와 강제추행죄 등에 대한 비친고죄화를 강력히 주장하고 있다. 강간죄를 친고죄로 규정하는 것은 성폭력 침해를 사회적 인격의 훼손으로 간주하는 남성주의적 관념이 깔려있다는 지적이다. 현재 친고죄 규정은 강간사실이 숨겨지거나 강간범들이 강간범죄를 쉽게 생각할 가능성을 야기시키며 친고죄 최대 수익자는 피해자가 아니라 가해자라는 주장은 이유가 있는 것이다⁷⁾.

3. 친고죄의 적법요건

(1) 고 소

고소는 고소권자에 의하여 행하여져야만 한다. 형사소송법이 규정하고 있는 고소권자는 피해자, 피해자의 법정 대리인, 피해자의 배우자·친족, 지정고소권자가 있으며 이외의 자가 행하는 고소는 허용되지 않는다. 범죄로 인한 피해자는 고소권을 가진다(형사소송법 제223조). 이 때의 피해자는 직접적 피해자에 한정되며 간접적 피해자는 해당되지 않는다. 예를 들면 강간당한 피해여성의 남편은 강간죄의 고소권이 없다. 피해자의 법정대리인은 독립하여 고소권을 갖는다(형사소송법 제225조 1항). 이때 법정대리인이란 금치산자나 한정치산자 또는 미성년자의 친권자나 후견인과 같이 무능력자의 행위를 일반적으로 대리할 수 있는 자를 말한다. 피해자의 배우자·친족에게 고소권이 인정되는 경우는 피해자가 사망하거나, 피해자의 법정대리인이 피의자이거나 법정대리인의 친족이 피의자인 때이다. 피해자의 생모가 미성년자인 딸을 강간한 피해자의 아버지를 고소하는 경우가 여기에 해당한다. 우리 형소법은 고소권이 있더라도 자기 또는 배우자의 직계존속은 고소하지 못한다는 규정을 두었으나 성폭력특별법에서는 성폭력범죄로 분류된 범죄에 대해서는 자기 또는 배우자의 직계존속을 고소할 수 있도록 하였다. 비친고죄의 경우 고소기간에 제한이 없으나 친고죄의 고소기간은 제한되어 있다. 즉 범인을 알게 된 날로부터 6개월이 경과하면 고소하지 못한다(형사소송법 제230조 제1항). 그러나 성폭력특별법에서는 친고죄의 고소기간을 1년으로 정하고 있다⁸⁾. 이처럼 고소기간에 제한을 두는 것은 친고죄의 고소는 소송조건이므로 공소제기 여부를 오랫동안 사인의 의사에 맡겨 불확정한 상태에 두는 것을 막기 위함이다. 즉, 국가형벌권의 행사여부를 사인에게 장기간 맡겨둘 경우 발생될 폐단을 방지하기 위한 것이다. 다만, 혼인빙자간음죄의 경우 범인이 피해자와 혼인할 의사가 없음을 알게 된 날이 고소기간의 기산일이라는 예외규정을 두고 있다. 고소는 서면 또는 구술로써 검사 또는 사법경찰관에게 하여야 한다(형사소송법 제237조 제1항). 고소는 대리인으로 하여금 하게 할 수 있다. 형사소송법이 고소권을 제한하면서도 고소의 대리를 허용하는 것은 그 절차적 용이성을 확보하기 위한 것이지 고소여부의 결정권도 대리하도록 허용하는 것은 아니라고 보아야 할 것이다⁵⁾.

(2) 고소의 취소

고소는 취소한 경우 다시 고소할 수 없으며 제1심 판결 선고 전까지 취소할 수 있다. 따라서 제1심 판결이 선고되고 난 후 행한 고소의 취소는 효력이 없으므로 공소기각 판결을 할 수 없다⁹⁾. 친고죄에 있어서 고소는 단순히 수사 단서뿐만 아니라 소송조건으로서도 중요한 의미를 가지기 때문에 그 효력을 명백히 할 필요가 있다. 친고죄의 고소나 그 취소의 효력범위에 관하여 고소불가분의 원칙이 논의되고 있다. 객관적불가분원칙은 하나의 범죄의 일부분에 대한 고소 또는 취소는 그 범죄의 전부에 대하여 효력이 미친다는 원칙을 말하며, 주관적불가분원칙은 여러 사람의 범인 중 한 사람 또는 그 중 여러 사람에 대한 고소 또는 그 취소는 다른 공범자에게도 효력이 있다는 원칙이다. 이와 같이 친고죄의 고소에 있어서 불가분 원칙을 인정하는 것은 범죄피해자가 반드시 범죄사실 또는 범인의 전부를 명확히 파악하고 있다고 볼 수도 없으며, 고소권자가 원하는 범죄사실의 일부 또는 범인의 일부에 대하여만 처벌하는 경우에는 국가형벌권이 피해자의 자의에 따라 좌우되어 결국 사형화(私刑化)할 우려가 있기 때문이라고 한다. 객관적 불가분원칙은 형사소송법에 명문의 규정은 없으나 단순일죄의 경우 일부 사실에 대한 고소가 있더라도 그 효력이 전부에 미친다는 것이다. 이는 다수설과 일부 판례가 인정하고 있다. 강간죄의 수단으로서 폭행·협박에 대한 고소는 간음에 대하여도 효력이 미치므로 폭행·협박의 고소만으로 강간죄의 기소가 가능하다고 한다. 예를 들어 강간을 당한 여성이 수치실에서 간음행위에 대하여는 합구한 채 폭행부분만을 고소하였으나 수사기관이 수사 중 간음사실을 발견한 경우에는 강간죄로 기소할 수 있다는 것이다. 그러나 반대로 강간에 대한 고소가 없으면 단순일죄의 일부분인 폭행 또는 협박을 분리하여 기소할 수 없다고 한다. 그렇지 않으면 폭행만 고소한 경우 수사 중 간음사실을 알았다고 하더라도 강간죄로는 기소할 수 없게 되어 실제진실에 반하는 결과가 되기 때문이다. 이러한 해석은 오히려 피해자보호라는 친고죄의 입법취지와는 거리가 멀다. 또한, 자동차에서 내릴 수 없는 상태를 이용하여 강간하려고 결의하고 주행 중인 자동차에서 탈출을 불가능하게 하여 강간한 경우에 감금죄와 강간죄는 상상적 경합관계에 있게 되는데 이 때 피해자가 비친고죄인 감금죄만 고소한 경우 강간죄에는 고소의 효력이 미치지 않는다는 것이다. 반대로 친고죄인 강간죄만 고소한 경우에도 비친

고죄인 감금죄에 고소의 효력이 미치지 않는다. 다만 수사 기관에서 고소한 강간에 대한 수사 중 감금부분에 대한 범죄인지를 하여 수사하는 것은 별개의 문제이다. 고소는 원래 특정 범죄인에 대한 것이 아니라 범죄사실에 대한 것이다. 따라서 친고죄의 공범 중 한 사람 또는 여러 사람에 대한 고소 또는 그 취소는 다른 공범자에 대하여도 효력이 있다. 어떤 경우에도 반드시 고소가 있어야 처벌할 수 있는 절대적 친고죄(범인의 신분관계와는 무관하게 범죄성질 자체로 인하여 친고죄가 되는 경우로 강간죄, 간통죄, 모욕죄가 있다)에 있어서는 예외 없이 주관적불가분 원칙이 적용된다. 친고죄에 있어서 고소가 없음에도 불구하고 공소를 제기한 후에 비로소 고소가 있는 경우 무효인 공소 제기가 유효로 되는가의 문제가 고소의 추완문제이다. 고소의 추완을 인정할 것인가에 대해 견해의 대립이 있으나 추완을 부정하는 견해인 소극설이 다수설·판례이다¹⁰⁾. 친고죄에서 고소는 공소제기의 적법·유효 요건이며, 피고인을 소송에서 해방시키는 것은 소송경제보다 중요한 이익이라는 점을 들어 고소의 추완을 부정하는 것이다.

4. 적용범위

(1) 형 법

형법에 규정된 친고죄로는 간통(제24조), 강간(제297조), 강제추행(제298조), 준강간·준강제추행(299조), 강간·강제추행·준강간·준강제추행의 미수범(제300조), 미성년자 간음·추행·심신미약자 간음·추행(제302조), 업무상위력 등에 의한 간음(제303조), 혼인빙자 등에 의한 간음(제304조), 13세 미만의 부녀간음·13세 미만의 사람에 대한 추행(제305조)이 있다. 간통, 혼인빙자 등에 의한 간음의 경우 성적 자기결정권 침해 보호법익으로 볼 수 없어 친고죄 규정에 관한 논의에서 제외시켰다. 13세 미만 미성년자의 경우도 강간, 강제추행의 경우 성폭력특별법 제8조의 2에서 비친고죄로 규정되어 있다.

1) 형법 제297조(강간죄)

폭행, 협박으로 부녀를 강간하는 행위로 미수범도 처벌되며 3년 이상의 유기징역에 처한다. 강간이란 성적 자기결정권을 침해한 범죄이다. 성행위를 할 것인가에 대한 강제적 성행위, 성행위를 하는 경우 상대방을 누구로 할 것인가에 대한 상대방 선택의 자유침해, 성행위의 방법이나 태양 등을 결정할 수 있는 것에 대한 성행위 자체가 폭행

이나 협박에 의한 강제적으로 이루어지는 성행위이므로 이러한 것들을 결정할 수 있는 자유는 모두 다 침해당했다고 볼 수 있다¹¹⁾. 우리 형법이 강간죄의 객체를 부녀자로 한정해 놓은 것에 반해 미국, 스웨덴¹²⁾, 독일, 영국의 경우 강간죄의 대상을 남녀 모두로 하고 있다.

외국 사례
<p>1. 미국</p> <p>테네시 주에서는 1981년 중학교 여교사가 남학생을 강간함으로써 기소되었던 적이 있었다. 여성은 오로지 강간의 피해자이고 가해자는 아니라는 기존의 인식을 바꾸었고 형법 규정을 남녀가 함께 피해자로서 강간죄를 처벌하는 방향으로 각 주에서 개정이 이루어졌다.</p>
<p>2. 스웨덴</p> <p>1984년에는 형법에서 성범죄에 대한 개념을 확대하여 동성간의 성교뿐 아니라 구강성교와 항문성교도 강간의 유형에 포함시켰다. 또한 남성도 여성가해자에 의한 강간 피해자가 될 수 있음을 명시하였다.</p>
<p>3. 독일</p> <p>독일의 개정형법 제177조에서는 ‘타인에게 폭력으로 신체상 해를 가하려 하거나 생명을 위협함으로써 가해자의 영향력에 피해자가 저항할 수 없는 상황에서 가해자 혹은 제3자와의 성적행위를 강요하는 자는 1년 이상의 징역에 처하도록 하며, 특별히 가해 정도가 심한 경우 즉, 가해자가 피해자와 동침을 하거나 그와 유사한 성적 행위를 시도하는 경우, 혹은 그와 유사한 성적 행위를 피해자에게 시키는 경우 그리고 이러한 행위가 타인의 신체에 대한 관통과 관련되는 때(강간), 혹은 위 행위가 여러 명에 의하여 이루어진 경우에는 2년 이상의 징역에 처한다. 또한 흉기나 기타 위험한 도구를 소지할 때, 도구나 매개물을 소지한 채 폭력을 행사하거나 폭력의 가능성을 위협함으로써 타인의 저항을 방해하거나 극복하려고 할 때, 혹은 이러한 행위로서 피해자에게 건강상 심각한 피해를 초래할 때에는 3년 이상의 징역에 처한다. 이러한 도구를 실제로 위행위시에 사용하거나, 신체적으로 심하게 확대하는 경우 또는 죽음의 위협에 처하게 하는 경우에는 5년 이상의 징역에 처하며, 가해자의 성적 강요나 강간으로 인해 피해자가 사망하게 되는 경우에는 10년 이상의 무기징역에 처한다’라고 하여 강간죄 성립의 객체에 남성과 여성 모두를 포함시켜 규정하고 있다.</p>
<p>4. 영국</p> <p>1994년부터 남성에 대한 성폭력도 하나의 범죄로서 별틀로 규정하고 있다.</p>

우리의 경우 여성만을 강간죄의 보호대상으로 하여 온 배경에는 이중 기준의 성도덕 때문이다. 여성에게는 처녀성과 정조를 지켜야 한다는 엄격한 성도덕이 부과되고, 여성이 처녀성과 정조를 잃는다는 것은 성적 자유의 침해로서의 피해감정에 더하여 죄의식, 자기비하 콤플렉스, 자기부정심 등의 정신적 손해는 물론 결혼이 어렵고 애인을 잃게 되는 등 사회적으로도 많은 불리함이 있게 된다. 그 반면에 남성은 동성성과 정조를 잃는 것은 사회적으로 별반 손실이 없기 때문에 피해 감정도 경미하다. 이렇듯 이중 기준의 성도덕 아래에서는 성적 자유의 침해가 가져오는 결과가 남성과 여성에게 현저히 다르게 된다. 이러한 현실에서 현행법은 피해자가 남성인가 여성인가에 의해 규정을 다르게 적용하고 있어 피해자의 성에 따른 성적자유의 침해에 대한 적용이 법적으로도 현실적으로도 불평등하게 취급되고 있다. 또한 강간죄의 객체를 ‘부녀’로 함으로써 이에 의해 강제로 인한 구강성교, 항문성교 등 다양한 성교 형태는 강간죄가 되지 못하고 또한 성전환자에 대한 강간¹³⁾, 아내강간^{14, 32)}, 동성강간은 강간죄에 포함되지 못하기 때문이다.

그러므로 형법에서 강간죄의 객체에 대하여 ‘부녀를...’로 규정하여 피해자를 여성에 한정시키고 있는 것을 강제추행죄와 같이 ‘사람을...’이라고 개정하여 성에 대하여 중립적인 자세를 취함으로써 남녀의 성적 자유가 법적으로도 도덕적으로도 평등하게 보호되도록 하여야 할 필요가 있다¹⁵⁾.

2) 형법 제298조(강제추행죄)

폭행, 협박으로 사람에게 대하여 추행하는 행위로 미수범도 처벌되며 10년 이하의 징역 또는 1천5백만원 이하의 벌금에 처한다. 추행은 성욕의 흥분, 자극 또는 만족을 목적으로 하는 행위로서 건전한 상식 있는 일반인의 성적 혐오, 수치, 감정을 느끼게 하는 일체의 행위를 말한다. 그런데 강제추행은 강간죄에 있어서와 같이 상대방의 반항을 불가능하게 하거나 또는 현저하게 곤란하게 할 정도의 폭행, 협박을 요건으로 하기 때문에 상처가 날 정도로 심한 폭행이나, 흉기를 휴대하는 등의 방법으로 협박을 하였다는 등의 뚜렷한 증거가 없는 경우 강제추행으로 처벌받기 곤란한 경우가 많이 있다. 우리 형법은 폭행, 협박에 의한 간음을 강간죄로 처벌되고 남성의 성기가 여성의 성기에 삽입되지 않는 모든 종류의 행위에 대해서는 강제추행죄를 적용하고 있다. 또한 강간죄의 객체를 부녀로만 한정하고 있어 피해자가 남성인 경우에는 강간죄보다 다소 가벼운 강제추행죄를 적용하고 있다. 피해자가 남성이든, 여성이든

상관없이 항문이나 구강에 성기 또는 이물질을 삽입하는 등 강간에 준하거나 그 이상으로 피해자의 성적수치심을 침해하는 행위에 대해서는 강제추행죄가 적용되고 있다. 이처럼 간음에 준하거나 보다 심각한 강제추행을 강간에 비해 낮게 처벌하는 것은 개선되어야 한다.

3) 형법 제299조(준강간, 준강제추행)

부녀의 심신상실, 항거불능의 상태를 이용하여 간음하는 행위로 미수범도 처벌되며 3년 이상의 유기징역에 처한다. 사람의 심신상실, 항거불능의 상태를 이용하는 추행하는 행위로 미수범도 처벌되며 10년 이하의 징역 또는 1천5백만원 이하의 벌금에 처한다. 여자가 깊이 잠든 틈을 이용 남편이나 애인인 것처럼 믿게 하여 간음하거나 술에 취한 여성의 의식불명 상태를 이용하여 간음한 경우가 이에 해당한다.

4) 형법 제302조(미성년자 등에 대한 간음죄)

미성년자 또는 심신미약자에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음, 추행하는 행위로 5년 이하의 징역에 처한다. 이 죄의 객체는 13세 이상 20세 미만 자로 한정된다. 13세 미만자에 대해서는 형법 제305조에 의해 미성년자의제강간이 성립하며 이때의 13세 미만자에 대해서는 단지 성교만으로 본 죄가 성립하게 된다. 그러나 청소년성보호에관한법률에서는 청소년을 19세 미만의 자로 정의하고 있고 동법은 형법과의 관계에서 특별법 관계에 있으므로 19세 미만의 청소년에 대해서는 청소년성보호법 제10조 제3항을 적용하고 같은 법에 포함되지 않는 20세 미만자, 즉 19세의 자는 형법 제302조를 적용하게 된다. 또한 청소년성보

관련 판례
1. 성전환자에 대한 강간(대판 1996. 6. 11 96도 791.) 여성전환수술자는 강간죄의 객체인 ‘부녀’에 해당하지 않는다고 보았다. 그것은 강간죄의 성립을 남자의 성기가 여자의 음부에 삽입해야 성립하는 것으로 보고 여성전환수술자는 완전히 생물학적으로 여성이 될 수 없고 임신하지도 못하기 때문이라고 본 것이다.
2. 아내 강간(대판 1970. 3.10 70도29) 아내의 경우 법규상 배제규정은 없으나 부부관계의 특수성을 고려하여 강간죄의 행위객체가 될 수 없다. 2003. 8월 서울중앙지방법원 재판부는 부부간에도 여성의 성적자기결정권이 있음을 인정하고 유죄판결을 선고하였으나 강간죄를 인정하지 않고 강제추행치상죄로 판결하였다.

〈관련 판례〉
피고인이 처가 운영하는 미용실에 매일같이 출입하면서 일을 돕고 있었다면 종업원 P양은 사실상 피고인의 보호 또는 감독을 받는 상황에 있는 부녀의 경우에 해당된다.(대 판 1976. 2.10. 74도1519)

호법은 청소년에 대한 강간, 강제추행, 준강간, 준강제추행, 위계·위력에 의한 간음·추행을 규정하고 있을 뿐 13세 미만 자에 대한 간음·추행을 규정하고 있지 않으므로 13세 미만 자에 대해서 위계·위력의 행위조차 없이 간음·추행이 이루어졌다면 형법 제305조를 적용해야 한다.

5) 형법 제303조(업무상위력 등에 의한 간음죄)

업무, 고용 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독을 받는 부녀에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음하는 행위는 5년 이하의 징역 또는 1천5백만원 이하의 벌금에 처한다¹⁶⁾.

법률에 의하여 구금된 부녀를 감호하는 자가 그 부녀를 간음하는 행위는 7년 이하의 징역에 처한다. 성폭력특별법 제8조의 제4항에는 위계 또는 위력으로써 13세 미만의 여자를 간음하거나 13세 미만의 사람에 대하여 추행하는 경우 가중처벌토록 규정하고 있다.

6) 형법 제305조(미성년자에 대한 간음, 추행)

13세 미만의 부녀를 간음하는 행위는 3년 이상의 유기징역에 처한다. 13세 미만의 부녀를 추행하는 행위는 10년 이하의 징역 또는 1천5백만원 이하의 벌금에 처한다 13세 미만인 경우에는 성폭력특별법 제8조의2 제4항(비친고죄)를 적용하고 13세 이상 19세 미만 청소년인 경우에는 청소년성보호법 제10조 제4항(친고죄)을 적용한다.

(2) 성폭력특별법

성폭력특별법에서 친고죄로 규정되어 있는 범죄는 업무상위력 등에 의한 추행(동법 제11조), 업무상위력 등에 의한 추행미수(동법 제12조), 공중밀집장소에서의 추행(동법 제13조), 통신매체이용음란(동법 제14조)이다. 친고죄에 대하여서는 범인을 알게 된 날로부터 1년 이내에 고소할 수 있도록 하였다(동법 제15조, 제19조). 성폭력특별법 제2조에서 정의하고 있는 성폭력범죄의 정의는 일반적으로 형법에 나타난 강간 및 추행의 죄에 해당한다고 할 수 있을 뿐이며 성희롱, 비동의의 간음 등에 대한 처벌규정은 없다.

1) 성폭력특별법 제11조(업무상 위력 등에 의한 추행죄)

업무, 고용 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람에 대하여 위계 또는 위력으로 추행하는 행위는 2년 이하의 징역 또는 500만원 이하 벌금에 처한다. 법률에 의하여 구금된 사람을 감호하는 자가 그 사람을 추행하는 행위는 3년 이하의 징역 또는 1천5백만원 이하의 벌금에 처한다. 실제 직장에서 벌어지는 강제추행, 위계·위력에 의한 추행은 목격자가 없는 장소에서 벌어지는 것이 대부분이고, 피해자가 피해사실을 주장하더라도 가해자가 인간관계에서 있을 수 있는 호의적 감정의 표현이었다고 강변하거나 아예 부인하는 경우 입증 자체가 매우 어렵기 때문에 함의로 종결되는 사례가 많다. 특히 가벼운 강제추행, 즉 성희롱은 본 죄로 처벌되지 않고 민사상 손해배상 이외에는 다른 구제수단이 없다.

2) 성폭력특별법 제13조(공중밀집장소에서의 추행죄)

대중교통수단, 공연·집회장소 기타 공중이 밀집하는 장소에서 사람을 추행하는 행위는 1년 이하의 징역 또는 3백만원 이하의 벌금에 처한다. 공중밀집장소에서의 추행과 통신매체이용음란은 모두 기존의 형법에서 고려하지 못해 처벌에 한계가 있어 경범죄처벌법 위반 등으로 의율하는 것이 일반적이었다. 사람들이 밀집되는 지하철, 버스 등 대중교통 등의 장소에서 혼잡성을 이용하여 빈번하게 발생하는 성추행의 예방과 규제를 위해 신설되었다.

3) 성폭력특별법 제14조(통신매체이용 음란죄)

자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적으로 전화·우편·컴퓨터 기타 통신매체를 통하여 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 말이나 음향, 글이나 도화, 영상 또는 물건을 상대방에게 도달하게 하는 행위는 1년 이하의 징역 또는 3백만원 이하의 벌금에 처한다. 과거에는 통신매체이용음란의 수단으로 우편물, 전화를 많이 사용하였지만 최근 인터넷의 발달에 따른 사이버성폭력과 휴대폰 스팸메일의 피해가 급증하고 있다.

(3) 청소년성보호법

청소년성보호법 제10조(청소년에 대한 강간, 강제추행 등)는 “①여자청소년에 대하여 형법 제197조(강간)의 죄를 범한 자는 5년 이상의 유기징역에 처한다. ②청소년에 대하여 형법 제298조(강제추행)의 죄를 범한 자는 1년 이상의 유기징역 또는 500만원 이상 2천만원 이하의 벌금에 처한다. ③청소년에 대하여 형법 제299조(준강간, 준강제추행)의 죄를 범한 자는 1항 또는 2항의 예에 의한다. ④위계

또는 위력으로써 여자청소년을 간음하거나 청소년에 대하여 추행을 한 자는 1항 또는 2항의 예에 의한다. ⑤1항 내지 4항의 미수범은 처벌한다라고 규정하여 형법상 친고죄인 강간, 강제추행, 미성년자간음죄 등에 대하여 가중처벌을 규정하면서 ‘성폭력특별법’의 규정처럼 명시적으로 친고죄의 규정을 두고 있지 않아 해석상 논란이 발생하고 있다. 판례는 「청소년성보호법 제10조가 위 형법상의 죄에 대하여 가중 처벌하는 규정일 뿐 그 구성요건을 형법규정과 달리하지 아니하고 있는 점, 성폭력특별법 제15조는 제11조, 제13조 및 제14조의 죄는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다」라고 규정하고 친고죄에 관한 규정을 두고 있으므로 그 외에는 비친고죄로 해석할 수 있으나, 청소년성보호법에는 친고죄 여부에 대한 명시적인 규정이 없으므로 위 법 제10조 위반죄를 친고죄라고 해석하는 것이 죄형법정주의의 원칙과 이 법을 해석·적용함에 있어서는 국민의 권리가 부당하게 침해되지 아니하도록 주의하여야 한다고 규정한 청소년성보호법 제3조의 취지에도 부합하는 점, 청소년성보호법의 제정취지는 청소년의 보호에 있는데 위 법 제10조를 비친고죄로 해석하여 성폭행을 당한 모든 청소년을 그의 의사에 불구하고 조사를 하게 되면 오히려 청소년의 보호에 역행하게 될 여지도 있게 되는 점 등에 비추어보면 위 법률 제10조 위반죄에 대하여도 형법 제306조가 적용된다」라고 하여 「청소년성보호법 제10조의 강간죄도 친고죄가 적용된다」라고 판시하고 있다^{17, 18)}.

(4) 기 타

국방부에서 정의하는 성군기 위반 사고는 “성을 매개로 상대의 인권을 침해하여 성적 수치심이나 혐오감을 불러일으킬 수 있는 성적 가해행위, 성적 접근, 성적 요구, 성과 관련된 언어나 신체적 행위를 포함하는 일체의 행위에 의해 군기강 문란, 부대단결 저해, 군명에 실추를 초래하는 모든 성관련 범죄”라고 정의한다. 성군기 위반사고의 유형은 최근 부각되고 있는 성희롱사고, 성범죄 사고, 그리고 기타 성군기 위반사고를 포함한다. 기타 성군기 위반 사고는 성범죄의 구성요건에 해당하나, 친고죄로서 고소가 없는 경우 등 공소요건이 갖추어지지 않아 형사처벌을 할 수 없는 사고 및 기타 품위유지 의무에 위반한 성관련 사고를 말한다. 성군기 위반사고는 일반적으로 가해자가 남성인 경우와 동성인 경우, 그리고 여성이 남성에 대해 가하는 역차별적인 성군기위반사고를 포함한다¹⁹⁾. 2003년 7월 김일병이 고참병에 의한 성적 괴롭힘으로 자살한 사건

은 군대내 성폭력 사고는 군대에 다녀왔던 남성들에게는 공공연하게 알려진 사건이었지만 비군인들에게는 큰 사회적 반향을 일으켰다. 한국성폭력상담소의 연구조사 결과 전체 설문 응답자의 15.4%가 성폭력 피해경험이 있었고 피해를 입은 병사가 다시 가해를 하는 경우가 전체 가해자의 83%로 군대내 성폭력이 악순환하고 있다는 것을 말해준다¹⁹⁾.

성군기위반사고는 형법, 군형법, 성폭력특별법으로 처벌하지만 친고죄의 경우 군기강 문란, 부대단결 저해, 파렴치 행위임에도 피해자가 처벌을 원하지 않을 경우 형사처벌이 불가능하다. 판례는 군형법상 추행이 형법상 범죄에 대해 단지 폭행, 협박의 요소만 없는 특별법의 관계라고 설명하면서도 군사회의 기강 및 전투력 운운함으로써 군형법상 추행죄에 대한 혼란스러운 인식을 드러내고 있다²⁰⁾. 따라서 형법상 강간죄가 비친고죄화 된다면 군형법에 별개의 조항을 둘 필요는 없다. 군대내 동성간 성폭력은 그동안 그 존재에 대해서는 널리 인지되어 온 데 반하여 구체적인 실태조사가 이루어지지 못함으로 인해 그 심각성 및 실태가 은폐되고, 피해자의 인권침해가 계속 방치되어 왔다. 이번 조사로 군대내 성폭력 실태 및 그 심각성에 대한 문제제기가 보다 구체적으로 제기될 수 있었다. 통계상 성폭력 피해자 중 남성의 수는 적지만 군대·학교 내에서의 성폭력, 남성들의 동성간·추행도 병산의 일부뿐만 드러나고 있는 실정이다. 이처럼 성폭력 피해자는 단지 여성만이 아니다. 남성도 피해자가 될 수 있다. 그리고 남성간 피해사실에도 사회적 통념이 작용하고 있으며 남성 피해자들도 여성과 마찬가지로 수치심, 자기학대, 죄책감 같은 것을 느끼고 경찰에 피해사실을 알리는 일을 매우 어렵게 생각하고 있다.

남성피해자에 대한 세심한 배려와 제도적 장치가 마련되어야 할 것이다. 외국의 대다수 국가에서는 강간에 대한 비친고죄를 제도화하였다. 독일은 형법 제177조, 프랑스는 형법 제332조에서 강간죄를 비친고죄로 각각 규정하고 있다. 특히 독일은 강간죄의 경우 피해자의 이익보다 공공의

〈남성강간에 대한 사회적 통념〉	
1.	남성강간은 발생하지 않는다.
2.	남성강간은 동성애자에 의한 범죄이다.
3.	다른 남성에게 성폭력을 당한 남성은 동성애자일 것이다.
4.	남성은 여성보다 성폭력을 많이 당하지 않으므로 그들에게는 지원이나 도움이 필요 없다.

이익이 우월하다는 이유로 이미 1876년에 강간죄를 비친고죄화하였다. 미국의 경우도 강간에 대해서는 친고죄가 아닌 반의사불벌죄를 적용하고 있다.

5. 친고죄 폐지를 위한 反성폭력운동

1991년 1월 전북 남원에서 9살 때 자신을 강간한 남자를 22년 후에 찾아가 살인한 김부남사건을 계기로 여성인권 단체들은 성폭력이 형법의 ‘정조에 관한 죄’로 규정되어 있어 성폭력범죄 예방과 대처에 한계가 있음을 지적하고 1991년 4월 ‘성폭력특별법제정특별위원회’를 결성, 본격적인 입법추진운동을 벌여 1994년 ‘성폭력범죄의처벌 및 피해자보호등에 관한 법률’이 제정되었고, ‘남녀차별금지및 구제에관한법률’, ‘남녀고용평등법’, ‘청소년의성보호에 관한법률’ 등 관련법이 연이어 마련되어 오면서 성폭력과 성문화에 대한 의식이 많이 개선되어 온 것은 바람직하다. 성폭력특별법은 가부장적이고 남성중심적인 우리 사회구조에서 그동안 은폐되고 방치되었던 성폭력문제를 여성들이 과감하게 드러내고 국가적 차원의 대책을 지속적이고 강하게 촉구한 결과로서 마련된 것으로 한국여성인권운동의 가장 중요한 성과 중의 하나라 할 수 있다²¹⁾. 1994년 첫 제정된 성폭력특별법은 성폭력의 규제 범위와 가해자에 대한 형량을 높이는 방향, 수사·재판 등 사법처리절차에서 특례를 인정하는 특별법으로, 존속 등 인척에 의한 피해, 신체장애인을 대상으로 한 범죄를 처벌토록 하고 이를 비친고죄로 하였으며 전화·우편 등 통신매체를 이용한 음란행위, 버스·지하철 등 대중밀집장소의 추행 처벌조항도 포함하였다. 1997년 1차 개정에서 근친간, 미성년자 등에 대한 범죄의 처벌과 피해자 보호절차를 강화하였다. 친족관계에 있는 자에 의한 강간 등에서 친족의 개념을 4촌 이내의 혈족에서 4촌 이내의 혈족과 2촌 이내의 인척으로 범위를 확대했고, 장애인에 대한 준강간처벌에 있어 피해대상을 신체장애인에서 정신장애인을 포함하였고, 13세 미만 미성년자에 대한 강간·강제추행 등을 가중처벌하고 이를 비친고죄화했다. 특히 수사나 재판과정에서 신뢰관계에 있는 사람과 동석할 수 있는 제도를 마련했으며 18세미만의 사람을 보호, 교육, 치료하는 사람이 보호받는 학생의 피해사실(비친고죄에 해당하는)을 알게 되었을 경우 신고를 의무화하도록 했다. 1998년 2차 개정에서는 카메라, 비디오 등을 이용한 몰래카메라 범죄 처벌에 관한 규정이 첨가되었다. 2003년 3차 개정에서는 성폭력특별법이 피해

자가 수사·재판과정에서 인권침해받는 일이 없도록 현행 제도의 미비점을 개선하는 방향으로 이루어졌다. 피해자가 13세 미만이거나 장애인일 경우 수사기관에서 진술내용과 조사과정을 영상물로 촬영, 보존하고 이를 증거로 할 것, 의무적으로 신뢰관계에 있는 자를 동석하도록 할 것, 공판기일에 출석이 어려울 경우 증거보전 요청을 하도록 하는 것을 포함하였다. 친고죄 폐지 노력은 성폭력특별법제정뿐만 아니라 개정 때마다 거론되었다. 92. 4. 27. 한국여성단체연합회는 성폭력특별법제정추진특별위원회를 결성하고 친고죄 폐지, 친고죄 폐지 대신 피해자를 보호할 수 있는 수사재판과정상 피해자 보호조치마련, 성폭력의 새로운 개념규정 도입으로 신종 성폭력범죄 유형 및 범죄구성요건 범위 확대, 성폭력상담소 등에 대한 지원의무조항 및 감독 의무, 성폭력대책에 관한 국가와 지방자치단체의 책무사항, 성폭력특별위원회의 설치 등을 요구하였고 1993. 10.28 특위추천으로 ‘친고죄 존폐에 관한 공청회’를 개최하고 같은 해 11.10 친고죄 폐지를 위한 국회 방문 등을 추진하였으나 반영되지 못하고 1993. 12.17 성폭력특별법이 국회에서 통과되었다. 그 후에도 친고죄 폐지에 관한 많은 제안이 있었으나 이루어지지 못하고 97년 1차 개정에서 13세 미만 미성년자에 대한 강간, 강제추행 등의 죄를 가중처벌하고 이를 친고죄에서 비친고죄로 바꾸었다. 카메라등이용촬영죄가 피해자의 고소가 있어야 공소가 이루어지는 친고죄인가의 여부에 관해 1998. 12. 28. 법률개정시 제14조의 2를 추가하면서 친고죄에 관한 제15조를 개정하지 않은 것은 성폭력특별법(카메라등이용촬영)위반죄를 친고죄에서 제외하고자 함에 있다고 볼 것이지 원심판시와 같이 입법의 불비로 볼 것은 아니다.”라고 하여 비친고죄로 판단하였다.

2001. 8 한국여성개발원 ‘여성폭력 방지 종합대책 시안 공청회’에서 성폭력의 친고죄 폐지, 강간죄 대상의 중성화, 부부강간죄 명문화 등을 골자로 하는 성폭력관련법안 개

〈관련 판례〉

피해자가 자신을 만나주지 않은 것에 대해 앙심을 품고 여러 차례 폭행, 재물손괴, 강간을 하다가 피해자를 호텔에 유인, 피해자의 옷을 강제로 벗기고 그 옷을 그곳 욕조의 물에 담구어 도망가지 못하게 한 다음, 준비한 테이프를 피해자의 손과 발을 묶어 꼼짝 못하게 한 후, 준비한 카메라로 피해자의 나신을 23회에 걸쳐 촬영하고, 폭행, 협박하여 피해자를 항거불능케 한 후 피해자를 강간한 사건

(서울고법 1999.11.23 선고 99노 2442 판결).

정안을 제시하였으나 3차례 개정에서도 반영되지 못했다. 2002. 9 청소년보호위원회는 청소년을 대상으로 한 강간과 강제추행 등에 대해 친고죄를 배제하도록 하는 법률개정안을 제출한 바 있으며 각종 여론조사에서도 친고죄 폐지에 대해 90%의 찬성률을 보이고 있는 것으로 집계되었다. 지난 2004년 성폭력특별법 제정 10주년을 맞아 실시된 각종 토론회 등에서도 친고죄 폐지안을 계속 거론한 바 있어 다음 법 개정을 기대해 본다.

IV. 친고죄 규정의 문제점

1. 피해자 명예보호가 제대로 이루어지지 않고 있다.

현행 친고죄의 체계에서 피해자의 명예는 체계적으로 보호되지 않고 있다. 만약 성폭력 피해사실이 외부에 알려지는 것을 방지하기 위해 강간죄를 친고죄로 규정하였다는 통설과 판례의 주장이 사실이라면 강간 피해자의 성폭력 피해사실은 어떠한 경우에도 보호되어야 한다. 그런데 폭행 또는 협박과 간음행위가 유기적으로 연관되어 있는 강간죄에서는 간음사실을 다루지 않고 폭행 또는 협박만을 별도로 다루는 것은 거의 불가능하므로 폭행 또는 협박을 고소하면 결국 강간죄로 기소되어 피해자는 공개하고 싶지 않은 피해사실이 외부에 드러나게 된다²²⁾. 이로 인해 피해자는 범죄에 의해 야기된 피해보다 오히려 더 큰 고통을 당하게 된다. 피해자의 명예보호는 형사절차에서 항상 범죄혐의를 규명하여 가해자를 처벌하려는 공공의 이익과 충돌한다. 공공의 이익을 우선하면 효율적인 피해자의 명예보호가 어렵게 되고, 반대로 피해자 명예보호를 우선하면 효율적인 피해자의 명예는 보호되지만 공공의 이익보호가 어렵게 된다. 그래서 형법은 범죄로 인해 침해된 명예회복을 포기할 피해자 자신의 권리뿐만 아니라 고소의 불제기 또는 고소 취소와 같은 방법을 통해 형사절차의 진행을 중단시킬 권리를 피해자에게 인정하였던 것이다. 그런데 이 이론에 의하면 피해자의 이익이 공공의 이익에 우선하는 경우 범죄의 종류에 관계없이 친고죄로 규정되어야 한다는 논리가 생긴다. 하지만 형법상 모든 범죄 가운데 아주 일부만이 그것도 개인적 법익을 침해하는 범죄 가운데 아주 일부만을 친고죄로 규정하고 있다. 성폭력범죄의 경우 1994년 성폭력특별법 제정으로 친고죄였던 특수

강간죄가 비친고죄로 바뀌었으나 강간치상죄의 경우 처음부터 비친고죄로 규정되었다. 여성의 프라이버시 가운데 가장 중요한 상징적 의미를 가지는 성기에 폭력을 가하는 행위는 신체의 다른 부분에 가해지는 폭력에 비해 인간의 명예감정, 수치심, 신체의 자유, 프라이버시를 보다 심각하게 침해한다. 피해자들은 평생동안 그 충격에서 벗어나지 못하고 후유증에 시달리며 정상적인 생활을 하지 못하는 경우가 많다. 강간 피해자의 44%가 자살을 고려하며 그 중 20%는 실제로 자살을 기도할 정도로 치명적인 피해를 수반한다. 또한 인지적으로는 해리, 왜곡된 사고 등으로 대인관계를 기피하고 성기능 장애, 부부성생활 기피현상을 보이거나 반대로 성폭력 가해행동, 성중독 반응을 보이기도 한다.

우리 형법은 강간과 강제추행의 법정형을 3년 이상, 10년 이하 등으로 높게 책정해 놓았다. 이는 법익침해가 매우 심각하기 때문이다. 따라서 강간과 강제추행에 대한 친고죄 규정은 그 존재이유를 설명하는 데 충분치 않고 실질적인 친고죄 이유가 되지 않는다.

2. 고소없이 처벌하지 못한다.

친고죄의 법적효과는 고소없이 처벌하지 못한다는 것이다. 범인임을 확실히 알고도, 피해자의 고소없이 중대한 범죄를 저지른 용의자를 소추할 수 없다는 문제가 생긴다. 파렴치범, 상습 강간·강제추행범도 피해자 고소가 없으면 처벌할 수 없게 된다. 그러다 보니 수사기관은 비친고죄로 몰고가는 무리한 수사를 할 수 밖에 없다. 실제로 피해자를 강간하려다 미수에 그치고 그 과정에서 피해자의 목과 가슴 부분에 동전 크기의 멍을 들게 한 사건에 대해 강간치상죄로 기소하였으나 대법원은 그 상처가 굳이 치료를 받지 않더라도 일상생활을 하는데 아무런 지장이 없고 시일이 경과함에 따라 자연적으로 치유될 수 있는 정도라면 그로 인하여 신체의 완전성이 손상되고 생활기능에 장애가 왔다거나 건강상태가 불량하게 변경되었다고 보기는 어려워 강간치상죄의 상해에 해당하지 않는다고 판시했다²³⁾. 즉, 강간죄의 폭행에는 언제나 경미한 상해가 능성이 포함되며, 강간치상과 강간의 법정형의 차이가 크다는 점이 감안된 것이다. 그런데 강간치상이 받아들여지지 않으면, 공판단계에서 고소의 추완의 필요성이 생겨나는데 우리 판례는 이 경우 고소의 추완을 인정하지 않고, 공소기각결정을 내린다. 강간죄의 친고죄화로 인해 생겨나는 또 하나의 부작용이다. 또한 고소권을 행사할 능력이

취약한 자에 대한 성폭력이 이루어졌을 경우 불기소처분을 내릴 수밖에 없는 경우가 다수 생겨난다. 장애인성폭력의 경우 비친고죄로 규정되었지만 피해자가 1, 2급 정신지체장애인이거나 항거불능의 상태를 인정하지 않고 가해자에게 무죄를 선고한 판결이 있다. 정신지체 1급 장애인인 청소년(17세)을 성폭력한 혐의로 기소된 가해자(69세)에 대해 피해자가 저능이기는 하나 7,8세 정도의 지능은 있었고, 피고인이 피해자를 데리고 가 옷을 벗으라고 한 후 벗지 않으려는 피해자의 얼굴을 손바닥으로 때려 겁을 주는 방법으로 피해자의 옷을 벗게 하여 1회 간음하였으나 성적인 자기방어를 할 수 없는 항거불능의 상태에 있었던 것은 아니었다는 이유로 무죄를 선고하였다. 또한 정신지체 2급 장애인청소년을 5년 동안 지속적으로 성폭행한 가해자(51세)에 대해서도 1심에서 무죄가 선고되었다. 이 경우도 지적능력은 떨어지지만 글을 읽고 쓸 줄 알며 등하교를 하는 불편함이 없고 성교육에 이해능력도 있는 것으로 판단되어 자기방어할 수 있는 항거불능의 상태로 볼 수 없다는 이유였다. 비친고죄의 경우가 이렇진대 친고죄의 경우 더 말할 필요도 없는 것이다.

3. 고소취소와 가해자 역고소

친고죄는 제1심 판결이 선고되기 전까지는 언제든지 고소를 취할 수 있고 일단 취소하면 다시 고소할 수 없다. 실제로 가해자와의 합의를 종용하기 위해 형사고소가 악용될 수 있으며, 그렇지 않은 경우에도 합의금을 높이기 위해 고소했다는 의심을 받을 수 있다. 확고한 의사를 갖고 고소한 피해자도 가해자측의 합의를 위한 접촉과 심지어 사실상의 협박상황 속에 놓여지기도 한다. 만약 친고죄가 아니라면 그러한 가능성은 훨씬 줄어들 것이다. 성폭력 피해자가 자신의 피해사실을 제3자에게 알리는 행위에 대하여 가해자가 이를 명예훼손으로 고소하는 현상은 결코 새로운 것이 아니지만 최근 성폭력에 대한 여성들의 인식 수준이 높아져 일반인들이 전형적인 강간이라고 생각하는 범죄유형과는 다소 거리가 있는 강제추행, 비동의간음, 데이트강간 사건에 대한 고소가 증가하면서 역으로 피해자가 명예훼손이나 무고로 처벌받는 사례가 늘고 있다²⁴⁾. 사실, 가해자의 역고소는 피해자에 대한 통제수단의 목적이 크다. 성폭력 가해자는 피해자를 고소함으로써 피해자와 동등한 지위에서 고소취하를 조건으로 합의를 이끌어내려고 하기 때문에 역고소 문제는 계속 증가할 수 밖에 없다.

“그 사람은 나 말고도 이미 여러 사람에게 그 짓을 저질렀어요. 말하지 않으면 다른 사람들이 계속 피해를 입을텐데, 그 사람이 나쁜 사람이라고 말한 것이 어떻게 죄가 되나요? “내가 정말 그 사람의 명예라는 걸 망치는 것인지 여러 차례 생각해 보았어요. 많이 생각해봤지만... 잘못을 밝히고 사과하는 것이 오히려 인간으로서의 명예를 지키는 길이라는 생각이 들었어요”²⁵⁾ 성폭력가해자와 피해자는 명예훼손과 성폭력사건에서 각각 정반대로 피해자와 가해자로 만나게 된다. 이러한 이중의 현실을 보았을 때 성폭력 피해사실을 밝히는 순간, 다른 어떤 범죄에서도 찾아볼 수 없는 피해에 대한 경시를 감내해야 한다. 이러한 역고소 문제를 해결하기 위해 여성단체에서는 형법 제310조 위법성조각사유의 적용범위 확대²⁶⁾를 요구하고 있다. 이처럼 성폭력범죄의 신고율, 고소율이 낮고, 또 수사과정에서 고소취하가 많은 것은 피해자의 명예보호를 위한 것보다 가해자측의 명예훼손 역고소, 무고 역고소 등 법적대응과 협박 수준의 합의 때문이다.

4. 성폭력범죄 증가와 높은 재범률에 대처하지 못하고 있다.

성문화의 급속한 개방물결 속에서 성도덕은 추락하고 성범죄는 해마다 증가하고 있다. 그러나 강간과 강제추행 등 강간범죄만은 제자리에 머물고 있는 것은 친고죄 규정으로 피해자들이 아직도 범죄사실을 은폐하거나 고소를 기피하고 있다는 간접적인 증거이다. 피해사실을 숨기는 것은 피해자와 그 가족의 명예와 사생활을 보호하는 일이 되겠지만 가해자들은 강간한 책임을 피해여성 탓으로 돌리고 상호 성관계로 보는 등 죄의식이 없어지게 되어 또 다른 범죄를 저지르게 된다. 강간범의 67.5%가 전과자이며 성폭력범의 재범율이 83.4%라는 것은 우리 사회의 성범죄 문화가 이미 심각한 수준에 도달했음을 나타낸다. 성범죄를 예방하고 줄이기 위해서는 친고죄라는 보호막을 걷어내고 가해자에 대한 엄정한 법집행이 이루어져야 할 것이다.

5. 남성중심적 성문화를 조장한다.

2004년 가을, 딸을 성폭행한 남편을 법원이 보석으로 풀어준 데 대해 피해자의 어머니가 손가락을 절단해 항의한 일명 ‘단지사건’이 있었다. 1심에서 징역 7년이 선고되었

으나 2심 서울고법은 ‘성폭력피해를 입고 있었을 당시 학교생활을 정상적으로 하고 있었다는 학생기록부를 볼 때, 어린 나이에 성폭력을 당했을 경우 정상적인 학교생활이 어렵다는 점을 감안하면 피해자의 진술은 신빙성이 없다’며 무죄를 선고하였다. 이는 성폭력 피해자에 대한 우리 사회의 고정화된 남성중심의 사고와 여성인권에 대한 무지를 극명하게 드러내주는 사건이었다. 이러한 사회적 편견과 통념은 피해자를 더욱 힘들게 한다. 성폭행피해자는 순결과 정조를 잃은 여성, 드러내 말할 수 없는 과거를 가진 여성, 가문의 수치, 가정파괴범의 희생자 등의 시각으로 비춰진다. 상대의 혀를 깨물어 강간을 방어한 여성도, 사람이 아니라 짐승을 죽였다던 아동기 성학대 피해여성도, 9년간 피해를 겪어온 의붓아버지를 살해한 여성도, 다음 생애는 남자로 태어나고 싶으며 죽음을 택한 여학생도 모두 우리시대의 희생자인 것이다. 여성의 ‘정조’를 목숨만큼 소중히 여겼던 사회에서는 성폭력 피해사실을 무덤까지 가지고 가는 것이 피해자, 가족 모두를 위한 최선의 방법이라고 여겨왔다. 당연히 피해자는 육체적·정신적 후유증에 시달리게 되며, 치료는 고스란히 피해자 가족 몫이 되었다.

강간죄의 경우 빼앗긴 여성의 정조는 남성의 소유권 침해 차원에서 다루어지기도 했으며 심지어 성폭력 피해자를 함께 처벌하기도 했다. 다행스러운 것은 성폭력특별법 제정 이후 10년 동안 우리사회의 성폭력에 대한 인식이 차츰 변하고 있다는 것이다. 여성의 자의식도 성폭력을 ‘정조’ 차원에서 바라보지 않고 ‘성적 자기결정권의 침해’로 바라보는 인식을 갖게 되었다²⁷⁾.

피해자들은 자신의 권리를 찾기 위해 민·형사상 소송에도 적극적으로 대처하게 되었다. 그리고 피해자에 대한 다양한 보호제도가 신설, 시행되고 있는 것도 반가운 일이다²⁸⁻³⁰⁾.

6. 청소년 성보호에 역행한다.

판례에 따르면 13세 이상 19세 미만 청소년에 대한 강간 및 강제추행은 친고죄이기 때문에 피해자와 합의시 형사 처벌 및 신상공개 대상에서도 제외된다. 그러나 청소년성보호법의 입법취지를 고려하고 청소년에 대한 성범죄 처벌을 강화하고자 하는 데 그 목적이 있다면 형법의 적용을 배제하고 비친고죄로 해야 할 것이다³¹⁾. 특히, 청소년에 대한 성범죄의 경우 피해자 부모들은 자녀에 대한 보복과 자녀의 충격을 의식해 고소를 하지 않는 것이 일반적인 경향

〈관련 사례〉

택시기사에게 성폭행을 당한 19세 대학생 L양은 성폭행당한 사실이 너무 괴롭고 견디기 힘들다며 택시기사의 차량번호 등을 유서에 남긴 채 성폭행 당한 다음날 자신의 아파트에서 뛰어내려 목숨을 끊었다.

※ 성적 자기결정권

헌법재판소는 ‘개인의 인격권·행복추구권에는 개인의 자기운명결정권이 전제되는 것이고, 이 자기운명결정권에는 성행위 여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는 성적 자기결정권 또한 포함되어 있으며 간통죄의 규정이 개인의 성적 자기결정권을 제한하는 것임을 틀린다’고 하여(헌법재판소 1990. 9.10 선고, 89헌마 82결정) 성적 자기결정권의 헌법적 근거를 헌법 제10조에 규정된 인격권과 행복추구권에서 찾고 있다. 또한 헌법 제10조가 기본권보장의 이념과 포괄적 기본권을 규정하고 있으므로 이에서 성적 자기결정권의 근거를 발견하는 것이 잘못된 아니나 헌법 제11조 이하의 개별기본권규정에서 그 근거를 발견할 수 있다면 개별기본권규정에서 그 직접적 근거를 찾는 것이 타당하다고 생각하며, 성적 자기결정권은 헌법 제17조가 규정하는 사생활의 자유에서 그 근거를 찾기도 한다.

※ 경찰청, 성폭력 수사실무 매뉴얼

1. 범죄발생시부터 「피해자 서포터」 지정(여경 위주), 피해자 보호활동 개시.
2. 병원진료시 가급적 여경이 동행하여 우선 치료와 증거수집 병행.
3. 피해자의 의사에 반하지 않는 한, 피해여성은 여경이 조사.
4. 13세 미만 아동 및 장애인이 피해자인 경우 진술녹화도록 하고, 피해자 및 법정대리인의 증거보전신청 적극 수용으로 진술횟수 최소화.
5. 13세 미만 아동 및 장애인은 필수적으로, 그 외 피해자는 가급적 NGO 등 신뢰관계자 동석토록 조치.
6. 피해자 조사는 공개된 장소가 아닌 진술녹화실 등 격리된 장소에서 조사.
7. 피해자를 닮하는 등 부적절한 용어 및 불친절 금지.
8. 피의자 확인시 범인식별실 사용 및 꼭 필요한 경우 외에는 대질조사 지양.
9. 피해자 상담 및 치료를 위해 성폭력 NGO 연계활동 실시.
10. 원칙적으로 비공개 수사, 부득이 보도자료 제공시 피해자 인적사항 및 사생활 비밀을 누설하거나 유추할 수 있는 구체적 자료 배포 금지

이다. 피해당사자인 청소년도 부모의 의견에 따르기 때문에 범죄가 은폐되는 경우가 많다. 이는 청소년성보호법의 취지에도 어긋난다. 청소년대상의 성범죄에 대해서는 고소를 하지 않더라도 국가가 직권으로 소추할 수 있는 비친고죄로 규정해야 청소년에 대한 성폭력행위 등으로부터 청소년을 보호·구제하여 이들의 인권을 보장하고 건전한 사회구성원으로 성장할 수 있도록 만들 수 있다.

VI. 결 론

친고죄는 피해자 기타 고소권자의 고소가 있어야만 공소를 제기할 수 있는 범죄의 유형을 말한다. 따라서 친고죄에서는 고소제기가 없거나 고소가 취소된 경우에는 형사소추를 할 수 없다. 성폭력범죄 중 대표적인 친고죄는 형법 제297조(강간죄), 동법 제298조(강제추행죄)가 있다. 친고죄는 피해자의 인권과 명예보호를 위해 피해자 의사를 존중하자는 차원에서 마련되었으나 실질적인 피해자 보호와 성폭력범죄 예방에는 많은 문제점을 나타내고 있다. 특히, 성폭력범죄의 신고율이 20%대에 머물고 재범률도 83.4%로 높은 것은 친고죄가 성범죄 예방에는 미흡했다는 것을 나타낸다. 형법상 강간 중 강간치사·상을 제외한 강간·강제추행 등 친고죄가 전체의 74%를 차지하고 있다. 즉, 강간범죄의 대다수 유형이 피해자의 신고가 있어야만 가해자를 처벌할 수 있는 범죄라는 것이다. 강간범의 처벌 및 전과현황을 살펴보면 전체의 34%만 구속되었고 전과가 있는 자가 67.5% 되는 것으로 나타났다. 특히 3범 이상 전과자가 전체 전과자의 57.7%를 차지했다. 친고죄의 목적이 피해자 명예보호를 위한다면 모든 유형의 성폭력범이 친고죄로 규정되어야 할 것이다. 그러나 우리의 경우 강간치사, 특수강간, 친족간 성폭력, 가정폭력 등은 비친고죄로 규정되어 있어 친고죄 취지가 무색하다. 또한 강간과 강제추행의 경우 3년 이상, 10년 이하 유기징역으로 각각 책정해 놓은 것은 범익침해가 상당하기 때문인데 이러한 강력범죄를 단지 피해자 의사만으로 결정짓는다는 것은 법정서상 용납되지 않는다. 고소라는 단계도 피해자의 신고를 수동적인 자세로 만든다. 고소를 결정하기에 앞서 고소 후 감당할 여러 가지 불이익에 주저하고, 막상 고소하더라도 가해자의 고소취하 요구와 역고소에 시달리게 된다. 친족 성폭력의 경우 피해를 인지한 날로부터 7년 이

내이며 민사소송의 경우 성폭력을 인지한 날로부터 3년 이내(피해일로부터 최장 10년) 소송을 제기할 수 있다. 공소시효가 지난 피해에 대해서는 공소권없음으로 가해자측에서 주장할 경우 법적인 구제방법은 사실상 전무하다. 공소시효가 지나면 형사처벌뿐 아니라 민사소송을 통한 피해배상도 받기 어렵게 된다. 비친고죄라면 이런 갈등없이 신고하게 되고 수사·재판과정에서 받게 될 여러 가지 침해도 당연한 것으로 받아들이고 당당하게 자신의 권리를 찾으려 할 것이다. 이처럼 피해자를 소극적으로 만드는 친고죄 규정은 피해자 명예도 보호해주지 못하고 권리도 보장해주지 못한다. 2003년에 검거된 강간·강제추행 등 친고죄 범죄자의 20%만 구속되었고 42%는 불기소처분을 받았다. 이렇듯 가해자에 대한 솜방망이 처벌은 엄정한 법집행이 제대로 이루어지지 않고 있으며 죄의식 없이 또 다시 강간을 하게 되는 빌미를 제공하는 등 형벌의 일반예방적 기능을 약화시키고 있다. 마지막으로 13세 이상 청소년에 대한 강간·강제추행이 친고죄로 규정되어 성폭력범죄로부터 청소년을 보호·구제하여 이들의 인권을 보장하고 건전한 사회구성원으로 성장할 수 있도록 만들 수 없다는 것이다. 따라서 형법 제297조의 강간, 298조의 강제추행 및 그에 상응하는 범죄, 청소년성보호법 제10조 청소년에 대한 강간, 강제추행에 대한 친고죄는 폐지되어야 한다. 강간 등 성폭력에 대한 사회인식이 친고죄가 만들어진 시대와 동일하게 보는 것은 시대흐름에 맞지 않을 뿐 아니라 국제적 추세에도 맞지 않다. 친고죄 폐지에 따른 문제점은 국가와 사회단체를 통한 여러 제도 등으로 해결해나가는 것이 바람직하다. 친고죄가 폐지되면 엄정한 처벌이 이루어져 성범죄 예방에 많은 기여를 하게 될 것이다. 강간사건 현장을 접했을 때 지체없이 신고하는 시민의식이 형성되고, 가해자에 대한 확실하고도 엄정한 법집행이 가능해질 것이다. 또한 성폭력을 인간의 성에 대한 사회적 폭력이자 인권에 대한 침해라는 사회적 인식이 형성되어, 나아가 성폭력피해자의 명예회복과 일상으로의 복귀에도 많은 도움을 주게 될 것이다.

참고문헌

1. 여성부 주최 ‘여성폭력근절을 위한 심포지엄, 성폭력범죄의 피해범위, 2002. 11. 21.
2. 한국성폭력상담소, 서울여성의 전화, 피해자를 위한 성폭력진료 및 수사, 2000. p 9.

3. 경찰청, 범죄백서 2001, 2002, 2003.
4. 한국성폭력상담소 인터넷홈페이지
(<http://www.sister.or.kr>).
5. 김형준, 친고죄의 고소와 그 취소, 법학논문집 제24집 제2호, 2000. p 47~63.
6. 조국, 여성주의 관점에서 본 성폭력범죄, 서울대학교 법학 제43권 제2호, 2002. p 165~186
7. 한인섭, 성폭력의 법적문제와 대책, 인간개발연구 제3권 제1호, 1996. p 172~201.
8. 대판 1995. 5. 9 95도 696
9. 대판 1985. 2. 8. 84도 2682
10. 대판 1982. 9.14. 82도 1504
11. 유영숙, 성폭력범죄의 친고죄 적용에 대한 검토, 한국 여성학 제19권 1호, 2003, p 209~230.
12. 김엘림, 윤덕경, 박현미, 「성폭력·가정폭력 관련법 연구」(안), 한국여성개발원, 1999, p. 162
13. 대판 1996. 6. 11 96도 791
14. 대판 1970. 3.10 70도 29
15. 소성규, 법여성학, 제일법규, 1996.
16. 대판 1976. 2.10. 74도 1519
17. 대판 2001. 6.15. 2001도 1017
18. 대판 2001. 5.15. 2001도 1391
19. 한국성폭력상담소, 나눔터 47호, 2004, p 24~29
20. 1990. 3.30 고등군사법원 99노31
21. 한국여성의전화연합, 한국여성인권운동사, 1999.
22. 대판 2002. 5.16. 2002도 51.
23. 대판 1994. 11. 4, 94도 1311
24. 이유정, 법여성학적인 관점에서 본 성폭력특별법 10년. 성폭력특별법 시행 10주년 기념토론회, 2004.
25. 한국성폭력상담소, 나눔터 46~49호, 2004~2005.
26. 대판 2000. 2.11. 99도 3048
27. 헌법재판소 1990. 9.10 선고, 89헌마 82결정
28. 경찰청, 성폭력 수사실무 매뉴얼
29. 김현식, 성폭력범죄에 대한 효율적 수사방안, 경북대 석사, 2003.
30. 채규만, 성폭력피해자를 위한 심리치료프로그램, 한국성폭력상담소 개소 8주년기념 자료집(성폭력에 관한 서울심포지엄 '99), 1999, p 101~135.
31. 청소년보호위원회, 청소년 성보호 현황과 대책연구, 2001.
32. 조국, 아내강간의 성부와 강간죄에서의 폭행·협박의 정도에 대한 재검토, 한국형사정책학회 형사정책 제13권 1호, 2001.