

보 도 자 료

배포 일시	2024. 01. 16. (화)	총 5페이지 첨부파일 있음	담당자	김수현 변호사/상담원
서울시 영등포구 당산동 4가 32-40 은혜빌딩 6,7층 http://www.teen-up.com				
전 화	02-6348-1318	전 송	02-2690-1255	teen-up.com@daum.net

대구지방법원 제11형사부(재판장 이상오 부장판사)는 19세 이상의 성인이 13세 이상 16세 미만의 아동·청소년을 간음하였다 하여 미성년자의제강간으로 처벌하는 것이 과하다며 헌법재판소에 위헌제청을 하였습니다.
이에 십대여성인권센터는 이 위헌제청에 대한 합헌 결정을 바라며 2024년 1월 10일 헌법재판소에 반박 의견서를 제출하였습니다.

[위헌제청의 대상이 된 법률조항]

형법 제305조(미성년자에 대한 간음, 추행)

② 13세 이상 16세 미만의 사람에 대하여 간음 또는 추행을 한 19세 이상의 자는 제297조, 제297조의2, 제298조, 제301조 또는 제301조의2의 예에 의한다.

1. 위헌법률심판제청의 경과

대구지방법원 제11형사부(재판장 이상오 부장판사, 이하 ‘제청법원’)는 성인인 피고인(19세)이 온라인에서 추천 친구로 알게 된 피해자(15세)가 중학생인 것을 알면서도 피해자와 사귀기로 하고 약 13일 후 모텔에서 간음하여 미성년자의제강간 혐의로 기소된 사건(이하 ‘당해 사건’)을 심리하면서 직권으로 형법 제305조 제2항 중 “간음”에 관한 부분(이하 ‘이 사건 심판대

상 법률조항’)의 위헌 여부 심판을 제청하였고, 2022년 11월 30일 헌법재판소에 사건이 접수되어 심리 중에 있습니다.

관련하여 2022년 12월 29일 검찰총장은 위 사건에 대한 의견서를 헌법재판소에 제출하였고, 2023년 5월 29일부터 헌법재판소는 이해관계가 있는 국가기관 등에 의견 취합 및 검토 절차를 진행하고 있으며, 2023년 8월 14일 법무부장관은 ‘의견없음’으로 회신하였고, 여타 정부기관 등에서는 의견 회신을 하지 않았습니다.

2. 제청법원의 위헌 주장의 요지

제청법원은 이 사건 심판대상 법률조항의 입법 취지가 ‘정신적·육체적으로 아직 성적 자기결정권의 의미를 제대로 알지 못하는 13세 이상 16세 미만의 미성년자가 성범죄로 인하여 성적 자기결정권이 침해되는 것을 막기 위한 것’이므로 입법 목적의 정당성은 인정되나 13세 이상 16세 미만 미성년자의 경우에 그 지적·신체적·정신적·인격적 성숙도가 과거와 달리 상당한 수준에 이르러 일정한 조건 하에서는 성적 자기결정권을 행사할 수 있는 경우가 충분히 있을 수 있는데도 13세 미만의 미성년자와 같이 그들이 성적 자기결정권을 실질적으로 행사할 수 없는 것으로 단정하고 이들을 보호의 대상으로 간주하고 있는바, 이러한 사고는 지나치게 국가 후견적이고 청소년의 성 의식 및 인권의식 변화에 따른 이성 교제의 보편화 현상과도 부합하지 않으며, 이를 전제로 13세 이상 16세 미만의 미성년자와 간음한 19세 이상의 자를 모두 처벌하려는 이 사건 법률조항은 국가형벌권의 과도한 행사를 초래해 수단의 적절성 또는 침해의 최소성을 갖추지 못하였고 법익의 균형성도 갖추지 못하였다고 주장합니다.

3. 이해관계기관으로서 십대여성인권센터 반박 의견서 제출의 목적

십대여성인권센터는 아동·청소년과 성적인 관계를 맺기 위해 채팅앱 등을 이용하여 아동·청소년에게 접근하고 이성 교제하는 사이로 오인케 하여 간음하는 ‘온라인 그루밍’ 방식으로 아동·청소년 대상 성착취 범죄양상이 진화해 왔고, 이 경우에 아동·청소년의 자발적 동의가 있는 것처럼 보이는 것이 현행 디지털을 매개로 한 아동·청소년 대상 성착취 범죄의 특성인데도, 제청법원이 아동·

청소년 대상 성착취 범죄의 전형적인 범행수법조차 파악하지 못하고 위헌제청한 것에 대해 매우 우려하고 있는 상황입니다.

이에 십대여성인권센터는 성착취 피해 아동·청소년을 지원하는 이해관계기관으로서 이를 좌시할 수 없다고 판단하여 지난 2023년부터 1년여간 십대여성인권센터 법률지원단에서 제청법원의 위헌 주장에 대한 반박 의견서를 준비하여 2024년 1월 10일 헌법재판소에 이를 제출하고 법무부, 여성가족부, 대검찰청에도 의견을 발송하였습니다.

n번방 등 텔레그램 성착취 피해사건을 겪으며, 디지털 기술을 매개로 벌어지고 있는 아동·청소년에 대한 성착취 범죄에 대해 엄단하겠다는 의지로 비로소 개정된 이 사건 심판대상 법률조항에 대해 헌법재판소가 합헌 결정을 하도록 많은 분들이 관심과 의견을 보태어 주시기를 바라는 마음에 십대여성인권센터가 이례적으로 반박 의견서 전문을 공개하오니 언론 보도 등을 통해 공론화해주시고, 첨부된 의견서를 토대로 많은 논의가 진행될 수 있기를 바랍니다.

4. 십대여성인권센터 반박 의견서의 요지

- 1) 피고인과 피해자의 교제 관계가 우리 사회에서 통상적이라 할 수 있는 교제인 것인지, 아닌지를 판단하는 것은 사법의 영역이 아니며,
- 2) 대한민국 사회가 아동·청소년 성착취 범죄의 증가와 그 심각성에도 불구하고 이를 좌시하여 왔음을 반성하고 성범죄로부터 아동·청소년을 보호해야 할 필요가 있다는 사회적 합의를 도출하여 미성년자의제강간 연령 상향의 입법적 결단을 내린 점,
- 3) 유엔아동권리위원회 ‘대한민국 제5-6차 국가보고서 최종견해’에서 미성년자의제강간 피해 연령을 13세로 정한 것에 대해 심각한 우려를 표하고 미성년자의제강간 연령을 상향할 것을 강력히 권고하였던 점,
- 4) 역사적으로 성적 행위 동의능력이 인정되는 연령이 상향되고 있고, 대부분의 산업화된 나라들은 16세 이상을 의제강간의 기준연령으로 정하고 있는 점,
- 5) 미성년자의 뇌 발달 과정 및 심리적 특성에 따라 아동이 성인이 될 때까지 자신의 성을 건전하고 안전하게 탐색해 갈 수 있도록 교육·지도하고 아동이 성

적 대상으로 이용됨으로써 온전한 성적 발달이 해쳐지거나 왜곡되지 않도록 보호할 필요가 있는 점,

6) 대법원도 미성년자의제강간죄의 보호법익은 성적 자기결정권이 아닌 ‘아동이 외부로부터의 부적절한 성적 자극이나 물리력의 행사가 없는 상태에서 심리적 장애없이 성적 정체성 및 가치관을 형성할 권익’임을 명확히 실시하고 있는 점,

7) 13세 이상 16세 미만 아동·청소년 중 일부가 일정한 조건 하에서 성적 자기결정권을 행사할 수 있는 경우가 충분히 있을 수 있다고 하더라도 누구든지 이들을 성적 대상으로 삼아 건전한 성적 가치관의 형성이나 인격발달을 저해할 수 있는 것이고, 성적 자기결정권이라는 것이 아동의 온전하고 건강한 성적 발달과 성장을 기반으로 행사될 수 있는 것이라는 측면에서도 성적 대상이 된 아동·청소년을 피해자로 보호하기에 앞서 성적 자기결정권을 행사할 능력이 있었는지 여부를 고려해서 법적으로 보호할 대상인지를 개별적으로 판단하겠다는 제청법원의 주장은 미성년자의제강간죄의 입법 취지를 완전히 몰각시키는 것인 점,

8) 최근 미성년자의제강간 판결문 분석 결과 미성년자의제강간 연령 상향으로 인해 그동안 처벌조항 미비로 보호받지 못했던 아동·청소년들이 보호받게 된 것으로 보이는 점 등을 고려하면 이 사건 심판대상 법률조항은 헌법에 위반된다고 볼 수 없다는 내용으로 의견서를 제출하였고 헌법재판소의 결정을 예의주시하고 있는 상황입니다. 의견서의 목차는 아래와 같습니다. 많이 보도해주시고, 공론화해주시기를 부탁드립니다. 고맙습니다. <끝>

목 차

1. 의견서 제출 경위
 2. 이 사건 심판대상 법률조항
 3. 제청법원 위헌 주장의 요지
 4. 이 사건 법률조항의 위헌 주장에 대한 의견
- 가. 의제강간 기준연령 상향 이유
- 나. 유엔아동권리협약 및 유엔 아동권리위원회 ‘대한민국 제5-6차 국가보고서 최종견해’

- 1) 유엔아동권리협약
 - 2) 유엔 아동권리위원회 ‘대한민국 제5-6차 국가보고서 최종전해’
- 다. 의제강간 연령의 역사적 발전
- 라. 13세 이상 16세 미만 아동·청소년의 성장과 발달과정
- 1) 뇌 과학 발달의 관점
 - 2) 청소년기의 심리적 특성
 - 3) 아동·청소년의 성적 자기결정능력
- 마. 미성년자의제강간죄의 보호법익
- 바. 연령 기준의 설정의 필요성
- 사. 미성년자의제강간죄 판결 분석
- 1) 최근 3년간 미성년자의제강간 피해자 연령 분포
 - 2) 미성년자의제강간 가해자·피해자 접촉 경로
- 아. 소결
5. 결 론

* **십대여성인권센터**는 아동·청소년을 대상으로 한 성착취(성매매 등) 피해 지원을 위한 상담과 통합지원서비스 제공, 온·오프라인 아웃리치, 아동·청소년/사이버/성착취(성매매 등) 관련 이슈 생산과 연대활동, 아동·청소년 성착취(성매매 등) 방지를 위한 아시아 네트워크 구축과 국제연대 등 성인권 향상을 위해 활동하는 기관입니다. 현재 서울시와 여성가족부로부터 아동·청소년 성매매피해상담소와 서울 성착취 피해 아동·청소년 통합지원센터를 수탁·운영하고 있습니다.

십 대 여 성 인 권 센 터

위헌제청에 대한 의견서

사 건 [REDACTED] 형법 제305조 제2항 위헌제청
제 청 법 원 대구지방법원 제11형사부
당 해 사 건 [REDACTED] 미성년자의제강간
이해 관계인 삼대여성인권센터

이해관계인의 법률대리인

변호사 차민정, 김영주

김수현, 김병희

김현아, 박숙란

배수진, 서순성

이기연, 이시정

추선희, 최석봉

최은미, 한 욱

황인형

헌법재판소 귀중



서울시 영등포구 당산로38길 9-1, 은혜빌딩 6층

Tel. 02-6348-1318, www.teen-up.com

위헌제청에 대한 의견서

사 건 [REDACTED] 형법 제305조 제2항 위헌제청

제 청 법 원 대구지방법원 제11형사부

당 해 사 건 [REDACTED] 미성년자의제강간

이해 관계인 십대여성인권센터

서울 영등포구 당산로38길 9-1, 6,7층(당산동, 은혜빌딩)

대표자 조진경

전화: 02-6348-1318, 팩스: 02-2690-1255

위 사건에 관하여 이해관계인은 다음과 같이 의견을 개진합니다.

다 음

1. 의견서 제출 경위

피고인(19세 2개월)은 [REDACTED] 채팅방에서 피해자(15세)를 추천 친구로 알게 된 후 연락하고 지내면서 피해자가 16세인 중학생인 것을 알게

되었고, [redacted] 10.경 처음 만나게 된 후 [redacted] 15.경부터 피해자와 사귀기로 한 후 [redacted] 28. 모텔에서 성관계 함으로써 피해자를 간음하여 형법(2020. 5. 19. 법률 제17265호로 개정된 것) 제305조 제2항 위반으로 기소되어 대구지방법원 제11형사부에서 재판이 진행 중입니다.

십대여성인권센터는 십대·여성·사이버 성착취 피해지원과 성인권 향상을 위해 활동하는 비영리민간단체로서 서울시와 여성가족부로부터 아동·청소년 성매매 피해 상담소와 서울 성착취 피해 아동·청소년 통합지원센터를 수탁·운영하고 있는 바, 이 사건 심판대상 법률조항이 헌법에 위배되지 아니함을 주장하기 위해 본 의견서를 제출합니다.

2. 이 사건 심판대상 법률조항

형법(2020. 5. 19. 법률 제17265호로 개정된 것)

제305조(미성년자에 대한 간음, 추행)

② 13세 이상 16세 미만의 사람에 대하여 간음 또는 추행을 한 19세 이상의 자는 제297조¹, 제297조의2, 제298조, 제301조 또는 제301조의2의 예에 의한다.

¹ 제297조(강간) 폭행 또는 협박으로 사람을 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

3. 제청법원 위헌 주장의 요지

제청법원은 이 사건 심판대상 법률조항(이하 ‘이 사건 법률조항’ 이라고 합니다)의 입법 취지는 ‘정신적·육체적으로 아직 성적 자기결정권의 의미를 제대로 알지 못하는 13세 이상 16세 미만의 미성년자가 성범죄로 인하여 성적 자기결정권이 침해되는 것을 막기 위한 것’ 이므로 입법 목적의 정당성은 인정되나 13세 이상 16세 미만 미성년자의 경우에 그 지적·신체적·정신적·인격적 성숙도가 과거와 달리 상당한 수준에 이르러 일정한 조건 하에서는 성적 자기결정권을 행사할 수 있는 경우가 충분히 있을 수 있는데도 13세 이상 16세 미만의 미성년자가 성범죄로 인하여 성적 자기결정권이 침해되는 것을 막기 위하여, 13세 미만의 미성년자와 같이 그들이 성적 자기결정권을 실질적으로 행사할 수 없는 것으로 단정하고 이들을 보호의 대상으로 간주하고 있는 바, 이러한 사고는 지나치게 국가 후견적이고, 청소년의 성 의식 및 인권의식 변화에 따른 이성 교제의 보편화 현상과도 부합하지 않으며, 이를 전제로 미성년자와 간음한 19세 이상의 자를 모두 처벌하려는 이 사건 법률조항은 국가형벌권의 과도한 행사를 초래해 수단의 적절성 또는 침해의 최소성을 갖추지 못하였고 법익의 균형성도 갖추지 못하였다고 주장합니다.

4. 이 사건 법률조항의 위헌 주장에 대한 의견

다음과 같이, 이 사건 법률조항의 신설 이유, 유엔아동권리협약 및 유엔 아동권리위원회 ‘대한민국 제5-6차 국가보고서 최종견해’, 미성년자 뇌 과학 발달 관점 및 청소년기의 심리적 특성과 성적 자기결정능력, 미성년자의제강간죄의 보호법익, 미성년자의제강간 최근 판결, 해외 입법례 등을 고려할 때 이 사건 법률조항은 헌법에 위배된다고 볼 수 없습니다.

가. 의제강간 기준연령 상향 이유

이 사건 법률조항 개정 이전 형법상 의제강간·강제추행죄에서 13세 미만 기준은 1951년 정부 형법 초안과 1953년 제정 형법부터 규정되었고, 1953년 형법에 처음 도입된 이래 67년 동안 단 한 차례도 개정된 적이 없었습니다.

그러나 의제강간 연령을 높이고자 하는 법적인 시도들은 계속되어 왔습니다. 2010년 주광덕 의원 대표발의로 제안된 “형법 일부개정법률안”은 “미성년자의 연령에 따라 13세 미만의 경우 무조건적 보호, 13세 이상 16세 미만의 경우 신뢰관계를 기초로 한 지위를 이용하였다는 증명 없이 그러한 신뢰관계에 있는 자와의 성관계로부터 보호, 16세 이상 19세 미만의 경우 신뢰관계에 의한 지위를 이

용하였다는 증거가 되는 경우 그러한 신뢰관계 있는 자와의 성관계로부터 보호” 할 것을 제안했습니다.

2012년 9월 조경태 의원이 대표 발의한 “형법 일부개정법률안”에서는 “13세 이상 미성년자도 성적 자기결정권의 보호가 필요하므로 16세로 상향 조정하고, 가해자가 신뢰관계에 있을 경우에는 19세 미만까지로 의제강간 연령을 상향 조정할 것”을 제안했습니다. 같은 해 10월 권성동 의원이 대표 발의한 “성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안”은 “의제강간 연령을 16세 미만으로 할 것”을 제안했습니다.

이후 2015년 12월, 남인순 의원 대표 발의로 “13세 이상 16세 미만의 사람에 대해 19세 이상의 사람이 간음 혹은 추행을 한 경우에도 미성년자의제강간으로 처벌하도록 함으로써 미성년자의 성적 자기결정권을 보장하고, 성적 학대로부터 아동·청소년의 인권보호를 강화하고자” 하는 취지의 개정법률안이 제출되었습니다².

위와 같이 의제강간 연령을 상향하려는 시도가 이어져왔지만 위 개정이 계속해

² 정은경, 2016, 의제강간죄 연령 상향의 타당성에 대한 연구, 형사정책연구 제27권 제2호(통권 제106호), 7-8면

서 불발되어 온 이유는 제청법원이 위헌 주장의 근거로 삼고 있는 논리, 즉 의제강간 기준연령을 상향하는 것이 아동·청소년의 성적 자유나 성적 자기결정권을 침해하고, 단순 이성 교제마저 단속해 범죄자를 양산할 거란 우려 때문이었습니다.

그럼에도 불구하고 국회가 2020년 5월 19일 형법개정을 통해 이 사건 법률조항을 신설하기로 입법적 결단을 내린 결정적인 이유는 2001년 이후 13세에서 15세 미성년자 대상 성범죄가 빠르게 증가하여 왔고³, 2019년경 텔레그램을 이용한 성착취 사건 등 아동·청소년 대상 성착취 피해가 처참히 드러나면서 국민 대다수가 처벌의 공백을 인지하고 이러한 범죄를 예방하기 위해서 아동·청소년을 보호해야 할 필요가 절실하다는 데에 공감했기 때문입니다. 즉 미성년자의제강간 연령 상향은 아동·청소년을 성범죄로부터 보호해야 한다는 사회적 합의로 도출된 결과인 것입니다.

그런데도 제청법원은 13세 이상 16세 미만의 미성년자의 경우 성적 자기결정권을 행사할 수 있는 경우가 충분히 있을 수 있다는 이유만으로 이 사건 법률조항이 위헌이라고 주장하는 것인바, 이는 미성년자의제강간 기준연령을 상향하는 것

³ 정은경, 2016, 의제강간죄 연령 상향의 타당성에 대한 연구, 형사정책연구 제27권 제2호(통권 제106호), 10-12면

만이 아동·청소년의 성을 보호하기 위한 입법적 대책으로 요구될 수밖에 없는
지경에 이른 대한민국의 아동·청소년 대상 성착취 범죄의 실태를 전혀 고려하지
않은 주장이고, 아동·청소년 대상 성착취 범죄의 심각성을 묵도하고도 진일보
없이 처벌 대상이 확대되었으니 범죄자를 양산할 것이라는 허황된 우려에 근거한
논의를 되풀이하려는 것밖에 되지 않는 것입니다.

나. 유엔아동권리협약 및 유엔 아동권리위원회 ‘대한민국 제5-6차 국가보고서 최종견해’

1) 유엔아동권리협약

유엔아동권리협약(1989. 11. 20. 유엔총회에서 채택, 1990. 10. 2.부터 국제법으로
서 효력 발생) 전문은 「아동권리선언이 명시하는 바와 같이 “아동은 신체적·
정신적으로 미성숙하므로 출생 전후 모두 적절한 법적 보호를 비롯해 특별한 보
호와 돌봄이 필요하다” 는 점에 유념하며」 다음과 같이 합의한다고 규정하고 있
습니다.

제1조 (아동의 정의)

당사국의 법에 따라 성년에 이르는 연령이 더 빠르지 않는 한, 협약이 정하는
아동은 만 18세 미만의 모든 사람을 말한다.

제3조 (아동 최상의 이익)

① 공공·민간 사회복지기관, 법원, 행정당국, 입법기관 등은 아동에 관한 모든 활동에 있어 아동 최상의 이익을 최우선적으로 고려해야 한다.

제4조 (권리 이행을 위한 국가의 의무)

당사국은 이 협약이 명시한 권리의 이행을 위해 모든 적절한 입법적·행정적, 기타 조치를 취해야 한다. 경제적·사회적 및 문화적 권리 보장을 위해 당사국은 가능한 모든 자원을 활용해야 하며, 필요한 경우 이를 국제협력의 관점에서 시행해야 한다.

제34조 (성 착취로부터의 보호)

당사국은 모든 형태의 성 착취와 성 학대로부터 아동을 보호할 의무를 진다. 이 목적을 위해 당사국은 특히 다음의 사항을 방지하기 위해 모든 적절한 국내적 양국간 다국간 조치를 모두 취해야 한다.

1. 모든 형태의 불법적인 성적 활동에 관여하도록 아동을 유인하거나 강요하는 행위
2. 성매매나 기타 불법적인 성적 활동에 아동을 착취하는 행위
3. 음란한 공연 및 그 소재로 아동을 착취하는 행위

따라서 대한민국은 유엔아동권리협약 당사국으로서 모든 형태의 성 착취와 성 학대로부터 아동 즉, 만 18세 미만의 모든 사람을 보호할 의무가 있습니다. 해외 입법례를 살펴보더라도 만 18세 미만의 아동·청소년을 철저히 ‘성착취 피해자’로 간주하고 있습니다.

2) 유엔 아동권리위원회 ‘대한민국 제5-6차 국가보고서 최종견해’

그럼에도 2020년 이전까지 대한민국은 미성년자의제강간 기준연령을 만 13세 미만으로 유지하고, 만 13세 이상 만 18세 미만의 아동·청소년에 대하여는 특정 성행위를 할 것인지 말 것인지를 스스로 선택했는지, 그렇지 않은지에 대한 판단만으로 유무죄를 다투도록 함으로써 성착취와 성적 학대로부터 아동·청소년을 전혀 보호하고 있지 않았습니다.

이에 십대여성인권센터를 비롯한 여성·시민·사회·아동·청소년지원 단체들은 텔레그램 성착취 사건이 발생하기 훨씬 이전부터 아동·청소년의 보호 측면에서 지속적으로 정부와 국회에 미성년자의제강간 기준연령을 상향해야 한다고 요구해왔고, 유엔아동권리협약 대한민국 제5-6차 국가보고서에도 미성년자의제강간 죄의 기준연령에 관한 내용이 포함되었습니다.

유엔 아동권리위원회(CRC)는 심의를 거쳐 ‘대한민국 제5-6차 국가보고서에 대한 최종견해⁴’에서 ‘만 13세 이상인 아동은 동의 능력 있다고 간주되어, 성적 착취 및 성적 학대로부터 보호받지 못하는 점’에 대해 심각한 우려를 표했고

⁴ 제82차 회기(2019년 9월 9-27)에서 채택되었습니다.

(28.(b)), ‘미성년자의제강간 연령을 상향할 것’ 을 강력히 권고하였습니다(29.(c)).

즉 2020년 5월 19일 미성년자의제강간 기준연령이 만 13세에서 만 16세로 상향된 것은 그동안 입법적 미비로 인해 발생해 온 아동·청소년 대상 성착취 범죄의 심각한 실태를 바탕으로 대한민국 사회에 지속적으로 요구돼 왔던 이슈이자 대한민국 제5-6차 국가보고서 심의에 따른 최종견해로서 유엔 CRC의 강력한 권고에 따른 결과였다고 할 것입니다.

다. 의제강간 연령의 역사적 발전

역사적으로 성적 행위 동의능력이 인정되는 연령은 사회적으로 승인된 결혼 적령기의 시점과 대체로 일치했습니다⁵. 대한민국은 민법상 18세를 혼인 적령기로 규정하고 있습니다(민법 제807조).

법에서 의제강간에 대한 기준연령을 표기한 것은 1275년 영국 에드워드 1세의 법령(Statute of Westminster 1, 3 Edw.1, c.13)으로 동의 여부와 상관없이 12세 이하의 어린 여자와 관련이 있는 성적 행위를 처벌한다는 내용이었습니다. 19세기

⁵ 김한균, 2013, 형법상 의제강간죄의 연령기준과 아동·청소년의 성보호, 116-117면

중반 여성운동은 여아의 성보호를 강화함으로써 아동매춘의 위험성을 줄일 수 있다고 보았고, 1885년 런던 하이드공원에서 의제강간죄의 최저연령기준을 16세로 상향하는 입법청원 집회에 25만 명이 참가한 결과 1885년 영국 형법 개정법(Criminal Law Amendment Act)은 의제강간죄의 최저연령기준을 13세에서 16세로 개정되었습니다⁶. 나아가 영국 정부와 의회는 2000년대 초부터 ‘아동 성매매’ 라는 용어를 ‘아동 착취(child exploitation)’ 로 교체하여 왔습니다⁷.

영국법의 규정은 미국으로 계수되어 전국 초기 미국형법에서 최저연령기준은 10세로 규정되었으나 19세기부터 20세기까지 최저연령이 상향 조정되어 주에 따라 16세에서 18세까지로 규정하고 있습니다⁸.

의제강간 기준연령이 발전하여 변화한 과정을 살펴보면 그 연령이 12세에서 시작하여 시간이 더할수록 높아지고 있는 것을 알 수 있습니다. 산업화 이후 사회 생활을 본격적으로 시작하면서 가족 기능이 약화된 아동·청소년의 수가 증가하였고, 바깥 활동이 활발해지면서 이들의 성적인 활동 역시 자유로워지자 이들의 성을 이제는 사회가 적극적으로 보호해야 한다는 각성의 목소리가 높아지게 되어

⁶ 이정민, 2019, 아동·청소년 성보호를 위한 연령조정 방안연구, 한국청소년정책연구원, 연구보고 19-R53, 23면

⁷ 국회의원 Ann Coffey MP의 연설, Banishing the term “child prostitute”, Second Reading of the Serious Crime Bill, 5 January 2015

⁸ 김한균, 2013, 형법상 의제강간죄의 연령기준과 아동·청소년의 성보호, 112, 116면

은 것입니다. 이에 대부분의 산업화된 나라들은 16세 이상을 의제강간의 기준연령으로 정하고 있습니다.

그럼에도 제청법원은 ‘이성 교제의 보편화 현상’ 을 들어 13세 이상 16세 미만 미성년자의 경우에 자기 책임 하에 상대방을 선택하고 성관계를 가질 권리를 행사하고 있다고 하는 것이나 위와 같은 역사적 과정에 비추어 보더라도 각 국가는 아동·청소년의 성적인 활동이 자유로워지는 때에 적극적으로 나서 아동·청소년을 보호해 왔고, 그러한 측면에서 미성년자의제강간 기준연령 상황은 시대적 상황, 국민 일반의 가치관 내지 법 감정, 그리고 범죄예방을 위한 형사정책적 측면 등 여러가지 요소를 종합적으로 고려하여 그 필요에 의해 결정된 사항이라고 할 것입니다.

라. 13세 이상 16세 미만 아동·청소년의 성장과 발달과정

1) 뇌 과학 발달의 관점

청소년의 뇌는 미성숙한 상태로 성인 수준의 책임능력, 의사결정능력, 성적 자기결정권을 판단할 능력이 부족하고, 성인이 될 때까지 계속하여 자라는 과정에 있으므로 어떤 행위의 의미가 무엇이고 그 결과가 어떠한지, 또는 그 결과나 책

임을 감당할 수 있는지, 감당할 것인지 등에 관한 온전한 판단을 하기가 쉽지 않고 실수를 반복하며 이를 배워 나가게 됩니다. 다음은 「김희정, 청소년기의 특성을 고려한 청소년과의 ‘합의’에 의한 성관계의 강간죄 처벌에 관한 고찰」에서 발췌한 내용입니다.

수천억 개의 뉴런들이 수천조의 전달구조로 연결된 뇌는 아동기를 거치면서 발생학적 변화를 거치는데, 피질 뇌 영역들은 아동기와 사춘기를 거쳐서 발달한다. 인간의 뇌는 아동기와 청소년기를 지나며 뇌의 부피나 크기는 성인의 것과 비슷한 수준으로 성장하나 성인의 수준의 인지능력, 판단능력 그리고 의사결정 처리영역은 상대적으로 낮다. 이는 뇌가 물리적 크기의 성장은 이루어진다고 하더라도 뇌 안에서 일어나는 푸룬닝(pruning)과 마이엘린화(myelination) 과정을 통해야 완전한 뇌의 성장이 이루어지기 때문이다.

푸룬닝이란 회백질층(gray matter)의 다듬는 과정을 말하며 푸룬닝 과정을 통해 회백질이 얇아지고 같은 부위에 백질(white matter)이 증가한다. 청소년기를 지나면서 백질이 증가하게 되는데 이런 푸룬닝 과정을 통해 정보를 처리하고 합리적 의사결정을 하는 뇌의 능력이 강화된다.

청소년기의 푸룬닝은 고차원적인 기능을 담당할 수 있도록 뇌 전체를 재구성하는 과정이다. 이와 달리 백질은 아동기부터 청소년기까지 지속적으로 증가하고 40~50대에 최고조에 이르렀다가 이후 점진적으로 감소한다. 백질의 발달도 회백질과 마찬가지로 뇌 하부영역에 따라 차이가 있는데 청소년기의 백질의 발

달은 전두엽, 두정엽 부위에서 일어난다. 청소년기에 백질 용적의 증가와 더불어 백질의 미세구조도 변화를 겪게 되는데 청소년기에 분할비등방성 값이 증가하게 되고 이는 뇌 구조 간 정보교환이 효율적인 방식으로 이루어지게 된다. 따라서 청소년기에 이루어지는 백질의 발달은 다양한 뇌회로가 효율적으로 움직이도록 하고, 특히 전두엽과 다른 피질영역 혹은 피질하영역과의 정보교환이 보다 간략하고 원활하게 이루어지게 한다.

인간의 뇌의 신경 통로는 정보를 전달하기 위해 마이엘린이라고 불리는 흰색 전열체로 덮여 있는데 마이엘린화란 감정처리에 영향을 주는 뇌의 서로 다른 부분의 커뮤니케이션의 속도와 안정성을 향상시켜주는 과정을 말한다. 청소년기의 뇌는 성인기까지 푸른뇌와 마이엘린화와 같은 과정을 거치면서 위험을 판단하고 충동을 억제시키는 기능을 향상시킨다. 일반적으로 인간의 뇌는 인간의 기본적 생활과 감각인지능력을 다루는 부분이 일찍 성숙되는 반면, 의사결정능력, 위험인지능력, 감정 조절과 수치심을 유발시키는 감정을 다루는 부분은 성장 속도가 다른 부분에 비해 느린 편이다. 인간의 뇌의 전두엽 안의 전두엽 대뇌피질은 인지능력을 조절하는 시스템 중 하나로 감정의 조절과 계획을 세우는 일련의 활동과 관련이 있어 인간의 합리적 의사결정능력을 담당하고 있는 부분이라고 할 수 있다.

하지만 청소년의 전두대뇌피질은 미성숙하여 편도체에 비해 전두대뇌피질의 능력이 떨어져 전두피질로 의한 의사결정보다는 편도체에 의한 의사결정에 훨씬 더 많이 의존한다는 연구 보고가 있다. 즉, 성인은 보통 의사결정, 상황판단이 전두엽에 의해 이루어지는 반면에 청소년의 경우 편도체에서 그 기능을 맡고 있어 편도체가 청소년의 감성적 판단이나 행동에 영향을 많이 준다고 한다. MRI같은 뇌영상 자료에 따르면 뇌의 성숙은 18세 넘어서까지 진행되며, 충동억

제, 판단능력, 미래에 대한 계획, 행위 결과에 대한 판단을 다루는 전두엽 등의 뇌영역의 발달은 20대 초반까지 진행된다고 한다.

청소년의 뇌는 푸른뇌와 마이엘린화를 거치면서 완전히 성장하게 되고, 이런 뇌의 발달과정 동안 청소년의 뇌는 불안정하며 이로 인해 사물변별능력과 의사결정능력이 부족하고, 감정기복이 성인에 비해 심하고 충동적으로 행동하는 경향이 강하며 자극추구성향⁹이 강해 위험을 감수한 행위를 자주하고 위험한 행동 후 긍정적으로 예상하는 성향이 성인에 비해 높다는 것이 연구 결과로도 드러납니다.

그렇다면 13세 이상 16세 미만의 아동·청소년의 경우에도 뇌의 미발달된 전두엽 피질로 인하여 장기적인 행위의 결과에 대해서 예측하거나 고려하지 못하고 충동적인 행위를 행할 수 있다고 보는 것이 타당하며 이러한 주장은 과학적 근거에 기반한 것입니다.

우리 사회는 그들의 사물변별능력과 의사결정능력이 제대로 작동하지 못하기 때문에 아동·청소년을 법적으로 보호하기 위하여 18세 미만의 경우 미성년자로 구분하여 법률상 행위능력을 제한하고 있으며, 동일한 이유로 스스로 결혼을 결

⁹ 자극추구성향이란 신체적, 사회적, 법적, 그리고 경제적 위험을 감수하면서까지 다양하고 신기한 그리고 복잡하고 강한 자극이나 경험을 추구하는 욕구를 의미한다.

정할 능력이 없다고 보고 있는데 성적 자기결정권만 온전히 행사하기에 충분하다고 보는 제청법원의 주장은 납득할 수 없습니다.

기실 제청법원의 주장처럼, 13세 이상 16세 미만 미성년자의 경우에 그 지적·신체적·정신적·인격적 성숙도가 과거와 달리 상당한 수준에 이르러 일정한 조건 하에서는 성적 자기결정권을 행사할 수 있는 경우가 충분히 있을 수 있다는 주장이 맞다고 한다면, 과연 제청법원은 법정결혼연령, 운전가능연령, 선거권, 피선거권 행사연령 등 연령이 제한되는 다른 사안에 대해서도 동일한 논리를 적용하여 13세 이상 16세 미만의 미성년자의 경우 일정한 조건 하에 위와 같은 권리를 행사할 수 있도록 해야 함이 옳다고 주장을 할 수 있을지 의문을 가지지 않을 수 없습니다.

2) 청소년기의 심리적 특성

청소년기의 특성과 관련된 연구들을 보면, 청소년은 성인과 다른 심리적, 정서적인 차이를 보입니다. 한 발달심리의 연구결과에 따르면¹⁰, 인지적 발달은 정보

¹⁰ Laurence Steinberg & Elizabeth S. Scott, Less Guilty by Reason of Adolescence: Developmental Immaturity, Diminished Responsibility and the Juvenile Death Penalty, 58 AM. PSYCHOLOGIST, 1009, p.1012(2013).

를 처리하는 능력과 그 정보를 토대로 한 판단이나 논리와 관련이 있고, 심리적 발달은 의사결정에 영향을 주는 감정적, 사회적 요소와 관련이 있다고 합니다. 이러한 인지적·심리적 발달단계가 동일하지는 않는데, 일반적으로 인지조절능력은 16세 정도에 이르면 일정수준에 머무르게 되나, 심리적 발달은 청소년기 내내 꾸준히 성장합니다.

그러므로 16세 이후의 청소년기의 인지능력이 성인의 그것과 거의 비슷하다 하더라도 심리적 부분이 성인과는 다르며, 감정적 부분이 의사결정에 많은 영향을 줄 수 있습니다. 이와 같은 사유로 청소년기에는 자신에게 다가올 피해가 크고 그로 인한 책임이 자신들이 감당하기 힘들만큼 크다는 것을 알고 있음에도 불구하고 강제적 협박 내지 압박에 의해 원치 않는 행위를 하기로 결심하기도 합니다.

더 나아가 간접적으로는 직접적인 강요가 없었음에도 불구하고 청소년은 자신의 인정을 받고 싶은 욕구와 영웅심리 또는 집단에서 거부되기 두려워 자신의 의사와 반하는 행위를 하거나 자신의 의사를 판단할 정신적 상태를 가지지 못한 채 행위를 결정하기도 합니다. 위헌제청결정문에 인용된 조선일보 2022. 3. 7.자 기사에서도 ‘요즘 10대에게 성 경험은 익숙한 일이고, 친구들과 사이에서 성 경험 여부가 하나의 ‘라벨’ 처럼 여겨져, ‘인사이드’ 와 ‘아웃사이드’ 를 나누는 기

준이 되기도 한다' 는 것을 지적하고 있습니다. 이런 청소년기의 또래 집단이 가지는 파워나 스트레스 등이 아동·청소년의 결정에 미치는 영향을 고려할 때, 13세 이상 16세 미만의 아동·청소년 역시 스스로 자신의 행위 위험을 평가하기에 부족하고 축적된 경험이 많을 수록 풍부하게 연상할 수 있는 미래지향적 사고를 하기란 매우 어려울 수밖에 없을 것입니다.

청소년과 성인은 자신의 행위에 대한 향후 책임에 대한 평가가 서로 다를 수밖에 없습니다. 청소년들이 미래를 예측하고 그들의 행동에 의한 장래를 판단하는 능력의 부족은 바로 청소년과 성인을 구별 짓는 차이점이라 할 것이며 이런 청소년기의 특성을 고려하여 청소년의 성적 자기결정권을 보호해야 할 필요성이 충분합니다¹¹.

3) 아동·청소년의 성적 자기결정능력

재청법원은 당해 사건 피해자가 법정에서 아동·청소년으로서 스스로가 행사한 성적 자기결정권을 존중해 달라고 주장한 것이 아님에도 되려 피고인을 처벌하는 것이 피해자의 성적 자기결정권을 침해하는 것이라는 모순적인 논리로 아동·청

¹¹ 김희정, 2020, 미국의 의제장간 법제도에 관한 개관, 형사법의 신동향 통권 제68호, 372-374면

소년에게도 성적 자기결정능력이 있을 수 있다는 주장을 하고 있는 바, 이는 아동·청소년을 대상으로 성범죄를 저지르는 피고인들이 면죄부를 받기 위해 전형적으로 하는 변명을 제청법원이 그대로 수용하고 있는 것입니다.

앞서 살펴본 바와 같이 아동·청소년은 뇌가 계속 자라고 완성되면서 자신의 행동을 조절하고 결과를 책임질 수 있게 되며 성 발달 과정에서도 장차 상대방과의 관계를 성숙하고 행복하게 영위해 나갈 수 있는 신체적, 정신적, 관계적 역량을 발전시키고 성장시키는 배움의 과정들이 성년에 이르기까지 계속 필요합니다.

그러한 과정과 단계에서 발달 수준에 맞게 아동의 자기 결정과 의사는 존중되어야 하며, 국가나 사회의 역할은 아동이 자신의 성을 건전하고 안전하게 탐색해 갈 수 있도록 교육·지도하고 아동이 성적 대상으로 이용됨으로써 온전한 성적 발달이 해쳐지거나 왜곡되지 않도록 보호하는 것입니다.

아동·청소년이 성적 자기결정능력을 갖추었다고 보기 위해서는 성적 행동들을 이해할 수 있어야 하고, 그와 같은 행위가 자신의 상황에서 의미하는 바가 무엇인지 그리고 그것의 유익성 혹은 무익성, 그리고 해로움이 무엇인지에 대해 평가하고 판단할 수 있어야 합니다. 그러나 아동·청소년이 성범죄에 맞닥뜨리는 상황에서는 자신의 의사를 명확하게 표시하지 못하는 경우가 많으며, 그루밍이라는

과정을 거치면서 억압적이고 폭력적인 상황에 대한 인식도 불분명하다는 사실이 많은 연구에서 밝혀지고 있습니다¹².

또한 한국청소년정책연구원은 2019년 연구과정에서 의제강간 기준연령 설정과 주로 관련이 되는 아동·청소년의 성적 자기결정능력을 확인하고자 설문조사를 실시하였는데¹³, 그 결과에 의하더라도 아동·청소년의 경우 남녀 모두 만 15세 이상은 되어야 성적 자기결정능력을 제대로 발휘할 수 있는 것으로 확인되었습니다¹⁴.

그럼에도 제청법원은 이성 교제가 보편화 되고 있는 현상을 볼 때 13세 이상 16세 미만의 미성년자의 경우 스스로 내린 성적 결정에 따라 상대방을 선택하고 있으니 성적 자기결정권을 실질적으로 행사할 수 있다는 것인데, 제청법원이 제시한 질병관리본부의 조사 결과에 따르더라도 성관계를 경험한 10대의 비율은 전체의 5.3%에 불과하여 극소수이고, 이성 교제를 하겠다는 결정이 동시에 그 상대

¹² 이정민, 2019, 아동·청소년 성보호를 위한 연령조정 방안연구, 한국청소년정책연구원 연구보고 19-R53, 31-32면

¹³ UNESCO 2018 성교육 지침을 바탕으로 설문 문항을 제작, 아동·청소년의 성적 자기 결정 능력을 평가하기 위한 측정 도구를 개발한 후 아동·청소년의 성과 관련된 현장 전문가(학교 소속 담임교사, 성교육 및 성 상담 교사, 사회단체 소속의 성교육 및 성 상담 전문가) 200여 명을 대상으로 우리나라 아동·청소년이 해당 문항의 내용에 대해 충분히 인지하고 그들의 삶에서 실천할 수 있는 연령을 추정하였습니다(이정민, 2019, 아동·청소년 성보호를 위한 연령조정 방안연구, 한국청소년정책연구원 연구보고 19-R53, 143면).

¹⁴ 이정민, 2019, 아동·청소년 성보호를 위한 연령조정 방안연구, 한국청소년정책연구원 연구보고 19-R53, 국문초록

방과 성관계를 하겠다는 의사표시가 아닌 것처럼 아동·청소년이 이성 교제를 하는 것과 스스로의 결정에 따라 성관계를 가질 권리를 행사할 수 있는 능력이 있는지의 문제는 다른 차원의 논의로써 이성 교제를 시작하게 되는 연령이 과거에 비해 낮아졌다는 하나의 현상으로 이 사건 법률조항이 위헌이라는 것은 납득하기 어렵습니다.

또한, 어린 나이에 이성 교제를 경험한 미성년자들이 겪는 이성 친구와의 갈등을 보면 성관계에 대한 호소가 많다고 하며(뉴스1 2013. 6. 23.자 기사, “청소년 절반 이성 교제, 성관계·성범죄 노출”), 그 내용이 ‘상대방의 지나친 성관계 요구’, ‘사랑이 없는 성관계’, ‘관계를 유지하기 위해 어쩔 수 없이 성관계를 갖는 문제’, ‘임신과 성병 문제’ 등이라는 것인 바, 이성 교제를 시작하게 되는 연령이 낮아짐에 따라 지적 능력 등의 수준이 미비한 아동·청소년들이 또래 이성 관계에서도 상대방의 지나친 성관계 요구 등에 자신의 의사를 명확하게 표시하지 못하는 등의 어려움을 겪고 있는 상황임에도 재청법원은 미성년자의 지적·신체적·정신적·인격적 성숙도 등의 수준이 상향됨에 따라 이성 교제가 보편화된 것처럼 이를 연관지어 설명하는 오류를 범하고 있습니다.

당해 사건 피고인을 비롯하여 아동·청소년을 성착취 대상으로 삼는 범죄자들은 범행 당시 그 대상이 된 아동·청소년의 연령과 발달 과정을 고려하여 온전히

성적 자기결정권을 행사할 수 있는지를 판단할 능력도, 권한도 없습니다. 그런데 이들이 단지 법정에서 범행의 대상이 된 아동·청소년이 성적 자기결정권을 행사할 수 있는 능력이 있었다고 주장함에 따라 법원이 이를 사후적으로 판단하여 피고인의 처벌 여부를 결정하겠다는 것은 허용되어서는 안 되는 것입니다.

마. 미성년자의제강간죄의 보호법익

현행 형사법체계에서 강간 등 성범죄는 피해자의 성적 자기결정권을 주된 보호법익으로 삼고 있고, 제청법원은 위 관점에서 형법 제305조 미성년자의제강간죄의 보호법익도 아동·청소년의 성적 자기결정권이라는 전제로 위헌을 주장하고 있습니다.

그러나 형법 제305조 미성년자의제강간죄의 보호법익은 ‘성적 자기결정권’이 아니라 ‘13세 미만의 아동이 외부로부터의 부적절한 성적 자극이나 물리력의 행사가 없는 상태에서 심리적 장애없이 성적 정체성 및 가치관을 형성할 권익’입니다(대법원 2006. 1. 13. 선고 2005도6791 판결).

위와 같이 이미 대법원은 미성년자의제강간죄의 보호법익이 단순히 ‘자기결정’, 그것도 단지 ‘지금 성관계를 할 것이냐, 말 것이냐’에 대한 아동·청소년

의 의사결정권을 보호하겠다는 것이 아님을 명시적으로 판시한 바 있으며, 최근 아동복지법위반 사건에서도 같은 맥락에서 “아동복지법상 금지되는 ‘성적 학대 행위’는 아동에게 성적 수치심을 주는 성희롱 등의 행위로서 아동의 건강·복지를 해치거나 정상적 발달을 저해할 수 있는 성적 폭력 또는 가혹행위를 의미하고, 이는 ‘음란한 행위를 시키는 행위’와는 별개의 행위로서, 성폭행의 정도에 이르지 아니한 성적 행위도 그것이 성적 도의관념에 어긋나고 아동의 건전한 성적 가치관 형성 등 완전하고 조화로운 인격발달을 현저하게 저해할 우려가 있는 행위이면 이에 포함한다고 봄이 타당하다”고 판시하였습니다(대법원 2017. 6. 15. 선고 2017도3448 판결).

즉 미성년자의제강간죄를 처벌함으로써 성년에 이르기 전까지 성장과 발달과정에 있는 아동·청소년이 외부로부터의 부적절한 성적 자극 등에 의해 온전한 성 발달과 성적 가치관 형성이 저해되지 않도록 보호하겠다는 것입니다.

제청법원은 아동·청소년이 일정한 조건 하에서 성적 자기결정권을 행사할 수 있는 경우가 충분히 있을 수 있음에도 미성년자의제강간죄를 처벌함으로써 마치 위 법률이 아동·청소년의 성적 자기결정권을 침해하는 것처럼 주장하나 앞서 살펴본 바와 같이 아동의 성과 관련한 형벌법규들은 아동의 성적 자유를 보호하기 위한 것이 아니라 아동의 온전하고 건강한 성적 발달과 성장을 보호하기 위한 것

23 / 33

이고, 성적 자기결정권이라는 것이 온전한 발달과 성장을 기반으로 행사될 수 있는 것이라는 측면에서 보더라도 미성년자의제강간 기준연령을 상향하는 것이 결코 아동의 성적 자기결정권과 배치되지 않는 것입니다.

더욱이 연령과 발달 수준을 기초로 만 13세 이상 만 16세 미만 아동·청소년 중 일부가 일정한 조건 하에서 성적 자기결정권을 행사할 수 있는 경우가 충분히 있을 수 있다고 하더라도 누구든지 이들을 성적 대상으로 삼아 건전한 성적 가치관 형성이나 인격발달을 저해할 수 있는 것이고, 그렇기 때문에 아동·청소년을 보호하겠다는 것이 입법 목적이므로 성적 대상이 된 아동·청소년을 피해자로 보호하기에 앞서 성적 자기결정권을 행사할 능력이 있는지 여부를 고려해서 해당 아동·청소년이 법적으로 보호할 대상인지를 개별적으로 판단하겠다는 제청법원은 논리는 아동·청소년을 성범죄로부터 보호하겠다는 미성년자의제강간죄의 입법취지를 완전히 몰각시키는 것입니다.

바. 연령 기준의 설정의 필요성

제청법원은 가해자의 연령 기준으로 18세 12개월의 남학생은 성범죄를 저지르지 않은 것으로 평가되고, 19세 1개월의 남학생은 성범죄를 저지른 것으로 평가되는 것이 국민들로 하여금 이 사건 법률조항의 입법 및 그에 따른 법 해석·적

용이 자의적이라는 의심을 불러일으키게 하고, 그로써 입법 및 사법기관의 신뢰까지 떨어뜨릴 우려를 낳게 한다고 하였습니다.

그러나 일반성과 추상성을 특징으로 하는 법규범은 다양한 인간의 행위에 적용될 때 필연적으로 일정한 유형화가 필요하다는 측면에서 여러 사정을 고려하여 법에 특정 연령 기준을 두는 것 자체를 비판할 수는 없습니다.

나아가 제청법원은 미성년자의제강간죄를 적용함에 있어 16세 1개월의 여학생보다 15세 12개월 여학생의 지적·신체적·정신적·인격적 성숙도 등 수준이 높을 수 있음에도 16세 1개월의 여학생은 피해자로 보호받지 못하는 문제¹⁵는 외면하면서 우리 형법이 여러 법익을 고려하여 13세 이상 16세 미만의 사람에 대하여 간음한 19세 이상의 성인만 처벌하겠다는 명문의 규정을 두었음에도 이를 위반한 19세 1개월 성인의 행위가 18세 12개월 남학생이 저지른 행위와 다르지 않은데 이를 처벌하는 것이 자의적이라고 한 것은 입법자의 입법적 결단을 무시하는 처

15 십대여성인권센터는 2016년 사회적으로 크게 문제가 된 일명 '하은이' 사건을 지원했습니다(관련 기사 <https://www.nocutnews.co.kr/news/4591834>, [단독] 지적장애 13세 하은이, '성매매女' 낙인찍힌 사연).

이 사건의 경우 지적으로 7세 수준 밖에 되지 않았던 피해아동 '하은이'가 스마트폰을 통해 알게 된 총 6명의 성인에 의해 간음을 당했지만, 피해아동이 만 13세 2개월이 지나 의제강간 기준연령에 해당하지 않는다는 이유로 성폭력 피해가 인정되지 않았습니다. 결국 성매매사건으로 수사 되어 가해자들은 솜방망이 처벌을 받았고, 피해아동은 손해배상청구소송에서까지 위 피해를 인정받지 못했지만, 그때는 제청법원 등 그 어느 곳에서도 아무런 이의를 제기하지 않았습니다.

이에 십대여성인권센터는 이번 제청법원의 위헌제청을 보면서 성별에 따라 다른 감수성을 보이고 있는 법원의 편향된 젠더 감수성에 대해 매우 탄식할 수밖에 없는 것입니다.

사입니다.

사. 미성년자의제강간죄 판결 분석

서울대학교 언론정보연구소 SNU 팩트체크센터에서 시행한 미성년자의제강간죄 판결 분석 결과를 보면 다음과 같은 점을 확인할 수 있습니다.

1) 최근 3년간 미성년자의제강간 피해자 연령 분포

대법원 판결문 열람서비스를 통해 이 사건 법률조항 개정 이후 2021년부터 2023년 2월까지 최근 3년 간 유죄가 확정된 1심 판결문 451건, 피해자 473명을 대상으로 분석한 결과입니다.

최근 3년 간 미성년자의제강간죄 피해자 수가 크게 늘었습니다. 2020년 피해자가 30명(13세 미만 19명, 13세 이상 16세 미만 11명)에 불과했는데, 2021년에는 177명(13세 미만 47명, 13세 이상 16세 미만 130명)으로 전년보다 5.9배 증가했고, 2022년에는 295명(13세 미만 50명, 13세 이상 16세 미만 245명)으로 전년보다 66.7% 늘었습니다. 연도별로 13세 이상 16세 미만 피해자의 비율은 2021년에는 73.4%,

2022년에는 83.1%를 차지해 전년에 비해 비중이 더 커졌습니다¹⁶.

반면 가해자는 10대 뿐만 아니라 20대, 30대, 40대, 50대 이상 등 고루 분포되어 있다는 점에 비추어 볼 때 성인에 의한 미성년자 성범죄가 많은 부분을 차지하는 공식통계에서도 드러나는 것입니다.

주목해야 하는 지점은, 이 사건 법률조항 개정으로 미성년자의제강간죄 피해자 연령이 상향된 이후인 2021년부터 최근 3년 간 미성년자의제강간 피해자 연령을 13세를 기준으로 구분했을 때 13세 이상 16세 미만이 79.5%를 차지해 13세 미만보다 3.9배 많았다는 것입니다.

즉 미성년자의제강간 기준연령이 상향되어 처벌받게 되었음에도 13세 이상 16세 미만 피해자의 수가 증가하였다는 것인 바, 제대로 된 처벌도 이뤄지지 않고 있다는 반증입니다. 실제로 5년 치(2018년 3월 ~ 2023년 2월) 판결문 687건, 피고인 737명을 대상으로 분석한 미성년자의제강간 집행유예 선고 비율을 보면 70.5%가 집행유예를 선고받았고, 실형 선고 피고인 중 40.8%는 2심에서 집행유예 선고

¹⁶ <https://factcheck.snu.ac.kr/facts/show?id=4950>. 2023. 8. 22. 검색기준

를 받았습니다¹⁷.

그럼에도 제청법원은 이 사건 법률조항으로 보호하려는 13세 이상 16세 미만 미성년자의 성적 자기결정권이 중요한 법익임에는 틀림없다고 인정하면서 이 사건 법률조항으로 처벌받게 되는 사람들의 신체의 자유를 과도하게 제한하는 측면이 있어 법익의 균형성을 상실했다고 평가하는데, 범죄를 저질러 그에 상응하는 형벌을 받게 됨으로써 신체의 자유가 제한되는 것은 너무나 당연한 처사여서 이 사건 법률조항으로 보호하려는 법익과 비교할 가치도 없으며, 제청법원의 논리대로라면 13세 이상 16세 미만 아동·청소년을 보호하는 것보다 이들을 간음한 성인들을 처벌하지 않는 것이 더 중하다는 부당한 논리로 귀결될 수 없으므로 납득할 수 없는 것입니다.

2) 미성년자의제강간 가해자·피해자 접촉 경로

대법원 판결문 열람서비스를 통해 최근 5년 간(2018년 3월~2023년 2월) 미성년자의제강간죄 유죄 확정 판결을 받은 1심 판결문 534건에 대해 피해자 556명을 대상으로 분석한 결과입니다.

¹⁷ <https://factcheck.snu.ac.kr/facts/show?id=4946>, 2023. 8. 22. 검색기준

가해자와 피해자의 접촉 경로를 온라인, 오프라인, 알 수 없음으로 분류한 결과 ‘가해자를 애플리케이션이나 SNS 등 온라인으로 처음 알게 된 경우’가 400명으로 71.9%를 차지했고, 대면접촉은 104명으로 겨우 18.7%에 그쳤으며, 알 수 없음은 9.4%이었습니다. 오프라인 경로의 경우 104명 중 가족, 교사, 이웃 등 평소 주변에서 알고 지낸 사이가 약 80%(83명)이었고 나머지는 제3자에 의한 대면 소개, 일시적 만남 등 기타에 해당했습니다.

2018년~2020년과 2021년~2022년을 비교해 봤을 때, 2018년에서 2020년까지 피해자와 가해자를 알게 된 관계를 보면, 비대면 경로가 대면의 2.8배에 불과했지만, 2021년부터 2022년까지는 비대면 경로가 대면보다 4배나 많았습니다. 판결 건수 자체도 최근 2년 간 비대면 경로에서 비롯된 미성년자의제강간죄 판결이 지난 2018년에서 2020년까지 3년 동안에 비해 평균 9배 넘게 증가했습니다. 그만큼 채팅앱, SNS 등 온라인 공간을 타고 시작된 미성년자의제강간 범죄가 증가했다고 볼 수 있습니다¹⁸.

제청법원은 이 사건 법률조항의 구성요건에 포섭될 수 있는 행위 유형이 ‘n번방 사건’을 비롯한 성범죄와 달리 스펙트럼이 매우 다양한데 당해 사건을 비롯

¹⁸ <https://factcheck.snu.ac.kr/facts/show?id=4970>, 2023. 8. 22. 검색기준

하여 재판부가 보기에 통상적인 이성 교제를 하는 사이였던 것으로 보이는 때에도 일률적으로 피고인을 처벌해야 하는 것이 부당하다고 주장하였습니다.

그러나 피고인과 피해자의 교제 관계가 우리 사회에서 통상적이라 할 수 있는 교제인 것인지, 아닌지를 판단하는 것은 사법의 영역이 아니라고 할 것이며, 이를 법원이 판단할 수 있다거나 판단하겠다는 것 자체가 법관의 자의적 법해석과 집행을 가져올 위험성이 있는 것입니다.

또한, 아동·청소년을 대상으로 성범죄를 저지르는 자들의 전형적인 범행 패턴은 채팅앱, SNS 등 온라인 공간을 통해 아동·청소년에게 계획적으로 접근하여 폭력 또는 강압적으로 대하는 것이 아니라 대가를 제공하기로 약속하거나 아동·청소년과의 관계를 이성 교제하는 사이로 상정하여 환심을 사 오프라인 만남을 유도하고 결국 성관계에 응하게 하는 것입니다. 즉 위와 같은 제청법원의 주장은 아동·청소년 대상 성착취 범죄에 대한 이해가 전혀 없는 것이라고 비판할 수밖에 없는 것입니다.

당해 사건 피고인 역시 ██████████ 채팅방에서 추천 친구로 우연히 알게 된 피해자가 16세 중학생임을 알면서도 5일만에 사귀기로 하고, 한달도 채 지나지 않아 피해자를 성적 대상으로 삼아 성관계를 하였던 바, 피고인이 피해자와 통상적인

이성 교제를 하다가 억울하게 기소된 것이 아니라 미성년인 피해자와의 관계를 이성 교제하는 사이로 상정하는 범행 수법으로 전형적인 성착취 범죄를 저질러 법정에 서게 된 것임을 다시금 상기하여야 할 것입니다.

아. 소 결

이상과 같이, 대한민국 사회가 아동·청소년 대상 성착취 범죄의 증가와 그 심각성에도 불구하고 이를 좌시하여 왔음을 반성하고 성인으로부터 아동·청소년을 보호해야 할 필요가 있다는 사회적 합의를 도출하여 미성년자의제강간 연령 상향의 입법적 결단을 내린 점, 유엔아동권리위원회 ‘대한민국 제5-6차 국가보고서 최종견해’에서 미성년자의제강간 피해 연령을 13세로 정한 것에 대해 심각한 우려를 표하고 미성년자의제강간 연령을 상향할 것을 강력히 권고하였던 점, 역사적으로 성적행위 동의능력이 인정되는 연령이 상향되고 있고, 대부분의 산업화된 나라들은 16세 이상을 의제강간의 기준연령으로 정하고 있는 점, 미성년자의 뇌 발달 과정 및 심리적 특성에 따라 아동이 성인이 될 때까지 자신의 성을 진전하고 안전하게 탐색해 갈 수 있도록 교육·지도하고 아동이 성적 대상으로 이용됨으로써 온전한 성적 발달이 해쳐지거나 왜곡되지 않도록 보호할 필요가 있는 점, 대법원도 ‘아동이 외부로부터의 부적절한 성적 자극이나 물리력의 행사가 없는 상태에서 심리적 장애없이 성적 정체성 및 가치관을 형성할 권익’을 미성년자의

변호사 김병희

변호사 김현아

변호사 박숙란

변호사 배수진

변호사 서순성

변호사 이기연

변호사 이시정

변호사 추선희

변호사 최석봉

변호사 최은미

변호사 한 욱

변호사 황인형

헌법재판소 귀중

33 / 33