

15세 미만 미성년자에 대한 의제강간죄를 신설하고 미성년자
근친강간죄의 대상을 모든 미성년자로 확대한 형법 조항의 위헌 여부 -
프랑스 헌법재판소의 2023년 7월 21일 n°2023-1058 결정에 대한 분석을
중심으로 -

벨기에 브뤼셀 자유 대학교 철학 박사 과정 및
프랑스 툴루즈 카피톨 대학교 법학 박사 과정
이은설

1. 들어가며

프랑스 경찰 및 헌병대에 의해 기록된 범죄 데이터베이스(SSMSI, base des crimes et délits enregistrés par la police et la gendarmerie)에 따르면 2021년 신고된 성범죄(violences sexuelles)가 급격하게 증가했다.¹⁾ 이에 따르면 2012년 이후 신고된 성범죄는 증가 추세에 있으며 특히 2020년 57,100건이 신고된 것에 비해 2021년에는 75,800건이 신고되어 33%가 증가하였다. 이러한 증가는 2021년에 기록된 강간(viols) 및 강간 미수(tentatives de viols)의 증가와도 관련이 있는데 2020년 강간 및 강간 미수가 26,000건 신고된 것에 반해 2021년에는 34,300건이 신고되어 32%의 증가를 보였다. 특히 신고된 성범죄 피해자의 절반 이상인 58%가 미성년자라는 점과 모든 종류의 성범죄 중 29%가 가족 내에서 발생했다는 점을 주목해 볼 만 하다. 프랑스 경찰과 헌병대에 따르면, 강간 또는 강간 미수의 피해자로 기록된 사람은 인구 1,000명당 0.5명(2020년과 2019년과 동일)이며, 피해자의 35%는 가족 내 강간의 피해자이다.

1) Service Statistique Ministériel de la Sécurité Intérieure (SSMSI), *Insécurité et délinquance en 2021 : Bilan Statistique*.
<https://www.interieur.gouv.fr/Interstats/Actualites/Insecurite-et-delinquance-en-2021-bilan-statistique>. 관련 pdf 자료는 본 주소를 통해 받아볼 수 있다.

이처럼 성범죄가 급격하게 늘어났음에도 불구하고 일반적인 강간에 대한 법률 조항이 미성년자의 존엄까지 충분히 보장하지 못한다는 문제점을 해결하기 위해 2021년 법률 제2021-478호(Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste)를 비롯하여 미성년 피해자 보호와 관련된 법안들이 신설 및 개정되었다. 국가가 법의 테두리 안에서 국민의 인권과 자유를 충분히 보호해야 함에도 불구하고, 강간 문제에 있어 지금까지 사회적 약자인 미성년자가 법의 보호를 충분히 받지 못하였음을 짐작할 수 있다.

이 글에서는 프랑스에서 최근에 개정된 2021년 법률 제2021-478호에 대한 헌법재판소의 2023년 7월 21일 n° 2023-1058 결정(Décision n° 2023-1058 QPC du 21 juillet 2023)을 살펴볼 것이다.²⁾ 이 결정과 관련한 전후 상황과 배경을 검토하고, 헌법재판소가 어떠한 근거를 토대로 미성년자를 성범죄 및 근친 강간으로부터 보호하기 위해 2021년 4월에 개정된 형법(Code pénal) 제 222-23-1조 제1항 및 제222-23-3조가 헌법에 보장된 권리와 자유를 침해하지 않았다고 판단하였는지 확인할 것이다.

2. 제반 상황

프랑스에서는 2020년 11월 26일 상원의원 아닉 빌롱(Annick Billon)이 상원 의장에게 제출한 ‘청소년을 성범죄로부터 보호하기 위한 의원발의법률안 158호’(Proposition de loi visant à protéger les jeunes mineurs des crimes sexuels, n°158)를 토대로, 2021년 4월 21일 미성년자를 성범죄 및 근친 강간으로부터 보호하기 위한 형법 조항들이 법률 제2021-478호(LOI n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste)에 의해 개정 및 신설되었다.³⁾ 본 조항들은 15세 미

2) Décision n° 2023-1058 QPC du 21 juillet 2023.

3) Proposition de loi visant à protéger les jeunes mineurs des crimes sexuels, n 158, déposée le 26 novembre 2020. 다음의 pdf 파일 참조: <http://www.senat.fr/leg/ppl20-158.pdf>.

만의 미성년자와 15세에서 18세 사이의 미성년자를 구분하여 어린 미성년자들을 성폭력의 위협에서부터 더 효과적으로 보호하고자 하였으며, 15세에서 18세 사이의 미성년자를 근친 강간의 피해로부터 제도적으로 보호하고자 했다.

이러한 법률의 개정 및 신설 이전에도 관련 법률은 존재하였다. 1810년 형법(Code pénal de 1810) 제331조에 따르면 강간죄를 범하거나 기타 추행을 범한 자, 남녀를 불문하고 폭력을 동반한 기타 강제추행죄를 저지르거나 미수한 사람은 징역형에 처하며, 제332조에 따르면 15세 미만의 아동을 대상으로 성범죄를 저지른 경우 유죄를 선고받은 자는 가중처벌 (이 경우에는 노역)을 받는다.

1810년 형법이 강간과 강제추행을 분명하게 정의하지 않았기 때문에 1980년까지 강간은 성기에 의한 질 삽입, 즉 출산 위험이 있는 완전한 성행위로만 정의되었으며 구강 성기 삽입 행위는 성추행으로 규정되었다.⁴⁾ 이 법률은 피해자를 효과적으로 보호하기에는 충분치 않았던 것이다.

뿐만 아니라 법률의 개정 및 신설 이전에는 강간죄의 성립을 위해서 성적 행위에 대한 피해자의 비동의와 본 행위가 폭력을 동반하여 이루어졌음을 증명하는 것이 필수적이었다. 그러나 특히 아동 강간의 경우 눈에 보이는 폭력이 없었다는 이유로 피고인이 무죄를 선고받거나 가벼운 처벌만을 받는 경우가 많았다.⁵⁾ 따라서 형사 관행에서 아동 강간은 1810년부터 1980년 사이에 거의 존재하지 않았으며 대부분의 사건은 강간이 아닌 강제추행으로 간주되었다.⁶⁾

이처럼 법률의 개정 및 신설 이전에 미성년자 성범죄에서 가장 중요하게 다뤄진 요소는 첫째, 미성년자의 “동의” 여부와 둘째, 강간의 명확한 정의였다. 동의 여부와 관련해서 법은 폭력(violence), 강압(contrainte), 위협

4) Ambroise-Rendu, Anne-Claude, “Attentats à la pudeur sur enfants : le crime sans violence est-il un crime ? (1810-années 1930)”, *Revue d'histoire moderne & contemporaine*, n° 56-4, 2009, p. 166.

5) Ibid., p. 166.

6) Ibid., p. 167.

(menace) 또는 기습(surprise)이 없는 경우에만 성관계에 대한 동의로 정의하고 있어 이 개념은 상대적으로 모호했다.⁷⁾ 2005년 12월 7일에 내려진 파기원 형사부의 판결(Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 7 décembre 2005, 05-81.316)은 만 15세 이전에는 성이 무엇인지 알 수 있을 만큼 나이가 많지 않아 성범죄 행위의 본질과 심각성을 깨닫지 못할 수 있다는 점을 지적하며 만15세가 넘어야만 성관계에 동의를 할 수 있다는 점을 판시한다. 이어서 2008년 12월 5일에 내려진 파기원 형사부의 판결(Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 5 décembre 2007, 07-80.068)에 따르면 만 16세가 되어서야 성범죄에 동의하거나 반대할 수 있는 능력을 지닐 수 있다. 이처럼 몇몇의 판례가 동의 기준 연령을 제시하고는 있지만 입법화되지 않아 미성년자의 인권을 보호하지 않는다는 점에서 과거의 법률은 미흡하다고 볼 수 있다.

강간의 정의와 관련해서 1994년 3월부터 2021년 4월23일까지 강간은 모든 종류의 성적 삽입 행위로만 규정되었다. 개정 전에는 강간의 범주에 구강 성교 행위가 포함되지 않았던 것이다. 이를 통해 개정 전 조항이 피해자의 성결정권을 충분히 보장하지 못했음을 파악할 수 있다.

그 결과 2021년 신설된 형법 제222-23-1조(Code pénal, article 222-23-1) 제1항에 따르면, 제222-23조에 규정된 경우를 제외하고, 성인이 15세 미만의 미성년자에게 가하거나 미성년자가 가해자에게 가한 모든 종류의 성적 삽입 행위(acte de pénétration sexuelle) 또는 구강 성교 행위(tout acte bucco-génital) 는 강간을 구성한다. 또한 성인과 미성년자의 나이 차이가 5년 이상인 경우에 이루어진 위와 같은 성적 행위들도 강간의 범주에 포함된다. 이 경우에 15세 미만 미성년자의 동의 여부와 관계없이 성적 행위 자체가 위법으로 간주된다.

5살이라는 나이 차이에 대한 입법의 근거로는 ‘로미오와 줄리엣 조

7)

<https://www.village-justice.com/articles/loi-avril-2021-visant-protoger-les-mineurs-des-crimes-delits-sexuels-inceste,39183.html>.

항'(clause Roméo et Juliette)을 들 수 있다. 이는 10대 청소년의 사랑을 보호하기 위해 미성년자와 성인의 나이 차이가 5세 미만인 경우 처벌 대상에서 제외하는 조항이다. 성인과 자신보다 나이가 어린 10대 사이의 관계를 자동으로 범죄화하는 것은 기본권의 심각한 침해를 가지고 올 수 있다고 입법부는 판단한 것이다.⁸⁾ 입법부는 이 조항을 통해 13세 또는 14세 소녀와 막 18세 생일을 맞이한 청년 사이의 청소년기 연애가 잔인하고 과도한 방식으로 범죄화되는 것을 방지하고자 했다.⁹⁾ 에릭 뒤퐁-모레티(Eric Dupond-Moretti) 프랑스 법무부 장관이 언급한 바와 같이 17세 6개월의 청년이 14세 6개월 소녀와 이성적 관계를 맺는다고 해서 18세 1일이 되자마자 범죄자가 되게 할 수는 없다는 것이 이 조항의 취지인 것이다.¹⁰⁾

또한 신설된 형법 제222-23-3조에 따르면 제222-23-1조 및 제222-23-2조에 정의된 강간은 20년 징역형에 처할 수 있다. 형법 제222-23-2조에 의하면 제222-23조에 규정된 경우를 제외하고 근친 강간은 성인이 미성년자에게 저지르거나 미성년자가 가해자에게 행한 모든 종류의 성적 삽입 행위 또는 구강 또는 성기 행위를 의미하며, 여기서 성인은 친권자 또는 미성년자에 대해 법적(autorité de droit) 또는 사실상의 권한(autorité de fait)을 가진 제222-22-3조에 언급된 기타 사람이다.¹¹⁾ 제222-22-3조에 따르면 프랑스에서는 1) 직계존속(ascendant) 이나 2) 형제(frère), 자매(sœur), 삼촌(oncle), 이모나 고모(tante), 증조부(grand-oncle), 증조모(grand-tante), 조카(neveu) 그리고 조카딸(nièce) 혹은 3) 1과 2에 언급된 사람 중 한 사람의 배우자(conjoint), 동거인(concubin) 또는 1, 2에 언급된 사람 중 한 사람과 동거계

8) <https://www.leparisien.fr/politique/loi-contre-les-violences-sexuelles-la-clause-romeo-et-juliette-veut-preserver-les-couples-dados-13-03-2021-UW55KZO6VFFGBNMBZS6CP3IXHE.php>.

9) https://www.lagbd.org/La_nouvelle_definition_du_viol_apres_la_loi_du_21_avril_2021#cite_note-21.

10) <https://www.leparisien.fr/politique/loi-contre-les-violences-sexuelles-la-clause-romeo-et-juliette-veut-preserver-les-couples-dados-13-03-2021-UW55KZO6VFFGBNMBZS6CP3IXHE.php>.

11) 개정 전에는 근친 강간 미성년 피해자의 나이를 18세가 아닌 15세로 규정했었다.

약(pacte civil de solidarité)을 체결한 파트너가 피해자에 대해 법적 또는 사실상의 권한이 있는 경우, 이들이 강간(viols) 및 성추행(agressions sexuelles)을 저지른다면 이를 근친 강간으로 분류한다.¹²⁾

이처럼 2021년 4월 21일에 시행된 개정은 네 가지 위반 행위를 새로운 범죄로 규정했다.¹³⁾ 첫째, 15세 미만 미성년자와 성관계를 맺는 것은 동의 여부와 관계없이 강간으로 처벌받을 수 있으며, 둘째, 미성년자에 대한 근친 강간(viol incestueux) 범죄는 모두 20년 징역형에 처해질 수 있으며, 셋째, 형법 제222-22-2조의 개정을 통해 15세 미만 미성년자에 대한 추행죄(délit d'agression sexuelle)가 추가로 신설되었고, 마지막으로 미성년자에 대한 근친 간 추행죄가 새로 제정되었으며 근친의 범주가 더 확장되었다. 여기서 성추행은 폭력(violence), 강압(contrainte), 위협(menace) 또는 기습(surprise)을 통해 제3자의 성적 간섭을 받도록 강요하거나 해당 사람에게 그러한 간섭을 행하는 행위가 모두 포함된다.¹⁴⁾

3. 프랑스 헌법재판소의 판단

신설된 형법 제222-23-1조 제1항 및 같은 법 제222-23-3조가 헌법에 보장된 권리와 자유를 침해한다는 이유로 아노탕 변호사 사무실(SAS Hannotin Avocats)과 파리변호사협회(Barreau de Paris)의 루이 엘룬(Louis Heloun)과 앙투안 오히(Antoine Ory)는 사후적 위헌법률심사를 청구한다. 이들은 우선 15세 미만 미성년자에 대한 강간죄를 폭력, 강압, 위협 또는 기습으로 성행위를 했다는 증거 없이도 가해자를 처벌할 수 있도록 함으로써 미성년자의 동의 부재를 범죄의 구성 요소 중 하나로 삼지 않는 해당 조항들이 무죄 추정의 원칙(principe de la présomption d'innocence) 및 방어권(droits de la

12) Code pénal, article 222-22-3.

13)

<https://www.village-justice.com/articles/loi-avril-2021-visant-protoger-les-mineurs-des-crimes-delits-sexuels-inceste,39183.html>.

14) Code pénal, article 222-23-2.

défense)에 위반하는 반박할 수 없는 유죄 추정(présomption irréfragable de culpabilité)을 확립하고 있다고 주장한다.¹⁵⁾

또한 1) 성인이 미성년자에게 성행위를 강요할 의도가 있었다는 사실을 검찰이 증명할 필요 없이 성행위가 이루어졌다는 사실만으로도 가해자의 유죄가 인정되며, 2) 피해자가 15세 미만이라는 점이 죄의 구성 요건(élément constitutif)이자 형의 가중 사유(circonstance aggravante)가 된다고 주장하며 이는 죄형법정주의(principe de légalité des délits et des peines)를 위반하는 결과를 초래할 수 있다고 주장한다.¹⁶⁾¹⁷⁾ 청구인은 이 조항에서 규정하는 연령 기준이 비슷한 상황에 처한 다른 사람들을 다르게 대우하는 결과를 초래할 수 있다고 주장한다. 15세라는 명시적인 법적 나이를 설정함으로써 인해 15.1세나 15.2세인 피해자와 14.9세인 피해자를 보호하는 법률이 다를 수 있다는 점을 지적하는 것이다. 뿐만 아니라, 피해자와 가해자 사이의 나이 차이가 5세 이상인 경우에 20년 이하의 징역형을 부과하는 것은, 나이 차이가 4.9세거나 5.1세인 사람들 사이의 불평등을 초래할 수 있다. 이는 범죄와 형벌의 필요성 원칙(principe de nécessité des délits et des peines) 및 법 앞의 평등 원칙(principe d'égalité devant la loi)을 위반하는 결과를 발생시킨다는 것이 청구인의 주장이다.¹⁸⁾¹⁹⁾ 마지막으로, 새로운 법률에 따르면 성인이 폭력을 행사하지 않고 15세 미만의 미성년자와 성관계를 맺거나 혹은 미

15) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 3번째 단락

16) 죄형법정주의 원칙은 형사 법정에서 개인의 권리를 근본적으로 보장하는 원칙이다. 이 원칙에 따르면 법이 없으면 범죄도 없고, 법이 없으면 처벌도 없다는 격언으로 표현된다. 이 원칙은 유럽 인권 협약(Cour européenne des droits de l'homme) 제7조 제1항과 1958년 10월 4일 헌법(Constitution)에도 명시되어 있다. 유럽 인권 협약에 따르면, 누구도 범행 당시 국내법 또는 국제법에 따라 범죄를 구성하지 않는 행위 또는 부작위를 이유로 형사 범죄에 대해 유죄를 선고받을 수 없다. 헌법적 지위를 부여받은 1789년 인간과 시민의 권리 선언 제8조에 따르면 누구든지 범죄를 범하기 전에 제정, 공포되어 적법하게 적용된 법률에 의하지 않고서는 처벌을 받을 수 없다. 뿐만 아니라, 프랑스 형법 제111-3조(article 111-3 du Code Pénal) 제1항에 따르면 누구도 범죄 또는 법률에 정의되지 않은 요소 또는 규정에 정의되지 않은 위반으로 처벌받을 수 없으며, 제2항에 따르면 누구든지 위반 행위가 중범죄 또는 경범죄인 경우 법률에 규정되지 않은 형벌로 처벌받을 수 없으며, 위반 행위가 규정 위반인 경우 규정에 의해 처벌 받을 수 없다.

17) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 4번째 단락

18) 1789년 인간과 시민의 권리 선언 제8조에 따르면 법은 엄격하고 명백하게 필요한 형벌만을 정해야 한다. 형법에서 필요성의 원칙은 부당한 억압이 없어야 하고 처벌은 저지른 범죄에 비례해야 한다는 형법의 기본 원칙과 연결된다.

<https://www.benoit-avocat.com/le-principe-de-necessite-en-droit-penal/>

19) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 5번째 단락

성년자와 성인 사이의 나이 차이가 5세 이상이라면 이 두 가지 경우와 반대되는 상황에서 보통 징역 7년형을 선고받는 데에 비해 3배 더 무거운 처벌을 받게 된다.²⁰⁾ 그러나 성인과 15세 미만 미성년자 간의 성행위에 대해 폭력, 협박, 강요, 기습 여부에 관계없이 20년 징역형을 동일하게 부과하는 것은 형벌의 비례성 원칙(principe de proportionnalité des peines)에 반한다는 것이 청구인들의 주장이다.²¹⁾²²⁾

이러한 주장에 맞서 프랑스 헌법재판소는 성범죄 및 근친 강간으로부터 미성년자를 보호하기 위한 2021년 4월 21일 법률 제2021-478호에 따른 형법 제222-23-1조 제1항 및 같은 법 제222-23-3조는 합헌이라고 판단하였다.²³⁾ 헌법재판소가 합헌 결정을 내린 이유는 다음과 같다.

첫째로, 1789년 인간과 시민의 권리 선언(Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789) 제9조에 따르면 모든 사람은 유죄가 입증될 때까지 무죄로 추정되고, 따라서 원칙적으로 입법부는 형사 사건에서 피고인의 유죄를 추정할 수 없다.²⁴⁾²⁵⁾ 프랑스 형법 제222-23조에 따르면 강간은 15년의 징역형에 처해질 수 있으며, 같은 법 제222-24조 제2항에 따라 15세 미만의 미성년자를 강간한 경우 20년 징역형에 처해질 수 있다.²⁶⁾ 새로운 법은 성인이 15세 미만의 미성년자에게 모든 종류의 성적 삽입 행위 혹은 구강 성교 행위를 하거나 또는 미성년자가 가해자에게 앞의 행위를 하는 경우, 그리고 미성년자와 성인의 나이 차이가 5년 이상인 경우 20년의 징역형

20)

<https://www.sudouest.fr/justice/la-loi-visant-a-proteger-les-mineurs-des-violences-sexuelles-validee-par-le-conseil-constitutionnel-16020326.php>.

21) 형법 제130조 제1항에 따르면 비례의 원칙은 사회의 보호를 보장하고 새로운 범죄의 범행을 방지하며 사회 균형을 회복하는 동시에 피해자의 이익 존중의 필요성 등을 반영하여 형량을 부과해야 한다는 원칙이다. 형벌은 범죄의 심각성이나 범죄자의 상황, 사회 복귀 능력 등을 고려한다. 이 형벌은 피고인에게 불합리하게 과도한 형량을 임의로 부과할 수 있는 자의성으로부터 죄형법정주의를 지키려는 노력의 일환이다. 따라서 선고는 시행 중인 법률의 적법성에 근거해야 하며 피고인에게 내려지는 처벌의 정도가 국가의 형법에서 규정하는 법적 최대 형량을 초과해서는 안된다.

22) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 6번째 단락

23) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 29번째 단락

24) 모든 사람은 범죄자로 선고되기 전까지 무죄로 추정되는 것이므로, 체포할 수 밖에 없다고 판단되더라도 안전을 보장하기 위해 필요하지 않은 모든 강제 조치, 가혹 행위는 법에 의해 준엄하게 제압된다. 이는 무죄추정의 원칙의 기초가 된다.

25) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 13번째 단락

26) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 14번째 단락

을 선고받을 수 있음을 명확히 규정한다.²⁷⁾

입법부는 이 조항을 채택함으로써 성인과 15세 미만 미성년자 사이의 연령 차이가 최소 5세 이상인 경우 모든 종류의 성적인 행위 또는 구강 성교 행위를 금지하였다. 이 조항에 따르면 이 유형의 범죄는 폭력, 강압, 위협 또는 기습에 의한 행위일 필요가 없으며, 피해자의 동의가 없었다는 간단한 추정에만 근거하는 것도 아니며 여전히 모든 구성 요소를 증명하는 것은 검찰 당국의 책임이다.²⁸⁾ 따라서 청구된 조항들은 유죄 추정(*présomption de culpabilité*)의 목적이거나 그 효과를 갖지 않는다. 충분한 고려를 통해 미성년자가 성행위에 동의했다고 하더라도 그들의 인지 및 사고 능력이 성인만큼 발달되지 않았다는 점을 기본 전제로, 피해자가 15세 미만이면 본인의 결정이 미래에 가져올 결과에 대해 합리적으로 예측할 수 없다는 점에서 이는 자동적으로 성행위에 대한 비동의를 나타내는 것이다. 앞의 이유로 형법 제 222-23-1조 제1항이 무죄 추정의 원칙(*principe de la présomption d'innocence*)을 침해한다는 청구인의 주장은 배척되어야 하며 같은 이유로 피고인의 방어권을 침해하였다는 주장도 배척되어야 한다.²⁹⁾

실제로 이러한 법률 개정 전에는 검사가 미성년 피해자가 동의하지 않았음을 입증할 수 없는 경우에 강간죄가 아닌 7년 징역형과 10만 유로의 벌금이 부과되는 미성년자 폭행죄로 기소했어야 했다.³⁰⁾ 1810년부터 개정 전까지 형법에서는 강제 추행(*attentat à la pudeur*)의 경우 미성년자의 동의 능력이 처벌에 있어 중요한 역할을 했던 것이다. 그러나 법의 개정에서 가장 큰 변화는 성인과 15세 미만 미성년자 간의 성관계 사건에 있어 검사가 더 이상 피해자가 성관계를 동의했는지 혹은 동의하지 않았는지에 대한 여부를 증명하지 않아도 된다는 점이다. 피해자가 15세 미만이라는 점에서 성관계에 비동의한다는 점이 간주되는 것이다.³¹⁾

27) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 15번째 단락

28) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 16번째 단락

29) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 17번째 단락

30) 1994년 Code pénal, article 227-25. 이에 따르면 “강간이나 기타 성폭행의 경우를 제외하고 성인이 15세 미만의 미성년자를 성폭행하면 7년 징역과 10만 유로의 벌금형에 처해진다.”

31)

둘째, 입법부는 헌법 제34조와 1789년 인권선언 제8조에 규정된 죄형법정주의에 따라 형법이 고려해야 할 법률의 범위를 스스로 결정하고 자의성을 배제할 수 있을 만큼 명확하고 정확한 용어로 중죄(crimes)와 경범죄(délits)를 정의해야 할 의무가 있다.³²⁾³³⁾ 한편으로, 이 사건에서 사후적 위헌법률심사의 대상이 되는 조항은 형법 제121-3조에 규정된 원칙을 위반하지 않는다. 형법 제121-3조에 따르면 범죄를 저지르려는 의도가 없으면 범죄는 성립하지 않으며, 처벌의 대상이 되는 행위의 단순한 귀속 가능성만으로 피고인의 범죄사실을 인정하기에는 충분하지 않다.³⁴⁾ 뿐만 아니라, 심사의 대상이 되는 조항의 문언에 비추어 볼 때, 해당 범죄의 구성 요소인 미성년 피해자 나이가 15세 미만이라는 사실이 동시에 동일한 범죄의 가중 요건이 아니라는 점이 자명하다.³⁵⁾ 따라서 죄형법정주의를 위반했다는 주장은 배척되어야 한다.³⁶⁾

실제로 프랑스는 성관계에 있어 상대방이 미성년자라는 사실이 범죄의 구성 요소가 될 수 있으며 형의 가중 사유가 될 수도 있다는 점을 통해 미성년자를 보호하려고 한다. 이는 미성년자의 연령, 즉 15세라는 법적 기준에 의한 명시적인 가중 상황과 관련이 있을 수도 있고, 가해자의 지위나 피해자와의 관계로 인해 발생하는 암시적인 상황과 관련이 있을 수도 있다.³⁷⁾ 실제로 프랑스 형법 제132-1조에 미루어 보아 법원은 범죄의 상황에 따라 선고되는 형의 성격, 양형 및 체계를 결정할 수 있다.³⁸⁾ 이를 미루어 보아, 미성년 피해자가 15세 미만이라는 점에서 법원은 피해자의 나이뿐만 아니라 피

https://www.lagbd.org/La_nouvelle_definition_du_viol_apres_la_loi_du_21_avril_2021#cite_note-21.

32) 법은 엄격히, 그리고 명백히 필요한 형벌만을 설정해야 하고 누구도 행위에 앞서 제정, 공포되고, 또 합법적으로 적용된 법률에 의하지 아니하고는 처벌할 수 없다. 이는 죄형법정주의를 구성한다.

33) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 18번째 단락

34) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 19번째 단락

35) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 20번째 단락

36) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 21번째 단락

37) <https://www.senat.fr/rap/r17-289/r17-2892.html#fnref41>.

38) 형법 제132-1조 제1항에 따르면 법률 또는 규정으로 처벌할 수 있는 위반 행위가 있는 경우, 부과될 수 있는 벌칙은 법률에 달리 규정되어 있지 않는 한 이 장에 명시된 규칙에 따른다 ; 제2항에 따르면, 법원에서 선고하는 모든 판결은 개별적으로 이루어져야 한다 ; 제3항에 따르면 법원은 법이 정한 한도 내에서 제130-1조에 명시된 형벌의 목적과 기능에 따라 범죄의 상황과 범죄자의 성격, 그의 물질적, 가족적, 사회적 상황에 따라 부과되는 형벌의 성격, 양형 및 체계를 결정해야 한다.

해자와 가해자 사이에서 발견되는 수직적 상하관계와 같은 특수성까지 고려하는 것이다.

셋째로, 1789년 인권선언 제6조에 따르면, 법은 보호하든 처벌하든 모든 사람에게 동일해야 하며 형법상 평등 원칙은 입법부가 다른 성격의 행위를 구별하는 것을 방해하지 않는다.³⁹⁾⁴⁰⁾ 사후적 위헌법률심사의 대상이 되는 조항으로 처벌되는 행위는 형법 제222-23조 및 제222-24조에 규정된 15세 미만 미성년자에 대한 가중강간죄(crime de viol aggravé)의 범위에 포함될 수 있으나, 가중강간죄의 적용에 의하여 처벌되는 행위와는 달리 폭행, 강요, 협박 또는 기습 없이 행하여지는 경우에도 처벌되며, 성인 가해자와 미성년 피해자 사이에 최소 5살 이상의 연령차가 있음을 전제로 하는 경우에도 처벌된다.⁴¹⁾ 따라서 이 두 범죄는 서로 다른 성격의 행위를 처벌하기 때문에 형법상 평등 원칙 위반을 주장하는 이 사건의 청구는 기각되는 것이 마땅하다.⁴²⁾ 형법 제222-23조에서 규정된 강간죄에 대한 일반적인 처벌과 같은 법 제222-24조에서 나타나는 미성년자 보호 조항이 서로 다른 성격의 범죄 행위인 것이다.

마지막으로, 1789년 선언 제8조에 따르면 “법률은 엄격하고 명백하게 필요한 형벌만을 제정해야 한다.” 헌법 제61조 제1항은 헌법재판소에 의회와 동일한 성격의 일반적인 평가 및 결정 권한을 부여하지 않고, 헌법재판소에 심사를 위해 제출된 법률 조항이 헌법에 보장된 권리 및 자유에 부합하는지를 판단할 관할권만 부여하고 있다. 범죄에 대한 처벌의 필요성은 입법부가 결정할 문제이지만, 범죄와 그에 따른 처벌 사이에 명백한 불균형이 없는지 확인하는 것은 헌법재판소가 해야 할 일이다.⁴³⁾ 성인이 15세 미만의 미성년자에게, 혹은 미성년자가 가해자에게 행하는 성적 또는 구강성교 행위 중 두

39) 1789년 인권선언 제6조에 따르면 “법은 일반 의사의 표명이다. 모든 시민은 스스로 또는 대표자를 통하여 그 작성에 협력할 수 있는 권리를 가진다. 법은 보호를 부여하는 경우에도 처벌을 가하는 경우에도 모든 사람에게 동일한 것이어야 한다. 모든 시민은 법 앞에 평등하므로 그 능력에 따라서, 그리고 덕성과 재능에 의한 차별 이외에는 평등하게 공적인 위계, 지위, 직무 등에 취임할 수 있다.”

40) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 22번째 단락

41) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 23번째 단락

42) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 24번째 단락

43) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 25번째 단락

사람의 나이 차이가 5년 이상인 행위에 대해 20년 이하의 징역형을 부과함으로써 성범죄의 피해자인 미성년자에 대한 보호를 강화하고자 했던 입법부는 명백히 불균형한 형벌을 도입하지 않았다.⁴⁴⁾

결과적으로, 이 위반 행위를 처벌하는 절차는 1789년 인권선언 제8조에 따라 판사에게 위임된 형벌의 개별화 원칙(*principe de l'individualisation des peines*), 즉, 넓은 의미에서 각각의 범죄자에 따라 형량을 달리하는 원칙에 벗어나는 목적이나 효과를 갖지 않는다.⁴⁵⁾ 오히려 그 반대이며, 이를 통해 인간 개개인의 기본권이 보장되는 것이다. 따라서 형벌의 필요성 및 비례성 원칙에 반한다는 청구이유는 배척되어야 한다.⁴⁶⁾

4. 나오며

2023년 1월 31일 프랑스 내무부 통계청의 발표 내용에 따르면 2022년에는 성폭력(*violences sexuelles*)과 관련해 총 84,500건의 범죄가 발생했다.⁴⁷⁾ 이들 중 대부분은 신체적 성폭력 피해자(73%)였으며, 피해자의 대다수는 여성(86%)이며, 절반 이상이 미성년자(55%)라는 점에 주목해야 한다.

이처럼 성범죄와 관련한 피해자 중 미성년자가 총 피해자의 절반을 넘는다는 점에서 본 헌법재판소의 결정은 사회가 직면한 문제를 해결할 수 있는 실마리를 제공하는 것 같다. 실제로 에릭 뒤퐁-모레티 법무부 장관은 본인의 엑스(舊 트위터) 계정에서 헌법재판소의 결정이 “법치를 존중하면서 우리 아이들을 더 잘 보호하기 위해 국회의원들이 찾은 균형을 입증했다”고 언급하며 이 결정을 환영하였다. 미성년자에게도 성적 자기결정권이 존재하지만 그들이 이 권리를 충분히 행사하기 어려운 나이임을 고려했을 때 미성년을 강간 및 성폭행 한 가해자에게 가중 처벌을 하는 것은 피고인의 권리를 침해

44) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 26번째 단락

45) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 27번째 단락

46) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 28번째 단락

47) Service Statistique Ministériel de la Sécurité Intérieure (SSMSI), *Insécurité et délinquance en 2022 : Bilan Statistique*, p. 9.

하는 것이 아니라는 것이 본 결정의 논거인 것이다. 성적 자기결정권은 성행위의 여부나 성행위의 상대방 혹은 방법을 다 포함하는 기본권임에도 불구하고 성인에 비해서 미성년자가 피해를 입게 되었을 때 거부 의사를 표현하기 어렵다는 점에서 법은 더 적극적으로 미성년 피해자를 보호해야 할 필요가 있다.

이 뿐만 아니라, 2020년 11월 입소스(Ipsos) 조사에 따르면 프랑스인 10명 중 1명은 어렸을 때 성적 학대를 당한 경험이 있다고 한다. 그 중 80%는 가족 내에서 발생한 것으로 나타났다. 국제 근친 강간 피해자 협회(Association internationale des victimes de l'inceste)의 창립 회장인 이자벨 오브리(Isabelle Aubry)는 “프랑스인 세 명 중 한 명은 근친상간 피해자를 알고 있다”고 말한다.⁴⁸⁾ 미성년자 근친 강간이 프랑스 사회가 직면하고 있는 문제점 중 하나임이 이번 통계 및 법률 개정을 통해 수면 위로 드러난 것이다. 근친 강간의 큰 문제 중 하나는 피해를 입는 아이가 그 심각성을 파악하기 어렵다는 점에 있다. 가해자와 피해자 사이의 긴밀한 관계가 피해자로 하여금 가해자에게 충성을 하도록 만들고 가해자가 원하는 행위를 하지 않았을 때 아이는 쉽게 죄책감을 갖게 된다. 미성년자들은 이러한 관계에 문제가 있음을 인지함에도 불구하고, 가해자가 자신과 가까운 가족이라는 점에서 본인이 겪는 성적 피해에 대해 직접적으로 언급하거나 거절할 수 없는 것이다.

따라서 미성년자를 성범죄로부터 보호하는 법을 제정하는 것은 이들을 향한 성폭행과 성추행의 심각성을 인정하는 것임을 알 수 있다. 미성년자와 성인 사이의 성적 관계는 둘 사이에 상호적 합의나 동의를 기반으로 한다고 하더라도 범죄로 규정된 것이다. “상호간의 동의” 라는 개념이 법적으로 명확히 정의되어 있지 않아 발생했던 미성년 피해자의 심적 고통이 이번 결정을 통해 경감되는 효과를 얻게 된 것이다.

미성년자의 권리 보호와 관련된 법률의 발전이 법률 시스템 안에서 자정작

48)

https://www.francetvinfo.fr/replay-radio/le-monde-d-elodie/un-francais-sur-dix-se-dit-victime-d-inceste-pour-isabelle-aubry-c-est-un-scandale-de-sante-publique_4169105.html.

용을 통해 나온 것이 아닌, 사회에서 실제로 일어난 역사적 사건으로 인함은 여전히 안타까운 일이다.⁴⁹⁾ 그럼에도 불구하고 입법부의 노력과 사법부의 판단을 통해 미성년자가 본인의 권리를 충분히 보장받을 수 있게 된 점에서 프랑스 사회가 법률의 불완전성이 조금이나마 보완되었다고 결론지을 수 있다. 이 지점에서 본 결정과 법률은 큰 사회적 의의를 지닌다고 할 수 있을 것이다.

49) 미성년자 강간과 관련된 법률들의 개정과 신설이 급 물결을 타게 된 이유로는 전 프랑스 정치인 이자 유럽 의회 의원이었던 올리비에 뒤아멜(Olivier Duhamel)이 자신의 양자를 성적으로 학대한 일이 수면 위로 드러났기 때문이다.