

국민과 함께하는 **정의의 파수꾼**

2022. 1. 27. 보도자료

공보관실 02)708-3411 / 팩스 02)766-7757



제 목 : 1월 선고 즉시보도사건 외 보도자료

우리 재판소에서 2022. 1. 27.(목) 선고한 심판사건 결정요지 등 (즉시보도 외 사건 보도자료)을 보내 드리오니 참고하시기 바랍니다.

- 일시 : 2022. 1. 27.(목) 14:00 ~
- 장소 : 헌법재판소 대심판정

붙임: 즉시보도 외 사건 보도자료 2건. 끝.

보 도 자 료

사람의 항거불능 상태를 이용하여 간음 또는 추행을 한
자를 형사처벌하는 형법 조항에 관한 위헌소원

[2017헌바528 형법 제299조 위헌소원]

[선 고]

헌법재판소는 2022. 1. 27. 재판관 전원일치 의견으로, 사람의 항거불능 상태를 이용하여 간음 또는 추행을 한 자를 형사처벌하는 형법 (2012. 12. 18. 법률 제11574호로 개정된 것) 제299조 중 ‘항거불능’ 부분은 헌법에 위반되지 아니한다는 결정을 선고하였다. [\[합헌\]](#)



2022. 1. 27.
헌법재판소 공보관실

□ 사건개요

- 청구인은 ‘피해자가 술에 취하여 항거불능의 상태에 있음을 이용하여 피해자를 2회 추행하고, 술에 취하여 잠이 들어 있던 피해자의 항거불능 상태를 이용하여 1회 간음하였다.’는 준강제추행죄 및 준강간죄의 범죄사실로 징역 4년 등을 선고받았고, 이에 대하여 항소 및 상고하였으나 모두 기각되었다.
- 청구인은 상고심 계속 중 형법 제299조에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나 위 제청신청이 기각되자, 2017. 12. 26. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

□ 심판대상

- 이 사건 심판대상은 형법(2012. 12. 18. 법률 제11574호로 개정된 것) 제299조 중 ‘항거불능’ 부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이다.

[심판대상조항]

형법(2012. 12. 18. 법률 제11574호로 개정된 것)

제299조(준강간, 준강제추행) 사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 간음 또는 추행을 한 자는 제297조, 제297조의2 및 제298조의 예에 의한다.

[관련조항]

형법(2012. 12. 18. 법률 제11574호로 개정된 것)

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

형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것)

제298조(강제추행) 폭행 또는 협박으로 사람에게 대하여 추행을 한 자는 10년 이하의 징역 또는 1천 500만 원 이하의 벌금에 처한다.

□ 결정주문

형법(2012. 12. 18. 법률 제11574호로 개정된 것) 제299조 중 ‘항거불능’ 부분

은 헌법에 위반되지 아니한다.

□ 이유의 요지

● 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되는지 여부 - 소극

- ‘순종하지 않고 맞서서 대항할 능력이 없는 상태’라는 ‘항거불능’의 사전적 의미와 정신적 또는 신체적 사정으로 인하여 성적인 침해에 대해 자기방어를 할 수 없는 사람의 성적 자기결정권을 보호하기 위한 형법 제299조의 목적을 고려하면, 심판대상조항이 정한 ‘항거불능’의 상태란 가해자가 성적인 침해행위를 함에 있어 별다른 유형력의 행사가 불필요할 정도로 피해자의 판단능력과 대응·조절능력이 결여된 상태를 말한다고 볼 수 있다. 또한 ‘항거불능’의 상태는 형법 제299조의 문언상 ‘심신상실’에 준하여 해석되어야 한다.
- 나아가 항거불능의 상태를 이용하는 불법의 크기는 강간죄 또는 강제추행죄에서의 폭행·협박의 정도에 준하므로, ‘항거불능’ 상태는 강간죄 또는 강제추행죄에서 폭행·협박으로 인하여 야기된 대항능력의 결여 상태와도 상응하여야 한다.
- 대법원도 이러한 전제에서 “형법 제299조의 항거불능의 상태라 함은 심신상실 이외의 원인 때문에 심리적 또는 물리적으로 반항이 절대적으로 불가능하거나 현저히 곤란한 경우를 의미한다(대법원 2000. 5. 26. 선고 98도3257 판결, 대법원 2012. 6. 28. 선고 2012도2631 판결 등).”라고 일관되게 판시하고 있다.
- 이를 종합하면, 심판대상조항이 그 의미를 예측하기 곤란하다거나, 법 집행기관의 자의적 해석이나 적용가능성이 있는 불명확한 개념이라고 보기 어렵다.
- 따라서 심판대상조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되지 아니한다.

□ 결정의 의의

- 이 결정은 헌법재판소가 형법 제299조 중 ‘항거불능’ 부분의 위헌 여부에 대하여 처음 판단한 사건이다. 헌법재판소는 심판대상조항의 문언, 체계 및 입법취지와 이에 관하여 대법원이 일관된 해석을 제시하고 있는 점 등을 종합적으로 고려하여, 심판대상조항이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되지 않는다고 판단하였다.

보 도 자 료

지역아동센터 이용아동 구성 제한 사건

[2019헌마583 2019년 지역아동센터 지원 사업안내

제1장 1. 목적 등 위헌확인]

[선 고]

헌법재판소는 2022년 1월 27일 재판관 6:3의 의견으로, 지역아동센터 시설별 신고정원의 80% 이상을 돌봄취약아동으로 구성하도록 정한 보건복지부 지침 ‘2019년 지역아동센터 지원 사업안내’ 부분이 기본권을 침해하지 않는다는 결정을 선고하였다. [기각]

이에 대하여 위 규정이 과잉금지원칙에 위반하여 지역아동센터 운영자의 직업수행의 자유 및 지역아동센터 이용아동의 인격권을 침해한다는 재판관 이선애, 재판관 이석태, 재판관 이은애의 반대의견이 있다.



2022. 1. 27.

헌법재판소 공보관실

□ 사건개요

- 청구인 전○○ 등 23명은 아동복지법상의 아동복지시설신고를 마치고 지역아동센터를 운영하는 사람들(이하 청구인 1부터 23까지를 ‘청구인 운영자들’이라 한다)이며, 청구인 전□□ 등 12명은 지역아동센터를 이용하는 아동들(이하 청구인 24부터 35까지를 ‘청구인 아동들’이라 한다)이다. 청구인들은 보건복지부에서 발간한 ‘2019년 지역아동센터 지원 사업안내’(이하 ‘이 사건 사업안내’이라 한다) 중 지역아동센터 이용아동의 선정기준에 관한 부분 등이 헌법상 직업선택의 자유, 평등권, 인격권, 사생활의 비밀을 침해한다고 주장하면서 2019. 6. 5. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

□ 심판대상

- 이 사건 심판대상은 ‘2019년 지역아동센터 지원 사업안내’ 제3장 지역아동센터 운영 2. 이용아동 선정기준 나. 선정기준별 이용아동 구분 3) 이용아동 등록의 ‘시설별 신고정원의 80%이상은 돌봄취약아동이어야 하며, 일반아동은 20% 범위 내에서 등록가능’ 부분(이하 ‘이 사건 이용아동규정’이라 한다)이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다.

[심판대상조항]

2019년 지역아동센터 지원 사업안내(보건복지부)

제3장 지역아동센터 운영

2. 이용아동 선정기준

나. 선정기준별 이용아동 구분

3) 이용아동 등록: 시설별 신고정원의 80%이상은 돌봄취약아동이어야 하며, 일반아동은 20% 범위 내에서 등록 가능

□ 결정주문

- 이 사건 심판청구를 모두 기각한다.

□ 이유의 요지

● 법률유보원칙 위반 여부(소극)

- 아동복지법 조항들과 지역아동센터의 연혁 및 지역사회에서의 실질적 역할 등을 고려하였을 때, 지역아동센터를 저소득층 아동들 위주로 구성하여 운영하도록 하는 것이 아동복지법이 정한 지역아동센터 지원사업의 목적과 전혀 관련이 없다거나 배치된다고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 이용아동규정이 돌봄취약아동을 지역아동센터 시설별 신고정원의 80% 이상 유지하도록 한 것이 수권법률 조항의 목적에 배치되거나 관련 조항의 내용을 위반함으로써 법률유보원칙을 위반하여 청구인들의 기본권을 침해한다고 할 수 없다.

● 과잉금지원칙 위반 여부(소극)

- 이 사건 이용아동규정이 이용아동의 구성 비율을 제한하고 있는 것은 돌봄에 취약한 환경에 놓인 아동들에게 지역아동센터가 제공하는 돌봄서비스를 우선적으로 제공하고자 하는 것으로서 그 정당성을 인정할 수 있다. 소득기준과 가구 특성기준에 따라 선정된 돌봄취약아동이 신고정원의 80% 이상을 유지하도록 하는 것은 위와 같은 목적을 달성하기 위한 적합한 수단이 된다.
- 이 사건 이용아동규정에 따르면 신고정원의 80% 이상을 돌봄취약아동으로 구성하고 일반아동은 20% 범위 내에서 등록하는 것이 원칙이지만, 시장·군수·구청장은 지역별 상황 등을 종합적으로 고려하여 일반아동의 등록범위를 달리 정할 수 있다. 지역아동센터 운영자가 이 사건 이용아동규정을 위반하더라도 설립신고가 반려되거나 시설이 정지·폐쇄되는 것이 아니라 보조금을 지급받을 수 없는 것에 그친다. 돌봄취약아동의 구성 비율을 신고정원의 80%보다 하향하는 방법, 신고정원의 일정 비율을 돌봄취약아동에게 우선 배정하지 않고 지역아동센터를 이용하고자 하는 아동들이 경합하는 경우 돌봄취약아동에게 우선권을 주는 방법 등을 고려해볼 수 있으나, 돌봄에 취약한 환경에 놓인 아동들에게 우선적으로 돌봄서비스를 제공하여 돌봄 공백을 해소하고자 하는 이 사건 이용아동규정의 목적을 달성하기에 불충분하다. 바우처 제도를 도입하더라도 이용아동 구성이 근본적으로 변하지 않는다면 이용아동의 낙인감은 크게 개선될 것으로 기대하기 어렵다.
- 돌봄취약아동으로 선정되려면 소득기준, 가구특성기준, 연령기준을 모두 만족하여야 한다. 지역사회에는 소득이 부족하거나 가구형태가 돌봄에 적합하지 않

은 등 다양한 형태로 돌봄에 취약한 환경에 놓여있는 아동들이 있으며, 이들에게 지역아동센터의 돌봄서비스가 우선적으로 제공되도록 한정된 예산과 자원을 적절히 배분하고자 하는 공익은 결코 가볍지 않다.

- 반면, 이 사건 이용아동규정에 따라 청구인 운영자들이 받는 제약은, 신고정원을 축소하거나 제한하는 것이 아니라 돌봄취약아동의 우선적 이용을 보장하는 것일 뿐이다. 청구인 운영자들이 이 사건 이용아동규정 때문에 이용아동 모집에 어려움을 겪는 것은 아닌 것으로 보이고, 이용아동 구성이 달라진다고 하여 청구인 운영자들의 지역아동센터 운영에 어떠한 본질적인 차이를 가져온다고 보기도 어렵다. 또한 청구인 운영자들은 국가의 아동복지서비스 전달체계에 포함되어 국가의 재정적 지원을 바탕으로 지역사회 아동에 대하여 종합적인 아동복지서비스를 제공하는 사람들이므로, 그에 상응하는 공익적 의무를 부담할 수 있다는 것을 충분히 예견할 수 있다. 따라서 이 사건 이용아동규정이 청구인 운영자들의 직업 수행의 자유를 중대하게 제한하고 있다고 할 수 없다.
- 청구인 아동들은 지역아동센터가 모든 아동들에게 보편적으로 개방된 시설이 아니고 이를 이용하기 위해서는 일정한 소득기준이나 가구특성기준을 충족하여야 한다는 사실을 알게 된다. 그리고 그 중 일부는 지역아동센터를 다닌다는 사실을 알리기 꺼리는 등 부정적 감정을 느낄 수도 있음을 부인하기는 어렵다. 그러나 아동권리보장원이 전국 지역아동센터 이용아동을 패넬로 선정해 수행한 ‘지역아동센터 아동패넬 조사’ 및 위 조사를 분석한 학계의 연구결과에 따르면, 지역아동센터 이용아동의 자아존중감, 전반적 행복감 및 상대적 행복감은 비교적 높은 수준을 보이고 있으며, 지역아동센터의 서비스 만족도가 이용아동의 자아존중감, 자아탄력성, 행복도 등에 긍정적 영향을 미치는 것으로 나타나고 있다. 이처럼 지역아동센터는 이용아동을 보호하고 다양한 경험과 정서적 지지를 제공하는 중요한 역할을 하고 있으며, 돌봄 공백이 아동의 발달에 미치는 악영향을 고려할 때 이는 특히 긴급하게 돌봄이 요청되는 돌봄취약아동들에게 더 절실한 것일 수 있다.
- 이 사건 이용아동규정의 취지는 지역아동센터 이용에 있어서 돌봄취약아동과 일반아동을 분리하려는 것이 아니라 돌봄취약아동에게 우선권을 부여하려는 것으로서, 돌봄취약아동이 일반아동과 함께 초·중등학교를 다니고 방과 후에도 다른 돌봄기관을 이용할 선택권이 보장되고 있는 이상, 설령 이 사건 이용아동규

정에 따라 돌봄취약아동이 일반아동과 교류할 기회가 다소 제한된다고 하더라도 그것만으로 청구인 아동들의 인격 형성에 중대한 영향을 미친다고 보기는 어렵다.

- 이 사건 이용아동규정은 과잉금지원칙에 위반하여 청구인 운영자들의 직업수행의 자유 및 청구인 아동들의 인격권을 침해하지 않는다.

▣ 재판관 이선애, 재판관 이석태, 재판관 이은애의 반대의견

● 과잉금지원칙 위반 여부(적극)

- 아동의 인격권은 성인과 마찬가지로 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권을 보장하는 헌법 제10조에 의하여 보호된다(헌재 2000. 4. 27. 98헌가16등 참조). 아동은 공동체 안에서 한 개인으로서 자율적인 삶을 살아가기 위해 준비되어야 할 존재이고, 아동의 인격이 형성 과정에 있다는 특수성을 고려하면, 국가는 아동의 인격권을 보호함에 있어 아동이 차별 받지 않고 성장하면서 자신의 인격을 형성할 수 있도록 환경을 마련할 필요가 있다. 아동복지법이 모든 아동이 자신 또는 부모의 성별, 연령, 종교, 사회적 신분, 재산, 장애유무, 출생지역, 인종 등에 따른 어떠한 종류의 차별도 받지 아니하고 자라나야 한다고 규정한 것은, 위와 같은 아동의 인격권 보호를 위한 기본이념을 법률로 구체화한 것이다(아동복지법 제2조 제1항). 아동은 스스로를 돕기 위한 능력을 형성 중인 존재이므로 많은 경우에 부모, 기관, 국가 등 타인의 특별한 보호와 돌봄이 필요하다. 타인이 아동에 대한 도움을 제공할 때는 아동의 이익을 최우선으로 고려하여야 하며, 이는 국가가 아동복지서비스를 제공함에 있어서도 준수하여야 할 기본이념으로서, 아동복지법은 이를 구체화하고 있다(아동복지법 제2조 제3항).
- 이 사건 이용아동규정이 청구인 아동들의 인격권을 침해하는지 여부를 판단함에 있어서는, 모든 아동이 차별 없이 성장하여 건전한 인격을 형성할 수 있도록 국가의 특별한 역할이 요청된다는 점, 국가가 아동의 인격을 형성하는 데 영향을 미칠 수 있는 아동복지서비스를 제공함에 있어서는 아동의 이익을 최우선적으로 고려하여야 한다는 점을 충분히 고려하여야 한다.
- 이 사건 이용아동규정은 청구인 운영자들이 지역아동센터를 취약계층 아동이

주로 이용하는 돌봄시설로 운영할 수밖에 없게끔 강제하는 것으로서, 지역아동 센터를 이용하려는 청구인 아동들은 진입 전에는 주저함과 망설임을, 진입 후에는 낙인감과 무력감을 경험하게 될 수 있다. 이 사건 사업안내는 시·군·구청장은 돌봄취약아동의 이용에 어려움이 발생하지 않도록 지역별 수요과약 등 지속적인 관리방안을 마련하도록 하고, 대기아동 명부를 작성·관리하면서 결원이 생겼을 시에는 돌봄취약아동에게 우선순위를 부여하도록 하는 등 이미 돌봄취약아동에 대하여 배려를 하고 있다. 또한 이 사건 이용아동규정에 대한 대안으로 바우처 제도를 도입하여 소득이나 가구 형태와 상관없이 누구나 지역아동센터에 지원할 수 있되, 소득이나 가구 형태에 따라 바우처 점수를 세분화하여 돌봄취약아동의 우선 이용이 가능하도록 하는 방법을 상정할 수 있다. 이로써 개별 지역아동센터의 이용아동 구성에 대한 변동성을 확보하여 이용아동의 부정적 감정이나 사회의 그릇된 평가를 최소화하고 돌봄 수요에 부합하는 탄력적인 운영을 가능하게 함으로써, 이 사건 이용아동규정이 달성하고자 하는 공익을 유지하면서도 청구인들의 기본권을 덜 제한할 수 있다. 특히 바우처를 다함께돌봄센터, 초등돌봄교실, 청소년방과후아카데미 등과 함께 이용할 수 있도록 방과 후 돌봄시설의 연계·통합을 전제로 제도를 설계한다면, 지역아동센터 이용아동이 입는 불이익 또는 낙인감이 개선될 수 있다. 따라서 이 사건 이용아동규정은 침해의 최소성에 위반된다.

- 2004년에 공부방을 지역아동센터로 전환한 것은 단순히 공부방을 법제화한 것에 그치는 것이 아니라 아동복지사업의 정책대상을 지역사회의 일반아동까지 확대하려는 의미가 있었다. 그런데 2011년 이후 이 사건 이용아동규정과 같이 취약계층 아동의 비율을 일정 이상으로 유지하도록 강제하는 규정이 도입되면서, 지역아동센터는 초기 목표와 달리 취약계층을 위한 전용시설로 후퇴하는 모습을 보이고 있다. 이용아동 선정기준은 해마다 더욱 세분화되어 수십 가지 항목을 나열하고 있는데, 이러한 세밀한 범주화는 오히려 분리와 낙인을 더 공고화할 우려가 있다. 이러한 경향이 지속될 경우 일반아동의 부모는 점차 지역아동센터에 자녀를 보내는 것을 기피하게 될 수 있고, 지역아동센터는 특정한 환경에 놓인 아동을 중심으로 고립되어 이용아동 모집에 어려움을 겪게 될 수 있다.
- 지역아동센터를 이용하는 아동들은 지역아동센터가 모든 아동들에게 보편적으

로 개방된 시설이 아니고, 이를 이용하기 위해서는 소득기준이나 가구특성기준을 충족하여야 한다는 사실을 자연스럽게 알게 된다. 지역아동센터의 이용아동이 특정한 기준을 만족하는 아동으로 구성되어 있다는 사실은 아동이 지역아동센터 서비스 이용에 진입하는 데 부정적인 영향을 미칠 뿐만 아니라, 기존의 이용아동들도 지역아동센터를 다닌다는 사실을 주변에 알리기 꺼리는 등 인격형성에 부정적인 영향을 미칠 우려가 있다. 이용아동의 경우 낙인의 경험은 아무리 짧게 노출되더라도 평생의 기억을 좌우할 수 있다는 점에서 이러한 우려를 가볍게 볼 수는 없다. 설령 이 사건 이용아동규정에 따라 아동이 직접적인 낙인감을 느끼지 않더라도 인격 형성에 있어 다양한 배경에서 성장한 아동을 접할 기회를 박탈하는 것 역시 인격권의 침해를 구성할 수 있다. 지역아동센터가 돌봄취약아동에 우선적인 보호를 제공하는 것이 전면적으로 금지되는 것은 아니나, 이 사건 이용아동규정과 같이 그 시설의 성격을 변화시킬 정도에 이르는 것은 지역아동센터의 목적과 기능을 저해하는 것으로서 아동의 인격권 보호를 위한 기본이념인 ‘아동의 차별 없는 성장’과 국가가 아동복지서비스를 제공함에 있어서 준수하여야 할 기본이념인 ‘아동 이익의 최우선 고려’에 반한다. 이 사건 이용아동규정을 통해 달성되는 돌봄취약아동에 대한 우선적인 돌봄서비스 제공이라는 공익에 비하여 위와 같은 목적 추구 과정에서 아동의 차별 없는 성장과 지역아동센터 운영의 자율성이 침해되는 등 청구인들의 기본권이 제한되는 정도가 중대하므로, 위 규정은 법익의 균형성을 준수하지 못하고 있다.

- 이 사건 이용아동규정은 과잉금지원칙에 위반하여 청구인 운영자들의 직업수행의 자유 및 청구인 아동들의 인격권을 침해한다.

결정의 의의

- 이 결정은, 지역아동센터 시설별 신고정원의 80% 이상을 돌봄취약아동으로 구성하도록 정한 보건복지부 지침의 기본권 침해 여부를 판단한 최초의 사례다.
- 법정의견은, 돌봄에 취약한 환경에 놓인 아동들에게 지역아동센터가 제공하는 돌봄서비스를 우선적으로 제공할 정당성과 필요성이 인정된다고 하면서, 지역아동센터 운영자의 직업수행의 자유 및 지역아동센터 이용아동의 인격권을 침해한다고 볼 수 없다고 하였다. 반면, 반대의견은 이 사건 이용아동규정을 통해 달성되는 돌봄취약아동에 대한 우선적인 돌봄서비스 제공이라는 공익에 비

하여 위와 같은 목적 추구 과정에서 아동의 차별 없는 성장과 지역아동센터 운영의 자율성이 침해되는 등 청구인들의 기본권이 제한되는 정도가 중대하므로 기본권을 침해한다고 보았다.