



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사 학위논문

추행의 개념에 관한 연구

2019 년 4 월

서울대학교 대학원

법학과 형사법전공

민 수 영

추행의 개념에 관한 연구

지도교수 이 상 원

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함

2019 년 4 월

서울대학교 대학원

법학과 형사법전공

민 수 영

민수영의 석사 학위논문을 인준함

2019 년 6 월

위 원 장 _____ (인)

부위원장 _____ (인)

위 원 _____ (인)

국문초록

형법 및 성폭력 범죄의 처벌 등에 관한 특례법 등 형사특별법에서는 일정한 구성요건 하에서 ‘추행’한 자를 처벌하고 있다. 법률에서는 ‘추행’에 대한 정의규정을 두지 않았기에 이에 대한 해석은 전적으로 법원에게 맡겨져 있었다. 그런데 현행 실무상 각종 ‘추행’죄로 처벌된 사례들을 보면 과연 ‘추행’이라는 하나의 행위태양으로 처벌이 가능한지 의문이 들 정도로 양상이 다양하고, 그 죄질도 하한과 상한의 범위가 매우 크다. 따라서 본 논문에서는 현행 실무상 추행의 개념 및 판단기준이 죄형법정주의의 원칙에 부합하는지 여부를 비판적 관점에서 살펴보고, 이에 대한 해결방안을 제시하고자 하였다.

우선 우리나라 추행죄 규정의 연혁을 살펴보고, 각국의 규정을 비교법적으로 검토하였다. 이를 통해 ‘추행’이라는 규범적 구성요건요소는 그 시대의 일반적인 성 관념 등에 따라 변화될 수 있는 개념이기는 하지만, 충분히 중립적이고 구체적인 개념으로 정의될 수 있고, 정의 가능한 개념임을 알 수 있었다.

이에 따라, 먼저 현행 실무상 추행의 개념 및 판단기준에 관하여 검토하였다. 대법원은 ‘추행이란 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 피해자의 성적 자유를 침해하는 것’이라고 하면서, ‘추행에 해당하는지는 피해자의 의사, 성별, 연령, 행위자와 피해자의 이전부터의 관계, 행위에 이르게 된 경위, 구체적 행위태양, 주위의 객관적 상황과 그 시대의 성적 도덕관념

등을 종합적으로 고려하여 신중히 결정되어야 한다.’는 판단 기준을 제시하고 있다. 그러나 대법원이 제시한 추행에 대한 개념정의는 다음과 같은 문제점이 있다. 첫째, ‘추행’과 같은 추상적 개념을 정의하면서 여전히 ‘성적 수치심’이나 ‘선량한 성적 도덕관념’과 같은 또 다른 추상적 개념을 사용하였으며, 그와 같은 추상적 개념에 대한 더 이상의 구체적 설명을 하지 않음으로써 여전히 다양한 해석의 가능성을 남겨두었다. 둘째, 형사적 처벌대상이 아니라 도덕적 비난으로서의 정의에 불과하다. ‘수치심’을 일으키는 행위나 ‘도덕관념’에 반하는 행위는 도덕적 비난의 대상일 뿐이다. 셋째, ‘추행’을 구성하는 특징적 개념 요소에 대한 설명이 없다. ‘추행’이 성립하기 위한 최소한의 필수적 개념 요소를 제시하지 아니한 바 ‘추행’에 관한 개념 정의로는 충분하지 않다.

또한 구체적 판례 사안을 통하여 대법원이 ‘추행’에 관한 위 판단기준을 각 개별 사안에서 어떻게 적용, 판단하는지 검토한 바, 다음과 같은 문제점이 있다. 첫째, 대법원이 제시한 판단 기준 중 일부(피해자의 연령, 성별)는 ‘추행’해당 여부를 판단하는 기준으로 적합하지 않다. 둘째, 각 사례에서 대법원이 제시한 구체적인 요소들(판단 기준)이 ‘추행’ 해당성 여부와 어떻게 연관되는지 그 논리적 연관성이 불분명하다. 따라서 그 판단기준들은 실질적으로는 추행의 판단기준으로서 작용하지 못한다. 셋째, 추행의 수단(폭행·협박 또는 위계·위력 등)과 추행 그 자체에 대한 판단을 동일시하거나 혼동하고 있다. 대법원이 제시하는 각 구체적인 요소들이 추행 수단의 존재유무를 판단하기 위한 것인지, 추행 해당성 여부를 판단하기 위한 것인지 불분명하다. 넷째, 대법원에서 고려하는 판단기준들이 각 사안마다 다르고, 어떠한 기준을 중점으로 보느냐에 따라 ‘추행’ 해당성 여부에 관한 판단이 달라지는 등 일관성이 부족하다.

이와 같은 문제의식을 바탕으로, 본 논문에서는 추행죄의 보호법익인 ‘성적 자기결정권’의 실체를 검토하고, 이에 따라 ‘추행’의 개념과 판단기준을 명확히 제시하고자 하였다. 성적 자기결정권은 ‘결정권’, 즉 의사결정의 자유라는 측면과 ‘신체의 침해’, 즉 신체 관련성이라는 두 개의 보호법익에 걸쳐있다는 점에 특징이 있는데, 추행죄의 보호법익인 성적 자기결정권은 이 두 가지 방향을 모두 고려하여야 한다고 보았다. 따라서 이러한 법익을 침해하는 행위로서의 ‘추행’이란 (성적)의사의 자유와 (성적)신체를 침해하는 행위, 즉 상대의 의사에 반한 성적 행위로서 신체 관련성이 있는 행위로 정의된다. 이에 따르면 추행의 주요 개념 요소는 1) ‘의사’에 반한 행위, 2) ‘성적’ 행위, 3) ‘신체’ 관련성이 있는 행위라는 점이다. ‘성적’행위란 ‘부부, 연인 사이에만 허용되는 애정·애무행위’이거나 인간의 내밀한 성행위로서 ‘자위행위나 그와 유사한 내밀한 성생활에 관한 행위’다. 이에 해당하는지 여부는 사회 일반적인 평균인의 입장, 즉 객관적인 입장에서, 행위 그 자체를 기준으로 판단하여야 한다. 다만 그 행위 자체의 속성을 명확히 판단하기 위해서는 그 행위를 둘러싸고 있는 여러 가지 요소들을 종합적으로 고려하여야 할 것이다. 또한 상대방의 의사에 반한 성적 행위는 그 상대방의 신체와 관련된 때에 추행이 된다. 본 요소는 ‘비접촉 추행행위’의 인정가능성과 관련하여 문제되는데 신체적으로 ‘접촉’하지 않더라도 ‘신체와 관련성’이 인정된다면 추행에 해당함에는 문제없을 것이다. 그러나 그러한 경우는 매우 드물고, 대부분의 경우 신체적 접촉을 수반하는 유형이 될 것이다.

이와 같이 ‘추행’을 개념 정의한다면 보다 명확성의 원칙에 부합하는 해석이 될 것이다. 또한, 이러한 개념 정의가 가능하다면 현행 입법화의 방식에서 벗어나서 ‘추행’의 행위태양 그 자체의 중대성 유무에 따라 행

위태양 및 법정형을 유형화하여 규정하는 방안도 가능한 바, 책임주의의 원칙에도 더욱 부합할 것이다.

주요어 : 죄형 법정주의, 강제추행, 추행행위, 추행의 개념, 성적행위,
성적 자기결정권, 명확성의 원칙, 책임주의

학 번 : 2015-22979

목 차

제 1 장 서론	1
제 1 절 연구의 목적	1
제 2 절 연구의 범위와 방법	3
제 2 장 일반론	5
제 1 절 추행죄 규정의 연혁	5
1. 의용형법	5
2. 일본개정형법가안	6
3. 제정형법	7
4. 형법개정	9
5. 특별법의 제·개정	10
가. 성폭력 범죄의 처벌 등에 관한 특례법	11
나. 아동·청소년의 정보보호에 관한 법률	12
제 2 절 형사법상 추행죄의 규정체계	13
1. 유형화의 기준	13
2. 강제추행, 준강제추행	14
3. 위계·위력에 의한 추행	16
4. 단순추행	17
5. 그 밖의 특별법상 가중처벌 규정	19
6. 추행죄의 규정체계	19
제 3 장 비교법적 검토	20
제 1 절 미국	20
1. 모범형법 상 추행죄에 관한 조항	20
2. 모범형법 개정안	23

3. 특징 및 시사점	29
제 2 절 영국	29
1. 성범죄법	29
2. 영국 성범죄법상 추행죄에 관한 규정	30
3. 상대방의 동의 없는 성적 접촉	33
4. 특징 및 시사점	35
제 3 절 독일	36
1. 독일 형법	36
2. 구 독일형법 상 성적강요죄	37
3. 독일 형법 상 성적강요죄 및 추행죄	39
4. 특징 및 시사점	41
제 4 절 일본	42
1. 일본 형법	42
2. 일본 성범죄법상 추행죄에 관한 규정	43
3. 특징 및 시사점	44
제 5 절 우리나라 법 체계와의 비교	45
제 4 장 실무상 ‘추행’의 개념과 판단기준	46
제 1 절 문제의 소재	46
제 2 절 학설의 입장	47
1. 주관설과 객관설의 대립	47
2. 중대성을 요하는지 여부	49
3. 검토	50
제 3 절 법원의 입장	52
1. 대법원이 제시한 ‘추행’의 개념, 판단기준	52
가. ‘추행’의 개념과 기준에 관한 일반적인 법리	52
나. 일부 수정된 법리	53
다. 검토	53

2. 구체적 사례를 통해 본 법원의 입장	54
가. 사례 1	54
나. 사례 2	61
다. 사례 3	68
라. 사례 4	71
마. 사례 5	76
제 4 절 헌법재판소의 입장	77
제 5 절 실무상 개념 및 판단기준의 문제점	81
1. 개념정의의 문제점	81
가. 개념 정의의 추상성	81
나. 도덕적 비난으로서의 정의	82
다. 주요 개념 요소의 부재	82
2. 판단기준의 문제점	83
가. 부적절한 판단기준	83
나. 결론과의 논리적 연관성의 부재	84
다. 추행의 수단에 대한 판단과의 혼동	85
라. 비 일관된 판단기준	86
제 5 장 ‘추행’의 개념과 판단기준에 대한 제안	87
제 1 절 보호법익으로서의 ‘성적 자기결정권’	87
1. 의의 및 근거	87
2. 형법상 보호법익으로서의 ‘성적 자기결정권’	89
가. 헌법상 기본권이자 형법상 보호법익으로서의 ‘성적자기결정권’	89
나. ‘성적 자기결정권’의 두 가지 방향성	90
3. ‘성적 자기결정권’에 대한 여러 가지 해석들	92
가. 성적인 의미를 가지는 인격침해적 성격의 신체침해	92
나. 의사에 반하는 유형력 행사로서 성적 자유를 침해하는 행위	93
다. 개인의 신체적·정신적 정체성, 성의 완전성	94
라. ‘성적 의사결정의 자유’와 ‘성적 행동의 자유’	95

4. 검토	96
제 2 절 ‘추행’의 개념과 판단기준	97
1. 피해자의 ‘의사’에 반한 행위	98
2. ‘성적’인 행위	98
가. ‘성적’인 행위의 의미	99
나. 판단 기준	100
다. 구체적 사례에의 적용	101
3. ‘신체 관련성’이 있는 행위	104
가. ‘비접촉’ 추행행위의 인정가능성	104
나. ‘신체 관련성’이 있는 행위	108
다. 구체적 사례에의 적용	110
제 3 절 구체적 사례에의 적용	112
제 4 절 논의의 실익	115
1. 명확성의 원칙	115
2. 추행의 행위태양에 따른 유형화	116
제 6 장 결론	117
참고문헌	120
Abstract	126

표 목 차

[표 1] 강제추행 및 준강제추행의 피해자별 규정체계	15
[표 2] 위계·위력 추행의 피해자별 규정체계	17
[표 3] 단순 추행의 피해자별 규정체계	18
[표 4] 유형력의 수단 및 피해자에 따른 추행죄의 규정체계	19
[표 5] 구체적 사례에의 적용	114

제 1 장 서론

제 1 절 연구의 목적

형법 및 성폭력 범죄의 처벌 등에 관한 특례법 등 특별법에서는 일정한 구성요건 하에서 ‘추행’을 한 자를 처벌하고 있다. ‘추행’이라는 개념은 제정형법 이래로 사용되어 온 용어이지만, 또 한편으로는 국어사전적으로도 명확히 그 개념을 파악하기 어려운 개념이기도 하다. 그러나 형법 및 특별법에서는 ‘추행’ 개념에 대한 정의규정을 두지 않았기에 위 규정들의 적용 및 해석은 전적으로 법원의 해석에 맡겨져 있었다.

대법원에서는 ‘추행’이란 ‘객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 피해자의 성적 자유를 침해하는 것’이라 정의하였다. 그러나 법원의 위와 같은 정의규정 만으로는 ‘추행’이라는 행위가 무엇인지 알기 어렵다. ‘추행’이라는 추상적인 개념을 정의하면서 재차 ‘성적 수치심이나 혐오감’, ‘선량한 성적 도덕관념’ 등의 추상적인 개념을 사용하였으며, 그와 같은 추상적 개념에 대한 더 이상의 구체적 설명을 하지 않음으로써 여전히 여러 가지 해석의 가능성을 남겨두었기 때문이다. 뿐만 아니라 ‘수치심’을 일으키는 행위나 ‘도덕관념’에 반하는 행위는 도덕적 비난의 대상일 뿐 형사적 처벌 대상의 행위로는 보기 힘들어 개념 정의 그 자체로도 문제가 있다. 이에 이어 최근 대법원은 비접촉 행위에 의한 추행¹⁾ 및 추행의 미수범²⁾을 인정하는 단계에까지 이르렀다. 그런데 그러한 결론에 이르는 과

1) 대법원 2013. 1. 16. 선고 2011도7164, 2011전도124 판결

정을 보면, 논리적 검토과정이나 법리를 구체적으로 제시한 것이 아니라 기존의 ‘추행’에 관한 개념정의와 판단기준을 나열하는 것에 불과하였다. 결국 대법원은 실질적으로 ‘추행’의 외연을 지속적으로 확장하고 있음에도 불구하고 그 기준이나 방향성은 제시하지 않고 있는 상태이다. 이는 성폭력 범죄의 엄벌화를 부르짖는, 그리고 시대에 따른 성적 감수성의 변화를 따라가고 처벌의 필요성에 따른 해석이라고도 볼 수 있으나 한편으로는 형벌의 보충성의 원칙과 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배되는 것이기도 하다. 과연 형사법상 처벌 대상이 되는 ‘추행’행위는 무엇이고, 비 범죄의 영역인 ‘신체적 접촉’과 구별되는 기준은 무엇인가.

본 논문에서는 위와 같은 문제의식을 바탕으로 형사 처벌의 대상이 되는 ‘추행’의 개념과 판단기준을 명확히 설정하고자 하였다. 이를 위해 추행죄 규정의 연혁을 살펴보고, 우리나라 추행죄 규정에 대응하는 각국의 규정을 비교법적으로 검토하여 구체적인 정의방식 및 그 가능성을 모색하였다. 판례의 구체적인 사례를 통하여 대법원이 실시한 ‘추행’의 개념 및 판단기준에 관한 법리를 비판적으로 분석한 후, 그에 대한 대책으로서 ‘추행’의 개념과 판단기준을 명확히 제시하는 것을 목적으로 한다.

2) 대법원 2015.9.10. 선고 2015도6980 판결[신체적 접촉 없이 단순히 ‘양 팔을 높이 들어 피해자를 껴안으려다 멈춘 행위’를 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제7조 제3항(아동·청소년에 대하여 형법 제298조의 강제추행죄를 범한 경우)미수죄로 인정하였다]

제 2 절 연구의 범위와 방법

본 논문은 형사법상 ‘추행’의 개념과 판단기준에 관한 판례의 입장을 검토하여 문제점을 파악한 후 그에 대한 해결방안을 제시하고자 하였다. 추행과 관련된 행위를 처벌하는 법률에는 형법, 성폭력 범죄의 처벌 등에 관한 특례법, 아동·청소년의 성범죄에 관한 법률, 군형법 등이 있는데, 본 논문에서 말하는 ‘형사법상’ 추행은 군형법을 제외한 형법과 형사특별법 상 추행의 개념 및 판단기준에 관한 것이다³⁾.

이를 위해, 먼저 형법 및 형사특별법 상 각종 추행죄의 제·개정 배경을 검토하여 ‘추행’이라는 규범적 요소가 형법에 들어오게 된 연혁적 배경 및 시대에 따른 변화과정을 살펴보고, 현재 형사법상 추행죄 규정을 유형화하여 정리하고자 한다(제2장).

또한 각국에서 우리나라의 추행죄에 상응하는 행위를 어떻게 규정 및 처벌하고 있는지, 구체적인 정의 및 그 방식이 어떠한지 비교법적으로 검토하고자 한다(제3장).

이후 강제 추행죄 적용에 관한 학설과 판례의 입장을 검토하고, 특히 구체적인 판례 사안을 통하여 현행 판례의 추행에 대한 정의 및 판단기

3) 군형법 상 추행죄는 ‘개인의 성적 자기결정의 자유’를 보호법익으로 하는 일반적인 성폭력범죄들과 달리, ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 사회적 법익을 보호법익으로 하고 있기 때문에(헌법재판소 2016. 7. 28. 선고 2012헌바258결정 등 참조), 당사자 간 합의에 의한 성적 행위도 모두 처벌하는 등 형법 및 형사특별법 상 ‘추행’의 개념과 달리 해석하고 있는 바, 이에 대해서는 본 논문에서는 다루지 않기로 한다.

준의 문제점을 파악하고자 한다. 본 논문에서 해석 대상으로서 추출한 판례는 형법 및 형사 특별법의 ‘추행’에 관한 죄를 다룬 판례들을 대상으로 하였고, 이 중 최근 대법원 판결로서 ‘추행’의 개념에 관한 판시내용이 있는 것, 원심과 그 결론이 달라진 것을 중심으로 하였고, 하급심 판례이더라도 ‘추행’의 개념정의에 관하여 필요한 경우 이를 분석하였다(제4장).

이후 강제 추행죄의 보호법익인 ‘성적 자기결정권’에 대한 검토를 바탕으로, 본 논문에서는 ‘추행’을 ‘상대방의 의사에 반하는 성적 행위로서 신체 관련성이 있는 행위’로 정의하였다. 또한 위와 같은 ‘추행’의 개념과 기준을 앞서 살핀 판례의 각 사례에 대입하여 본 논문의 정의가 구체적 사례에서 ‘추행’여부를 판단하기 위한 구체적인 기준이 될 수 있음을 논증하였다. 뿐만 아니라 이와 같이 ‘추행’을 개념정의 함으로써 유형력의 수단이나 피해자를 기준으로 추행죄를 유형화하는 방법에서 벗어나, 행위태양 그 자체의 중대성 여부로 유형화할 수 있는 가능성을 제시하였다. 이는 곧 형사법상 각종 추행죄 규정의 해석에 있어 죄형법정주의의 명확성의 원칙 및 책임주의의 원칙에 부합할 수 있는 방안이 될 것임을 제안하고자 한다(제5장).

제 2 장 일반론

제 1 절 추행죄 규정의 연혁

1. 의용형법

제176조 13세 이상의 남녀에 대하여 폭행 또는 협박으로 외설(猥褻)의 행위를 한 자는 6월 이상 7년 이하의 징역에 처한다. 13세 미만의 남녀에 대하여 외설의 행위를 한 자도 또한 같다.⁴⁾

1912년 조선 형사령 제1조에 의해 당시 일본형법(1907년 제정)이 우리나라에도 적용되었다. 의용형법에서 오늘날의 강제 추행죄에 대응하는 규정은 ‘제22장 외설, 간음, 중혼에 관한 죄’의 장에 규정되어 있는 위 조문이다. 당시에는 강간, 강제 추행죄를 포함하여 간통죄, 중혼죄 등을 위장에서 함께 규정하고 있었는데, 보호법익인 여성의 정조권을 개인적 법익에 대한 침해로 보기보다는 공공의 질서에 관한 사회적 법익의 침해로 이해하고 있었기 때문에 혼인 등과 관련된 질서위반 행위와 함께 다룬 것이다⁵⁾. 일본 형법이 이와 같이 공공의 법익과 풍속의 차원에서 ‘외설, 간음 및 중혼의 죄’로 분류함으로써 식민지 형법이 개인의 섹슈얼리티에 관여하는 차원은 근대국가 일반이 개인의 섹슈얼리티에 관여하는 형태보다 훨씬 공식적인 법리를 취할 수밖에 없는 구조를 취하고 있었다.⁶⁾

4) 주요 구 법령집, 법원행정처, 1987, 662면

5) 한봉석, 정조(貞操) 담론의 근대적 형성과 법제화-1945년 이전 조일(朝日) 양국의 비교를 중심으로, 성균관대학교 인문학연구원, 인문과학, 제55권, 2014, 200~201면

또한, 행위태양은 ‘추행’이 아니라 ‘외설(猥褻)행위’로 규정하였다. 일본 국어사전에 따르면 ‘외설’이란 남녀의 성에 관한 것을 건전한 사회풍습에 반하는 태도 방법으로 취하는 것, 성적으로 불쾌하고 난잡한 것을 뜻하고⁷⁾, 일본 학계에서는 ‘성욕을 자극, 흥분 또는 만족시키는 행위로서 보통인의 성적 수치심을 해하고, 선량한 성적 도의관념에 반하는 행위’라고 해석한다.⁸⁾ 일본 판례 역시 ‘오로지 성욕을 흥분 또는 자극시키고, 나아가 보통인의 성적 수치심을 해하고, 선량한 성적 도의관념에 반하는 것’이라고 하여 학설과 큰 차이를 보이지 않는다.⁹⁾ ‘외설’에 대한 이와 같은 정의는 현재 대법원의 ‘추행’에 대한 해석과 유사한 바, 결국 의용형법 시절의 행위태양으로서의 ‘외설’이 현행 형법상 ‘추행’으로 용어만 바뀌었을 뿐, 그 개념은 동일하게 해석된다¹⁰⁾고 볼 수 있겠다.

2. 일본개정형법가안

제389조 폭행 또는 협박으로써 사람에게 대하여 외설의 행위를 한 자는 6월 이상 7년 이하의 징역에 처한다.

제390조 사람의 심신상실 또는 항거 불능함을 타서 간음 또는 외설의 행위를 한 자는 전 2조의 죄에 의한다.

제393조 미성년자 또는 심신미약의 부녀에 대하여 위계 또는 위력을 사용하여 이를 간음한 자는 5년 이하의 징역에 처한다.

6) 앞의 논문, 201면

7) <https://sakura-paris.org/dic>

8) (前田 외, 444頁), 이경재, 강제추행죄를 둘러싼 몇 가지 문제점, 형사판례연구[23], 2015, 189면에서 재인용

9) (最大判昭32.3.13集11-3-997), 이경재, 앞의 논문, 189면에서 재인용

10) 장다혜, 형법상 성폭력법체계의 개선방향 : 성적 자기결정권의 의미구성을 중심으로, 여성학논집 제35집 제2호, 2018, 55면

제396조 13세에 달치 않은 부녀를 간음하며 또는 13세에 달치 않은 남녀에 대하여 외설의 행위를 행한 자는 제389조 제390조 또는 제392조의 예에 의한다.¹¹⁾

일본개정형법가안에서는 ‘외설, 간음, 중혼의 죄’라는 장에서 함께 구성하던 성범죄들을 비로소 개인적 법익과 사회적 법익으로 분화시켜 ‘제35장 간음의 죄’와 ‘제25장 풍속을 해한 죄’로 나누어 규정하였다. 이에 따라 강제 추행죄 등은 ‘제35장 간음의 죄’에 규정된 것이 특징이다. 이와 같은 편제는 우리나라 제정형법에도 영향을 미쳤다.

또한 일본개정형법가안은 우리나라 제정형법 중 추행죄 전반의 행위태양 및 구성요건 등과 거의 유사한 바, 우리나라 제정 형법에 큰 영향을 미친 것으로 보인다. 추행의 수단인 유형력 행사를 폭행·협박, 위계·위력으로 나누고 그 종류 및 피해 상대방에 따라 적용법조와 형량을 구별하여 규정하고 있는 점, 미성년자 또는 심신 미약자에 대해서는 위계·위력에 의한 추행도 처벌되고, 13세 미만자에 대한 의제간음 및 의제강제 추행규정을 둔 것까지 제정형법과 거의 유사한 구조를 가지고 있다.

3. 제정형법

제298조(강제추행) 폭행 또는 협박으로써 사람에게 대하여 추행을 한 자는 10년 이하의 징역 또는 5만원 이하의 벌금에 처한다.

11) 중국 형법전·만주 형법전·소련 형법전 및 일본개정형법가안, 법무부 법무실, 1948, 69~70면

제299조(준강간, 준강제추행) 사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 간음 또는 추행을 한 자는 전2조의 예에 의한다.

제302조(미성년자등에 대한 간음) 미성년자 또는 심신 미약자에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음 또는 추행을 한 자는 5년 이하의 징역에 처한다.

제305조(미성년자에 대한 간음, 추행) 13세미만의 부녀를 간음하거나 13세 미만의 사람에게 추행을 한 자는 제297조, 제298조 또는 제301조의 예에 의한다.

제306조(고소) 제297조 내지 제300조와 제302조 내지 전조의 죄는 고소가 있어야 논한다.

1953년 9월 18일 공포되어 같은 해 10월 3일부터 시행된 제정형법에서 ‘추행’이라는 개념이 등장하였다. 정부초안에서는 ‘외설행위’로 정하였고, 그 외 법제사법위원회와 국회의원수정안에서도 ‘외설행위’라 규정되어 있었으나, 제정형법에서 ‘추행’으로 수정되었다.¹²⁾ 그러나 앞서 본 바¹³⁾와 같이 ‘외설’이 ‘추행’으로 그 용어만 변경되었을 뿐 개념은 동일하게 해석되어 왔다.

또한 앞서 본 바와 같이 제정형법은 성범죄에 관한 죄를 사회적 법익에 관한 죄와 개인적 법익에 관한 죄로 나뉘어 규정하는 등 일본개정형법가안의 영향을 크게 받았다. 그러나 강간 및 강제추행 등이 담긴 본장의 제목을 ‘정조에 관한 죄’로 정한 것은 일본개정형법가안에서 본장의 제목을 ‘간음의 죄’로 정한 것과 구별되는 점이다. 이와 같이 ‘여성의 정

12) 신동운, 형법 제·개정 자료집, 한국형사정책연구원, 2009, 463면

13) 본 논문 5면

조’가 형법상 보호법익으로 구체화한 것은 여전히 본 장의 범죄구성을 식민지 시기와 다름없이 ‘부녀의 정조’를 핵심으로 했기 때문이고, 이는 성적 주체로서의 지위를 여성으로부터 박탈하고 부녀의 지위로 격하시킨 것으로 여성의 성을 공공의 법익으로 간주하던 식민지 시기의 담론적 관행이 이어진 것이라고 평가한다¹⁴⁾.

한편 본장에서 규율하는 범죄의 행위태양은 간음과 추행의 두 가지 유형으로 한정하였다. ‘추행’죄의 경우 강제추행을 기본적 구성요건으로 한바, 유형력이 수반되는 행위를 처벌한다는 원칙을 기본으로 상정하였다. 다만 피해자의 연령(13세 미만자, 미성년자, 성년자)에 따라 그 행위에 이르는 수단(의제 강제추행, 위계·위력, 폭행·협박)을 완화하거나 각 수단별로 분류하여 규정하였으며, 준강제추행 방식의 범행도 규율하였다는 점에 특징이 있다. 또한 본 장에 해당하는 범죄에 대해서는 강간등치사상 죄 외에는 모두 친고죄로서 6개월 이내에 고소가 있어야 처벌할 수 있도록 하였다.

4. 형법개정

형법 제32장에 관하여는 크게 2차례 개정(1995년, 2012년)이 있었다.¹⁵⁾

1995년 개정은 형법 제32장의 제목을 ‘강간과 추행에 관한 죄’로 변경한 것이다. 제정형법 이래 본 장은 ‘정조에 관한 죄’로 규정되어 있었으나, 1995년 개정으로 비로소 형법에서 ‘정조’라는 보호법익이 삭제되었다.

14) 한봉석, 앞의 논문, 201면

15) 그 외에도 2010. 4. 15. 개정으로 제305조의 2(상습범) 규정을 신설하거나 2018. 10. 16. 개정으로 제303조(업무상위력에 의한 간음)의 벌금형을 상향하는 등의 개정이 있었다.

2012년에는 형법의 ‘강간과 추행에 관한 죄’에 관하여 큰 폭의 개정이 있었다. 개정 목적은 변화된 시대 상황을 반영하여 다양화된 성범죄에 효과적으로 대처하기 위함이라한다¹⁶⁾. 주요 개정 내용으로는 ① 유사강간죄를 신설¹⁷⁾하고 관련규정을 정비한 점, ② 성범죄의 객체를 ‘부녀’에서 ‘사람’으로 확대한 점¹⁸⁾, ③ 성범죄의 친고죄 규정을 폐지하고 ④ 혼인빙자간음죄 규정을 삭제한 점이다. 이에 따라 종전에 ‘간음’과 ‘추행’으로 이분화된 형법상 성폭력범죄에 관한 규정은 ‘간음’과 ‘유사강간’, 그리고 ‘추행’으로 분류되었다. 또한 친고죄로서 6개월 내 고소가 없으면 처벌받지 않던 성폭력범죄에 대해 고소 여부를 불문하고 처벌을 할 수 있도록 개정하였다. 그러나 추행죄 자체의 규정내용과 체계에 있어서는 제정형법 당시와 크게 달라진 바가 없다.

5. 특별법의 제·개정

성범죄와 관련한 특별법은 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 ‘성폭법’이라 한다)과 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(이하 ‘아청법’이라 한다)이 있다.

16) <http://www.law.go.kr/LSW/lsRvsRsnListP.do?lsId=001692&chrClsCd=010202&lsRvsGubun=all>

17) 형법 제297조의2 [유사강간] 폭행 또는 협박으로 사람에게 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.

18) 이는 성범죄 중에서도 ‘강간’과 관련한 내용이다. 제정형법 당시부터 ‘추행죄’의 객체는 사람이었다.

가. 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법

성폭법은 1994. 1. 5. 제정된 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률을 모체로 한다. 성폭법은 해마다 증가하고 날로 흉포화되고 있는 성폭력 범죄의 근본적 예방을 위하여¹⁹⁾ 13세 미만의 미성년자에 대한 성폭력 범죄를 강화하는 등의 내용을 담아 2010. 4. 15. 제정되었고, 2012. 12. 18. 전면 개정으로 모든 범죄를 비 친고죄화 하였다.

현 성폭법(2018. 12. 18. 시행, 법률 제15977호)에서 추행과 관련된 부분은, 형법상 강제추행, 준강제추행의 가중처벌규정으로서 특수강도 강제추행(제3조), 특수 강제추행(제4조), 친족관계에 의한 강제추행(제5조), 장애인에 대한 강제추행(제6조)규정, 그 외 독자적 처벌규정으로서 장애인에 대한 위계·위력 추행(제6조 제5항)규정 등이 있다.

19) <http://www.law.go.kr/LSW/lsRvsRsnListP.do?lsId=011187&chrClsCd=01020&lsRvsGubun=all>, 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률이 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례와 성폭력범죄의 피해자 보호 등에 관한 사항을 함께 규정하고 있어 각 사항에 대한 효율적 대처에 한계가 있으므로 성폭력범죄의 처벌에 관한 사항을 분리하여 이 법을 제정함. 최근 성폭력범죄는 해마다 지속적으로 증가하고 있고 날로 흉포화되고 있으며, 다른 범죄에 비해 재범가능성이 높고 은밀하게 행해지므로 이를 근본적으로 예방하기 위해서는 성 범죄자에 대한 처벌 강화와 재범방지 등을 위한 제도의 보완이 필요하므로, 13세 미만의 미성년자에 대한 성폭력범죄의 처벌을 강화하고, 음주 또는 약물로 인한 심신장애 상태에서 성폭력범죄에 대해서는 「형법」상 형의 감경 규정을 적용하지 않을 수 있도록 하며, 미성년자에 대한 성폭력범죄의 공소시효는 해당 성폭력 범죄로 피해를 당한 미성년자가 성년에 달한 날부터 진행하도록 하고, 성인 대상 성범죄자의 신상정보를 인터넷에 등록·공개하도록 하는 등 성범죄자의 처벌 강화와 재범방지 등을 위한 제도를 보완하려는 것임.

또한 추행죄와는 별개의 독자적 구성요건으로, 성적 목적을 위한 다중 이용장소 침입행위(제12조), 통신매체를 이용한 음란행위(제13조)나 카메라 등을 이용한 촬영(제14조)행위 등 ‘추행’의 개념에는 포섭되기 어렵지만 처벌 필요성이 있는 성범죄 행위들을 독자적 구성요건으로서 규정하였다.

나. 아동·청소년의 성보호에 관한 법률

아청법은 청소년성보호법(2000. 2. 3. 제정)을 모체로 하여 2009. 6. 9. 전면개정되었다. 제정취지는 아동·청소년의 성보호를 더욱 강화하는 한편, 성범죄자들의 신상정보 공개 및 그와 관련한 제도의 개선점을 보완하려는 것이라 한다.²⁰⁾ 이후 2012. 12. 18. 개정으로 모든 범죄가 비친고죄화 되었다.

현 아청법(2018. 9. 14. 시행, 법률 제15452호) 상 추행과 관련된 부분은, 아동·청소년에 대한 강제추행 및 준강제추행, 위계·위력 추행(제7조) 규정과 장애 아동·청소년에 대한 규정(제8조)이다.

20) <http://www.law.go.kr/LSW/lsRvsRsnListP.do?lsId=002044&chrClsCd=010202&lsRvsGubun=all>, 제명을 「청소년의 성보호에 관한 법률」에서 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」로 개정하여 아동도 이 법에 따른 보호대상임을 명확히 하고, 아동·청소년을 대상으로 한 유사 성교 행위 및 성매수 유행위 처벌 규정을 신설하며, 성범죄 피해자 및 보호자에 대한 합의 강요 행위를 처벌하는 규정을 신설하도록 하여 아동·청소년의 성보호를 더욱 강화하는 한편, 아동·청소년 성범죄자는 재범가능성 및 범죄의 경중 등을 고려하여 정보통신망을 통하여 신상정보를 공개하도록 함으로써 아동·청소년 성범죄에 대한 경각심을 제고하고, 양벌규정을 보완하며, 의무의 실효성 확보를 위한 과태료를 신설하는 등 제도 전반의 미비점을 개선하고 보완하려는 것임.

제 2 절 형사법상 추행죄의 규정체계

1. 유형화의 기준

형법상 추행죄의 기본적 구성요건은 형법 제298조의 강제추행이다²¹⁾. 즉, ‘추행죄’는 기본적으로 ‘사람’에 대하여 ‘폭행·협박’으로 ‘추행’을 하는 경우 처벌되는 것이고, 일정한 경우 그 유형력의 수단이 완화된 경우에도 처벌할 수 있도록 하거나, 피해자의 특성이나 연령에 따라 가중 처벌하도록 하고 있다.

따라서 추행죄는 우선 그 수단으로 사용된 유형력의 정도(폭행·협박, 심신상실 또는 항거불능, 위계·위력, 단순추행)에 따라 강제추행, 준강제추행, 위계·위력추행, 단순추행 등으로 분류된다. 각 유형은 피해자의 연령(13세 미만, 미성년자, 성인)이나 특성(장애)에 따라 또다시 분류하여 규정된다. 그 외 피해자의 특성(연령, 장애유무)이나 행위자의 특성(주거침입강제추행 등, 특수강도강제추행 등, 특수강제추행 등)에 따라 가중 처벌하는 규정이 있고, 또한 특별법에서 피해자의 특성(장애인에 대한 위계·위력으로 추행 등)이나 피해자와의 관계(친족관계에 의한 강간 등) 등에 따라 또는 특정한 행위 유형(공중밀집장소에서의 추행 등)을 독립적 구성요건으로 규정한 조항도 있다. 결국 우리 형사법상 추행죄는 행위태양을 ‘추행’이라는 추상적인 규범적 구성요건요소로 묶어놓은 채 이에 이른 수단으로서의 유형력의 행사의 정도에 초점을 맞추어 구성요건을 규정하는 방식을 띠고 있다.

21) 한국사법행정학회, 편집대표 김대휘/김신, 주석 형법(제5판), 2017, 242면

이에 따라 아래에서도 추행죄를 크게 강제추행 및 준강제추행, 위계·위력에 의한 추행, 단순추행으로 분류한 후, 각 유형별로 피해자의 연령과 특성에 따라 세분화된 규정체계를 살펴보고자 한다.

2. 강제추행 및 준강제추행

폭행·협박을 사용하거나, 사람의 심신상실 또는 항거불능을 이용하여 사람을 추행한 경우 처벌된다. 형법 제298조²²⁾에서는 폭행·협박으로서 추행을 한 경우, 제299조²³⁾에서는 사람의 심신상실 또는 항거불능을 이용하여 추행을 한 경우 이를 처벌하도록 규정하고 있다. 다만 위와 같은 방법으로 추행을 하였더라도, 피해자의 연령(13세 미만, 13세~18세)과 장애유무(장애인, 아동·청소년인 장애인)에 따라 피해자가 13세 미만인 경우 성폭법 제7조 제3항, 제4항에 의하여²⁴⁾, 미성년자(13세~18세)인 경우 아동법 제7조 제3항, 제4항에 의하여²⁵⁾, 장애인인 경우에는 성폭법 제

22) 형법 제298조(강제추행) 폭행 또는 협박으로 사람에 대하여 추행한 자는 10년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다.

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

24) 성폭법 제7조(13세 미만의 미성년자에 대한 강간, 강제추행 등) ③ 13세 미만의 사람에 대하여 「형법」 제298조(강제추행)의 죄를 범한 사람은 5년 이상의 유기징역 또는 3천만원 이상 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

④ 13세 미만의 사람에 대하여 「형법」 제299조(준강간, 준강제추행)의 죄를 범한 사람은 제1항부터 제3항까지의 예에 따라 처벌한다.

25) 아동법 제7조(아동·청소년에 대한 강간·강제추행 등) ③ 아동·청소년에 대하여 「형법」 제298조의 죄를 범한 자는 2년 이상의 유기징역 또는 1천만원 이상 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

④ 아동·청소년에 대하여 「형법」 제299조의 죄를 범한 자는 제1항부터 제3항까지의 예에 따른다.

6조 제3항, 제4항에 의하여²⁶⁾ 각 가중 처벌된다. 이를 표로 정리하면 아래와 같다.

피해자 유형력의 수단	19세 이상	13세~18세	13세 미만	장애인
	폭행·협박 으로 추행	형법 제298조 10년 이하의 징역 또는 1,500만 원 이하의 벌금	아청법 제7조 제3항 2년 이상의 유기징역 또는 1천만원 이상 3천만원 이하의 벌금	성폭법 제7조 제3항 5년 이상의 유기징역 또는 3천만원 이상 5천만원 이하의 벌금
심신상실 또는 항거불능 의 상태를 이용하여 추행	형법 제299조 위와 동일 (제298조의 예에 따름)	아청법 제7조 제4항 위와 동일 (제3항의 예에 따름)	성폭법 제7조 제4항 위와 동일 (제3항의 예에 따름)	성폭법 제6조 제4항 위와 동일 (제3항의 예에 따름)

표 1. 강제추행 및 준강제추행의 피해자별 규정체계

26) 성폭법 제6조(장애인에 대한 강간·강제추행 등) ③ 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람에 대하여 「형법」 제298조(강제추행)의 죄를 범한 사람은 3년 이상의 유기징역 또는 2천만원 이상 5천만원 이하의 벌금에 처한다. ④ 신체적인 또는 정신적인 장애로 항거불능 또는 항거곤란 상태에 있음을 이용하여 사람을 간음하거나 추행한 사람은 제1항부터 제3항까지의 예에 따라 처벌된다.

3. 위계·위력에 의한 추행

형법 제302조에서는 위계·위력으로 미성년자와 심신 미약자를 추행한 경우 처벌하도록 규정하였다.²⁷⁾ 위계·위력으로 성년자를 추행한 경우에는 처벌되지 않는다. 이와 함께 동일한 방법을 사용하였다도 피해자가 미성년자인 경우²⁸⁾, 13세 미만인 경우²⁹⁾ 및 장애인인 경우³⁰⁾는 특별법에 의해 가중 처벌되도록 규정하였다. 특히 위계·위력으로 미성년자인 피해자를 추행한 경우 아청법 제7조 제5항이 형법의 특별법으로서 먼저 적용됨으로 인하여 형법 제302조는 심신 미약자에 대한 추행의 경우에만 적용되게 되었다.

특이한 점은, 아청법 및 성폭법 상의 위계·위력에 의한 추행 조항의 처벌규정은 모두 각 위 특별법상의 강제추행에 관한 조항에 의하도록 함으로써, 유형력의 수단에 따라 법정형에 차등을 두지 않았다는 것이다. 이는 입법상의 과오로 보인다. 표로 정리하면 아래와 같다.

-
- 27) 형법 제302조(미성년자 등에 대한 간음) 미성년자 또는 심신미약자에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음 또는 추행을 한 자는 5년 이하의 징역에 처한다.
- 28) 아청법 제7조(아동·청소년에 대한 강간·강제추행 등) ⑤ 위계 또는 위력으로써 아동·청소년을 간음하거나 아동·청소년을 추행한 자는 제1항부터 제3항까지의 예에 따른다.
- 29) 성폭법 제7조(13세 미만의 미성년자에 대한 강간, 강제추행 등) ⑤ 위계 또는 위력으로써 13세 미만의 사람을 간음하거나 추행한 사람은 제1항부터 제3항까지의 예에 따라 처벌한다.
- 30) 성폭법 제6조(장애인에 대한 강간·강제추행 등) ⑥ 위계 또는 위력으로써 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람을 추행한 사람은 1년 이상의 유기징역 또는 1천만원 이상 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

유형력의 수단	피해자			
	19세 이상	13세~18세	13세 미만	장애인
위계·위력 으로 추행	형법 제302조 (심신미약자 의 경우에 한함)	아청법 제7조 제5항	성폭법 제7조 제5항	성폭법 제6조 제6항
	5년 이하의 징역	위 법 같은 조 제3항과 동일 (2년 이상의 유기징역 또는 1천만원 이상 3천만원 이하의 벌금)	위 법 같은 조 제3항과 동일 (5년 이상의 유기징역 또는 3천만원 이상 5천만원 이하의 벌금)	1년 이상의 유기징역 또는 1천만원 이상 3천만원 이하의 벌금

표 2. 위계·위력 추행의 피해자별 규정체계

4. 단순추행

형법 제305조³¹⁾에서는 13세 미만인 사람에 대하여 추행을 한 자를 처벌하도록 규정하고 있다. 따라서 이 경우에는 추행의 수단으로서 폭행·협박이나 위계·위력 등을 요구하지 않는다. 물론, 위와 같은 수단이 사용된 경우에는 앞서 본 바와 같이 성폭법이 적용되어 가중 처벌된다.

31) 형법 제305조(미성년자에 대한 간음, 추행) 13세 미만의 사람에 대하여 간음 또는 추행을 한 자는 제297조, 제297조의2, 제298조, 제301조 또는 제301조의2의 예에 의한다.

아동·청소년인 장애인에 대한 추행의 경우에도 아청법³²⁾에 의하여 처벌된다. 이 경우에도 추행의 수단으로서 폭행·협박은 요구하지 않는다. 또한 성폭법³³⁾에서는 공중이 밀집하는 장소에서 추행한 경우에 폭행·협박이나 위계·위력 등 추행을 위한 유형력의 행사가 없더라도 추행이 인정되면 처벌하도록 규정하였다. 이를 정리하면 아래와 같다.

피해자 유형력의 수단	19세 이상	13세~18세	13세 미만	장애인
	성폭법 제11조 (공중밀집장 소에서의 행위에 한함)	-	-	형법 제305조
단순 추행	1년 이하 징역 또는 200만 원이하 벌금	-	10년 이하의 징역 또는 1,500만 원 이하의 벌금	10년 이하의 징역 또는 1,500만 원 이하의 벌금

표 3. 단순 추행의 피해자별 규정체계

- 32) 아청법 제8조(장애인인 아동·청소년에 대한 간음 등) ② 19세 이상의 사람이 장애 아동·청소년을 추행한 경우 또는 장애 아동·청소년으로 하여금 다른 사람을 추행하게 하는 경우에는 10년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다.
- 33) 성폭법 제11조(공중밀집장소에서의추행) 대중교통수단, 공연·집회장소, 그 밖에 공중이 밀집하는 장소에서 사람을 추행한 사람은 1년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금에 처한다.

5. 그 외 특별법상의 가중처벌 등 규정

성폭법에서는 주거침입, 야간주거침입절도, 특수절도, 특수강도 및 그 미수범이 강제추행을 한 경우 이를 가중 처벌하는 규정(제3조 제2항), 흉기 또는 그 밖의 위험한 물건을 지닌 채 2명 이상이 합동하여 강제추행을 한 경우에 이를 가중 처벌하는 규정(제4조 제2항) 등을 두고 있다. 또한 친족관계에서 일어난 추행의 경우에도 일반 강제추행보다 가중처벌하고 있다(제5조).

6. 추행죄의 규정체계

앞서 본 바와 같이 추행죄는 유형력의 수단과 피해자의 특성 및 행위자의 특성에 따라 분류되고, 유형력의 수단과 피해자에 따른 분류방식을 종합하면 아래와 같다³⁴⁾.

피해자 유형력의 수단	19세 이상	13세~18세	13세 미만	장애인
<유형 1> 폭행·협박 으로 추행	형법 제298조	아청법 제7조 제3항	성폭법 제7조 제3항	성폭법 제6조 제3항
	10년 이하의 징역 또는 1,500만 원 이하의 벌금	2년 이상의 유기징역 또는 1천만 원 이상 3천만 원 이하의 벌금	5년 이상의 유기징역 또는 3천만 원 이상 5천만 원 이하의 벌금	3년 이상의 유기징역 또는 2천만 원 이상 5천만 원 이하의 벌금

34) 모든 추행죄를 종합한 것은 아니고, 유형력의 수단과 피해자에 따라 분류한 것으로서, 특별법상 가중 처벌되는 일부 규정들은 위 표에서 제외되었다.

<유형 2> 심신상실, 항거불능 의 상태를 이용하여 추행	형법 제299조	아청법 제7조 제4항	성폭법 제7조 제4항	성폭법 제6조 제4항
	위와 동일 (제298조의 예에 따름)	위와 동일 (제3항의 예에 따름)	위와 동일 (제3항의 예에 따름)	위와 동일 (제3항의 예에 따름)
<유형 3> 위계·위력 으로 추행	형법 제302조 (심신미약자 에 한함)	아청법 제7조 제5항	성폭법 제7조 제5항	성폭법 제6조 제6항
	5년 이하의 징역	위와 동일 (제3항의 예에 따름)	위와 동일 (제3항의 예에 따름)	1년 이상의 유기징역 또는 1천만원 이상 3천만원 이하의 벌금
<유형 4> 단순 추행	성폭법 제11조 (공중밀집장 소에서의 행위에 한함)	-	형법 제305조	아청법 제8조 제2항 (미성년자에 한함)
	1년 이하 징역 또는 200만 원 이하 벌금		10년 이하의 징역 또는 1,500만 원 이하의 벌금	10년 이하의 징역 또는 1,500만 원 이하의 벌금

표 4. 유형력의 수단 및 피해자에 따른 추행죄의 규정체계

제 3 장 비교법적 고찰

제 1 절 미국

1. 모범형법(Model Penal Code)상 추행죄에 관한 조항

제213.4조 성폭행(Sexual Assault)

누구든지 자신의 배우자가 아닌 사람과 성적인 접촉을 하거나 다른 사람으로 하여금 성적인 접촉을 하도록 하는 행위로서 아래 (1)~(8)에 해당하는 행위를 하였을 때 경죄로 처벌된다.

(1) 그 성적인 접촉이 피해자에게 불쾌한 것임을 안 경우³⁵⁾

⋮

(이하 생략)

(8) 법률상 구금되어 있거나 병원 등 시설에 감금되어 있는 상대방에 대하여 관리상 감독 또는 징계의 권한을 가지고 있는 경우

35) SECTION213.4. SEXUAL ASSAULT

A person who has sexual contact with another not his spouse, or causes such other to have sexual conduct with him, is guilty of sexual assault, a misdemeanor, if:

(1) he knows that the contact is offensive to the other person; or

... (이하 생략)...

(8) the other person is in custody of law or detained in a hospital or other institution and the actor has supervisory or disciplinary uthority over him.

Sexual contact is any touching of the sexual or other intimate parts of the person for the purpose of arousing or gratifying sexual desire.

성적 접촉은 신체의 성적인 부위 또는 기타 은밀한 부위에 대한 접촉에 해당하여야 하며 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적이 있어야 한다.

모범 형법은 1962년 미국 법률협회에서 제정한 것으로 연방 및 각 주에서 형법 법률을 제정하고 해석할 때 참고하는 가이드라인의 역할을 하는 법으로서, 제213조 이하는 성범죄에 관하여 규정하고 있고, 213.4.에서 성폭력(sexual assault)라는 제목 하에 우리나라의 강제 추행죄에 대응하는 규정을 두고 있다. 구성요건은 ① 배우자가 아닌 사람과 ② 성적인 접촉(sexual contact)을 하거나 다른 사람으로 하여금 성적인 접촉을 하도록 하는 행위로서 ③ 그 성적인 접촉이 피해자에게 불쾌한 것임을 안 경우 등 법률이 명시한 8가지 중 하나의 행위³⁶⁾에 해당하는 경우이다.

또한 위의 세 번째 요건으로서의 ‘성적인 접촉’이란 ① 신체의 은밀한 부위(intimate parts)에 대한 ② 접촉이고(touch), ③ 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적이 있는 행위라고 구체적으로 명시하였다. 위 3가지 요건은 모두 우리나라의 추행행위의 개념과 상이한 요소이다. 우리나라 대법원은 ① 신체의 은밀한 부위에 대한 접촉만을 요구하지 않고, ② 비접촉 행위의 경우도 추행으로 인정할 뿐 아니라, ③ 성적 욕망을 유발하

36) 이외에도 (2) 피해자가 정신병 또는 결함으로 인해 해당 성적인 접촉 행위에 대한 의미를 이해하지 못한다는 것을 알았거나, (3) 피해자가 성적 행위가 이루어지고 있다는 것을 인식하지 못하는 것을 알고 있는 경우, (4) 피해자가 10살 미만인 경우, (5) 피해자의 저항을 막기 위하여 약물, 알콜, 독극물 기타 다른 방법으로 행위자의 행동을 평가할 능력을 상당히 손상시킨 경우, (6) 피해자가 16세 미만이고, 행위자가 피해자보다 4살 이상 많은 경우, (7) 피해자가 21세 이하이고, 행위자는 피해자를 감독하거나 후견할 책임이 있는 경우 등이다.

거나 만족시킬 목적도 필요하지 않다고 보기 때문이다. 또한 모범형법 상으로는 추행죄가 성립하기 위한 수단으로서 ‘폭행·협박’과 같은 유형력을 요하지 않는다. 동의 없는 성적 접촉이 폭력을 수반하지 않음에도 범죄가 성립하는 점에 대해서는 성범죄에서 상대방의 동의 없는 행위는 그 자체로서 폭력이 수반된 행위로 인정하는 것이 오랜 원칙이라는 점에서 그 정당성을 찾고 있다.³⁷⁾

2 모범형법(Model Penal Code) 개정안³⁸⁾

제213.0조 정의(Definitions)

(4) “동의”(Consent)

- (a) 213조에서의 “동의”란 성교행위, 구강성교, 또는 성적 접촉과 같은 구체적인 특정 행위에 관여하고자 하는 의지를 의미한다.
- (b) 동의는 명시적으로 표현될 수 있고, 모든 상황을 종합적으로 고려하여 행동-적극적 또는 묵시적 행동-으로부터 추정될 수도 있다.
- (c) 동의가 없었다는 것을 입증하기 위해 언어적 또는 육체적 저항이 요구되지는 않지만, 저항의 부재는 모든 상황을 종합적으로 고려하여 동의 여부를 결정함에 있어 고려될 수 있다.
- (d) 이 조의 (4)(b) 항에도 불구하고 [향후 개정 예정인 조항]에

37) (Jones, 219 Va. at 986; Martin v. Com., 272 Va. 31, 2006), 이성기, 앞의 논문, 205면에서 재인용

38) <https://www.ali.org/projects/show/sexual-assault-and-related-offenses>(2019. 6. 10. 최종방문)에서 일반에게 공개된 최신 개정안을 기준으로 작성하였다.

서 언급한 상황에서 행해진 동의는 효력이 없다.

- (e) 동의는 성교행위, 구강성교, 성적 접촉 도중이나 그 이전에 언제든지 철회될 수 있다. 명백한 언어적 거절- “안 돼”, “멈춰”, “하지 마” 등과 같은-은 동의의 결여나 철회를 의미한다. 동의의 결여 또는 철회는 그 이후에 이루어진 동의에 의해 재설정(무효화)될 수 있다³⁹⁾.

(6) "성적 접촉"(Sexual Contact)이란 성적 만족, 흥분, 수치심을 목적으로 한 다음 행위 중 하나를 의미한다.

39) MODEL PENAL CODE : SEXUAL ASSAULT AND RELATED OFFENSES, Tentative Draft No.3.(April 6, 2017), APPENDIX B, A. Section 213.0. Definitions

(4) "Consent"(T.D.No.2.)(approved 2016 as Section 213.0.(3))

- (a) "Consent" for purposes of Article 213 means a person's willingness to engage in a specific act of sexual penetration, oral sex, or sexual contact.
- (b) Consent may be express or it may be inferred from behavior- both action and inaction- in the context of all the circumstances.
- (c) Neither verbal nor physical resistance is required to establish that consent is lacking, but their absence may be considered, in the context of all the circumstances, in determining whether there was consent.
- (d) Notwithstanding subsection (4)(b) of this Section, consent is ineffective when it occurs in circumstances described in Sections [reserved].
- (e) Consent may be revoked or withdrawn any time before or during the act of sexual penetration, oral sex, or sexual contact. A clear verbal refusal - such as "No", "Stop", or "Don't"- establishes the lack of consent or the revocation or withdrawal of previous consent. Lack of consent or revocation or withdrawal of consent may be overridden by subsequent consent.

- (a) 신체부위 또는 물건으로 옷을 입은 또는 입고 있지 않은 타인의 은밀한 신체부위를 접촉하는 행위; 또는
 - (b) 옷을 입은 또는 입고 있지 않은 은밀한 신체부위를 타인에게 접촉하는 행위; 또는
 - (c) 타인으로 하여금 신체부위나 물건으로 그 사람, 제3자 또는 행위자(피고인)의 은밀한 신체부위를 접촉하도록 하는 행위; 또는
 - (d) 타인을 사정하게 하거나 소변 또는 대변을 하도록 접촉하거나, 타인으로 하여금 위와 같이 하도록 접촉하는 행위; 또는
 - (e) 타인의 옷을 들어 올리거나 벗겨서 은밀한 신체부위를 드러내도록 하는 행위;
- (a) - (e)의 "은밀한 부분"은 사람의 성기, 항문, 사타구니, 가슴, 안쪽 허벅지 또는 엉덩이를 의미한다.⁴⁰⁾

40) MODEL PENAL CODE : SEXUAL ASSAULT AND RELATED OFFENSES, Tentative Draft No.2.(April 15, 2016), Section 213.0. Definitions

- (6) "Sexual contact" means any of the following acts, when done for the purpose of sexual gratification, sexual arousal, or sexual degradation :
- (a) touching the clothed or unclothed intimate parts of another person with any body part or object; or
 - (b) touching the clothed or unclothed intimate parts of the actor to another person; or
 - (c) causing another to touch, with any body part or object, the intimate body parts of that person, the actor, or any third party; or
 - (d) touching, or causing another to touch, another person with ejaculate, urine, or feces; or
 - (e) lifting or removing the clothing of another, or causing a person to lift or remove clothing, to reveal intimate parts;
- where "intimate parts" for purposes of subsections (a)-(e) means

제213.6조 형사처벌 대상인 성적 접촉(Criminal Sexual Contact)

(1) 가중된 형사처벌 대상으로서의 성적 접촉(Aggravated Criminal Sexual contact). 행위자가 타인과 성적 접촉을 하고, 다음과 같은 경우 가중된 성적 접촉으로 유죄이고, 4급 중죄로 처벌한다 ;

(a) 고의 또는 무모하게 타인을 굴복시킨 경우 :

(i) 흥기를 수단으로 사용한 경우 ; 또는

⋮

(이하 생략)

가중된 형사처벌 대상으로서의 성적 접촉은 등록대상 범죄로서 4급 중죄이다.

(2) 불쾌한 형사처벌 대상으로서의 성적 접촉(Offensive Criminal Sexual Contact). 행위자가 배우자 또는 연인이 아닌 다른 사람과 성적 접촉을 하고, 행위자가 다음과 같은 경우 :

(a) 그 접촉이 타인에게 불쾌한 것임을 안 경우; 또는

⋮

(이하 생략)

불쾌한 형사처벌 대상인 성적 접촉은 경범죄에 해당한다.⁴¹⁾

the genitalia, anus, groin, breast, inner thigh, or buttocks for any person.

41) MODEL PENAL CODE : SEXUAL ASSAULT AND RELATED OFFENSES, Tentative Draft No.2.(April 15, 2016),

SECTION 213.6. CRIMINAL SEXUAL CONTACT

(1) *Aggravated Criminal Sexual Contact.* An actor is guilty of Aggravated Criminal Sexual Contact, a felony of the fourth degree, if the actor engages in sexual contact with another and the actor:

(a) knowingly or recklessly causes the other to submit :

(i) by means of a deadly weapon; or

... (이하 생략)...

Aggravated Criminal Sexual Contact is a registrable offense and a felony of the fourth degree.

제213.7조 아동에 대한 형사처벌 대상인 성적 접촉(Criminal Sexual Contact WITH A CHILD)

(1) 가중된 형사처벌 대상으로서의 아동에 대한 성적 접촉(Aggravated Criminal Sexual conduct). 행위자가 아동과 성적 접촉을 하고, 다음과 같은 경우 아동에 대한 가중된 성적 접촉으로 유죄이다.

(a) 아동이 12세 이하이고, 행위자가 아동보다 4살 이상이 더 많은 것을 알았거나 무모하게 무시한 경우

∴

(이하 생략)

아동에 대한 가중된 성적 접촉으로 유죄인 경우 등록 범죄이고, 3급 중죄이다.

(2) 친족의 아동에 대한 성적 접촉 ... (이하 생략) ... 친족이 아동에 대해 형사적 처벌대상인 성적 접촉을 한 경우 등록 범죄이고, 3급 중죄이다.

(3) 미성년자에 대한 부적절한 성적 접촉 ... (이하 생략) ... 미성년자에 대한 부적절한 성적 접촉의 경우 경범죄에 해당한다.⁴²⁾

(2) *Offensive Criminal Sexual Contact*. An actor is guilty of Offensive Criminal Sexual Contact if the actor engages in sexual contact with another person, not the spouse or intimate partner of the actor, and the actor :

(a) knows the contact is offensive to the other person; or

... (이하 생략)...

Offensive Criminal Sexual Contact is a petty misdemeanor.

42) MODEL PENAL CODE : SEXUAL ASSAULT AND RELATED OFFENSES, Tentative Draft No.2.(April 15, 2016),

SECTION 213.7. CRIMINAL SEXUAL CONTACT WITH A CHILD

(1) *Aggravated Criminal Sexual Contact With a Child*. An actor is guilty of Aggravated Criminal Sexual Contact with a Child if the actor engages in sexual contact with a child and the actor

(a) knows or recklessly disregards that such child is under the age of

미국에서는 1962년 제정된 모범형법이 오늘날의 성범죄 양상을 제대로 반영하지 못한다는 인식 하에 213조 이하의 성범죄 조항에 대한 개정 프로젝트를 진행하고 있다. 우선, 죄명을 성폭행(Sexual Assault)에서 형사 처벌 대상으로서의 성적 접촉(Criminal Sexual Contact)로 변경하였다. 구체적으로 보면, 추행죄의 기본적 구성요건으로서 불쾌한 형사적 성적 접촉을 규정하여 이를 경범죄로 처벌하고, 흥기 등의 물리력을 사용하는 경우 가중적 구성요건으로서 4급 중죄로 처벌하도록 하였으며, 아동에 대한 성적 접촉은 별도의 조항으로(Section 213.7. Criminal Sexual Contact with a Child) 독립하여 규정하였다.

무엇보다도 주목할 만한 점은 성범죄와 관련한 213.0.조 정의 규정을 구체화하고자 한다는 것이다. ‘성교행위’, ‘구강성교’를 비롯하여 ‘동의’와 ‘성적 접촉’등 213장 성범죄에 관한 장에서 사용되는 구성요건요소의 의미를 구체적으로 정의하는 개정 작업이 이루어지고 있다. 우선, ‘동의’(consent)에 관하여는 정의, 표현방식 및 동의의 추정 및 철회에 대해서까지 세부적으로 규정하였고, ‘성적 접촉’에 관하여도 항을 5개로 분류하여 구체적으로 정의하였다. ‘동의’에 관한 조항은 2016년 위원회의 승인을 받았고⁴³⁾, ‘성교행위’ 및 ‘구강성교’에 대한 조항도 2017년 위원회에

12 and the actor is more than four years older; or

... (이하 생략)...

Aggravated Criminal Sexual Contact with a Child is a registrable offense and a felony of the third degree.

(2) *Incestuous Sexual Contact with a Child.* ... (이하 생략)... Incestuous Criminal Sexual Contact with a Child is a registrable offense and a felony of the third degree.

(3) *Inappropriate Sexual Contact with a Minor.* ... (이하 생략)... Inappropriate Criminal Sexual Contact with a Minor is a misdemeanor.

43) MODEL PENAL CODE : SEXUAL ASSAULT AND RELATED OFFENSES, Tentative Draft No.3.(April 6, 2017), APPENDIX B. 213.0. (4) Consent(approved 2016 as

서 승인을 받았으나, 나머지 부분에 대한 개정안은 아직 개정작업이 진행 중인 바 향후 추가적인 개정 작업이 이루어질 여지가 크다.

3. 특징 및 시사점

현행 모범형법에서는 성폭행(Sexual assault)라는 제목 하에 우리나라의 강제추행 규정에 대응되는 조문을 두고, 일정한 ‘성적 접촉’행위를 형사적 처벌대상으로 하고 있었다. 또한 처벌행위로서의 ‘성적 접촉’이 무엇인지에 대한 정의규정을 두고 있었다. 무엇보다도 기존 모범형법은 우리 형법보다 10년이나 늦은 1962년 제정되었고, 위와 같이 우리 형법보다도 구체적으로 규정해두었음에도 불구하고 위 모범형법이 현행 성범죄에 대한 양상을 제대로 반영하지 못한다는 인식 하에 대대적인 개정작업이 이루어지고 있으며, 이를 통하여 ‘성적 접촉’, ‘동의’ 등 각 개념들의 형사적 정의가 더욱 상세화, 구체화되고 있다는 점은 우리에게 주는 시사점이 크다고 하겠다.

제 2 절 영국

1. 성범죄법(Sexual Offences Act, 2003)

영국에서는 1999년 기존 성범죄 법률이 성차별적인 내용과 형식에 머물러 있고 시대에 뒤떨어진다는 문제점을 지적하고 성범죄 규정의 명확화, 일관성 확보를 위하여 성폭력 관련법 개혁을 시작하면서 성범죄 관

Section 213.0.(3))

런 법률의 개정을 추진하였고, 그 결과 2003년 성범죄법(Sexual Offences Act, SOA)을 제정하였다. 2003년 법은 1956년 구 성범죄법을 전면 개정하면서 사실상 새로운 성폭력 형법으로 평가받는다.⁴⁴⁾ 2003년에 제정된 성범죄법은 개별 성폭력 범죄 및 거증책임 등 형사절차에 관한 종합적 법률로서 2004년 5월 1일부터 시행되고 있다.⁴⁵⁾

2003년 성범죄법은 성범죄(Sexual Offences) 행위의 유형을 매우 다양화하여 규율한다. 강간(Rape, 제1조), 폭행(Assault, 제2~3조), 성적 행동(Sexual activity, 제4조)⁴⁶⁾으로 구분하고, 폭행(Assault)의 유형으로서 삽입성폭행(Assault by penetration, 제2조), 성폭행(Sexual assault, 제3조)을 분류하여 규정하고 있다.⁴⁷⁾ 삽입 성폭행(Assault by penetration, 제2조)은 우리나라의 유사강간에 해당하는 개념이고, 성폭행(sexual Assault, 제3조)은 우리나라의 강제추행에 해당하는 개념이다. 아래에서 위 규정에 관하여 자세히 살펴본다.

44) (Kim Stevenson, Anne Davies, Michael Gunn, Sexual Offences Act 2003, Oxford University Press, 2004, 1면), 김한균, 비동의 간음죄 입법론의 비판적 검토, 형사법의 신동향, 2018, 통권 제59호, 422면에서 재인용

45) 이성기, 앞의 논문, 208면

46) 조문의 취지를 전체적으로 보아 이를 성적 행동강요죄로 해석하는 경우가 많다. 예를 들어 김한균, 앞의 논문, 423면

47) 영국 성범죄법(Sexual Offences Act 2003)은 PART 1에서 SEXUAL OFFENCES라는 제목 하에 Rape(제1조), Assault(제2~3조), *Causing sexual activity without consent*(제4조)로 규정하고 있어 크게 위와 같이 3종류로 분류한다고 보았다. 영국의 성범죄법을 강간(rape), 삽입성폭행(assault by penetration), 성폭행(sexual assault), 성적 행동강요죄(Causing sexual activity without consent)로 각각 구분한다고 설명하는 논문(김한균, 앞의 논문, 423면; 김태명, 권력형 성범죄의 처벌과 비동의 간음·추행죄의 도입, 법학연구 통권 제57집, 2018, 제150면)들도 있으나, 삽입 성폭행(제2조)과 성폭행(제3조)이 Assault 라는 제목 하에 규정되어 있으므로, 결국 동일한 해석이라고 본다.

2. 영국 성범죄법상 추행죄에 관한 규정

제3조 성폭행(Sexual Assault)⁴⁸⁾

- (1) 아래와 같은 상황에서 행위자(A)는 죄를 저지른 것이다.
 - (a) 행위자(A)가 고의(intentionally)로 다른 사람(B)을 접촉(touch)하고,
 - (b) 그 접촉이 성적(sexual)이며(b),
 - (c) 그 상대방(B)이 그 접촉에 동의하지 않았으며,
 - (d) 행위자로서는 상대방이 이를 동의하였다고 믿을만한 합리적인 이유가 없는 경우(d)
- (2) A의 믿음이 합리적인지 여부는 B가 동의하였는지 여부를 확인하기 위하여 A가 취한 모든 조치들을 포함하여 모든 상황을 고려하여 결정되어야 한다.

48) 법제처 세계법령정보센터 영국 성범죄법(2003),
http://world.moleg.go.kr/web/wli/lgsInfoReadPage.do;jsessionid=apKI3VFgn6XljuOYJJiwVrS6GGP3f5kVomfvwtiJfWE4dKvM0gFUYA38AWCNXfNU.eduweb_servlet_engine7?CTS_SEQ=14471&AST_SEQ=305

3. Sexual assault

- (1) A person (A) commits an offence if -
 - (a) he intentionally touches another person (B),
 - (b) the touching is sexual,
 - (c) B does not consent to the touching, and
 - (d) A does not reasonably believe that B consents.
- (2) Whether a belief is reasonable is to be determined having regard to all the circumstances, including any steps A has taken to ascertain whether B consents.
- (3) Sections 75 and 76 apply to an offence under this section.
...(이하생략)...

(3) 75조⁴⁹⁾에서 76조⁵⁰⁾는 본 범죄에 있어 적용된다.

...(이하생략)...

영국 성범죄법 제3조는 상대방의 동의 없는 성적 접촉을 처벌하고 있는데, 위 규정이 우리나라 강제추행에 대응하는 조문이다. 또한 위 ‘동의’ 및 ‘성적 접촉’에 대해서도 위 법률이 규정하고 있는바 항을 달리하여 아래에서 살펴본다. 한편 상대방이 그 성적 접촉에 대해 동의하였다고 믿을만한 합리적 이유가 있을 경우에는 처벌하지 않는다는 것도 명시적으로 규정하고 있는데, 이와 같이 성범죄에 있어서 ‘동의’ 뿐 아니라 ‘동의의 착오’까지도 법률에 규정하고 있는 점이 특징이다. 이는 행위자의 사정을 고려하지 않고 객관적으로 판단하도록 한 원래의 개정안이 피고인에게 너무 가혹하다는 비판에 따라 행위자의 사정을 고려하도록 수정한 것이라 한다.⁵¹⁾

49) ‘비동의에 대한 추정’에 관한 조문, 법 제75조에 따르면 문제행동 시점 또는 그 직전에 피해자에게 폭력을 행사하거나 임박한 폭력에 대한 두려움을 느끼게 할 때{제2항 (a), (b)}, 피해자가 가해자에 의해 불법하게 체포, 구금된 상태에 있을 때{제2항 (c)}, 피해자가 잠을 자고 있었거나 무의식적인 상태에 있었을 때{제2항 (d)}, 피해자의 신체적 장애상태로 인하여 적절한 소통이 불가능하였을 때{제2항 (e)}, 피해자의 동의없이 피해자로 하여금 정신을 잃게 만들거나 움직일 수 없게 하는 물질을 사용하였을 때{제2항 (f)} 상대방이 그 성적 접촉에 대해 비동의한 것으로 추정된다.

50) ‘비동의에 대한 간주’에 관한 조문, 법 제76조에 따르면 가해자가 성적 접촉 행위 그 자체 또는 그와 관련된 행위에 대해 기망하였거나{제2항 (a)}, 가해자가 다른 사람을 가장하여 동의를 받은 경우{제2항 (b)}에는 상대방이 그 성적 접촉에 대해 비동의한 것으로 간주된다.

51) (Jenifer Temkin and Andrew Ashworth, The Sexual Offences Act 2003: (1) Rape, sexual assaults and the problems of consent, Crim. L. R. 2004, May, 341), 이성기, 앞의논문, 210면에서 재인용

3. 상대방의 ‘동의’없는 ‘성적’ ‘접촉’

제74조 동의(Consent)

본 장에서, 선택할 수 있는 자유와 능력을 가지고 있었을 때에 그는 선택에 의해 동의하였다고 본다.⁵²⁾

제78조 성적(Sexual)

만일 합리적인 인간이라면 아래와 같이 생각할 경우, 성관계, 접촉 또는 다른 행동들은 성적(Sexual)이라고 본다 -

- (a) 상황이나 행위자의 목적이 어떠한 상관없이, 그 행위 자체로서 성적일 때, 또는
- (b) 그 행위 자체로 성적일 가능성이 있고, 그 행위가 이루어진 상황이나 행위자의 목적에 의해 또는 그 둘 전부에 의하여 성적일 가능성이 있을 때⁵³⁾

제79조 일반 규정(general interpretation)

- (8) 접촉은 다음과 같은 접촉을 포함한다 -
 - (a) 신체의 일부를 이용한 접촉,

52) 법제처 세계법령정보센터 영국 성범죄법(2003), 앞의 홈페이지

74. “Consent”

For the purposes of this part, a person consents if he agrees by choice, and has the freedom and capacity to make that choice.

53) 법제처 세계법령정보센터 영국 성범죄법(2003), 앞의 홈페이지

78. “Sexual”

For the purposes of this part, penetration, touching or any other activity is sexual if a reasonable person would consider that—(a) whatever its circumstances or any person’s purpose in relation to it, it is because of its nature sexual, or (b) because of its nature it may be sexual and because of its circumstances or the purpose of any person in relation to it (or both) it is sexual.

- (b) 다른 어떤 모든 것을 이용한 접촉,
- (c) 다른 것을 통하여 이루어진 접촉⁵⁴⁾

먼저, ‘성적’인지 여부는 합리적인 사람을 기준으로 그 행위 자체를 성적으로 볼 수 있을 때(a) 및 그 행위의 성질상 성적일 여지가 있는 경우, 즉 해당 행위 자체로는 성적인지 여부가 불분명한 경우에는 그 상황 또는 행위자의 의도가 성적일 것으로 볼 수 있을 때(b) 성적이라고 보는 바, 합리적인 일반인을 기준으로 행위 자체를 객관적으로 평가함(a)과 동시에 행위자의 의도⁵⁵⁾를 동시에 고려하는(b) 방법을 취하고 있다.

또한 ‘접촉’의 개념도 신체적 접촉뿐만 아니라 다른 어떤 것을 이용하거나 다른 어떤 것을 통하여 이루어진 것도 모두 접촉으로 포함시켜 넓게 보고 있다. 다만, ‘비접촉’행위는 처벌대상이 아니다. 따라서 예를 들어 A가 B를 향해 자신의 성기를 드러내고 다가간 경우 B에 대한 성적 접촉이 없었더라도 추행을 인정한 이전의 판례는 현행 법 규정 하에서는 적용될 수 없다. 이 때문에 구 성범죄법(1956) 상 강제 추행죄(indecent assault)에 비해 제한적이라는 비판을 받는다는 견해도 있다⁵⁶⁾. 그러나 영국 성범죄법(2003)은 제66조에서 노출행위(Exposure)를 처벌하고 있어⁵⁷⁾ 처벌의 흠결은 발생하지 않을 것으로 보인다.

54) 법제처 세계법령정보센터 영국 성범죄법(2003), 앞의 홈페이지

79 Part 1: general interpretation

(8) Touching includes touching – (a) with any part of the body, (b) with anything else, (c) through anything, and in particular includes touching amounting to penetration.

55) (Jenifer Temkin and Andrew Ashworth, 앞의 논문, 331), 이성기, 앞의 논문, 209면에서 재인용

56) 이성기, 앞의 논문, 209쪽

마지막으로 ‘동의’ 및 비 동의에 관한 추정 및 간주조항에 관하여 구체적으로 규정한 것 역시 영국 성범죄법의 특징이라 하겠다. 제74조에서는 ‘동의’의 개념에 대해 규정하였고, 앞 장에서 본 바와 같이⁵⁸⁾ 제75조 및 제76조에서 비 동의에 대한 추정 및 간주 조항을 두었다. 따라서 제75조와 제76조에 해당하는 경우에는 피해자의 비동의를 추정 또는 간주되고, 만일 이에 해당하지 않는 경우에는 검사가 상대방이 동의하지 않았음을 입증하여야 하는데, 이때는 적극적으로 반항하지 않은 것만으로는 동의가 있었다고 볼 수 없고, 자유로운 상태에서 동의한 것임이 입증되어야 한다.⁵⁹⁾

4. 특징 및 시사점

영국의 성범죄법을 살펴본 바, 성폭행이라는 죄명으로 ‘상대방의 동의 없는 성적 접촉’을 처벌하고 있는데, 위 조문이 곧 우리나라의 강제 추행죄와 대응되는 조문임을 알 수 있었다. 영국에서는 처벌되는 행위태양을 ① 성적 접촉(touch)으로 규정함으로써 그 개념 속에서 물리적 접촉(touch)이 있을 것을 요구하므로 비접촉 행위에 대해서는 처벌할 수 없다는 점, ② 폭행이나 협박을 수단으로 할 것을 요구하지 않는다는 점이 우리나라의 강제 추행죄 규정과 명백히 구별되는 특징이다. 한편 ③ 추행행위와 관련하여 특정한 성적 신체부위일 것을 요구하지 않고 있는 바 이는 우리나라 법과는 동일하고, 미국법과 구별되는 특징이다.

57) 법제처 세계법령정보센터 영국 성범죄법(2003), 앞의 홈페이지, 66. Exposure

58) 각주 7) 및 8) 참조

59) (Jenifer Temkin and Andrew Ashworth, 앞의 논문, 336), 이성기, 앞의 논문, 210면에서 재인용

그러나 무엇보다도 영국에서는 ① 처벌하고자 하는 행위인 ‘동의 없는 성적 접촉’이 무엇인지, 동의(consent), 성적(sexual), 접촉(touching)의 각 개념을 법률로 규정하여 명확히 하고 있다. 또한 ② ‘성적’ 행위인지 여부를 판단함에 있어 객관적으로 행위 자체의 성질에 비추어 판단하되 행위자의 의도를 함께 고려하도록 하고 있으며, ③ 피해자의 비 동의를 요건으로 하는 한편 행위자가 상대방의 동의에 관하여 착오한 경우 처벌하지 않도록 명시적으로 규정하고 있는 점은 현실에서의 다양한 성적 행동에서 어느 한 쪽에 치우치지 않는 균형적인 입법이라 보이는 바 그 시사점이 크다. 결국 영국은 성범죄법을 제정하면서, ‘동의’, ‘성적’ 등 각 개념들의 정의 뿐 아니라 이에 대한 ‘고의’의 문제에 이르기까지 상세히 검토하고, 성범죄의 체계를 명확히 하고자 한 법이라 보인다. 또한, 강간, 강제 추행죄 외에도 성범죄의 유형을 매우 다양화하여 노출행위, 관음행위 등에 대해서도 별도의 규정을 두어 처벌하고 있어, 추행죄로 규율되는 영역의 한계가 더 명확해진다는 장점이 있다.

제 3 절 독일

1. 독일 형법

독일은 형법상 성범죄 규정을 수회 개정하였다. 1973년 제4차 형법 개혁법(4. StrRG)에서는 성범죄에 관한 제13장의 제목을 종래 ‘풍속에 반하는 죄’에서 ‘성적 자기결정에 관한 죄’로 변경하여 보호법익을 명확히 하였다.⁶⁰⁾ 이후 1998년 제6차 형법개혁법(6. StrRG)에서는 구 형법상 제

60) 신영호, 최은하, 성적강요죄(독일형법 제177조)의 기본적 구성요건성, 형사

177조의 강간죄, 제178조의 성적 강요죄로 나뉘어 규정되어 있던 두 개의 조문을 제177조로 통합하여, 강간을 성적 강요죄의 가중적 구성요건 요소로 규정한 바⁶¹⁾, 성범죄의 기본적 구성요건요소로서 성적강요죄의 지위를 명확히 하였다.

2016년에도 성범죄에 관한 독일형법의 대대적 개정이 있었다. 개정의 주된 내용은 ① 우리나라의 추행죄 규정에 대응하는 성희롱 규정을 신설하였다는 것과, ② 기존 성적강요죄에 규정되어 있던 행위태양인 ‘폭행·협박’을 가중적 구성요건으로 하고, ‘피해자의 명시적인 의사에 반할 것’을 성폭력범죄의 기본적 행위태양으로 명시하여 이른바 비동의 간음·추행죄를 규정하였다는 것이다. 아래에서는 위 두 가지 내용에 초점을 맞추어 살펴보겠다.

2. 구 독일형법⁶²⁾상 성적강요죄

제177조(성적 강요, 강간) ① 타인에게 자신 또는 제3자의 성적 행동을 참도록 하거나 또는 자신이나 제3자에 대하여 성적 행동을 하도록 다음 각 호의 1과 같이 강요한 자는 1년 이상의 자유형에 처한다.

1. 폭행과 함께
2. 신체 또는 생명에 대한 현재의 위협에 대한 협박을 통해
3. 피해자가 무방비 상태로 행위자의 영향에 방치되어 있는 상황을 악용하여

법연구, Vol.27(2), 2015, 161면

61) 앞의 논문, 163면

62) 본 논문에서 구 독일형법이라 함은 2016년 형법 개정 이전의 독일형법을 말한다.

② 특히 중한 경우에는 2년 이상의 자유형에 처한다. 특별한 사정이 없는 한, 다음 각 호의 1에 해당하면 특히 중한 경우로 본다.

1. 행위자가 피해자와 함께 성교하거나 또는 피해자에 대하여 상당히 수치스러운, 특히 신체 침입과 관련된 유사 성행위를 하거나 또는 피해자로 하여금 자기에 대하여 유사 성행위를 하게 한 경우(강간)
2. 다수에 의해 범죄가 공동으로 범해지는 경우⁶³⁾

… (이하 생략) …

구 독일형법은 성범죄의 행위대양으로서 ‘성적 행위(sexuelle Handlung)’만을 규정하였다. 성범죄의 기본적 구성요건으로서 성적강요죄를 두고, 강간이나 유사성행위 등이 이루어진 경우 이를 가중하여 처벌하도록 규정하였는데, 성범죄의 기본적 구성요건인 성적강요죄에서도 ‘폭행·협박’을 수단으로 할 것을 요구하였다. 또한 ‘성적 행위’는 보호법익의 관점에서 중요성을 가지는 것으로 한정하였으나(독일 형법 제184조h⁶⁴⁾)⁶⁵⁾, 그 외에 ‘성적 행위’가 무엇인지에 대해 구체적인 규정은 없다. 다만 가중적 구성요건으로서 강간, 유사성행위 등을 처벌하고 있으므로 ‘성적 행위’가 추행행위를 포함하고 있는 개념임은 분명하다. 그러나 위와 같은 제한규정을 둔 구 독일형법 하에서 법원은 옷을 입고 있는 여성의 가슴이나 성기를 움켜잡은 행위에 대해서는 특별히 중대한 유형력을 행사한 경우가

63) 법무부 형사법제과, 독일 형법 한글번역본, 2008, 144면

64) 제184조h [개념정의] 이 법에서

1. 성적 행위란 각 보호법익의 관점에서 어느 정도 중요한 행위만을 말한다.
<https://dejure.org/gesetze/StGB/184h.html>; 법무부 형사법제과, 독일 형법 한글번역본, 2008, 153면

65) 김태명, 권력형 성범죄의 처벌과 비동의 간음·추행죄의 도입, 법학연구 통권 제57집, 2018, 155면

아닌 이상 유죄를 선고하지 않았다. 즉, 구 독일형법 하에서 단순히 성적인 접촉은 형사범죄의 대상으로 여겨지지 않은 것이다. 결국 구 독일형법에서는 현재 우리나라의 강제 추행죄에 대응되는 행위를 처벌하는 규정은 없었다고 보인다. 그러나 이와 같은 관점은 곧 비판에 부딪혔고,⁶⁶⁾ 그와 같은 비판적 관점에서 2016년 형법을 개정하면서 성희롱 규정을 신설하여 즉 우리나라의 추행죄에 대응되는 행위를 처벌하도록 하였다.

3. 독일 형법 상 성적강요죄 및 추행죄

제177조[성적공격, 성적강요, 강간(exueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung)]

제1항 타인의 인식가능한 의사에 반하여 타인에게 자신 또는 제3자의 성행위를 감수하도록 하거나 자신 또는 제3자에게 성행위를 하도록 강요한 자는 6월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.

… (이하 생략) …

제5항 이하의 각호에 해당하는 경우에는 1년 이상의 자유형에 처한다.

1호 행위자가 피해자에게 폭행한 경우

2호 행위자가 피해자에게 생명 또는 신체에 대한 현재의 위험을 동반한 협박을 한 경우

3호 피해자가 무방비 상태로 행위자의 영향 아래 방치되어 있는 상황을 행위자가 이용한 경우

제6항 특히 그 죄가 중한 경우에는 2년 이상의 자유형에 처한다. 특별한 사정이 없는 한, 이하의 각호에 해당할 경우에 해당하면

66) Tatjana Hönle, The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment, German Law Journal Vol.18 No.6, 1325~1326면

특히 중한 경우로 본다.

... (이하 생략) ...⁶⁷⁾

제184조 I [성희롱(Sexuelle Belästigung)]

- (1) 신체적으로 접촉하여 성적인 방법으로 타인을 희롱한 자는, 다른 조항에서 더 엄격한 처벌을 받는 경우를 제외하고는 2년 이하의 징역 또는 벌금형에 처한다.
- (2) 특별히 중한 경우에는 3월 이상 5년 이하의 자유형으로 처벌한다. 공동으로 범행이 이루어진 경우에는 특별히 중한 경우에 해당한다.
- (3) 범행은 특별한 공익으로 인해 직권으로 개입 할 필요가 있다고 검찰이 판단하지 않는 한, 고소가 있어야만 소추가능하다.⁶⁸⁾⁶⁹⁾

2016년 개정 형법은 피해자의 ‘인식 가능한 의사에 반하여’ 성행위를 한 경우 이를 처벌하도록 규정하였다(개정형법 제177조 제1항). 이른바 비동의 간음·추행죄를 신설한 것으로서⁷⁰⁾ 그 의미가 있다. 구 독일형법

67) <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/082/1808210.pdf>; 정지혜, 의사에 반하는 성행위(No means No)처벌을 위한 비교법적 검토와 제언, 형사법의 신동향 통권 제60호, 2018, 300~301면

68) 독일어 원문(<https://dejure.org/gesetze/StGB/184i.html>) 및 영어 번역본(Tatjana Hönle, 앞의 논문, 1326~1327면)은 다음과 같다.

184i : Sexuelle Belästigung

- (1) Wer eine andere Person in sexuell bestimmter Weise körperlich berührt und dadurch belästigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn nicht die Tat in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist.

184i : Sexual harassment

- (1) Who touches the body of another person in a sexually determined way and thus offends the other person, will be punished with imprisonment up to two years or a fine, if the offense is not punishable under another norm with higher punishment.

69) 정지혜, 앞의 논문, 299면

제177조 제1항에서 규정한 성범죄의 기본적 구성요건으로서의 성적강요죄는 ‘폭행·협박’을 필요로 하였지만, 개정형법상에서 위 조항은 제177조 제5항으로 지위를 옮겨 제1항의 가중적 유형으로서 규정되었다.

또한 앞서 본 바대로 구 독일형법에서는 성적 접촉행위는 형사 범죄의 대상이 아니라고 여겨졌다. 그러나 이에 대한 비판이 대두되면서 2016년 개정 시 성적 접촉에 대해서도 처벌하는 규정을 신설하였다(독일형법 제184조i). 이는 우리나라의 추행죄에 대응되는 규정으로 보인다. 구성요건은 타인의 ‘신체’를 ‘성적인 방법(in a sexually determined way)’으로 ‘접촉(touch)’하여 타인을 ‘불쾌하게(offend)’ 한 때이다. 따라서 ‘폭행이나 협박’을 수단으로 할 것은 요하지 아니한다. 다만, ‘성적인 방법’이 무엇인지에 관하여 더 이상의 명확한 규정을 두지 않음으로써 결국 위 조항과 관련하여, 향후 법원이 ‘성적인 방법’을 어떻게 해석할 것인가에 관한 문제가 남아있다.⁷¹⁾

4. 특징 및 시사점

독일 형법의 성범죄 관련 조항은 2016년 대대적으로 개정되었다. 본 논문과 관련하여 주목할 만한 개정 형법의 특징은 우리나라 형법상 강제추행죄에 대응하는 규정을 2016년에 비로소 신설하였다는 점이다.

신설된 추행 규정(독일형법 제184조 i)을 우리나라 강제추행 규정과 비교해보면, ① 신체적 ‘접촉’임을 요하고 있어 비접촉 행위의 경우를 포

70) 김태명, 앞의 논문, 155면

71) Tatjana Hönle, 앞의 논문, 1327면

함하지 않고 있는 점, ② ‘폭행·협박’을 수단으로 할 것을 요구하지 않는 점 등에서 차이가 있으며, 한편 ‘성적인 방법’이 무엇인지, ‘접촉’의 의미가 무엇인지 등에 관하여 더 이상의 구체적인 규정을 두지 않고 있는 점은 우리나라와 유사한 점이라 하겠다. 그러나 우리나라와 같이 도덕적 개념을 사용한 것이 아니라 중립적 용어를 사용하여 규정하였다. 한편 개정된 동일 형법 상 비동의 간음·추행죄(독일형법 제177조 제1항)는 단순히 ‘타인의 의사에 반하여’가 아니라 타인의 ‘인식 가능한’ 의사에 반하여 성적행위를 하도록 한 경우 처벌하도록 규정한 바, ‘추행행위’의 판단기준이나 ‘추행’의 고의를 어떻게 볼 것인가에 관하여 우리에게 시사하는 바가 크다.

제 4 절 일본

1. 일본 형법

일본 형법은 강간죄 및 우리나라의 강제 추행죄에 대응하는 강제음란죄를 제22장 음란, 간음 및 중혼의 죄에서 공연음란죄, 중혼죄 등의 사회적 법익에 관한 죄와 함께 규정하고 있다. 일본 형법은 수 회 개정되었고, 2017년에는 형법을 개정하면서 본 장에 관하여 대대적인 개정작업⁷²⁾

72) 그 동안 강제 추행죄로 의제되어 온 소위 유사 성교행위 중에서도 항문성교 및 구강성교의 경우 성교와 같은 정도의 중대성이 있다고 보아 ‘성교 등’이라 이름하고 강간죄의 죄명을 강제성교 등 죄로 변경하고, 법정형을 상향하였으며, 강간죄 및 강제 추행죄 등을 비 친고죄화 함. 추행죄와 관련한 변화는 18세 미만자에 대해 감호자가 그 영향력을 행사하여 성교 등 및 추행행위를 저지른 경우를 처벌하는 ‘감호자 추행죄’를 신설한 것임 ; 정지혜, 성범죄의 엄벌화와 관련한 비교법적 연구, 동북아법 연구, 제12권 제1

을 한 바 있으나, 강제음란죄와 관련하여서는 2004년 그 법정형을 상향한 외에 별다른 개정을 한 바 없다. 아래에서는 강제음란죄의 규정 및 그 개념에 대해 살펴본다.

2. 일본 성범죄법상 추행죄에 관한 규정

제176조 (강제음란) 13세 이상의 남녀에 대하여 폭행 또는 협박으로 음란한 행위(わいせつな行爲)를 한 자는 6월 이상 10년 이하의 징역에 처한다. 13세 미만의 남녀에 대하여 음란한 행위를 한 자도 같다.⁷³⁾

제178조 (준강제음란 및 준강제성교등) ① 사람의 심신상실 또는 항거불능을 이용하여 또는 심신을 상실시키거나 항거불능으로 만들어 음란한 행위를 한 자는 제176조의 예에 의한다.⁷⁴⁾

제179조 (감호자음란 및 감호자성교 등) ① 18세 미만의 사람에 대하여 감호자가 그 영향력을 행사하여 음란한 행위를 한 사람은 176조의 예에 의한다.⁷⁵⁾

제181조 (강제음란 등 치사상) ① 제176조, 제178조 제1항의 죄, 제179조 제1항의 죄 또는 이들 죄의 미수죄를 범하여 사람을 사망

호, 2018, 371~372면

73) (強制わいせつ)

第一百七十六條 十三歳以上の男女に對し、暴行又は脅迫を用いてわいせつな行爲をした者は、六月以上十年以下の懲役に處する。十三歳未満の男女に對し、わいせつな行爲をした者も、同様とする。

74) (準強制わいせつ及び準強制性交等)

第一百七十八條 人の心神喪失若しくは抗拒不能に乗じ、又は心神を喪失させ、若しくは抗拒不能にさせて、わいせつな行爲をした者は、第一百七十六條の例による。

75) (監護者わいせつ及び監護者性交等)

第一百七十九條 十八歳未満の者に對し、その者を現に監護する者であることによる影響力があることに乘じてわいせつな行爲をした者は、第一百七十六條の例による。

또는 상해에 이르게 한 자는 무기 또는 3년 이상의 징역에 처한다.⁷⁶⁾

일본 형법은 제22장의 음란, 간음 및 중혼에 관한 죄에서 우리나라의 추행에 대응하는 ‘음란’행위(わいせつな行爲)를 한 자를 처벌하고 있다. 기존의 ‘외설’행위를 ‘음란’행위로 개정하였다. 전반적인 규정을 슬쩍 살펴 보더라도 우리나라 형법과 매우 유사한 규정체계를 가지고 있다는 것을 알 수 있다. 우리 형법이 구 일본형법 및 일본개정형법가안의 영향을 크게 받았기 때문이다. 일본형법 역시 ‘음란’이라는 도덕적 개념을 가진 용어로 규정하고 있으며, 이에 대한 구체적 정의를 두고 있지 아니하다. 다만 우리나라 규정과 다른 점은 일본 형법은 같은 장에서 ‘공연음란’이라는 제목 하에 공연히 ‘음란행위(わいせつな行爲)’를 한 자를 처벌하고 있고, 이는 우리나라의 공연음란죄와 대응하는 규정이라는 것이다. 즉, 일본에서는 ‘음란’이라는 동일한 개념을 사용하여 규정함으로써 공연음란죄의 ‘음란행위’와 강제음란죄의 ‘음란행위’를 동일하게 해석하고 있다. 우리나라 학계에서 형법상 ‘추행’행위와 ‘음란’행위가 서로 구별되는 개념인지 여부에 대한 논의 역시 이러한 지점에서 시작된 것으로 보인다.

3. 특징 및 시사점

우리 형법 상 강제 추행죄 규정은 일본 형법의 영향을 많이 받은 것을 알 수 있다. 기본적인 체계는 모두 일본 형법에서 차용하였다고 보인다. 일본에서도 ① 처벌되는 행위를 ‘음란한 행위(わいせつな行爲)’라는 추

76) (強制わいせつ等致死傷)

第百八十一條 第百七十六條、第百七十八條第一項若しくは第百七十九條第一項の罪又はこれらの罪の未遂罪を犯し、よって人を死傷させた者は、無期又は三年以上の懲役に處する。

상적이고 도덕적인 개념으로 규정하고 그 개념에 대하여 명확한 정의규정을 두지 않고 있는 점, ② ‘강제’음란이라고 규정하면서 ‘폭행·협박’을 요구하고 있는 점, ③ 준강제음란죄의 규정을 둔 한편, 13세 미만의 사람에 대해 추행하는 경우는 폭행과 협박을 요구하지 않고 있는 점 등 대부분 우리나라 규정과 동일하다.

다만 ① 일본형법은 이를 ‘음란, 간음 및 중혼의 죄’의 장에 규정하여 사회적 법익에 관한 죄로 구성하고 있는 점, ② 강제음란죄의 ‘음란행위’를 곧 공연음란죄⁷⁷⁾의 ‘음란행위(わいせつな行爲)’의 개념과 동일하게 규정 및 해석하고 있는 점이 우리나라 형법과 다른 점이라 할 것이다.

제 5 절 우리나라 법 체계와의 비교

각 국이 형사적으로 처벌되는 성적 행위를 규율하는 방식은 나라별로 매우 상이하다. 그러나 대부분의 국가에서는 구성요건요소를 구체적으로 정의하고 있었고, 이를 더욱 구체적으로 정의하려는 방향으로 개정 작업이 진행되고 있었다. 우리나라와 같이 추상적이고 도덕적 개념을 사용하여 규정하는 것은 오히려 드물었으며, 우리나라 형법 역시 단지 일본개정 형법가안 및 구 일본형법에서 영향을 받은 결과일 뿐이라는 것을 알 수 있었다.

결국 어떠한 성적 행위를 형사적 처벌대상으로 규율할 것인가라는 문제는 시대와 사회에 따라 다양하고, 변화될 수 있는 개념이긴 하지만 한편으로는 충분히 구체적으로 정의될 수 있고, 정의 가능한 개념이라 하겠다.

77) 일본형법 제174조 (공연음란) 공연히 음란한 행위(わいせつな行爲)를 한 자는 6월 이하의 징역이나 30만엔 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처한다.

제 4 장 실무상 ‘추행’의 개념과 판단기준

제 1 절 문제의 소재

‘유사강간’에 대한 정의는 형법에 규정되어 있다. 그러나 강간죄의 ‘간음’과 강제 추행죄의 ‘추행’이라는 개념은 법률로 정의되어 있지 아니하다. 따라서 이에 대한 개념정의는 판례에 의해 구체화된다. 그러나 ‘추행’은 ‘간음’이라는 개념과 비교할 때에도 본질적으로 추상적이고 규범적인 개념일 수밖에 없다.⁷⁸⁾ ‘간음’은 ‘성교’를 행위태양으로 하고, 성교는 남녀 간 성기의 결합이라는 비교적 그 개념 정의가 명확한 범죄이기 때문이다. 그에 반해 ‘추행’은 간음이나 유사간음 이외의 성적 행위가 모두 해당될 수 있으므로 그 범위가 매우 넓고, 불명확한 개념이다.

표준국어대사전에 따르면 ‘추행(醜行)’은 ‘1. 더럽고 지저분한 행동, 2. 강간이나 그와 비슷한 것’이라 정의되어 있으나,⁷⁹⁾ 이러한 개념정의만으로는 형법상 추행행위가 무엇을 뜻하는지 구체화하기 힘들다. 따라서 신체적 접촉을 수반하는지, 신체 중에서도 오직 성적으로 민감한 부위에 한한 접촉에 관한 것인지, 그 방법이나 정도는 어떠하여야 하는지, 일상 생활에서 흔히 일어나는 비 범죄의 영역인 신체적 접촉과 범죄의 영역인 형법상 추행행위는 어떻게 구별되는 것인지 등 그 개념설정을 위해서 여러 가지 논의를 필요로 한다. 뿐만 아니라 ‘추행’은 시대의 일반적인 성관념에 따라 변화 가능한 개념이다.

78) 한국사법행정학회, 편집대표 김대휘/김신, 주석 형법(제5판), 2017, 248면

79) 국립국어원 표준국어대사전(<https://stdict.korean.go.kr/search/searchView.do>)

이와 같은 규범적 구성요건요소는 개념 자체만으로는 의미가 명확하게 드러나지 않으므로, 법적용을 위해서는 가치 충전적 평가가 필요하고, 어떠한 행위가 추행행위인지는 전적으로 법관의 해석을 통해 그 의미가 드러난다.⁸⁰⁾ 그러나, 그럼에도 불구하고, 법관이 그 개념을 적용하기 위한 구체적인 기준과 일관성은 마련되어야 한다. 그것이 죄형법정주의에 따른 명확성의 원칙이 요구하는 최소한의 기준이기 때문이다.

본 장에서는 현행 실무상 ‘추행’의 개념과 판단 기준에 관한 학설과 판례의 입장을 살펴보고, 현 실무상 ‘추행’의 개념과 판단기준이 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 부합하는지, 구체적이고 일관된 기준으로 작용하고 있는지를 비판적 관점에서 검토하고자 한다.

제 2 절 학설의 입장

1. 주관설과 객관설의 대립

추행의 개념정의와 관련하여 학계에서는 크게 2가지의 논점을 중심으로 논의되고 있다. 그 중 첫 번째 논의는 추행이 성립하기 위하여 주관적 요소인 ‘성욕의 흥분, 자극 또는 만족할 목적’이 필요한 것인지에 관한 것이다.

이를 필요로 한다는 주관설의 입장에 따르면, 추행이란 성욕의 흥분, 자극 또는 만족을 목적으로 하는 행위로서 건전한 상식 있는 일반인의

80) 김성은, 형법상 추행의 요소와 법적용의 문제, 안암법학, 제44권, 2014, 657면

성적 수치심 및 혐오의 감정을 느끼게 하는 일체의 행위를 말한다.⁸¹⁾ 즉, 추행이 성립하기 위해서는 객관적 요소(일반인의 관점에서 성적 수치심 및 혐오감을 일으키는 행위)뿐만 아니라 주관적 요소(행위자가 가진 주관적 의도)가 필요하다고 보는 견해이다. 이와 같은 견해는 과거 학설에서 주류를 이루었고, 최근에도 이에 동조하는 견해가 아주 없지는 않다. 이들 견해는 강제 추행죄의 추행 개념과 공연음란죄의 음란 개념을 동일하게 취급하는 것이 특징이다⁸²⁾. 일본 형법에서는 ‘공연음란’과 함께 우리나라의 ‘강제추행’죄에 대응하는 규정으로서 ‘강제음란’을 두고 있어, 공연음란죄의 음란행위와 강제음란죄의 음란행위를 동일한 행위로 보고 있는데, 이와 같은 비교법적 해석에서 착안한 견해로 보인다. 한편, ‘추행 행위’ 자체는 객관적으로 정의하되 성욕의 흥분·자극이라는 목적 내지 경향은 추행행위 성립과는 별도로 주관적 구성요건단계에서 요구되는 것이라는 견해도 있다.⁸³⁾

반면, 이를 필요로 하지 않는다는 입장은 객관설⁸⁴⁾이다. 이에 따르면 그 행위가 일반인의 입장에서 성적 수치심과 혐오의 감정을 불러일으킬 만한 것인가만을 염두에 두고, 행위자의 주관적인 감정을 고려하지 않는다. 따라서 객관설의 입장에서 ‘추행’은 ‘일반인에게 성적 수치심과 혐오의 감정을 불러일으키는 행위’라고 정의된다.

81) 임웅, 형법각론(제9정판), 법문사, 2018, 212면

82) 김준호, 형법상 강제추행 개념의 해석 범위, 「저스티스」 통권 제153호, 2016, 85면

83) 김일수/서보학, 새로 쓴(제8판) 형법각론, 박영사, 2015, 137면

84) 박상기, 형법각론(제8판), 박영사, 2011, 157면; 배종대, 형법각론(제10전정판), 홍문사, 2018, 251면; 정성근/박광민, 형법각론(전정2판), 성균관대학교 출판부, 2015, 196면; 이재상, 「형법각론(제7판)」, 박영사, 2010, 168면

2. 중대성을 요하는지 여부

‘추행’의 개념정의와 관련한 두 번째 논점은 추행이 성립하기 위해서 추행행위 중에서도 특히 중요한(또는 현저한) 행위에 한하여 인정하여야 할 것인가에 관한 것이다. 중요성 또는 현저성이 필요하다는 견해에 따르면, 추행행위란 일반인의 성적 수치심이나 혐오의 감정을 일으키는 행위 중에서도 성적 자유를 침해하는 중요한 행위에 제한되어야 한다.⁸⁵⁾ 성적 자유의 침해에 대한 ‘중대성’의 여부는 구체적 상황에서 사회 통념에 의하여야 하며, 보호법익과 관련하여 행위의 정도와 행위의 지속성 등이 추행의 현저성을 판단하는 중요한 기준으로 작용한다.⁸⁶⁾ 이에 따르면 여자의 손이나 무릎, 허벅지를 만지는 행위나 옷을 입고 있는 여자의 옷 위로 가슴을 만지거나 엉덩이를 쓰다듬는 행위 등은 일반인의 관점에서 성적 수치심을 느낄 정도의 추행에 해당하지 않는다고 한다⁸⁷⁾. 이와 같은 견해는 독일 형법 제184조 h, 제1호⁸⁸⁾에 규정된 현저성의 요건(이 법에서 성적 행위란 각 보호법익의 관점에서 어느 정도 중요한 행위만을 말한다)을 우리나라 형법 해석에 도입한 것으로 보인다. 이 견해가 현재 다수설이다.

85) 김신규, 형법각론, 청목출판사, 2015, 204면 ; 김일수/서보학, 앞의 책, 136면; 박상기, 앞의 책, 157면 ; 배종대, 앞의 책, 169면; 이재상, 앞의 책, 168면; 임웅, 앞의 책, 213면; 정성근/박광민, 앞의 책, 197면

86) 박상기, 앞의 책, 157면

87) 배종대, 앞의 책, 170면; 이재상, 앞의 책, 168~169면; 정성근/박광민, 앞의 책, 197면; 다만, 중대성의 입장에서, 옷 위라 하더라도 성기를 만지는 경우에는 추행이 성립한다고 보는 견해도 있다(박상기, 앞의 책, 157면)

88) 제184조h [개념정의] 이 법에서

1. 성적 행위란 각 보호법익의 관점에서 어느 정도 중요한 행위만을 말한다.
<https://dejure.org/gesetze/StGB/184h.html>; 법무부 형사법제과, 독일 형법 한글번역본, 2008, 153면

그러나 현행 판례상으로는 여성의 손이나 허벅지를 만지거나 쓰다듬는 행위, 여성의 가슴이나 엉덩이를 만지거나 쓰다듬는 행위는 별다른 논의의 여지없이 강제추행에 해당한다고 판시하고 있다. 이와 같이 다년간에 걸쳐 집적된 판례의 태도 및 변화한 시대상에 따른 일반인들의 성관념 등에 비추어 볼 때 이와 같은 행위가 추행에 해당한다는 점에 대해서는 별다른 논의의 여지가 없어 보인다. 최근 대법원은 이를 넘어 비접촉 추행행위까지도 추행으로 인정하는 단계에까지 와 있는 상황이다. 따라서 학계의 중대성 논의가 위와 같은 행위의 중대성 여부에 관한 논의에 머물러 있다면 그 논의는 현실을 반영하지 못한 탁상공론에 불과할 것이다.

3. 검토

결국 학설은 추행행위란 ‘성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하는 행위’라는 점을 기본으로 두고 그에 더하여 행위자의 의도가 요구되는지, 중대한 행위에 한정되는지 등의 논점에 따라 추행행위를 개념화한다. 개념 정의에 있어서는 법원과 크게 다르지 않지만 형법의 보충성 원칙이나 피해자의 성적 자유의 침해 등을 들어 법원의 해석보다도 추행행위의 성립 범위를 더 좁게 보고 있는 것으로 보인다.

주관설 및 객관설의 대립에 관하여 보면, 추행죄를 목적범으로 보기는 어렵기 때문에 주관설과 같이 추행의 요소로서 ‘행위자의 성욕의 흥분, 자극 또는 만족할 목적’을 요구하는 것은 타당하지 않다.

또한 ‘중대성’을 요하는지 여부에 관하여 보면, 형법상 수많은 범죄 중 특별히 추행죄의 성립에 있어서만 그와 같은 요소를 도입할 이유가 없

다. 독일 형법 상 성범죄 규정은 우리나라의 성범죄 규정과 상당히 다르게 규정되어 있는 바 독일의 성형법(性刑法)에 규정된 ‘중대성’이라는 요건을 우리나라의 형법 해석에 가지고 오는 것은 체계에 맞지 않는 해석이다. 뿐만 아니라 ‘중대성’의 기준이 무엇인지도 모호하고, 소위 성적으로 ‘민감한 부위’가 어디인지, 누구를 기준으로 판단하여야 하는지, 인간의 신체를 성적으로 대상화하여 성적으로 민감한 부위와 그렇지 않은 부위로 구분할 수 있는 것인지, 이는 피해자의 성별에 따라 달라질 것인지 등에 여러 가지 문제점을 함께 논의하여야 함에도 이에 대한 구체적인 고려는 이루어지지 않았다. 대부분의 교과서에서는 여성의 가슴이나 엉덩이, 성기 등을 ‘민감한 부위’로 판단하면서(판단에 대한 근거는 제시하지 않은 채), 민감한 부위가 아닌 ‘손이나 무릎’을 만진 행위가 추행행위로 인정되는지 여부를 논의하거나 ‘옷 위로’ 여성의 민감한 부위(가슴, 엉덩이)를 만진 행위는 ‘중대성’이 인정되지 않는 행위로 ‘추행’에 해당하지 않는다고만 설명하고 있다. 그러나 위와 같은 행위들이 ‘중대성’이 인정되지 않는 행위라고 판단하기도 어려우며, 그와 같은 이유로 판례의 입장이 바뀔 가능성 또한 매우 희박하다. 결국 중대성 필요여부에 관한 현재 학계의 논의는 우리나라 형법의 규정체계나 현 사회의 인식, 현행 실무와는 모두 동떨어진 논의로서, 타당하지 않다고 보인다.

무엇보다도, 학계에서조차 여전히 판례에서 밝힌 ‘추행’의 개념정의, ‘성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하는 행위’를 기본으로 따르고 있을 뿐 이를 중립적 언어로 구체화하거나, 추행의 핵심 요소를 명시하고자 하는 작업을 시도하지 아니하였다는 문제가 있다. 결국 기존의 학설 논의만으로는 여전히 ‘추행’에 관한 개념 정의가 이루어지지 않은 것이다.

제 2 절 법원의 입장

1. 대법원이 제시한 ‘추행’의 개념 및 판단기준

가. ‘추행’의 개념과 기준에 관한 일반적인 법리

대법원은 ‘추행이라 함은 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 피해자의 성적 자유를 침해하는 것으로, 이에 해당하는지 여부는 피해자의 의사, 성별, 연령, 행위자와 피해자의 이전부터의 관계, 그 행위에 이르게 된 경위, 구체적 행위태양, 주위의 객관적 상황과 그 시대의 성적 도덕관념 등을 종합적으로 고려하여 신중히 결정되어야 한다(대법원 2002. 4. 26 선고 2001도2417 판결 등)’고 실시하여 추행의 개념 및 그 판단 기준에 대해 명시하였다. 이는 ‘추행’여부가 문제될 경우에 있어서 주로 언급되는 대표적인 법리이다.

또한 ‘강제 추행죄의 성립에 필요한 주관적 구성요건으로 성욕을 자극·흥분·만족시키려는 주관적 동기나 목적이 있어야 하는 것은 아니다(대법원 2013. 9. 26. 선고 2013도5856 판결 등)’고 하였고, ‘여성에 대한 추행에 있어 신체 부위에 따라 본질적인 차이가 있다고 볼 수 없다(대법원 2004. 4. 16. 선고 2004도52 판결)’고 하여 추행행위의 개념에 관한 객관설의 입장을 지지하고, 중대성은 필요하지 않다는 입장이다.

나. 일부 수정된 법리

최근에는 ‘추행이란 객관적으로 피해자와 같은 처지에 있는 일반적·평균적인 사람으로 하여금 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 피해자의 성적 자유를 침해하는 것’을 의미한다(대법원 2010. 2. 25. 선고 2009도13176 판결 등)고 하여 ‘피해자의 입장’에서 판단하여야 한다고 그 기준을 수정한 모습을 보이기도 한다.

다. 검토

즉, 대법원에 따르면, 추행은 ‘1) 성적수치심이나 혐오감을 일으키게 하고, 2) 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서, 3) 피해자의 성적 자유를 침해하는 행위’이고, 이에 해당하는지 여부는 ‘피해자의 의사·성별·연령, 행위자와 피해자의 이전부터의 관계, 그 행위에 이르게 된 경위, 구체적 행위태양, 주위의 객관적 상황과 그 시대의 성적 도덕관념 등을 종합적으로 고려’하되, 그 기준은 ‘피해자와 같은 처지에 있는 일반적·평균적인 사람’의 입장에서 보아야하여야 한다는 것이다. 아래에서는 구체적 사례 5가지를 통하여 법원이 위와 같은 ‘추행’에 대한 판단기준을 각 개별 사안에서 어떻게 적용, 판단하는지 검토하겠다.

2. 구체적 사례를 통해 본 법원의 입장

가. 사례 1 - 길거리에서 여성을 협박하면서 그녀를 향하여 성기를
보인 행위⁸⁹⁾

1) 사실관계⁹⁰⁾

A는 46세의 남성이다. A는 2010. 10. 11. 19:50경 부산 00 소재 1층 건물에서 식당을 운영하던 갑과 술을 마시면서 갑이 그 곳 2층에서 가게를 운영하고 있는 피해자 B(여, 48세)와 불화를 겪고 있다는 이야기를 듣던 중 마침 B가 내려오자 B에게 말을 걸었다. 그러나 B가 이를 무시하고 위 식당 앞 도로에 주차하여 둔 자신의 차량으로 걸어가자 B의 뒤를 쫓아가면서 “이 씨발년이 내가 오늘 니 잡아죽인다”라고 욕설을 하는 등 B를 협박하면서 자신의 바지를 벗어 성기를 보여주었다.

2) 사건의 경과

1심은 강제 추행죄에 대해 무죄를 선고⁹¹⁾하였다. 그러나 2심은 강제추행을 유죄로 인정하였고, 대법원에서는 다시 강제 추행죄가 성립하지 않는다는 무죄취지로 파기 환송된 사안이다. 위와 같이 1심에서부터 대법원에 이르기까지 추행 여부에 관한 결과가 계속하여 번복된 사안으로서, 추행인지 여부가 치열하게 다투어진 사안이다.

89) 대법원 2012. 7. 26. 선고 2011도8805 판결, 위 판결의 범죄사실을 사례로 인용하였다.

90) 판결문의 범죄사실을 인용 및 축약하였다.

91) 그러나 협박죄는 인정되었다.

3) 1심 및 원심의 판결

1심⁹²⁾에서는, 위와 같은 사실관계가 인정된다고 하더라도⁹³⁾ 강제 추행 죄가 성립하기 어렵다고 보았다. 판결문에 따르면 「① 그 행위가 이루어진 장소는 검사가 주장하는 밀폐된 장소가 아니라 개방된 장소로 보이는 점, ② C는 이 범정에서 A가 당시 팔을 잡으려 하였으나 자신이 피하여 잡지 못하였다고 진술하는바, 이에 의하더라도 C가 피고인의 실력적 지배하에 있었던 것으로는 볼 수 없는 점, ③ A가 C와 어떠한 신체 접촉을 한 바 없는 점, ④ 그밖에 C의 연령(48세), A가 이 사건에 이르게 된 경위, 행위 당시의 상황, A가 C에게 가한 해악의 내용 등 여러 사정을 종합하여 보면, 그것이 강제추행에 해당한다고 판단하기는 아무래도 어렵다.」는 것이다.

이에 대하여 2심⁹⁴⁾에서는 「A가 C에게 욕설을 하는 등 C를 위협하면서 주차된 차들 사이로 C를 따라가 바지를 내리고 자신의 성기를 C에게 보여준 사실이 인정되는 바, ① A와 C는 처음 본 사이였고, ② 범행장소가 사람들이 왕래하는 골목길이기에는 하나 주차된 차량 사이이고, ③시간이 저녁 8시경이었던 점 등에 비추어보면 A의 위와 같은 위협행위는 C의 항거를 곤란하게 할 정도의 협박에 해당되고, 그와 같은 상황에서 피고인이 자신의 성기를 피해자에게 보여준 행위는 일반인에게 성적 수치심과 혐오감을 일으키는 한편 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서

92) 부산지방법원 2011. 2. 18. 선고 2010고정6711

93) 1심은 A가 바지를 내리고 C에게 성기를 꺼내 보여 주는 행위를 하였다고 단정하기 어렵고, 이를 인정할 증거가 부족하다는 이유로 무죄를 선고하였으나, 덧붙여 위와 같은 사실관계가 인정된다고 하더라도 강제추행죄가 인정되기는 어렵다고 판시하였다.

94) 부산지방법원 2011. 6. 24. 선고 2011노758

피해자의 성적 자유를 침해하는 추행에 해당되므로, 결국, 피고인의 위와 같은 행위는 강제 추행죄를 구성한다고 할 것이다」고 판시하였다.

4) 대법원의 판단

대법원이 본 건에서 피고인의 행위가 ‘추행’에 해당하는지 여부를 판단함에 있어 중점적으로 본 것은 피해자의 ‘성적 자유의 침해’ 여부이다. 대법원은 ‘객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하는 행위’라고 하더라도 상대방의 성적 자유의 침해에 해당하지 않는다면 ‘추행’에는 해당하지 않는다고 하면서, 본 사안의 행위는 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하는 행위이긴 하지만 피해자의 성적 자유를 침해하지 아니하여 ‘추행’에 해당하지 아니한다고 판단하였다. 또한 본 판결에서는 ‘음란한 행위’와 ‘추행’의 관계에 대해서 구체적으로 실시한 점에서도 그 의의가 있다.

대법원은 다음과 같은 이유로 본건 행위가 ‘추행’에 해당하지 않는다고 판시하였는데, 그 판단과정을 보면, 우선 ‘추행’의 개념과 기준에 관한 일반적인 법리(위 1. 대법원이 제시한 ‘추행’의 개념 및 판단기준의 가.항)를 언급한 후, 행위를 둘러싼 구체적인 요소들을 통하여 ‘추행’해당여부를 판단한다. 실시내용은 다음과 같다.

‘추행’이란 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키고 선량한 성덕도덕관념에 반하는 행위인 것만으로는 부족하고 그 행위의 상대방인 피해자의 성적 자기결정의 자유를 침해하는 것이어야 한다. 따라서 건전한 성풍속이라는 일반적인 사회적 법익을 보호하려는 목적을 가진 형법 제245조의 공연음란죄에서 정하는 ‘음란한 행위’(또는 이른바 과다노출에 관한 경범치

처벌법 제1조 제41호에서 정하는 행위)가 특정한 사람을 상대로 행하여졌다고 해서 반드시 그 사람에 대하여 ‘추행’이 된다고 말할 수 없고, 무엇보다도 문제의 행위가 피해자의 성적 자유를 침해하는 것으로 평가될 수 있어야 한다. 그리고 이에 해당하는지 여부는 피해자의 의사·성별·연령, 행위자와 피해자의 관계, 그 행위에 이르게 된 경위, 구체적 행위태양, 주위의 객관적 상황 등을 종합적으로 고려하여 정하여진다(대법원 2010. 2. 25. 선고 2009도13716 판결 등 참조).

이상에서 본 ① 피해자의 성별·연령, 이 사건 행위에 이르게 된 경위 및 ② 피고인은 자신의 성기를 꺼내어 일정한 거리를 두고 피해자에게 보였을 뿐 피해자에게 어떠한 신체적 접촉도 하지 아니한 점, ③ 위 행위장소는 피해자가 차량을 주차하여 둔 사무실 근처의 도로로서 사람 및 차량의 왕래가 빈번한 공중에 공개된 곳이었고, ④ 피해자로서는 곧바로 피고인으로부터 시선을 돌림으로써 그의 행위를 쉽사리 외면할 수 있었으며 필요하다면 주위의 도움을 청하는 것도 충분히 가능하였던 점, ⑤ 피고인은 피해자를 위 행위 장소로 이끈 것이 아니라 피해자의 차량으로 가는 피해자를 따라가면서 위와 같은 행위에 이르게 된 점, ⑥ 피고인이 피해자에 대하여 행하여서 협박죄를 구성하는 욕설은 성적인 성질을 가지지 아니하는 것으로서 ‘추행’과 관련이 없는 점, ⑦ 그 외에 피해자가 자신의 성적 결정의 자유를 침해당하였다고 볼 만한 사정은 이를 찾을 수 없는 점 기타 제반 사정을 고려하여 보면, 단순히 피고인이 바지를 벗어 자신의 성기를 피해자에게 보여준 것만으로는 그것이 비록 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하는 행위라고 할 수 있을지 몰라도 피고인이 폭행 또는 협박으로 ‘추행’을 하였다고 볼 수 없다.⁹⁵⁾

95) ①~⑦ 번호는 필자에 의한 것임

5) 검토 - 판단의 문제점

첫째, ‘피해자의 성적 자유를 침해하는 행위’의 개념과 판단기준에 대한 아무런 설시가 없다는 문제점이 있다. 판결문의 설시 내용 따르면 본 판결에서 ‘추행’에 해당하는지 여부와 관하여 주된 논점이 된 것은 ‘피해자의 성적 자유를 침해하는 행위’였는지 여부이다. 그럼에도 불구하고 판례는 이에 대한 기준을 별도로 제시하지는 아니하였다. 본 판결에서 제시된 법리와 기준은 여전히 기존의 추행에 대한 개념과 판단기준 뿐이다. 따라서 판례에서 실시한 각 구체적인 요소들이 ‘성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하는 행위’와 관련된 적극적 요소인지, ‘피해자의 성적 자유를 침해하는 행위’와 관련된 소극적 요소인지도 알 수 없고, ‘성적 자유를 침해하는 행위’가 어떠한 행위인지도 전혀 알 수 없다.

둘째, 동일한 사실관계에서 다른 판단이 도출된 바, 판단의 기준과 일관성을 찾기 힘들다. 본건은 1심에서부터 대법원에 이르기까지 강제 추행죄 성립여부에 관한 법원의 견해가 계속하여 변경(무죄-유죄-무죄취지)되었으나, 그와 같은 결론에 이른 구체적 요소(장소, 시간, 피고인과 피해자의 관계, 서로 신체적 접촉이 없다는 점 등)는 특별히 달라진 바가 없다. 즉, 이는 같은 사실관계를 두고서도 법관에 따라 그 행위에 대한 판단과 평가가 달라진다는 것이다. 또한 그 각기 다른 판단에 대한 뚜렷한 근거도 제시하지 않는다는 문제가 있다.

셋째, 행위를 둘러싼 각 구체적 요소들이 피해자의 성적 자유를 침해하는 행위가 아니라는 점(따라서 ‘추행’에 해당하지 않는다는 점)에 관하여 서로 어떻게 연결되는지 그 논리적 연관성을 찾을 수 없다. 아래에서

대법원이 제시한 구체적 요소들을 하나씩 짚어본다.

대법원은 먼저, ① 피해자의 성별·연령·행위에 이르게 된 경위 등에 비추어 피해자의 성적 결정의 자유가 침해당하였다고 볼 사정이 없다고 하였다. 그러나 피해자의 성별·연령은 피고인의 행위가 추행에 해당하는지 여부를 판단하거나, 피해자의 성적 결정의 자유가 침해되었는지를 판단하기 위한 구체적인 요소로 기능할 수 없다. 혹은 이를 판단하기 위한 구체적인 요소가 되어서는 안 된다⁹⁶⁾. 피고인의 행위가 추행에 해당하거나 피해자의 성적 결정의 자유를 침해하는 행위에 해당하는지 여부는 피고인의 행위태양에 따라 달라지는 것이지, 그 행위가 이루어진 피해자에 따라, 특히 피해자의 성별이나 연령에 따라 달라지는 것이 아니기 때문이다.⁹⁷⁾ 이는 마치 피고인의 행위가 ‘젊은’ ‘여성’을 향해 이루어졌을 때에야 추행이 된다고 보는 것과 같다. 대법원에서는 ‘젊은’, ‘여성’의 성적 자기결정권만을 보호하는가? 혹은 보호할 가치가 있다고 보는 성적 자기결정권은 오직 ‘젊은’ ‘여성’인 경우에 한한다고 보는가?

또한, 피고인이 이 사건에 이르게 된 경위와 관련, 어떠한 경위가 어떠한 사유로 ‘추행’의 해당성 여부와 연관되는지에 관한 아무런 설시가 없다. 아마도 피고인이 피해자를 위협하는 과정에서 이루어진 행위라는 이유에서 ‘추행’이 아니라 오히려 협박행위의 일종이라고 본 것일지 모르겠으나, 이는 기존의 대법원 판례의 입장⁹⁸⁾과 배치되는 바 일관성이 없다.

96) 이 점에 관하여는 본 논문 83면에서 더욱 구체적으로 서술하였다.

97) 다만 피해자가 미성년자의 경우는 다를 것이다. 이 경우 후견주의와 관련하여, ‘성적 자유’를 인정하여야 하는지, 어디까지 인정되는지 등 성년자와 다른 관점의 논의가 필요할 것이다.

98) 알고 지내던 여성인 피해자 갑이 자신의 머리채를 잡아 폭행을 가하자 보복의 의미에서 갑의 입술, 귀, 유두, 가슴 등을 입으로 깨무는 등의 행위를

또한 신체적 접촉이 없이도 추행이 성립할 수 있다고 인정한 대법원 판례들(대표적으로 아래 [사례 2])이 존재하기 때문에, ② 피해자에 대한 어떠한 신체접촉이 없었다는 사실 그 자체를 두고 ‘추행’이 인정되지 않는다고 보기는 어렵다. 따라서 신체접촉 유무와 추행과의 상관관계를 명백히 밝히거나, 접촉이 없었음에도 추행으로 인정된 사례들과 본건과의 차이를 명백히 하여야 함에도 그러한 부분에 대한 명시적 판단이 없이 단지 위 요소만으로는 피고인의 행위가 ‘추행’에 해당하지 않는다는 근거가 되기 부족하다.

③ 행위 장소가 도로로서 사람 및 차량의 왕래가 빈번한 공중에 공 개된 곳이었다는 점, ⑤ 피고인이 피해자를 행위 장소로 이끈 것이 아니라 피해자의 차량으로 가는 피해자를 따라가면서 위와 같은 행위에 이르렀다는 점 역시 피고인의 행위가 ‘추행’에 해당하지 않는다는 판단과 논리적으로 연관되기 어렵다. 추행은 공중이 왕래하는 도로에서도 종종 발생하는 행위이고, 피해자를 쫓아간 이후에도 이루어질 수 있는 행위이기 때문이다.

④ 피해자가 곧바로 피고인으로부터 시선을 돌림으로써 그의 행위를 쉽사리 외면할 수 있었다거나 주위의 도움을 청하는 것이 충분히 가능하

한 사안에서, 객관적으로 여성인 피해자의 입술, 귀, 유두, 가슴을 입으로 깨무는 행위는 일반적이고 평균적인 사람으로 하여금 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서, 갑의 성적 자유를 침해하였다고 보는 것이 타당하다는 이유로, 피고인의 행위가 강제추행죄의 ‘추행’에 해당한다고 한 사례(대법원 2013. 9. 26. 선고 2013도5856 판결)에 따르면, ‘보복의 의미’에서 행해진 것이라도(행위의 경위), 일반인을 기준으로 행위 그 자체의 객관적 성질을 살펴 ‘추행’에 해당하는지 여부를 판단하였다.

였다는 점에 대해서 본다. 피해자가 곧바로 ‘피한다’ 또는 주위의 ‘도움을 요청’한다는 것은 이미 피고인이 피해자를 향해 성적 행위를 한 이후의 상황이다. 피고인의 행위가 피해자를 향하여 이루어진 이상 피해자가 이를 곧바로 피했다거나 주위의 도움을 청할 수 있다고 하더라도 그 행위가 없어지지 않는다. 또한 이는 피고인의 행위 이후의 피해자의 행위로서, 피고인의 그 자체가 추행행위에 해당하는지 여부에 대한 판단기준이 될 수 없다. 피고인의 행위가 이루어진 이후의 피해자의 태도를 문제 삼는 것에 불과하다.

나. 사례 2 - 엘리베이터 안에서 9세의 여아에게 자위행위 모습을 보여주고 어깨에 손을 얹은 행위, 엘리베이터 안에서 11세의 여아에게 자위행위를 보여주고 가까이 다가간 행위⁹⁹⁾

1) 사실관계

C는 25세의 남성으로, 2010. 9. 6. 13:45경 전주시 00 소재 아파트 엘리베이터에서 피해자 D(여, 9세)를 따라 들어가, 자신의 성기를 내보인 후 성기를 왼손으로 잡고 위, 아래로 흔들며 자위행위를 하고, 겁을 먹고 놀란 D에게 다가가 D의 어깨에 왼손을 얹어 만졌다.

C는 계속하여 같은 날 15:05경 전주시 **소재 아파트에서 피해자 E(여, 11세)가 엘리베이터에 올라타는 것을 본 후 E를 따라 들어가, 자신의 성기를 내보인 후 성기를 왼손으로 잡고 위, 아래로 흔들며 잡고 움직이면서 겁을 먹고 놀란 E에게 가까이 다가갔다.

99) 대법원 2013. 1. 16. 선고 2011도7164, 2011전도124판결

2) 재판의 진행 경과

피해자 D에 대한 범행은 성폭법 제7조 제3항(13세 미만자에 대한 ‘폭행’에 의한 추행)으로, 피해자 E에 대한 범행은 성폭법 제7조 제5항(13세 미만자에 대한 ‘위력’에 의한 추행)으로 각 유죄가 선고된 사안이다¹⁰⁰).

피해자 D에 대한 범행은 1심에서부터 대법원에 이르기까지 성폭법 제7조 제3항을 적용하여 유죄가 인정되었다. 당시 피고인은 D의 어깨에 손을 올려 만진 행위를 한 바, 아마도 이러한 신체적 접촉행위로 인하여 이 부분 범죄사실에 대해서는 특별한 논의 없이 ‘폭행’에 의한 추행으로 인정된 것으로 보인다.

피해자 E에 대한 범행 부분은 치열하게 다투어졌다. 1심¹⁰¹에서는 이 부분에 관하여 성폭법 제7조 제3항(‘폭행’에 의한 추행)으로 유죄가 선고되었다. 그러나 2심에서는 단지 형법상 주거침입죄¹⁰²로 처벌받는 데에 그쳤다. 5년 이상의 유기징역형을 규정한 아동에 대한 성폭력범죄에서 3년 이하의 유기징역형으로 규정한 단순 주거침입죄로 변경된 것이다. 본 건의 항소심 재판과정에서 피해자 D에 관한 공소사실에 관하여 제 1 예

100) 성폭력범죄의처벌등에관한특례법 제7조(13세 미만의 미성년자에 대한 강간, 강제추행 등)

③ 13세 미만의 사람에 대하여 「형법」 제298조(강제추행)의 죄를 범한 사람은 5년 이상의 유기징역 또는 3천만 원 이상 5천만 원 이하의 벌금에 처한다.

⑤ 위계 또는 위력으로써 13세 미만의 사람을 간음하거나 추행한 사람은 제1항부터 제3항까지의 예에 따라 처벌한다.

101) 전주지방법원 2011. 2. 22. 선고 2010고합192, 2010전고19(병합) 판결

102) 형법 제319조(주거침입, 퇴거불응) ① 사람의 주거, 관리하는 건조물, 선박이나 항공기 또는 점유하는 방실에 침입한 자는 3년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다.

비적 공소사실로 성폭법 제7조 제5항(위력에 의한 추행)이, 제 2 예비적 공소사실로 형법 제319조(주거침입)죄가 추가되는 형식으로 공소장이 변경되었는데, 주위적 공소사실 및 제1차 예비적 공소사실에 대해 모두 무죄가 선고되고, 제2차 예비적 공소사실에 한하여 유죄가 선고된 것이다. 그러나 대법원에서는 1심의 판단처럼 ‘폭행’에 의한 추행도 아니고, 2심의 판단에서처럼 형법상 주거침입죄도 아닌, ‘위력’에 의한 추행이 인정된다는 취지로 원심 판결을 파기함으로써, 1심부터 항소심, 상고심에 이르기까지 각 판결의 판단이 모두 달랐던 것이다.

3) 원심 법원¹⁰³⁾의 판단

피해자 D에 대한 범행은 13세미만 미성년자에 대한 ‘기습추행’으로서의 ‘강제추행’에 해당한다고 아래와 같이 판시하였다.

낮선 남자 어른인 피고인이 만 9세의 여자아이인 피해자와 단둘이 있는 폐쇄된 공간인 엘리베이터 안에서 피해자가 쉽게 피할 수 없는 상황을 이용하여 자신의 성기를 만지는 모습을 피해자에게 보여주면서 놀라는 피해자의 어깨에 손을 얹어 만지기까지 한 행위는 그것이 순간적인 행위에 불과하더라도 피해자의 의사에 반하여 행하여진 유형력의 행사에 해당하고 피해자의 성적 자유를 침해할 뿐만 아니라 일반인의 입장에서도 추행행위라고 평가될 수 있는 것으로서, 앞서 실시한 법리에 따르면 폭행행위 자체가 추행행위라고 인정되는 경우에 해당하여 강제 추행죄가 성립한다.

그러나 피해자 E에 대한 범행은 다음과 같이 폭행이나 위력으로 추행

103) 광주고등법원 전주 제1형사부 2011. 5. 31. 선고 2011노37, 2011전노5(병합) 판결

을 한 경우에 해당하지 않는다고 판시하였다.

위 인정사실에 나타난 바와 같은 피고인과 피해자의 관계, 피고인이 위 행위에 이르게 된 경위와 당시의 상황 등을 고려하여 보면, 낯선 남자 어른인 피고인이 만 11세의 여자아이인 피해자를 따라가 피해자와 단둘이 있는 폐쇄된 공간인 엘리베이터 안에서 자신의 성기를 만지는 모습을 피해자에게 보여주고, 놀라는 피해자에게 더 가까이 다가가기까지 하여 피해자를 더욱 놀라게 한 행위는 강제추행이나 위력에 의한 추행으로 볼 여지는 있다고 할 것이다.

그러나 다른 한편으로는 기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 피고인이 위와 같이 만 11세의 여자아이인 피해자와 단둘이 있는 엘리베이터 안에서 자신의 성기를 꺼내어 손으로 잡고 움직이는 모습을 보여주기에는 하였으나, 피해자의 신체에 대하여 직접적인 접촉을 하거나 이를 시도하려는 행동을 하지는 않은 점, 피고인은 엘리베이터가 10층으로 올라가는 수 초 내지 수십 초 사이의 시간 동안 자신의 성기를 꺼내 만지고 있었을 뿐이고(피해자의 진술내용으로 보아 피고인이 당시 자위행위를 한 것으로는 보이지는 않는다), 피해자에게 자신의 성기를 보라고 하거나 강제로 보게 하려는 언행을 하지는 않은 점, 피해자는 당시 고개를 돌리거나 엘리베이터를 즉시 정지하여 내리는 등으로 피고인의 행위를 외면할 수 있는 상황이었는데, 피고인은 고개를 돌려 자신의 행동을 외면하던 피해자를 돌려세우는 등의 유형력을 행사하지는 않았고, 10층에서 엘리베이터 문이 열린 후 뛰어내리는 피해자를 뒤따라가거나 가로막지도 아니하였으며, 오히려 내리는 피해자에게 ‘미안하다’고 말하며 엘리베이터 문을 닫은 점, 엘리베이터가 10층에 가까워질 무렵 피고인이 피해자 쪽으로 더 가까이 다가가기에는 하였으나 피해자를 직접 접촉하거나 가로막을 정도로 다가서지는 않은 것으로 보이는 점 등을 종합하여 볼 때, 피고인의 행위가 강제추행에 해당한다거나 위력에 의한 추행에 해당한다고 단정하기는 어렵다고 할 것이고, 달리 이를

인정할 만한 충분한 증거가 없다.

4) 대법원의 판단

대법원은 피해자 D에 대한 강제추행의 점은 법리 오해의 위법이 없다고 판시하였으나, 피해자 E에 대한 부분은 ‘위력’에 의한 추행이 인정된다고 선고하면서 원심을 파기하였다. 대법원의 판시 내용은 다음과 같다.

‘추행’이란 객관적으로 피해자와 같은 처지에 있는 일반적·평균적인 사람으로 하여금 성적 수치심이나 혐오감을 일으키고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 구체적인 피해자를 대상으로 하여 피해자의 성적 자기결정의 자유를 침해하는 것을 의미하는데, 이에 해당하는지 여부는 피해자의 의사·성별·연령, 행위자와 피해자의 관계, 그 행위에 이르게 된 경위, 구체적 행위태양, 주위의 객관적 상황 등을 종합적으로 고려하여 정하여진다(대법원 2010. 2. 25. 선고 2009도13716판결, 대법원 2012. 3. 29. 선고 2012도936 판결 등 참조).

① 나이 어린 피해자를 구체적인 범행의 대상으로 삼아, ② 의도적으로 협소하고 폐쇄적인 엘리베이터 내 공간을 이용하여 피해자 외에는 다른 사람이 없어 피해자가 도움을 청할 수 없고 즉시 도피할 수도 없는 상황을 만들어 이 사건 범행을 하였고, 피고인이 피해자를 바라보고 성기를 꺼내어 잡고 움직인 행위는 일반인에게 수치심을 느끼게 하고 성적인 자유의사를 침해하는 행위일 뿐 아니라 ③ 그 행위를 목격한 11세의 여자 아이인 피해자에게는 심한 정신적인 충격을 주었을 것으로 보이며, ④ 더욱이 연약한 피해자로서는 위와 같이 벗어날 수 없는 좁은 공간 내에서 자기보다 훨씬 신체가 크고 낫선 피고인을 대하고 있는 사실만으로도 심리적으로 위축되어 있을 터인데 위와 같이 피고인이 피해자를 향하여 성기를 꺼내어 잡고

움직이며 이를 보고 놀란 피해자에게 가까이 다가가기까지 하는 유형적인 행위를 함으로써 피해자에게 준 심리적인 위압감이나 불안감은 매우 컸을 것으로 보인다.

이와 같은 사정들을 앞서 본 법리에 비추어 보면, ⑤ 비록 피고인이 피해자의 신체에 대하여 직접적인 접촉을 하지 아니하였고 ⑥ 엘리베이터가 10층에서 멈춘 후 피해자가 위 상황에서 바로 벗어날 수 있었다고 하더라도, 피고인이 피해자에 대하여 한 위 행위는 피해자의 성적 자유의사를 제압하기에 충분한 세력에 의하여 추행행위에 나아간 것으로서 위력에 의한 추행행위에 해당한다고 봄이 상당하다.¹⁰⁴⁾

본 판결에서는 추행을 판단하는 기준으로서 「“객관적으로 피해자와 같은 처지에 있는” 일반적·평균적인 사람으로 하여금 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 피해자의 성적 자유를 침해하는 것」이라 하여, 판단 기준을 피해자의 입장에서 보아야 한다고 설시한 점에 특징이 있다.

5) 검토 - 대법원 판단의 문제점

첫째, 앞 사례와 동일한 비판으로서, 본 피고인의 행위를 ‘일반인에게 수치심을 느끼게 하고 성적인 자유의사를 침해하는 행위’라고 판단하였으나, 그 근거에 대해서는 별다른 언급이 없다는 점을 지적하고자 한다. 판례의 근거 중에 가장 중요한 부분은 ‘폐쇄적인 공간을 이용한 범행으로 피해자가 도피할 수 없는 상황’을 만들었고, 상대방에게 ‘정신적 충격’과 ‘심리적 위축’을 주었다는 것인데, 이는 범행상황의 묘사에 불과하거

104) ①~⑥ 번호는 필자에 의한 것임

나, 범죄 피해자가 범죄로 인하여 겪었을 공포를 의미할 뿐이므로 피고인의 행위 자체의 추행 여부를 판단하는 법적 기준이나 근거로는 적절하지 않다. 판례는 피고인의 행위가 ‘일반인에게 수치심을 느끼게 하고 성적인 자유의사를 침해하는 행위’이기 때문에 추행에 해당한다고 실시할 뿐, 그 행위가 왜 ‘수치심’을 느끼게 하는 행위이고, 어떠한 부분에서 ‘성적인 자유의사를 침해’하고 있는지 밝히지 않았다. 단지 동어를 반복하고 있는 것에 불과하다.

또한 위와 같은 각 구체적 요소들이 ‘폭행’ 또는 ‘위력’의 유무 및 그 정도를 판단하기 위함인지 ‘추행’의 해당성 여부를 판단하기 위함인지도 불분명하다. 즉, 대법원은 ‘추행’ 해당성 여부를 별도로 판단하지 아니하고, 추행의 수단인 ‘폭행·협박’ 또는 ‘위력’에 대한 판단과 ‘추행’에 대한 판단을 동일시하거나 혼동하고 있다는 비판이 가능하다.

추가적으로, 피해자 D에 대한 행위가 강제추행에 해당한다는 하급심의 판단에 대해서도 다음과 같은 비판이 가능하다. 우선, 처벌대상인 피고인의 행위태양이 특정되지 아니하였다. 즉, ‘피고인이 성기를 만지는 모습을 피해자에게 보여준 행위(이하 ‘행위 1’)와 ‘피고인이 성기를 만지는 모습을 보고 놀란 피해자에게 다가가 피해자의 어깨에 손을 얹어 만진 행위(이하 ‘행위 2’)’는 별개의 행위이기 때문에¹⁰⁵⁾ 이 중 ‘추행’에 해당하는지 여부를 판단할 행위가 무엇인지를 먼저 특정하여야 한다. 그러나 대법원은 ‘자신의 성기를 만지는 모습을 피해자에게 보여주면서 놀라는

105) 판결문의 범죄사실에 따르면, 피고인은 ‘왼손’으로 자신의 성기를 만졌고, 이를 보고 놀란 피해자의 어깨에 자신의 ‘왼손’을 올렸다고 실시되어 있는 바, 성기를 만지면서 ‘동시에’ 피해자의 어깨에 손을 얹은 것으로는 보이지 않는다.

피해자의 어깨에 손을 얹어 만지기까지 한 행위'라고 하여 이를 하나의 행위인 것처럼 실시하였다. 그러나 이는 명백히 다른 행위인데, '행위 1'의 경우 '폭행'으로 평가할 수 있는 유형력의 행사가 없으며, '행위 2'의 경우 역시 형법상 범죄의 대상인 '추행'인지, 비 범죄의 영역인 단순한 신체 접촉에 해당하는지를 명백히 하여야 할 필요성이 있는 행위이기 때문이다.

이는 앞서의 비판에서와 같이 법원이 기습추행을 인정함으로써 강제추행에서의 '추행'과 '폭행'을 별개의 요소로 파악하지 않는 점에서 비롯된 것으로 보이지만, 기습추행이 강제추행으로 인정된다고 하더라도 '추행'으로서의 '폭행'이 인정되는 경우여야 하고, 따라서 그 행위는 '추행'의 요건도, '폭행'의 요건도 만족시켜야 한다. 그러나 법원에서는 피해자 D에 대한 어떠한 행위가 어떠한 점에서 '추행'의 요건과 '폭행'의 요건을 만족시키는지에 관한 아무런 실시 없이 피고인의 행위를 몽땅그려 실시한 다음 강제추행¹⁰⁶⁾에 해당한다고만 판시하였다.

다. 사례 3 - 여성의 손목을 움켜지고 앞으로 잡아당긴 행위¹⁰⁷⁾

1) 사실관계

F는 00 세탁공장 소장이고, 피해자 G(여, 52세)은 위 공장의 보조직원으로서 F의 업무상 지휘감독을 받는 사람이다. F는 2011. 6. 초 일자불상 20:00경 강원 정선군 ** 소재 위 공장 사택인 자신의 거주지에서, “밥

106) 다만 피해자는 13세 미만으로서, 형법상 강제추행 규정이 아니라 성폭법 제7조 제3항(13세 미만에 대하여 폭행·협박으로 추행)으로 의율되었다.

107) 대법원 2014. 12. 24. 선고 2014도6416판결

상을 좀 구해 달라.”는 부탁을 받고 신제품 밥상을 들고 찾아온 G에게 “잠깐 있다가 가요.”라고 말하면서 냉장고에 있는 캔 맥주 2개를 꺼내 그 중 캔 맥주 1개를 G에게 건네주고 침대 방으로 들어가면서 “방으로 좀 들어오세요.”라고 유인하고, G이 맥주를 마신 후 어색함을 느끼고 “소장님 가겠습니다.”라고 말하면서 일어서는 순간 한 손으로 G의 오른 쪽 손목을 세게 움켜쥐고 앞으로 당기면서 “자고 가요!”(속칭 “한 번 하자”라는 의미)라고 말하였다.

2) 대법원의 판단

대법원은 추행에 대한 개념과 판단기준에 대해서는 [사례 1]과 동일한 법리를 실시하였고, 구체적으로는 다음과 같은 이유로 추행에 해당하지 않는다고 판단하였다.

① 피고인이 접촉한 피해자의 신체부위는 손목으로서 그 자체만으로는 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 신체부위라고 보기 어려운 점, ② 피고인은 피해자의 손목을 움켜잡은 것에 그쳤을 뿐 피해자를 쓰다듬거나 피해자를 안으려고 하는 등 성적으로 의미가 있을 수 있는 다른 행동에까지 나아가지는 않았던 점, ③ 피고인이 피해자의 손목을 잡은 것은 돌아가겠다고 말하면서 일어서는 피해자를 다시 자리에 앉게 하기 위한 것으로서 그 행위에 추행의 의도가 있었다고 보기 어려운 점 등을 앞서 본 법리에 비추어 보면, ④ 비록 피고인이 피해자의 손목을 잡으면서 자고 가라는 말을 하여 희롱으로 볼 수 있는 언사를 하였다고 하더라도 피고인의 그러한 행위를 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 피해자의 성적 자유를 침해하는 추행이라고 보기는 어렵다.¹⁰⁸⁾

3) 검토 - 대법원 판단의 문제점

이에 대해서는 ① 사람의 신체를 대상화하여 ‘성적으로 민감한 부위’와 ‘그렇지 않은 부위’로 나눌 수 있는지에 대한 비판이 있을 수 있다. 만일 나눌 수 있다고 하더라도, 이는 성별에 따라 달라질 것인지, 누구를 기준으로 하여야 하는지 등 판단기준에 대해서도 심층적으로 검토하여야 한다. 그러나 판례는 이에 대한 논의 없이, 단지 ‘손목’부위는 ‘성적으로 민감한 부위’가 아니라고 판시한 바, 이는 쉽게 납득하기 어렵다.

② 피고인이 더 이상의 성적 의미를 가지는 행위로 나아가지 않았다는 요소 역시 마찬가지이다. 본건에서 문제된 피고인의 행위 그 자체의 성적 의미를 판단하여야 하나 피고인이 그 행위보다 더욱 ‘성적’인 행위에 나아가지는 않았다는 점을 들어 피고인의 행위 자체의 ‘성적’인 여부에 대해서는 판단하지 아니하였다.

③ 또한 법원은 피고인의 행위를 단순히 ‘피해자를 다시 자리에 앉히기 위한 것’이라고 보았으나, 법원이 인정한 사실관계와 같이 피고인은 당시 피해자에게 성적으로 희롱하는 언사(“성관계를 갖자”)를 하면서 이 행동을 한 바, 피고인이 본건 행위에 이른 의도는 단순 피해자를 다시 자리에 앉히기 위한 것이라기보다는, 피해자에게 성관계를 갖자고 요구하기 위한 것으로 보인다. 그럼에도 불구하고 피고인이 본건 행위에 이른 의도를 단순히 피해자를 자리에 앉히기 위한 것이라고 판단한 점은 납득하기 어렵다.

108) ①~④ 번호는 필자에 의한 것임

라. 사례 4 - 의사가 채혈을 하기 위해 환자의 바지, 팬티를 내린 행위

1) 사실관계

H는 32세이고, **병원 감염내과 및 혈액종양내과에서 근무하고 있는 수련의(인턴)이다. H는 2015. 10. 1. 10:00경 ** 병원에서 상세불명의 고열로 입원한 피해자 I(여, 29세)의 혈액배양검사를 위해 채혈을 한다는 이유로 I의 동의 없이 갑자기 I의 환자복 바지를 손으로 잡아내리고, 2015. 10. 3. 14:30경 ** 병원에서 혈액배양 검사를 위해 재차 채혈을 한다는 이유로 I의 동의 없이 G의 환자복 바지와 속바지, 팬티를 손으로 잡아내렸다.

2) 재판 진행의 경과

본건은 1심¹⁰⁹⁾ 및 원심¹¹⁰⁾에서 유죄가 선고되었고, 대법원¹¹¹⁾에서 상고기각된 바, 원심 판결을 중심으로 논하고자 한다. 당시 피고인은 추행의 ‘고의’가 없었다는 취지로 범행을 다투었다. 그러나 법원은, 아래와 같이 추행행위에 해당하고, 추행의 고의도 인정된다는 이유로 유죄로 판단하였다.

추행이라 함은 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 피해자의 성적 자유를 침해하는 것이라고 할 것이고, 이에 해당하는지 여부는 피해자의 의사, 성

109) 광주지방법원 2016. 7. 6. 선고 2015고단5115 판결

110) 광주지방법원 2017. 5. 17. 선고 2016도2482 판결

111) 대법원 2017. 9. 26. 선고 2017도8304 판결

별, 연령, 행위자와 피해자의 이전부터의 관계, 그 행위에 이르게 된 경위, 구체적 행위태양, 주위의 객관적 상황과 그 시대의 성적 도덕관념 등을 종합적으로 고려하여 신중히 결정되어야 한다. 그리고 강제 추행죄의 성립에 필요한 주관적 구성요건으로 성욕을 자극·흥분·만족시키려는 주관적 동기나 목적이 있어야 하는 것은 아니다(대법원 2013. 9. 26. 선고 2013도5856 판결 등 참조).

앞서 본 법리에 의하면, 피고인에게 성욕을 자극·흥분·만족시키려는 주관적 동기나 목적이 없었다고 하더라도, 객관적으로 상대방에게 성적 수치심이나 혐오감을 야기할 만한 행위를 하면서 그와 같은 행위를 한다는 점을 미필적으로나마 인식하고 있었다면 강제 추행죄의 고의를 인정할 수 있다.

1) 피해자가 정상적인 의사소통과 행동이 가능한 상태였음에도 불구하고, 피고인은 사전에 피해자에게 “바지를 내려주세요” 또는 “바지를 내리겠습니다”라는 말을 하지 않은 채 갑자기 피해자의 하의를 내렸고, 그와 같은 행위에 대하여 피해자로부터 동의를 받은 적도 없다. 오히려 젊은 여성 환자인 피해자는 생리 중이라고 언급하면서 하의를 탈의한 상태에서 피고인이 사타구니 채혈을 하는 것에 대하여 거부 의사를 계속적으로 표시해 왔고, 피고인도 이를 충분히 인식할 수 있었다고 보인다.

2) 만약 피고인이 바지를 내리기 전에 피해자에게 채혈을 위해 바지를 내리겠다고 예고하고 사전에 동의를 구하였다면, 피해자로서는 성적 수치감 때문에 이에 동의하지 않았을 것으로 보이고, 실제로 피고인이 판시 범죄사실과 같은 행위를 하자마자 사타구니 채혈 자체를 거부하였다. 또한 피해자가 사타구니 채혈을 거부하더라도 다른 부위에서의 동맥 채혈이나 정맥 채혈이 가능하였으며, 이 사건 각 범행 직후 피고인 또는 다른 의사에 의하여 피해자의 정맥 채혈이 이루어지기도 했다.

3) 의사인 피고인이 의료행위를 목적으로 판시 범죄사실과 같은 행위를 하였고, 피고인에게 여러 사람이 있는 병실에서 환자인 피해자를 채혈하면서 추행할 의도가 있었다고 보기 어렵다고 하더라도, 사타구니 동맥 채혈을 하기 위하여는 성기가 노출될 정도로 하의를 내려야 하는 바, 의사가 의사 결정 및 행동이 자유로운 상태인 환자의 동의 없이 갑자기 환자의 하의를 내리는 것은 객관적으로 일반인에게 성적 수치심을 일으키게 하는 행위에 해당하고, 피고인도 피해자에게 성적 수치심이나 혐오감을 야기할 만한 행위를 한다는 인식을 갖고 있었다고 봄이 타당하다(피고인은 채혈 전에 피해자가 누워 있는 침대의 커튼을 쳤다고 진술하고 있는바, 다른 사람들이 볼 수 없도록 커튼을 친 것은 피고인도 채혈 과정이 피해자의 성적 수치심을 야기할 수 있다는 점을 충분히 인식했기 때문이라고 보인다).

4) 설사 의사들이 사타구니 채혈을 선호하고, 그 과정에서 업무의 효율성을 위해 환자들이 명시적으로 동의하지 않더라도 환자들의 하의를 직접 내리는 경우가 종종 있었다고 하더라도, 의사들의 위와 같은 의료관행이 피해자의 성적 자유를 침해하는 추행행위를 정당화시킬 수는 없다.

5) 이 사건과 같이 성적 수치심을 야기할 만한 행위가 의료행위의 과정으로서 필요한 경우 환자에게는 성적 수치심을 야기할 만한 방법으로 이루어지는 의료행위(사타구니 동맥 채혈)와 그렇지 않은 의료행위(정맥 채혈)를 선택할 수 있는 권리가 있다. 또한 치료목적을 달성하기 위하여 환자의 하의를 탈의하는 등의 행위가 반드시 필요한 경우라고 하더라도 의사는 불가피한 사정이 없는 한 환자의 신체에 대한 직접적인 행위에 나아가기 전에 이와 같은 행위를 설명하여야 한다. 그럼에도 불구하고 피고인은 이와 같은 피해자의 권리나 의사를 존중하지 않고, 기습적으로 피해자의 의사에 반하여 유형력을 행사하였는바, 이는 폭행행위 자체가 추행행위로 인정되는 경우에 해당한다(대법원 2002. 4. 26. 선고 2001도2417 판결 등 참조).

6) 형법상 강제 추행죄는 징역형 외에 1,500만 원 이하의 벌금형이 규정되어 있어 벌금형으로 처벌하는 것으로 충분한 비교적 경미한 유형의 강제 추행죄의 성립도 예정하고 있는바, 실제로 추행행위로 인정되는 행위 유형은 그 범위가 매우 넓은 편이어서 추행의 정도가 경미하거나 신체적 접촉이 없는 경우에도 피해자의 의사, 성별, 연령, 행위태양 등을 종합하여 볼 때 피해자의 성적 자유의 침해로 평가될 수 있다면 추행행위에 포함된다. 앞서 본 인정사실들을 종합하여 보면, 비록 추행의 정도가 비교적 경미한 편이라고 하더라도, 피고인의 행위는 피해자의 의사에 반하여 행하여진 유형력의 행사로서 객관적으로 피해자의 성적 자유를 침해할 뿐만 아니라 일반인의 입장에서 추행행위라고 평가될 수 있는 것이라고 보인다.

3) 검토 - 판단의 문제점

법원에서도 피고인이 ‘의료행위’의 일환으로서 본 행위에 이르렀다고 보고 있으며, 본건 의료행위가 이루어지기 위해서는 환자의 성기가 보일 정도로 속옷을 벗겨야 한다는 것은 의심의 여지가 없다. 다만 환자의 동의 없이 성적 수치심을 유발할 수 없는 의료행위를 한 점이 문제가 된 사안으로, 이러한 행위를 ‘추행’으로 볼 수 있느냐가 본 사례의 논점이다.

본 건 판결에 대해서는 ‘추행’ 해당 여부를 판단하기 위한 기준이 사안별로 매우 다르고, 논리적 연관성 및 판단의 일관성도 부족하다는 비판이 가능하다.

먼저, 판단 기준의 비일관성을 보면, 기존에는 피해자의 성별·연령·행위에 이르게 된 경위, 행위가 이루어진 장소, 피해자와 가해자의 관계 등을 ‘추행’ 해당 여부를 판단하기 위한 기준으로 살펴보았는데, 본건의 경

우 피해자의 ‘동의’여부, ‘거부 의사’, ‘선택권’ 등을 기준으로 삼았다. 그럼에도 불구하고 본건에서만 그와 같은 점을 기준으로 삼은 특별한 이유도 발견하기 어렵다. 또한, 법원 입장을 비일관성에 대해 보면, 앞서 본 [사례 3]에서 법원은 피고인의 행위의 의도(단순히 자리에 앉히기 위한 목적)를 고려하여 추행에 해당하지 않는다고 판시하였는데, 본건에서는 피고인의 행위의 의도(의료행위)에 대한 언급은 나와 있지 않다. 앞선 판례의 태도를 유지한다면 피고인의 행위의 의도(의료행위)를 구체적으로 고려하여 추행에 해당하지 않는다는 판단도 가능할 여지가 있을 것이다. 그러나 대법원은 단지 그와 같은 의료관행이나 의료행위가 ‘추행행위’를 정당화 시킬 수는 없다고만 판시하였다. 피고인의 의도(의료행위)를 구체적으로 고려하여 추행행위의 성립여부와 어떻게 연관되는지에 관한 논증 과정 없이, 단지 피고인의 행위가 ‘추행’에 해당한다고 결론내린 후, 피고인의 의도(의료행위)가 이를 정당화시킬 수 없다고만 판시함으로써, 판결의 일관성이 결여되었다는 비판이 가능하다.

또한 논리적 연관성의 부재에 관하여 보면, 피해자의 ‘동의’여부, ‘거부 의사’, ‘선택권’ 등의 기준은 환자의 자기결정권과 관련된 요소일 뿐이고, ‘추행’ 해당여부에 대한 판단기준으로는 볼 수 없다는 것이다. 따라서 법원의 논리에 따라 피고인의 행위를 환자의 ‘거부 의사’와 ‘선택권’을 무시하고 이루어진 기습적인 유형력의 행사라 보더라도, 이는 환자인 피해자의 자기결정권을 침해한 행위로서 민사상 책임이 있는 행위에 해당할 뿐이라는 것이다. 이러한 피고인의 행위가 형법상 ‘추행’에 해당하는지 여부는 다른 차원의 문제로서, 그에 상응하는 기준을 적용하여 판단하여야 한다. 따라서 위 법원의 판단은 논리적 연관성이 부족하다는 비판이 가능하다.

마. 사례 5 - 여성의 엉덩이를 플라스틱 자로 때린 행위¹¹²⁾

1) 사실관계

L은 40세의 만화가이고, 피해자 M(여, 20세)는 L로부터 수업을 받는 만화가 지망생이다. L은 2013. 12. 16.경 본인 운영의 스튜디오에서 M에게 일러스트 작업을 지시하였으나 작업을 제대로 하지 않았다는 이유로 50cm 플라스틱자로 M의 엉덩이 부분을 5회 가량 때리고, 2014. 2. 10. M에게 “한 것도 없는 주제에 일을 도와주지는 못할망정 10만 원을 받아야겠냐”고 말하면서 50cm 플라스틱 자로 M의 엉덩이와 골반 부위를 2회 때렸다.

2) 법원의 판단

피고인은 ‘엉덩이’를 때린 사실이 없다고 주장하면서 사실관계를 부인하였으나, 법원은 피해자의 진술 등을 통해 의와 같은 사실관계를 인정하면서, 20세 여성의 엉덩이를 플라스틱자로 때린 행위는 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 피해자의 성적 자유를 침해하는 것이라 할 것이 추행행위에 해당한다고 판단하였는데, 그와 같이 판단한 구체적인 요소 및 판단기준에 대한 설시는 없다.

3) 검토

112) 서울고등법원 2015. 3. 5. 선고 2015노171판결, 인천지방법원 2014. 12. 17. 선고 2014고합669 판결

피고인의 행위가 부적절하고 무례한 행위임은 명백하다. 그러나 피고인의 이러한 행위가 형법상 ‘폭행’이 아닌 ‘추행’의 영역에 해당하는 것인지에 관해서는 의문이 든다. 그럼에도 불구하고 법원에서는 이에 관한 특별한 언급 없이, 단지 피고인의 위 행위는 ‘일반인의 성적 수치심에 반하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위’이므로 ‘추행’에 해당한다고만 판시한 바, 무엇을 기준으로 ‘폭행’이 아닌 ‘추행’으로 판단하였는지 알 수 없다는 점에서 아쉬움이 남는다.¹¹³⁾

제 4 절 헌법재판소의 결정

추행죄 규정과 관련하여 몇 차례 위헌 심사가 있었으나, 모두 합헌 결정을 받았다.

우선, 성폭법 제3조 제1항에서 특수강도강제추행죄의 법정형을 특수강도강간죄의 그것과 같이 사형·무기 또는 10년 이상의 징역형으로 정한 것이 형벌체계상 균형상실 또는 과잉처벌인지 여부 등에 관한 헌법재판소 결정¹¹⁴⁾이 있었는데, 이에 대해 헌법재판소는 다음과 같이 합헌으로 판단하였다.

113) 판결문 실시 내용 중, ‘나를 때릴 때 화난 표정이 아니라 장난하듯 실실 웃고 있는 표정이었다’라는 피해자의 진술 및 ‘피고인이 실실 웃으면서 피해자를 때렸기 때문에 폭행이라기보다는 장난으로 엉덩이를 때리는 추행에 가깝다는 생각이 들었다’, ‘피고인이 “성00(피해자의 이름) 겁먹은 것 좀 봐라. 재는 더 맞아야겠다”고 말하면서 히히덕거렸다’는 취지로 진술한 목격자의 진술 등이 실시되어 있어 이러한 진술을 근거로 추행으로 판단한 것인 듯하나, ‘추행’ 해당여부에 관한 법리와 판단기준을 구체적으로 실시하지는 않았다.

114) 헌법재판소 2001. 11. 29. 선고 2001헌가16 결정

① 강제추행은 그 범위가 매우 넓기 때문에 성기에 이물질을 삽입하여 성적 쾌감을 얻는 가학적인 행위 등 강간죄의 경우보다 죄질이 나쁘고 피해가 중대한 경우도 얼마든지 있을 수 있고¹¹⁵⁾, ② 통상적인 추행행위라고 하더라도 범행의 동기와 범행당시의 정황 및 보호법익에 대한 침해의 정도 등을 고려할 때 강간보다 무겁게 처벌하거나 적어도 동일하게 처벌하여야 할 필요가 있는 경우도 실무상 흔히 있으므로 … (중간 생략) … 이 사건 법률조항이 양 죄의 법정형을 동일하게 정하였다고 하여 이를 두고 형벌체계상의 균형을 잃은 자의적인 입법이라고는 할 수 없다.

또한 강제 추행죄 역시 그 위헌성 여부에 관하여 두 번에 걸쳐 헌법재판소의 심판대에 올랐으나 모두 합헌 결정을 받았다. 최근 결정에서 헌법재판소는 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 폭행 또는 협박으로 사람에게 대하여 추행을 한 자를 10년 이하의 징역 또는 1천500만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정한 형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제298조가 헌법에 위반되지 않는다고 결정하였다¹¹⁶⁾. 이는 동 조항이 명확성의 원칙 및 과잉금지의 원칙 등에 위반되지 않는다는 종전 결정¹¹⁷⁾의 선례를 유지한 것이다

당시 청구인은 형법 제298조가 죄형법정주의의 명확성 원칙, 책임과 형벌의 비례원칙, 평등원칙에 위반된다고 주장하였는데, 이 중 명확성의 원칙에 관한 부분에 관한 주장은 다음과 같다.

115) 당시는 2012. 12. 18. 형법개정으로 유사강간 조항이 신설되기 이전이었다.

현재로서는 위와 같은 행위는 추행죄로 처벌되는 것이 아니라 유사강간으로 처벌된다.

116) 헌법재판소 2017. 11. 30.자 2015헌바300결정

117) 헌법재판소 2011. 9. 29.자 2010헌바66 결정

형법 제298조에 관한 입법자의 의도는 ‘폭행 또는 협박을 수단으로 피해자를 항거 곤란하게 한 후 추행하는 행위’를 처벌하겠다는 것이라고 보아야 한다. 하지만 대법원은 상대방에게 폭행 또는 협박을 가하여 그 항거를 곤란하게 한 뒤에 추행하는 경우뿐만 아니라 폭행행위 자체가 추행행위라고 인정되는 경우도 포함하는 것으로 심판대상조항을 해석하고 있다. 이러한 혼란이 발생한 이유는 심판대상조항이 불명확하여 여러 가지로 해석될 여지가 있기 때문이다. 심판대상조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다.

그러나 헌법재판소는, 다음과 같은 이유로 형법 제298조는 명확성의 원칙에 위배되지 않는다고 결정하였다.

심판대상조항이 처벌 대상으로 삼고 있는 강제추행의 성립 범위가 어디까지인지는 다소 불분명한 점이 있다. 특히 폭행 또는 협박, 추행의 구체적 모습이나 형태가 다양하다는 점에서 심판대상조항이 설정한 구성요건의 의미내용이 문제될 수 있다. 그러나 처벌법규의 구성요건이 명확하여야 한다고 하여 모든 구성요건을 단순한 서술적 개념으로 규정하여야 하는 것은 아니고, 다소 광범위하여 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도 통상의 해석방법에 의하여 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 사람이 당해 처벌법규의 보호법익과 금지된 행위 및 처벌의 종류와 정도를 알 수 있도록 규정하였다면 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성에 배치되는 것이 아니다. 그렇지 않으면 처벌법규의 구성요건이 지나치게 구체적이고 정형적이 되어 부단히 변화하는 다양한 생활관계를 제대로 규율할 수 없게 될 것이기 때문이다(헌재 2004. 11. 25. 2004헌바35 참조).

대법원은 상대방에게 폭행 또는 협박을 가하여 추행하는 경우 강제추행죄가 성립하려면 그 폭행 또는 협박이 항거를 곤란하게 할 정도일 것을 요한다고 하는 한편(대법원 2007. 1. 25. 선고 2006도5979 판결; 대법원 2012.

7. 26. 선고 2011도8805 판결 등 참조), 폭행 또는 협박으로 항거를 곤란하게 한 뒤에 추행행위를 하는 경우뿐만 아니라 폭행행위 자체가 추행행위라고 인정되는 경우도 강제 추행죄에 포함되며 이때의 폭행은 반드시 상대방의 의사를 억압할 정도의 것임을 필요로 하지 않고 상대방의 의사에 반하는 유형력의 행사가 있는 이상 그 힘의 대소 강약을 불문한다고 일관되게 판시함으로써(대법원 1983. 6. 28. 선고 83도399 판결; 대법원 1994. 8. 23. 선고 94도630 판결 등 참조), 심판대상조항에서 말하는 폭행 또는 협박의 형태와 정도를 추행의 유형에 따라 구체화하고 있다. 또 심판대상조항의 '추행'이라 함은 객관적으로 일반인에 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 피해자의 성적 자유를 침해하는 것인데, 이에 해당하는지는 피해자의 의사, 성별, 연령, 행위자와 피해자의 이전부터의 관계, 그 행위에 이르게 된 경위, 구체적 행위 태양, 주위의 객관적 상황과 그 시대의 성적 도덕관념 등을 종합적으로 고려하여 신중히 결정되어야 한다고 하는 등(대법원 2002. 4. 26. 선고 2001도2417 판결 참조), 강제 추행죄와 관련한 판단 기준을 마련하여 구체적 타당성을 도모하고 있다. 나아가 대법원은 강제 추행죄의 성립에 필요한 주관적 구성요건으로 성욕을 자극·흥분·만족하게 하려는 주관적 동기나 목적이 있어야 하는 것은 아니라고 하면서도(대법원 2013. 9. 26. 선고 2013도5856 판결 참조), 강제추행은 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위인 것만으로는 부족하고 그 행위 상대방의 성적 결정의 자유를 침해하는 것이어야 한다고 보아, 공연음란행위(형법 제 245조) 또는 과다노출행위(경범죄 처벌법 제3조 제33호)와의 한계를 분명히 하고 있다(대법원 2012. 7. 26. 선고 2011도8805 판결 참조).

이와 같이 심판대상조항의 문언이 가진 뜻, 입법목적이나 취지, 성범죄와 관련한 법규범의 체계 등을 종합하여 보았을 때, 건전한 상식과 통상적 법 감정을 가진 사람이라면 어떠한 행위가 강제 추행죄 구성요건에 해당하는

지 합리적으로 파악할 수 있다. 게다가 강제 추행죄에 관하여는 오랜 기간에 걸쳐 집적된 대법원 판결로 종합적인 판단 기준이 제시되고 있으므로, 심판대상조항이 지닌 약간의 불명확성은 법관의 통상적인 해석 작용으로써 충분히 보완될 수 있다. 심판대상조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 아니한다.

제 5 절 실무상 ‘추행’의 개념 및 판단기준의 문제점

1. 개념 정의의 문제점

가. 개념 정의의 추상성

첫째, 대법원은 ‘추행’을 ‘1) 성적수치심이나 혐오감을 일으키게 하고, 2) 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서, 3) 피해자의 성적 자유를 침해하는 행위’라고 정의한다. 이는 ‘추행’이라는 추상적인 개념을 정의하면서 여전히 ‘성적 수치심’, ‘선량한 성적 도덕관념’, ‘성적 자유’ 등 한층 더 추상적인 개념을 사용하여 정의하였다는 문제점이 있다. 또한 위와 같은 추상적인 개념에 대한 구체적인 설명도 없다. 따라서 대법원의 개념정의만으로는 도저히 어떠한 것이 추행행위에 해당하는지 판단하기 어렵다. ‘성적 수치심’은 무엇이고, 이를 일으키는 행위란 도대체 어떤 행위인가? ‘선량한 성적 도덕관념’이라는 것은 무엇이고, 이에 반하는 행위는 무엇인가?

나. 도덕적 비난으로서의 정의

둘째, 규범적 구성요건요소를 개념 정의함에 있어 어느 정도의 추상성이 인정된다 하더라도, 대법원의 추행에 관한 위와 같은 정의 개념은 그 자체로 문제가 있다. 대법원의 개념정의에 따르면 ‘성적 수치심’을 일으키는 행위와 ‘성적 도덕관념’에 반하는 행위가 형법상 규율되는 ‘추행행위’라는 것인데, ‘수치심’을 일으키는 행위이거나 ‘도덕관념’에 반하는 행위는 형사적 처벌대상이 아니라 도덕적 비난의 대상이다. 대법원은 형법상 범죄의 영역에 속하는 ‘추행’을 단순히 ‘선량한 성적 도덕관념에 반하는’ 행위, 즉 도덕적 비난의 영역에 속한 행위로 만들었다. 뿐만 아니라 ‘수치심’은 가해자가 느껴야하는 감정일 뿐¹¹⁸⁾, 범죄행위를 바라보는 일반인이나 피해자의 입장에서 느껴지는 감정일 수 없다. 그럼에도 법원은 피고인의 성적 범죄 행위가 있을 때에 일반인이나 피해자가 ‘성적 수치심’을 느끼는 것이 당연함을 전제하고 있다.

다. 주요 개념 요소의 부재

셋째, 추행을 구성하는 특징적 개념요소에 대한 설명이 없다. 예를 들어 폭행의 경우는 ‘사람의 신체에 대한 유형력의 행사’라고 정의하고 있어 그 개념의 본질이 ‘유형력’임을 알 수 있고, 협박죄는 ‘사람으로 하여금 공포심을 일으킬 정도의 해악의 고지’라고 규정하여 ‘해악의 고지’라는 개념의 본질을 쉽게 파악할 수 있다. 그러나 추행에 대한 위와 같은

118) 국립국어원 표준국어대사전에 따르면 ‘수치심’은 수치를 느끼는 마음, ‘수치’는 ‘다른 사람들을 볼 낯이 없거나 스스로 떳떳하지 못함. 또는 그런 일’로 정의된다(<https://stdict.korean.go.kr/search/searchResult.do?pageSize=10&searchKeyword=%EC%88%98%EC%B9%98>).

정의는 그 행위가 어떠한 개념요소를 본질로 하는 행위인지 알 수 없다. 즉, ‘추행’에 해당하기 위한 최소한의, 그리고 필수적인 요소가 무엇인지를 알 수 없다는 것이다. 결국 이는 성범죄에 대해 엄벌주의를 부르짖는 언론과 여론의 현 실태에 발맞추어 법원으로 하여금 점차적으로 ‘추행행위’로 인정되는 범위가 점차 넓어지는 원인을 제공하였다. 또한 행위태양을 확장하면서도 그 근거에 대한 구체적인 논거를 제시하지 않고 단지 기존의 추행에 관한 개념과 판단기준만을 되풀이 하였던 바, 그 인정범위를 넓힌 구체적인 근거, 방향성이 무엇인지도 알 수 없게 되었다.

2. 판단 기준의 문제점

가. 부적절한 판단기준

대법원이 제시한 판단 기준 중 피해자의 성별, 연령은 ‘추행’ 해당성 여부를 판단하는 기준으로 적절하지 않다. 피고인의 행위가 ‘추행’에 해당하는지 여부는 그 행위의 속성에 따라 판단하여야 하고, 피해자의 성별이나 연령에 따라 달라지는 것이라 볼 수 없기 때문이다. 설령 동일한 행위가 피해자에 따라 다른 의미를 가질 수 있다고 하더라도¹¹⁹⁾ 피해자가 느낀 주관적 감정을 기준으로 동일한 행위가 법적으로 달리 평가되어

119) 피해자의 성별, 연령이 ‘추행’에 해당하는지 여부를 판단하는 적절한 기준이 되기 위해서는 어떠한 행위(신체에 대한 성적 행위)가 피해자의 성별, 연령에 따라 일률적으로 차등한 방식으로 작용하여야 한다는 전제가 성립하여야 한다. 그러나 설령 동일한 행위가 각각의 피해자에 따라 다른 의미를 가질 수 있다고 하더라도, 피해자의 성별이나 연령에 따라 일률적으로 다르게 평가될 수 있다고는 보기 어렵다. 어떠한 남성은 어떠한 여성보다 더욱 민감하게 느낄 여지가 있고, 어떠한 나이 든 여성은 어떠한 젊은 여성보다 더욱 민감하게 느낄 여지가 충분하기 때문이다.

서는 안 된다.¹²⁰⁾ (피해자의) 감정의 상태로 그 행위(피고인의 행위)가 객관적으로 문제되는 행위인지에 대해 평가할 수는 없기 때문이다.¹²¹⁾ 대법원이 추행죄의 보호법익인 ‘성적 자기결정권’을 ‘젊은’ ‘여성’의 성적 자기결정권만으로 좁게 해석하지 않는 한 말이다.

나. 결론과의 논리적 연관성의 부재

각 판단 기준들이 ‘추행’ 해당성 여부와 어떻게 연관되는지 그 논리적 연관성이 불분명하여 실질적으로는 추행의 판단기준으로서 적절하게 작용하지 못한다. 예를 들어 사례 1에서, 대법원은 그 행위가 ‘공중이 왕래

120) 최근 대법원은 「법원이 성폭행이나 성희롱 사건의 심리를 할 때에는 그 사건이 발생한 맥락에서 성차별 문제를 이해하고 양성평등을 실현할 수 있도록 ‘성인지 감수성’을 잃지 않도록 유의하여야 한다. 우리사회의 가해자 중심의 문화와 인식, 구조 등으로 인하여 성폭행이나 성희롱 피해자가 피해사실을 알리고 문제를 삼는 과정에서 오히려 피해자가 부정적인 여론이나 불이익한 처우 및 신분 노출의 피해 등을 입기도 하여 온 점 등에 비추어 보면, 성폭행 피해자의 대처 양상은 피해자의 성정이나 가해자와의 관계 및 구체적인 상황에 따라 다르게 나타날 수밖에 없다. 따라서 개별적, 구체적인 사건에서 성폭행 등의 피해자가 처하여 있는 특별한 사정을 충분히 고려하지 않은 채 피해자 진술의 증명력을 가볍게 배척하는 것은 정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따른 증거판단이라고 볼 수 없다(대법원 2018. 10. 25. 선고 2018도7709판결 등)」고 판시한 바 있다. 그러나 대법원이 언급한 ‘성인지 감수성’은 위와 같이 피해자 진술의 신빙성과 증거 판단에 관한 것이므로, ‘추행’ 해당 여부를 피해자의 성별, 연령에 따라 판단하여야 한다는 것과는 다른 차원의 논의라 보인다.

121) 장다혜, 앞의 논문, 76면 ; 또한, 대법원이 피해자의 의사·성별·연령 등을 고려하도록 하는 것은 성적 자기결정권을 피해자의 입장에서 판단할 것을 요구하는 외양을 형성하고, 추행의 개념을 피해자의 인격적 모독행위로 치환시키며, ‘성적’인 것과 ‘자기결정권의 침해’의 개념을 무분별하게 혼합하여 사용함으로써 추행의 개념을 피해자적 관점에서 부당하게 확장시킨다는 견해도 있다, 김준호, 앞의 논문, 215면

하는 도로에서 이루어진 것이라는 점'을 추행에 해당하지 않는다는 하나의 논거로 제시하였는데, 단순히 이러한 장소적 특정만으로는 피고인의 행위가 추행에 해당하지 않는다고 판단하는 근거가 되기 부족하다. 그 이상의 논리적 연관성이 필요하다. 별도의 논리적 연관성 없는 단순한 특정 사실의 나열만으로는 그 사실이 추행의 해당성 여부를 판단하기 위한 적절한 기준으로 작용할 수 없다. 그럼에도 불구하고 판례는 별도의 논리적 언급 없이 위와 같은 사실을 나열함에 그친 바, 결국 본건에서 '공중이 왕래하는 도로에서 이루어진 행위'라는 요소는 그 행위가 '추행'이 아니라는 결론에 이르는 적절한 판단기준이 되지 못한다. 결국 판례가 제시하고 있는, 결론과의 논리적 연관성이 없는 여러 가지 파편적인 요소들이 '추행' 해당성 여부를 판단하기 위한 실질적인 기준으로는 작용하지 못하고 있는 것이다.

다. 추행의 수단에 대한 판단과의 혼동

추행의 수단인 유형력의 행사(폭행·협박 또는 위계·위력 등)과 추행 그 자체에 대한 판단을 동일시하거나 혼동하고 있다. 즉, 대법원은 행위의 내용인 추행에 대해서 그 수단인 폭행이나 협박과는 별개의 성격을 가진 특정한 성적 행위라고 평가하고 이에 대한 평가기준을 제시하기 보다는, 성적자기결정권이라는 보호법익에 기초하여 피해자의 성적 자유가 침해되었다고 볼 수 있는 모든 유형을 포괄하는 개방적인 개념으로 상정하면서 구성요건적 행위의 내용보다는 구성요건적 결과의 측면으로 접근하는 것으로 보인다¹²²⁾. 이는 대법원이 기습추행으로서의 강제추행을 인

122) 류부곤, 강제 추행죄가 성립하기 위한 강제추행의 요건, 형사법연구 제28권 제4호, 2016, 126면

정¹²³⁾하면서 비롯된 경향으로 보이지만, 기습추행에 의한 강제추행이 인정된다고 하더라도 그 행위는 ‘추행’으로서의 ‘폭행’에 해당하여야 하므로 ‘추행’의 요건과 ‘폭행’의 요건을 만족시켜야 할 것이다. 그럼에도 불구하고 어떠한 행위가 어떠한 점에서 ‘추행’의 요건과 ‘폭행’의 요건을 만족시켰는지에 관한 아무런 설시 없이 피고인의 행위를 몽땅그려 설시한 다음 강제추행에 해당한다거나 해당하지 않는다고만 판시하였다.

라. 비 일관된 판단기준

각 사례별로 고려하는 판단기준들이 다르고, 어떠한 기준들을 중점으로 보느냐에 따라 ‘추행’ 해당성 여부에 관한 판단이 달라지는 등 일관성이 부족하다.

결국 대법원은 ‘추행’의 개념과 판단기준에 관한 법리를 지속적으로 설시하고는 있지만, 그러한 법리가 각 개별 사례에 있어서 ‘추행’해당여부를 판단하기 위한 적절한 기준으로 작용하지 못하고, 판단 자체도 일관성이 없어, 결국 ‘추행이 무엇인가’, ‘추행여부를 판단하는 기준은 무엇인가’라는 질문에 관하여 명확한 답변을 하지 못하고 있고, 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위반될 여지가 있다.

123) 강제 추행죄는 상대방에 대하여 폭행 또는 협박을 가하여 항거를 곤란하게 한 뒤에 추행행위를 하는 경우뿐만 아니라 폭행행위 자체가 추행행위라고 인정되는 경우도 포함되는 것이며, 이 경우에 있어서의 폭행은 반드시 상대방의 의사를 억압할 정도의 것임을 요하지 않고 상대방의 의사에 반하는 유형력의 행사가 있는 이상 그 힘의 대소 강약을 불문한다(대법원 1992. 2. 28. 선고 91도3182 판결, 1994. 8. 23. 선고 94도630 판결 등)

이와 같은 문제의식을 바탕으로, 아래 제5장에서는 ‘추행’의 개념을 명확히하고자 한다. 이를 위해서는 보호법익에서부터 시작하여야 할 것이다. 추행죄는 그 유형력의 수단이나 피해자에 따라 보호법익이 조금씩 상이하기는 하지만, 추행죄의 기본적 구성요건인 ‘강제추행’죄의 보호법익인 ‘성적 자기결정권’에서 ‘추행’의 기본개념을 도출하고자 한다.

제 5 장 ‘추행’의 개념과 판단기준에 대한 제안

제 1 절 보호법익으로서의 ‘성적 자기결정권’

1. 의의 및 근거

형법 제32장 강간과 추행의 죄의 보호법익은 ‘성적 자기결정권’이라고 설명된다¹²⁴⁾. ‘성적 자기결정권’은 성에 대한 자기결정권으로서, 헌법의 ‘자기결정권’이라는 개념에서 파생된 독자적 개념이다. 오늘날 자기결정권을 일반적인 권리로 명시적으로 인정하는 법 규정은 어디에서도 없지만, 대부분의 법질서는 자기 결정권을 인간의 자아실현을 위한 원초적이고 필수 불가결한 인간성의 본질적인 요소임을 전제하고 있다. 우리 헌법도 이러한 인간상을 출발점으로 삼아 인간은 ‘자신이 스스로 선택한 인생관·사회관을 바탕으로 사회공동체 안에서 각자의 생활을 자신의 책임 아래 스스로 결정하고 형성’하는 존재임을 선언하고 있다. 이러한 맥

124) 한국사법행정학회, 편집대표 김대휘/김신, 주석 형법(제5판), 2017, 248면

락에서 인간이라면 누구나 신체의 성장과 인격의 성숙에 따라 성생활의 가능성을 속성으로 지니고 있음을 기초로 하여 성적 자기결정의 자유가 부여된다. 헌법재판소도 이러한 차원에서 1990년 ‘성행위 여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는 권리’로서 성적 자기결정권을 개인의 자기 운명 결정권의 하나로 인정하였다¹²⁵⁾.

이와 같은 ‘자기결정권’의 헌법적 근거에 대하여 학계 및 헌법재판소의 다수 판례는 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권으로 보고 있다.¹²⁶⁾ 그러나 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유에서 성적 자기결정권의 근거를 찾는 견해도 있으며, 헌법재판소 역시 ‘성적자기결정권은 각인 스스로 선택한 인생관 등을 바탕으로 사회공동체 안에서 각자가 독자적으로 성적 관(觀)을 확립하고, 이에 따라 사생활의 영역에서 자기 스스로 내린 성적 결정에 따라 자기책임 하에 상대방을 선택하고 성관계를

125) 헌법 제10조는“모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”라고 규정하여 모든 기본권을 보장의 종국적 목적, 기본이념이라 할 수 있는 인간의 본질이며 고유한 가치인 개인의 인격권과 행복추구권을 보장하고 있다. 그리고 개인의 인격권·행복추구권에는 개인의 자기 운명결정권이 전제되는 것이고 이 자기운명결정권에는 성행위여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는 성적자기결정권이 또한 포함되어 있으며 간통죄의 규정이 개인의 성적자기결정권을 제한하는 것임은 틀림없다. 그러나 개인의 성적자기결정권도 국가적·사회적·공공복리 등의 존중에 의한 내재적 한계가 있는 것이며 따라서 절대적으로 보장되는 것은 아닐 뿐만 아니라 헌법 제37조 제2항이 명시하고 있듯이 질서유지(사회적 안녕질서), 공공복리(국민 공동의 행복과 이익) 등 공동체목적을 위하여 그 제한이 불가피한 경우에는 성적자기결정권의 본질적 내용을 침해하지 않는 한도에서 법률로써 제한할 수 있는 것이다”(헌법재판소 1990. 9. 10. 선고 89헌마2).

126) 윤덕경, 형사법상 성적 자기결정권 본질 및 성적 자기결정권 보호증진을 위한 입법과제 검토, 이화젠더법학 제4권 제1호, 2012, 10면

가질 권리를 의미하는 것이다'¹²⁷⁾라고 하여 성적 자기결정권이 헌법 제 10조(인격권과 행복추구권) 뿐 아니라 간접적으로 제17조(사생활의 비밀과 자유)에서도 도출될 수 있음을 인정하였다. 대법원 역시 '성적 자기결정권'의 기본권적 성격을 긍정하고 있다.¹²⁸⁾

이와 같은 성적 자기결정권은 적극적으로는 자신이 원하는 성생활을 스스로 결정하고 이에 동의하는 다른 사람과 이를 함께 할 것을 결정할 권리를, 그리고 소극적으로는 자신이 원하지 않는 사람과의 성관계를 거부할 자유에 관한 권리로 이해한다는 것이 통상적인 이해이다.¹²⁹⁾

2. 형법상 보호법익으로서의 '성적 자기결정권'

가. 헌법상 기본권이자 형법상 보호법익으로서의 '성적 자기결정권'

헌법상 기본권성을 지닌 성적 자기결정권이 형법적 보호법익으로서 기능할 때, 즉 법률에 의한 구체화 단계에서는 소극적 성격을 가지는 것일 수밖에 없다. 형법에서도 적극적 의미에서의 성적 자기결정권을 실현할 자유를 보호하는 것이 아니라, 소극적 의미로서의 성적 자기결정권인 원치 않는 성관계(성적 행위)를 하지 않을 권리를 보호한다. 그러나 성적 자기결정권을 보호법익으로 하는 범죄가 구체적으로 어떠한 행위를 이리

127) 헌법재판소 2002. 10. 31. 선고 99헌바40 등

128) '개인의 성적 자기결정권은 헌법이 정한 개인의 존엄과 가치, 양성의 평등, 행복추구권에 기초하고 있으므로...'라고 하여 그 기본권성을 긍정하고 있다(대법원 2013. 5. 16. 선고 2012도14788 전원합의체 판결)

129) 박혜진, 형법상 성적 자기결정권 개념에 대한 성찰, 형사법연구 제21권 제3호, 2009, 230면

한 법익을 침해하는 행위로 규정할 것인가에 대해서 다시 논란의 여지가 있다. 따라서 자기결정권의 법적 실체, 보다 정확하게 형법이 보호의 대상으로 삼는 자기결정권의 구체적 내용에 대한 논의가 필요하다.¹³⁰⁾

나. ‘성적 자기결정권’의 두 가지 방향성

1) 서

성적 자기결정권의 개념을 이해하고 구성하는 데 있어 가장 난해한 문제점은 그 본질을 어디에 둘 것인가이다. 그 본질을 ‘결정권’, 인격권으로서의 ‘의사 결정의 자유’를 중심에 두고 이해하는 견해가 있을 수 있고, 신체를 대상으로 행해지고, ‘폭행과 협박’을 구성요건으로 상정하고 있다는 점을 중시하여 침해의 폭력성, ‘신체의 완전성 침해 내지 유형력의 행사’에 초점을 맞추어 구성할 수도 있다.¹³¹⁾ 이와 같이 성적 자기결정권은 ‘의사결정의 자유’라는 측면과 ‘신체의 완전성(신체 침해)’이라는 두 개의 보호법익에 걸쳐있는 셈이기 때문에 어떠한 점에 중점을 두느냐에 따라 자기결정권 침해의 의미가 달라진다¹³²⁾. 이러한 면에서 순수한 의사결정의 자유를 보호법익으로 하는 협박죄와 구별되고, 일정한 대상(생명, 신체) 그 자체가 보호법익인 경우인 살인죄, 폭행죄 등과 다르다.¹³³⁾

2) 의사 결정의 ‘자유’로서의 성적 자기결정권

130) 류부곤, 앞의 논문, 136면

131) 박혜진, 앞의 논문, 243~245면

132) 박혜진, 앞의 논문, 238면; 같은 요지로 류부곤, 앞의 논문, 137~138면;

133) 류부곤, 앞의 논문, 137~138면

자유의 본질은 과정적 측면에 있다는 관점에서 ‘의사의 자유’에 중점을 두어 성적 자기결정권의 침해여부를 결정하는 입장에 서면, 비동의 상태에서 성적 활동이 이루어지게 하는 경우 원칙적으로 성적 자기결정권의 침해가 있다. 따라서 이 경우에는 외부의 강제적 영향에 의해 (최종적으로 결정된) 신체처분에 대한 의사의 내용이 그러한 강제가 없는 경우에 형성되었을 것으로 예상되는 의사의 내용과 다르다는 사실(이것이 ‘비동의’의 의미이다)과 그로 인한 신체적 처분행위가 성적인 의미를 가지는 것이라는 점만이 입증의 대상이 된다.¹³⁴⁾

이 경우는 성범죄가 형법상 의사결정의 자유를 보호법익으로 하는 전형적인 범죄 유형인 강요죄, 협박죄 등과 전혀 다르다는 점, 의사 결정 능력이 없는 미성년자, 만취자 등의 경우에는 행위 주체성을 인정하기 곤란하다는 점, 동의 여부에 따라 범죄 성립 여부가 결정되는 경우 이를 증명하기가 쉽지 않다는 점, 성범죄를 자율의지를 가진 개인 간의 의사소통의 문제로 이해하는 경우 성 중립적 인간상 및 완전한 인간상을 전제로 하므로 개인의 몸에 대한 결정이 사회적 맥락 속에서 이루어지는 상대방과의 상호작용이라는 점을 간과한다는 문제점이 있다¹³⁵⁾.

3) ‘신체 침해’로서의 성적 자기결정권

그러나 자유의 본질은 결과적 측면에 있다는 관점에 근거하여 현상적 의미에서의 신체 침해 상태에 중점을 두게 되면 인격적 침해라고 객관적으로 평가될 만한 신체에 대한 유형력의 행사가 성적 자기결정권의 침해

134) 류부곤, 앞의 논문, 138면

135) 박혜진, 앞의 논문, 244면

를 구성하게 된다. 신체에 대한 유형력의 행사가 가지는 인격 침해적 속성은 인격의 발현과정이라고 할 수 있는 의사결정의 과정에 영향을 주어 행위자의 의도를 수용하도록 하는 의사 자유의 침해의 과정이 상대방의 인격을 무시하고 그 존엄성을 침해하는 객관적인 속성을 가져야 하는 것을 의미한다.¹³⁶⁾

이에 대해서는 신체에 대한 유형력의 행사를 요건으로 하는 강간, 강제추행 등의 범죄에 대한 설명으로는 적합하지만, 하위의 성폭력 범죄(간통죄, 성희롱) 등의 성범죄들을 모두 포섭하기 곤란하다는 점, 실수로 인한 동의나 동의의 부재의 경우를 배제하게 된다는 점 등의 문제가 있다¹³⁷⁾.

3. ‘성적 자기결정권’에 대한 여러 가지 해석들¹³⁸⁾

가. 성적인 의미를 가지는 인격침해적 성격의 신체침해

강제 추행되는 폭행·협박을 그 수단으로 하고 있고, 이러한 폭행·협박은 인간의 존엄에 반하는 인격 침해적 행위의 전형적인 유형이므로, 강제 추행죄에 있어서는 단순히 비 동의를 중심으로 성적 자기결정권의 침해를 파악하기는 어렵고, 성적인 의미를 가지는 인격 침해적 성격의 신체침해를 본 범죄에 해당하는 성적 자기결정권의 침해 양태로 보는 견해가 있다.¹³⁹⁾ 이러한 견해에 따르면 ‘추행’ 개념은 상대방에 대한 인격

136) 류부곤, 앞의 논문, 138~139면

137) 박혜진, 앞의 논문, 245면

138) 본 논문에서는 형법상 보호법익으로서의 ‘성적 자기결정권’에 관한 논의가 아니라 ‘강제추행’의 보호법익인 ‘성적 자기결정권’에 한하여 논의하겠다.

침해적 성적 행동을 통해 상대방의 성적 자기결정권을 침해하는 경우이므로, 성적인 의미를 가지는 ‘신체에 대한 유형력 행사’의 인격 침해적 속성에 대한 일정한 평가가 필요하고, 단순히 ‘의사에 반하는 신체접촉’¹⁴⁰⁾만으로는 성적 자기결정권이 침해되었다고 단정하기 어렵다고 본다.¹⁴¹⁾ 따라서 이 경우는 신체에 대한 유형력의 행사가 가지는 인격 침해적 속성의 여부가 판단의 중심에 놓이고, 결과적으로는 성적 행위의 인격 침해적 속성은 인격의 발현과정이라고 할 수 있는 의사결정의 과정에 영향을 주어 행위자의 의도를 수용하도록 하는 의사 자유의 침해과정이 단순한 가부결정에 대한 영향이 아닌 상대방의 인격을 무시하고 그 존엄성을 침해(행태적인 측면에서는 상대방의 인격을 모욕하거나 신체를 수단화하는 경우이고, 방법적인 측면에서는 폭행·협박·위력 등 인간의 존엄성을 부정하는 강제력을 행사하는 경우라고 할 수 있다)하는 객관적인 속성을 가져야 한다는 것을 의미한다.¹⁴²⁾

나. 의사에 반하는 유형력의 행사로서 성적 자유를 침해하는 행위

반면 추행의 요체는 성적 자유의 침해이고, ‘의사에 반하는 신체접촉’은 그 자체로 자유권의 침해를 이루기 때문에 그 유형력의 행사의 대소 강약을 불문하고 강제 추행죄를 구성하고, 한편 신체의 접촉이 없었을 경우라도 성적 자유가 침해되었을 경우에는 강제추행에 해당한다는 견해도 있다.¹⁴³⁾ 이 견해에 따르면, 폭행·협박에 이은 추행의 경우, 폭행과 협박은 항거를 곤란하게 할 정도의 것이라야 하고, 이에 이어지는 추행

139) 류부곤, 앞의 논문, 139면

140) 아래 2)에서 주장되는 견해이다.

141) 류부곤, 앞의 논문, 140~141면

142) 류부곤, 앞의 논문, 139면

143) 김준호, 앞의 논문, 90~91면

은 그 힘의 대소 강약을 분문하며, 의사에 반한 유형력의 행사로서 성적 자유의 의사를 침해하는 행위면 모두 추행이 된다고 한다. 반면 폭행 자체로서의 추행의 경우에는 유형력의 행사로서의 폭행만 있으면 되고 이 폭행은 힘의 대소 강약을 불문하며, 때리든, 만지든, 닿든, 닿지 않든 의사에 반하기만 하면 폭행이 되고, 그것이 성적 자유를 침해하는 방식이면 바로 추행이 되어 강제 추행죄를 구성한다¹⁴⁴⁾고 한다.

그러나 이와 같은 견해는, 항거를 불가능하게 할 정도의 폭행·협박에 이른 추행과 대소 강약을 불문한 폭행으로서의 추행을 같은 강제추행이라는 구성요건과 법정형으로 규율할 수 있다고 보아 책임주의의 원칙에 비추어 볼 때 타당하지 않고, ‘성적 자유를 침해하는 행위’가 무엇인가에 대한 구체적인 기준은 여전히 제시하지 않는다는 문제점이 있다.

다. 개인의 신체적·정신적 정체성, 성의 완전성

성적 자기결정권을 ‘의사 결정의 자유’에서 찾거나 ‘침해의 폭력성’에서 찾는 경우 각각의 문제점¹⁴⁵⁾이 있으므로, 이 두 가지 측면이 모두 받드

144) 김준호, 앞의 논문, 98면

145) ‘의사 결정의 자유’에서 찾는 경우에는 ① 성적 자기결정권을 특수한 형태의 의사결정권으로 이해한다면 적어도 성범죄 체계 내에서는 같은 내용으로 이해될 수 있어야 하는데, 현행 형법체계의 이중적 구조는 각 범죄에서 상정한 성적 자기결정권의 개념을 동일하게 이해하는 것을 방해할 뿐 아니라 ② 형법상 의사결정의 자유를 보호법익으로 하는 범죄 유형인 협박죄, 강요죄 등이 성적 자기결정권을 보호법익으로 하는 성범죄와는 전혀 다르다는 점, ③ 무엇보다도 개인의 의사결정의 자유를 보호하는 범죄에서 가장 중요한 것은 주체의 의사인데, 의사결정능력이 없는 영아, 만취자 등의 경우는 행위 주체성을 인정하기 곤란하다는 문제점이 있으며, 성적자기결정권의 침해형태를 폭력성에 주목하여 ‘신체의 완전성 침해 내지 유형력

시 고려되어야 하지만, 본질을 구성하고 있는 자기결정권적인 측면이 좀 더 고려되어야 한다는 견해를 바탕으로, 성적 자기결정권을 ‘개인의 인격과 결부된 성의 완전성의 침해’, ‘개인의 신체적·정신적 정체성’ 내지 ‘성의 완전성’으로 이해하는 견해가 있다¹⁴⁶⁾.

이 견해에 따르면 성희롱도 범죄화 할 수 있고, 간통죄의 비범죄화도 가능하다는 장점이 있다. 그러나 구성요건의 정형성이 훼손될 수 있으며, 인간의 성을 지극히 개인적인 것으로 파악하기 때문에 개인의 성이 성윤리나 성 풍속과 같은 사회적 가치로부터 자유로울 수 없다는 점을 간과하고 있고, 성적 자기결정권의 문언을 벗어나는 해석이라는 비판이 있다.¹⁴⁷⁾

라. ‘성적 의사 결정의 자유’와 ‘성적 행동의 자유’

성적 자기결정권을 의사자유 관점에서 편면적으로 규정짓는 것은 우리 형법의 조문 체계상 위치와 부합하지 않고, 피해자의 내과의사에 중점을 두게 되어 타당하지 않다는 이유로 성적 자기결정권은 ‘성적 의사 결정의 자유’이자 ‘성적 행동의 자유’로 이해하는 견해가 있다. 이 견해에 따르면 강간죄는 협박과 간음행위의 결합범 형식을 취하고 있으므로 보호법익인 성적 자기결정권을 의사의 자유라는 측면으로만 이해할 수는 없고, 폭행·협박 외에 간음행위에 의해 침해되는 법익을 상정할 필요가

의 행사’에 초점을 두고 해석하면 ① 강간, 강제추행 외의 하위의 성폭력 범죄(성희롱) 등의 성범죄등을 모두 포섭하기 곤란하고, ② 실수로 인한 동의나 동의의 부재 같은 준강간 범죄를 배제한다는 비판이다. 박혜진, 앞의 논문, 244~245면

146) 박혜진, 앞의 논문, 249면

147) 박성민, 앞의 논문, 133면

있으며, 이를 신체활동의 자유로서의 ‘성적 행동의 자유’로 이해하고자 한다는 것이다.¹⁴⁸⁾

이에 따르면 의사결정능력이 제약된 상태에서의 범죄인 준강간을 설명하기에 용이하고, 신체접촉이 없는 추행의 설명에도 용이하다고 한다. 준강간은 의사결정능력이 제한된 상황에서 성적 행동의 자유가 침해되는 구성요건으로 이해할 수 있고, 밀폐된 공간에서 피해자와 둘이 있는 상황에서 자위행위를 한 경우, 피해자의 민감한 부분에 대한 신체접촉은 없었지만 밀폐된 공간에서 피해자가 해당 장소를 이탈하지 못한 상태에서 자위행위가 이루어졌으므로 성적 의사결정의 자유 뿐 아니라 성행위를 할 성적 행동의 자유를 침해한 것으로 이해할 수 있다는 것이다.¹⁴⁹⁾

4 . 검토

‘추행’의 행위태양과 그로 인하여 보호법익이 침해되는 방식, 즉 추행은 상대방의 신체에 대한 행위이고, 간음의 행위태양과는 달리 일시적이거나 순간적으로 일어나는 경우가 대부분으로서¹⁵⁰⁾ 그 자체로 상대방의 의사에 반한 행위이기는 하지만 의사결정의 ‘과정’에 영향을 미치지 않는다는 점에 초점을 맞추어보면, 추행죄의 보호법익인 ‘성적 자기결정권’을 단순한 의사결정의 자유로만 해석하기는 어렵다. 따라서 추행의 보호

148) 박성민, 개정형법상 성적자기결정권의 의미와 보호의 실제, 성균관법학 제 25권 제3호, 2013, 133~134면

149) 박성민, 앞의 논문, 135면

150) 여성의 가슴이나 엉덩이를 만지는 행위, 여성에게 입맞춤을 하는 행위 등 ‘추행’은 대부분 순간적, 기습적으로 일어난다. 장소적 이전이 필요하지도 아니한다. 반면 ‘간음’은 장소적 이전이 필요하거나, 옷을 벗기거나 벗는 행위 등 ‘간음’이전의 일련의 행위들이 필요한 경우가 많다.

법익인 ‘성적 자기결정권’을 해석함에 있어서는 ‘의사결정의 자유’에 대한 침해적인 측면보다도 ‘신체침해상태의 자유’의 측면에 중점을 두고 파악함이 타당하다고 본다. 즉, 추행행위는 상대의 의사에 반하여 성적 행위가 이루어짐으로서 상대의 의사를 침해함과 동시에 신체를 침해하는 것이지만, 신체적 접촉에 이르기 위한 의사결정 과정이나 그 신체적 접촉에 대한 의사의 형성에는 영향을 미치지 않는다. 그와 같은 상대방의 ‘의사’는 추행 이전에 이미 결정되어 있는 의사일 뿐, 추행행위에 의해 영향을 받은 의사가 아니다. 따라서 본 논문에서 ‘추행’은 ‘상대방의 의사에 반한 성적 행위로서 신체 관련성이 있는 행위’라고 정의하고자 한다.

이와 더불어 강제추행과 같이 추행의 수단으로서 ‘폭행·협박’이 이루어진 경우 ‘폭행·협박’은 성적 행위에 대한 상대방의 의사결정 과정, (성적)의사 결정의 자유를 침해하는 것이고, 폭행·협박으로 인한 ‘추행’은 ‘성적 의사의 자유와 상대방의 신체’를 각 침해하였다고 볼 수 있으므로, 강제추행의 경우에는 일반적인 추행보다 상대방의 ‘성적 의사(결정)의 자유’를, ‘성적 자기결정권’을 더 중대하게 침해한다고 볼 수 있다.

제 2 절 ‘추행’의 개념과 판단기준

앞서 언급한 바와 같이 ‘추행’이란 ‘상대방의 의사에 반한 성적 행위로서 (성적) 신체 관련성이 있는 행위’로 정의하였다. 이에 따라 ‘추행’의 핵심요소는 아래의 3가지, 1) 상대방의 ‘의사’에 반한다는 점, 2) ‘성적’ 행위라는 점, 3) 상대방의 ‘신체와 관련성’이 있는 행위라는 점이다.

1. 피해자의 ‘의사’에 반한 행위

개인적인 법익을 침해하는 범죄는 대부분 개인(피해자)의 의사에 반하여 행해지는 것이 일반적이다. ‘성적 자기결정권’에 관한 범죄의 경우에도 행위태양이 피해자의 의사에 반할 것이 구성요건 충족의 전제가 되고, ‘동의’는 구성요건 해당성 자체를 배제하는 효과를 갖는다고 본다.¹⁵¹⁾

즉, ‘추행’이 되기 위해서는 상대방의 ‘의사’에 반한 행위일 것을 요한다. 다만 피고인과 피해자가 부부나 연인사이가 아니었다면 일응 피해자의 의사에 반한 행위라고 추정될 것이다. 그러나 부부사이 또는 연인사이에서 발생하는 데이트폭력의 성립여부를 판단함에 있어서는 피해자의 ‘의사’에 반한 행위였다는 점이 중요한 요소로 다투어질 것이다.

2. ‘성적’인 행위

상대방의 의사에 반하여 행해진 이 행위는 ‘성적’일 때에 ‘추행’행위가 된다. 이는 형법상 처벌의 대상이 되는 ‘추행’행위에 해당하는지, 단순히 상대방에게 불쾌감이나 당혹감을 일으키게 하는 신체적 접촉 행위에 불과한지를 구별하는 기준이 된다¹⁵²⁾.

151) 박혜진, 앞의 논문, 244면

152) ‘사람들이 정상적인 사회활동 중에도 이성의 성적으로 중요한 부위에 우연히 접촉하기도 하는 경우도 있고, 여러 대화가 오가는 과정에 손등으로 피해자의 가슴 아래부위를 순간적으로 접촉하는 행태로 인하여 성적만족이나 자극, 흥분 등의 경향성이 뚜렷이 드러난 것이라고 평가하기도 어렵다 할 것이므로, 상당한 시간 일정한 공간 안에 있었던 이성들 사이에 순간적인 신체접촉이 이루어진 부위가 성적으로 민감할 수 있는 부위라는 이유만으로 손등으로 가슴 아래 부분 쪽을 순간적으로 접촉하는 양태의 거동

가. ‘성적’인 행위의 의미

일반적으로 성폭력은 은밀하고 조심스러운 인간의 성에 대한 비정상적인 공격행위로 폭넓게 정의할 수 있고,¹⁵³⁾ 성적(性的) 자기결정권은 자신이 원하는 ‘성(性)생활’에 관한 권리이자, 원하지 않는 사람과의 ‘성(性)생활’을 거부할 자유에 관한 권리이므로¹⁵⁴⁾, 결국 인간의 성생활에 대한 행위를 뜻한다고 볼 수 있다. 그런데 일반적으로 인간은 부부, 연인 간에서 성행위, 성적 애무행위를 허용하고 있으므로, 사회적으로 보아 부부나 연인관계에서만 가능한 애정·애무 행위이거나 자위행위와 유사한 내밀한 성행위 등을 ‘성적’인 행위로 볼 수 있다.

부부나 연인간에서만 허용되는 애정·애무행위는 사회나 시대에 따라 달라지는 개념이다. 독일에서는 뺨에 키스를 하는 행위, 껴안는 행위, 어깨동무하는 행위, 손을 잡는 행위들은 동성 간이나 친척들 사이에서 일반적으로 이루어지는 행위라고 한다.¹⁵⁵⁾ 그러나 현재 우리나라의 시대적

을 곧바로 강제적 형태의 추행행위라고 평가하는 것은 무리하다’고 설시한 하급심 판례(대구지방법원 2012. 6. 8. 선고 2011고합686 판결)에서처럼 단순히 일상 생활 과정에서 일어난 불쾌한 접촉, 즉 비범죄의 영역인 ‘신체적 접촉’에 해당하는지 범죄의 대상인 형법상 ‘추행’에 해당하는지의 기준이 된다.

153) 박성민, 앞의 논문, 129면

154) 박혜진, 앞의 논문, 230면

155) Tatjana Hönle, 앞의논문, 1327면에 따르면 「특정한 접촉이 ‘성적 방법으로’행해진 것인지 여부는, 예를 들어 가슴, 성기를 만지거나 입술이나 목에 키스하는 행위처럼 오직 사회적으로 친밀한 관계(intimate relationship)에서만 허용되는 행위인지 여부인지에 따라 판단하여야 한다. 만약 신체적 접촉이 동성 친구간이나 친척들 사이의 일반적인 행위인 경우, 예를 들어 뺨에 키스를 하거나 서로 껴안는 행위, 어깨동무를 하거나 손을 잡는 행위 등의 경우는 비록 행위자가 성적 상호작용을 의도하였다고 하더라도 ‘성적

상황에서는, 손을 잡는 행위, 뺨에 키스를 하는 행위, 끌어안는 행위 등은 동성 친구들 간이나 친척들 사이에서 흔히 이루어지는 행위가 아니라 부부나 연인사이에서만 허용되는 애정·애무행위의 영역에 속한다. 따라서 이러한 행위는 ‘성적’인 행위이다. 또한 자위행위나 그와 유사한 내밀한 성생활에 관한 행위 역시 ‘성적’인 행위라 하겠다.

나. 판단 기준

사회 일반적인 평균인의 입장에서 보았을 때 해당 행위가 ‘사회적으로 오직 부부나 연인 간에 허용되는 애정·애무행위’이거나 ‘자위행위와 유사한 내밀한 성행위’에 해당하는지 여부에 따라 판단하여야 한다. 즉, 객관적인 일반인의 기준으로 판단하되, 행위 그 자체를 기준으로 판단하여야 한다. 다만 그 행위 자체의 속성을 명확히 하기 위해서는 그 행위를 둘러싸고 있는 여러 가지 요소들- 행위자와 피해자의 관계, 그 행위가 이루어진 경위와 목적, 행위자와 피해자가 주고받은 대화, 행위가 이루어진 장소 및 주변 상황 등-도 종합적으로 고려하여야 한다. 따라서 이와 같은 측면에서는 일반인의 객관적인 기준 외에 행위자의 인식과 의도 역시 보충적으로 고려된다고 볼 수 있다. 그러나 이는 행위자에게 ‘성욕의 흥분, 자극 또는 만족할 목적’이 있었는가를 고려한다는 의미가 아니다. 해당 행위를 함에 있어 그 행위가 ‘사회적으로 연인 간에만 허용되는 애정·애무행위’이거나, 개인적으로 내밀한 성생활에 관한 행위’라는 점에 관한 인식이 있었는지와 관련한 문제이다.

인 방법’이라고 여겨질 수 없다.’고 하여 우리나라의 상황과 대비되는 경향을 보여준다.

따라서, 예를 들어 키스를 하는 행위, 가슴이나 허벅지를 쓰다듬는 행위, 끌어안는 행위 등은 사회적으로 연인 간에만 허용된다고 생각되는 행위로서, ‘성적’행위다. 이러한 ‘성적’ 행위와 비교되는 행위로서는 일상적인 사회생활 과정에서 친구나 동료들 사이에 외부적, 일반적으로 흔히 이루어지는 신체적 접촉행위¹⁵⁶⁾, 또는 흔히 이루어지지 않지만 생활 중에 우연히 혹은 자연스럽게 이루어질 수 있는 행위들¹⁵⁷⁾을 들 수 있을 것이다. 이런 행위는 ‘성적’행위로 보기 어렵다.

다. 구체적 사례에의 적용

앞서(본 논문 제4장 제3절 2항) 언급한 [사례 3] ~ [사례 5]까지의 각 행위들이 성적 행위에 해당하는지 여부를 본다.

[사례 3]의 경우 본 논문이 제시하는 기준에 따르면 피고인의 행위는 ‘성적’행위에 해당한다. ① 피고인의 행위는 ‘피해자의 손목 부위를 잡아

156) 어깨나 등을 두드리면서 격려하는 행위, 악수를 하는 행위 등

157) 예를 들어, 대화를 하면서 손짓을 하던 중 우연히 성적인 부위에 접촉하는 등의 행위를 들 수 있겠다. 구체적인 사례로, 피의자는 여고생인 피해자들의 담임 교사였는 바, 피해자 1의 질문에 답변을 하는 과정에서 “야, 봐봐”라고 말하면서 손등으로 피해자의 가슴골 부위를 쳤고, 마찬가지로 피해자 2의 질문에 답변을 하는 과정에서 “이해했어? 알겠어?”라고 말하며 손등으로 피해자 2의 가슴 주변 부위를 치는 행위를 하였는데 이는 피의자가 피해자들과 이야기를 나누는 과정에서 자연스럽게 또는 우연히 피해자들의 신체에 손이 닿았을 가능성을 전적으로 배제하기 어렵고, 당시 피의자가 자신의 가슴을 ‘만진 느낌’은 아니었고, 가슴을 친 이후 별다른 이야기 없이 문제풀이를 해주었다는 피해자의 일부 진술에 비추어 피의자의 행위가 ‘추행행위’에 해당한다거나 피의자에게 추행의 ‘고의’가 있다고 단정하기 어렵다는 이유로 불기소 처분된 사례(위 서울북부지방법검찰청 2018형제 44670호)가 있다.

서 앞으로 끌어당긴 행위'로서 이 행위 자체는 '성적'인 행위인지 여부가 불분명한, 경계에 있는 행위라고 보인다. 그러나 위 행위를 둘러싼 여러 가지 사정을 살펴보자면, ② 피고인은 피해자에게 성관계를 갖자고 요구하기 위하여 피해자의 손목을 잡아 끌어당겼고, 이 행위 직전에도 피고인이 기거하는 침대방으로 피해자를 들어오도록 하고 피해자에게 캔맥주도 나누어주는 등 피해자와의 친밀함을 지속하기 위한 행동을 계속해 왔던 점(행위에 이른 경위 및 목적), ③ 실제로 피해자의 손목을 잡아끌면서 피해자에게 성관계를 하자는 취지의 성적 언행을 한 점(피고인과 피해자가 주고받은 대화내용) 등을 보면 피고인은 피해자에게 성관계를 하자고 요구하면서 피해자의 손목을 잡아끈 것으로, 이는 사회적으로 보았을 때 오직 연인 간에만 허용될 수 있는 애정·애무행위의 일환이다. 따라서 '성적' 행위에 해당한다.

[사례 4], [사례 5]의 경우 본 논문의 기준에 따르면 피고인의 행위는 '성적'행위에 해당하지 않는다. 우선, [사례 4]를 보면 ① 여성의 바지와 속옷을 벗기는 행위(행위의 침해태양 및 정도) 자체는 사회적으로 연인 간에서만 허용되는 행위라고 판단된다. 그러나, 한편으로는 ② 피고인은 의사이고, 피해자는 병원에 입원한 환자였는데(피고인은 피해자의 관계), ③ 피해자의 혈액배양검사를 위한 채혈을 하기 위해서 본건에 이르게 된 점(행위에 이른 경위 및 목적), ④ 사타구니 혈액채취를 위해서는 성기가 노출될 정도로 하의를 내릴 수밖에 없었으므로 본 건 의료행위를 위해서 필요한 행위였던 점(행위의 정도), ⑤ 피고인과 피해자 외 다른 환자도 함께 있는 병실에서 이루어진 점(행위가 이루어진 장소, 상황, 행위의 의도) 등을 고려하면, 의료행위에 있어서 환자의 자기결정권에 반한 행위로서 민사책임은 별론으로 하고, 이를 두고 사회적으로 연인 간에만 허

용되는 것으로 보이는 애정·애무행위이거나 성생활에 관한 행위로서 ‘성적’행위에 해당한다고 보기는 어렵다.

[사례 5] 를 보면, ① 50cm 플라스틱 자로 여성의 엉덩이를 때린 행위인 점(행위의 침해태양), ② 피고인은 만화가이고 피해자는 피고인으로부터 수업을 받고 있던 만화지망생인데(피고인과 피해자의 관계), 당시 피고인은 피해자가 지시받은 일러스트 작업을 제대로 하지 않았다가거나 작업에 대한 대가로 10만 원을 요구하는 것을 나무라기 위하여 위 행위에 이른 점(행위에 이른 경위 및 목적), ③ 당시 피고인은 피해자의 엉덩이를 때리면서 “한 것도 없는 주제에 일을 도와주지는 못할망정 10만 원을 받아야겠냐”라는 말을 한 점(행위 당시 피고인과 피해자가 주고받은 대화) 등을 보면, 이는 사회적으로 연인 간에만 허용되는 애정·애무행위이거나 성생활에 관련된 ‘성적’행위라기보다는 피해자에게 ‘폭행’을 행사한 것으로 보아야 한다. 폭행을 행사한 상대방의 성별이나 부위에 따라 가해자가 행한 행위의 성질이 ‘폭력적’인 것에서 ‘성적’인 것으로 변질된다고 보기는 어렵기 때문이다¹⁵⁸⁾. 따라서 단순히 폭행의 상대방이 여성이고, 그 폭행의 부위가 성적으로 민감한 부위(가슴, 엉덩이)¹⁵⁹⁾라 하더라도 가해자의 행위는 폭행에 해당할 뿐이다. 특정인에 대한 유형력의

158) 이에 반해, ‘사람을 때리는 것은 폭행이고, 성적 자유를 침해하는 방식으로 때리는 것은 추행이 된다.’는 견해가 있으나(김준호, 앞의 논문, 97면), 각 폭행행위가 어떠한 측면에서 상대방의 ‘성적 자유’를 침해하였는지 구체적인 기준을 알기 어렵다. 본 논문이 정의한 ‘성적’이라는 의미에서 보자면, 단순히 폭행 부위가 성적으로 민감한 부위(성적으로 민감한 부위가 무엇인지 여부에 관해서도 논란의 여지가 있다)라는 이유만으로는 상대방의 ‘성적 자유’가 침해되었다고 보기는 어렵다. ‘추행’은 신체에 대하여 유형력을 행사하는 범죄로서 폭행의 하위 개념이지만, ‘성적’일 것이라는 요소를 추가로 요구하므로, ‘폭행’개념과 질적으로 다른 개념이다.

159) 성적으로 민감한 부위가 정확히 어디까지인지를 판단하기도 모호하다.

행사(폭행)가 ‘추행’이 되기 위해서는 ‘성적’행위에 해당하여야 한다는 별도의 조건을 만족시켜야 한다.

3. ‘신체 관련성’이 있는 행위

상대방의 ‘의사’에 반한 ‘성적’행위는 그 상대방의 ‘신체와 관련된’ 행위일 때 ‘추행행위’로 평가된다. 우선 신체적으로 ‘접촉’을 한 경우에는 그 행위가 ‘신체 관련성’이 있는 행위라고 봄에 문제가 없다. 그렇다면 비접촉 행위의 경우는 어떠한가.

가. ‘비접촉’ 추행행위의 인정가능성

1) 대법원의 입장

앞서 본 [사례 2]의 경우가 비접촉 행위로서 추행행위 해당여부가 문제될 수 있는 사안이다. 대법원은, 「‘추행’이란 객관적으로 피해자와 같은 처지에 있는 일반적·평균적인 사람으로 하여금 성적 수치심이나 혐오감을 일으키고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 구체적인 피해자를 대상으로 하여 피해자의 성적 자기결정의 자유를 침해하는 것을 의미하는데, 이에 해당하는지 여부는 피해자의 의사·성별·연령, 행위자와 피해자의 관계, 그 행위에 이르게 된 경위, 구체적 행위태양, 주위의 객관적 상황 등을 종합적으로 고려하여 정하여야진다(대법원 2010. 2. 25. 선고 2009도13716 판결 등)」라고 하여 추행에 대한 기존의 일반적인 법리를 그대로 제시한 후, 「비록 피고인이 피해자의 신체에 대하여 직접적인 접촉을 하지 아니하였고 엘리베이터가 10층에서 멈춘 후 피해자가 위 상

황에서 바로 벗어날 수 있었다고 하더라도, 피고인이 피해자에 대하여 한 위 행위(피고인이 피해자를 바라보고 성기를 꺼내어 잡고 움직이다가 피해자 쪽으로 다가간 행위)는 피해자의 성적 자유의사를 제압하기에 충분한 세력에 의하여 추행행위에 나아간 것으로서 위력에 의한 추행행위에 해당한다」고 하여 비접촉 행위에 의한 추행을 인정하였다.

대법원은 신체 접촉이 없더라도 제반 사정을 고려할 때 피해자의 ‘성적 자유에 대한 침해’로 볼 수 있다면 추행에 해당한다는 취지이다. 다만 대법원은 물리적인 신체적 접촉이 없는 경우라고 하여 그것이 있는 경우와 비교할 때 추행의 성립을 위한 별도의 특별한 요건이 필요한 것으로 보고 있지 않으며 더 엄격한 판단기준을 제시하지도 않는다. 기존의 일반적이고 추상적인 법리를 그대로 적용하여 판단할 뿐이다¹⁶⁰⁾

2) 긍정하는 입장

먼저, ‘성적 자유의 침해’를 중심으로 설명하는 입장으로, 이에 따르면, 아무런 신체접촉이 없는 경우라도 피해자를 향한 유형력의 행사가 있었고, 그것이 성적 자유를 침해하는 행위라 인정되면 강제추행이 성립할 수 있다¹⁶¹⁾.

두 번째로, 상대방이 객관적으로 성적 수치심이나 혐오감을 느꼈는가를 중심으로 설명하는 입장에서는 신체적인 접촉이 추행의 개념적 요소가 아니라 일정한 물리적, 비 물리적 행위를 통하여 상대방이 객관적으

160) 김성은, 앞의 논문, 669면

161) 김준호, 앞의 논문, 102면

로 성적 수치심이나 혐오감을 느꼈는가가 추행의 판단기준이라고 한다.¹⁶²⁾ 따라서 이에 따르면 신체적 접촉 없이 상대방의 옷을 벗기게 만들었다면 이러한 경우는 심리적으로 상대방을 장악하고 있다고 볼 수 있고 이러한 경우에는 독일의 해석론에 따를 때에도 강제 추행죄에 해당할 수 있다고 한다.¹⁶³⁾

마지막으로 ‘성적 활동의 자유’를 중심으로 설명하는 입장에서는 성적 자기결정권의 침해행위는 ‘의사결정의 자유’와 ‘성적 활동의 자유’를 침해하는 행위이므로, 밀폐된 공간에서 피해자와 단둘만 있는 상황에서 자위행위를 한 경우, 이는 민감한 부분에 대한 신체접촉은 없었지만 밀폐된 공간에서 피해자가 해당 장소를 이탈하지 못한 상태에서 자위행위가 이루어짐으로써 성적 의사결정의 자유뿐만 아니라 삽입이외의 기타 성행위를 할 성적 행동의 자유를 침해한 것으로 이해할 수 있다는 것이다.¹⁶⁴⁾

3) 부정하는 입장

피해자와의 물리적인 신체접촉은 형법상 추행을 판단하는 중요한 요소로 보아야 한다는 견해가 있다. 이에 따르면 추행을 판단함에 있어서는 피해자와의 신체접촉 내지 고도의 신체관련성을 중요한 표지로서 고려하여야 하고, 물리적인 신체적 접촉이 없는 경우에는 추행에 해당하는지 여부를 더욱 엄격하게 판단하여야 한다고 한다. 그렇지 않은 경우, 추행

162) 김혁돈, 강제추행에 있어서의 강제추행의 개념, 형사법연구 제21권 제1호, 505면

163) (Schönke/Schroeder,a.a.O.,§177RN 11.), 김혁돈, 앞의 논문, 505면에서 재인용

164) 박성민 앞의 논문, 135면

의 범위가 지나치게 넓어질 것이고, 공연음란죄나 강요죄, 경범죄와의 경계가 애매해진다는 점, 따라서 성적행위의 처벌과 관련된 형사법적 체계가 혼란스럽게 될 뿐만 아니라 결과적으로 피고인에게 지나치게 불리한 법적용이 될 수 있기 때문이라는 것이다.¹⁶⁵⁾

4) 비교법적 검토

앞서 제3장에서 살펴본 바와 같이 미국 모범형법이나 영국, 독일에서는 처벌되는 행위태양을 성적 ‘접촉’행위라고 규정하여 비접촉 행위는 처벌대상이 아니다. 그러나 미국 모범형법에서는 ‘접촉’의 정의에서 ‘신체나 체액, 물건을 이용하여 옷을 입고 있거나 벗고 있는 다른 사람의 신체를 접촉하는 것’도 포함하고 있고, 영국형법에서도 ‘신체의 일부를 이용한 접촉, 다른 어떤 모든 것을 이용한 접촉, 다른 것을 통하여 이루어진 접촉’이라고 정의하여, 일반적인 신체적 접촉행위의 개념보다는 확장된 개념으로 규정하고 있다.

5) 소결

본 논문에서처럼 ‘추행’을 ‘(성적) 의사의 자유’와 ‘신체 관련성’이 있는 행위로 본다면 그 행위가 반드시 신체적으로 ‘접촉’할 필요는 없고, 비접촉 행위이더라도 그 행위가 ‘신체와 관련된’ 행위에 해당한다면 ‘추행’이 성립될 수 있을 것이다. 그러나 그러한 경우는 일반적으로 드물 것으로 보인다.

165) 김성은, 앞의 논문, 678면

나. '신체 관련성'이 있는 행위

1) 개념 및 판단기준

구체적으로, '신체 관련성'이 있는 행위는 신체에 직접 접촉한 경우 또는 직접 접촉하지 않더라도 신체와 밀접한 관련성을 가지는 행위로 정의한다. 따라서 시각적으로 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 영상들을 억지로 보게 하거나, 성적 행위를 보도록 하는 경우, 청각적으로 그와 같은 감정을 불러일으키게 하는 행위 등은 '신체 관련성'이 있는 행위에 해당하지 않는다. 또한 '정신적 트라우마'와 같은 정신적 개념은 포함하지 않는 피해자의 물리적인 신체와 관련성 있는 행위를 의미한다.¹⁶⁶⁾ 다만 반드시 피고인의 신체가 피해자의 신체와 직접 접촉할 필요는 없고, 물건이나 체액을 통한 접촉을 통한 신체 관련성도 가능하다.

또한 이는 피고인의 행위 자체를 두고 이를 일반적인 평균인의 입장에서 판단하여야 한다. 또한 판단의 대상이 되는 피고인의 행위는 '추행' 해당성 여부에 관하여 논의되는 그 행위 자체여야 하고, 그 행위 이전과 이후의 행위를 종합적으로 판단하여 피해자의 신체와 관련된 행위가 있

166) 물론, 피해자의 신체와 직접 접촉하지 않는 시각 또는 청각적으로만 이루어진 행위가 경미한 신체적 접촉 행위보다 더욱 큰 정신적 트라우마를 남길 여지도 있다. 이 경우 경미한 (성적) 접촉 행위는 '강제추행'죄로 처벌되고 그보다 중하지만 단순히 접촉하지 않은 (성적) 행위라는 이유만으로 추행에 해당하지 않는다는 결론이 형평에 반할 수 있다는 비판도 가능할 것이다. 그러나 범죄로 인한 정신적 트라우마는 피고인의 행위태양의 위험성 뿐 아니라 피해자의 개인적 성정이나 성향, 환경에 따라서도 매우 달라지는 부분이므로 '추행' 해당성 판단, 범죄 구성요건요소에 해당하는지 여부에 관한 판단에서는 따로 고려하지 않는 것이 타당하다고 보았다.

는지를 판단하여서는 안 된다. 왜냐하면, 이는 피고인의 그 행위가 ‘추행’에 해당하기 위하여 필요한 요소이기 때문이다.

2) 폭행죄와의 비교

‘신체의 완전성’을 보호법익으로 하는 폭행죄와 비교하여 설명하고자 한다. 추행 역시 상대방의 ‘신체’에 대한 행위임을 전제로 하므로¹⁶⁷⁾ 신체에 대한 유형력의 행사인 ‘폭행’의 하위개념으로 기능할 수 있고¹⁶⁸⁾, 본 논문에서 주장하는 ‘신체 관련성’을 폭행죄의 보호법익인 ‘신체의 완전성’과 비교하여 더욱 명확히 할 수 있으리라 보기 때문이다.

폭행죄는 ‘신체의 완전성’을 보호법익으로 하는 범죄로서, 이 때의 폭행은 ‘사람의 신체를 향하여 행하여진 유형력의 행사’로서, 반드시 신체에 접촉할 필요는 없다. 다만 상대방의 신체에 작용할 위험성이 커서 상대방이 이로 인하여 상당한 공포감을 느낄 정도의 물리력의 행사여야 한다¹⁶⁹⁾. 그러나 추행죄의 ‘신체 관련성’은 이보다 직접적일 것을 요한다. 폭행죄는 거동범이자 추상적 위험범이기 때문에¹⁷⁰⁾ 폭행이라는 거동만으로 성립하고 신체의 완전성에 대한 침해나 구체적 위험이라는 결과 발생을 요하지 않는다는 것이 통설¹⁷¹⁾인 반면, 추행죄는 침해범¹⁷²⁾이기 때문

167) 이는 ‘성적 자기결정권’이라는 보호법익에서도 도출된다.

168) 다만 앞서[주) 107] 설명한 바와 같이 폭행죄와 질적으로 다른 개념이므로, 완벽하게 폭행의 하위 개념으로 포섭되는 것은 아니다.

169) 한국사법행정학회, 주석형법, 354면

170) 한국사법행정학회, 편집대표 김대휘/김신, 주석 형법(제5판), 2017, 350면

171) 앞의 책, 350면

172) 앞의 책, 214면; 최근 대법원에서도 신체적 접촉 없이 단순히 ‘양 팔을 높이 들어 피해자를 껴안으려다 멈춘 행위’를 아동·청소년에 대하여 형법 제298조를 범한 경우의 미수죄로 인정한 바(대법원

이다. 따라서 추행죄의 ‘신체 관련성’은 폭행죄에서보다 더욱 엄격한 요소로서, 신체에 대한 유형력 행사의 정도를 평가하여 신체에 작용할 ‘위험성’이 있는 행위가 아닌 신체에 대한 ‘침해’가 있는 행위일 것을 요한다.

다. 구체적 사례에의 적용

앞서(본 논문 제4장 제3절 2항) 언급한 사례 중 비접촉 행위인 [사례 1], [사례 2]를 중심으로, 위 각 행위가 ‘신체 관련성’이 있는 행위로서 추행에 해당하는지 여부를 논하고자 한다. 결론부터 말하자면, 위 각 경우는 본 논문이 제시하는 기준에 따르면 신체에 밀접하게 관련된 행위라고 보기 힘들기 때문에 ‘추행’에 해당하기 어렵다고 본다.

우선 [사례 1]의 경우 피고인은 피해자를 뒤따라가면서 피해자에게 욕설을 하고, 자신의 바지를 벗어 성기를 보여주는 행위를 하였다. 이 행위는 피해자의 신체에 직접적으로 접촉한 바가 없고, 피해자의 신체를 향하여 유형력을 행사하거나 피해자의 신체와 관련된 행위를 하였다고 보기도 어렵다. 따라서 피고인의 행위는 ‘추행’에 해당하지 않는다.

[사례 2]의 경우 피고인은 ① 엘리베이터를 타는 피해자를 쫓아가서 피해자의 뒤에서 자위행위를 하고, 이를 발견하고 놀라는 피해자에게 다가가 피해자의 어깨에 왼손을 얹어 만지는 행위를, ② 엘리베이터에서 피해자를 쫓아가서 성기를 내보인 후 성기를 잡고 움직이다가 이를 발견하고 놀라는 피해자를 향해 다가가는 행위를 하였다.

2015.9.10. 선고 2015도6980 판결), 강제 추행죄를 침해범으로 보고 있는 입장이다.

여기에서는 우선 판단 대상이 되는 행위부터 특정하여야 한다. ①의 경우 ‘피해자를 뒤쫓아 가 엘리베이터 안에서 자위행위를 한 행위’ 및 ‘피해자의 어깨에 손을 올린 행위’가 모두 추행의 행위태양으로 고려되는 경우에는 이 행위 모두에 대한 평가가 필요하고, 만일 ‘자위행위를 한 행위’에 관해서만 추행으로 특정된 경우에는, 그 이후 피해자의 어깨에 손을 얹은 행위는 범행 이후의 추가적 사정에 불과할 뿐이다. ②의 경우 역시 마찬가지이다. 다만, 본 건에서 추행 여부에 관하여 중요하게 논의 되는 행위는 ‘나이가 어린 여아들을 뒤쫓아 가 엘리베이터 안에서 자위행위를 한 행위’로 보이므로, 이 행위의 ‘신체 관련성’ 여부를 보면, 피고인의 행위는 피해자의 신체에 직접적으로 ‘접촉’한 바가 없고, 피해자들의 ‘신체에 관련되는 행위’를 하였다고 보기도 어렵다. 이는 피해자에게 ‘시각적’으로 고통을 주었을 뿐이기 때문이다. 또한 피고인의 모습을 보고 놀란 ‘피해자를 향해 걸어서 가까이 다가가는 행위’ 만을 두고는 피해자의 ‘신체’에 직접적으로 밀접하게 관련되는 행위라 보기는 어렵다.

이와 관련하여 한 가지 비교하여 볼 사례로, ‘피고인이 주사기에 든 자신의 정액을 피해자의 엉덩이 부위에 뿌려 묻게 한 행위’¹⁷³⁾와 같은 경우는 비록 피고인이 피해자의 신체에 직접 접촉한 것은 아니라 하더라도, 자신의 체액을 ‘피해자의 신체에’ 접촉하도록 한 것으로서, ‘신체관련성’이 있는 행위로 피해자의 신체를 침해한 행위라 볼 수 있을 것이다.

173) 서울중앙지방법원 2014. 11. 7. 2014고단6206

제 3 절 구체적 사례에의 적용

결국, 본 논문에 따르면 ‘추행’이란 1) 상대방의 ‘의사’에 반한 행위로서, 2) ‘성적’인 행위이고, 3) ‘신체 관련성’이 있는 행위이다. 이와 같은 추행의 개념요소와 판단기준을 본 논문에서 판례의 입장을 살펴보면서 언급한 각 사례(본 논문 제4장 제3절 2항)에 대입해본다.

[사례 1]의 경우를 본다. 먼저 피고인의 행위가 피해자의 의사에 반한다는 점은 이견이 없을 것이다. 피해자는 사건 당일 피고인을 처음 보았으며(피해자와 피고인의 관계), 피고인으로부터 협박을 당하고 있던 상황(사건에 이른 경위)이었으므로 피고인이 피해자를 향하여 자신의 성기를 드러낸 행위는 피해자의 의사에 반한 행위였음은 분명하다.

그러나 피고인의 행위는 ‘성적’행위라 보기 어렵고, ‘신체 관련성’이 있는 행위라고도 보기 어려워 ‘추행행위’에는 해당하지 않는다. ‘신체 관련성’에 관한 판단은 앞서 본 바와 같으므로 생략하고, ‘성적’행위인지 여부에 관하여 보면 피고인은 피해자를 향하여 분노를 표출하고 겁을 주기 위한 목적으로 이루어진 행위로서, 사회적으로 연인 간에서만 허용되는 애정·애무행위가 아니고, 내밀한 영역에서 이루어지는 성생활에 관한 행위도 아니다. 단순히 성기를 노출하였다는 것만으로 성생활에 관한 행위라고 보기는 어렵기 때문이다. 따라서 피고인의 행위는 ‘성적’행위라 보기 어렵고, ‘추행’에 해당하지 않는다.

[사례 2]의 경우 역시 피고인의 행위가 피해자의 의사에 반한 행위임은 이견이 없다. 또한 피고인의 행위는 ‘성적’행위이다. 성기를 꺼내어

(자위행위를 하듯이) 만지는 행위는 자위행위와 유사한 내밀한 영역에서 이루어지는 성생활에 관한 행위이므로, '성적' 행위에 해당한다. 그러나 피해자의 '신체 관련성'이 있는 행위가 아니어서 추행행위에는 해당하기 어렵다. 즉, 피고인은 피해자를 바라보며 성기를 만졌고, 피해자를 향하여 다가가기까지 하였으나 이와 같은 행동은 피해자에게 시각적으로 성적 행위를 '보여주는' 것에서 나아가 피해자의 신체와 직접적으로 관련되어, 신체에 대한 침해로는 이어지지 않았기 때문에 '추행'행위에 해당한다고 보기 어렵다.

[사례 3]의 경우 피고인의 행위가 피해자의 의사에 반한 행위이고, 피해자의 '신체 관련성'이 있는 행위라는 점에는 이견이 없다. 피해자의 신체에 직접적으로 '접촉'한 행위이기 때문이다. 본 사례에서는 '성적'행위인지 여부가 문제되는데 앞서 본 바와 같이 본 논문의 입장에 따르면 '성적'행위로서, '추행'에 해당한다.

[사례 4]의 경우 역시 피고인의 행위가 피해자의 의사에 반한 행위임은 이견이 없다. 또한 피고인의 신체(손)가 피해자의 신체(엉덩이와 하체, 성기부분)에 가깝게 접근하여 옷과 속옷을 벗기고 피해자의 성기를 노출하게 한 행위는 피해자의 신체와 직접적이고 밀접한 관련성을 가지는 행위로서, '신체 관련성'이 있는 행위에 해당한다. 그러나 앞서 본 바와 같이 피고인의 행위는 '성적'행위에 해당하지 않으므로 '추행'에 해당하지 않는다.

[사례 5]의 경우 역시 피고인의 행위가 피해자의 의사에 반한 행위임은 이견이 없다. 그러나 앞서 본 바와 같이 '성적'행위에 해당하지 않으

므로 ‘추행’에 해당하지 않는다. 이를 정리하면 아래 표와 같다.

사 례	사건 번호	행위태양	죄명	법원 판 단	본 논문의 판단 (추행 성립 여부)	
					쟁점	판 단
1	대법원 2011도 8805	여성을 협박하다가 바지를 벗어 성기를 보여준 행위	강제추행	×	‘신체 관련성’ 여부	×
2	대법원 2011도 7164	9세 여아와 함께 엘리 베이터에 탑승하여 여 아의 뒤에서 자위행위 를 하고, 여아의 어깨 에 손을 얹은 행위	성폭력범 죄의처벌 등에관한 특례법위 반(13세 미만미성 년자강간 등) ¹⁷⁴⁾	○	‘신체 관련성’ 여부	×
		11세 여아와 함께 엘리 베이터를 탑승하여 성 기를 잡고 흔드는 것을 보여주고, 여아에게 가 까이 다가간 행위		○		×
3	대법원 2014도 6416	“자고 가요”라고 말 하면서 여성의 손목 을 잡아 끌어 침대 위로 앉힌 행위	강제추행	×	‘성적’행위 여부	○
4	대법원 2017도 8304	의사가 여성 환자를 채 혈하기 위하여 환자복 과 팬티를 벗긴 행위	강제추행	○	‘성적’행위 여부	×
5	서울고등 2015노 171	여성의 엉덩이를 플라 스틱 자로 때린 행위	강제추행	○	‘성적’행위 여부	×

표 5. 구체적 사례에의 적용

174) 본 건 행위는 모두 성폭법 제7조 제3항(13세 미만의 사람에 대하여 형법 제298조의 강제추행의 죄를 범한 사람에 대하여 5년 이상의 유기징역 또는 3천만 원 이상 5천만 원 미만의 벌금에 처한다)으로 의술, 기소되었다. 9세 여아에 대한 행위는 1심부터 대법원에 이르기까지 위 적용법조로 유죄가 선고되었으나(상고

제 4 절 논의의 실익

1. 명확성의 원칙

비록 헌법재판소에서는 강제 추행죄의 규정이 명확성의 원칙에 위배되지 않는다는 결정을 하였지만, 앞서 본 바와 같이 실무상 판례의 입장은 명확성의 원칙에 위배될 여지가 크다. 현행 법리만으로는 어떠한 행위가 ‘추행’에 해당하는지 명확히 알기 힘들고, ‘추행’ 해당 여부를 판단하기 위한 구체적 요소들도 각 사례별로 달랐을 뿐 아니라 그 요소들이 어떠한 방식으로 ‘추행’ 해당성 여부와 연결되는지 그 논리적 연관성을 찾기 어려웠다. 일관성이 결여된 판단도 종종 있었다. 결국 현실에서 문제되는 각 개별 사안이 형법상 ‘추행’에 해당하는지 여부를 예측하기는 사실상 어려운 일이었고, 결국 이는 형법상 ‘추행’죄의 적용 및 해석에 있어 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배될 여지가 크다는 것을 반증한다.

따라서 본 논문에서처럼 ‘추행’의 개념을 명확히 한다면, 형법상 처벌 대상이 되는 ‘추행’이 어떠한 행위인지를 구체화할 수 있고, 이를 판단하기 위한 기준도 정립될 수 있다. 또한 비접촉 추행행위를 등 기존의 일반적인 추행행위와 다른 형식의 행위태양의 경우에도 기존의 ‘추행’의 개념 및 판단기준 중에서 어떠한 부분을 어떠한 방식으로 변화하여 해석한 것인지 판결문에서 구체적으로 실시하여 그 필요성과 방향성을 제시해 줄 수 있다. 이는 곧 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 부합하는 것이다.

기각), 11세 여아에 대한 행위는 1심 무죄, 2심 무죄(주거침입으로 유죄)가 선고된 후 대법원에서 위 법률 제7조 제5항(위계 또는 위력으로써 13세 미만의 사람을 간음하거나 추행한 사람은 제1항부터 제3항까지의 예에 따라 처벌한다)의 ‘위력에 의한 추행행위’에 해당한다고 판시하며 원심을 파기하였다.

2. 추행의 행위태양에 따른 유형화

대한민국 형법상 개인적 범익에 관한 성범죄는 그 행위태양이 강간 - 유사강간 - 추행의 3가지로 분류되고, 이 중 추행죄는 추행을 위하여 사용한 유형력의 수단(폭행·협박, 위계·위력 등)과 피해자의 특성(연령과 장애유무)에 따라 다시 유형화된다. 그러나 대법원이 기습추행의 강제추행을 인정한 이래로 사실상 추행을 위하여 사용한 유형력의 수단의 유무 및 정도보다는 '추행'여부에 관한 판단이 더욱 중요한 위치를 차지하게 되었는데, 그럼에도 불구하고 현행법은 '추행'죄를 유형력 행사의 정도에 따라서 구성요건을 나뉘어 규정하여 현실과 괴리가 있었다¹⁷⁵⁾. 반면 행위태양으로서의 '추행'에 관하여는 별달리 구별하여 규정하지 않음으로 인하여 넓은 행위태양을 아무런 구체적 기준 없이 단순히 '추행'이라는 하나의 개념으로 묶어두고 있는 것이 오늘날 '추행'의 개념과 판단기준에 관한 여러 가지 논의를 발생시킨 요인 중의 하나라 본다¹⁷⁶⁾.

175) 대표적으로, 본 논문의 [사례 2]에서도 9세 여아에 대한 행위(여아와 함께 엘리베이터를 탑승하여 뒤에서 자위행위를 하고, 여아의 어깨에 손을 얹은 행위)는 '폭행'에 의한 추행으로, 11세 여아에 대한 행위(여아와 함께 엘리베이터를 탑승하여 성기를 잡고 흔드는 것을 보여주고, 여아에게 다가간 행위)는 '위력'에 의한 추행으로 판단하였는데 두 행위의 차이점은 피고인이 자신의 손을 피해자의 어깨에 얹은 행위가 있는지 유무뿐으로 실질적으로 의미가 부분이 아니었고, 법정형 또한 동일하여 두 가지의 구성요건을 나뉘어 규정한 실익이나, 법원에서 위와 같이 유형력을 분리하여 판단한 실익이 무엇인지 의문이 있다.

176) 비교법적으로 검토해보면, 영국의 경우 'rape(강간)', 'assault(폭행)', 'sexual activity(성적 행동)', 'exposure(노출증)', 'voyeurism(관음증)', 'intercourse with an animal(수간)', 'sexual activity in a public lavatory(공공장소에서의 성적 행동)' 등 다양한 방식의 성폭력범죄를 규정하고 있다. 만일 우리나라의 경우에도 'exposure'규정이 있었다면(공연성이 요구되

따라서 본 논문에서 제시하는 ‘추행’개념에 따라 ‘추행’이라는 행위태양의 명확히 규정한 다음, 이에는 해당하지 아니하나 처벌의 필요성이 있는 행위태양¹⁷⁷⁾이 있다면 이를 별도 구성요건으로 입법화하거나, 본 논문이 제시하는 각 요소별로 정도의 유무에 따라 ‘추행’이라는 행위태양 자체를 세분화하여 규율할 수도 있을 것이다. 그렇게 되면, 형법상 ‘추행’죄가 포섭하는 영역을 제한하거나 유형화할 수 있고, 그로 인하여 ‘추행’의 개념은 더욱 명확해질 수 있다. 또한 책임주의의 원칙에도 부합할 수 있다. 추행죄에 관한 규정이 기존의 방식에서 벗어나 추행행위의 태양에 따라 유형화하고 법정형을 달리 규정한다면 강간죄의 종속된 개념으로서의 ‘추행’이 아닌 독자적인 구성요건요소로서의 ‘추행죄’의 영역이 탄생할 수 있을 것이다.

제 6 장 결 론

지금까지 살펴본 바와 같이 ‘추행’이라는 구성요건은 그 용어 자체의 추상성 및 ‘추행’이 포섭하고 있는 행위 태양의 다양성 등으로 인하여 본질적으로 명확성의 원칙에 위반될 소지를 안고 있다. 그러나 그러한 경우라 하더라도 법관이 이와 같은 구성요건을 적용하기 위한 최소한의 개념정의와 그에 대한 판단기준을 마련하고, 그에 따라 판단하도록 노력할 때에 죄형법정주의에 부합하는 형법해석이라고 할 것이다. 그러나 현재

지 않는), [사례1], [사례 2]의 경우, 피고인의 행위가 ‘추행’에 해당하는지 여부를 굳이 판단할 이유가 없었을 것이다.

177) 본 논문의 사례 1, 사례 2와 같은 경우를 들 수 있을 것이다.

법원이 제시하고 있는 ‘추행’에 대한 개념정의는 ‘성적 수치심’, ‘선량한 도덕관념’ 등의 추상적인 개념을 사용함으로써 구체적인 실체를 파악하기 힘들었다. 또한 이와 같은 개념은 도덕적 비난행위에 불과하여 형법상 구성요건요소인 ‘추행’이란 무엇인가에 대한 명확한 답변이 되지 못하였다는 비판이 가능하다. ‘추행’에 대한 정의가 불분명하니 이를 판단하기 위한 구체적인 기준도 불분명할 수밖에 없다. 따라서 ‘추행’에 대한 판단기준이나 구체적 요소는 각 사례에 따라 달라지거나 일관성 없는 판단이 이루어지곤 하였다. 즉, 대법원이 제시하는 추행의 개념이나 판단기준은 추행의 해석에 관한 구체적 기준으로 기능하기 어렵고, 예측가능성도 담보되지 않았다.

따라서 본 논문에서는 강제 추행죄의 보호법익인 ‘성적 자기결정권’으로부터 ‘추행’의 핵심 요소를 추출하여, 이러한 핵심요소를 결합한 개념으로서 ‘추행’을 정의하고자 하였다. 본 논문이 제시하는 ‘추행’은 상대방의 의사에 반한 성적인 행위로서 신체를 침해하는 행위이다. 이에 따르면 추행에 해당하는지 여부는 1) 상대방의 ‘의사’에 반한 행위인지, 2) ‘성적’행위인지, 3) 피해자의 ‘신체와 관련된’ 행위인지 여부에 따라 판단된다. 이와 같이 추행의 개념을 정의할 경우 ‘추행’의 판단에 관한 최소한의 기준이 마련되어 예측가능성이 담보된 판단이 가능하리라 본다.

여기에서 나아가 위와 같은 추행의 영역에는 들어오지 않지만 처벌의 필요성이 있는 행위는 무리하게 ‘추행’의 개념으로 포섭시키려 할 것이 아니라 새로운 행위태양으로 규율하여야 한다. 그러할 때에 ‘추행’이 적용되는 영역이 어느 정도 제한될 수 있다. 여러 가지 행위 태양을 모두 포섭하는 방식으로는 ‘추행’이라는 개념은 불분명해질 수밖에 없다. 또한

‘추행’의 위 각 요소의 중대성 여부에 따라 추행죄를 유형화하여 규정하는 방법도 모색할 수 있다. 기존과 같이 추행죄를 그 유형력의 수단이나 피해자의 특성에 따라서 유형화하는 방식은 실무상 큰 실익이 없다. 그 보다는 현재 그 영역이 방대한 ‘추행’이라는 행위태양을 중대성 여부 등에 따라 구체적으로 나뉘어 규율한다면, 강간죄에 종속된 범죄에서 벗어나 ‘추행죄’라는 독자적인 범죄 영역이 구축되고, 책임주의에 부합하는 형사 처벌도 가능해질 것이다.

참 고 문 헌

1. 단행본

- 김신규, 형법각론, 청목출판사, 2015
- 김일수/서보학, 새로 쓴(제8판) 형법각론, 박영사, 2015
- 독일형법, 법무부, 2008. 5.
- 박상기, 형법각론(제8판), 박영사, 2011
- 배종대, 형법각론(제10전정판), 홍문사, 2018
- 신동운, 형법 제·개정 자료집, 형사정책연구원 연구총서, 2009.
- 오영근, 형법각론(제4판), 박영사, 2017
- 이재상, 형법각론(제7판), 박영사, 2010
- 일본형법, 법무부, 2007. 12.
- 임웅, 형법각론(제9정판), 법문사, 2018
- 재판자료 제41집 주요 구법령집(상), 법원행정처, 1987
- 정성근/박광민, 형법각론(전정2판), 성균관대학교 출판부, 2015
- 정신교, 각국의 성폭력 범죄에 대한 대응방안 비교·관찰을 통한 우리 경찰의 수사제도의 문제점과 개선방안 모색, 치안정책연구소, 2013.
- 주석 형법(제5판), 한국사법행정학회, 편집대표 김대휘/김신, 2017
- 중국형법전·만주형법전·소련형법전 및 일본개정형법가안, 법무부 법무실, 1948.

2. 논문

- 김강운, 헌법상 자기결정권의 의의, 법학연구 제20권, 2005.
- 김경락, 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법의 법정형의 문제점 및 개정방향-제3조·제9조를 중심으로-, 형사법연구 제27권 제1호, 2015
- 김명식, 성적 자기결정권의 헌법적 근거에 대한 재고찰, 성균관법학 제15권 제2호, 2004
- 김성은, 형법상 추행의 요소와 법적용의 문제, 안암법학 제44권, 2014.
- 김영철/조현욱, 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체부위 해당여부, 법학연구 제57권 제3호, 2016
- 김일환, 성적 자기결정권의 헌법상 도출근거에 관한 비판적 검토, 헌법학연구 제12권 제2호, 2006,
- 김준호, 형법상 강제추행 개념의 해석 범위, 저스티스 제153호, 2016.
- 김지혜, 혐오와 처벌, 공법연구 제46집 제3호, 2018.
- 김태명, 권력형 성범죄의 처벌과 비동의 간음·추행죄의 도입, 전북대학교 법학연구소 법학연구 제57집, 2018.
- , 성폭력범죄의 실태와 대책에 대한 비판적 고찰, 형사정책연구 제22권 제3호(통권 제87호), 2011.
- 김한균, 비동의 간음죄의 비판론적 검토, 형사법의 신동향 통권 제59호, 2018.
- 김혁돈, 강제추행죄에 있어서의 강제추행의 개념, 형사법연구 제21권 제1호, 2009.
- 김혜림, 강제추행의 위헌성에 관한 고찰, 국가법연구 제12권 제1호, 2016.
- 류병관, 미국 강간죄에 있어 저항과 동의에 관한 연구, 비교형사법연구,

- 제9권 제2호, 2007.
- 류부근, 강제추행죄가 성립하기 위한 강제추행의 요건, 형사법연구 제28권 제4호, 2016.
- 류화진, 개정형법상 성폭력 범죄에 관하여, 경북대학교 법학연구원 법학논고 제42집, 2013.
- 박성민, 개정형법상 성적자기결정권의 개념과 실제, 성균관법학 제25권 제3호, 2013.
- 박종선, 여성의 성적 자기결정권에 대한 헌법적 담론-피해자의 승낙을 중심으로, OUGHTOPIA: The Journal of Social Paradigm Studies, 2011.
- 박혜진, 현행 형법상 강제추행죄의 체계적 지위, 해석 및 적용에 대한 비판적 검토, 형사정책 제28권 제2호(통권 제49호), 2016.
- , 형법상 성적 자기결정권의 개념에 대한 성찰, 2009.
- 신양균, 강제추행죄에 있어서 성적 의도의 요부 -일본 최고재판소 2017.11.29. 平成28年(あ)第1731 판결을 중심으로 -, 동북아법연구 제12권 제3호, 2019.
- 신영호/최은하, 성적 강요죄(독일형법 제177조)의 기본적 구성요건성 - 강간죄의 일부개정과 유사강간죄의 신설과 관련하여 -, 형사법연구 제27권 제2호, 2015.
- 오영근, 일본개정형법가안이 제정형법에 미친 영향과 현행 형법해석론의 문제점, 형사법연구 제20호, 2003.
- 윤덕경, 형사법상 성적 자기결정권의 본질 및 성적 자기결정권 보호증진을 위한 입법과제 검토, 이화젠더법학 제4권 제1호, 2012.
- 이경재, 강제추행죄를 둘러싼 몇 가지 문제점, 형사판례연구23, 2015.
- 이성기, 강제추행죄에서 '추행'판단의 판례상 문제점과 개선방안 : 미국 ·

- 영국의 비교법적 검토를 중심으로-, 법학논총 제34권 제4호, 2017.
- 이열/김성돈, 성적 자기결정권의 형법적 의의와 기능, 법학논총 제34권 제2호, 2010.
- 이열, 자기결정권 법리에 체계화를 위한 형법학의 과제, 부산대학교 법학 연구 제54권 제4호(통권 제78호), 2013.
- 이원상, 강제추행죄 적용범위에 대한 문제점 고찰, 법학논총 제40권 제1호, 2016.
- 이효원, 성적 자기결정권에 대한 헌법재판소의 결정 분석, 형사법의 신동향 통권 제34호, 2012.
- 임정호, 유사강간죄에 관한 재검토-입법 방식의 문제점을 중심으로, 서울법학 제21권 제3호, 2014
- 장다혜, 형법상 성폭력범죄의 개선방향 : 성적 자기결정권 의미구성을 중심으로, 여성학논집 제35집 제2호, 2018.
- 정지혜, 성범죄의 엄벌화와 관련한 비교법적 연구 - 일본의 성범죄관련 형사입법 개정을 중심으로 -동북아법연구 제12권 제1호, 2018.
- , 의사에 반하는 성행위 처벌을 위한 성행위(No means No)처벌을 위한 비교법적 검토와 제언 - 성범죄의 폭행·협박 요건 수정을 중심으로 - , 형사법의 신동향 통권 제60호, 2018.
- 조현욱, 강제추행죄의 구성요건 중 강제추행의 의미와 그 판단기준, 홍익법학 제14권 제1호, 2013.
- , 공중밀집장소추행죄의 문제점과 개선방향, 형사법의 신동향 통권 제58호, 2018.
- , 기습추행의 의미와 그 판단기준, 일감법학 제33호, 2016.
- 주승희, 미투(#MeToo) 운동과 형사정책 : 성인지적 관점의 수용과 법의

중립성 - 비동의간음죄 신설론 및 사실적시 명예훼손죄 폐지론
에 대한 비판적 검토를 중심으로 -, 한국해양경찰학회 학술대회
2018년 범죄 및 경찰 학술대회, 2018.

최상욱, 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법의 문제점과 개선방안 - 성
폭력범죄의 정비방안을 중심으로, 법학논총 제31권 제3호, 2011.

최은하, 성적 자기결정권자기결정권과 최협의의 폭행·협박 개념의 위헌성
- 성적 강요죄(독일형법 제177조)의 관점에서 -, 피해자학연구
제23권 제3호, 2015.

한봉석, 정조 담론의 근대적 형성과 법제화 - 1945년 이전의 조일 양국
의 비교를 중심으로 -, 성균관대학교 인문학연구원, 인문과학,
제55권, 2014,

홍태석, 일본형법상 성범죄 관련 규정의 개정내용 검토 - 개정경과 과정
을 중심으로, 법학연구 제18권 제1호(통권 69호), 2018.

Tatjana Hönle, The New German Law on Sexual Assault and Sexual
Harassment, German Law Journal Vol.18 No.6

3. 웹사이트

국립국어원 표준국어대사전 <https://stdict.korean.go.kr>

미국 법률협회 누리집 <http://www.thealiadviser.org/sexual-assault/>

미국 법률협회 홈페이지

<https://www.ali.org/projects/show/sexual-assault-and-related-offenses>

법제처 국가법령정보센터 <http://www.law.go.kr>

법제처 세계법령정보센터 영국 성범죄법(2003)

[http://world.moleg.go.kr/web/wli/lgsIInfoReadPage.do;jsessionid=apKI3V
Fgn6XljuOYJJiwVrS6GGP3f5kVomfvwtiJfWE4dKvM0gFUYA38AWCN](http://world.moleg.go.kr/web/wli/lgsIInfoReadPage.do;jsessionid=apKI3V
Fgn6XljuOYJJiwVrS6GGP3f5kVomfvwtiJfWE4dKvM0gFUYA38AWCN)

XfNU.eduweb_servlet_engine7?CTS_SEQ=14471&AST_SEQ=305

법제처 세계법령정보센터 독일 형법

[http://world.moleg.go.kr/web/wli/lgsInfoReadPage.do?CTS_SEQ=42067
&AST_SEQ=1145&ETC=0](http://world.moleg.go.kr/web/wli/lgsInfoReadPage.do?CTS_SEQ=42067&AST_SEQ=1145&ETC=0)

일본어 사전 <https://sakura-paris.org/dic>

Abstract

A Study on the concept of 'indecent act' in Criminal Law

Min Soo Young

College of Law, Criminal Law

The Graduate School

Seoul National University

Korean Criminal Law and Some Criminal special law such as Special Act on Punishment of Sexual Crimes stipulate punishment for a person who committed an 'indecent act' under certain constitutional requirements. The law did not stipulate the definition of 'indecent act', and the interpretation of it was left to the court entirely. In this paper, we tried to review whether the concept and judgment criteria of 'indecent act' meet the principle of criminal justice, 'nulla poena sine lege' and to suggest a solution for it.

The Supreme Court has ruled "'Indecent act' is something that causes objectively reasonable person to felt sexual shame or disgust and violate sexual moral standard of the time, violating sexual liberty of the victim. And 'indecent act' should be carefully decided

considering all the factors such as victim's will, gender, age, the relationship between the actor and the victim, the process leading to the act, the specific situation of the act, the sexual moral notions of the age."

However, that concept of 'indecent act' proposed by the Supreme Court has the following problems. First, It uses another abstract concept such as 'sexual shame' or 'sexual moral standard of the time', and by not giving any more specific explanation of such abstract concept, leaving the possibility of various interpretations. Second, it does not appropriate for the definition as a element of criminal law but rather just as moral criticism. Acts that cause 'shame' or 'violate to moral standard' are only objects of moral criticism. Third, there is no description of the characteristic conceptual elements that constitute 'indecent act'. So, it is not enough to define the concept of 'indecent act' because it does not provide a minimum essential element for constructing 'indecent act'

In addition, this paper analyzes how the Supreme Court apply the above judging criteria on each individual cases, and the result are as follows : First, Some of the judgement criteria proposed by the Supreme Court (ex. age and sex of victims) are not appropriate. It should be judged on the basis of the defendant's conduct itself, and should not be different on the basis of subjective feelings felt by the opponent or the other party. Second, it is unclear whether or not

there is a logical connection between the specific factors(judgment criteria) proposed by the Supreme Court and the conclusion. Therefore, the judgment criteria do not substantially serve as judgment criteria. Third, it identifies or confuses judgements about the means of indecent act(violence, intimidation etc.) and 'indecent act' itself. Fourth, there is a lack of consistency because the judgement criteria differ from one case to another, and also depending on which criteria are emphasized.

So, the purpose of this paper is to clarify the concept of 'indecent act'. First, it needed to clarify the notion of 'sexual self-determination', which is the right of legal protection 'indecent act', and tried to define 'indecent act' accordingly. And this paper proposes the definition of the 'Indecent act' as a sexual act against the will of the other person, body-related act. So the essential element for constructing 'indecent act' are these 3 ; 1) the act against the victim's will 2) sexual act 3) body-related act. First, 'Sexual acts' are defined as affection allowed only between a couple or an intimate partner or acts related to masturbation or sex life. It should be judged on the basis of the act itself, from the standpoint of the general reasonable person in society, that is, from an objective standpoint. And sexual acts against the victim's will are 'indecent act' when it is related to the other person's body. This element is discussed in relation to the possibility of 'non-contact act'. There is no need for physical contact, but physical relevance is needed.

If we define the concept of 'indecent act' in this way, it will be a clear interpretation that conforms to the principle of clarity, nulla poena sine lege, rather than the concept of it used in the precedent cases. Also it is possible to diversify and classify the type of criminal sexual act, and that conforms to the principle of responsibility, nulla poena sine lege.

**keywords : nulla poena sine lege, indecent act by compulsion,
the concept of indecent act, sexual act, sexual self-
determination**

Student Number : 2015-22979