

〈논문〉

성매매처벌법 제21조 제1항의 위헌성 여부

宋承炫*

요약

성매매처벌법은 성매매와 성매매알선 등 행위 및 성매매 목적의 인신매매를 근절하고, 성매매피해자의 인권을 보호하기 위해 제정하였다. 그러나 이 법률을 시행한 후 눈에 띄는 집창촌과 안마시술소 등 성매매업소에서 성매매는 줄어들지 않았고, 현실은 오히려 다양한 유형의 변종된 성매매가 행해지고 있다. 즉, 눈에 확연히 보이는 성매매는 줄어들었는지는 몰라도 또는 줄어들었다고 할 수 있을지는 몰라도, 실질적으로는 변형된 성매매의 증가로 오히려 성매매가 더 늘어났다고 할 수 있다. 이러한 대목은 성매매처벌법의 실효성에 의문을 제기할 수 있게 하는 사안이라고 할 수 있다.

현재 성매매처벌법에서 문제가 되는 부분은 동법 제21조 제1항이다. 이 규정은 성매매행위를 한 자(성관매자와 성구매자)를 모두 처벌하도록 하고 있다. 그러나 성매매행위자를 처벌하여야 하는가는 의문이다. 성매매는 간통과 비슷한 구조로 이루어져 있고, 사회의 시대적인 상황과 사회구성원들의 성도덕·성의식도 변화하였으며, 성(性)과 관련된 문제는 개인적인 내밀영역에 속하는 문제이고, 인간이 갖고 있는 특유성에도 관련이 있기 때문이다. 그리고 이러한 점은 형법적인 측면뿐만 아니라 헌법적인 측면에도 영향을 미쳐 성매매에 대한 처벌의 타당성 내지 정당성을 결여시킨다고 할 수 있다. 즉, ‘건전한 성도덕·성풍속’ 측면과 ‘성적자기결정권’ 측면을 결여시킨다고 할 수 있다.

성매매처벌법 제21조 제1항에 대한 위헌제청은 결정적으로 이번엔 간통죄에 대한 위헌결정을 계기로 탄력을 받은 것이라고 할 수 있다. 간통죄가 위헌결정이 된 상황에서 성매매행위에 대한 처벌규정은 일반적 법률유보원칙으로도 그 타당성 내지 정당성이 부여되기 힘들다고 본다. 따라서 성매매처벌법 제21조 제1항은 위헌결정이 내려져야 한다고 본다.

주제어: 성매매처벌법, 간통, 건전한 성도덕·성풍속, 성적자기결정권, 인간의 존엄과 가치, 평등권, 직업선택의 자유

* 성균관대학교 법학연구소 선임연구원/법학박사.

I. 머리말

현재 성매매와 성매매알선 등 행위 및 성매매 목적의 인신매매를 근절하고, 성매매피해자의 인권을 보호하기 위해 ‘성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률 (이하 성매매처벌법)’을 시행하고 있다. 이 법률의 제정 취지는 좋다고 할 수 있다. 그러나 성매매행위를 처벌하는 것이 건전한 성도덕·성풍속을 위해 온당한 것인지의 의문이다. 그 이유는 인간의 가장 근본이 되는 헌법상의 기본권에 반하기 때문이다. 이에 최근에 헌법재판소에서 간통죄가 위헌결정이 내려지면서 성매매 처벌법 제21조 제1항도 위헌여부에 대해 제청되었다. 이번에 간통죄의 위헌결정을 계기로 탄력을 받은 것이다.

성매매는 간통과 비슷한 구조로 이루어져 있기 때문에 이에 대한 처벌여부문제도 형법적인 측면뿐만 아니라 헌법적인 측면 및 사회의 시대적인 상황과 사회구성원들의 성도덕·성의식에 대한 의식변화도 고려하지 않을 수 없다. 성(性)과 관련된 문제는 개인적인 내밀영역에 속하는 문제이기 때문이다. 이번에 간통죄에 대해 위헌결정이 내려진 이유도 이 때문이다. 그리고 성매매와 관련된 문제는 인간이 갖고 있는 특수성과도 관련이 있다고 할 수 있다.

따라서 성매매처벌법 제21조 제1항의 위헌여부 문제는 이와 같이 다양한 사항이 관련되어 있으므로 이러한 점을 바탕으로 성매매행위에 대한 처벌여부 문제를 살펴볼 필요가 있다.

II. 성매매에 대한 시각 및 입장

1. 성매매에 대한 시각

성매매에 대한 처벌논의는 현재까지도 첨예하게 대립하고 있다. 현행 ‘성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률’은 성매매자 양자를 모두 처벌하고 있지만, 성을 파는 자의 측면에서 성매매피해자는 처벌하지 않는다고 규정하고 있다. 즉, 처벌되는 성매매자 양자는 자발적인 합의에 의한 성매매자를 의미한다고 할 수 있다. 그러나 - 미성년자에 대한 성매매는 논할 필요도 없이 범죄라고 할 수 있으므로 - 미성년자가 아닌 성인자들 사이의 자발적인 합의에 의한 성매매를 범죄로써 처벌하여야 하는 대상인가는 생각해볼 필요가 있다. 이와 관련된 논의는 주로 법학계

와 여성학계에서 논의가 되고 있는데, 양자의 시각에 따라 차이가 있다. 예컨대, 자발적인 합의에 의한 성매매에 대한 여성학적 입장에서는 i) 이러한 성매매라고 하더라도 형사처벌 하여야 하고, 성을 구매한 쪽(주로 남성)을 형사처벌 하여야 하지만, 성을 판매한 쪽(주로 여성)은 자발적으로 응했다고 하더라도 그것은 여성이 폭력에 굴한 것이기 때문에 범죄자가 아닌 피해자로 보아야 한다는 점,¹⁾ ii) 외국의 성노동자들뿐만 아니라 우리나라의 매춘 여성들의 주장과 같이 성매매를 섹스이자 노동으로 인식하고, 성매매를 범죄의 영역에 위치지우는 담론은 위험하다는 점²⁾ 등이 다수를 차지하고 있고, 이러한 주장들은 성을 판매한 쪽인 여성은 범죄자가 아닌 피해자로 보아 처벌하지 않아야 한다고 한다.

이에 반하여 법학적 입장에서는 이러한 성매매는 i) 사생활에 대한 국가권력의 과도한 개입이 초래될 위험성이 있고, 오늘날 우리 사회의 성도덕·성의식이 크게 변화했다는 점,³⁾ ii) 형법이 관여할 필요가 없는 문제일 뿐만 아니라 관여한다고 하더라도 성공할 문제도 아니라는 점,⁴⁾ iii) 성매매의 전면금지주의를 채택하였지만, 성매매가 감소되지 않는다는 점,⁵⁾ iv) 제재의 당위성을 가지고 있지 않을 뿐만 아니라 신체의 자유를 침해하지 않는다는 점,⁶⁾ v) 구체적인 이익의 침해가 없다는 점,⁷⁾ vi) 개방적 성풍조 등과 같이 근대적 가족제도가 붕괴되고 있는 상황에

1) 김은경, “성매매에 관한 페미니즘 담론과 형사정책적 딜레마”, **형사정책**, 제14권 제2호(한국형사정책학회, 2002), 37-73면; 박은경, “여성장애인의 성매매와 성매매방지법률(안)의 문제점 - 여성장애인의 성매매 실태를 중심으로 -”, **여성연구논집**, 제15집(신라대학교 여성문제연구소, 2004), 171-200면; 백수진, “성매매와 성매매방지법에 대한 남성들의 인식 - 성구매 경험이 있는 도시 거주 30대 남성을 대상으로 -”, **여성연구논집**, 제19집(신라대학교 여성문제연구소, 2008), 39-84면; 원숙연/박진경, “젠더-거버넌스의 가능성 탐색”, **한국여성학**, 제22권 제4호(한국여성학회, 2006), 85-124면; 윤덕경, “성매매처벌법의 시행 현황과 향후 과제”, **젠더리뷰**, 제2권(한국여성정책연구원, 2006), 23-32면; 이나영, “금지주의와 국가규제 성매매 제도의 착종에 관한 연구”, **사회와 역사**, 제75권(한국사회사학회, 2007), 동, 39-76면; “성매매: 여성주의 성정치학을 위한 시론”, **한국여성학**, 제21권 제1호(한국여성학회, 2005), 41-85면; 이동주, “한국 성매매 반대운동의 프레임 형성과 변화에 관한 연구 - 1970~2005년 기간을 중심으로 -”, **사회연구**, 제15호(한국사회조사연구소, 2008), 9-39면.

2) 이나영, “성매매: 여성주의 성정치학을 위한 시론”, 71면.

3) 임웅, “성범죄의 비범죄화”, **비범죄화의 이론**(법문사, 1999), 108면.

4) 배중대, “형법, 형벌, 양형: 성매매특별법의 경우”, **형사정책연구**, 제17권 제4호(한국형사정책연구원, 2006), 463면.

5) 이영란, “성매매(윤락행위) 최소화를 위한 입법정책”, **저스티스**, 제65호(한국법학원, 2002), 198면.

6) 김성천, “성매매의 비범죄화”, **중앙법학**, 제6권 제4호(중앙법학회, 2004), 136-137면.

서 성매매를 범죄라고 단죄할 수 없다는 점,⁸⁾ vi) 처벌근거가 분명하지 않다는 점⁹⁾ 등 때문에 비범죄화 하거나 처벌하지 않아야 한다는 견해가 다수를 차지하고 있다.¹⁰⁾

위의 여성학적·법학적 입장 이외에도 성관매자(주로 여성)의 일을 합법적인 직업으로 인정하여 그들의 노동권을 존중해야 한다는 견해도 있고,¹¹⁾ 여성주의의 입장에서 성매매는 개인적 차원의 성관계와 관련된 권리, 즉, 성적자기결정권으로 접근되기보다는 사회·경제적 약자의 마지막 선택이라는 측면에서 접근되어야 하고, 스웨덴과 같이 성관매 여성을 비범죄화하고 성구매자만 처벌하는 수요차단

- 7) 이덕인, “자발적 대가성 성관계의 비범죄화”, **형사정책**, 제20권 제1호(한국형사정책학회, 2008), 180면.
- 8) 이호용, “성매매의 합리적 규제를 위한 법정정책 방향”, **한국공안행정학회보**, 제20권 (한국공안행정학회, 2005), 30면.
- 9) 임상규, “성매매특별법의 필요성과 문제점”, **형사정책**, 제17권 제1호(한국형사정책학회, 2005), 192면.
- 10) 이와는 반대로 모든 성매매자는 자발적 성매매의 경우라도 처벌되어야 한다는 견해가 있는데(정현미, “성매매방지정책의 검토와 성매매처벌법의 개정방향”, **법학논집**, 제18권 제2호(이화여자대학교 법학연구소, 2013), 223-224면), 이 견해에 의하면 성매매처벌법으로 성매매방지에 효과를 거두지 못한다고 해서 자발적인 모든 성매매를 비범죄화 하자는 것은 자발적 성매매라고 하더라도 성매매가 갖는 사회적 해악을 간과한 것이므로 논리의 비약이고, 이러한 주장은 성매매는 성행위와는 다른 차원에서 논의되어야 하는 문제임에도 불구하고 성매매문제를 여전히 개인의 성행위로 희석시키려는 오류가 있기 때문에 자발적 성매매를 단순한 개인의 선택문제로 보는 관점에서 인권과 인격권의 문제로 관점을 전환시킬 필요가 있다고 한다. 또한 성매매는 단지 도덕의 문제나 선량한 성풍속의 문제가 아니라 인격과 인간의 신체적 자유에 대한 침해행위에 해당되므로 자신의 성적만족을 위해 타인의 몸을 이용하는 행위는 거래되는 성적서비스로 정당화 될 수 없다는 점에서 성매매피해자를 제외한 모든 자발적 성매매의 경우에도 원칙적으로 처벌되어야 한다고 한다. 또한 이와 같은 다른 견해(박찬길, “최근의 성매매피해자 개념 확대 논의에 대한 검토”, **형사정책연구**, 제25권 제1호(한국형사정책연구원, 2014), 180-184면)에 의하면 자발적 성매매행위에 대하여 국가 형벌권을 개입시키는 것이 개인의 성적자기결정권에 대한 제한이라고 할 수는 있지만, 이러한 성매매행위는 선량한 성풍속을 저해한다는 점에서 공공복리 또는 사회질서의 유지의 관점에서 제한이 가능한 것이기 때문에 국가에 의한 간섭은 가능한 것이므로 강요나 착취가 없는 성매매행위를 처벌할 것인가는 기본적으로 입법정책상의 문제이지 그 본질이 처벌할 수 없는 개인의 성적자유 영역에 속한다고 단정할 수는 없다고 한다. 그리고 성관매여성들 모두 비범죄화하는 방안이 있어 모든 성매매여성을 비범죄화하여 피해자로 간주하는 법개정을 통해서 해결하는 것은 지나친 성급화의 오류를 범하고 있는 것이라고 할 수 있다고 한다.
- 11) 김애령, “지구화 시대의 성매매와 한국의 「성매매방지법」”, **경제와 사회**, 제79호(한국산업사회학회, 2008), 272면; 하주영, “성매매는 범죄인가?”, **시대와 철학**, 제13권 제2호(한국철학사상연구회, 2002), 348면.

정책을 신중하게 검토할 필요가 있다는 견해도 있다.¹²⁾

2. 성매매에 대한 입장

앞서 살펴본 바와 같이 성매매를 바라보는 시각은 다양하다. 이에 따라 성매매를 처벌하여야 할 것인가에 대한 논의도 다르다고 할 수 있다.

가. 금지주의

금지주의는 성매매를 범죄로 규정하고 있고, 이를 위반하는 자는 처벌하는 입법 정책으로서 성매매 자체를 전면적으로 금지하는 입법태도를 의미한다. 따라서 금지주의 입법체계에서 모든 성매매는 불법이고, 성판매자와 성구매자 모두 처벌 대상으로 범죄자가 된다.¹³⁾ 이러한 금지주의는 다시 성을 파는 행위만을 금지하는 경우와 성을 사고파는 행위 모두를 금지하는 경우 및 성 구매 행위만 금지하는 경우 등으로 구분할 수 있는데, 한국, 미국 뉴욕·샌프란시스코·워싱턴, 스웨덴, 일본, 중국, 대만, 태국, 필리핀, 스리랑카, 베트남, 알바니아, 쿠바 등에서 채택하고 있다.¹⁴⁾

그러나 i) 엄격한 금지주의의 결과 길거리 성매매와 인신매매가 눈에 띄게 줄었으나, 자기 집에서 성매매 하는 등의 비밀 성매매가 증가하고 있다는 점,¹⁵⁾ ii) 금지주의에 의한 경우 성매매 여성은 모두 범죄자로 처벌되기 때문에 업주 및 알선자에 대한 성매매 여성의 의존성이 더욱 심화될 수 있는 위험이 발생할 수 있다는 점,¹⁶⁾ iii) 성매매종사여성들이 업주에 의해 경제적·정신적 착취를 당하면서도 사회나 가족구성원들에게 도움을 요청하는 것이 쉽지 않기 때문에 결국 한쪽으로는 성매매업소, 다른 한쪽으로는 국가의 통제 하에 놓인다는 점¹⁷⁾ 등의 문제점이 제기되

12) 조주은, “「성매매처벌법」 위헌법률심판제청을 둘러싼 쟁점과 과제”, **이슈와 논점**, 제661호 (국회입법조사처, 2013), 4면.

13) 변화순, “성매매 관련 각국의 법과 국제기구의 동향”, 서울대학교 BK21 법학연구단 공익인권법센터 주최 2003년 제2차 학술회의 자료집(서울대학교 공익인권법센터, 2003), 30면.

14) 여성부, “성매매 방지를 위한 국외 대안 사례 연구”, **정책자료**, 2001-18(여성부 권익기획과, 2001), 27면.

15) 조주은, 앞의 논문, 3면.

16) 정현미, 앞의 논문, 219면.

17) 이은애/김재광, “유럽 10개국 성매매 관련법제 비교연구”, **비교법제분석**, 06-03(한국법제연구원, 2006), 36면.

고 있다.

나. 폐지주의

폐지주의는 성매매 자체를 규제하거나 금지하지는 않는 입법정책으로서 성매매를 자유로운 거래행위로 용인하지만, 합법적인 직업으로 허용하거나 인정하지는 않는 입법태도를 의미한다. 즉, 학교·병원 등의 특정 지역이나 특정 시간 내지 특정 유형은 불법으로 간주된다.¹⁸⁾ 이러한 폐지주의는 프랑스, 영국, 노르웨이, 덴마크, 브라질, 스페인, 폴란드, 핀란드, 이탈리아, 아일랜드, 호주 퀸스랜드 주 등에서 채택하고 있다.¹⁹⁾ 이는 국가는 강제적 성매매에 관련된 것이 아니라면 성매매 그 자체에 대해 관심을 가질 필요가 없다는 것을 논거로 하여 성매매의 원인을 성매매 여성을 착취하는 업주들에게 두고, 성판매자와 성구매자 양자에 대한 법적 처벌보다는 성매매를 통해 이익을 얻는 제3자에 대한 처벌이 성매매 근절과 성매매 여성들을 보호하는 데 더 효과적이라는 입장이다.²⁰⁾ 즉, 성매매 여성들은 국가에 의해 공인된 성행위의 노예가 아니므로 국가가 관리자가 되어 성매매 그 자체를 규제하는 것을 국가의 기능으로 볼 수 없다는 것이다.²¹⁾

그러나 i) 성매매 여성들을 업주로부터 보호하려는 취지와는 달리 오히려 성매매 여성들의 일할 수 있는 권리, 신체적 안전에 대한 최소한의 방어, 사회적 소통의 권리를 제한하는 경우를 발생시킬 수도 있다는 점,²²⁾ ii) 업주의 착취로부터 보호하려는 입법취지와는 달리 성매매종사여성들은 오히려 법에 의해 가족이나 파트너와의 생활을 제한당하는 결과가 발생하고, 결과적으로 성매매 여성들을 사회로부터 단절·고립시켜 경제적으로 더욱 어렵게 만든다는 점²³⁾ 등의 문제점이 제기되고 있다.

다. 규제주의

규제주의는 성매매에 대한 행정당국의 관리와 통제의 폐지를 의미하는 것으로서

18) 정현미, 앞의 논문, 220면.

19) 여성부, 앞의 논문, 28면; 하태영, “법사회학적 관점에서 본 매춘에 관한 연구 - 매춘 정책을 중심으로 -”, **비교형사법연구**, 제4권 제2호(한국비교형사법학회, 2002), 466면.

20) 정현미, 앞의 논문, 220면.

21) Hans Joachim Schneider, *Kriminologie* (Berlin; New York: W. de Gruyter, 1987), S. 21.

22) 이은애/김재광, 앞의 논문, 74면; 정현미, 앞의 논문, 220면.

23) 이은애/김재광, 위의 논문, 37-38면.

성매매를 완전한 직업으로 인정하여 국가는 이에 대해 간섭하지 않고, 국가에 대한 의무라고 할 수 있는 세금을 징수하는 입법정책을 의미한다. 다만, 착취나 호객 행위, 공고적(公告的) 방법에 의한 성매매는 금지한다.²⁴⁾ 이러한 규제주의는 독일, 스위스, 헝가리, 호주 빅토리아 주, 멕시코, 오스트리아, 터키, 미국 네바다 주, 캐나다, 뉴질랜드 등에서 채택하고 있다.²⁵⁾

그러나 i) 업소용 성매매가 개인적인 것으로 위장되어 비밀리에 이루어진다는 점과 탈 성매매에 대한 의지를 갖고 있는 자에 대한 지원이 부족하다는 점,²⁶⁾ ii) 합법화가 일정 정도 안정된 조건의 기반은 마련할 수 있지만, 그 자체만으로 성판매자의 안정적인 노동조건을 확보해주지 않는다는 점,²⁷⁾ iii) 성산업이 합법화된 곳에서도 성매매여성의 80~90%는 포주에 의해 통제되고 있으므로 규제주의는 성매매와 그 내부에서의 범죄조직에 의한 통제와 역할을 강화할 뿐이라는 점²⁸⁾ 등의 문제점이 제기되고 있다.

3. 검토

위에서 언급한 바와 같이 성매매를 바라보는 시각과 이를 처벌하여야 하는가에 대한 논의는 성매매를 바라보는 입장과 그 나라의 사회문화적 구조에 따라서 다르다고 할 수 있다. 이러한 점에 비추어보면 현행 우리나라의 성매매처벌법은 이도저도 아닌 어중간한 위치에 있다고 할 수 있다. 즉, 성매매처벌법의 목적에 따르면 우리나라는 금지주의를 취하고 있는 것처럼 보이나, 성판매자는 사회적·경제적·정신적으로 약자의 위치에 있고, 사이버공간에서의 성매매를 비롯하여 대부분의 성매매가 중간매개자인 포주가 개입되어 있어 대상자 즉, 성판매자를 지배하거나 관리하는 체계를 이루고 있기에 일종의 성매매피해자로 보는 경향이 강하기 때문에 금지주의 또는 폐지주의를 취하고 있는 것도 아니고, 그렇다고 현재도 – 비록 성매매업소에 국한하여 단속이 이루어지고 있지만 – 성매매행위를 단속하고 있으므로 규제주의를 취하고 있는 것도 아니라고 할 수 있다. 그러나 성매매에 대해 어떠한 규율방식을 취하든 사회에서는 그에 대한 반작용이 나타나기 마련이다.

24) 정현미, 앞의 논문, 221면.

25) 여성부, 앞의 논문, 29면.

26) 조주은, 앞의 논문, 4면.

27) 정현미, 앞의 논문, 221면.

28) 캐슬린 배리, 정금나/김은정 공역, **섹슈얼리티의 매춘화**(삼인, 2002), 287면.

즉, 금지주의를 취하면 성매매방식은 더욱더 교묘해져서 성매매의 음성화가 초래될 것이고, 폐지주의를 취하면 지금과 같이 헌법상의 인간의 존엄과 가치 및 평등권 그리고 직업선택의 자유에 대한 침해여부의 논란이 붙어질 것이며, 규제주의를 취하면 성매매가 급증하여 성의 문란화가 초래될 것이다. 따라서 성매매에 대한 규율방식은 당국의 사회상규를 고려하여 - 삼권분립에 의한 서로 간의 견제 하에 입법의 제·개정이 이루어지지만 - 각계각층의 의견을 수렴하여 사회현실에 알맞게 수립하여야 하는 것이다. 위에서 언급한 각국을 보더라도 각각의 나라는 상이한 입법정책을 취하고 있는 현실에서 사회구조 하에 개인의 자기결정권 혹은 인간의 존엄의 보호목적을 설정하고 이를 달성하기 위한 최선의 방법을 찾은 것이기 때문이다.²⁹⁾

성매매를 처벌하여야 하는가에 대한 문제는 당국의 사회상규 및 사회구조에 달려있는 문제이므로 우리나라도 이러한 문제에 대한 답을 내리기에 앞서 현재의 사회현실 및 관련된 법리를 파악할 필요가 있다. 특히 성매매범죄와 관련이 있는 형법상의 ‘성풍속에 관한 죄’의 입법취지를 고려하여 파악할 필요가 있고, 이 중에서도 ‘간통죄’를 고려할 필요가 있다. 이에 성매매의 처벌문제는 이러한 점을 바탕으로 하여 성매매 정책의 바른 방향을 정립하여야 할 것이다.

Ⅲ. 성매매의 처벌에 대한 법리 검토

1. 성(性)에 대한 매매의 인정여부

우리는 일반적으로 표현하거나, 각각의 법률에서 표현할 때 불특정인을 상대로 금품이나 그 밖의 재산상의 이익을 수수(收受)하거나 수수하기로 약속하고 성교행위나 이와 유사한 성교행위를 하는 것을 성매매(性賣買)라고 표현한다. 국어적인 표현으로도 성매매는 “일정한 대가를 주고받기로 하고 성행위나 이에 준하는 행위를 하는 일”이라는 의미로 명시하고 있다. 그러나 용어 자체적으로 성을 매매한다는 것이 과연 성립할 수 있는 것인지, 성매매를 이러한 식으로 표현하는 것이 타당한 것인지는 의문이다. 성이라는 것은 사람이나 사물 따위의 본성이나 본바탕 또는

²⁹⁾ 정현미, 앞의 논문, 222면.

육체적 특징으로서 모든 인간은 남성 또는 여성 중 하나의 성을 갖고 있는 또는 태어나면서부터 갖게 되는 고유한 성질을 의미하고, 매매라는 것은 어떠한 물건을 팔고 사는 일로서 당사자 일방 즉, 매도인이 일정한 재산권을 상대방 즉, 매수인에게 이전할 것을 약정하고, 상대방은 이에 대한 대금을 지급할 것을 약정함으로써 성립하는 諾成, 雙務, 不要式的 有償契約을 의미하기 때문이다. 즉, 성매매(性賣買)라는 용어를 그대로 정의하면 “사람의 본성이나 본바탕 또는 육체적 특징을 팔고 사는 것”이라고 할 수 있는데, 인간의 성(性)이라는 것은 물건을 팔고 사듯이 할 수 있는 거래의 대상물이 될 수 없는 것이다. 이에 대해 일반적으로 표현되는 성매매라는 행위는 금품이나 그 밖의 재산상의 이익을 수수하거나 수수하기로 약속하고 이루어지고, 성관계를 제공하는 행위와 이를 제공받는 행위를 국어적인 표현으로 ‘...을 판다’와 ‘...을 사다’라고 하므로 성매매라고 표현할 수 있다고 할 수도 있다. 그러나 매매는 물건에 비유하면 이를 팔고 삼으로서 소유권의 이전을 의미하는 것이고, 사람의 노동력이나 노력에 비유하면 그 사람의 일에 대한 능력을 받고 그 능력의 가치에 대한 대가를 지불하는 것이므로 성이라는 것은 팔고 살 수 있는 소유권 이전여부의 대상이 될 수 없을 뿐만 아니라 누군가에게 내주거나 갖다 바칠 수 있는 성질의 것도 아니다. 이에 성관계행위는 가치를 평가할 수 있는 대상이 될 수 없으므로 불특정인을 상대로 금품이나 그 밖의 재산상의 이익을 수수하거나 수수하기로 약속하고 행하는 성교행위는 ‘재물·재산이익 간음’ 또는 ‘재물·재산이익 교접(交接)’ 또는 ‘재물·재산이익 성교(性交)’로 명명하는 것이 타당하다고 본다.

2. 간통과의 관계

성매매는 불특정인을 상대로 금품이나 그 밖의 재산상의 이익을 수수하거나 수수하기로 약속하고 성교행위를 한다는 점에서 간통과 밀접한 관련성이 있다고 할 수 있다. 이에 대해 성매매와 간통을 관련짓는 것은 억지가 아니냐고 의문을 제기할 수도 있지만, - 간통이 이루어지는 과정에는 여러 가지가 있지만 - 간통도 이를 행하기까지에는 어느 한 순간에 이루어지는 것이 아닌 남녀 서로가 그동안 친분을 쌓아야 하고, 이러한 과정에는 지속적인 만남 또는 데이트가 동반될 수 있고, 금품이나 그 밖의 재산상의 이익에 대한 수수행위나 이에 대한 약속이 동반될 수도 있는 것이므로 성매매와 간통은 서로 밀접한 관련성이 있다고 할 수 있다. 또한 간통의 주체는 당사자 일방이 법률상 배우자가 있는 기혼자여야 하고, 성

매매의 주체는 당사자 일방의 혼인여부를 불문한다는 점에서 차이가 있을 뿐, 이 경우에도 상대로 하여금 금품이나 그 밖의 재산상의 이익을 수수하거나 수수하기로 약속한 행위가 성매매의 수단인지, 아니면 상대방을 유혹하기 위한 애정 공세인지 명확히 구분할 수 없으므로 이러한 이유에서도 성매매와 간통 양자는 서로 밀접한 관련성이 있다고 할 수 있다. 다시 말하면 성매매와 간통은 서로 비슷한 구조로 이루어져 있다고 할 수 있다.

3. 성매매행위의 보호법익 문제

성매매행위의 처벌여부 즉, 가벌성을 논하려면 그에 앞서 성매매처벌법이라는 형벌적 제재수단으로써 보호하고자 하는 이익 즉, 보호법익이 무엇인가를 먼저 살펴봐야 한다. 이와 관련해서는 두 가지의 측면이 결부되므로 구분하여 살펴볼 수 있는데, 하나는 ‘건전한 성도덕·성풍속’이라는 측면의 경우이고, 다른 하나는 ‘성적자기결정권’이라는 측면의 경우가 그것이다.

가. 건전한 성도덕·성풍속의 측면

이 측면은 앞서 언급하였듯이 성매매는 간통과 서로 비슷한 구조로 이루어져 있으므로 성매매의 보호법익 역시 간통죄가 속해있는 형법 제22장 ‘성풍속에 관한 죄’의 보호법익인 ‘건전한 성도덕·성풍속’으로 볼 수 있다. 성풍속에 관한 죄는 성도덕·성풍속을 침해하거나 위태롭게 하는 범죄로서 여기에 속한 범죄들은 개인적 법익이 아닌 사회적 법익을 침해하는 성격을 지니고 있기 때문이다.³⁰⁾³¹⁾

30) 이와 같은 견해로는 임웅, **형법각론**, 제5정판(법문사, 2013), 759면: “성범죄와 성풍속 범죄는 사회적 법익으로서 그 보호법익은 ‘건전한 성풍속·성도덕’이다.”

31) 현재 간통죄는 2015년 2월 15일자로 헌법재판소에서 위헌결정이 내리지면서 폐지되었지만, 간통죄의 보호법익이 무엇인가에 대한 견해는 다양하다. 즉, i) 건전한 성도덕·성풍속이라는 견해(김성천, **형법**(소진, 2009), 1235면; 오영근, **형법각론**(박영사, 2009), 791면), ii) 부부간의 성적 성실의무라는 견해(백형구, **형법각론**(청림출판, 1999), 548-549면; 이형국, **형법각론**(법문사, 2007), 675면; 차용석, “간통죄에 관한 고찰”, **고시계**, 제361호(국가고시학회, 1987), 17면), iii) 성적 성실의무와 제도로서의 가정이라는 견해(권오걸, **형법각론[이론·판례]**(형설, 2009), 1132면; 김일수/서보학, **(새로쓰) 형법각론**, 제7판(중판발행)(박영사, 2009), 629면; 진계호/이준걸, **형법각론**, 제6판(대왕사, 2008), 572면; 헌법재판소 1990. 9. 10. 선고 89헌마82 결정: “간통죄의 규정은 선량한 성도덕과 일부일처주의 혼인제도의 유지, 가족생활의 보장 및 부부쌍방의 성적성실의무의 확보를 위하여 그리고 간통으로 인하여 생길 수 있는 사회적 해악의 사전예방을 위하여 필요한 법률이어서 그것이 개인이 갖는 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권이나

나. 성적자기결정권의 측면

이 측면은 헌법재판소의 결정에 의해 인정되고 있는 입장으로서 헌법재판소는 혼인빙자간음죄의 위헌여부심판결정에서 “결혼과 성에 관한 국민의 법의식에 많은 변화가 생겨나 여성의 착오에 의한 혼전 성관계를 형사법률이 적극적으로 보호해야 할 필요성은 이미 미미해졌고, 성인이 어떤 종류의 성행위와 사랑을 하건 그것은 원칙적으로 개인의 자유 영역에 속하고, 다만 그것이 외부에 표출되어 명백히 사회에 해악을 끼칠 때에만 법률이 이를 규제하면 충분하며, 사생활에 대한 비범죄화 경향이 현대 형법의 추세이고, 세계적으로도 혼인빙자간음죄를 폐지해 가는 추세이며, 일본, 독일, 프랑스 등에도 혼인빙자간음죄에 대한 처벌규정이 없는 점, 기타 국가 형벌로서의 차단기능의 약화, 형사처벌로 인한 부작용이 대두되고, 개인의 내밀한 성생활의 영역을 형사처벌의 대상으로 삼음으로써 남성의 성적자기결정권과 사생활의 비밀과 자유라는 기본권을 지나치게 제한하는 것인 반면, 이로 인하여 추구되는 공익은 오늘날 보호의 실효성이 현격히 저하된 음행의 상습 없는 부녀들만의 ‘성행위 동기의 착오의 보호’로서 그것이 침해되는 기본권보다 중대하다고는 볼 수 없다. 그리고 남자의 혼인빙자로 인하여 여자가 속아서 정교에 응하여 피해를 입었다고 고소하는 경우에는 사생활의 영역과 기본권의 내재적 한계를 벗어나 사회질서 침해의 문제로 표출된 것이므로 이러한 단계에서는 사회질서 유지의 필요성이 당사자들의 사생활을 보호할 필요성보다 훨씬 크다.

신체의 자유 및 평등의 원칙에 반하는 것이 아니다.”), iv) 가정의 기초가 되는 제도로서의 혼인이라는 견해(김성돈, **형법각론**, 제2판(성균관대학교 출판부, 2009), 634면; 이재상, **형법각론**, 제7판(박영사, 2010), 636면; 정성근/박광민, **형법각론**, 제3판(삼지원, 2008), 734면), v) 주된 보호법익은 사회적 법익으로서의 건전한 성도덕·성풍속이고, 부차적인 보호법익은 개인적 법익으로서 배우자에 대한 성적 성실의무라는 견해(임웅, 앞의 책, 764면)가 대립하고 있다. 간통죄가 성풍속에 관한 죄의 영역에 속하면서 사회적 법익에 대한 범죄이긴 하지만, 성풍속에 관한 죄의 영역에 속하는 다른 범죄들과는 다른 측면이 있다고 본다. 즉, 간통죄를 제외한 성풍속에 관한 죄에 속하는 다른 범죄들은 공공적 법익으로서 건전한 성도덕·성풍속을 보호법익으로 하고 있지만, 간통죄는 구성요건이 배우자 있는 자의 간통이라는 점에서 - 헌법상 개인의 주관적 공권으로서 성적 자기결정권도 보호해야 하지만, 간통죄의 경우에는 이러한 기본권은 그 권리가 약해진다고 본다 - 배우자에 대한 성적 성실의무뿐만 아니라 가정존립유지의무도 보호해야 할 법익이라고 본다. 그렇다고 건전한 성도덕·성풍속이라는 법익을 가법게 여겨야 한다는 것은 아니다. 간통죄는 사회적 법익에 대한 범죄로서 공공적 법익을 보호하고자 하는 규범이기 때문이다. 따라서 간통죄의 보호법익은 어느 것도 가법게 여길 수 없고, 주요한 것과 부차적인 것으로 구분하여 선후관계를 따질 수 없는 것이므로 ‘건전한 성도덕·성풍속 및 배우자에 대한 성적 성실의무와 혼인·가족생활유지의무’를 동렬에 놓고 보호법익으로 삼아야 한다고 본다.

또한 개인의 사생활이 타인의 법익을 침해할 경우에는 순전한 개인의 영역을 벗어나는 것이고 기본권의 내재적 한계를 벗어나는 것이기 때문에 그 한도에서 헌법 제17조의 보호범위를 벗어난다고 봄이 상당하다. 따라서 개인의 성행위와 같은 사생활의 내밀영역에 속하는 부분에 대하여는 그 권리와 자유의 성질상 국가는 간섭과 규제를 가능하면 최대한으로 자제하여 개인의 자기결정권에 맡겨야 하고, 국가형벌권의 행사는 중대한 법익에 대한 위협이 명백한 경우에 한하여 최후 수단으로서 필요한 최소한의 범위에 그쳐야 하기 때문이다. 따라서 다른 생활영역과는 달리 사생활 특히, 성적 사생활 영역에서 형법적 보호의 필요성과 형벌의 필요성을 판단함에 있어서는 보다 엄격한 기준을 적용해야 한다.”라고 판시하고 있다.³²⁾

또한 헌법재판소는 간통죄의 위헌여부심판결정에서도 “사회 구조 및 결혼과 성에 관한 국민의 의식이 변화되고, 성적 자기결정권을 보다 중요시하는 인식이 확산됨에 따라 간통행위를 국가가 형벌로 다스리는 것이 적정한지에 대해서는 이제 더 이상 국민의 인식이 일치한다고 보기 어려우며, 비록 비도덕적인 행위라 할지라도 본질적으로 개인의 사생활에 속하고 사회에 끼치는 해악이 그다지 크지 않거나 구체적 법익에 대한 명백한 침해가 없는 경우에는 국가권력이 개입해서는 안 된다는 것이 현대 형법의 추세여서 전세계적으로 간통죄는 폐지되고 있다. 또한 간통죄의 보호법익인 혼인과 가정의 유지는 당사자의 자유로운 의지와 애정에 맡겨야지, 형벌을 통하여 타율적으로 강제될 수 없는 것이고, 현재 간통으로 처벌되는 비율이 매우 낮으며, 간통행위에 대한 사회적 비난 역시 상당한 수준으로 낮아져 간통죄는 행위규제규범으로서 기능을 잃어가고, 형사정책상 일반예방 및 특별예방의 효과를 거두기도 어렵게 되었다. 부부 간 정조의무 및 여성 배우자의 보호는 간통한 배우자를 상대로 한 재판상 이혼 청구, 손해배상청구 등 민사상의 제도에 의해 보다 효과적으로 달성될 수 있고, 오히려 간통죄가 유책의 정도가 훨씬 큰 배우자의 이혼수단으로 이용되거나 일시 탈선한 가정주부 등을 공갈하는 수단으로 악용되고 있기도 하므로 심판대상조항(형법 제241조)은 과잉금지원칙에 위배하여 국민의 성적 자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다.”라고 판시하고 있다.³³⁾

32) 헌법재판소 2009. 11. 26. 선고 2008헌바58 결정.

33) 헌법재판소 2015. 2. 26. 선고 2009헌바17 결정.

다. 검토

성매매행위의 보호법익이 무엇인가 하는 논의는 형법은 무엇을 보호해야 하는가 하는 형법의 임무와 관련이 있다고 할 수 있다. 일반적으로 형법의 임무에 대해 크게 i) 규율적 기능·보호적 기능(사회윤리규범의 보호기능, 법익보호적 기능)·보장적 기능이라는 견해³⁴⁾와 ii) 법익보호 또는 사회윤리적 행위가치보호라는 견해³⁵⁾ 및 iii) 법익보호·사회윤리적 심정가치보호·법익보호 및 사회윤리적 심정가치보호·사회(체계)보호·규범보호라는 견해³⁶⁾가 있다.

성매매는 앞서 언급한 바와 같이 간통과 비슷한 구조로 이루어져 있으므로 법익보호와 사회윤리적 심정가치보호에 무게의 중심을 두고 있다고 할 수 있다. 그러나 이는 보는 관점에 따라서 이해방식에 차이가 나는데, 법익보호를 중심으로 하여 사회윤리적 심정가치보호를 법익보호의 범주에 포함되는 것으로 보는 견해³⁷⁾와 양자를 형법적 반가치판단인 행위반가치 및 결과반가치와 연계시켜 병렬적으로 보는 견해³⁸⁾가 그것이다.

1960년대 이후 부도덕하지만 아무런 피해 - 사회적 유해성 - 가 없는 범죄를 비범죄화하려는 형법사상이 서구를 휩쓸었고, 전 세계적으로도 파급되었다.³⁹⁾ 이러한 형법사상은 형법의 자유화 또는 탈도덕화라는 구호로 대변되고 있는데, 이 구호는 형법으로부터 사회윤리규범의 보호기능을 제거하려는 주장으로 오해해서는 안 된다.⁴⁰⁾ 즉, 형법의 자유화 또는 탈도덕화사상은 형법은 행위불법인 사회윤리규범의 보호기능뿐만 아니라 결과불법인 법익보호기능도 갖추어야만 완전한 의미의 형법기능이 된다는 것이다. 이에 범죄의 본질은 법익침해와 반사회윤리적 행위인 의무위반의 성질을 갖추고 있고, 법익침해와 반사회윤리적 행위가 있을 때 결과반가치와 행위반가치라는 불법이 구성되므로 법익보호기능과 사회윤리적

34) 이재상, **형법총론**, 제5판(보정판)(박영사, 2007), 5-8면; 임웅, **형법총론**, 제5정판(법문사, 2013), 7-10면.

35) 이용식, “형법의 임무 - 법익보호인가, 사회윤리보호인가?”, **피해자학연구**, 제9권 제2호(한국피해자학회, 2001), 275면 이하.

36) 변종필, “형법의 임무”, **형사정책연구**, 제8권 제4호(한국형사정책연구원, 1997), 309-318면.

37) 배종대, **형법총론**, 전정판(홍문사, 1995), 45면.

38) 이재상, 앞의 책, 6면; 이형국, **형법총론**, 제4판(법문사, 2007), 8면; 임웅, **형법총론**, 제5정판, 8-9면; 정성근, **형법총론**, 신판(법지사, 1998), 50면; 정성근/박광민, **형법총론**, 제5판(삼영사, 2011), 8-9면; 조준현, **형법총론**, 3정판(법원사, 2004), 19면.

39) 임웅, **형법총론**, 제5정판, 9면.

40) 임웅, 위의 책, 9면.

심정가치보호기능은 상호보완적인 대등한 관계에 있다고 할 수 있다.⁴¹⁾ 따라서 성매매의 보호법익은 ‘성풍속에 관한 죄’의 보호법익과 같은 성격으로서 건전한 성도덕·성풍속이 된다고 할 수 있다. 그러나 성매매행위의 보호법익은 ‘건전한 성도덕·성풍속의 측면’뿐만 아니라 ‘성적자기결정권의 측면’에서도 고려되어야 한다. 인간의 성생활은 극히 개인적인 내밀영역이고, 이러한 권리와 자유 역시 헌법이 기본권으로 규정하고 있으며, 다른 생활영역과는 달리 사생활 특히, 성적 사생활 영역은 형법의 영역 밖에 있는 사항이라고 할 수 있기 때문이다.

결론적으로 이러한 보호할 법익은 어느 것도 가볍게 여길 수 없고, 주요한 것과 부차적인 것으로 구분하여 선후관계를 따질 수 없는 것이므로 성매매행위의 보호법익은 ‘건전한 성도덕·성풍속 및 성적자기결정권’을 동렬에 놓고 삼아야 함이 타당하다고 본다. 그리고 양자에 있어 그 비중은 성적자기결정권에 무게의 중심이 놓여있다고 본다.

4. 성매매행위의 가벌성 문제

가. 형법적 측면

성매매행위의 보호법익은 형법적 측면에서는 ‘건전한 성도덕·성풍속’이다. 그러나 이러한 보호법익에 비추어 성매매행위의 처벌이 과연 타당한 것인지의 생각해볼 필요가 있다.

인간의 성도덕·성풍속은 시대와 민족에 따라 다양한 모습을 보이기 때문에 보편타당한 규범을 형성하기에는 무리가 있다. 사생활영역에서의 성은 인간과

41) 이와 다른 견해로는 변종필, 앞의 논문, 313-314면: “법익보호와 사회윤리적 심정가치 보호 양자를 형법적 반가치판단인 행위반가치 및 결과반가치와 연계시켜 병렬적으로 보는 견해는 ‘법익침해: 사회윤리적 심정가치보호 = 결과반가치: 행위반가치’라는 도식을 전제하고, 형법임무로서의 법익보호와 사회윤리적 심정가치보호가 상호보완적인 관계에 있다는 설명은 양자의 관계를 엄밀히 설명하고 있지 못한 것 같다.” 그러나 이러한 견해는 반가치판단 양자의 관계를 잘못 이해하고 있거나, ‘법익보호와 사회윤리적 심정가치보호 양자를 형법적 반가치판단인 행위반가치 및 결과반가치와 연계시켜 병렬적으로 보는 견해’를 잘못 이해하고 있는 듯 보인다. 양자의 관계는 법익과 그 법익과의 일정한 결과관련성 사이에서 상호보완적인 관계에 있는 것이지, 어느 하나가 특별히 주(主)가 되고, 어느 하나는 특별히 보(補)가 되는 관계가 아니고, ‘법익 보호와 사회윤리적 심정가치보호 양자를 형법적 반가치판단인 행위반가치 및 결과반가치와 연계시켜 병렬적으로 보는 견해’ 역시 그러한 의미로 이해하고 있는 것이 아니기 때문이다.

인간이 맺는 관계 중에서 가장 심도가 깊은 것이면서 은밀한 것이기 때문에 인간과 삶으로부터 절연한 채로 성 그 자체만을 가지고 규범화할 수는 없다는 인식⁴²⁾과 오늘날 성윤리가 급격히 변화하고 있음에 비추어 형법규범의 설정과 해석에 있어 시대적 낙후를 면할 수 있는 시대감각이 입법자와 법관에게 요구되고 있기 때문이다.⁴³⁾ 그리고 성매매행위는 보호법익으로부터 알 수 있듯이 성범죄와는 다른 성도덕·성풍속에 관한 것이기 때문이기도 하다. 즉, 성범죄는 개인적 법익의 성격이 강하고, 성도덕·성풍속에 관한 죄는 사회적 법익의 성격이 강하다는 것이다.

국가는 어떠한 행위에 대해 형벌권을 행사하려면 국가적 제재 중에서 최후수단으로서 행사되어야 하기 때문에 도덕 또는 풍속을 보호하기 위한 목적만으로는 국가형벌권의 행사가 정당화되지 않고, 무엇보다도 중요한 일정한 법익의 침해 내지 침해위험성이 존재해야 한다. 다시 말하면 국가의 형벌권이 정당화되면 당해 행위에 대한 당벌성(當罰性) 및 필벌성(必罰性)이 존재해야 하는데, ‘부도덕’과 ‘저속’ 및 ‘성풍속을 해하는 행위’ 그리고 ‘국민 대다수의 윤리의식이나 기본적인 도덕관념에 반하는 행위’ 등을 ‘당벌성’ 및 ‘필벌성’에 연결시켜 당연시해서는 안 된다. 당벌성은 형벌의 내용 자체에서 도출해 낼 수 있는데, 형벌은 행위와 행위자에 대한 사회윤리적 반가치판단을 표현할 뿐만 아니라 행위자의 자유·재산·인격에 대해 현저한 침해를 수반하기 때문에 사회의 기본적 공생조건을 명백히 훼손하거나 위태롭게 하는 경우에만 허용되어야 하고,⁴⁴⁾⁴⁵⁾ 필벌성은 당벌적인 법익침해(위험성)로부터 사회를 보호하고 법질서를 유지하기 위해 형벌이 불가결한 수단인 동시에 범죄에 대한 반동으로서 적합하고도 유효한 수단으로 평가되는 것을 의미하기 때문이다.⁴⁶⁾ 즉, 당벌성은 사회적으로 유해한 행위 자체에 대한 평가적 관점

42) Herbert Jäger, “Möglichkeiten einer weiteren Reform des Sexualstrafrechts”, in Dannecker/Sigusch, *Sexualtheorie und Sexualpolitik* (1984), S. 73.

43) Ernst-Walter Hanack/Jürgen von Gerlach/Eberhard Wahle, *Empfiehl es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen: Gutachten für den 47. Deutschen Juristentag, Nürnberg 1968* (München: Beck, 1968), S. 33.

44) Harro Otto, “Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschließlich Verbraucherschutz)”, *ZStW* 96 (Juris, 1984), S. 346f.

45) 당벌성은 행위에 의해 침해되는 법익의 정도 그리고 법익침해행위의 태양과 강도가 당벌성 판단에 중요한 요소로서 고려되고, 당벌성의 이러한 판단요소는 경미범죄를 비범죄화하는 등의 형사입법에서뿐만 아니라 형법해석에서도 축소해석 내지 엄격해석의 원리로서 작용한다(임웅, 앞의 논문, 16면.).

46) Albin Eser, *Ethische und rechtliche Fragen der Gentechnologie und der Reproduktionsmedizin: Dokumentation eines Symposiums der Landesregierung Baden-Württemberg und des*

에서 내려지는 판단인 반면에 필벌성은 형벌목적이라고 하는 합목적적인 관점에서 내려지는 판단이다.⁴⁷⁾ 이에 당벌성 측면에서 어떠한 행위가 성범죄로서 당벌성이 있다고 하려면 그 행위가 건전한 성도덕·성풍속에 반할뿐만 아니라 사회의 기본적인 공존·공영질서를 침해하거나 침해할 위험성이 있다는 법익침해성까지 갖추어야 하기 때문에 성매매행위가 단순히 불쾌하거나, 폐가 되거나, 부도덕하다는 이유만으로는 당벌성을 갖추지 못한다고 할 수 있고,⁴⁸⁾ 필벌성 측면에서도 성매매와 같이 성적 일탈행위에 대한 형벌의 개입이 적합하고도 유효한 수단인가 하는 점이 검토되어야 하는데, 성범죄에 대한 제재로서 형벌이 그 유용성보다 더 큰 해악을 가져올 경우에는 형벌개입의 정당성이 부정되어 성매매행위에 대한 형벌의 개입은 개인의 기본권을 더 제한하는 결과가 발생하게 되므로 필벌성을 갖추지 못한다고 할 수 있다. 이에 아래에서 논의하고 있는 바와 같이 성매매행위에 대한 법률로써의 제한은 개인의 기본권을 더 제한하는 결과를 야기하므로 헌법상의 일반적 법률유보원칙에 반한다고 할 수 있다. 더구나 성매매와 서로 비슷한 구조로 이루어져 있는 간통이 2015년 2월 15일자로 헌법재판소에서 헌법상의 성적자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 침해한다는 이유로 간통죄에 대한 위헌이 결정⁴⁹⁾되었을 뿐만 아니라 그에 앞서 2009년 11월 26일자로 역시 헌법재판소에서 헌법상의 성적자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 침해한다는 이유로 혼인빙자간음죄에 대한 위헌이 결정⁵⁰⁾된 상황에서 더 이상 성매매행위에 대한 형벌을 적용할 당벌성과 필벌성은 그 존재자체가 무색할 뿐만 아니라 성매매행위에 대한 가벌성의 여부를 논할 실익도 없다고 본다.

형법이 금지하거나 요구하는 것은 그 자체가 사회적 윤리규범이지만, 모든 사회적 윤리규범이 형법의 규제대상이 되는 것은 아니다. 즉, 형벌의 개입은 경미한 수

Stifterverbandes für die Deutsche Wissenschaft in Verbindung mit der Universität Tübingen vom 1.-4. September 1986 in Tübingen, Gentechnologie. Chancen und Risiken, Bd. 13 (München: J. Schweitzer, 1987), S. 125; Harro Otto, *a.a.O.*, S. 348.

47) Harro Otto, *a.a.O.*, S. 339-375.

48) 이와 같은 견해로는 Gerhard Simson/Friedrich Geerds, *Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte in rechtsvergleichender Sicht* (München: Beck, 1969), S. 356: “포이어바흐(Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach)가 만든 1813년의 바이에른 형법에는 “음란한 행위로서 오로지 도덕률에 반할 뿐이고, 타인의 권리를 침해하지 아니하는 한 현행법은 그 행위에 대해 규정하지 않는다.”라고 하고 있다.”

49) 헌법재판소 2015. 2. 26. 선고 2009헌바17 결정.

50) 헌법재판소 2009. 11. 26. 선고 2008헌바58 결정.

단으로는 법익을 보호할 수 없거나 국가안전보장과 사회질서 및 공공복리를 유지할 수 없을 때에만 정당화된다. 그리고 건전한 성도덕·성풍속이라고 하는 것은 내용 없는 공공식에 불과하여 그 자체로서는 형법적 보호의 대상이 될 수 없다고 보아야 한다.⁵¹⁾ 따라서 도덕적인 차원에 국한되는 행위 즉, 도덕침해는 형법적 규제대상이 될 수 없고, 객관적으로도 또는 국민 대다수의 의견에 따라서도 어떠한 외적인 작용을 하지 못하는 행위는 형법적 규율대상이 되는 행위영역에서 제외하여야 한다. 물론 비도덕적인 것이 무엇인지 여부는 저절로 밝혀지지 않으므로 사회의식의 변화를 전제하지 않고서는 확인되기 어렵다.⁵²⁾ 그러므로 - 현재 2015년을 살고 있는 - 현사회에서는 국민 대다수도 과거와는 다르게 성에 대한 의식도 많이 변화했거나 사회적 분위기로 인하여 변화하는 추세이고, 이로 인해 성풍속범죄에 대한 사회적 비난의 정도도 상당한 수준으로 낮아졌으며, 헌법상의 성적자기 결정권 및 사생활의 비밀과 자유가 침해된다는 이유로 간통죄 및 혼인빙자간음죄도 위헌결정으로 폐지되었으므로 이러한 상황에서 성매매행위에 대한 형법의 개입은 그 타당성 내지 정당성이 무색하다고 본다. 더욱이 도덕적인 문제에 형법이 개입하게 되면 형사법전에 규정된 범죄의 위반에 대한 형법적 처벌이 갖는 사회적 효과에 비례하여 또는 그 이상으로 사회 일반인의 도덕적 의식이 무신경해질 뿐만 아니라 도덕적 자율성도 퇴락할 수 있어 당벌성과 필벌성을 실행함으로써 형법이 추구하는 목적을 달성함과 동시에 국가안전보장·질서유지 및 공공복리를 실현하려는 의도와는 반대로 더 위험한 결과를 초래하게 될 수도 있다.

51) Ernst-Walter Hanack, “Zur verfassungsmäßigen Bestimmtheit und strafrechtlichen Auslegung des Begriffs [unzüchtige Schrift]”, *Juristen Zeitung* (1970), S. 43.

52) Günther Jakobs, *Strafrecht, allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre: Lehrbuch*, 2., neubearbeitete und erweiterte Aufl. (Berlin; New York: Walter de Gruyter), 1991, S. 44: “사회형태의 변화를 전제하지 않고는 비도덕이 무엇인지 여부는 확인할 수 없다. 예컨대 불구자의 살해가 단순한 비도덕은 아니지만, 동성연애가 비도덕이라는 점은 모든 구성원의 실존을 공적인 일로 포함하고 구성원 사이의 합의에 의한 성행위를 배제하는 사회에서만 중요성을 가지며, 생물학적 엘리트집단으로 구성된 사회에서는 이와 반대로 결정이 내려질 수도 있다. 또한 모든 구성원의 완전성을 공적인 일로 보는 사회는 이 두 가지 행위양태를 모두 처벌할 수도 있다. 따라서 한편으로 단순한 비도덕적 행위와 다른 한편으로 법익침해, 신분의무침해 및 사회평화의 침해 사이에는 절대적으로 타당한 경계가 존재하지 않고, 그 한계선은 일정한 사회형태에 따라서만 형성될 수 있다.”

나. 헌법적 측면

현재 헌법재판소에는 서울북부지방법원의 제청으로 2013년 1월 4일에 2013헌가2 성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률 제21조 제1항을 위헌제청 되어서 심리 중에 있다. 당해 법원의 제청이유 중 중요한 요지는 “개인주의·성개방적 사고의 확산에 따라 성매매에 관한 법감정이 달라졌음에도 착취나 강요 등이 없는 성매매를 처벌하는 것은 성적자기결정권을 존중하는 변화된 사회의 가치관을 반영하지 못하는 것이고, 성매매처벌법 이후 성매매 종사 인원이 줄고 위반자에 대한 교육이 시행되는 등 변화가 있었지만, 여전히 상당한 규모의 성매매산업이 존재하고, 오히려 음성적 성매매는 증가하였으며, 자의적인 수사과 단속으로 성판매자들의 성착취 환경은 악화되었고, 강요된 성매매나 자발적 성매매 모두 정도의 차이만 있을 뿐 사회적으로 성매매로 내몰린 자들이라는 점에서 성판매자들을 형사처벌하는 것은 수단의 적합성 및 침해의 최소성 원칙에 위배된다. 그리고 심판대상조항은 불특정인을 상대로 한 성판매자만을 처벌하고, 특정인을 상대로 한 소위 축첩행위나 외국인 상대 현지처계약 등은 처벌하지 않으므로 평등권을 침해한다.”라는 것이다.⁵³⁾ 이에 헌법적 측면에서 주요 쟁점이 되는 것은 i) 성매매행위의 처벌이 최고의 헌법적 가치인 인간의 존엄과 가치를 제한하는지,⁵⁴⁾ ii) 위헌제청된 심판대상조항이 과잉금지원칙 내지 비례성원칙에 위배되어 기본권을 침해하는지 여부라고 할 수 있다.

(1) 인간의 존엄과 가치의 의미

인간의 존엄과 가치는 인간의 존엄성을 보장하는 권리를 말한다. 즉, 인간은 ‘인격적’ 인간 내지 ‘이성적’ 존재자로서 그 자체로 존엄하고, 가치 있는 존재임을 확인하는 기본권이다. 인간의 존엄과 가치는 구체적으로 세 가지 내용으로 정의될 수도 있는데, 인간의 본질적 가치와 인간의 자율성 그리고 공동체적 가치가 그것이다.⁵⁵⁾ 여기서 공동체적 가치는 공동체 즉, 공익을 위해 인간의 자율성을 정당하

53) 헌법재판소, 성매매사건[2013헌가2 성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률 제21조 제1항 위헌제청] 변론보도자료, 헌법재판소, 2015, 1-2면.

54) 이하에서 인간의 존엄과 가치에 대한 내용은 송승현, “법정감염병 중 에볼라 출혈열과 같은 감염병의 확산방지를 위한 대응조치의 한 수단으로 실행한 지역봉쇄에 대한 헌법적 고찰”, **법학논총**, 제33집(숭실대학교 법학연구소, 2015), 225-231면, 242-248면; 동, “적법절차원리의 재검토”, **법학논총**, 제22집 제1호(조선대학교 법학연구원, 2015), 314-326면을 인용함.

55) 강승식, “인간존엄의 비교법적 고찰과 그 시사점”, **홍익법학**, 제14권 제1호(홍익대학교

게 제한하는 것을 의미한다. 이 세 가지 내용은 세속적 관점과 중립적 관점 및 보편적 관점에 따라 설명할 수 있다. 즉, 세속적 관점은 종교와 국가는 분리되어야 하고 종교는 개인적인 문제이며 따라서 공적이고 정치적인 영역에서는 종교보다는 이성이 우위에 있어야 한다는 것이고,⁵⁶⁾ 중립적 관점은 근대 자유주의이념의 핵심을 이루는 것으로 국가는 선에 대한 다양한 관점 중 어느 특정한 관점을 우대해서는 안 된다는 것이며,⁵⁷⁾ 보편적 관점은 문화적 다원주의와 관련이 있는데, 이로부터 소수의 정체성을 인정하고, 소수는 다수와 구별되어야 한다는 논리가 통용되어 왔고, 인간존엄은 본질적으로 인간에게 지배하는 사회구조를 지향하기 때문에 이는 인간존엄과 직결된다.⁵⁸⁾ 그리고 인간은 여타 다른 동물과 달리 자율적인 형성 능력을 가지고 있는 이성적 존재이고, 이로부터 인간은 독립하여 자유롭게 스스로를 형성하며 완성하므로 이러한 인간의 능력이 동물과 달리 인간만이 가지는 존엄과 가치를 부여하는 근거가 된다.⁵⁹⁾⁶⁰⁾ 즉, 인간은 여타 동물과는 다른 인간만의 격(格) 즉, 인격을 갖고 있으므로 인간이 여타 동물과는 달리 존엄하고 가치 있는 존재라는 것은 이러한 격에 근거한다. 또한 이러한 점에서 인간만이 가지는 ‘존엄과 가치’는 인간 상호간에 있어서 서로간의 고유한 가치를 인정하는 것, 나아가 인간 존재 그 자체의 가치우열을 부정하고 모든 인간은 평등하고, 평등하게 삶을 형성해나가는 가치 있는 존재라는 것을 의미한다고 할 수 있다.⁶¹⁾ 즉, 모든 개별 기본권의 이념적 전제가 되는 동시에 그 목적 내지 원천이고, 개별 기본권의 제한의

법학연구소, 2013), 117면.

56) D. Willenburg, “Divided by God: America’s Church-State Problem – And What We Should Do About It. By Noah Feldman”, *Tulane Law Review*, Vol. 80 No. 2 (TULANE LAW REVIEW ASSOCIATION, 2005), pp. 713-725.

57) John Rawls/Samuel Richard Freeman, *Collected Papers* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2001), p. 458.

58) 강승식, 앞의 논문, 117면; Will Kymlicka, *Multicultural citizenship: a liberal theory of minority rights* (Oxford: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 1995), pp. 8-14.

59) 표명환, “인간 존엄권의 국가보호와 그 과제”, *토지공법연구*, 제54집(한국토지공법학회, 2011), 484면; Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland: Allgemeine Lehren der Grundrechte*, Band III/1 (München: C.H. Beck, 1988), S. 6.

60) 헌법재판소 1998. 5. 28. 선고 96헌가5 결정: “우리 국민은 헌법의 인간상인 자기결정권을 지닌 창의적이고 성숙한 개체로서 자신이 스스로 선택한 인생관·사회관을 바탕으로 사회공동체 안에서 각자의 생활을 자신의 책임 하에서 스스로 결정하고 형성하는 성숙한 민주시민이다.”

61) 표명환, 앞의 논문, 484면.

한계를 정하는 규범인 것이다. 이에 인간에게 부여되어 있는 ‘존엄과 가치’는 헌법의 최고 가치이고, 기본권 행사의 기준이 되며, 국가작용의 준칙이 된다고 할 수 있다. 그리고 인간은 존엄한 가치의 존재로서 국가와의 관계에서 국가작용의 수단으로써 취급은 금지되고, 사인 상호간의 영역에서도 이러한 취급은 금지된다고 할 수 있다. 즉, 인간은 국가의 존엄의 주체이면서 국가를 지휘하는 자격을 가질 뿐만 아니라 인간 상호간에 대등한 주체로서 존재한다고 할 수 있다. 따라서 인격적 인간은 인격성에 바탕을 둔 인간인 동시에 공동체와의 관계에서 자주적 인간으로서 존엄성을 지닌다. 즉, 인간은 인격체로서 공동체에 관계되고, 이러한 관계에 있는 한 공동체에 소속되면서 스스로 존엄과 가치를 실현할 수 있는 민주주의와 법치주의를 구현하는 주체이다.⁶²⁾

(2) 인간의 존엄과 가치의 기본권성

헌법 제10조 제1문 전단은 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 …”라고 하고 있다. 즉, 인간의 존엄과 가치는 헌법이 명시하고 있는 규범으로써 자리 잡고 있다. 그러나 이와 관련하여 헌법규범으로써의 인간의 존엄과 가치는 독자적인 기본권으로도 기능할 수 있는가 하는 문제가 제기되고 있다. 이와 같은 의문이 제기되는 이유는 헌법규범과 기본권은 법체계의 도덕성을 판단하는 기준이 되므로 양자는 서로 밀접한 관련을 맺고 있기 때문이다. 그리고 이에 대한 논의는 헌법 제10조 제1문 후단과 동법 제37조 제1항과 관련하여 문제가 되고 있으므로 이를 살펴봄으로써 인간의 존엄과 가치가 독자적인 기본권으로 기능할 수 있는지의 여부가 해결될 것이다.

먼저, 헌법 제10조 제1문 후단과 관련하여 살펴볼 필요가 있다. 헌법 제10조 제1문 후단은 “행복을 추구할 권리를 가진다.”라고 규정하고 있다. 이 규정은 인간의 인격성을 구체화 하는 기본권이고, 행복을 자주적으로 실현하는 권리라고 할 수 있다. 행복추구권의 추상성에 근거하여 그 기본권성을 부인하는 견해도 없지 아니하나,⁶³⁾ 일반적으로 학설⁶⁴⁾ 및 판례⁶⁵⁾는 행복추구권의 기본권성을 인정하고, 나아

62) 이와 같은 견해로는 Peter Häberle, “Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft”, *HdbStr.*, Band 1 (Heidelberg Müller, 1987), § 20 Rn. 6. S. 75f; Wolfgang Graf Vitzthum, “Die Menschenwürde als Verfassungsbegriff”, *Juristen Zeitung*, 40. Jahrg., Nr. 5 (Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, 1985), S. 203: “인간존엄성은 개별 기본권의 구체적 보장내용을 밝히는 과정에서 해석의 기준으로 작용함으로써 기본권의 보장내용을 구체화하고 강화한다.”

가 행복추구권의 보호내용이 포괄적인 것에 따라 포괄적 기본권으로 인정하고 있다. 그리고 행복추구권은 헌법 제37조 제1항 열거되지 아니한 자유와 권리의 규정과 더불어 또는 보충적으로 ‘일반적 행동자유권, 개성의 자유발현권, 자기결정권’ 등으로 구현되는 등 특히 자유권적 기본권의 포섭개념이기도 하다.⁶³⁾ 또한 행복추구권은 국민이 행복을 추구하기 위하여 필요한 급부를 국가에게 적극적으로 요구할 수 있는 것을 내용으로 하는 것이 아니라, 국민이 행복을 추구하기 위한 활동을 국가권력의 간섭 없이 자유롭게 할 수 있다는 포괄적인 의미의 자유권으로서의 성격을 가진다.⁶⁷⁾ 따라서 헌법 제10조 제1문 전단의 구성요건 중 하나인 일반적 인격권으로부터 일반적 행동자유권이 파생되는 것과 같이 행복추구권으로부터도 인격성을 지닌 인간이 자유로이 인격을 실현할 수 있는 자유 즉, 일반적 행동자유권이 파생된다고 할 수 있다. 그리고 이러한 사정에 비추어 인간의 존엄과 가치와 행복추구권은 병렬적으로 적시된다고 할 수 있다.

다음으로, 헌법 제37조 제1항과 관련하여 살펴볼 필요가 있다. 헌법 제37조 제1항은 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.”라고 규정하고 있다. 즉, 이 규정은 헌법에 명시적으로 기본권이 규정되어 있지 않더라도 인간의 존엄과 가치를 위해서 침해되지 않고 존중되어야 하는 기본권에 속한다고 평가되면 경시될 수 없다는 것을 의미한다. 이 규정과 관련하여 인간의 존엄권을 포괄적인 성격을 갖는 것으로 바라볼 경우 헌법 제37조 제1항의 규정을 선언적인 의미로 즉, 무의미한 조항으로 만들 수 있는 가능성이 있다는 주장을 제기하기도 한다.⁶⁸⁾ 그러나 이 규정에서 말하고 있는 ‘자유’는 헌법에 규정되어 있지

63) 허영, **한국헌법론**, 전정 6판(박영사, 2010), 327면.

64) 강경근, **헌법**(법문사, 2002), 373-380면; 동, **일반헌법학**(법문사, 2014), 289-290면; 김철수, **헌법학신론**, 제17전정신판(박영사, 2007), 394면; 성낙인, **헌법학**, 제15판(법문사, 2015), 1006-1007면; 정영화, “헌법의 ‘인간의 존엄과 가치’ 해석론에 관한 비판적 고찰”, **홍익법학**, 제10권 제2호(홍익대학교 법학연구소, 2009), 100면; 표명환, 앞의 논문, 488-489면; 한수웅, “헌법 제10조의 인간의 존엄성”, **헌법학연구**, 제13권 제2호(한국헌법학회, 2007), 254면.

65) 헌법재판소 1997. 11. 27. 97헌바10 전원재판부 결정: “이 사건 법률조항[약사법 1994.1.7. 일부개정[법률 제4731호][시행 1994.7.8.]]은 청구인의 재산권과 평등권을 침해하는 것이 아니고, 직업의 자유의 제한과 관련하여서도 신뢰이익보호원칙, 비례의 원칙을 준수하고 있으므로, 이 조항이 포괄적이고 일반조항적인 성격을 갖고 있는 행복추구권을 침해하는 것이라고는 볼 수 없다.”

66) 강경근, **헌법**, 374면; 동, **일반헌법학**, 290면; 성낙인, 앞의 책, 1008-1009면.

67) 헌법재판소 1995. 7. 21. 선고 93헌가14 전원재판부 결정.

68) 계희열, “헌법상 인간의 존엄과 가치”, **법학논집**, 제32권(고려대학교 법학연구원, 1996),

많은 자유를 말하는 것으로써 이는 헌법해석을 통하여 새로운 자유권을 창출하는 것이고, ‘권리’는 실정헌법에 의해 성립하는 것으로써 이는 열거되지 않은 자유권이라도 실정권성의 기본권으로부터 헌법상의 권리로 구체화된다는 것을 의미하는 것이다. 즉, 헌법에 규정되어 있지 않은 자유권의 창출은 천부인권의 자유영역을 범위로 하고, 이러한 권리의 존재를 표현하는 표식으로는 헌법 제37조 제1항에 근거한다고 할 수 있다. 그리고 이렇게 창출된 자유영역의 권리는 헌법상의 기본권의 최상위권리인 ‘인간의 존엄과 가치’ 및 ‘행복추구권’에 근거하여 정당화 되면서 강화된다고 할 수 있다. 또한 헌법 제10조 제2문 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”의 규정도 인간의 기본권에 대한 국가의 ‘확인’의무와 ‘보장의무’를 지우므로 헌법 제10조 제1문과 같이 창출된 기본권 즉, 헌법에 열거되지 아니한 기본권의 정당화에 근거가 된다고 할 수 있다. 다시 말하면 헌법에 열거되지 아니한 기본권은 헌법 제10조와 제37조 제1항 및 이와 관련된 일련의 기본권의 규정으로부터 창출된다고 할 수 있다.

우리나라의 헌법전체계를 고려할 때 인간의 존엄과 가치는 기본권을 구속하는 최고의 규범으로써 헌법의 근본규범을 확인하는 동시에 모든 개인은 인격적 존재로서 존중받을 자격이 있음을 내포하고 있는 포괄적·일반적 권리의 성질뿐만 아니라 객관적인 법원칙으로서의 성질과 주관적인 성질의 기본권성도 갖고 있다. 따라서 인간의 존엄과 가치는 ‘일반적 기본권’의 주요구성요소를 이루는 동시에 ‘개별적·구체적 기본권’으로도 기능한다고 할 수 있다.⁶⁹⁾ 그리고 이러한 기능은

320면.

69) 헌법재판소 1990. 9. 10. 선고 89헌마82 결정: “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 궁극적 목적(기본이념)이라 할 수 있는 인간의 본질이며 고유한 가치인 개인의 인격권과 행복추구권을 보장하고 있다.”

헌법재판소 1992. 10. 1. 선고 91헌마31 결정: “우리 헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”라고 하여 인간으로서의 존엄과 가치를 핵으로 하는 헌법상의 기본권보장이 다른 헌법규정을 기속하는 최고의 헌법원리임을 규정하고 있으며, 나아가 우리 헌법은 여러 규정에서 국가는 국민의 생명·재산·자유를 보장할 질서유지의 책무를 지고 있음을 명백히 하고 있다.”

헌법재판소 1997. 3. 27 선고 95헌가14 결정: “헌법 제10조는 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리가 있다고 규정하고 있는바, 이로써 모든 국민은 그의 존엄한 인격권을 바탕으로 하여 자율적으로 자신의 생활영역을 형성해 나갈 수 있는 권리를 가지는 것이다. ... 자유로운 의사에 따라 친자관계를 부인

생물적·인격적 존재자로서의 인간의 존엄성을 유지하기 위한 권리인 생명권과 일반적 인격권으로 구성되고, 일반적 인격권⁷⁰⁾은 헌법 제37조 제1항과 더불어 일반적 행동자유권, 사적 자치권, 평화적 생존권, 알고·듣고·읽을 권리, 건강권, 일조권, 환경권, 프라이버시권, 주거의 불가침권, 통신의 비밀권, 그 밖의 기본권 등을 파생케 함으로써 개별적 법률유보원칙에 속하는 국민의 기본권이 각기 그 고유한 내용을 지니는 권리로 구체화된다고 할 수 있다. 따라서 인간의 존엄과 가치가 일반적인 기본권으로의 기능뿐만 아니라 독자적인 기본권으로 기능하므로 이러한 권리들은 일반적 법률유보원칙인 헌법 제37조 제2항에 의해서 제한된다고 할 수 있다.⁷¹⁾⁷²⁾

하고자 하는 부의 가정생활과 신분관계에서 누려야 할 인격권 및 행복추구권을 침해하고 있는 것이다.”

70) 독일은 기본법에 이에 대해 명시적으로 규정하고 있다.

GG Art 2 (1) Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt. (누구든지 타인의 권리를 침해하지 않고 헌법질서나 도덕률에 반하지 않는 한 자신의 인격을 자유로이 발현할 권리를 갖는다.)

(2) Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden. (누구든지 생명권과 신체를 훼손당하지 않을 권리를 갖는다. 신체의 자유는 불가침이다. 이 권리들은 법률에 근거하여서만 침해될 수 있다.)

71) 이와 다른 견해로는 한수웅, 앞의 논문, 259-260면: “인간의 존엄성은 그 자체로서 보장되어야 하는 것으로서 다른 법익과의 교량의 대상, 즉, 기본권의 보호범위와 기본권 제한의 사유를 서로 대치시키고 상충하는 법익이 서로 조화와 균형의 상태에 있는가를 심사하는 과정의 대상이 될 수 없으며, 이에 따라 상충하는 법익에 의하여 제한이 정당화될 수 없다. 인간의 존엄성은 다른 기본권과는 달리, 헌법 제37조 제2항에 의하여 국가안전보장이나 공공복리의 이유로 제한될 수 있는 기본권이 아니다.”

72) 이와 다른 견해로는 계획열, **헌법학(중)**, 신정 2판(박영사, 2007), 213면; 권영성, **헌법학원론**, 개정판[2007년판](법문사, 2007), 376면; 한수웅, 위의 논문, 259-260면; 허영, **한국헌법론**, 전정 3판[2007년판](박영사, 2007), 326면: “인간의 존엄성은 최고의 헌법적 가치이자 헌법과 국가의 존재이유로서 법익교량과정을 통하여 공익과 부합하는 상태로 축소되거나 그 내용이 변질될 수 있는 성격의 법익이 아니다. 객관적 가치로서 인간존엄성이 불가침적인 것이라면, 이에 상응하여 기본권으로서의 인간존엄성도 불가침인 것이다. ... 인간의 존엄성은 그 자체로서 보장되어야 하는 것으로서 다른 법익과의 교량의 대상, 즉 기본권의 보호범위와 기본권제한의 사유를 서로 대치시키고 상충하는 법익이 서로 조화와 균형의 상태에 있는가를 심사하는 과정의 대상이 될 수 없으며, 이에 따라 상충하는 법익에 의하여 제한이 정당화될 수 없다. 인간의 존엄성은 다른 기본권과는 달리 헌법 제37조 제2항에 의하여 국가안전보장이나 공공복리의 이유로 제한될 수 있는 기본권이 아니다.”

(3) 인간의 존엄과 가치의 제한

헌법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.”라고 규정하고 있다. 이 규정은 국민의 모든 자유와 권리는 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다는 일반적 법률유보원칙을 명시하고 있는 것이다. 여기서 문제는 인간의 존엄과 가치가 일반적 법률유보원칙의 적용을 받아 제한될 수 있는가이다. 인간의 존엄과 가치는 헌법전체계를 고려할 때 기본권을 구속하는 최고의 규범으로써 헌법의 근본규범을 확인하는 동시에 모든 개인은 인격적 존재로서 존중받을 자격이 있음을 내포하고 있는 포괄적·일반적 권리의 성질뿐만 아니라 객관적인 법원칙으로서의 성질과 주관적인 성질의 기본권성도 갖고 있으므로 일반적 법률유보원칙에 의해서 제한될 수 있다고 할 수 있다. 그러나 인간의 존엄과 가치가 제한될 수 있다 하더라도 그 본질적인 내용은 침해되지 아니하므로 인간의 존엄과 가치에 내재하는 권리는 제한 그 자체가 바로 침해로도 인식될 수 있게 되어 결국 그 제한을 할 수 없는 경우가 많다고 본다.⁷³⁾

여기서 또 다른 문제가 발생하는데, 기본권이 충돌할 경우 국가는 누구의 어떤 기본권을 보장할 것인가이다. 국가는 기본권충돌이 발생한 경우에는 충돌하는 각각의 기본권에 대한 적용 및 효력의 질과 정도의 관계를 헌법 제37조 제2항에서 정한 바에 따른 기본권제한의 헌법규범에 따라야 한다.⁷⁴⁾⁷⁵⁾⁷⁶⁾ 즉, 과잉금지원칙

73) 강경근, **헌법**, 372면.

74) 강경근, **헌법**, 324면; 동, **일반헌법학**, 242-243면; 성낙인, 앞의 책, 939-940면.

75) 여기서 말하는 ‘본질적인 내용을 침해할 수 없다’함은 기본권이 제한되는 경우라도 기본권의 권리영역이나 자유의 범주가 무의미하게 될 정도의 기본권의 근본실체 또는 기본권이 제한되는 경우 당해 기본권의 개념요소가 포함하는 자유나 권리를 무의미하게 할 정도로 기본권의 핵심이 되는 실질적 기본요소라 할 수 있다(헌법재판소 1996. 4. 25. 선고 95헌바9 결정; 헌법재판소 1996. 1. 25. 선고 93헌바5 결정; 헌법재판소 1990. 9. 3. 선고 89헌가95 결정; 헌법재판소 1989. 12. 22. 선고 88헌가13 결정). 그리고 기본권을 제한하는 경우라도 ‘침해할 수 없다’라는 소극적 권한규정을 중시할 경우 개인의 주관적 권리가 전부 배제된다고 하더라도 당해 기본권이 객관적으로 지니는 그 원칙적 규범질서로서의 성격이 유지된다면 기본권의 본질적인 내용이 침해된 것이 아니므로 이 경우에는 비례성원칙의 구체화로써 과잉금지원칙으로 이해할 수 있다(헌법재판소 1996. 4. 25. 선고 92헌바47 결정; 헌법재판소 1992. 4. 28. 선고 90헌바24 결정). 전자를 절대적 본질론으로, 후자를 상대적 본질론으로 칭할 수 있다.

76) 절대적 본질론에 따른 경우: 헌법재판소 2009. 12. 29. 선고 2009헌바25 결정; 헌법재판소 2009. 9. 24. 선고 2007헌마117 결정; 헌법재판소 2009. 7. 30. 선고 2008헌바162

내지 비례성원칙⁷⁷⁾에 의해서 충돌하는 쌍방 기본권의 어느 기본권에 대해서도 과잉제한을 가져오지 아니하는 범위 내에서 쌍방 기본권의 최대존중의 원칙에 따라 가치형량으로 최대한 보장되는 방식에 의해 해결하여야 한다. 이를 위해서는 가치형량의 대상이 되는 기본권간에 상호제한을 가능하게 하는 기본권적 가치의 차이가 전제되어야 한다.⁷⁸⁾ 이 경우 인간의 존엄과 가치는 기본권의 핵심이 되는 가치로써 상위 단계에 있는 질서를 이루는 규범이 된다. 그리고 이를 최정점으로 상하 기본권이 충돌하는 경우에는 상위기본권이 우선적용되고, 동위가치의 기본권이 충돌하는 경우에는 인격가치의 기본권이 우선적용되며, 평등가치의 기본권이 충돌하

결정; 헌법재판소 2009. 2. 26. 선고 2007헌마1433 결정; 헌법재판소 1996. 10. 31. 선고 93헌바25 결정; 헌법재판소 1996. 4. 25. 선고 92헌바30 결정; 헌법재판소 1992. 6. 26. 선고 90헌바25 결정; 헌법재판소 1991. 7. 22. 89헌가106 결정.

상대적 본질론에 따른 경우: 헌법재판소 2011. 12. 29. 선고 2010헌바368 결정; 헌법재판소 2010. 2. 25. 선고 2008헌가23 결정; 헌법재판소 2009. 5. 28. 선고 2006헌바109 결정; 헌법재판소 2008. 12. 26. 선고 2007헌마1387 결정; 헌법재판소 2003. 12. 18. 선고 2002헌바16 결정; 헌법재판소 2003. 12. 18. 선고 2001헌바91 결정; 헌법재판소 2000. 6. 1. 선고 98헌마216 결정; 헌법재판소 1999. 2. 25. 선고 96헌바64 결정; 헌법재판소 1998. 7. 16. 선고 96헌바35 결정; 헌법재판소 1997. 11. 27. 선고 97헌바10 결정; 헌법재판소 1996. 11. 28. 선고 95헌바1 결정; 헌법재판소 1996. 8. 29. 선고 95헌바108 결정; 헌법재판소 1996. 3. 28. 선고 94헌바42 결정; 헌법재판소 1996. 1. 25. 선고 93헌바5 결정; 헌법재판소 1995. 5. 25. 선고 91헌바44 결정; 헌법재판소 1993. 5. 13. 선고 91헌바17 결정; 헌법재판소 1992. 6. 26. 선고 90헌가23 결정; 헌법재판소 1992. 4. 28. 선고 90헌바24 결정.

77) 과잉금지원칙 내지 비례성의 원칙은 법률에 의한 기본권제한은 필요한 경우에 그 본질적 내용을 침해하지 않는 범주에 한하여 가능하다는 것이다. 이는 헌법 제37조 제2항에 근거한 헌법규범으로서 일반적 법률유보원칙으로 자리 잡고 있다. 구체적으로 이 원칙을 적용함에 있어서의 기준은 기본권제한 입법의 목적은 헌법과 법률체계상 정당성이 인정되는가(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위한 유효·적절한 방법을 선택하였는가(방법의 적절성), 그 제한 조치는 가능한 한 완화된 형태·방법 내지 필요최소한으로 그쳤는가(피해의 최소화), 기본권제한 입법에 의하여 보호하려는 이익과 그 법률에 의하여 제한되는 이익간의 비교형량에서 보호하려는 공익이 더 큰가(법익의 균형성) 등이다(송승현, “불량식품범죄에 대한 식품위생법 일부개정법률안의 타당성 문제”, **법학연구**, 제17집 제1호(인하대학교 법학연구소, 2014), 70면)(헌법재판소 1996. 6. 26. 선고 96헌바200 결정; 헌법재판소 1995. 7. 21. 선고 94헌바125 결정: “헌법 제37조 제2항에 그 근거를 두는 과잉금지의 원칙은 기본권제한입법이 헌법적으로 정당한 목적을 추구하고(목적의 정당성), 그 입법목적의 달성을 위하여 입법자가 선택한 수단이 적합하고(수단의 적합성), 기본권제한이 필요최소한도에 머물러야 하고(최소침해성), 입법을 통하여 실현되는 공익과 그에 의하여 제한되는 기본권 상호간에 균형이 이루어져야 할 것(법익의 균형성)을 요구하며, 이 중 어느 한 요건이라도 위반하는 입법은 헌법에 위반된다는 것이 헌법재판소의 확립된 판례이다.”).

78) 강경근, **헌법**, 324면; 동, **일반헌법학**, 242-243면.

는 경우에는 자유가치의 기본권이 우선적용된다. 그러나 기본권을 서열화하는 데 그 기준 및 확정이 분명하지 않은 경우에는 이러한 판단을 할 수 없으므로 이때에는 이익형량으로 해결하여야 한다.

(4) 검토

앞서 살펴본 바와 같이 인간의 존엄과 가치는 개인의 주관적 공권으로서 공동체의 객관적 법원리를 이루는 최고의 헌법적 가치이다. 그렇다면 이러한 기본권이 성매매행위와 관련해서 인간의 기본권을 제한하는지는 살펴볼 필요가 있다. 앞서 언급하였듯이 성매매행위의 보호법익은 ‘건전한 성도덕·성품속 및 성적자기결정권’이다. 여기서 헌법적 측면으로는 성적자기결정권이라고 할 수 있는데, 이 권리는 일반적 인격권으로부터 파생된 일반적 행동자유권이라고 할 수 있다. 이러한 기본권은 개인의 주관적 공권이므로 헌법 제37조 제2항이 명시하고 있듯이 국가안 전보장·질서유지 및 공공복리를 위한 필요한 경우를 제외하고는 국민의 자유와 권리로서 제한할 수 없다. 이에 성매매행위는 사회질서 및 공공복리의 유지를 저해하는 행위이므로 이를 법률로 제한할 수 있다고 할 수 있지만, 일반적 법률유보 원칙을 적용하려면 그 기본권 제한은 필요한 경우로서 과잉금지원칙 내지 비례성의 원칙이 준수되어야 하는 데, i) 현재 간통죄 및 혼인빙자간음죄가 위헌으로 결정되었다는 점, ii) 성매매처벌법을 시행한 후 성매매가 줄었다고는 하나 이와 유사하게 변형된 성매매행위와 새로운 유형의 성매매행위가 발생하고 있는 점, iii) 성행위는 개인의 내밀영역에 속하는 부분이라는 점, iv) 개인주의 및 성개방적 사고가 확산됨에 따라 성에 대한 인식이 바뀌어가고 있다는 점, v) 성행위와 같은 성도덕적인 부분은 그 사회의 시대적인 상황·사회구성원들의 의식 등에 따라 결정될 수밖에 없는 것이기 때문에 형벌의 개입으로서 그 질서를 잡아야 하는 것이 아닌 사회 스스로 질서를 잡아야 할 내밀한 영역이라는 점 등을 고려하면 일반적 법률유보원칙을 적용하기에는 그 타당성 내지 정당성이 현저히 떨어진다고 할 수 있다.

그리고 성매매행위에 대한 법률의 제한이 평등권을 침해하지는 않는지도 살펴볼 필요가 있다. 평등권은 인간의 존엄과 가치와 마찬가지로 개인의 주관적 공권이다. 이는 국가로부터 차별배제청구권이라는 소극적 성격의 방어권적 권리인 동시에 국가에 대한 평등배려청구권이라는 적극적 성격의 권리이다.⁷⁹⁾ 이에 대해 헌법 제11조

79) 강경근, **헌법**, 382면.

제1항은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다.”라고 하고 있는데, 여기서의 ‘법’은 법률, 법규명령, 자치법규, 관습법 등 일체의 법규범을 포함한다고 할 수 있다. 즉, 행정부나 사법부에 의한 법 적용상의 평등뿐만 아니라 입법부에 의한 정의와 형평의 원칙에 합당한 합헌적인 법률을 제정하도록 하는 등 즉, 법내용상의 평등도 의미한다고 할 수 있다. 이에 i) 현재 성매매처벌법의 집행행태를 보면 눈에 확연히 보이는 즉, 성매매가 이루어지고 있다는 것을 확연히 알 수 있는 곳인 집창촌과 안마시술소 등의 성매매업소에 국한하여 법집행이 이루어지고 있는 실정이다. 이러한 행태는 법집행상 형평성에 어긋나는 것이라고 할 수 있다. 현재 성매매는 그 유형이 다양하기 때문에 일률적으로 특정한 곳만을 대상으로 법집행을 행해서는 안 되기 때문이다. 예컨대, 노래방·유흥주점(=룸살롱)·단란주점·오피스텔·이발소·남성휴게텔·키스방·립카페·전화방 등을 통해서도 성매매가 행해지고 있고, 1대1 형태의 만남식 성매매나 인터넷이나 휴대폰 등을 통한 만남식 성매매 및 특정인을 상대로 한 즉, 축첩행위나 외국인을 상대로 하는 현지처계약 등의 방식으로도 성매매가 행해지고 있으며, 기업 간 또는 개인 간 또는 기업과 개인 간의 계약을 위한 접대(接待)자리에서도 성매매가 행해지고 있음에도 불구하고 이러한 유형의 성매매는 거의 손을 쓰지 않거나 못하고 있다. 이러한 현실은 성매매처벌법상의 성매매의 정의에 따르면 그 형태를 불문하고 성매매의 요건을 충족하면 단속을 하여 성매매처벌법을 적용하여야 함에도 불구하고 쉽게 단속할 수 있는 즉각적으로 눈에 확연히 띄는 곳만을 단속하여 법집행을 하는 것이라고 할 수 있어 형평성에 반하는 것이라고 할 수 있다. 그리고 ii) 성매매는 이성(異性)간의 성매매뿐만 아니라 동성(同性)간의 성매매의 형태로도 이루어질 수 있고, 이성간의 성매매도 현재 성매매처벌법의 단속대상이 되고 있고 성매매에 대한 사회적인 인식으로도 굳어져버린 형태인 남성의 성구매자와 여성의 성판매자의 형태로만 이루어지는 것이 아닌 - 호스트바와 같이 - 그 반대의 여성의 성구매자와 남성의 성판매자의 형태로도 이루어지고 있다. 그러나 현행 성매매처벌법은 이성간의 성매매에 국한해서만 그리고 이성간의 성매매도 남성의 성구매자와 여성의 성판매자의 형태에 국한해서만 집행되고 있는 실정이다. 이러한 현실은 엄연히 성매매처벌법의 차별적인 법집행이고, 이 역시도 형평성에 반하는 것이라고 할 수 있다.

이와 같이 현행 성매매처벌법의 법집행은 형평성이 결여되어 있어 헌법상의 평등의 원칙에 반하는 문제점을 안고 있으므로 헌법 제11조 제1항의 평등권을 침해한다고 할 수 있다. 그리고 이러한 현상은 성매매처벌법의 실효성에도 의문을

가지게 만든다고 할 수 있다. 물론 헌법상의 평등권은 상대적 평등도 추구하기는 하지만, 정의에 반하는 자의적인 차별인 합리적 근거가 없는 차별은 헌법 제11조 제1항에서 규정하고 있는 “... 법 앞에 평등 ...”에 반하는 것이다. 그렇다고 헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙이 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것은 아니다.⁸⁰⁾ 헌법상의 평등권은 법의 제정·해석·적용에 있어 합리적 근거 없는 차별을 하여서는 안 된다는 상대적 평등을 의미하기 때문이다. 즉, 평등권은 헌법 제37조 제2항 후단에 명시하고 있는 바와 같이 평등권의 본질적인 내용을 침해하지 않는 범위 내에서 필요한 경우에 한하여 차별을 가능하게 하는 상대적인 개념인 것이다.⁸¹⁾ 따라서 성매매처벌법의 범집행은 앞서 언급한 문제점들을 안고 있어 상대적·실질적 평등에 반하므로 헌법 제11조 제1항의 평등권을 침해한다고 할 수 있고, 이러한 현상은 일반적 법률유보원칙으로도 제한될 수 없는 난점을 안고 있다고 할 수 있다.

또한 성매매행위에 대한 법률의 제한이 직업선택의 자유를 침해하지는 않는지도 살펴볼 필요가 있다. 지금까지 성매매행위를 통해 생계를 꾸려나가고 있는 성매매 종사자들은 이를 직업으로 여기고 살아가고 있는데, 성매매처벌법 때문에 이러한 일을 업으로 더 이상 할 수 없게 되어 생계에 악영향을 끼칠 수 있다고 주장할 수 있기 때문이다. 그리고 현재 앞서 언급한 바와 같이 성매매에 대한 규제주의를 취하고 있는 국가는 성매매를 직업으로 인정하고 있기 때문이기도 하다. 그러나 헌법 제15조에 명시되어 있는 직업선택의 자유에서 직업이란 사람이 지녀야 할 최소한의 기본적 생활수요의 충족을 위하여 행하는 계속적·총체적·경제적 성격의 소득활동으로서 공동체적으로 허용되는 한 그 종류나 성질을 불문한다.⁸²⁾⁸³⁾

80) 강경근, **헌법**, 386면; 동, **일반헌법학**, 301-302면; 성낙인, 앞의 책, 1019면.

81) 헌법재판소 1994. 2. 24. 선고 93헌바10 결정: “헌법 제11조 제1항이 규정하는 평등의 원칙은 결코 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것은 아니라 불합리한 차별을 하여서는 아니 된다는 상대적·실질적 평등을 뜻하는 것이므로 합리적 근거 없이 차별하는 경우에만 평등원칙에 반하는 것으로 보아야 한다.”

82) 강경근, **헌법**, 529-530면; 동, **일반헌법학**, 427-428면; 성낙인, 앞의 책, 1259-1260면.

83) 헌법재판소 1993. 5. 13. 선고 92헌마80 결정: “헌법 제15조는 직업선택의 자유를 규정하고 있는데, 여기서 직업이란 생활의 기본적 수요를 충족시키기 위한 계속적인 소득활동을 의미하며 그러한 내용의 활동인 한 그 종류나 성질을 불문하는데 헌법재판소는 직업선택의 자유를 비교적 폭넓게 인정하고 있으며 그에 관련하여 여러 개의 판례를 남기고 있는 것이다. 직업선택의 자유에는 직업결정의 자유, 직업종사(직업수행)의 자유, 전직의 자유 등이 포함되지만 직업결정의 자유나 전직의 자유에 비하여 직업종사(직업수행)의 자유에 대하여서는 상대적으로 더욱 넓은 법률상의 규제가 가능

즉, 그 사회의 시대적인 상황·사회구성원들의 의식 등 사회의 변화에 따라 적응할 수 있는 신축적인 개념이다. 이에 성도덕·성의식에 대한 사회적 의식이 많이 변화하였다고 하더라도 성매매를 공동체적으로 허용되는 직업으로 인정하기에는 아직 무리가 있다고 보여 진다. 성도덕·성의식에 대한 사회구성원들의 의식변화 여부와 성매매를 직업으로 인정할 것인가의 여부는 엄연히 다른 문제이고, 성매매 처벌법의 위헌여부와 성매매를 직업으로 인정할 것인가의 여부도 엄연히 다른 문제이므로 이들은 구분되어야 하기 때문이다. 그리고 성매매를 직업으로 인정하게 되면 이로 인해 파생되는 여러 가지 부작용도 초래하게 되기 때문이기도 하다. 즉, 직업이란 무엇인가에 대한 의식이 결여될 것이고, 직업이 갖는 가치에 대한 고민도 흐려질 것이며, 직업에 대한 자긍심도 흐려지게 되고, 상대적으로 쉽게 금전을 벌 수 있다는 점 때문에 사람은 신체적·정신적으로 나약해지게 되는 등 국가의 사회질서와 경제질서 즉, 사회적 시장경제질서의 형성 및 발전에 악영향을 미칠 것이다. 따라서 성매매행위에 대한 성매매처벌법의 법집행은 헌법 제15조의 직업선택의 자유는 침해한다고 할 수 없고, 이러한 기본권이 침해된다고 하더라도 이는 일반적 법률유보원칙에 의해 제한될 수 있다고 본다. 그리고 무엇보다 중요한 점은 이러한 점을 논하기에 앞서 성매매 자체를 직업으로 볼 수 없기 때문에 직업선택의 자유의 침해여부의 논제는 문제제기 자체가 될 수 없다고 본다.

결론적으로 헌법적 측면에서 성매매행위에 대한 성매매처벌법의 법집행은 헌법의 최고 가치이고, 기본권 행사의 기준이 되며, 국가작용의 준칙이 된다고 할 수 있는 헌법 제10조 제1문의 인간의 존엄과 가치에 반하는 것일 뿐만 아니라 헌법 제11조 제1항의 평등권에도 반하는 것이므로 개인의 주관적 공권을 침해한다고 할 수 있고, 이러한 기본권은 헌법 제37조 제2항의 일반적 법률유보원칙에 의해 제한될 수 있지만, 이 경우에는 그 제한에 대한 타당성 내지 정당성이 현저히 떨어진다고 할 수 있다. 그리고 헌법 제15조 직업선택의 자유와 관련해서도 성매매처벌법의 법집행은 직업선택의 자유라는 기본권을 제한한다고 할 수도 있지만, 여기서 말하는 직업이라는 것에 성매매는 해당되지 않는다고 할 수 있으므로 이에 대한 침해여부의 논제는 문제 자체가 될 수 없다고 본다.

하다고 할 것이고 따라서 다른 기본권의 경우와 마찬가지로 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 제한이 가하여질 수 있는 것은 물론이지만 그 제한의 방법은 법률로써만 가능하고 제한의 정도도 필요한 최소한도에 그쳐야 하는 것 또한 의문의 여지가 없이 자명한 것이다.”

다. 그 밖의 문제

성매매행위에 대한 가벌성 문제와 관련하여 앞서 언급한 형법적 및 헌법적 측면 이외에 가벌성이 결여되는 다른 문제는 없는지 살펴보고자 한다.

첫 번째는 집행상의 문제이다. 현재 성매매에 대한 단속은 평상시에도 단속을 하긴 하겠지만, 특정기간을 정하여 그 기간에만 중점으로 단속을 하고, 그 기간이 경과하거나 특별히 사회문제가 되지 않는다고 판단되면 즉, 성매매에 대한 관심이 전보다 흐려지면 암묵적인 태도로 변해 단속을 느슨하게 하고 있는 실정이다. 이로 인해 범집행의 일관성이 결여되고, 단속자와 피단속자 간의 유착관계가 형성되는 결과를 낳게 되었다. 즉, 피단속자로 하여금 단속기간만 피하면 된다는 인식을 심어주게 되었고, 단속자와 피단속자 간의 뇌물공여가 이루어지는 결과를 낳게 되었다.

두 번째는 인간에 대한 이해의 결여이다. 인간이라면 누구나 성(性)적인 욕구는 갖고 있다. 그것을 어떻게 표출하느냐가 개개인에 따라 다른 것일 뿐이다. 그렇다면 인간의 성에 대한 외부적인 표출 양상은 존중되어야 하는 것이므로 그것이 타인에 대한 폭행 또는 협박, 강요, 착취, 공연성을 갖고 있는 음란한 행위가 아닌 형태로 표출되는 성적 행위 또는 행동이라면 국가는 이에 대해 간섭하거나 관여해서는 안 될 것이다. 그리고 이러한 경우의 현상이 스스로의 행동에 대해 책임을 질 수 있는 성인 간의 합의에 의해 행해진 때에는 상호간에 금품이나 그 밖의 재산상의 이익을 수수하거나 수수하기로 약속하였다고 하더라도 이를 처벌하는 것은 헌법적 측면에서 과잉금지원칙 내지 비례성의 원칙에 반한다고 본다. 이유는 자원봉사단체나 구호단체의 경우를 제외하고는 병원에서도 - 위급여부를 불구하고 - 환자에게 의료행위를 하는 데 있어 대가를 요구하고 있고, 굶주린 자에게도 대가를 지불하지 않고서는 음식을 주지 않으므로 인간이 살아가는 세상에 금품이 개입되지 않은 것이 없기 때문이다. 즉, 인간은 특별히 예외적인 경우를 제외하고는 뭐든 가는 것이 있으면 오는 것도 있어야 하는(give and take/geben und nehmen) 문화에 살고 있고, 이 세상에 태어난 이상 이러한 현실에 살 수밖에 없는 존재인 것이다.

IV. 맺음말

성매매행위에 대한 위헌여부 문제는 지금까지도 꾸준히 제기되어 오고 있다. 더구나 2015년 2월 15일자로 헌법재판소에서 간통죄에 대한 위헌결정이 되면서 성매매행위에 대한 위헌여부 문제는 더욱더 뜨거워지고 있다.

성매매행위는 폭행 또는 협박, 강요, 착취 등의 경우를 제외하고는 남녀 간의 합의하에 자발적으로 이루어지는 행위라고 할 수 있다. 이러한 행위에 있어 상호간에 금품이나 그 밖의 재산상의 이익을 수수하거나 수수하기로 약속하였다고 하더라도 그 역시 자발적인 합의에 의해 이루어지는 것이다. 그리고 현재 성매매처벌법이 규정하고자 하는 것은 금품이나 그 밖의 재산상의 이익을 수수하거나 수수하기로 약속하고 행하는 성매매행위는 건전한 성도덕·성풍속을 해하는 것이고, 여기서 성판매자는 일반적으로 여성으로서 성매매피해자로 봐야한다는 것인데, - 폭행 또는 협박, 강요, 착취 등의 경우를 제외하고는 - 남녀 간의 합의하에 자발적으로 이루어지는 것이므로 성판매자가 여성이라고 하여 피해자라고 할 수는 없다고 보고, 성관계행위는 개인의 성적자기결정권이라는 주관적 공권이면서 극히 개인적인 내밀영역에 속하는 부분이므로 국가나 이에 대해 형벌권을 행사하는 것은 헌법정신에 반하는 것이므로 일반적 법률유보원칙으로도 제한될 수 없다고 본다. 또한 현재 간통죄도 위헌결정이 된 상황에서 간통과 서로 밀접한 관련이 있는 성매매행위를 처벌한다는 것은 국가의 형벌권이 정당화되기 위한 당벌성 및 필벌성이 결여되어 있다고 보고, 성매매처벌법의 범집행상에서도 형평성이 결여되어 있어 헌법상의 기본권이 침해되고 있으므로 성매매행위에 대한 처벌로써의 범집행은 그 타당성 내지 정당성이 결여되어 일반적 법률유보원칙으로도 제한될 수 없는 난점을 안고 있다고 본다.

따라서 성매매처벌법 제21조 제1항은 헌법적 측면에서뿐만 아니라 형법적 측면에서도 그 처벌의 타당성 내지 정당성이 결여되어 있으므로 삭제되어야 한다고 본다.

투고일 2015. 7. 15

심사완료일 2015. 8. 10

계재확정일 2015. 8. 20

참고문헌

- 강경근, **일반헌법학**(법문사, 2014).
- _____, **헌법**(법문사, 2002).
- 강승식, “인간존엄의 비교법적 고찰과 그 시사점”, **홍익법학**, 제14권 제1호(홍익대학교 법학연구소, 2013).
- 계희열, “헌법상 인간의 존엄과 가치”, **법학논집**, 제32권(고려대학교 법학연구원, 1996).
- _____, **헌법학(중)**, 신정 2판(박영사, 2007).
- 권영성, **헌법학원론**, 개정판[2007년판](법문사, 2007).
- 권오걸, **형법각론[이론·판례]**(형설, 2009).
- 김성돈, **형법각론**, 제2판(성균관대학교 출판부, 2009).
- 김성천, “성매매의 비범죄화”, **중앙법학**, 제6권 제4호(중앙법학회, 2004).
- _____, **형법**(소진, 2009).
- 김애령, “지구화 시대의 성매매와 한국의 「성매매방지법」”, **경제와 사회**, 제79호(한국산업사회학회, 2008).
- 김은경, “성매매에 관한 페미니즘 담론과 형사정책적 딜레마”, **형사정책**, 제14권 제2호(한국형사정책학회, 2002).
- 김일수/서보학, **(새로쓰) 형법각론**, 제7판(중판발행)(박영사, 2009).
- 김철수, **헌법학신론**, 제17전정신판(박영사, 2007).
- 박은경, “여성장애인의 성매매와 성매매방지법률(안)의 문제점 - 여성장애인의 성매매 실태를 중심으로 -”, **여성연구논집**, 제15집(신라대학교 여성문제연구소, 2004).
- 박찬걸, “최근의 성매매피해자 개념 확대 논의에 대한 검토”, **형사정책연구**, 제25권 제1호(한국형사정책연구원, 2014).
- 배종대, “형법, 형벌, 양형: 성매매특별법의 경우”, **형사정책연구**, 제17권 제4호(한국형사정책연구원, 2006).
- _____, **형법총론**, 전정판(홍문사, 1995).
- 백수진, “성매매와 성매매방지법에 대한 남성들의 인식 - 성구매 경험이 있는 도시 거주 30대 남성을 대상으로 -”, **여성연구논집**, 제19집(신라대학교 여성문제연구소, 2008).

- 백형구, **형법각론**(청림출판, 1999).
- 변종필, “형법의 임무”, **형사정책연구**, 제8권 제4호(한국형사정책연구원, 1997).
- 변화순, “성매매 관련 각국의 법과 국제기구의 동향”, 서울대학교 BK21 법학연구단
공익인권법센터 주최 2003년 제2차 학술회의 자료집(서울대학교 공익인권법
센터, 2003).
- 성낙인, **헌법학**, 제15판(법문사, 2015).
- 송승현, “법정감염병 중 에볼라 출혈열과 같은 감염병의 확산방지를 위한 대응조치
의 한 수단으로 실행한 지역봉쇄에 대한 헌법적 고찰”, **법학논총**, 제33집
(숭실대학교 법학연구소, 2015).
- _____, “불량식품범죄에 대한 식품위생법 일부개정법률안의 타당성 문제”, **법학
연구**, 제17집 제1호(인하대학교 법학연구소, 2014).
- _____, “적법절차원리의 재검토”, **법학논총**, 제22집 제1호(조선대학교 법학연구원,
2015).
- 여성부, “성매매 방지를 위한 국외 대안 사례 연구”, **정책자료**, 2001-18(여성부 권의
기획과, 2001).
- 오영근, **형법각론**(박영사, 2009).
- 원숙연/박진경, “젠더-거버넌스의 가능성 탐색”, **한국여성학**, 제22권 제4호(한국여성
학회, 2006).
- 윤덕경, “성매매처벌법의 시행 현황과 향후 과제”, **젠더리뷰**, 제2권(한국여성정책연
구원, 2006).
- 이나영, “금지주의와 국가규제 성매매 제도의 착종에 관한 연구”, **사회와 역사**,
제75권(한국사회사학회, 2007).
- _____, “성매매: 여성주의 성정치학을 위한 시론”, **한국여성학**, 제21권 제1호(한국
여성학회, 2005).
- 이덕인, “자발적 대가성 성관계의 비범죄화”, **형사정책**, 제20권 제1호(한국형사정책
학회, 2008).
- 이동주, “한국 성매매 반대운동의 프레임 형성과 변화에 관한 연구 - 1970~2005
년 기간을 중심으로 -”, **사회연구**, 제15호(한국사회조사연구소, 2008).
- 이영란, “성매매(윤락행위) 최소화를 위한 입법정책”, **저스티스**, 제65호(한국법학원,
2002).
- 이용식, “형법의 임무 - 법익보호인가, 사회윤리보호인가?”, **피해자학연구**, 제9권

- 제2호(한국피해자학회, 2001).
- 이은애/김재광, “유럽 10개국 성매매 관련법제 비교연구”, **비교법제분석**, 06-03(한국법제연구원, 2006).
- 이재상, **형법각론**, 제7판(박영사, 2010).
- _____, **형법총론**, 제5판(보정판)(박영사, 2007).
- 이형국, **형법각론**(법문사, 2007).
- _____, **형법총론**, 제4판(법문사, 2007).
- 이호용, “성매매의 합리적 규제를 위한 법정책적 방향”, **한국공안행정학회보**, 제20권(한국공안행정학회, 2005).
- 임상규, “성매매특별법의 필요성과 문제점”, **형사정책**, 제17권 제1호(한국형사정책학회, 2005).
- 임 응, “성범죄의 비범죄화”, **비범죄화의 이론**(법문사, 1999).
- _____, **형법각론**, 제5정판(법문사, 2013).
- _____, **형법총론**, 제5정판(법문사, 2013).
- 정성근, **형법총론**, 신판(법지사, 1998).
- 정성근/박광민, **형법각론**, 제3판(삼지원, 2008).
- _____, **형법총론**, 제5판(삼영사, 2011).
- 정영화, “헌법의 ‘인간의 존엄과 가치’ 해석론에 관한 비판적 고찰”, **홍익법학**, 제10권 제2호(홍익대학교 법학연구소, 2009).
- 정현미, “성매매방지정책의 검토와 성매매처벌법의 개정방향”, **법학논집**, 제18권 제2호(이화여자대학교 법학연구소, 2013).
- 조주은, “『성매매처벌법』 위헌법률심판제청을 둘러싼 쟁점과 과제”, **이슈와 논점**, 제661호(국회입법조사처, 2013).
- 조준현, **형법총론**, 제3정판(법원사, 2004).
- 진계호/이준걸, **형법각론**, 제6판(대왕사, 2008).
- 차용석, “간통죄에 관한 고찰”, **고시계**, 제361호(국가고시학회, 1987).
- 표명환, “인간 존엄권의 국가보호와 그 과제”, **토지공법연구**, 제54집(한국토지공법학회, 2011).
- 하주영, “성매매는 범죄인가?”, **시대와 철학**, 제13권 제2호(한국철학사상연구회, 2002).
- 하태영, “법사회학적 관점에서 본 매춘에 관한 연구 - 매춘정책을 중심으로 -”,

- 비교형사법연구, 제4권 제2호(한국비교형사법학회, 2002).
- 한수웅, “헌법 제10조의 인간의 존엄성”, *헌법학연구*, 제13권 제2호(한국헌법학회, 2007).
- 허 영, *한국헌법론*, 전정 6판(박영사, 2010).
- _____, *한국헌법론*, 전정 3판[2007년판](박영사, 2007).
- 캐슬린 배리, 정금나/김은정 공역, *섹슈얼리티의 매춘화*(삼인, 2002).
- Eser, Albin, *Ethische und rechtliche Fragen der Gentechnologie und der Reproduktionsmedizin: Dokumentation eines Symposiums der Landesregierung Baden-Württemberg und des Stifterverbandes für die Deutsche Wissenschaft in Verbindung mit der Universität Tübingen vom 1.-4. September 1986 in Tübingen*, *Gentechnologie. Chancen und Risiken*, Bd. 13 (München: J. Schweitzer, 1987).
- Häberle, Peter, “Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft”, *HdbStr.*, Band 1 (Heidelberg Müller, 1987).
- Hanack, Ernst-Walter, “Zur verfassungsmäßigen Bestimmtheit und strafrechtlichen Auslegung des Begriffs[unzüchtige Schrift]”, *Juristen Zeitung*, 1970.
- Hanack, Ernst-Walter/Jürgen von Gerlach/Eberhard Wahle, *Empfiehl es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen: Gutachten für den 47. Deutschen Juristentag, Nürnberg 1968* (München: Beck, 1968).
- Jakobs, Günther, *Strafrecht, allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre: Lehrbuch*, 2., neubearbeitete und erweiterte Aufl. (Berlin; New York: Walter de Gruyter, 1991).
- Jäger, Herbert, “Möglichkeiten einer weiteren Reform des Sexualstrafrechts”, in Dannecker/Sigusch, *Sexualtheorie und Sexualpolitik*, 1984.
- Kymlicka, Will, *Multicultural citizenship: a liberal theory of minority rights* (Oxford: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 1995).
- Otto, Harro, “Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschließlich Verbraucherschutz)”, *ZStW* 96 (Juris, 1984).
- Rawls, John/Freeman, Samuel Richard, *Collected Papers* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2001).
- Schneider, Hans Joachim, *Kriminologie* (Berlin; New York: W. de Gruyter, 1987).

Simson, Gerhard/Geerds, Friedrich, *Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte in rechtsvergleichender Sicht* (München: Beck, 1969).

Stern, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland: Allgemeine Lehren der Grundrechte*, Band III/1 (München: C.H. Beck, 1988).

Vitzthum, Wolfgang Graf, “Die Menschenwürde als Verfassungsbegriff”, *Juristen Zeitung* 40. Jahrg., Nr. 5 (Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, 1985).

Willenburg, D., “Divided by God: America’s Church-State Problem – And What We Should Do About It. By Noah Feldman”, *Tulane Law Review*, Vol. 80, No. 2 (TULANE LAW REVIEW ASSOCIATION, 2005).

<Zusammenfassung>

Die Frage der Verfassungsverletzung des § 21 Abs. 1 des Strafenrechts des sexuellen Handels

Song, Seung Hyun*

Das Strafenrecht des sexuellen Handels rotten die Handlung der sexuelle Handel und die Kuppel des sexuellen Handels usw. sowie des Zwecks des sexuellen Handels den Menschenhandel aus, das Menschenrecht der Leidenden des sexuellen Handels für den Schutz gemacht hat. Aber dieses Gesetz nach der Ausführung auch ist es das Gefühl, was auffallend der sexuelle Handel vom Kobel des sexuellen Handels der Prostitutionsweiler und der Massagensalon usw. schwindet, sind die Wirklichkeit vielmehr der entartete sexuelle Handel des vielfältigen Typs erfolgen. D.h., im Auge zeigt bestimmt der sexuelle Handel auf, der nicht geschwunden ist, oder es kann schwinden, wirklich kann zur Zunahme des entarteten sexuellen Handels der sexuelle Handel mehr das Expandieren als vorher sein. Dieser Stelle kann die Sache sein, die zur Effektivität des Strafenrechts die Frage widersprechen kann.

Die Gegenwart im Strafenrecht des sexuellen Handels ist das Problem der Teil geworden, was der § 21 Abs. 1 des Strafenrechts des sexuellen Handels ist. Dieses Gesetz ist reguliert, das die Gehandelten (die Verkäufer und die Käufer) die Handlung des sexuellen Handels all zu strafen sind. Aber die Gehandelten die Handlung der sexuellen Handels, ob die Gehandelten strafen, was die Frage ist. Der sexuelle Handel ist es das Zusammensetzen mit dem Ehebruch zur ähnlichen Struktur, die Zeitsituation der Gesellschaft und auch die sexuelle Moral und die sexuelle Besinnung der Gesellschaftsmitglieder sind sich verändert, auf dem Sexus die Beziehung hat das Problem, das zur privaten Geheimnissphäre gehört das Problem zu, die Menschen haben, weil in der Beziehung mit dem Spezifikum steht. Und diese Punkte übt nicht nur die Seite des Strafrechts, sondern auch die Seite der

* Ph.D. in Law/Seniorforscher, Das juristische Forschungsinstitut der Universität SungKyunKwan.

Verfassung aus, was über den sexuellen Handel die Gültigkeit bzw. die Gerechtigkeit der Stufe fehlen kann. D.h., die Seite der gesunden sexuellen Moral und der gesunden sexuellen Sitte und die Seite des sexuellen Selbstentscheidungsrechts kann fehlen.

Die Verfassungsverletzung ist über den § 21 Abs. 1 des Strafenrechts des sexuellen Handels, was vom Entscheidenden diesmal über den Ehebruch von der Gelegenheit die Verfassungsverletzungsentscheidung die Elastizität bekommen kann. Der Ehebruch ist die Verfassungsverletzungsentscheidung in der Situation geworden, was die Strafenregulierung über die Handlung der sexuellen Handels auch durch den allgemeinen Gesetzesvorbehaltsgrundsatz die Gültigkeit bzw. die Gerechtigkeit schwierig zugeteilt wird. Also sieht der § 21 Abs. 1 des Strafenrechts an, das die Verfassungsverletzungsentscheidung gegeben werden soll.

Schlüsselwörter: Strafenrecht des sexuellen Handels, Ehebruch, gesunden sexuellen Moral und gesunden sexuellen Sitte, sexuelle Selbstentscheidungsrecht, Menschenwürde und Wert, Gleichheitsrecht, Freiheit der Berufswahl