

[판례평석]

강제추행의 성립범위 확장과 성강요죄 입법 필요성에 대한 소고

- 대법원 2018.2.8. 선고 2016도17733 판결을 중심으로 -

양 랑 해*

〈국문초록〉

최근 대법원에서는 직접적인 신체접촉이 없이 협박하여 피해자 스스로 자신의 몸을 만지게 한 경우 강제추행의 간접정범이 성립한다는 판결이 나와 화제다. 사건은 피고인과 피해자간 직접 접촉 없이 피해자의 음란한 행위가 담긴 사진과 동영상을 유포한다고 협박하여 피해자로 하여금 스스로 자신의 몸을 만지거나 자위를 하게 하였다면 강제추행의 간접정범이 충분히 성립한다고 판시하였는데, 1심에서는 강제추행을, 항소심에서는 강요죄 성립을 인정하였지만 대법원에서는 다시 강제추행의 간접정범 성립을 인정함으로써 직접적인 접촉 없이 간접정범의 방법으로도 강제추행이 성립할 수 있다는 점을 명확히 하였다.

심급마다 서로 다르게 의율한 것을 보면 이번 사건은 단순강요죄를 인정할 것인지 아니면, 성적 자기결정권 침해를 인정하여 강제추행의 간접정범을 인정할 것인지 논란의 여지가 있는 사건이다. 대법원은 비접촉 추행이 강제추행이 될 수 있는 요건 즉 「접촉과 동등하다고 볼 수 있는지 여부」에 대해 “사진과 동영상의 유포 협박에 의해 어쩔 수 없이 행해졌고, 피해자를 도구로 삼아 성적자유를 침해하고 있어 피고인이 직접 접촉한 것과 동등하다고 평가할 수 있으므로” 간접정범의 성립을 인정하였다. 그러나, 죄형법정주의 관점에서 이미 비접촉 추행의 인정에 대하여 상당한 비판이 있는 상황에서 간접정범을 인정하면서까지 피고인에게 불이익한 지나친 확장해석을 한 것이 아닌가 하는 의심을 지울 수가 없다.

대법원은 강제추행죄에 있어서 ‘기습추행의 인정’, ‘행위자의 성적 의도 배제’, ‘비접촉 추행’의 인정 순으로 추행의 범위를 확장해 왔는데, 그러할 때마다 이에 대한 비판은 꾸준히 이어져 왔다. 본 판결 역시 비접촉 추행의 방법의 하나로 간접정범 성립가능성도 인정함으로써 이러한 논란에 자유로울 수 없을 것이다.

본 논문은 간접정범 인정의 부당성을 논하기 보다는 강제추행의 성립범위의 지나친 확장에 대한 경각심을 가지고 서술한 것이다. 폭행·협박을 수단으로 하는 강간과 강제추행까지는 아니더라도 다양한 방법으로 피해자의 성적 자기결정의 자유가 침해되고 있다는 점을 간과할 수 없다면 해석에 의한 개념 확장 보다는

* 전북대학교 공공인재학부 강의전담교수, 법학박사.

‘성적 행동을 하게 하거나 받아들이게 하는 유형’을 처벌하는 성강요죄를 입법할 필요가 있다고 생각된다. 그러할 경우 이러한 논란을 잠재우고 국민의 예측가능성을 보장하는 한편, 나아가 피해자의 성적 자기결정권을 폭넓게 보호할 수 있는 방법이라 할 것이다.

주제어 : 강제추행, 간접정범, 자수범, 강요죄, 성강요죄, 강제추행의 성립범위

• 투고일 : 2019.04.07. / 심사일 : 2019.04.22. / 게재확정일 : 2019.04.22.

[대상판결의 사건개요]

I. 사실관계

피고인 甲과 피해자 A(여, 22세)는 2014년 4월경 스마트폰 채팅 애플리케이션을 하면서 서로 알게 된 사이이고, 청소년인 피해자 B(여, 15세)와는 2015년 3월경 위 애플리케이션을 통해 서로 알게 된 사이이다. 피고인 甲은 피해자들과 위 애플리케이션을 통해 채팅을 하면서 피해자들의 은밀한 신체 부위가 드러난 사진을 전송받은 사실이 있고, 또 인터넷 사이트를 통하여 피해자들의 지인에 대한 인적사항을 알게 된 것을 기화로 피해자들에게 시키는 대로 하지 않으면 기존에 전송받았던 신체사진을 지인들에게 유포하겠다고 하는 방법으로 피해자들을 협박하고 피해자들로부터 추가로 신체사진을 전송받거나 자신이 원하는 자세나 포즈를 취하고 동영상 촬영하여 전송하게 하는 등의 방법으로 피해자들을 강제추행(강요)하기로 마음먹었다.

1. 피해자 B(여 15세)에 대한 범행

(1) 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 위반의 점(강제추행)

피고인 甲은 2015. 5. 3. 12:00경 인천 남구 H아파트 102동 101호에 있는 피고인의 주거지에서 피해자에게 스마트폰 채팅 애플리케이션으로 “가슴 사진, 성기사진, 가슴을 만지는 동영상을 보내지 않으면 가슴 사진과 개인정보를 인터넷에 유포하겠다” 라는 내용의 문자메시지를 전송하는 방법으로 피해자를 협박하고, 피해자로부터 같은 일시경 그와 같이 촬영된 사진과 동영상 파일을 전송받았고, 이를 비롯하여 이하 [표 1]과 같이 위 일시경부터 2015. 12. 22.경

까지 총 7회에 걸쳐 협박으로 피해자에 대하여 추행하였다.

[표 1] 피해자 B에 대한 범죄일람표¹⁾

연번	범죄일시	범행수법	피해내용
1	2015.5.3. 12:00경	2015.3.경 채팅어플리케이션을 통해 알게된 피해자로부터 알몸 사진을 전송받은 사실을 발미로, 피해자에게 “가슴사진, 성기사진, 가슴을 만지는 동영상 촬영하여 보내지 않으면 알몸사진과 채팅 내용을 캡처하여 유폐하겠다”고 협박	가슴사진, 성기사진, 가슴을 만지는 동영상 파일을 피해자로부터 채팅어플리케이션을 통해 전송받음
2	2015.6.20. 10:00경	피해자로부터 전송받은 알몸 사진 및 동영상을 캡처하여 피해자의 핸드폰으로 전송한 후 “말을 듣지 않으면 유폐하겠다”고 말하면서 협박	피해자가 보낸 가슴사진으로는 자위를 하기에 부족하니 얼굴부터 무릎까지 다 나오는 사진을 촬영하여 보내라고 하고 피해자로부터 그와 같이 촬영된 사진을 핸드폰으로 전송받음
3	2015.6.27. 10:00경	피고인의 협박으로 이미 겁을 먹어 항거불능 상태에 있는 피해자를 협박	“B는 나에게 성노예로서 복종할 것입니다. 그리고 B가 요구하면 동영상 파일 등을 촬영하여 전송해야 한다”라는 내용의 서약서를 작성·촬영하여 전송하고, OTL자세(옆으로 엎드린 자세)를 한 모습을 사진촬영하여 보내라고 하고 피해자로부터 그와 같이 촬영한 사진을 핸드폰으로 전송받음
4	2015.7.3. 19:00경	//	속옷을 입고 앉은 상태에서 다리를 M자 모양으로 벌린 후 사진을 촬영하여 보내라고 하고 피해자로부터 그대로 촬영된 사진을 전송받음
5	2015.7.4. 10:00경	//	가슴사진을 촬영하여 보내라고 하고 피해자로부터 그대로 촬영된 사진을 전송받음
6	2015.8.17. 19:00경	//	성기에 볼펜을 삽입하여 자위하는 동영상을 촬영하여 보내라고 하고 피해자로부터 그와 같이 촬영된 동영상 파일을 전송받음
7	2015.12.22.	기존에 전송받은 알몸사진 및 동영상	가슴과 성기 사진을 촬영하여 보내

1) [표 1], [표 2]의 범죄일람표는 본 사건의 1심(춘천지법 영월지원 2016.5.12. 선고 2016고합2 판결), 항소심(서울고법 춘천제1형사부 2016.10.19. 선고 2016노83 판결)의 판결문에서 발췌·정리하였음, 판결문에는 범행장소도 기재되어 있으나(대부분 피고인의 주거지나 인근 PC방, 전철역 등임), 본 표에서는 생략하였음.

	18:16경	을 캡처하여 피해자의 핸드폰으로 전송한 후 말을 듣지 않으면 유폐하겠다고 협박	라고 하고, 피해자로부터 옷을 입은 상태에서 가슴의 측면이 촬영된 사진을 전송받음
--	--------	---	---

(2) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(통신매체이용음란)의 점

피고인 甲은 2015. 5.경 위 피고인의 주거지에서 자신의 스마트폰을 이용하여 B에게 “남자 성기를 본 적이 있냐” 라는 내용의 문자메세지를 전송하고 스마트폰을 이용하여 피고인의 성기 부위를 동영상 촬영한 후 자신의 성적 욕망을 만족시킬 목적으로 해당 파일을 피해자에게 전송하였다.

2. 피해자 A(여 22세)에 대한 범행

(1) 강제추행의 점

피고인 甲은 2015. 12. 21. 09:00경 경기 부천시 소재 모 PC방에서 피해자 A에게 “전에 서로 몸 사진을 주고받았던 사람이고, 지금도 몸 사진을 가지고 있다. 성노예로 삼겠다. 네가 싫어도 강제로 시킬 것이며, 유폐할 곳을 알아봤으니 거절하면 몸 사진을 유폐하겠다” 는 내용의 문자메시지를 전송하여 피해자를 협박하였고, 계속하여 “회사 화장실에서 얼굴이 나오게 속옷만 입은 사진을 촬영하여 보내라” 는 내용의 문자메시지를 전송하고 A로부터 같은 일시경 그와 같이 촬영된 사진 3장을 전송받았고, 이를 비롯하여 [표 2]와 같이 위 일시경부터 2015. 12. 25. 경까지 총 11회에 걸쳐 협박으로 A를 추행하였다.

[표 2] 피해자 A에 대한 범죄일람표

연번	범죄일시	범행수법	피해내용
1	2015.12.21. 09:00경	2014. 4.경 채팅어플리케이션을 통해 알게 된 피해자와 서로 알몸사진을 주고받은 사진을 빌미로, 피해자에게 “성노예로 삼겠다. 네가 싫어도 강제로 시킬 것이며, 유폐할 곳을 알아봤으니 거절하면 몸 사진을 유폐하겠다”고 협박	회사 화장실에서 얼굴이 나오게 속옷만 입은 사진을 촬영하여 보내라고 하고 피해자로부터 그대로 촬영된 사진 3장을 전송받음
2	2015.12.21. 20:00경	피고인의 협박으로 이미 겁을 먹어 항거불능 상태에 있는 피해자를 협박	가슴 및 전신이 드러나는 나체사진을 촬영하여 보내라고 하고 피해자로부터 그대로 촬영된 사진 1장을 전송받음

3	2015.12.21. 23:00경	피해자에게 “이제부터 자위하는 동영상 요구하겠다. 말 나온 김에 지금 화장실 가서 촬영하여 보내라. 힘들 다고 하지 않으면 너를 대하는 태도 나 요구하는 것이 너를 더 힘들게 할 것이다”고 협박	화장실에 가서 자위하는 동영상을 촬 영하여 보내라고 하고 피해자로부터 그와 같이 촬영된 동영상 파일 3개를 전송받음
4	2015.12.22. 08:30경	피고인의 협박으로 이미 겁을 먹어 항거불능 상태에 있는 피해자를 협박	입고 있는 속옷을 얼굴이 나오도록 촬 영하여 보내라고 하고 피해자로부터 그대로 촬영된 사진 1장을 전송받음
★	2015.12.22. 19:55경	//	‘피해자는 자진해서 성노예를 하기로 했고 금전적 요구, 일하는 시간, 바쁜 시간 외에는 주인인 甲이 시키는 모 든 것을 사진, 동영상 등으로 답할 것을 약속하며 연락 3분 내에 무조건 답장, 대답을 할 것을 약속하고 이를 어길 시는 주인인 甲이 취하는 조치 에는 어떠한 토를 달지 않겠다’는 내 용이 기재된 서약서를 작성케하고 피 해자로부터 이를 촬영한 사진1장을 전송받음
5	2015.12.22. 22:00경	//	자위하는 동영상과 성기에 볼펜을 삽 입하는 동영상을 촬영하여 보내라고 하고 피해자로부터 그와 같이 촬영된 동영상 파일 3개를 전송받음
6	2015.12.23. 08:30경	//	입고 있는 속옷 사진을 촬영하여 보 내라고 하고 피해자로부터 그대로 촬 영된 사진 1장을 전송받음
7	2015.12.23. 18:01경	//	성기에 볼펜을 삽입하는 동영상을 촬 영하여 보내라고 하고 피해자로부터 그와 같이 촬영된 동영상 파일 2개를 전송받음
8	2015.12.23. 21:00경	//	성기에 볼펜을 삽입하는 동영상을 촬 영하여 보내라고 하고 피해자로부터 그와 같이 촬영된 동영상 파일 2개를 전송받음
9	2015.12.24. 08:30경	//	입고 있는 속옷 사진을 촬영하여 보 내라고 하고 피해자로부터 그대로 촬 영된 사진 1장을 전송받음
10	2015.12.24. 22:00경	//	성기에 볼펜을 삽입하고 잠을 자고, 삽입하는 장면과 빼는 장면을 동영상 촬영하여 보내라고 하고 피해자로부터 그대로 촬영된 동영상 파일 2개를 전송받음

11	2015.12.25. 19:00경	//	자위하는 동영상 촬영하여 보내라고 하고 피해자로부터 그대로 촬영된 동영상 파일 1개를 전송받음
----	-----------------------	----	--

(2) 협박의 점

피고인 甲은 2015. 12. 27. 10:16경 부천시 소재 모 PC방에서 피해자 A가 자신의 문자메시지에 답변을 하지 않고 연락도 받지 않는다는 이유로 화가 나 A에게 “야 너 선택 잘해라. 사진 있다. 이런 것 원하냐” 라는 내용의 문자메시지와 함께 A의 알몸 사진 2장을 전송하여, 자신의 연락을 받지 않거나 시키는 대로 하지 않으면 A의 신체사진을 유포할 것처럼 A를 협박하였다.

甲은 2015. 12. 30. 10:23경 부천시 소재 모 PC방에서 A가 계속하여 자신의 문자메시지에 답장을 하지 않고 연락을 받지 않는다는 이유로 화가 나 메신저를 이용하여 A에게 “야 차단 풀어라. 좋은 말로 할 때. 사진 없을 것 같냐” 라는 내용의 문자메시지와 함께 A의 알몸 사진 1장을 전송하여, 자신의 연락을 받지 않거나 시키는 대로 하지 않으면 A의 신체사진을 유포할 것처럼 피해자를 협박하였다.

甲은 2015. 12. 말경 장소를 알 수 없는 곳에서 A에 대하여 추행을 하는 과정에서 A에게 “2016. 1. 2. 부천시에 있는 역곡역에서 만나 인근 모텔에서 성관계를 하고, 이후에는 초대남을 불러 초대남과 성관계를 하면, 이를 동영상 촬영하겠다” 는 내용의 문자메시지를 전송하였다.

甲은 2016. 1. 1. 09:27경 경기 부천시 역곡동에서 인천시 남구 학익동 방면으로 운행하는 전철 안에서 A에게 “XX년아. 와라 내일, 좋게 말할 때. 야 진짜 마지막이다” 라는 내용의 문자메시지와 함께 A의 알몸 사진 3장을 전송하여, 자신이 시키는 대로 하지 않으면 A의 신체사진을 유포할 것처럼 피해자를 협박하였다.

II. 사건의 경과

1. 1심 판결의 내용

2015. 5. 12. 본 사건에 대하여 춘천지법 영월지원 형사합의부는 피고인에게 징역 1년 6월과 3년의 집행유예를 선고하였다. 또한 80시간의 성폭력 치료강의 수

강을 명했으며, 범행에 사용된 피고인의 휴대폰은 몰수하는 판결을 선고하였다.

B에 대한 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 위반(강제추행), 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(통신매체이용음란), A에 대한 협박과 강제추행이 죄명으로 인정되었다.

그러나, 대부분의 사실관계가 유죄로 인정되었음에 반하여 A에 대한 2015.12.22. 19:55경 강제추행의 점은 무죄를 선고하였다([표 2]의 ★ 부분). 1심은 “강제추행죄에서 추행은 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 도덕관념에 반하는 행위로서 피해자의 성적 자유를 침해하는 것을 의미하고, 이에 해당하는지는 피해자의 의사, 성별, 나이, 행위자와 피해자의 이전부터의 관계, 행위에 이르게 된 경우, 구체적 행위 태양, 주위적 객관적 상황과 그 시대의 성적 도덕관념 등을 종합적으로 고려하여 신중하게 결정되어야 한다”는 대법원 판례(대판 2001도2417)를 제시하면서, 피해자에게 성 노예가 되겠다는 서약서를 작성하고 이를 촬영하여 전송하라고 한 피고인의 행위는 직·간접적인 신체접촉이 전혀 이루어지지 않은 점, 서약서의 내용, 피해자의 나이 등에 비추어 볼 때 피해자에게 협박으로 의무없는 일을 하게 하였다고 인정할 수 있음은 별론으로 하더라도, 그 행위 자체만으로 객관적으로 추행에 이를 정도에 해당한다고 보기 어렵다고 판시하였다.

즉 1심의 일부 무죄판결의 요지는 협박하여 서약서를 작성케 한 것은 (비록 성노예가 되겠다는 내용이 담겨져 있다고 하더라도) 직접적인 성적 행위를 하라고 한 것이 아니므로 강제추행으로 의율할 순 없고 강요죄가 될 수 있을 뿐이라고 한 것이다.

1심 판결에 불응한 검사는, 피고인에게 선고된 형이 지나치게 가볍다는 양형부당과 함께, 일부 무죄판결을 받았던 부분이 서약서의 내용 등에 비추어 강제추행이라고 판단할 수 있음에도 무죄로 판단한 원심의 사실오인 또는 법리오해의 이유를 들어 항소하였다.

2. 항소심 판결의 내용

항소심에 이르러 검사는 이 사건 공소사실 중 피해자 B에 대한 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 위반(강제추행)과 피해자 A에 대한 강제추행 부분에 대해서 강요의 공소사실을 예비적으로 추가하는 공소장변경신청을 하였고 항소심은 이를 허가하였다.

2016. 10. 19. 항소심인 서울고법 춘천 제1형사부는 검사의 양형부당에 대하여 ‘이 사건 범행으로 나이 어린 피해자들이 상당한 정신적 고통과 상처를 입었지만, 피고인이 초범인 점, 자신의 잘못을 뉘우치며 반송하는 점, 피해자들로 부터 용서받은 점 등을 들어 1심의 형량과 동일한 형(징역 1년 6월과 3년의 집행유예, 80시간의 성폭력 치료강의 수강, 휴대폰 몰수)을 선고하였다.

한편, 1심에서 피해자 A에 대한 협박의 점까지 유죄판결을 한 것과 달리 항소심은 A에 대한 협박 부분은 피고인과 피해자가 이 사건 전부에 대하여 원만히 합의하여 공소제기 후 1심 판결 선고 하루전인 2016. 5. 11. 피고인에 대한 처벌을 희망하는 의사표시를 철회한 사실을 인정할 수 있으므로 공소기각 판결을 하였다.

마지막으로 항소심은 1심에서 무죄판결을 받았던 사실과 함께 피해자 A와 B에 대한 강제추행사실을 모두 강제추행이 아닌 강요죄로 인정하였는데 이유는 다음과 같다.

우선, “강제추행죄가 반드시 신체적 접촉이 필요한 것은 아니지만, 신체적 접촉이 없는 경우에도 추행으로 인정하기 위하여는 성적 수치심 내지 혐오감의 정도나 그로 인한 성적 자기결정권의 침해가 피해자의 신체에 대한 접촉이 있는 경우와 비교하여 동등한 정도라고 평가될 수 있어야 한다” 고 언급하면서, “① 피고인과 피해자가 서로 같은 장소가 아닌 다른 장소에 있으면서 휴대전화를 통하여 협박하여 사진 및 동영상 등을 전송받은 것이므로 피해자들의 신체에 대한 즉각적인 접촉 또는 공격가능성이 있다고 보기 어려운 점, ② 피해자들도서도 사법기관에 신고 등을 통하여 이와 같은 상황을 피할 수 있었을 것으로 보이는 점, ③ 특히 서약서를 작성한 행위 그 자체를 성적인 것으로 보기 어려운 점 등을 종합하여 보면, 피고인의 위 각 행위를 피해자의 신체에 대한 접촉이 있는 경우와 동등한 정도로 성적 수치심 내지 혐오감을 주거나 성적 자기결정권을 침해하는 것이라고 보기 어렵다” 는 이유로 강요죄를 인정하였다.

3. 대법원 판결의 내용

검사는 항소심이 강제추행이 아닌 강요죄를 인정한 것에 대하여 사실오인과 법리오해를 이유로 상고하였고, 2018. 2. 8. 대법원은 검사의 상고이유를 받아들여 강제추행죄가 성립함을 이유로 항소심 판결을 파기하고 서울고등법원에 환송하였다. 그 이유는 아래와 같다.

가. 강제추행죄는 사람의 성적 자유 내지 성적 자기결정의 자유를 보호하기 위한 죄로서 정범 자신이 직접 범죄를 실행하여야 성립하는 자수범이라고 볼 수 없으므로, 처벌되지 아니하는 타인을 도구로 삼아 피해자를 강제로 추행하는 간접정범의 형태로 범할 수 있다. 여기서 강제추행에 관한 간접정범의 의사를 실현하는 도구로서의 타인에는 피해자도 포함될 수 있다고 봄이 타당하므로, 피해자를 도구로 삼아 피해자의 신체를 이용하여 추행행위를 한 경우에도 강제추행죄의 간접정범에 해당할 수 있다.

나. 피고인들이 피해자들을 협박하여 겁을 먹은 피해자들로 하여금 어쩔 수 없이 나체나 속옷만 입은 상태가 되게 하여 스스로를 촬영하게 하거나, 성기에 이물질을 삽입하거나 자위를 하는 등의 행위를 하게 하였다면, 이러한 행위는 피해자들을 도구로 삼아 피해자들의 신체를 이용하여 그 성적 자유를 침해한 행위로서, 그 행위의 내용과 경위에 비추어 일반적이고도 평균적인 사람으로 하여금 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 도덕관념에 반하는 행위라고 볼 여지가 충분하다.

다. 따라서, 원심이 확정한 사실관계에 의하더라도, 피고인의 행위 중 위와 같은 행위들은 피해자들을 이용하여 강제추행의 범죄를 실현한 것으로 평가할 수 있고, 피고인이 직접 위와 같은 행위들을 하지 않았거나 피해자들의 신체에 대한 직접적인 접촉이 없었다고 하더라도 달리 볼 것은 아니다.

대법원은 이러한 이유를 들어 “항소심이 피고인이 피해자들을 이용하여 강제추행의 범죄를 실현한 것으로 볼 수 있는지 가려보지 아니한 채 피고인의 행위가 피해자의 신체에 대한 접촉이 있는 경우와 동등한 정도로 성적 수치심 내지 혐오감을 주거나 성적 자기결정권을 침해하는 것이라고 보기 어렵다는 이유만을 들어 피해자 B에 대한 아동·청소년의 정보보호에 관한 법률 위반(강제추행) 및 피해자 A에 대한 강제추행에 관한 주위적 공소사실을 부정하고 예비적 공소사실인 강요죄를 인정한 것은 타당하지 않다”고 판단하였다.

한편, 대법원 판결 내용을 살펴보면, 항소심 판결문에 기재되어 있는 “범죄일람표Ⅰ에서 순번 3번을 제외하고, 범죄일람표Ⅱ에서 순번 5번을 제외한다”고 명시하고 있는 것을 확인할 수 있다. 이는 앞서 정리한 [표 1]의 3번째 범죄사실(피고인 B에게 협박하여 성노예가 되겠다는 서약서를 전송케한 부분), [표 2]의 ★부분(피고인 A에게 협박하여 성노예가 되겠다는 서약서를 전송케한 부분)에 해당되는데, 이 부분은 강제추행이 아닌 강요죄를 적용한 1심과 항소심 판결이 타당하다고 생각되어 이를 제외한다고 명시한 것으로 보여진다.

[평 석]

I. 들어가며 - 의문과 쟁점

2017년말, 미국에서 시작된 미투운동이 전세계로 퍼지기 시작하면서, 우리나라 역시, 작년 1월, 한 현직 여검사가 검찰내의 성폭력 실상을 고발한 사건을 시작으로 문단계, 연극계, 문화·예술계, 정치계까지 번지면서, ‘미투운동’과 ‘권력형 성범죄’는 2018년 한해 대한민국을 뒤흔들었던 가장 큰 이슈였다고 해도 과언이 아니다.

이러한 미투운동의 영향에서인지, 형법상 성폭력 범죄(형법 제32장 ‘강간과 추행의 죄’)²⁾는 2012년 12월, 대대적 개정 이후(시행 2013년 6월), 특별한 개정이 없다가, 2018년 10월, 업무상 위력 등에 의한 간음죄와 피구금부녀간음죄의 법정형을 상향조정하기에 이르렀다.³⁾ 나아가, 미투운동의 중심에 있었던 소위 ‘위력에 의한 권력형 성범죄’에 대한 직접적 해결방안으로서 현행 강간죄의 최협의의 폭행·협박 개념을 완화함과 동시에 비동의간음죄, 성적 강요죄 등을 신설하여 성적으로 취약한 자의 성적자기결정권을 최대한 보호해줘야 한다는 예전의 논의가 다시 수면위로 떠오르고 있다.

이러한 가운데, 대법원에서는 직접적인 신체접촉이 없이 협박하여 피해자 스스로 자신의 몸을 만지게 한 경우 강제추행의 간접정범이 성립한다는 판결이 나와 화제다. 사건은 피고인과 피해자간 직접 접촉 없이 협박을 통해 피해자로 하여금 스스로 자신의 몸을 만지거나 자위를 하게 하였다면 강제추행의 간접정범이 충분히 성립한다고 판시하였는데, 1심에서는 강제추행을, 항소심에서는 강요죄 성립을 인정하였지만 대법원에서는 다시 강제추행의 간접정범 성립을 인정함으로써 직접적인 접촉 없이 간접정범의 방법으로도 강제추행이 성립할 수 있다는 점을 명확히 하였다.

1심에서 강제추행, 항소심에서는 강요로 의율했던 것을 보면, 이번 사건은

2) 일상적으로는 ‘성범죄’, ‘성폭력범죄’라는 용어는 서로 혼용하여 쓰고 있다고 해도 과언이 아니다. 그러나 ‘성범죄’는 성적 자기결정권을 침해하는 ‘성폭력범죄’와 사회의 선량한 성풍속을 해치는 ‘성풍속범죄’ 등을 포함하는 상위 범주의 것으로서 성과 관련된 모든 범죄를 일컫는 범죄를 지칭한다는 점에서 엄격히는 다른 용어이다. 따라서, 본 논문의 내용 중 ‘형법상 성폭력범죄’라는 것은 형법 제32장 ‘강간과 추행의 죄’를 지칭하는 것이라 하겠다.

3) 2018년 10월 16일 형법개정으로, 업무상위력 등에 의한 간음죄는 5년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에서 7년이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금으로, 피구금부녀간음죄는 7년 이하의 징역에서 10년 이하의 징역으로 상향 조정되었다.

단순강요죄를 인정할 것인지 아니면, 성적 자기결정권 침해를 인정하여 강제추행의 간접정범을 인정할 것인지 논란의 여지가 있는 사건이다. 대법원은 비접촉 추행이 강제추행이 될 수 있는 요건 즉 「접촉과 동등하다고 볼 수 있는지 여부」에 대해 “사진과 동영상의 유포 협박에 의해 어쩔 수 없이 행해졌고, 피해자를 도구로 삼아 성적자유를 침해하고 있어 피고인이 직접 접촉한 것과 동등하다고 평가할 수 있으므로” 간접정범의 성립을 인정하였다. 그러나 죄형법정주의 관점에서 이미 비접촉 추행의 인정에 대하여 상당한 비판이 있는 상황에서 간접정범을 인정하면서까지 피고인에게 불이익한 지나친 확장해석을 한 것이 아닌가 하는 의심을 지울 수가 없다. 또한, 다수 일반인들의 입장에서는 직접 만지지도 않았는데 그것이 왜 추행인가? 추행의 개념을 피해자의 몸을 스스로 만지게 한 경우에까지 확장해서 보는 것이 과연 타당한가? 하는 상식적인 의문이 남기 때문이다.

어쨌든 본 판결은 강제추행죄가 자수범이 아니라고 선언함과 동시에 성폭력 범죄도 간접정범의 형태로 범해질 수 있다는 것을 인정한 최초의 판결이며, 성적 자기결정권이 침해되고 있음에도 불구하고 강요죄로만 처벌될 수 있었던 사안을 적절한 법률해석을 통해 강제추행의 성립을 긍정한 사례라 할 것이다.

크게 본다면 대상판결에서 사건의 쟁점은 ‘강제추행의 간접정범 성립을 인정할 것인가 아니면 단순 강요죄 성립을 인정할 것인가’ 하나 뿐이다. 다만, 대상판결이 강제추행이 자수범이 아니라고 하였던 바, 강제추행과 함께 다른 성폭력 범죄에서도 간접정범이 성립할 수 있는지 등과 관련하여 자수범과 간접정범의 논의도 검토하도록 하고, 직접 접촉 없는 간접 추행도 강제추행으로 인정하는 것이 피고인에게 불리한 지나친 확장해석 내지 유추해석은 아닌지와 관련하여 ‘추행’의 개념의 확장에 대한 논의와 ‘성장요죄’의 입법필요성에 대해서도 언급하도록 하겠다.

II. 자수범 논의와 판례의 입장

1. 자수범의 인정여부와 구별기준

자수범은 ‘범죄의 주체와 실행행위가 극히 밀접하게 관련되어 있어 그 실현에 있어서 반드시 정범자 자신의 직접적인 실행행위를 필요로 하고 타인을 이

용해서는 범할 수 없는 범죄’를 말한다. 독일문헌에는 일반적으로 ‘타인과 더불어 또는 타인의 행위를 빌려서 구성요건이 실현될 수 없는 범죄 형태 즉 간접정범 또는 공동정범의 형태로는 정범이 될 수 없는 구성요건 유형’으로 설명되고 있다.⁴⁾ 따라서, 스스로 실행행위를 하지 아니한 이상 간접정범이나 공동정범이 될 수 없고, 혐의의 공범으로 처벌될 수 있을 뿐이다. 이와 같이 자수범은 직접정범의 형태로만 성립할 수 있으므로 자수범은 간접정범의 성립에 대하여 한계를 긋는 기능을 한다.⁵⁾

우리 형법학에서는 “형법 제33조에 의해 비신분자가 신분자와 함께 진정한 분범의 공동정범이 될 수 있고, 제34조 1항은 간접정범을 교사·방조에 의해 처벌하므로 간접정범은 실질적으로 무의미하며, 간접정범 성립의 한계로서의 역할을 하고 있는 자수범의 존재도 인정할 필요가 없다”는 자수범의 존재자체를 부정하는 견해⁶⁾도 있긴 하지만, 일반적으로 그 존재를 인정하는 것이 통설의 입장이다. 다만, 어떠한 기준으로 어느 정도까지 자수범을 인정할 것인지에 대해서는 크게 ① 개별적인 구성요건의 내용이 정범 스스로 실행행위를 하지 않으면 안되는 범죄만이 자수범이라고 보는 ‘문언설’⁷⁾, ② 행위자의 인격적인 태도에 주목하는 행위자형법적 범죄와 행위자체의 반윤리적 성격 때문에 처벌되는 범익침해없는 행위관련적 범죄를 ‘진정자수범’으로 분류하고 고도의 일신전속적 의무위배행위를 처벌하는 의무범을 ‘부진정자수범’으로 분류하는 Roxin식의 ‘이분설’⁸⁾, ③ 범죄 실행행위가 직접 행위자의 신체를 통해서 행해질 것을 요구하는 범죄, 행위자의 인격적 태도가 표출될 것을 요구하는 범죄, 위증죄처럼 소송법 등 기타 법률이 행위자 스스로 실행행위를 요구하는 범죄의 3가지 유형으로 구분하는 Herzberg식의 ‘삼분설’⁹⁾ 등 대립이 있다. 한편,

4) Roxin, AtII, § 25 RN 289 이하.

5) 임웅, 「형법총론」, 제9정판, 2017, 489면.

6) 차용석, “간접정범”, 형사법의 제문제: 陽村 신동욱박사정년기념논문집, 삼영사, 1983, 184면; 차용석, 「刑事法講座 II」, 형법총론(下), 1984, 703면.

7) 손동권, 「형법총론」, 제2개정판, 2006, 491면; 오영근, 「형법총론」, 제2판(보정판), 2012, 646면.

8) 김일수/서보학, 「새로 쓴 형법총론」, 제11판, 2006, 570~571면; 2분설이 해석상 타당하다 하면서도 일부 비판적 소지가 있는 점을 지적하면서 범죄의 특성에 기인하든 법률구성요건의 요구에 기인하든 상관없이 행위자의 자수적인 신체적 가담에 의해서만 행해질 수 있는 범죄 한가지 형태로만 존재한다고 한다, 신동운, 「형법총론」, 제9판, 2015, 692면; 진정자수범과 부진정자수범의 이분설을 지지하나 결국 개별적이고 구체적인 구성요건 해석의 문제라고 한다.

9) 권오걸, 「형법총론」, 제3판, 2009, 626면; 김성돈, 「형법총론」, 제4판, 2015, 594면; 박상기, 「형법총론」, 제9판, 2012, 96면; 배중대, 「형법총론」, 제13판, 2017, 454면; 이재상·장영민·강동범, 「형법총론」, 제8판, 2015, 452면; 정성근·박광민, 「형법총론」, 전정판, 2012; 삼분설의

일반적으로 우리는 그 용어에 있어서 위증죄처럼 신분자든 비신분자든 결코 간접정범의 형태로는 범할 수 없는 범죄를 ‘진정자수범’으로, 업무상비밀누설죄·허위진단서작성죄·허위공문서작성죄·도주죄와 같이 신분자가 비신분자를 도구로 이용하여 간접정범을 범할 수는 있으나 비신분자가 신분자를 이용하여 간접정범을 범할 수는 없고 비신분자는 단지 공범만 성립하는 범죄를 ‘부진정자수범’으로 구별하는 방법이 통용되고 있다.¹⁰⁾

2. 자수범과 강제추행

성범죄에 있어서도 어떠한 유형을 자수범으로 인정할 것인지에 대해 의견이 일치되지 않고 있다. 성적인 욕구의 충족이라는 측면에서 접근한다면 모든 성범죄는 자수범이라고 볼 수도 있다. 성적인 의도나 경향이 반드시 있어야 한다고 보는 경우에는 일종의 신분범성격을 가지기 때문이다. 그러나, 형법상의 성범죄는 성적 자기결정권의 침해, 즉 피해자의 법익보호의 측면도 함께 고려해야 하므로 모든 성범죄가 자수범이라고 볼 순 없다.¹¹⁾ 성범죄 중에서 대표적으로 자수범으로 거론되는 것은 피구금부녀간음죄인데, 다수설은 의무범적 진정신분범으로서 감호자가 스스로 간음하여야만 성립할 수 있으므로 자수범으로 보고 있다(다수설).¹²⁾ 준강간죄 또는 준강제추행죄도 자수범이라는 견해가 있으나,¹³⁾ 책임무능력자를 이용하여 간접정범의 형태로도 범할 수 있으므로 자수범이 아니라는 견해가 다수설이다.

기본 유형인 강제추행죄의 성립에 있어서, 객관설은 말할 것도 없고, 행위자의 성적 의도가 있어야 한다는 주관설을 취하고 있는 입장조차도 강제추행을 자수범으로 보는 견해는 보이지 않는다. 성적 의도를 가진 자가 책임무능력자를 통해 얼마든지 간접정범의 형태로 범할 수 있고, 반대로 성적 의도가 없는

유형 중 범죄 실행행위가 직접 행위자의 신체를 통해서 행해질 것을 요구하는 범죄, 위증죄처럼 소송법 등 기타 법률이 행위자 스스로 실행행위를 요구하는 범죄 2가지 유형만 인정하고 있다; 정영일, 「형법총론」 개정판, 2007, 411면; 임웅, 앞의 책, 491면.

10) 임웅, 앞의 책, 491면.

11) 김혜경, “자수범 유형의 재구성”, 형사법연구 제25권, 한국형사법학회, 2016.06, 19~20면.

12) 이에 반해 감호자가 다른 감호자를 생명있는 도구로 이용하여 본죄를 범할 수도 있고(김일수/서보학, 151면), 책임무능력자를 사주하여 피구금자의 성적자유를 침해할 수도 있으므로 자수범이 아니라는 견해(오영근, 156면)도 있다.

13) 이재상·장영민·강동범, 「형법각론」 제10판 보정판, 2018, 170면; 간음 또는 추행이라는 하나의 행위로 이루어지는 범죄이므로 본죄의 불법은 간음 또는 추행을 스스로 실행하는데 있으므로 자수범이라고 한다.

자가 성적 의도가 있는 책임무능력자를 통해 간접정범의 형태로 범한다 하더라도 성적 의도가 없는 이용자를 처벌할 수 없는 불합리함이 있기 때문이다.

3. 판례의 입장과 대상판결

학계의 이러한 논의에도 개념의 불명확성 때문인지 우리 대법원은 자수범을 직접적으로 언급하거나 적용한 예는 거의 없다. 다만, 부정수표단속법상 ‘신고 의무위반죄’의 간접정범 성립을 부정한 판결¹⁴⁾에서 대법원이 이 조문을 자수범으로 인정한 것이 아닌가 생각될 수 있으나 공동정범의 성립에 관한 언급이 없어 단정하기 어렵고,¹⁵⁾ 농협협동조합상의 호별방문죄에 관한 판례¹⁶⁾ 역시 ‘임원이 되고자 하는 자’라는 신분자만을 처벌하는 규정이라고 하면서 비신분자와 공동정범의 형태나 비신분자를 시켜서 범하는 간접정범의 형태가 불가능하다고 우회적으로 표현하고 있을 뿐이다.¹⁷⁾ 그러나, 하급심 판례¹⁸⁾에서는 “공무원이 선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 행위를 처벌하는 공직선거법 제86조 제1항 제2호를 공무원 자신이 직접 실행하는 이른바 자수범과 유사한 형태이므로 그 이외의 사람은 교사범이나 방조범이 될 수 있을 뿐 공동정범이나 간접정범이 될 수 없다”고 함으로써 자수범의 개념을 언급하고 있는 것도 보인다.¹⁹⁾

위증죄 또한 학계에서는 거의 일치된 의견으로 자수범을 인정하고 있지만, 이 조차도 판례는 자수범이라고 단정하고 있다고 보긴 어렵다. 위증죄와 관련된 대표적 판례 ‘타인이 선서무능력자를 교사하여 허위의 증언을 하게 한 사안’²⁰⁾을 일반적으로 자수범을 인정한 것처럼 인지하고 있지만,²¹⁾ 실제 판결문에서는 자수범은 언급되지 않고 증거위조는 증거 자체를 위조하는 것이지 허

14) 대법원 2007.3.15. 선고 2006도7318판결.

15) 한정환, “지배범, 의무범, 자수범”, 형사법연구 제25권 제2호, 2013.6. 19면.

16) 대법원 2003.6.13. 선고 2003도889 판결.

17) 김혜경, 앞의 논문, 22면.

18) 서울고법 2007.4.26. 선고 2007노497 판결.

19) 이외에 판결문 본문에서 자수범을 언급하고 있는 것으로는 대법원 2004.2.27. 선고 2003도 6535 판결 등이 있다.

20) 대법원 1998.2.10. 선고 97도2961 판결.

21) 해당 판례를 분석하면, 선서무능력자이므로 위증죄의 정범이 될 수 없고, 위증죄는 자수범이므로 간접정범의 형태도 인정할 수 없으며, 정범이 범죄성립이 되지 않으므로 공범도 성립할 수 없고, 허위의 증언을 하게 하는 것을 위조라고 볼 수 없으니 증거위조죄(제155조)도 성립할 수 없어 무죄를 받은 것이므로 자수범을 인정하고 있다는 것이다.

위증언을 위조라 볼 수 없다고만 하고 있을 뿐이다.

종합해 보면, 대법원은 자수범의 존재를 부정하지는 않으나 어떠한 기준에서 어떻게 이를 인정할 것인지에 대한 입장은 없다고 할 수 있겠다. 이러한 상황에서 대상판결은 강제추행죄는 자수범이 아니므로 간접정범이 성립할 수 있다는 점을 명백히 하였는데, 이는 강제추행이 자수범이 아니라는 일반적인 학계의 입장과 강제추행에 있어 행위자의 주관적인 성적 의도가 있을 필요가 없다는 점을 강조했던 기존 판례의 취지를 그대로 반영한 것으로 보인다. 대상판결을 시작으로 자수범에 대한 논의가 활발해지길 기대해 본다.

III. 간접정범 성립에 대한 검토

1. 간접정범의 성립요건과 대상판결

간접정범은 ‘타인을 생명있는 도구로 이용하여 범죄를 실현하는 정범형태’를 말하는데, 우리 형법 제34조 제1항은 ‘어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 교사 또는 방조하여 범죄행위의 결과를 발생하게 한 자’라고 규정하고 있다.

제34조는 조문의 제목을 ‘간접정범’이라고 하고 있으면서도 그 처벌을 ‘교사 또는 방조의 예에 의하여 처벌한다’라고 하고 있어 간접정범의 본질을 어떻게 이해할 것인지 그 성립요건을 어떻게 바라볼 것인지 학설의 대립이 있다. 다수설인 행위지배설에 따르면, 간접정범의 본질을 의사지배에 있다고 본다. 따라서, 간접정범이 성립하기 위해서는 ① 이용자의 이용의사, ② 이용자의 피이용자에 대한 의사지배(이용자의 우위성 내지 피이용자의 도구성) ③ 이용자의 이용행위가 있어야 하고, 마지막으로 ④ 피이용자가 고의의 유책한 정범으로 평가되지 않아야 한다. 간접정범에서의 의사지배는 이용자가 자신의 우월적 지위에 의하여 타인을 자신의 수중에 두고 도구처럼 사용함으로써, 구성요건 실현에 이르기까지의 전체적 경과가 이용자의 조종적 의사의 산물로 평가되는 경우에 인정된다고 한다.²²⁾ 그러나, 제34조 조문의 해석에 충실한 입장에서는 ① 피이용자는 어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자이어야 하고, ② 교사 또는 방조하는 이용자의 이용행위가 있어야 하

22) 임웅, 앞의 책, 436면.

며, ③ 범죄행위의 결과발생 만이 그 요건이 될 뿐 의사지배 여부는 반드시 필요한 것은 아니라고 한다.²³⁾

대법원 판례 역시 간접정범을 인정한 과거의 다양한 사건에서도 ‘의사지배’라는 단어를 직접 언급하지는 않는다. 간접정범을 ‘타인을 도구처럼 사용하여 자신의 범죄를 실현시키는 범죄’라고 하여 피이용자의 도구성은 인정하면서도²⁴⁾ 간접정범의 성립범위가 한정되는 결과를 고려해서인지 행위지배설에서 요구되는 ‘의사지배’가 있는지에 대한 직접적인 판단을 하진 않는다. 굳이 말하자면 판례에서 말하는 ‘도구’는 의사지배의 관점에서 말하는 도구라기 보다는 교사·방조의 대상, 즉 단순히 자신의 범죄를 실행하기 위한 수단으로서의 도구일 뿐이라고 해석될 수 있다고 하겠다. 나아가, “처벌되지 아니하는 타인의 행위를 적극적으로 유발하고 이를 이용하여 자신의 범죄를 실현한 자는 형법 제34조 제1항이 정하는 간접정범의 죄책을 지게 되고, 그 과정에서 타인의 의사를 부당하게 억압하여야만 간접정범에 해당하는 것은 아니다”²⁵⁾라고 함으로써 의사의 억압여부를 그 요건에서 배제하고 있는 사례도 보인다. 이러한 판례의 취지를 반영이나 하듯이 대상판결에서도 의사지배에 대한 언급은 없다. 단순히, ‘피해자를 도구처럼 사용하여 자신의 원하는 범죄의 결과를 발생시켰는지’에 대한 판단만 하고 있을 뿐이다. 결국 제34조가 타인을 교사, 방조하여 ‘범죄행위의 결과’를 발생케 한 자를 처벌한다고 규정한 것은 자수실행을 통한 보호법익의 침해와 동일한 결과가 인정되어야 한다는 뜻으로 이해함으로써 대상판결은 결과적인 측면에서 비접촉을 행위자가 직접 접촉한 것으로 동등하게 볼 수 있는가? 성적 자기결정권 침해라고 볼 수 있는지에 대한 판단만 하고 있다고 생각된다.

그렇다면, 이러한 관점에서 대상사건이 강제추행의 간접정범이 성립할 수 있는지 검토해 보자. 의사지배의 관점에서는 ‘우월적 의사지배’가 있다고 볼 수 있는지가 문제될 것이고, 조문의 해석에 충실한 입장에서는 ‘간접적인 것을 직접적인 것으로 볼 수 있는지 즉 이용행위가 피해자의 성적 자기결정권을 침해하는 결과를 가져온 것으로 평가할 수 있는지’가 문제될 것이다. 결론적으

23) 예컨대, 신동운, 앞의 책, 666면 등; 신동운 교수는 우리 법의 입법 연혁을 통하여 간접정범의 구조를 공범의 관점에서 파악하고 있다.

24) 도구성을 인정한 판례로는 대법원 2008.9.11. 선고 2007도7024 판결; 대법원 2006.9.28. 선고 2006도2963 판결 등.

25) 대법원 2007.9.6. 선고 2006도3591 판결; 정유회사 경영자가 정유회사 소속 직원들로 하여금 국회의원이 사실상 지배·장악하고 있던 후원회에 후원금을 기부하게 한 경우, 경영자에게 정치자금법 위반죄의 간접정범이 성립한다고 본 사례.

로 말하면, 두 관점 모두 간접정범을 인정할 수 있다고 본다. 사안에서는 ‘서로 다른 공간에서 문자나 카톡 대화 등으로 사진과 동영상을 유포하겠다는 협박하여 스스로 만지게 하거나 자위케 하였고, 성노예가 되겠다는 서약서를 작성케 하였다는 점’ 외에는 특별한 부연적 사실관계는 드러나지 않는다. 예컨대, ① 실제로 만나서 만남을 지속했는지, ② 둘 사이의 관계는 어떠했는지 애인 관계 또는 이와 유사한 관계였는지, ③ 협박 외의 다른 일상적인 대화는 있었는지 있었다면 그 대화는 어떤 내용이었는지, ④ 협박 이후 피해자의 일상생활은 어떠했는지 등 부연적 사실관계가 드러나 있다면 이들 쟁점을 판단하는데 보다 수월했을 것으로 보인다. 판결문 만으로는 보다 자세한 사실관계가 드러나지 않는다는 점은 아쉽다. 그러나, 의사지배 관점에서조차 나이가 어린 여성으로서 유출의 협박은 치명적인 결과를 초래한다는 점을 중시한다면 우월적 의사지배를 충분히 인정할 수 있을 것이며, 다른 관점에서도 그 결과를 쉽게 피할 수 없는 사정이 인정될 수 있으므로 두 관점 모두 간접정범 성립에 어려움이 없을 것이라고 판단된다. 다만, ‘서로 다른 공간에서 시간적 여유를 두고 문자 등을 통해 협박’ 했다는 사실을 중시한다면 결론은 달라질 수 있다. 즉 의사지배 정도가 충분치 않다고 볼 수도 있고, 자신의 성적자기결정권 침해 결과를 충분히 피할 수 있다는 사정이 인정된다고 볼 수 있기 때문이다. 따라서, 대상사건의 항소심은 오히려 이를 중시하여 ① 피고인과 피해자가 서로 다른 장소에 있었으므로 즉각적인 공격이 불가능하다는 점, ② 함께 있지 않다면 언제든지 피해자들로서도 사법기관에 신고할 수 있는 여유가 있었다는 점을 들면서 피해자의 성적 자기결정권을 쉽게 방어할 수 있는 사정이 있었기에 결과적으로 피해자의 성적 자기결정권이 침해되었다고 보기 어렵다는 이유로 강제추행이 아닌 강요죄의 성립을 인정한 것이다. 그러나, 피고인이 피해자의 음란한 사진과 동영상을 갖고 있는 것을 기회로 그 유출을 이유로 협박하면서 피해자를 성적 도구처럼 사용하고 있고, 유출될 경우 나이 어린 여성으로서는 돌이킬 수 없는 치명적인 결과를 초래하기 때문에 응할 수 밖에 없었던 피해자의 사정을 고려하지 않을 수 없으며, 신고하여 수사가 진행될 경우 오히려 이에 대한 반발로 즉각 유포해버릴 수 있다는 피해자의 우려를 고려하면 의사지배 뿐만 아니라 자신의 성적 자기결정권을 쉽게 방어할 수 없었다는 사정 또한 인정되므로 (강제추행의 지나친 확장해석이라는 비판은 별론으로 하더라도) 결론적으로는 1심과 대법원의 판단이 타당하다고 보여진다.

한편, 대상판결은 제34조의 ‘처벌되지 않는 자’의 범위에 피해자도 포함되고 함으로써 피해자도 간접정범의 도구가 될 수 있다는 점을 분명히 하고 있

는데, 이는 의사지배의 관점에서 문언의 해석에 충실하고자 하는 입장에서 피해자의 도구성을 부인하고 있진 않으므로 당연한 귀결이라 하겠다. 대상판결은 과거 ‘자살의 의미를 이해하기 어려운 7세, 3세 남짓 된 어린 자식에게 함께 죽자고 권유해 의사케 한 사안’에서 살인죄를 인정한 사례,²⁶⁾ ‘피해자를 협박하여 자상케 한 사안’에서 (중)상해죄를 인정한 사례²⁷⁾의 취지를 따른 것으로 판단되지만, 대상판결이 이들 선례와 특별히 다른 점은 판결문 자체에서 “피해자도 피이용자의 범위에 명백히 포함된다”라고 직접적인 언급을 하고 있다는 점에서 특징이 있다 할 것이다.²⁸⁾

2. 유사강간의 간접정범 부정?

대상판결에서는 유사강간의 간접정범은 왜 인정하지 않았는지 의문이다. 대상사건의 범죄일람표([표 1]에서 6, [표 2]에서 5,7,8,10)를 살펴보면, 피해자의 성기에 볼펜을 삽입하여 자위하는 영상을 촬영하도록 하여 전송받았다고 되어 있기 때문이다.

유사강간죄의 폭행·협박은 강간죄와 마찬가지로 법정형이 높기 때문에(강간 : 3년 이상, 유사강간 : 2년 이상) 최혐의로 보고 있는 것이 다수설이다. 대상사건은 피해자의 의사결정의 자유를 상당부분 제한하여 피해자를 성적 도구처럼 이용하고 있고, 성적 자기결정권을 쉽게 방어할 수 없었다는 사정을 인정하여 강제추행의 간접정범 성립을 인정하고 있으므로 그 협박도 이미 최혐의에 이르렀다고 판단할 수 있을 것이다. 따라서 유사강간의 성립도 충분히 인정할 수 있을 만한데 유사강간으로 의율하지 않았다는 점은 의아하다. 검사가 유사강간으로 공소장을 변경하지 않았기 때문인지, 강제추행의 간접정범을 인정하는 것보다 유사강간의 간접정범을 인정하는 것이 부담스러웠는지, 강제추행에 유사강간행위를 포섭한다는 논리로 이를 배제하였는지 의문스럽다. 생각건대 판례는 판결문에서 제시한 종래 판례의 논리(비접촉을 접촉과 동등하게 보기 위해서 피해자의 성적 자기결정권의 침해가 신체에 대한 접촉이 있는 경우와 비교하여 동등한 정도가 될 것)대로 피고인이 직접 삽입한 것과 동등하다고 볼 수

26) 대법원 1987.1.20. 선고 86도2395 판결.

27) 대법원 1970.9.22. 선고 70도1638 판결.

28) 위의 두 개 사례는 일반적으로 그 해석상 피해자를 이용하여 간접정범의 성립을 인정한 사례로 평가하지만 정작 판결문 내에서는 제34조를 관련조문으로 제시하고 있지도 않을 뿐더러 명백히 ‘간접정범이 성립된다’ 라고 하고 있는 것은 아니다.

어렵기 때문에 유사강간으로 의율하지 않은 것으로 보인다. 그러나, 강간 역시 자수범이 아니어서 간접정범이 성립할 수 있고, 이미 협박으로 항거불능 상태로 어쩔 수 없이 응할 수밖에 없었다는 사실을 인정하고 있다면 그 침해가 간접 접촉이든 간접 삽입이든 간에 성적 자기결정권의 침해는 발생되고 있으므로 유사강간의 간접정범까지도 인정하는 것이 타당한 논리인 것이다. 나아가 본 판결 역시 성인지감수성 차원에서 피해자의 입장을 고려한 것이라고 본다면 유사강간의 간접정범 역시 인정하지 않을 이유가 부족하다 하겠다.

IV. 추행의 범위와 성장요죄 입법필요성

1. 추행의 개념에 대한 학설과 판례의 입장

우리 형법은 제32장 ‘강간과 추행의 죄’에서 강간(제297조)과, 유사강간(제297조의2), 그리고 강제추행(제298조)을 성범죄의 기본유형으로 구성하고 있는데, 강간과 유사강간이 삽입이라는 행위태양만을 규율하고 있는 것을 보면 강제추행은 이를 제외한 즉 삽입이 아닌 성범죄의 모든 유형에 해당한다고 볼 수 있다.

강제추행에 있어서 ‘추행’은 규범적 구성요건요소로서 그 개념과 범위를 어떻게 이해할 것인지는 학설과 판례에 맡겨져 있다. 일반적으로 학설은 크게 주관설과 객관설이 대립하고 있는데, 전자는 행위자의 성적 의도나 목적 등 주관적 요소를 추행의 개념요소로 하는 견해로서, 추행을 ‘주관적으로는 성욕을 흥분·자극케 하거나 성적 만족을 얻을 의도로 행해지고, 객관적으로는 일반인의 정상적인 성적 수치심을 해하며 선량한 성도덕관념에 반하는 행위’라고 정의한다.²⁹⁾ 반면에 객관설은 주관적 요소를 추행의 개념요소로 할 경우 복수·호기심·혐오의 동기로 인한 음란행위는 추행에서 제외되어 부당하고, 성적 자유의 보호를 주관적 요소의 존부에 따라 좌우케 하는 것은 구성요건의 명확성을 해친다는 이유로 추행개념을 ‘객관적으로 일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하는 일체의 행위’라고 정의한다(다수설).³⁰⁾ 이러한 전통적 대립 외에

29) 김종원, 「형법각론(상)」, 1971, 133면; 유기천, 「전정신판 형법학(각론강의)」, 2012, 법문사, 124면; 임웅, 형법각론 200~201면;

30) 권오걸, 「형법각론」, 2009, 189면; 김성천·김형준, 「형법각론」 제3판, 2012, 195면; 배중대, 「형법각론」 제10전정판, 2018, 169면; 백형구, 「형법각론」, 1999, 334면; 손동권, 「형법각론」,

도 최근에는 객관설의 입장에서 피해자의 성적 자유라는 보호법익을 침해했는지 여부도 추행 여부를 판단하는데 고려해야 한다는 최근 판례의 입장을 지지하는 견해³¹⁾와 행위자의 주관적 의도를 고려하는 것이 필수조건은 아니지만 특정 사안을 객관적으로만 볼 경우 추행이 되지 않을 우려도 있으므로 예외적으로 행위자의 주관적 요소를 고려하기도 해야한다는 견해³²⁾ 등도 제시되고 있다. 한편, 신체부위에 따라 추행 여부가 달라지는지에 대해 신체의 내밀한 부분에 대해서만 추행이 인정된다는 견해와 신체부위에 따라 본질적인 차이를 두는 것은 타당하지 않다는 입장³³⁾이 대립되어 있다.

판례는 객관설의 입장에서 피해자의 성적 자기결정권 침해 여부도 고려해야 한다는 입장을 취하고 있다. “추행이라 함은 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위”,³⁴⁾ “강제추행죄의 성립에 필요한 주관적 구성요건요소는 고의만으로 충분하고, 그 외에 성욕을 자극·흥분·만족시키려는 주관적 동기나 목적까지 있어야 하는 것은 아니다”³⁵⁾라고 하면서 기본적으로 객관설을 지지하면서도 “추행은 개인의 성적 자유를 보호법익으로 하는 것이므로 결국 이에 해당하는지 여부는 개인의 성적 자유가 현저히 침해되고, 또한 일반인의 입장에서 보아도 추행행위라고 평가될 경우에 한정하여야 할 것이고, 이러한 의미에서 키스, 포옹 등과 같은 경우에 있어서 그것이 추행행위에 해당하는가에 대해서는 피해자의 의사, 성별, 연령, 행위자와 피해자의 이전부터의 관계, 그 행위에 이르게 된 경우, 구체적 행위태양, 주위의 객관적 상황과 그 시대의 성적 도덕관념 등을 종합적으로 고려하여 신중히 검토하여야만 한다”³⁶⁾ 고 하면서 ‘성적 자기결정권 침해 여부’도 함께 고려하는 입장을 취하고 있다.

2006, 154면; 오영근, 「형법각론」, 2014, 146면; 이재상·장영민·강동범, 「형법각론」 제10판 보정판, 2017, 168면; 이정원, 「형법각론」, 2012, 182면; 이형국, 「형법각론」, 2007, 219~220면; 정성근/박광민, 「형법각론」, 196면 등.

31) 강구진, 「형법강의 각론 I」, 1983, 173면; 김성돈, 「형법각론」 제5판, 2018, 186면; 이정원, 「형법각론」, 2012, 181면

32) 이성기, “강제추행죄에서 ‘추행’ 판단의 관례상 문제점과 개선방안:미국과 영국의 비교법적 검토를 중심으로”, 법학논집, 제34집 4호, 213면; ‘손, 발, 머리카락 등에 대한 특정부위에 대한 기호증을 갖고 있는 행위자의 의도를 고려하지 않을 경우 객관적으로도, 보호법익 측면에서도 추행이 되지 않을 우려를 지적하고 있다.

33) 김성돈, 앞의 책, 187면; 김준호, “형법상 강제추행 개념의 해석 범위, 저스티스 통권 153호, 2016.4, 92~95면.

34) 대법원 2002.4.26. 선고 2001도2417 판결.

35) 대법원 2006.1.13. 선고 2005도6791 판결; 대법원 2009.9.24. 선고 2009도2576 판결.

36) 대법원 1998.1.23. 선고 97도2506.

2. 강제추행의 범위에 대한 판례의 변화와 대상판결

강제추행의 개념의 해석범위에 있어 판례는 세 차례 정도의 전환점을 거치며 확대되어 왔다고 생각된다. 첫째는, 기습추행의 인정인데, 피해자를 팔로 힘껏 꺾어내고 강제제로 두 차례 입을 맞춘 사안에서, 원심이 상대방의 의사를 억압할 정도의 폭행·협박이 선행되지 않았다는 이유로 강제추행의 성립을 부정한 것에 반하여, 1983년 6월, 대법원은 “강제추행죄에 있어서 폭행 또는 협박으로 사람에게 대하여 추행을 한다는 것은 먼저 상대방에 대하여 폭행 또는 협박을 가하여 그 항거를 곤란하게 한 뒤에 추행행위를 하는 경우만을 말하는 것이 아니고 폭행행위 자체가 추행행위라고 인정되는 경우도 포함되는 것”이라고 함으로써 폭행·협박이 반드시 선행될 필요가 없다고 하였으며, 후자에 있어서 “폭행은 반드시 상대방의 의사를 억압할 정도의 것임을 요하지 않고 다만 상대방의 의사에 반하는 유형력의 행사가 있는 이상 그 힘의 대소강약을 불문한다”³⁷⁾고 함으로써 추행 그 자체로도 폭행이 될 수 있으므로 최협의의 폭행·협박이 있을 필요가 없다고 판시하였다. 본 판례 이후에도, 피해자의 상의를 걷어 올려 유방을 만지고 하의를 끌어내린 사례,³⁸⁾ 직장상사가 등 뒤에서 피해자의 의사에 반하여 어깨를 주무른 사례,³⁹⁾ 찜질방 수면실에서 옆에 누워 있던 피해자의 가슴 등을 손으로 만진 사례⁴⁰⁾ 등에서 모두 추행을 인정하는 다수 판례가 등장함으로써 ‘선폭행·협박 그리고 추행’이라는 기존의 문언에 입각한 사고를 재고하게 되면서, 강간의 폭행·협박보다 완화된 것을 주장했었던 당시 소수설⁴¹⁾이 주목받게 된 계기가 되었다.⁴²⁾

둘째는, 추행의 해석에 있어서 행위자의 주관적 성적 의도를 배제한 것인데, 초등학교 4학년 담임교사(남성)가 훈계 목적으로 교실에서 자신이 담당하는 반의 남학생의 성기를 4회 에 걸쳐 만진 사안에서, 2006년 1월, 대법원은 “(미성년자의제)강제추행죄의 성립에 필요한 주관적 구성요건요소는 고의만으로 충분하고, 그 외에 성욕을 자극·흥분·만족시키려는 주관적 동기나 목적까지

37) 대법원 1983.6.28. 선고 83도399 판결.

38) 대법원 1994.8.23. 선고 94도630 판결.

39) 대법원 2002.4.26. 선고 2001도2417 판결.

40) 대법원 2004.4.16. 선고 2004도52 판결.

41) 강구진, 앞의 책, 173면; 정영석, 「형법각론」, 1985, 275면 등.

42) 한편, 83년도 대법원 판결은 최근 기습유사강간의 경우에도 유사강간죄의 성립을 인정할 수 있게 한 판결(대판 2016도14099; 대판 2016도15085)의 논리 원천이라는 것을 부정할 순 없다.

있어야 하는 것은 아니다” 라고 판시함⁴³⁾으로써, 추행의 성립범위를 확장하였다. 이후, ‘초등학교 기간제 교사가 성적 의도 없이 건강검진을 받으러 온 학생의 옷 속으로 손을 넣어 가슴 등 신체 부위를 만진 행위’⁴⁴⁾, ‘알고 지내던 피해자(여성)가 자신의 머리채를 잡아 폭행을 가하자 보복의 목적으로 피해자의 입술, 귀 등을 입으로 깨무는 행위’⁴⁵⁾ 등을 동일한 취지로 강제추행 성립을 긍정하였는데, 객관설이 다수적 입장이 된 것도 이러한 판례의 영향이 크다고 생각된다.

셋째는, 신체에 대한 직접적인 접촉이 없어도 추행을 인정한 것인데, ‘피고인이 엘리베이터 안에서 피해자를 칼로 위협하는 등의 방법으로 꿈쩍하지 못하도록 하여 자신의 실력적 지배하에 둔 다음 자위행위 모습을 보여주면서 피해자로 하여금 이를 외면하거나 피할 수 없게 한 사안’에 대하여 2010년 2월, 대법원은 강제추행이 성립한다고 판시하였다.⁴⁶⁾ 과거 비접촉 폭행을 인정했던 선례(좁은 공간에서 욕설을 하면서 때릴 듯이 손발이나 물건을 휘두르거나 던지는 행위)⁴⁷⁾와 같이 몸에 닿지 않는 방식으로도 추행이 될 수 있다고 함으로써 상당한 파장을 일으켰다. 접촉하지 않았더라도 성적인 행위를 외면하거나 피할 수 없어 성적 자기결정권이 침해되었다고 볼 수 있으면 추행으로 볼 수 있지만 성적 자기결정권을 방어할 수 있는 손쉬운 방법이 있을 경우에는 추행이 되지 않는다는 이러한 판례의 취지는 그 후에도 그대로 반영되어 나타난다. 예컨대, ‘피해자에게 욕설을 하면서 자신의 바지를 벗어 성기를 보여주는 방법으로 강제추행했다고 기소된 사안’에서, 대법원은 “단순히 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위인 것만으로는 부족하고 그 상대방의 성적 자기결정의 자유를 침해하는 것으로 인정되어야 추행이 될 수 있다고 하면서, 그러한 행위가 있었던 곳이 주위의 도움을 청하기 쉬운 사람의 왕래가 잦은 곳이었다는 점, 그 자리를 피한다거나, 시선을 돌린다거나 하는 방법으로 자신을 방어하기 어렵지 않았다면 성적 자기결정의 자유가 침해되었다고 보기 어려워 강제추행이 아닌 공연음란(또는 범죄 처벌법상 과다노출죄)가 성립된다”고 판시함으로써⁴⁸⁾ 추행이 되기 위해서는 성적 자기결정권을 쉽게 방어할 수 없는 상황에 놓임으로써 결과적으로 성적

43) 대법원 2006.1.13. 선고 2005도6791 판결.

44) 대법원 2009.9.24. 선고 2009도2576 판결.

45) 대법원 2013.9.26. 선고 2013도5856 판결.

46) 대법원 2010.2.25. 선고 2009도13716 판결.

47) 대법원 1990.2.13. 선고 89도1406 판결.

48) 대법원 2012.7.26. 선고 2011도8805 판결.

자기결정권의 침해가 있다고 볼 수 있어야한다는 종래 취지를 재확인하였다.⁴⁹⁾ 이러한 판례를 통해 대법원은 비접촉 추행을 추행으로 인정되기 위해서는 성적 자기결정권을 쉽게 방어할 수 있었는가 내지 성적 자기결정권 침해라고 볼 수 있는가, 신체에 대한 접촉이 있는 경우와 비교하여 동등하다고 평가할 수 있는가 라는 명제를 제시함으로써 유사사안에 있어서 판단의 방법이 되도록 하였으나, 추행의 범위를 무분별하게 확장했다는 비난과 함께 동등성을 어떻게 판단할 것인지에 대한 실질적인 기준을 제시하지 못했다는 비판⁵⁰⁾을 받았다.

대사판결 역시, “사진과 동영상의 유포를 이유로 협박하여 피해자 스스로 자신의 성적 자기결정권을 보호하기 어려운 상황에서 성적인 행동을 하게 하였다면 접촉하지 않았더라도 접촉과 동등하게 볼 수 있다” 고 함으로써 이러한 판례의 입장을 고스란히 반영한 것이라고 평가할 수 있을 것이다.

3. 확장해석 논란과 성장요죄 입법필요성

앞서 살펴보았듯이, 학설은 주관설에서 보복·호기심·협오를 동기로 하여 추행한 경우를 추행에서 제외하는 것이 타당하지 않다는 논거 하에 객관설이 대두되었다가, 객관적 사정만으로 그 성립범위가 확장되는 것을 비판하면서 다시 주관적 요소 및 성적자기결정권 침해도 함께 고려하여 그 성립범위를 줄이는 방향으로 움직이고 있다. 접촉을 신체의 특정한 영역으로 제한하자는 것도 같은 차원의 문제이다. 이는 법원의 자의적 결단에 의해 무분별한 범죄자 양산을 막고 법적안정성과 죄형법정주의를 수호하고자 하는 노력이 깃든 것이다. 적어도 역사가 법관의 자의적 독단을 배제하는 방향으로 발전되어 왔듯이, 합리적으로 포섭할 수 없는 법률이 마땅치 않을 경우 무죄판결을 해야하는 것이 현시대의 입장인 것이다.

그러나, 법원은 기습추행을 인정하여 섹스폭행·협박과 추행의 논리를 과감히 배척했고, 행위자의 주관적 요소를 배제하여 그 범위를 대폭 확장했으며, 더욱이 최근에는 접촉없는 추행과 나아가 간접정범의 형태로까지 그 성립범위를

49) 이외에도 비접촉 추행을 인정한 하급심 판례로는 수원지방법원 2013.11.8. 선고 2013고합162 판결(상당히 가까운 거리에서 피해자를 향해 사정을 하여 피해자가 앉아 있는 쇼파에 정액을 묻힌 경우에도 강제추행을 인정한 사안) 등이 있다.

50) 이와 관련해서는 박성준, “신체적 접촉이 수반되지 않는 강제추행죄의 성립:대법원 2010.2.25. 선고 2009도13716판결과 대법원 2012.7.26. 선고 2011도8805 판결의 비교를 중심으로”, 재판과 판례 제23집, 대구판례연구회, 2014, 389면.

지나치게 확장하고 있는 것을 볼 때 ‘피고인에게 불리한 확장해석과 유추해석은 금지된다’는 개념이 이제는 ‘피해자에게 유리한 확장해석과 유추해석은 허용된다’처럼 변한 것은 아닌지 의심스럽다.

이러한 상황에서, 최근, 성폭력에 있어 성인지감수성을 고려하지 않을 수 없다는 법원의 입장을 고려한다면,⁵¹⁾ 피해자가 그러할 수 밖에 없었던 사정을 제시할 경우 모두 추행이 되는 현상이 벌어질 수 있고, 나아가 과거 ‘로션을 바른 손으로 성기를 감싸쥐고 성교행위를 하듯이 왕복운동을 하여 사정케 한 행위’를 성매매처벌법상 유사성교행위로 인정했던 대법원의 판결⁵²⁾과 같이 판례가 제시했던 ‘동등성’ 기준을 언급하면서 다양한 방법으로 성적 만족을 얻고 피고인이 사정을 한 경우라면 삽입과 동등하게 볼 수 있다고 하면서 삽입 없는 (유사)강간죄를 인정해 버리는 판례가 나오지 말란 법도 없다.

생각건대, 이제는 입법적으로 해결해야 한다고 본다. 10년이면 강산도 변한다는데, 강제추행죄는 유사강간을 제정하여 이를 그 범위에서 배제한 것 외에는 제정당시 그대로이다. 다양한 방법으로 성폭력이 발생할 수 있다는 점을 고려하지 않을 수 없고, 실제로 강간이나 강제추행이 과거 반항억압과 항거불능을 요구했던 것에서 시대적 변화와 인식수준의 변화에 따라 성적자유에 대한 범주를 과감히 확장해야 한다는 최근의 현실을 반영한다면 변화의 필요성이 있다고 생각된다. 다행히도 최근 많은 비판적인 연구들이 단순추행죄⁵³⁾ 및 성강요죄 신설⁵⁴⁾ 등 입법적 해결 필요성을 언급하고 있다.

우선, 단순추행죄 신설에 있어서, 폭행·협박을 사용하는 강제추행과 이를 이용함이 없는 단순추행죄를 신설하자는 논의에 대해 기습추행과 같이 강제추행으로 포섭하기 어려운 측면이 있으므로 적어도 필요성 차원에서는 강제추행만이 처벌의 대상이 된다고 하는 주장은 타당하지 않다고 생각된다. 다만, (최협의)폭행·협박의 유무, 성적 의도 유무, 성적 자기결정의 자유 침해 정도, 침해부위의 설정 등과 관련하여 강제추행과 단순추행의 경계를 어떻게 설정할

51) 성인지 감수성을 직접 언급한 판례로는 대법원 2018.10.25. 선고 2018도7709 판결; 대법원 2018.4.12. 선고 2017두74702 판결 등.

52) 대법원 2006.10.26. 선고 2005도8130 판결.

53) 류부근, “강제추행죄가 성립하기 위한 강제추행의 요건” 형사법연구 제28권 제4호, 2016, 143~144면, 이경재, “강제추행죄를 둘러싼 몇 가지 문제점”, 형사판례연구 [23], 박영사, 2015, 188면 등.

54) 최은하, “성적 자기결정권과 최협의의 폭행·협박개념의 위헌성 - 성적 강요죄(독일형법 제177조)의 관점에서 -”, 피해자학연구 제23권 제3호, 2015.12, 135면; 신영호·최은하, “성적 강요죄(독일형법 제177조)의 기본적 구성요건성 - 강간죄의 일부개정과 유사강간죄의 신설과 관련하여 -”, 형사법연구 제27권 제2호, 2015.6. 170면 등.

것인지 세심한 주의가 요구된다.

성강요죄 신설에 있어서는 다음과 같은 면에서는 타당성이 있다고 보여진다. 우선, 대상판결과 같이 비접촉 추행에 있어 성강요죄로 의율하는 것이 쉬워진다. 성강요죄 규정이 있다면 대상판결에서처럼 강제추행의 간접정범 인정 여부를 고민할 필요 없이 성강요죄를 적용하면 되므로 유추해석 논란에서 자유로워진다. 나아가 대상판결의 사실관계에서 나타난 것처럼 ‘성적 노예가 되겠다고 서약서를 작성케 한 사실’에 대해서는 3심 모두 강요죄가 성립된다고 하였는데 이 역시 ‘성강요죄’를 적용할 수 있게 되므로 합리적이다. 서약서 작성 그 자체만은 단순강요죄가 적용되겠으나 서약서에 성적 행위를 하겠다는 내용이 담겨져 있다면 성강요죄를 적용하는 것이 타당하다. 이는 의사결정의 자유보다 더 중요하다고 여겨지는 성적 자기결정권이 침해되고 있는 사안에서 단순 강요로 처벌하는 것은 합리적이지 않기 때문이다. 둘째로, 강제추행으로 의율되기 어려운 다양한 유형에서 성강요죄로 의율하여 처벌할 수 있게 된다. 예컨대, ‘음란한 동영상을 보게 하는 행위’, ‘성적 의도로 어깨나 허벅지를 주무르라고 한 경우’⁵⁵⁾ ‘러브샷을 하게 하는 행위’, ‘타인과 함께 춤을 추게하는 등 성적 파트너가 되게 하는 행위’ 등에 있어 성강요죄로 의율하여 처벌할 수 있게 되므로 위계나 위력에 의한 성적 행동 강요의 영역도 포섭할 수 있다고 보여진다. 마지막으로, 강간이나 강제추행 외에도 성적 자유를 침해하는 또 다른 영역이 있다는 점을 인정하여 입법적으로 이미 독일 등에서는 성강요죄를 성범죄의 기본적 구성요건으로 하고 있다는 점도 이를 뒷받침하고 있다 하겠다.

한편, 성강요죄의 범정형은 단순 강요죄(5년 이하 징역 또는 3천만원 이하 벌금)보다는 중하게 설정할 필요는 있어 보인다. 일반적인 의사결정과 활동의 자유보다 성적 자기결정권의 보호가치가 더 크기 때문이다. 다만, 강간(3년 이상 징역)이나 유사강간(2년 이상 징역), 강제추행(10년 이하 징역 또는 1천5백만원 이하의 벌금)과의 관계에서 어느 정도로 설정할 것인지는 좀더 면밀한 검토가 요구된다. 강요당하는 성적 행동의 범위는 그 방법에 따라 매우 다양하므로 (명확성의 원칙에 반하지 않도록) 이를 어떻게 설정해야 할 것인지에 대한 입법적 문제가 남기 때문이다. 예컨대, 우리 입법체계를 반영하여 강요당하는 성적 행동의 유형을 삽입과 비삽입을 구분하여 범정형을 달리 설정하는 것도 좋은 방법이라고 보여진다.

55) 이와 유사한 사례로 강제추행이 인정되지 않아 무죄가 된 사안으로는 대법원 2015.4.23. 선고 2014도16129 판결.

V. 나가며

성범죄를 포함한 모든 범죄는 전형적인 유형으로만 범해지는 것이 아니므로, 법률 규정의 문언만으로는 그러한 모든 상황에 대처하지 못하는 ‘입법의 공백’이 생길 여지도 있다. 따라서, 필요한 경우 유추해석이 되지 않는 범위 내에서 합리적인 확장해석을 함으로써 이 공백을 메우는 것이 사법부의 역할이다. 그러나 허용되는 확장해석과 금지되는 유추해석의 경계가 명확하지 않은 현실에서 법원의 지나친 확장해석은 죄형법정주의가 아닌 죄형전단주의라고 치부되기 쉽다.

강제추행죄에 있어서 지난 수십년간 대법원은 그 성립범위를 확장해 왔다. 기습추행을 인정하여 선폭행·협박과 추행이라는 논리를 정면으로 배척하였고, 행위자의 성적 의도를 배제함으로써 그 성립범위를 확장시켰으며, 접촉과 동등하다고 볼 수 있다는 논리로 ‘비접촉 추행’을 인정해왔다. 그러할 때마다 지나친 확장해석이라는 비판은 꾸준히 이어져 왔다. 대상판결 역시 비접촉 추행의 방법의 하나로 간접정범 성립가능성도 인정함으로써 이러한 논란에 자유로울 수 없을 것이다.

앞서 언급한 바와 같이, 강제추행의 간접정범을 인정한 것이 부당하다는 것이 아니다. 다만, 강제추행의 성립 범위의 지나친 확장에 대하여 이를 어떻게 견제해야 할 것인가 하는 비판적 사고에서 출발한 것이다. 대상판결에서 법원으로서의 성적 자기결정권이 침해되었다고 볼 여지가 있음에도 단순강요죄를 적용하는 것 자체가 부담스러웠을 것이고, 그렇다고 강제추행의 간접정범을 인정하는 것 역시 또 다른 확장해석이라는 비판이 있어 선뜻 결정하기 어려웠을 것이다. 이러한 상황에서 폭행·협박을 수단으로 하는 강간과 강제추행까지는 아니더라도 다양한 유형으로 피해자의 성적 자기결정의 자유가 침해되고 있다는 점을 간과할 수 없다면 ‘성적 행동을 하게 하거나 받아들이게 하는 유형’을 처벌하는 성강요죄를 입법할 필요가 있다고 생각된다. 그러할 경우 논란의 여지를 잠재우고 피해자의 성적 자기결정권을 폭넓게 보호할 수 있는 방법이라 할 것이다.

한편, 그 동안에 자수범에 대한 직접적인 언급이 거의 없었던 사법부가 대상판결에서 ‘자수범’이란 개념을 판결문 자체에서 언급하고, 강제추행죄(넓게 본다면 성폭력범죄)를 자수범이 아니라고 판시한 점은 고무할 만 하다. 이에 대한 활발한 논의를 기대해 본다.

[참고문헌]

- Roxin, 『Strafrecht Allgemeiner Teil』 Band II, 2003.
- 강구진, 『형법강의 각론 I』, 박영사, 1983.
- 김성돈, 『형법총론』 제4판, 성균관대학교 출판부, 2015.
- 김성돈, 『형법각론』 제5판, 성균관대학교 출판부, 2018.
- 김성천·김형준, 『형법각론』 제3판, 도서출판소진 2012.
- 김일수/서보학, 『새로쓴 형법총론』 제11판, 박영사, 2006.
- 김일수/서보학, 『새로쓴 형법각론』 제8판, 박영사, 2015.
- 김종원, 『형법각론(상)』, 법문사, 1971.
- 박상기, 『형법총론』 제9판, 박영사, 2012.
- 박상기, 『형법각론』 제8판, 박영사, 2011.
- 배종대, 『형법총론』 제13판, 홍문사, 2017.
- 배종대, 『형법각론』 제10권정판, 홍문사, 2018.
- 백형구, 『형법각론』 청림출판, 1999.
- 손동권, 『형법총론』 제2개정판, 율곡출판사, 2006.
- 손동권, 『형법각론』 제2개정판, 율곡출판사, 2006.
- 신동운, 『형법총론』 제9판, 법문사, 2015.
- 오영근, 『형법총론』 제2판(보정판), 박영사, 2012.
- 오영근, 『형법각론』 제3판, 박영사, 2014.
- 이형국, 『형법각론』, 법문사, 2007.
- 임 응, 『형법총론』, 제9정판, 법문사, 2017.
- 임 응, 『형법각론』 제6정판, 법문사, 2015.
- 차용석, 『刑事法講座 II』, 형법총론(下), 박영사, 1984.
- 유기천, 『전정신판 형법학(각론강의)』, 법문사, 2012.
- 이정원, 『형법각론』, 신론사, 2012.
- 이재상·장영민·강동범, 『형법총론』 제8판, 박영사, 2015.
- 이재상·장영민·강동범, 『형법각론』 제10판 보정판, 박영사, 2018.
- 정성근·박광민, 『형법총론』 전정판, 성균관대학교 출판부, 2012.
- 정성근·박광민, 『형법각론』 전정2판, 성균관대학교 출판부, 2015.
- 정영일, 『형법총론』 개정판, 박영사, 2007.

김준호, “형법상 강제추행 개념의 해석 범위, 저스티스 통권 153호, 2016.4.

- 김혜경, “자수범 유형의 재구성”, 형사법연구 제25권, 한국형사법학회, 2016.6.
- 류부곤, “강제추행죄가 성립하기 위한 강제추행의 요건” 형사법연구 제28권 제4호, 2016.
- 박성준, “신체적 접촉이 수반되지 않는 강제추행죄의 성립:대법원 2010.2.25. 선고 2009도13716 판결과 대법원 2012.7.26. 선고 2011도8805 판결의 비교를 중심으로”, 재판과 판례 제23집, 대구판례연구회, 2014.
- 신영호 · 최은하, “성적 강요죄(독일형법 제177조)의 기본적 구성요건성 - 강간죄의 일부개정과 유사강간죄의 신설과 관련하여 -”, 형사법연구 제27권 제2호, 2015.6.
- 이경재, “강제추행죄를 둘러싼 몇 가지 문제점”, 형사판례연구 [23], 박영사, 2015
- 이성기, “강제추행죄에서 ‘추행’ 판단의 판례상 문제점과 개선방안:미국과 영국의 비교법적 검토를 중심으로”, 법학논집, 제34집 4호.
- 차용석, “간접정범”, 형사법의 제문제: 陽村 신동욱박사정년기념논문집, 삼영사, 1983.
- 최은하, “성적 자기결정권과 최협의의 폭행·협박개념의 위헌성 - 성적 강요죄(독일형법 제177조)의 관점에서 -”, 피해자학연구 제23권 제3호, 2015.12.
- 한정환, “지배범, 의무범, 자수범”, 형사법연구 제25권 제2호, 2013.6.

[Abstract]

A Study on Establishment Scope of Indecent Assault and
Legislative Necessity of Offense of Compelling to Sexual Action
- Focusing on 'Korean Supreme Court judgement 2016do17733' -

Yang, Lang-Hae*

Recently, the Korean Supreme Court has ruled establishment of indirect perpetration on indecent act by compulsion, in case by threatenig the victim, the victim touched her own body without offender's direct touch.

The contents of the case are as follows. The offender(male) were threatening the victim(female) would spread pornographic photographs, video of her. and then he told her to touch her body or to masturbate, and she did so. in that case, despite the lack of offender's direct touch, the Korean Supreme Court ruled that it is indirect Perpetration of Indecent act by compulsion.

About the case, the first trial court ruled that it is indirect perpetration of indecent act by compulsion, but the appeal court ruled that it is just a offense of compel. So look at what the results are different, despite the sexual freedom of self-determination was violated, the case is controversial whether to admit simple offense of compel or to admit establishment of indirect perpetration on indecent act by compulsion.

The Supreme Court has argued in the previous cases that if no-touch can be regarded as the same as touch, it is indecent act by compulsion. therefore, In this case, the victim was forced to follow intent of the perpetrator by threatening to spread the victim's pornographic photographs and videos, and the perpetrator used the victim as the sexual tool of him, for these reasons, The Supreme Court has ruled establishment of indirect perpetration on indecent act by compulsion.

However, according to the 'Nullum crime sine lege' principles, there is a

* Lecturer, College of Public Policy, Chonbuk National University, Ph.D. in law

lot of criticism about the fact that no-touch is regarded as touch. so, it is doubtful whether the establishment scope of indecent assault was expanded by recognizing the establishment of indirect perpetration.

Historically, The Korean Supreme Court has expanded the establishment scope of indecent assault in the following order; Even if the assault and intimidation were not preceded, court acknowledged that If touched, a crime is established; In interpreting the concept of indecent assault, the offender's sexual intent is excluded; It is touch if no-touch can be regarded as same as touch. Every time the scope is expanded, many criticisms have been made. The case examined in this paper is also subject to criticism.

This paper is not intended to criticize establishment of indirect perpetration on indecent act by compulsion but to express critical thinking about the excessive expansion of the establishment scope. Besides rape and sexual assault which using means of assault and intimidation, Considering that the freedom of sexual self-determination of victims in various ways are being violated, I think it is necessary to legislate a crime punishable by 'the type that forces or accepts sexual behavior'. If it does, it will be able to reduce the controversy and protect the victim's sexual self-determination broadly.

Keywords : Indecent Assault(Indecent Act by Compulsion), Indirect Perpetration,
Eigenhandiges Delikt, Offense of Compelling to Sexual Action,
Establishment Scope of Indecent Assault