

## 업무상 위력에 의한 성범죄의 적용상 한계 및 개선방안에 대한 비판적 검토\*

박찬걸\*\*

### 국 | 문 | 요 | 약

미투운동의 영향으로 성폭력에 대한 경각심 제고, 사회 전반에 노출된 피해자의 극심한 고통 공유, 권력형 성폭력에 대한 적극적인 저항 표출 등의 긍정적인 영향을 가져온 점에 대해서는 이견이 없을 것이다. 하지만 우리나라 미투운동의 전개과정에서 나타난 가해자에게 발생하는 억울한 피해의 우려, 펜스룰의 등장, 남성 대 여성이라는 프레임 대결구도 형성, 성폭력 폭로의 신빙성에 대한 의구심 등은 미투운동의 긍정적 효과를 반감시키는 부작용의 주된 요인이라는 점도 결코 간과해서는 안 될 것이다. 특히 소위 ‘안희정 사건’에 대한 제1심 판결의 결과를 바라보는 시각의 차이는 매우 극명하게 엇갈리고 있는데, 언론에 등장하는 대부분의 견해는 제1심 판결의 부당성을 강조하는데 지나치게 편향되어 있음에 가히 우려할 만하다.

성형법이라는 것이 기본적으로 윤리와 법의 경계에 있는 대표적인 영역이라고 할 수 있지만, 분명한 것은 윤리적 비난과 법적인 비난은 엄연히 구별되는 것이며, 또한 반드시 구별해야 하는 것이다. 만약 이를 동일시하거나 윤리적 비난을 법적인 비난으로 지나치게 확장한다면 윤리와 법의 경계는 허물어질 수밖에 없을 것이고, 이는 다름 아닌 법치주의의 위기에 직면하는 지름길 이 될 것이 자명하다. 그렇다고 국민의 법감정을 완전히 무시하는 것도 정도(正道)는 아닐 것이다. 이와 같은 괴리현상은 일반 국민들이 생각하는 성폭력 개념과 현행법에 규정되어 있는 성폭력 개념이 상이하다는 점에서 근본적인 원인을 찾을 수 있겠다. 그러므로 양자의 개념 차이에서 발생하고 있는 간극을 입법적으로 조정하거나 그것이 여의치 않다면 기존 규정에 대한 해석론을 새로운 시각에서 접근하는 방법을 고려해야만 한다.

이러한 문제의식에 입각하여 본고에서는 현행 업무상 위력에 의한 성범죄 규정의 내용을 분석하고, 이를 해석하는 판례의 태도를 검토한 후 관련 법체계가 가지고 있는 문제점을 도출한다. 이후 이를 해결하기 위한 입법적인 시도라고 할 수 있는 현재 국회에 계류 중인 업무상 위력에 의한 성범죄 관련 개정법률안의 개별 쟁점에 대하여 그 타당성 여부를 검토하면서 합리적인 개선방안을 도출해 보고자 한다.

❖ 주제어 : 미투운동, 권력형 성폭력, 성형법, 업무상 위력에 의한 성범죄,  
윤리와 법의 경계

\* 본고는 2018. 11. 20. 서울 양재동 엘타워에서 개최된 (재)한국범죄방지재단 제39회 학술강연회에서 필자가 발표한 원고를 일부 수정 및 보완한 것입니다.

\*\* 대구가톨릭대학교 사회과학대학 경찰행정학과 부교수(법학박사)

## I. 문제의 제기

2018년 초 본격적으로 시작된 우리나라 미투운동의 흐름은 현행 성폭력 법규의 체계 및 피해자 보호체계에 적지 않은 문제점을 노출시켰고, 이에 대한 다각적인 방면의 개선방안이 활발하게 논의될 수 있는 공론의 장을 마련하는데 크게 기여하고 있다. 특히 법정형 상향 조정 및 공소시효의 정지·연장·배제 등을 통한 성폭력범죄의 처벌 강화, 비동의간음죄·성희롱죄·추가피해유발죄 등의 신설을 통한 성폭력범죄의 처벌 확대, 피해자에 대한 명예훼손죄 적용의 제한, 성폭력 재발방지 대책의 마련·피해자의 불이익 내용 구체화 등을 통한 성폭력피해자의 2차 피해 방지<sup>1)</sup> 등과 관련된 수많은 법률개정안이 국회에 계류되어 있는 상황이다. 이와 같은 일련의 미투운동의 영향으로 성폭력에 대한 경각심 제고, 사회 전반에 노출된 피해자의 극심한 고통 공유, 권력형 성폭력에 대한 적극적인 저항 표출 등의 긍정적인 영향을 가져온 점에 대해서는 이견이 없을 것이다.

그러나 우리나라 미투운동의 전개과정에서 나타난 가해자에게 발생하는 역올한 피해의 우려, 펜스룰의 등장, 남성 대 여성이라는 프레임 대결구도 형성, 성폭력 폭로의 신빙성에 대한 의구심, 경우에 따라 피해자의 일방적인 진술만으로도 범죄자로 취급될 수 있다는 두려움과 불안함 등은 미투운동의 긍정적 효과를 반감시키는 부작용의 주된 요인이라는 점도 결코 간과해서는 안 될 것이다. 특히 가해자의 신상에 대한 과도한 노출, 가족이나 주변인에 대한 무차별적인 비난 등은 가해자로 하여금 쉽게 본인의 잘못을 인정하고 뉘우치기 어려운 환경을 조성하는데 결정적인 역할을 한다.<sup>2)</sup> 실제로 권력형 성폭력 사건에 있어서 가해자의 입장에서 그 동안 자신이 살아 온 성공적인(?) 인생 전체에 대한 순식간의 몰락과 무한·반복되는 대중적인 지탄 등에서 비롯되는 윤리적·도덕적 비난이 법적인 처벌 보다 훨씬 커다란 부담으로 작용하기도 한다. 이에 자신의 가해사실을 최대한 축소하려고 하는 행태를

1) 미투운동으로 부각된 최근 성폭력피해자의 2차 피해 방지를 위한 보다 구체적인 내용에 대해서는 박찬걸, “성폭력피해자의 2차 피해 방지를 위한 몇 가지 쟁점에 대한 검토”, 법학논총 제35권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2018. 9, 201면 이하 참조.

2) 심현정/라광현, “국내 미투운동의 형사사법학적 함의”, 한국경찰학회보 제20권 제4호, 한국경찰학회, 2018. 8, 104면.

보이기도 하며, 행위 자체에 대한 윤리적 비난은 감수하고서라도 법적인 처벌을 회피하기 위하여 자신을 방어하기도 한다.

이러한 상황에서 지난 2018년 8월 14일 서울서부지방법원은 소위 ‘안희정 사건’에 대한 제1심 판결<sup>3)</sup>에서 무죄를 선고하였고<sup>4)</sup>, 동 사건은 현재 제2심이 진행 중에 있어 검찰측과 피고인측의 법리적 공방이 다시금 재연되고 있다. ‘안희정 사건’은 피고인이 범행 당시 인지도가 상당한 현직 도지사였다는 점과 한 때나마 유력한 차기 대선후보였다는 점에서 미투운동 가운데 언론에서 가장 집중적으로 보도한 사건으로 평가되며, 이에 대한 제1심 판결은 미투운동으로 드러난 권력형 성폭력에 대한 사법부의 최초의 판단이었다는 점에서 세간의 이목이 집중되었으며, 이러한 관심은 현재에도 진행형의 상태에 있다. 재판부는 기본적으로 「위력에 의한 간음·추행죄는 행위자가 우월한 지위를 남용하여 상대방의 의사를 제압할 정도에 이르는 것을 전제로 하는 범죄인데, … 피고인은 피해자에게 위력을 행사할 수 있는 지위에 있었으나 위력을 행사한 것으로는 볼 수 없다.」라는 이유에서 무죄의 결론을 도출하고 있다. 이후 동 판결의 결과를 바라보는 시각의 차이는 매우 극명하게 엇갈리고 있는데, 언론에 등장하는 대부분의 견해는 제1심 판결의 부당성을 강조하는데 지나치게 편향되어 있음에 가히 우려할 만하다. 필자는 이러한 일련의 편향적인 현상을 접하면서 과연 우리나라가 법치주의는 제대로 확립된 국가인지, 피고인에게 주어진 최소한의 권리라고 할 수 있는 무죄추정의 원칙이 그저 헌법상의 허울에 불과한 것인지에 대하여 심각하게 고민할 수밖에 없었다. 성형법이라는 것이 기본적으로 윤리와 법의 경계에 있는 대표적인 영역이라고 할 수 있지만, 분명한 것은 윤리적 비난과 법적인 비난은 엄연히 구별되는 것이며, 또한 반드시 구별해야 하는 것이다. 만약 이를 동일시하거나 윤리적 비난을 법적인 비난으로 지나치게 확장한다면 윤리와 법의 경계는 허물어질 수밖에 없을 것이고, 이는 다름 아닌 법치주의의 위기에 직면하는 지름길이 될 것이 자명하다. 그렇다고 국민의 법감정을 완전히 무시하는

3) 필자는 동 판결에 대한 판결문 제공 신청을 하였으나, 2018. 10. 16. 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제9조 제1항 단서 제4호(진행 중인 재판에 관련된 정보와 범죄의 예방, 수사, 공소의 제기 및 유지, 형의 집행, 교정, 보안처분에 관한 사항으로서 공개될 경우 그 직무수행을 현저히 곤란하게 하거나 형사피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보)에 해당하여 제공할 수 없다는 통보를 받은 바 있다.

4) 서울서부지방법원 2018. 8. 14. 선고 2018고합75 판결.

것도 정도(正道)는 아닐 것이다. 이와 같은 괴리현상은 일반 국민들이 생각하는 성폭력 개념과 현행법에 규정되어 있는 성폭력 개념이 상이하다는 점에서 근본적인 원인을 찾을 수 있겠다. 그러므로 양자의 개념 차이에서 발생하고 있는 간극을 입법적으로 조정하거나 그것이 여의치 않다면 기존 규정에 대한 해석론을 새로운 시각에서 접근하는 방법을 고려해야만 한다.

이러한 문제의식에 입각하여 본고에서는 현행 업무상 위력에 의한 성범죄 규정의 내용을 분석하고, 이를 해석하는 판례의 태도를 검토한 후 관련 법체계가 가지고 있는 문제점을 도출한다. 이후 이를 해결하기 위한 입법적인 시도라고 할 수 있는 현재 국회에 계류 중인 업무상 위력에 의한 성범죄 관련 개정법률안의 개별 쟁점에 대하여 그 타당성 여부를 검토하면서 합리적인 개선방안을 도출해 보고자 한다.

## II. 업무상 위력에 의한 성범죄의 내용 및 문제점

### 1. 현행법의 내용

#### 가. 규정의 체계

현행 형법 제303조 제1항에서는 “업무, 고용 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음한 자는 7년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.”라고 하여, 업무상 위력 등에 의한 간음죄를 규정하고 있고, 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제10조 제1항에서는 “업무, 고용이나 그 밖의 관계로 인하여 자기의 보호, 감독을 받는 사람에 대하여 위계 또는 위력으로 추행한 사람은 3년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다.”라고 하여, 업무상 위력 등에 의한 추행죄를 규정하고 있다.

또한 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제7조 제5항에서는 “위계 또는 위력으로써 아동·청소년을 간음하거나 아동·청소년을 추행한 자는 제1항부터 제3항까지의 예에 따른다.”라고 하여<sup>5)</sup>, 아동·청소년 대상 위력에 의한 성폭력범죄에 대한 가중처벌규정을 별도로 두고 있고, 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제6조

제5항에서 “위계 또는 위력으로써 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람을 간음한 사람은 5년 이상의 유기징역에 처한다.”, 동조 제6항에서 “위계 또는 위력으로써 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람을 추행한 사람은 1년 이상의 유기징역 또는 1천만원 이상 3천만원 이하의 벌금에 처한다.”, 동조 제7항에서 “장애인의 보호, 교육 등을 목적으로 하는 시설의 장 또는 종사자가 보호, 감독의 대상인 장애인에 대하여 제1항부터 제6항까지의 죄를 범한 경우에는 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중한다.”라고 하여, 장애인 대상 위력에 의한 성폭력범죄에 대한 가중처벌 규정을 별도로 두고 있어, 형법 제302조(‘미성년자 또는 심신미약자에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음 또는 추행을 한 자는 5년 이하의 징역에 처한다.’)를 사실상 사문화시키고 있다. 형법 제302조에서 말하는 ‘심신미약자’란 정신기능의 장애로 인하여 사물변별능력이나 의사결정능력이 부족한 자를 말하는데, 그 연령을 묻지 아니하므로 성년인 심신미약자도 본죄의 객체가 된다.

결국 위계 또는 위력으로 성년의 (비업무)정상인을 추행 또는 간음하는 행위는 원칙적으로 불가벌이 된다. 이는 2012. 12. 18. 형법 개정을 통하여 혼인빙자간음죄를 폐지하면서 성년의 정상인을 상대로 한 ‘기타 위계에 의한 간음’도 동시에 폐지한 결과를 초래한 것과도 상관관계가 있다.<sup>6)</sup> 하지만 현행법체계에 의하면 위계에 의한 간음의 객체로서 아동·청소년, 장애인 등을 상정하고 있지만, 위계에 의한 간음죄를 독립적인 범죄로 상정한다면 그 객체를 현재의 포섭대상인 아동·청소년 등

5) 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제7조(아동·청소년에 대한 강간·강제추행 등)

- ① 폭행 또는 협박으로 아동·청소년을 강간한 사람은 무기징역 또는 5년 이상의 유기징역에 처한다.
  - ② 아동·청소년에 대하여 폭행이나 협박으로 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 자는 5년 이상의 유기징역에 처한다.
    - 1. 구강·항문 등 신체(성기는 제외한다)의 내부에 성기를 넣는 행위
    - 2. 성기·항문에 손가락 등 신체(성기는 제외한다)의 일부나 도구를 넣는 행위
  - 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.
  - ⑤ 위계 또는 위력으로써 아동·청소년을 간음하거나 아동·청소년을 추행한 자는 제1항부터 제3항까지의 예에 따른다.
  - ⑥ 제1항부터 제5항까지의 미수범은 처벌한다.
- 6) 이에 대하여 보다 자세한 논의로는 박찬걸, “성폭력범죄 대처를 위한 최근(2012. 12. 18.)의 개정 형법에 대한 검토”, 한양법학 제24권 제2집, 한양법학회, 2013. 5, 187-190면 참조.

뿐만 아니라 성인의 경우까지 확장하는 작업도 필요하다. 왜냐하면 (구) 혼인빙자간음죄에 대한 헌법재판소 결정의 취지는 혼인을 빙자하는 위계의 방법만이 위헌이라는 것이지 혼인을 빙자하는 방법 이외 일체의 위계의 방법이 위헌이라고 판시한 바는 없기 때문이다. 특히 일반 성인이라고 할지라도 물질만능주의, 결과중심주의 등 현대사회의 특성에 비추어 볼 때 얼마든지 간음행위와 밀접불가분의 연관성이 인정되는 특수한 상황과 조건이 제공될 여지가 충분히 있기 때문에 이에 대한 가벌성을 인정할 필요성도 충분히 있는 것이다. 물론 그 객체가 아동·청소년인가 아니면 성인인가에 따라 법정형에 차등도 병행하는 작업이 진행되어야 한다.

한편 위계 또는 위력으로써 13세 미만의 사람을 간음하면 무기징역 또는 10년 이상의 징역, 유사간음하면 7년 이상의 유기징역, 추행하면 5년 이상의 유기징역 또는 3천만원 이상 5천만원 이하의 벌금에 처한다(「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제7조 참조). 참고로 형법 제303조 제1항의 업무상 위력 등에 의한 간음죄 및 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제10조 제1항의 업무상 위력 등에 의한 추행죄 등을 제외한 아동·청소년, 장애인을 대상으로 하는 업무상 위력에 의한 성범죄의 경우에는 미수범 처벌조항을 별도로 두고 있다(「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제7조 제6항 및 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제15조 참조).

생각건대 아동·청소년 또는 장애인은 성인에 비하여 정신적·육체적으로 성숙하지 아니한 상태에 있기 때문에, 아동·청소년 또는 장애인에 대하여는 형법상의 강간죄가 요구하는 정도의 폭행·협박을 사용하지 않고 위력만으로도 간음죄를 범할 수 있고, 실제 그러한 범죄가 빈번하게 발생하고 있다. 이와 같이 최협의의 폭행·협박 개념으로 강간죄를 고수하고 있는 판례의 태도에 따라 이러한 정도에 이르지 못한 폭행·협박이 문제된 사안의 경우에는 처벌의 공백 내지 불합리한 점이 발생하게 되었고, 이를 보충하기 위한 개념요소로서 ‘위력’에 의한 성폭력범죄가 등장하게 된 것이다. 예를 들면 대법원에 의하면, 「피고인이 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행·협박을 한 것을 인정할 증거가 없고, 피해자에게 위와 같이 유형력을 행사한 것은 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(장애인위계등간음)죄와 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(장애인위계등추행)죄의 ‘위력’에 해당하며 …」 라고 판시<sup>7)</sup>하고 있으며, 이에 따라 위력에 의한 아동·청소년 또는 장애인

대상 간음죄의 경우에는 강간죄에 대한 보충적 기능을 충실히 수행하여 입법취지에 제대로 부합하고 있다고 평가받고 있다.<sup>8)</sup>

## 나. 판례의 입장

대법원에 의하면 ‘위력’이란 피해자의 자유의사를 제압하기에 충분한 세력을 말하고, 유형적이든 무형적이든 묻지 않으므로, 폭행·협박뿐만 아니라 행위자의 사회적·경제적·정치적인 지위나 권세를 이용하는 것도 가능하며, 위력행위 자체가 추행행위라고 인정되는 경우도 포함되고, 이 경우에 있어서의 위력은 현실적으로 피해자의 자유의사가 제압될 것임을 요하는 것은 아니다.<sup>10)</sup> 따라서 간음의 경우에 비하여 추행의 경우에는 위력의 의미를 완화하여 해석할 수 있고, 간음은 인정되지만 위력이 인정되지 않아 위력에 의한 간음이 성립되지 않는 경우에도 위력에 의한 추행의 성립은 긍정되는 경우가 있을 수 있다.<sup>11)</sup>

한편 ‘위력’으로써 간음하였는지 여부는 행사한 유형력의 내용과 정도 내지 이용한 행위자의 지위나 권세의 종류, 피해자의 연령, 행위자와 피해자의 이전부터의 관계, 그 행위에 이르게 된 경위, 구체적인 행위 태양, 범행 당시의 정황 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.<sup>12)</sup> 종합적으로 판단하기 위해서는 단순히 위력의 정도만을 기준으로 하는 것이 아니라 피해자의 여러 상황 등도 함께 고려하여, 상대적으로 평가한다는 의미이다. 즉 위력에 의한 성범죄가 성립하기 위해서는 행위자가 행사한 위력의 객관적인 태양만으로는 판단할 수 없고, 위력이 행사된 상황의 전반적인 사정이 모두 고려되어 복합적으로 판단되어야 하는 것인데, 이는 행위자가 행사한 위력이 피해자의 의사를 제압하기에 충분한지 그렇지 아니한지를 판

7) 대법원 2014. 10. 15. 선고 2014도9315 판결.

8) 박찬걸, “청소년정보보호법상 위계에 의한 아동·청소년 간음죄에 있어서 ‘위계’의 해석”, *소년보호연구* 제31권 제3호, 한국소년정책학회, 2018. 8, 177-178면.

9) 대법원 2013. 1. 16. 선고 2011도7164 판결.

10) 대법원 1998. 1. 23. 선고 97도2506 판결.

11) 구길모, “가출 아동·청소년 대상 ‘위력’에 의한 성범죄에 대한 고찰”, *법학연구* 제25권 제3호, 충남대학교 법학연구소, 2014. 12, 161면.

12) 대법원 2008. 7. 24. 선고 2008도4069 판결; 대법원 2005. 7. 29. 선고 2004도5868 판결.

단하는데 있어서 위력이 행사된 상황의 전반적인 사정을 종합적으로 고려해야 한다는 취지이다.<sup>13)</sup> 특히 남녀간의 정사를 내용으로 하는 업무상 위력 등에 의한 간음에 있어서는 행위의 성질상 당사자간에서 극비리에 또는 외부에서 알기 어려운 상태에서 감행되는 것이 보통이고, 피해자 외에는 이에 대한 물적 증거나 직접적 목격증인 등의 증언을 기대하기가 어려운 사정이 있는 것이다. 이런 범죄는 피해자의 피해 전말에 관한 증언을 토대로 하여 범행의 전후사정에 관한 제반증거를 종합하여 우리의 경험법칙에 비추어서 범행이 있었다고 인정될 수 있는 경우에는 이를 유죄로 인정할 수 있는 것이다.<sup>14)</sup> 그러므로 업무상 위력에 의한 성범죄에서의 쟁점은 남녀가 성관계를 가질 당시의 정황이 어떠한지 여부로서 이는 남녀의 각 신문결과 중 누구의 진술을 더 믿을 수 있는가의 문제로 귀결된다고 할 수 있다.<sup>15)</sup> 결국 이러한 유형의 성폭력범죄의 경우 피해자의 진술이 유일한 증거인 경우가 많기 때문에 피해자의 진술이 일관되어 신빙할만한 것인지 여부가 유·무죄를 판단하는데 결정적인 근거가 된다.<sup>16)</sup>

또한 위력으로 간음 또는 추행을 해야 하므로 피해자의 자유의사가 제압되는 객관적 상황이 존재해야 하며, 위력과 간음이나 추행 사이에 인과관계도 인정되어야 하고, 이 역시 객관적으로 입증되어야 한다.<sup>17)</sup> 설사 피고인이 피해자의 의사를 제압할만한 위력을 행사하였고 피해자가 그 사실을 인식하면서도 피해자가 피고인을 이용하거나 피고인으로부터 특별한 이익을 얻을 목적으로 간음에 응한 경우에는 업무상 위력에 의한 간음죄가 성립할 수 없다. 왜냐하면 위력의 행사와 간음이라는 결과 사이에 상당인과관계가 부정되기 때문이다. 다시 말해 피해자가 어떤 성적 행위를 결정하게 된 원인이 행위자가 행사한 위력이라는 점이 입증되어야 한다. 또한 고의를 인정하기 위해서는 피해자가 의사를 제압당하였거나 제압당할만하다는 사정에

13) 류부곤, “미성년자 등 간음죄에 있어서 ‘위력’의 의미”, 형사법연구 제25권 제1호, 한국형사법학회, 2013. 3, 140면.

14) 대법원 1976. 2. 10. 선고 74도1519 판결.

15) 광주지방법원 순천지원 2008. 2. 21. 선고 2008가합48 판결.

16) 임현주, “권력형 성범죄의 피해자 보호 강화 방안”, 전북대학교 법학연구소, 법학연구 제56호, 2018. 5, 198면.

17) 안경옥, “위력에 의한 간음·추행죄의 판단기준 및 형법상 성범죄규정의 개선방안”, 경희법학 제50권 제4호, 경희대학교 법학연구소, 2015. 12, 216면.

대한 인식과 의사가 반드시 필요하다.

## 2. 소위 ‘권력형 성범죄’ 및 관련 규정의 문제점

### 가. 권력형 성범죄의 문제점

업무상 위력을 수단으로 이루어지는 성범죄는 주로 가해자가 피해자의 동의를 받아 간음·추행하는 것이 일반적이다. 위력을 수단으로 하는 성폭력범죄에서는 유효한 동의가 없다는 점에서 간음·추행이 피해자의 진정한 의사에 반하는 것이라고 할 수 있으나, 외형적으로는 피해자의 동의가 있는 것처럼 보인다는 점에서 폭행·협박을 수단으로 하는 성폭력범죄와 구별된다.<sup>18)</sup> 이 때문에 피해자는 오로지 가해자의 위세와 권력 때문에 명백한 의사를 표시하지 못하는 것임에도 불구하고, 가해자는 피해자의 의사를 왜곡하여 피해자의 동의가 있는 것처럼 자신의 행동을 정당화하는 것이다.<sup>19)</sup> 폭행 또는 협박에 의한 강제력이 동원되는 성폭력의 경우에는 피해자의 의사에 반하여 이루어지는 범죄라는 점에 대한 인식을 가해자의 대부분이 가지는 것이 일반적이지만, (성인을 대상으로 하는) 위력에 의한 성폭력의 경우에는 적어도 외형적으로는 피해자의 의사에 부합하는 것처럼 보이기 때문에 가해자가 이를 범죄로 인식하는데 있어서 쉽지 않은 모습을 취하기도 한다.

특히 폭행·협박을 수단으로 하는 성폭력범죄가 유형적 지배력, 즉 물리적인 힘을 이용하여 피해자를 제압하는 유형인 반면에, 위력을 수단으로 하는 성폭력범죄의 경우에는 피해자에 대한 무형적 지배력을 이용하여 피해자를 정신적으로 제압한다는 점에서 매우 큰 차이가 있다. 여기서 말하는 ‘무형적 지배력’은 가해자와 피해자가 동일한 조직 또는 분야에 종사하는 상황에서 피해자의 사회생활에 상당한 영향력을 행사할 수 있는 가해자의 지위에서 비롯된다. 이로 인하여 피해자는 가해자의 행위에 동의하지 않음에도 불구하고 가해자가 불이익을 가할 것을 우려하여 거부

18) 김태명, “권력형 성범죄의 처벌과 비동의간음·추행죄의 도입”, 법학연구 제57호, 전북대학교 법학연구소, 2018. 9, 143면.

19) 서혜진, “사례를 통해 본 권력형 성폭력 범죄의 특성 및 문제점”, 법학연구 제56호, 전북대학교 법학연구소, 2018. 5, 175면.

사를 분명하게 전달하지 못하고, 가해자는 피해자가 힘들어한다는 사실을 알면서도 마치 피해자의 동의가 있는 것처럼 자신의 행동을 정당화하면서 지속적으로 성폭력을 일삼는 경향이 있다.

하지만 업무상 위력을 수단으로 이루어지는 권력형 성범죄를 논의함에 있어서 위력을 수단으로 이루어지는 다른 유형의 성범죄와의 차이점을 결코 간과해서는 안 된다. 아동·청소년 또는 장애인 등과 같이 의사결정능력이 미약한 자를 대상으로 위력을 행사하여 성범죄를 범하는 사건에 있어서, 물론 위력의 행사 여부가 범죄의 성립 여부를 좌우하는 경우도 있기는 하지만, 위력의 존재 그 자체만으로도 충분히 범죄사실을 인정할 수 있는 경우도 충분히 상정할 수 있다.<sup>20)</sup> 왜냐하면 이들에게는 위력의 존재만으로 자유의사가 쉽게 제압당할 수 있는 처지와 환경이 존재하기 때문이다. 하지만 일반적으로 의사결정능력이 어느 정도 인정되고 있는 성인을 대상으로 위력을 행사하여 성범죄를 범하는 사건에 있어서는 위력의 존재 그 자체만으로는 범죄사실을 쉽게 인정해서는 안 되고, 행위 당시에 그러한 위력이 실제로 행사되었는지 여부를 면밀히 분석<sup>21)</sup>한 후 죄의 성립 여부를 검토할 필요성이 있다. 왜냐하면 권력이 있는 자와 그러한 권력의 지배를 받는 자 상호간에 이루어지는 모든 성적인 행위들을 범죄로 바라보는 것은 국가의 지나친 간섭이며, 이성관계 자체에 대하여 법률이 직접 개입하는 것은 성적 자유에 대한 무리한 통제이기 때문이다. 특히 업무상 위력에 의한 추행과 달리 업무상 위력에 의한 간음의 경우 직장 내에서 상급자인 남성이 하급자인 여성에게 성관계를 요구한다고 하여 이에 응한 여성이 사후에 위력에 의한 요구를 이유로 국가에 대하여 남성의 처벌을 요구하는 것은 여성 스스로가 자신의 성적자기결정권을 부인하는 행위이다. 이는 여성이란 성적자기결정권을 자기책임 아래 스스로 행사할 능력이 없는 존재, 즉 자신의 인생과 운명에 관하여 스스로 결정하고 형성할 능력이 없는 열등한 존재로 파악하는 것과 아무런

20) 대구고등법원 2010. 7. 22. 선고 2010노43 판결(피고인은 피해자가 가출하여 마땅히 거처할 장소가 없다는 것을 적극적으로 이용하여 피해자에게 잠자리와 금품을 제공하고, 이러한 우월적인 사회적·경제적 지위를 이용하여 성적 자기결정능력이 미약한 청소년인 피해자의 자유의사를 제압하는 방법으로 간음하였다).

21) 대법원 1985. 9. 10. 선고 85도1273 판결(피고인이 범행시 피해자가 불응하는 경우 해고할 것을 위협하였다 하더라도 이는 업무상 위력에 의한 간음죄의 구성요건일 뿐 해고될 것이 두려워 고소를 하지 않은 것은 고소할 수 없는 불가항력적 사유에 해당한다고 할 수 없으므로 ...).

차이가 없는 것이다. 결국 위력의 존재 그 자체와 그러한 위력의 실질적인 행사는 엄격히 구분되어야 하며, 행위의 가벌성은 후자에서 찾아야 한다. 이러한 해석이 지나치게 피고인에게 유리한 제한해석이라고 할지라도 결코 허용될 수 없는 해석방법은 아닌 것이다.

#### 나. 업무상 위력에 의한 추행죄가 과연 필요한가?

업무상 위력에 의한 추행죄는 폭행 또는 협박이 요구되는 강제추행죄의 보충적인 기능을 수행하고 있는 범죄의 유형이다. 즉 특정 추행행위가 형법상 강제추행죄에서 말하는 폭행 또는 협박을 수반한 것으로 판단되지는 않지만, 위력이라는 유형력의 행사가 인정될 경우에 이를 감경하여 처벌하는 것이다. 이와 관련하여 현행법에 의하면 강제추행의 구성요건요소로서 ‘폭행 또는 협박’이 요구되는데, 이에 대하여 대법원은 「강제추행죄는 상대방에 대하여 폭행 또는 협박을 가하여 항거를 곤란하게 한 뒤에 추행행위를 하는 경우뿐만 아니라 폭행행위 자체가 추행행위라고 인정되는 경우도 포함되며, 이 경우의 폭행은 반드시 상대방의 의사를 억압할 정도의 것임을 요하지 않고 상대방의 의사에 반하는 유형력의 행사가 있는 이상 그 힘의 대소강약을 불문한다. 추행은 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 피해자의 성적 자유를 침해하는 것이라고 할 것인데, 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 할 것이다。」라고 판시<sup>22)</sup>하고 있다. 이와 같이 판례는 강제추행죄에 있어서 요구되는 폭행 또는 협박의 정도를 ‘상대방의 의사에 반하는 유형력의 행사가 있는 이상 그 힘의 대소강약을 불문’이라는 표현을 통하여 상당히 완화시키고 있다. 결국 현행법의 해석상 상대방의 의사에 반하는 추행행위가 존재하면 얼마든지 강제추행죄로 의율될 수 있기 때문에 별도로 위력에 의한 추행죄를 두는 것이 과연 타당한지는 재고의 여지가 있는 것이다.<sup>23)</sup> 예를 들면 호텔에서 안는 행위, 차량 안에서 피해

22) 대법원 2012. 6. 14. 선고 2012도3893 판결; 대법원 1983. 6. 28. 선고 83도399 판결.

23) 同旨 류화진, “업무상 위력에 의한 간음죄에 관한 다른 해석의 시도”, 원광법학 제34권 제2호,

자의 신체를 만지는 행위, 호프집 공중화장실·중식당의 방·집무실 등에서 기습적으로 피해자를 껴안거나 입을 맞추는 행위 등은 그 자체로 강제추행죄가 되기에 충분하다. 특히 현재 강제추행죄의 법정형으로도 충분히 처벌의 공백을 방지할 수 있다는 점도 고려의 대상이 될 수 있다.

### Ⅲ. 업무상 위력에 의한 성범죄 관련 개정안의 쟁점별 검토

#### 1. 구성요건의 확장

##### 가. 내 용

2018. 3. 16.자 이명수의원 대표발의 형법 일부개정법률안(의안번호: 12507)에서는 제303조 제1항을 ‘업무, 고용 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독을 받거나 사회적 지위 등을 이용하여 사실상 영향력을 행사할 수 있는 사람에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.’라고 하고 있고, 2018. 3. 2.자 나경원의원 대표발의 형법 일부개정법률안(의안번호: 12282)에서는 제303조의2를 신설하여 ‘경제·사회적 지위를 이용하여 사실상 영향력을 행사할 수 있는 사람에 대하여 이익의 제공이나 약속 또는 불이익의 위협으로 간음한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다.’라고 하고 있고, 2018. 4. 6.자 광상도의원 대표발의 형법 일부개정법률안(의안번호: 12963)에서는 제303조 제1항을 ‘업무, 고용 및 기타 관계로 인해 자기의 보호 또는 감독을 받거나 사실상의 영향력 및 실질적 영향력 아래에 있는 사람을 간음한 사람’으로 하고 있고, 2018. 8. 21.자 김수민의원 대표발의 형법 일부개정법률안(의안번호: 14981)에서는 제303조 제2항을 신설하여, ‘② 업무, 고용 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람에 대하여 상대방의 부동의 의사에 반하여 간음한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다.’라고 하고 있고,

2018. 9. 6.자 나경원의원 대표발의 형법 일부개정법률안(의안번호: 15354)에서는 제303조 제2항을 신설하여, ‘② 업무, 고용, 그 밖의 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독을 받거나 경제적·사회적 지위를 이용하여 사실상 영향력을 행사할 수 있는 사람에 대하여 명시적 동의 없이 간음한 사람은 7년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.’라고 하고 있다.

## 나. 검토

### 1) 행위의 주체 및 객체 확장의 타당성 여부

현행 형법 제303조 제1항의 업무상 위력 등에 의한 간음죄는 ‘업무, 고용 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음한 자는 7년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.’라고 규정하고 있는데, 개정안의 ‘사회적 지위를 이용하여 사실상 영향력을 행사할 수 있는 사람에 대하여’ 부분은 본죄의 객체성을 확장하기 위한 시도로 평가된다.<sup>24)</sup> 이러한 지위는 일정한 ‘신분적 지위’가 아니라 일정한 객관적 상황에 기한 ‘관계적 지위’를 말하는 것으로서<sup>25)</sup>, 피고인의 보호 또는 감독을 받는 사람이 아니라 할지라도 피고인의 사회적·경제적·정치적인 지위나 권세에 종속될 우려가 있는 사람이라면 본죄가 성립할 수 있는 것이다. 예를 들면 업무나 고용 등의 형식적 지배에 의한 관계 이외에 문화예술계에서 영향력을 행사하는 자가 문화예술계로의 진입을 희망하는 자를 대상으로 범죄를 행하는 경우, 대학교수가 교양수업을 수강하고 있는 다른 학과 학생이나 졸업생을 대상으로 범죄를 행하는 경우, 임용권자와 지원자의 관계, 캐스팅권한이 있는 연출자와 출연자의 관계 등과 같이 실질적인 지배력을 행사할 수 있는 다양한 수직적 관계가 이에 해당할 수 있다. 업무상 또는 고용관계에 있지 않더라도 상대방의 우월한 사회적 지위에 의하여 이에 종속된 약자가 성폭력피해를 당하는 사례가 빈번한데, 이러한 상황에 의하여 발생하는 범죄는 업무상 또는 고용관계에서 발생하는 범죄와 본질적으로 동일한 것으로 평가될 수 있기 때문에 위와 같은

24) 박찬걸, “미투(Me Too)운동이 야기한 형사법적 쟁점 검토 - 형법 및 성폭력처벌법에 대한 개정법률안을 중심으로 -”, 형사정책 제30권 제2호, 한국형사정책학회, 2018. 8, 267면.

25) 류부곤, 앞의 논문, 151면.

행위주체의 추가적인 신설은 타당하다.<sup>26)</sup> 비록 기존의 판례<sup>27)</sup>에 의하더라도 ‘사실상의 보호 또는 감독을 받는 상황’을 이용하는 경우에도 본조를 적용하여 처벌하는 것이 가능하겠지만, 해석을 통하여 처벌의 공백을 메우기 보다는 입법을 통하여 이를 보다 명확하게 해준다는 측면에서 개정안의 취지는 의미가 있는 것이다.

## 2) 행위태양 확장의 타당성 여부

본죄의 행위태양으로서 ‘위계 또는 위력’이 아닌 ‘이익의 제공이나 약속 또는 불이익의 위협’을 추가하는 것은 타당하지 않다.<sup>28)</sup> 우선 ‘이익의 제공이나 약속’으로 간음이나 추행을 하는 경우를 처벌하는 것은 사회적 약자의 성적 주체성을 지나치게 폄하하는 태도로 판단된다. 왜냐하면 사회적 약자를 보호한다는 미명 아래 사실상 국가 스스로가 사회적 약자의 성적 자기결정권을 부인하는 것이 되기 때문이다. 또한 이익의 제공이나 약속은 불법한 유형력의 행사라기보다는 상대방의 호감을 사기 위한 일종의 유혹행위에 보다 가까운 성질을 지니고 있으므로, 성적인 관계의 과정에서 이루어지는 통상적인 유도행위를 처벌의 대상으로 하여서는 안 된다. 만약 이러한 행위를 처벌의 대상으로 한다면 직장 내 연애행위 또는 남녀간의 애정행위에 무리하게 국가형벌권을 동원하는 결과를 초래할 것이다. 한편 이익의 제공이나 약속을 통하여 성적 행위가 이루어진다면 쌍방 당사자 모두 성매매로 처벌될 여지가 충분히 있다는 점도 주의할 필요가 있다. 다음으로 ‘불이익의 위협’은 사회적 지위의 남용에 해당하고, 이는 전형적인 위력행사의 일환으로 평가될 수 있기 때문에 별도의 구성요건을 두는 것은 아무런 실익이 없다고 판단된다.

26) 同旨 김태명, 앞의 논문, 157면.

27) 대법원 1976. 2. 10. 선고 74도1519 판결(형법 제303조 규정의 업무, 고용 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독을 받는 부녀라 함에 있어서의 기타 관계로 자기의 보호 또는 감독을 받는 부녀라 함에는 사실상의 보호 또는 감독을 받는 상황에 있는 부녀인 경우도 이에 포함되는 것으로 보는 것이 우리의 일반사회통념이나 실정 그리고 동 법조를 신설하여 동 법조규정 상황하에 있는 부녀의 애정의 자유가 부당하게 침해되는 것을 보호하려는 법의 정신에 비추어 타당하다).

28) 박찬걸, 앞의 논문(각주 24), 268면.

#### 다. 소위 ‘비동의간음죄’ 신설의 타당성 여부

기존의 비동의간음죄 신설과 관련된 논의는 주로 성폭력범죄의 기본구성요건으로 이를 도입할 것인지 여부에 집중되었지만, 앞에서 살펴 본 김수민 의원안과 나경원 의원안은 업무상 위력에 의한 간음죄와 관련하여 ‘위력’이라는 구성요건요소가 없는 상황에서도 ‘부동의 의사에 반하여 간음’하거나 ‘명시적 동의 없이 간음’한 경우를 처벌하고자 한다는 점에서 그 특색이 있다. 이와 관련하여 피해자의 동의 여부를 범죄의 명시적인 구성요건요소로 하는 입법방식은 처벌의 범위가 지나치게 확대될 수 있다는 점, 만약 비동의간음죄가 신설된다면 가해자가 거부사표시를 무시한 사실 자체를 인정할 가능성이 희박해 질 수 밖에 없으므로 이 또한 입증의 어려움으로 귀결될 수 있다는 점, 폭행·협박·위계·위력 등이 사용되지 아니한 성적 자기결정권의 침해를 방지하기 위하여 형법을 동원하는 것은 여성의 의지와 능력을 폄하하는 조치이며, 종래의 수동적 여성성을 오히려 고착시킬 차별적 법제로 변모될 위험성이 초래될 수도 있다는 점<sup>29)</sup> 등의 지적이 있는 반면에, 현행법의 체계 아래에서는 가해자가 피해자에게 명시적인 폭행 또는 협박을 행사하지 않은 상황에서 피해자의 거부사표시를 무시하고 성행위에 이른 사실은 인정하는 경우에는 처벌의 공백이 생긴다는 이유로 비동의간음죄의 신설을 주장<sup>30)</sup>하기도 한다.

생각건대 최협의에 이르지 아니하는 폭행·협박이 있는 경우에는 처벌할 수 없는 입법의 공백이 생기는데, 이러한 경우에는 화간인 셈이므로 강간죄는 성립할 수 없고 기껏해야 폭행죄 또는 협박죄의 성립 여부만이 문제될 뿐이다. 이러한 문제점의 대처방안으로 협의의 폭행·협박을 사용하여 간음하는 경우 또는 비동의간음의 경우 등에 상응하는 범죄의 구성요건을 신설하는 방안이 제시될 수 있다. 하지만 가장 중요한 문제는 강간죄에 있어서 폭행·협박은 행사의 여부가 중요한 것이지 그 정도는 문제되지 않는다고 보아야 한다. 그러므로 피해자로 하여금 강간시도에 대하여 강하게 저항할 것을 요구하며, 피해자가 적극적으로 저항하지 않고 ‘싫다’는 의사만

29) 김한균, “비동의간음죄의 입법론의 비판적 검토”, 형사법의 신동향 제59권, 대검찰청, 2018. 6. 438면.

30) 장다혜, “비동의간음죄의 입법 필요성: 성폭력법체계의 개선을 중심으로”, 한국범죄방지재단 제39회 학술강연회 자료집, 2018. 11. 20, 54면.

표시했을 때는 강간죄가 성립되지 않는다고 판시한 기존의 판례 입장<sup>31)</sup>은 변화될 필요성이 있다. 왜냐하면 이는 재판과정에서 가해자의 강간 여부가 아니라 피해자의 구조 요청이나 반항 유무가 중점이 됨으로써 피해자에게 2차 피해를 입히는 문제가 발생하기 때문이다. 그러므로 강간죄의 보호법익을 성적 자기결정권으로 본다는 것은 강간죄의 성립 여부를 가해자의 폭행·협박의 정도나 피해자의 저항 여부가 아니라 피해자의 성적 자기결정권의 침해 여부를 중심으로 판단하는 것이기에 강간죄의 폭행·협박을 ‘최협의의 폭행·협박’으로 한정해야 할 필요는 없다.<sup>32)</sup> 부득이하게 비동의간음죄를 신설할 경우에도 그 법정형의 설정은 강간죄의 경우와 비교하여 상대적으로 낮게 책정될 필요가 있으며, 벌금형도 선택형으로 두어야 한다. 특히 보충성의 원칙에 반한다는 비판을 불식시키기 위해서 비동의간음죄를 친고죄로 규정하는 것도 하나의 대안이 될 수 있을 것이다.

## 2. 미수범의 처벌

### (1) 내 용

2018. 9. 6.자 김수민의원 대표발의 형법 일부개정법률안(의안번호: 15358)에 의하면, 현행법은 강간과 추행 등의 죄에 대해 미수범을 처벌하는 규정을 두고 있으나, 최근 심각한 사회문제가 되고 있는 업무상위력 등에 의한 성범죄나 미성년자 또는 심신미약자를 대상으로 한 성범죄에 대해서는 미수범 처벌 규정이 없어 이에 대한 법익보호가 제대로 이루어지지 않고 있다는 지적에 따라 형법 제303조의2(미수범)를 신설하여 ‘제302조 및 제303조의 미수범은 처벌한다.’라고 하여, 이러한 성

31) 대법원 2004. 6. 25. 선고 2004도2611 판결(피고인은 피해자의 의사에 반하는 정도의 유형력을 행사하여 피해자를 간음한 것으로 볼 여지는 있으나, 더 나아가 그 유형력의 행사로 인하여 피해자가 반항을 못하거나 반항을 현저하게 곤란하게 할 정도에까지 이르렀다는 점에 대하여는 합리적인 의심이 없을 정도로 증명이 되었다고 보기는 어렵다); 대법원 1999. 9. 21. 선고 99도2608 판결(피고인은 피해자의 의사에 반하는 정도의 유형력을 행사하여 피해자를 간음한 것에 불과하고, 그 유형력의 행사가 피해자의 반항을 현저히 곤란하게 할 정도에 이르는 것은 아니므로 피고인의 행위는 강간치상죄에 해당하지 않는다).

32) 최은하, “성적 자기결정권과 최협의의 폭행·협박개념의 위헌성”, 피해자학연구 제23권 제3호, 한국 피해자학회, 2015. 12, 139면.

범죄를 예방하고 법익보호의 공백을 보완하고자 하였다.

## (2) 검토

형법 제303조 제1항의 범죄가 미수범 처벌규정을 별도로 두고 있지 않은 이유는 업무상 위력에 의한 성범죄에서 위력의 존재만으로 실행의 착수를 결코 인정해서는 안 되기 때문이다. 폭행 또는 협박을 수단으로 이루어지는 성범죄의 경우에는 폭행 또는 협박 그 자체를 행사와 동일시 할 수 있다는 점에서 실행의 착수시기를 폭행 또는 협박시로 파악하여도 아무런 문제가 없다. 하지만 업무상 위력을 수단으로 이루어지는 성범죄의 경우에는 업무상 위력 그 자체가 존재하더라도 이에 대한 행사가 별도로 이루어지지 않는다면 실행의 착수를 부정해야 하는 것이다. 특히 위력이라는 것은 무형적인 방법으로 피해자의 정신적 상태에 영향을 미치는 것도 포함하기 때문에 그 행사가 실제 성행위에 영향을 어느 정도 미쳤는지를 파악하는 것이 명백하지 않은 경우가 다수 존재하는 점도 반드시 염두에 두어야 한다. 결국 형법 제302조 및 제303조의 미수범 처벌규정을 신설하는 것은 타당하지 않다.

## 3. 법정형의 강화

### (1) 내용

2018. 10. 16. 개정 전 형법 제303조 제1항의 업무상 위력 등에 의한 간음죄는 ‘업무, 고용 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다.’라고 규정하고 있었는데, 죄질에 비해 낮은 형량이 내려져 범죄예방효과가 적고, 형량기준에 따른 공소시효도 짧아지는 문제가 있다고 지적하면서 본죄의 형량을 상향조정하기 위한 수많은 제안이 이루어진 바 있다.<sup>33)</sup> 예를 들면 2018. 2. 26. 자 오신환의원 대표발의 형법 일부개정법률안(의안번호: 12134)에서는 ‘5년’을 ‘7년’으로, ‘1천500만원’을 ‘3천만원’으로 하고 있고, 2018. 2. 28. 자 황주홍의원 대표

33) 학계에서도 이에 동조하는 견해로는 김태명, 앞의 논문, 156면.

발의 형법 일부개정법률안(의안번호: 12254)에서는 ‘1천500만원’을 ‘5천만원’으로 하고 있고, 2018. 3. 6.자 이언주의원 대표발의 형법 일부개정법률안(의안번호: 12334)에서는 ‘5년’을 ‘7년’으로, ‘1천500만원’을 ‘2천500만원’으로 하고 있고, 2018. 3. 12.자 권칠승의원 대표발의 형법 일부개정법률안(의안번호: 12439)에서는 ‘5년’을 ‘10년’으로 ‘1천500만원’을 ‘1억원’으로 하고 있고, 2018. 4. 2.자 신상진의원 대표발의 형법 일부개정법률안(의안번호: 12844)에서는 ‘5년’을 ‘6년’으로, ‘1천500만원’을 ‘5천만원’으로 하고 있고, 2018. 4. 6.자 광상도의원 대표발의 형법 일부개정법률안(의안번호: 12963)에서는 ‘5년’을 ‘10년’으로 하고 있고, 2018. 5. 16. 백혜련의원 대표발의 형법 일부개정법률안(의안번호: 13593)에서는 ‘5년’을 ‘10년’으로, ‘1천500만원’을 ‘5천만원’으로 하고 있고, 2018. 8. 27.자 이정미의원 대표발의 형법 일부개정법률안(의안번호: 15062)에서는 ‘5년’을 ‘15년’으로, ‘1천500만원’을 ‘3천만원’으로 하고 있고, 2018. 9. 6.자 나경원의원 대표발의 형법 일부개정법률안(의안번호: 15354)에서는 ‘5년’을 ‘10년’으로, ‘1천500만원’을 ‘5천만원’으로 하고 있다.

한편 2018. 10. 16. 개정 전 성폭력처벌법 제10조 제1항의 업무상 위력 등에 의한 추행죄의 법정형은 ‘2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금’으로 되어 있었는데, 2018. 2. 26.자 오신환의원 대표발의 성폭력처벌법 일부개정법률안(의안번호: 12131)에서는 ‘2년’을 ‘5년’으로, ‘500만원’을 ‘1천500만원’으로 하고 있고, 2018. 2. 28.자 황주홍의원 대표발의 성폭력처벌법 일부개정법률안(의안번호: 12252)에서는 ‘2년’을 ‘3년’으로, ‘500만원’을 ‘3천만원’으로 하고 있고, 2018. 2. 28.자 손금주의원 대표발의 성폭력처벌법 일부개정법률안(의안번호: 12256)에서는 ‘2년’을 ‘3년’으로, ‘500만원’을 ‘1천500만원’으로 하고 있고, 2018. 3. 6.자 이언주의원 대표발의 성폭력처벌법 일부개정법률안(의안번호: 12336)에서는 ‘2년’을 ‘3년’으로, ‘500만원’을 ‘1천만원’으로 하고 있고, 2018. 3. 12.자 권칠승의원 대표발의 성폭력처벌법 일부개정법률안(의안번호: 12440) 및 2018. 4. 2.자 신상진의원 대표발의 성폭력처벌법 일부개정법률안(의안번호: 12848)에서는 ‘2년’을 ‘5년’으로 ‘500만원’을 ‘5천만원’으로 하고 있고, 2018. 4. 6.자 광상도의원 대표발의 성폭력처벌법 일부개정법률안(의안번호: 12964)에서는 ‘2년’을 ‘5년’으로, ‘500만원’을 ‘1천만원’으로 하고 있다.

## (2) 검토

2018. 9. 20.자 법제사법위원회 발의 형법 일부개정법률안(의안번호: 15676)에 의하면, ‘최근 공직사회·문화예술계 등에서 벌어지고 있는 조직 내 권력형 성폭력 사건은 가해자가 사회적 지위를 이용해 지속적으로 성폭력 범죄를 저질러 피해자에게 심각한 육체적·정신적 고통을 주고 있지만, 현행 업무상 위력 등에 의한 간음죄(형법 제303조 제1항)의 징역형이 5년 이하로 규정되어 있는바, 간음죄임에도 강제추행죄(형법 제298조)의 징역형(10년 이하)에 비하여 형량이 낮아 범죄 예방 효과가 높지 않다.’라고 지적한 다음 업무상 위력 등에 의한 간음죄의 형량을 상향조정하여 법의 실효성을 제고하기 위하여, 형법 제303조 제1항 중 ‘5年 以下の懲役’을 ‘7년 이하의 징역’으로, ‘1千500萬圓 以下の罰金’을 ‘3천만원 이하의 벌금’으로 개정하였고, 동 개정안은 2018. 10. 16. 공포되어 현재 시행 중에 있다. 또한 2018. 5. 16.자 백혜련의원 대표발의 성폭력처벌법 일부개정법률안(의안번호: 13594)에서는 제10조 제1항 중 ‘2년’을 ‘5년’으로, ‘500만원’을 ‘3천만원’으로 하였는데, 동 법안은 2018. 9. 20. 국회에서 ‘2년’을 ‘3년’으로, ‘500만원’을 ‘1천500만원’으로 수정의결된 후 이 역시 2018. 10. 16.부터 시행 중에 있다.

생각건대 의원입법의 여러 가지 문제점 중 하나로 지적되는 것이 바로 법정형 상향의 남발이라고 할 수 있을 것이다. 최근 권력형 성폭력에 대한 폭로현상이 한국 사회를 강타하게 되자 수많은 의원입법에서 범죄의 구성요건은 그대로 둔 채 단지 법정형만을 아무런 기준도 제시하지 않은 채 상향조정하고 있는 기이한 현상이 나타나고 있다.<sup>34)</sup> 이는 권력형 성폭력의 본질을 외면한 채 국민감정 내지 정서에 영합하고자 하는 전형적인 상징적 형법의 한 단면을 보여주고 있는 안타까운 행태로 판단된다. 즉 권력형 성폭력이라는 문제가 심각한 사회현상으로 자리매김하게 된 것은 형사처벌의 수준이 낮다는 점에 그 원인이 있는 것이 아니라 형사처벌의 기본적인 전제라고 할 수 있는 피해자의 신고율이 극히 저조한데, 이는 쌍방 당사자 사이

34) 同旨 김정연, “형법상 성범죄 규정의 판단기준 및 개선방안: 비동의 간음죄의 도입가능성을 중심으로”, 이화여자대학교 법학박사학위논문, 이화여자대학교 법학연구소, 2018. 5, 83면; 류화진, 앞의 논문, 200면; 이원상, “미투운동에서 나타난 성범죄 대응 법체계의 문제점과 개선점”, 법학논총 제25권 제2호, 조선대학교 법학연구원, 2018. 8, 22면(“정치적인 목적에서 성범죄의 법정형을 무조건 높이는 것이 과연 피해자에게 도움이 되는지도 고민해 보아야 한다.”).

에 존재하는 갑을관계 내지 종속관계라는 상황적 특수성에 근본적인 원인이 있는 것이다. 그러므로 본죄의 실질적인 예방을 위해서는 형벌의 엄격성을 강조하기 보다는 피해자의 신고가 저조한 근본적인 원인을 분석하고, 이에 대한 대책을 제시하는 것이 보다 타당한 정책인 것이다. 특히 법정형 상향조정 기준의 관점에서도 현재의 의원입법은 비판에 직면해 있는데, 제시되고 있는 기준 설정의 기본적인 설명조차 제시되어 있지 않다는 점에서 그러하다.

또한 ‘현행 업무상 위력 등에 의한 간음죄(형법 제303조 제1항)의 징역형이 5년 이하로 규정되어 있는바, 간음죄임에도 강제추행죄(형법 제298조)의 징역형(10년 이하)에 비하여 형량이 낮아 범죄 예방 효과가 높지 않다.’라는 지적도 타당하지 않은데, 이는 현행법상 강제추행죄의 법정형 가운데 ‘10년 이하의 징역’ 부분이 지나치게 높게 설정되어 있다는 점에서 그러하다. 기존 형법체계의 성폭력범죄는 그 유형을 크게 강간과 강제추행으로 이분화하고 있었지만, 2012. 12. 18. 개정을 통하여 유사강간죄를 신설하게 되었다. 이는 기존에 강제추행으로 의율하였던 유형의 성폭력범죄를 그 엄중성을 이유로 하여 별도의 독립된 구성요건으로 신설한 것인데, 이후 유사성교행위는 강제추행죄의 포섭범위에서 제외되는 결과를 초래하였다. 즉 기존의 강제추행죄는 유사성교행위도 그 행위태양으로 염두에 두고 법정형이 설정된 것인데, 유사성교행위를 더 이상 강제추행죄로 의율할 수 없는 상황에서는 법정형의 하향조정이 이루어져야 함에도 불구하고 기존의 법정형을 고수하고 있는 부분에 문제가 있는 것이다. 게다가 권력형 성범죄의 가해자는 법정최고형이 5년이나 7년이나를 두려워하는 것이 아니라 해당 사실이 발각되고 입증되는 것을 훨씬 더 두려워함에 유의하여야 한다. 결론적으로 2018. 10. 16. 개정 전의 법정형만으로도 충분한 처벌이 가능하다고 보여지며, 다만 하향 평준화된 선고형을 상향시킬 수 있는 양형기준을 설정하는 노력이 경주되어야 하겠다.

#### 4. 공소시효의 연장 및 배제

##### (1) 내 용

2018. 2. 26.자 오신환의원 대표발의 성폭력처벌법 일부개정법률안(의안번호:

12131)에서는 성폭력처벌법 제10조(업무상 위력 등에 의한 추행죄)의 경우에도 DNA증거 등 그 죄를 증명할 수 있는 과학적인 증거가 있는 때에는 공소시효가 10년 연장된다(제21조 제2항)고 제안하고 있으며, DNA증거 등 과학적인 증거가 있는 때에는 공소시효를 25년(2018. 3. 6.자 이언주의원 대표발의 성폭력처벌법 일부개정법률안(의안번호: 12336)) 또는 15년(2018. 3. 22.자 윤종필의원 대표발의 성폭력처벌법 일부개정법률안(의안번호: 12607))으로 각각 연장하는 방안도 주장되고 있다.

한편 2018. 2. 28.자 황주홍의원 대표발의 성폭력처벌법 일부개정법률안(의안번호: 12252), 2018. 3. 12.자 권칠승의원 대표발의 성폭력처벌법 일부개정법률안(의안번호: 12440), 2018. 4. 2.자 신상진의원 대표발의 성폭력처벌법 일부개정법률안(의안번호: 12848) 등에서는 형법 제303조 제1항의 죄(업무상 위력 등에 의한 간음) 및 성폭력처벌법 제10조 제1항의 죄(업무상 위력 등에 의한 추행죄)에 대하여 공소시효의 적용을 배제하도록 하고 있다.

## (2) 검토

미투운동에 의한 성폭력 폭로 사건들 가운데 친고죄가 폐지되기 전의 사건들에 대해서는 소송조건의 결여 내지 공소시효의 완성 등으로 인하여 가해자를 처벌할 수 없는 상황이 초래되기도 하였다. 현행 형법과 성폭력처벌법상 강간·강제추행·업무상 위력 등에 의한 간음죄 등 성폭력범죄에 대한 공소시효의 경우에는 DNA증거 등 그 죄를 증명할 수 있는 과학적인 증거가 있는 때에는 공소시효가 10년 연장되도록 규정하고 있는 반면, 성폭력처벌법 제10조 제1항에 따른 업무상 위력 등에 의한 추행죄는 제외되어 있다. 이에 오신환 의원안은 ‘업무상 위력 등에 의한 추행죄’의 경우에도 ‘죄를 증명할 수 있는 과학적인 증거가 있는 때’에는 공소시효 연장이 필요하다고 주장하고 있으나, 다른 범죄와의 체계적인 관계, 위력에 의한 성범죄의 경우 가해자가 업무 등과 직접적으로 연관되어 피해 당시 바로 신고할 수 없는 상황 등을 감안한다면 적절하지 않다고 판단된다. 성폭력처벌법 제21조 제2항에서 규정하고 있는 공소시효에 관한 특례는 ‘DNA증거 등 그 죄를 증명할 수 있는 과학적인 증거가 있는 때’를 전제로 하고 있는데, 이러한 전제가 충족될 수 있는 범죄군은 원

직적으로 간음행위가 존재하는 영역이라고 할 수 있다. 그리하여 현행법은 성폭력 처벌법 제10조 내지 제14조에서 규정하고 있는 업무상 위력 등에 의한 추행죄, 피 구금자추행죄, 공중밀집장소추행죄, 성적 목적을 위한 다중이용장소침입죄, 통신매 체이용음란죄, 카메라등이용촬영죄 등에 있어서는 공소시효에 관한 특례를 적용하지 않고 있는 것이다.

생각건대 위력에 의한 성범죄의 경우에는 가해자가 업무, 고용이나 그 밖의 관계로 인하여 직접적으로 연관되어 있어서 피해사실을 즉각적으로 신고할 경우에 나타날 수 있는 업무, 고용 등에서의 불이익에 대한 우려가 주된 미신고 내지 미처벌의 사유로 작용하고 있음에 착안하여야 한다. 그러므로 이러한 현상은 성폭력처벌법 제21조 제1항에서 규정하고 있는 공소시효에 관한 특례와 보다 긴밀한 연관성이 인정될 수 있을 것이다. 즉 미성년자에 대한 성폭력범죄의 공소시효는 해당 성폭력범죄로 피해를 당한 미성년자가 성년에 달한 날부터 진행되는 것과 같은 맥락에서 업무상 위력 등에 의한 간음·추행죄의 공소시효는 업무, 고용이나 그 밖의 관계로 인하여 가해자의 보호, 감독에서 자유로운 상태에 달한 날부터 진행한다고 하는 것이 타당하다.<sup>35)</sup> 같은 맥락에서 2018. 9. 4.자 주광덕의원 대표발의 성폭력처벌법 일부개정법률안(의안번호: 15314)에 의하면, ‘현행법상 미성년자의 경우는 공소시효가 성년이 될 때까지 정지되고, 13세 미만 아동 및 장애인의 경우는 공소시효가 배제됨에 반해 일반 성인의 경우에는 디엔에이증거 등이 없는 한 공소시효의 정지 또는 배제규정이 없어 과거의 성범죄에 대한 처벌이 불가한 상황인데, 특히 위계, 위력에 의한 간음, 추행의 경우에는 가해자와 피해자의 권력 관계 및 업무의 연속성으로 인해 공소시효 기간을 도과하기 쉽다.’는 지적을 한 후, 제21조 제5항을 신설하여, ‘⑤ 제10조 및 형법 제303조(업무상위력 등에 의한 간음)의 죄의 공소시효는 형사소송법 제252조 제1항 및 군사법원법 제294조 제1항에도 불구하고 해당 성폭력범죄로 피해를 당한 사람이 그 업무, 고용이나 그 밖의 관계로부터 종료된 날부터 진행한다.’라고 하고 있다.

한편 이언주 의원안과 윤종필 의원안에 의하면 성폭력처벌법 제21조 제2항의 적용대상인 성범죄에 대한 공소시효 연장기간을 다시 연장하고 있는데, 기존의 규정

35) 박찬걸, 앞의 논문(각주 24), 283-284면; 이원상, 앞의 논문, 27면.

에 따른 문제점이 실제 발생하고 있지 않은 상황에서 단순한 기간의 연장은 과잉처벌의 우려가 있으므로 타당하지 않다. 또한 황주홍 의원안, 권철승 의원안, 신상진 의원안 등은 유독 업무상 위력 등에 의한 간음 및 추행죄의 경우에 한하여 공소시효의 배제를 추가하고 있는데, 앞에서 제시한 신고에 따른 업무, 고용 등에서의 불이익에 대한 우려를 불식시킬 수 있는 대안의 제시만으로도 충분히 해결될 수 있는 문제이기 때문에 이러한 개정안 역시 타당하지 않다. 물론 성폭력처벌법 제21조 제3항 및 동조 제4항에서 이미 일정한 영역의 범죄군에 대하여 공소시효의 적용을 배제하는 특례가 인정되고 있지만, 법정형의 측면에서 업무상 위력 등에 의한 간음·추행죄에 한하여 공소시효의 적용을 배제하는 것은 형평의 관점에도 부합하지 아니한다.

#### IV. 글을 마치며

2018년 상반기와 비교하여 하반기 들어서 미투운동에 대한 언론보도의 비중과 관심이 다소 줄어들기는 하였지만, 여전히 미투운동에 따른 우리 사회의 변화는 현재 진행형이며, 앞으로도 이러한 변화의 현상은 지속되는 것이 바람직하다. 미투폭로의 여러 가지 유형 가운데 특히 업무상 위력에 의한 성범죄는 대표적인 권력형 성폭력범죄라고 평가되는데, 이에 대한 현행법상의 규정 및 해석상의 문제점과 실무운용상의 한계상황을 점검해 보고, 입법론적인 개선방안을 본고에서 모색해 보았다. 법적 비난과 윤리적 비난의 경계에 위치한 위력에 의한 성폭력범죄의 한계상황을 해결하기 위해서는, 이를 바라보는 국민의 일반적인 시각뿐만 아니라 혹시라도 발생할 수 있을지 모르는 억울한 가해자의 방지라는 차원도 동시에 고려해야만 한다. 열 사람의 범인을 놓치더라도 한 사람의 억울한 사람이 발생하는 것을 방지하는 것이 형사소송의 소극적 실체적 진실주의이며, 이러한 입장이 적극적 실체적 진실주의에 우선해야 한다는 것이 주류적인 입장이라는 것도 현행 법규의 해석에 있어서 중요한 참고사항이 될 수 있을 것이다. 이러한 측면을 염두에 두고 본고에서 논의한 사항을 다음과 같이 정리하는 것으로 논의를 마무리하기로 한다.

첫째, 업무상 위력을 수단으로 이루어지는 권력형 성범죄를 논의함에 있어서 위력을 수단으로 이루어지는 다른 유형의 성범죄와의 차이점을 결코 간과해서는 안 된다. 아동·청소년 또는 장애인 등과 같이 의사결정능력이 미약한 자를 대상으로 위력을 행사하여 성범죄를 범하는 사건에 있어서는 위력의 존재 그 자체만으로도 충분히 범죄사실을 인정할 수 있지만, 일반적으로 의사결정능력이 어느 정도 인정되고 있는 성인을 대상으로 위력을 행사하여 성범죄를 범하는 사건에 있어서는 위력의 존재 그 자체만으로는 범죄사실을 쉽게 인정해서는 안 되고, 행위 당시에 그러한 위력이 실제로 행사되었는지 여부를 면밀히 분석한 후 죄의 성립 여부를 검토할 필요성이 있다. 왜냐하면 권력이 있는 자와 그러한 권력의 지배를 받는 자 상호간에 이루어지는 모든 성적인 행위들을 범죄로 바라보는 것은 국가의 지나친 간섭이며, 이성관계 자체에 대하여 법률이 직접 개입하는 것은 성적 자유에 대한 무리한 통제이기 때문이다.

둘째, 피해자로 하여금 강간시도에 대하여 강하게 저항할 것을 요구하며, 피해자가 적극적으로 저항하지 않고 ‘싫다’는 의사만 표시했을 때는 강간죄가 성립되지 않는다고 판시한 기존의 판례 입장은 변화될 필요성이 있다. 왜냐하면 이는 재판과정에서 가해자의 강간 여부가 아니라 피해자의 구조 요청이나 반항 유무가 중점이 됨으로써 피해자에게 2차 피해를 입히는 문제가 발생하기 때문이다. 그러므로 강간죄의 보호법익을 성적 자기결정권으로 본다는 것은 강간죄의 성립 여부를 가해자의 폭행·협박의 정도나 피해자의 저항 여부가 아니라 피해자의 성적 자기결정권의 침해 여부를 중심으로 판단하는 것이기에 강간죄의 폭행·협박을 ‘최협의의 폭행·협박’으로 한정해야 할 필요는 없다. 부득이하게 비동의간음죄를 신설할 경우에도 그 법정형의 설정은 강간죄의 경우와 비교하여 상대적으로 낮게 책정될 필요가 있으며, 벌금형도 선택형으로 두어야 한다. 특히 보충성의 원칙에 반한다는 비판을 불식시키기 위해서 비동의간음죄를 친고죄로 규정하는 것도 하나의 대안이 될 수 있을 것이다.

셋째, 폭행 또는 협박을 수단으로 이루어지는 성범죄의 경우에는 폭행 또는 협박 그 자체를 행사와 동일시 할 수 있다는 점에서 실행의 착수시기를 폭행 또는 협박시로 파악하여도 아무런 문제가 없지만, 업무상 위력을 수단으로 이루어지는 성범죄

의 경우에는 업무상 위력 그 자체가 존재하더라도 이에 대한 행사가 별도로 이루어지지 않는다면 실행의 착수를 부정해야 한다. 특히 위력이라는 것은 무형적인 방법으로 피해자의 정신적 상태에 영향을 미치는 것도 포함하기 때문에 그 행사가 실제 성행위에 영향을 어느 정도 미쳤는지를 파악하는 것이 명백하지 않은 경우가 다수 존재하는 점도 반드시 염두에 두어야 한다.

넷째, 최근 권력형 성폭력에 대한 폭로현상이 한국 사회를 강타하게 되자 수많은 의원입법에서 범죄의 구성요건은 그대로 둔 채 단지 법정형만을 아무런 기준도 제시하지 않은 채 상향조정하고 있는 기이한 현상이 나타나고 있으며, 실제로 2018. 10. 16. 형법 개정을 통하여 입법화되기에 이르렀다. 이는 권력형 성폭력의 본질을 외면한 채 국민감정 내지 정서에 영합하고자 하는 전형적인 상징적 형법의 한 단면을 보여주고 있는 안타까운 행태로 판단된다.

다섯째, 위력에 의한 성범죄의 경우에는 가해자가 업무, 고용이나 그 밖의 관계로 인하여 직접적으로 연관되어 있어서 피해사실을 즉각적으로 신고할 경우에 나타날 수 있는 업무, 고용 등에서의 불이익에 대한 우려가 주된 미신고 내지 미처벌의 사유로 작용하고 있음에 착안하여야 한다. 그러므로 업무상 위력 등에 의한 간음·추행죄의 공소시효는 업무, 고용이나 그 밖의 관계로 인하여 가해자의 보호, 감독에서 자유로운 상태에 달한 날부터 진행한다고 하는 것이 타당하다.

## 참고문헌

- 구길모, “가출 아동·청소년 대상 ‘위력’에 의한 성범죄에 대한 고찰”, 법학연구 제25권 제3호, 충남대학교 법학연구소, 2014. 12.
- 김정연, “형법상 성범죄 규정의 판단기준 및 개선방안: 비동의 간음죄의 도입가능성을 중심으로”, 이화젠더법학 제10권 제1호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2018. 5.
- 김태명, “권력형 성범죄의 처벌과 비동의간음·추행죄의 도입”, 법학연구 제57호, 전북대학교 법학연구소, 2018. 9.
- 김한균, “비동의간음죄의 입법론의 비판적 검토”, 형사법의 신동향 제59권, 대검찰청, 2018. 6.
- 류부곤, “미성년자 등 간음죄에 있어서 ‘위력’의 의미”, 형사법연구 제25권 제1호, 한국형사법학회, 2013. 3.
- 류화진, “업무상 위력에 의한 간음죄에 관한 다른 해석의 시도”, 원광법학 제34권 제2호, 원광대학교 법학연구소, 2018. 6.
- 박찬걸, “성폭력피해자의 2차 피해 방지를 위한 몇 가지 쟁점에 대한 검토”, 법학논총 제35권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2018. 9.
- 박찬걸, “미투(Me Too)운동이 야기한 형사법적 쟁점 검토 - 형법 및 성폭력처벌법에 대한 개정법률안을 중심으로 -”, 형사정책 제30권 제2호, 한국형사정책학회, 2018. 8.
- 박찬걸, “청소년성보호법상 위계에 의한 아동·청소년 간음죄에 있어서 ‘위계’의 해석”, 소년보호연구 제31권 제3호, 한국소년정책학회, 2018. 8.
- 박찬걸, “성폭력범죄 대치를 위한 최근(2012. 12. 18.)의 개정 형법에 대한 검토”, 한양법학 제24권 제2집, 한양법학회, 2013. 5.
- 서혜진, “사례를 통해 본 권력형 성폭력 범죄의 특성 및 문제점”, 법학연구 제56호, 전북대학교 법학연구소, 2018. 5.
- 심현정/라광현, “국내 미투운동의 형사사법학적 함의”, 한국경찰학회보 제20권 제4호, 한국경찰학회, 2018. 8.

- 안경옥, “위력에 의한 간음·추행죄의 판단기준 및 형법상 성범죄규정의 개선방안”,  
경희법학 제50권 제4호, 경희대학교 법학연구소, 2015. 12.
- 이원상, “미투운동에서 나타난 성범죄 대응 법체계의 문제점과 개선점”, 법학논총  
제25권 제2호, 조선대학교 법학연구원, 2018. 8.
- 임현주, “권력형 성범죄의 피해자 보호 강화 방안”, 전북대학교 법학연구소, 법학연  
구 제56호, 2018. 5.
- 장다혜, “비동의간음죄의 입법 필요성: 성폭력법체계의 개선을 중심으로”, 한국범죄  
방지재단 제39회 학술강연회 자료집, 2018. 11.
- 최은하, “성적 자기결정권과 최협의의 폭행·협박개념의 위헌성”, 피해자학연구 제  
23권 제3호, 한국피해자학회, 2015. 12.

## The Critical Review on the Limitations of Application of Sexual Violence Crime by the Abuse of Occupational Authority, and the Improvement Measures

Park, Chan-geol\*

There would be no different opinions about the positive influences of 'Me Too Movement' on the improvement of attention to sexual violence, sharing the extreme pains of the victims exposed to overall society, and the active expression of resistance to the authority-type sexual violence. However, the concerns about damage to innocent assailants, appearance of pence rule, and the doubt about the credibility of disclosure of sexual violence, shown in the developmental process of 'Me Too Movement' of Korea, must be the main factors of side effect that reduces the positive effects of 'Me Too Movement'. Especially, there are extremely different perspectives on the result of the first trial of 'Ahn, Hee-Jeong's case'. Most of the opinions shown in the media are excessively biased toward emphasizing the injustice of the first trial verdict.

Even though the criminal law about sex could be a representative area basically standing on the boundary between ethics and law, the ethical criticism should be certainly distinguished from the legal criticism. If they are equated to each other or if the ethical criticism is excessively expanded to the legal criticism, the boundary between ethics and law would be collapsed, which is a shortcut to the crisis of constitutionalism. It does not mean that the national sentiment of law should be completely ignored. The cause for this gap could be found from the fact that the concept of sexual violence in people's mind is different from the concept of sexual violence defined in the current law. Therefore, the gap caused by this difference

---

\* Associate Professor, Dept. of Police Administration, Daegu Catholic University, Ph.D. in Law.

in the concept should be legislatively adjusted, or if it is not possible, the interpretation of the existing regulations should be approached in the new perspective.

Based on this critical mind, this thesis analyzes the current contents of sexual crime regulations by the abuse of occupational authority, reviews the attitude of precedents interpreting them, and then draw the problems with the relevant legal system. Reviewing the matter of validity of individual issues of proposition related to sexual crime by the abuse of occupational authority currently pending in the National Assembly that could be a legislative attempt to solve this, this study aims to draw the rational improvement measures.

※ Key-words: Me Too Movement, sexual violence, criminal law about sex, proposition related to sexual crime, boundary between ethics and law

