

형법상 위력개념의 해석과 업무상 위력간음죄의 위력*

김성돈**

국 | 문 | 요 | 약

형법상 위력은 다양한 구성요건에서 구성요건적 행위 또는 행위수단으로 규정되어 있지만, 대법원은 위력개념을 - 업무방해죄의 경우만을 제외하고 - 원칙적으로 '자유의사를 제압할 정도의 세력'으로 정의해 왔다. 이러한 개념정의는 학계에서도 그대로 수용되면서 위력개념에 대한 해석론은 오랫동안 깊은 수면상태에 있었다. 그러나 최근 미투운동의 열기와 함께 성적 자기결정권이라는 법익에 대한 사회적인 민감도가 높아지고 있다. 특히 성적 자기결정권은 구조적인 권력관계가 존재하는 영역에서는 성격상 그 보호가 취약해지는 특징이 있기 때문에 그 침해 또는 침해가능성으로부터 충실한 형법적 보호를 위해서는 - 법적용자의 성인지 감수성 뿐 아니라 - 형법이라는 규범 자체의 성인지 감수성도 높일 수 있는 전향적인 해석론(도그마틱)이 요구된다. 이에 이 글은 형법상 다양한 전제조건하에서 행사되도록 만들어진 위력개념의 개념을 각각의 조건에 부합되도록 새롭게 해석할 가능성을 모색하였다. 이를 위해 우선 대법원이 정의하고 있는 위력개념을 분석하면서 그 해석 태도의 문제점과 문제해결을 위한 단서와 근거들을 찾아보았다. 다음으로 형법상의 여러 위력 구성요건들의 구조 및 텍스트의 의미 맥락과 커뮤니케이션 이론 및 보호법의 등에 기초하여 형법의 각 위력구성요건에 규정되어 있는 위력개념이 일의적으로 정의될 수 없음을 확인하였다. 결론적으로 형법상 위력개념은 그 사용되는 힘(특히 무형력)의 강도에 따라 다음과 같이 등급화될 수 있는 다층적 개념으로 재해석하는 시도를 하였다.

첫째, 위력자살결의죄등의 경우 위력은 생명이라는 법익을 보호함에 있어 생명을 간접적인 방법(즉 피해자 스스로의 손으로)으로 침해하기 위해 상대방의 자유의사를 압박하는 간접적인 생명침해행위의 수단으로 기술되어 있다. 따라서 여기서의 위력은 가장 강력한 강도의 힘, 즉 자유의사를 제압할 정도의 세력을 의미하는 것으로 해석하는 종래의 위력개념이 그대로 유지될 수 있다(최소한 의사제압적 위력). 둘째, 성적 자기결정권을 침해하는 것을 내용으로 하는 위력간음등죄의 구성요건의 위력은 강간죄의 법정형과의 현저한 차이를 고려할 때 강간죄와 같이 신체행동의 억압(즉 폭행)이나 심리적 저항력을 미비시킬 정도의 무형력(즉 협박) 보다는 그 강도가 낮은 수준의 유·무형력을 통해 자유의사를 왜곡시킬 정도의 세력도 위력개념에 포함시킴으로써 의사를 제압할 정도만을 위력의 최소한의 전제조건으로 삼는 태도를 거부한다(의사왜곡적 위력). 마지막으로 업무 또는 업무의 자유를 추상적 위법범의 수준으로 보호하고 있는 업무방해죄의 행위수단인 위력은 이미 - 대법원이 인정하고 있듯이 - 가장 낮은 등급의 힘의 사용, 즉 자유의사를 혼란케 할 정도의 세력까지 포함하는 것으로 해석될 수 있다(의사교란적 위력).

❖ 주제어 : 위력, 업무상 위력에 의한 간음죄, 성적 자기결정권, 미투운동

* 이 글은 미투운동의 일환으로 사회적 이목이 집중된 안희정 사건에 대한 1심판결이 나온 후 형법의 위력개념에 대한 새로운 해석론의 필요성에 관한 의견을 함께 나누었던 성균관대학교 로스쿨의 문영화 교수의 공감과 권유에 힘입어 쓰여진 것임.

** 성균관대학교 법학전문대학원 교수

I. 들어가는 말

1. 실무의 법률해석과 해석학의 무덤

어떤 법률이든 사례에 적용되기 위해서는 해석을 필요로 한다. 법실무는 당해 법률요소에 대한 해석의 결과물로서 개념의 정의 또는 법리들을 생산해 낸다.¹⁾ 법실무에서 생산된 해석의 결과물들이 당해 사례에 대해서 뿐 아니라 장래의 사례들에 대해서도 반복적으로 적용되기 위해서는 추상적 개념으로 응축되고 일반화된 규칙성을 가져야 한다.²⁾ 예비법률가들은 법학교육을 받는 단계에서 이러한 법리들과 개념정의들을 익힌 후 이들을 마치 ‘전자 칩’처럼 뇌리에 심고서 실무에 투입된다. 실무가로서 시작되는 직업생활은 이미 익혀진 법리들과 정의된 개념들을 새롭게 해석할 시도와는 점점 거리가 멀어진다. 사건의 대다수가 법률에 적용될 사건의 실제적 사실을 다툼에 집중되고 있는 실무현장의 분위기에 익숙해진 실무가들은 더 이상 해석의 주체이자 법리의 생산자라는 자신의 고유한 역할에 관심이 없어진다. 법실무에서 만들어진 개념 또는 법리들이 실무에서 적용되는 양상은 마치 사출성형의 공정을 방불케 할 정도로 기계적으로 된다. 이 때문에 이미 형성된 법리와 정의된 개념에 대한 비판적 성찰은 뒷전이고 회의와 의문은 금물이다.³⁾

형법의 ‘위력’ 개념과 관련해서도 마찬가지이다. 2018년 한국사회를 소용돌이치게 했던 미투운동에 의해 촉발되어 사회의 지대한 관심의 대상이 된 ‘업무상 위력에

-
- 1) 형법영역에서 총칙규정의 해석은 체계적 성격을 가진 법리로 발전하는 경우(예, 공범종속성 원칙과 종속의 정도에 관한 법리)가 많은 반면, 각칙규정의 해석은 각 구성요건의 개별요소들에 대한 단순한 개념정의(예, 위험한 물건, 흉기, 휴대 등에 대한 개념정의)에 그치면서 국지성을 갖는 경우가 오히려 더 많다.
 - 2) 판결이 개별사례의 구체적인 타당성에 지향한다고 하는 의미도 법률해석단계에서 개별 사례의 타당성에 맞게 법리나 개념정의가 만들어져야 한다는 의미는 아님을 주의해야 한다. 법리나 개념정의는 - 판례변경을 통해 변경되기 전까지는 - 모든 사례에 반복적으로 일관되게 적용될 수 있는 수준으로 그 자체 규칙성 내지 공리성을 가져야 한다. 구체적인 개별 사례에 대해 맞게 법리나 개념정의가 조금씩 변형되거나 새로운 조건이 추가되는 것은 개념이나 법리를 사례에 적용하는 법원의 방법론 일 뿐 법리 또는 개념정의, 즉 판례의 변경을 의미하는 것은 아니다.
 - 3) 이러한 경향성이 굳어지면, 법실무의 주된 과제가 법이론의 생산에 있음이 간과되고 형식적 문서작업이나 기계적 법률적용을 법실무의 본연의 과제로 여기게 되고, 이는 다시 법실무의 위상과 의의를 왜소하게 만들거나 퇴색시키는 분위기를 조장할 위험으로 이어진다.

의한 간음 또는 추행죄(이하에서는 위력간음등 죄라 한다)의 적용여부에서 '위력' 개념이 태풍의 눈이 되어 있다. 그럼에도 이 개념의 해석론은 법실무에서 여전히 주변부에 머물러 있다. 사실관계가 침묵에 내장된 구조화된 '위력'개념에 해당하는지만 다루어지고 있는 것이다. 이 점은 특히 위력간음 등죄에 해당하는지 여부가 문제된 '안희정 사건'의 형사판결문에서도 동일하게 반복되고 있다. 1심판결에서는 물론이고 2심판결에서도 불변의 공식처럼 되어 있는 위력개념에 대한 '다른' 해석은 시도되고 있지 않았다. 즉 1심법원도 2심법원도 모두 피해자의 의사를 제압할 정도라는 위력개념을 출발점으로 삼고 있다.⁴⁾ 위력개념은 형법상 해석학의 무덤이라 해도 과언이 아니다.

2. '위력'개념의 새로운 해석가능성

이러한 법실무에서의 사정은 학문영역에서도 다르지 않다. 형법학계에서는 미투 운동 이전⁵⁾이나 이후⁶⁾에도 위력개념 자체 대한 해석론은 손꼽힐 정도이고 대법원

- 4) 1심판결에서는 “피고인이 어떠한 위력을 행사했고 피해자가 이에 제압당할만한 상황이었다고 볼만한 사정은 드러나지 않는다”는 전제하에서 무죄를 선고하였고(2018고합75), 2심판결에서는“피해자가 상사인 피고인을 근접거리에서 수행하면서 피고인을 국내 차기 대통령 후보인 절대 권력으로 인식했을 것” 및 “비서 업무 내용 및 강도와 피해자가 상시적으로 피고인의 심기를 살피는 것을 보면 지위, 권세 및 피해자의 자유의사를 제압할 무형적 위력이 분명히 존재한다”(2018노2354)고 하면서 유죄를 선고하였다.
- 5) 류부곤, “미성년자 등 간음죄에 있어서 위력의 의미”, 형사법연구 제25권 제1호, 한국형사법학회, 2013, 151면에서는 위력개념의 해석에 관한 대법원 판례를 분석하면서 위력을 “행위자와 피해자간에 존재하는 일정한 관계에 기한 지위의 남용”으로 개념정의를 하고, “구체적인 입증의 부분은 힘의 행사, 즉 남용이라는 측면보다는 ‘피해자를 종속시킬 수 있는 지위’의 존재에 중점”을 두는 것이 바람직하다는 견해가 표명되어 있다. 그러나 이러한 위력개념은 1930년의 독일형법초안과 일본개정형법가안의 구성요건의 문언과 유사한 것으로서 우리나라 형법상 ‘위력’이라는 문언의 의미를 넘어 서고 있다. 안경옥, “위력에 의한 간음·추행죄의 판단기준 및 형법상 성범죄규정의 개선방안”, 경희법학 제50권 제4호, 경희대학교 법학연구소, 2015, 216면 이하에는 위력개념의 해석론 보다는 독일의 관련 성범죄규정과 비교분석에 치중하고 있다.
- 6) 류화진, “업무상 위력에 의한 간음죄에 관한 다른 해석의 시도”, 원광법학 제34권 제2호, 원광대학교 법학연구소, 2018.06, 198면에서는 위력간음죄의 성립을 위해 피해자의 부동의를 전제로 할 필요 없이 ‘하자있는 동의’가 있어도 무방하다고 함으로써 - 후술하듯이 - 의사제압에 초점을 맞추는 위력개념을 해체하려는 이글의 취지와 유사하지만, 위력개념의 해석론에서 그 결론을 근거지우고 있지는 않다. 박관걸, “업무상 위력에 의한 성범죄의 적용상의 한계 및 개선방안에 대한 비판적 검토”, 형사정책연구, 제29권 제4호, 2018. 겨울호, 87면 이하는 위력간음죄의 적용범위와 관련한

에 의해 구조된 위력개념을 탈피하려는 시도는 더욱 드물다. 그러나 형법학은 형법규정에 대한 실무의 해석태도를 그대로 유지해도 좋은지 아니면 수정·보완하거나 대안적 해석론을 전개해야 할 것인지를 주된 관심사로 삼아야 한다. 이는 형법학의 주된 과제가 실무의 조연자로서의 역할보다는 통제적 비판 역할에 있다는 점을 인정해야 한다면 더욱 그러하다. 이러한 관점에서 보면 형법학은 위력개념과 관련해서도 형법전의 체계와 해당 구성요건의 문언과 보호법익을 기준으로 삼아 실무가 해석한 내용이 변화된 사회와 가치의식에 따르더라도 유지될 수 있는지를 끊임없이 반문하면서 법발전을 선도해야 한다.⁷⁾

이에 이 글은 형법학의 관점에서 시간의 흐름과 접촉을 하는 형법상의 위력개념에 대해 새롭게 등장하는 문제나 사회의 가치변화가 주는 자극과 압력으로 생기를 불어넣음으로써 형법상의 위력개념에 대한 새로운 해석론을 전개하는 것을 목적으로 한다. 이를 위해 우선 대법원이 정의하고 있는 위력개념을 분석하면서, 형법상의 위력개념이 ‘자유의사를 제압할 정도’라는 힘의 강도만을 지칭하는 단일한 개념이 아니라 서로 다른 힘의 강도를 가진 다층적 개념으로 해석될 수 있는 가능성이 있음을 확인한다(이하 II).

다음으로 형법상의 위력개념에 대한 이러한 새로운 해석가능성의 타당성을 근거 지우기 위해 형법상 위력을 행위 또는 행위수단으로 삼고 있는 다양한 구성요건들(이하에서는 ‘위력구성요건’이라고 부른다)의 구조 및 텍스트의 의미맥락을 분석함으로써 위력구성요건의 특성을 밝혀낸 뒤 이러한 특성이 형법상 위력개념의 다층적 해석론을 위해 가질 수 있는 의미를 밝힌다(이하 III).

마지막으로 이 글은 규범의 타당성유지라는 사회적 기능을 하는 형법이 최근 날로 예민해지고 있는 성적 자기결정권 보호를 위해 더욱 정교하게 작동되어야 한다는 점, 그리고 이에 따라 형법의 적용자가 변화된 성인지 감수성을 가지고 위력간음등

입법론적 검토에 그치고 있을 뿐, 위력 개념 자체에 대한 해석론을 다루고 있지 않고, 김한균, “비동의간음죄의 입법론의 비판적 검토”, 형사법의 신동향, 제59권, 대검찰청, 2018.6 및 김태명, “권력형 성범죄의 처벌과 비동의간음·추행죄의 도입”, 법학연구 제57호, 전북대학교 법학연구소, 2018.9에서도 해석론 보다는 입법론적 연구이다.

7) 독자적인 학문체계를 가지고 있는 다른 학문영역과는 달리 법학은 원칙적으로 법체계 내부에서 법률의 해석을 출발점으로 삼아야 한다. 이러한 관점에서 보면 법실무와 법학의 핵심적 과제는 서로 다르지 않다고 말할 수 있다.

죄의 적용여부를 판단할 수 있는 형법적 해석론적 기반을 마련해 두어야 한다는 점 한다는 점 등을 고려하여, 특히 지휘감독관계라는 권력관계가 전제되어 있는 가해자와 피해자 사이에서 전개되는 성적 자기결정권 침해양상들을 포착하기 위해서는 위력개념의 축수를 더욱 섬세하게 가다듬어야 한다는 필요를 충족시키기 위해 ‘규범과 사실의 시선의 상호왕래’라는 법률해석의 고전적 지침에 따라 위력개념의 내부층위를 등급화하는 해석방안을 제안한다(이하 IV).

II. 형법상 위력개념과 형사실무의 위력개념

1. 대법원의 출발점

형법상 이른바 위력구성요건은 위력에 의한 촉탁승낙살인죄(제253조 전단), 위력에 의한 자살결의죄(제253조 후단), 위력에 의한 미성년자등간음등죄(제302조), 업무상 위력에 의한 간음등죄(제303조), 위력에 의한 업무방해죄(제314조 제1항), 위력에 의한 경매입찰방해죄(제315조)가 전부이다.⁸⁾

대법원은 형법상 위력개념에 대해 - 업무방해죄의 위력개념을 제외⁹⁾하고는 - 공통적으로 다음과 같은 해석론을 전개하고 있다. 즉 “위력이라 함은 피해자의 의사를 제압할 정도의 세력으로서, 유형적이든 무형적이든 묻지 않으므로 폭행·협박뿐만 아니라 사회적·경제적·정치적인 지위나 권세를 이용하는 것도 가능하며, 이 경우에 있어서의 위력은 현실적으로 피해자의 자유의사가 제압될 것임을 요하는 것이 아니라 할 것”이라고 한다.

여기서 특히 대법원은 ①위력개념의 정의를 ‘사람의 자유의사를 제압할 정도의 세력’이라고 하고 있고, ②위력의 방식 내지 내용과 관련해서는 유형적인 세력뿐만

8) 특수폭행죄, 특수상해죄, 특수체포, 특수공무방해죄 등에서 ‘단체 또는 다중의 위력을 보여’라는 요건이 있지만, 이러한 구성요건은 위력을 다시 단체 또는 다중이 만들어내는 위력으로 제한되므로 논외로 한다.

9) 대법원은 업무방해죄의 위력의 정도와 관련해서는 후술하듯이 자유의사를 제압할 정도만을 요하지 않고 의사를 혼란케 할 정도도 포함시키고 있다.

아니라 무형적인 세력을 포함하고 있으며, ③ 위력의 수단과 관련해서는 폭행·협박 뿐만 아니라 지위나 권세를 이용하는 경우도 가능하다고 한다.¹⁰⁾

위력(威力)이 문자적으로 힘(力)으로 으른다(威)는 뜻을 가진 한자어의 합성어로서, 일상적인 용례에 따르면 힘을 사용하여 협박하는 것을 의미하지만, 대법원은 형법상의 위력개념을 원칙적으로 사람의 ‘의사’에 영향을 미치는 힘의 사용으로 파악하고 있다.¹¹⁾ 또한 대법원은 사람의 의사형성 및 의사작용에 영향을 미치는 힘의 사용 중에 어느 정도 강도를 위력개념으로 포섭할 것인지에 대해서는 단언적으로 확정하지 않고, 위력의 수단들(내지 위력의 내용들)을 예시적으로 기술하는데 그치고 있다. 즉 ‘폭행·협박을 이용’하는 경우뿐만 아니라 행위자의 ‘사회적·경제적·정치적인 지위나 권세를 이용’하는 경우도 모두 위력이라고 하는 것이다.

문제는 대법원이 염두에 두고 있는 두 가지 위력의 수단들은 보면 다양한 강도의 위력들을 위력이라는 하나의 개념으로 포섭할 수 있는 것 같이 판시하고 있으면서도 실제로는 그러한 가능성을 차단하고 있다. 대법원이 위력개념을 ‘자유의사를 제압할 정도의 세력’으로 정의함으로써 위력의 강도를 고정시키고 있기 때문이다. 이에 따르면 형법상 ‘위력’이 되려면 최소한 사람의 의사를 ‘제압’할 정도의 유·무형적인 힘의 사용이 있어야 한다고 하게 된다. 이와 같이 대법원이 위력의 수단을 예시적으로 언급하는 부분에서는 그 강도를 달리하는 다양한 힘의 사용으로 그 층위를 나눌 수 있을 가능성을 열어두고 있으면서도 다시 위력개념의 본질내용과 관련해서는 ‘의사를 제압할 정도’의 강도로 제한하고 있음으로 인해 위력개념에 대한 대법원의 해석내도는 몇가지 문제점을 드러내고 있다.

10) 구성요건들마다 약간씩 다르지만 형법의 위력구성요건은 기본적으로는 위의 모든 요소들을 포함하고 있다. 예컨대, 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호등에 관한 법률(업무상 위력에 의한 추행)위반죄에서는“위력자체가 추행인 경우도 포함된다”(대법원 1998.1.23. 선고 97도2506 판결)고 함으로써 그 유형력의 강도가 폭행죄의 기습 폭행 정도이면 위력이 된다고 한다.

11) 그러나 업무방해죄의 ‘위력’은 “반드시 업무에 중사 중인 사람에게 직접 가해지는 세력만을 의미하는 것은 아니고, 사람의 자유의사를 제압하기에 족한 일정한 물적 상태를 만들어 사람으로 하여금 자유로운 행동을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 행위도 이에 포함될 수 있다.”함으로써 업무중사중인 사람에 대한 직접적인 위력이 아니어도 위력에 포함시키는 동시에 의사 뿐 아니라 ‘행동’의 자유를 제압하는 경우도 포함하고 있다(대법원 2009.9.10. 선고 2009도5732 판결).

2. 위력과 최협의설적 유·무형력과의 비교

위력개념에 대한 해석론상의 일차적 문제성은 대법원이 보여주고 있는 위력개념의 뜻풀이에 암시되어 있는 힘의 스펙트럼이나 그 힘의 강도가 단선적이지 않다는 점에서 나온다. 위력개념에 대한 대법원의 풀이에 따르면 위력은 유형력을 지칭하는 폭행 뿐 아니라 주로 무형력을 지칭하는 협박도 위력에 포함될 수 있다. 그러나 주지하다시피 위력개념과는 달리 형법상 폭행·협박은 다양한 구성요건에서 등장하고 있으면서도 형법의 해석상 그 강도의 차이가 등급화되어 있다. 그 강도 면에서 최상층부에 있는 강도죄나 강간죄의 폭행·협박은 반항을 억압하거나 현저하게 곤란하게 할 정도이다(최협의설). 이는 외부적 신체활동뿐만 아니라(폭행) 다른 마음을 먹지 못하도록 내부적 의사(협박)까지도 전적으로 억압하거나 반항을 하지 못하게 만드는 유·무형력의 정도를 말한다. 이 경우는 행동을 억압할 뿐 아니라 의사까지도 ‘제압’할 정도의 힘(유·무형력)의 사용이라고 할 수 있다.

이와 같은 강도의 유·무형력이 행사되어 성적 자기결정권이 침해된 경우는 - 업무상 지휘감독관계가 있는 경우라도 - 위력간음죄가 아니라 강간죄의 성립만 인정될 것이다. 폭행은 유형력으로써 주로 신체활동이나 행동을 통제하고 협박은 주로 무형력으로써 의사형성이나 의사활동을 통제하는 점에서 차이가 있는 반면, 위력은 유형력 뿐 아니라 무형력까지 포괄하는 점에서 더 넓은 행위태양을 포섭할 수 있다고 해석하더라도 이러한 유·무형력의 수단상의 차이가 위력간음죄와 강간죄의 차이를 말해주지 않는다. 양자의 결정적인 차이는 불법, 그 중에 특히 행위반가치적 불법측면에 있다. 강간죄의 불법의 크기가 3년 이상 징역의 법정형으로 반영되어 있는 것과는 달리 위력간음죄의 불법의 크기는 5년 이하 징역의 법정형으로 반영되어 있기 때문이다. 이와 같이 불법의 행위반가치 측면에서 강간죄의 경우와 현저한 차이를 보이고 있는 위력간음죄의 행위수단인 ‘위력’은 강간죄의 유·무형력 보다 약한 강도의 힘이 사용되는 행위태양을 포섭하는 것으로 해석되는 것이 합리적인 것으로 보인다. 형법상 강간죄의 구성요건에서는 위력간음죄의 위력을 능가하는 강도의 유·무형력을 이용하는 경우를 포섭하기 위해서 ‘위력’이라는 개념 대신에 별도로 ‘폭행·협박’이라는 용어가 채택되어 있다.¹²⁾ 그러나 앞서 살펴보았듯이 최협의설적 의

미의 폭행(유형력)은 ‘반항을 억압하거나 현저하게 곤란하게 할 정도’라는 표현 자체는 사람의 신체활동, 즉 외부적 ‘행동’을 못하게 하는 경우에 대한 맞춤형 표현인 반면, 최협의설적 의미의 협박(주로 무형력)은 행위자가 피해자의 내부적 ‘의사’에 영향을 미쳐 다른 의사형성 내지 의사활동을 못하도록 하는 경우를 일컫는다. 유형력으로서의 위력이 최협의설적 의미의 ‘폭행’ 보다 그 강도가 낮은 행위태양을 포섭할 수 있도록 해석하는 데에는 어려움이 없을 것이다. 그러나 무형력으로서의 위력이 최협의설적 의미의 ‘협박’ 보다 그 강도가 낮은 경우가 되려면 그 보다 낮은 강도의 무형력을 어떻게 정의해야 하는가? 여기서 단정적인 답을 내리기는 어렵지만, 적어도 상대방의 자유의사를 제압할 정도라고 정의하고 있는 대법원의 태도는 적절한 답이 아닌 것으로 생각된다. 왜냐하면 위력간음죄의 위력을 의사를 제압할 정도의 세력으로 그 강도를 확정한다면, 최협의설적 협박과 적어도 그 강도에 한해서만은 본질적인 차이¹³⁾를 드러내는 해석이 될 수 없기 때문이고, 위력간음죄와 강간죄의 불법의 크기를 반영한 체계정합적 해석이 될 수 없기 때문이다.

다른 한편 형법상 위력을 그 강도면에서 있어서 의사를 제압할 정도의 세력(힘)으로 동결시키는 해석태도는 형법상의 구성요건 가운데 강간죄의 폭행 또는 협박에 비해 더 약한 강도의 폭행·협박을 행위수단으로 하는 구성요건들(폭행죄나 공갈죄의 폭행 또는 협박, 공무집행방해죄 등)의 존재와도 합치될 수 없다. 앞에서 강간죄와의 비교분석에서와 유사하게 그리고 대법원의 해석태도와 같이 형법상 위력개념이 이러한 구성요건들의 행위수단인 폭행 또는 협박까지도 포함한다면, 여기서 말하는 위력개념에 내포된 힘의 강도를 상대방의 자유의사를 ‘제압’할 정도라고 말하는 것은 더더욱 어려울 것이기 때문이다.

요컨대 대법원은 강도죄나 강간죄의 구성요건상의 행위수단인 폭행·협박 보다 그

12) 다만, 위계 또는 위력을 사용하여 청소년을 간음한 자에 대한 범정형을 청소년을 강간한 자에 대한 범정형과 동일하게 정하고 있는 청소년의 성보호에 관한 법률 제10조 제4항의 경우에는 ‘위력’개념에 강간죄가 요구하는 최협의설에 따른 폭행·협박도 포함시킬 수는 있다. 그러나 대법원은 “위력이란 그 범위가 매우 넓기 때문에 강간죄가 요구하는 정도의 폭행, 협박에 비하여 그 피해가 상대적으로 경미하고 불법의 정도도 낮은 경우가 많(다)”고 한다(대법원 2007.8.23. 선고 2007도 4818 판결).

13) 협박은 공포심을 일으킬 정도의 해악의 고지로 해석되는 점에서 해악고지에 국한되지 않고 지위나 권세를 통해 무언의 압력을 행사하는 위력과 내용면에서도 차이가 있다.

힘의 강도에 있어서 하위 등급의 폭행·협박에 해당하는 사례들도 위력개념에 포섭시킬 가능성을 열어두고 있다고 한다면, 그러한 위력개념을 일의적으로 의사제압적 위력으로 이해하는 태도를 더 이상 유지하기는 어려울 것으로 보인다. 특히 위력간음죄의 행위수단인 위력을 강간죄의 폭행 또는 협박의 유·무형력의 강도 보다 약한 정도의 유·무형력으로 해석해야 함을 인정하면서도 그 강도를 의사를 제압할 정도로 제한하는 해석태도는 위력간음죄와 강간죄의 행위불법의 차등을 부각시키기 어렵게 만들기 때문이다. 이러한 관점에서 보면 형법의 위력개념은 구성요건적 불법의 크기를 반영하여 그 사용되는 힘의 강도에 따라 내부적으로 그 층위가 나누어져야 할 요구에 따라 재해석될 필요가 있는 것으로 보인다. 무엇보다 ‘자유의사를 제압할 정도의 힘’이라는 요소를 위력개념의 전제조건으로 유지하는 것은 폭행협박을 행위 또는 행위수단으로 가지고 있는 다른 구성요건(강간죄, 강도죄, 폭행죄, 공갈죄, 강요죄, 공무집행방해죄 등)과 비교해 볼 때 더 이상 체계정합적 해석태도라고 할 수 없을 것으로 보인다.

3. 위력과 하자있는 의사를 유발하는 유·무형력과의 비교

형법상 위력개념을 해석함에 있어 행위자가 피해자에게 사용하는 힘의 강도를 일의적으로 자유의사를 제압할 정도로 국한시키는 것이 필연적인 해석결론일 수 없음은 사회적·경제적·정치적 지위나 권세를 이용하는 경우에 더욱 분명해진다. 예컨대 고용주가 피고용자에게 해고의 위협을 하여 간음한 경우 해고의 위협이 피고용자의 상대방의 자유의사를 ‘제압’할 정도에 해당한다고 볼 수 있어서 위력간음죄의 성립을 인정할 수도 있다.¹⁴⁾ 그러나 상대방의 의사를 제압하는 경우에 비해 더 약한 강도로 지위나 권세를 이용하는 경우도 위력개념에 포섭해야 할 여지도 얼마든지 있을 수 있다. 강도죄나 강간죄의 경우처럼 상대방의 외부적 행동을 억압하거나 의사를 제압할 정도에 이르지 않는고 단지 자유의사에 ‘영향을 미치는 수준’인 경우가 특히 문제될 수 있다. 이러한 정도의 영향력의 인정여부는 명시적으로 불이익을 고

14) 대법원 1985.9.10. 선고 85도1273 판결. 그러나 불응할 경우 해고하겠다고 명시적으로 위협하지는 않았지만, 피해자가 해고될 가능성을 염두에 두고 행위자의 요구에 응한 경우에도 위력행사가 있는지는 여전히 문제될 수 있다. 이에 관해서는 후술한다.

지하는 언사를 사용하지 않은 경우, 특히 일정한 지위나 권세를 가진 자가 ‘무언의 압력’을 행사하여 상대방에게 일정한 반응을 요구할 경우에 문제된다. 이와 같은 무언의 압력은 통상적으로 일정한 요구를 관철시키기 위해 무위의 정보전달 형식을 통해 이루어진다. 이러한 상황 속에서 그 정보를 통보받는 상대방은 행위자의 요구에 대해 그 요구를 수용할 것인지 말 것인지를 선택의 기로에 서 있다가 결국은 수용하는 태도로 나온다면, 그 무언의 압력에 영향을 받았을 가능성이 크다. 의사를 제압하는 정도의 압력이나 단순히 의사형성에 영향을 받을 정도의 압력이나는 무언의 압력이 상대방에게 선택의 여지없을 정도의 강제성을 내포하고 있다고 평가할 수 있으나에 따라 달라진다. 여기서 강제성이 없는 경우란 - 후술하듯이 - 통상 내부에서 일어나는 진정한 의사와 외부적으로 표시된 의사가 다를 수 있는 경우로서 행위자가 일종의 수용/불수용 중에 일종의 ‘전략적 선택’을 하여 수용으로 나온 것이라고 할 수 있다. 반면에 의사를 제압할 정도의 무형력이라면 상대방이 수용/불수용 가운데 어느 하나를 자율적으로 ‘선택’하는 것이 아니라 수용의 반응을 보이지 않을 경우로서 그 자체 ‘강제’당한 경우에 해당한다.

이와 같은 정도의 무형력의 행사를 형법상 ‘위력’이라고 말할 수 있다면, 이러한 위력을 행위수단으로 규정하고 있는 형법상 위력구성요건은 어떤 구성요건이 있는가? 형법의 구성요건 가운데 ‘행위수단으로써 위력’이라는 용어를 사용하고 있지는 않지만 위와 같은 - 무언에 의한 압력의 - 방식으로 의사형성에 영향력을 미치는 행위수단을 예정해두고 있는 구성요건들이 있다. 의사를 제압하는 정도는 아니지만, 상대방의 의사형성에 영향을 미쳐서 진의와 다른 외부행동으로 변경시키는 힘의 사용을 예정하고 있는 구성요건이 그러한 구성요건에 해당한다고 할 수 있다. 폭행·협박을 행위수단으로 하고 있는 공갈죄의 구성요건이 여기에 해당한다고 볼 수 있다. 상대방의 반항을 억압하거나 현저하게 곤란하게 할 정도(즉, 자유의사를 제압할 힘보다 강한 정도의 힘의 사용)의 유·무형력의 행사를 예정해 두고 있는 강도죄의 경우와는 달리, 공갈죄는 상대방의 자유의사를 억압하여 그 의사에 반하는 정도는 아니지만, 그 의사에 영향을 미쳐 동의(수용 = 재물 또는 재산상의 이익의 처분행위)를 마지못해 하도록 하는 정도의 유·무형력을 행사하는 것을 내용으로 하고 있다. 이러한 공갈죄의 폭행 또는 협박을 상대방의 의사를 제압할 정도의 유·무형력이라고 하

지 않을 뿐 아니라 그러한 유·무형력에 대응하여 행한 행위를 ‘의사에 반하는’ 행위라고 하지도 않는다. 오히려 행위자가 사용하는 유·무형력에 영향을 받아 ‘하자 있는 의사’에 기한 행위로서 동의를 받은 행위라고 할 수 있다. 보다 정확하게 말하면 피해자가 의사결정을 내림에 있어 외부로는 굴절된 표시행위, 즉 일정한 처분행위를 하는 것이다. 요약하면 강도죄가 예정해 두고 있는 폭행 또는 협박은 ‘의사제압적 유·무형력’에 더 가까운 반면, 공갈죄의 폭행 또는 협박은 상대방의 ‘의사에 영향을 미쳐서’ 결국은 외관상으로는 동의를 받아내는 유·무형력이라고 할 수 있을 것이다. 여기서도 형법상 위력구성요건의 위력이 ‘의사제압적 위력’으로 봉인되지 않고 그 보다 더 낮은 등급의 힘의 세력도 포함할 수 있는 층위들을 가진 개념으로 등급화될 수 있는 개념으로 해석될 수 있는 단초가 엿보인다.

4. 위력구성요건상 위력개념의 등급화 가능성

유·무형력의 행사로서의 위력이 일의적으로 상대방의 자유의사를 제압할 정도만으로 예정되어 있지 않고 상이한 등급의 세력으로 해석될 수 있음을 근거지우기 위해서는 형법각칙상의 위력구성요건들을 다각도에서 해석해 보아야 한다. 이하에서는 형법의 위력구성요건을 의사제압적 위력을 행위수단으로 하는 구성요건과 의사왜곡적 위력을 행위수단을 하고 있는 구성요건으로 구분하는 해석론의 타당성과 설득력을 뒷받침하기 위해 위력구성요건의 내부구조를 여러 가지 관점에서 분석해 보기로 한다.

Ⅲ. 형법상 위력구성요건의 내부구조와 위력개념의 분화

1. 타자완결적 행위범으로서의 위력구성요건

형법상 위력구성요건들은 구성요건의 실현이 행위자의 행위만으로는 완결될 수 없는 특징을 가지고 있다. 형법상 대부분의 구성요건들은 행위자가 구성요건적 행

위를 함으로써 구성요건의 실현이 완성된다. 그러나 일부 구성요건의 경우는 상대방의 추가적 기여행위가 있어야 구성요건이 실현될 수 있으므로 상대방의 추가적 행위가 별도로 요구되는 것으로 해석되어야 한다. 행위자의 살해행위 또는 강도행위 또는 절취행위의 직접적 효과로서 사망, 재물 또는 재산상의 이익취득, 점유권과 소유권침해와 같이 당해 구성요건이 실현되는 살인죄나 강도죄 또는 절도죄와 같은 구성요건이 전자의 예이고, 법익침해 또는 구성요건적 결과는 행위자의 행위만으로서 발생하는 것이 아니라 상대방의 추가적 행위가 결합될 것이 요구되는 사기죄나 공갈죄와 같은 구성요건이 후자의 예이다. 편의상 전자에 해당하는 구성요건을 ‘자기완결적 행위범’이라고 부르고, 후자에 해당하는 구성요건을 ‘타자완결적 행위범’이라고 한다면,¹⁵⁾ 위력구성요건들은 타자완결적 행위범으로 범주화 할 수 있다.¹⁶⁾ 예컨대 위력자살결의죄의 경우 행위자가 아무리 위력을 행하더라도 그에 기하여 피해자의 자살행위가 추가적으로 존재하지 않으면 위력자살결의죄의 성립 그 자체 원천적으로 불가능하다. ‘위력에 의한 촉탁승낙살인죄’의 구성요건 역시 위력행사가 있을 후 피해자가 죽여달라는 부탁(촉탁)이나 죽어도 좋다는 승낙이 있는 경우를 예정해 두고 있다. 위력간음죄의 경우도 마찬가지이다. 강간죄의 경우와는 달리 행위자의 위력에 일정한 성적 행위(간음행위)를 한 상대방은 당해 구성요건의 보호법익의 주체로서 피해자가 된다. 피해자의 일정한 성적 행위 없는 경우 행위자의 행위는 위력간음죄가 아니라 강간이거나 준 강간행위로 평가된다. 미성년자나 심신미약자에 대한 위력간음죄의 경우도 동일하다.¹⁷⁾

15) 최근 대법원은 사기죄의 경우 피기망자의 처분사가 처분효과까지 인식할 필요가 없다(대법원 2017.2.16. 선고 2016도13362 전원합의체판결)고 함으로써 타자완결적 행위범의 타자의 보충적 행위의 요건을 종래의 태도에 비해 완화하는 해석론을 전개하고 있다. 이러한 태도는 사기죄의 해석상 기망행위 자체의 강도를 더 높이는 대신에 상대방의 처분행위에 대해 요구되는 요건을 더 낮추고 있다. 이와 관련하여 대법원은 절도죄를 ‘타자손상범’적 성격을 가지고 사기죄를 ‘자기손상범’적 성격을 가지고 있다고 범주화하고 있지만(위 전원합의체 판결중 대법관 이상훈, 대법관 김용덕, 대법관 김소영, 대법관 조희대, 대법관 박상옥, 대법관 이기택의 반대 의견 참조), 절도죄의 경우에 행위주체를 기준으로 삼아 탈취라는 행위반가치의 의미적 차원을 부각시키다가도 사기죄의 경우에는 행위주체를 기준으로 삼지 않고 상대방을 기준으로 삼아 결과반가치의 의미적 차원을 부각시키는 ‘자기손상범’이라고 부르는 것은 기준의 통일성이라는 차원에서 보았을 때 일관되지 못한 명명법이다.

16) 그러나 후술하듯이 위력구성요건 가운데 위력에 의한 업무방해죄의 경우는 예외에 해당한다.

17) 이에 따르면 대항범은 ‘타자완결적 행위범’의 하위사례로 분류될 수 있고, 상대방이 피해자인 경우

위력구성요건의 이러한 특징은 위력이라는 행위수단이 가지는 특수성에 기인한다고 볼 수 있다. 즉 위력이라는 행위수단은 처음부터 상대방의 일정한 조응적 행위를 요구할 것을 전제하고 있는 특수성을 가진 것으로 이해할 수 있다. 물론 이러한 특수성이 위력개념의 내포 속에 있다고 해석할 수 있음은 위력 개념 자체의 속성에서 나오는 것은 아니다. 위력구성요건의 문언을 의미맥락적으로 해석한 결과이다. 즉 구성요건의 문언 속에서 명시적으로 요구되고 있지는 않지만, 위력긍정 또는 위력부정이라는 결론을 내림에 있어 피해자의 반응을 역산입해 넣어야 하는 것은 위력구성요건속에 들어 있는 다른 구성요건 요소(예컨대, 피해자의 자살행위, 피해자의 성적 행위)와의 의미맥락적 해석 때문인 것이다.

타자완결적 행위범으로 분류될 수 있는 위력구성요건의 특징을 위력개념의 해석론에 반영하기 위해 형법이론상 전통적인 개념범주인 대항범 형식의 구성요건과 타자완결적 행위범의 구조를 비교해 볼 필요가 있다. 주지하다시피 대항범은 아동혹사죄나 음화판매죄와 같이 아동을 인도받는 상대방의 인수행위 또는 음화를 매수하는 상대방의 매수행위가 있어야 하는 경우이다. 그러나 타자완결적 행위범과 대항범은 상대방의 행위를 추가적/보완적으로 요구하는 점에서 구조적인 유사성을 가지고 있지만, 양자는 본질적으로 다른 기준에 의해 구분된다. 타자완결적 행위범의 경우는 대항범의 경우와는 달리 상대방이 행위자와 이해관계를 같이하는 조력자가 아니라 상반된 이해관계를 가지는 피해자(또는 피해자와 일정한 관계에 있는 자)로 평가되기 때문이다. 타자완결적 행위범과 대항범은 상대방의 행위를 만들어내는 내심의 의사적 측면에서도 차이가 난다. 대항범의 경우는 대항자는 행위자와 다른 방향에서 대항적 행위를 하지만 행위자와 전적으로 이해관계가 일치할 뿐 아니라 내심의 의사와 표시되는 행위와 전적으로 일치한다. 반면에 위력구성요건의 피해자는 행위자의 위력행사에 의해 의사형성 내지 의사작용에 영향을 받아 의사의 왜곡과정을 거친다. 따라서 위력구성요건의 경우는 외부로 표시된 피해자의 행위는 진정한 의사와는 다르게 굴절되어 나오는 점에서 대항범의 대항자의 행위와 질적으로 다르다.

에는 종래 대항범으로 분류되기도 하였지만, 비대항범으로서 ‘타자완결적 행위범’으로 자리매김될 수 있기 때문에 타자완결적 행위범/자기완결적 행위범이라는 분류방식은 대항범 개념과 비대항범의 경계선도 더욱 분명히 그을 수 있게 해 준다.

위력구성요건을 이와 같이 타자완결적 행위법의 범주를 별도로 만들어 분류해야 할 형법해석론상의 의의는 어디에 있는가? 타자완결적 행위법은 여기에 해당하는 구성요건의 해석상 구성요건이 피해자의 추가적 행위가 있어야 비로소 실현되는 것이므로 상대방의 그 추가적 행위에 대해 요구되는 질적 요건을 해석상 추상적 개념으로 만들어 일반화된 규칙의 수준으로 만들어야 한다는 점이다.¹⁸⁾ 즉 상대방의 행위가 객관적으로 어떻게 평가되고 상대방이 자신의 행위 및 행위자의 행위에 대해 어떤 인식과 의사를 가지고 있을 것이 요구되는지를 해석을 통해 밝혀내어야 한다는 것이다. 폭행·협박에 기한 공갈행위도 행위자의 협박에 더하여 상대방의 하자있는 의사에 기한 처분행위가 있어야 하는 바, 여기에 처분행위의 의의와 처분의사의 질적 수준을 형법적으로 요구할 수 있는지가 문제되는 것도 이 때문이다. 이 점은 결국 행위자의 행위와 피해자의 반응을 결합해서만 구성요건의 충족여부를 판단할 수 있음을 의미하는 것으로 피해자의 추가적 행위가 행위자의 행위에 의해 영향을 받을 뿐 아니라 행위자의 행위도 그 자체로만 두고 독자적으로 평가할 것이 아니라 상대방의 대응 여하에 따라 재평가되어야 한다. 행위자의 행위와 피해자의 행위가 상호종속되는 관계로 연계되어 있는 특수성, 특히 행위자의 행위평가에 피해자의 반응을 ‘역산’해야 하는 것임을 의미한다.¹⁹⁾ 보다 중요하게는 이와 같은 행위자의 행위가 피해자의 반응 내지 의사형성에 미치는 영향력이 어떤 종류의 것인지를 분석하기 위해서는 양자간의 관계를 커뮤니케이션적 관점에서 음미해 볼 필요가 있다.

2. 타자완결적 행위법과 커뮤니케이션 구조

행위자의 행위와 피해자의 추가(반응)적 행위의 상호관계가 커뮤니케이션 형식을 취하고 있다고 말할 때 ‘커뮤니케이션’은 체계이론적 의미에서의 커뮤니케이션을 말한다. ‘의사합의를 목표로 하는 의사소통’이라는 의미의 일반적인 커뮤니케이션

18) 이 때문에 이 글은 위력개념의 정의 속에 의사제압이라는 요소 외에 의사왜곡이라는 요소를 하나 더 충전해 넣음으로써 피해자의 왜곡된 의사에 기한 굴절된 행위를 중요하게 부각시킨다. 피해자의 굴절된 행위는 외관상 동의가 있는 것 같지만, 불완전 동의 내지 비진의 표시행위이다.

19) 행위자의 1차적 행위 이후 피해자의 반응을 역산하여 행위자의 행위를 최종평가 할 경우 시간적으로 언제까지의 피해자의 반응을 역산입시에 고려할 수 있을 것인가가 문제될 수 있다. 이에 관해서는 ‘피해자 다움’과 관련하여 후술한다.

개념과는 달리, 체계이론에서 말하는 커뮤니케이션은 정보 → 통보 → 수용/불수용을 요소로 하는 무한과정이다. 여기서 무한과정이라 함은 1차 수신자의 수용/불수용이 다시 정보로서 1차 송신자에게 통보되면, 1차 송신자는 2차 수신자로서 다시 수용/불수용의 반응을 하게 되고 이러한 과정이 반복된다는 것을 의미한다. 이러한 의미의 커뮤니케이션은 멈춤이 있을 뿐이지 종결이란 있을 수 없다.²⁰⁾ 그러나 타자완결적 행위범의 경우에는 2차 커뮤니케이션이 이루어지는 단면을 잘라내어 그 부분만을 분석의 대상으로 삼는다.

타자완결적 행위범의 경우 커뮤니케이션 형식이 정보 → 통보 → 수용 또는 불수용의 선택이라는 전형적 구조를 취하지 않고, 정보 → 통보 → 무조건적 수용의 형식을 취하는 구성요건이 있다. 이와 같이 행위자가 수용/불수용 가운데 어느 하나를 자신의 의사에 기하여 선택하지 않는 형식의 커뮤니케이션은 진정한 의미의 커뮤니케이션이 아니다. 행위자가 일정한 내용을 주장하거나 요구하면서 피해자의 일정한 반응을 유도할 경우 피해자가 그 주장 내지 요구를 받아들일 수밖에 없는 경우와 같은 ‘일방통행식’ 구조를 갖추고 있다면 진정한 의미의 수신자는 피해자가 아니라 법규범이다. 법규범이 행위자의 주장 내지 요구에 대해 수용/불수용, 즉 가별 또는 불가별로 반응한다. 이러한 경우는 피해자의 의사가 완전히 제압될 정도로 강력한 행위자의 요구가 존재하는 경우라고 할 수 있다. 반면에 피해자가 행위자의 주장 내지 요구에 그 의사가 제압되어 그대로 따르는 경우가 아니라 피해자가 스스로의 인식작용으로 수용/불수용여부에 대해 결정을 내리는 경우가 있다. 이러한 경우 정보의 전달이 있으면, 그 통보를 받은 상대방이 그 정보에 기초하여 일정한 반응을 스스로 하여 그 정보의 수용/불수용 중의 어느 하나를 선택한다. 즉 행위자의 위력이 피해자의 자유의사에 미치는 영향력이 그 자유의사를 제압할 정도가 아니라면 상대방은 그러한 정보에 대해 어떻게 답할 것인가의 선택의 기로에 서서 그 주장자의 요구를 수용할 것인가 수용하지 말 것인가를 고민하다가 결국 수용하는 태도로 나오는 경우가 많은 것이다. 이와 같이 정보전달(주장) → 수용/불수용(응답)이라는 형식의 커뮤니케이션 과정이 존재하는 경우에는 상대방의 자유의사가 제압되는 경

20) 이러한 관점에서 보면 업무상위력간음죄의 경우 행위자와 피해자간의 커뮤니케이션은 법정으로 이어져 계속되겠지만, 형법적으로 의미있는 커뮤니케이션은 판결의 확정으로 종결된다.

우라 할 수 없다. 이러한 커뮤니케이션 형식에서는 피해자가 의사결정과정에서 혼선이 행위선택에 영향을 미쳐 의사표시의 왜곡을 유발시킨다고 할 수 있다.²¹⁾

위력구성요건 가운데 위력자살결의죄의 경우는 행위자의 무형력의 행사(죽어라는 요구 내지 주장)에 대해 수용/불수용의 기로에 서 있는 상대방에게 선택의 여지가 없고 수용(자살)은 순수 ‘강제’에 의한 것이다(의사지배를 행사하여 자살하는 자를 이용한 살인죄의 간접정범에 해당하는 것이다). 상대방은 자살 외의 다른 방법을 선택하는 것이 극도로 불가능할 정도로 압박한 것은 그 자유의사를 제압하고 있는 경우로서, 그 압박이 의사에 단순히 영향을 미쳐 진의와 다른 표현행위를 한 경우가 아니다. 후술하겠지만, 이 경우는 상호간의 커뮤니케이션의 형식이 없고, 완벽한 일방통행의 형식만 문제되고 있다.

이와는 달리 위력간음등죄의 경우는 상대방의 반항을 억압하거나 현저히 곤란하게 하거나 의사를 전적으로 제압한 상태하에서의 강간으로 평가되는 일방통행식 간음과는 달리 결코 행위자의 요구에 달리 선택의 여지없이 응해야 하는 의미의 간음, 자유의사가 제압될 정도의 일방통행식 간음이 아니다. 오히려 상대방의 지위나 권세에 영향을 받아 내심의 진의를 왜곡시켜 굴절된 행위반응, 즉 순응하는 것과 같은 외관을 가진 경우로서 커뮤니케이션 형식을 취한 간음으로 그 의미가 평가될 수 있다. 의사제압적 간음과 의사왜곡적 간음의 결정적인 차이는 의사에 반하는 간음인 전자의 경우와는 달리 후자의 경우는 의사에 반하지는 않지만 행위자의 위력에 따른 영향 때문에 마지못해 간음에 동의한 것, 즉 불완전 동의 내지 비진의 동의에 기한 간음이 된다. 이러한 의미에서 보면 이 구성요건의 적용여부를 다름에 있어 피해자의 동의가 있으면 이 죄의 구성요건이 충족되지 않은 것임을 당연시하는 태도는 성급한 결론일 뿐 아니라 형법해석상 받아들이기도 어렵다.

형법 구성요건은 커뮤니케이션과정에서 상대방의 의사를 왜곡시키는 다양한 유발요인을 가지고 있다. 사기죄나 업무상 위계간음죄의 경우는 우월적 지식을 가진 행위자가 허위의 정보전달을 하고 상대적으로 열등한 지식을 가진 피해자가 행위자가 전달한 정보를 수용함으로써 의사왜곡이 기망에 기한 ‘착오’ 및 하자있는 처분행

21) 앞서 언급했듯이 의사를 제압할 정도의 유·무형력은 상대방으로 하여금 수용/불수용 가운데 어느 하나를 선택하도록 하는 것이 아니다. 상대방의 요구를 수용하지 않을 수 없게 만들도록 강제하는 것이다.

위로 나타난다. 공갈죄의 경우는 물리적 힘의 열세에 있는 피해자가 행위자가 행사하는 폭행 또는 협박이라는 유·무형력 때문에 의사왜곡을 겪으면서 하자있는 승낙을 함으로써 재물 또는 재산상 이익을 교부하는 행위를 하게 된다. 위력간음죄의 경우는 권력관계상 열등한 지위에 있는 피해자가 지위나 권세등을 이용하는 행위자의 위력에 순응하여 의사왜곡을 겪게 되고 ‘불완전 동의’ 내지 ‘비진의 의사표시’에 기한 성적 행위를 하게 된다. 위 세 가지 유형의 구성요건은 각기 피해자와 행위자와 우열관계(지식관계, 역학관계, 권력관계)가 구조적으로 전제되어 있고 이에 기초하여 기망, 폭행·협박, 위력으로써 의사‘왜곡’을 겪으면서 ‘굴절’된 표시행위를 하는 경우를 예정해 두고 있는 것이다.

3. 권력의 법칙과 위력의 사회적 의미내용

이와 같이 위력간음죄의 위력을 의사제압적 위력이 아니라 의사왜곡적 위력으로 해석해야 할 결정적인 근거는 구성요건이 이미 행위자와 피해자간에 구조적 권력관계가 있음을 명시적으로 규정하고 있기 때문이다. 위력간음죄의 권력관계는 우연적으로 우열관계가 만들어지는 사기죄나 공갈죄의 경우와는 달리 처음부터 외부객관적 요인에 의해 구조적으로 결정되어 있다. 이와 같은 업무상 보호 또는 감독관계는 행위자와 피해자 사이의 외부적인 우열관계를 내부심리적으로도 구조화시킨다. 이와 같이 당사자 사이에 내부심리적으로 구조화되어 있는 관계에서 행사되는 유무형력의 힘은 의사를 제압할 정도로 강도 높을 필요가 없다. 물리적 외부세계에서 무게 추는 아래를 향하여 놓아버리기만 하면 그 추가 가지고 있는 자체 무게로 인해 아래로 쉽게 떨어진다. 굳이 무게 추를 있는 힘을 다해 아래로 던질 필요가 없는 것이다. 상위의 물건을 손에서 떠나보내는 행위만 있어도 ‘중력법칙’이 그 물건을 아래로 낙하시키듯이 인간의 상호관계에서는 ‘권력의 법칙’이 작용한다. 아래로 기울어져 있는 구조를 가지고 있는 권력관계에서는 미력이라도 영향력을 발휘하여 상대방의 의식작용에 왜곡을 가져오기 때문이다. 이러한 경우 굳이 상대방의 자유의사를 제압할 정도의 힘을 사용할 필요가 없다. 지휘 감독을 받는 상대방에 대해 가해지는 ‘위력’의 개념적 의미는 이와 같은 위력의 사회적 의미내용을 고려하여 이해되어야 한다.

위력자살결의죄의 구성요건에서는 위력이 의사자유를 제압할 정도의 위세(의사 제압적 위력)로 해석되어야 하는 반면, 위력간음죄의 경우에는 의사자유를 왜곡(내키지 않지만 상대방의 요구에 순응함)시킬 정도의 위세(의사왜곡적 위력)로 해석되어야 하는 것은 바로 이 때문이다. 여기서 의사왜곡적 위력은 특히 그 위력행사의 상대방이 마음이 내키지 않은 상태에서 - 마지못해 - 따르도록 하는 정도의 유·무형력의 행사를 말한다. 이러한 위력행사는 피해자의 의사형성에 영향을 주어 행위자의 요구에 억지로 순응하는 외관을 빚어낼 정도로 피해자의 의사를 왜곡시킨다. 여기서 왜곡된 의사가 진정한 의사에 기하지 않은 행위를 외부로 굴절시켜 표출함으로써 - 행위자의 간음요구에 동의하는 외관이 나타난다(불완전 동의에 기한 간음=비진의 의사표시에 기한 간음).

상대방의 의사를 왜곡시킬 정도의 위력이 의사에 반할 것을 요하지 않는다고 할 수 있는 이유는 사람의 의사형성과정에서 이루어지는 최종적 ‘결정’(decision)은 ‘판단’(judgement)을 전제로 하는 바, 만약 판단에 혼선이 생기면 결정은 그에 따라 뒤틀릴 수 있기 때문이다. 이러한 한 결정을 왜곡시킬 정도의 위력에 조응하는 상대방의 태도가 반드시 부동의를 전제로 할 논리필연적인 이유는 없는 것이다.²²⁾ 외관상 동의 내지 순응이 있어도 그것은 피해자의 진정한 의사에 기한 것이 아니라 의사결정에서 왜곡이 일어나 그제 기초하여 굴절된 동의 내지 순의 모습을 보이는 것이기 때문이다. 이와 같이 피해자의 굴절된 행위를 만들어내는 행위자의 의사왜곡적 위력을 위력간음죄의 위력으로 해석할 수 있는 실정법적 근거는 무엇인가? 그것은 다름 아닌 - 입법자가 구성요건에 설정해 두고 있는 - 행위자와 피해자간에 구조적으로 존재하는 업무상 지휘 또는 감독관계라는 ‘권력관계’이다.

4. 보호법익을 기준으로 삼은 구성요건의 해석

보호법익의 관점에서 위력개념을 해석하더라도 위력개념의 내포를 의사제압적 위력과 의사왜곡적 위력으로 등급화할 수 있는 가능성을 엿볼 수 있다. 잘 알다시피

22) 피해자의 동의가 있으면 위력간음죄가 성립하지 않는다고 하는 태도로는 김일수/서보환, 새로쓴 형법각론, 박영사, 2000, 159면; 이재상/장영민/강동범, 형법각론(제10판), 박영사, 2016 179면.

위력간음죄의 보호법익은 성적 자기결정의 자유이다. 이 경우 자유는 소극적 의미의 자유이다. 여기서 자유는 철학적 관점에서 말하는 의사자유를 지칭하는 것이 아니다. 전통적인 형법이론학에서 의사자유는 자기결정에 따른 행위선택의 자유, ‘타행위가능성’을 전제로 한다. 이러한 관점에서 보면 달리 행위할 자유 등과 같은 레토릭으로 대응하여 순응하지 않을 자유가 있었는데 반항하지 않았으므로 피해자에게 동의가 있는 것이고 따라서 행위자의 ‘위력’도 인정할 수 없다는 추론은 위력간음죄의 구성요건에 대한 해석의 첫 단추부터 잘못 끼운 결론이다. 보호법익으로서의 자기결정권에서 말하는 성적 자유의 의미와 행위자에 대한 책임 비난의 척도인 타행위가능성 내지 비난의 근거인 도덕적 의미의 의사자유는 동일시 될 수 없기 때문이다. 형법에 의해 보호되는 차원의 법익으로서의 성적 자기결정으로서의 자유는 선택의 자유라는 의미의 적극적 자유가 아니다. 강제로부터의 자유라는 의미의 소극적 자유이다. 성적으로 무엇이든 할 수 있는 자유를 보호하는 것이 아니라 법익의 주체가 원하지 않는 바를 하지 않을 자유를 의미할 뿐이다.

이러한 의미차원의 자유는 위력, 지위나 권세에 의해 원하지 않는 일을 어쩔 수 없이 하는 경우에도 침해되었다는 사회적 의미평가를 받아야 한다. 어쩔 수 없는 수행행위는 상대방이 요구 또는 희망하는 성적인 행위를 말한다. 거기에 순응하는 피해자의 행위는 그 피해자의 의사에 반하는 행위가 아니지만, 그 피해자는 스스로 원하지 않는 바를 하지 않을 자유를 구가하지 못하고 자유를 침해당한 것이라고 할 수 있다. 행위자의 지위나 권세에 의해 자신의 진정한 의사(하고 싶은 바를 할 ‘의사’가 아니라, 하지 않을 것을 하지 않을 ‘의사’임에 주의해야 한다)를 이러한 자유를 침해한 것이라고 할 수 있는 한, 행위자는 여전히 - 피해자의 진정한 ‘의사’를 왜곡시키는 - 위력을 행사한 것으로 평가해야 한다.

이와 같은 보호법익의 의미차원에서 볼 때 생명이라는 법익을 보호하는 위력자살결의죄의 경우는 위력을 피해자의 의사를 제압할 정도의 힘으로 제한해야 한다. 자신의 생명을 단절시키는 자살이외의 방법을 선택하지 않으면 안되도록 그 의사를 압박하는 경우라면 가장 강도 높은 힘의 사용이어야 하기 때문이다. 이 때문에 - 비록 대법원 판결은 아니지만, - 고등법원이 “위력자살결의죄가 되려면 피해자에 대한 폭행이나 협박 등의 위력이 피해자의 항거를 불가능하게 하여 피해자가 그 의사결

정 능력을 완전히 상실하거나 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 하여 피해자가 자살 이외의 방법을 선택하는 것이 극히 곤란한 상황에 처하여 자살에 이를 정도의 것이어야 (한다)”²³⁾는 해석은 문제의 핵심에 도달한 것으로 보인다. 그러나 위력간음죄의 경우 동일한 성적 자기결정권이라는 법익을 보호하는 구성요건이지만 강간죄의 경우와 같이 최협의설적 유·무형력 또는 그에 상응하는 의사를 제압할 정도의 힘의 사용으로 해석하지 않고 피해자의 의사를 왜곡시킬 정도를 요구하는 것으로 충분한 것으로 해석할 수 있다. 이러한 해석은 앞서 살펴본 바와 같이 강간죄와 위력간음죄의 법정형에 반영된 불법정도의 차이와도 조화를 이룰 수 있는 해석이다.

IV. 위력개념의 다층적 구조와 위력간음죄의 ‘위력’ 및 ‘위력행사’의 의미

1. 위력개념의 1차적 해체와 의사‘혼란’(교란)적 위력개념의 등장

자유의사를 제압할 정도의 세력이라는 의미의 일원적 위력개념이 다층적으로 분화될 가능성은 일찍이 업무방해죄의 ‘위력’개념에 대한 대법원의 해석론에서 먼저 시도되었다. 애초에 대법원은 이 구성요건의 ‘위력’개념도 의사자유 제압할 정도로만 해석하는 태도를 유지하고 있었다.²⁴⁾ 그러나 대법원은 이 구성요건의 위력개념에 대한 해석태도를 바꾸어 자유의사를 ‘제압’할 정도의 힘의 사용뿐만 아니라 자유의사를 ‘혼란’케 할 정도의 힘의 사용도 포함된다는 태도를 취하였다.²⁵⁾ 이로써 대법원이 의도하였든 의도하지 않았든 - 집단적 노무거부인 파업을 무조건 위력에 해당한다고 봄으로써 - 업무방해죄의 성립요건을 현격하게 완화시키는 결과를 빚었다.²⁶⁾ 특히 대법원은 노동조건 개선 요구하는 노동자의 헌법상 기본권보다는

23) 부산고등법원 1996. 10. 30. 선고 96노502 판결.

24) 예컨대, 대법원 1987.4.28. 선고 87도453 판결.

25) 대법원 1991.11.8. 선고 91도326 판결.

26) 김성돈, 형법각론, 제5판, 성균관대학교출판부, 2018, 239면.

기업 업무의 보호 내지 사용자의 이익에 손을 들어주는 정책적 속내를 해석론에 반영한 것으로 평가할 수 있다. 경제적인 측면의 성장을 요구하는 산업사회의 시대 정신을 반영한 듯한 대법원의 해석론이 헌법이 지향하는 가치에 반할 소지가 있다는 헌법재판소의 결단에 여러 가지 제약을 받았지만,²⁷⁾ 업무방해죄의 위력의 최저한계선은 자유의사를 ‘혼란’케 할 정도로 정의 되면서 지금까지 그대로 유지되고 있다.

업무방해죄의 경우에 이미 관철된 해석상의 위력개념의 일차적 해체는 ‘위력에 의한 공무집행방해죄’의 신설 필요성을 주장하는 견해에서 입법론의 논거로 동원되기도 하였다. 공무집행의 방해죄의 폭행·협박은 강도죄나 강간죄의 폭행·협박에 비해 그 강도가 훨씬 완화된 불법한 유형력의 행사로 해석되어 온 것은 주지의 사실이다. 그러나 이와 같이 그 강도면에서 한층 완화된 폭행·협박을 수단으로 하는 공무집행방해죄가 민원인들의 ‘위력’으로부터 국가의 기능작용이라는 보호법익을 충실하게 보호하지 못한다는 주장이 제기되었다. 이러한 주장은 먼저 공무집행방해죄의 법익의 보호수준에 대한 불만족을 ‘위력’에 의한 업무방해죄로 해소하려는 시도로 나타났다. 그러나 이러한 문제해결은 민원인들이 공무소에 와서 보여주는 성가시고 귀찮게 하는 불법한 유형력이 업무방해죄의 ‘위력’(의사를 혼란케 할 정도)에는 해당할 수 있음은 별론으로 하더라도 업무방해죄의 업무개념에 ‘공무’가 포함될 수 없다는 대법원 판례²⁸⁾에 의해 좌초되었다. 그 후 민원인들의 일정한 유형적 위세를 처벌하기 위한 대안적 해법으로 ‘위력’에 의한 공무집행방해죄의 구성요건을 신설하려는 방안이 주장되었다. 물론 이 구성요건의 신설시도도 실패하고 말았다.

이와 같이 업무방해죄의 해석론으로나 위력에 의한 공무집행방해죄의 입법론에서 등장한 ‘위력’개념은 상대방의 자유의사를 ‘제압’할 정도를 염두에 둔 것이 아니었음은 말할 필요도 없고, 심지어 상대방의 자유의사를 ‘왜곡’시킬 정도에도 해당하지 않았다. 이들 구성요건의 위력은 그 사용되는 힘의 강도가 추상적 위험범인 업무

27) 대법원이 보여준 가장 결정적인 해석론의 변화는 ‘과업’을 자동적으로 업무방해죄를 구성하는 것으로 보던 태도를 바꾸어 ‘예측할 수 없는 전격성’과 ‘막대한 손해발생의 가능성’이라는 요건을 보충적으로 요구하는 것으로 바꾸어 업무방해죄의 성립요건을 다시 제한한 점이다(대법원 2011.3.17. 선고 2007도482 전원합의체판결).

28) 대법원 2009.11.19. 선고 2009도4167 전원합의체판결.

방해죄와 공무집행방해죄에서 보호하는 법익²⁹⁾에 대한 ‘교란’ 정도이다. 특히 업무 방해죄가 사람뿐만 아니라 법인이나 단체의 업무도 행위객체로 인정하더라도 이 죄의 위력은 법인이나 단체의 구성원인 사람의 자유로운 의사형성에 방해를 야기할 정도로 파악할 수는 있다.³⁰⁾

이와 같이 업무방해죄의 위력개념에 대한 대법원의 해석 - 및 위력에 의한 공무 집행방해죄의 신설론에서 - 1차적으로 단행된 위력개념의 해체 내지 강도의 현격한 완화는 앞서 시도된 위력간음죄의 위력 개념에 대한 해체시도는 규범해석상 규범과 사실의 시선의 상호왕래라는 법률해석의 고전적 태도의 반영이라는 점에서 맥락을 같이 한다. 즉 업무방해죄의 위력개념의 변화는 산업발전을 위해 기업가의 ‘업무’를 보다 강도 높게 보호할 필요에 영합하는 산업발전의 시대정신의 산물이었다면, 위력간음죄의 위력개념의 변화는 ‘미투운동’의 상징성이 보여주듯이 후퇴되어 있었던 성적 자기결정권이라는 보호법익에 대한 제자리 찾기 차원에서 이루어져야 할 가치의식의 변화의 산물이라고 할 수 있다.

2. 권력적 위력‘관계’와 의사왜곡적 위력‘행위’의 구분

오늘날 날로 예민해지고 있는 성적 자기결정권이라는 법익의 보호차원에서 그리고 위력개념의 사회적 의미 차원에서 볼 때 위력개념의 재구성은 필연적이다. 이 보호법익에 대한 민감성이 높아가고 있음은 그 침해행위의 강도와 양태가 종전에 비해 완화되어도 동일한 사회적 의미를 가지는 것으로 평가되어야 함을 말해준다. 이러한 맥락에서 보면, 자신의 지휘감독을 받는 자와의 성적 행위가 문제될 경우에는 행사되는 위력의 강도가 의사제압적이지 않더라도 자기결정권의 침해가 현실화될 가능성이 상대적으로 높아진다고 말할 수 있다. 당사자가 업무관계성의 테두리

29) 대법원은 업무방해죄의 업무를 보호법익으로도 파악하고 있지만, 업무는 이 죄의 행위객체일 뿐이고 보호법익은 업무수행활동의 안전과 자유로 이해하는 것이 바람직하다(김성돈, 형법각론, 2018, 231면).

30) 그러나 다른 한편, 위력에 의한 업무방해죄는 보호법익을 추상적 위험범의 형식으로 보호하고 있기 때문에 침해범의 형식으로 규정된 다른 위력구성요건의 경우와는 달리 의사혼란적 위력으로도 충분하고 그에 따른 피해자의 순응적 굴절행위도 요구하지 않는다. 따라서 이 구성요건은 위력구성요건이지만, 예외적으로 ‘타자완결적 행위범’이 아니라 ‘자기완결적 행위범’으로 분류된다.

를 벗어난 사적 관계 속에서 성적 행위에 관한 완전한 의미에서의 의사합치가 없는 한, 즉 명시적 합의에 기한 경우가 아닌 한, 위력의 행사가 있는 것으로 평가될 가능성도 높아진다. 행위자의 요구에 응하지 않을 경우 굳이 해고의 위협이 명시적으로 표명되지 않더라도 다양한 불이익이 수반될 가능성이 암묵리에 피해자의 의식 속에 ‘당연사고적 수반의식’³¹⁾으로 내재해 있어서 그러한 위협 또는 불이익이 피해자의 진정한 의사를 왜곡시키기 마련이다. 명시적인 합의가 전제되지 않은 상태에서 성적 행위의 명시적 또는 묵시적 요구는 구조적인 권력관계 속에서 그 자체 의사왜곡적 ‘위력’이 행사된 것으로 보아야 하는 것이다.

위력행사를 이렇게 이해하는 한, ‘위력관계만 있으면 위력행사는 별도로 존재하지 않아도 된다’는 논리를 수용하기는 어렵다. 위력간음죄의 구성요건은 행위자와 피해자 사이에 ‘업무상 지휘감독관계’가 있을 것을 요할 뿐 아니라 간음행위를 ‘위력의 행사’를 통해 할 것임을 별도로 요구하고 있기 때문이다. 이와 같이 문언상 명시적으로 위력이라는 행위수단을 추가적으로 요구하고 있음은 지휘감독관계라는 구조적 권력만을 구성요건요소로 하고 있지 않음을 말해준다. 따라서 이러한 구조적 권력관계를 위력관계로 인정한다고 하더라도 이 죄의 성립을 위해 위력관계의 존재만으로 충분하다고 할 수는 없다. 앞에서 언급했듯이 지위와 권세의 이용을 위력으로 볼 수 있다고 하더라도 지위와 권세가 ‘존재’하는 것과 지위와 권세를 ‘이용’하는 위력은 다르기 때문이다. 이러한 관점에서 보면 위력관계의 존재만으로 위력행사를 인정할 수 있다는 식의 해석론은 ‘주장의 수사학’에 불과한 것으로 형식적 구성요건에 대한 중대한 변경을 가하는 태도이다.³²⁾ 이러한 주장의 수사학은 일반적 권력관계 속의 피해자의 성적 자기결정권을 보다 강하게 보호하려는 의욕의 발

31) ‘당연사고적 수반의식’이란 어떤 대상을 현실적으로 표상(인식)하지 않더라도 특정한 상황 또는 상대방과의 관계맥락 속에서 사고 속에 당연히 표상되는 것을 말하는 심리학적 용어이다. 예컨대, 군대조직내에서 상관과 마주하고 있는 부하는 자기 앞의 상대방이 자신의 상관임을 당연히 인식하는 것이므로 그를 모욕한 경우에는 현실적으로 상관이라는 인식을 하지 않았다고 하더라도 상관이 라는 인식이 당연사고적 수반의식으로 인식되었다고 할 수 있다(김성돈, 형법총론, 2018, 211면 참조).

32) 형법이 위력을 행위수단으로 명시하고 있음에도 불구하고 위력관계만으로 위력간음죄가 성립한다고 해석하는 태도는 형법의 명시적인 언명을 단순한 허사 또는 레토릭에 불과한 것으로 취급하는 태도이다. 형법의 ‘위력’은 구조화되어 있는 권력관계가 구체적인 상황에서 상대방에게 불법적으로 작동할 것으로 요구하는 독자적인 요건이다.

로 볼 수 있다. 그러나 이러한 의욕은 위력을 의사제압적 위력으로 이해하는 전제 하에서의 해석의 무리수일 뿐 형법해석학에서 결과를 성취할 수 없는 의욕이다. 위력개념에 대한 종래의 완고한 해석을 유지한 채로 위력간음죄에 명시된 요건인 위력행사라는 행위수단을 임의로 제거하는 결과를 초래하는 이러한 태도는 그 자체 죄형법정주의 위반이기 때문이다.³³⁾ 따라서 헌법합치적 해법은 위력개념을 일원적으로 해석하는 태도를 고수할 것이 아니라 위력을 다원적 위력개념으로 해체하는 방법 뿐이다. 앞에서 제안했듯이 위력간음죄의 위력개념을 의사를 제압할 정도의 위력이 아니라 의사를 왜곡할 정도의 위력으로 해석하는 태도가 그것이다. 이러한 태도는 위력간음죄의 구성요건에 엄연히 존재하는 위력행사라는 요소를 없애는 것으로 취급하는 무리수를 두지 않고서도 위력개념의 해석론을 통해 위력행사를 긍정할 수 있는 범위를 넓게 인정할 수 있는 교두보를 확보함으로써 성적 자기결정권이라는 법익을 충실하게 보호하는 결론에 이를 수 있다.³⁴⁾

3. 위력간음죄의 위력‘행사’의 존부판단의 문제

문제는 위력간음죄의 경우 의사왜곡적 위력을 행사하였다고 할 수 있는 판단근거는 어디에서 찾을 수 있는지에 있다. 대법원은 위력행사의 존부 판단과 관련하여 “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”

33) 반면에 형법은 일반적 권력관계가 아니라 국가의 구금작용을 담당하는 감호자와 피감호자간이라는 특수한 권력관계가 존재하는 경우 피감호자의 성적 자기결정권 보호에 만전을 기하기 위해 위력행사를 별도로 요구하지 않는 피구금자간음죄를 인정하고 있다. 이에 따르면 위력행사를 당사자간에 명시적인 합의가 있더라도 이 죄가 성립한다. 이 구성요건은 국가의 구금권이라는 특수한 권력관계의 속성을 고려하여 피구금자의 성적 자기결정권을 추상적 위협범의 수준으로 보호하고 있다. 이 구성요건이야 말로 위력관계만 존재하면 위력행사가 없어도 성립한다고 할 수 있다. 피구금자의 진정한 의사가 왜곡될 수 있는 추상적 가능성이 입법자의 입법동기가 되었기 때문이다.

34) 뿐만 아니라 위력간음죄가 성립하였다고 하기 위해서는 ‘위력행사’와 피해자에 대한 성적 자기결정권을 침해한 결과로서의 간음행위 사이에 ‘인과관계’도 인정되어야 한다. 행위자의 위력이 피해자의 불완전 동의에 영향을 미쳤는지 미치지 않았는지는 의사왜곡이 있었는지를 확인하는 작업으로서 ‘사실문제’이지, ‘법적인 문제’는 아니므로 이 글의 논지를 벗어나는 문제이다.

고 하고 있다.³⁵⁾ 문제는 당사자가 서로 완전한 합의가 이루어진 경우 또는 지휘감독을 받는 자가 먼저 자발적으로 성적행위를 제의한 경우는 간음에서 위력의 행사 그 자체를 인정할 수 없을 것임은 분명하다. 이러한 경우는 외관상 아무리 권력관계가 존재하여도 당사자 간의 사적관계가 그러한 권력관계를 뒤덮은 경우로서 상대방의 성적 자기결정권에 대한 침해가 인정될 수 없기 때문이다. 그러나 당사자 간의 완전한 합의 또는 피해자의 자발적 제의가 없는 상태에서 지휘감독자가 먼저 성적행위를 요구한 경우는 사정이 전적으로 달라진다. 그러한 요구에 대해 ‘피해자의 명시적인 동의가 없는 한’ 또는 ‘피해자의 명시적인 거부 의사가 없더라도’ 행위자의 요구를 의사왜곡적 위력의 ‘행사’라고 사회적인 의미평가를 할 수 있다.³⁶⁾ 물리의 세계에서 작동하는 중력법칙과 같이 사회적으로 구조화된 권력관계가 피해자의 심리안에 투사되어 권력법칙이 작동하기 때문이다. 권력법칙이 작동하는 세계에서는 하급자의 본연의 업무와 직무관련성을 벗어나는 행위의 요청이나 제안이 있는 경우 당사자 간에 커뮤니케이션 과정상 오해를 낳을 가능성은 농후하다. 정보(요구나 제안)가 통보되는 과정에서 통보받는 하급자의 의사를 왜곡시키기 때문이다(1차 커뮤니케이션). 이렇게 왜곡된 의사는 그 하급자의 진정한 의사와는 다른 굴절된 행위의 표출 되어 다시 상급자에게 통보되고 그 상급자는 자신이 통보한 정보(요구나 제안)가 하급자가 수용한 것으로 오해를 한다(2차 커뮤니케이션). 여기서 1차 커뮤니케이션 과정에서 하급자의 왜곡된 의사 및 굴절된 행위는 바로 상급자의 의사왜곡적 위력에 기인한 것이므로 위력의 행사가 존재한다고 할 수 있는 것이다. 이와 같은 의미의 의사왜곡적 위력에 기한 간음행위는 외부적으로는 피해자가 요구에 동의한 것으로 보여지지만, 실제로 피해자의 진정한 의사에 기한 동의가 아니므로 피해자의 성적 자기결정의 자유는 침해된 것이라고 할 수 있는 것이다.

이러한 관점에서 보면, 위력간음죄의 적용을 둘러싼 법적 공방에서 ‘위력관계는 있으나 위력행사는 없다’는 논리도 역시 받아들이기 어렵다. 특히 이 논리는 위력

35) 대법원 2007.8.23. 선고 2007도4818 판결.

36) 류부근, 앞의 논문, 140면에서 대법원 판례분석에서 대법원도 “범죄구성요건인 위력의 존재를 인정함에 있어 확실히 존재하였거나 존재하였을 명시적 거부 의사가 무시되거나 드러나지 못하였다는 것을 통하여 ‘충분한 세력’의 존재를 반증하는 귀납적인 방법을 사용”하고 있다는 날카로운 분석을 하고 있다.

개념을 위력간음죄에서 말하는 위력개념이 여전히 의사제압적 위력임을 전제하는 것이므로 더 더욱 수용하기 어렵다.³⁷⁾ 위력의 강도를 의사를 제압할 정도로 획일적으로 등급화하는 태도는 성적 자기결정권에 대한 높아진 민감성과 구조화된 권력관계와 권력작용이 서로 불가분의 관계 속에 있음을 외면한 구시대의 해석론이다. 작동상의 폐쇄성을 가진 형법체계이지만, 구조적으로 외부 환경의 변화에 따른 인지적 개방성을 보임으로써 기존의 개념을 재생산(재구성) 해야 한다. 이 과정에서 결정적인 것이 민감해지고 예민해진 성적 자기결정권을 충분히 보호하라는 사회의 요구이다. 이 때문에 변화된 성인지 감수성은 법원만 아니라 권력관계속에서 권력을 가진 행위자에게도 차등없이 요구된다. 이에 따르면 행위자는 자신의 지휘감독하에 있는 상대방에게 성적 행위를 요구함에 있어 그 요구의 수위가 아무리 낮지만, 그리고 외관상 동의가 있는 것 같지만 상대방의 의사왜곡에 기한 동의일 수도 있기 자신의 요구가 바로 위력‘행사’가 될 수 있음을 알아야 한다. 권력의 법칙이 지배하는 세계에서는 상급자에게서 하급자에게로 통보되는 - 정당화될 수 없는 - 업무 또는 직무외적 ‘요구’는 하급자가 그 요구를 수용하지 않을 경우 자신에게 미칠 불이익(승진, 직무배치, 업무평가상 불이익 등) 때문에 의사왜곡적 ‘위력’으로 의미평가된다. 이러한 한 지휘감독자 한 그 요구를 철회하지 않는 한 위력행사는 ‘부작위행위’로서 계속되고, 그 계속되고 있는 부작위로서의 위력행사는 상대방의 의사형성을 지속적으로 왜곡시킨다. 위력간음죄의 위력개념은 이와 같이 권력관계를 전제로 하는 구성요건의 텍스트 맥락과 보호법익의 민감성에 관한 사회적 맥락에 맞게 규범적으로 축조되는 구성물인 것이지, 부동문자로 표시되어 있는 불변의 존재론적 의미내용물이 아니다.

37) 대표적으로 제1심판결은 위력의 존재여부와 관련해서는 “피해자가 피고인의 수행비서 및 정무비서로 근무 하던 동안에는 업무상 수직적, 권력적 관계로 인하여 피해자의 자유의사를 제압하기에 충분한 정도의 지위 직책 영향력 등 위력에 의한 간음 추행죄에 있어서의 위력이 피고인에게 존재하였다”고 판시하였지만, 위력행사 여부의 판단에서는 “피고인에게 정치적 사회적 지위나 영향력이 존재하는 자체만으로 일반적으로 피해자의 자유의사를 제압할 수 있을 정도의 위력이 피고인에게 있을 정도의 상황에 이르렀다가, 피고인이 평소 고압적이고 권위적인 태도로 피해자를 비롯한 도청 소속 공무원을 하대하는 등 위력의 존재감이나 그 지위(직책)를 남용하였다고 보기는 어렵(다)”고 판시하였다(2018고합75).

4. ‘피해자다움’ 논변의 문제점

그러나 이와 같은 사회 의미론적 관점에서 위력개념을 재해석하더라도 피해자의 사후적 행동에 초점을 맞추어 피해자답지 못한 행동을 위력 행사를 판단하기 위한 근거로 가져오는 것은 그 자체 위력개념의 파괴에 해당한다.³⁸⁾ 언필칭 ‘피해자다움’이란 우리 사회가 생각하는 현실의 피해자를 겨냥하지 않고 이상적(관념적, 상상의) 피해자를 염두에 두고 만들어낸 순수 관념물이다. 현실의 피해자는 범죄가 이루어지는 시점뿐만 아니라 피해가 있는 후에는 더더욱 그 처한 환경에 따라 다양한 분열된 감정과 양가적 태도를 보일 수 있어 피해자다움으로 일컬어질 패턴화된 행동유형이란 있을 수 없다. 형법체계는 행위자의 행위에 의해 보호법익을 공격당한 피해자에 대한 고정적 관념을 가지고 있지 않고 객관적으로 보호법익, 보호객체에 대한 공격행위 내지 결과를 자기준거적으로 삼아 법과 불법의 이항적 코드를 사용한다. 현실적으로 존재하지도 않은 ‘이상적·관념적 피해자상’을 개념해석의 준거틀로 삼아 법과 불법을 판단하게 되면 법체계의 작동상의 폐쇄성을 상실하게 되고 만다. 도덕을 준거틀로 삼는 것과 마찬가지로 정치를 준거틀로 삼는 것은 결국 법의 실정화를 무의미하게 만들어 버리거나 법파괴의 비극을 가져오고 마는 것임을 명심해야 한다. 그렇다고 해서 ‘사회’의 형법이 ‘사회’의 통상적이고 정상적인 정신을 외면해서는 안 된다. 물론 이 말이 사회통념 자체를 형법해석 및 형법적용을 위한 기준으로 삼자는 말은 아니다. 사회통념에의 합치성 여부는 판단 및 해석의 기준이 될 수 없고, 단지 그 결과의 타당성을 검증하는 척도가 될 수 있을 뿐이기 때문이다.

38) 앞에서 인용한 대법원 2007. 8. 23. 선고 2007도4818 판결에서도 피해자다움을 평가할 수 있는 ‘범행 후의 피해자의 행태’는 위력행사의 판단기준으로 고려되고 있지 않다.

V. 나오는 말

1. 풀려져야 할 위력개념의 봉인

형법상 위력개념은 자유의사를 ‘제압’할 정도의 세력으로 정의된 이래 오랫동안 단일되고 통일적인 개념으로 묶여져 있었다. 형사실무도 형법학도 위력개념에 묶여진 봉인을 풀려는 시도를 감행한 적은 없었다. 위력간음등죄의 ‘위력’개념도 해석론 역시 마찬가지였다. 실무와 학계에서는 위력간음등죄를 상대방의 ‘의사에 반하는’ 성적 자기결정권의 침해 또는 적어도 ‘부동의’ 간음행위를 전제로 하는 구성요건으로 파악하는 사고를 굳혀왔다. 그러나 최근 전개된 ‘미투운동’이 계기가 되어 높아진 성적 자기결정권에 대한 민감성이 표출되었고, 다양하게 위협받고 있는 성적 자기결정권을 보다 형법 스스로도 높은 감수성을 가지고 대응할 수 있도록 해야 한다는 요구가 생겨났다. 이를 위해서는 - 새로운 구성요건을 만드는 입법론을 별론으로 하더라도 - ‘위력’개념의 재구성적 해석을 통해 ‘제압에서 부동의’로 연결되는 닫힌 사고만이라도 열어야 한다는 현실적 요구를 수행해야 하는 것이 실무비판적 형법해석학(도그마틱)의 당면과제가 되었다.

앞에서 살펴보았듯이 형법상 위력개념을 자유의사를 제압할 정도의 세력만으로 정의되는 실무가 바뀌어져야 할 근거는 적지 않다. 다양한 구성요건속에서 다양한 법익과 관계 맺고 있는 위력개념에 대한 체계정합적 해석을 시도해 볼 때, 그리고 타자완결적 행위범이라는 위력구성요건의 특성 등을 기초로 삼아 위력개념을 해석해 볼 때, 위력개념은 어떤 구성요건의 요소로 규정되어 있느냐에 따라 그 과시되는 힘의 강도(등급)을 달리하는 다층적인 개념으로 해체되는 것이 바람직하다.

2. 형법상 위력개념의 층위(힘의 강약에 따른 등급화)

먼저 위력자살결의죄 등과 같이 생명이라는 법익을 보호하는 구성요건의 경우는 살인죄와 같이 직접적인 생명침해행위로 기술되어 있지 않다. 생명을 간접적인 방법(즉 피해자 스스로의 손으로)으로 침해하기 위해 상대방의 자유의사를 압박하는

간접적인 생명침해행위로 기술되어 있다. 이러한 맥락에서 볼 때 이 구성요건 속에 들어 있는 위력은 가장 강력한 강도, 즉 자유의사를 제압할 정도의 세력을 최소한의 요건으로 요구하는 종래의 태도는 그대로 유지될 수 있다(의사제압적 위력).

다음으로 위력간음등죄의 위력은 강간죄와의 법정형의 차이를 고려하여 반항을 억압할 유형력(폭행)이나 심리적 저항력의 마비시킬 정도의 무형력(협박) 보다는 낮게 이해하면서도 과시되는 세력의 강도를 일의적으로 의사를 제압할 정도로만 파악하지 말아야 한다. 피해자의 자유의사를 제압하는 정도에는 이르지 않는지만 진정한 의사를 표출하지 못하게 하는 유·무형력도 위력개념안에 포함할 수 있도록 해석되어야 한다. 이러한 해석에 따르면 외관상 상대방의 동의 또는 부동의에 초점을 맞추지 않는다. 구조화된 권력관계속에서는 권력의 법칙이 상대방이 진의와는 다른 굴절된 외부적 표시행위가 나올 수 있도록 의사를 왜곡시키기 때문에 위력에 포섭될 수 있는 유·무형력의 스펙트럼도 그만큼 광역화될 수 있는 것이다(의사왜곡적 위력).

마지막으로 업무 또는 업무의 자유를 추상적 위험범의 수준으로 보호하고 있는 업무방해죄의 행위수단인 위력은 이미 - 대법원이 인정하고 있듯이 - 자유의사를 제압할 정도의 세력도 당연히 포함하지만 자유의사를 혼란케 할 정도의 세력도 이 구성요건의 위력개념으로 해석할 수 있다(의사교란적 위력).

이와 같이 외연이 동일한 개념 보호법익적 관점을 고려하여 다양한 층위를 가진 개념으로 해석하는 태도는 학계나 실무에서 - 혼하지는 않지만 - 이미 널리 수용되어 있다. 형법상 각기 다른 구성요건 속에서 구성요건적 행위로 기술된 ‘폭행’은 ‘불법한 유형력의 행사’라는 본질 면에서는 동일하지만 문제되는 구성요건에 의해 보호되는 보호법익과 그 보호법익의 보호정도를 고려하여 그 유형력의 강도를 등급화하고 있는 태도가 대표적이다.

3. 법의 진화와 대법원에서 새롭게 장착해야 할 개념장치

형법상 위력개념의 다층적 구조를 인정하는 전제하에서 권력관계를 전제로 하는 위력간음죄의 위력의 경우 가해자가 피해자의 성적 자기결정권을 침해하기 위해 필요한 힘의 강도를 의사를 제압할 정도로 제한적으로 해석하지 않고 의사를 왜곡할

정도의 영향력도 포함하는 것으로 해석한다면, 실무의 법적용도 본질적으로 달라질 수 있다. 특히 ‘안희정사건’의 경우 원심에서 인정된 사실관계를 전제로 삼을 때 피고인의 성적 행위의 요구는 의사제압적 위력이라고 할 수는 없지만 의사왜곡적 위력개념에는 능히 포섭될 수 있다. 그러나 피고인의 행위가 위력행사에 해당하지 않는다고 판결한 1심법원이나 그 정반대의 판결을 한 2심법원도 모두 동일한 사실에 대해 ‘의미평가’를 달리하고 있을 뿐,³⁹⁾ 여전히 의사제압적 ‘위력’개념에서 출발하고 있다. 위력개념에 대한 현재의 실무적 법해석태도만 두고 보면, 지휘감독자가 그 하급자에게 성적 행위를 먼저 ‘요구’한 경우를 위력행사가 없다고 판시한 1심법원은 의사제압적 위력개념의 출발점만은 지킨 것이라고 할 수 있다. 반면에 위 ‘요구’를 위력행사로 인정한 2심법원은 - 그 결론에서는 이 글이 재구성한 위력개념에 따른 결론과 동일할 수는 있지만 - 그 2심법원이 출발점으로 삼고 있는 의사제압적 위력개념의 적용에는 철저히 못하여 오히려 개념상의 혼선을 야기하고 있다. 2심법원이 위 요구를 ‘위력’개념으로 포섭하기 위해서는 의사제압적 위력 보다 약한 강도의 위력개념을 전제하고 있어야만 논리적으로 타당하다고 할 수 있을 것이다. 동일한 사실을 법적으로 다르게 의미 평가하였다면, 그것은 이미 그 달라진 의미평가는 다른 법률개념 장치를 가지고 수행해야 한다. 다시 말해 같은 사실에 대해서 달라진 사회의 가치관과 적용자의 감수성을 기초로 하여 그 법적 의미평가를 달리했다는 것은 적어도 그 사실을 포섭하여야 할 위력이라는 법적 개념의 내포를 다르게 캐내어 정립해야 하는 바, 2심법원은 거기까지는 나아가지 못한 것이다.

이러한 관점에서 최근 하급심에서 진행되고 있는 위력간음죄의 적용을 실시간 추수(追隨)해 볼 때 하급심은 위력개념 자체에 대한 해석론의 변화를 적기(適期)에 이끌어야 시대적 사명을 절반 정도만 수행하고 있는 것으로 보인다. 사회의 변화와 사회를 구성하는 사람들의 의식과 가치의 변화에 따라 법적 개념도 달리 해석되어야 한다. 그것이 시간과 접촉하는 법발전이 (형)법의 진화이다. 위력간음죄의 구성요건을 적용함에 있어 법률심인 대법원이 위력개념에 대한 전향적인 해석태도를 보여줄 것을 기대한다.

39) 여기에 각 심급의 판사가 동일한 사실에 대해 다르게 의미평가를 한 것이 “성인지 감수성”(이에 관해서는 대법원 2018. 10. 25. 선고 2018도7709 판결 참조)면에서 어떤 구체적인 차이를 가지고 있는지는 알 수 없다. 그 다른 점을 오직 서로 다른 결론에서만 추론될 수 있을 뿐이다.

참고문헌

- 김태명, “권력형 성범죄의 처벌과 비동의간음·추행죄의 도입”, 법학연구 제57호, 전북대학교 법학연구소, 2018.9.
- 김한균, “비동의간음죄의 입법론의 비판적 검토”, 형사법의 신동향, 제59권, 대검찰청, 2018.6
- 박찬걸, “업무상 위력에 의한 성범죄의 적용상의 한계 및 개선방안에 대한 비판적 검토”, 형사정책연구, 제29권 제4호, 2018. 겨울호.
- 안경옥, “위력에 의한 간음·추행죄의 판단기준 및 형법상 성범죄규정의 개선방안”, 경희법학 제50권 제4호, 경희대학교 법학연구소, 2015,
- 류부곤, “미성년자 등 간음죄에 있어서 위력의 의미”, 형사법연구 제25권 제1호, 한국형사법학회, 2013,
- 류화진, “업무상 위력에 의한 간음죄에 관한 다른 해석의 시도” 원광법학 제34권 제2호, 원광대학교 법학연구소, 2018.
- 김성돈, 형법각론, 제5판, 성균관대학교출판부, 2018.
- 김일수/서보학, 새로쓴 형법각론, 박영사, 2000.
- 이재상/장영민/강동범, 형법각론(제10판), 박영사, 2016.

The interpretation of the concept of 'the threat of force' in criminal law : Especially focusing on 'Act of sexual Intercourse by abuse of occupational authority'

Kim, Seong-don*

The concept of the 'threat of force' in Korean criminal law is defined by the Supreme Court as a force enough to suppress the free will. This interpretation of the Supreme Court was accepted not only in legal praxis but also in academia as it was, and it had been in deep sleep for a long time. Recently, however, the social sensitivity to the legal interest of sexual self-determination has been increasing along with the enthusiasm of the 'MeToo campaign.' In particular, sexual self-determination requires forward-looking dogmatics that can increase the potential of the sexual sensitivity of the criminal law itself in order to be effective the criminal protection of this legal interest, since the protection of sexual self-determination is vulnerable in areas where structural power relations exist.

For this purpose, we analyzed the 'the threat of force' concept defined by the Supreme Court, and analyzed problems of attitude to interpret this concept and found clues that can wake up the long-lasting sleeping of interpretation of 'the threat of force' concept. Next, we developed the meaning context of the structure of Acts which include 'threat of force' concept. As a result, the concept of 'threat of force' under criminal law was reinterpreted as a multi-layer concept which can be classified according to strength of force as follows:

First, in the case of the crime suicide determination by 'the threat of force', the threat of force' is indirect means of infringement of life, which presses the opponent's free will to infringe life. Thus, the existing interpretation of threat of force concept here can be retained, which is interpreted as meaning the strongest force, that is,

* Prof.Dr. Sunkyunkwan University

the force enough to suppress free will. Second, the threat of force of the crime of sexual intercourse by abuse of occupational authority. by considering the striking difference between this sort of crime and the rape which requiring suppression of physical activity (i.e., violence) or psychological resistance (i.e., intimidation), the former require at the least possible force to distort the free will of the victim. Finally, 'threat of force', a means of obstruction of work that protects freedom of work at the level of abstract dangerous criminals, can be interpreted as including the use of the lowest class of force, a force that can confuse free will of opponent party.

❖ key words: the threat of force, Crime of sexual Intercourse by abuse of occupational authority. sexual self-determination, MeToo campaign.

