형사정책연구 Korean Criminological Review
제30권 제2호(통권 제118호, 2019 · 여름)

형법 제303조 제1항의 비교법적 연구* ** : 우월적 지위를 중심으로

장응혁***

국 | 문 | 요 | 약

2018년 1월 말 서지현 검사의 인터뷰를 계기로 시작된 미투운동은 2019년에도 우리 사회를 크게 변화시키고 있으며 안희정 전 충남도지사 사건은 대표적인 사례이다. 비서였던 피해자의 인터뷰를 계기로 세상에 알려진 이 사건은 가해자가 유력한 대선주자였을 뿐만 아니라 제1심에서 전부 무죄가 선고되면서 많은 논란을 불러왔다.

비록 제2심에서 대부분 유죄가 선고되면서 향후 재판에서 성인지 감수성이 판단의 원칙이 될 것으로 예상되지만 이와 동시에 국회에서도 많은 대안이 제시되고 있다.

현재 발의중인 입법안에서는 공소시효의 정지·연장·배제 등을 통한 성폭력범죄의 처벌 강화, 피해자에 대한 명예훼손죄 적용의 제한, 성폭력 재발방지 대책의 마련, 피해자의 불이익 내용 구체화 등을 통한 성폭력피해자의 2차 피해 방지와 함께 성희롱죄·추가피해유발죄·비동의간음죄 도입까지도 포함하고 있는데 성폭력범죄가 '권력'을 이용하여 저질러진다는 점을 고려할 때 우선은 권력을 이용한 성폭력범죄가 제대로 처벌되도록 해야 하고 그 성립 범위를 보다 확대해야 할 것이다.

이와 관련 우리 형법은 대표적인 규정으로 '업무, 고용 기타 관계'로 보호 및 감독을 받는 사람에 대한 성폭력범죄를 처벌하는 규정을 제303조 제1항으로 두고 있는데 제1심 판결은 이렇게 업무상 위력 등을 행사한 성적 침해행위를 처벌하는 규정이 다른 나라에서는 찾아보기 어려운 입법례라는 점을 전제로 하고 있다.

본고는 위와 같은 문제의식에서 형법 제303조와 유사한 규정을 두고 있는 다른 나라의 법령들을 검토하였다. 결론적으로 일본 및 영국 등 세계 각국이 우월적 지위를 이용한 성폭력범죄를 처벌하는 규정을 두고 있어 세계적으로 드물지 않다고 할 수 있다. 그리고 그 중에서도 스위스형법은 우리형법 제303조와 아주 유사한 규정을 두어 제193조는 궁핍상태 또는 노동관계 혹은 그 밖의 방법에 근거한 의존관계를 악용한 성범죄를, 제192조는 시설수용자, 수형자 피의자와의 성적 행위를 처벌하는 규정을 두고 있다.

본 연구는 이와 관련된 논의가 아직 충분하지 않은 상황을 감안하여 우선 스위스형법을 자세히

* 이 논문은 2019년 1월 14일(월) 미투운동과함께하는시민행동 등이 주최한 세미나("위력에 의한 성폭력 판단기준은 무엇인가")에서 발표한 원고를 대폭 수정한 것임.

** 본 연구는 2018년도 계명대학교 연구기금으로 이루어졌음.

*** 계명대학교 경찰행정학과 교수, 법학박사

살펴보고 특히 우월적 지위와 관련하여 개선방안을 검토하였다. 다만 형법 제303조는 우월적 지위에 기인한 취약성을 이용한다는 점에서 위계 및 위력을 범행방법으로 규정하고 있는데 이 또한 향후 검토해야 할 것이다.

나아가 우리 입법자는 우리 형법을 제정하면서 여러 가지 사정으로 인해 완전무결한 형법법전의 완성을 향후 과제로 남겨두었는데 이제는 이를 위한 보다 본격적인 연구가 필요할 것이다.

❖ 주제어 : 비교법적 연구, 성폭력, 형법, 제303조, 영국 2003년 성범죄법

Ⅰ. 들어가며

2018년 1월 말 서지현 검사의 인터뷰를 계기로 시작된 미투운동은 2019년에도 우리 사회를 크게 변화시키고 있다. 미투운동은 사회 전반으로 확산되면서 문단, 연극계, 대학, 체육계, 학교 등에서도 연이은 폭로가 이루어졌는데 그 대표적인 사건의 하나가 안희정 전 충남도지사 사건이다. 안희정 전 지사의 비서였던 피해자가 jtbc와 인터뷰를 하면서 세상에 알려지게 된 이 사건은 가해자가 유력한 대선주자였을 뿐만 아니라 2018. 8. 14. 제1심(이하 '제1심'이라고 한다)[1]이 공소제기된 범죄사실에 대하여 전부 무죄를 선고하면서 많은 논란을 불러왔다. 더구나 2019. 2. 1. 선고된 제2심(이하 '제2심'이라고 한다)[2]은 공소제기된 10개의 범죄사실 중 9개에 대하여 유죄를 인정하면서 또 한 차례 큰 파장을 불러일으키고 있다. 아직 재판이 진행 중이며 안희정 전 지사의 부인이 인터넷을 통해 성폭력범죄가 아니라 불륜이라고 주장하는 등 새로운 이슈들도 계속 제기되고 있으나 우선 이 사건을 통해 그동안 논의가 제대로 이루어지지 않았던 형법 제303조 제1항[3] 등이 새롭게 부각된 것은 분명하다.

이러한 상황에서 2018년 10월 16일 법률 제15379호로 개정된 형법은 형법 제303조 제1항의 법정형을 5년 이하의 징역 또는 1천 500만원 이하의 벌금에서 7년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금으로 상향하였다.[4] 그리고 더 나아가 국회는 공소시효의 정지·연장·배제 등을 통한 성폭력범죄의 처벌 강화, 피해자에 대한 명

---

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

2) 서울고등법원 2019. 2. 1. 선고 2018노2354 판결.

3) 제1심의 공소사실에 대하여 각각 형법 제298조(강제추행), 형법 제303조 제1항(피감독자간음), 성폭력범죄의처벌에관한특례법(이하 '성폭력처벌법'이라 한다) 제 10조 제1항(업무상위력등에의한추행)이 적용되었다. 그러나 본 사건은 충남도지사라는 지위를 가진 가해자가 비서로서 자신의 감독을 받는 피해자를 대상으로 저지른 성폭력범죄로 권력을 이용한 것이 핵심이다. 따라서 본고에서는 업무상 관계라는 우월적 지위를 이용한 성폭력범죄를 규정하고 있는 형법 제303조 제1항에 초점을 맞추기로 한다. 왜냐하면 성폭력처벌법 제10조 제1항도 추행을 처벌대상으로 하고 있지만 다른 내용은 형법 제303조 제1항과 동일하기 때문이다.

4) 다만 상향된 법정형에도 불구하고 다른 성폭력범죄(강간 등)와 비교할 때 법정형이 여전히 낮아 불법성에 대한 평가가 제대로 이루어진 것인지에 대한 의문이 남는다. 다만 이 문제에 대해서는 다른 나라의 입법례를 포함하여 다음 기회에 검토하기로 한다.

예훼손죄 적용의 제한, 성폭력 재발방지 대책의 마련, 피해자의 불이익 내용 구체화 등을 통한 성폭력피해자의 2차 피해 방지와 함께[5] 성희롱죄·추가피해유발죄·비동의간음죄[6] 도입 등을 제시하고 있다.

물론 엄정한 처벌 및 처벌범위의 확대도 중요하다. 그러나 성폭력범죄 나아가 성폭력이 ‘성욕’을 원인으로 발생하는 문제가 아니라 ‘권력’의 차이에서 주로 발생하는 문제라는 점을 고려하면[7] 먼저 성폭력범죄를 발생시키는 권력과 그 대응에 대한 성찰이 필요하다. 즉 비동의간음죄 등을 도입하기 이전에 우선 권력을 이용한 성폭력범죄의 성립과 처벌에 대한 검토가 필요한 것이다. 더구나 우리나라는 이전부터 지적되어 왔던 것처럼 여성과 남성의 사회적 격차가 클 뿐 아니라 사회의 모든 관계가 지나치게 권력적으로 구성되어 있음을 고려하면 이 문제 해결이 보다 더 중요하고 우리 사회가 당면한 문제를 해결할 근본적인 대안이 될 수도 있다.

이하에서는 이러한 관점에서 권력을 이용한 성범죄의 처벌을 특히 형법 제303조 제1항을 중심으로 검토하기로 한다. 이를 위해서는 우선 안희정 전 지사 사건에 왜 형법 제303조 제1항이 적용되어야 했는지, 그리고 제1심에서 왜 무죄판결이 선고되었는지를 살펴본다. 그 다음으로 형법 제303조가 어떻게 우리 법에 도입되었는지와 그 동안 제대로 활용되지 않은 문제점은 무엇인지를 살펴보기로 한다. 다음으로 다른 나라들은 어떤 처벌규정을 두고 있는지 그리고 우리나라와의 비교를 통해 우리 형법의 문제점을 보다 명확하게 파악할 수 있을 것이고 적절한 개선방안도 모색해 볼 수 있을 것이다.

---

5) 국회 입법안의 구체적인 내용에 대해서는 박찬걸, “성폭력피해자의 2차 피해 방지를 위한 몇 가지 쟁점에 대한 검토”, 법학논총 제35권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2018, 201면 이하 참조.

6) 2018. 4. 10. 국회 성희롱·성폭력 근절대책 관련 당정 간담회에서 여당과 법무부, 여성가족부는 비동의 간음죄 신설을 적극 검토하기로 결정했다. 매일경제신문, “당정 비동의 간음죄 신설 적극 검토키로”, 2018. 4. 10. 자(http://news.mk.co.kr/newsRead.php?year=2018&no=229302).

7) 물론 이러한 권력이 지위를 통하여 나오지만 범행 방법 등에도 영향을 준다. 따라서 비동의간음죄 도입이 주장되고 있는 것인데 본고에서는 지면 관계상 우선 지위에만 초점을 맞추어 검토하기로 한다.

Ⅱ. 최근의 판례와 형법 제303조 제1항[8)]

1. 판례의 개요

형법 제303조 제1항이 적용된 최근의 가장 대표적인 사건은 충남도지사였던 피고인이 2017. 7. 29.부터 2018. 2. 25.사이에 저지른 성폭력범죄로 수행비서인 피해자를 간음 및 추행한 사건이다. 구체적으로는 2017. 7. 30. 출장을 간 러시아 호텔에서, 2017. 8. 13. 서울 강남 호텔에서, 2017. 9. 3. 출장을 간 스위스 호텔에서, 2018. 2. 25. 피고인이 사적으로 이용하던 마포의 오피스텔에서 각각 위력에 의한 간음행위를 하여 4회의 간음행위를 저지르고, 2017. 11. 26. 카니발 승합차 내에서 피해자의 음부를 만져 위력에 의한 추행을 저지르고, 2017. 7. 29. 러시아 요트, 2017. 8. 10. KTX, 2017. 8. 12. 호프집 공중화장실 앞, 2017. 8. 16. 중식당의 방, 2017. 8. 중순 혹은 말경 도지사 집무실에서 껴안거나 입을 맞추는 등으로 기습적으로 강제추행을 저지르는 등 피해자는 총 10회에 걸쳐 간음과 추행을 당하였다.

제1심은 우선 각 강제추행이 검사가 제출한 증거만으로는 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 증명되었다고 보기 어렵다고 보았으며 제2심도 1개의 공소사실에 대하여는 무죄를 선고하였다.

다만 제1심도 검사가 강제추행으로 의율한 것에 대하여 “피해자의 진술과 같이 지속적으로 수시 성적 접촉행위가 있었고, 그 중 기억나는 대표적인 것만 공소사실로 구성된 것이라면 이는 의사에 반하는 유형력의 행사로서 폭행행위 자체가 추행에 해당하는 기습추행과 달리, 업무상 상하관계에 기초하여 그 행위가 반복되었다는 취지로 볼 것이어서” 적어도 기습추행으로 의율하기는 어렵고 업무상 위력에 의한 추행죄로의 의율이 더 적정해 보인다고 판시하고 있어 결국 핵심은 업무상 위력에 의한 간음 및 추행을 규정한 형법 제303조 제1항과 성폭력처벌법 제10조의 성립이 인정되느냐이다.

그러나 제1심은 피고인이 도지사이고 사회적 영향력이 강한 유력 정치인이었던

---

8) 이하 내용은 공개된 제1심 판결문 요약본 및 언론보도 등을 기준으로 하기로 한다. 왜냐하면 제1심 및 제2심 모두 전체 판결문은 공개가 제한되었기 때문이다.

점, 피해자와 같은 별정직 공무원들은 신분보장의 정도가 약하고 지자체장인 피고인과의 결속력이 강한 점, 수행비서의 경우 상명하복의 수직적 관계에 있으며, 특히 상사가 사회적으로 유명한 정치인인 경우 그 종속성이 더 높은 점, 피해자가 피고인의 첫 번째 여성 수행비서로서 부담감이 있었으며, 이후 정치권에서 활동하려고 할 경우 피고인의 평가 또는 평판이 중요한 점을 근거로 “피해자가 피고인의 수행비서 및 정무비서로 근무하던 동안에는 업무상 수직적, 권력적 관계로 인하여 피해자의 자유의사를 제압하기에 충분할 정도의 지위·직책·영향력 등 위력에 의한 간음·추행죄에 있어서의 위력이 피고인에게 존재하였다”고 인정하면서도 “피고인에게 정치적·사회적 지위나 영향력이 존재하는 자체만으로 일반적으로 피해자의 자유의사를 제압할 수 있을 정도의 상황에 이르렀다거나, 피고인이 평소 고압적이고 권위적인 태도로 피해자를 비롯한 도청 소속 공무원을 하대하는 등 위력의 존재감이나 그 지위(직책)를 남용하였다고 보기는 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다”라고 판시하여 위력의 행사사실을 부정하였다.

이에 반하여 제2심은 “간음행위에 이르게 된 경위, 간음행위 직후 피고인과 피해자의 태도 등을 종합해보면, 피고인은 피해자가 자신의 수행비서로서 권력적 상하관계에 있어 적극적으로 저항하는 등 성적 자기결정권을 자유롭게 행사하기 어려운 상태에 있음을 인식한 상태에서 이를 이용하여 간음행위에 나아갔다고 할 것이고, 그 과정에서 실제로 위력으로 평가할 수 있는 수준의 유형력을 행사하였다고도 할 수 있다”고 판단하였다.[9)]

이처럼 제2심은 제1심이 불러온 논란을 정리하며 형법 제303조 제1항 등을 적용하는데 새로운 이정표를 제시했다고 평가할 수 있으며 향후 이러한 기준은 다양한 사건을 해결하는데 확대적용될 것으로 보인다.

그러나 이러한 판례가 하나의 기준으로서 우리 사회에 완전히 정착하기 위해서는 다양한 노력이 필요하고[10)] 그러한 노력의 하나로 판결에 대한 치밀한 분석과 함께

9) 김두나, “안희정 전 충남도지사 성폭력사건 2심판결 쟁점분석”, 안희정 성폭력사건 공동대책위원회 주최 2심판결 쟁점분석 변호인단 간담회 자료집, 2019. 2. 12. 6면.

10) 한국형사정책연구원의 장다혜 연구위원은 향후 유사 사건에서 합리적 판결을 기대할 수 있지만, 법관별로 편차가 크므로 이를 줄이는 법관 성인지 교육이 필요하다고 제언하고 있다. 한겨레, “안희정 무죄 뒤집은 재판부 “피해자다움은 편협한 관점””, 2019. 2. 1. 자(http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/880906.html).

판례가 가지는 한계를 검토하는 것도 중요하다. 따라서 이하에서는 왜 이렇게 제1심과 제2심의 결론이 달라지게 되었는지, 그리고 특히 제1심의 결론이 나오게 된 이유와 그 문제점이 무엇인지를 자세히 검토하기로 한다.

2. 1심 판결에 대한 비판과 한계

제1심의 무죄판결에 대해서는 다양한 비판이 쏟아졌는데 대표적인 문제점으로는 피해자 진술에 대한 신빙성 판단이 차별적으로 이루어지는 등 대법원도 최근 판결에서 강조하고 있는 '성인지 감수성'을 제대로 갖추지 못 하였다는 점이 지적되고 있다.

물론 제1심도 성인지 감수성을 특별하게 언급하면서 "피해자가 처해 있는 특별한 사정을 충분히 고려하지 않은 채 피해자 진술의 증명력을 가볍게 배척하는 것은 정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따른 증거판단이라고 볼 수 없다"고 한 대법원 판례[11])를 인용하고 있다.

그러나 이렇게 제1심이 성인지 감수성을 언급하고 있음에도 제1심의 판결에 대하여 실제 현실에서 여성들이 겪는 경험이나 가지고 있는 인식과 크게 괴리되었고 판결의 논리 자체가 이해되지 않는다고 다양한 비판이 쏟아졌다.[12]) 대표적인 비판으로는 제1심이 과거의 판결들과 같이 통념을 여전히 판단의 원칙으로 삼으면서 성인지 감수성이 기껏해야 '통념에 어긋남'을 예외적으로 양해하는 역할에 그치고 있다는 지적[13]) 등이 있는데 제2심은 유죄를 선고하면서 성인지 감수성의 중요성을 강조한 대법원 판례를 강조하였다. 즉 피해자다움이 사람마다 다를 수 있고 성폭행 뒤에는 이런 행동을 보여야 하는 것 아니냐는 식의 선입견은 법원에서 인정될 수

---

11) 대법원 2018. 4. 12. 선고 2017두74702 판결.

12) 차혜령, "안희정 성폭력 사건 1심 판결 평석 (1)", 미투운동과함께하는시민행동 등 세미나자료집("위력에 의한 성폭력, 판단기준은 무엇인가") 발제문, 2019. 1. 14, 7면은 1심 판결에 대한 비판적인 기사들을 소개하면서 무죄라는 결론에 대한 단순한 비판이 아니라 판결에서 판단된 위력의 의미와 행사 여부의 판단 기준, 피해자의 반응에 대한 평가 등이 성인지 감수성의 측면에서 보았을 때 문제가 많아 비판되고 있음을 지적하였다.

13) 이호중, "업무상 위력에 의한 성폭력의 판단기준에 대하여", 미투운동과함께하는시민행동 등 세미나자료집("위력에 의한 성폭력, 판단기준은 무엇인가") 토론문, 2019. 1. 14, 2면.

없다고 본 대법원 판례를 제대로 반영한 것으로 통념이 아닌 성인지 감수성을 판단의 원칙으로 삼았다고 할 수 있다.

다만 이러한 문제점 이외에도 제1심은 다양한 문제점 또는 한계를 노출하고 있는데 또 하나의 대표적인 문제점으로는 '권력을 이용한 성폭력범죄의 처벌규정' 자체를 제대로 이해하지 못 하고 있다는 점이다. 제1심은 피의자의 의사에 반하지만 폭행, 협박 또는 업무상 위력의 행사 등이 있다고 볼 수 없는 경우 실질적으로 성적 자기결정권 침해를 가져오는 행위임에도 형사적으로 처벌할 수 없는 공백이 발생할 수 있는 현실이 존재한다고 하면서 이에 대하여 '비동의간음죄'만을 대안으로 고려하고 있다. 즉 상대방이 부동의 의사를 표명했는데 성관계로 나아간 경우에는 이를 강간으로 처벌하는 체계(이른바 'No Means No' rule), 혹은 상대방의 명시적이고 적극적인 성관계 동의 의사가 있어야 하고 그렇지 않은 경우 성관계로 나아가면 이를 강간으로 처벌하는 체계(이른바 'Yes Means Yes' rule)가 있어야만 처벌가능하다고 본 것이다.

이는 업무상 위력을 이용한 성폭력범죄에 대하여 반드시 그 위력의 행사가 필요할 뿐만 아니라 그러한 입법례 자체가 드물다는 인식에 기반한 것인데 이러한 인식에는 큰 문제가 있다.

왜냐하면 제1심은 우리나라의 성폭력범죄 처벌의 체계를 ① 폭행, 협박을 사용하여 성폭력범죄를 저지른 경우 처벌하는 규정, ② 미성년자 등 성적 자기결정권이 성숙하지 않은 피해자를 보호하기 위하여 폭행, 협박에 이르지 않더라도 위력, 위계 등의 행사로 인한 성적 침해행위를 처벌하는 규정, ③ 업무상 위력 등을 행사한 성적 침해행위를 처벌하는 규정으로 크게 나누어 볼 수 있다고 한 다음 대부분의 국가들이 ①과 ②의 경우를 처벌하고 있으나 ③의 경우를 처벌하는 규정을 둔 입법례는 찾아보기 드물다고 하고 있는데 우선 우리나라만 하더라도 다름 아닌 형법 제303조 제1항이 업무상 위력 등을 이용한 성폭력범죄를 처벌할 수 있도록 규정하고 있을 뿐만 아니라 다른 나라에도 이와 유사한 조항들이 존재하기 때문이다.

다만 이러한 조항들에 대해서는 그간 우리 학계에서도 연구가 충분하지 않았는데[14] 우리나라에서는 우선 친족 및 아동·장애인을 대상으로 한 성폭력범죄를 처벌

14) 조국, 형사법의 성편향 전면개정판, 박영사, 2018, 68면.

하는데 중점을 두어 논의해 왔기 때문이다. 이하에서는 이러한 문제의식에 입각하여 업무상 위력 등을 행사한 성범죄를 처벌하는 각국의 입법례들을 살펴보기로 한다. 이를 위해서는 먼저 우리 형법 제303조가 가지는 의의를 정리하여야 하는데 우선 형법 제303조가 어떻게 우리나라에 도입되었는지, 그리고 현행 법체계에서 가지는 의미를 정리하기로 한다.

3. 형법 제303조 제1항의 의의

(1) 의의

형법 제303조 제1항은 "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"고 규정하고 있고 이 조항은 형법제정 당시 새롭게 도입되었으나 입법 당시 특별한 논의는 없었으며[15] 그 이후 현재까지 큰 변화없이 유지되어 오고 있다[16].

이 조항의 제정 이유로 효당 엄상섭은 "우리나라의 전통적 미풍에 비추어 부녀의 정조는 재산권은 물론이고 때로는 생명권보다 소중한 것임에 불구하고 강자의 지위에 있는 자가 약자의 지위에 있는 부녀의 정조를 농락하는 소행에 대하여는 그 〔것이〕 강간이 아닌 이상 아무런 처벌규칙도 없는 것이 우리 현행 형벌법규이다.[17]

---

15) 벌금액이 바뀌었을 뿐이다.

표 2 형법 제303조 제1항의 입법과정

정부초안	법제사법위원회 및 국회의원 수정안	제정형법
제326조 업무, 고용 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독하는 부녀에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음한 자는 5년 이하의 징역 또는 5만원 이하의 벌금에 처한다.	제326조 업무, 고용 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독하는 부녀에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음한 자는 5년 이하의 징역 또는 5만원 이하의 벌금에 처한다.	제303조 〔업무상위력등에 의한 간음〕 ① 업무, 고용 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독을 받는 부녀에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음한 자는 5년 이하의 징역 또는 2만5천환 이하의 벌금에 처한다.

신동운 편저, 형법 제·개정 자료집, 한국형사정책연구원 연구총서, 2009, 464면.

16) 2013년 개정법에서 객체가 부녀에서 사람으로 바뀌었고 2018년 개정법이 법정형을 상향했을 뿐으로 이 외에는 1995년 개정법에서 2만5천환의 벌금액수가 1천500만원으로 개정되었다.

그러므로 이러한 행위를 처벌키 위함이다"라고 밝히고 있고 이에 따라 조선법제편찬위원회가 발표한 기초요강 중 형법각칙요강이 「간음죄」의 장 하에 유리한 지위 및 기타의 위력 또는 혼인약속의 위계를 사용하여서 부녀의 정조를 유린하는 행위를 처벌하는 조문을 신설하는 내용을 담고 있다.[18] 다만 이 조항은 다른 성폭력범죄 처벌규정들과는 달리 법적으로도, 사회적으로도 충분한 논의가 이루어지지 않았는데, 그 이유로는 우선 범행방법인 위계 및 위력과 관련해서는 주로 미성년자에 대한 사안에서 논의되었으며 성인을 대상으로는 비동의간음죄 신설이 우선적으로 주장되어 왔던 점을 들 수 있다. 더구나 법정형 자체가 낮기 때문에 실무가들도 가급적이면 법정형이 높은 다른 처벌규정을 우선적으로 적용해 왔다.

그러나 이 조항은 성폭력범죄와 관련하여 성인에 대해서도 위계 또는 위력이라는 범행 방법을 규정하고 있는데 이러한 확장은 '업무, 고용 기타 관계로 피해자를 보호 또는 감독'한다고 하는 우월적 지위에 기인한 것으로 볼 수 있다. 이하에서는 현행 성폭력범죄의 처벌규정상 위계위력이 어떻게 규정되어 있는지, 그리고 우월적 지위는 어떻게 규정되어 있는지를 나누어 살펴보기로 한다.

(2) 위계 및 위력의 도입 상황과 그 문제점

현재 형법뿐만 아니라 다양한 성폭력 관련 특별법이 위계 및 위력을 범행방법으로 한 성폭력범죄에 대한 처벌규정을 두고 있다. 그러나 성인 피해자의 경우 형법 제303조와 성폭력처벌법 제10조가 '업무, 고용 기타 관계'라는 우월적 지위에 있는 경우에 한정하여 위계 또는 위력으로 저질러지는 성폭력범죄를 규정하고 있을 뿐 일반적으로는 미성년자 또는 심신미약자가 피해자인 성폭력범죄에 한정되어 있다.

따라서 현행 형법 제302조는 미성년자나 심신미약자에 대하여, 성폭력처벌법 제7조는 13세 미만 사람에 대하여, 아청법 제7조는 아동·청소년에 대하여, 성폭력처벌법 제6조는 장애인에 대하여 각각 위계 또는 위력으로 저질러지는 성폭력범죄를 처벌대상으로 규정하고 있다.

다만 이러한 규정들 모두 심도깊은 논의를 거쳐서 위계 및 위력을 범행방법으로

---

17) 신동운 편저, 형법 제·개정 자료집, 한국형사정책연구원 연구총서, 2009, 29면.
18) 신동운 편저, 형법 제·개정 자료집, 한국형사정책연구원 연구총서, 2009, 16면.

규정하였다고 하기는 어렵고 특히 장애인 관련 규정은 더욱 그러하다. 왜냐하면 주로 처벌규정을 새로 도입하면서 폭행협박과 같이 범행방법으로 규정하였을 뿐이기 때문이다. 더구나 위계위력은 업무방해죄 등 형법상의 다른 죄와 동일하게 해석하면서 위계의 경우에는 오히려 더 좁게 해석하고 있다.[19]

그러나 위계 및 위력이 처음 범행방법으로 도입된 제정형법을 살펴보면 제302조가 미성년자 또는 심신미약자에 대하여 위계 또는 위력에 의한 간음 및 추행을 규정하여 비록 아동청소년 및 장애자도 대상으로 하였지만, 제303조 제1항이 업무, 고용 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독을 받는 부녀에 대하여 위계 또는 위력에 의한 간음을 규정하여 성인여성도 대상으로 하였다. 더구나 지금은 비록 삭제되었지만 제304조는 음행의 상습없는 부녀를 대상으로 혼인을 빙자하거나 기타 위계로서 기망하여 간음한 경우도 규정하고 있었기 때문에, 우리형법은 제정 당시부터 위계 및 위력을 이용한 성폭력범죄의 대상에 성인여성을 포함하고 있다고 보아야 한다.[20]

(3) 우월적 지위의 규정 상황과 평가

우리 형법은 제정 당시부터 제303조 제1항에서 업무, 고용 기타 관계로 보호 또는 감독을 하는 경우라는 우월적 지위를 인정하고 있었을 뿐만 아니라 제2항에서 법률에 의하여 구금된 사람을 감호하는 경우를 따로 규정하고 있다.

더구나 1994년 시행된 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률은 업무, 고용이나 기타 관계로 보호 또는 감독을 받는 사람 및 구금된 사람에 대한 추행을 추가함으로써 형법 제303조를 확대하였고 동시에 친족관계에 의한 성폭력 범죄를 처벌하는 규정도 도입하여 ‘친족관계[21]’라고 하는 우월적 지위를 새로 추가하였다.

나아가 현행 성폭력범죄의처벌등에관한특례법 제6조 제7항은 장애인의 보호, 교

19) 조국, “강간죄 및 미성년자 등에 대한 위계간음죄 재론”, 형사법연구 제28권 제4호, 2016, 113~117면.

20) 더구나 혼임빙자간음죄에 대한 헌법재판소의 결정도 혼인을 빙자하는 위계의 방법만을 위헌으로 하였고 혼인을 빙자하는 방법 이외 일체의 위계의 방법이 위헌이라고 한 것은 아니다. 헌법재판소 2009. 11. 26. 선고 2008헌바58, 2009헌바191(병합)결정.

21) 제정 이후 친족의 범위는 계속 확대되어 현재는 4촌 이내의 혈족·인척과 동거하는 친족이고 여기의 친족은 사실상의 관계에 의한 친족이 포함된다.

육 등을 목적으로 하는 시설의 장 또는 종사자가 보호, 감독의 대상인 장애인에 대하여 제1항부터 제6항까지의 성폭력범죄를 범한 경우에는 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중한다고 규정하고 있고 아동･청소년의성보호에관한법률(이하 ‘아청법’이라고 한다) 제18조는 아청법 제34조 제2항 각 호의 기관･시설 또는 단체의 장과 그 종사자[22)]가 자기의 보호･감독 또는 진료를 받는 아동･청소년을 대상으로 성범죄를 범한 경우에는 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중처벌한다고 규정하고 있다.

이러한 규정들, 특히 최근 제정된 특별법상의 규정들에 대해서는 우월적 지위에서 발생하는 성폭력범죄로 인한 피해가 크다는 점을 인식하고 우월적 지위의 범위를 확대하는 데는 성공하였으나, 어떻게 대응해야 하는지는 제대로 고려하지 못했다고 평가할 수 있다. 즉 이러한 범죄들을 어떻게 처벌할 수 있는지에 대해서는 심도깊은 논의 없이 오로지 처벌 강화로만 일관한 것이다.

이는 형법 제303조 제1항 및 성폭력처벌법 제10조가 위계 또는 위력을 범행방법으로 규정한 것과 크게 차이난다. 대표적인 예로 친족관계에서의 성폭력범죄를 규정한 성폭력처벌법 제5조가 있는데 이 규정이 친족에 대한 고소를 인정하는 규정과 같이 도입되면서 처벌을 가능하게 해 준 점은 높게 평가해야 하지만 다른 규정들과

---

22) 기관･시설 또는 단체의 구체적 범위는 다음과 같다.
1. 「유아교육법」 제2조제2호의 유치원
2. 「초･중등교육법」 제2조의 학교 및 「고등교육법」 제2조의 학교
3. 「의료법」 제3조의 의료기관
4. 「아동복지법」 제3조제10호의 아동복지시설
5. 「장애인복지법」 제58조의 장애인복지시설
6. 「영유아보육법」 제2조제3호의 어린이집
7. 「학원의 설립･운영 및 과외교습에 관한 법률」 제2조제1호의 학원 및 같은 조 제2호의 교습소
8. 「성매매방지 및 피해자보호 등에 관한 법률」 제5조의 성매매피해자등을 위한 지원시설 및 같은 법 제10조의 성매매피해상담소
9. 「한부모가족지원법」 제19조에 따른 한부모가족복지시설
10. 「가정폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률」 제5조의 가정폭력 관련 상담소 및 같은 법 제7조의 가정폭력피해자 보호시설
11. 「성폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률」 제10조의 성폭력피해상담소 및 같은 법 제12조의 성폭력피해자보호시설
12. 「청소년활동 진흥법」 제2조제2호의 청소년활동시설
13. 「청소년복지 지원법」 제29조제1항에 따른 청소년상담복지센터 및 같은 법 제31조제1호에 따른 청소년쉼터
14. 「청소년 보호법」 제35조의 청소년 보호･재활센터

는 달리 위계 또는 위력에 의한 경우를 규정하고 있지 않다. 더구나 다른 규정들 특히 2분의 1을 가중처벌하기로 한 성폭력처벌법 제6조 및 아청법 제18조는 오로지 처벌만 강화하고 있다.

이러한 관점에서 볼 때 형법 제303조는 단순히 처벌만을 강화한 다른 조항들과 차별성을 가진다. 더구나 최근 법정형이 상향되었음에도 그 법정형이 여전히 다른 성폭력범죄에 비하여 낮음을 고려할 때 확대 해석의 가능성까지도 생각해 볼 수 있다.[23]

Ⅲ. 다른 나라의 우월적 지위를 이용한 성폭력범죄 처벌규정

위에서 살펴 본 것처럼 형법 제303조는 여러 가지 면에서 중요한 의미를 가지는데 다른 나라에는 이러한 규정이 없거나 또는 드문 것인가? 그러나 이러한 규정 즉 업무상 위력을 이용하는 성범죄를 처벌하는 규정은 세계 각국에 두어져 있다. 다만 이러한 규정이 일정한 연령 이하의 피해자만을 대상으로 한다던가, 지위 및 관계성을 각각 다르게 유형화한다던가, 지위 및 관계성을 행사할 것을 요건으로 한다던가의 기준에 따라 다양할 뿐이다.[24] 이하에서는 가장 대표적인 유형으로 일본과 영국의 처벌규정을 살펴보기로 한다. 왜냐하면 우리나라의 형법은 일본의 개정형법가안을 참고하였으며[25] 영국의 2003년 성범죄법은 성범죄 처벌규정을 가장 최근에 대대적으로 정비했기 때문이다.[26]

23) 현재 강간과 강제추행에 있어서의 폭행협박도 해석에 차이가 있는데 특별한 이유가 있는 것이 아니다.

24) 刑事比較法研究グループ, “比較法からみた日本の性犯罪規定”, 刑事法ジャーナル 45号, 2015, 156면.

25) 신동운, 형법각론 머리말, 법문사, 2017, 1면.

26) 개정 경과 등에 대해서는 장응혁, 성폭력범죄와 피해자조사, 고려대 박사논문, 2015, 185-195면을 참고하길 바란다.

1. 일본의 '감호자'에 의한 성범죄

일본형법은 우리와 달리 성폭력범죄에 있어서 우월적 지위[27]는 물론, 위계 및 위력이라는 범행방법을 인정하지 않았다. 다만 이러한 흠결을 일찍부터 조례 및 다양한 특별법으로 보충하여 왔고[28] 2017. 7. 13. 시행된 개정형법은 감호자에 의한 성범죄를 처벌하는 규정을 새로 도입하면서 감호자라는 우월적 지위와 함께 '편승하여'라는 새로운 범행방법을 인정하였다.[29]

즉, 개정형법은 형법 제179조를 다음과 같이 신설하였다.

(감호자추행 및 감호자성교 등) 제179조 ① 18세 미만의 사람에 대하여 그 사람을 현재 감호하는 자임에 따른 영향력이 있는 것에 편승하여 추행행위를 한 자는 제176조의 예에 의한다. ② 18세 미만의 자에 대하여 그 자를 현재 감호하는 자임에 따른 영향력이 있는 것에 편승하여 성교 등을 한 자는 제177조의 예에 의한다.[30]

신설된 죄에서 '현재 감호하는 자'란 부녀관계와 동일시 할 수 있을 정도로 거주장소, 생활비용, 인격형성 등 생활전반에 걸쳐 의존·피의존 또는 보호·피보호의 관

27) 일본형법을 제정하면서 우월적 지위에 관한 논의는 있었다. 일본 구형법의 초안을 작성한 프랑스법률가 보아소나드는 존속에 의한 범죄의 가중처벌 필요성을 제안하여 구형법 초안 제1고에는 존속뿐만 아니라 다양한 주체가 권위를 가지고 범한 경우 가중처벌하도록 하는 내용이 포함되어 있었다. 그러나 이후 일본측에서 강경하게 반대하여 이후의 논의에서 제외되었다. 자세한 내용은 矢島貴之, "旧刑法期における性犯罪規定の立法 · 判例 · 解釈論", 特集 · 性犯罪規定の比較法的研究 刑事法ジャーナル 45号, 2015, 142-143면.

28) 각 지방자치단체별로 제정하는 조례 이외에도 중요한 법률로 경범죄법, 아동복지법, 아동매춘·아동포르노에관한행위등의규제·처벌및아동의보호등에관한법률, 사사(私事)성적화상기록의제공등에의한피해의방지에관한법률 등이 있다. 특히 아동복지법 제34조 제1항 제6호는 아동에게 음행을 시키는 행위를 금지하고 있는데 아버지가 딸을 강간한 경우 보통 일시의 특정이라든가 폭행협박의 입증이 어려우므로 법정형은 낮지만 이 조항을 주로 적용하였다. 佐伯仁志 · 太田達也 · 川出敏裕 · 金光旭 · 岩佐嘉彦 · 西澤哲, "[座談会] 児童虐待", ジュリスト 1426号, 有斐閣, 2011, 142-143면.

29) 일본의 입법체계 및 최근의 개정내용에 관해서는 장응혁·정진성, 일본 개정형법의 성범죄 처벌규정에 관한 검토 -처벌규정의 체계 및 시사점을 중심으로-, 경찰법연구 제29호, 2019, 169-192면을 참고하길 바란다.

30) 법정형이 강간죄 및 강제추행죄와 동일한 점도 시사적이다.

계가 인정되고 또한 영속성이 인정되는 관계를 의미한다.[31)]

교사, 고용관계, 의사, 스포츠 코치 등은 원칙적으로 포함되지 않지만 경우에 따라 포함되는 경우가 있을 수 있는데 예를 들어 아동보호시설 직원의 경우 동거의 유무, 거주장소에 관한 지정 등의 상황, 지도상황, 생활편의 제공 등 생활상황, 생활비의 지출 등 경제적 상황, 미성년자에 관한 절차 등이 이루어지는 상황 등의 요소를 기준으로 판단하게 된다.

다만 사실상의 관계로 한정되어 조부모 등은 원칙적으로 포함되지 않으며 설사 부모라 하더라도 위와 같은 관계가 인정되지 않으면 주체가 될 수 없다.[32)]

2. 영국의 '신뢰의 지위'

영국의 경우 2003년도에 각종 성범죄 관련법을 통합하여 2003년 성범죄법을 제정하였는데 이 법은 세계적으로도 가장 포괄적이며 체계적이라고 평가받고 있다. 이 법은 크게 비동의를 범죄성립요건으로 하는 성범죄와 취약자보호를 위한 규정들로 구분되며 취약자를 다양한 방법으로 규정하고 있다. 즉 우월적 지위를 다양한 형태로 규정하고 있는 것이다.

그 중 대표적인 것이 신뢰의 지위로 제16조부터 제24조까지 규정되어 있고 이외에도 가족내 아동에 대한 성범죄에 있어서도, 정신장애자의 보호자에 의한 성범죄에도 다양한 우월적 지위 유형이 규정되어 있다.

신뢰의 지위는 비교적 최근인 2000년 성범죄(개정)법부터 신설되었는데[33)] 2003년 성범죄법에서 그 범위가 더욱 확대되었고 이러한 지위를 통해 16세 미만이었던 피해자와의 성행위 처벌[34)]이 18세 미만인 피해자와의 성행위까지 처벌되게 되었다.[35)]

---

31) 品田智史, "監護者性交等罪等の検討", 刑事法ジャーナル 55号, 2018, 14면.

32) 따라서 엄마의 애인이라도 가끔 집에 오는 정도로는 동거하고 있다고 할 수 없고 생계도 별도로 꾸려나가며 의사소통도 피해자와 거의 없다면 감호하는 자가 될 수 없으며 반대로 법률상의 감호권자가 아니라도 엄마와 실질적으로 부부관계로 피해자와도 실제 부녀와 같은 관계라면 해당된다.

33) 2000년 성범죄(개정)법은 7개조로 구성되어 이 중 제3조부터 제5조가 신뢰지위의 남용죄를 규정하고 있었다.

34) 동법은 제9조부터 제12조까지 아동을 대상으로 하는 성범죄를 규정하고 있는데 그 대상자는 16세 미만 아동으로 폭행·협박은 물론 비동의도 필요로 하지 않는다.

2003년 성범죄법 제21조 제2항은 다음과 같이 총 11가지 상황[36]에서 신뢰지위가 발생한다고 종합적으로 규정하고 있다.[37]

① 가해자(A)가 법원의 명령 또는 법률에 의하여 기관에 수용되어 있는 18세 미만 사람을 돌보는 자인 경우로, 피해자(B)가 그 시설에 수용되어 있는 경우
② A가 다음과 같은 집 또는 다른 장소에 거주하는 18세 미만 사람을 돌보는 자인 경우로, B가 그 장소에 거주하고 그 장소에서 수용과 부양의 제공 또는 수용의 제공을 받고 있는 경우 해당된다.
(a) 1989년 아동법 제22조C 6항에 의해 권한있는 숙박시설
(b) 1989년 아동법 제59조 1항에서의 자원봉사조직이 제공하는 숙박시설
③ A가 다음의 시설 중 하나에서 수용되고 돌봄을 받는 18세 미만의 사람을 돌보는 자인 경우로, B가 그 시설에 수용되고 돌봄을 받고 있는 경우
(a) 병원
(b) 웨일즈 독립 클리닉
(b) 보호시설
(d) 커뮤니티 홈, 자원봉사 홈, 또는 아동 홈
(e) 1989년 아동법 제82조 제5항 따라 제공되는 홈
④ A가 교육시설에서 교육을 받는 18세 미만 사람을 돌보는 자로, B가 해당시설에서 교육을 받으며 A가 해당시설에서 교육을 받지 않는 경우
⑤ A가 다음 법률에 근거하거나 그에 준하는 행위로, 서비스를 제공하는데 있어서 그 능력으로 B를 개인적으로 돌보는 경우
(a) 1973년 고용 및 훈련법 제8조 내지 제10조
(b) 2008년 교육 및 기능법 제68조, 제70조 제1항b 또는 제74조
⑥ (직접대면이나 다른 어떤 방법이든지 간에) A가 1989년 아동법 제20조 또는 제21조에 의한 지방자치단체의 직무수행에 있어서 지도감독없이 정기적으로 B와 접촉하는 경우
⑦ (직접대면이나 다른 어떤 방법이든지 간에) A가 1989년 아동법 제7조에 따라 B의 복지에 관계되는 사항에 관하여 보고해야 하는 자로서 지도감독없이 정기적으로 B와 접촉하는 경우
⑧ A가 1989년 아동법 23조B 제2항 또는 부칙2 제19조로 정한 규정에 의하여 B를 위한 개인상담자로 임명된 경우로, 그 능력에 따라 개인적으로 B를 돌보는 경우
⑨ B가 보호명령, 지휘감독명령 또는 교육지도감독명령의 대상으로, 이들 명령으로 A에게 권한이 부여되거나 이들 명령으로 지명된 자치단체가 A에게 권한을 부여하여 A가 개인적으로 B를 돌보는 경우
⑩ A가 다음에 해당하는 경우로, (직접대면이나 다른 어떤 방법이든지 간에) 그 능력으로 지도감독없이 정기적으로 B를 돌보는 경우
(a) 1989년 아동법 제41조 제1항에 근거하여 B를 위해 임명된 공무원인 경우

---

35) 이 외에도 행위태양과 관련하여 '성적 행위', '성적 행위를 하도록 강제또는 권유하는 죄', '아동의 면전에서 성적행위를 하는 죄', '아동에 대해 성적 행위를 보도록 강제하는 죄'로 규정하고 있는 점도 시사적이다. 이에 대해서는 다음 기회에 검토하기로 한다.

36) 이외에도 주무장관이 정하는 명령의 조건을 충족하는 경우가 해당될 수 있다. 다만 2014년 기준으로 그러한 명령은 아직 없다.

37) 관련 법의 번역으로 법무부 여성아동과 편, 영·미의 성범죄법과 양형기준, 법무부, 2008이 있다. 그러나 이후로도 법령이 여러 차례 개정되었으므로 홈페이지(https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/section/21)를 참고하였다.

(b) 1984년 입양규칙 제6조 또는 제18조에 근거하여 B의 아동후견인으로 임명된 경우 (c) 1991년 가정절차규칙 제9.5조에 근거하여 B의 소송 후견인으로 임명된 경우 ⑪ B가 제정법에 따라 범죄로 인한 수용으로부터 석방시 부과된 요건의 대상이거나 형사절차에서 법원의 명령으로 부과된 요건의 대상인 경우로, A가 개인적으로 B를 돌보고 있는 경우

이처럼 세계 각국은 우월적 지위를 이용한 성범죄를 처벌하는 규정을 비록 세부적인 내용은 조금 다르지만 규정하고 있다. 즉 제1심이 전제하고 있는 것처럼 이러한 성범죄에 대한 처벌이 세계적으로도 극히 드문 것은 아닌 것이다. 그렇다고 한다면 향후 우리 형법 제303조를 보다 더 활용할 필요가 있고 동시에 그를 위한 보완도 시급한 과제가 된다. 다음으로는 형법 제303조의 개선방안을 현재 제기되고 있는 대안과 함께 비교법적으로 검토하기로 한다.

Ⅳ. 형법 제303조 제1항[38]의 검토

1. 형법 제303조 관련 입법안들

최근 국회에서 발의되고 있는 형법 개정안들은 형법 제303조 관련 다양한 개선안을 제시하고 있는데 처벌의 대상 관련해서는 크게 행위의 주체 및 객체 확장, 행위태양 확장을 주된 내용으로 담고 있다.[39]

즉 현재 '업무, 고용, 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람'으로 규정된 것을 '사회적 지위를 이용하여 사실상 영향력을 행사할 수 있는 사람에 대하여'라거나 '경제·사회적 지위를 이용하여 사실상 영향력을 행사할 수 있는 사람에 대하여' 또는 '사실상의 영향력 및 실질적 영향력 아래에 있는 사람'을 추가하여 행위의 주체 및 객체를 확장하였다.

---

38) 형법 제303조 제2항은 구금된 사람에 대한 성폭력범죄를 규정하고 있고 이 또한 권력을 이용한 성폭력범죄로 볼 수 있다. 다만 지면관계상 본고는 필요한 경우에 한해서만 형법 제303조 제2항을 다루기로 한다.

39) 자세한 내용은 박찬걸, "업무상 위력에 의한 성범죄의 적용상 한계 및 개선방안에 대한 비판적 검토", 형사정책연구 제29권 제4호, 2018, 98-102면을 참조하기 바란다.

그리고 행위의 태양 관련해서는 ‘이익의 제공이나 약속 또는 불이익의 위협’을 추가하고 더 나아가 ‘부동의 의사에 반하여 간음’하거나 ‘명시적 동의 없이 간음’한 경우도 처벌하자는 내용을 담고 있다.

이에 대해서는 다양한 주장이 제기되고 있는데 우선은 이러한 규정을 다른 나라에서는 어떻게 규정하고 있는지, 그리고 그 구체적인 내용이 무엇인지를 우리나라와 비교하는 것이 가장 효과적인 방법일 것이다. 따라서 형법 제303조와 가장 유사한 다른 나라의 입법례를 기준으로 삼아야 하는데 스위스 형법의 규정들이 가장 유사하다고 평가할 수 있다.

왜냐하면 우리 형법 각칙은 일본의 개정형법가안으로부터 많은 영향을 받았는데 이 가안도 특히 독일 형법의 영향을 받았으며[40] 독일형법의 영향을 받은 국가 중에서도 특히 스위스 현행 형법이 우리 형법 제303조와 가장 유사한 형태의 처벌규정을 두고 있다.[41] 따라서 이하에서는 스위스형법의 성범죄 관련 규정을 살펴보고 이를 기준으로 형법 제303조에 대한 개선안을 모색해 보기로 한다.

2. 스위스형법[42]의 성범죄 관련 규정들

(1) 스위스 형법상 성범죄와 제193조

스위스형법은 ‘성적 완전성에 대한 범죄행위’의 장에서 성범죄를 크게 5가지 유형으로 나누어 규정하고 있다. 구체적으로는 ① 청소년의 발전을 위험에 노출시키는 행위(제187조 및 188조), ② 성적 자유의 침해(제189조~제194조), ③ 성적 행위의 부당한 이용(제195조), ④ 포르노범죄(제197조), ⑤ 성적 완전성에 대한 경범죄

40) 유기천, 형법학 〔각론강의 상〕 전정신판, 1983, 119-120면은 정조에 대한 죄 관련 현행법 중 7개 조문은 구형법의 형기를 고친 데 불과하며 제303조 제1항은 일본형법가안 제394조와 동일하고 제2항은 7년 이하의 징역으로 인상한 것이 다를 뿐이라고 하면서 독일구형법 제174조가 그 원형이라고 하고 있다. 김대휘·김신 대표편집, 주석형법 제5판, 한국사법행정학회, 2017, 307면도 제303조의 비교조문으로 독일 형법 제174조a, 제174조b, 제174조c들 들고 있다.

41) 일본의 개정형법가안은 아니지만 일본의 개정형법초안 제301조는 스위스법을 참고하여 일정한 종속적 관계에 있는 여자에 대한 간음을 처벌하는 규정을 두고 있다. 刑事比較法研究グループ, “特集 · 性犯罪規定の比較法的研究 本企画の概要”, 刑事法ジャーナル 45号, 2015, 4면.

42) 스위스형법의 조문은 주로 한국형사정책연구원(편역), 스위스형법, 2009를 참고하였다.

(제198조 및 제199조)이다.

그리고 성적 자기결정의 자유를 모든 성범죄의 공통된 보호법익으로 보는 독일형법과는 달리 ① 기본적 인격권의 하나인 성적 자기결정과 ② 청소년의 성적 발전을 보호하는 것을 기본적 보호법익으로 보아 각 범죄유형별로 보호법익을 다르게 파악하고 있다.

형법 제303조 제1항과 유사한 조항으로 스위스형법 제193조가 있는데 스위스 형법 제193조(궁핍상태의 악용)는 다음과 같은 규정을 두고 있다.

① 궁핍상태 또는 노동관계 혹은 그 밖의 방법에 근거한 의존관계를 악용하여 사람에게 성적행위를 하거나 수인할 것을 교사한 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다. ② 피해자가 행위자와 혼인 혹은 등록된 파트너관계에 이른 때는 관계당국은 형사소추, 재판소에의 이송 또는 처벌을 하지 않을 수 있다.

과거 스위스의 구형법 제197조는 ‘공무, 업무관계 또는 이에 유사한 의존관계’로 한정하고 있었으나 이를 보다 넓은 의존관계로 확대하여 규정하였다[43].

궁핍상태로는 다양한 경우가 해당되는데[44] 외국에서 스위스로 온 여성이 매춘을 하는 것 외에는 방법이 없는 경우나, 약물의존자가 매춘으로 생계를 이어가는 경우 등이 해당된다. 나아가 경제적인 궁핍 이외에도 예를 들어 산에서 부상을 입고 조난당한 경우나 주거가 없고 즉시 숙박할 장소가 필요한 경우 등도 여기에 해당된다.

의존관계로는 노동관계가 대표적으로 거론되고 그 밖의 방법에 근거한 의존관계로는 장기간 심리치료를 받고 있는 환자나 감금·유괴 등으로 피해자가 심리적으로 복종하는 관계를 들고 있다.

다만 피해자가 궁핍상태나 의존관계에 있다고 해도 자유의사로 스스로 대가를 받고 성교를 한 경우에는 ‘악용’으로 인정되지 않는다. 물론 존재하는 의존관계를 악용했는지의 판단은 실무상 극히 곤란하다고 지적되고 있고 악용이 인정되더라도 이

---

43) 초안단계에서는 ‘중대한 궁핍상태의 악용’으로 하려 하였으나 의회에서의 논의과정에서 보다 더 확장되었다. 深町晋也, “特集 · 性犯罪規定の比較法的研究 スイス刑法における性犯罪規定”, 刑事法ジャーナル 45号, 2015, 111면.

44) Donatsch, Strafrecht Ⅲ 10, Aufl., 2013, S. 527.(深町晋也, 앞의 글, 111면에서 재인용).

러한 악용을 ‘협박’ 또는 후술하는 ‘심리적 압박’과 어떻게 구분할 수 있는가도 문제로 제기되고 있다.

(2) 형법 제192조

아울러 스위스형법 제192조는 다음과 같은 규정을 두고 있다.

제192조(시설수용자, 수형자, 피의자와의 성적 행위) 제1항 의존관계를 악용하여 시설수용자, 시설구금자, 수형자, 체포자 또는 피의자에게 성적행위를 하는 것 또는 수인할 것을 교사한 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

이는 우리 형법 제303조 제2항[45]과 유사한데 우월적 지위 관련해서 더 폭넓게 인정되고 있다. 즉 시설수용자에는 교도소와 소년원은 물론 노인홈과 정신장애자시설, 약물치료자시설에 수용된 자도 포함되며, 시설구금자에는 자유박탈적인 치료처분(스위스 형법 제59조 이하) 등을 부과받은 사람이 해당된다. 수형자, 체포자 또는 피의자로서는 자유형이 집행되고 있는 자와 형사절차가 진행중인 자 등이 일정한 시설에 없는 경우, 예를 들어 이송중인 경우 등이 해당된다. 그리고 여기에 포함되지 않는 경우에도 제193조에 해당될 수 있다.[46]

(3) 스위스형법 제190조

스위스 형법 제190조는 다음과 같이 폭행, 협박, 항거불능과 함께[47] ‘심리적 압박’이라는 범행방법을 규정하고 있어 스위스 형법 제193조와 보완적이다.

45) ② 법률에 의하여 구금된 사람을 감호하는 자가 그 사람을 간음한 때에는 7년 이하의 징역에 처한다.

46) Stratenwerth/Jenny/Bommer, Schweizerisches Strafrecht BT I, 2010, S.178f.(深町晋也, 주 21)의 글, 2015, 110면에서 재인용)

47) 이러한 4가지는 예시열거에 불과하므로 입법자가 상정할 수 없는 수단으로 성교를 강요한 경우도 처벌할 수 있다.

제190조(강간) 예컨대 그를 위협하거나, 폭력을 사용하거나, 심리적인 압박을 가함으로써 또는 항거를 불능하게 함으로써, 부녀로 하여금 동침을 인용하도록 강요한 자는 1년 이상 10년 이하의 자유형에 처한다.

심리적 압박이란 피해자가 행위자에 의하여 그 의사결정이 제약되는 것을 말하는데 행위자에게 굴복할 것인가 자기의 의사를 관철할 것인가 중 하나를 선택해야 하는 상황에 놓여지는 것을 말한다.

이러한 심리적 압박은 폭행, 협박과 같이 열거되고 있으므로 폭행협박에 비견할 만한 불법내용을 가진 압박이어야 한다고 해석되고 있으며 이는 피해자의 상황과 피해자의 인간관계 등을 고려할 때 피해자에게 저항을 기대할 수 없는 경우로 보고 있다. 또한 오로지 이익 제공을 하지 않는다고 압박을 가하는 경우는 포함되지 않는다고 해석되고 있다.

다만 폭행협박과 별도로 심리적 압박을 규정한 것에 대하여는 학설상 그 성립범위가 불명확하다고 비판받고 있으며 판례도 심리적 압박의 판단기준을 둘러싸고 다양한 논의가 이루어지고 있다.

현재 판례는 개개의 구체적 사정을 종합적으로 고려하여 '도구화된, 구조적 폭력'이라고 할 수 있는가 여부로 심리적 압박을 판단하고 있다. 이 판단에서 특히 문제가 되는 것은 행위자가 이미 존재하는 사회적이거나 사적인 권력관계를 이용하여 성교를 한 것에 불과한 것인가 그렇지 않으면 행위자가 '행위상황적 강제상황'을 만들어 성교한 것인가이다. 전자의 경우에는 심리적 압박이 인정되지 않고, 후자의 경우 비로소 심리적 압박이 인정된다고 판시하고 있다.48)

3. 검토와 시사점

지금까지 살펴본 것처럼 우리 형법 제303조는 스위스형법과 유사한데 스위스형법은 여러 차례 개정을 거쳐 오면서 현재는 우리 형법 제303조에 비하여 훨씬 더 가벌성이 확장되어 있다고 평가할 수 있다. 이하에서는 이를 기준으로 국회에서 발

48) BGE 131 IV 107, 111. Siehe auch, BGE 131 IV 167(深町晋也, 주 21)의 글, 106면에서 재인용).

의된 입법안들을 ‘우월적 지위’를 중심으로 간단히 검토하기로 한다.

스위스형법을 기준으로 입법안들을 검토할 때 국회에서 발의한 입법안들은 다음과 같은 문제점이 있다. 먼저 ‘사회적 지위를 이용하여 사실상의 영향력을 행사할 수 있는’지위까지를 우월적 지위로 보는 것은 지나치다고 생각된다. 이와 관련 피고인의 보호 또는 감독을 받는 사람이 아니라고 할지라도 피고인의 사회적·경제적·정치적인 지위나 권세에 종속될 우려가 있는 사람에 대한 범죄는 업무상 또는 고용관계에서 발생하는 범죄와 본질적으로 동일한 것으로 평가할 수 있기 때문에 위와 같은 행위주체의 추가적인 시설은 타당하다는 견해가 있으나 이는 처벌의 범위를 지나치게 확대하는 것이며 타당하지 못하다. 오히려 판례와 같이 업무, 고용 기타 관계로 보호 또는 감독을 받는 상황에 사실상의 보호 또는 감독을 받은 상황을 포함시켜 넓게 해석하는 것이 오히려 타당할 것이며 비록 처벌의 공백이 일부 발생할 수는 있으나 대부분의 경우는 형법 제303조의 확대해석 또는 특별법상의 다른 규정으로 충분히 대처할 수 있다고 생각된다.[49]

다만 형법 제303조의 확대해석과 함께 그 규정 자체를 좀 더 확장하는 것도 합리적 대안이 될 수 있다. 이와 관련 2007년 임종인의원이 대표발의한 형법개정안은 여성단체들이 공동으로 구성한 여성인권법연대에서 성안한 것인데 ‘보호감독관계의남용죄’를 규정하여 “교육, 업무, 고용, 종교나 그 밖의 관계로 자기의 보호 또는 감독을 받은 미성년자 또는 장애인에 대하여 그 보호 또는 감독의 권한을 남용[50]하여 성적 행동을 한 자는 10년 이하의 징역에, 간음한 자는 1년 이하의 유기징역에 처”하도록 규정하였다. 이러한 규정은 비록 입법에는 이르지 못하였으나 충분히 검토할 가치가 있으며 2019년 1월 15일 법률 제16275호로 개정된 아청법은 제8조의2를 신설하여 19세 이상의 사람이 13세 이상 16세 미만인 아동·청소년의 궁박한 상태를 이용하여 해당 아동·청소년을 간음하거나 추행하는 경우를 처벌할 수 있도록

49) 박찬걸, “업무상 위력에 의한 성범죄의 적용상 한계 및 개선방안에 대한 비판적 검토”, 형사정책연구 제29권 제4호, 2018, 99면은 그러한 예로서 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 등을 예로 들고 있는데 대부분의 경우 업무, 고용 기타 관계로 포섭할 수 있다.

50) 아울러 범행방법으로 ‘남용’을 규정하고 있는 점에도 주목할 필요가 있다.

하였다.[51)]

물론 외국 형법의 개념들을 그대로 우리 법체계에 도입하는 것이 정답이 될 수는 없다 왜냐하면 스위스형법도 계속 개정되고 있는 불완전한 상태일 뿐만 아니라 다른 부분에서는 우리나라와 큰 차이를 보이고 있기 때문이다[52)]. 따라서 스위스형법이 전적으로 올바른 해결방안이 될 수는 없다.

다만 지금까지 살펴 본 것처럼 선진국들도 전반적으로 우월적 지위를 이용한 성폭력범죄를 처벌하는 규정을 두고 있으며 스위스처럼 성인여성도 피해자에 포함시키는 입법례가 있는 한편으로 미성년자로만 피해자를 한정한 입법례가 있을 뿐이다. 이는 일반적인 성인에 비해 미성년자들이 특히 성폭력에 취약한 상태에 놓여있음을 전제로 한 것으로 평가할 수 있다.

결국 취약성이 존재하는 것은 세계적으로 모두 공통되지만 형법으로 보호해야 할 정도로 취약한지의 평가는 결국 그 대상이 사회 내에서 가지는 관계의 특성에 좌우될 수밖에 없다. 사회 전체의 관계가 권력적인 특성을 가지며 남성과 여성의 격차가 큰 우리나라에 있어서 이러한 점을 고려한다면 현행 규정을 보다 더 적극적으로 개선하는 것은 타당하며 이러한 사회구조적 문제들이 해결되지 않는다면 보다 전향적인 입법도 고려해 볼 수 있다.

나아가 선진국들이 이러한 취약성을 반영하면서 우선은 처벌의 범위를 확대시키는데 주안점을 두고 있는 점에도 주목해야 한다. 우리나라의 경우 최근의 입법들은 처벌의 범위를 확대시키면서 동시에 처벌을 강화하고 있는데 아청법 제8조의 경우는 처벌의 범위를 지나치게 확대하면서 오히려 장애인인 청소년의 성적 자유를 제한한다고 비판받고 있음을 고려할 때 처벌의 강화를 재검토해야 할 것이다.

---

51) 제8조의2(13세 이상 16세 미만 아동·청소년에 대한 간음 등) ① 19세 이상의 사람이 13세 이상 16세 미만인 아동·청소년(제8조에 따른 장애 아동·청소년으로서 16세 미만인 자는 제외한다. 이하 이 조에서 같다)의 궁박(窮迫)한 상태를 이용하여 해당 아동·청소년을 간음하거나 해당 아동·청소년으로 하여금 다른 사람을 간음하게 하는 경우에는 3년 이상의 유기징역에 처한다.
② 19세 이상의 사람이 13세 이상 16세 미만인 아동·청소년의 궁박한 상태를 이용하여 해당 아동·청소년을 추행한 경우 또는 해당 아동·청소년으로 하여금 다른 사람을 추행하게 하는 경우에는 10년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다.

52) 여러 가지가 있겠지만 구성요건 관련해서는 사망 및 상해가 발생한 경우의 결과적 가중범규정이 없다. 따라서 사망 및 상해의 결과가 발생한 경우에는 살인죄나 상해죄와 상상적 경합으로 처리한다. 深町晋也, 주 21)의 글, 102면.

Ⅴ. 나오며

이상으로 우월적 지위를 이용한 성폭력범죄를 처벌하는 규정을 형법 제303조를 중심으로 스위스, 일본, 영국의 입법례를 참고하여 살펴보았다. 제정 형법의 입법 취지와 달리 형법 제303조가 제대로 활용되지 못 하고 있으며 이와 달리 다른 나라들은 다양한 입법을 통해 문제를 해결해 나가고 있음을 확인해 볼 수 있었다. 물론 우리나라도 그동안 특별법의 제정 및 개정을 통해 다양한 문제를 해결해 왔으며 위에서 살펴 본 나라의 입법례가 정답이라고 볼 수는 없다. 그러나 적어도 '권력'관계에서 발생하는 성폭력범죄에 있어서는 우리나라 형사법은 제대로 된 해결책을 가지고 있다고 볼 수 없다.

이에 대해서는 제2심처럼 현행 형법의 해석 및 판례를 통한 해결도 물론 가능할 것이다. 다만 여기서 한 가지 고려해야 할 점은 우리 형법이 그 시작부터 미완의 형법이라는 점이다. 즉 우리 제정형법은 그 시작인 형법초안부터 "완전무결한 우리 형법법전의 완성은 금후의 과제로 남겨두고 우선 이 초안으로써 면갈지용에 공[53]" 하였던 것이다. 이는 당시의 시대적 상황과 여러 가지 여건을 고려할 때 일정부분 부득이했던 것으로[54] 이제는 형법을 전면적으로 다시 재검토할 필요가 있다.

다만 이러한 논의가 최근 들어 거의 이루어지지 않고 있으며 이를 위한 준비작업조차도 제대로 이루어지지 않고 있음을 고려하면 형법의 입법자들에게 부끄러움을 느낄 수 밖에 없다. 왜냐하면 우리의 입법자들은 여러 가지 어려운 여건 속에서 스스로 불완전하다고 자평하는 초안을 작성함에 있어서도 중국, 프랑스, 이태리, 독일, 스위스, 인도 등의 각국의 성문형법을 참고[55]하였기 때문이다. 본고가 앞으로의 본격적인 논의를 위한 하나의 디딤돌이 되기를 간절히 기원한다.

---

53) 법전편찬위원회, 형법초안 이유설명서(신동운 편저, 주 11)의 책, 34면에서 재인용).

54) 김병로 초대 대법원장은 1953. 4. 16. 국회에 나와 법전편찬위원회에 참여하면서 병으로 진척이 지연된 것 이외에도 "6·25 사변을 당해서 그 전에 약간 수집했[던], 그 전에 과정(미군정 후반의 남조선과도정부)때부터 그 준비로 외국법전, 법률이라든지 이것도 약간 준비해 두었[던] 것도 모두 분실되었고, 대부분이 분실되어서 다시 부산으로 여러분과 같이 남하한 다음에도 각 개인들에게 잔존해 있는 부분을 종합했[습]니다만, 역시 종합하지 못한 자료도 많이 있습니다"라고 지연의 이유를 설명하였다. 신동운 편저, 주 11)의 책, 114면.

55) 엄상섭, 형법요강해설(신동운 편저, 주 11)의 책, 19면에서 재인용).

참고문헌

【국내문헌】

김대휘·김신 대표편집, 주석형법 제5판, 한국사법행정학회, 2017.

신동운 편저, 형법 제·개정 자료집, 한국형사정책연구원 연구총서, 2009.

______, 형법각론 머리말, 법문사, 2017.

유기천, 형법학 〔각론강의 상〕 전정신판, 1983.

이호중, “강간과 추행의 죄 규정의 개정방안”, 형법개정연구회 형사법개정연구(Ⅳ) 형법각칙 개정안, 2009.

조국, 형사법의 성편향 전면개정판, 박영사, 2018.

법무부, 일본형법, 2007.

한국형사정책연구원(편역), 스위스형법, 2009.

장응혁, 성폭력범죄와 피해자조사, 고려대학 박사논문, 2015.

박찬걸, “성폭력피해자의 2차 피해 방지를 위한 몇 가지 쟁점에 대한 검토”, 법학논총 제35권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2018.

______, “업무상 위력에 의한 성범죄의 적용상 한계 및 개선방안에 대한 비판적 검토”, 형사정책연구 제29권 제4호, 2018

이호중, “업무상 위력에 의한 성폭력의 판단기준에 대하여”, 미투운동과함께하는시민행동 등 세미나자료집(“위력에 의한 성폭력, 판단기준은 무엇인가”) 토론문, 2019.1. 14.

장응혁·정진성, “일본 개정형법의 성범죄 처벌규정에 관한 검토 - 처벌규정의 체계 및 시사점을 중심으로-”, 경찰법연구 제29호, 2019.

조국, “강간죄 및 미성년자 등에 대한 위계간음죄 재론”, 형사법연구 제28권 제4호, 2016.

차혜령, “안희정 성폭력 사건 1심 판결 평석 (1)”, 미투운동과함께하는시민행동 등 세미나자료집(“위력에 의한 성폭력, 판단기준은 무엇인가”) 발제문, 2019. 1. 14.

김두나, “안희정 전 충남도지사 성폭력사건 2심판결 쟁점분석”, 안희정 성폭력사건 공동대책위원회 주최 2심판결 쟁점분석 변호인단 간담회 자료집, 2019. 2. 12.

【외국문헌】

佐伯仁志 · 太田達也 · 川出敏裕 · 金光旭 · 岩佐嘉彦 · 西澤哲, “[座談會] 兒童虐待”, ジュリスト 1426号, 有斐閣, 2011.

品田智史, “監護者性交等罪等の検討”, 刑事法ジャーナル 55号, 2018.

刑事比較法研究グループ, “特集 · 性犯罪規定の比較法的研究 本企畵の槪要”, 刑事法ジャーナル 45号, 2015.

______, “比較法からみた日本の性犯罪規定”, 刑事法ジャーナル 45号, 2015, 156면.

深町晋也, “特集 · 性犯罪規定の比較法的研究 スイス刑法における性犯罪規定”, 刑事法ジャーナル 45号, 2015.

矢島貴之, “旧刑法期における性犯罪規定の立法 · 判例 · 解釋論”, 特集 · 性犯罪規定の比較法的研究 刑事法ジャーナル 45号, 2015.

영국 2003년 성범죄법: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/section/21

헌법재판소 2009. 11. 26. 선고 2008헌바58, 2009헌바191(병합)결정.

대법원 2018. 4. 12. 선고 2017두74702 판결.

서울서부지방법원 2018. 8. 14. 선고 2018고합75 판결.

서울고등법원 2019. 2. 1. 선고 2018노2354 판결.

매일경제신문, “당정 비동의 간음죄 신설 적극 검토키로”, 2018. 4. 10. 자 (http://news.mk.co.kr/newsRead.php?year=2018&no=229302).

한겨레, “안희정 무죄 뒤집은 재판부 “피해자다움은 편협한 관점””, 2019. 2. 1. 자 (http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/880906.html).

§303 in the Penal Code : A Comparative Study

Chang, Eung-hyeok*

The current criminal laws limit the possibility of criminal punishment of sexual violence cases in power relationships, which are raised through unsightly campaigns, due to the fact that the means of sexual crimes, such as rape, are limited to assault, intimidation, deception and power, and narrow interpretation of the power to suppress the freedom of the other party.

Thus, feminist jurisprudence argues for a statutory definition of consent. The provision defines consent as if the person agrees by choice, and has the freedom and capacity to make that choice. But problem is “sexual violence in power relationship”

Since there is not enough discussion on this issue in Korea, this paper tried to solve these problems by referring to the discussion of other conturies. However, the overall reform of criminal laws on sex offences should be followed by theoretical works on the system of criminal law and criminal procedure law in general.

❖ Key words: Comparative Syudy, Sexual Violence, Penal Code, Articles 303, Sex Offences Act 2003

* Professor, Department of Police Adminstration Science

투고일 : 4월 2일 / 심사일 : 6월 24일 / 게재확정일 : 6월 24일