

현행 성범죄의 처벌규정 체계의 재구조화 방안*

전 윤 경 **

I. 들어가며

II. 현행 성범죄의 처벌규정 체계 및 실무상 사건처리에서의 문제점

1. 처벌의 공백(흠결) 문제
2. 비접촉(비신체적) 성범죄 문제
3. 실무상 구체적 사건처리에 있어서 법률 적용 문제
4. 소결

III. 성범죄의 본질(보호법익)과 개념

1. 성범죄의 개념과 보호법익에 대한 한국의 현황
2. 성범죄에 대한 외국 입법례
3. 성범죄의 개념 정립 - 성적 자기결정권의 의미
4. 소결

IV. 현행 성범죄 처벌규정 체계의 재구조화 방안

1. 비동의간음죄 도입을 통한 성적 자기결정권 보호에 부합하는 처벌규정 체계 마련
2. 「형법」상의 표제 개정을 통한 비접촉(비신체적) 성범죄의 「형법」으로의 포섭
3. 디지털 성범죄에 있어서의 '성적 수치심' 삭제 및 '성적 대상화'로의 재구조화
4. 처벌규정의 통합
5. 메타버스의 특성을 반영한 새로운 형사처벌 규정의 모색

V. 결론

* 이 논문은 한양대학교 교내연구지원사업으로 연구되었음(HY-202100000001134)

** 한양대학교 법학전문대학원 교수

초 록

현행 성범죄의 처벌규정 체계는 최협의에 이르는 폭행·협박에 의한 강간을 기본적 구성요건으로 함에 따라 비동의간음행위, 위력에 의한 권력형 성범죄 등에 대한 처벌의 공백이 발생하고, 성범죄의 기본법인 「형법」에서 최근 많은 문제가 되고 있는 비접촉(비신체적) 성범죄를 전혀 규율하지 못한 채 사회적 이슈가 생길 때마다 법체계 전반에 대한 체계적인 검토 없이 단편적으로 특별법에 처벌규정을 개정 또는 신설하고 있으며, 「형법」과 특별법의 처벌규정의 혼재로 인하여 실무상 구제적 사건처리에 있어 법률 적용(적용법조)의 혼란과 형벌의 불균형 등의 문제도 발생하고 있고, 최근에는 메타버스 상에서의 성범죄 문제도 대두되고 있는 실정이다. 이에 현행 성범죄 처벌규정 체계의 근본적인 문제점에 대한 비판적 성찰과 연구를 통해 성범죄의 보호법익인 '성적 자기결정권'을 충실하게 보호할 수 있도록 하는 방향으로의 성범죄의 처벌 규정 체계를 다시금 모색할 필요가 있다.

성범죄의 보호법익으로서의 성적 자기결정권은 그 의미를 '인격권의 주체로서 스스로 선택한 인생관·사회관 등을 토대로 개인과 공동체의 상호연관 속에서 확립한 독자적인 성적 관념을 바탕으로 성적 행위를 할 권리'라고 적극적으로 이해하고, 이러한 성적 자기결정권을 행사함에 있어서는 '자신과 타인을 동등한 존재로 여기며 성적으로 존중해야 하고, 상대방을 성적 대상화하여서는 안 되는 것'으로 해석해야 하며, 이를 바탕으로 성범죄의 개념을 새롭게 정립하고 성범죄의 처벌규정 체계를 재구조화 함으로써 문제점을 해결해야 한다. 이러한 재구조화 방안으로는 비동의간음죄의 도입을 통한 성적 자기결정권 보호에 부합하는 처벌규정 체계 마련, 「형법」상의 표제 개정을 통한 비접촉(비신체적) 성범죄의 「형법」으로의 포섭, 디지털 성범죄에 있어서 '성적 수치심' 삭제 및 '성적 대상화'로의 재구조화, 처벌규정의 통합, 메타버스의 특성을 반영한 새로운 형사처벌 규정의 모색 등이 있다.

주제어 | 성범죄 처벌규정 체계, 성적 자기결정권, 비동의간음죄, 디지털 성범죄, 메타버스상의 성범죄

I. 들어가며

현행 성범죄¹⁾에 관련된 형사처벌 규정은 강간(간음), 유사강간(유사성행위), 강제추행(추행) 등의 행위 태양, 13세 미만자(13세 이상 16세 미만자), 아동·청소년, 장애인 등의 다양한 피해자 유형, 폭행·협박, 위계·위력, 위험한 물건의 휴대, 합동 등의 행위 수단 등에 따라 「형법」, 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」(이하 「성폭력처벌법」이라 한다), 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」(이하 「청소년성보호법」이라 한다)에서 각 규율하고 있다.

그런데, 위 법률들의 처벌규정들을 살펴보면, 일부 처벌규정이 서로 중복되어 있음에 따라 실무상 구체적 사안에 대한 적용법조를 확정하는 과정에서 어떤 법률을 적용해야 하는지 혼란을 일으키고 있는 점²⁾, 다양한 피해자 유형 중 ‘아동·청소년’에 대한 성범죄에 대하여, ‘아동·청소년 대상 성범죄의 처벌과 절차에 관한 특례를 규정하는 것을 목적’³⁾으로 특별히 「청소년성보호법」이 제정되어 있음에도 이 법률 뿐 아니라 일부 연령이나 행위 수단 등에 따라 「형법」과 「성폭력처벌법」에서도 규율하고 있어 통일적이고 체계적인 규율이 이루어지지 않고 있는 점⁴⁾, 성범죄의 기본법인 「형법」에서는 신체적 성범죄만 규율하고 있어 비접촉(비신체적) 성범죄인 ‘디지털 성범죄’⁵⁾에 대하여는 전혀 규율하지 못

1) 「성폭력처벌법」 제2조 정의 규정에서 ‘성폭력범죄’를, 「청소년성보호법」 제2조 정의 규정에서 ‘아동·청소년 대상 성범죄’와 ‘아동·청소년 대상 성폭력범죄’를 구별하고 있고, 기본법인 「형법」에서는 성적 침해 행위 중 ‘폭행·협박에 의한 강간’을 기본적 구성요건으로 하고 있으나, 본 논문은 성적 침해 행위 중 어느 범위까지 형사처벌을 할 것인지와 관련된 근본적인 검토를 할 것인바, ‘성폭력’이란 용어는 그 자체에서 성적 침해 행위 중 폭력을 전제로 하는 행위만을 대상으로 삼게 되는 한계가 있는 점에서, 본 논문에서는 논의의 대상인 성적 침해 행위에 대하여 ‘성범죄’ 용어를 사용한다. 다만, 본 논문의 ‘성범죄’ 논의에서 ‘성매매’와 ‘아동·청소년의 성을 사는 행위’는 제외한다.

2) 법률신문 뉴스(2015. 3. 27.), “조건표·점검표까지 … 성폭력 관련법, 판·검사도 혼란스럽다”, <https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=91924> (검색일: 2022. 11. 20.)

3) 「청소년성보호법」 제1조 목적 참조.

4) 예를 들어 기본적으로 연령만을 기준으로 본다면 13세 미만자에 대한 강간은 「성폭력처벌법」 제7조 제1항에서, 13세 이상 19세 미만자(19세에 도달하는 연도의 1월 1일을 맞이한 자 제외)에 대한 강간은 「청소년성보호법」 제7조 제1항에서, 16세 미만자에 대한 의제강간은 「형법」 제305조에서 각 규율하고 있는데, 여기에 친족관계에 있는 사람이 아동·청소년을 강간한 경우에는 「성폭력처벌법」 제5조 제1항과 「청소년성보호법」 제7조 제1항이 모두 적용되는 등 아동·청소년에 대한 성범죄임에도 기본법인 「형법」과 두 가지의 특별법이 모두 적용되고 있다.

하고 있는 점 등을 종합하여 보면, 과연 현행 성범죄 처벌규정이 법체계 전반에 대한 체계적이고 엄밀한 검토 하에서 규율되고 있는 것인지 문제를 제기하지 않을 수 없다.

또한 성범죄와 관련하여 기본법인 「형법」 이외에도 특별법이 두개나 존재함에도 현행 규율 체계 및 법해석으로 인하여 폭행·협박에 의한 성적 자기결정권을 침해하는 성적 행위가 발생하였음에도 이를 처벌하지 못하는 ‘처벌의 흠결’이 존재하고, 미투 운동으로 드러난 유형력을 수반하지 아니한 권력관계로 인한 지배력에 의한 ‘권력형 성범죄’ 역시 ‘처벌의 흠결’이 존재하는 등 성범죄 처벌규정에 대한 법체계의 한계가 명백히 존재하고 있다.

이는 결국 우리 사회가 어느 범위의 성적 행위에 대하여 성범죄로서 형사처벌을 할 것인지, 어떤 성적 행위의 상대방을 피해자로서 보호해야 할 것인지에 대한 근본적이고 체계적인 검토가 이루어지지 않았다는 것을 보여주는 것이다.

이와 관련하여 그동안 현행 성범죄 법체계의 개선방안에 대한 선행연구가 주로 비동의간음죄의 도입 여부를 중심으로 상당히 진행되었고,⁶⁾ 이와 관련된 입법안도 국회에 상당수 제출된 것은 사실이나,⁷⁾ 위와 같은 논의에도 불구하고 현행 성범죄의 처벌규정 체계는 전혀 변화된 바가 없어 위와 같은 문제점은 여전히 존재하고, 오히려 최근에는 신체적 성범죄만을 규율하는 탓으로 「형법」에서 전혀 포섭하지 못하는 ‘디지털 성범죄’가 문제되자 특별법인 「성폭력처벌법」 등에⁸⁾ 관련 이슈가 생길 때마다 법체계 전반에 대한 체계적인 검토 없이 단편

5) ‘사이버 성범죄(성폭력)’, ‘온라인 성범죄(성폭력)’ 등으로 혼용되어 쓰이고 있으나, 디지털 성범죄는 반드시 사이버(온라인) 공간에서만 이루어지는 것이 아니고 오프라인이더라도 디지털이라는 수단을 통하여 이루어지는 경우도 포함된다는 점에서 본 논문에서는 ‘디지털 성범죄’ 용어를 사용한다.

6) 장다혜, 이경환(2018), 『형법상 성폭력범죄의 판단기준 및 개선방안 : 비동의간음죄의 도입가능성을 중심으로』, 연구총서 18-AB-06, 한국형사정책연구원 ; 김태영(2018), “권력형 성범죄의 처벌과 비동의 간음추행죄의 도입”, 『법학연구』 통권 제57집, 전북대학교 법학연구소 ; 김해정(2019), “성폭력범죄 처벌규정의 정비에 관한 고찰 - 강간죄 등의 행위수단을 중심으로 -”, 『홍익법학』 제20권 제3호, 홍익대학교 법학연구소 ; 장다혜(2019), “강간죄의 재구조화: 전문가 대상 설문조사 결과를 중심으로”, 『젠더법학』 통권 제20호 제3호, 한국젠더법학회 등

7) 20대 국회에 제출된 비동의간음죄 도입 입법안에 대한 구체적인 내용과 비판은, 장응혁, 정진성(2020), “제20대 국회의 비동의간음죄 입법안에 대한 비판적 검토 - 이른바 ‘조두순 접근금지법’을 통한 보호관찰의 새로운 변화를 계기로-”, 『보호관찰』 제20권 제1호, 한국보호관찰학회, 164-168면 ; 장다혜, 이경환(2018), 위의 책(주 6), 55-76면 각 참조.

적으로 처벌규정을 개정 또는 신설하고 있으며, 형사처벌 규정이 전혀 마련되어 있지 아니한 ‘메타버스 상에서의 성범죄’에 대하여도 규제의 필요성 문제가 발생하고 있는 실정이다.

이에 어떠한 성적 행위를 범죄로서 처벌할 것인지, 현재 성범죄에 관한 처벌 규정 체계의 근본적인 문제점은 무엇인지에 대한 비판적 성찰과 연구를 통해 우리 사회의 뿌리 깊은 남성중심적인 성담론과 관념에서 벗어나 성범죄의 보호 법익인 ‘성적 자기결정권을 충실하게 보호할 수 있도록 하는 방향으로의 성범죄의 처벌규정 체계’를 다시금 모색할 필요가 있다.

따라서 성범죄 처벌규정 체계의 재구조화에 대한 연구는 선행연구들이 진행했던 비동의간음죄 도입 문제 뿐 아니라 최근 많은 문제가 되고 있는 디지털 성범죄, 메타버스 상에서의 성범죄에 대한 형사처벌 규정 문제를 포함하여 ‘성적 자기결정권을 침해하는 범죄로서의 성범죄의 자리매김’에 대한 근본적인 검토가 매우 필요한 시점이다.

아래에서는 먼저 현행 성범죄 처벌규정 체계 및 사건처리에서의 문제점을 살펴보고(II.), 그 개선방안을 살펴보기에 앞서, 성범죄의 보호법익과 외국에서는 어떤 성적 행위를 처벌하고 있는지(특히 비동의간음죄 존재 여부) 등을 살펴봄으로써 성적 행위 중 어느 범위까지 성범죄로서 형사처벌의 대상으로 하여야 하는지에 대하여 성범죄의 본질과 개념을 검토한 다음(III.) 이를 바탕으로 현행 성범죄 처벌규정 체계의 재구조화 방안에 대하여 검토하고자 한다(IV.)

8) 「청소년성보호법」과 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」에서도 규율하고 있다.

II. 현행 성범죄의 처벌규정 체계 및 실무상 사건처리에서의 문제점

1. 처벌의 공백(흠결) 문제

1) 비동의간음행위, 최협의에 이르지 않은 폭행·협박에 의한 성적침해행위에 대한 처벌 흠결 문제

현행 성범죄 처벌규정 체계는 폭행 또는 협박에 의한 강간죄를 기본적 구성요건으로 하고 있고, 대법원은 강간죄의 폭행·협박을 ‘피해자의 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도’라는 최협의의 폭행·협박으로 해석함으로써⁹⁾ ‘폭행·협박의 유형력이 행사되어 피해자의 의사가 제압되었으나 피해자의 저항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 정도가 아닌 경우’ 또는 ‘폭행·협박은 없으나 동의 없는 성적 침해 행위임이 명백히 입증되는 경우¹⁰⁾’ 등에 있어서 성적 자기결정권의 침해 행위임이 명백함에도 아무런 처벌을 하지 못하는 공백이 발생하는 문제점이 있다.¹¹⁾ 이러한 최협의설은 피해자가 폭력을 당하였음에도 오히려 사력을 다해 저항했다는 것을 입증해야 함으로써 피해자에게 책임을 전가하고 비현실적인 격렬한 저항을 요구하게 됨으로써 피해자에

9) 대법원 1992. 4. 14. 선고 92도259 판결, 1990. 12. 11. 선고 90도2224 판결 등

10) 예를 들어 피해자가 진지하게 거부 의사를 밝혔고 가해자가 이를 인식하였음에도 간음에 이르렀음이 입증되는 경우

11) 대법원은 “강간죄가 성립하기 위한 가해자의 폭행·협박이 있었는지 여부는 그 폭행·협박의 내용과 정도는 물론 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 행위 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 피해자가 당시 처하였던 구체적인 상황을 기준으로 판단하여야 하며, 사후적으로 보아 피해자가 범행 현장을 벗어날 수 있었다거나 피해자가 사력을 다하여 반항하지 않았다는 사정만으로 가해자의 폭행·협박이 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도에 이르지 않았다고 선불리 단정하여서는 아니된다(대법원 2018. 2. 28. 선고 2017도21249 판결 등 참조)”라고 판시함으로써 폭행·협박의 최협의설을 완화하고 있고, “법원이 성폭행 사건의 심리를 할 때에는 그 사건이 발생한 맥락에서 성차별 문제를 이해하고 양성평등을 실현할 수 있도록 ‘성인지 감수성’을 잃지 않도록 유의하여야 한다. 우리 사회의 가해자 중심의 문화와 인식, 구조 등으로 인하여 성폭행 피해자가 피해사실을 알리고 문제를 삼는 과정에서 오히려 피해자가 부정적인 여론이나 불이익한 처우 및 신분 노출의 피해 등을 입기도 하여 온 점 등에 비추어 보면, 성폭행 피해자의 대처 양상은 피해자의 성정이나 가해자와의 관계 및 구체적인 상황에 따라 다르게 나타날 수밖에 없으므로 개별적, 구체적인 사건에서 피해자가 처하여 있는 특별한 사정을 충분히 고려하지 않은 채 피해자 진술의 증명력을 가법게 배척하는 것은 정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따른 증거판단이라고 볼 수 없다(대법원 2018. 10. 25. 선고 2018도7709 판결)”라고 판시하여 피해자 진술의 신빙성을 판단함에 있어서 ‘성인지 감수성’을 갖도록 하고 있으나, 여전히 폭행·협박이 있었으나 항거 곤란에 이르지 않았거나 항거 곤란을 입증하지 못하는 경우 이를 처벌하지 못하는 공백은 그대로 존재한다.

게 2차 피해가 발생하는 문제점도 발생한다.¹²⁾¹³⁾

이와 관련하여 현재 실무상 가장 문제되는 경우를 살펴보면 ‘가해자, 피해자 두 사람 모두 술에 상당히 취하여 당시 상황에 대하여 기억을 제대로 하지 못하면서도 피해자는 동의하지 않았다고 주장하고 가해자는 합의하에 한 것이라고 주장하는 경우’이다. 이 경우 폭행·협박이 없는 상황이므로 준강간에 해당하는 지가 문제되는데, 이때 피해자가 술에 만취하여 심신상실 또는 항거불능 상태였음이 입증된다면 준강간에 해당되므로 처벌 흠결의 문제는 없을 것이나, 가해자가 ‘피해자가 성관계에 동의하였음에도 알코올로 인하여 블랙아웃 상황에 있어 사후적으로 일부 기억을 하지 못한 것이고, 피해자는 당시 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있지 않았다’고 주장하는 상황에서 ‘심신상실이나 항거불능 상태에 대한 입증이 현실적으로 어려우나, 피해자가 정상적으로 성적 자기결정권을 행사할 수 있는 상황이었다면 가해자와의 성관계에 동의하지 않았을 것이라고 판단되고 거부의 의사표시가 있음이 입증된 경우’에는 준강간으로 처벌할 수 없게 됨에 따라 비동의간음행위에 대한 처벌의 공백이 발생한다.¹⁴⁾¹⁵⁾

12) 이경환(2006), “최협의설 판례평석-92도259”, 『판례바구니운동 그 첫 번째, 최협의설 비판(1)』, 한국성폭력상담소, 16면. ; “이것은 항거가 가능한 상황에서는 강간이라는 것이 성립할 수 없고 자신을 지키려는 여성은 죽을 힘을 다해 저항하는 것이 도리라는 왜곡된 강간 통념 - 은장도로 상징되는 정조관념 -이 반영된 것이다”, 이호중(2006), “성폭력 형법 개정안의 주요 내용과 쟁점”, 성폭력관련 형법 개정안 공청회 발제문, 20면.

13) 피해자가 원하지 않은 성적 행위를 당했을 경우의 대처반응은 피해자의 상태나 가해자와의 관계 및 구체적인 상황에 따라 다르게 나타날 수밖에 없다. 어떤 사람은 적극적으로 구조요청을 하거나 극렬한 저항을 할 수 있지만, 어떤 사람은 극렬하게 저항함으로써 제3자에게 알려지는 것이 두려워 구조요청을 하지 않거나 달리 저항할 수단을 찾지 못하거나 판단력이 부족하거나 당황하여 적절한 대응을 하지 못하는 경우도 있다. 그런데 최협의의 폭행·협박을 요구하게 되면 위험을 무릅쓰고 극렬하게 저항하지 못한 경우에는 강간죄의 피해자라는 사실을 의심받게 되고, 가해자가 합의에 의한 성관계를 주장하면 피해자가 동의가 아닌 최협의의 폭행·협박에 대한 저항행위가 있었음을 입증하여야 하는 상황이 초래되고 이로 인하여 2차 피해가 발생한다.

14) 뉴시스(2016. 7. 4.) “미 여군과 강제 성관계한 카투사 ‘무죄’”, <https://v.daum.net/v/20160704190505757> (검색일: 2022. 10. 25.)
: 주한미군 배속 한국인 사병(카투사)이 미 여군을 강간한 혐의로 기소되었지만 무죄가 선고된 사건에서 객관적인 폭행, 협박이 없었으나 피해자가 성관계 거절의 의사를 표시하고 가해자가 강제로 간음하면서 ‘내가 지금 강간하고 있는 것’이라고 묻는 물음에 ‘그렇다’고 대답하여 전형적인 비동의간음의 사례로 볼 수 있다.

15) 처벌의 필요성이 있음에도 처벌의 흠결이 발생한 실제 사례에 대한 구체적인 내용은, 장다혜, 이경환(2018), 위의 책(주 6), 158-182면 참조.

2) 위력에 의한 권력형 성범죄에 대한 처벌 흠결 문제

권력관계(우월적 지위)를 이용한 지배력에 의한 성적 침해 행위인 ‘권력형 성범죄’는 주로 위력¹⁶⁾을 수단으로 하는데, 현행 성범죄 처벌규정 체계상 위력에 의한 성적 침해 행위를 처벌하는 경우는 피해자가 아동·청소년¹⁷⁾이나 장애인¹⁸⁾ 또는 업무·고용 기타 관계에서 보호·감독을 받는 경우¹⁹⁾ 등으로 한정되어 있을 뿐인바, 이러한 경우 이외에도 사회적 지위 등 권력관계를 이용하여 사실상 영향력(지배력)을 행사하는 관계에서 위력으로 피해자의 의사를 제압하고 성적 침해 행위를 하는 ‘권력형 성범죄’에 대한 처벌 필요성이 있음에도 이를 처벌하지 못하는 공백이 존재한다.²⁰⁾ 성적 자기결정권의 보호라는 관점에서 보면, 저항을 불가능하게 할 정도의 폭행·협박을 요구해야 할 필연적인 이유는 찾아볼 수 없고, 성폭력의 위협에 직면한 많은 피해자들이 구체적인 폭행이나 협박이 아니더라도 가해자의 사회적 지위와 권력적 요소로 인하여 두려움과 공포를 느끼는 사례들이 많다는 점에서 성인을 피해자로 하는 위력에 의한 성범죄도 필요하다.

16) ‘위력’이란 피해자의 성적 자유의사를 제압하기에 충분한 세력으로서 유형적이든 무형적이든 묻지 않으며, 폭행·협박뿐 아니라 행위자의 사회적·경제적·정치적인 지위나 권세를 이용하는 것도 가능하다. 위력으로 써 수행한 것인지 여부는 피해자에 대하여 이루어진 구체적인 행위의 경위 및 태양, 행사한 세력의 내용과 정도, 이용한 행위자의 지위나 권세의 종류, 피해자의 연령, 행위자와 피해자의 이전부터의 관계, 피해자에게 주는 위압감 및 성적 자유의사에 대한 침해의 정도, 범행 당시의 정황 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.(대법원 2019. 6. 13. 선고 2019도3341 판결)

17) 「성폭력처벌법」 제7조 제5항, 「청소년성보호법」 제7조 5항 참조.

18) 「성폭력처벌법」 제6조 제5항, 제6항 참조.

19) 「형법」 제303조 제1항, 「성폭력처벌법」 제10조 제1항 참조.

20) 연합뉴스(2015. 3. 25.), “우월적 지위 이용한 성범죄 4년새 2배 증가”, <https://www.yna.co.kr/view/AKR20150325090600004?input=1179m> (검색일: 2022. 11. 20.)

; 제20대 국회 형법일부개정법률안(의안번호 12507호) 제안 이유 : 업무상 또는 고용관계에 있지 않더라도 상대방의 우월적인 사회적 지위 등에 의해 약자가 성폭력피해를 입더라도 피해자는 사회적으로 매장당할 수 있다는 생각 때문에 피해사실이 외부로 알려지는 경우가 드물었음.(이하 생략)

2. 비접촉(비신체적) 성범죄 문제

1) 디지털 성범죄에 대한 처벌규정의 체계 문제

현행 성범죄 체계는 ‘신체적’ 성폭력범죄를 기본적인 유형으로 하고 있는바, 기본법인 「형법」 제32장의 표제가 ‘강간과 추행의 죄’로 되어 있어 문리해석상 ‘강간’ 또는 ‘추행’ 이외에 현실적으로 일어나는 다양한 성적 자기결정권의 침해 유형을 성범죄로 전부 포함시키지 못하는 한계가 있다.²¹⁾ 그로 인하여 「형법」은 신체적 성폭력만 다루고 있을 뿐 온라인이나 디지털매체를 통한 ‘비접촉(비신체적)’ 성범죄는 다루고 있지 않다.

그러나 최근 정보통신망의 발달과 스마트폰의 대중화 등으로 인하여 텔레그램을 이용한 성착취 사건 등 ‘비접촉(비신체적)’ 성범죄인 ‘디지털 성범죄’로 인한 피해가 큰 사회 문제가 되는 상황이므로 그에 대한 처벌 및 규제방안에 대한 논의는 매우 중요하다. 특히, 최근 코로나19로 인하여 아동·청소년이 인터넷에 접근하는 시간이 늘어나면서 온라인상에서 다양한 형태의 성적 행위를 권유 받거나 강요당하는 사례가 급격히 증가하고 있고,²²⁾ 디지털 성범죄의 경우 짧은 시간 내에 피해가 대량으로 발생하고, 무한정 확산되며, 오프라인에서의 성범죄로까지 이어지는 등의 특징이 있어 디지털 성범죄에 대한 규제는 그 어느 때보다 필요한 시점이다. 그럼에도 현행법상 ‘디지털 성범죄’에 대한 명확한 정의 규정조차 없는 실정이고,²³⁾²⁴⁾ 디지털 성범죄를 기본법인 「형법」에서 전혀 포

21) “1995년 형법 개정으로 ‘정조에 관한 죄’에서 ‘강간과 추행의 죄’로 개정되긴 하였으나, 정조를 보호법익으로 할 당시의 기본적 범죄유형에 대한 설정과 성폭력범죄를 구성하는 요건의 명칭이 그대로 유지되고 있어 사회적 변화에 따른 법해석의 변화가 체계적이고 일관된 형태로 이루어지지 못하는 것이다.”, 장다혜(2019), 위의 글(주 6), 6면.

22) 뉴시스(2022.8.5.), “‘오빠랑 음성 채팅하자’…청소년들 성범죄 위험에 노출된 메타버스”, https://newsis.com/view/?id=NISX20220804_0001968276&cID=10808&pID=10800 (검색일: 2022. 8. 21.)

23) 학계에서는 ‘디지털 성범죄’의 개념에 대하여, “디지털 기기를 이용하여 인격권과 성적 자기결정권을 침해하는 모든 행위”, 장다혜, 김수아(2018), “온라인 성폭력 범죄의 변화에 따른 처벌 및 규제방안”, 연구총서 18-AA-01, 한국형사정책연구원, 50면; “디지털 매체를 활용하여 온라인 공간에서 발생하는 다양한 성적 가해행위를 총칭”, 김진혁(2021), “디지털 성범죄 특성 및 통제시스템 구축방안”, 「한국공안행정학회보」 제86호, 한국공안행정학회, 7면; “컴퓨터와 인터넷 등의 디지털매체를 이용하여 다양한 성범죄를 범함으로써 피해자에게 극심한 정신적 고통을 안기는 모든 범죄를 지칭”, 정원(2021), “디지털 성범죄의 규제에

섭하지 못한 채 문제되는 사건이 발생할 때마다 그때그때 단편적으로 여러 특별법에서 처벌규정을 개정하거나 신설하는 것은²⁵⁾ 성범죄의 처벌규정 체계에 있어서 문제가 아닐 수 없다. 즉 기본법인 「형법」에서 새로운 성범죄를 규율하지 못하고 매번 특별법을 활용함으로써 “발생한 불법과 책임에 맞지 않는 법적 구조가 발생”하는 문제점이 있다.²⁶⁾

2) 메타버스 상 캐릭터(아바타)를 대상으로 하는 비접촉 성범죄 문제

최근 아동·청소년들이 주로 활동하는 메타버스²⁷⁾ 플랫폼에서 캐릭터(아바타)를 대상으로 하는 성적 공격, 언어적 성적 괴롭힘을 포함한 새로운 방식의 비접촉 성범죄가 많이 발생하고 있는바,²⁸⁾ 이러한 현상은 디지털 시대에서 n번

관한 고찰”, 『경희법학』 제56권 제2호, 경희법학연구소, 68면 등 다양한 견해가 있는바, 일반적으로, ‘디지털 기기(매체) 및 정보통신기술을 매개로 온·오프라인 상에서 발생하는 성범죄’를 의미한다. 박수진(2022), “새로운 유형의 디지털 성범죄와 피해자 보호”, 『젠더와 법』, 사단법인 올, 427면.

- 24) 「청소년성보호법」 제25조의2 수사특례 규정(신분비공개수사, 신분위장수사)에서 ‘디지털 성범죄’라는 용어를 사용하고 있으나, 이는 수사특례가 허용되는 일부 범죄를 나열하면서 이를 디지털 성범죄라고 명명하고 있는 것에 불과한바, ‘디지털 성범죄’는 각주 23번에서 정의한 바와 같이 수사특례가 허용되는 범죄에 국한되는 것이 아니어서 향후 용어 사용의 혼선이 예상되므로 성범죄 처벌규정의 재구조화 과정에서 ‘디지털 성범죄’ 자체의 개념 정의가 필요하고 수사특례 규정에서의 디지털 성범죄 용어 사용은 변경되어야 할 것이다.
- 25) 「성폭력처벌법」의 경우, 자의에 의해 스스로 자신을 신체를 촬영한 촬영물이나 복제물이 촬영당사자의 의사에 반하여 유포되었음에도 다른 사람의 신체를 촬영한 촬영물이나 복제물이 아니라는 이유로 무죄가 선고되고 그보다 형이 낮은 음화반포죄 등으로만 처벌이 가능하여 죄질이나 불법의 중대성 등에 비하여 적절한 처벌이 이루어지지 않고 있다는 문제가 제기되자 2018. 12. 18. 법률 제15977호로 일부개정, 텔레그램을 이용한 성착취 사건 등으로 인한 피해가 날로 증가하자 불법 성적 촬영물의 소지·구입·저장·시청에 대한 처벌규정을 신설하는 내용으로 2020. 5. 19. 법률 제17264호로 일부개정, 딥페이크 등으로 인한 피해가 증가하자 법률 제17086호로 2020. 3. 24. 일부개정, 「청소년성보호법」의 경우에도, 아동·청소년에 대한 성착취가 문제되자 법률 제17338호로 2020. 6. 2. 일부개정하여 아동·청소년이용음란물을 ‘아동·청소년성착취물’이라는 용어로 변경, 아동·청소년 대상 ‘온라인 그루밍’의 경우 성착취물의 제작 및 유포에 따른 파급효과가 극심하고 피해의 회복이 어려워지자 법률 제17972호로 2021. 3. 23. 일부개정 등
- 26) 윤덕경(2012), “형사법상 성적 자기결정권 본질 및 성적 자기결정권 보호증진을 위한 입법과제 검토”, 『이화젠더법학』 제4권 제1호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 21면.
- 27) “메타버스(metaverse)는 초월·가상을 의미하는 메타(meta)와 세계·우주를 의미하는 유니버스(universe)를 결합한 합성어이며, 현실을 초월한 가상의 세계를 의미한다.”, 김상균(2020), 『메타버스 : 디지털지구, 뜨는 것들의 세상』, 플랜비디자인, 23면.
- 28) “2018년 한국여성정책연구원에서 전국의 온라인 성폭력 피해자 2,000명을 대상으로 한 실태조사 결과에 따르면, 촬영, 유포협박, 유포·재유포 피해 없이 온라인 성적 괴롭힘만을 경험한 피해자는 전체 2,000명 중 1,648명(82.4%)이고, 촬영 및 유포 등 성적 이미지를 이용한 피해자는 전체 중 352명(17.2%)이었음,

방 같은 디지털 성범죄가 메타버스의 아바타 대상 성범죄로까지 진화하고 있다는 것을 보여주고 있다.²⁹⁾ 그런데, 디지털 시대의 사이버 공간에서 벌어지는 이러한 새로운 형태의 범죄행위는 기존의 「성폭력처벌법」상 카메라등이용촬영죄, 통신매체이용음란죄 등이나 「형법」상 강간죄, 강제추행죄 등 현행 성범죄 처벌법규만으로는 그 행위를 처벌하기 어렵고, 설사 형법상 모욕죄나 명예훼손죄로 규율한다고 하더라도 이 경우 성범죄를 전제로 한 가해자에 대한 보안처분이나 피해자에 대한 지원 등이 전혀 이루어지지 못하는 한계가 존재하여 기존의 성범죄 처벌규정 체계로는 해결하지 못하는 문제점이 발생한다.

이러한 상황에서 메타버스 상에서 범죄가 발생하더라도 그것은 현실이 아닌 가상세계에 불과하므로 형사처벌까지는 필요 없다고 쉽게 단정 짓고 이를 외면해도 되는 것인지, 디지털 시대에서 형사사법이 어떻게 변화하고 기민하게 대응할 것인지에 대하여 깊은 논의가 필요한 시점이다.

메타버스에서 발생하는 범죄행위의 큰 문제점은 그 행위와 그로 인한 피해가 단순히 가상세계 내의 문제 또는 가해 아바타와 피해 아바타의 문제로 그치는 것이 아니라, 아바타를 조종하는 것은 현실세계에 실존하는 인간이고 현재 온라인과 오프라인 공간의 경계가 불분명해지고 있다는 점에서 그 문제들이 현실 세계에까지 이어진다는 것이다. 특히 디지털 성범죄의 경우 오프라인 성범죄와 결합하며 범죄행위가 확대될 수 있고,³⁰⁾ 온라인상의 성적 괴롭힘은 성적 대상화와 성차별적 인식을 노골적으로 표출하며 차별적·혐오적 표현을 지속적·반복적으로 전달하여 피해자에게 극심한 불안감과 공포심을 유발하고, 그로 인하여

사회 변화에 따라 인격성(personhood)이 인정되는 개인의 범위가 온라인상 가상 공간 또는 사적 이미지·물건 등으로 확대되면서 개인이 경험할 수 있는 침해의 범위 또한 신체적 영역에 한정되지 않고 비신체적 영역 등 다양한 양상으로 변화되고 있음”, 법무부 디지털성범죄 전문위원회 제5차 권고 발표 보도자료 참조 : ‘청소년의 메타버스 내 성착취 피해 양상’에 대한 구체적 분석은 허경미(2021), “메타버스 내 청소년 아바타 성착취 처벌 관련 쟁점”, 『소년보호연구』 제34권 제2호, 한국소년정책학회, 278-281면 참조.

29) 업다운뉴스(2022. 7. 13.), “메타버스 시대의 도래 ⑥ : 늘어나는 메타버스 성범죄, 무엇이 문제일까? (上)”, <http://www.updownnews.co.kr/news/articleView.html?idxno=301916> (검색일: 2022. 8. 25.) ; 허경미(2021), 위의 글(주 28), 271면.

30) 예를 들어 온라인상으로 만난 범인과 오프라인상으로까지의 만남으로 이어지면서 성범죄의 피해자가 되거나 물리적인 접촉이 없더라도 온라인 상에서 사진 유출 등의 협박으로 온라인 상으로 성적행위를 하도록 하는 것 등

피해자는 온라인에서의 활동을 제한받거나 현실세계에서의 사람에 대한 신뢰, 일상생활의 안전에 대한 믿음을 상실하는 등의 피해가 발생한다는 점, 사이버 공간의 익명성으로 인하여 타인을 사칭하는 일이 쉽게 발생하고 이로 인해 다수의 피해자가 발생할 수 있다는 점³¹⁾에서 메타버스 내 성범죄 행위에 대한 대응방안을 제대로 마련하는 것은 국민 안전과 피해자 보호의 측면에서 형사정책의 중요한 의제이고, 이는 비단 가해 아바타를 조종하는 사람을 처벌하는 문제에 국한하는 것이 아니라 메타버스 플랫폼 운영자에게도 법적 책임을 물을 수 있을 것인지, 아바타에게 어느 정도의 인격권을 부여할 수 있을 것인지 등 다양한 쟁점들이 제기될 것이다.

3. 실무상 구체적 사건처리에 있어서 법률 적용 문제

현행 성범죄 처벌규정 체계는 앞서 살펴본 바와 같이 「형법」과 다수의 특별법 등으로 매우 혼재되어 있어 같은 사실관계에 대하여 여러 법이 동시에 적용될 수 있어 구체적 사건처리에 있어서 실무상 법률 적용에 혼란을 초래하는 문제가 발생하고 있다. 실무자에게 성범죄 사건을 처리함에 있어 가장 중요한 문제는 가해자의 행위에 대하여 어떠한 형사처벌을 받게 할 것인지, 어떠한 법률(적용법조)을 적용할 것인지를 결정하는 문제이다. 즉 실무가는 행위자가 행한 행위가 형사처벌을 받을 만한 것인지 판단하여야 하고, 형사처벌을 받아야 하는 범죄라면 가해자는 범죄에 상응하는 처벌을 받도록 하고, 피해자는 보호받고 피해를 회복 받도록 하여야 한다. 그런데 앞서 살펴본 바와 같이 현행 성범죄 처벌규정 체계에서는 처벌규정이 없거나 처벌규정이 있더라도 해석상의 최협의설의 한계 등으로 상당히 많은 경우에서 처벌의 가치가 있음에도 처벌을 하지 못하는 처벌의 흠결이 발생하고 있는데, 이에 더하여 처벌규정이 「형법」과 특별법 등으로 매우 혼재되어 있어 같은 사실관계에 대하여 여러 법이 동시에 적용되거나, 특별법에 가중처벌 규정을 두면서 일부 성적 침해행위에 대하

31) 온라인에서의 타인을 사칭하는 사례에 대한 자세한 분석은, 김종구(2021), “메타버스 시대 온라인 타인사칭의 형사법적 함의”, 4차산업혁명 법과 정책 제3권, 4차산업혁명융합법학회 참조.

여는 규율하고 있지 않는³²⁾ 혼란 때문에 실무가들로 하여금 잘못된 판단에 이르게 하는 문제점이 발생하고 있는 것이다.³³⁾ 또한 「형법」의 표제로 인하여 포섭하지 못하는 새로운 성범죄에 대하여 「형법」을 개정하는 것이 아니라 성범죄 처벌규정 체계에 대한 근본적인 고민 없이 특별법을 활용하는 문제와 함께 「형법」 규정으로 해결할 수 있는 사안 조차도 사회적 이슈가 생길 때마다 특별법 상 결합법 등의 가중규정을 뒀으로써 전체적인 범죄체계와 형벌의 불균형이 초래되는 것 또한 문제가 아닐 수 없다.

같은 사실관계에 대하여 여러 법이 동시에 적용되는 경우의 검찰실무를 살펴보면, 특정 범죄행위에 대해 「형법」상의 죄와 「청소년성보호법」위반죄, 「성폭력처벌법」위반죄가 모두 성립할 경우 법정형을 비교하여 법정형이 중한 죄명으로 의율하여 기소하는 것이 일반적이다.³⁴⁾ 다만, 예외적으로 친족관계인 사람이 아동·청소년을 강간한 경우와 같이 형이 경한 죄의 법정형 하한이 형이 중한 죄의 법정형 하한보다 높을 때에는 양죄의 상상적 경합범으로 의율하여 처단형의 하한의 형이 경한 죄의 법정형 하한과 일치하도록 하고 있다. 위 예에서 성폭력처벌법위반(친족관계에의한강간)죄는 법정형이 7년 이상의 유기징역이고(제5조 제1항), 청소년성보호법위반(강간)죄는 법정형이 무기징역 또는 5년 이상의 유기징역이므로(제7조 제1항) 양 죄의 상상적 경합범으로 의율하고, 이때 법원이 유기징역형을 선택할 경우 처단형의 범위는 징역 7년에서 30년이 되는 것이다. 그러나 이것은 실무상에서의 일반적인 기준일 뿐이어서 사건을 담당하는 실무가의 역량에 따라, 「형사소송법」상의 기소독점주의와 기소편의주의³⁵⁾

32) 예를 들어 「성폭력처벌법」은 주거침입을 한 자가 성범죄를 저지른 경우의 가중처벌 규정으로서 제3조에서 행위유형의 하나로 유사강간을 규정하였으나, 위험한 물건을 지니거나 2인 이상이 성범죄를 저지른 경우의 가중처벌 규정으로서 제4조에서는 유사강간을 규정하고 있지 않다.

33) mbn 뉴스(2017. 11. 11.), “조두순 사건 처리·처벌 수위 적정했나...잘못된 법 적용, 곳곳에 아쉬움”, <https://www.mbn.co.kr/news/society/3384818> (검색일: 2022. 11. 15.)

34) 예를 들어, 13세 이상 아동·청소년인 장애인을 준강간한 경우, 「성폭력처벌법」 제6조 제4항과 「청소년성보호법」 제7조 제4항에 모두 해당되나, 전자의 법정형은 무기 또는 7년 이상의 징역, 후자의 법정형은 무기 또는 5년 이상의 유기징역이므로 법정형이 더 중한 「성폭력처벌법」을 적용하여 기소한다.

35) 「형사소송법」상의 공소제기의 기본원칙으로서, 기소독점주의는 공소제기의 권한을 국가기관인 검사만이 갖는 것을 말하고(「형사소송법」 제246조), 기소편의주의는 검사의 공소권 행사에 있어서의 재량을 인정하는 것을 말한다(「형사소송법」 제247조).

에 의하여 처벌규정이 달라질 수 있는 문제점은 여전히 존재하는바, 처벌규정 체계 자체의 재구조화를 통해 이러한 혼란이 발생하지 않도록 할 필요가 있다.

4. 소결

위와 같은 문제점을 해결하기 위하여는 결국 성범죄의 본질(보호법익)이 무엇인지를 바탕으로 성범죄의 개념을 「형법」과 특별법에서 통일적으로 규정하면서 성범죄의 처벌규정 체계를 재구조화함으로써 가해자가 행위한 불법(성범죄)에 상응하는 책임(처벌)을 지도록 하는 것이 필요하다. 즉 어떠한 행위(범죄)를 얼마나 처벌할 것인지는 결국 ‘그 행위로 인한 피해를 보호할 가치가 있는 것인지’에서부터 출발하여야 할 것이므로 어떤 행위를 성범죄로 보고 형사처벌할 것인지 여부(성범죄의 개념 및 처벌규정 체계의 정립)는 성범죄의 본질(보호법익)이 무엇인가, 그 보호법익을 얼마나 침해하였는가에서 결정하여야 하는 것이다.

아래에서는 성범죄의 개념과 보호법익에 대한 한국의 현황 및 성범죄에 대한 외국 입법례를 비동의간음죄 존재 여부 등을 중심으로 살펴본 다음 성범죄의 본질(성적자기결정권의 의미)이 무엇인지를 바탕으로 바람직한 성범죄의 개념을 정립하도록 한다.

Ⅲ. 성범죄의 본질(보호법익)과 개념

1. 성범죄의 개념과 보호법익에 대한 한국의 현황

1) 성범죄 개념에 대한 법규정 현황

현행 성범죄 처벌규정의 기본법인 「형법」과 특별법에서는 ‘성범죄’, ‘성폭력 범죄’의 개념에 대한 정의 규정이 전혀 없다. 「성폭력처벌법」과 「청소년성보호법」 제2조에 ‘성폭력범죄’, ‘아동청소년 대상 성범죄’ 등에 대한 정의 규정이 있

www.kci.go.kr

긴 하나, 이는 성범죄, 성폭력범죄에 대한 개념을 정의하는 것이 아니라 법령에 규정되어 있는 개별 범죄를 나열하고 있는 것에 불과하다. 이로 인하여 사회의 변화에 따라 새롭게 등장하는 성적 침해 행위에 대하여 이를 성범죄로 형사처벌 할 것인지에 대한 기준이 전혀 없고 사회적 문제로 대두될 때마다 단편적인 입법으로 해결하는 문제가 발생하는 것이다.

2) 성범죄 보호법익에 대한 실무 현황

성범죄의 보호법익은 성적 자기결정권이다. 대법원은 “형법은 제2편 제32장에서 ‘강간과 추행의 죄’를 규정하고 있는데, 이 장에 규정된 죄는 모두 개인의 성적 자유 또는 성적 자기결정권을 침해하는 것을 내용으로 한다.”³⁶⁾라고 판시하고 있다.

성적 자기결정권의 의미에 대하여, 헌법재판소는 “각인 스스로 선택한 인생관 등을 바탕으로 사회공동체 안에서 각자가 독자적으로 성적 관(觀)을 확립하고, 이에 따라 사생활의 영역에서 자기 스스로 내린 성적 결정에 따라 자기책임 하에 상대방을 선택하고 성관계를 가질 권리를 의미한다”고 판시하면서 “인격권 및 행복추구권, 사생활의 비밀과 자유는 타인의 간섭을 받지 아니하고 누구나 자기운명을 스스로 결정할 수 있는 권리를 전제로 하는 것으로서 이러한 권리 내용 중 성적 자기결정권이 포함된다”라고 판시하고 있다.³⁷⁾ 대법원 역시 “‘성적 자유’는 적극적으로 성행위를 할 수 있는 자유가 아니라 소극적으로 원치 않는 성행위를 하지 않을 자유를 말하고, ‘성적 자기결정권’은 성행위를 할 것인가 여부, 성행위를 할 때 상대방을 누구로 할 것인가 여부, 성행위의 방법 등을 스스로 결정할 수 있는 권리를 의미한다.”³⁸⁾, “성적 자기결정권은 스스로 선택한 인생관 등을 바탕으로 사회공동체 안에서 각자가 독자적으로 성적 관념을 확립하고 이에 따라 사생활의 영역에서 자기 스스로 내린 성적 결정에 따라

36) 대법원 2019. 6. 13. 선고 2019도3341 판결

37) 헌법재판소 2002. 10. 31. 선고 99헌바40 결정

38) 대법원 2019. 6. 13. 선고 2019도3341 판결

자기책임 하에 상대방을 선택하고 성관계를 가질 권리로 이해된다. 여기에는 자신이 하고자 하는 성행위를 결정할 권리라는 적극적 측면과 함께 원치 않는 성행위를 거부할 권리라는 소극적 측면이 함께 존재하는데, 강간과 추행의 죄는 소극적 성적 자기결정권을 침해하는 것을 내용으로 한다.”³⁹⁾⁴⁰⁾라고 판시하고 있다.

2. 성범죄에 대한 외국 입법례

1) 독일

독일은 구 형법 제177조에서 ‘성적강요 ; 강간’이라는 표제로 유형력 또는 강요를 행위수단으로 한정하여 성적 자기결정을 침해하는 범죄를 규정하였으나, 이러한 규정 형태로 인하여 성적 자기결정을 침해하는 행위들이 발생하였음에도 이를 처벌하지 못하는 문제가 발생하자⁴¹⁾ 2016년 11월 10일 ‘성적 침해’를 표제로 비동의간음죄를 성범죄의 기본적 구성요건으로 하는 내용으로 형법을 개정하였다.⁴²⁾ 즉 ‘타인의 인식가능한 의사에 반하여 이루어진 성적 행위’를 성범죄의 기본적 구성요건으로 하고, 피해자의 장애 여부와 상관 없이 거부 의사표시가 객관적으로 기대 불가능한 상황을 성적 침해로 포섭함으로써 동의

39) 대법원 2020. 10. 29. 선고 2018도16466 판결 : 아동·청소년은 성적 가치관을 형성하고 성 건강을 완성해 가는 과정에 있으므로 아동·청소년에 대한 성적 침해 또는 착취행위는 아동·청소년이 성과 관련한 정신적·신체적 건강을 추구하고 자율적 인격을 형성·발전시키는 데에 심각하고 지속적인 부정적 영향을 미칠 수 있다. 따라서 아동·청소년이 외관상 성적 결정 또는 동의로 보이는 언동을 하였더라도, 그것이 타인의 기망이나 왜곡된 신뢰관계의 이용에 의한 것이라면, 이를 아동·청소년의 온전한 성적 자기결정권의 행사에 의한 것이라고 평가하기 어렵다.

40) 대법원 2021. 2. 4. 선고 2018도9781 판결 : 형법 제299조의 준강제추행죄는 정신적·신체적 사정으로 인하여 성적인 자기방어를 할 수 없는 사람의 성적 자기결정권을 보호해 주는 것을 보호법익으로 하며, 그 성적 자기결정권은 원치 않는 성적 관계를 거부할 권리라는 소극적 측면을 말한다.

41) 2012년 2명의 남성이 성행위 동영상을 유포하여 피해 여성이 악물이용과 강간으로 고소하였는데 그 동영상에는 폭행의 상황은 없었으나 상대방 여성이 성행위에 대하여 ‘그만해’, ‘안돼’라고 말하는 것이 담겨있음에도 구 형법상 동의없는 성적 침해 행위를 성범죄로 규정하지 아니하여 피해여성이 오히려 위증죄로 처벌받게 된 사건이 발생하자 법개정을 위한 캠페인이 일어났다. 장다혜, 이경환(2018), 위의 책(주 6), 81면. ; 2016년 신년행사 때 쾰른에서는 난민들에 의한 집단 성폭행 사건이 발생하였다. 한겨레(2016. 1. 6.) “쾰른 1000명 집단 성폭력 사건…충격에 빠진 독일”, <https://www.hani.co.kr/arti/international/europe/724905.html> (검색일: 2022. 12. 15.)

42) 개정된 독일형법 제177조의 자세한 규정 내용은, 장다혜, 이경환(2018), 위의 책(주 6), 89면 참조.

를 중심으로 성범죄를 개념화 하였다.⁴³⁾

2) 영국

영국은 기존의 성범죄법으로는 변화하는 성범죄를 처벌하지 못하는 문제가 발생하자 처벌되지 못한 성적 행위들을 새로이 범죄로 규정하고 동의와 관련한 법률의 명확성을 확보하면서 동의 없는 성적 행위로부터 모든 사람을 동등하게 보호할 수 있는 형법체계를 구축하기 위하여 전면적인 개정을 추진한 결과 2003년 11월 20일 성범죄법이 개정되었다.⁴⁴⁾

2003년 성범죄법(Sexual Offences Act 2003)은 143개의 조문과 7개의 부칙으로 구성되어 있는바, 기본적 구성요건은 제1조의 강간, 제2조의 삽입에 의한 폭행, 제3조의 성적 폭행, 제4조의 동의없이 성적 행위를 시키는 것으로 모두 비동의를 기본으로 하고 있다.⁴⁵⁾ 이 법의 취지는 동의능력이 있는 자에 대해 동의 없는 성적 행위의 다양한 유형을 비동의 범죄로 구축하는 것으로, 동의 없는 성적 행위의 유형은 강간, 삽입폭행, 성적폭행, 성적 행위를 하도록 하는 행위로 나누어지고 여기에 포섭되지 않는 행위는 비동의 범죄를 저지르기 위한 목적의 약물 및 기타 물질 투여행위 내지 성범죄를 저지르기 위한 의도로 저지른 다른 범죄행위로 규정한다.⁴⁶⁾ 또한 동의의 개념(제74조), 동의의 결여에 대한 증거의 추정(제75조), 동의의 결여에 대한 결과의 추정(제76조)을 명문화하고 있고, 위 동의 추정 규정이 적용되는 행위를 강간, 삽입폭행, 성적폭행, 동의없는 성적행위를 하도록 하는 행위로 규정함(제77조)으로써 친밀한 성적행위는 오직 양당사자의 동의에 의해 이루어져야 한다는 점을 명확히 밝히고, 성폭력범죄의 기본 개념은 동의없는 성적행위이며, 범죄자가 동의없음을 알면서 성적 행위를 하려는 경우나 동의 여부를 전혀 고려하지 않은 경우를 범죄화하였다.⁴⁷⁾

43) 장다혜, 이경환(2018), 위의 책(주 6), 111면.

44) 장다혜, 이경환(2018), 위의 책(주 6), 125면.

45) 영국 2003년 성범죄법 제1조 내지 제4조의 자세한 규정 내용은, 장다혜, 이경환(2018), 위의 책(주 6), 127-132면 참조.

46) 장다혜, 이경환(2018), 위의 책(주 6), 126면.

47) 장다혜, 이경환(2018), 위의 책(주 6), 123-124면.

3) 프랑스

프랑스는 성범죄를 모두 형법에서 규율하고 있는바, 성범죄는 개인적 성적활동과 성풍속에 대한 침해⁴⁸⁾로 분류되고, 개인적 성적활동은 다시 신체적 접촉을 요하는 성범죄와 신체적 접촉을 요하지 않는 성범죄로 분류되며, 신체적 접촉을 요하는 광의의 성적침해는 다시 성폭력과 협박의 성적침해로 분류된다. 프랑스 형법에 규정된 성폭력은 폭행·협박·위력·위계에 의하여 범해진 모든 성적침해를 말하고, 성적침해는 형법전에 특별한 정의 규정은 없으나 학설과 판례에 의하여 강제 수반 여부를 불문하고 신체적 접촉이 수반되는 모든 성적범죄를 지칭하는 광의의 개념으로 사용되며, 협박의 성적침해는 성폭력을 제외한 미성년자를 대상으로 하는 성적 성격의 범죄를 말한다. 신체적 접촉을 요하지 않는 성범죄에는 성적괴롭힘죄, 성적협박죄, 성적모욕죄 등이 있다.⁴⁹⁾

프랑스의 성범죄 규율 체계는 독일이나 영국처럼 비동의간음죄를 도입한 것은 아니나, 개인적 성적 활동과 관련된 성범죄에 신체적 접촉을 요하지 않는 성범죄(예를 들어 언어적 성적 침해행위)까지 규율하고 있고, 신체적 접촉을 요하는 성범죄의 경우에도 광의의 성적 침해 행위 개념을 사용하고 있으며, 가중사유에 대한 규정 방식도 특별법을 사용하는 한국과 달리 기본범죄에 대한 가중사유들을 하나의 조문에 통합하여 규정하는 방식을 취하고 있다⁵⁰⁾는 점을 특징으로 한다.

4) 미국

미국은 주에 따라 성범죄 처벌에 차이가 있긴 하나, 동의 없음(without consent)을 성범죄의 성립요건으로 하고 있는 것은 공통적인바, 뉴욕 주는 모든 성범죄에 대하여 해당 성행위가 피해자의 동의 없이 이루어졌음을 요건으로

48) 성매수죄 등과 미성년을 대상으로 하는 성착취죄, 아동포르노그래피의 촬영, 전송, 열람, 소지죄 등이 있다.

49) 프랑스 성범죄 체계와 그 내용에 대한 구체적인 내용은, 김택수(2021), “프랑스 성범죄 체계와 중요 성범죄에 관한 고찰”, 『경찰법연구』 제19권 제3호, 경찰법학회, 104-111면 참조.

50) 김택수(2021), 위의 글(주 49), 109면.

규정하고 있고, 캘리포니아 주는 동의 없이 자신의 배우자 아닌 사람을 간음하는 경우 처벌하는데 여기서 동의라는 것은 피해자가 자유롭게, 자발적으로, 그리고 문제된 행위의 성질을 알면서 행동이나 태도로 자유의지에 따라 적극적으로 협력하는 것을 말하며, 플로리다 주는 동의는 지각 있고 의식적이고 자발적이어야 한다고 규정하고, 위스콘신 주는 동의는 판단능력이 있는 자가 말이나 분명한 행동으로 자유롭게 승낙하는 것을 말한다고 규정한다.⁵¹⁾

3. 성범죄의 개념 정립 - 성적 자기결정권의 의미

앞에서 살펴본 바와 같이 성범죄의 보호법익은 성적 자기결정권인바, 어떠한 성적 침해 행위를 형사처벌의 대상으로 삼을 것인지와 관련하여 성범죄의 개념을 정립하기 위하여는 먼저 성적 자기결정권의 의미에 대하여 살펴볼 필요가 있다.

성범죄의 보호법익으로서의 성적 자기결정권의 의미에 대한 선행연구를 살펴보면, 다음과 같다.

이호중(2005)은 “형법에서 성적 자기결정권이라는 법익은 자유주의적 관점과는 다르게 구성되어야 한다. 성적 자기결정권은 추상적인 개인의 권리로서 성중립적인 방식으로만 이해되어서는 안 된다. 성관계로 맺어지는 남성과 여성이 그 성관계의 상호작용 속에서 향유하는 성적 자기결정권의 가치는 결코 동일하지 않다. 성적 자기결정권은 개인의 인격 및 성적 정체성과 연관된 사적 자율성의 영역에 속하지만, 그것은 동시에 사회적인 관계 속에서 구성되는 것이며 따라서 성적 욕망과 자기결정권은 일상적으로 작용하는 다양한 권력관계, 특히 성별로 구조화된 권력관계로부터 항상 부당한 해석적 권력에 노출되어 있다(여성의 언어는 남성의 성적 욕망의 언어로 해석된다). 이로부터 성적 자기결정권은 적극적인 차원에서는 성적 욕망을 자유롭게 발현할 권리이며, 소극적인 차원에서는 원치 않는 성적 관계와 행위를 강요당하지 않을 권리를 포괄할 뿐만 아니라, 상호주관적인 의사소통의 맥락에서 그것은 성적 욕망의 다름을 상호 인정하는 민주주의적 의사소통규칙으로 이해되어야 한다. 그렇기 때문에 성적 자기결정의 자유는 폭행이나 협박과

51) 미국의 성범죄에 대한 자세한 내용은, 김태명(2018), 위의 글(주 6), 151-154면 참조.

같은 강제력의 행사에 의해서만 침해되는 것이 아니라, 다양한 성적 관계에 있는 개인들 간의 관계에서 성적 욕망에 관한 해석이 공유되지 않음으로써도 침해될 수 있다.”⁵²⁾ 박혜진(2009)은 “성적 자기결정권은 ‘개인의 인격과 결부된 성의 완전성의 침해’로 재구성해 볼 수 있고, 성범죄의 보호법익으로서의 성적 자기결정권을 ‘개인의 신체적·정신적 정체성’ 내지 ‘성의 완전성’으로 이해하게 되면, 성범죄와 ‘폭속 혹은 높은 도덕성’과의 완전한 분리가 가능하고, 성범죄들은 폭력이나 강제, 위협 또는 기망 등의 구성요건적 요소에 의해 성적 자기결정권이 침해되는 행위로 재정의될 수 있고, 이러한 작업과 동시에 성적 자기결정권의 침해 정도와 방법에 따른 범죄의 서열화 작업이나 성범죄의 포섭화 여부에 대한 법적 성찰이 뒤따라야 한다.”⁵³⁾ 윤덕경(2012)은 “형법상 성폭력범죄는 소극적 측면에서의 성적 자기결정권의 문제로서 방어하고 배제할 권리, 어느 누구와도, 어느 때에도, 어느 이유에서라도, 아무 이유 없이도 성행위를 거부할 수 있는 자유에 관한 것이다.”⁵⁴⁾ 박성민(2013)은 “성적 자기결정권은 성적 의사결정의 자유와 성적 행동의 자유이고, 우리가 보호하고자 하는 성적 자기결정권은 적극적 의미의 성적 자기결정권이 아닌 소극적 의미이다”⁵⁵⁾, 김한균(2018)은 “형법이 보호하려는 성적 자기결정권은 자신이 원하지 않을 때 타인과의 성관계를 강요받지 않을 소극적 자유를 뜻하므로 각자의 성적 자기결정에 기한 합의의무에 반할 때 양방 당사자 모두 간음을 포함한 성적 행동에 참여하고 개시하였다 하더라도 자기결정권에 따라 참여결정을 언제나, 일시적으로, 또는 특정행동에 대하여 철회할 수 있을 것이며, 비동의의 간음죄의 가행행위는 바로 합의의무를 침해하고 참여결정 철회의사도 침해하는 행위라고 할 것이다.”⁵⁶⁾ 소은영(2019)은, “성적 자기결정권의 주체는 차이가 있고 평등하지 않은 사회적 관계 속에서 동등한 구체적인 개인으로 상정되고, 성적 자기결정권의 내용도 성행위로서의 성뿐만 아니라 성적 지향, 성별 정체성을 토대로 한 성의 실천을 위한 다양한 층위의 다양한 행위를 포함하며, 차이를 갖는 동등한 개인이 각자의 성적 자기결정권을 행사함에 있어 타인을 성적 대상화하지

52) 이호중(2005), “성폭력 처벌규정에 대한 비판적 고찰 및 재구성”, 『형사정책』 제17권 제2호, 한국형사정책학회, 86면.

53) 박혜진(2009), “형법상 성적 자기결정권 개념에 대한 성찰”, 『형사법연구』 제21권 제3호, 한국형사법학회, 249면.

54) 윤덕경(2012), 위의 글(주 26), 31면.

55) 박성민(2013), “개정형법상 성적자기결정권의 의미와 보호의 실제”, 『성균관법학』 제25권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 133-134면.

56) 김한균(2018), “비동의의 간음죄 입법론의 비판적 검토”, 『형사법의 신동향』 통권 제59호, 대검찰청, 430면.

않고 타인의 성적 자기결정권을 인정하고 존중하면서 자신의 권리를 행사하여야 한다”⁵⁷⁾, 조현욱, 홍완식, 김승태(2021)는 “성적 자기결정의 자유는 모든 관련법 영역에서 기본권의 적극적 보장이라는 측면을 가지지만, 형법상 성폭력범죄의 보호법익으로서 성적 자기결정의 자유는 타인의 성적 행위로부터의 소극적 자유를 의미하는 것으로 해석되어지고 있는데, 기본권으로 보장받는 성적 자기결정권이라는 헌법적 가치가 형법에서 규정하고 있는 성폭력범죄의 보호법익으로 자리 잡은 것으로 보게 되면 타인의 성적 행위로부터의 소극적 자유뿐만 아니라 헌법 제10조에 근거를 둔 적극적인 성적 행위의 자유(성적 주체로서 성적 자기결정권을 행사할 자유 및 이를 방해받지 않을 권리)도 포함한다고 해석하는 것이 합리적이다.”⁵⁸⁾

‘성범죄의 보호법익으로서의 성적 자기결정권’의 의미를 규명하기 위하여는, 먼저 성적 자기결정권이 기본권이라는 점에서 ‘성적 자기결정권의 헌법상의 근거’에서 출발해야 하는 바, 성적 자기결정권의 헌법상의 중요한 근거는 일반적인 인격권의 근거조항인 「헌법」 제10조의 ‘인간의 존엄과 가치’이다.⁵⁹⁾ 헌법재판소는 「헌법」 제10조에서의 인간상에 대하여 “자기결정권을 지닌 창의적이고 성숙한 개체로서 자신이 스스로 선택한 인생관·사회관을 바탕으로 사회공동체 안에서 각자의 생활을 자신의 책임 아래 스스로 결정하고 형성하고”,⁶⁰⁾ “공동체에 구속되어 있긴 하나 자신의 고유가치를 훼손당하지 아니하고 개인과 공동체의 상호연관 속에서 균형을 잡고 있는 인격체”⁶¹⁾라고 판시하고 있는바, 이는 “누구나 자신과 타인을 동등하게 목적으로 생각하며 행동하여야 하고”⁶²⁾, ‘타인을 대상화 하여서는 안 된다’는 것을 말한다. 이에 따라 헌법상의 기본권으로서의 성적 자기결정권은 각 개인이 성에 관하여 국가권력(공권력)의 간섭 없이

57) 소은영(2019), “헌법상 성적 자기결정권의 의미에 관한 재검토”, 『이화젠더법학』 제11권 제3호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 42면.

58) 조현욱, 홍완식, 김승태(2021), “성적 자기결정권의 헌법적 함의 - 성폭력범죄의 판단기준인 성인지 감수성을 중심으로 -”, 『가천법학』 제14권 제1호, 가천대학교 법학연구소, 172면.

59) 성적 자기결정권의 헌법상 근거에 대한 학설 대립 및 헌법재판소 결정례의 구체적인 내용은, 소은영(2019), 위의 글(주 57), 46-49면 참조.

60) 헌법재판소 2006. 2. 23. 선고 2004헌바80 결정

61) 헌법재판소 2003. 10. 30. 선고 2002헌마518 결정

62) 소은영(2019), 위의 글(주 57), 54면.

스스로 자유롭게 결정할 수 있는 권리로서⁶³⁾ 원하는 성적 행위를 스스로 결정한다는 적극적 측면과 원하지 않는 성적 행위를 거부할 수 있다는 소극적 측면을 모두 포함한다.⁶⁴⁾

그렇다면 성범죄의 보호법익이 성적 자기결정권이라는 점에 대하여 학계와 실무에서 이견이 없는 이 시점에서는, 위와 같이 「헌법」 제10조에 근거를 둔 기본권으로서의 성적 자기결정권이 형사법의 영역에서 성범죄의 보호법익으로서 자리매김하고 있다는 바로 이 지점 위에서 성범죄의 개념을 새로이 정립해야 한다.

따라서 ‘성범죄의 보호법익으로서의 성적 자기결정권’이란 단순히 소극적으로 원치 않는 성행위를 하지 않을 권리만을 의미하는 것이 아니라 이에 더하여 ‘인격권의 주체로서 스스로 선택한 인생관·사회관 등을 토대로 개인과 공동체의 상호연관 속에서 확립한 독자적인 성적 관념을 바탕으로 성적 행위를 할 권리’라고 적극적으로 이해해야 하고, 이러한 성적 자기결정권을 행사함에 있어서는 ‘자신과 타인을 동등한 존재로 여기며 성적으로 존중해야 하고, 상대방을 성적 대상화하여서는 안 되는 것’으로 해석해야 한다. 성적 자기결정권을 이와 같이 해석한다면 성범죄의 개념을 ‘독자적인 성적 관념을 바탕으로 성적 행위를 할 권리를 침해하는 범죄’, ‘타인을 성적 대상화하여 성적 자기결정권을 침해하는 범죄’라고 정의 내릴 수 있을 것이다. 성적 행위를 함에 있어서 상대방의 거부의 의사표시는 사력을 다하는 저항으로 나타나지 않더라도 그대로 존중되어야 하고, 한걸음 더 나아가 성적 행위가 이루어지는 동안 상대방을 대상화하는 것이 아니라 그 성적 행위에 대하여 상대방의 의사를 적극적으로 확인하고 존중하는 주고받음이 반드시 필요하다.

이와 같이 성범죄를 정의하고 이를 바탕으로 성범죄 처벌규정 체계를 재구조화 한다면 앞에서 살펴본 처벌의 흠결 문제, 단편적 법개정으로 인한 성범죄의 처벌규정 체계의 혼란과 형벌의 불균형 문제 등을 해결할 수 있을 것이라 판단된다.⁶⁵⁾

63) 김종일(2021), “헌법상 성적 자기결정권에 관한 검토”, 『헌법학연구』 제27권 제3호, 한국헌법학회, 84면.

64) 소은영(2019), 위의 글(주 57), 45면.

다만 여기에서 간과해서는 안 되는 중요한 지점은 각각의 인간 앞에 놓여 있는 사회적·구조적 상황과 맥락을 전혀 고려하지 않은 채 사적 영역이라는 전제 하에 성적 행위를 할 권리를 모두 동일하게 행사할 수 있다고 생각해서는 안 된다는 점이다. 이와 관련하여 “섹슈얼리티와 관련된 성적 자기결정권은 성별로 구조화된 권력관계로부터 항상 부당한 해석적 권력에 노출되어 있다”는 이호중의 견해나, “성적 자기결정권에 ‘성행위 여부 및 그 상대방을 결정할 권리’로 이해하는 헌법재판소 결정은 성적 자기결정권의 향유 및 행사의 국면에서 섹슈얼리티를 둘러싼 젠더권력관계를 간과하였고, 성적 자기결정권의 내용은 다양한 층위에 걸쳐 있음에도 그 내용을 성행위에 관련된 것으로만 협소하게 이해했다”는 소은영의 비판⁶⁶⁾은 시사하는 바가 크다. 이 지점은 특히 권력형 성범죄를 규율하는데 있어서 반드시 필요하다.⁶⁷⁾

65) 이에 대하여 위와 같이 성범죄의 개념을 파악하면 성범죄의 범위가 너무 확대될 것(과잉형벌화)이라는 비판이 제기될 수 있으나, 최협의 폭행으로 인한 강간이나 폭행이 없는 비동의에 의한 간음이나 모두 인격권의 주체로서 성적 자기결정권이 침해되었다는 측면에서 동일하고, 성범죄의 피해는 신체적 피해 뿐 아니라 심리적으로 느끼는 불쾌감, 공포, 두려움을 포함하는 것이므로 피해자가 느끼는 고통의 정도, 자존감의 상실, 인간에 대한 신뢰의 상실로 인한 피해의 정도는 전혀 다르지 않다는 점, 다른 범죄구성요건과 비교하여 볼 때 예를 들어 사유재산권에 대해서 형사법은 폭행·협박에 의한 공갈이나 강도는 물론이고 동의 없는 사소한 절취행위까지 예외 없이 형벌권의 보호범위에 포섭시키고 있는 것과 비교하여 볼 때 성적 자기결정권에 대해서는 폭행이나 협박과 같은 강제수단이 행사되지 않았다는 이유만으로 동의 없는 성적 행동에 대한 형사법의 보호를 포기하는 것이 과연 정당화될 수 있는가 의문인 점, 형벌권의 개입을 최소화해야 한다는 형법의 보충성 원칙은 권력적 요소가 차단된 개인 간의 의사소통으로 갈등해결이 가능하다는 전제에서만 유효한 것이라는 점 등에 비추어 보면 오히려 처벌의 흠결, 즉 다른 법익에 비하여 상대적으로 보호받지 못했던 성적 자기결정권의 보호의 흠결을 해결하는 것이 더 중요하다고 판단된다. : 처벌의 필요성이 있음에도 처벌의 흠결이 발생한 실제 사례에 대한 구체적인 내용은, 장다혜, 이경환(2018), 앞의 책(주 6), 158-182면 참조.

66) 비판에 대한 자세한 내용은, 소은영(2019), 위의 글(주 57), 49-52면 참조.

67) 한국성폭력상담소는 성폭력을 다음과 같이 정의한다. : “성폭력이란 상대를 성적으로 존중하고 상대가 처한 조건과 맥락을 고려하여 몸과 마음이 통합된 존재로 바라보는 성적 통합성(integrity)을 침해하는 행위로 인식되기를 제한합니다. 이를 통해 성폭력을 피해의 경중, 물리적 증거 여부, 피해자 책임의 문제가 아닌 관계적이고 상호적인 개념으로 바라보고, 사회적 권력 관계 속에서 성폭력이 발생하는 구조에 주목하고자 합니다. (중략) 많은 성폭력은 가해자-피해자의 권력관계와 밀접한 연관이 있는데 이는 권력자가 자신의 권력을 확인하고 사회적 약자를 차별하는 수단으로 성폭력을 이용하기 때문입니다. 특히 한국사회는 수직적인 상하관계와 위계가 강해, 가족, 직장, 군대 등에서 지배와 순응을 내면화하고 서열에 따르도록 교육받습니다. 이러한 위치에 있을 때 개인들은 자유로운 의사표현을 할 수 없고 수평적 관계를 맺기 어려우며 성폭력이 발생해도 문제제기하기가 어렵습니다. 이렇듯 성폭력은 우리의 일상과 맞닿아 있으며 일부 ‘괴물’의 일탈적인 행동이 아닙니다. 우리 모두 한국사회의 성문화와 자기자신을 성찰하고, 타인을 존중하며 의사소통하는 노력을 기울이는 것이 필요합니다.”, 한국성폭력상담소 홈페이지 ‘성폭력의 개념’ 참조 <https://www.sisters.or.kr/consult/tab1> (검색일: 2022. 11. 25.)

4. 소결

앞서 살펴보았던 현행 성범죄 처벌규정 체계로 인한 많은 문제점을 해결하기 위하여는 성범죄의 처벌규정 체계를 재구조화 하여야 하고, 재구조화의 내용은 ‘마땅히 처벌해야 하는 성적 침해 행위(마땅히 보호해야 하는 피해 내용)’를 성범죄로 규율하는 것이다. 이는 성범죄의 보호법익으로서의 성적 자기결정권의 의미와 성범죄의 개념을 바탕으로 이루어져야 하는 것인바, 성범죄의 개념을 ‘독자적인 성적 관념을 바탕으로 성적 행위를 할 권리를 침해하는 범죄’, ‘타인을 성적 대상화하여 성적 자기결정권을 침해하는 범죄’라고 정의하였다. 이에 이하에서는 이러한 성범죄의 개념을 바탕으로 성범죄의 처벌규정 체계를 재구조화하는 구체적인 방안에 대하여 살펴보도록 한다.

IV. 현행 성범죄 처벌규정 체계의 재구조화 방안

1. 비동의간음죄 도입을 통한 성적 자기결정권 보호에 부합하는 처벌 규정 체계 마련

성범죄의 보호법익으로서의 성적 자기결정권을 적극적으로 해석하고, 이를 바탕으로 성범죄의 개념을 ‘독자적인 성적 관념을 바탕으로 성적 행위를 할 권리로서의 성적 자기결정권을 침해하는 범죄’, ‘타인을 성적 대상화하여 성적 자기결정권을 침해하는 범죄’라고 정의한다면, 반드시 강제력을 수반하지 않더라도 상대방의 동의 없는(의사에 반한) 성적 행위는 곧 성적 자기결정권의 침해인 것이므로 논리 필연적으로 비동의간음행위는 성범죄로 인정된다.⁶⁸⁾ 따라서 성

68) ‘비동의’의 개념 및 기준으로는 ‘No means no rule(소극적 동의 기준)’과 ‘Yes means yes rule(적극적 동의 기준)’이 있는데, 성적 자기결정권을 위와 같이 적극적으로 해석하는 경우 비동의의 개념을 단순히 상대방의 거부의 의사표시가 있음에도 성적 행위로 나아간 경우로 국한할 것이 아니라 그 성적 행위에 대하여 상대방의 의사를 적극적으로 확인하고 존중하는 주고받음이 필요하므로 승낙의 의사표시가 없었음에도 성적 행위로 나아가는 것으로 보아야 할 것이다. 비동의 개념을 이와 같이 적극적으로 본다면 실무에서 행위자가 피해자의 적극적인 동의를 얻지 못하였음에도 피해자 태도의 불분명을 내세워 고의를 부정하는 주장을 하는

적 자기결정권을 침해하는 범죄로서의 성범죄의 법적인 자리매김과 우리 사회의 뿌리 깊은 남성중심적인 성담론과 관념에서 벗어나 성적 자기결정권을 충실하게 보호할 수 있도록 하는 방향으로의 성범죄의 처벌규정 체계의 정립을 위해서는 비동의간음죄를 성범죄의 기본적 구성요건으로 하는 것이 필요하다.⁶⁹⁾

비동의간음죄 도입에 대하여는, ‘동의’라는 내심의 의사를 범죄구성요건으로 포섭하는 것이 명확성의 원칙에 반할 수 있다거나,⁷⁰⁾ 처벌여부가 전적으로 피해자의 의사에 따라 좌우되는 부작용이 있다는 등의 이유로 반대하는 견해⁷¹⁾가 있으나, 형법은 동의라는 개념과 유사하게 ‘촉탁’, ‘승낙’이라는 개념을 사용하고 있고, 더욱이 내심의 의사로서 피해자의 동의의 유무는 이미 여러 구성요건에서 구성요건해당성 판단에 중요한 개념표지이므로⁷²⁾ 명확성 원칙에 반한다는 비판은 설득력이 없고, 피해자가 어떠한 성적 행동에 대하여 ‘동의하지 않았다’고 주장할 경우 그 동의 여부를 둘러싼 해석의 차이와 공방은 실제 사건 처리에 있어서 입증의 단계에서 피해자에게 훨씬 어렵게 작용할 것인 점⁷³⁾, 현행 강간죄에 대한 실제 수사에 있어서도 가해자의 부인 내용이 대부분 동의에 의한 성관계라는 것이어서 성범죄 입증을 위한 수사는 동의 유무, 폭행·협박 유무를 중심으로 이루어질 것이고, 이는 곧 당시 상황에 대한 피해자 진술과 가해자 진술 중 누구의 진술이 신빙성이 있는지 여부를 밝히기 위한 증거의 수집이 주된 수사 방향이 될 것이므로 결국 ‘성인지 감수성’을 바탕으로 한 진술의 신빙성 판단 문제로 귀결되는 것이고 이는 현행 강간죄나 비동의간음죄에 있어서나

경우 승낙을 받지 못하였다는 점에 대한 입증으로 고의가 인정됨으로써 피해자 보호에도 부합한다.

69) “불평등한 권력관계와 뿌리 깊은 정조관념에 노출되어 있는 사회에서 비동의간음죄를 처벌하는 것은 성적 자기결정권의 의미를 바로 세우기 위해 필요한 것이다.”, 이유정(2007), “비동의간음죄 신설에 대한 논의”, 『성폭력, 법정에 서다:여성의 시각에서 본 법담론』

70) 서보학(1998), “성폭력 범죄와 형법정책”, 『현상과 인식』 제22권 제1,2호, 한국인문사회과학회, 57면.

71) 이영란(1994), “성폭력특별법의 형법적 고찰”, 『피해자학연구』 제3호, 한국피해자학회, 28면.

72) 예를 들어, 절도죄나 주거침입죄의 경우 동의여부가 구성요건요소로 특정되어 있지는 않지만 “절취”나 “침입” 개념은 해석론상 상대방의 “동의없음”을 요건을 하고 있으며, 상대방의 동의는 구성요건해당성을 조각하는 것으로 해석된다.

73) 실무에 있어서 가해자가 동의를 받았다고 주장한다면 결국 동의를 없음을 입증하기 위하여 피해자는 수사 단계에서부터 재판에 이르기까지 수차례에 걸쳐 피해 진술을 해야 하는 상황에 직면할 수 있고, 때로는 (다른 범죄에서는 일반적으로 자주 일어나지 않는) 그 진술의 신빙성을 가혹하게 의심 받거나 형사절차 뿐 아니라 일상생활에 있어서까지 2차 피해를 겪게 될 수 있다.

동일하게 요구될 것이라는 점(비동의간음죄라고 하여 피해자가 동의하지 않았다고 하면 곧바로 유죄의 증거가 되는 것이 아니라 그 진술의 신빙성 여부를 판단해야 할 것임) 등에 비추어 비동의간음죄가 도입되는 경우 처벌 여부가 전적으로 피해자의 의사에 좌우된다는 견해는 수긍하기 어렵다.⁷⁴⁾

신체적 성범죄에서 비동의간음죄를 기본적 구성요건으로 하는 경우, 그 행위 수단을 단계별로 위력⁷⁵⁾, 협박의 폭행 또는 협박, 최협박의 폭행 또는 협박으로 규정하고, 그 법정형을 높이는 방법으로 성범죄의 처벌규정을 체계화함으로써 앞서 살펴보았던 처벌의 공백을 없앨 수 있을 것이고,⁷⁶⁾ 또한 가해자의 행위에 상응하는 처벌을 받도록 할 수 있을 것이다. 즉 비동의간음에서부터 최협박의 폭행·협박에 의한 강간에 이르기까지 일련의 연속선에 존재하는 성범죄로부터 성적 자기결정권을 보호할 수 있을 것이다. 다른 측면에서는 현재 성범죄의 법정형이 너무 높다는 비판에 대하여 법정형을 합리화하는 방안이 될 수 있을 것이고, 실무상 상대적으로 높은 법정형과 신상정보 등록 등 부가처분으로 인한 부담으로 다른 강력 범죄에 비하여 피해자 진술의 신빙성 판단이나 정황증거에 의한 유죄 판단의 엄격성으로 인하여 무죄율이 다소 높은⁷⁷⁾ 현실적인 문제 또한 해결하는 방안이 될 수도 있을 것이다.

74) 오히려 유형력이 수반되지 않은 성범죄의 경우 육안으로 확인 가능한 증거를 확보하기 어려우므로 관련자 진술의 신빙성을 판단하기 위해서는 정황증거를 더욱 풍부하게 수집하고 이를 정확하게 해석하는 작업이 필수적이다. 이때 '성인지 감수성'을 견지하느냐에 따라 추가적인 정황증거 수집 여부, 의미 있는 정황증거의 선별에 차이가 발생할 수밖에 없다. '성인지 감수성'이라는 용어가 주는 생소함으로 인해 수사기관의 입증책임이 완화되는 것처럼 언급되는 경우가 있으나 이는 명백한 오해이고, 결국 수사와 공소유지를 책임지는 검사나 재판을 담당하는 법관에게 있어 '성인지 감수성'을 견지한다는 것은 '성별 역학관계를 고려한 증거수집과 판단'을 수행하는 것을 의미한다고 할 것이므로 역사적인 맥락에서 비롯되어 사회통념으로 자리 잡은 성별 역학관계를 정확하게 파악하여 증거 수집 및 증거 판단을 하는 것이 중요하며, 이는 현행 강간죄의 체계에서나 비동의간음죄가 도입되는 경우나 변함이 없을 것이다.

75) 현행 성범죄 처벌규정 체계는 위계와 위력을 병렬적으로 규정하고 있으나, 위계는 비동의의 요건을 충족하는 것으로 볼 수 있고, 위력은 힘의 행사를 전제한다는 점에서 위계와 위력이 그 내용과 본질에 차이가 있는바, 재구조화 방안에서 반드시 병렬적으로 규정할 필요는 없을 것이고, 오히려 위계는 비동의간음죄로 포섭하고, 위력은 폭행과 같이 힘의 행사를 전제로 하므로 비동의 요건보다는 가중적 요건으로 구성할 필요가 있다. 장다혜, 이경환(2018), 위의 책(주 6), 214면 참조.

76) "비동의간음죄의 신설을 통하여 항거곤란의 정도는 아니었지만 피해자의 동의없이 간음·추행한 경우, 항거곤란을 입증하기는 어렵지만 동의를 없었음을 입증할 수 있는 경우, 저항의 외적 표시를 남길 여지없이 공포심에 짓눌려 당한 경우에 가해자의 처벌을 담보할 수 있을 것이다", 한인섭(1994), "성폭력특별법과 피해자보호 : 그 문제와 개선점", 『피해자학연구』 제3호, 한국피해자학회, 37면.

77) 법무연구(2022), 『2021 범죄백서』, 죄명별 제1심 형사공판사건 처리 현황 참조, 312면.

2. 「형법」상의 표제 개정을 통한 비접촉(비신체적) 성범죄의 「형법」으로의 포섭

성범죄를 앞에서 살펴본 바와 같이 정의한다면 성범죄는 신체적 성범죄 뿐 아니라 비접촉(비신체적) 성범죄까지 포섭할 수 있는 바, 프랑스와 같이 이를 모두 성범죄의 기본적 처벌법규인 「형법」에서 규율함으로써 신체적 성범죄와 비접촉(비신체적) 성범죄와의 형벌의 균형, 모든 성범죄에 있어서 발생한 불법과 책임 사이의 균형을 이루도록 재구조화 해야 할 것이다. 이를 위하여는 무엇보다 「형법」에서의 성범죄에 대한 표제를 성범죄가 성적 자기결정권을 침해하는 범죄임이 드러날 수 있도록 “성적 자기결정권을 해하는 죄” 또는 “성적 침해에 대한 죄”⁷⁸⁾ 등으로 개정하여야 할 것이다.

3. 디지털 성범죄에 있어서의 ‘성적 수치심’ 삭제 및 ‘성적 대상화’로의 재구조화

「성폭력처벌법」 제13조 이하에 규정된 디지털 성범죄는 ‘성적 수치심’ 유발을 구성요건으로 하는데, ‘성적 수치심’의 개념에 대한 명시적인 규정이 없고, 이는 음란 개념에 기초하고 있으며,⁷⁹⁾ 주관적 감정이 개입되는 상대적 개념이어서 법관의 보충적 해석을 요함에 따라 사안에 따라 법관의 자의적 해석 가능성이 높고,⁸⁰⁾ 실제로 법원이 법의 입법취지와 목적에 비추어 일관되지 못한 판단을 하는 문제점이 발생한다.⁸¹⁾⁸²⁾ 특히 법원이 주로 촬영된 부위가 ‘여성의

78) 장다해, 이경환(2018), 위의 책(주 6), 211-212면.

79) 장다해, 김수아(2018), 위의 책(주 23), 383면.

80) 헌법재판소 2017. 6. 29 자 2015헌바243 결정의 반대의견은 “성적 욕망이나 수치심은 주관적 감정이 개입되는 상대적 개념이므로, ‘성적 욕망 또는 성적 수치심을 유발’한다는 것이 성적 호기심을 발동시키거나 단순한 부끄러움 또는 불쾌감을 불러일으키면 충분하지, 아니면 더 나아가 ‘음란’의 경우처럼 사람의 존엄성과 가치를 훼손하거나 왜곡하는 정도에 이르러야 하는지 분명하지 않다. 또한, ‘성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체’가 성적 상징성이 확실히 나타나는 특정 신체 부위에 국한되는 것인지, 그렇지 않은 다른 신체 부위까지 포함하는 것인지 알기 어렵다. 법원이 제시한 기준을 보더라도 수범자인 일반 국민이 어떤 경우에 ‘성적 욕망 또는 성적 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체’를 촬영한 경우에 해당하는지를 알기가 매우 어려워, 법관에 따라 유무죄의 판단이 달라지거나 법집행기관이 심판대상조항을 자의적으로 해석할 가능성을 배제할 수 없다.”는 이유로 “명확성원칙에 위배된다”고 판단하였다.

성적인 특정 부위' 인지를 그 해석기준으로 삼았는바, 이는 성범죄를 '여성의 성적 부위에 대한 침해'로 국한하여 해석하는 것으로 성범죄의 개념에도 맞지 않는다. 디지털 성범죄는 인간의 존엄과 가치를 침해하고 인간을 성적 대상으로 삼는다는 점에서 성적 자기결정권을 침해하는 것이므로 성범죄로 처벌해야 하는 것이다.⁸³⁾ 따라서, 자의적인 해석 가능성이 있고 성별 고정관념이 내포된 '성적 수치심 유발'을 구성요건에서 삭제하고, 앞서 살펴본 성범죄의 개념에 맞게 '다른 사람의 신체를 의사에 반하여 성적 대상으로 삼는 행위'를 구성요건으로 하는 방안을 모색해야 할 것이다.⁸⁴⁾

81) 법원은 그동안 주로 과도한 노출, 성기나 가슴 등 특정 신체부위가 부각되었는지를 기준으로 삼으면서 공개된 장소에서 전신 촬영의 경우 무죄를 선고하는 경우가 많았다. 구체적인 판례 사안 및 판단기준의 문제점은 전윤경(2016), "성폭력범죄의처벌등에관한특례법(카메라등이용촬영)죄의 구성요건 해석 및 개선방안", 『법학연구』 제19권 제3호, 인하대학교 법학연구소, 118-135면 참조.

82) 일명 레깅스 불법촬영 무죄 판결(의정부지방법원 2019. 10. 24. 선고 2018노3606 판결)은 "특별한 각도나 특수한 방법이 아닌 사람의 시야에 통상적으로 비춰지는 부분을 그대로 촬영", "레깅스는 피해자와 비슷한 연령대의 여성들 사이에서 운동복을 넘어 일상복으로 활용되고 있고 피해자도 대중교통에 탑승하여 이동하였으므로 성적 욕망의 대상이라 할 수 없다", "기분 더럽다는 피해자의 진술은 불쾌감이나 불안감을 넘어 성적 수치심을 나타낸 것이라고 단정하기 어렵다"는 것을 무죄의 이유로 들었다. 이에 대하여, 대법원(2019도16258)은 "객관적으로 촬영의 대상인 신체가 어느 부분인지에 따라서만 결정되는 것이 아니고 같은 신체 부분이라도 어느 장소에서, 어떤 상황 하에서, 어떤 방식으로 촬영되었느냐에 따라 성적 욕망 또는 수치심을 유발하는지 여부가 달라질 수 있으므로 촬영 방식, 촬영자의 의도와 촬영에 이르게 된 경위를 비롯한 촬영의 맥락에 따라 성적 욕망 또는 수치심이 유발되었는지 여부가 구체적·개별적·상대적으로 결정되어야 한다"고 하면서 "레깅스는 몸에 밀착하여 엉덩이와 허벅지 부분의 굴곡이 드러나는 경우이므로 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 신체"라고 판단하였다. 그러나 이 대법원 판결에서도 여전히 유죄의 이유로 "피해자의 전체적인 몸매가 아름답게 드러날 수 있는 구도를 취하지 않고 허반신만을 위주로 촬영되었기 때문에 피고인이 심미감의 충족을 위하여 촬영한 것으로 보이지 않는다"는 점을 들었는데, 이는 '피해자의 전체적인 몸매가 아름답게 드러날 수 있는 구도를 취하였다면' 피해자를 성적 대상화하였음에도 처벌하지 못할 수 있다는 문제가 여전히 남아있다.

83) "성폭력은 여성의 성적인 부위에 대한 침해가 아니라 '여성의 존재에 대한 침해'로 보아야 하므로 카메라등 이용촬영죄는 관음증적 시선으로 여성의 신체를 성적 대상으로 삼아 여성의 신체 나아가 여성의 존재 자체를 남성 욕망의 대상으로 대상화한다는 점에서 성폭력범죄로 판단하여야 하는 것이다", 한국젠더법학회 창립 10주년 기념 축사 : 양현아, "한국젠더법학회 10주년을 맞이하여 그간의 경험과 변화를 돌아봄", 2016.

84) 전윤경(2016), 위의 글(주 81), 140면.

4. 처벌규정의 통합

신체적 성범죄의 경우, 비동의간음죄 도입 및 행위수단을 기준으로 한 단계별 처벌규정과 함께 피해자의 연령이나 장애 유무, 가해자와의 관계(예, 친족 등), 범죄행위의 태양(예, 주거침입, 강도 등) 등에 의한 가중 처벌규정 역시 필요할 것인바, 이러한 가중규정들을 어디에 규정할 것인지 문제된다. 앞서 언급한 문제점인 실무에서의 구체적 사건에서의 법률 적용의 혼란을 막기 위하여는 프랑스와 같이 성범죄를 「형법」에 모두 포섭하고, 가중사유들을 하나의 조문에 통합하여 규정하는 방식을 취하는 것이 바람직할 것이나, 만약 「형법」 이외에 특별법을 둘 경우에도 하나의 법률로 통합하여 규정할 필요가 있다.

처벌규정을 통합할 경우 각 법률에 혼재되어 있는 피해자 보호 및 지원 관련 규정들과 성범죄자에 대한 부가처분(전자장치부착, 보호관찰, 성충동 약물치료, 치료감호, 신상정보 등록 및 공개고지명령, 수감이수명령, 취업제한, 친권상실 등) 규정들도 하나의 법률로 통합하여 체계적으로 규정할 필요가 있다.

5. 메타버스의 특성을 반영한 새로운 형사처벌 규정의 모색

디지털 시대에 메타버스는 단순한 가상세계가 아니라 현실을 디지털 기반의 가상 세계로 확장시켜 직업, 금융, 학습 등 실제 생활과 법적으로 인정되는 사회·경제적 활동이 연결되는 공간으로서 현대사회에 제2의 삶을 사는 공간으로 여겨지고 있다.⁸⁵⁾ 특히 메타버스 플랫폼의 이용자가 주로 아동·청소년인 점을 고려하면⁸⁶⁾ 앞으로 더 보편화가 될 것이고, 메타버스를 제2의 삶의 공간으로 인식하는, 그리고 메타버스 방식의 학습에 익숙하고, 현실세계와 가상세계를 자

85) “메타버스(가상세계)의 중요한 특징은 참여자가 메타버스 공간에서의 일정한 활동과 경험에 있어서 현실세계와 분리된 주체성과 자유를 가지는데, 그러한 활동과 경험이 현실세계에의 그것과 유사성을 가지고 있어 또 다른 삶을 영위하는 공간으로 인식하게 된다는 점이다. 따라서 아바타는 현실의 자연인이 가지는 인격의 투영체라고 할 수 있다.”, 류부곤(2022), “메타버스에서의 형사정책적 과제 - 이른바 ‘사이버 인격권’ 개념과 침해 유형의 정립 -”, 『형사정책』 제34권 제2호(통권 제70호), 한국형사정책학회, 7, 12-14면.

86) 닐슨코리아 조사에 따르면 제페토 이용자는 7~12세가 50.4%, 13~18세가 20.6%를 차지한다. 전체 이용자 10명 가운데 7명이 아동·청소년인 셈이다. (출처)업다운뉴스(<http://www.updownnews.co.kr>) (검색일: 2022. 10. 22.)

유롭게 넘나들며 일상생활을 하고 있는 아동·청소년은 메타버스 내에서 사회를 학습하며, 그곳에서의 경험을 현실 사회에서의 사회적 규범으로 인식하게 될 것이다.⁸⁷⁾ 그렇다면 현실세계의 자연인에게 인정되고 보호되어야 할 기본적 권리나 형사법이 보호하고자 하는 법익은 메타버스에서도 확인되고 지켜져야 할 것이다.⁸⁸⁾ 그럼에도 가상공간의 아바타에 대한 성적 침해가 실제 인간에 대한 신체적인 침해가 아니라는 이유로 이를 처벌하지 못한다면, 실제 자연인이 성적 침해를 당한 것과 같은 정신적 고통과⁸⁹⁾ 현실세계의 사회 생활상의 피해가 존재함에도 이를 해결하지 못하게 되는 결과가 초래되고, 이는 곧 개인과 사회(공동체)의 안전을 책임져야 할 형사사법시스템이 제대로 작동하지 않고 있다는 것을 보여주는 것이다. 또한 메타버스의 특성 자체가 현실세계에서는 이를 수 없는 것을 시공간의 한계를 초월한 형태의 가상세계에서 또 다른 나인 아바타를 통해서 현실세계와 다른 삶을 살고자 하는 것이라는 점에서 현실세계와 똑같은 법규범을 적용하는 것은 한계가 있다고 할 것이다.⁹⁰⁾ 따라서 메타버스의 특성을 반영한 형사처벌 규정을 새로이 입법하는 것이 필요한바, 이때 중요한 것은 사회 이목을 끄는 행위가 발생할 때마다 그에 대한 처벌의 공백을 메우기 위해 기존 형사법 법령에 일부 구성요건을 추가하는 단편적인 법 개정이 아니라 메타버스의 특성과 메타버스가 현실세계의 자연인에게 미치는 영향, 메타버스 상에서의 범죄행위로 인하여 자연인의 어떤 법익이 침해되고 있는지 등을

87) “메타버스는 현실 세계를 동일하게 또는 변형해서 구현하는 목적인 온라인 공간으로서 학교·회사·공연장·공원 등 여러 사람이 모이는 공간을 입체적으로 만들어 사람들이 자신의 아바타로 다른 사람의 아바타와 함께 입학식·졸업식·회의 같은 공동활동을 하고, 공연을 관람하고, 휴식을 취하기도 하는바, 공간 자체는 가상적이지만 경험의 효과는 실제적이다.”, 정준화(2021), “메타버스(metaverse)의 현황과 향후과제”, 『이슈와 논점』 제1858호, 국회입법조사처.

88) “메타버스라는 공간이 ‘행위’를 할 수 있는 공간이고 사람들이 가치를 부여할 수 있는 ‘이익’이 존재하는 공간이라면 사람들의 ‘이익’을 침해하는 행위’ 즉 법익침해행위를 금지하는 형사규범이 작동하지 않을 이유가 없다”, 류부곤, 위의 글(주 85), 9면.

89) 가상세계에서는 실제 신체적인 접촉은 없다고 할지라도 가상세계에서도 아바타 사이에 실제 현실과 같은 심리적 관계(예를 들어 사랑에 빠지고 차이기도 하고 싸움도 벌이는 등 현실에서 느끼는 감정)가 형성되는 것이므로, 만약 아바타에 대한 성적 침해가 발생한다면 매우 큰 정신적 충격을 초래하게 될 것이다.

90) “메타버스는 동시적 참여가 가능하므로 직접적 행위를 한 플레이어와 그곳에 머문 플레이어 모두를 어떤 방식으로 제재할 것인가, 그 환경을 제공한 사업자, 콘텐츠 기획자와 관리자, 광고업자 등 다양한 이해관계자들의 책임은 어떻게 물을 것인가의 문제가 발생한다는 점 등에서 현실세계와 동일한 법규범과 가치를 적용하기는 어렵다.”, 허경미, 위의 글(주 28), 289면.

정확하게 분석하여 새로운 방향의 이론과 이를 바탕으로 한 형사처벌 규정을 마련하는 것, 이를 통해 형사사법시스템이 실효적으로 작동될 수 있게 하는 것이 필요하다고 할 것이다. 이에, “아바타에 인격권을 부여하고, 이를 가상세계의 존재에 부여한 점에서 ‘사이버 인격권’이라 칭하고, 이러한 ‘사이버 인격권’을 가상세계에서 아바타에게 이루어지는 인격침해행위에 대한 가벌성 부여의 직접적 근거로 삼자”는 ‘사이버 인격권’ 개념 도입 주장⁹¹⁾이나 법무부 디지털 성범죄 전문위원회의 “‘성적 인격권’침해에 대한 처벌 규정 신설 권고”⁹²⁾는 시사하는 바가 크다. 결론적으로, 메타버스에서 캐릭터(아바타)를 대상으로 하는 새로운 방식의 비접촉 성범죄에 대하여, 기존 형사법의 “차원을 뛰어넘어”⁹³⁾ 새로운 형태의 형사규제를 마련하는 것이 필요한 시점이고, 성범죄의 처벌규정의 재구조화에 있어서 중요한 주제임에 틀림없다.

V. 결론

성범죄 처벌규정 체계의 재구조화에 대한 문제의식은, 성적 자기결정권을 침해받은 것이 분명함에도 현행 성범죄 처벌규정 체계에 포섭되지 아니하여 자신의 잘못이라고 자책하며 아무런 보호를 받지 못하고 그 고통을 온전히 자신의 문제로만 감당해야 하는 성범죄 피해자들을 어떻게 형사사법시스템 안에서 보호할 것인지, 마땅히 처벌받아야 할 성적 침해 행위를 하였음에도 처벌받지 아니한 성범죄자들을 어떻게 형사사법시스템 안에서 불법에 상응하는 책임을 지

91) 자세한 내용은, 류부곤, 위의 글(주 85), 28면 이하 참조.

92) 법무부 디지털성범죄 전문위원회는 제5차 권고에서 “왜곡된 성편향의 표출로 현실 또는 디지털 공간에서 타인을 성적 대상화하는 행위를 성범죄로 규제할 수 있도록 성폭력처벌법에 ‘성적 인격권’ 침해에 대한 처벌 규정을 신설할 것”을 권고하였는바, “ ‘성적 인격권’이라 함은 ‘인격체인 개인이 그 의사에 반하여 성적 대상화가 되지 않을 권리’를 의미하며, 헌법 제10조 일반적 인격권에 포함되는 기본적 인권의 하나로써, 기술 발달에 따라 성적 대상화 방식이 비정형화·광범위화되고 있는 현실을 고려하여, ‘성적 언동’은 피해자에게 현실적·직접적으로 가해지는 경우 뿐 아니라 온라인 공간에서의 캐릭터, ID 등 피해자의 인격을 표상하는 물건 또는 정보를 대상으로 간접적으로 가해지는 것을 포괄하는 개념”으로 정의하고 있다. 법무부 디지털성범죄 전문위원회는 제5차 권고 보도자료 참조.

93) “메타버스는 현실 공간과 차원이 다르다는 의미이므로 메타버스에서의 가상행위에 현실의 형사규범이 적용되기 위해서는 차원을 뛰어넘을 수 있어야 한다”, 류부곤, 위의 글(주 85), 9면.

게 할 것인지에서 출발하였다. 특히 성적 행위를 함에 있어서는 자신과 타인은 모두 인격체로서 동등한 존재라는 인식을 가지고 상대방의 의사를 적극적으로 확인하고 존중하는 주고받음 속에서 이루어져야 함에도 상대방을 성적 대상화하여 성적 행위를 하는 사람들이 너무나도 많은 현실과 의사에 반한 성적 행위를 당하였을 때 입게 되는 피해는 그것이 폭행이나 협박에 의한 것이 아니더라도 그에 못지않은 큰 상처가 될 수 있고 때로는 일상생활이 불가능할 정도에 이를 수 있다는 현실 속에서 과연 성범죄에 대한 형사사법시스템이 제대로 작동하고 있는 것인지에 대한 근본적인 문제를 제기하지 않을 수 없다.

따라서 성범죄의 처벌규정 체계의 재구조화는 성적 자기결정권의 침해 문제를 양당사자간의 단순한 의사소통의 장애의 문제로서 사인 간에 해결할 문제로 두어서는 안 되고 우리 사회의 성적 행위에 대한 왜곡된 의사소통구조를 극복하고 뿌리 깊은 남성중심적인 성담론과 관념을 근본적으로 바꾸기 위하여 반드시 필요한 작업으로서, 성범죄에 대한 형사사법시스템을 바로잡기 위한 것이다.

이에 성범죄의 보호법익으로서의 성적 자기결정권의 의미를 소극적으로만 볼 것이 아니라 ‘인격권의 주체로서 스스로 선택한 인생관·사회관 등을 토대로 개인과 공동체의 상호연관 속에서 확립한 독자적인 성적 관념을 바탕으로 성적 행위를 할 권리’라고 적극적으로 이해해야 하고, 이러한 성적 자기결정권을 행사함에 있어서는 ‘자신과 타인을 동등한 존재로 여기며 성적으로 존중해야 하고, 상대방을 성적 대상화하여서는 안 되는 것’으로 해석해야 하며, 이를 바탕으로 성범죄의 개념을 정립하고 성범죄의 처벌규정 체계를 재구조화 함으로써 처벌의 흠결과 실무에서의 구체적 사건 처리에서의 법률적용의 혼란, 형벌의 불균형 등의 문제를 해결해야 하는 것이다.

이에 대한 재구조화 방안으로는 비동의간음죄의 도입을 통한 성적 자기결정권 보호에 부합하는 처벌규정 체계 마련, 「형법」상의 표제 개정을 통한 비접촉(비신체적) 성범죄의 「형법」으로의 포섭, 디지털 성범죄에 있어서 ‘성적 수치심’ 삭제 및 ‘성적 대상화’로의 재구조화, 처벌규정의 통합, 메타버스의 특성을 반영한 새로운 형사처벌 규정의 모색 등이 있다.

www.kci.go.kr

참고문헌

○ 단행본

- 김상균(2020), 『메타버스 : 디지털지구, 뜨는 것들의 세상』, 플랜비디자인.
- 법무연수원(2022), 『2021 범죄백서』.
- 사단법인 올(2022), 『젠더와 법』.
- 장다혜, 이경환(2018), 『형법상 성폭력범죄의 판단기준 및 개선방안 : 비동의간 음죄의 도입가능성을 중심으로』, 연구총서 18-AB-06, 한국형사정책연구원.
- 장다혜, 김수아(2018), 『온라인 성폭력 범죄의 변화에 따른 처벌 및 규제방안』, 연구총서 18-AA-01, 한국형사정책연구원.

○ 논문 및 발표문

- 김종구(2021), “메타버스 시대 온라인 타인사칭의 형사법적 함의”, 『4차산업혁명 법과 정책』 제3권, 4차산업혁명융합법학회.
- 김종일(2021), “헌법상 성적 자기결정권에 관한 검토”, 『헌법학연구』 제27권 제3호, 한국헌법학회.
- 김진혁(2021), “디지털 성범죄 특성 및 통제시스템 구축방안”, 『한국공안행정 학회보』 제30권 제4호, 한국공안행정학회.
- 김태명(2018), “권력형 성범죄의 처벌과 비동의 간음추행죄의 도입”, 『법학연구』 통권 제57집, 전북대학교 법학연구소.
- 김택수(2021), “프랑스 성범죄 체계와 중요 성범죄에 관한 고찰”, 『경찰법연구』 제19권 제3호, 경찰법학회.
- 김한균(2018), “비동의 간음죄 입법론의 비판적 검토”, 『형사법의 신동향』 통권 제59호, 대검찰청.

- 김혜정(2019), “성폭력범죄 처벌규정의 정비에 관한 고찰 - 강간죄 등의 행위 수단을 중심으로 -”, 『홍익법학』 제20권 제3호, 홍익대학교 법학연구소.
- 류부곤(2022), “메타버스에서의 형사정책적 과제 - 이른바 ‘사이버 인격권’ 개념과 침해 유형의 정립 -”, 『형사정책』 제34권 제2호(통권 제70호), 한국형사정책학회.
- 박성민(2013), “개정형법상 성적자기결정권의 의미와 보호의 실제”, 『성균관법학』 제25권 제3호, 성균관대학교 법학연구소.
- 박혜진(2009), “형법상 성적 자기결정권 개념에 대한 성찰, 『형사법연구』 제21권 제3호, 한국형사법학회.
- 서보학(1998), “성폭력 범죄와 형법정책”, 『현상과 인식』 제22권 제1,2호, 한국인문사회과학회.
- 소은영(2019), “헌법상 성적 자기결정권의 의미에 관한 재검토”, 『이화젠더법학』 제11권 제3호, 이화여자대학교 젠더법학연구소.
- 윤덕경(2012), “형사법상 성적 자기결정권 본질 및 성적 자기결정권 보호증진을 위한 입법과제 검토”, 『이화젠더법학』 제4권 제1호, 이화여자대학교 젠더법학연구소.
- 이경환(2006), “최협의설 판례평석-92도259”, 「판례바꾸기운동 그 첫 번째, 최협의설 비판(1)」, 한국성폭력상담소.
- 이영란(1994), “성폭력특별법의 형법적 고찰”, 『피해자학연구』 제3호, 한국피해자학회.
- 이유정(2007), “비동의간음죄 신설에 대한 논의”, 『성폭력, 법정에 서다:여성의 시각에서 본 법담론』.
- 이호중(2006), “성폭력 형법 개정안의 주요 내용과 쟁점”, 성폭력관련 형법 개정안 공청회 발제문.
- 이호중(2005), “성폭력 처벌규정에 대한 비판적 고찰 및 재구성”, 『형사정책』 제17권 제2호, 한국형사정책학회.

- 장다혜(2019), “강간죄의 재구조화: 전문가 대상 설문조사 결과를 중심으로”, 『젠더법학』 통권 제20호 제3호, 한국젠더법학회.
- 장응혁, 정진성(2020), “제20대 국회의 비동의간음죄 입법안에 대한 비판적 검토 - 이른바 ‘조두순 접근금지법’을 통한 보호관찰의 새로운 변화를 계기로-”, 『보호관찰』 제20권 제1호, 한국보호관찰학회.
- 전윤경(2016), “성폭력범죄의처벌등에관한특례법(카메라등이용촬영)죄의 구성 요건 해석 및 개선방안, 『법학연구』 제19권 제3호, 인하대학교 법학연구소.
- 정완(2021), “디지털 성범죄의 규제에 관한 고찰”, 『경희법학』 제56권 제2호, 경희법학연구소.
- 정준화(2021), “메타버스(metaverse)의 현황과 향후과제”, 『이슈와 논점』 제1858호, 국회입법조사처.
- 조현욱, 홍완식, 김승태(2021), “성적 자기결정권의 헌법적 함의 - 성폭력범죄의 판단기준인 성인지 감수성을 중심으로 -”, 『가천법학』 제14권 제1호, 가천대학교 법학연구소.
- 한인섭(1994), “성폭력특별법과 피해자보호 : 그 문제와 개선점”, 『피해자학연구』 제3호, 한국피해자학회.
- 허경미(2021), “메타버스 내 청소년 아바타 성착취 처벌 관련 쟁점”, 『소년보호연구』 제34권 제2호, 한국소년정책학회.

○ 신문기사, 인터넷 자료

- 뉴시스(2016. 7. 4.) “미 여군과 강제 성관계한 카투사 '무죄'”, <https://v.dau.m.net/v/20160704190505757>
- 뉴시스(2022. 8. 5.), ““오빠랑 음성 채팅하자”...청소년들 성범죄 위험에 노출된 메타버스”, https://newsis.com/view/?id=NISX20220804_0001968276&cID=10808&pID=10800
- 법률신문 뉴스(2015. 3. 27.), “조건표·점검표까지 ... 성폭력 관련법, 판·검사

도 혼란스럽다”, <https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=91924>

연합뉴스(2015. 3. 25.), “우월적 지위 이용한 성범죄 4년새 2배 증가”, <https://www.yna.co.kr/view/AKR20150325090600004?input=1179m>

업다운뉴스(2022. 7. 13.), “메타버스 시대의 도래 ⑥ : 늘어나는 메타버스 성범죄, 무엇이 문제일까? (上)”, <http://www.updownnews.co.kr/news/articleView.html?idxno=301916>

mbn 뉴스(2017. 11. 11.), “조두순 사건 처리·처벌 수위 걱정했다…잘못된 법 적용, 곳곳에 아쉬움”, <https://www.mbn.co.kr/news/society/3384818>

한겨레(2016. 1. 6.) “킬른 1000명 집단 성폭력 사건…충격에 빠진 독일”, <https://www.hani.co.kr/arti/international/europe/724905.html>

한국성폭력상담소 홈페이지 ‘성폭력의 개념’ <https://www.sisters.or.kr/consult/tab1>

법무부 디지털성범죄 전문위원회 제5차 권고 발표 보도자료

한국젠더법학회 창립 10주년 기념 축하 : 양현아(2016), “한국젠더법학회 10주년을 맞이하여 그간의 경험과 변화를 돌아봄”.

Abstract

A Study on the improvement measures of the current punishment regulations system for sexual crimes

Yoon-Kyung CHUN*

The current punishment regulations system for sexual crimes has a problem of failing to punish sexual intercourse without consent, and a problem of not regulating non-physical sexual crimes in the criminal law.

In addition, there are problems of amending or newly establishing punishment regulations piecemeal without systematic review of the overall legal system, and confusion in the application of the law in handling specific cases.

Recently, the issue of sexual crimes on the metaverse is also emerging.

Therefore, through critical reflection and research on the fundamental problems of the current punishment system for sexual crimes, it is necessary to seek again the 'punishment regulation system for sexual crimes in the direction of faithfully protecting the right to sexual self-determination'.

The right to sexual self-determination is actively understood as 'the right to engage in sexual acts based on one's own sexual notions', and in exercising this right to sexual self-determination, 'one must regard oneself and others as equals and respect them sexually, and should not be sexualized, and based on this, the concept of sexual crimes should be newly established and the punishment system for sexual crimes should be restructured to solve the problem.

Such restructuring measures include the introduction of the crime of adultery without consent, the revision of the title of the 'Criminal Act', the elimination of 'sexual shame' in digital sexual crimes, the integration of punishment regulations, and the search for new criminal punishment regulations that reflect the characteristics of the metaverse.

* Professor, Hanyang University Law School.

Keywords | Sexual crime punishment regulations system, Right to Sexual Self-Determination, Sexual intercourse without consent, Digital Sexual crimes, Sexual crimes in Metavers