

# 대 법 원

## 판 결

사 건 2018도13877 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(친족관계에의한강제추행)[인정된 죄명 아동·청소년의성보호에관한법률위반(위계등추행)]

피 고 인 피고인

상 고 인 피고인 및 군검사

변 호 인 변호사 김칠하 외 1인

원 심 판 결 고등군사법원 2018. 8. 10. 선고 2017노265 판결

판 결 선 고 2023. 9. 21.

## 주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 이송한다.

## 이 유

상고이유를 판단한다.

### 1. 사건의 개요와 쟁점

가. 주위적 공소사실의 요지

피고인은 2014. 8. 15. 19:23경 피고인의 주거지 방안에서 4촌 친족관계인 피해자(여, 15세)에게 "내 것 좀 만져줄 수 있느냐?"며 피해자의 원손을 잡아 피고인의 성기

쪽으로 끌어당겼으나 피해자가 이를 거부하며 일어나 집에 가겠다고 하자, "한 번만 안아줄 수 있느냐?"며 피해자를 양팔로 끌어안은 다음 피해자를 침대에 쓰러뜨려 피해자 위에 올라타 반항하지 못하게 한 후, 피해자에게 "가슴을 만져도 되느냐?"며 피고인의 오른손을 피해자의 상의 티셔츠 속으로 집어넣어 속옷을 걷어 올려 왼쪽 가슴을 약 30초 동안 만지고 피해자를 끌어안고 자세를 바꾸어 피해자가 피고인의 몸에 수차례 닿게 하였으며, "이러면 안 된다. 이러면 큰일 난다."며 팔을 풀어줄 것을 요구하고 방문을 나가려는 피해자를 뒤따라가 약 1분 동안 끌어안아 피해자를 강제로 추행하였다.

#### 나. 원심의 판단

원심은 다음과 같은 사정을 들어 피고인의 행위가 피해자의 항거를 곤란하게 할 정도의 폭행 또는 협박에 해당하지 않는다는 등의 이유로, 주위적 공소사실을 무죄로 판단하였다. 피고인이 한 "만져달라", "안아봐도 되냐"는 등의 말은 객관적으로 피해자에게 아무런 저항을 할 수 없을 정도의 공포심을 느끼게 하는 말이라고 보기 어렵다. 피고인이 위와 같은 말을 하면서 피해자를 침대에 눕히거나 양팔로 끌어안은 행위 등을 할 때 피해자가 아무런 저항을 하지 않았다는 것이어서 피고인의 물리적인 힘의 행사 정도가 피해자의 저항을 곤란하게 할 정도였다고도 단정할 수 없다.

#### 다. 이 사건의 쟁점

##### 1) 강제추행죄의 '폭행 또는 협박'에 관한 종래의 판례 법리

형법 제298조(강제추행)는 "폭행 또는 협박으로 사람에게 대하여 추행을 한 자는 10년 이하의 징역 또는 1천 500만 원 이하의 벌금에 처한다."라고 규정하고 있다. 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」(이하 '성폭력처벌법'이라 한다) 제5조 제2항은 "친족 관계인 사람이 폭행 또는 협박으로 사람을 강제추행한 경우에는 5년 이상의 유기징역

에 처한다."라고 규정하여 가중처벌하고 있다.

이와 같이 형법 및 성폭력처벌법은 강제추행죄의 구성요건으로 '폭행 또는 협박'을 규정하고 있는데, 대법원은 강제추행죄의 '폭행 또는 협박'의 의미에 관하여 이를 두 가지 유형으로 나누어, 폭행행위 자체가 곧바로 추행에 해당하는 경우(이른바 기습추행형)에는 상대방의 의사를 억압할 정도의 것임을 요하지 않고 상대방의 의사에 반하는 유형력의 행사가 있는 이상 그 힘의 대소강약을 불문한다고 판시하는 한편(대법원 1983. 6. 28. 선고 83도399 판결, 대법원 2002. 4. 26. 선고 2001도2417 판결 등), 폭행 또는 협박이 추행보다 시간적으로 앞서 그 수단으로 행해진 경우(이른바 폭행·협박 선행형)에는 상대방의 항거를 곤란하게 하는 정도의 폭행 또는 협박이 요구된다고 판시하여 왔다(대법원 2007. 1. 25. 선고 2006도5979 판결, 대법원 2012. 7. 26. 선고 2011도8805 판결 등, 이하 폭행·협박 선행형 관련 판례 법리를 '종래의 판례 법리'라 한다).

2) 이 사건의 쟁점은 폭행·협박 선행형의 강제추행죄에서 '폭행 또는 협박'의 의미를 위와 같이 제한 해석한 종래의 판례 법리를 유지할 것인지 여부이다.

## 2. 강제추행죄에서 '폭행 또는 협박'의 의미

가. 강제추행죄의 범죄구성요건과 보호법익, 종래의 판례 법리의 문제점, 성폭력범죄에 대한 사회적 인식, 판례 법리와 재판 실무의 변화에 따라 해석기준을 명확히 할 필요성 등에 비추어 강제추행죄의 '폭행 또는 협박'의 의미는 다시 정의될 필요가 있다. 강제추행죄의 '폭행 또는 협박'은 상대방의 항거를 곤란하게 할 정도로 강력할 것이 요구되지 아니하고, 상대방의 신체에 대하여 불법한 유형력을 행사(폭행)하거나 일반적으로 보아 상대방으로 하여금 공포심을 일으킬 수 있는 정도의 해악을 고지(협박)하는

것이라고 보아야 한다. 구체적인 이유는 다음과 같다.

1) 강제추행죄에서 추행의 수단이 되는 '폭행 또는 협박'에 대해 피해자의 항거가 곤란할 정도일 것을 요구하는 종래의 판례 법리는 아래에서 보는 바와 같이 강제추행죄의 범죄구성요건이나 자유롭고 평등한 개인의 성적 자기결정권이라는 보호법익과 부합하지 아니한다.

가) 형법 제298조 및 성폭력처벌법 제5조 제2항 등 강제추행죄에 관한 현행 규정은 '폭행 또는 협박으로 사람에게 대하여 추행을 한 자' 또는 '폭행 또는 협박으로 사람을 강제추행한 경우' 이를 처벌한다고 정하고 있을 뿐, 폭행·협박의 정도를 명시적으로 한정하고 있지 아니하다. '강제추행'에서 '강제(強制)'의 사전적 의미는 '권력이나 위력으로 남의 자유의사를 억눌러 원하지 않는 일을 억지로 시키는 것'으로서, 반드시 상대방의 항거가 곤란할 것을 전제로 한다고 볼 수 없고, 폭행·협박을 수단으로 또는 폭행·협박의 방법으로 동의하지 않는 상대방에 대하여 추행을 하는 경우 그러한 강제성은 구현된다고 보아야 한다.

나) 강제추행죄는 개인의 성적 자기결정권을 보호법익으로 한다. 1953. 9. 18. 제정 형법(법률 제293호)은 제298조(강제추행)를 담고 있는 제2편 제32장의 제목을 '정조에 관한 죄'라고 정하고 있었는데, 1995. 12. 29. 형법이 개정(법률 제5057호)되면서 제목이 '강간과 추행의 죄'로 바뀌었다. 이러한 형법의 개정은 강제추행죄의 보호법익이 여성의 정조나 성적 순결이 아니라, 자유롭고 평등한 개인으로서 사람이 가지는 성적 자기결정권임을 분명히 한 것으로 볼 수 있다(대법원 2013. 5. 16. 선고 2012도14788 전원합의체 판결 등 참조).

모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다(헌법

제10조). 헌법 제10조가 보장하는 인격권 및 행복추구권은 자기운명결정권을 전제로 하고, 그에서 파생되는 성적 자기결정권은 개인의 인격과 불가분적으로 연결되어 있는 것으로서, 스스로 선택한 인생관 등을 바탕으로 사회공동체 안에서 각자가 독자적으로 성적 관념을 확립하고 이에 따라 사생활 영역에서 자기 스스로 내린 성적 결정에 따라 자기책임 하에 상대방을 선택하고 성적 행위를 할 권리로 이해된다[헌법재판소 2002. 10. 31. 선고 99헌바40, 2002헌바50(병합) 결정, 헌법재판소 2006. 12. 28. 선고 2005헌바85 결정 등 참조]. 여기에는 자신이 하고자 하는 성적 행위를 결정할 권리라는 적극적 측면과 함께 원하지 않는 성적 행위를 거부할 권리라는 소극적 측면이 함께 존재하는데, 강제추행죄를 비롯한 강간과 추행의 죄는 소극적 성적 자기결정권을 침해하는 것을 내용으로 한다(대법원 2020. 8. 27. 선고 2015도9436 전원합의체 판결 등 참조). 원하지 않는 성적 행위를 폭행·협박을 수단으로 또는 폭행·협박의 방법으로 하는 경우 그로써 강제추행죄의 보호법익인 소극적 성적 자기결정권은 침해된다.

그런데 종래의 판례 법리는 피해자의 '항거곤란'이라는 상대적 개념을 범죄구성요건에 포함시켜 폭행 또는 협박의 정도가 일반적인 그것보다 더 높은 수준일 것을 요구하였다. 그에 따라 강제추행죄가 성립하기 위해서는 높은 수준의 의사 억압 상태가 필요하다고 보게 되고, 이는 피해자가 실제로 어떠한 항거를 하였는지 살펴보게 하였으며, 반대로 항거가 없었던 경우에는 그러한 사정을 이유로 성적 자기결정권의 침해를 부정하는 결과를 초래하기도 하였다. 하지만 이와 같이 피해자의 '항거곤란'을 요구하는 것은 여전히 피해자에게 '정조'를 수호하는 태도를 요구하는 입장을 전제하고 있다고 볼 수 있고, 개인의 성적 자유 내지 성적 자기결정권을 보호법익으로 하는 현행법의 해석으로 더 이상 타당하다고 보기 어렵다.

2) 강제추행죄에서 '폭행 또는 협박'은 형법상 폭행죄 또는 협박죄에서 정한 '폭행 또는 협박'을 의미하는 것으로 분명히 정의되어야 하고, 이는 아래에서 보는 바와 같은 판례 법리와 재판 실무의 변화에 비추어 볼 때 법적 안정성 및 판결에 대한 예측가능성을 높이기 위하여도 필요하다.

그동안 대법원은 개별적·구체적인 사건에서 강제추행죄의 성립요건이나 피해자 진술의 신빙성 등을 심리하면서 고려해야 할 판단기준과 방법에 관하여 판시하여 왔다. 즉, 대법원은 피해자가 처하여 있는 특별한 사정을 충분히 고려하지 않거나 피해자의 태도 중 '마땅히 그러한 반응을 보여야만 하는 피해자'로 보이지 않는 사정이 존재한다는 이유만으로 피해자 진술이 경험칙에 반한다거나 합리성이 없다고 판단해서는 안 되며, 폭행·협박의 내용만으로 피해자의 항거를 곤란하게 할 정도에 이르지 않는다고 단정할 것이 아니라 그것이 피해자에게 미칠 수 있는 심리적 압박의 내용과 정도 등을 포함한 모든 사정을 종합하여 신중하게 판단해야 한다고 판시하였다(위 대법원 2006도 5979 판결, 대법원 2022. 8. 19. 선고 2021도3451 판결 등 참조).

또한 근래의 재판 실무는 종래의 판례 법리에도 불구하고 가해자의 행위가 폭행죄에서 정한 폭행이나 협박죄에서 정한 협박의 정도에 이르렀다면 사실상 상대방의 항거를 곤란하게 할 정도라고 해석하는 방향으로 변화하여 왔다. 예를 들어, 과거 대법원은 피고인이 노래방에서 술에 취해 있던 피해자의 허리와 등을 잡고 가슴을 만지려고 한 행위에 대해 피해자가 거부하자 그만두었다거나 구호요청이 가능했음에도 구호요청을 하지 않았다는 등의 사정을 들어 강제추행으로 보기에 미흡하다고 판단한 바 있으나(대법원 2000. 10. 13. 선고 2000도3199 판결 참조), 이후 대법원은 혼인 외 성관계를 폭로하겠다고 협박하여 추행한 경우에도 강제추행죄가 성립할 수 있다고 보고, 이와 달

리 혼인 외 성관계의 폭로 외에는 별다른 폭행이나 협박이 없었다는 등의 이유로 그와 같은 협박은 피해자의 의사에 반하는 정도라고 볼 수 있을지언정 피해자의 항거를 곤란하게 할 정도의 것으로는 보기 어렵다고 본 원심판결을 파기하였다(위 대법원 2006도5979 판결 참조). 또한 대법원은 여종업원인 피해자의 거절에도 불구하고 대표자와의 친분관계를 내세워 피해자에게 어떠한 신분상의 불이익을 가할 것처럼 행동하여 피해자의 목 뒤로 팔을 감아 돌리는 이른바 러브샷을 한 행위에 대해서도 강제추행죄의 성립을 인정하였다(대법원 2008. 3. 13. 선고 2007도10050 판결 참조).

이러한 법원의 판례와 재판 실무는 강제추행죄의 보호법익의 변화를 반영함과 아울러, 종래의 판례 법리에 따른 현실의 수사와 재판 과정에서 자칫 성폭력범죄의 피해자에게 이른바 '피해자다움'을 요구하거나 2차 피해를 야기할 수 있다는 문제 인식을 토대로 형평과 정의에 합당한 형사재판을 실현하기 위한 것인바, 한편 그로 인하여 강제추행죄의 구성요건으로 피해자의 항거가 곤란할 정도의 폭행 또는 협박을 요구하는 종래의 판례 법리는 그 의미가 상당 부분 퇴색하였다. 그렇다면 이제 범죄구성요건의 해석기준을 명확히 함으로써 사실상 변화된 기준을 적용하고 있는 현재의 재판 실무와 종래의 판례 법리 사이의 불일치를 해소하고, 오해의 소지와 혼란을 방지할 필요가 있다.

3) 강제추행죄의 '폭행 또는 협박'의 의미를 위와 같이 정의한다고 하여 위력에 의한 추행죄와 구별이 불분명해지는 것은 아니다.

위력에 의한 추행죄에서 '위력'이라 함은 사람의 자유의사를 제압하거나 혼란하게 할 만한 일체의 세력을 말하는 것으로, 유형적이든 무형적이든 묻지 아니하는바(대법원 2005. 7. 29. 선고 2004도5868 판결, 대법원 2013. 1. 16. 선고 2011도7164 판결 등 참

조), 이는 앞서 본 강제추행죄에서의 '폭행 또는 협박'과 개념적으로 구별된다. 그리고 형법 및 성폭력처벌법 등은 미성년자, 심신미약자, 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람, 피보호자·피감독자, 아동·청소년을 위력으로 추행한 사람을 처벌하는 규정 [형법 제302조, 성폭력처벌법 제6조 제6항, 제7조 제5항, 제10조 제1항, 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」(이하 '청소년성보호법'이라 한다) 제7조 제5항]을 두고 있는 바, 위력에 의한 추행죄는 성폭력 범행에 특히 취약한 사람을 보호대상으로 하여 강제추행죄의 '폭행 또는 협박'과 다른 '위력'을 범행수단으로 한 성적 침해 또는 착취행위를 범죄로 규정하여 처벌하려는 것이다.

이러한 위력과 폭행·협박의 개념상 차이, 위력에 의한 추행죄와 강제추행죄의 구성요건, 각 보호법익과 체계 등을 고려하면, 위력에 의한 추행죄에서 '위력'은 유형력의 대상이나 내용 등에 비추어 강제추행죄의 '폭행 또는 협박'에 해당하지 아니하는 폭행·협박은 물론, 상대방의 자유의사를 제압하거나 혼란하게 할 만한 사회적·경제적·정치적인 지위나 권세를 이용하는 것을 포함한다. 따라서 강제추행죄의 폭행 또는 협박의 의미를 종래의 판례 법리와 같이 제한 해석하여야만 위력과 구별이 용이해진다고 볼 수는 없다.

나. 요컨대, 강제추행죄는 상대방의 신체에 대해 불법한 유형력을 행사하거나 상대방으로 하여금 공포심을 일으킬 수 있는 정도의 해악을 고지하여 상대방을 추행한 경우에 성립한다. 어떠한 행위가 강제추행죄의 '폭행 또는 협박'에 해당하는지 여부는 행위의 목적과 의도, 구체적인 행위태양과 내용, 행위의 경위와 행위 당시의 정황, 행위자와 상대방과의 관계, 그 행위가 상대방에게 주는 고통의 유무와 정도 등을 종합하여 판단하여야 한다.



이와 달리 강제추행죄의 폭행 또는 협박이 상대방의 항거를 곤란하게 할 정도일 것을 요한다고 본 대법원 2012. 7. 26. 선고 2011도8805 판결을 비롯하여 같은 취지의 종전 대법원판결은 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 모두 변경하기로 한다.

### 3. 이 사건에 관한 판단

가. 원심판결 이유 및 적법하게 채택된 증거에 의하면 다음의 사실을 알 수 있다.

1) 피고인은 피해자와 4촌 친족관계로 2014. 8. 15. 19:23경 피고인의 주거지 방 안에서 피해자의 학교 과제를 도와주고 있었다.

2) 피고인은 피해자에게 "내 것 좀 만져줄 수 있느냐?"고 물어 보았고, 피해자가 잘 못 들은 줄 알고 다시 말해보라는 식의 태도를 보이자, 피해자의 왼손을 잡아 피고인의 성기 쪽으로 끌어당겼다.

3) 피해자가 이를 거부하며 일어나 집에 가겠다고 하자, 피고인은 "한 번만 안아줄 수 있느냐?"고 말하면서 곧바로 피해자를 양팔로 끌어안았고, 피해자가 뒷걸음질 치다가 침대에 넘어지자 피해자 위로 같이 넘어졌다.

4) 피고인은 침대에서 피해자의 위에 올라타 "가슴을 만져도 되느냐?"고 물어 보았는데, 피해자가 겁이 나서 대답을 하지 못하고 고개를 돌리자, 피고인은 오른손을 피해자의 상의 티셔츠 속으로 집어넣어 속옷을 걷어 올리고 피해자의 왼쪽 가슴을 약 30초 동안 만졌고 피해자를 끌어안고 자세를 바꾸어 피해자가 피고인의 몸에 수차례 닿게 하였다.

5) 피고인은 "이러면 안 된다. 이러면 큰일 난다."고 하며 팔을 풀어줄 것을 요구하고 방문을 나가려는 피해자를 뒤따라가 30초 이상 끌어안았다.

6) 피해자는 수사기관에서 제1심 법정에서 이르기까지 "제가 막상 그런 일을 경험을

하니까 진짜 말이 탁 안 나왔습니다. 옆방에 누가 있다는 것도 생각이 들지 않았고, 이제 무서워서 아무런 말도 나오지 않았습니다. 소리치거나 반항의 기미를 보이면 큰일 날 것 같은 느낌이 들었습니다. 오빠랑 성관계까지 할 거 같아서 무서웠습니다."라고 일관되게 진술하였다.

나. 위 인정사실을 앞서 본 강제추행죄의 '폭행 또는 협박'의 의미에 관한 법리에 비추어 살펴본다. 이 사건 당시 피고인은 방안에서 피해자의 숙제를 도와주던 중 피해자의 왼손을 잡아 자신의 성기 쪽으로 끌어당겼고, 이를 거부하고 자리를 이탈하려는 피해자의 의사에 반하여 피해자를 끌어안은 다음 침대로 넘어져 피해자의 위에 올라탄 후 피해자의 가슴을 만졌으며, 방문을 나가려는 피해자를 뒤따라가 끌어안았는바, 이러한 피고인의 행위는 피해자의 신체에 대하여 불법한 유형력을 행사하여 피해자를 강제추행한 것에 해당한다고 볼 여지가 충분하다. 그럼에도 원심은 이와 달리 판시와 같은 이유를 들어 이 사건 공소사실 중 주위적 공소사실인 성폭력처벌법 위반(친족관계에의 한강제추행) 부분에 관하여 범죄의 증거가 없다고 보아 이유에서 무죄로 판단하였다. 이러한 원심의 조치에는 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 강제추행죄의 폭행에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 군검사의 상고이유 주장은 이유 있다.

#### 다. 파기의 범위

원심판결 중 주위적 공소사실 부분은 파기되어야 하고, 위 파기 부분과 동일체 관계에 있는 예비적 공소사실 부분도 파기되어야 하므로, 결국 원심판결 전부가 파기되어야 한다.

#### 4. 결론

그러므로 피고인의 상고이유 주장에 대한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원과 동등한 관할 법원인 서울고등법원에 이송하기로 하여 주문과 같이 판결한다. 이 판결에는 대법관 이동원의 별개의견이 있는 외에는 관여 법관의 의견이 일치하였고, 다수의견에 대한 대법관 안철상, 대법관 노태악, 대법관 천대엽, 대법관 오석준, 대법관 서경환의 보충의견, 다수의견에 대한 대법관 민유숙, 대법관 김선수, 대법관 오경미의 보충의견, 다수의견에 대한 대법관 노정희의 보충의견이 있다.

## 5. 대법관 이동원의 별개의견

### 가. 별개의견의 요지

이 사건에서 성폭력처벌법 위반(친족관계에의한강제추행) 부분에 관하여 무죄로 판단한 원심판결을 파기하여야 한다는 다수의견의 결론에는 동의한다. 다만, 폭행·협박 선행형의 강제추행죄에서 '폭행 또는 협박'의 정도에 관하여 상대방의 항거를 곤란하게 하는 정도의 폭행 또는 협박이 요구된다고 판시한 '종래의 판례 법리'는 여전히 타당하므로 그대로 유지되어야 한다. 다수의견과 같이 강제추행죄의 처벌범위를 확대하는 해석론은 사회적 공감대가 형성된 후 국회의 입법절차를 통하여 해결하는 것이 바람직하다. 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 종래의 판례 법리는 형사법 문언과 체계에 부합한다. 강제추행죄의 '폭행 또는 협박'의 정도에 관하여 상대방의 항거를 곤란하게 하는 정도로 제한 해석해야 단순추행죄, 위력에 의한 추행죄와 분명한 구별이 가능하고, 준강제추행죄의 항거불능과도 균형이 맞는다.

둘째, 종래의 판례 법리는 피해자의 현실적 저항을 요구하거나 2차 피해를 야기하는

법리가 아니다. 설령 강제추행 피해자에 대한 조사·심리 과정에서 2차 피해를 야기할 위험성이 있다고 하더라도 현행법상의 제도 등을 적극 활용함으로써 그 문제를 해결하여야 하는 것이지 이를 이유로 범죄구성요건의 내용을 달리 정할 것은 아니다.

셋째, 종래의 판례 법리는 대법원이 수십 년 동안 반복적으로 선언한 법리로서 학계의 지지를 받고 있고, '종합판단기준설'의 발전적인 해석을 통하여 구체적 타당성을 도모할 수 있는 법리이다. 판례를 변경하려면 이를 정당화할 명확한 근거가 있어야 한다. 다수의견의 논거는 이에 미치지 못하고 있다.

넷째, 종래의 판례 법리를 전제로 성폭력처벌법 등 특별법에서 일정한 유형의 강제추행에 대해 중범죄로 가중처벌하고 있다. 성범죄 피해자 보호를 입법을 통하여 해결하지 않은 채 다수의견과 같이 해석으로 폭행·협박의 정도를 완화할 경우 위 특별법과의 체계상 정합성에 지장을 초래하고, 죄형법정주의나 형벌불소급의 원칙에 실질적으로 어긋날 우려가 있다.

나. 종래의 판례 법리는 형사법 문언 및 체계에 부합한다.

1) 성폭력처벌법 제5조 제2항은 "친족관계인 사람이 폭행 또는 협박으로 사람을 강제추행한 경우에는 5년 이상의 유기징역에 처한다."라고 규정하여 '강제추행'을 구성요건으로 정하였고, 형법 제298조는 그 표제를 '강제추행'으로 규정하였다. 국어사전에서 '강제(強制)'의 뜻을 '권력이나 위력으로 남의 자유의사를 억눌러 원하지 않는 일을 억지로 시키는 것'이라고 정의하고 있음은 다수의견에서 본 바와 같다. 따라서 강제추행죄의 사전적 정의 자체에 '피해자의 반항을 억누를 정도', 즉 항거곤란의 의미가 포함되어 있으므로 피해자에 대한 '폭행 또는 협박'이 항거곤란의 정도에 이르러야 한다는 것은 강제추행죄의 일반적인 문언 개념에 부합한다. 다수의견은 '강제'의 사전적 정의

로 되어 있는 부분 중 '남의 자유의사를 억눌러, 억지로' 하게 하는 요소를 근거 없이 제외한 채 강제추행죄의 '폭행 또는 협박'에 관하여 논하고 있어서 수증하기 어렵다.

다수의견은 피해자의 '항거곤란'을 요구하는 것은 과거 강제추행죄의 보호법익을 여성의 정조나 성적 순결이라고 보았던 입장을 전제하는 것이라고 지적하나, 강제추행죄의 폭행·협박 판단에 피해자의 '항거곤란'을 요구하는 것은 앞서 본 바와 같이 형법 규정의 문언적 해석에 따른 결과이지, 강제추행죄의 보호법익과 직접적 관련은 없다고 할 것이다.

한편 유엔의 「여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약」(Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women, 이하 'CEDAW'라 한다) 위원회는 1992. 1. 29. 일반 권고 제19호를 통해 '국가는 행위의 공·사적 성격과 무관하게 성별에 근거한 폭력을 근절하기 위한 적합하고 효과적인 방법을 시행하여야 하고, 성별에 근거한 폭력을 방지하기 위하여 제정한 법률이 모든 여성에게 충분한 보호 조치를 부여할 뿐만 아니라 여성의 존엄과 자존감을 보장하는 것임을 확고히 하여야 한다.'라고 발표하였다. 이는 성폭력을 방지하기 위하여 모든 여성에게 충분한 보호 조치를 부여하는 법률을 제정할 것을 권고하는 내용으로서 충분히 경청할 만하나, 이 사건에 직접적으로 구속력을 가지는 국제인권기준이라 보기는 어렵고, 이를 고려하더라도 폭행·협박의 개념에 항거곤란성을 요구해서는 안 된다는 결론이 바로 도출되는 것도 아니다.

2) 강제추행죄의 '폭행 또는 협박'의 정도에 관하여 상대방의 항거를 곤란하게 하는 정도로 제한 해석해야 단순추행죄, 위력에 의한 추행죄와 분명한 구별이 가능하다.

가) 형법 및 성폭력처벌법 등은 16세 미만의 사람, 피구금자에 대하여 추행하거나

공중이 밀집하는 장소에서 추행하는 등 일정한 경우에 한하여 예외적으로 폭행·협박을 구성요건으로 하지 않는 추행, 즉 '단순추행'으로 처벌하고 있을 뿐(형법 제305조, 성폭력처벌법 제10조 제2항, 제11조 등), 원칙적으로 단순추행은 형사처벌 대상에서 제외하고 있다. 그런데 다수의견에 의하면 사실상 상대방의 의사에 반하는 유형력의 행사를 모두 강제추행으로 처벌하게 되어 단순추행과 실질적인 차이가 없어지게 된다. 이는 단순추행에 대해 원칙적 불가별로 정하고 있는 입법자의 의도와 어긋나는 것이다.

나) 형법 및 성폭력처벌법 등은 강제추행죄와 별도로 미성년자, 심신미약자, 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람, 피보호자·피감독자, 아동·청소년 등에 대한 위력에 의한 추행죄를 규정하고 있고, 법정형에도 차이를 두고 있다(형법 제302조, 성폭력처벌법 제6조 제6항, 제7조 제5항, 제10조 제1항, 청소년성보호법 제7조 제5항). 대법원은 위력에 의한 추행죄에서 '위력'이라 함은 피해자의 자유의사를 제압하기에 충분한 세력을 말하고, 유형적이든 무형적이든 묻지 않으므로 폭행·협박뿐 아니라 행위자의 사회적·경제적·정치적인 지위나 권세를 이용하는 것도 가능하다고 판시하였다(위대법원 2004도5868 판결 참조).

그런데 다수의견에 의하면, 강제추행죄의 '폭행 또는 협박'에 대해 상대방의 신체에 대한 불법한 유형력의 행사 또는 상대방으로 하여금 공포심을 일으킬 수 있는 정도의 해악을 고지하는 정도로 완화하고 있는바, 이로써 위력에 의한 추행죄의 '위력'과 그 정도 면에서 실질적으로 차이가 없어지게 된다. 즉, 종래의 판례 법리에서는 폭행·협박의 개념을 제한한 결과 위력과의 구분이 비교적 용이하였지만, 다수의견에 따르면 종전에 위력에 불과하였던 많은 사안이 강제추행죄의 폭행·협박으로 확대 포섭되는

결과로 이어지게 되어 양자 사이의 구별이 불분명하게 된다. 특히 폭행을 수단으로 한 추행의 경우 어떤 기준으로 강제추행죄와 위력에 의한 추행죄를 구별할 것인지 말하기 어렵다. 이에 따라 종전에는 위력 정도에 불과하여 처벌받지 않았던 사안들도 다수의 견에 의하면 처벌대상에 포함되게 된다.

우리 법이 폭행을 수단으로 한 위력에 의한 추행죄를 구성요건으로 두고 있음에도, 법규정을 사문화시키는 해석은 지양되어야 한다. 다수의견은 우리 형사법이 위력에 의한 추행과 강제추행을 엄격히 구별하고 있는 태도에 반하는 것이다. 따라서 강제추행죄의 '폭행 또는 협박'의 정도는 위력보다 상당히 강한 유형력의 행사나 해악의 고지라고 엄격하게 해석하여야 한다.

3) 형법 제299조(준강제추행)는 '사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 추행을 한 자는 제298조의 예에 의한다.'고 규정하고 있다. 준강제추행죄는 피해자의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 추행하는 것에 대해 강제추행에 준하여 처벌하는 것인데, 이는 피고인이 피해자를 항거곤란 상태에 빠뜨려 추행하는 것과 등가치(等價値)적인 위법성이 있음을 고려하여 동일한 형으로 처벌하는 것이다. 대법원 또한 준강제추행죄에서 '항거불능'의 상태란 심신상실 이외의 원인으로 심리적 또는 물리적으로 반항이 절대적으로 불가능하거나 현저히 곤란한 경우를 의미한다고 보고 있다(대법원 2021. 2. 4. 선고 2018도9781 판결 참조). 따라서 다수의견과 같이 강제추행죄의 '폭행 또는 협박'의 정도를 완화할 경우 준강제추행죄의 항거불능과 균형이 맞지 않게 된다.

다. 종래의 판례 법리는 피해자의 현실적 저항을 요구하거나 2차 피해를 야기하는 법리가 아니다.

1) 종래의 판례 법리는 피해자가 피고인의 폭행 또는 협박에 대하여 현실적으로 저항할 것을 요구하는 법리가 아니다. 종래의 판례 법리는 폭행·협박의 내용과 정도, 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계 등 모든 사정을 종합적으로 살펴 그 폭행·협박이 피해자의 항거를 곤란하게 할 정도라고 평가된다면 강제추행죄가 성립한다는 취지이지, 구체적으로 피해자가 폭행·협박에 저항하였는지, 피해자가 저항에 실패하였는지 여부를 묻는 취지가 아니다.

2) 다수의견은 종래의 판례 법리가 피해자에게 이른바 '피해자다움'을 부당하게 요구하고 2차 피해를 야기하는 문제점이 있다고 지적한다. 그러나 통상적으로 피고인과 피해자만이 있는 자리에서 발생하기 쉬운 강제추행죄의 특성상 그러한 폭행·협박이 있었는지를 증명하기 위해 피고인과 피해자의 엇갈린 진술 가운데 누구의 말이 더 신빙성이 있는지를 판단하는 과정에서 피해자와 관련된 사정들을 조사하는 것이지, 종래의 판례 법리가 피해자로 하여금 스스로 강제추행 범행의 피해자임을 합리적 의심을 배제시킬 정도로 증명할 것을 요구하는 법리이기 때문에 그와 같은 사정들을 조사하는 것이 아니다. 성범죄에 관한 재판 과정에서 피해자의 항거곤란 여부를 판단하기 위해 피해자와 관련된 사정들을 심리하는 것은 헌법과 법률, 그리고 양심에 따라(헌법 제103조) 구체적 타당성 있는 결론을 도출하기 위한 사법부의 정당한 권한 행사이자 임무이다. 이러한 사정에 대한 고려 없이 종래의 판례 법리 때문에 피해자에게 이중적인 피해를 야기하는 부당한 결과가 발생했다고 볼 수는 없다.

설령 강제추행 피해자에 대한 수사기관의 조사, 법원의 재판 과정에서 2차 피해를 야기할 위험성이 있더라도 현행법상의 제도 등을 적극 활용함으로써 이를 해결해야지 종래의 판례 법리 자체를 문제 삼는 것은 타당하지 않다. 즉, 성범죄 수사 초기단계에



서부터 증거보전절차(형사소송법 제184조, 성폭력처벌법 제41조)를 적극적으로 활용하거나, 비디오 등 중계장치에 의한 증인신문(성폭력처벌법 제40조)을 실시함으로써 피해자가 반복적인 피해 진술로 인해 받을 수 있는 2차 피해를 방지할 수 있다. 또한 피고인 측이 정당한 방어권의 범위를 넘어 피해자를 위협하거나 모욕하는 등의 반대신문은 금지되고(형사소송규칙 제74조 제2항 제1호), 재판장은 구체적 신문 과정에서 증인을 보호하기 위해 비공개 신문, 피고인 퇴정, 신뢰관계인 동석 등 소송지휘권(성폭력처벌법 제23조, 제31조, 제34조)을 적절히 행사함으로써 피해자가 반대신문 과정 등에서 받을 수 있는 2차 피해를 방지할 수 있다.

한편 재판부가 피해자의 항거곤란 여부를 심리하는 과정에서 피해자가 반항을 할 수 없었던 피해자의 주관적인 사정을 비중 있게 고려함으로써 오히려 강제추행죄 인정에 필요한 '폭행 또는 협박'의 정도를 실질적으로 완화하는 등 구체적 타당성을 도모할 수도 있다. 대법원도 성범죄 피해자의 대처 양상이 피해자의 성정이나 가해자와의 관계 및 구체적인 상황에 따라 다르게 나타날 수밖에 없다는 점에서 당시 피해자가 적극적으로 거부 의사를 밝히지 않았다고 하여, 피해자의 의사에 반하지 아니하였다고 쉽게 단정하여서는 아니 된다고 판시한 바 있다(대법원 2020. 3. 26. 선고 2019도15994 판결 등 참조).

라. 판례 변경을 정당화할 명확한 근거가 부족하다.

강제추행죄의 '폭행 또는 협박'의 정도에 관하여 대법원은 1983. 6. 28. 선고 83도 399 판결에서 상대방에 대하여 폭행 또는 협박을 가하여 항거를 곤란하게 할 정도이어야 한다는 취지로 판시한 이래 폭행·협박 선행형 강제추행의 경우 피해자의 항거가 곤란할 정도의 '폭행 또는 협박'이 요구된다는 취지로 오랫동안 반복하여 법리를 선언

하였다(대법원 1992. 2. 28. 선고 91도3182 판결, 대법원 1994. 8. 23. 선고 94도630 판결, 대법원 2002. 4. 26. 선고 2001도2417 판결, 대법원 2012. 7. 26. 선고 2011도 8805 판결 등 참조). 그뿐만 아니라 강간죄의 경우에도 대법원은 1979. 2. 13. 선고 78도1792 판결에서 폭행 또는 협박이 피해자의 반항을 현저히 곤란하게 할 정도의 것이어야 한다고 판시한 이래 현재까지 반복적으로 같은 법리를 선언하였다(대법원 1988. 11. 8. 선고 88도1628 판결, 대법원 1992. 4. 14. 선고 92도259 판결, 대법원 2010. 11. 11. 선고 2010도9633 판결 등 참조).

대법원은 위와 같이 형법상 강제추행죄 및 강간죄에서 '폭행 또는 협박'의 의미가 무엇인지 이미 반복적으로 선언하였고, 학계의 통설 내지 다수설도 대법원의 입장을 지지하고 있다. 그리고 대법원은 이른바 '종합판단기준설'의 발전적인 해석을 통하여 기존 판례의 폭행·협박 개념을 유지하면서도 변화되는 사회의 맥락을 법의 해석이나 판단 과정에 반영하고, 해당 폭행·협박의 정도를 충족하는 사실에 대한 판단기준을 객관적이고 합리적인 관점으로 변경함으로써 구체적 타당성도 충분히 도모하고 있다. 대법원은 강제추행죄의 폭행·협박이 피해자의 항거를 곤란하게 할 정도의 것이었는지는 그 폭행·협박의 내용과 정도는 물론, 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 추행 당시와 그 후의 상황 등 모든 사정을 종합하여 판단하여야 한다고 판시하였는바, 다수의견에서 거론한 '혼인 외 성관계 사실 등을 폭로하겠다고 협박한 행위'에 대해 과거와 달리 피해자의 항거를 곤란하게 할 정도의 것이라고 판단한 선례(위 대법원 2006도5979 판결) 또한 이러한 '종합판단기준설'의 발전적인 해석에 따라 구체적 타당성을 도모한 결과라고 보아야 할 것이다.

한편, 외국 입법례를 보더라도 프랑스의 경우 성폭력범죄에서 폭행은 피해자가 저항

할 수 없을 정도에 이르러야 한다고 보고 있고, 일본의 경우 2023년 비동의 추행죄가 도입되었지만, 종전 통설·판례는 강제추행죄에서 피해자의 반항을 현저하게 곤란하게 할 정도의 폭행·협박이 있을 것을 요구하였다. 결국 법령의 문언과 체계, 우리 학계의 입장 및 외국 입법례 등에 비추어 종래의 판례 법리가 명백히 잘못되었다거나, 이를 그대로 유지하는 것이 정의의 원칙에 반한다고 볼 상황이 아님에도 불구하고 수십 년 간 유지된 판례를 갑자기 변경하는 것은 법적 안정성을 추구해야 하는 대법원이 취할 바람직한 자세가 아니다. 판례 변경은 이를 정당화할 명확한 근거가 있을 때 예외적으로 허용된다고 보아야 한다. 다수의견이 내세우는 논거는 이에 미치지 못하고 있다.

마. 성폭력처벌법 등 특별법과의 처벌 정합성을 고려할 필요가 있다.

구 「성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률」(법률 제4702호)은 '각종 성폭력범죄가 점차 흉폭화·집단화·지능화·저연령화되고 있을 뿐만 아니라 전화·컴퓨터를 이용한 음란행위 등 새로운 유형의 성폭력범죄가 빈발하여 기존의 법체계로는 적절히 대처하기 어려우므로 성폭력범죄에 대한 처벌규정을 신설 또는 강화한다.'는 취지에서 1994. 1. 5. 제정되었다. 위 법률을 계승하여 2010. 4. 15. 제정되고 현재 시행되고 있는 성폭력처벌법은 흉기나 그 밖의 위험한 물건을 지닌 채 또는 2명 이상이 합동하여 형법 제298조(강제추행)의 죄를 범한 사람은 5년 이상의 유기징역에 처하고(제4조 제2항), 친족관계인 사람이 폭행 또는 협박으로 사람을 강제추행한 경우에는 5년 이상의 유기징역에 처하며(제5조 제2항), 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람에 대하여 형법 제298조(강제추행)의 죄를 범한 사람은 3년 이상의 유기징역 또는 3천만원 이상 5천만원 이하의 벌금에 처하고(제6조 제3항), 13세 미만의 사람에 대하여 형법 제298조(강제추행)의 죄를 범한 사람은 5년 이상의 유기징역에 처하는(제7조 제3항)

등 일정한 유형의 강제추행에 대해 중범죄로 가중처벌하고 있다.

한편 구 「청소년의 성보호에 관한 법률」(법률 제6261호)은 '청소년에 대하여 강간, 강제추행 등 성폭력을 가하거나 위계 또는 위력으로 간음 또는 추행한 자를 강력하게 가중처벌한다.'는 취지에서 2000. 2. 3. 제정되었다. 위 법률이 전부개정되어 현재 시행되고 있는 청소년성보호법은 아동·청소년에 대하여 형법 제298조의 죄를 범한 자는 2년 이상의 유기징역 또는 1천만 원 이상 3천만 원 이하의 벌금에 처하는(제7조 제3항) 등 중범죄로 가중처벌하고 있다.

앞에서 본 제정이유에서 알 수 있듯이 성폭력처벌법, 청소년성보호법 등 성폭력 관련 특별법은 강제추행죄의 '폭행 또는 협박'의 정도에 대해 피해자의 항거곤란을 요구하는 종래의 확고한 판례 법리를 전제로 구성요건을 정하였고, 이를 전제로 각 해당 범죄의 법정형을 가중하여 정함으로써 성폭력범죄에 대한 처벌을 강화하고 있다. 그런데 이러한 상황에서 다수의견과 같이 강제추행죄의 '폭행 또는 협박'의 정도를 완화하게 되면 당초 입법자가 의도하지 않은 '폭행 또는 협박'에 의한 추행에 대해서도 상당히 중한 형으로 가중처벌하는 문제가 발생한다. 형법상 강제추행은 법정형이 10년 이하의 징역 또는 1천 500만 원 이하의 벌금으로 규정되어 있어 다수의견과 같이 해석하더라도 양형상의 문제가 크지는 않지만, 성폭력처벌법, 청소년성보호법상 강제추행죄에 대하여도 그 '폭행 또는 협박'의 정도를 완화할 경우 책임주의 원칙에 반하는 과중한 처벌이 과해질 우려가 있다. 따라서 피해자의 항거곤란을 요구하는 문제에 대해 입법을 통하여 해결하지 않고 해석으로 이를 변경할 경우, 종래의 판례 법리를 전제로 형성된 특별법상 강제추행죄에 관한 구성요건과 처벌의 정합성에 심대한 지장을 초래하게 된다.

바. 성범죄 피해자 보호는 입법적으로 해결되어야 한다.

다수의견이 취하고 있는 '피해자 보호'라는 기본적인 방향성 자체에는 공감한다. 그러나 40여 년간 유지되어 온 종전 대법원판결을 변경하여 강제추행죄의 '폭행 또는 협박'의 정도를 완화함으로써 형사처벌을 확대하는 것에는 신중을 기하여야 한다.

국민에게 법적 안정성과 예측가능성을 부여하기 위해서 헌법 제13조 제1항은 행위의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 않도록 함으로써 죄형법정주의 및 형벌불소급의 원칙을 선언하고 있다. 그런데 장기간 유지되면서 강제추행죄의 구성요건 해석에 관하여 실질적인 규범력을 형성하였던 종전 대법원판결을 변경하면 그 변경 전에 이루어졌던 행위임에도 새로운 기준에 따라 평가를 받게 된다. 즉, 다수의견과 같이 판례를 변경하여 강제추행죄의 처벌 대상을 확대하게 되면, 강제추행죄의 공소시효 범위 내에서는 그 변경 전에 항거가 곤란하지 않았던 추행행위까지 모두 처벌 대상이 되고, 만일 성폭력처벌법 등이 적용될 경우 매우 무거운 형에 의한 처벌도 가능하게 된다. 이는 종전 대법원판결을 규범으로 삼아 행위를 하였던 사람들의 예측 가능성에서 벗어나는 결과에 이르게 되고, 이미 오래 전에 이루어진 행위에 대하여 사회적 평가의 변경을 근거로 사후적으로 처벌하는 것과 마찬가지로 할 수도 있으므로, 실질적으로 죄형법정주의나 형벌불소급의 원칙에 어긋나는 것은 아닌지 심각히 살펴보아야 할 것이다.

한편 경미한 폭행 또는 협박에 의한 추행행위를 처벌하는 일반적 법규정을 두고 있지 아니하므로, 처벌에 공백이 발생하는 것에 대하여 우려를 표하는 견해가 있다. 그러나 강제추행죄의 법리상 폭행·협박의 정도가 항거를 곤란하게 할 정도의 것임을 요구하기 때문에 그에 미치지 못하는 추행행위를 처벌하지 못하여 형사처벌의 공백이 생기

는 것은 부득이한 것이고, 그러한 처벌의 공백은 형사법의 기본 이념인 죄형법정주의 원칙에 따른 것인데, 이를 이유로 강제추행죄의 폭행·협박의 정도를 가볍게 가져가서는 아니 된다.

결국 행정형벌이 아닌 일종의 자연범인 강제추행죄의 구성요건을 확대해석함으로써 종전에는 무죄로 평가되었던 행위를 유죄로 새롭게 포섭하는 형태로 그 처벌대상을 확대하는 것은 형사법의 올바른 해석 방향이라고 볼 수 없다. 성범죄 피해자 보호에 만전을 기하기 위해서는 다수의견과 같이 무리한 법률해석보다는 비동의 추행죄 도입에 관하여 사회적 공감대를 형성한 후 국회의 입법절차를 통하여 해결하는 것이 바람직하다.

#### 사. 소결론

종래의 판례 법리는 폭행·협박 선행형의 강제추행죄에서 상대방의 항거를 곤란하게 하는 정도의 폭행 또는 협박이 요구된다는 것인바, 이러한 법리는 형사법 문언과 체계에 부합하고, '종합판단기준설'에 따라 구체적 타당성을 도모하는 법리로서 그대로 유지되어야 한다. 그럼에도 수십 년간 유지된 종전 판례를 정당한 근거 없이 갑자기 변경하여 형사처벌 대상을 부당하게 확대하는 결과를 가져오는 다수의견에 대하여는 찬성하기 어렵다.

다만, 이 사건에서 종래의 판례 법리에 의하더라도 피고인의 행위는 피해자의 항거를 곤란하게 할 정도의 폭행을 수단으로 한 강제추행에 해당한다고 충분히 볼 수 있다. 즉, 이 사건 당시 피고인은 갑자기 피해자의 왼손을 잡아 자신의 성기 쪽으로 끌어당겼고, 피해자를 끌어안은 다음 침대로 넘어져 피해자의 위에 올라탄 후 피해자의 가슴을 만졌으며, 자리를 이탈하려는 피해자를 뒤따라가 끌어안았는바, 이는 피해자의 항

거를 곤란하게 할 정도의 유형력의 행사에 해당한다. 게다가 피고인과 피해자는 4촌 친족관계에 있었으므로, 피해자가 적극적으로 반항하여 상황이 악화될 경우 친족 사이에 심각한 불화가 생길 수 있었던 점 등에 비추어 보면, 비록 피해자가 적극적으로 반항하지 않았다고 하여 피고인의 행위가 항거를 곤란하게 할 정도의 폭행이 아니라고 볼 수는 없다. 이와 견해를 달리한 원심의 조치에는 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 강제추행죄의 폭행의 정도에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

이상과 같은 이유로 원심판결을 파기하여야 한다는 점에서 다수의견과 결론이 같지만 그 결론에 이르는 구체적인 이유와 논거가 다르므로 별개의견을 밝힌다.

6. 다수의견에 대한 대법관 안철상, 대법관 노태악, 대법관 천대엽, 대법관 오석준, 대법관 서경환의 보충의견

다수의견은 폭행·협박 선행형의 강제추행죄에서 상대방의 항거를 곤란하게 하는 정도의 폭행 또는 협박을 요구하던 종래의 판례 법리를 변경하고, 강제추행죄의 '폭행 또는 협박'의 의미에 대하여 형법상 폭행죄 또는 협박죄에서 정한 '폭행 또는 협박'을 의미하는 것으로 문언대로 해석해야 한다는 것이다. 이러한 다수의견은 형법상 법해석의 원칙인 문언해석에 따른 것으로 개인의 성적 자기결정권을 보호법익으로 하는 현행법에 충실한 해석이며, 강제추행죄의 성립에 관하여 사실상 변화된 기준을 적용하고 있는 현재 재판 실무에 부합한다는 점을 다시 한 번 강조한다. 다만, 종래의 판례 법리를 변경함으로써 그에 따라 재판 실무상 주의해야 할 점을 밝히고, 새로운 법리 하에서 강제추행죄의 '추행'의 의미를 비롯한 해석에 대한 방향성을 제시하고자 한다.

가. 강제추행죄에서 추행행위의 의미에 관하여

종래 대법원은 강제추행죄의 '추행'이란 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 피해자의 성적 자유를 침해하는 것이고, 이에 해당하는지는 피해자의 의사, 성별, 연령, 행위자와 피해자의 이전부터의 관계, 행위에 이르게 된 경위, 구체적 행위태양, 주위의 객관적 상황과 그 시대의 성적 도덕관념 등을 종합적으로 고려하여 신중히 결정되어야 한다고 보았다(대법원 2013. 9. 26. 선고 2013도5856 판결 등 참조). 그런데 다수의견에 따라 강제추행죄의 '폭행 또는 협박'의 의미를 엄격하게 제한한 종래의 해석론을 바꾸는 이상, 강제추행죄의 성립범위가 지나치게 확대될 위험성을 방지하기 위하여 앞으로는 강제추행죄의 '추행'에 대해 피해자의 성적 자기결정권을 본질적으로 침해하는 정도에 이르는 경우로 엄격히 해석할 필요가 있다. 구체적인 이유는 다음과 같다.

1) 추행으로 보이는 행위가 그 정도에 비추어 성적 자기결정권을 본질적으로 침해한다고 보기 어려운 경우까지 강제추행죄의 추행행위로 보게 된다면 그 처벌범위가 부당히 확대될 위험성이 있다. 종전 대법원 판례가 형성될 당시와 비교하면 현재 강제추행죄의 법적 취급, 특히 법정형 등에 많은 변화가 있었다. 즉, 2012년 형법 개정으로 친고죄 규정이 삭제되었고, 성폭력처벌법 및 청소년성보호법의 제정으로 특별법상 강제추행죄의 법정형이 거의 강간죄와 비슷한 정도로 상향되었으며, 신상정보 등록, 수강명령, 등록정보의 공개·고지 및 취업제한 명령(성폭력처벌법 제16조, 제42조, 제47조, 제49조, 청소년성보호법 제49조, 제50조, 제56조) 등 과거와 달리 강제추행죄만으로도 중형 선고와 함께 각종 부가형이 내려지게 되었다. 그뿐만 아니라 강제추행죄로 100만 원 이상의 벌금형을 선고받으면 일정기간 공무원 등으로 임용될 수 없고, 다른 범죄로 인한 벌금형이 결격사유에 영향을 미치지 못하도록 분리선고까지 규정되는 등 비교적



경미한 강제추행의 경우에도 그로 인하여 상당한 법률적, 신분적 불이익이 초래된다(국가공무원법 제33조 제6호의3, 제33조의2 등). 더 나아가 군인에게 적용되는 군형법상 강제추행죄는 1년 이상의 유기징역에 처하도록 되어 있고, 벌금형은 아예 선택할 수도 없다(군형법 제92조의3). 군인에게 군형법상 강제추행의 유죄가 인정되면 바로 신분박탈로 이어지게 된다. 따라서 강제추행죄를 넓게 인정할 경우 사안에 따라서는 책임주의 원칙이나 형법의 보충성, 최후수단성에 반하는 형사처벌의 과잉 또는 왜곡현상을 가져올 우려를 지울 수가 없다.

2) 다수의견에 따라 피해자의 성적 자기결정권을 충실하게 보호하면서 책임주의 원칙 등과 조화를 이루기 위해서는 피고인의 추행행위가 피해자의 성적 자기결정권을 본질적으로 침해하는지 여부에 대하여 앞서 살펴본 사정들 이외에도 신체접촉의 부위, 추행의 정도 등 구체적인 행위태양 등을 종합적으로 고려하여 신중하게 결정되어야 한다. 특히 피해자의 성적 자기결정권이라는 강제추행죄의 보호법익에 비추어 추행행위 해당성 여부가 판단되어야 하고, 종래 '항거곤란'을 요구하는 법리 하에서는 추행행위를 판단함에 있어 신체 부위에 따라 본질적 차이가 없다는 것이 대법원의 입장이었지만(대법원 2004. 4. 16. 선고 2004도52 판결, 대법원 2020. 12. 24. 선고 2020도7981 판결 참조), 이는 강제추행죄의 '폭행 또는 협박'의 의미를 엄격하게 제한한 종래의 판례 법리로 인하여 야기된 불합리한 결과를 해소하기 위한 해석상 노력에서 나온 것으로 볼 수 있다. 그렇지만 앞으로는 다수의견에 따라 이 점에 관한 새로운 법리가 적용되고 아래에서 보는 바와 같이 기습추행과의 관계가 새롭게 설정되어야 할 필요성이 크다.

외국 입법례를 보면, 독일 형법의 경우 '성적 행위(sexuelle Handlungen)'는 보호법익

과 관련하여 '어느 정도 현저한(von einiger Erheblichkeit)' 행위로 한정하고 있고(제 184h조), 미국 연방형법은 성적 접촉(abusive sexual contact)의 대상을 우리나라와 달리 타인의 모든 신체가 아닌 '생식기(genitalia), 항문(anus), 사타구니(groin), 유방(breast), 허벅지 안쪽(inner thigh) 또는 엉덩이(buttocks)' 등 특정 신체 부위만으로 한정하고 있다(제2246조 제3항). 비록 우리나라의 경우 위와 같은 명문의 규정은 없지만 피고인의 행위가 피해자의 성적 자기결정권을 본질적으로 침해하는지 여부를 판단할 때에 충분히 고려할 만하다. 객관적으로 보아 피해자의 성적 수치심을 유발할 가능성이 거의 없는 신체 부위를 접촉하였거나 추행의 정도가 매우 가벼운 경우에는 피해자의 성적 자기결정권을 본질적으로 침해하는 추행행위에 해당하는지 여부에 대해 더욱 면밀하게 따져보아야 할 것이다. 그렇지 않다면 현행법의 해석상 허용되지 않는 이른바 '비동의 추행죄'와의 구별을 모호하게 할 우려가 있다. 세계 주요 국가의 법률이나 판례법이 '동의 부재'를 성범죄의 본질로 전환하는 것과 별개로, 죄형법정주의의 원칙상 우리 현행법을 해석하면서 피해자의 동의 부재(결여)를 기초로 곧바로 성폭력범죄를 인정할 수는 없기 때문이다.

3) 한편 기습추행을 강제추행죄로 인정하고, 상대방의 의사에 반하는 유형력의 행사가 있으면 그 힘의 대소강약을 불문한다는 판례(위 대법원 83도399 판결 등)에 따라 현재의 재판 실무에는 상대방의 의사에 반하는 신체접촉만 있으면 대부분 강제추행죄를 인정하여 단순추행과 구별이 불분명해지는 경향이 있음을 부정하기 어렵다. 이러한 재판 실무가 강제추행죄의 성립범위를 부당하게 넓히고 있다는 비판에도 불구하고 그동안 지속되어 온 것도 앞서 언급한 것처럼 강제추행죄의 '폭행 또는 협박'의 의미를 엄격하게 제한한 종래의 판례 법리에 기인한 것으로 이해된다. 그렇다면 다수의견에

따라 종래의 해석론을 바꾸는 이상, 강제추행죄의 '추행'을 피해자의 성적 자기결정권을 본질적으로 침해하는 정도에 해당하는 유형력의 행사가 인정되는 경우로 엄격히 해석할 필요가 있고, 그로써 현재의 재판 실무에 더하여 판례의 변경으로 강제추행죄를 지나치게 넓게 인정하게 되는 것은 아닌가 하는 비판을 극복할 수 있게 될 것이다.

나. 기습추행을 별도의 범행 형태로 인정한 종래 판례의 재검토 필요성

이 사건은 폭행·협박 선행형 강제추행 사안이지 기습추행형 강제추행 사안은 아니다. 다만, 다수의견에서와 같이 강제추행죄의 '폭행 또는 협박'에 대하여 종래의 엄격한 해석론을 폐기하고 형법상 폭행죄 또는 협박죄에서 정한 '폭행 또는 협박'을 의미하는 것으로 다시 정의를 내린다면, 앞으로 기습추행형 강제추행에 관한 '폭행 또는 협박'의 의미를 별도로 설정하는 것보다는 변경된 판례의 취지에 따라 일원화하여 해석하는 것이 바람직할 것이다. 즉, 강제추행죄는 상대방의 신체에 대하여 불법한 유형력을 행사하거나(폭행) 일반적으로 상대방으로 하여금 공포심을 일으킬 수 있는 정도의 해악을 고지(협박)함으로써 상대방의 성적 자기결정권을 본질적으로 침해하는 정도에 이르는 추행행위를 한 경우에 성립하고, 그러한 폭행행위 자체가 추행행위인 경우도 포함한다고 해석하면 충분하다.

종래 대법원은 강제추행죄의 '폭행 또는 협박'의 의미에 관하여 이를 두 가지 유형으로 나누어, 폭행행위 자체가 곧바로 추행에 해당하는 경우(이른바 기습추행형)에는 상대방의 의사에 반하는 유형력의 행사가 있는 이상 그 힘의 대소강약을 불문하고, 폭행 또는 협박이 추행보다 시간적으로 앞서 그 수단으로 행해진 경우(이른바 폭행·협박 선행형)에는 상대방의 항거를 곤란하게 하는 정도의 폭행 또는 협박이 요구된다고 판시하였다.

그런데 기습추행형 강제추행과 폭행·협박 선행형 강제추행은 폭행행위가 추행행위보다 시간적으로 앞서 수단으로 행해졌는지에 따라 구분되는 것에 불과한데, 종래 대법원이 위 두 가지 유형에 대해 폭행의 정도를 달리 보는 뚜렷한 근거가 부족하다는 비판이 지속적으로 제기되어 왔다. 폭행행위가 추행행위보다 시간적으로 앞서 있으면 피해자의 항거곤란을 요구하고, 폭행과 추행행위가 동시에 행해지면 그 힘의 대소강약을 불문하는 것은 논리적 일관성이 부족한 측면이 있다. 더구나 폭행·협박 선행형 강제추행죄의 '폭행 또는 협박'에 대하여 종래의 과도하게 엄격한 해석론을 버리고 형법상 폭행죄 또는 협박죄에서 정한 '폭행 또는 협박'을 의미하는 것으로 이해하는 이상 강제추행죄를 이원적으로 구별할 필요성이 크다고 보기는 어렵다. 오히려 이러한 이원적 해석론은 완화된 폭행·협박의 개념 하에서 상대방의 성적 자기결정권을 본질적으로 침해하는 정도에 이르는 추행행위인지 여부가 그 판단의 본질적 요소가 될 강제추행죄에 관한 체계적이고 일관성 있는 이해 및 해석에 장애가 될 수 있다.

물론 강제추행죄의 '폭행 또는 협박'의 의미를 일원적으로 해석하더라도 종전 판례상 기습추행형 강제추행죄로 처벌되던 행위가 처벌대상에서 제외되는 것은 아니다. 형법 제298조 문언상 '폭행 또는 협박으로'는 '폭행 또는 협박을 수단으로'라고 해석할 수 있지만, '폭행 또는 협박의 방법으로'라고 해석하는 것도 가능하기 때문이다. 대법원은 '폭행 또는 협박'으로 타인의 재물을 강취하는 강도죄(형법 제333조)의 경우에도 폭행 행위 자체가 곧바로 강취에 해당하는 형태, 예컨대 날치기 수법의 점유탈취 과정에서 이를 알아채고 재물을 뺏기지 않으려는 피해자의 반항에 부딪혔음에도 계속하여 피해자를 끌고 가면서 억지로 재물을 빼앗은 행위에 대해 강도죄를 인정한 바 있다(대법원 2007. 12. 13. 선고 2007도7601 판결 참조).

요컨대, 다수의견에 따라 폭행·협박 선행형 강제추행죄의 '폭행 또는 협박'에 대해 형법상 폭행죄 또는 협박죄에서 정한 '폭행 또는 협박'을 의미하는 것으로 다시 정의한다면, 굳이 기습추행형 강제추행을 별도로 설정할 필요 없이 강제추행죄로 일원화하는 것이 바람직할 것이다. 그로써 종전 판례의 변경으로 강제추행죄를 지나치게 넓게 인정하게 되는 것은 아닌가 하는 비판을 극복할 수 있게 될 것이다.

다. 성폭력처벌법, 청소년성보호법 등 특별법에 대한 개정 필요성

성폭력처벌법, 청소년성보호법 등 성폭력 관련 특별법은 강제추행죄의 '폭행 또는 협박'의 정도에 대하여 피해자의 '항거곤란'을 요구하는 종래의 판례 법리를 전제로 각 해당 범죄의 법정형을 대폭 상향함으로써 성폭력범죄에 대한 처벌을 강화하고 있다. 피해자에게 항거가 곤란할 정도의 '폭행 또는 협박'이 가해진 강제추행은 단순히 피해자의 의사에 반하는 불법한 유형력 또는 해악이 가해진 강제추행과 비교하여 그 비난가능성이 더욱 높다. 따라서 다수의견에 따라 강제추행죄의 '폭행 또는 협박'의 의미를 다시 정의한다면 상대적으로 비난가능성이 낮은 정도의 강제추행에 대하여도 중한 형으로 가중처벌함으로써 '처벌의 과잉' 문제가 발생할 우려가 있다는 별개의견의 지적은 타당하다.

위와 같은 문제를 해결하기 위해서는 성폭력처벌법, 청소년성보호법 등 성폭력 관련 특별법의 법정형을 전반적으로 재검토함으로써 입법적으로 해결하는 것이 바람직할 것이다. 하지만 그러한 입법적 개선조치가 취해지기 이전이라도 재판 실무에서 다수의견에 따른 새로운 법리를 적용하고 형벌을 부과함에 있어 책임주의 원칙에 반하는 과중한 처벌이 내려지는 것은 아닌지 형사법관으로서 항상 염두에 두어야 한다.

라. 소결론

성범죄 피해자 보호에 만전을 기하기 위해서는 비동의 추행죄 도입에 관하여 사회적 공감대를 형성한 후 국회의 입법절차를 통하여 해결하는 것이 바람직하다는 별개의견의 지적에 공감되는 측면이 있다. 반면, 지금 우리가 마주하고 있는 이 문제는 법률 개정을 기다리지 않더라도 다수의견과 같이 헌법과 법률의 틀 안에서 정당하게 법률을 해석함으로써 해결할 수 있고, 그럼으로써 헌법 제10조에 근거한 피해자의 성적 자기결정권을 충실히 보호할 수 있을 것이다.

다만, 변경된 법리에 따라 강제추행죄의 성립범위가 지나치게 넓어질 수 있다는 비판에 대하여, 새로 선언되는 다수의견 하에서는 기습추행형 강제추행에 관한 종전의 해석론이 더 이상 타당하지 않을 수 있으므로 추행행위가 피해자의 성적 자기결정권을 본질적으로 침해하는 정도에 이르는지 여부를 주된 기준으로 강제추행죄 전반을 일원적으로 해석·취급하는 한편, 신체접촉의 부위, 추행의 정도 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 강제추행죄에 해당하는지 여부를 신중히 결정함으로써, 과잉 처벌의 문제가 생기지 않도록 재판 실무상 주의를 기울여 적절히 대처하여야 할 것이다.

이상과 같이 다수의견에 대한 보충의견을 밝힌다.

#### 7. 다수의견에 대한 대법관 민유숙, 대법관 김선수, 대법관 오경미의 보충의견

종래의 판례 법리를 변경하고 강제추행죄의 '폭행 또는 협박'의 의미에 대하여 새로운 법리를 실시하는 취지에 관하여 다수의견의 논거를 보충하고자 한다. 그런데 본 보충의견에서는 주로 다수의견에 대한 대법관 안철상, 대법관 노태악, 대법관 천대엽, 대법관 오석준, 대법관 서경환의 보충의견(이하 '다수보충의견1'이라 한다)이 제시하는 논거와 견해에 대하여 반박하는 의견을 밝히고자 한다. 별개의견이 제시하는 논거와 견해에 대한 의견은 다수의견에 대한 대법관 노정희의 보충의견에서 상세히 밝히게 될

것이다.

가. 이 사건은 강제추행죄의 구성요건 중 '폭행 또는 협박'의 의미만이 쟁점이다. 피고인은 자신의 오른손을 피해자의 상의 티셔츠 속으로 집어넣어 속옷을 걷어 올려 피해자의 왼쪽 가슴을 약 30초 동안 만지는 등의 행위를 하였는바, 이는 '추행행위'에 해당함이 명백하고, 원심에서 추행성 여부가 문제되지도 않았으며 상고이유로 다투지도 않았다. 강제추행죄에서 추행행위의 의미에 관하여는 앞서 본 바와 같이 이미 확립된 대법원 판례(위 대법원 2013도5856 판결 참조)가 존재한다. 그런데 다수보충의견1은 현재의 확립된 대법원 판례와 다른 새로운 법리, 즉 강제추행죄가 성립하려면 '성적 자기결정권을 본질적으로 침해'하는 정도의 추행행위가 있어야만 한다는 것이다. 이는 대법원 판례 변경을 포함하여 현재 실무에 적용되는 법리의 상당한 수정을 주장하는 견해로 볼 수 있다.

강제추행죄를 비롯한 강간과 추행의 죄는 소극적 성적 자기결정권을 침해하는 것을 내용으로 한다(위 대법원 2015도9436 전원합의체 판결 등 참조). '적극적 성적 자기결정권', 즉 자신의 하고자 하는 성적 행위를 결정할 권리의 경우 원하는 성적 접촉의 신체 부위와 정도에 차이가 있을 수밖에 없어 이를 본질적인 침해와 비본질적인 침해로 구분하는 것이 불가능하지는 않다. 그러나 '소극적 성적 자기결정권', 즉 원치 않는 성적 행위를 거부할 권리의 경우 상대방의 의사에 반하는 성적 접촉이 발생한 이상 그로써 성적 자기결정권이 침해되었고, 이미 침해된 권리에 대하여 본질적인 침해인지 비본질적인 침해인지 구분할 여지가 없다. 상대방의 신체에 원치 않는 불법한 유형력이 행사되었다면 이미 성적 자기결정권의 본질적 내용이 침해된 것이지, 거기서 다시 비본질적인 성적 자기결정권의 침해라는 영역을 인위적으로 구분하는 것은 앞서 본 대법

원 2015도9436 전원합의체 판결을 비롯한 확립된 대법원 판례에 부합하지 않는다.

다수보충의견1에서 '추행으로 보이는 행위'라는 가정적인 경우를 상정하면서 이 사건과 무관한 쟁점에 대하여 확립된 대법원 판례와 다른 견해를 표명하는 것은 상당하지 않다. 다수의견을 보충하는 견해가 다수의견으로 판례를 변경하면 강제추행죄의 성립이 '지나치게' 확대될 위험이 있다고 경고하는 의견을 표명하는 것은 다수의견에 포함되어 있지도 않을뿐더러, 다수의견과 실질적으로 배치되는 내용으로서 다수의견에 대한 보충의견으로 표명할 수 있는 범위를 벗어난다고 할 것이다.

나. 대법원은 강제추행죄의 추행에 대해 피해자의 의사, 성별, 연령, 행위자와 피해자의 이전부터의 관계, 그 행위에 이르게 된 경위, 구체적 행위태양, 주위의 객관적 상황과 그 시대의 성적 도덕관념 등을 종합적으로 고려하여 신중하게 결정되어야 한다고 반복적으로 판시하였다(대법원 1998. 1. 23. 선고 97도2506 판결, 위 대법원 2001도 2417 판결 등 참조). 그런데 다수보충의견1은 여기에 그동안 대법원에서 한 번도 언급하지 않은 '신체접촉의 부위, 추행의 정도'를 고려요소로 명시적으로 추가한다는 것이다. 그러나 이 사건의 행위태양인 '추행 부위'가 범죄성립에 어떠한 장애도 되지 않음은 앞에서 본 바와 같다.

추행행위를 판단할 때 신체 부위에 따라 본질적 차이가 없다는 것은 대법원의 확립된 법리이고(위 대법원 2004도52 판결, 위 대법원 2020도7981 판결 참조), 위 법리에 따라 대법원은 최근에도 피해자의 손목을 잡아끌거나, 어깨를 주무른 행위, 이른바 '헤드락'을 한 행위 등에 대해 모두 추행성을 인정한 바 있다(대법원 2020. 6. 25. 선고 2019도17995 판결, 대법원 2020. 7. 23. 선고 2019도15421 판결, 위 대법원 2020도 7981 판결 등 참조). 이러한 '추행 부위'에 관한 법리는 강제추행죄의 '폭행 또는 협박'



의 법리와 서로 독립된 법리로서 강제추행죄의 '폭행 또는 협박'의 의미를 엄격하게 제한한 종래의 판례 법리와는 아무런 관련이 없다. 우리 대법원이 종래의 판례 법리로 인하여 야기된 불합리를 해소하기 위해 '추행 부위'에 관하여 위와 같은 법리를 표명하였다는 선례를 찾을 수 없다. '추행 부위'에 관한 법리는 대부분 의사에 반하는 유형력의 행사로 충분한 기습추행 사안에서 문제될 뿐이다. 그리고 독일과 미국의 경우 '비동의 성범죄'가 도입된 상황이고 폭행 또는 협박을 동반하는 경우 가중처벌되는 등 우리나라와 법체계가 상이한 점을 감안하면, 다수보충의견1에서 독일과 미국의 일부 법조항을 근거로 신체 부위 등을 추행성 판단에 고려해야 한다고 보는 것도 적합하지 않다.

결국 다수보충의견1은 대법원의 확립된 법리와 맞지 않을 뿐만 아니라, 앞으로는 재판부가 확립된 법리와 달리 판단해야 한다는 내용까지 포함하고 있는바, 이는 다수의견에서 벗어나는 독자적 견해를 '보충의견'에서 표명하는 것으로서 그대로 수용하기는 어렵다.

다. 기습추행에 관한 견해도 마찬가지이다. 다수보충의견1은 종래의 판례 법리를 변경한다면, 굳이 기습추행형 강제추행을 별도로 설정할 필요 없이 강제추행죄로 일원화하자고 한다. 그러나 이 사건은 공소사실 자체로도 피고인이 피해자를 침대에 쓰러뜨려 피해자의 위에 올라타 반항하지 못하게 한 후 추행행위가 이루어진 폭행·협박 선행형 강제추행 사안으로서 기습추행은 쟁점이 아니다. 원심판결에서도 기습추행에 해당하는지 여부는 방론으로 설시하고 있을 뿐이다.

기습추행형 강제추행과 폭행·협박 선행형 강제추행은 폭행행위가 추행행위보다 시간적으로 앞서 수단으로 작용하는지에 따른 범행구조상 차이가 있고, 이러한 차이에

따라 개별적인 법적 취급이 필요한 부분이 있다. 게다가 기습추행 법리는 대법원이 피해자 보호를 위해 1983. 6. 28. 선고 83도399 판결에서 처음 실시한 이래 40여 년 동안 반복적으로 실시한 확고한 법리로서, 강제추행죄의 대부분을 차지하는 유형인 기습추행 사안에서 적용되어 왔다. 기습추행형이 아닌 폭행·협박 선행형 강제추행 사안인 이 사건에서 기습추행 법리의 일원화 여부를 논의하는 것은 적절하지 않다. 향후 기습추행형 강제추행 사건에서 새로운 논의 가능성이 열려있는 것이지, 이 사건의 사안을 벗어나 가상의 기습추행 사안을 상정하면서 법리를 선언하는 것은 상당하지 않다.

라. 다수보충의견1은 입법적 해결을 주장하는 별개의견을 지지하고 있으며, 게다가 다수의견에 따라 종래의 판례 법리를 변경하면 과잉처벌로 인해 책임주의에 반할 수 있다고 비판함으로써 결론까지 별개의견을 지지하는 것으로 보이기도 한다. 그러나 다수의견은 헌법 제10조에 근거한 성적 자기결정권을 보호하려는 이 사건 쟁점에 대해 법원에 맡겨진 법률해석의 영역임을 선언하는 의견으로서, 입법자의 입법형성권에 맡겨진 영역이라고 보는 별개의견과 근본적인 접근을 달리하고 있다. 그리고 다수의견은 강제추행죄의 폭행·협박의 의미를 명확하게 다시 정의함으로써 사실상 변화된 기준을 적용하고 있는 현재의 재판현실과 종래의 판례 법리 사이의 불일치를 해소하려는 것이지 처벌범위를 부당하게 넓히려는 것도 아니다. 결국 다수보충의견1에서 입법적인 해결을 강조하는 것은 다수의견이 판시한 범위를 벗어나 이와 사실상 배치된다고 볼 수 밖에 없다.

이상과 같이 다수의견에 대한 보충의견을 밝힌다.

#### 8. 다수의견에 대한 대법관 노정희의 보충의견

이 전원합의체 판결의 의의와 다수의견의 논거를 보충하면서, 별개의견이 제시하는

논점들에 대하여 필요한 범위에서 의견을 밝히기로 한다.

가. 성범죄를 규율하는 세계 주요 국가의 법률이나 판례법 등은 피해자의 '저항'을 요구하던 데에서 피해자의 '동의 부재(결여)'를 그 본질적 기준으로 파악하는 것으로 전환하고 있다. 강간과 추행의 죄의 보호법익인 성적 자유 내지 성적 자기결정권 침해의 본질이 피해자의 '동의 부재(결여)'에 있다는 점은 현행법상 범죄구성요건인 '폭행 또는 협박'의 의미를 해석함에 있어서도 헤아릴 필요가 있다.

1) 세계 주요 국가들은 폭행·협박을 통해 피해자의 반항을 억압한 성폭력 행위를 처벌하던 태도에서 의사에 반하는 성적 침해행위를 처벌하되 폭행이나 협박이 개입된 경우에는 가중처벌하는 태도로 변화하였다.

예를 들어, 독일은 2016년 개정 형법에서 종전 폭행·협박을 구성요건으로 하는 '성적강요죄' 외에 '성적침해죄'를 신설하여, 피해자의 동의를 받지 않은 추행행위를 포함한 비동의 성범죄를 처벌할 수 있는 근거를 마련하고, 폭행·협박이 동반된 경우 가중 처벌하고 있다(제177조 제1항, 제5항). 미국은 2022년 연방형법 개정으로 폭행·협박 등 다른 행위태양을 수반할 필요 없이 타인의 동의 없이 성적 행위 내지 접촉을 하면 강간죄 내지 강제추행죄가 성립하고, 폭행 또는 협박을 동반하는 경우 가중처벌한다(제2242조, 제2244조). 영국에서도 타인의 동의 없이 간음 내지 성적 접촉을 하면 강간죄 내지 강제추행죄가 성립하고, 폭행 또는 협박을 동반하는 경우에는 피해자의 부동위가 사실상 추정된다(제1조, 제3조, 제75조). 일본은 우리나라와 마찬가지로 강제추행죄(제176조), 강제성교죄(제177조)에서 폭행·협박의 정도에 대해 피해자의 반항을 현저히 곤란하게 할 것을 요구하는 견해가 종래의 통설·판례였으나, 2023. 7. 비동의 추행죄 및 비동의 성교죄 등을 신설하는 내용의 개정 형법이 시행되었다. 프랑스 형법은 비동

의 성범죄를 규정하고 있지 않지만, 성폭력범죄(강간, 강제추행)의 구성요건에서 폭행, 협박뿐만 아니라 강압, 위계까지 보호대상을 한정하지 아니한 채 일반적인 범죄수단으로 규정하고 있다(제222-22조).

2) 한편 별개의견에서 언급한 유엔 CEDAW 위원회는 1992년 일반 권고 제19호에 이어 2017년 일반 권고 제35호를 통해 일반입법조치로 "성범죄의 정의는 자유롭게 결정할 수 있는 동의의 결여를 기초로 하고, 강요적 환경을 고려해야 한다."라고 발표하였다. 특히 CEDAW 위원회는 2018. 3. 9. 우리나라 형법 제297조(강간)에서 폭행 또는 협박을 구성요건으로 하는 데 대해 특별한 우려를 표시한 바 있다. 이러한 권고가 직접 구속력이 없음은 별개의견이 지적하는 바와 같지만, 위 권고의 취지와 앞서 본 세계 주요 국가의 입법례 등에 나타난 세계적 흐름에 비추어 보면, 입법적으로 비동의 성범죄를 도입할 것인지 여부와는 별개로, 현행 형법 및 형사특별법이 정한 '폭행 또는 협박'의 의미를 법문언보다 협소하게 해석하여 피해자의 항거곤란성을 요구하는 종래의 판례 법리는 전체 법질서 내에서 더 이상 정당성과 합리성을 인정받기 어렵게 되었다고 할 수 있다.

나. 다수의견이 이 사건 쟁점과 관련하여 종래의 판례 법리를 변경하는 것은 법문언에 따라 강제추행죄의 해석기준을 명확히 함으로써 죄형법정주의를 실질적으로 구현하고자 함에 그 의의가 있다.

1) 그동안 대법원이 이른바 '종합판단기준설'에 의한 판단기준과 방법을 발전시켜 형사재판에서 형평과 정의를 실현하고자 하였고, 그에 따라 근래 재판 실무가 사실상 가해자의 행위가 형법상 폭행죄나 협박죄에서 말하는 폭행 또는 협박의 정도에 이른 경우 피해자의 항거를 곤란하게 할 정도라고 보는 태도로 변화하여 왔음은 다수의견에서

이미 살펴본 바와 같다. 이러한 변화는 강간죄 사안에서도 확인할 수 있는바, 과거 대법원은 피고인이 피해자의 어깨나 몸을 누르는 등의 행위를 하였더라도 피해자의 의사에 반하는 정도의 유형력을 행사한 것에 불과하다고 보아 강간죄의 성립을 부정하였으나(대법원 1999. 9. 21. 선고 99도2608 판결, 대법원 2004. 6. 25. 선고 2004도2611 판결 등 참조), 근래에는 피고인의 그와 같은 행위는 피해자의 반항을 억압하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 유형력에 해당한다고 보고 있다(대법원 2017. 10. 12. 선고 2016도16948 판결, 대법원 2018. 2. 28. 선고 2017도21249 판결 등 참조). 하지만 이러한 변화가 재판 실무와 괴리가 있는 종래의 판례 법리를 그대로 유지하여야 할 타당한 근거가 될 수는 없다.

2) 강간과 추행의 죄와 관련하여 이른바 '종합판단기준설'은 대법원 1992. 4. 14. 선고 92도259 판결에서 실시된 이래 한동안 오히려 범행 전후의 제반 사정을 종합하여 볼 때 피해자가 항거곤란 내지 불능한 상황에 있었던 것이 아니라는 결론의 판단기준이 되는 경우도 적지 않았다. 그리고 대법원은 2005. 7. 28. 선고 2005도3071 판결에서 "사후적으로 보아 피해자가 성교 이전에 범행 현장을 벗어날 수 있었다거나 피해자가 사력을 다하여 반항하지 않았다는 사정만으로 가해자의 폭행·협박이 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도에 이르지 않았다고 선불리 단정하여서는 안 된다."라는 진전된 법리를 선언하였지만, 그 후에도 피해자가 범행을 모면할 수 있었을 가능성을 사후적으로 평가하고 부수적 상황이 유사함에도 이를 부정적 사정으로 보는 판결이 계속되었음도 부인하기 어렵다. 이처럼 설사 '종합판단기준설'의 발전적 해석을 통하여 구체적으로 타당한 결론을 도출할 수 있다고 하더라도, 종래의 판례 법리를 유지한 채 '종합판단기준설'에 따라 구체적 타당성을 도모하는 것은 판결의 일관성을 떨어뜨리고

판결을 통하여 선언하는 법리와 구체적 판단기준의 부정합성으로 인하여 판결의 예측 가능성과 법적 안정성을 해칠 우려가 있다.

3) 헌법이 선언하고 있는 죄형법정주의와 형벌불소급 원칙의 근본 뜻은 형벌법규는 허용된 행위와 금지된 행위의 경계를 명확히 설정하여 어떠한 행위가 금지되어 있고, 그에 위반한 경우 어떠한 형벌이 정해져 있는가를 미리 개인에 알려 자신의 행위를 그에 맞출 수 있도록 하자는 데 있다(헌법재판소 1996. 2. 16. 선고 96헌가2 등 결정 참조). 형벌법규가 정한 범죄구성요건에 따라 '폭행 또는 협박'의 의미를 분명하게 재정의 하는 것은 강제추행죄의 성립범위를 부당하게 확대하는 것이 아닐 뿐만 아니라, 종래의 판례 법리와 재판 실무 사이의 불일치를 해소함으로써 금지된 행위와 허용된 행위의 경계를 분명히 이해하고 그에 따라 이를 행위규범으로 수용하도록 하는 것으로서 죄형법정주의와 형벌불소급 원칙의 근본적인 의미를 실현하는 것이다. 국가 법체계에서 형벌은 최후의 보충적 수단이 되어야 함은 별개의견이 밝히고 있는 바와 같지만, 국가가 개인의 존엄과 자유를 침해하는 범죄로서 강간과 추행의 죄를 처벌하는 규정을 둔 이상 법원은 그 문언과 취지에 합당하게 이를 해석·적용하여야 한다.

다. 강제추행죄에서 '폭행 또는 협박'의 해석기준을 명확히 하는 것은 법원의 권한이자 의무이다.

법률의 의미, 내용과 적용 범위를 정하여 구체적 사건에 적용할 권한, 곧 법령의 해석·적용 권한은 사법권의 본질적 내용이고, 사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다(헌법 제101조 제1항). 법원의 법률해석 권한이 무제한적인 것은 아니므로 법원은 입법자의 입법형성권을 존중하는 방향으로 법률을 해석해야 하지만, 법률 제정 당시 입법자의 의사에 구속되는 것은 아니다. 법원이 법률을 해석할 때에는 법률의 입법 취지와

목적, 그 제정·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 모두 고려해야 하는데, 여기서 말하는 '법질서 전체'란 최고규범인 헌법을 중심으로 하여 형성된 사회 일반의 법의식을 포함한다(대법원 2022. 4. 21. 선고 2019도3047 전원합의체 판결의 다수의견에 대한 보충의견 참조).

제정 형법 당시 강제추행죄의 보호법익은 '정조'로서 이는 여성 개인이 가부장제 사회의 이익을 위해 '지켜야 하는 것'으로 받아들여지고, 피해자는 자신의 '정조'를 지키기 위하여 가해자를 상대로 강한 반항행위를 할 것이 전제되었다. 그러나 현대 사회에서 강제추행죄의 보호법익이 헌법 제10조에 근거한 '성적 자기결정권'으로 변화되었음은 분명한 사회 일반의 법의식이고, 이는 피해자의 인격권뿐 아니라 생명, 신체에 대한 권리와도 밀접하게 연결되어 있는 성적 자유를 위해 '침해해서는 안 되는 법익'이다.

헌법의 내용과 가치를 중심으로 시대적·사회적 상황과 법의식의 변화를 반영하여 현시대에 맞는 법률의 의미를 밝혀내는 것은 법원에 맡겨진 법률해석의 영역이다.

라. 그 밖에 별개의견이 거론하는 문제들에 대해 간략히 살펴본다.

1) 다수의견에 의하더라도 단순추행죄와 구별이 불분명해진다고 볼 수 없다. 강제추행과 단순추행의 구별이 불분명함을 지적하는 예로 드는 유형은 대부분 이른바 기습추행 사안이다. 폭행행위 자체가 곧바로 추행에 해당하는 기습추행에 대해서는 종래의 판례 법리에 따르더라도, 그 폭행에 대해 상대방의 의사를 억압할 정도의 것임을 요하지 아니하고 상대방의 의사에 반하는 유형력의 행사가 있는 이상 그 힘의 대소강약을 불문한다고 해석하고 있다. 또한 대중교통수단, 공연·집회 장소, 그 밖에 공중이 밀집하는 장소에서 사람을 추행하는 경우를 처벌하는 성폭력처벌법 제11조는 그 장소적 특성을 감안하여 단순추행행위를 처벌하고, 형법 제305조, 성폭력처벌법 제10조 제2항은

16세 미만의 사람, 피구금자에 대하여 추행하는 경우에는 피해자가 추행행위에 대해 동의하는 경우에도 범죄성립을 인정하는바, 이는 강제추행죄에서 폭행·협박의 의미를 재정의하는 이 사건 쟁점과는 아무런 관련이 없고, 이른바 폭행·협박 선행형 강제추행죄에서 그 폭행·협박이 항거곤란할 정도일 것을 요구하여야 위와 같은 단순추행죄와 구별이 용이해진다고 볼 만한 근거가 없다.

2) 다수의견에 의하더라도 위력에 의한 추행죄와 구별이 불분명해진다고 볼 수 없다. 형법 및 성폭력처벌법 등은 성폭력 범행에 특히 취약한 사람을 보호대상으로 하여 위력에 의한 추행죄를 처벌하고 있는바, 다수의견에 의할 경우 위 보호대상자의 신체에 대하여 불법한 유형력을 행사하거나 일반적으로 공포심을 일으킬 수 있을 정도의 해악을 고지하여 추행한 경우에는 강제추행죄가 성립하고, 유형력 등의 대상이나 내용에 비추어 위와 같은 폭행·협박으로 해석되지 않는 폭행·협박을 수단으로 하거나 폭행·협박 없이 사람의 자유의사를 제압하거나 혼란하게 할 만한 사회적·경제적·정치적인 지위나 권세를 수단으로 이용한 경우에는 위력에 의한 추행죄가 인정된다. 이처럼 설사 구체적인 사안에서 강제추행죄의 폭행·협박과 위력에 의한 추행죄의 위력을 구별하는 것이 쉽지 않다고 하더라도, 이러한 문제는 이 사건 쟁점과 관련하여 종래의 판례 법리를 변경하는 것과는 직접적인 관련이 없다. 오히려 종래의 판례 법리 하에서 항거곤란성 평가의 모호함으로 인하여 강제추행죄로 의율될 수 있는 범행에 대해 위력에 의한 추행으로 기소되거나 인정됨으로써 폭행·협박과 위력의 구분이 불분명해지고, 그에 따라 성인에 대한 범행에 대해 처벌의 공백이 심화된다는 비판이 있었음도 유의할 필요가 있다.

3) 별개의견은 종래의 판례 법리를 변경할 경우 준강제추행죄의 항거불능과 균형이



맞지 않게 된다고 지적하나 이에 동의하기 어렵다. 형법 제299조의 준강제추행죄는 정신적·신체적 사정으로 인하여 이미 성적 자기결정권을 행사할 수 없는 피해자의 상태를 '이용'하여 추행행위를 하는 범행인 반면, 형법 제298조 강제추행죄는 폭행 또는 협박으로 피해자의 성적 자기결정권을 침해하는 범행으로서 그 범행수단 및 불법성의 태양에 차이가 있다. 따라서 단지 준강제추행죄에서 '항거불능'을 규정하고 있고, 강제추행죄의 법정형을 준용한다고 하여 반드시 강제추행죄의 구성요건을 준강제추행죄에 준하여 해석해야 하는 것은 아니다.

최근 대법원 판례 경향이 준강제추행죄의 '항거불능' 판단기준을 실질적으로 완화하는 추세라는 점도 주목할 필요가 있다. 대법원 2021. 2. 4. 선고 2018도9781 판결은 "피해자가 의식상실 상태에 빠져 있지는 않지만 알코올의 영향으로 의사를 형성할 능력이나 성적 자기결정권 침해행위에 맞서려는 저항력이 현저하게 저하된 상태였다면 준강제추행죄의 '항거불능'에 해당한다."라고 판시하였고, 대법원 2022. 11. 10. 선고 2020도13672 판결은 "장애인에 대한 준강제추행죄(성폭력처벌법 제6조 제4항)의 구성요건에 항거불능 이외에 항거곤란도 추가하여 구성요건을 완화한 점 등에 비추어, 비장애인의 시각과 기준에서 피해자가 항거곤란 상태에 해당하지 않는다고 쉽게 단정해서는 안 된다."라고 판시하였다.

준강제추행죄는 정신적·신체적 사정으로 인하여 성적인 자기방어를 할 수 없는 사람에 대하여 성적 자기결정권을 보호해 주는 것을 보호법익으로 하는바, 최근 대법원의 판례 경향은 그러한 보호법익을 충실히 구현하기 위한 해석으로 볼 수 있고, 이러한 해석은 다수의견과 일맥상통한다고 할 것이다.

4) 다수의견에 의하더라도 성폭력처벌법 등 특별법과 처벌 정합성에 문제가 생긴다



	대법관	김선수	_____
	대법관	이동원	_____
주 심	대법관	노정희	_____
	대법관	노태악	_____
	대법관	이흥구	_____
	대법관	천대엽	_____
	대법관	오경미	_____
	대법관	오석준	_____
	대법관	서경환	_____
	대법관	권영준	_____