

## 러브샷 강제추행\*

- 대법원 2008.3.13. 선고, 2007도10050 판결 -

조 현 옥  
한남대 교수

### < 目 次 >

- I. 들어가는 말
- II. 강제추행의 성립요건에 대한 학설과 판례의 검토
- III. 나오는 말

대상판례 : 대법원 2008.3.13. 선고, 2007도10050 판결<sup>1)</sup>

가. 강제추행

나. 강제추행방조(인정된 죄명 : 강제추행)

피고인 : 구○○

상고인 : 피고인

변호인 : 변호사 허○○

원심판결 : 울산지방법원 2007.11.2. 선고, 2007노362 판결

주 문

상고를 기각한다.

이 유

\* 심사위원 : 김성천, 성낙현, 이정원

1) 공보불계재

상고이유를 본다.

강제추행죄는 상대방에 대하여 항거를 곤란하게 할 정도의 폭행 또는 협박을 가하여 추행행위를 하는 경우에 성립하고, 이 경우의 '추행'은 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 피해자의 성적 자유를 침해하는 것이라고 할 것인데, 이에 해당하는지 여부는 피해자의 의사, 성별, 연령, 행위자와 피해자의 이전부터의 관계, 그 행위에 이르게 된 경위, 구체적 행위태양, 주위의 객관적 상황과 그 시대의 성적 도덕관념 등을 종합적으로 고려하여 결정되어야 한다(대법원 2007.1.25. 선고, 2006도5979 판결 및 대법원 2002.4.26. 선고, 2001도2417 판결 등 참조).

원심이 그 설시 증거를 종합하여 피고인이 이 사건 당일 △△클럽 회장 김○○ 등과 골프를 친 후 위 컨트리클럽 내 식당에서 식사를 하면서 그곳에서 근무 중인 여종업원인 피해자들에게 함께 술을 마실 것을 요구하였다가 피해자들로부터 거절당하였음에도 불구하고 위 컨트리클럽의 회장인 위 김○○과의 친분관계를 내세워 피해자들에게 어떠한 신분상의 불이익을 가할 것처럼 협박하여 피해자들로 하여금 목 뒤로 팔을 감아 돌림으로써 얼굴이나 상체가 밀착되어 서로 포옹하는 것과 같은 신체접촉이 있게 되는 이른바 러브샷의 방법으로 술을 마시게 한 사실을 인정한 다음, 피고인과 피해자들의 관계, 성별, 연령 및 위 러브샷에 이르게 된 경위나 그 과정에서 나타난 피해자들의 의사 등에 비추어 볼 때 강제추행죄의 구성요건인 '강제추행'에 해당하고 이 때 피해자들의 유효한 승낙이 있었다고 볼 수 없다고 판단하였다.

원심의 그와 같은 사실인정 및 판단은 위에 본 법리와 사실심 법관의 합리적인 자유심증에 따른 것으로서 기록에 비추어 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 채증법칙 위배, 심리미진 또는 강제추행에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

그러므로 상고를 기각하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

## I. 들어가는 말

### 1. 사건의 경과

## 1) 범죄사실

피고인은 1997년경부터 △△클럽 골프회원으로 등록한 후 지역의 건설협회 임원, 대학교수, 공무원, 경제인들로 구성된 ○○회 등이라는 명칭의 서클모임에 가입하여, 같은 서클의 회원인 위 클럽회장 김○○ 등과 친목을 유지하며 가까이 지내는 자로서 평소 위 클럽에서 회장과의 친분을 과시하여 오던 중,

(1) 이○○과 공모하여, 2005. 8. 10. Y시 소재 △△클럽 식당에서 음식을 나르던 위 클럽 종업원인 피해자 나▲▲(여)에게 맥주와 양주를 섞은 소위 폭탄주를 건네주면서 마시라고 하였으나, 위 피해자가 이를 거부하면서 나가려고 하자, “회사 찢리고 싶나, 찢리기 싫으면 여기 와봐”라고 말하여 마치 이에 응하지 않으면 회장과의 친분관계를 이용하여 신분상 불이익 등의 위해를 가할 듯한 태도를 보이고, 위 이○○은 피고인의 협박에 겁을 먹은 위 피해자와 서로 목을 껴안고 술을 마시는 일명 러브샷을 함으로써 피해자를 강제로 추행하고,

(2) 2005. 8. 10. Y시 소재 △△클럽 식당에서, 서빙하기 위해 들어 온 위 클럽 웨이츄레스인 피해자 김▲▲(여)에게 만원권 지폐 3장을 잔에 감아 자신과의 러브샷을 요구하였으나 위 김▲▲이 이를 거부하자 “내가 여기 부회장이자, 마셔도 괜찮다”라고 말하여 회장과의 친분을 과시하면서 이에 응하지 아니하면 어떠한 불이익을 가할 듯한 태도를 보인 후 위 김▲▲의 목을 팔로 껴안고 위 김▲▲의 볼에 자신의 얼굴을 부비면서 술을 마시는 방법으로 위 김▲▲을 강제추행 하였다.

## 2) 제1심 법원의 판단

피고인이 피해자가 근무하는 위 클럽의 회장과 친분이 있는 것을 과시하면서 피해자에게 협박을 하여 그 죄질이 좋지 않고, 피고인이 이 사건 범행 이후에 수사기관 이래 이 법정에 이르기까지 범죄사실을 부인하는 등 범죄 후의 정상 또한 좋지 아니하여 피고인에게 징역형을 선고하되, 피고인의 추행의 정도가 같은 죄명의 사건과 비교하였을 때 가벼운 점 등을 참작하여 징역 4월에 집행유예 1년, 80시간의 사회봉사명령을 선고하였다.

### 3) 제2심 법원의 판단

#### (1) 피고인의 항소이유요지

##### ① 사실오인의 부분

피고인은 이○○과 공모하여 이○○로 하여금 나▲▲와 이 사건 러브샷을 하도록 실행행위를 분담하였거나, 김▲▲와 이 사건 러브샷을 한 사실이 없고, 가사 그러한 사실이 있다고 하여도 피고인에게는 당시 강제추행의 범의가 없었음에도 불구하고, 원심은 이 사건 공소사실을 모두 유죄로 인정하였으니, 원심 판결에는 사실을 오인하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다.

##### ② 법리오해의 부분

이 사건 공소사실에 적시된 피고인의 행위는 '강제추행'의 개념에 포함되지 않아 그 구성요건에 해당하지 않거나 피해자들의 승낙이 있어 위법성이 조각되어야 함에도 불구하고 피고인에게 벌금형을 선고하였으니 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

##### ③ 양형부당

이 사건의 경위 등 제반정상에 비추어 볼 때, 피고인에 대한 원심의 선고형(징역 4월에 집행유예 1년, 80시간의 사회봉사명령)은 너무 무거워서 그 양형이 부당하다.

#### (2) 제2심 법원의 항소이유에 대한 판단

##### ① 사실오인 주장에 대한 판단

원심이 적법하게 조사하여 채택한 증거들인 피해자 나○○, 김○○의 원심법정 및 검찰, 경찰에서의 각 진술을 종합하면, 피고인에 대한 이 사건 공소사실을 넉넉히 인정할 수 있고, 원심증인 이XX, 정XX 및 당심증인 이XX의 각 진술만으로 피해자 나▲▲, 김▲▲의 위 각 진술의 신빙성을 배척하기 어려우므로, 원심판결에 피고인이 주장하는 바와 같은 사실오인의 위법이 있다고 할 수

없다.

## ② 법리오해 주장에 대한 판단

가. 강제추행죄는 상대방에 대하여 항거를 곤란하게 할 정도의 폭행 또는 협박을 가하여 추행행위를 하는 경우에 성립하고, 이 경우의 '추행'은 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 피해자의 성적 자유를 침해하는 것이라고 할 것인데, 이에 해당하는지 여부는 피해자의 의사, 성별, 연령, 행위자와 피해자의 이전부터의 관계, 그 행위에 이르게 된 경위, 구체적 행위태양, 주위의 객관적 상황과 그 시대의 성적 도덕관념 등을 종합적으로 고려하여 결정되어야 한다(대법원 2007.1.25. 선고, 2006도5979 판결 및 대법원 2002.4.26. 선고, 2001도2417 판결 등 참조).

살피건대, 이 사건에서 강제추행행위로 문제된 속칭 러브샷은 두 사람이 함께 술을 마시면서 서로 마주보는 상태에서 술잔을 든 팔을 상대방의 목뒤로 돌려 감은 채 동시에 술을 마시는 것으로 그 과정에서 필연적으로 얼굴이나 상체가 밀착되어 서로 포옹하는 것과 같은 신체접촉이 있게 되는 바, 현재 우리사회에서는 함께 술을 마시는 사람들끼리 서로의 친밀감을 표시하거나 유대감을 높이기 위한 의미로 위와 같은 러브샷을 하기도 하지만, 이 사건과 같이 평소 피해자들이 종업원으로 근무하는 △△클럽을 경영하는 회장 김○○과 같은 골프서클 모임의 회원으로서 함께 골프를 치는 등으로 친분관계를 가지고 있던 피고인이 이 사건 당일 위 김○○ 등과 골프를 친 후 위 컨트리클럽 내 식당에서 식사를 하면서 그곳에서 근무 중인 여종업원인 피해자들에게 함께 술을 마실 것을 요구하였다가 피해자들로부터 거절당하였음에도 불구하고 위 컨트리클럽의 회장인 위 김○○과의 친분관계를 내세워 피해자들에게 어떠한 신분상의 불이익을 가할 것처럼 협박하여 피해자들로 하여금 위와 같은 러브샷의 방법으로 술을 마시게 하였다면, 이는 피고인과 피해자들의 관계, 성별, 연령 및 위 러브샷에 이르게 된 경위나 그 과정에서 나타난 피해자들의 의사 등에 비추어 볼 때 강제추행죄의 구성요건인 '강제추행'에 해당한다고 볼 것이다.

나. 피해자의 승낙에 의한 행위에서의 '승낙'이란 유효한 승낙이라야 하고, 기망, 착오, 폭행, 협박에 의한 승낙 등과 같이 자유로운 판단에 의한 진지한 승낙이 아닌 경우에는 승낙이 있다고 볼 수 없는바, 이 사건에서 위에서 본 바와 같이 피해자들이 피고인의 협박에 의해 러브샷을 하였다면 당시 피해자들에게는

자유로운 판단에 의한 유효한 승낙이 있었다고 볼 수 없다.

다. 따라서 원심판결에는 피고인이 주장하는 바와 같은 범리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

### ③ 양형부당 주장에 대한 판단

기록과 변론에 나타난 이 사건 범행의 동기 및 수단과 결과, 피고인의 연령, 성행, 전과, 범행후의 정황 등 이 사건 양형의 조건이 되는 여러 가지 사정, 특히 피고인이 이 사건에 이른 동기가 성적 욕구 때문이기 보다는 잘못된 음주습관으로 인한 것으로 보이고 그 행위 내용도 비교적 가벼운 점 등에 비추어보면, 비록 피고인이 피해자들이 근무하는 클럽의 회장과 친분이 있는 것을 과시하면서 피해자들에게 협박을 하여 그 죄질이 좋지 않고 자신의 범행을 부인하여 피해자들과 합의에 이르지 못한 점 등을 고려하더라도, 원심의 피고인에 대한 선고형은 너무 무거워서 그 양형이 부당하다고 인정하였다.

### (3) 결 론

위 피고인의 항소이유 중 양형부당의 부분에 이유가 있다고 판단하여 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고 변론을 거쳐 벌금 300만원을 선고하였다.

### 4) 대법원의 판단

대법원은 원심의 사실인정 및 판단은 법리와 사실심 법관의 합리적인 자유심증에 따른 것으로서 기록에 비추어 정당하고, 상고이유의 주장과 같은 채증법칙 위배, 심리미진 또는 강제추행에 관한 범리오해 등의 위법이 없다고 하여 상고를 기각하고 원심을 확정하였다.

## 2. 문제의 제기

형법 제298조의 강제추행죄는 폭행 또는 협박으로 타인을 추행함으로써 성립하는 범죄이다. 본죄에 있어 추행의 수단은 폭행 또는 협박인데, 대상판례와 관

런하여 폭행·협박의 정도가 강간죄의 그것과 비교하여 어느 정도까지인가가 문제되며, 추행고의의 존재여부와 추행의 개념정의도 문제가 된다.

독일 개정형법 제177조 제1항은 독일 구형법 제177조의 강간죄와 제178조의 성적 강요행위를 통합함으로써 폭력·협박 또는 범인의 작용으로 인한 보호부재의 상태를 이용하여 범한 성적 강요행위를 기본적 구성요건으로 규정하고 있으며, 동조 제2항은 강간행위 및 이와 유사한 신체삽입과 관련된 성적 강요행위를 성적 강요행위의 특별히 중한 경우로 규정하고 있다.

이른바 러브샷 강제추행으로 불리는 본 판결은, 강제추행죄에 있어서 추행에 해당하는지의 여부는 종합적 고려에서 결정되어야 한다는 입장을 견지하면서, 피해자가 자유로운 의사에 따라 승낙했는지가 추행의 중요한 판단요소로 작용한다고 보았다. 그러나 대상판례의 항소이유를 살펴보면, 피고인에게 추행범의(고의)가 존재했는지에 대한 구체적인 판단의 실시가 결여되어 있다. 이 고의의 존재여부가 강제추행죄에 대한 가벌성과 불가벌성을 확정하는 중요한 요소로 작용할 수 있다. 즉, 육체적 접촉이 수반되는 러브샷 행위가 고의를 판단하는 중요한 내용이 될 수 있음에도 불구하고, 대상판례는 이를 추행의 판단여부인 종합고려설에 의하여 간단하게 고의를 인정할 수 있다고 판시하고 있는 것이다. 이에 대해서는 좀 더 구체적인 논증이 필요했었다고 보여진다. 이하에서는 피고인의 항소이유에 적시된 강제추행범의 존재여부와 법리오해의 부분 중 피고인의 행위가 '강제추행'의 개념에 포함되는지의 여부 그리고 피해자의 승낙이 있었는지의 여부 등을 강제추행의 성립요건에 대한 학설과 판례의 입장검토를 통해 살펴본 다음(II), 대법원의 실시이유를 대상판례의 사안에 적용해 봄으로써 사례해결방안(III)을 제시해 보고자 한다.

## II. 강제추행의 성립요건에 대한 학설과 판례의 검토

### 1. 강제추행의 수단인 폭행·협박의 정도

#### 1) 학설의 태도

강제추행의 행위수단인 폭행의 개념 및 정도에 대한 논의는, 강제추행죄에서



의 폭행을 강간죄에서의 그것과 같은 것으로 볼 것인가 아니면 더 넓게 볼 것인가의 문제라고 할 수 있다.

### (1) 강간죄와 동일 정도일 것을 요하는 입장(동일정도설)

강제추행죄의 폭행·협박도 강간죄의 폭행·협박과 같은 정도로서 상대방의 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도에 이를 것을 요한다고 보는 견해로 다수설의 입장이다.<sup>2)</sup> 이 견해는 비록 강제추행죄의 법정형이 강간죄보다 낮게 규정되어 있으나 그것은 추행의 개념이 강간과는 달리 넓게 해석될 여지가 있기 때문에 그런 것이지, 강제추행죄의 폭행·협박의 정도가 강간죄의 그것보다 가벼운 정도이기 때문은 아니라는 점,<sup>3)</sup> 법정형이 강간죄보다 낮다고 하여 폭행·협박의 정도를 낮게 잡아야 할 하등의 이유가 없고<sup>4)</sup> 법정형의 차이는 간음행위의 불법이 다른데 그 원인이 있으며,<sup>5)</sup> 간음보다는 추행행위가 개념상 성립범위가 보다 더 넓기 때문에 법정형의 차이가 있을 뿐이며,<sup>6)</sup> 위력에 의한 추행죄의 법정형(형법 제302조, 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제11조 제1항<sup>7)</sup>)이 강제추행죄의 그것보다 낮다는 점<sup>8)</sup>과 강제추행죄의 폭행·협박의 정도를 낮게 잡으면 위력에 의한 추행 내지 단순추행과의 구별이 매우 어려워질 가능성을 배제하기 위하여 엄격하게 해석할 필요성이 있다는

2) 김일수·서보학, 새로 쓴 형법각론, 박영사, 2007, 166-167면; 배종대, 형법각론, 홍문사, 2006, 252면; 서보학, 강제추행죄에 있어서 폭행의 정도의 기습추행의 문제: 대상판결 대법원 1994.8.23. 선고, 94도630 판결, Jurist, 2001. 11, 27면, 32면; 오영근, 형법각론, 박영사, 2005, 177면; 이재상, 형법각론, 박영사, 2007, 164면; 이정원, 형법각론, 2008, 211면; 이형국, 형법각론, 법문사, 2007, 219면; 정성근·박광민, 형법각론, 삼지원, 2002, 164면; 정영일, 형법각론, 박영사, 2008, 137면; 황산덕, 형법각론, 방문사, 1983, 215면.

3) 이재상, 위의 책, 164면.

4) 오영근, 앞의 책, 177면.

5) 김일수·서보학, 앞의 책, 166면; 배종대, 앞의 책, 252면; 서보학, 앞의 글, 27면; 정영일, 앞의 책, 137-138면; 배종대 교수는 폭행·협박의 정도를 낮게 잡으면 이 죄의 남용가능성이 높아진다는 점도 지적하고 있다.

6) 서보학, 앞의 글, 27면.

7) 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 [일부개정 2008.2.29 법률 제8852호] 제11조 (업무상 위력 등에 의한 추행) ① 업무·고용 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람에 대하여 위계 또는 위력으로써 추행한 자는 2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

8) 백형구, 형법각론, 청림출판, 1999, 333면.



점<sup>9)</sup> 등을 근거로 강간죄와 동일한 정도의 폭행·협박이 강제추행죄에도 있어야 한다고 본다.

## (2) 강간죄의 정도보다 낮게 보는 입장(정도완화설)

강제추행죄에 있어서 폭행·협박의 정도를 강간죄의 그것보다 다소 낮추어 해석하는 것이 타당하다는 견해이다. 이 견해는 다시 강제추행죄의 법정형을 강간죄에 비하여 현저하게 경하게 규정하고 있는 점을 고려하여 상대방의 반항을 상당히 곤란케 할 정도의 폭행 또는 협박으로 족하다는 입장,<sup>10)</sup> 강제추행죄의 법정형으로 벌금형이 규정되어 있는 점에 비추어 강간죄의 폭행·협박과 폭행죄·협박죄의 그것의 중간정도, 즉 일반인으로 하여금 항거에 곤란을 느끼게 할 정도면 족하다고 보는 입장,<sup>11)</sup> 상대방의 의사의 임의성을 잃게 할 정도면 족하다는 입장,<sup>12)</sup> 성적 자기결정권은 인간의 본질적 권리 중의 하나이므로 성적 수치심이나 혐오감을 불러일으키는 것이 반드시 상대방의 반항을 억압할 정도일 필요는 없고 상대방의 의사에 반하는 유형력의 행사인 한 그 힘의 대소강약을 불문한다는 입장<sup>13)</sup> 등으로 나누어진다. 강제추행죄의 법정형이 강간죄의 그것보다 낮다는 점, 강제추행은 강간과는 달리 성생활의 자유를 침해하는 광범위한 행태들을 포괄하는 일반적 규정이므로 폭행·협박의 정도는 본인의 임의적인 성적 자유를 침해하는 것으로 보아야 그 규율범위를 포괄할 수 있다는 점 그리고 강제추행은 상대방에게 폭행·협박을 가하여 그 저항을 곤란하게 한 뒤에 추행행위를 하는 경우뿐만 아니라 폭행행위 자체가 추행행위라고 인정되는 경우도 포함하게 되므로 그 폭행은 임의성을 해하는 정도의 강제성만 띠면 충분할 것이라는 점을 고려할 때 본죄의 폭행·협박의 정도를 강간죄의 그것과 같이 취급할 필요가 없다는 점<sup>14)</sup> 등을 근거로 들고 있다.

9) 서보학, 앞의 글, 27-28면; 이형국, 앞의 책, 219면.

10) 손동권, 형법각론, 율곡출판사, 2007, 153면.

11) 서일교, 형법각론, 박영사, 1982, 82면; 이견호, 신고 형법각론, 일신사, 1975, 267면.

12) 강구진, 형법강의 각론I, 박영사, 1983, 172면; 김일수, 한국형법 III(각론 상), 박영사, 1997, 348면; 정영석, 형법각론, 법문사, 1983, 275면. 임의성을 잃게 할 정도의 폭행·협박에 의한 추행행위는 강요죄를 구성한다고 보는 견해로는, 이정원, 앞의 책, 211면 각주136.

13) 박상기, 형법각론, 박영사, 2005, 161면; 임웅, 형법각론, 법문사, 2005, 169면.

### (3) 단순폭행죄와 같은 정도의 폭행으로 이해하는 입장(폭행죄정도동일설)

형법에서의 폭행개념의 통일과 성폭행범죄의 성립가능성을 넓게 잡을 필요성에 의해 강간과 추행의 죄에서의 폭행개념도 단순폭행죄와 같은 정도의 폭행으로 이해하는 입장이다. 이 견해에 의하면 피해자의 의사에 반하여 신체에 대한 불법한 유형력을 행사하여 간음 또는 추행하는 경우가 두루 처벌될 수 있다. 나아가 항거곤란의 정도에 이르지 않는 않지만 피해자의 동의 없이 간음이나 추행한 경우, 항거곤란에 대한 입증은 어렵지만 동의를 없었음을 입증하기는 용이한 경우 그리고 저항의 외적표시는 남기지 못하였지만 상황적 강제에 의해 간음·추행당한 경우에도 가해자를 처벌할 수 있는 공간이 마련된다.<sup>15)</sup>

### 2) 판례의 태도(이분설)

강제추행죄는 상대방에 대하여 폭행 또는 협박을 가하여 항거를 곤란하게 한 뒤에 추행행위를 하는 경우뿐만 아니라 폭행행위 자체가 추행행위라고 인정되는 경우도 포함되는 것이며, 이 경우에 있어서의 폭행은 반드시 상대방의 의사를 억압할 정도의 것임을 요하지 않고 상대방의 의사에 반하는 유형력의 행사가 있는 이상 그 힘의 대소강약을 불문한다고 보고 있거나,<sup>16)</sup> 강간죄의 폭행·협박이 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이어야 함에 반하여 강제추행죄에 있어서는 폭행 또는 협박이 항거를 곤란하게 할 정도일 것을 요한다고 보는 것이 판례의 태도이다.<sup>17)</sup> 즉, 폭행·협박 후 추행형(상대방에 대하여 폭행·협박을 가하여 항거를 곤란하게 한 뒤에 추행행위를 하는 형태)의 폭행·협박은 최협의의 폭행이어야 하지만, 폭행·협박과 추행의 동시형(=기습추행형, 폭행행위 자체가 추행형인 형태)의 폭행·협박은 반드시 상대방의 의사를 억압할 정도임을 요하지 않고 상대방의 의사에 반하는 유형력의

14) 김일수, 앞의 책, 348면.

15) 한인섭, 형법상 폭행개념에 대한 이론(異論), 형사법연구 제10호, 법원사, 1998, 130면.

16) 대법원 1994.8.23. 선고, 94도630 판결; 대법원 1992.2.28. 선고, 91도3182 판결; 대법원 2002.4.26. 선고, 2001도2417 판결.

17) 대법원 2007.1.25. 선고, 2006도5979 판결과 본 논문의 대상판례인 대법원 2008.3.13. 선고, 2007도10050 판결의 입장이다.

행사가 있는 이상 그 힘의 대소강약을 불문한다고 보는 이분설의 입장에 있다.<sup>18)</sup> 여기서 폭행의 대상은 사람의 신체에 대한 것이라고 보아, 기습추행형에 있어서의 폭행은 사람의 신체에 대한 유형력의 행사를 의미하게 된다.<sup>19)</sup> 폭행·협박과 추행의 동시형이라고 보는 사안으로는, 피고인이 피해자와 차에 마주앉고 가다가 피고인이 장난삼아 피해자의 유방을 만지고 피해자가 이를 뿌리치자 발을 앞으로 뻗어 치마를 위로 걷어 올리고 구두발로 피해자의 허벅지를 문지른 경우<sup>20)</sup>와 피해자를 보고 갑자기 욕정을 일으켜 추행할 것을 결의하고, 빠른 걸음으로 피해자를 뒤따라 가던 중 갑자기 뒤에서 달려들어 한 손으로 피해자의 유방을 만지고 다른 한 손으로 음부를 치마 위에서 쓰다듬은 경우<sup>21)</sup>를 들 수 있다. 기습추행형에 대한 판례의 이러한 태도에 대해, 기습추행은 단순추행에 해당시켜야 하므로 기습추행을 강제추행죄에 포섭시켜서는 안된다는 반론<sup>22)</sup>과 기습추행을 강제추행에서 제외시키면 처벌의 공백이 생기는 문제점이 발생하므로 아직은 시기상조라는 견해<sup>23)</sup>가 대립하고 있다. 판례의 이러한 태도를 강제추행죄의 폭행·협박의 정도를 강간죄의 그것보다 낮게 보는 학설의 입장에 포함시킬 수 있다.

## 2. 추행의 개념

추행이란 성욕의 흥분, 자극 또는 만족을 목적으로 하는 행위로서 건전한 상식 있는 일반인의 성적 수치·혐오의 감정을 느끼게 하는 일체의 행위를 의미한다.<sup>24)</sup> 이에 의하면 추행이라고 하기 위해서는 객관적으로 일반인의 성도덕감

18) 대법원 1983.6.28. 선고, 83도399 판결; 대법원 1992.2.28. 선고, 91도3182 판결; 대법원 1994.8.23. 선고, 94도630 판결; 대법원 2002.4.26. 선고, 2001도2417 판결.

19) 홍기태, 강제추행죄에 있어서 폭행, 협박의 정도(대법원 2002.4.26. 선고, 2001도2417 판결: 공2002상, 1306), 대법원판례해설 41호(2002 상반기), 법원도서관, 2002, 571면.

20) 대법원 1988.4.12. 선고, 88도178 판결.

21) 대법원 1992.2.28. 선고, 91도2337 판결.

22) 서보학, 앞의 글, 30-31면.

23) 심희기, 강제추행의 의미와 기습추행의 강제추행성 여부: 대법원 2002.4.26. 선고, 2001도2417 판결(공2002상, 1306), 고시연구, 2004. 2, 108-109면; 홍기태, 앞의 글, 565면 이하.

24) 김일수·서보학, 앞의 책, 165면; 김종원, 133면; 이재상, 앞의 책, 164면; 이정원, 앞의 책, 212면에서는 추행을 일반인의 성적 수치심이나 혐오 감정을 일으키는 음란행위로서 현재까지 성적 자유를 침해하는 행위로 정의하고 있다; 이형국, 앞의 책, 219-220면; 정성근·박광민, 앞의 책, 165면.

정을 침해한다는 요소와 함께 성욕을 자극 또는 만족할 목적이라는 주관적 요소가 존재할 것을 필요로 한다. 이를 학설과 판례의 입장에 따라 분설하면 아래와 같다.

### 1) 객관설

추행이 되기 위하여 성욕의 자극 또는 만족이라는 목적이 필요하다고 본다면 복수·협오 또는 호기심과 같은 동기에서 행한 음란행위는 추행에 해당하지 않는다는 부당한 결과가 도출된다. 또한 성적 자유의 보호가 행위자의 경향이나 목적에 의해 좌우되는 것은 합리적이라고 할 수 없을 뿐 아니라 이를 추행의 요소로 요구할 때에는 구성요건의 명확성을 해하는 결과가 된다. 따라서 추행이란 객관적으로 일반인에게 성적 수치와 혐오 감정을 일으키게 하는 일체의 행위를 말하며, 주관적인 동기나 목적은 문제되지 않는다고 보는 입장이다.<sup>25)</sup> 이 견해에 의하면 상대방을 나체가 되게 하는 행위와 여자의 음부를 손으로 만지거나 손가락을 넣는 행위는 추행에 해당된다. 추행은 객관적으로 성적 감정을 침해하는 행위일 것을 요하므로 그것은 성적 자유를 침해하는 중요한 행위에 제한되어야 한다. 즉, 그것은 성적 수치감 내지 성적 도덕감정을 현저히 침해하는 것이어야 한다.<sup>26)</sup> 현저성의 판단은 구체적 상황에서 사회통념에 의하여야 하며, 행위의 동기 및 정도와 행위의 지속성, 보호법익 그리고 주위사정 등이 추행의 현저성(중요성)을 판단하는 중요한 기준으로 작용한다.<sup>27)</sup> 따라서 여자의 손이나 무릎을 만지는 행위나 옷을 입고 있는 여자의 옷 위로 가슴을 만지는

25) 강구진, 앞의 책, 173-174면; 배종대, 앞의 책, 253면; 이재상, 앞의 책, 164면; 이정원, 앞의 책, 212면; 정성근·박광민, 앞의 책, 165면.

26) 박상기, 앞의 책, 161면; 이형국, 앞의 책, 220면; 이러한 중대성(현저성)에 육체적 접촉이 있어야 한다는 견해로, 배종대, 앞의 책, 253면; 정성근·박광민, 앞의 책, 165면; 대법원 1998.1.23. 선고, 97도2506 판결에서도 개인의 성적 자유의 현저한 침해성이 언급되고 있으며, 독일형법 제184조의f 제1호에서는 이 법에서 성적 행위(Sexuelle Handlungem)란 각 보호법익과의 관계에서 어느 정도의 현저성(einige Erheblichkeit)을 가지는 행위만을 의미한다고 규정하고 있다.

27) 김일수·서보학, 앞의 책, 165면; 박상기, 앞의 책, 161면; 배종대, 앞의 책, 253면; 이정원, 앞의 책, 212면; 이형국, 앞의 책, 220면; 임웅, 앞의 책, 171면. 그러나 이에 대해 중요성 내지 현저성을 범죄성립을 위한 지표의 하나로 추가하고 그 의미를 독일형법과 같이 해석하는 것은 우리 형법의 체계 및 규정에 맞지 않는다고 보면서 도입의 필요성에도 의문을 나타내는 견해로는, 홍기태, 앞의 글, 585면.

행위는 일반인의 관점에서 성적 수치심을 느낄 정도의 추행에 해당되지 않는다는 견해<sup>28)</sup>가 있다. 그러나 이러한 추행행위의 분류에는 동의할 수 없으며, 위 예시는 현저성의 판단기준에 따라 새롭게 판단을 했을 때 추행에 해당된다고 볼 수도 있다.<sup>29)</sup> 객관설이 바라보는 추행개념의 전체적인 맥락은, 독일 형법이 규정하고 있는 추행행위의 현저성 판단여부를 고려하지 않는다고 하더라도 추행이 인정되기 위해서는 적어도 행위의 내용이 성적 관련성을 갖고 상대방의 의사결정의 자유를 침해하는 정도에 이르러야 성립할 수 있다는 의미로 새길 수 있다.<sup>30)</sup>

페미니즘의 입장에서 볼 때 객관설은 주관설보다 진보적인 관점이며, 이 입장에서 볼 때 주관설적 흔적을 보이고 있는 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제14조(통신매체이용음란)와 제14조의 2(카메라등이용촬영)<sup>31)</sup>를 퇴영적인 입법으로 보는 견해도 있다.<sup>32)</sup>

## 2) 주관설

28) 김일수, 앞의 책, 349면; 손동권, 앞의 책, 154면; 이재상, 앞의 책, 165면; 이형국, 앞의 책, 220면.

29) 독일판례를 인용하여 옷 위라 할지라도 여자의 유방을 만지는 행위는 추행에 해당한다고 보고 있는 견해로, 박상기, 앞의 책, 161면; 폭행·협박의 정도에 따라서는 추행이 될 수 있다고 하는 견해로, 오영근, 앞의 책, 178면.

30) 정영일, 앞의 책, 138-139면.

31) 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제14조 (통신매체이용음란) 자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적으로 전화·우편·컴퓨터 기타 통신매체를 통하여 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 말이나 음향, 글이나 도화, 영상 또는 물건을 상대방에게 도달하게 한 자는 2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다. <개정 2006.10.27>

제14조의 2 (카메라등 이용촬영) ① 카메라 기타 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 타인의 신체를 그 의사에 반하여 촬영하거나 그 촬영물을 반포·판매·임대 또는 공연히 전시·상영한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다. <개정 2006.10.26>

② 영리목적으로 제1항의 촬영물을 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조 제1항 제1호의 정보통신망(이하 “정보통신망”이라 한다)을 이용하여 유포한 자는 7년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다. <신설 2006.10.27>[본조신설 1998.12.28]

32) 심희기, 앞의 글, 106면에서는 일반인의 관점에서 피해자의 의사 등을 고려하여 판단하는 객관설이 주관설보다 우위에 있다고 하나, 형법의 보충성원칙이나 강제추행죄의 축소해석과 관련해서는 바람직하지 못한 부분도 있다고 해야 한다. 왜냐하면 강제추행죄는 남녀노소를 불문하고 사람을 그 행위객체로 규정하고 있기 때문이다.

추행이란 주관적으로는 성욕을 흥분 또는 자극케 하거나 성적 만족을 얻을 목적으로 행해지고, 객관적으로는 일반인의 정상적인 성적 수치심을 해하며 선량한 성 도덕관념에 반하는 행위를 말한다. 즉, 객관적 요소 외에 행위자에게 주관적으로 성욕을 자극, 흥분 또는 만족할 만한 목적을 요구하는 입장으로 경향법설이라고도 한다.<sup>33)</sup>

### 3) 사회유해성 관점설

추행개념은 규범적 구성요건요소로서 법관에 의한 추가적 가치판단을 요하는 개념이다.<sup>34)</sup> 법관의 개념해석을 통하여 성관념에 대한 시대적·사회적 변화에 융통성 있게 적용할 수 있는 장점과 법관 개인의 보수적 내지 편협한 성윤리관에 의하여 시대착오적 해석을 내릴 수 있는 단점도 동시에 가지고 있으므로, 추행 내지 음란개념이 사용된 처벌규정은 성적 영역에 있어서 성인의 일정한 도덕적 수준을 보호하고자 하는 척도에서 해석될 것이 아니라 공중에게 심한 성적 불쾌감을 준다거나 성질서를 교란하는 것을 제재해야 한다는 사회유해성의 관점에서 추행의 개념을 파악해야 된다고 보는 견해이다. 주관적으로는 성욕을 흥분·자극케 하거나 성적 만족을 얻을 의도로 행해지고, 객관적으로는 공중에게 심한 성적 불쾌감을 주는 행위를 추행이라고 본다.<sup>35)</sup> 이 입장은 법률외적인 개념요소가 추행의 명백한 해석을 내리는데 도움이 되며, 주관적 요소를 추행개념에 추가적으로 내포시키면 추행개념의 축소해석에 기여하므로 굳이 배제할 이유가 없다고 본다.<sup>36)</sup>

33) 김일수, 앞의 책, 350면; 임웅, 앞의 책, 170면; 주관설을 경향법설이라고 규정하는 견해로는, 심희기, 앞의 글 106면.

34) 추행이나 음란개념에 대한 해석의 주체는 법원이라는 최근의 대법원판례도 있다. 대법원 2008.3.13. 선고, 2006도3558 판결('음란' 개념의 종국적인 판단 주체) '음란'이라는 개념은 사회와 시대적 변화에 따라 변동하는 상대적이고도 유동적인 것이고, 그 시대에 있어서 사회의 풍속, 윤리, 종교 등과도 밀접한 관계를 가지는 추상적인 것이므로, 구체적인 판단에 있어서는 사회통념상 일반 보통인의 정서를 그 판단의 기준으로 삼을 수밖에 없다고 할지라도, 이는 일정한 가치판단에 기초하여 정립할 수 있는 규범적인 개념이므로, '음란'이라는 개념을 정립하는 것은 물론 구체적인 표현물의 음란성 여부도 종국적으로는 법원이 이를 판단하여야 한다.

35) 임웅, 앞의 책, 171면.

36) 임웅, 위의 책, 171면.



#### 4) 대상판례의 태도(종합고려설)

판례는 추행의 의미를 “객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 피해자의 성적 자유를 침해하는 것” 이라고 판시하여 객관설적 입장<sup>37)</sup>을 우선하고 있으며,<sup>38)</sup> 이러한 객관설적 입장은 대법원 1998.1.23. 선고, 97도2506 판결<sup>39)</sup>에서부터 나타나기 시작했다.

추행은 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 피해자의 성적 자유를 침해하는 것이라고 할 것인데, 이에 해당하는지 여부는 피해자의 의사, 성별, 연령, 행위자와 피해자의 이전부터의 관계, 그 행위에 이르게 된 경위, 구체적 행위태양, 주위의 객관적 상황과 그 시대의 성적 도덕관념 등을 종합적으로 고려하여 결정되어야 한다고 하여, 객관설에 입각한 종합고려설을 취하고 있다.<sup>40)</sup>

### 3. 강제추행의 범의

강제추행죄의 범의(고의)는 폭행 또는 협박에 의하여 사람을 추행한다는 인식을 내용으로 하고 있다.<sup>41)</sup> 본죄의 성립에는 확정적 고의뿐만 아니라 미필적 고의로도 족하다. 즉, 강제추행의 범의는 행위자가 처음부터 피해자의 저항을 예

37) 대법원 2002.4.26. 선고, 2001도2417 판결.

38) 이 판례를 순객관설의 입장이라고 보는 견해로는, 심희기, 앞의 글, 106면.

39) 대법원 1998.1.23. 선고, 97도2506 판결(성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률 제11조 제1항 소정의 위력과 추행의 정의 : 해당 여부의 판단 기준) [1] 추행이라 함은 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 것이라고 할 것이다. [2] 이에 해당하는지 여부는 개인의 성적 자유가 현저히 침해되고, 또한 일반인의 입장에서 보아도 추행행위라고 평가될 경우에 한정하여야 할 것이고, 이러한 의미에서 키스, 포옹 등과 같은 경우에 있어서 그것이 추행행위에 해당하는가에 대하여는 피해자의 의사, 성별, 연령, 행위자와 피해자의 이전부터의 관계, 그 행위에 이르게 된 경위, 구체적 행위태양, 주위의 객관적 상황과 그 시대의 성적 도덕관념 등을 종합적으로 고려하여 신중히 검토하여야만 한다.

40) 추행행위의 여부는 일반인의 성적 수치심과 관계되기 때문에 나라마다 다를 수밖에 없고 시대적인 성적 가치관에 따라 달라지므로 구체적으로는 특정행위가 일어난 장소와 상황 등을 종합하여 판단하여야 한다. 홍기태, 앞의 글, 583-585면.

41) 이재상, 앞의 책, 165면; 임웅, 앞의 책, 171-172면.



상하고 이를 극복한 뒤 추행을 하겠다는 의사 또는 저항이 있을지 여부는 불확실하지만 만약 저항이 있다면 이를 극복하고서라도 추행을 하겠다는 미필적 의사가 있는 경우에만 인정된다. 본죄의 성립을 위해서는 추행의 고의는 행위자에게 있어야 한다.<sup>42)</sup> 다만, 피해자가 입으로는 저항을 하지만 신체적인 저항을 하지 않아 피해자의 저항의사가 진지하지 않은 것으로 착각한 경우 등의 예외적인 사례에 한하여 강제추행죄의 고의가 부정될 수 있을 것이다. 판례도 피고인 경영의 식당노래방에서 피고인이 피해자의 뒤에서 껴안고 부루스를 추면서 옷 밖으로 피해자의 유방을 만져본 것만으로는 비록 이것이 피해자의 의사에 반하여 이루어졌다고 하더라도 피고인에게 강제추행의 범의가 있었다고 보기 어렵다고 판시하였다.<sup>43)</sup>

강제추행죄의 주관적 구성요건요소로서 성욕을 자극·만족시키겠다는 주관적 경향 내지 목적이 있어야 하는가에 관하여는 앞서 살펴본 주관설과 객관설의 입장에 따른 긍정설<sup>44)</sup>과 부정설<sup>45)</sup>이 대립하고 있다.

#### 4. 피해자의 의사(피해자의 승낙)의 존재여부

본 대상판례에서 피해자의 의사가 강제추행죄 성립의 중요한 판단요소라는 대상판례의 태도에 대해서는 다음과 같은 반론이 제기될 수 있다.

피해자의 의사는 단순히 잠재적인 의사로는 부족하고, 추행이 개시되는 시점에 현실적으로 존재하는 의사일 것이 요구된다. 그러나 피해자가 예상하지 못하는 상황에서 가해자가 기습적으로 추행행위를 개시하는 기습추행의 경우에는 자기 스스로가 허락하는 것 이외의 모든 성적 행위를 반대한다는 잠재적인 의사는 존재할지 몰라도, 지금 이 순간 바로 그 추행행위에 저항한다는 현실적인 반대의사는 아직 형성되지 않은 것으로 보는 것이 옳다. 그리고 그러한 반대의

42) 손동권, 앞의 책, 155면.

43) 대법원 2002.4.26. 선고, 2001도2417 판결의 원심인 대전지방법원 본원 합의부의 판결에서는 피고인에게 추행의 범의가 없다고 하여 무죄를 선고하였으나, 대법원은 범의에 대한 별다른 설시 없이 가슴을 만지는 행위에 대하여 추행의 범의가 없다고 본 것은 잘못이라고 하여 파기환송하였다.

44) 김일수, 앞의 책, 350면; 김일수·서보학, 앞의 책, 166면에서는 주관적 구성요건요소가 아니라 초과주관적 구성요건요소로 보고 있다; 임웅, 앞의 책, 172면.

45) 박상기, 앞의 책, 161-162면; 손동권, 앞의 책, 154면; 오영근, 앞의 책, 178면; 이형국, 앞의 책, 220면; 정성근·박광민, 앞의 책, 166면.

사 내지 저항의사는 추행행위가 개시된 이후 시점 - 추행행위가 계속되고 있거나 이미 종료된 후 - 에서나 형성된다고 보는 것이 옳다. 따라서 최초로 행위자에게 가해진 기습추행행위는 - 잠재적인 반대의사는 있었지만 - 현실적 반대의사가 없는 상태에서 이루어진 것이기 때문에, 결국 피해자의 의사에 반한 강제추행으로 볼 수 없게 되는 것이다. 또한 폭행자체가 추행행위가 될 수 있으나, 기습추행의 경우에는 그것이 현실적으로 존재하는 피해자의 저항(의사)을 극복하기 위한 수단이 아니기 때문에 강제추행으로 평가될 수 없는 것이다.<sup>46)</sup>

대상판례의 사안에 나타난 피해자의 러브샷 거부 의사 등을 고려할 때 이는 피해자의 의사에 반하는 유형력의 행사(여기서는 협박에 의한 러브샷 강권행위)가 있었다고 볼 수 있으며, 유형력의 행사로 볼 수 있다면 힘의 대소강약은 문제되지 않기 때문에 당연히 추행에 포섭되게 된다. 그리고 적장 해고에 대한 해악의 고지에 의해 마지못해 이를 승낙한 피해자의 승낙은 유효한 승낙이라고 볼 수 없을 것이다.

### III. 나오는 말

위 대상판례의 의의와 사례해결방안으로서 대상판례의 사안에 나타난 러브샷 행위에 대해, 판례가 실시한 바와 같이 피해자의 의사, 성별, 연령, 행위자와 피해자의 이전부터의 관계, 그 행위에 이르게 된 경위, 구체적 행위태양, 주위의 객관적 상황과 그 시대의 성적 도덕관념 등을 종합적으로 고려할 때 추행에 해당할 수 있는지의 여부에 대한 검토로 결론에 갈음하고자 한다.

#### 1. 대상판례의 의의

종래의 판례사안에 비추어 볼 때 본 대상판례의 사안은 가장 약한 정도의 폭행·협박이 강제추행으로 인정된 사안에 속한다고 볼 수 있다. 성폭력이나 성희롱을 엄단하려는 사회의식이 확산되고 있는 최근의 사회상황에 비추어 볼 때, 대상판례는 대법원이 그 동안 견지해 온 바와 같이 강제추행죄에 있어서 폭행

46) 서보학, 앞의 글, 32면.

· 협박의 정도를 강간죄의 그것보다 훨씬 낮게 잡음으로써 강제추행의 처벌대상행위의 폭을 확대하여 성적 피해자를 널리 보호하려고 하는 시대적 상황에 부합하는 태도를 보이고 있으며, 향후에도 이런 추세와 판결은 지속될 것으로 보인다.

## 2. 사례의 해결방안

### 1) 민사상 해결방안

대상판례의 사안은 형사법상의 해결책을 모색하지 않고 민사상의 불법행위에 대한 손해배상이나 정신적 위자료 청구 등의 방법으로 해결하는 것이 가능할 것으로 보이며, 이런 해결방식은 형법의 보충성 원칙에도 부합하는 것이다.

### 2) 대법원 설시이유의 대상사안에의 적용

#### (1) 강제추행죄의 수단인 폭행·협박의 수반어부

대상판례의 사안에서 강제추행죄를 긍정하려면 폭행·협박의 정도 문제가 중요한 판단기준으로 등장할 수 밖에 없으므로 이에 대한 학설과 판례의 입장을 면밀히 관찰해 볼 필요가 있다. 대상판례의 사안에서 직장 해고 등의 해악의 고지를 통해 러브샷을 강권했기 때문에 강제추행죄의 수단인 폭행·협박이 수반되었다고 볼 수 있다.

#### (2) 피해자의 의사(피해자의 승낙)

피해자가 성적 수치심을 느껴 러브샷 거부의를 밝혔음에도 피고인이 직장 해고 등의 해악고지를 통해 러브샷을 강권하여 피해자의 의사에 반한 행위를 하였음은 인정할 수 있고, 따라서 피해자가 러브샷을 한 사실만 가지고는 유효한 피해자의 승낙이 이루어졌다고 볼 수 없다. 피해자의 의사에 반하는 유형력의 행사에서 피해자의 의사는 추행이 개시되는 시점에 현실적으로 존재하는 의사일 것을 요한다. 대상판례에서 러브샷을 폭행·협박에 기한 추행행위로 인정

한다면, 피해자가 러브샷을 거부했기 때문에 피해자의 의사에 반하는 유형력의 행사로 볼 수 있다.

### (3) 러브샷이 추행행위인지의 여부

위 대상판례의 입장에 의하면 일반인의 관점에서 러브샷을 하면서 발생하는 신체접촉이 피해자의 의사에 반해 성적 수치감을 느끼는 행위로 볼 수 있어야 한다. 이 사안에서 피해자의 목을 팔로 껴안고 피해자의 볼에 피고인의 얼굴을 부비면서 술을 마신 러브샷 행위는 피해자의 의사에 반하는 행위이기는 하나 피해자가 성적 수치심을 느낄 정도의 행위에 해당한다고 단정짓기 어려워 보이며, 현재의 성적 도덕관념에 비추어 볼 때 일반인 중 다수는 위와 같은 행위도 형사처벌의 대상이 될 만한 강제추행이라고는 생각하기 어려운 점 - 이는 일반적 혹은 일방적인 남성적 시각이라는 비판이 가해 질 수도 있다 - 도 엄연히 존재하고 있다고 보여진다. 추행은 객관적으로 성적 감정을 침해하는 행위일 것을 요하므로 그것은 성적 자유를 침해하는 중요한 행위에 제한되어야 한다. 즉, 그것이 성적 수치감 내지 성적 도덕감정을 현저히 침해해야 하는 것으로 본다면, 대상판례의 러브샷 행위(얼굴이나 상체가 밀착되어 서로 포옹하는 것과 같은 신체접촉이 일어나는 방법을 말하며, 대상사안에서는 목을 팔로 껴안고 피해자의 볼에 자신의 얼굴을 부비면서 술을 마신 행위)는 추행에 해당하지 않는다. 이는 피해자의 유방을 만지고 다른 한 손으로 음부를 치마 위에서 쓰다듬은 경우,<sup>47)</sup> 피해자를 팔로 힘껏 껴안고 두 차례 강제로 입을 맞춘 경우<sup>48)</sup>와 노래를 부르는 피해자를 뒤에서 껴안고 춤을 추면서 유방을 만진 경우<sup>49)</sup>만 추행에 해당한다고 보고 있는 판례의 태도에 비추어 어느 정도 인정할 수 있는 부분이 있다. 따라서 대상판례의 사안에 대해서 강요죄의 적용여부를 우선적으로 살펴보고 나아가 강제추행으로 의율하는 것이 여의치 않았을 경우에는 폭행죄 또는 협박죄로의 의율도 검토하는게 타당하지 않았나 하는 판단이 든다.

### (4) 추행범의 존재 내지 인정 여부

47) 대법원 1992.2.28. 선고, 91도2337 판결.

48) 대법원 1983.6.28. 선고, 83도399 판결.

49) 대법원 2002.4.26. 선고, 2001도2417 판결.

대상판례의 사안에 대해 추행의 범의를 인정할 수 있는가의 여부를 판례가 취하고 있는 객관설의 입장에 따라 적용해 보면, 위 대상판례의 사안에서는 피고인의 추행고의를 인정하기 어렵다고 보여진다. 즉, 일반인에게 성적 수치심을 야기시키는 행위를 하자는 의사가 피고인에게 있었다고 보기 어렵다. 그러나 사안에 일부 나와 있는 바와 같이 피해자가 거부함에도 불구하고 계속해서 러브샷을 강권하였다면, 추행의 개념은 일단 고려하지 않은 상태에서 강제추행의 고의를 이때는 인정할 수 있을 것이다. 그러나 이런 경우에도 강제추행으로 평가될 수 있는 부분은 피해자의 반대·저항의사가 현실적으로 형성되고 나서부터 행해지는 추행행위에 한정해야 할 것이다.<sup>50)</sup> 따라서 대상판례의 사안에서 만약 피고인이 계속해서 러브샷을 강권하였다면, 러브샷 강권행위에 대해 피해자의 거부 의사가 명백히 나타난 이후의 추행행위에 대해서만 고의를 인정할 수 있을 것이고, 이 경우에 피해자의 승낙여부가 강제추행죄의 성립을 판단하는 중요한 요소로 작용할 수 있다. 항소이유에서도 주장하는 바와 같이 피고인이 처음부터 피해자의 저항을 예상하고 이를 극복한 뒤 추행하겠다는 의사(추행의 범의)를 본 대상판례의 사안에서는 찾아보기 어렵다. 왜냐하면 제1심(추행의 정도가 같은 죄명의 사건과 비교하였을 때 가벼운 점)과 항소심 그리고 대법원(성적 욕구 때문이기 보다는 잘못된 음주습관으로 인한 것)의 판결문에서 실시한 이유로는 피고인이 추행의 범의를 가지고 러브샷을 했다고 인정하기 어려운 부분이 있기 때문이다. 나아가 일반적인 사회통념에 의할 때도 러브샷을 강권한 것이 애당초 처음부터 추행의 범의를 가지고 행해진다고 볼 수 없기도 하거니와, 일반인에게 성적 수치심과 혐오의 감정을 일으킨다고도 볼 수 없을 것이다. 대법원이 추행의 범의문제는 그다지 깊이 고민하지 않고, 행위수단인 폭행·협박의 정도에만 관심을 두고 판시하지 않았나하는 생각이 든다.

### 3. 결 론

위 대상판례는 개개인의 가치관이나 처벌의 필요성에 대한 정책적 판단 등에 따라 결론이 달라질 가능성이 충분한 사안이며, 아울러 강제추행의 범위가 넓혀질 여지도 있을 것으로 보인다.

50) 서보학, 앞의 글, 32면.

이상의 논의를 바탕으로 대상판례의 사안을 정리해보면, 강제추행죄에 있어서의 폭행은 강간죄의 그것과 마찬가지로 상대방의 저항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 강도로 행해져야 된다고 판단되고, 대상판례에서는 심도 있게 실시하지 않은 강제추행의 범의 부분도 고려해야 할 것이다. 항소이유에서도 주장하는 바와 같이 행위자가 처음부터 피해자의 저항을 예상하고 이를 극복한 뒤 추행하겠다는 의사(추행의 범의)를 본 대상판례의 사안에서는 찾아보기 어렵다. 왜냐하면 추행의 정도가 같은 죄명의 사건과 비교하였을 때 가벼운 점, 성적 욕구 때문이기 보다는 잘못된 음주습관으로 인한 것으로 각 법원이 설치한 이유로는 피고인에 대해 추행의 범의를 인정하기 어려운 부분이 있기 때문이다. 나아가 일반적인 사회통념에 의할 때도 러브샷을 강권한 것이 애당초 처음부터 추행의 범의를 가지고 행해진다고 볼 수 없기도 하거나, 일반인에게 성적 수치심과 혐오의 감정을 일으킨다고도 볼 수 없을 것이다. 또한 항소심에서 피고인에 대해 제1심에서와는 달리 징역형을 선택하지 않고 벌금형을 선택한 것은, 추행의 개념이 불명확하고 강약의 정도차가 매우 큰 개념이므로 본 대상판례의 사안을 경미한 추행행위라고 본 것이 아닌가 생각된다. 만약 경미한 추행행위로 보았다면 이는 민사상의 불법행위로 인한 손해배상이나 정신적 위자료 청구 등을 통해 해결이 가능하다고 보기 때문에 형법의 보충성원칙 내지 비범죄화의 입장에서 본다면 대상사안을 강제추행으로 의율한 것은 강제추행의 범위를 상당히 넓혀 놓은 것으로 바람직하지 못한 것이라 판단된다. 본 대상판례에 나타난 러브샷 행위의 경우에 성적행위의 현저성 원칙을 대비시킨다면 추행행위에 해당하지 않는다고 보아야 할 것이고, 이는 기존에 대법원이 추행행위로 본 다른 판례와의 비교에서도 뚜렷이 드러난다. 형사정책적 요구 내지 사회상황과 인식의 변화라는 흐름을 수용하여, 강제추행죄의 처벌대상행위의 폭을 넓게 봄으로써 성적 피해자를 널리 보호하려는 입장에서 대상판례와 같은 판결을 내릴 수도 있지만, 형법체계 내에 규정되어 있는 단순추행과 강제추행 그리고 위력에 의한 추행의 체계를 무너뜨릴 위험성이 존재하게 되므로 이를 전면적으로 판례를 통해서만 확정지을 수는 없다고 본다.

주제어 : 강제추행, 폭행·협박의 정도, 추행고의, 피해자의 승낙

## 참 고 문 헌

- 강구진, 형법강의 각론I, 박영사, 1983.
- 김일수, 한국형법 III(각론 상), 박영사, 1997.
- 김일수·서보학, 새로 쓴 형법각론, 박영사, 2007.
- 박상기, 형법각론, 박영사, 2005.
- 배종대, 형법각론, 홍문사, 2006.
- 백형구, 형법각론, 청림출판, 1999.
- 서일교, 형법각론, 박영사, 1982.
- 손동권, 형법각론, 율곡출판사, 2007.
- 오영근, 형법각론, 박영사, 2005.
- 이건호, 신고 형법각론, 일신사, 1975.
- 이재상, 형법각론, 박영사, 2007.
- 이정원, 형법각론, 인터넷 공개판, 2008.
- 이형국, 형법각론, 법문사, 2007.
- 임 응, 형법각론, 법문사, 2005.
- 정성근·박광민, 형법각론, 삼지원, 2002.
- 정영석, 형법각론, 법문사, 1983.
- 정영일, 형법각론, 박영사, 2008.
- 황산덕, 형법각론, 방문사, 1983.
- 
- 서보학, 강제추행죄에 있어서 폭행의 정도의 기습추행의 문제: 대상판결 대법원 1994.8.23. 선고, 94도630 판결, Jurist, 2001. 11.
- 심희기, 강제추행의 의미와 기습추행의 강제추행성 여부: 대법원 2002.4.26. 선고, 2001도2417 판결(공2002상, 1306), 고시연구, 2004. 2.
- 한인섭, 형법상 폭행개념에 대한 이론(異論), 형사법연구 제10호, 법원사, 1998.
- 홍기태, 강제추행죄에 있어서 폭행, 협박의 정도(대법원 2002.4.26. 선고, 2001도2417 판결: 공2002상, 1306), 대법원판례해설 41호(2002 상반기), 법원도서관, 2002.



[Zusammenfassung]

## **“Libes zum Wohl” als sexuelle Nötigung**

- Koreanisches Oberstgericht 2008.3.13. 2007do10050 Urteil -

Cho, Hyun-Wook

Professor, Hannam Univ

Die Rechtsprechung vom 2008.3.13. 2007do10050 geht hier um Kriterium und Bedeutung von sexuellen Nötigung für den Fall der sexuellen Nötigung (§298 StGB).

Es ist ja immer problematisch, wie der Grad von Gewalt und Bedrohung als Verbrechensmerkmal bestimmt. Dazu stehen vier verschiedenen Positionen, nämlich der weitesten Sinn, der weitere Sinn, der engere Sinn und der engsten Sinn von Gewalt und Bedrohung. Schwierig ist die Frage, welcher Grad von Gewalt und Bedrohung in sexuellen Nötigung haben muss, um die sexuelle Nötigung bejahen zu können.

Die oben genannte Rechtsprechung bejaht für die Tathandlung sogenannt “Libes zum Wohl” als sexuelle Nötigung.

Ich lehne diese Meinung ab, eine Strafbarkeit wegen sexuellen Nötigung zu berufen. Und ich behaupte, dass der oben genannte Fall kein strafrechtliches Problem ist und mit zivilrechtlicher Weise auflösbar ist. Auch durch strenge Auslegung mit §298 StGB kann man den oben genannten Fall auflösbar machen.

Schlüsselwörter : Sexuelle Nötigung, Grad von Gewalt und Bedrohung, Vorsatz der sexuellen Nötigung, Einwilligung des Verletzten