

규제연구 제14권 제2호 2005년 12월

# 단순 성매매 규제의 법정책에 대한 새로운 접근

이 호 용\*

(접수일: 5/11, 수정일: 9/2, 게재확정일: 11/10)

성매매에는 성영업자를 매개로 한 강제적 성매매와 성매매 여성 자신 스스로의 의사에 따라 하는 단순 성매매(자발적 성매매)가 있다. 강제적 성매매는 인간의 존엄성을 훼손하는 것으로 어떤 이유로도 정당화될 수 없다. 따라서 성매매의 규제정책을 논함에 있어서는 자발적 성매매에 국한될 수밖에 없다. ‘성적인 것(Sexuality)’에 관한 법정책에 대해서는 예나 지금이나 찬반양론의 첨예한 대립 속에 있다. 지금까지 학계에서 성매매의 문제는 성매매의 합법화와 불법화에 관한 긍정적인, 혹은 부정적인 효과를 중심으로 어떤 성매매에 관한 법정책을 결정할 것인가를 논의하였다. 그러나 보다 중요한 것은 각론적인 개별법문제로서의 성매매 규제의 사회적, 규범적 타당성 여부를 따지는 것보다, 성매매가 사회적인 문제로 등장한 배경에 대한 보다 근본적인 문제의식이라고 볼 수 있다. 필자는 근대적 결혼제도와 결혼제도를 중심으로 ‘성에 관한 이중기준’과 그에 따른 윤리의식은 성매매를 사회적으로 문제화하는 근본적 원인이 되므로 이것을 불식하는 것이 성매매 문제의 단초가 됨을 주장한다. 또 단순 성매매가 과연 자발적인가를 분석하였으며, 종래 단순 성매매에 관한 형사법학계에서의 논의가 성매매를 ‘비행행위’라고 전제하면서 비범죄화론을 주장하는 데 비해, 필자는 성매매 행위자에 대해 ‘사회적 핸디캡을 가진 자’라는 관점에서 비범죄화를 주장하였다. 또 본 연구의 논지에 따른 성매매의 적절한 허용수준을 제시하였다.

핵심용어: 성매매, 단순 성매매(혹은 자발적 성매매), 근대적 결혼관, 성의 이중기준, 사회적 핸디캡으로서의 성매매

\* 강릉대 법학과, 강원도 강릉시 강릉대학로 120번지 (hoyongr@kangnung.ac.kr)

## I. 문제제기

성매매는 동서고금을 막론하고 가장 민감한 사회적 관심거리이며, 인간의 기본권이 나 속성적 욕망, 사회적 영향 등과 관련하여 그 긍정적 측면과 부정적 측면 혹은 제도적 측면에서 수용할 것인가 말 것인가에 관한 논의가 다양하게 이루어지고 있다. 특히 우리나라에서는 2004년 9월 성매매에 관한 두 개의 법률(성매매알선등행위의처벌에관한법률, 성매매방지및피해자보호에관한법률)이 발효된 이후 더 중요한 사회적 관심거리가 되었다.

일부에서는 성매매는 엄연히 범죄행위이고, 그것이 침해하는 사회적 법익과 윤리를 이제는 더 이상 간과할 수 없는 상황에 이르렀다고 하고, 성매매 규제는 성적 자기결정권을 통제하는 측면이 아니라 여성의 인권유린을 바탕으로 생겨난 성산업을 구조조정하고 선진인권사회를 만들기 위해 필요하다고 주장하고 있다. 다른 일부에서는 성적 자기결정권, 행복추구권, 직업선택의 자유 등과 같은 기본권을 논거로 삼거나, 지극히 어려운 경제적 사정 등 성매매 여성이 그것을 할 수밖에 없었다는 사유들을 들어 성매매 여성들에 대한 측은지심 혹은 그들의 생존권보장의 차원에서, 또는 성매매는 인류 역사상 가장 오래된 직업이라고 한다거나, 성매매의 규제로 말미암아 성욕을 해소할 수 있는 방법이 차단된다고 하는 등의 이유를 들어 이것은 사회적 필요악이며, 이와 같이 현실적으로 근절되기 어려운 것을 현재와 같은 강력한 방법으로 하루아침에 근절시키자 하는 것은 사회적 측면에서 득보다 실이 더 많다고 주장한다.

최근 형사정책연구원이 발표한 자료에 따르면(한국형사정책연구원, 2003; 김은경, 2004, pp.125-138) 성매매의 경제규모가 24조원에 이르고, 그 종사하는 여성의 수가 33만 명에 이른다고 하니, 그 사회적 영향을 감안하면, 과연 규제의 필요성은 있다고 여겨진다. 그렇다면 과연 성매매의 법적 규제는 타당한가, 또 규제가 타당하다면 어떤 관점에서 이

루어져야 하며, 어떤 형태의 것이 어느 정도까지 이루어져야 할 것인가 다시 한번 짚어 볼 문제이다. 2004년 9월 성매매 관련 규제법이 발효된 이래 집창촌이 문을 닫는 등 일시적으로 효과가 보이는 듯하였으나, 아직도 다양한 형태의 성매매가 성행하고 있으며, 이 법이 애초에 집창촌 폐쇄 정도를 의도하였던 것이 아닌가 하는 비판도 제기되고 있다.

이것은 성매매가 갖는 여러 가지 사회적 의미로 볼 때 어느 일방에 서는 규제정책이 실효를 거두기는 어렵다는 점을 입증하고 있는 것이다.

본 연구에서는 종전의 성매매에 관한 다양한 논의들이 ‘성을 파는 자’를 일방적으로 비난하거나 ‘성을 사는 자’의 입장에서 그것을 옹호하는 것만으로 고정되어 있음을 비판하면서, 오히려 그러한 각론적인 문제를 다루기보다는 왜 성매매가 사회적 문제로서 비난의 대상이 되었는지에 대한 근본적인 문제가 우선적으로 다루어야 한다는 점을 지적하고자 한다. 즉 성매매의 문제는 성매매를 사회적 문제로 이끈 근대적 결혼관의 동요와 그에 따른 성적 이중기준, 즉 아내의 성과 성매매 여성의 성을 달리 보는 사회적 인식 등에서 출발하는 것이므로 여기에서 해결의 실마리를 찾아야 하고,<sup>1)</sup> 이에 따라 성매매 규제정책의 방향이 설정되어야 한다는 것을 지적하고자 한다. 또 이를 근거로 단순 성매매에 대한 올바른 법정책에 대한 제언을 하고자 한다.

## II. 성매매 문제의 담론

### 1. 성매매의 문제의 접근방법

성매매에는 성영업자를 매개로 하여 성매매 여성의 의사에 반하여 하게 되는 성매매와 성매매 여성 자신 스스로 ‘성적 자기결정권’에 따라서 하는 성매매<sup>2)</sup>가 있다. 전자를 ‘강제적 성매매’라 하고, 후자를 ‘단순 성매매’라고 한다. 그런데 강제적 성매매는 인간

1) 남성의 입장 혹은 아내의 입장에서 문제를 바라보는 것으로 이와 같은 시각하에서는 성매매 여성은 언제나 사회적 범죄자 내지는 회피의 대상일 수밖에 없으므로 성매매를 성매매 여성의 입장에서 바라보는 것이 중요하다.

의 존엄성을 훼손하는 것으로 어떤 이유로도 정당화될 수 없으며, 따라서 성매매의 규제정책을 논함에 있어서는 단순 성매매에 국한될 수밖에 없다. 이하에서 ‘성매매’라고 표현하는 것도 ‘단순 성매매’를 의미한다. 어디까지가 강제적 성매매이고, 어디까지가 단순 성매매이며, 그 유형에는 어떤 것이 있는지에 대한 논의도 중요하나, 본 연구에서는 성매매 문제의 새로운 접근방법 및 그에 따른 법정책을 주된 연구대상으로 하고 있으므로, 강제적 성매매와 단순 성매매에 대한 구체적 개념적 구분은 더 이상 하지 않기로 한다.

성매매에 관한 종전의 보편적인 용어는 매춘(賣春)이었다. 여기에는 몇 가지 의미가 담겨 있다. 첫째는 매춘(賣春)이라는 용어에서 보는 바와 같이 ‘성을 파는 행위’로서 정의되어 있다는 점이다. 여기서는 성을 파는 사람만이 비난의 대상이며, 사회적 낙인의 대상이 된다. 왜냐하면 성매매는 전통적 결혼관이 추구하는 일부일처제, 아내의 성을 짓밟는 행위라고 여겨지기 때문이다. 스스로 타락하여 몸을 버린다는 의미인 윤락(淪落)도 같은 차원에서 이해될 수 있다. 둘째는 봄(春)을 판다는 의미로 직역된다는 점이다. 그것은 봄에 새 생명이 돋아나듯 순환적이고 자연적인 현상이라는 의미이다. 여기에는 성매매를 필연적인 것으로 고정화시키려는 것 또는 이로부터 발생하는 다양한 문제를 감추려는 의도도 있지만, 그것이 갖는 긍정적 기능(또는 부정할 수만은 없는 기능 내지 사회적 상황)도 있어 그로부터 위안을 삼을 수 있는 이중성도 있기 때문이다. 본 논문에서도 이 두 가지 점을 주된 논점으로 다루고자 한다. 즉 먼저 현대적 성매매의 문제는 전통적 근대적 결혼관의 동요에서 비롯된 것이므로, 남성의 입장 혹은 아내의 입장에서 문제를 바라보는 것으로 이와 같은 시각하에서는 성매매 여성은 언제나 사회적 범죄자 내지는 회피의 대상일 수밖에 없다는 점을 지적하면서 성매매를 성매매 여성의 입장에서 바라볼 필요가 있음을 지적할 것이다. 다음으로는 성매매는 국가의 강제적 규제 작용을 수반하는 현상이고 이것은 법에 의해 규율되는 것이므로, 이에 관한 다양한 찬반 논의에 관하여 검토하면서 성매매의 사회적 현상에 대한 규제의 적부와 정도에 대해 법정책 관점에서 분석해 볼 것이다. 여기서는 기술적인 합법성 측면에서의 분석인 법제도설계에 의한 분석뿐만 아니라 우리 사회의 법제도가 윤리적 요소를 강하게 포섭하고 있으므로 이에 관해서도 윤리적 정당성의 측면에서 분석할 것이다.

## 2. 성매매의 규제와 자유화에 관한 답론

‘성적인 것(Sexuality)’에 관한 법정책에 대해서는 오늘날에 와서도 여전히 찬반양론의 첨예한 대립 속에 있다. 한편에서는 다양한 성애가 주장되고 개방된 성문화가 성행하는 사회 환경적 요인을 감안하지 않을 수 없다는 관점에서, 또 성에 관한 문제는 개인의 자유로운 선택의 문제라는 관점에서 종래의 규제일변도의 법정책에서 벗어날 것을 요구하고 있기도 하지만 다른 한편에서는 ‘성적인 것’이 갖는 사회 해악적 요소를 부인할 수 없으며, 다양한 성애가 주장되는 현재와 같은 개방적 성문화의 분위기가 더 이상 방치되어서는 아니 되며, 이제는 더 이상 참을 수 없는 상황에 이르렀으므로 종전보다 강한 공권력에 의한 규제와 처벌이 요청된다고 주장하기도 한다. 특히 후자의 견해는 최근 직장내 성희롱(Sexual Harassment), 가정폭력(Domestic Violence)이나 성적 학대, 동성애 등과 같은 성에 관한 사회적 문제들이 이슈화됨에 따라 이것과의 상승작용으로 더욱 강하게 주장되고 있다.

이러한 성적인 것에 관한 사회적 문제화는 근본적으로는 근대적 가족제도의 동요에서 발생하였다고 할 것이다. 즉 남성과 여성의 성적 특질과 성별 역할을 고정화함으로써 성립한 근대적 결혼제도가 다양한 성애를 배제하고 차별화하며, 이성애의 가족을 강제하고, 가족 내부의 폭력을 사적인 것 내지는 남성의 특질적인 것으로 인식하여 방치하고 용인함으로써 발생한 것이라고 할 수 있는 것이다. 성적인 것에 관한 규제와 자유화의 문제는 이러한 사회적 문제를 헤쳐 나가는 방법론으로서 제시되는 것이므로 성격이 상반된 양자가 서로 동시에 주장된다고 해서 모순된 현상은 아니라고 할 것이다.

종래의 성매매 합법화 내지 자유화의 입장은 성매매의 사회적 역할에 대한 소위 ‘필요악’론 내지 공중위생 등 사회질서유지 차원에서의 통제가 주된 논거였다. 그러나 최근에 주장되는 자유화의 입장은 자유화라고 하여 적극적으로 성매매의 허용을 주장하는 것이 아니며, 성 자유화 내지 개방 풍조가 만연하여 이에 대해 강한 규제를 하는 경우 너무 많은 저항에 부딪칠 수밖에 없기 때문에 이러한 사회적 분위기에 순응하면서 기타 부수적 문제를 최소화해야 한다고 주장하는 것도 아니다. 그것은 성매매의 문제를 해결하기 위해서는 이것에 관한 이미 발생한 개별적 문제점에 대한 각론적 대응보다는 보다 근본적인 문제에 대한 이론적 접근이 필요하다는 점에 관심이 모아지고 있는 것이

다. 즉 성매매에 관한 문제의 발단은 근대적 가족제도의 문제점에 있는 것이므로 근대적 가족제도 내지 그 기저에 있는 고정화된 성적 특질 내지 여성의 종속성 등과 같은 성별역할에 대한 근본적 인식의 전환이 필요하다는 입장이다.

한편, 성적인 것 특히 성매매에 관한 규제와 자유화의 문제는 다분히 고전적인 주제이다. 특히 자유화는 근대적 민법전이 완성됨으로써 성립된 근대적 결혼제도가 정비되기 훨씬 이전부터 존재하였던 것으로서 기본적으로는 ‘계약의 자유’의 하나로서 등장하였으나, 공중위생상의 문제나 근대적 결혼제도에 의해 조정됨으로써 규제의 대상이 되게 된 것이다. 말하자면 성매매는 근대적 결혼제도가 등장하기 전에는 계약의 대상으로서 현재보다는 훨씬 자유롭게 이루어졌고, 근대적 결혼제도와 같은 사회적 제도는 사회적 공감대적 가치에 의해 형성되는 것이므로 사회의 변화에 따라 변화할 수 있으므로 성매매의 문제도 현재의 시점에서 다시 보지 않으면 안 된다는 것이다.

생각건대 전술한 바와 같이 법적 규범은 사회 공감대적 가치를 반영하는 것이므로, 성매매의 문제에 대해 사회적 공감대가 어떻게 형성되느냐에 따라 성매매에 대한 법적 취급도 달라질 수밖에 없다. 특히 많은 사회적 변화에도 불구하고 전통적 결혼제도에 의한 고정관념에 얽매어 성매매를 반드시 나쁜 것(Bads)으로 다룰 필요는 없다.<sup>2)</sup> 현재의 일부일처제의 가족제도를 기반으로 하는 남녀간의 성적 결합(그에 따른 성매매 문제에 대한 판단도 그러하다)은 그 당시에는 그것이 사회가 채택한 가장 이상적인 형태라고 판단되었기 때문에 수백 년간 유지되어 왔던 것이나, 사회가 지향하는 가치가 달라짐에 따라 이러한 제도도 달라질 수 있다. 역사적으로 성매매가 사회적으로 용인되던 사회도 존재하였던 것처럼 현재의 사회적 상황과 가치에 비추어 그렇게 판단할 수 있는 이유가 있다는 점을 지적하고 싶다. 본 논문은 이러한 점에 관한 정책적 접근 시각을 제시하는 것을 주된 목적으로 한다.

2) 여기서 성매매를 나쁜 것(bads)이 아니라고 한다고 해서 이것이 좋은 것(goods)이라는 의미는 아니다. ‘바람직하지 않지만 받아들일 수 있는 것’ 정도로 나쁘지 않은 것(not bads)으로 이해하면 좋겠다.

### Ⅲ. 성매매와 관련된 법정책의 유형별 특징과 평가

#### 1. 서

종래 성매매에 관한 법정책은 크게 성매매 여성의 권리를 인정하지 않는 입장과 성매매 여성의 권리를 인정하는 입장으로 구분된다. 전자는 그 규제방법에 주목하여 성매매를 범죄로서 관계자 모두를 처벌하는 처벌주의 또는 금지주의, 일정한 조건하에서 성매매를 공인하는 규제주의로 세분되며, 후자는 성매매의 폐지를 목표로 성매매 영업자<sup>3)</sup>를 처벌하자는 폐지주의와 최근 등장한 견해로 성매매의 발생은 사회구조적 문제라는 인식하에 성매매자 스스로의 입장에서 비범죄화를 제시하는 성노동자론으로 나누어진다.<sup>4)</sup>

이와 같이 성매매의 문제는 각국의 종교적 문화적 전통과 밀접히 관련을 맺고 있으며 따라 다양한 법적 대응이 채용되고 있으며, 인권 의식의 양양 등 사회적 발전과정에서 따라 규제의 태도도 달라지고 있다. 그런데 종전의 성매매에 관한 견해들은 모두 근대 가족상의 담당자인 ‘아내’를 보호하기 위한 관점에서 매춘 여성상에 대한 고정화된 시각을 버리지 못하였으며, 이러한 정책들은 결국 도덕주의에 입각한 성매매 여성에 대한 멸시 내지는 차별에 관한 사상적 기반을 가지고 있었으므로 인권보장적 차원에서 많은 비판이 가해졌다. 그런데 이와 같은 ‘아내’와 ‘성매매 여성’의 대립구도는 ‘성의 이중기준’에 따른 것이었으므로, 이러한 인식의 기반하에서는 성매매의 문제를 해결할 수 없다고 하는 종래의 성매매에 관한 법정책에 대한 반성과 함께, ‘성의 이중기준’을 버리

3) 여기서 성매매 영업자란 성매매에 개입하여 알선하고 조장하는 것을 영업으로 하는 자를 말한다.

4) 성매매에 관한 법정책을 분류하는 방식은 학계에서 확립되어 있지 않으며, 통일된 용어를 사용하고 있지도 않다. 본 논문에서는 금지주의(처벌주의), 공중위생론, 폐지주의, 성노동자론 등으로 구분하나, 어떤 이는 금지주의, 규제주의, 폐지주의 등으로, 또 어떤 이는 금지주의, 합법적 규제주의, 비범죄주의 등으로 구분하기도 한다. 후자의 두 가지 구분방식이 학계의 대체적 분류방법이다. 이 방식에서는 성매매의 당사자 모두 혹은 어느 하나를 처벌하면 금지주의, 처벌에 대한 조항이 구체적으로 명시되어 있지 않거나 일정 지역에서는 처벌하지 않는다면 규제주의, 법의 목적에서 성매매를 금한다는 표현이 없으면 폐지주의 등을 구분한다. 그러나 예컨대 폐지주의와 비범죄주의가 완전히 일치하는 것도 아닌 것처럼 용어뿐만 아니라 분류의 방식과 내용도 각기 다르다. 또 어떤 나라가 어떤 법정책을 쓰고 있는지도 분류 방식에 따라 다를 뿐만 아니라 각국의 처해 있는 입장이 다르며, 여러 가지의 정책을 혼용하고 있는 경우도 있어 한마디로 말하기는 어렵다.

고,5) 또 이것을 기반으로 하는 근대 가족제도에 대한 인식을 새롭게 해야 한다는 지적이 일기 시작하였다. 소위 ‘성노동자론(Sex Worker)’이 여기에 속한다(Joyce Outshoom, 1998: 190-199; Katrina Gorjanicyn, 1998: 180-189).

이하에서는 성매매는 어떠한 문제로 파악되어야 할 것인가에 관하여 살펴보기 위하여 성매매규제의 법정책에 관한 역사적 발전에 따라 그 유형별 특징을 정리하고 평가해 보고자 한다.

## 2. 전통적 규제주의의 입장 - 도덕주의와 공중위생론의 특징과 평가

전통적 규제주의의 입장에서는 규제의 관점, 즉 성매매를 어떠한 차원에서 문제 삼을 것인가에 주목하여 도덕적인 문제로 논의하는 입장과 공중위생의 문제로 보는 입장의 두 가지가 있다. 전자를 도덕주의, 후자를 규제주의(후자)라고 한다. 도덕주의는 다시 처벌주의(금지주의)와 피해자 없는 범죄론<sup>6)</sup>으로 구분할 수 있다.

첫째로 성매매는 오랫동안 도덕적인 문제로서 논의되어 왔다. 근대적 결혼제도의 확립과 함께 성매매는 도덕적으로 허락되지 않는다고 하는 견해는 종교적인 신념에 의해서도 강하게 주장되어 왔다. 성매매는 애정에 기초한 성관계에 의한 결혼제도를 모욕, 왜곡하며 사회질서를 혼란시키는 것으로 보아 왔기 때문이다. 즉 결혼제도의 신성함이 라고 하는 발상에서 문제되었던 것은 성매매 여성이다. ‘아내’로서 정숙해야 할 여성의 성매매 행위는 중대한 사회문제가 되었기 때문이다.

성매매에 관하여 도덕적 관점에서 법적 대응을 생각하는 경우 두 가지의 다른 견해가 있다. 그 하나는 성매매를 범죄로서 처벌하자는 견해로 소위 금지주의이며, 이것은 우리나라를 비롯한 중국, 필리핀, 태국, 베트남, 미국의 뉴욕, 샌프란시스코, 워싱턴 주 등에서 채용되고 있다. 단 미국은 처벌주의의 입장이나, 법적으로는 ‘질병의 예방’이라고 하는 공중위생상의 이유로 처벌주의적 관점을 가지고 있다(Richard A. Posner and Katharine

5) 그러나 후술하는 바와 같이 성노동자론은 성의 이중기준을 완전히 버리지 못하였다.

6) 최근 형법학계의 경향인 ‘피해자 없는 범죄론’ 내지 이를 기반으로 하는 ‘비범죄화론’도 성매매에 관한 형법의 탈윤리화를 주장하는 것이므로, 윤리적 가치판단이 개재될 것이고 결국은 도덕주의에 기반하는 것이다. 성매매에 관한 비범죄화의 주장은 같지만, 본 논문은 성매매에 관한 도덕주의의 탈피를 주장하는 것이므로 이론적 논거가 다르다.

B. Silbaugh, 1996: 155).

다른 하나는 성매매가 도덕적 문제라면 법과 도덕은 준별되어야 하는 것이기 때문에 형법상의 문제를 아니라고 하는 견해이다. 소위 성매매의 비범죄화를 제창하는 ‘피해자 없는 범죄론’이다. 이 견해에 따르면 성매매에 관하여 형법이 개입하기 위해서는 규제의 정당성과 효율성이 모두 담보되어야 하는데, 정당성은 있더라도 효율성을 확보하기가 어렵다는 것이다. 즉 금지주의와 같이 성매매를 범죄로서 처벌하는 것은 성매매의 감소와 연결되지 않을 뿐만 아니라 암시장(Black Market)을 형성하도록 조장하는 등 오히려 문제를 심화시킬 수 있다는 것이다. 또 전통적인 형법은 아버지가 자식을 다루듯이 국가가 국민의 행위를 규율하는 ‘국친주의’가 원칙이었으나, 최근 형법의 경향은 일정한 행위가 직접적으로 타인의 이익을 침해하는 경우에만 국가가 그 행위를 규제하고 그렇지 않은 경우에는 국가가 간섭하지 않는다는 ‘침해의 원칙(Harm Principle)’으로 정책을 전환하여 형법의 탈윤리화(脫倫理化)를 지향하고 있고, 따라서 당사자의 합의에 의한 성매매행위에 피해자는 존재하지 않기 때문에 피해자 없이 합의에 의한 행위를 처벌하는 것은 허용될 수 없다고 한다.

이들 처벌주의와 비범죄화론은 모두 성매매를 도덕적인 문제로 보는 데서 출발하기 때문에 ‘성의 이중기준’이 유지됨으로써 발생하는 사회적 문제를 지적하지 않는 점에서 서로 같다고 하겠다. 그러나 처벌주의 아래에서는 성을 사는 측도 성을 파는 측도 처벌의 대상이라고 하는 점에서 성에 대해 중립적이라 할 수 있으나, 법의 적용 및 그 영향은 성매매 여성에 대해서는 상당히 심각하고 잔혹하다(Alexa Albert(安原和見 譯), 2002: 77). 또 ‘성의 이중기준’이 유지되는 한, 성매매의 자유화는 성을 사는 측에 유리하며, 성을 파는 측에게만 위험을 부담시키는 현상을 방치하는 것이 될지도 모른다.

다음으로, 성매매를 공중위생상의 문제 등을 주요 문제로 논의하려는 견해가 현실적인 대응으로서 지지를 받기도 한다. 이 견해에 따르면 성매매가 현실적으로 존재하고 없어지지 않는 이상 성매매를 공인하고 가능한 한 사회에 대한 악영향(물론 여기에는 도덕적인 문제도 배제하지 않는다), 특히 공중위생상의 문제를 해결하는 것이 법의 역할이라고 한다. 그 규제방법에는 다양한 것이 있겠지만 이하와 같은 것들을 들 수 있다(변화순, 2003; Alexa Albert, 2002 참조). 소위 공창제와 같이 성산업은 특정지역에 한정하여 인정하며, 지정지역 외에서의 영업은 통제의 대상으로 한다. 성매매 여성에게는 등록, 허가증

을 갖추도록 하고 성병, AIDS 등의 질병이 발병하지 않도록 검진을 받을 의무를 부여한다. 또 이동 내지 거주 자유가 일부 제한되기도 한다. 요컨대 공중위생이란 성을 사는 측의 안전을 보장한다는 의미이며, 이 때문에 규제는 성을 파는 측을 대상으로 하게 된다. 이 규제를 위반하면 성매매 여성은 통제의 대상이 된다.

이러한 규제주의 아래에서 성매매 여성은 ‘노동자’로 공인된다. 다만 성을 사는 남성과 지역사회, 예컨대 배우자나 자녀에게 해를 입히는 ‘특수한 노동자’이며, 그 때문에 일반 노동자에게는 없는 특별한 규제를 받게 된다. 여기서 성매매 여성을 비난하는 도덕관은 온존하며, 더욱 강화될 뿐만 아니라 남성의 성을 사는 행동은 공인되는 결과를 낳게 된다. 공권력의 역할은 공중위생, 즉 성을 사는 남성측의 건강의 유지이다. 이것은 결국 ‘성의 이중기준’을 강화하는 정책이라고 할 수 있다. 하지만 규제주의에 의해 공인되는 성매매업은 남성만을 보호하고 성매매 여성은 쾌락의 도구로 전락할 수 있으며, 자본에 의한 성매매업은 이윤추구의 극대화를 위해 노력할 것이므로, 성매매를 위하여 여성을 착취하고 인신매매하는 온상이 될 수 있다.

정리하면, 전통적 규제주의의 입장인 도덕주의와 규제주의 모두 ‘성의 이중기준’을 취하고 있고, 도덕적 문제와 공중위생상의 이유를 규제의 근거로 하므로 ‘강제적 성매매’와 ‘단순 성매매’를 구분하지 않고 있다. ‘성의 이중기준을 유지하는 이상 성매매에 의한 착취는 벗어날 수 없으며 강제적 성매매로 연결될 수 있고, 결국 인간의 존엄과 가치를 훼손하지 않을 수 없게 된다. 이런 점에서 양 입장은 성매매의 합리적 법정책으로는 적당하지 못하다.

### 3. 성매매 여성의 권리를 인정하는 입장 - 폐지주의와 성노동자론의 특징과 평가

#### (1) 폐지주의

성매매를 여성의 권리로서 문제 삼은 것은 여성운동에 의해서였다. 여기에는 폐지주의를 내세우는 여성운동과 성노동자(Sex Worker)운동이 있다. 19세기 후반 이래 성매매 여성의 노예적 구속 상태와 인신매매를 문제시하였던 여성운동은 성매매 여성을 노예화하고, 인신매매하는 성매매 영업자를 처벌하기 위해서 제기되었는데, 이것이 바로 소

위 폐지주의이다. ‘폐지주의’란 용어는 노예제의 폐지주의에서 유래한다. 19세기에 국제적 노예거래가 사회문제가 되었는데, 노예제 폐지 운동이 고조된 배경에는 19세기 후반 백인노예, 즉 여성의 인신매매문제가 부상되었기 때문이다. 당초 국제적 관심사는 백인 여성에 한정되었다. 이 점이 극복된 것은 1921년 국제연맹에서 ‘여성, 아동의 인신매매 금지조약’을 채택하였기 때문이다.<sup>7)</sup> 여기서 노예제 폐지와 마찬가지로 여성의 인신매매의 소굴인 성매매업을 폐지하자는 운동이 제기된 것이다(土佐弘之, 2000: 123-129).

폐지주의에서는 성매매 영업자를 여성 신체의 착취자로 본다. 성매매 여성은 도덕적 관점에서는 ‘범죄자’이고, 공중위생상의 관점에서는 ‘특수화된 노동자’이며, 폐지주의적 관점에서는 ‘노예상태에 빠진 피해자’로서 파악되고 있다. 이 입장에서는 성매매는 인간의 존엄성과 가치에 부합하지 않으며, 개인과 가정 및 공동사회의 복지를 위태롭게 하기 때문에 성매매 여성을 착취하고, 인신매매하는 성매매 영업자를 처벌하는 것이 법의 역할이라고 한다. UN의 「인신매매 및 타인의 성매매 행위에 의한 착취 금지에 관한 협약」(The 1949 Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of Others, 이하 1949년 협약이라 한다)이 폐지주의를 채용하고 있다.

이 협약에서는 성매매를 목적으로 합의여부에 불구하고 타인을 소개하거나 유혹 또는 유괴하는 자, 합의여부에 불구하고 타인의 성매매 행위를 통해 착취하는 자를 처벌하는 데 합의하며(제1조), 또한 성매매 업소를 소유하거나 경영하거나 혹은 그에 필요한 것을 의식적으로 제공하거나 제공하는 데 관여한 자, 타인의 매춘을 목적으로 가옥이나 장소 또는 그 일부를 대차 혹은 제공한 자를 처벌하는 데 합의함으로써(제2조) 타인의 성매매 행위를 통해 착취하는 사람을 처벌하도록 하고 있다. 이 외에도 국제적 인신매매를 방지하기 위하여 국제 인신매매 희생자의 인권을 보호하는 데 필요한 조치로서 자국으로 송환하기 위한 준비가 끝날 때까지 그들을 임시적으로 보호하고 부양할 것을 제안하고 있다(제19조). 이러한 조치를 적극적으로 이행하기 위하여 협약에서는 구직중인 자 특히 여성과 아동이 성매매 행위를 할 위험에 놓이지 않도록 하기 위하여 직업소개소를 감시하는 데 필요한 조치를 취해야 한다(제20조)고 명시하고 있다.

폐지주의에서 ‘폐지’란 성매매 금지의 폐지를 의미하는 것인데, 이 입장을 취하는 나

7) 이 조약에서는 세 가지 방법에 의해서 이러한 매매를 근절하고자 하였다. 아이를 인신매매하는 사람에 대한 처벌, 직업소개소에 대한 감독과 면허제, 여성과 아동의 출국과 입국의 보호 등이 그 내용이다.

라들로는 성매매를 불법으로 간주하지 않고 직업으로 인정하는 국가(예: 네덜란드<sup>8)</sup> 등), 직업으로 관리하지는 않지만 그대로 두는 국가(예: 프랑스, 노르웨이 등) 등이 있다. 폐지주의의 공적(功績)은 ‘강제적 성매매’와 ‘단순 성매매’에 대한 법적 취급을 달리 하는 데 있다. 위의 나라들에서는 공통적으로 성매매를 알선, 중개 또는 인신매매 하는 자에 대한 강력한 처벌규정을 두고 있다.

생각건대, 폐지주의는 ‘성의 이중기준’에 따라 성매매 여성에 대한 착취를 정당화하는 성매매 영업자를 처벌의 대상으로 함으로써 ‘성의 이중기준’을 타파하고자 하였으며, 아울러 ‘강제적 성매매’와 ‘자발적 성매매’를 구분하고자 하는 시도로서 종전의 전통적 규제주의의 입장보다 훨씬 진일보한 입장이라고 판단된다. 하지만 아직 성매매 및 성매매 여성의 위치는 무엇인가에 대한 문제는 여전히 남아 있다. 예컨대 1949년 협약의 전문에는 성매매를 인신매매와 함께 ‘인간으로서의 존엄 및 가치에 반하는 것이며, 또 개인 가족 및 사회의 복지를 훼손하는 것’이라고 선언하고 있다. 성매매의 위법성을 확인하는 것은 당시 공인되고 있던 성매매 영업자를 처벌하는 것으로의 정책전환을 위하여 필요한 것이었다. 즉 당시의 성매매 영업자들은 “매춘이 위법한 것이 아니기 때문에, 그것을 중개하는 데 지나지 않는 성매매 영업자의 행위는 당연히 위법성을 가지지 않는다”라고 주장하고 있었기 때문이다. 이에 대하여 폐지주의는 타인의 매춘에 의해 이익을 얻는 것을 처벌의 주된 대상으로 하고자 하며, 성매매 영업자를 개입시키지 않고 성을 사는 자와 성을 파는 자의 합의에 따라 하는 성매매, 즉 ‘단순 성매매’는 처벌의 대상으로 삼지 않는 것이다.

그러나 현실적으로는 폐지주의 아래에서 ‘자발적 성매매’를 처벌하지 않는 것이 성매매 수 남성을 보호하는 역할을 하기는 하였으나, 성매매 여성을 도덕적 비난이나 자기 평가의 저하로부터 해방시키지는 못하는 결과를 낳고 말았다. 무엇보다도 폐지주의가 직면한 가장 큰 문제는 현실적으로 성매매 영업자의 그늘 아래에서 활동하고 있는 성매매 여성에 대한 대응이라고 할 수 있다. 성매매 영업자를 무조건 처벌하는 것은 성매매 여성에게는 생계노동의 장을 박탈하는 것이 될 수도 있기 때문이었다. 성매매 여성은 성

8) 전술한 바와 같이 국가별로 어떤 법정책을 취하고 있는지에 대한 분류는 학자마다 다르다. 네덜란드는 규제주의에 넣기도 하고 폐지주의에 넣기도 하나, 폐지주의의 요체는 ‘강제적 성매매’와 ‘자발적 성매매’를 구분하는가의 여부이다. 이와 같이 보면 네덜란드는 폐지주의에 포함시키는 것이 타당하다.

매매 영업자에 의해 착취되고 있는 상태에서 해방되어 새로운 생활로 진출하기 위한 원조를 받아야 할 존재이다. 그러나 여성의 취업 그 자체가 어려운 상황에서 다양한 문제를 복합적으로 포괄하고 있는 성매매 여성들에 대한 원조는 결코 그리 단순하지 않다. 지금까지 여성보호정책은 그 중요한 역할 내지 과제에도 불구하고 특별한 재정적인 보장도 없고 전문성도 없이 수행되어 왔다. 그 결과 원조의 대상인 여성에게로 문제를 전환시키게 되었고, 결국 ‘성매매를 하였거나 그러할 우려가 있는 여성’을 ‘도덕적인 퇴폐로부터 구제되어야 할 전략자’로서 고정시키게 된 것이다. 이처럼 폐지주의는 여성보호의 영역에서 도덕주의를 온존시키게 된 것이다. 1949년 협약도 ‘피해자에 대한 지원’이 아니라 ‘비행자에 대한 처분’을 주로 하는 경향을 내포한 것이다.<sup>9)</sup> 이 점을 비판하는 것이 바로 성노동자론이다.

## (2) 성노동자론

성노동자론은 당사자, 즉 성매매 여성에 의한 권리 운동이라는 점에서 새로운 여성운동의 하나라 할 수 있다. 우선 이 견해는 그들 자신의 입장에서 성매매의 비범죄화를 요구한다. 또 성노동자론은 성매매 여성을 바라보는 시각이 다르다. 즉 금지주의하의 범죄자상은 물론 규제주의하의 ‘특수한 노동자’상도 통제의 대상이며, 폐지주의의 피해자상도 결국은 ‘비행자’로서 형사처분의 대상으로 보기 때문이다.

특히 성노동자론은 폐지주의를 비판한다. 폐지주의는 성매매 여성의 착취, 노예화를 강조하는 나머지, 성매매 여성의 실태를 보지 못하기 때문이다. 즉 성매매 여성은 강제적 성매매와 같이 피해자가 되는 경우도 있지만, 동시에 자기결정에 따라 직업으로서 생활하고 있는 사람도 있다. 그런데 폐지주의에서는 성매매 여성은 사회적 비행자로 방치되기 때문에 결국 성매매는 자기 결정에 따른 선택의 문제가 되지 못하며, 오히려 그것은 도덕주의에 기초를 두면서 성매매 여성을 멸시하는 입장이라 할 수 있다고 본다. 따라서 폐지주의는 ‘선량한 아내’의 입장에서 ‘나쁜 성매매 여성’을 없애기 위한 형사정책적 입장을 가지고 있다고 주장한다.

그러나 한편 성노동자론의 주장도 여전히 성매매 여성을 ‘피해자’라는 전제하에 ‘나

9) 폐지주의는 1980년대 이래 성을 사는 행위를 성폭력의 관점에서 파악하여 전개하고 있는데, 본 논문에서는 그러한 입장을 취하지 않는다(Kathleen Barry, 1996: 187-276)

쁜 성매매 여성'의 입장에서 '선량한 아내'를 비판하는 것에 그치며, 성을 사는 자와 성매매 영업자의 문제에는 개입하지 않으려는 경향이 있어 만족할 만한 입장은 되지 못한다.

### (3) 결어

생각건대, 전통적 규제주의의 입장인 처벌주의와 공중위생론뿐만 아니라 폐지주의와 성노동자론에서도 성매매와 성매매 여성은 나쁜 것(Bads), 나쁜 여성으로 인식되고 있다. 그것은 성매매 여성을 '범죄자'에서 '비행자'로 이것을 다시 '피해자'로 보아 왔지만 여전히 성매매 여성은 나쁘다는 인간관을 버리지 못하고 있는 것이다. 또 이것은 도덕주의에서 완전히 벗어나지 못하여 '성의 이중기준'을 그대로 가지고 있고 그에 따른 사회적 낙인을 수반하기 때문에 바람직하지 못하다. 따라서 성매매 여성을 사회적 피해자라고 인식하는 것보다는 '보편적 사회의 구성원'으로서, 예컨대 장애인과 같이 사회적 핸디캡을 갖는 사회적 약자로서 사회적 보호를 받아야 할 대상이라고 인식하여야 하며 성매매 여성에 대한 법정책은 여기서 시작되어야 한다.<sup>10)</sup>

## 4. 현행 성매매처벌법의 법정책적 유형과 '성의 이중기준'의 해소

### (1) 현행 성매매처벌법의 법정책적 유형

현행 성매매처벌법은 지금까지 언급한 성매매에 관한 법정책 유형 중 어디에 속하는가? 현행 성매매처벌법은 성매매를 목적으로 하는 인신매매, 성매매의 강요·알선 행위 등은 엄하게 처벌하고, 성매매피해자와 성매매를 한 자를 구분하여 전자에 대해서는 피해자로서 형사처벌에서 제외하고 비범죄화를 시도하였으며, 후자에 대해서는 원칙적인 금지와 보호처분을 도입하고 있다. 전장의 여러 법정책적 입장에 대입해 보면 현행 성매매처벌법은 우선 성매매 자체를 금하고 있으므로, 금지주의를 원칙으로 하면서, 이에

10) 물론 장애인도 빈곤자 등과 함께 지금까지 국가에 의한 은혜적 보호조치의 대상이 되었던 결과 도와주지 않으면 안 되는 보호의 대상으로서 사회적 낙인을 받고 있었으며, 많은 노력으로 불구하고 이것이 완전히 해소되지 못한 점도 부인할 수 없지만 '비행자'에 대한 사회적 낙인과 장애인에 대한 '사회적 낙인'은 질적으로 다르다.

더하여 성매매 목적의 인신매매, 성매매의 강요·알선 행위의 금지, 성매매피해자에 대한 보호조치 등을 주요 내용으로 하는 것으로 볼 때 폐지주의적 요소를 갖추고 있다고 할 수 있다.

그런데 전술한 바와 같이 금지주의와 폐지주의의 문제점은 도덕주의가 온존하여 성매매 여성을 완전한 권리주체로서의 인격이 아닌 법에 의해 다루어져야 하는 법적 대상으로 치부하고 마는 점이다. 일설에서는 윤락에서 성매매로의 용어변경이 바로 도덕주의적 금지주의와의 결별이라는 주장(이호중, 2002: 16)도 있으나, 그것은 시스템적으로 파악할 일이지 용어의 변경만으로 정책의 변경이라고 말하는 것은 지나치다. 이것은 성매매 여성들의 주장에서도 잘 나타나 있다. 성매매처벌법에 반대하면서 단식을 벌이고 있는 성매매 여성들의 주장을 보면, 자신들을 단순한 보호의 주체가 아니라 인격의 주체로 보아 달라고 하고, 여성단체들이 성매매 여성을 구제하기 위해 이 법을 만들었다고 하면서도 이 법 제정시 성매매 여성들의 의견을 전혀 반영하지 아니한 점을 들어 자신들의 인권이 여성단체와 이 법에 의해 오히려 유린되고 있다고 주장하는데, 이 점에서도 잘 나타난다. 정숙한 아내와 성매매 여성을 같은 인격체로 보아 달라는 주장에서도 볼 수 있듯이 무엇보다도 중요한 것은 ‘성의 이중기준’을 해소하는 것이다.

## (2) ‘성의 이중기준’의 해소

‘성의 이중기준’은 여성을 나누고 대립시킴으로써 남성의 성행동에 대한 관용을 확보하는 결과를 낳기 쉽다. 왜냐하면 성의 이중기준은 근대적 가족제도에 근간을 두고 있는 것이며, 근대적 가족제도는 이와 같은 여성종속적인 남녀간의 성별역할을 전제로 하기 때문이다. 따라서 무엇보다도 중요한 것은 ‘성별의 고정화된 영역의 변혁’이며, ‘성의 이중기준’을 타파하려는 시각이다.

‘성의 이중기준’을 가지지 않는다는 것은 성매매 여성은 ‘범죄자’도 ‘피해자’도 아니고 보편적 사회의 구성원 중 하나라고 인식하는 것이다.

그렇다면 성매매에 관하여 도덕주의를 타파하지 못하고 ‘이중기준’을 온존시키게 되는 이유는 무엇인가? 그것은 ‘성의 문제’를 보편적인 사회적 현상으로 보는 것이 아니라 ‘신성시해야 할 것’ 내지 ‘금기시해야 할 것’이라고 하는 특별한 사회적 현상이라고 보는 사회적 인식에서 발생한다고 생각된다. 인간이 성의 문제를 신성시하는 것은 ‘대를

이어야 한다'는 인간의 생존본능에서 유래하는 것은 아닌가 생각된다. 고대에는 성의 문제는 종족을 보존하는 생식의 문제이기 때문에 '신성시'되어 왔고, 그 후 사회가 발달하고서는 성의 문란이 사회를 혼탁하게 하고 질서를 붕괴시킬 수 있기 때문에 '금기시'되어 온 것이다. 따라서 성매매에 관한 '성의 이중기준'이나 그에 관한 도덕주의에서 벗어나기 위해서는 '성 내지 성의 문제'가 사회의 보편적이고 '일상적인 것'이며 성매매 여성은 '범죄자'도 '피해자'도 아닌 '보편적 사회의 구성원 중 하나'라는 인식을 가져야 한다.

## IV. 단순 성매매의 불법화에 대한 법적·윤리적 정당성 분석

### 1. 서

2004년 9월 23일 성매매처벌법이 발효되면서 각 언론에서는 찬반의 시각이 모두 제시되었지만 반대의 시각이 조금 더 우세하였다. 특히 '도덕적 당위만을 앞세운 법은 결국 실패한다'(당시 중앙일보 사설내용)거나 '경직된 법은 얻는 것보다 잃는 것이 많을 수도 있다'고 한 것들이 그것이다. 그것은 주로 '단순 성매매' 내지 '자발적 성매매'에 화살을 든 것이었다. 왜냐하면 성매매 영업자에 의해 매개된 '강제적 성매매'는 어떤 이유로든 정당화될 수 없기 때문이다. 어쨌든 이러한 언론의 부추김적 태도는 비판을 받기도 하였으나 그것의 적부는 차치하고라도 과연 단순 성매매에 대한 법적 규제는 적절한 것인가를 살펴볼 필요가 있다. 여기서는 '자발적 성매매'는 '강제적 성매매' 혹은 '노예성매매'에 상대하는 말로서 이해한다. 그런데 왜 '강제적'의 반대가 '자발적'일 수밖에 없는가에 대해서는 다음 장에서 설명한다.

이하에서는 이 문제를 법적 정당성의 측면과 윤리적 정당성의 측면으로 나누어 살펴보기로 한다.

## 2. 법적 정당성 분석

### (1) 법제도설계의 기본이론

법적 정당성 분석은 대상이 되는 것을 법에 의해 규율할 때의 정당성을 의미하는 것이므로, 이것을 법정책학에서는 법제도를 설계할 때의 정당성이라고 한다. 따라서 이하에서는 법정책학에서의 법제도설계에 관한 이론에 따라 법적 정당성을 분석한다.

‘법제도의 설계’<sup>11)</sup>란 법제도를 만들 때 고려해야 할 점들, 즉 법이 제정되거나 개정되어 그 규율의 목적을 잘 수행해 나가기 위해 반드시 갖추어야 할 요건을 의미한다. 이것은 규율의 법적 정당화를 위해 갖출 요건을 의미하는 것이므로 이에 의한 분석을 ‘법적 정당성의 측면’에서의 분석이라고도 한다. 법제도설계를 위해 판단해야 하는 기준으로는 몇 가지가 있는데, 여기에는 대표적으로 규범성기준, 효율성기준, 정의성기준 등과 같은 것들이 있다. 이 세 가지의 기준만으로 법적 정당성을 완전히 평가할 수는 없지만 그 대표적인 기준이므로 여기서는 이 세 가지의 기준에 따라서만 분석해 보기로 한다.

일정한 행위에 대한 법적 규제가 효과적으로 수행되기 위해서는 첫째, 규제를 할 필요가 있을 만큼 반사회성을 갖추었는가 하는 점(이것을 ‘규범성 기준’이라 한다)과 둘째, 규제가 시행되었을 때 모든 사회구성원들이 그에 효용적으로 만족하고 있고 따라서 그 규제가 효과적으로 수행될 수 있을 것인가 하는 점(이것을 ‘효율성 기준’이라 한다)과 셋째, 규제로 인하여 다른 사람들에게 불이익이나 피해를 주는 것은 아닌가 하는 점(이것을 ‘정의성 기준’이라 한다) 등을 모두 고려하여야 한다.

어쨌든 규제가 사회구성원들의 저항 없이 효과적으로 수행되기 위해서는 규범성과 효율성, 정의성의 세 가지 가치가 모두 충족되어야 하며, 어느 기준의 가치가 다른 기준의 가치를 침해하지 않도록 서로 조화를 이루어야 함은 물론이다.

법적 규제의 경우에 위의 세 가지 기준은 법제도의 설계 단계에서 규제의 여부, 규제

11) ‘법제도설계’를 이와 같은 의미로 사용하기 시작한 사람은 일본의 법정책학자 平井宜雄이며, 그는 법제도설계를 위한 일반적 평가기준, 즉 법제도설계가 잘 갖추어졌는지 평가하는 기준으로 효율성기준과 정의성기준을 두고 있다(平井宜雄, 1996: 66-136). 平井宜雄은 사법학자로 법제도설계에 있어서도 사법적 관점이 중심이 될 수밖에 없다. 따라서 공법 특히 규제법에서 있어서는 새로운 기준으로서 규범성 기준이 추가되지 않을 수 없다. 연구자는 이 기준을 추가하여 분석하였다.

방법과 정도의 측면에서 모두 공통적으로 적용된다. 그런데 특히 각각 중심으로 적용되는 기준이 있는데, ①먼저 어떤 대상에 대해 ‘규제를 할 것인가의 여부’에 대해서는 ‘규범성 기준’이, ②‘규제의 기본적 접근방법’을 결정하는 측면에서는 ‘정의성 기준’이, ③규제를 하는 경우 어떤 ‘방법’을 선택하고 어느 정도까지 할 것인가에 대해서는 ‘효율성 기준’이 주로 적용된다.

## (2) 성매매에의 적용

성매매에 대한 규제의 문제에 대입해 보면, 먼저 ‘규범성 기준’ 판단에서는 성매매 행위가 갖는 사회적 긍정성과 부정성을 비교하여 어느 것이 더욱 가치적인가를 판단하여야 할 것이다. 또 ‘효율성 기준’ 판단에서는 성매매행위의 반가치에 대한 일반 사회인의 법감정을 고려하여야 할 것이다. 형법상 낙태죄나 풍속에 관한 죄와 마찬가지로 대다수 내지 상당수의 사회구성원이 사행행위에 대해 관용적이어서 법적 문제가 없을 것이라고 생각한다면 규제의 효율성을 기대할 수 없을 것이다. 또 여기에는 이러한 관용적 인식을 조장하는 사회적 분위기, 예컨대 족쇄 풀린 성문화, 개방적 성풍조와 표면적으로 규제의 입장을 고수하지만 이를 실질적으로 또는 규제 방법의 불완전성으로 용인하고 방치하는 국가의 성문화정책 등과 같은 것들이 고려될 수 있을 것이다. 마지막으로 ‘정의성 기준’ 판단에서는 성매매를 규제함으로써 성매매 여성에 대한 권리침해는 없는지, 기타 사회 전체의 입장에서의 손실은 없는지 등을 살펴보아야 한다.

생각건대 먼저 ‘규범성 기준’의 측면에서는 성매매가 형법적 규제를 할 만큼 반사회성을 갖추었는가 하는 점을 살펴보아야 한다. ‘반사회적’이란 그 반가치의 정도가 ‘반도덕적’, ‘반윤리적’을 넘어 기본적으로 ‘사회적 비난가능성’이 있음을 의미하는 것이다. 그런데 앞에서 언급한 바와 같이 성매매의 문제를 합리적으로 규율하기 위해서는 성의 이중기준에서 탈피하여야 하며 그러기 위해서는 도덕의 잣대를 대기보다는 ‘사회의 일상적 현상’의 하나로 보아야 한다. 이러한 견지에서는 규범성 기준으로 판단할 때 성매매의 법적 규제는 적절하지 않다.

다음으로 ‘효율성 기준’의 측면에서는 족쇄 풀린 성문화를 방지하는 국가정책으로 인해 성매매에 대한 반사회성에 대한 일반 국민의 인식은 희박해지며, “이 정도는 관찮겠지” 하는 관용의식이 강하게 조성되고 있는 점 등을 감안할 때 성매매에 대한 규제는

사회구성원 전체의 입장에서 효용의 만족도를 느낄 수 없고, 오히려 강한 사회적 저항을 불러일으킬 수 있으며, 법의 기본원칙인 형평성에도 어긋난다는 비판을 받을 수 있다.

마지막으로 ‘정의성 기준’의 측면에서는 성매매의 규제는 금지주의나 규제주의 등에 따라 사회적 법익을 보호할 수 있을지는 몰라도<sup>12)</sup> 성매매 여성은 적어도 윤리적 낙인으로 벗어나지 못하는 비행자일 뿐이므로 그들에게는 인권이라는 중대한 법익침해가 따르게 된다. 즉 보호될 수 있는 사회적 법익에 비해, 사회적 낙인으로 인한 성매매 여성에 대한 인권에 대한 침해가 더욱 크다는 의미이다.

결론적으로 법제도설계의 기준에 따른 분석에서는 ‘자발적’ 성매매에 대한 법적 규제는 법적 정당성을 얻기 어렵다는 점을 알 수 있다.

### 3. 윤리적 정당성 분석

위에서 설명한 바와 같이 법제도설계의 기본이론에 의한 분석에 따라 성매매의 합법화에 대한 법적 정당화를 주장할 수 있다. 그러나 성매매는 도로교통법상의 과속제한이나, 음주단속과 같은 기술적인 것만으로 구성되어 있는 것이 아니라, 수천 년의 역사 속에 내재된 또 한국사회 고유의 강한 윤리적 요소가 개입되어 있어, 이것은 법적 정당화만으로 해결할 문제는 아니다. 성매매 규제에 관한 윤리적 측면을 논거로 삼지 않으면 그 정당성과 설득력이 붕괴될 가능성이 많기 때문이다. 이하에서는 지금까지 학계에서 논의되어 온 성매매 규제의 당위성에 관한 윤리적 관점의 논거들에 대한 비판을 중심으로 윤리적 정당성을 분석하고자 한다.

#### (1) 결혼제도를 벗어난 성행위는 불순한 것이라는 윤리적 관점

이것은 종교적 신념에서 출발한 것으로 소위 여성혐오주의적인 관점이라 한다. 이 견해는 결혼 관계를 벗어난 성행위는 위험하고 불결한 것이라고 비난하면서도 완전한 성매매 금지를 주장하지는 못하며, 이것을 필요악으로 인정하게 된다. 왜냐하면 남성들의

12) 비범죄화론의 입장에서 성매매는 ‘사회적 법익’에도 미치지 못하는 ‘사회적 윤리가치’를 침해하는 것이라고 하여 이를 구분한다. 그런데 여기서 더 나아가 ‘사회적 법익을 침해한다고 해도’라는 말이다.

성에 대한 속성, 즉 그 탐욕적인 특징 때문에 남성의 성을 결혼제도에만 묶어 둘 수 없으며, 그들의 이런 욕구와 충동을 만족시켜 주기 위해서는 어쩔 수 없이 희생양이 필요하다고 생각하기 때문이다. 즉 ‘필요악’으로서의 성매매를 인정하는 계기가 된다. 이 입장에 따르면 결국 결혼 내지 생식과 관련하여 성매매를 규제하는 것은 여성들에게만 구속력을 지니며, 이것을 벗어난 여성에게만 윤리적 비난과 경멸을 하게 된다. 이렇게 되면 성매매를 규제하더라도 경찰로부터의 단속과 감시, 모욕적 대우 등과 같은 성매매 여성들에 대한 인권침해는 피할 수 없다.

따라서 이러한 윤리적 관점에서의 성매매 규제는 성매매 여성들에 대한 윤리적 낙인을 벗겨낼 수 없으므로, 합리적 문제해결의 방법이 되지 못한다(하주영, 2002: 330-331).

### (2) 성관계는 애정을 전제로 하는 것이어야 한다는 윤리적 관점

성관계는 신성한 것이어서 적어도 사랑과 친밀한 애정을 통해 이루어지지 않으면 안 된다는 관점이다. 이와 같은 관점은 하룻밤 정사와 같은 우발적인 성관계를 처벌하지 못하는 이유를 설명할 수 없다. 이러한 애정관에 기초한 성매매 윤리성은 다양한 성관계를 경험한 이들에 대한 프라이버시 침해이자 주제넘은 간섭이라는 비난을 받게 된다.

### (3) 금전이 개입된 성관계는 용서할 수 없다는 윤리적 관점

공기도 상품화하는 마당에 무엇을 상품화할 수 없겠냐고 말하지만, 사회에는 상품화될 수 있는 것이 있고, 상품화될 수 없는 것이 있다. 예컨대 장기매매, 대리모, 성매매와 같은 것들이 바로 그것이다. 특히 성매매는 인간의 신체를 이용하는 판매행위이며, 또 성은 인간의 가장 내밀한 인격적 부분과 결부되어 있어, 이것이 매매의 대상이 된다면 그것은 인간 자체가 매매의 대상이 되는 것과 마찬가지로 될 수 있기 때문에 매매의 대상이 될 수는 없는 것이다. 그런데 이러한 금지의 대상은 사회에 따라 단일하지 않고 사회에 따라 변하는 것이며, 그 기준을 정함에 있어서도 복잡 다양한 요소들이 고려되어야 한다. 특히 성의 상품화에 반대하는 이러한 관점은 성에 대한 것을 신성하고, 고귀한 것으로만 이해하는 데서 출발하는데 현대에서 성에 대한 관점은 오히려 일상적인 것으로 보아야 한다는 경향이 강하다. 또 인간의 신체를 타인이 이용하게 하거나 자신의 내밀한 인격적 측면을 이용하여 금전적 보수를 얻는 직업은 현실적으로도 존재하고 있다.

예컨대 유아에게 젖을 먹이는 유모나, 자신의 몸을 예술 활동을 위해 제공하는 누드모델, 자신의 정신적 활동을 제공하여 금전적 보수를 얻는 교수 등의 학자가 그것이다(하주영, 2002: 333-336).

따라서 단순히 성의 관계에 금전이 개입되어 있다고 해서 이것을 비윤리적이라고 비난하는 것은 성에 대한 특정적 편견에 불과하다는 비난을 면하기 어렵다.

#### (4) 성매매는 여성종속을 의미하는 것이기 때문에 금지되어야 한다는 윤리적 관점

Achard(1994)에 따르면 남성들은 섹스를 할 때 남성이 마음대로 권력을 행사할 수 있는 여성상, 다시 말해 종속적인 여성의 이미지와 성 역할도 함께 사는 것이며 이것이 윤리적 차원에서 성매매가 문제되는 이유라고 한다(D. Achard, 1994). 물론 성매매와 여성의 종속성 사이에는 필연적 논리관계는 성립하지 않는다. 그러나 성매매의 대상이 주로 여성이며, 성매매 산업이 주로 이들로 구성되어 있는 현실을 부인할 수 없으며, 성매매 현장에서의 그들의 역할도 고정화되어 있는 것이 사실이다. 또 성매매는 오랜 역사적 관행과 제도 속에서 여성의 남성종속적인 성정체성을 강제하고 재생산해내는 성차별적 사회에서 이루어지며, 성차별적인 속성이 온존하는 사회에서 남성 손님의 굴욕적인 요구와 횡포 속에서 완전히 자유로울 수 있는 성매매 여성의 모습은 그려보기 어렵다(하주영, 2002: 340-347).

그런데 문제를 표면화된 문제로서 성매매를 규제하는 것만으로 해결하기는 어려우며, 보다 근본적으로 여성종속적인 속성이 어디에서 유래하는 것인가를 파악하여 그 기반을 해체하는 일이 해결책이 될 것이다. 이런 관점에서 보면 무엇보다도 남성 중심적인 결혼제도 등과 같은 사회적 제도와 그에 따른 사회적 인식에 대한 개선이 우선되어야 한다. 왜냐하면 이 제도가 존속하는 한 끊임없이 성종속적인 여성의 역할을 재생산해낼 것이며, 그렇다면 성매매 규제는 문제의 근본적인 해결을 도모하지 못하는 단순한 대증요법에 불과할 것이기 때문이다.

#### (5) 소결

이와 같이 보면 성매매를 둘러싼 반인권적인 측면은 법을 통해 해결해 나가야겠지만,

성매매를 하였다는 이유만으로 이를 처벌의 대상으로 하는 것은 합리적이지 못하다는 결론에 도달하게 된다. 또 성매매의 불법화는 성매매 여성들로 하여금 정당한 권리를 누리지 못하게 한다. 신체적 폭행과 감금, 모욕, 착취 등의 비인간적 상황에서도 그들은 자신에게 씌워진 무거운 윤리적 낙인과 범죄자라는 적대적 환경 때문에 최소한의 자기 존중과 보호의 권리마저도 행사하기 어렵게 되기 때문이다. 이렇게 보면 성매매의 합법화는 성매매 여성들의 기본적인 인권보장과 자기존중감의 회복이라는 토대 위에서 의미 있게 논의될 수 있다.

## V. 단순 성매매에 관한 합리적 법정책

### 1. 단순 성매매는 과연 ‘자발적’인가?

먼저 ‘자발적’인 것이 과연 무엇인가에 대해 고민해 볼 필요가 있다. 포주에 의해 감금되고 폭행되어 직접 강요된 것은 아니지만, ‘경제적’인 이유로 성매매를 하는 것이 과연 자발적인 것인가 하는 문제이다. 이론적으로는 자본주의 사회에서 생산수단을 가지고 있지 않은 자 중에는 ‘경제적’인 이유에 의해 어쩔 수 없이 자발적이지 않을 수 없는 자도 있을 수 있기 때문이다. 이에 대해 성매매 여성의 성매매 시장으로의 유입이 ‘경제적’인 이유로 ‘자발적’이었다라든가 ‘경제외적인 이유’로 이 시장을 벗어날 수 없게 되기 때문에 이것을 과연 자발적으로 볼 수 있을 것인가 반문하는 견해도 있다(이준범, 2002).

생각건대 ‘자발적’ 성매매로 보이는 행위도 여성으로 하여금 돈벌이의 수단으로 성을 파는 일을 택하도록 하는 사회구조적 상황의 결과이므로, 그 행위가 ‘자발적’이었는지 아닌지를 판단하기에 앞서 사회구조결정론적 측면에서 문제의 본질을 생각해 보아야 한다. 즉 ‘자발적’ 성매매의 허용성을 논하기 전에 무엇보다도 이렇게 될 수밖에 없는 사회구조를 개선하는 데 보다 많은 관심을 가져야 한다. 그러나 성매매의 자발성 여부를 묻는 데 대해 사회구조 때문이라고 대답하는 것은 질문에 대해 또 다른 질문으로 답하는 결과가 되고 만다.<sup>13)</sup> 또 얼마의 노력과 시간을 소모하여야 사회구조가 개선될 것인지, 어떤 방법을 통하여 시행착오를 거쳐야 올바른 결론에 도달할 수 있을지도 알기

어렵다.<sup>14)</sup>

따라서 여기서는 ‘사회구조의 조속한 개선이 어렵다고 판단되는 현재의 상황’ 아래에서 자발적 성매매를 허용할 것인가의 여부를 다루어야 한다. 그런데 경제적인 이유로 인한 ‘자발적’ 성매매를 허용해야 한다고 하면, ‘자발적 성매매’를 하는 여성에게 당신은 왜, 공장근로와 같은 육체근로를 하지 않고 성매매를 택했는가? 즉 경제문제를 해결하기 위한 다른 선택수단은 없었는가? 라는 비판을 받게 될 것이다. 그런데 이것도 결국은 하나의 선택의 문제가 아닌가 생각된다. 물론 성매매보다 더 건전하고 바람직한 방법이 있지만, 그것을 선택하지 않는 사람도 있다. 예컨대 힘든 육체노동이 죽기만큼 싫은 사람도 있을 것이다. 또 여기서 기호 내지 선택의 문제라면 ‘불법적이고 비윤리적인 방법’을 택해도 상관없다는 것인가? 하고 반문할지도 모른다. 그런데 전술한 바와 같이 성매매의 문제는 근대적 가족제도에서 비롯된 고정화된 성별역할과 이것에 의한 다양한 성애의 배제 등에서 발생하는 것이므로, 개방적 성풍조, 동성애의 인정 등과 같이 근대적 가족제도가 붕괴되고 있는 상황에서는 과연 그것을 범죄라고 단죄할 수 있을까 하는 비판이 제기되고 있다는 점을 고려한다면 자신의 의사에 의해서 하는 ‘단순 성매매’를 불법적이고 비윤리적이라고 단정 지어 말할 수는 없으며, 그러한 방법을 선택한 것에 절대적인 비난을 가하기도 어렵다. 이런 측면에서 단순 성매매는 자발적이라고 할 수 있다.

## 2. 단순 성매매에 대한 비범죄화와 새로운 성매매 여성관

### (1) 서

우리나라를 비롯하여 단순 성매매도 처벌의 대상으로 하고 있는 금지주의를 취하고 있는 몇몇 나라가 있긴 하지만 최근 국제협약이나 각국의 입법례에서는 단순 성매매는 범죄화하지 않으려는 경향이 있다. 현행 성매매처벌법에서 성매매를 한 자와 성매매피

13) 또 성매매의 문제를 사회구조적 문제만으로 이해하는 경우 성매매자는 사회적 피해자로 인식될 수밖에 없어, 성매매 여성에 대한 낙인효과는 여전히 잔존하게 된다. 따라서 이러한 입장으로는 적절한 문제해결 방법을 제시하기 어렵다.

14) 또 사회구조적 문제는 성매매가 사회적으로 문제화된 하나의 요인에 불과하며, 이 문제가 해결된다고 해서 성매매의 사회적 문제가 해결되는 것은 아니다.

해자를 구분하여 성매매에서의 강제성과 자발성의 구분을 시도하는 것도 바로 이러한 경향을 반영한 것이다.<sup>15)</sup>

성매매의 비범죄화에 대해서는 성 및 성매매에 대한 사회적 가치 인식의 변화, 형법의 탈윤리화 등과 같은 형법기능의 변화와 인권 의식의 제고 등이 주요한 이유가 되고 있다. 최근에 와서는 무엇보다 성매매 여성의 인권보호가 단순 성매매 비범죄화의 주요한 논거가 되고 있다. 아래에서는 성매매 여성의 인권보호의 측면을 중심으로 단순 성매매의 비범죄화를 논급하는데, 이것은 후술하는 바와 같이 종래 형법학계에서 주장하는 비범죄화와 다른 관점을 가지고 있다. 즉 성매매 여성의 인권을 보호하는 목적이 서로 다르다. 말하자면 종래 형법학계에서는 성매매 여성을 사회적 ‘피해자’이기 때문에 ‘보호의 대상’이 되어야 한다는 입장<sup>16)</sup>을 견지하였으나, 본 논문에서는 성매매 여성은 보편적 사회의 구성원으로서 ‘핸디캡을 가진 사회적 약자’로서 ‘보호의 대상’이지 피해자로서 보호의 대상이 아니라는 점을 주장한다.

## (2) 성매매에 관한 법정책 기초의 변화

전술한 바와 같이 최근 성매매에 관한 담론이 과거와 다른 점은 성매매를 ‘규범과 도덕의 문제’에서 ‘인권’의 문제로 본다는 점이다. 1961년 윤락행위방지법이 제정된 이래 성매매에 대해서는 금지주의에 따른 ‘범죄화 정책’이 고수되어 왔으며, 이것은 거듭된 실패로 나타나고 있다. 그런데 실패의 주된 원인은 주지하는 바와 같이 범죄화 정책에 내재하는 도덕주의에 있으며, 전술한 바와 같이 성매매 정책에서의 도덕주의로부터의 탈피에 부단한 노력이 이루어지고 있다.<sup>17)</sup>

또 현실적인 측면에서는 성매매에 대한 범죄화 정책은 오히려 성매매 종사 여성들의

15) 그러나 아직도 현행 성매매처벌법은 성매매를 자발적 성매매와 강제된 성매매로 구분하지 아니하고 포괄적으로 통제하고 있다. 이러한 정책은 성매매 여성과 업주, 고객을 일종의 공범관계로 다루게 되기 때문에 보다 엄격하게 다루어져야 할 ‘성착취’ 폭력 등 ‘실력적 지배’ 등의 심각성이 비범죄화를 요구하는 자발적 성매매에 의해 희석됨으로써 오히려 성매매와 관련된 범죄문제를 보다 음성적으로 심화시키는 경향이 있음(김은경, 2003: 167)에 유의하여야 한다. 따라서 성매매처벌법은 자발적 성매매를 강제적 성매매로부터 구분하는 법정책을 취하여야 한다.

16) 이 입장을 취할 수 없는 이유는 도덕주의와 성의 이중기준에서 완전히 벗어나기 어렵기 때문이다.

17) 다분히 도덕적 개념요소를 담고 있는 ‘윤락’이라는 용어가 ‘성매매’로 바뀐 것도 도덕주의로부터 벗어나기 위해 진일보(一步)한 것이라고 하겠다.

성착취 상황을 더욱 가중시킬 수 있고(김은경, 2003: 165), 성매매 여성의 갱생의욕을 방해할 수 있다는 주장(조국, 2003: 279)도 의미 있게 제기되고 있다. 성매매를 범죄화하는 것은 성매매자를 일탈자, 범죄인으로 정의함으로써 우리가 모든 여성과 남성을 가부장적 성의 ‘정상적’인 제도, 이데올로기의 남용 속에 가둘 수 있으며(Carlin Meyer, 1993: 120), 또 성매매 종사자들이 포주에 더욱 강하게 의존하게 되는 체계를 형성하게 하고 지배와 착취를 당할 기회를 구조화시킬 수 있다. 특히 성매매는 그 자체로 불법적이고 나쁜 것(Bads)이라는 인식이 일반화되어 있고, 여성에 대한 인신 지배적 환경 때문에 성매매 여성들은 법적 기관에 노출되기를 꺼려하므로, 정작 엄격히 규제하고자 하는 노예적 성매매를 조장하는 포주들을 형법적으로 규제하려는 수사 과정에 협력하지 않을 가능성이 많다.

이와 같이 성매매에 대한 정책기조가 성매매의 ‘범죄화’에서 성매매 여성에 대한 ‘인권보호’로 변화함으로써 성착취에 의한 노예적 성매매가 아닌 단순 성매매는 이것을 비범죄화하여야 한다는 결론을 맺게 된다.

### (3) 허용할 수 있는 단순 성매매의 범위

단순 성매매를 비범죄화하는 가장 큰 이유는 ‘자발성’에 있다. 형식적이거나 자발적 계약에 의해 성매매가 이루어지며, 성매매 합법화의 가장 중요한 근거가 되는 ‘성적 자기결정권’이 발현되면 자발성이 되기 때문이다. 따라서 비범죄화되는 성매매에서도 ‘자발적’인지의 여부를 검토하는 것은 중요한 과제이다.

이런 이유로 자본, 포주 등 사용자에게 예속된 성매매의 경우 비범죄화의 대상에서 배제하는 것이 적절하다. 왜냐하면 이러한 상황 아래에서는 자발적 성매매가 이루어지기 어려우며, 자본의 속성은 이윤의 극대화를 요구하고, 성산업에 있어서도 이러한 경제원리는 그대로 적용되기 때문에 결국 자발적 성매매가 아니라 노예적 성매매가 되기 쉬우며, 또 성매매 서비스는 다른 종류의 노동에서는 볼 수 없는 성이라는 인격적 서비스를 제공하는 것이므로 인격적 침해가 피할 수 없는데, 자본, 포주 등 사용자에게 예속된 성매매의 경우에는 이러한 침해가 더욱 클 수밖에 없고 따라서 노동권을 보장하고자 하여도 성매매 서비스의 속성상 노동조건 개선은 더욱 기대하기 어렵기 때문이다.

따라서 허용할 수 있는 성매매의 유형은 성매매 영업자를 개입시키지 않고 성을 사는

자와 성을 파는 자의 합의에 따라 하는 성매매에 한정될 수밖에 없다.<sup>18)</sup> 이러한 점에서는 폐지주의나 성노동자론에서 주장하는 허용 가능한 성매매의 범위와 같다. 그러나 성매매 여성에 대한 인간관이 다르다. 본 논문에서 주장하는 바는 성매매 여성은 사회적 보호의 대상이라는 점에서는 공감하나, 범죄자나 비행자도 피해자도 아니고 장애인과 마찬가지로 사회적 핸디캡을 가진 사회적 약자로서 처우되어야 한다는 것이다.

또 단순 성매매를 비범죄화하더라도 그것은 다소 소극적인 의미의 성매매에 그쳐야 한다. 예컨대 적극적인 호객행위나 광고에 의한 적극적인 유인은 금지되어야 한다. 왜냐하면 이러한 행위는 성매매를 적극적으로 원하지 않는 사람의 인권을 침해할 수 있기 때문이다. 성매매 여성도 가능한 범위에서 사회의 일원으로서의 사회적 의무에 최대한 노력하여야 한다. 아울러 또 이들에게는 일정한 직역을 가진 직업인으로서 세금을 징수한다거나 국민 보건의로 체계에 의한 통제의 대상으로 하여야 한다는 점에 대해서는 종래 학계의 주장에 동의한다.

#### (4) 새로운 성매매 여성관 - 종래 형법학계의 비범죄화론과의 차이

형법학계에서는 성매매의 비범죄화에 관한 논거로서, 형법의 임무는 법익 보호에 있는 것이지 사회 윤리적 가치의 보호에 있는 것이 아니라는 점, 성매매로서 남성에 의해 지배적 관계에 종속된다고 보기 어렵다는 점 등을 들고, 더 나아가 단순 성매매의 본질을 ‘구조적으로 제약된’ 자발성으로 파악하더라도 여성이 적극적으로 성매매를 권유하여 성매매가 이루어지는 것이므로 성매매 본질론에 따라 여성은 피해자, 남성은 범죄인으로 단정하기가 어렵다고 한다(조국, 2003: 280). 또 이러한 견지에서 성매매자는 보호하고 선도해야 할 대상이지, 형벌로서 처단해야 할 대상이 아니라 보호하고 선도해야 할 대상이라고 하여 성매매자에 대한 범죄화 정책을 비난해 왔다.

생각건대 종래 형법학계의 성매매 여성에 대한 인간관은 ‘범죄자’에서 ‘비행자’로, 이

18) 다만 이런 법정책을 취하는 경우 성매매 여성의 인권은 보호할 수 있으나, 성병으로 인해 문란해질 수 있고, 주택 전용지역에서의 성매매 시장이 형성될 수 있어 일반 공중의 건강권이나 성매매에 의해 자신의 평온한 생활을 방해받지 아니할 권리를 저해할 수 있다. 따라서 이러한 점을 제어하기 위해서는 보다 많은 경찰력이 동원되어야 하며, 상습적으로 성병을 감염시키는 성매매 여성에게는 일정한 행정벌을 가하는 등의 통제장치도 마련되어야 한다. 아울러 성매매 여성도 사회구성원으로서 인권이 보호되는 만큼 사회적 질서유지의 의무에 대한 인식을 가져야 한다.

것이 다시 ‘사회적 피해자’로 발전하여 왔음을 알 수 있다. 그러나 이와 같이 성매매 여성을 ‘사회적 피해자’로 보는 인간관으로는 성매매 여성이 그 사회적으로 낙인으로부터 자유로울 수 없다. 사회적 낙인이 성매매 여성의 인권 침해를 이루는 가장 근본적인 원인이라는 점을 생각한다면 성매매 여성을 ‘사회적 피해자’라고 보아서는 안 된다. 성매매 여성은 ‘사회적 약자’로서 보호 내지 사회적 보장의 대상임에는 틀림이 없으나, 그것은 성매매 여성이 ‘사회적 피해자’이기 때문이 아니라 ‘사회적 핸디캡을 가진 사회적 약자’이기 때문이다. 성매매를 불법적이지 않고 반윤리적이지 않다고 하더라도 그것이 사회적으로 바람직한 것은 아니며, 건전한 사회생활에서 일탈된 것임에는 틀림이 없으므로 정부가 장애인에게 사회적 핸디캡을 이유로 일정한 사회보장적 급부를 하듯이 같은 차원에서 성매매 여성에게도 ‘사회적 보호’가 아니라 그 핸디캡에 부합하는 ‘사회적 보장’적 급부를 하여야 한다.

### 3. 단순 성매수에 대한 비범죄화

단순 성매매를 법적으로 허용하는 것만이 문제의 해법은 아니라고 하면서 눈을 돌려 성매매 여성이 아니라 ‘성매수자’에 대한 형벌적 규제를 강화함으로써 성매매 여성의 인권도 보호하면서 성매매를 줄일 수 있다는 견해도 있다(이준범, 2002). 예컨대 스웨덴과 같이 급진적 여성주의를 취하는 입장에서는 성매매의 조장·알선 행위를 처벌하며, 성매매 쌍방 중 성매수자만을 처벌한다. 이 입장은 성매매는 성매매 여성의 인격과 존엄을 침해하는 행위이므로, 자발성을 띤 성매매라도 성매매 여성은 피해자로 규정한다. 여기서는 성구매자는 남성 지배 권력의 대리인이므로 성매매자는 피해자, 성구매자는 범죄인이라고 파악하여 구매자만 처벌하는 차별적 범죄화의 입장을 취한다.

특히 이 입장을 취하는 견해에서는 성매매의 합법화가 성매매 여성의 인권보장에 기여하지 못한다고 하면서, 그 이유로 성매매는 다른 노동과는 질적인 차이가 있어 자신의 인격권에 대한 처분권이 완전히 배제될 수 있으며, 성매매 합법화가 인권보장을 위해 타월하다고 주장하는 노동3권의 보장이라는 것도 성매매 여성들이 노동조합의 형태로 인권보장을 위해 투쟁할 가능성이 거의 없기 때문에 그 실효성을 보장하기 어렵다고 한다(이준범, 2002).

그러나 성매매 행위는 매수자와 매도자가 서로 동등한 법적 지위에서 계약에 의해 이루어지는 행위이므로, 성매매 여성을 비범죄화하면서 그 상대방인 성매수 남성을 범죄화하는 것은 법논리적으로 옳지 않으며, 성매매의 맥락과 상황에 대한 고려 없이 성매수 남성만을 범죄인으로 하는 것은 국가 형벌권의 과잉과 선택적 법집행을 가져올 수밖에 없다는 견해(조국, 2003: 281)에 동의한다.

단순 성매수 행위는 청소년을 상대로 한 성매수 행위와는 본질적으로 다르다. 청소년의 성적 자기결정권을 행사할 능력이 완전치 못하기 때문이다. 또 그 불법성에서도 현저한 차이가 있으므로 양자간에 대한 법적 취급은 현저히 달라질 수밖에 없다.

또 단순 성매수를 범죄화하는 것은 성매매 여성이 '피해자'라는 인식을 기반으로 하는 것이므로 결국 성매매 여성은 '사회적 전락자'일 뿐이고 사회의 평범한 구성원으로 보기는 어려우므로 이 입장에 따를 경우 '성의 이중기준'이 여전히 존재하거나 오히려 더욱 강화될 수밖에 없고 따라서 이런 측면에서도 이 입장은 동의하기 어렵다.

## VI. 결 론

사회적 이슈는 사회적 관심사의 변화에 따라 변하기 마련이다. 그런데 가장 오래된 사회적 이슈이면서 현재까지도 그 명맥을 유지하고 있는 것이 바로 '성'에 관한 문제이다. 성문제만큼 끈질기고 생명력이 긴 것도 없다고 할 것이다. 아무리 감추려 해도 감추어지지 않고 끊어지지 않는 것이 바로 성적 욕구이며, 어떻게 보면 성매매도 바로 이러한 연유에서 자연적으로 발생한 것이라 할 수 있다. 그런데 자연발생적인 것이라 하여 방치할 수는 없으며, 현대적 가족상에 비추어 또 현대의 사회적 공감대에 비추어 가장 적절한 법정책의 방향은 무엇인지 고민하지 않으면 안 되는 시점에 도달하였다. 성매매 처벌법의 시행도 새로운 억압의 도구가 아니라 바로 이러한 차원에서 던져진 하나의 방법에 불과하다고 할 수 있다.

생각건대 성매매의 사회적 문제화는 근대적 결혼제도와 그에 따른 성별 역할의 고정화, 성의 이중기준 등과 같은 고정화된 사회제도적 문제에서 비롯되는 것들과 성매매 여성을 성매매 시장으로 내모는 사회구조적 문제, 특수한 상황에서 다른 노동보다 성매

매를 선호한 성매매 여성의 개인적 속성 등에서 발생하게 되는 것이다. 이와 같은 성매매를 사회적으로 문제화하는 요인들은 쉽게 개선될 수 있는 사항이 아니며 어찌면 오랜 시간 동안 노력을 경주하여도 해결될 수 없는 문제인지도 모른다.

또 성매매 문제를 해결하기 위하여 지금까지 다양한 법정책들이 시도되어 왔으나, 어느 하나 만족할 만한 성과를 제시할 수 있는 법정책은 없었다. 지금까지의 성매매에 관한 법정책의 연구에서 성착취를 비롯한 노예적 성매매의 형태는 절대 허용될 수 없다는 공통된 인식을 확인할 수 있으며, 자발적이고 자유로운 의사에 의해 이루어지는 단순 성매매의 처분에 대한 의견이 나누어져 있음을 알 수 있었다.

생각건대 단순 성매매는 전술한 바와 같이 그 발생을 절대적으로 억제한다는 것은 기대하기 어려우므로, 억제적 정책보다는 성매매 여성에 대하여 어떤 법적 취급을 해야 할 것인가가 관건이며, 최근 성매매 여성에 대한 ‘인권의 보호’를 화두로 삼는 것도 바로 그 방법 중의 하나이다. 그러나 성매매 여성의 인권을 보호한다면 그에 걸맞은 인간관을 가지고 출발하여야 하는데, 지금까지의 취하여진 법정책이 가진 성매매 여성에 대한 인간관은 성매매 여성을 범죄자, 비행자에서 사회적 피해자로 발전하는 데 그침으로써 여전히 성매매 여성이 사회적 낙인을 피하기 어렵도록 하고 있다. 이것은 성매매와 성매매 여성을 나쁜 것, 나쁜 여성이라고 인식하는 것을 기반으로 하고 있는 것이다. 필자는 성매매를 사회에서 받아들일 수 있는 것으로 ‘나쁜지 않은 것’이라는 인식의 기반하에 성매매 여성에 대한 인간관도 비행자나 피해자가 아니라 사회적 핸디캡을 가진 ‘사회적 약자’로 보아야 한다고 주장한다. 따라서 성매매 여성을 형사정책적 ‘보호’의 대상이 아닌 사회복지서비스의 수급 대상으로 보아 ‘보장’의 대상으로 하여야 한다. 물론 성매매 여성에 대한 ‘보호’조치적 요소를 완전히 부인할 수는 없을 것이나, 예컨대 각종 보장 조치에서 강한 직권적 요소를 배제하는 등 사회복지서비스적 요소를 강하게 도입하여야 한다.

## 참고문헌

- 김은경, 「한국의 성매매 현황과 형사법적 대응실태」, 『성매매 : 새로운 법적 대책의 모색』, 도서출판 사람생각, 2004.
- 변화순, 「성매매 관련 국제기구의 동향과 각국의 법」, 성매매피해여성 학술대회, 서울대 공익인권법 연구센터, 2003.
- <http://jus.snu.ac.kr/~bk21/studyce/center2/indexall.htm> 2005. 8. 30 방문
- 이준범, 「성매매 합법화 여부에 관한 의견」, 서울대학교 BK21 법학연구단 공익인권법 센터 2002년도 4차 세미나 발표자료, 2002.
- 이호중, 「성매매방지법안에 대한 비판적 고찰」, 『형사정책』, 제14권 제2호, 2002.
- 조 국, 「성매매에 대한 시각과 법적 대책」, 『형사정책』, 제15권 제2호, 2003.
- 하주영, 「성매매는 범죄인가?」, 『시대와 철학』, 제13권 제2호, 한국철학사상연구회, 2002.
- 한국형사정책연구원, 『한국의 성매매 규모와 현황』, 2003.
- Alexa Albert(安原和見 譯), 『公認賣春宿』, 講談社, 2002.
- Achard, D., “Käuflicher Sex die Moralische Dimension der Prostitution,” in *Pathologien des Sozialen*, Fisher, 1994.
- Kelly Weisberg, D. (ed.) *Application of Feminist Legal Theory to Women’s Lives*, Temple Press, 1996.
- Outshoorn, Joyce, “Sexuality and International Commerce: the traffic in der women and prostitution policy in the Netherland,” in Terrell Carver and Veronique Mottier (eds.), *Politics and Sexuality*, Routledge, 1998.
- Barry, Kathleen, *The prostitution of Sexuality*, New York University Press, 1995.
- Gorjanicyn, Katrina, “Sexuality and Work, Contrasting Prostitution policies in Victoria and Queensland,” in Terrell Carver and Veronique Mottier (eds.), *Politics and Sexuality*, Routledge, 1998.
- Meyer, Carlin, “Decriminalizing Prostitution: Liberation or Dehumanization?,” *1 Cardozo*

*Women's L J* 105, 1993.

Posner, Richard A., Silbaugh, Katharine B., *A Guide to American sex laws*, The University of Chicago Press, 1996, p.155.

土佐弘之, 『グローバル・ジェンダー・ポリテイク스 國際關係論とフェミニズム』, 世界思想社, 2000.

平井宜雄, 『法政策學-法制度設計の理論と技法』, 有斐閣, 1996.

フリデック・デラコステ 外, 『セックス・ワーク』, バンドラ, 1993.

K C I

## New Legal Approach for Regulation Policy of Voluntary Prostitution

Lee, Ho-Yong

Prostitution regulation is one of the most important issue in this age. The legal policy of sexuality is beyond dispute as usual, is argued for and against. One part of consent argues that the problem of sex is that of personal self-determination and adapting oneself to opened sexual culture environment is not taken in all part. Another part of opponent argue that it is no doubt about that abnormal sexual-conduct invades social benefit of law, and that opened sexual culture environment should not be leaved alone any more, so that it is necessary that all the more powerful public power is intervned in. However, it is necessary to have cognizance before anything else for resolution of sexuality or prostitution problem, what fundamental cause of problem raising is. When I think of it, collapse of modernistic marriage system is fundamental cause of this problem. Modernistic marriage system is characterized fixation of sex-distinction role, higher position of man, enforcement of heterosexual love, and so on. Therefore various form of sexual love is excluded, subordination of woman and higher position of man are cognized sex-distinction characteristic and so they are neglected and tolerated. In result we see 'sex' in wife's position and so 'sex' is recognized entirely holy thing, 'sex of wife' and 'sex of prostitute' is distinguished (that called 'double standard of sex'). To solve prostitution problem, we cast away 'sex of prostitute' before anything else. This is conclusion of this paper. This concluded by analysis of legal policy, legislation technic, moral justness.

Key words: prostitution, voluntary prostitution, modernistic outlook on marriage,  
double standard of sex, prostitution as handicap

K C I