

중증장애인의 성적 자기결정권에 관한 법학적 고찰

화지원*

장애인은 성적 자기결정권 앞에서 얼마나 주체적일 수 있는가? 법은 개인적 도덕관념이나 종교적 신념으로부터 독립되어야 함에도 불구하고, 유교적 엄숙주의 등에 의해 성에 관한 담론 자체를 부정하고 여겨 접촉하거나 말하는 것을 금지하거나 꺼리곤 했다. 이러한 경향은 일반사회뿐만 아니라, 학계에서도 살펴볼 수 있다. 장애인의 성적 자기결정권에 대하여 법학의 관점에서 이루어진 다수의 연구가 강간과 추행의 죄의 ‘보호법익’에 관한 내용으로, 타인으로부터 법익을 침해당하지 아니한다는 소극적 의미의 관점에서 이루어졌고, 적극적 의미에서 이뤄진 소수의 연구도 그 한계점이 존재한다. 본 연구에서는 장애인의 성적 자기결정권을 법학적 관점에서 검토하고, 관련된 일부 사례를 소개할 것이다. 또한, 선행연구에서 제시한 해결방안에 대한 문제점을 지적하며, 마지막으로 4차 산업혁명 시대에 따른 섹스 로봇과 확장현실-기반 메타버스를 활용한 새로운 해결방안의 정당성과 법적 근거를 검토한다. 결론적으로, 장애인의 적극적 의미의 성적 자기결정권 보장을 위해 섹스 로봇과 확장현실-기반 메타버스의 활용이 현실적이고 적절하며 효과적인 방법이라고 할 것이다.

주제어 : 4차 산업혁명, 중증장애인, 성적 자기결정권, 법학적 고찰

* 단국대학교 법과대학 법학과 학부

I. 문제의 제기

장애인은 성적 자기결정권 앞에서 얼마나 주체적일 수 있는가? 법은 개인적 도덕관념이나 종교적 신념으로부터 독립되어야 함에도 불구하고, 유교적 엄숙주의 등에 의해 성에 관한 담론 자체를 부정하다고 여겨 접촉하거나 말하는 것을 금지하거나 꺼리곤 했다.

이러한 경향은 일반사회뿐만 아니라, 학계에서도 살펴볼 수 있다. 장애인에 관한 연구를 살펴보면, 장애인의 교육권(오시진, 토마스백 2011; 김정열, 2017; 이예다나, 2018)과 이동권(윤상용, 2004) 등에 대한 논의는 오랜 기간동안 계속 연구되어 왔고, 특히 장애인 이동권에 관하여는 최근에 더욱 활발한 연구가 이루어지고 있는 추세임을 확인할 수 있다(박창석, 2021; 양정빈, 최윤영, 2022).

그러나 장애인은 물론, 인간이라면 누구나 향유하여야 하는 '성적 자기결정권'에 관한 연구는 상대적으로 부족한 편이다. 장애인의 성적 자기결정권에 관한 선행연구를 조감하건대, 강간 및 강제추행 등 성범죄로부터 형사법적으로 보호해야 한다는 내용의 연구(김재윤, 2009; 함현지, 2019), 장애인준강간죄에서의 '항거곤란'¹⁾에 대한 해석론(최은하, 2015), 장애인 복지시설에서의 성적 학대에 관한 판례 분석(윤기혁, 2020)에 관한 연구 등이 존재한다. 요컨대, 장애인의 성적 자기결정권에 대하여 법학의 관점에서 이루어진 다수의 연구가 강간과 추행의 죄의 '보호법익'에 관한 내용으로, 타인으로부터 법익을 침해당하지 아니한다는 소극적 의미의 성적 자기결정권을 연구하였다.

한편, 적극적 의미의 성적 자기결정권에 관한 연구도 일부 존재하는데(이상도, 김대원, 2008; 장애여성공감, 2011; 류원섭, 2018), 몇 가지 한계점이 존재하여 (중증)장애인의 성적 자기결정권 관련 문제를 해결하기에는 다소 어려움이 있다. 이상도와 김대원(2008)의 연구는 장애인의 성문제를 실천적 사회복지(서비스) 차원에서의 개입방안에 관하여 연구하였는데, 규범적 영역에서의 기본권에 대한 논의가 없었다는 점에서 아쉬움이 남는다. 장애인여성공감(2011)의 연구는 장애인도 당연히 성적 욕구를 느낀다는 점에서 무성(無性)의 존재가 아니고, 성적 자기결정권의 주체라는 점을 전제로 이루어졌다. 특히 장애인에 대한 성(서비스) 정책에 관하여 해외의 사례와 비교하여 연구하였다는 점에서 유의미하지만, 이러한 정책들은 국내외 입법 현황 및 동향이 다르다는 점에서 우리 사회에 그대로 적용하기에는 어렵다는 한계가 있다. 또한, 해당 연구에서 제시

1) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제6조(장애인에 대한 강간·강제추행 등) ④ 신체적인 또는 정신적인 장애로 항거불능 또는 항거곤란 상태에 있음을 이용하여 사람을 간음하거나 추행한 사람은 제1항부터 제3항까지의 예에 따라 처벌한다.

하고 소개한 정책 중에서 일부는 우리나라 현행법상 범죄(불법행위)로 규정될 가능성이 현저한 경우도 존재한다는 점에서 법적 검토가 필요하다는 한계점이 있다. 류원섭(2018)의 연구는 해결방안으로 ‘성매매 합법화’를 주장하는바, 법학의 관점에서 여전히 명료한 해결책이 될 수 없다고 판단되고, 더 나아가 인격적인 문제도 내포하고 있다고 판단되므로 적절한 해결방안이라고 단정할 수 없다는 한계가 있다.

해결방안을 살피건대, 과학·기술의 발달로 (중증)장애인의 성적 자기결정권의 보장을 위한 새로운 해결방안을 제시할 수 있을 것이라고 생각한다. 예컨대, ‘인공지능(Artificial Intelligence, AI)이 탑재된 인간 모사 자위기구’와 ‘확장현실(eXtended Reality: XR)-기반 메타버스(metaverse)’의 활용이 가장 적절할 것으로 판단된다. 요컨대, 기술의 발전으로 인공지능이 탑재된 섹스 로봇은 지나치게 잦은 성관계 요구에 대하여 거부할 수 있는 기능이 있다. 이러한 점에서 상대방을 대상화할 가능성이 높아지는 등 잘못된 성인지 형성에 관한 우려도 덜어낼 수 있을 것이다. 더 나아가, 성적 자기결정권의 주체로서 자신의 권리를 행사하고, 상대방의 권리를 존중하는 등 실질적인 성교육과 사회적 교류를 할 수 있도록 확장현실-기반 메타버스(XR-based Metaverse)를 활용하는 방안도 고려해야 한다. 확장현실과 메타버스의 결합은 초실감형 가상현실을 구현할 수 있는바, 시간과 공간의 제약이 없고, 현실과 다를 바 없는 체험을 통해 타인과 일상적인 교류뿐만 아니라, 개인 또는 집단을 대상으로 한 성교육 진행도 가능하다는 장점을 십분 활용해야 할 것이다.

이러한 점에서 장애인의 성적 자기결정권을 법학의 관점에서 논의함으로써 헌법과 법률에 따라 장애인도 당연한 성적 주체임을 공고히 하고, 기본적 인권으로서의 성적 자기결정권의 보장을 위해 입법·정책적으로 실현 가능한 해결방법을 제시할 필요성이 있을 것이다.

II. 이론적 배경

1. 장애인은 「헌법」상 기본권 주체인가?

기본권을 향유하는 주체는 대한민국 국적을 가진 모든 개인, 즉 ‘국민’이다. 「대한민국헌법」(이하 ‘헌법’이라 한다) 제2장의 제목이 ‘국민의 권리와 의무’라고 되어 있고, 제2장의 기본권 규정은 ‘모든 국민’이 기본권을 가진다고 한다(양건, 2020).²⁾

²⁾ 기본권에 따라서 국민이 아닌 사람(외국 국적자, 무국적자, 복수 국적자)에게도 해석상 기본권의 주체로

「헌법」 제10조에 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다”라며 장애 여부와 상관없이 인간이기만 하면 존엄과 가치를 가진다고 명시하고 있다. 제11조에는 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”라고 평등권을 천명하고 있는바, 차별금지의 영역에 제한이 없다는 것을 확인할 수 있다. 더 나아가, 제34조 제1항에는 “모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다”라며, 동조 제5항에서는 “신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다.”라고 명시하고 있다. 결론적으로, 장애인이 헌법상 기본권 주체가 아니라고 할 근거는 없다. 이러한 규범들에 관하여 조경진(2014)의 연구에서 적절히 지적하듯이, 신체적·정신적 기타 장애를 가진 자도 헌법상의 보호대상에서 예외라고 할 수 없으며, 장애인도 우리 사회의 다양한 영역 중 제한된 곳 없이 자신의 능력을 발휘하여 국가사회발전에 참여하고 이바지할 권리를 가진다고 봄이 타당하다.

한편, ‘기본권 보유능력’과 ‘기본권 행사능력’은 구별된다. 전자는 기본권의 주체가 될 수 있는 자격을 의미하는바, 기본권의 주체가 된다는 것은 곧 기본권 보유능력이 인정된다는 뜻이다. 후자는 기본권 주체가 구체적으로 기본권을 행사할 수 있는 능력을 의미한다. 주의할 것은, 기본권 보유능력이 인정되는 것이 기본권 행사능력까지 인정된다는 것을 의미하지는 않는다. 예컨대, 태어나 사망한 자는 일정한 기본권 보유능력은 갖되, 기본권 행위능력은 없다고 본다(헌법재판소 2008. 7. 31. 선고 2004헌바81 전원재판부 결정). 따라서 중증장애인의 장애 정도가 매우 심각하여 자신의 성적 자기결정권을 행사하기에 어려움이 있을 수 있다는 것과는 별개로, 기본권 보유능력은 인정되므로, 장애인은 당연히 성적 자기결정권의 주체가 된다고 보아야 한다. 결론적으로, 장애 여부를 막론하고 우리나라 국민이기만 하면 「헌법」상 모든 기본권 주체로 인정되는바, (중증)장애인도 당연히 성적 자기결정권의 주체도 된다. 헌법과 법률은 이러한 결론에 이견을 허용하지 않는다.

2. 법질서 내 장애인의 성적 자기결정권

헌법재판소는 「헌법」 제10조 ‘인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권’과 제17조 ‘사생활의 비밀과 자유’를 근거로 “성적 자기결정권은 각인 스스로 선택한 인생관 등을 바탕으로 사회공동체 안에서 각자가 독자적으로 성적 관(觀)을 확립하고, 이에 따라 사생활의 영역에서 자기 스스로

인정할 수 있다.

내린 성적 결정에 따라 자기책임 하에 상대방을 선택하고 성관계를 가질 권리를 의미하는 것”이라고 판시하였다(헌법재판소 2002. 10. 31. 선고 99헌바40, 2002헌바50(병합) 전원재판부 결정).

한편, 헌법재판소는 「헌법」 제10조를 근거로 “인간은 누구나 자기 운명을 스스로 결정할 수 있는 자기결정권을 가지고 있고 자기결정권에는 성적행동에 대한 것도 포함”되어 있다며(헌법재판소 1990. 9. 10. 선고 89헌마82 전원재판부 결정), “헌법 제10조가 정하고 있는 행복추구권에서 파생되는 자기결정권 내지 일반적 행동자유권은 이성적이고 책임감 있는 사람의 자기 운명에 대한 결정·선택을 존중하되 그에 대한 책임은 스스로 부담함을 전제로 한다”라고 판시하였다(헌법재판소 2013. 5. 30. 선고 2011헌바360, 2012헌바56(병합) 전원재판부 결정).

그렇다면 ‘자기결정권’의 헌법적 근거는 무엇인가? 그 근거를 행복추구권(성낙인, 2010), 인간적 존엄과 가치 및 행복추구권(윤덕경, 2012; 헌법재판소 1990. 9. 10. 선고 89헌마2 결정)에서 찾는 등 다양한 근거가 제시된다. 생각건대, 성적 자기결정권 중 “상대방을 선택하고 성관계를 가질 권리”는 「헌법」 제17조에 해당하되, 성적 자기결정권 중 「헌법」 제17조에 포섭되지 아니하는 영역은 「헌법」 제10조에 보충적으로 포섭할 수 있다고 함이 타당하다. 만약 「헌법」에 규정된 개별적 기본권에 따른 면밀한 근거 도출 없이 「헌법」 제10조에 따른 포괄적 기본권으로 해석한다면, 「헌법」에 개별적 기본권 규정을 명시한 근거가 훼손되기 때문이다.

더 나아가, 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」(이하 ‘장애인차별금지법’이라 한다) 제29조 제1항은 “모든 장애인의 성에 관한 권리는 존중되어야 하며, 장애인은 이를 주체적으로 표현하고 향유할 수 있는 성적 자기결정권을 가진다”라고 명문으로 규정하고 있다. 결론적으로, 장애인의 성적 자기결정권은 헌법상 권리임은 물론이고, 더불어 「장애인차별금지법」에도 명시적으로 규정된바, 장애인의 성적 자기결정권은 법률상 권리의 차원에서까지 이중적으로 보호 및 인정되고 재확인된다고 할 것이다.

3. 성적 자기결정권의 이중적 성격

일반적으로 기본권의 성격을 나눌 때 통상 자유권과 사회권을 이분하여 논한다. 위에서 살펴본 헌법재판소의 결정례처럼(헌법재판소 2002. 10. 31. 선고 99헌바40, 2002헌바50(병합) 전원재판부 결정), 성적 자기결정권이 기본적으로 「헌법」 제10조에 포괄적으로 포섭될 수 있음은 물론, ‘자기결정권’이라는 특성상 자유권적 성격을 지닌다는 판단에 별다른 이견은 없다고 보인다. 그런데 만약 장애 기타 중대한 사유로 인해 그 자유권을 행사하기 어려운 상황이 발생한다면, 국가는 이를 도와줘야 하는지, 적어도 도움을 요청하는 자에 한해서라도 도움을 주어야 하는

지 살펴보아야 한다. 자유권의 행사는 반드시 독립된 개인이 자력으로만 행사하여야 한다는 규정이나 근거는 없기 때문이다. 이러한 논의는 결국 기본적으로 자유권적 성격을 지니는 성적 자기결정권에 사회권적 성격이 내포되어 있는지를 살펴보아야 한다.

1) 자유권과 사회권의 개념

자유권과 사회권의 법적 성격은 많은 부분에서 서로 대비된다. 자유권은 개인주의적 자유주의와 형식적 평등에 기초하고, 국가의 부작위를 요청하는 소극적인 방어권의 성격을 지니고 있으며, 현실적인 법적 효력을 갖는 구체적인 권리다. 반면, 사회권은 공동체주의와 실질적 평등에 기초하고, 국가의 작위³⁾를 요청하는 적극적인 급부청구권으로서의 성격을 가지며, 제한된 의미에서 구체적 권리의 성격을 지닌다. 종래의 법학에서는 이러한 자유권과 사회권을 이분법적으로 나누어 구분하곤 했다.

2) 이중적 성격

일반적으로 사회권에 포함되는 것으로 분류되는 기본권 중에는 자유권적인 성격을 지닌 것들이 있는데, ‘교육을 받을 권리’에 관한 일부 권리들(부모의 학교선택권, 교원의 수업의 자유 등), ‘근로자의 단결권’ 등이 대표적 예다(양건, 2020). 생각건대, 우리 법체계가 통상 ‘자유권-사회권 이분론’을 취하고 있다고 하여, 모든 권리를 엄격하게 이분하여 적용할 것이 아니라, ‘자유권 속의 사회권적 성격,’ ‘사회권 속의 자유권적 성격’을 함께 고려해야 할 것이다. 그 이유는 무엇인가? 그것은 바로 기계적인 이분론이 동등한 인권 혹은 기본권으로서 사회권의 지위를 부정하거나, 권리성을 형식화하는 주장의 주요 논거가 되고 있기 때문이다(이주영, 2019). 즉, 경직된 이분법에 따른 구분은 오히려 기본적 인권에 대한 사각지대를 발생시킬 뿐이므로, 이러한 상대적으로 유연한 태도가 온전한 기본적 인권의 구제 측면이라는 목적을 달성하기에 더욱 적합하다고 할 것이다. 인간의 존엄성을 수호하는 중요한 목적이자 근본적 가치는 바로 기본적 인권의 보장과 존중이고, 법은 그러한 목적이자 근본적 가치를 수호하고 보장하기 위한 수단에 불과하다는 점을 잊어서는 안 된다.

3) 예컨대, 인간다운 생활을 영위하기 위한 수단과 여건의 제공이라는 사실적인 급부 등이 해당한다.

III. 사례 검토

장애인이 성의 주체이자 성적 자기결정권의 주체로서 인정받지 못하고, 성에 관한 기본적인 권이 제대로 보장되고 있지 않다는 내용의 질적 조사를 통해 일부 사례를 소개하고자 한다.

안권수·이현숙 부부는 둘 모두 척수장애인이다. 이현숙 씨는 “성에 대한 욕구가 다치고 나서도 비슷했던 것 같다”라고 전했다. 한편, 안권수 씨는 “다친 후에는 정상적인 발기(erection)가 안 되다 보니까 좀 막연했다”라고 토로했다. 의학적인 도움으로 발기의 문제가 해결된다고 하더라도, ‘변실금’ 또는 ‘요실금’ 문제가 여전히 남게 된다. 안권수 씨는 “성관계를 한다는 거 자체는 서로 좋은 면만 보여줘서 좋아서 하게 되는 것인데, 실수를 하다보니까 자존심도 상하고…”라고 전했다. 하반신에 운동신경이 손상되어 소변이나 대변을 비장애인처럼 볼 수 없는 척수장애인은 성관계 도중 ‘실금’을 우려해 성생활 자체를 회피하기도 한다.

뇌병변장애인의 경우, 성관계 도중 경직이나 경련 때문에 다양한 체위를 취하거나 그 체위를 유지하기 어렵다는 문제가 있다. 김동림·이미경 부부는 뇌병변장애 1급 중증장애인이다. 김동림 씨는 “두 사람 다 장애가 있다 보니까 그런 거(삽입성교)를 한다는 거는 쉽지 않다”라며 만족스러운 성생활이 어렵다고 토로했다.

발달장애인은 언제까지나 아이라는 인식 때문에 부모는 자녀에게 애초에 성에 관하여 알려주지도 않고, 사회로부터는 성적 욕구가 있다는 사실을 외면당하기도 한다. 자폐성 장애인 자녀를 둔 박옥순 씨는 자녀의 자위 현장을 목격하고 당황했다고 한다. 박옥순 씨는 “저희 아이는 성에 관심이 없는 줄 알았어요”라고 전했다. 그 이유로 “제가 옷을 아무것도 걸치지 않고 왔다 갔다 해도 관심이 없었고, 딸아이가 팬티만 입고 왔다 갔다 해도 관심이 없었다”라고 말했다. 한국발달장애가족연구소의 민일심 상담가는 비장애인과 달리 발달장애인에게는 자위행위 등에 관하여 반복적으로 동일하게 알려주면 충분히 적절하게 절제할 수 있으므로 문제 되지 않는다고 한다. 발달장애를 가지고 있는 조태환 씨는 “성교육을 하면서 저에게 개선되는 거는 일상생활에서 많이 좋아진 거 같다”라고 전했다.

장애를 가진 아들이 언제부터인가 “결혼도 할 수 없는데, 여자랑 한 번만 자봤으면 좋겠다”라고 말하기를 반복했고, 결국 아들의 자위행위를 어머니가 직접 손으로 해주기 시작했다는 사례가 존재한다. 이 사례에서 어머니는 “그런데 아들이 점점 더 오랫동안, 점점 더 자극적인 것을 요구한다”라고 밝혔다.

배선이 씨의 손자는 자폐장애인이다. 배 씨의 손자는 사춘기가 시작된 열다섯 살 때쯤 성기를 드러내놓고 거실에 누워있거나 성기를 손으로 잡고 장난을 치는 등의 모습을 보이곤 했다고 전

한다. 손자가 이러한 모습을 보일 때면, 배 씨는 별다른 방법 없이 손자를 간지럽히거나 노래를 불러주는 방법으로 관심을 다른 곳으로 돌리려고 노력했다고 한다.

지적장애 1급인 딸을 키우는 한 엄마는 아이의 자궁을 들어내는 수술을 고민한 적이 있다고 한다(허어영, 2010). “자신의 몸도 제대로 운신하지 못하는 아이가 이성에게 관심을 가지기 시작하면서 성교육도 해봤다”라며, “아이가 인간으로 태어났으니 성생활과 양육의 기쁨도 누려야겠지만, 우리 딸의 미래에 엄마인 나 혼자밖에 없는 상황이 현실이라면 성교육이 무슨 소용이 있겠어요?”라고 전했다. 이처럼, 장애인의 가족 구성원이 원치 않는 임신, 성욕의 문제, 장애여성의 월경(menstruation, 月經) 문제 등을 해결하고자 장애인에 대한 거세, 나팔관 묶기, 난소 적출 등을 원하기도 한다. 이러한 문제는 과거 제15대 국회에서 김홍신 의원이 밝힌 ‘정신지체 장애인 강제 불임수술 실태’에도 언급돼 있다. 당시에 확인된 조사결과에 따르면, 결혼한 케이스가 있었던 10개 장애인 시설 중 8개 시설에서 75명(남자 48명, 여자 27명)의 정신지체 장애인에게 불임수술을 실행한 것으로 밝혀졌다. 부모가 불임수술을 강행한 2개 시설을 제외한 6개 시설에서는 시설 일방의 판단에 의해 강제 불임수술을 행한 것으로 밝혀졌다. 1983년부터 1997년까지 강제 불임수술을 당한 정신지체 장애인은 총 66명(남성 40명, 여성 26명)이었다.

IV. 중증장애인의 성적 자기결정권 보장에 관한 논의

1. 성매매 합법화

(중증)장애인의 성적 자기결정권 문제가 논의되기 시작하면서, 그 해결방법으로 오랫동안 그리고 가장 많이 제시되었던 것이 바로 성매매(prostitution)다. 다큐멘터리 ‘핑크 팰리스(Pink Palace)’에서도 장애인 최동수 씨의 성적 욕구 해소를 위한 방법으로 성매매를 선택하였다(서동일, 2005). 류원섭(2018)의 연구를 살펴봐도 성매매를 합법화함으로써 장애인의 성적 자기결정권을 보장할 수 있을 것이라는 내용이 주요 골자다. 그러나 이 견해는 성 구매자가 금전적 대가를 지불하고 성 판매자와 성관계를 가지는 것을 장애인의 성적 자기결정권 보장을 위한 대안으로 제시하는 것인바, 다음과 같은 이유로 논란의 여지가 많다.

1) 법적 문제

일반적으로 성매매라고 하면, 성 매수자가 성 판매자를 찾아가 성행위를 하고, 그 대가로 금품

을 지급하는 ‘일회적 행위’라고 생각한다. 한편, 성매매가 합법화된 상황에서 성 매수자가 성 판매자와 ‘일정 대금을 지불하는 조건으로 1년 동안 총 20회 성관계를 가진다’라는 계약을 체결한 경우를 생각해봐야 한다.

우리 「민법」은 사적자치⁴⁾를 원칙으로 인정하고 있다. 그렇지만 그 사적자치는 무제한 허용되지 아니하고, 법질서의 한계를 벗어나지 않는 범위 내에서 인정된다. 따라서 법률행위는 그 목적에 관하여 한계가 되는 강행법규를 위반하지 않아야 한다. 달리 말하여, 목적이 강행법규(그 가운데 효력규정)에 어긋나지 않아야 하며, 이에 위반된다면 해당 법률행위는 무효다.⁵⁾6) 법률규정은 사법(private law)상의 법률효과에 의하여 강행법규(강행규정)와 임의법규(임의규정)로 나누어진다. 이 가운데 강행법규는 당사자의 의사에 의하여 배제 또는 변경될 수 없는 규정이고, 반면 임의법규는 당사자의 의사에 의하여 배제 또는 변경될 수 있는 규정이다. 강행법규는 “법령 중의 선량한 풍속 기타 사회질서에 관계 있는 규정”이라고 명시하고 있으며, 임의법규는 “법령 중 선량한 풍속 기타 사회질서에 관계없는 규정”을 의미하고 있다(민법 제105·106조).⁷⁾

성매매가 합법화(엄밀히 말하여 형사법상 비범죄화)되었다고 하더라도, 「민법」 제103조에서 말하는 “반사회질서 법률행위”에 해당할 것인지는 별개로 검토해야 한다. 판례도 “불법행위에 따른 형사책임은 사회의 법질서를 위반한 행위에 대한 책임을 묻는 것으로서 행위자에 대한 공적인 제재(형벌)를 그 내용으로 함에 비하여, 민사책임은 타인의 법익을 침해한 데 대하여 행위자의 개인적 책임을 묻는 것으로서 피해자에게 발생한 손해의 전보를 그 내용으로 하는 것”이라며, “형사상 범죄를 구성하지 아니하는 침해행위라고 하더라도 그것이 민사상 불법행위를 구성하는지 여부는 형사책임과 별개의 관점에서 검토하여야 한다”라고 판시한 바 있다(대법원 2008. 2. 1. 선고 2006다6713 판결). 반사회질서 법률행위라고 본다면 위와 같은 계약은 무효가 되겠지만(계약무효설), 반면 그것이 아니라고 본다면 위 계약은 유효하다(계약유효설).⁸⁾

-
- 4) 자신의 법률관계를 자유로운 의사에 따라 형성할 수 있고 이에 국가의 간섭을 배제한다는 원리다.
 - 5) 민법 제105조(임의규정) 법률행위의 당사자가 법령 중의 선량한 풍속 기타 사회질서에 관계없는 규정과 다른 의사를 표시한 때에는 그 의사에 의한다.
 - 6) 민법 제105조에서 이를 간접적으로 규정하고 있다.
 - 7) 민법 제106조(사실인 관습) 법령 중의 선량한 풍속 기타 사회질서에 관계없는 규정과 다른 관습이 있는 경우에 당사자의 의사가 명확하지 아니한 때에는 그 관습에 의한다.
 - 8) ‘계약무효설’과 ‘계약유효설’은 각 입장을 취할 때 법리적으로 어떠한 전개가 이루어지는지 설명하기 위해 만든 필자의 임의적 학설 명칭이다.

(1) 계약무효설 검토

위 계약이 반사회질서 법률행위에 해당하여 해당 계약이 무효라고 주장하는 계약무효설을 취하면, 성 매수자가 성행위를 마친 후에 성 판매자에게 대금을 지급하지 않더라도 성 판매자는 해당 대금을 청구할 수 없다. 또한, 성 매수자가 성 판매자에게 성행위 전에 대금을 지급하였으나 성 판매자가 용역(성행위)을 제공하지 아니할 때 역시 성 매수자는 성 판매자에게 용역(성행위)를 요구하거나 반환청구를 할 수 없다. 「민법」은 불법원인급여에 대하여 원칙적으로 그 반환청구를 부인하고 있기 때문이다(민법 제746조).⁹⁾

이때 불법원인급여에서 말하는 ‘불법’에 관하여 학설이 대립한다. ① 불법은 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 것을 의미하고, 강행법규의 위반은 포함되지 않는다는 견해(곽윤직, 2003; 김주수, 1997), ② 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 경우에는 제746조의 불법에 해당하나, 강행법규 위반의 경우는 반환금지 또는 반환허용의 경우로 구분될 수 있다는 견해(이은영, 2007), ③ 선량한 풍속 기타 사회질서에 관한 규정인 강행법규 위반 및 사법관계에 관한 행정법상의 금지법규 중 효력규정 위반만을 의미한다는 견해(김상용, 2011; 지원림 2013) 등으로 나뉜다(송덕수, 2021). 판례는 ①설과 같다(대법원 1983. 11. 22. 선고 83다430 판결; 대법원 2001. 5. 29. 선고 2001다1782 판결; 대법원 2003. 11. 27. 선고 2003다41722 판결; 대법원 2010. 5. 27. 선고 2009다12580 판결; 대법원 2010. 12. 9. 선고 2010다57626 판결 등).

생각건대, ③설은 법률규정을 위반한 경우에 한하여 불법하다는 것은 너무 난해하고, 나머지 두 학설은 지나치게 불법의 범위를 확대한다는 문제가 있다. 「민법」 제746조는 부당이득에 관한 특례이고, 같은 법 제103조보다 불법의 인정범위를 좁혀야 한다. 따라서 「민법」 제746조는 사회질서 중 선량한 풍속을 위반한 것만이 불법하다고 평가해야 할 것이다. 결론적으로, 형사상 불법행위가 아니라고 하더라도, 민사상 ‘개인의 자유를 지나치게 제한하는 행위’라는 사회질서 위반행위의 구체성이 인정된다고 할 것이다. 판례도 “윤락행위 및 그것을 유인·강요하는 행위는 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되어 무효”라고 판시하였다(대법원 2004. 9. 3. 선고 2004다27488, 27495(병합) 판결).

(2) 계약유효설 검토

한편, 위 계약이 반사회질서 법률행위에 해당하지 아니하여 해당 계약이 유효하다는 견해를

9) 민법 제746조(불법원인급여) 불법의 원인으로 인하여 재산을 급여하거나 노무를 제공한 때에는 그 이익의 반환을 청구하지 못한다. 그러나 그 불법원인이 수익자에게만 있는 때에는 그러하지 아니하다.

취하더라도 다음과 같은 한계점이 존재할 것으로 판단된다. 만약 성 판매자가 위 계약에도 불구하고 단순히 성행위를 거부하는 경우, 성 판매자는 ‘이행청구’를 할 수 있다고 볼 수 있다는 것이다. 일반적으로 ‘성매매’라고 표현하지만, 엄밀히 말해 금품을 대가로 성관계를 맺었다고 하여 그 성관계에 사용된 신체기관의 소유 주체가 변동되는 것은 아니므로 ‘매매’라고 할 수 없다. 성매매는 상대방이 원하는 용역을 제공한 것이므로, 「민법」 제664조¹⁰⁾에서 규정하고 있는 ‘도급’이라고 하는 것이 정확하기 때문이다. 이에 관하여 계약무효설은 “개인의 자유를 심하게 제한하는 행위이므로 무효”라고 주장할 수 있다. 그러나 윤락행위 및 그것을 유인·강요하는 행위는 ‘선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되었기 때문’에 무효이므로(대법원 2004. 9. 3. 선고 2004다27488, 27495 판결), 상술한 것처럼 성매매가 합법화되었다면 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되었다고 단정할 수 없기에 타당한 지적이 아니다. 왜냐하면 ‘선량한 풍속’과 ‘사회질서’ 개념의 구체적인 내용은 시대에 따라 달라지며, 그 모습은 판례에 의하여 구체화 된다는 점을 고려해야 하기 때문이다(송덕수, 2018). 더 나아가, 법은 사회 구성원 간의 합의된 약속이며, 성매매를 합법화 내지 처벌규정을 삭제함으로써 성매매를 비범죄화하는 것은 입법자의 입법적 결단이라고 볼 것인데, 이러한 점을 충분히 고려하지 않고 「민법」의 규정상 반사회질서 법률행위라고 단정하는 것은 무리다.

또한, 상술한 바와 같이 「민법」은 강행법규위반의 법률행위는 공공의 질서에 반하여 무효라고 한다. 법체계를 살펴보면, 「형법」은 개인의 생명·신체·자유 등 기본권을 국가형벌권으로 직접 침해한다는 점에서 보충성을 가진다. 즉, 다른 기타 법률로 문제가 해결되지 아니할 때, 최후수단적으로 비례원칙에 따라 적용한다는 것이다. 이러한 법체계를 고려하면, 실질적 의미의 형법상 처벌규정을 삭제함으로써 성매매를 합법화(비범죄화)하였다면, 국가는 성매매가 공공의 질서에 반한다고 볼 근거가 없어진 것이다. 그렇다면 당사자 간의 법률관계를 자유로운 의사에 따라 형성할 수 있고 이에 국가의 간섭을 배제한다는 ‘사적 자치’의 원리에 따라 위와 같은 “성매매 계약이 반사회적이므로 무효인 계약”이라고 단정하는 것은 어렵다고 볼 것이다. 이러한 해석은 입법자의 입법적 결단을 존중하는 것이고, 동시에 ‘법질서의 통일성 원칙’과 ‘체계정당성 원칙(Systemgerechtigkeit)’에도 부합한다고 할 것이다.

2) 인격적 문제

성 구매자와 성 판매자 모두 인격체라는 점에서 그 한계가 있기 때문이다. 인격체는 ‘인격을

10) 민법 제664조(도급의 의의) 도급은 당사자 일방이 어느 일을 완성할 것을 약정하고 상대방이 그 일의 결과에 대하여 보수를 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다.

가진 주체'라는 의미로, 통상 법이 법적 주체로서 인정하는 자격 또는 존재이다. 이러한 인격은 ① 인격체 보호의 기능, ② 인격체와 법적 관계를 맺은 상대방을 보호하는 기능, ③ 법적 관계를 명확히 하여 법적안정성을 공고히 하는 기능이 있다(한국인공지능법학회, 2019).

특히 '인격체와 법적 관계를 맺은 상대방을 보호하는 기능'의 핵심은 인격체가 법 위배 행위를 저질렀을 때, 이에 대한 책임을 지게 함으로써 해당 불법행위로 인한 피해자를 보호하는 이른바 '책임귀속기능'의 역할을 한다는 점이다. 성매매가 비범죄화된다면, 위에서 법적 문제를 살펴본 바와 같이, 성 매수자와 성 판매자 모두에게 이 기능이 제대로 작동하지 못하는 중대한 하자를 발생시킨다.

3) 소결

결론적으로, 성매매 합법화는 어떤 견해를 따르더라도 그 한계점이 너무나도 명확하다. 계약무효설은 성매매의 대금 지급 또는 용역(성행위)의 불이행이 발생하였을 때, 그 누구도 반환을 청구할 수 없다. 계약유효설은 성매매 계약 자체가 유효하다고 보기 때문에, 성매매 대금 지급 또는 용역(성행위)의 불이행이 발생하였을 때, 이를 이행하라고 청구할 수 있게 된다는 문제가 발생한다. 오히려 성적 자기결정권의 침해가 발생한다. 더 나아가, 이러한 문제의 연장선상에서 인격의 기능이 제대로 작동하지 못하는 중대한 하자가 발생한다는 것을 확인하였다.

2. 성 봉사자 및 성 보조자

성매매 합법화가 아닌 성 봉사자 및 성 보조자(이하 '성 봉사자 등'이라 한다)를 통해 중증장애인의 성적 자기결정권을 보장하자는 주장이 존재한다. 장애인을 무성의 존재로 바라보지 아니하고, 성적 자기결정권의 주체라고 전제하고 있다는 점에서는 반가운 견해다.

그러나 이 견해는 다음과 비판점이 있다. 첫째, 이러한 견해는 장애인의 삶에 대한 충분한 이해와 고려를 충분히 하지 아니한 것이다. 사람이라면 누구나 지역사회에 직접 함께하며, 일상 속 다양한 사람들과 교류하고 관계를 형성하는 것이 가장 중요하다. 이러한 환경이 조성되어야만, 자연스럽게 친구와 연인, 또는 성적 파트너 및 프렌드 위드 베니핏(friends with benefits)¹¹⁾을 사귄 기회가 생기기 마련이다. 그런데 이러한 환경적 요소를 전혀 고려하지 않고, 단지 성적으로

11) '성적 파트너'와 '프렌드 위드 베니핏(friends with benefits)'은 어감상 차이가 있다. 전자는 단순히 육체적 쾌락을 위한 관계인 반면, 후자는 육체적 쾌락뿐만 아니라 정서적 교감도 중시하는 연인이 아닌 관계를 뜻한다.

활발하고 무조건 성적 욕구가 있다는 이유로 이를 반드시 해결해야만 한다는 식의 주장은 근시안적이고 부적절한 해결방법이다.

둘째, 남성중심주의적 발상이다. 설령 성 보조자 등의 서비스를 활용하여 중증장애인의 성적 욕구를 해소할 수 있다고 하더라도, 기존의 서비스는 남성 장애인을 위한 것일 뿐, 여성 장애인도 이러한 서비스를 이용하기 어렵다는 문제가 남는다. 일본의 성 봉사단체인 ‘화이트 핸드(White Hands)’¹²⁾의 설명에 따르면, 남성 봉사자가 여성 장애인에게 성 봉사를 제공할 경우, 성 봉사 서비스를 이용한 성범죄가 발생할 가능성 때문에 남성 봉사자의 여성 장애인에 대한 서비스는 이뤄지고 있지 않다고 한다. 대부분의 성범죄는 남성에 의해서 발생한다는 점에서 화이트 핸드의 이러한 지적은 일리 있다고 생각한다. 우리나라의 경우, 2016년부터 2020년까지 근래 5년간 발생한 성범죄¹³⁾ 중에서 남성 범죄자가 약 96.66%였다(통계청, 2021). 이러한 점에서 여성 장애인도 분명한 성적 욕구와 성적 자기결정권의 주체임에도 불구하고, 이들은 제대로 된 서비스를 받지 못하거나 받게 되더라도 범죄에 노출될 가능성이 높아지는 문제가 남는다.

셋째, 성매매와의 구별이 모호하다. 북유럽은 장애인의 성적 자기결정권을 비교적 강력히 보장하고 있는 곳이다. 이러한 북유럽의 장애인 성 서비스 기관을 살펴건대, 사실상 성 서비스를 받기 위해서는 일정 대금을 지급해야 하는 상업적 기관이라는 점이 확인되었다(장애여성공감, 2011). 즉, 우리가 상상하는 것처럼 단순히 무료로 서비스를 제공받을 수 있는 봉사기관이 아니라는 것이다. 바로 이 부분이 문제되는데, 「성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률」(이하 ‘성매매처벌법’이라 한다) 제2조 제1항 제1호는 성매매를 “불특정인을 상대로 금품이나 그 밖의 재산상의 이익을 수수(收受)하거나 수수하기로 약속하고 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위(성교행위 또는 구강, 항문 등 신체의 일부 또는 도구를 이용한 유사 성교행위)를 하거나 그 상대방이 되는 것”이라고 정의하고 있다는 점이다.¹⁴⁾ 그렇다면, 비록 ‘성 봉사자’ 및 ‘성 보조자’라고 불리지만 사실상 대금을 지급해야 한다는 점에서 이와 같은 성 서비스는 「성매매처벌법」에 규정된 성매매의 구성요건을 충족하여 양자 간 구별이 불가능하다고 할 것이다.

마지막으로, 무엇보다 장애인 당사자가 성 보조 서비스를 꺼리는 경우도 적지 않다. 예컨대,

-
- 12) 화이트 핸드(White Hands)는 장애인을 대상으로 성 간호(손을 이용한 유사성행위)를 제공한다.
- 13) 여기서의 ‘성범죄’는 형법범에 한하며, 특별법범인 성매매알선등행위의처벌에관한법률, 아동·청소년의성보호에관한법률(성매수, 성착취물, 음란물등)을 위반한 범죄는 산입하지 아니하였다.
- 14) 성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률 제2조(정의) ① 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
1. “성매매”란 불특정인을 상대로 금품이나 그 밖의 재산상의 이익을 수수(收受)하거나 수수하기로 약속하고 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 하거나 그 상대방이 되는 것을 말한다.
 - 가. 성교행위
 - 나. 구강, 항문 등 신체의 일부 또는 도구를 이용한 유사 성교행위

뇌병변장애 1급인 김동림·이미경 부부는 언론과의 인터뷰에서 “아무리 성생활이 어렵다고 할지라도, 비장애인이든 장애인이든 둘만의 성스럽고 고귀한 시간에 누가 옆에 있다면 자연스럽게 성생활을 할 수 없을 것”이라며 성 서비스 이용을 불편해했다(안서연, 2013).

3. 섹스로봇과 확장현실-기반 메타버스의 활용(사건)

성적 욕구는 생명체의 기본적 욕구다. 생명체인 인간은 자신의 성적 취향에 따른 다양한 방법을 통해 성욕을 해소하고, 한편으로는 정서적 교류가 이루어지기도 한다.¹⁵⁾ 김태경(2019)의 연구에서 적절히 지적하듯이, 성적 교류 대상의 부재가 발생했을 때 인간은 ‘폭력 및 강압에 의한 성행위,’ ‘성매매(prostitution),’ 또는 다양한 방식의 ‘자위행위(masturbation)’ 중 한 가지를 선택하여 성적 욕구를 해소하게 된다. 이 중에서 ‘폭력 및 강압에 의한 성행위’와 ‘성매매’는 현행법상 불법행위이며, 형사처벌의 대상이다. 더 나아가, 타인에 대한 명백한 기본권 침해행위다. 그러나 자위행위는 다른 사람의 기본권을 침해하지 않는 것은 물론, 법질서에서 금지하는 행위가 아니므로, 타인의 기본권과 법익을 침해하지 않으면서 자신의 성욕을 해소할 수 있는 정당한 성행위라고 할 것이다. 그렇다면 자위기구로서의 섹스로봇의 활용, 그리고 사회적 교류 및 성교육을 위한 확장현실-기반 메타버스(XR-based Metaverse)의 활용에 관하여 살펴볼 필요가 있다.

1) 섹스로봇의 활용

(1) 자위기구로서의 섹스로봇

실제로 자위행위는 자신의 신체 또는 주변의 사물을 이용하는 것에 국한되지 않는다. 성기의 모양을 모방한 기구나 물리적인 자극을 줄 수 있는 전동기구 등 자위행위만을 목적으로 한 제품들이 계속해서 발전하고 판매되고 있다. 과학기술이 발전함에 따라, 인간을 모사한 자위기구인 ‘리얼돌(real doll)’의 등장하였고, 최근에는 리얼돌에 인공지능(AI)을 탑재한 이른바 ‘섹스로봇’이 등장하게 되었다. 엔지니어 세르지 산토스(Sergi Santos) 박사가 만든 섹스로봇 ‘사만다(Samantha)’가 대표적인 예다. 사만다의 특징 중 하나는 오르가슴(orgasm)을 느낀다는 것이다. 엉덩이, 어깨, 입술 등의 부위에 11개의 센서가 있어 사용자의 체온, 소리, 자극에 따라 교성과 말로 반응한다. 한편, 또 다른 특징인 ‘불감 모드’가 추가돼 이용자가 과도하게 잦은 요구를 할 때는 성행위를 거부한다. 네덜란드 트벤테 대학교(University of Twente)에 소재한 로봇공학재단(FR

15) 성적 욕구의 해소를 위해 반드시 정서적 교류가 함께 발생해야 하는 것은 아니다.

R)은 ‘로봇의 성적 미래(Our Sexual Future with Robots)’ 보고서에서 “섹스용 로봇이나 인형은 부부의 성욕 불균형을 해소하고 노인, 장애인 등 성소수자들에게 도움을 줄 수 있다”고 발표했다(Sharkey et al., 2017).

(2) 이익평등고려 원칙에 따른 정당성 검토

섹스로봇 활용에 대하여 많은 우려와 비판의 목소리가 적지 않다. 생각건대, 섹스로봇 활용에 관한 정당성은 ‘이익평등고려 원칙(The principle of equal consideration of interest)’에 따라 판단해야 할 것이다. 이익평등고려 원칙의 핵심은 ‘우리의 행위에 의해 영향을 받는 모든 사람의 이익들에 대하여 동등한 비중을 두어야 한다’는 것인바, 여기서 말하는 ‘이익’은 고통의 회피, 능력의 개발, 먹고 자는 기본적인 욕구의 충족, 다른 사람과의 우정 교환, 타인들로부터 불필요한 간섭을 받지 않을 것, 자신의 삶의 계획을 자유로이 추구할 것 등의 이익들을 일컫는다(김성동, 2018). 이익의 주체가 되거나 이익을 고려하려면, 행위의 주체 또는 객체는 ‘인격체’여야만 한다. 이러한 관점에서 상술한 ‘성매매 합법화’ 방안과 ‘성 봉사자 및 성 보조자’의 내용을 살펴볼 필요가 있다.

살피건대, 성매매 집단은 노동 착취와 같은 다른 학대 집단보다 정신적으로 더 심각한 상태에 있었고(Tsutsumi et al., 2008), 흔히 우울, 불안, 인격 장애, 조현병(정신분열병), 스트레스 반응, 신체화, 우울, 피로, 무력감, 수면장애, 흡연, 알코올 문제 등이 보고되며(김소연, 2004; Rösler et al., 2010), 우울이나 불안의 경우 80-100%까지 높은 유병률이 보고되었다(Tsutsumi et al., 2008). 더 나아가, MMPI 프로파일에서 정신증 척도의 상승(Exner, 1977; Schamphel eire, 1990)과 함께 건강염려, 우울, 공포, 정신병, 경조증, 사회부적응 척도 등 대부분의 내용 척도의 상승, 심적 고통을 호소하는 F 척도의 상승이 보고된 바 있다(Schamphel eire, 1990). 성매매 여성들의 PTSD 양상에 관심을 둔 연구에서는, 대상자의 약 60-80%가 PTSD로 진단되었다(Farley et al., 1998; 이지민, 홍창희, 2008).

한편, 장기간 지속적·반복적으로 노출됨으로써 발생하는 외상 후 스트레스 장애(Post Traumatic Stress Disorder: PTSD)는 일회적인 외상 사건에 의한 PTSD와는 다른 양상을 보이게 되는데(민윤영, 2022), Herman(1992)은 일회적인 외상 사건으로 인한 PTSD를 ‘단순 외상 후 스트레스 장애(Post Traumatic Stress Disorder: PTSD)’로 기술하고, 반복적이고 대인적 성격을 띠는 외상 사건을 통해 발생한 PTSD를 ‘복합 외상 후 스트레스 장애(Complex Post Traumatic Stress Disorder: C-PTSD)’로 분리해서 적용해야 한다고 주장했다. C-PTSD는 단순 PTSD와 달리, ① 정서와 충동을 조절하는데 어려움을 느끼고, ② 해리성 증상, ③ 신체화 증상, ④ 그

외 성격적 병리를 보이며, ⑤ 자기 인식의 변화, ⑥ 의미체계의 변화, ⑦ 대인관계의 어려움 등을 호소한다(Herman, 1992; van der Kolk et al., 2005).

그렇다면 인격체가 수단으로 활용되고 당사자의 신체적·정신적 피해 정도가 심각한 '성매매 합법화'방안과 '성 봉사자 및 성 보조자'방안은 이익평등고려 원칙의 관점에서 적절한 해결방법이 아니라고 할 것이다. 그러나 섹스로봇은 '인격체'라고 할 근거가 없는바, 이익평등고려 원칙에 따라 고려해야 할 대상이 아니다. 결론적으로, 이러한 견지에서 섹스로봇의 활용은 윤리적 정당성이 결여되었다는 비판은 적절치 않다.

2) 확장현실-기반 메타버스의 활용

앞에서 살펴본 것처럼, 중증장애인의 경우 지역사회에 직접 참여하면서 일상 속 다양한 사람들과의 교류가 필요하다. 단순히 사정(ejaculation)과 오르가슴(orgasm)만을 필요로 하는 것이 아니다. 한편, 중증장애인은 물리적인 거동에 어려움을 겪고 있고, 최근 이슈가 되는 것처럼 이동권이 충분히 보장되어 있다고 보기 어렵다. 생각건대, 상술한 섹스로봇과 더불어 확장현실 기반 메타버스(XR-based Metaverse)를 활용하는 것이 효과적이고 현실적인 해결책이 될 것이다.

메타버스(metaverse)는 가상, 가공, 추상을 의미하는 메타(meta)와 우주를 뜻하는 유니버스(universe)를 결합한 의미로, '가상의 공간에서 현실과 상호작용하며 사회, 경제, 문화 등이 결합한 새로운 세계를 만들어 가치를 창출하는 일련의 활동'을 지칭한다(소프트웨어정책연구소, 2021). 이러한 메타버스는 장애인 스스로 자신의 성적 자기결정권에 대한 이해를 도모하기 위한 성교육의 장으로도, 사회적 교류를 할 수 있는 소통의 장으로도 활용될 수 있다.

한편, 확장현실(XR)은 증강현실(Augmented Reality: AR), 가상현실(Virtual Reality: VR), 그리고 AR과 VR을 합친 혼합현실(Mix Reality: MR)의 교집합이자 이들을 모두 망라하는 초실감형 기술 및 그 서비스를 의미한다. 이러한 확장현실을 활용하여 섹스로봇의 사용과 더불어 성교육에도 무게를 실으며 효과를 극대화하는 동시에, 초실감적인 사회적 소통과 교류도 가능하게 한다면 장애인 스스로 성적 자기결정권에 대한 이해도는 물론, 더 나아가 효과적인 성교육도 가능하게 될 것이다.

그렇다면 확장현실(XR)을 활용한 사회적 교류와 성교육이 유의미할 것인지 살펴보면 다음과 같다. 박영숙과 강미경(2003)의 연구에서 가상체험적 성교육 프로그램이 청소년의 성에 관한 지식 및 태도 변화에 효과적이라는 점이 확인되었고, 김성은과 김미진(2022)의 연구에서는 학습자 중심의 가상현실(VR) 시뮬레이션 교육 효과에 관하여 비판적 사고성향, 임상수행능력, 실습만족도가 향상되었음이 확인되었다. 김성덕과 이용국(2021)의 연구에서도 가상현실 체험교육의 효과

성에 긍정적인 영향을 미쳤다는 결과가 확인되었다. 한편, 정지훈과 이영선(2022)의 연구에서는 학습자의 학습동기, 흥미, 만족감에 긍정적인 영향을 미치는 것으로 확인되었으나, 제한적인 소근육 능력¹⁶⁾을 가진 지체장애자와 중도·중복장애자¹⁷⁾의 경우에는 특수 교육과정에서의 가상현실(VR) 적용이 다소 어렵다는 점을 확인하였다. 그러나 임창환(2021)의 연구를 살펴건대, 확장현실(XR)-기반 메타버스 몰입도 향상을 위한 ‘생체신호 기반 인터페이스(Human-Computer Interface Based on Bio-Signal: HCI Interface)’ 기술이 고도로 발전되어 있는바,¹⁸⁾ 정지훈과 이영선(2022)의 연구에서 지적인 어려움을 극복할 수 있을 것으로 보인다.

예컨대 신용준과 최재원(2021)의 성교육 모델도 이러한 메타버스에서 이루어질 수 있다. 더 나아가, 공간적 제약을 극복하여 다양한 사람들과 자유롭게 소통할 수 있는 장이 될 것이다. 메타버스는 이용자의 자아정체성을 구현하는 도구가 될 수 있으므로(Mennecke et al., 2011), 거동이 불편한 중증장애인의 사회적 교류를 위한 수단으로도 적합하다.

3) 법적 검토

「장애인차별금지법」 제29조 제1항은 “모든 장애인의 성에 관한 권리는 존중되어야 하며, 장애인인 이를 주체적으로 표현하고 향유할 수 있는 성적 자기결정권을 가진다.”라고 규정하고 있다. 더 나아가 같은 법 제29조 제2항에서는 “가족·가정 및 복지시설 등의 구성원은 장애인에 대하여 장애를 이유로 성생활을 향유할 공간 및 기타 도구의 사용을 제한하는 등 장애인이 성생활을 향유할 기회를 제한하거나 박탈하여서는 아니 된다.”라고 규정하고 있으며, 같은 법 제29조 제3항에서는 “국가 및 지방자치단체는 장애인이 성을 향유할 권리를 보장하기 위하여 관계 법령에서 정하는 바에 따라 필요한 지원책을 강구하고, 장애를 이유로 한 성에 대한 편견·관습, 그 밖의 모든 차별적 관행을 없애기 위한 홍보·교육을 하여야 한다.”라고 규정하고 있다.

생각건대, 우리 법체제는 장애인을 성적 주체로 인정하는 동시에 적극적 의미의 성적 자기결

16) ‘소근육 능력’은 손의 정교성, 눈-손의 협응하여 손기술을 정확히 구사하는 능력을 의미한다. 소근육은 생후 1년부터 취학 전까지의 유아기에 발달한다. 이 시기의 아동은 운동신경이 발달하게 되어 운동량이 증가하고 신체적으로 자기 통제가 가능해지며, 후기로 갈수록 소근육의 발달로 정교한 신체 조절이 가능해져 단추 잠그기, 신발 끈 매기, 글씨 쓰기 등의 정교한 움직임이 가능해진다. “소근육 능력이 발달되었다”라고 함은 여러 가지 운동능력이 통합되고 중추신경계가 성숙하고 있음을 의미한다.

17) 중도·중복장애는 감각적 장애, 신체적 장애, 인지적 장애 등 두 가지 이상의 장애를 갖고 있거나 이들 장애가 심각하여 집중적이고 지속적인 지원을 필요로 하는 장애를 말한다.

18) 무성 언어 인식(silent speech recognition), 사지마비 장애인의 메타버스 접근성 향상을 위한 핸드프리 VR 인터페이스, 안면부 근전도(facial electromyogram)를 이용한 표정 인식 등의 기술이 대표적인 예다.

정권의 행사를 제한하거나 박탈하지 아니할 것을 요청하고 있고, 그 행사 어려움이 없도록 공간과 도구, 그리고 정책적 지원을 할 것을 요청하고 있으므로, 메타버스와 확장현실의 활용은 오히려 우리 법체계의 요구에 적절히 응하는 것이라고 보인다.

V. 결론

1. 입법·정책적 제언

「장애인복지법」 제65조는 장애인보조기구에 관한 규정을 두고 있다. 여기서 ‘장애인보조기구’란, 장애인이 장애의 예방·보완과 기능 향상을 위하여 사용하는 의지(義肢)·보조기 및 그 밖에 보건복지부장관이 정하는 보장구와 일상생활의 편의 증진을 위하여 사용하는 생활용품을 의미하며(같은 법 제65조 제1항), 보건복지부장관은 장애인의 일상생활의 편의증진 등을 위하여 다른 법률이 정하는 바에 따라 제1항에 따른 장애인보조기구의 지원 및 활용촉진 등에 관한 사업을 실시할 수 있다고 규정하고 있다(같은 법 제65조 제2항).

「장애인·노인 등을 위한 보조기기 지원 및 활용촉진에 관한 법률」(이하 ‘장애인보조기기법’이라 한다)에 따라 국가는 장애인에게 일상생활 등에 필요한 보조기기를 품목별로 대여해주는 사업을 진행하고 있다. 「장애인보조기기법」에 근거한 「보조기기 품목분류 등에 관한 고시」에는 ‘성(性) 활동용 보조기기(Assistive products for sexual activities)’ 항목이 존재한다. 이 항목에는 성 활동을 훈련하고 보조하는 음경·질·전신 인체모형(뺑창식 성 활동용 인형)(Dummies for sexual activities), 발기용 보조기기(Assistive products for erection), 사정·오르가슴 등을 위한 성 활동용 진동기 및 마사지 장치(Vibrators and massage devices for sexual activity), 성욕 영역과 자신의 성취향의 자각을 위한 장치가 포함된 성교육 및 성재활(sexual rehabilitation)을 위한 보조기기(Assistive products for sexual habilitation and rehabilitation)가 존재한다.

이러한 인프라를 활용하여, 「보조기기 품목분류 등에 관한 고시」 중 ‘성(性) 활동용 보조기기(Assistive products for sexual activities)’항목의 개정이 필요할 것으로 보인다. 생각건대, ‘성 활동용 인체모형(Dummies for sexual activities)’에 섹스로봇을 추가하고, ‘성교육 및 성재활을 위한 보조기기(Assistive products for sexual habilitation and rehabilitation)’에 확장현실(XR)을 이용하기 위한 기기를 추가하면 될 것이다.

2. 합의

본 연구는 다음과 같은 이론적 합의가 예상된다. 첫째, 장애인의 성적 자기결정권 보장을 위해 4차 산업혁명 시대의 메타버스와 확장현실(XR)을 활용하여 해결방안을 제시하였다는 점에서 그 의의가 있을 것이다. 둘째, 장애인은 성적 욕구가 없는 무성(無性)적 존재로 여겨지던 편견을 타파함으로써, 장애인의 성적 자기결정권이 헌법과 법률에 따라 마땅히 보장되어야 한다는 인식을 공고히 할 것으로 예상된다. 셋째, 유교적 엄숙주의에 의해 장애인의 성적 자기결정권이 제대로 보장되지 않았던 것은 물론, 논의가 상대적으로 부족했다는 점에서 장애인의 다른 권리가 암묵적으로 침해되고 있지는 않은지 재고하게 하는 경각심을 줄 것으로 예상된다. 넷째, 4차 산업혁명 시대에서의 ‘인격’의 기능에 관한 고찰이 더욱 활발해짐에 따라 인공지능(AI)과 ICT기술을 활용한 기본권 보장 및 제한에 관한 연구에서 유의미한 자료로 활용될 것으로 예상된다. 마지막으로, 이익평등고려의 원칙에 따라 섹스로봇 활용에 관한 정당성을 확보하는 한편, 성매매 합법화와 성봉사자 및 성 보조자는 적절한 해결방안이 아니라는 결론을 도출하는 과정 속의 논의가 관련된 사안의 입법·정책을 구성하는 데에 유의미한 자료로 활용될 것으로 판단된다.

또한, 본 연구는 다음과 같은 실무적 합의가 예상된다. 첫째, 장애인의 성적 자기결정권 보장을 위한 입법·정책화 과정에서 유의미한 자료로 활용될 것으로 예상된다. 둘째, ‘리얼돌’과 같은 인간모사 인형뿐만 아니라, 인공지능(AI)이 장착된 섹스로봇의 도입에 관한 법학적 논의에 유의미한 자료로 활용될 것으로 예상된다. 셋째, 입법을 통해 인공지능(AI)에게 ‘인격’을 부여할 것인지에 관한 논의에서 유의미한 자료로 활용될 것으로 예상된다.

참고문헌

- 곽윤직. (2003). 채권각론. 서울: 박영사.
- 김경열. (2017). 판례 분석을 통해 바라본 장애인 교육권의 실천적 함의. 지적장애연구, 19(3), 123-143.
- 김미라, 강영신. (2021). 수용전념치료 집단프로그램이 성매매 경험 여성의 복합 PTSD, 경험회피 및 외상 후 성장에 미치는 영향. 한국심리학회지: 임상심리 연구와 실제, 7(2), 171-194.
- 김상용. (2009). 민법총칙. 서울: 화산미디어.
- 김성덕, 이용국. (2021). 해양안전 가상현실 체험교육의 효과성에 관한 연구. 디지털융복합연구, 19(3), 437-444.
- 김성동. (2018). 피터 싱어의 실천윤리학 읽기. 서울: 세창미디어.
- 김성은, 김미진. (2022). 학습자 중심의 가상현실 시뮬레이션 교육 효과. 디지털융복합연구, 20(4), 705-713.
- 김소연. (2004). 『성매매 현장에서의 경험이 탈성매매 여성의 정신건강에 미치는 영향에 관한 연구』, 이화여자대학교 대학원 석사학위 논문.
- 김재윤. (2009). 장애여성의 성적 자기결정권의 형사법적 보호에 관한 고찰 -성폭력특별법 제8조와 독일형법 제179조와의 비교를 중심으로-. 법조, 58(2), 253-278.
- 김주수. (1997). 채권각론. 서울: 삼영사.
- 김태경. (2019). 섹스로봇(Sex robot)의 상용화가 갖는 윤리적 문제와 윤리적 정당성 확보에 관하여. 철학논총, 95(1), 69-85.
- 김홍신 국회의원. (1999). 장애인 강제 불임시술 실태 폭로 1999. A4-233.
http://www.hrarchive.or.kr/down.php?filename=026fcc2f04c544bb911c25dff965baba.pdf&realname=1999_%EC%9E%A5%EC%95%A0%EC%9D%B8%EA%B0%95%EC%A0%9C%EB%B6%88%EC%9E%84%EC%88%98%EC%88%A0%EC%8B%A4%ED%83%9C%ED%8F%AD%EB%A1%9C.pdf.
- 류원섭. (2018). 『장애인의 성적 자기결정권에 관한 연구』, 한국방송통신대학교 석사학위 논문.
- 민윤영. (2022). 의료기관 내 보건의료인에 대한 폭력과 트라우마-기반 인권적 접근의 필요성. 법과 사회, (70), 113-146.

- 박영숙, 강미경. (2003). 상호작용성 가상체험기법을 이용한 청소년 사이버성교육 프로그램 개발 및 효과검증연구. 청소년상담연구, 11(1), 42-55.
- 박창석. (2021). 기본권으로서의 장애인의 이동권. 법학논총, 38(4), 77-110.
- 서동일 (감독). (2005). 핑크 팰리스(Pink Palace) [다큐멘터리]. 핑크 팰리스.
- 성낙인. (2010). 헌법학. 파주: 법문사.
- 소프트웨어정책연구소, 이승환. (2021). 로그인(Log In) 메타버스 : 인간×공간×시간의 혁명. (IS-115).
- 송덕수. (2018). 민법총칙. 서울: 박영사.
- 송덕수. (2021). 채권법각론. 서울: 박영사.
- 신용준, 최재원. (2021). 장애 학생을 위한 성교육 활성화 연구: 지적장애 학생을 중심으로. 장애의 재해석, 2(1), 215-255.
- 안서연. (2013. 2. 20). [장애인의 성 기획] 3부 “나에게서 ‘성적 매력’이 느껴지나요?”. 웰페어뉴스, <https://www.welfarenews.net/news/articleView.html?idxno=36566>.
- 양 건. (2020). 헌법강의. 파주: 법문사.
- 양정빈, 최윤영. (2022). 장애인 이동권의 의미와 이동권 체계 향상을 위한 정책적 논의. 한국사레관리학회, 13(1), 219-239.
- 오시진, 토마스백. (2011). 장애인 교육권의 재해석. 한국장애인재단, 2010(1), 5-63.
- 윤기혁. (2020). 한국 장애인복지시설의 성적학대 판례 분석 연구. 인문사회21, 11(1), 291-306.
- 윤수정. (2012). 헌법에서 바라 본 장애인정책. 장애의 재해석, 2012(1), 5-40.
- 이상도, 김대원. (2008). 장애인 성문제와 사회복지실천 개입방안 연구 - 장애인 성재활통합지원 서비스 이용자를 중심으로. 재활복지, 12(3), 203-229.
- 이영준. (2007). 민법총칙. 서울: 박영사.
- 이예다나. (2018). 특수교육대상학생의 교육권 보장을 위한 장애인 관련 법률 고찰 연구. 학습장애연구, 15(2), 139-164.
- 이은영. (2007). 채권각론. 서울: 박영사.
- 이주영. (2019). 사회권의 재판규범성 - 자유권·사회권 이분론을 넘어 -. 노동법연구, (46), 223-257.

- 이지민, 홍창희. (2008). 성매매 여성들의 복합외상 후 스트레스 장애. *한국심리학회지: 상담 및 심리치료*, 20(2), 553-580.
- 이희훈. (2015). 성적 자기결정권과 성폭력 관련 법제 및 판례에 대한 헌법적 고찰. *헌법논총*, 26, 175-239.
- 임인택. (2010. 9. 29). 장애인도 하고 싶다, 살고 싶다. *한겨레*21, https://h21.hani.co.kr/arti/cover/cover_general/28211.html
- 임창환. (2021). XR-기반 메타버스 몰입도 향상을 위한 생체신호 인터페이스 기술. *한국정보통신 설비학회 학술대회*, 62-89.
- 장애여성공감. (2011). 장애와 성: 성욕의 서사를 넘어서. *여성이론*, (24), 129-142.
- 조경진. (2015). 『장애인 인권관련 규범에 대한 헌법적 고찰』, 경북대학교 법학전문대학원 박사 학위 논문.
- 지원림. (2013). *민법강의*. 서울: 홍문사.
- 최은하. (2015). 장애인준강간죄(성폭력처벌법 제6조제4항)의 ‘항거곤란’ 해석론의 전환 = 성적 강요죄(독일형법 제177조)의 관점에서. *형사정책연구*, 103, 5-31.
- 통계청. (2021). 범죄자 성별. https://kosis.kr/statHtml/statHtml.do?orgId=135&tblId=TX_13501_A076
- 한국인공지능법학회. (2019). *인공지능과 법*. 서울: 박영사.
- 함현지. (2019). 『장애인 대상 성범죄에 있어서의 ‘장애’ 개념의 형법적 재구성 : 보호법익으로서의 성적 자기결정권을 중심으로』, 고려대학교 대학원 법학과 석사학위 논문.
- 허어영. (2010. 9. 29). 날마다 자식의 욕구와 싸우는 엄마들. *한겨레*21, https://h21.hani.co.kr/arti/cover/cover_general/28210.html
- Exner, J. E. Jr., Wylie, J., Leura, A., & Parrill, T. (1977). Some psychological characteristics of prostitutes. *Journal of Personality Assessment*, 41(5), 474-485.
- Herman, J. L. (1992). Complex PTSD: A syndrome in survivors of prolonged and repeated trauma. *Journal of Traumatic Stress*, 5, 377-391.
- Kwan, P., & Walker, A. (2004). Validating the competing values model as a representation of oranizational culture through inter-institutional

- comparisons. *Organizational Analysis*, 12(1), 21-37.
- Mcdonald, Paul., Grandz, Jeffrey. (1992). Getting value from shared values. *Organizational Dynamics*, 20(3), 64-77.
- Mennecke, B. E., Triplett, J. L., Hassall, L. M., Conde, Z. J., & Heer, R. (2011). An examination of a theory of embodied social presence in virtual worlds. *Decision Sciences*, 42(2), 413-450.
- Rössler, W., Koch, U., Lauber, C., Hass, A. K., Altwegg, M., Ajdacic-Gross, V., & Landolt, K. (2010). The mental health of female sex workers. *Acta Psychiatrica Scandinavica*, 122(2), 143-152.
- Schamphelire, D. D. (1990). MMPI Characteristics of Professional Prostitutes: A Cross-Cultural Replication. *Journal of Personality Assessment*. 54(1&2), 343-350.
- Sharkey, N., Wynsberghe, A., Robbins, S., & Hancock, E. (2017). Our sexual future with robots. *FRR Report*.
<https://responsiblerobotics.org/wp-content/uploads/2017/11/FRR-Consultation-Report-Our-Sexual-Future-with-robots-1-1.pdf>
- Tsutsumi, A., Izutsu, T., Poudyal, A. K., Kato, S., & Marui, E. (2008). Mental health of female survivors of human trafficking in Nepal. *Social Science & Medicine*, 66(8), 1841-1847.
- van der Kolk, B. A., Roth, S., Pelcovitz, D., Sunday, S., & Spinazzola, J. (2005). Disorders of extreme stress: The empirical foundation of a complex adaptation to trauma. *Journal of Traumatic Stress*, 18(5), 389-399.

판례색인

- 대법원 1983. 11. 22. 선고 83다430 판결.
- 대법원 2001. 5. 29. 선고 2001다1782 판결.
- 대법원 2003. 11. 27. 선고 2003다41722 판결.

대법원 2004. 9. 3. 선고 2004다27488, 27495(병합) 판결.
대법원 2008. 2. 1. 선고 2006다6713 판결.
대법원 2010. 5. 27. 선고 2009다12580 판결.
대법원 2010. 12. 9. 선고 2010다57626 판결.
헌법재판소 1990. 9. 10. 선고 89헌마2 결정.
헌법재판소 1990. 9. 10. 선고 89헌마82 전원재판부 결정.
헌법재판소 2002. 10. 31. 선고 99헌바40, 2002헌바50(병합) 전원재판부 결정.
헌법재판소 2008. 7. 31. 선고 2004헌바81 전원재판부 결정.
헌법재판소 2013. 5. 30. 선고 2011헌바360, 2012헌바56(병합) 전원재판부 결정.

원고접수 : 2022. 9. 18.	수정원고접수 : 2022. 11. 8.	게재확정 : 2022. 11. 28.
---------------------	-----------------------	----------------------

Abstract

A Legal Study on the Right to Sexual Self-determination of Persons with Severe Disabilities

Hwa Ji Won*

How independent can disabled people be in front of sexual self-determination? Although the law should be independent of personal moral ideas or religious beliefs, it was often prohibited or reluctant to contact or speak, considering that the discourse on sex itself was negated by Confucian solemnism. This trend can be seen not only in general society but also in academia. A number of studies conducted from the perspective of law on the right to sexual self-determination of the disabled have been conducted from the perspective of the content of the benefit and protection of the law(Rechtsgut) of the crime of rape and indecent assault, that is, the passive meaning of not being infringed by others. There are also limitations in a small number of studies on the right to sexual self-determination of the disabled from the perspective of active meaning. In this study, the right to sexual self-determination of the disabled will be reviewed from a legal point of view, and some related cases will be introduced. In addition, it points out the problems of the solutions suggested in previous studies, and finally, the legitimacy and legal basis of the new solutions using sex robots and extended reality-based metaverse according to the era of the Fourth Industrial Revolution are reviewed. In conclusion, the use of sex robots and extended reality-based metaverse applying extended reality is a realistic, appropriate, and effective method to guarantee the right to sexual self-determination in the active sense of the disabled.

Keywords : Fourth Industrial Revolution, Severely Disabled Persons, Sexual Self-determination, Legal Review

* Department of Law, Dankook University