

2019 13

반성폭력 이슈리포트

| 기획특집

이미경 '강간죄' 구성요건 개정운동의 의미와 쟁점

| 쟁점과 입장

이호중 강간죄 개정의 필요성 : 최협의설의 극복, 어떻게 할 것인가

박아름 강간죄인가, 준강간죄인가? : 분열된 법 규정과 피해경험의 왜곡

김혜정 미투운동 이후 담론전락들의 쟁투와 반성폭력운동의 과제

: '안희정 사건'의 재판과정을 중심으로

| 상담일지 분석

장주리 2018년 한국성폭력상담소 폭행·협박 없는 강간 사례 상담일지분석

| 연구동향분석

김보화 성폭력 관련법 개정 및 성적 동의에 관한 국내외연구동향

: 2017년~2019년 8월까지를 중심으로

| 기고

백영남 지역의 미투운동 : 함평·장성 '언니들'을 만나다

유호정 고등군사법원이 질문해야 했던 것

: 해군 상관에 의한 성소수자 여군 성폭력 사건의 쟁점

박아름 낙태죄 폐지 이후, 성과 재생산 권리를 보장하기 위한 입법 방향 모색

| 서평

한소망 우리가 해일이다 : 『스스로 해일이 된 여자들』 서평

2019 13

반성폭력 이슈리포트

기획특집

- 006 | 이미경 '강간죄' 구성요건 개정운동의 의미와 쟁점

쟁점과 입장

- 026 | 이호중 강간죄 개정의 필요성 : 최협의설의 극복, 어떻게 할 것인가
041 | 박아름 강간죄인가, 준강간죄인가? : 분열된 법 규정과 피해경험의 왜곡
057 | 김해정 미투운동 이후 담론 전략들의 쟁투와 반성폭력운동의 과제
: '안희정 사건'의 재판과정을 중심으로

상담일지 분석

- 078 | 장주리 2018년 한국성폭력상담소 폭행·협박 없는 강간 사례 상담일지분석

연구동향분석

- 116 | 김보화 성폭력 관련법 개정 및 성적 동의에 관한 국내외 연구동향
: 2017년~2019년 8월까지를 중심으로

기고

- 138 | 백영남 지역의 미투운동 : 함평·장성 '언니들'을 만나다
145 | 유호정 고등군사법원이 질문해야 했던 것
: 해군 상관에 의한 성소수자 여군 성폭력 사건의 쟁점
153 | 박아름 낙태죄 폐지 이후, 성과 재생산 권리를 보장하기 위한 입법 방향 모색

서평

- 164 | 한소망 우리가 해일이다 : 『스스로 해일이 된 여자들』 서평

I 기획특집

이미경 '강간죄' 구성요건 개정운동의
의미와 쟁점

‘강간죄’ 구성요건 개정운동의 의미와 쟁점

이미경
한국성폭력상담소 소장

1. 문제제기

‘강간죄’를 폭행과 협박이 아니라 동의여부로 판단하라는 여성인권운동의 요구는 어제오늘의 일이 아니다. 1991년 성폭력특별법 제정운동 당시에도 형법 제32장이 ‘정조에 관한 죄’인 점과 강간죄가 ‘폭행과 협박’을 범죄의 구성요건으로 두고 있는 점 등이 문제로 제기되었다. 이후 여성인권법연대의 형법개정 운동(2005년~2007년), 전국성폭력상담소협의회 성폭력 수사·재판 시민감시단 활동(2004년~현재) 등 여성인권단체에서는 꾸준히 이 문제를 제기해왔다.

형법 제297조 강간죄는 “폭행 또는 협박으로 사람을 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다”고 규정되어 있다. 여기에서 폭행과 협박은 피해자의 반항을 불가능하게 하거나 또는 현저히 곤란하게 할 정도여야 한다. 일부 판례에서는 성폭력의 보호법익을 ‘성적자기결정권’으로 접근하고 있지만, 아직도 얼마나 심한 폭행과 협박이 있었는지에 초점을 둔 ‘최협의설’의 영향을 벗어나지 못하고 있다. 따라서 피해자들은 법적·사회적으로 폭행과 협박의 상황에서 적극적으로 저항할 것을 요구받고 있고, 그렇지 않은 경우에는 ‘가짜 피해자’로 의심과 비난을 받는다.

얼마나 많은 성폭력 피해자들이 그 피해를 인정받지 못하는지는 국가의 성폭력 범죄처리 통계를 통해서도 확인된다. 여성가족부의 통계를 보면, 전국의 170개 성폭력상담소에서 2018년 한 해 동안 241,343건의 성폭력상담을 했다(국가지표체계,

2019)¹⁾. 성폭력 피해자들 중 몇 퍼센트가 성폭력상담소에 상담을 하고, 또 수사기관에 고소했는지는 명확히 알 수 없다. 다만, 대검찰청(2018: 98, 226)의 『범죄분석』 자료를 보면, 2017년 한 해 동안 성폭력은 32,824건이 고소되었고 검찰은 이중 46%만 기소했다. 2018년 통계를 보면(김정혜, 2019: 13), 총 40,432건의 성폭력범죄 중 14,404건(35.6%)만 기소되었다. 성폭력범죄의 불기소 이유는 ‘혐의없음’ 비중이 높고, 입증의 어려움, 성폭력범죄의 협소한 정의, 피해자에 대한 불신 등을 들 수 있으며, 특히 혐의없음 불기소 비중이 높다는 점은 무고죄로 고소/인지될 가능성을 높이는 요인으로도 작동한다.

2018년 미투운동이 혁명처럼 일어나 우리 사회의 전반적인 변화를 추구하고 있는 시점에서 ‘강간죄’ 구성요건의 개정운동은 다시 본격화되고 있다. 강간죄 개정운동은 성폭력에 대응하는 국가의 법과 제도가 외관상으로는 어느 정도 틀이 잡힌 것 같지만, 실제 그 이행과정에서 피해자의 권리는 제대로 보장받지 못하는 근본 요인 중 하나를 강간죄의 구성요건으로 보고 이를 바꾸고자 하는 운동이다. ‘강간죄’ 구성요건 개정운동은 성폭력 범죄를 무엇으로 볼 것인가의 문제, 즉 성폭력의 의미 및 판단 기준에 주목한다. 이 운동은 2019년 1월 15일, 한국여성단체연합 주최로 열린 <#미투운동 이후의 과제와 전망: 여성운동 정책역량 강화 워크숍>에서 구체적으로 제안되었다. 그리고 지난 3월 21일부터 전국의 208개 여성인권단체들이 <‘강간죄’ 개정을 위한 연대회의>를 결성해 활동 중이며, 더불어민주당과 정부는 2018년 4월 10일, ‘성희롱·성폭력 근절대책 관련 당정 간담회’를 열고 비동의간음죄 신설을 전향적으로 검토하고 있다고 밝힌 바 있다.²⁾

국제적으로도 UN 여성차별철폐위원회(CEDAW)에서는 2017년에 일반권고 제35호 제29조(e)에서 성범죄는 ‘자유로운 동의의 부재’를 기준으로 정의되어야 한다고 명시하였다. 또한 2018년에 UN 여성차별철폐위원회는 제69차 세션 한국 제8차 본심의 결과 한국정부에 강간죄의 구성요건을 폭행과 협박이 아닌 동의여부로 판단하라

1) 이 통계에서 건수란 피해자 명수가 아니라 지원한 횟수에 기반한 것임

2) “당정, 성폭력 대책 협의…강간죄 성립기준 완화 검토”, 연합뉴스, 2018년 4월 10일자, <https://www.yna.co.kr/view/AKR20180410053800001?input=1179m> (최종검색일: 2019.10.28.)

고 권고했다. 여성폭력과 관련된 입법운동은 일정 범위와 규모를 넘어서는 연대의 조직화와 담론의 정치를 기반으로 이루어지는 복합적인 동원과정이며(신상숙, 2007: 222), 이 운동을 기록하고 정리하며 평가하는 작업은 운동현장에서 만이 아니라 학술적으로도 중요한 의미를 갖는다.

이 글은 2018년 미투운동을 통해서 드러난 우리 사회의 성차별적 구조의 변화를 위한 법·제도 개선과제들 중 '강간죄' 구성요건에 초점을 맞춰, 법개정운동의 의미와 쟁점, 과제를 살펴보고자 한다.

2. '강간죄' 구성요건의 변화를 위한 여성운동의 역사

반성폭력운동은 관련법 제·개정운동과 성폭력에 대한 잘못된 통념·관행을 바꾸는 성문화운동 양축으로 추진되어왔다. 법제정 운동을 보면, 1991년부터 시작한 성폭력특별법 제정운동의 결과로 3년 만에 법이 제정되어 가해자 처벌 및 피해자보호(권리보장)의 근거를 마련한 것은 획기적인 변화였다. 이어서 1995년에는 형법 제32장의 제목을 '정조에 관한 죄'에서 '강간과 추행의 죄'로 변경하였다. 이후 수십 차례에 걸친 성폭력특별법 개정을 비롯해 청소년성보호에관한법률(2000), 특정범죄자에대한보호관찰및전자장치부착등에관한법률(2007, 일명 전자발찌법), 성폭력범죄자의성충동약물치료에관한법률(2010, 일명 화학적 거세법), 여성폭력방지기본법(2018) 등 성폭력 관련법들의 제·개정이 지속적으로 이루어지고 있다. 최근에는 미투 이후 국회에 상정된 성폭력관련 법률개정안 150여 개 중 30여 개의 내용이 제·개정되었다.

'강간죄' 구성요건 개정 운동의 시발점은 1991년 성폭력특별법 제정운동을 들 수 있다. 당시에는 형법 제32장의 제목이 '정조에 관한 죄'로 규정되어 있어 폭행과 협박으로 강간을 판단하는 것에 대한 문제제기보다는 정조의 개념이 얼마나 전근대적인지, 소위 '보호할 만한 가치가 있는 정조'인지 여부가 강간죄의 판단근거가 됨을 비판하는 것이 주된 문제제기였다(이상덕, 1997: 32). 제안된 법안을 보면 국회에 청원한 여성단체들은 성폭력을 "성적자기결정권의 침해행위로서 사람의 성적인 자유를 침해하는 일체의 행위"로 규정하였다. 민주당 안과 국민당 안도 같은 입장이었으나 민주당

안에서는 성폭력의 명시적인 규정 없이 형법상의 관련 조항을 나열하였다. 결국, 성폭력특별법은 성폭력에 대한 기본개념 규정 없이 형법의 각 조항을 나열하는 것에 그쳐, 강간죄의 구성요건에 대해서는 제대로 논의가 되지 못한 아쉬움이 크다. 특히 “여성들은 동의에 의한 성관계와 강간 사이의 연속선상 어딘가에 위치지을 수 있는 수많은 비동의적인 성을 경험하고 있다는 점(최은순, 1993: 100)”에서 이는 더욱 중요한 문제이다.

여성운동단체에서 강간죄의 구성요건을 구체적으로 논의한 것은 성폭력특별법 제정 이후 10여 년이 지난 2005년부터 시작된 ‘여성인권법연대’³⁾의 형법개정운동이다. 이 운동은 그동안의 반성폭력 법제화 운동이 피해생존자의 목소리를 담아내 성편향적인 법의 변화를 만들어왔다는 성과도 있지만, 기존의 가부장제 질서를 크게 훼손하지 않고 전복적이지 않았던 것에 대한 비판적 성찰에서 시작된 운동이라고 볼 수 있다(이미경, 2007: 40). 당시 여성인권법연대에서는 법학자와 활동가들이 모여 2년 동안의 지난한 논의 끝에 형법 개정안을 마련하였다. 이 형법 개정안의 핵심은 ‘동의 없는 성적 행동’의 처벌규정 신설, 최협의 폭행·협박설 폐기, 친고죄 폐지였다(이호중, 2007: 33).

여성인권법연대의 형법개정안은 성폭력 관련 형법 체계를 뒤흔든 획기적인 내용 이어서 어떤 의원이 발의를 해줄지가 관건이었다. 다행히 임종인 의원이 대표발의를 했고, 공청회도 개최했다. 그러나 특별히 주목받지 못한 채 국회 회기만으로 법안은 자동폐기되었다. 그럼에도 여성인권법연대의 형법개정안은 이후 성폭력 관련법 연구에 중요한 시사점을 주고 있고, 현재의 강간죄 구성요건 개정운동에도 준거들이 되고 있다.

또한 2004년부터 지속해오고 있는 전국성폭력상담소협의회회의의 ‘수사·재판시민감시단’ 활동은 형사·사법절차에서의 2차 피해에 주목해 피해자 권리를 사회적으로 환기

3) 여성인권법연대는 한국여성단체연합의 성·인권위원회가 해소되면서 2005년에 결성된 회의체로, 서울여성의전화, 장애여성공감, 한국성폭력상담소, 한국여성단체연합, 한국여성민우회, 성폭력상담소, 한국여성장애인연합, 한국여성의전화연합 등 여성인권운동단체와 이에 뜻을 함께하는 교수와 법조인들이 중심이 되어 전반적인 여성인권법의 방향을 모색하는 장이었다.

시키고 있다. 전국의 각 상담소에서 직접 피해생존자를 지원하면서 수사와 재판과정을 모니터링하여 그 해의 디딤돌과 걸림돌을 추천하고 ‘수사·재판시민감시단’에서 이를 심사하여 선정·발표하는데, 대부분 강간죄 구성요건에 대한 해석과 맞닿아 있는 사례들이다. 한국성폭력상담소에서는 2006년부터 ‘성폭력을 조장하는 대법원 판례 바꾸기 운동’을 지속해오고 있다. 특히 이 운동의 초기에는 강간죄의 구성요건인 ‘협의설’ 비판을 위해 매달 대법원 판례를 평석하여 대법관을 비롯한 법조인들에게 보내는 운동을 13개월 동안 진행했다. 이어서 2015년부터 모의재판, 판례평석 등의 방법으로 판례바꾸기 운동을 이어오고 있다. 한국여성민우회에서는 수사·재판과정을 모니터링하여 문제제기 및 개선방안을 제안하는 ‘첫사람’ 운동을 진행하고 있다.

특히 2018년 ‘혁명’ 같은 미투운동 속에서 한국여성단체연합에서는 그해 8월부터 10월까지 성차별적인 사회구조를 변혁하기 위한 법과 제도개선을 위해 회원단체들과 민변 여성인권위원회, 관련 전문가들과 함께 TF를 꾸렸다(최은순, 2018: 4). TF에서는 2달여 동안의 논의 결과를 정리해 11월에 미투운동 중점 입법 과제 해결을 위한 성평등 포럼인 「#미투운동, 法을 바꾸다」를 개최했다. 미성년자 의제강간, 스토킹, 2차 피해 방지, 고용·노동·예술분야 성폭력, 학교 성폭력 등 다양한 주제를 다룬 이 포럼의 첫 번째 발제는 “강간죄 구성요건 재구조화”였다. 발제자는 비동의를 규정한 문언을 “상대방의 동의 없이”로 제안했고, 형법 297조 강간죄의 구성요건을 비동의·위계·위력·폭행·협박으로 배치한 입법 발의안을 제안했다(정이명화, 2018: 21-25). 이외에도 각 단체들이 강간죄 구성요건 개정과 관련해 추진해 온 다양한 활동들의 토대 위에서, 올해 <‘강간죄’ 개정을 위한 연대회의(이하 ‘연대회의’)>가 출발할 수 있었다.

3. <‘강간죄’ 개정을 위한 연대회의> 활동 목표와 내용

연대회의는 ‘강간죄’의 구성요건을 폭행과 협박이 아닌 동의여부로 개정하고자 2019년 3월 21일에 전국 208개⁴⁾ 여성인권단체들로 결성되었다. 법개정운동은 법적으

4) 2019년 9월부터 민주사회를위한변호사모임 여성인권위원회가 동참하여 현재는 총 209개 단체가 함께하고 있음

로 피해생존자의 권리를 두텁게 보장할 뿐만 아니라, 우리 사회의 성폭력에 대한 기본인식을 바꾸는 매우 중요한 일이기 때문이다. 1994년 성폭력특별법 제정이 일반인들에게 성폭력이 사회적 범죄라는 인식을 확산시키고 고소율을 높임으로써 성폭력 추방에 크게 기여하였다는 평가는(민정자, 1999: 65) 강간죄 구성요건의 개정이 우리 사회 구성원들의 성(sexuality)을 대하는 인식과 태도를 바꿀 수 있다는 희망이기도 하다. 나아가 강간죄의 구성요건을 ‘폭행과 협박’에서 ‘동의여부’로 전환하는 것은 가부장제 사회의 남성중심적인 시각에서 형성된 성편향적인 법에 대한 도전이기도 하다. 연대회의의 구체적인 활동을 살펴보면 다음과 같다.

1) 형법 개정안 마련, 의원발의 및 정부와의 거버넌스를 통한 논의 확산

연대회의는 법학자, 법조인, 활동가들이 함께하는 전문가회의를 진행하면서 2019년 11월 의원발의를 목표로 형법 개정안을 마련하고 있다. 연대회의 법안을 기반으로 발의할 의원을 섭외하고 있으며, 이후 토론회를 통한 여론조성 및 대국민 홍보활동을 해가고자 한다. 연대회의에서는 법무부 검찰국 형사법제과나 대검찰청 형사부 담당자들과의 면담을 통해 연대회의의 강간죄 구성요건 개정의 당위성을 설명했다. 나아가 ‘미투운동과 함께하는 시민행동’과 함께 정의당, 바른미래당, 더불어민주당 등의 대표나 원내대표 면담을 통해 법개정운동의 취지를 전달하고 각 당의 협력을 요청하고 있다. 대통령 직속 정책기획위원회나 범정부 성희롱·성폭력 및 디지털성범죄 근절 추진 협의회, 법무부 법무·검찰개혁위원회, 법무부 성폭력·성범죄대책위원회, 국방부 양성평등위원회, 경찰청 수사정책위원회, 경찰청 성평등위원회 등 정부 각 위원회 활동에서도 관련자료 공유 및 논의제안을 하고 있다. 이러한 거버넌스를 통해 각 부처에 ‘원고’ 형태로 강간죄 구성요건의 변화를 촉구하고자 했다.

2) 국회 법제사법위원회들에게 의견서 전달 등을 통한 법개정 촉구

연대회의에서는 강간죄 구성요건 개정의 필요성을 의견서로 작성하여 국회 법제사법위원회 위원들에게 전달하고 이를 언론을 통해 홍보하는 방식으로 법개정에 압력을 주고 있다. 1차 의견서(2019.3.30.)는 “형법 제297조의 구성요건을 ‘동의’ 여부로

개정하라”는 총괄적인 내용을 담았다. 2차 의견서(2019.7.9.)는 2019년 1월부터 3월까지 전국성폭력상담소협의회를 통해 전체 66개 성폭력상담소에 접수된 강간(유사강간 포함) 상담사례들을 분석한 결과, 성폭력 피해사례 총 1,030명 중 직접적인 폭행·협박 없이 발생한 성폭력 피해사례는 71.4%(735명)에 달한다는 결과를 통해 ‘최협의설’의 폐해를 지적하였다. 1차, 2차 의견서는 연대회의의 활동가들이 직접 국회 법제사법위원회의 제1소위 소속 의원실을 돌며 전달했다. 3차 의견서(2019.8.13.)는 국제법 및 해외입법례에서의 강간죄 판단기준을 소개하였고, 4차 의견서(2019.9.18.)는 무고죄 역고소 과정에서 ‘최협의설’의 문제점을 담았다. 5차 의견서(2019.11.11.)는 검찰에서 무혐의처분을 받은 사건 분석을 통한 최협의설의 문제점을 짚었고, 이후 가해자 변호인 시장의 구조적인 폐해 속에 드러난 강간죄 구성요건의 문제, ‘최협의설’ 관련 최근 판례평석 등의 다양한 분야와 내용의 의견서를 계속 제출할 계획이다.

3) 공청회, 토론회를 통한 논의 확산

연대회의에서는 의원발의를 추진한 후, 법안에 관한 대국민 공청회를 11월 중에 실시할 예정이었으나, 선뜻 발의하겠다고 나서는 의원이 아직 없는 상황이다. 일단, 법 개정 필요성을 제기하기 위해 6명의 국회의원들과 연대회의의 공동주최로 11월 13일에 <20대 국회 강간죄 개정을 위한 토론회 : ‘폭행과 협박’이 아닌 ‘동의여부’로>를 개최하였다. 또한 다양한 학회와 정부위원회, 각 단체 등에서 ‘강간죄’ 구성요건 개정의 필요성을 논의하는 토론회를 제안·참여하고 있다. 이를 통해 성인지감수성을 담은 법담론을 생산하고 구체적인 논의를 확산시켜 사회적 분위기를 새롭게 조성하고자 한다. 지난 9월 27일에는 대통령 직속 정책기획위원회에서 주최한 <미투이후 법·정책 마련을 위한 전문가 간담회>에 ‘강간죄’ 개정을 위한 연대회의의 활동가와 전문가들이 참여해 의견을 개진하였다.

4) 대국민 홍보활동을 통한 사회 전반의 인식개선

연대회의에서는 집회, 기자회견, 기고, 언론인터뷰, 성명서, 입장문 등 언론홍보를

비롯해 카드뉴스, 웹자보를 활용한 대국민 홍보활동도 지속적으로 펼쳐나가고 있다. 7월 9일에는 카드뉴스, 9월 16일에는 “내가 당한 강간은 강간이 아니라고 한다”라는 제목의 동영상상을 제작하여 홍보하였다.⁵⁾

9월 18일에는 국회 앞에서 “강간죄 구성요건을 폭행·협박에서 ‘동의’로 개정하라”는 제목의 기자회견을 개최하여 법개정의 필요성과 강간죄에 대한 국제적 흐름을 소개하고, 형법 제297조 안에 강간죄의 구성요건으로서 ‘동의여부’가 들어가야 함을 촉구했다. 9월 28일에는 ‘미투운동과 함께하는 시민행동’과 함께 “강간죄 개정을 위한 총 썰기 : 이제는 강간죄다. 폭행협박 증명요구 폐기하라!”는 제목의 집회를 광화문에서 진행하였다. 이 집회에는 500여 명의 시민들이 참여하여 구호를 외치며 시내 행진을 하였고, 특히 정리집회에서는 성폭력 피해생존자들이 직접 나와서 최협의설의 영향 아래 있는 현행법 체계에서 자신이 겪은 2차 피해, 가해자를 처벌하지 못함을 드러내며 법개정의 필요성을 발언하여 큰 울림을 주었다.

4. ‘강간죄’ 구성요건의 개정에 대한 국회와 정부의 대응

미투운동 이후 국회에서는 발빠르게 150여 개의 성폭력 관련 법안들을 발의했고, 그동안 30여 개의 법안이 국회를 통과해 시행되거나 시행을 앞두고 있다. 반가운 일이지만 상당수 법안이 형량강화 수준에 머무는 등 근본적인 문제들은 제대로 짚어내지 못하고 있다. <표 1>에서 보듯이 현재 국회에는 2018년 3월부터 2019년 6월까지 10개의 강간죄 구성요건 관련 법안이 발의되었다. 특정 정당만이 아니라 5개의 정당(더불어민주당, 자유한국당, 바른미래당, 민주평화당, 정의당) 소속 의원들이 앞다투어 소위 ‘비동의간음죄’ 관련 법안을 발의한 것은 미투가 가져온 ‘선물’이기도 하다. 다만, 발의한 의원들 중 누구도 적극적으로 법안의 통과를 위한 추후 활동을 하고 있지 않은 점이 아쉽다.

5) “내가 당한 강간은 강간이 아니라고 한다”, ‘강간죄’ 개정을 위한 연대회의, 2019년 9월 16일 자, <https://www.youtube.com/watch?v=sFRjYVWqwTk> (최종검색일: 2019.10.28.)

<표 1> 현재 국회에 상정된 강간죄 구성요건 관련 입법안

의안번호	발의자 (제안일자)	“비동의” 문언	
2012532	자유한국당 홍철호의원안 (2018.3.19.)	폭행이나 협박 또는 사람의 의사에 반하여 해당하는 사람을 강간	
		강도가 사람에 의사에 반하여 해당하는 사람을 강간	
2012564	더불어민주당 강창일의원안 (2018.3.20.)	상대방의 명백한 동의가 없는 상태에서 사람을 간음	
2012601	더불어민주당 백혜련의원안 (2018.3.22.)	상대방의 의사에 반하여 사람을 간음	
2012795	민주평화당 천정배의원안 (2018.3.30.)	동의 없이 사람을 간음	
2014938	자유한국당 송희경의원안 (2018.8.17.)	폭행이나 협박 또는 상대방의 동의 없이 사람을 강간	
2014981	바른미래당 김수민의원안 (2018.8.21.)	상대방의 부동의 의사에 반하여 사람을 간음	
		(피보호자) 상대방의 부동의 의사에 반하여 간음	업무상위력등에 의한 간음
2015062 ⁶⁾	정의당 이정미의원안 (2018.8.27.)	사람의 명백한 거부 의사 표시에 반하여 강간	거부 의사 표시에 반한 강간
		(피보호자) 명백한 거부 의사 표시에 반하여 위력으로 강간	거부 의사 표시에 반한 강간
		사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태 이용	준강간 등
		사람의 동의 없이 사람에 대하여 추행	강제추행
		(피보호자) 위계 또는 위력으로 간음	업무상 위력 등에 의한 간음추행

- 6) 성폭력범죄의처벌등에관한특례법 일부개정법률안(2015065) 및 아동·청소년의성보호에관한법률일부개정법률안(2015066)과 동시에 발의함

2015354	자유한국당 나경원의원안 (2018.9.6.)	상대방의 의사에 반하여 사람을 간음	강간, 유사강간, 강제 추행
		(피보호자) 위계 또는 위력으로서 간음	업무상 관계 등에 의한 간 음
		(피보호자+우월한 지위) 명시적 동 의 없이 간음	업무상 관계 등에 의한 간 음
19460	자유한국당 박인숙의원안 (2019.3.28.)	동의 없이 사람을 간음한 사람	강간, 유사강간, 강제 추행
		미성년자 또는 심신미약자를 위계/ 위력으로써 동의를 받아 간음 또는 추행한 사람	미성년자등에 대한 간음
		(피보호자) 위계/위력으로써 동의를 받아 간음	업무상위력 등에 의한 간 음
20810	더불어민주당 김철민의원안 (2019.6.4.)	동의 없이 약물 등으로 인하여 심신 미약 상태에 있는 사람을 간음	강간
		상대방의 의사에 반하여 사람을 간음	강간
		동의 없이 약물 등으로 인하여 심신 미약 상태에 있는 사람에 대하여 제 297조의2 제1항에 따른 행위	유사강간
		상대방의 의사에 반하여 사람을 간음	유사강간
		동의 없이 약물 등으로 인하여 심신 미약 상태에 있는 사람을 추행	강제추행
		상대방의 의사에 반하여 사람을 추행	강제추행

출처: 장임다혜, '강간죄'개정을위한연대회의 회의자료(2019.4.18.) 중 일부, 2-3쪽.

5. 강간죄 구성요건 개정운동의 쟁점

1) 법개정운동의 범위 및 용어의 변경

연대회의에서는 법개정의 범위를 어디서부터 어디까지로 할지 진지하게 논의해왔다. 이는 2000년대 중반의 여성인권법연대에서도 마찬가지였다. 그만큼 성폭력 관련 법이 형법, 성폭력범죄의처벌등에관한특별법, 성폭력방지및피해자보호등에관한법률, 아동·청소년의성보호에관한법률 등에 산발적으로 규정되어 있기 때문이다. 실제

형사·사법절차의 담당자들도 혼동하여 잘못된 법안을 적용해 문제가 된 경우도 있다. 이들 각 법안들을 조율하고 정리할 필요성은 늘 제기되어왔고, 정부나 단체에서 몇 차례 재정비가 시도⁷⁾되기도 했지만 성공적이지 못했다. 이 방대한 작업은 단시일 내에 진행하기 어렵고, 많은 연구와 논의가 필요하다는 점에서 본 연대회의에서는 동동의 범위를 전반적인 성폭력 관련 형사법 체계 중 '강간죄'의 구성요건에 동의여부를 넣는 것을 주요 목표로 설정하였다.

현재 국회나 언론에서는 강간죄 구성요건에서 '동의여부' 관련한 규정을 주로 '비동의간음죄'로 명명하고 있다. 그러나 '간음'의 사전적 의미가 '결혼한 사람이 배우자가 아닌 이성과 성관계를 맺음'이고, '간음하다'의 사전적 의미는 '성관계를 맺다'⁸⁾로 통용되는 사회에서 '비동의간음죄'는 용어상 성폭력의 특성을 담아내지 못하는 문제를 내포하고 있다. 무엇보다 간음은 한자로 姦淫으로 간음, 간통, 간악하다는 뜻의 간(姦)을 채용하고 있는데 이는 여(女)를 세 번 쌓아 쓴 여성혐오적 한자표현이기도 하다. 따라서 잘못된 의미의 용어⁹⁾를 바꾸기 위한 구체적인 노력이 필요하다. 또한 <표 1>에서 보듯이, 현재 국회에 상정된 강간죄 구성요건에 관한 법률 10개에서는 '비동의'의 정의를 '상대방의 명백한 동의가 없는', '상대방의 의사에 반하여', '동의 없이', '상대방의 부동의 의사에 반하여', '사람의 명백한 거부 의사 표시에 반하여', '명시적 동의 없이' 등 매우 다양하게 규정하고 있다. "상대방의 의사에 반한 경우(No Means No Rule)"와 "명백한 동의의 의사가 없는 경우(Yes Means Yes Rule)"의 장단점을 면밀히 검토 필요할 필요가 있다. 참고로 2016년 캐나다 온타리오 법원의 "강간당하기를 원하는 사람은 아무도 없다. 취약한 피해자를 이용하거나 피해자의 신뢰를 배신하여 성폭력을 저지른 것에 대한 비난과 책임은 온전히 가해자의 몫이어야 한다. 피해자

7) 2016년, 법무부 형사법제과에서는 <성폭력범죄 처벌규정 개선위원회>를 꾸리고 성폭력 관련 법안들을 통합하고자 했으나, 문제의식만 공유된 채 크게 진전이 없이 마무리되었음

8) 다음 한국어 사전, <https://dic.daum.net/search.do?q=%EA%B0%84%EC%9D%8C> (최종검색일: 2019.10.28.)

9) 어떤 현상을 명명(naming)한다는 것은 그 사회의 인식과 문화를 나타내므로 매우 중요한 의미가 있다. 한 신문사의 기사검색을 통해 성폭력 관련 용어의 변화를 살펴본 연구에 의하면, 1960년대에는 '강간' 외 '능욕', '검탈'이란 표현이 쓰였고, 1970년대에는 '추행'이란 말이 늘어났으며 1980년대 후반부터는 '성폭행', '인신매매', '가정파괴', '성고문' 등이 쓰였고, 1990년대에는 '성폭력', '성희롱'이라는 표현이 상당한 비중을 차지했다(신상숙, 2007: 60-61).

가 입맞춤, 포옹, 혹은 다른 성적 접촉에 참여했다고 하더라도 피해자는 성행위를 거부할 권리를 갖는다¹⁰⁾”는 판결문이 시사하는 바가 크다.

2) '동의여부' 판단의 비판에 대한 합리적 반론

강간을 폭행과 협박이 아닌 '동의여부'로 판단하는 것에 대해 피의자나 피고인의 방어권 보장 측면에서 논란의 소지가 많다는 지적이 있다. “범죄 행위자의 처벌 여부가 전적으로 피해자의 의사에 따라 좌우된다는 불합리한 결과(이영란, 1994)”라거나, “그 행위양태가 다양하고 외연이 불분명해 명확성을 본질적 요소로 갖는 형법상의 범죄로 규정하는 데 큰 어려움이 따른다(서보학, 1998: 57)”는 비판이 있다. “폭행과 협박, 위력은 없었지만 동의 없이 이뤄진 성교가 범죄로 처벌되는 것은 과잉범죄화의 폐해를 바로 불러일으킬 것”이라는 우려도 있다.¹¹⁾ 피해 여성을 보호하기 위해 무조건 형법이 동원되어야 한다는 것은 오히려 여성주의의 ‘적’인 가부장주의의 관념의 산물일 수 있다는 지적도 있다(조국, 2003: 69). 이 주장에 의하면, “남성의 행위를 범죄로 규정하여 남성의 자기통제를 요구하고 여성을 보호해야 한다는 논리는 여성의 의지와 능력을 폄하한다”는 것이다. 또한 최근의 미투운동은 형법개혁 논의의 중요한 계기이지 당장 형법을 개정해야 할 근거라고 보기는 어렵다며, 영국의 경우 50년 만의 형법개정에서 30여 년에 걸친 여성주의적 요구를 반영하여 2003년 성범죄법을 개정한 사례를 들기도 한다(김한균, 2018: 439).

기존의 폭행과 협박에 의한 강간죄 규정 아래에서도 피의자(피고인)가 무고라며 피해자를 억고소 하는 현실에서 '동의여부'로 판단한다는 것은 훨씬 논란을 가중시킬 수 있다는 점에서 우리 사회의 큰 도전이기도 하다. 현행법체계에서 동의의 착오에 관한 엄격한 해석으로 피해자가 “이건 강간이야”라고 외치자 중단한 사례에서 무

10) 한국성폭력상담소(2017), 『단 하나의 기준, 적극적 합의: 캐나다 온타리오 법원, [2016. 7. 21. 선고 2016ONCJ448 판결]』 강예은·박아름(역), 신윤진(감수), 서울: 한국성폭력상담소, 234쪽.

11) “조국 “비동의간음죄 신설·미성년자 의제강간죄 기준연령 상향 곤란””, 세계일보, 2019년 8월 18일자, <https://n.news.naver.com/article/022/0003389929> (최종검색일: 2019.10.28.)

죄 판결¹²⁾을 내린 경우를 보더라도, 이는 가해자의 착각 또는 오해가 아니라 실상 내
 송 정도로 치부해버리는 일방적 무시였다는 점을 지적할 수 있다(유주성, 2016: 51).
 한국형사정책연구원에서 각 분야에서 경력이 10년 이상 되는 경찰, 교수, 검사, 판사,
 변호사, NGO활동가 등 총 48명의 전문가들의 의견을 조희한 결과 응답자의 54.2%는
 ‘폭행·협박의 유형력 요건을 제거하고 비동의 요건으로 대체해야 한다’고 답했다(장
 다혜·홍영호·김현숙, 2018: 199). 강간죄를 ‘동의여부’로 판단한다는 것은 이번 미투운
 동에서도 명확하게 드러나듯이 “강간에 대한 현재의 법률만으로는 처벌할 수 없는
 영역에 대한 문제제기이자, 강간피해 경험을 가진 여성들이 법률에서 인정받지 못한
 자신들의 경험을 법률 속에 새롭게 담아내려는 시도이며, 강간의 판단기준을 남성에서
 여성으로, 가해자로부터 피해자에게로 이동시켜 보다 균형 잡힌 법률해석을 가능
 하게 할 것(이유정, 2007: 172)”이다. 또한 형사절차에서의 공방 내용이 피고인의 인
 식이라는 내심의 영역에 관하여 이루어지기 때문에, 강간죄 구성요건에 비동의 요건
 을 도입하는 경우, ‘동의 없이’로 규정하는 방식이 타당할 것이다(김선화, 2019: 119).
 그리고 이러한 비동의 요건은 성적자기결정권이라는 보호법익과의 조화와 피해자에
 대한 2차 피해의 최소화, 그리고 형사법 원칙과 체계에 부합하는 입법에 대한 고려 속
 에서 이루어져야 한다(장다혜·이경환, 2018: 209).

현재 국회에서는 법제사법위원회 제1소위에서 강간죄 구성요건 관련 법안을 심의
 할 예정이다. 지난 3월 25일 제1차 회의에서 법무부와 법원행정처의 입장을 가져오
 라고 했지만, 이후 논의가 이어지지 못하고 있다. 이에 대해 법무부는 최근에는 강간
 죄 성립을 넓게 인정하는 추세이며 전문가 의견 수렴 및 충분한 연구 등 종합적 논의
 가 필요하다는 입장이고, 법원행정처는 입법정책적으로 결정할 사안이라며(전상수,
 2019) 공을 미룬 상태이다. 연대회의에서는 강간죄 구성요건을 동의여부로 두는 것
 에 대한 논박에 좀 더 촌촌한 대응 논리를 개발하고 이를 다양한 통로로 설득·소통하
 고 홍보를 지속해갈 것이다.


12) [대법원 2015.8.27. 선고 2014도8722판결]

6. 남은 과제와 법개정운동의 방향

〈‘강간죄’ 개정을 위한 연대회의〉 활동은 성폭력 피해자의 권리를 보장하고, 형사사법절차의 담당자 및 일반 대중들에게 성폭력의 판단기준은 폭행과 협박이 아닌 동의여부임을 알려내고자 시작했다. 여성운동이 법 제·개정 활동에 치중한다는 비판의 목소리도 있지만, 법과 일상은 서로 영향을 주고 받는 구조라는 점에서 강간죄 구성요건의 개정을 매우 시급하고 중요한 운동과제로 선택할 수밖에 없다. 법은 사회적 인식, 현상들과 상호작용하면서 변화되어 간다는 점에서 일반 시민들이 성폭력을 어떻게 바라보고 있는지는 법개정운동에 가장 중요한 변수이기도 하다. 따라서 국회나 정부만이 운동의 대상이 아니라, 대중의 일상생활에서 성인지감수성을 키우는 체계적이고 효율적인 교육이 선행되어야 할 것이다. 연대회의 활동이 어떻게 시민들과 소통할 수 있을지 많은 고민과 노력을 기울여야 할 부분이다.

그동안의 성폭력 관련법 제·개정 과정을 돌아보면, 어떤 변화도 저절로 오지는 않았고, 수많은 피해자들의 용기와 여성운동단체들의 연대로 가능할 수 있었다. 이번 ‘강간죄’ 구성요건의 개정, 즉 ‘최협의설 타파’ 운동은 법적인 변화뿐만 아니라 우리 사회의 성폭력에 대한 인식을 바꾸는 매우 기본적인 일이다. 더 이상 피해자들에게 피해 당시 폭행과 협박이 있었다는 증명을 요구할 것이 아니라, 가해자들에게 피해자의 명확한 동의가 있었는지를 물어야 한다. 강간죄의 구성요건을 ‘폭행과 협박에서 동의여부’로 바꾸어 패러다임을 전환하는 것은 가부장제 사회의 남성중심적인 시각에서 형성된 법의 ‘합리성’이나 ‘객관성’이 얼마나 피해자의 경험과 목소리를 배제하고 있었는지에 대한 성찰이기도 하다. 미투운동이 던져준 과제 중 하나는 성폭력을 규율하는 형법체계를 근본적으로 성찰하고, 젠더권력의 편향성을 제거하는 방향으로 나아가는 것이다(이호중, 2019: 31). 따라서 강간죄 구성요건의 개정은 미투운동에 대한 응답이 될 것이다.

여성운동 현장에서 우리가 경험하고 있는 셀 수 없는 감동의 순간들, 특히 2018년 미투운동은 우리에게 연대의 힘이 얼마나 강력하고 아름다우며 힘을 내게 하는지를 절감하게 했다. 이제, 우리는 강간죄 구성요건을 변화시키는 법제화 및 우리 사회 성

문화를 바꿔 가는 운동을 다시 시작했다. <‘강간죄’ 개정을 위한 연대회의>에서는 강간죄를 판단하는 단 하나의 기준으로서 ‘적극적 합의’가 법조문에서만이 아니라, 우리 모두의 상식이자 일상의 실천이 되는 세상을 향해 한 걸음씩 나아갈 것이다. 다행히 미투운동의 시발점이 되었던 안희정 전충남도지사의 성폭력 사건의 ‘위력’에 대한 법원의 전향적 판결로 우리 사회는 한 걸음 더 나아가게 되었다. 이러한 긍정적인 변화 속에서 우리 여성운동은 현행 강간죄의 구성요건이 구체적으로 성폭력 피해자의 권리를 어떻게 침해하고 여성들의 일상을 위협하는지, 이후 운동방향을 어떻게 세워갈 것인지에 대한 진지한 성찰과 탐구, 토론, 결단, 도전, 연대가 필요하다. 

- 김선화(2019), “저항에서 ‘동의’로”, 『미투 이후, 형사사법 패러다임의 변화』 한국젠더법학회·한국여성정책연구원 주최 춘계공동학술대회 자료집(2019.4.27).
- 김정연(2018), “형법상 성범죄 규정의 판단기준 및 개선방안: 비동의 간음죄의 도입가능성을 중심으로”, 『이화젠더법학』 제10권 1호, 67-101쪽.
- 김정혜(2019), “검찰 사건 처리 통계를 본 성폭력 무고 사건의 현황”, 『성폭력 무고의 젠더분석과 성폭력 범죄 분류의 새로운 범주화』 대검찰청·한국여성정책연구원 주최 포럼 자료집(2019.7.19).
- 김한균(2018), “비동의 간음죄 입법론의 비판적 검토”, 『형사법의 신동향』 제59권, 415-443쪽.
- 대검찰청(2018), 『범죄분석』 서울: 대검찰청.
- 민경자(1999), “성폭력 여성운동사”, 한국여성언론학회 엮음, 『한국 여성인권운동사』 서울: 한울아카데미.
- 서보학(1998), “성폭력 범죄와 형법 정책”, 『현상과 인식』 제22권 1·2호, 43-63쪽.
- 신상숙(2007), “한국 반(反)성폭력운동의 제도화와 자율성에 관한 연구”, 서울대학교 사회학과 박사학위 논문.
- 유주성(2016), “강간죄 성립의 판단기준으로서 피해자의 동의와 저항-대법원 2015.8.27. 2014도8722 판결-”, 『비교형사법연구』 제18권 1호, 33-60쪽.
- 이상덕(1997), “성폭력특별법 입법과정에 대한 분석적 연구”, 중앙대학교 사회개발대학원 사회복지학과 석사학위논문.
- 이미경(2007), “성폭력 피해생존자의 권리를 보장하는 형법 마련을 위해”, 『성폭력관련 형법개정안 공청회』 임종인 국회의원실·여성인권법연대 주최 공청회 자료집(2007.2.8).
- 이영란(1994), “성폭력특별법의 형법적 고찰”, 『피해자연구』 제3호, 19-31쪽.
- 이유정(2007), “비동의간음죄의 신설에 대한 논의”, 한국성폭력상담소 엮음, 『성폭력, 법정에 서다: 여성의 시각에서 본 법담론』 서울: 푸른사상.
- 이호중(2007), “성폭력 형법 개정안의 주요 내용과 쟁점”, 『성폭력관련 형법개정안 공청회』 임종인 국회의원실·여성인권법연대 주최 공청회 자료집(2007.2.8).
- _____(2019), “강간죄 개정의 필요성, 의미와 방향”, 『미투 이후 법·정책마련을 위한 전문가 간담회』, 대통령직속정책기획위원회 포용사회분과 주최 간담회 자료집(2019. 9. 27).
- 장다혜·홍영오·김현숙(2018), 『젠더폭력 관련 법체계 개선방안』 서울: 여성가족부.
- 장다혜·이경환(2018), 『형법상 성폭력범죄의 판단기준 및 개선방안 - 비동의간음죄의 도입가능성을 중심으로』 서울: 한국형사정책연구원.
- 장다혜(2019), “현재 국회에 상정된 강간죄 구성요건 관련 입법안”, 『강간죄』 개정을 위한 연대회의 제3차 회의자료(2019.4.18).

정이명화(2018), “강간죄 구성요건 재구조화”, 『#미투운동, 法을 바꾼다』, 한국어성단체연합 주최 #미투운동 중점 입법 과제 해결을 위한 성평등 포럼자료집(2018.11.1).

조국(2003), 『형사법의 성편향』, 서울: 박영사.

최은순(1993), “여성과 형사법”, 『법과사회』 제8권, 95-120쪽.

_____(2018), “#미투국면에서 법·제도 개선 흐름과 방향”, 『#미투운동, 法을 바꾼다』, 한국어성단체연합 주최 #미투운동 중점 입법 과제 해결을 위한 성평등 포럼 자료집(2018.11.1).

한국성폭력상담소(2017), 『단 하나의 기준, 적극적 합의: 캐나다 온타리오 법원, [2016. 7. 21. 선고 2016ONCJ448 판결]』, 중요한 성폭력판결시리즈 1, 강예은·박아름(역), 신윤진(감수), 서울: 한국성폭력상담소.

대법원 2015.8.27. 선고 2014도8722판결

국가지표체계(2019), http://www.index.go.kr/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx_cd=1591 (최종검색일: 2019.10.28).

다음 한국어 사전, <https://dic.daum.net/search.do?q=%EA%B0%84%EC%9D%8C> (최종검색일: 2019.10.28).

전상수(2019), “형법 일부개정법률안 검토보고”, 법제사법위원회(의안정보시스템, http://lkms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_O1V9U0T4G1K5X1N8V5O0D0E2R1W2U2&ageFrom=20&ageTo=20, 최종검색일: 2019.10.28).

“당정, 성폭력 대책 협의…강간죄 성립기준 완화 검토”, 연합뉴스, 2018년 4월 10일자, <https://www.yna.co.kr/view/AKR20180410053800001?input=1179m> (최종검색일: 2019.10.28).

“조국 “비동의·간음죄 신설·미성년자 의제강간죄 기준연령 상향 곤란””, 세계일보, 2019년 8월 18일자, <https://n.news.naver.com/article/022/0003389929> (최종검색일: 2019.10.28).

“내가 당한 강간은 강간이 아니라고 한다”, ‘강간죄’ 개정을 위한 연대회의, 2019년 9월 16일자, <https://www.youtube.com/watch?v=sFRjiYWqwTk> (최종검색일: 2019.10.28).

I 쟁점과 입장

이호중 강간죄 개정의 필요성

: 최협의설의 극복, 어떻게 할 것인가

박아름 강간죄인가, 준강간죄인가?

: 분열된 법 규정과 피해경험의 왜곡

김혜정 미투운동 이후 담론 전략들의

쟁투와 반성폭력운동의 과제

: '안희정 사건'의 재판과정을 중심으로

강간죄 개정의 필요성 : 최협의설의 극복, 어떻게 할 것인가

이호중

서강대학교 법학전문대학원 교수

1. 서론

미투운동 이후 우리 사회에서 성폭력 대책에 관한 논의가 활발해진 것은 참으로 다행이다. 현재 국회에 계류 중인 성폭력 관련 형법 개정안도 10개에 이른다. 그러나 다른 한편으로, 성폭력 대책을 촉구하는 사회적 열망의 강렬함에 비하여 정부나 국회에서의 논의는 상대적으로 지지부진하다는 점은 매우 아쉽다. 20대 국회의 임기가 얼마 남지 않은 상황이라 더욱 그러하다. 그리고 무엇보다 성폭력 형법의 개정을 둘러싼 논의에서 성폭력 처벌법제의 근본적인 문제점에 대한 비판적 성찰이 부족하다는 느낌이다. 성폭력 형법의 법규정 및 법실천은 여전히 남성편향적 성관념을 밑바탕에 깔고 있으며, 바로 그런 남성중심적 통념과 법관행을 근본적으로 바꾸어야 한다는 문제의식에서 출발해야 한다. 미투운동이 던져준 과제 중의 하나는 성폭력을 규율하는 형법 규범체계를 근본적으로 성찰하면서 그 안에 깊숙하게 자리잡고 있는 젠더권력의 편향성을 제거하는 방향으로 나아가는 것이다.

아래에서는 성폭력 형법 개정 논의의 토대를 구성하는 성적 자기결정권 및 성인 지감수성의 개념을 비판적으로 성찰하면서, 형법 개정의 핵심적인 쟁점으로 강간/유사강간/추행의 3분체계를 간음/추행의 2분체제로 재정비해야 한다는 점, 그리고 강간 및 강제추행죄의 기본구성요건을 '동의 없는 성적 행동'으로 재구성해야 한다는 점을 중심으로 언급하고자 한다.

2. 성폭력형법 개정의 토대 - 성적 자기결정권과 성인자감수성

1) 강간죄 ‘최협의설’의 문제

강간죄의 폭행·협박 기준인 최협의설에 대해서 그동안 제기되어온 비판은 아래의 두 가지 차원으로 구별해볼 수 있다. 첫째는 폭행·협박이 최협의의 기준, 즉 피해자의 저항이 불가능하거나 현저히 곤란한 정도에 이르지 않았던 경우에 성적 자기결정권의 보호에 공백이 생긴다는 점이다. 폭행·협박으로 성적 자기결정권을 침해한 행위임에도 최협의설의 기준에 의하면 강간죄가 성립하지 않기 때문이다. 둘째는 최협의의 폭행·협박에 해당하는지를 판단할 때 피해자의 태도나 저항 여부를 연계하는 해석의 부당함이다(윤덕경·김차연, 2015: 80-81; 이유정, 2015: 597-598). 무엇보다 최협의설은 ‘항거가 가능한 상황에서는 강간이라는 것이 성립할 수 없고 자신을 지키려는 여성은 죽을 힘을 다해 저항하는 것이 도리라는 왜곡된 강간 통념을 그대로 반영하고 있다.

전자는 비동의간음죄와 같이 ‘동의 없는 성적 행동’을 처벌하는 구성요건이 없는 상황에서 강간죄의 폭행·협박에 관하여 최협의설을 채택한 결과 성폭력 구성요건의 체계가 성적 자기결정권에 대한 침해를 포괄하지 못하고 처벌의 공백이 발생하는 문제인 반면에, 후자는 법원이 최협의설을 적용하는 과정에서 작동하는 인식론의 문제라는 점에서 양자는 서로 작동하는 차원이 다르면서도 실제로는 중첩적으로 결합되어 있다.

기존의 판례를 보면, 강간죄의 폭행·협박이 ‘피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도’에 해당하는가를 판단할 때, 범행 당시 피해자가 적극적으로 저항하지 않았다는 사실, 제3자에게 쉽게 구조를 요청할 수 있었음에도 적극적으로 구조요청을 하지 않았다는 사실은 가해자의 행위가 강간죄의 폭행·협박에 해당하지 않는다는 판단을 내리는 중요한 판단자료로 활용되어 왔다.¹⁾

1) “대학 4학년인 피해자가 강간의 위험을 느끼면서도 손쉬운 구조요청의 기회를 이용하지 아니하였다는 것은 우리의 경험칙상 쉽게 납득이 가지 아니하는 것”이라는 판단[대법원 1990.9.28. 선고 90도1562 판결], “시아버지로부터 걸려온 전화를 피해자가 받았으나 적극적으로 구원을 요청하지 아니한 사실”을 강조한 판단[대법원 1991.5.28. 선고 91도546 판결],

이처럼 강간죄의 폭행·협박이나 위력간음죄의 위력을 판단할 때 범행 당시에 저항이나 구조요청 등에 관한 피해자의 태도에 초점을 맞추는 문제는 법원이 성폭력 당시의 상황에 관한 여러 정황증거들을 놓고 일정한 가치판단을 통해 사실관계를 (재)구성하는 차원에서 발생한다. 이는 강간사건에 대한 법원의 판단에 일정한 '선이해'가 개입하고 있음을 보여준다. '선이해'는 바로 우리 사회에서 가부장적 권력과 담론에 의하여 남성과 여성의 성적 행동의 의미를 차별적으로 규정짓는 성별권력의 작동이다.

이런 법원의 판단에서는 '사회통념'이라든가 '일반인'의 판단준거가 동원된다. 이러한 개념들은 법원의 판단이 "객관적"이고 "중립적"인 외양을 띠게 함으로써 판결의 정당성을 확보하는데 기여하는 해석적 장치들이다. 하지만 이처럼 "중립적" 외관을 가진 판단준거들은 은연중에 사회적 행동에 영향을 미치게 마련인 계급·성별·연령 등의 권력적 작용을 은폐해 버리는 효과를 지니고 있다. 계급이나 성, 연령 등의 권력적 맥락이 드러나지 않는 가운데 '사회통념' 내지 '경험칙' 등의 판단준거들을 통하여 우리 사회에서 지배적인 담론지위를 누리고 있는 남성편향적 인식들이 무비판적으로 강간죄의 구성요건 판단에 투영되는 결과를 가져온다.

사람들의 행동은 다양한 권력관계 속에서 형성되는 권력적 불균형과 힘의 차이로부터 영향을 받기 마련이다. 성적 자기결정권의 실천도 그러하다. 성별권력은 남성 중심적 해석기제를 통해 여성의 행동에 대해 일정한 성적인 의미를 부여한다(이호중, 2005: 81). 성적 접촉의 상황에서 여성의 언어와 행동은 그동안 철저하게 남성중심적 시각에서 해석되어 왔다. 예를 들어, 밤늦은 시각에 술 한잔 더하자는 제의에 여관방에 함께 들어간 여성의 행동은 성관계에의 동의로 해석되며, 성관계 직후에 피해자가 가해자와 대화를 나누었다거나 피해자가 가해자를 따라나섰다는 사실은 설사 성관계 당시에 폭행 등의 억압적 요소가 있었다 하더라도 그것을 상쇄해버리는 '해석적 힘'을 갖고 있다.

이처럼 최협의설에 규범적 기준의 문제와 더불어 남성편향적 해석기제라는 두 가

“피해자의 옷을 벗기고 성교하려고 하자 피해자는 잠에서 깨어나 하지 말라고 하면서 몸을 좌우로 흔드는 등 거부하였으나 몸을 일으켜 그 장소에서 탈출하려고 하거나 소리를 질러 구조를 요청하는 등 적극적인 반항은 하지 않은 사실[대법원 1999.9.21. 선고 99도2608 판결]” 등 참고

지 서로 다른 차원의 문제가 얹혀 있다는 점을 직시하면, 이러한 문제가 단지 최협의 설을 협의설로 변경한다고 해서 곧바로 해결되지 않는다는 점 또한 분명해진다.

2) '성적인 것'과 '폭력'의 분리/틈새

오늘날 형법해석론에서 성폭력 구성요건의 보호법익이 성적 자기결정권이라는 점에는 의문이 없다. 그러나 보호법익이 성적 자기결정권이라고 언명하는 것보다 훨씬 중요한 것은 현행 형법이 과연 성적 자기결정권의 보호에 효과적으로 기능하고 있는 가라는 점이다.

성적 자기결정권이라는 권리테제는 근대 자유주의 형법담론의 산물이다. 남성이건 여성이건 누구나 자기 책임 아래 성적 자기결정권을 행사할 수 있다는 명제는 개인을 성적 욕망의 주체로 승인한다.

그런데 자유주의 테제의 특징이자 한계는 성폭력을 다름에 있어 성과 폭력을 철저히 분리한다는 점에 있다. 자유주의 형법담론은 성폭력을 '성에 대한 폭력'으로 다루는 경향이 있다(이호중, 2005: 90-91). '성'은 폭력이 행사되는 대상 또는 지점으로 상정될 뿐이며, '성적인 것' 자체에 내재한 권력적·침해적 계기는 성폭력 형법체계에 서 제대로 포착되지 않는다(변혜정, 2004a: 50). 개인의 성적 주체성과 자율성을 전제로 삼는 자유주의 형법담론에서 성폭력은 개인의 욕망과 성적 자율성이 폭력적 수단에 의해 침해되는 것으로 정립된다. 요컨대, 성폭력 구성요건에서 성적 자기결정권에 대한 침해는 '성적인 것에 가해지는 폭력'에 의해 결정된다.

반면에 젠더권력이 작동하는 대상은 '성적인 것'이다. 사실 개인의 성적 자기결정권의 행사와 실천은 개인 주체들의 독립적인 행위로 존재하는 것이 아니라, 사회의 다양한 권력관계로부터 영향을 받으면서 구성되고 동시에 제약되는 것이다. 종래 사회학과 페미니즘에서는 "성을 다양한 사회문화적 맥락들 내에서 모든 사회관계들과의 작용을 통해 구성되는 것(조영미, 1999: 24)"으로 바라보는 핵심개념으로 섹슈얼리티(sexuality)라는 개념을 사용해 왔다. 성적 자기결정권이 (형)법담론의 개념이라면 섹슈얼리티는 성적 자기결정권이 실천되는 다양한 층위의 권력관계를 드러내주는 개념이다.

피해자의 저항 여부에 초점을 맞추는 최협의설 - 그리고 안희정 사건 제1심판결에서 위력의 존재와 행사를 애써 구별하려는 무리한 해석을 시도한 것 - 은 모두 '성'과 '폭력'의 분리 사고에 맞닿아 있다. '성적인 것'은 오직 추상적으로 평등하다고 선언된 남녀 주체들 간의 사적인 영역으로 간주되며, 이 영역은 폭력으로부터의 자유가 보장되어야 할 영역으로 설정된다. 여기에서 '성적인 것'에 작동하는 젠더권력의 차별과 폭력성은 시야에서 사라져 버린다. 이것이 저항의 통념에 기반한 남성중심적 해석기제를 구성하는 핵심이다.

필자는 성적 자기결정권이라는 권리테제가 젠더권력에 의한 섹슈얼리티 억압의 문제를 제대로 포착하지 못한다는 점을 지적하면서, 형법담론에서 성적 자기결정권은 성적 실천에 관계하는 사람들 간의 민주적인 의사소통의 차원에서 정의되어야 한다고 주장한 바 있다(이호중, 2005: 92).

성폭력에 대한 형법정책의 문제는 성적 자기결정권이라는 추상적 권리의 차원에서가 아니라 그 권리가 실현되고 동시에 제약되는 상호주관적인 이해의 차원에서 다루어져야 한다. 형법에서 성적 자기결정권이라는 법익은 자유주의적 관점과는 다르게 구성되어야 한다고 생각한다. 성적 자기결정권은 추상적인 개인의 권리로서 단지 “성중립적인 방식으로만” 이해되어서는 안 된다. 성관계로 맺어지는 남성과 여성이 그 성관계의 상호작용 속에서 향유하는 성적 자기결정권의 가치는 결코 동일하지 않다. 성적 자기결정권은 개인의 인격 및 성적 정체성과 연관된 사적 자율성의 영역에 속하지만, 그것은 동시에 사회적인 관계 속에서 구성되는 것이며 따라서 성적 욕망과 자기결정권은 일상적으로 작용하는 다양한 권력관계, 특히 성별로 구조화된 권력관계로부터 항상 부당한 해석적 권력에 노출되어 있다(여성의 언어는 남성의 성적 욕망의 언어로 해석된다). 이로부터 성적 자기결정권은 적극적인 차원에서는 성적 욕망을 자유롭게 발현할 권리이며, 소극적인 차원에서는 원치 않는 성적 관계와 행위를 강요당하지 않을 권리를 포괄할 뿐만 아니라, 상호주관적인 의사소통의 맥락에서 그것은 성적 욕망의 다름을 상호인정하는 민주주의적 의사소통규칙으로 이해되어야 한다. 그렇기 때문에 성적 자기결정의 자유는 폭행이나 협박과 같은 강제력의 행사에 의해서만 침해되는 것이 아니라, 다양한 성적 관계에 있는 개인들 간의 관계에서 성적 욕망에 관한 해석이 공유되지 않음으로써도 침해될 수 있다.

성적 자기결정권의 개념을 이렇게 이해하면, 성적 자기결정권은 “민주주의적 상호이해에 기초한 개인의 동의”에 의하여 실천되는 것이 된다. 뒤집어 말하면 성적 자기결정권의 침해는 강제력의 행사에만 초점이 맞추어져서는 안 된다. 성적 자기결정권의 침해의 핵심은 동의의 문제에 놓여 있다. 그러므로 필자는 성폭력을 동의와 상호이해에 기초하지 않은 성적 자기결정권의 침해라고 정의하고자 한다. 적나라하게 행해지는 폭력은 바로 성적 행위가 동의와 상호이해에 기반하지 않았음을 명백히 보여주는 것일 뿐이다.

3) 합리적 피해자의 관점?

종래 최협의설이 폭행·협박의 판단에 ‘피해자의 사력을 다한 저항’을 연계하는 해석론에 대한 비판이 거세지던 와중에 [대법원 2005.7.28. 선고 2005도3071 판결]이 상당한 주목을 받았다. 이 판결은 최협의설의 기준 자체를 변경한 것이 아니다. 그렇지만, 강간죄의 폭행·협박이 있었는지 여부는 “피해자가 성교 당시 처하였던 구체적인 상황을 기준으로 판단”해야 한다는 점을 강조하면서, “사후적으로 보아 피해자가 성교 이전에 범행 현장을 벗어날 수 있었다거나 피해자가 사력을 다하여 반항하지 않았다는 사정만으로 가해자의 폭행·협박이 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도에 이르지 않았다고 선불리 단정하여서는 안 된다”는 구체적인 판단기준을 제시한 점에서 진일보한 것으로 평가된다.

[2005도3071 판결]은 강간죄의 폭행·협박에 대한 판단을 피해자의 저항 여부라든가 기타 피해자의 행동과 태도에 대한 판단으로 둔갑시켜 버리는 문제점을 분명하게 의식한 것으로 보인다. 그런데 피해자가 저항하지 않았다는 사실만으로 ‘선불리’ 강간죄의 폭행·협박을 부정하는 결론에 이르면 안 된다고 주문하는 것 이상으로 무엇을 어떻게 판단해야 하는지에 관하여 명확한 판단방법이나 관점을 제시해 주지는 못했다.

비슷한 시기에 성희롱의 ‘성적 언동 등’의 의미에 관하여 대법원은 “사회공동체의 건전한 상식과 관행에 비추어 볼 때 객관적으로 상대방과 같은 처지에 있는 일반적이고도 평균적인 사람으로 하여금 성적 굴욕감이나 혐오감을 느낄 수 있게 하는 행위”

라고 판시함으로써²⁾ 성희롱에 해당하는지 여부는 ‘우리 사회 전체의 일반적이고 평균적인 사람’이 아니라 ‘피해자와 같은 처지에 있는 평균적인 사람’의 관점에서 판단해야 한다는 점을 분명하게 제시하고 있다.³⁾

비록 우리가 성폭력 사건에서 최협의설이라는 규범적인 기준을 그대로 유지한다고 하더라도 ‘피해자의 저항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도’에 해당하는지를 판단하는 ‘관점’만큼은 위의 성희롱 판례와 유사하게 “피해자”의 관점을 동원할 여지가 있다.

하지만 “합리적 피해자의 관점”이 모든 것을 커버해 주지는 못한다. [2005도3071 판결]은 피해자가 저항하지 않았음을 폭행·협박의 최협의 기준에 미달하는 것으로 ‘선불리’ 연결시키지 말 것을 주문할 뿐, 피해자의 저항여부 내지 저항가능성의 문제가 여전히 최협의의 폭행·협박에 대한 판단에서 중요한 판단자료라는 점을 전제로 하고 있다. 여기에서 차용된 문구인 “선불리”는 피해자의 저항포기가 합리적으로 납득할 만한 근거를 지닌 경우에 한하여 강간죄로 포섭될 수 있다는 점을 암시해 주고 있다. 예를 들어, 성인 가해자와 미성년 피해자의 관계라든가, 가해자와 피해자의 신체적 조건의 차이가 상당히 큰 경우, 가해자와 피해자가 친척관계라는 특수한 사정 등이 존재한다면 피해자가 저항하지 않았다는 사실은 합리적으로 이해할 수 있는 범주

2) [대법원 2007.6.14. 선고 2005두6461 판결] [성희롱결정처분취소]. 이 판결은 성희롱 여부의 판단관점으로 ‘피해자와 같은 처지에 있는 일반적이고도 평균적인 사람’을 처음으로 명시적으로 언급하였다는 점에서 의미가 있다. 다만, 해당 사건에서 그와 같은 판단관점이 올바르게 작동했는지는 의문이다. 이 사건은 초등학교 교사들의 회식 자리에서 교감이 여자교사들에 대하여 교장에게 술을 따라 줄 것을 두 차례 권한 언행이 성희롱에 해당하는지가 문제된 것인데, 원심은 원고가 성적 의도를 가지고 위와 같은 언행을 하였다기보다 직장 상사인 교장으로부터 술을 받았으면 답례로 술을 권하여야 한다는 차원에서 한 것으로 보여지는 점, 회식에 참석한 여자교사 3명 중 2명이 원고의 언행으로 인하여 성적인 굴욕감 또는 혐오감을 느끼지 않았다고 진술하고 있는 점 등에 비추어 성희롱에 해당하지 않는다고 하였고, 대법원은 별다른 논증 없이 원심의 판단이 정당하다고 하면서 상고를 기각하였다.

3) ‘성인지감수성’을 처음으로 언급한 [대법원 2017두74702 판결]에서도 대법원은 “원고의 행위가 성희롱에 해당하는지 여부는 가해자가 교수이고 피해자가 학생이라는 점, 성희롱 행위가 학교 수업이 이루어지는 실습실이나 교수의 연구실 등에서 발생하였고, 학생들의 취업 등에 중요한 교수의 추천서 작성 등을 빌미로 성적 언동이 이루어지기도 한 점, 이러한 행위가 일회적인 것이 아니라 계속적으로 이루어져 온 정황이 있는 점 등을 충분히 고려하여 우리 사회 전체의 일반적이고 평균적인 사람이 아니라 피해자들과 같은 처지에 있는 평균적인 사람의 입장에서 성적 굴욕감이나 혐오감을 느낄 수 있는 정도였는지를 기준으로 심리·판단하여야 옳았다.”고 지적하면서 원심판결을 파기하였다.

속에 있고 이러한 경우 피해자의 저항포기는 폭행·협박이 항거곤란의 정도에 이르렀음을 방증하는 사실로 평가될 수 있을 것이다.

그렇지만 가해자와 피해자가 비교적 대등한 지위에 있는 직장동료라든가 연인 사이, 혹은 오래전부터 알고 지내던 사이인 경우에 피해자의 거부의 의사표시에도 불구하고 다소간 가해자의 강제력이 행사되었고 피해자가 손쉽게 저항할 것으로 기대하는 것이 합리적이라면 이러한 사태는 ‘합리적 피해자의 관점’에 의하더라도 상대방의 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행·협박이 행사된 것으로 판단하기 어렵게 될 수 있다. 요컨대, 합리적 피해자의 관점은 피해자가 저항하지 않았다는 사실을 새롭게 조명할 수 있는 일단의 통로를 제공해 주기는 하지만, 피해자의 거부위사가 그 자체로 존중되도록 보장해 주지는 못한다.

사실 문제의 핵심은 ‘성적인 것’의 ‘폭력성’에 있다. 그것은 피해자의 ‘동의하지 않음’ 즉 주관적 거부의사에서 확인되는 것이어야 한다. 하지만 현행 강간죄의 구성요건을 전제로 하여 폭행·협박이라는 강제력의 행사와 그 뒷면에 존재하는 피해자의 저항가능성에 대한 객관적 판단으로 치환되는 한 성적 자기결정권의 침해에 관한 피해자의 주관적 의사가 무시되는 근본적인 결함을 아직은 극복되지 못한 상태로 남아 있는 셈이다.

그런데 성폭력 형법의 남성중심적 지배 담론에 대항하여 ‘합리적 여성(피해자)의 경험’이라는 또 다른 객관화된 피해 범주가 만들어진다면, 그것은 젠더권력 뿐만 아니라 계급·인종·연령·직업이나 조직 내의 지위 등 다양한 권력관계에 의하여 구성되고 제약되는 여성 주체들의 다양한 섹슈얼리티의 경험을 올바르게 재현해내지 못할 뿐만 아니라 동질적인 무엇으로 환원해 버릴 위험성이 있다.⁴⁾

4) 정희진(2006), “성적 자기결정권을 넘어서”, 변혜정 엮음, 『섹슈얼리티 강의 두 번째』, 파주: 동녘; 변혜정(2004b), “성폭력 개념에 대한 비판적 성찰”, 『한국여성학』 제20권 2호, 47-54쪽 참조.

3. 강간죄 개정의 기본 방향

1) 간음과 추행의 개념 - 강간/유사강간/추행의 3분체계의 발전적 해석

현재의 학설과 판례에 의하면, 강간(간음)은 '남성성기의 여성성기에의 삽입'을 의미한다. 구강성교나 항문성교 등 여타의 성적 행동은 종래 추행으로 분류되어 왔다. 이는 성기결합을 성관계의 핵심으로 취급하는 성기중심의 성문화가 반영된 것으로, 현행 강간죄 규정은 객체를 사람으로 개정했음에도 불구하고 여전히 정조이데올로기를 존속시키는데 기여한다는 비판이 제기되어 왔다.

2006년 성폭력특별법의 개정에서 13세 미만의 아동에 대한 성폭력 처벌규정에 처음으로 유사강간행위를 강제추행죄보다 무겁게 - 그러나 강간죄보다는 가볍게 - 처벌하는 규정을 신설한 이래, 2012년 12월 18일 형법 및 성폭력특별법 등이 개정되어 현재는 '강간/유사강간/추행'의 3분법 처벌체계가 나뉘게 정착되어 있다.

이러한 삼분체계는 강간(간음)과 강제추행의 간극을 어느 정도 메워준다는 점에서는 긍정적이나, 여전히 성기결합 중심의 규정체계를 벗어나지 못한다는 점에서 한계가 있다. 강간/유사강간/추행의 삼분법 규정체계를 유지할 것인가의 문제는 성폭력 행위의 불법성에 대한 형법의 정책적 평가의 차원에서 재검토해야 한다.

재구성의 출발점은 성적 자기결정권이다. 성폭력범죄의 보호법익인 성적 자기결정권은 원하지 않는 성행위를 당하지 않을 권리라는 소극적 차원과 더불어 스스로를 성적 욕망과 인격권의 주체로 자리매김하는 성적 "자존감(Integrity)"을 포괄하는 개념이다. 여기에서 출발하면 성폭력 처벌규정에서 성적 행동의 불법성을 차등화하는 기준은 성적 자존감에 대한 침해의 중대성에 있다. 성기결합을 의미하는 '간음'은 성적 자존감에 대한 중대한 침해행위의 하나이지만 이것을 유사강간행위와 구별하는 현행법의 태도는 바람직하지 못하다. 폭행이나 협박에 의한 항문성교나 구강성교 등의 경우 비록 성기와 성기의 결합은 없었지만 피해자의 성적 자존감에 대한 침해는 간음행위 못지않게 크다.

비교법적으로 보면, 강간(간음) 개념을 확장하여 현재의 유사강간행위를 강간(간음) 개념에 포함시키는 입법이 일반적인 추세이다. 성적 자존감에 대한 침해의 중

대성을 결정짓는 기준은 대체로 “신체삽입”에 있다. 독일 형법은 “성행위(sexuelle Handlung)”를 성폭력의 기본적인 행위개념으로 설정하면서, ‘성교’ 또는 ‘신체삽입과 연관된 유사성교행위’ 또는 ‘피해자를 굴욕적으로 취급하는 성적 행위’에 대하여 가중 처벌하는 규정체계를 두고 있다. 프랑스 형법은 강간을 “사람에 대한 성적 삽입행위”라고 규정하고 있으며(제222-23조), 미국의 주법도 대체로 “sexual intercourse”를 구강성교와 항문성교를 포함하는 개념으로 사용하고 있다. 따라서 추행을 기본구성요건으로 하면서 ‘성적 자기결정권에 대한 침해가 중대한 경우’를 강간죄로 가중처벌한다고 할 때, 강간개념에 유사성교행위를 포함하도록 하는 성폭력 규정을 재정비해야 한다. 이렇게 되면 강간(간음)은 “현행 강간(간음) 개념 + 유사강간행위”로 구성되어야 한다. 오늘날 성적 자기결정권의 의미에 비추어 볼 때 성폭력 형법에서 ‘성기결합’만을 특별취급해야 할 합리적인 이유는 없을 뿐만 아니라, ‘간음-유사성교행위-추행’의 3분법은 입법기술적으로 복잡성을 상당히 증대시키는 문제를 안고 있다.

2) 강간죄의 기본구성요건으로 ‘동의 없는 성적 행동’ 처벌규정 신설 + 이에 따른 성폭력 규정의 재정비

(1) ‘동의 없는 성적 행동’ 처벌규정 신설의 의미

미투운동에서 성폭력 형법 대책의 가장 중요한 쟁점으로 부각된 것은 바로 동의 없는 성적 행동을 강간죄로 처벌하도록 하자는 것이다. 상대방의 저항을 곤란하게 할 정도의 폭행·협박이나 위력이 없지만, 상대방의 동의 없이 성적 행동이 행해진 경우에 이를 성폭력범죄로 처벌할 수 있어야 한다. 하지만 현행 형법에서 그러한 처벌은 불가능하다.

‘동의 없는 성적 행동죄’는 상대방의 동의 없이 행해지는 성적 행동을 처벌하는 규정을 말한다. 그 핵심은 폭행·협박이나 위계·위력의 행사가 없어도 상대방의 동의 없는(또는 의사에 반하는) 성적 행동을 성적 자기결정권에 대한 침해의 가장 기본적인 범죄유형으로 정립한다는 점에 있다.

‘동의 없는 성적 행동’을 성폭력의 기본구성요건으로 설정하는 것은 두 가지 차원에서 매우 중요한 정책적 의미를 갖고 있다. 첫째는 폭행·협박이 행사된 경우가 ‘강제적

성폭력인 것은 너무나도 당연하지만, 사실 강제성의 가장 원초적인 법적 형태는 ‘동의 없음’에 있다. 그러므로 동의 없는 강제에서부터 적나라한 폭력에 의한 강간에 이르기까지 일련의 연속선에 존재하는 성폭력을 모두 형법의 처벌망으로 포섭함으로써 성적 자기결정권 보호의 공백을 메워야 한다는 실천적 의미이며, 두 번째 차원은 동의 없음이 성폭력의 강제성의 가장 원초적인 형태임을 분명하게 선언함으로써 그러한 법실천을 통하여 성폭력 법제에 깃들여 있는 성별권력의 영향력을 제거하고 성적 자기결정권이 ‘상호동의와 이해에 기초한 민주주의적 토대’ 위에 구축되도록 한다는 인식론적 과제이다.

(2) 종래의 비판론에 대한 검토

종래 비동의간음죄 또는 동의 없는 성적 행동죄에 대해서는 처벌여부가 전적으로 피해자의 의사에 의하여 좌우될 것이라는 비판이 제기된 바 있다. 비동의간음죄의 불법성의 핵심표지인 ‘동의 여부’의 입증에 매우 어렵고 이것이 순전히 피해자의 내심의 의사에 달려 있기 때문에 자칫 피해자의 남용의 가능성이 크다는 우려이다.

성적 관계를 맺는 남녀 사이에 남성의 언어와 여성의 언어가 다르게 해석되고 다르게 받아들여질 때 의사소통의 불일치가 발생하고 오해가 발생할 소지는 있다. 위와 같은 비판론은 이로 인하여 피해자가 이 처벌규정을 악용할 가능성을 우려한다. 하지만 이러한 우려는 현실적이지 못하며 다분히 과장된 측면이 있다. 어떤 여성이 성교 등 성적 행동에 대하여 ‘동의하지 않았다’는 주장을 펼 경우에 동의 여부를 둘러싼 해석의 차이와 공방은 남성보다는 여성피해자에게 훨씬 불리하게 작용할 것이기 때문이다.

그리고 동의 없는 성적 행동의 처벌이 과잉범죄화 또는 과잉형벌화라는 비판도 형법학에서는 매우 강력한 비판논거의 하나이다. 이러한 비판에 대해서는, 다른 보호법익 영역의 구성요건체계와 비교해 볼 필요가 있다. 예를 들어, 사유재산권에 대해서 형법은 폭행·협박에 의한 공갈이나 강도는 물론이고 사소한 절취행위와 점유이탈물횡령행위에 이르기까지 매우 “빈틈없이” 형벌권의 보호범위에 포섭시키고 있다. 이에 비추어 보면, 성적 자기결정권에 대한 침해에 대하여 폭행이나 협박과 같은 강

제수단이 행사되지 않았다는 이유만으로 형법의 보호를 포기하는 것이 과연 정당화될 수 있는가는 의문이다. 비동의간음죄 내지 ‘동의 없는 성적 행동’에 대한 처벌규정을 신설하는 것은 형벌권의 확장을 동반하지만, 이것은 다른 법익보다 상대적으로 보호받지 못했던 성적 자기결정권 보호의 흠결을 보완한다는 의미로 이해되어야 한다.

한편, 비동의간음죄의 처벌이 여성을 ‘나약한 존재’로 상정하고 스스로를 방어할 수 있는 의지와 능력이 부족한 존재로 폄하한다는 비판도 있다. 이런 비판론은 ‘남성이 건 여성이건 자율적 의사에 따라 얼마든지 거부의 의사를 표시할 수 있고 성적 행동을 명백하게 거절한 경우 상대방은 자신의 의지를 관철하기 위해서는 폭행이나 협박과 같은 강제력을 사용할 수밖에 없을 텐데 이때에는 강간죄로 처벌할 수 있다’는 논리에 터잡고 있다. 이는 성폭력을 오로지 “성에 대해 가해지는 ‘폭력’”으로 이해하는 태도를 반영하고 있다. 하지만, 이러한 논거는 남녀 사이의 성적 관계에 관한 언어와 몸짓이 남성중심의 해석틀에 의하여 재단되고 의미가 부여되는 현실, 즉 성적 관계 속에서 작동하는 성별권력의 영향력을 애써 외면해 버린다.

동의 없는 성적 행동의 처벌규정을 신설하는 것은 어쩔 수 없이 추상적인 법적 언어로 정립될 수밖에 없는 형법규범의 한계 속에서 그나마 현실에서 작동하는 성별권력의 “억압적·폭력적 요소”를 포착하고 제어할 수 있다는 점에서 실천적인 의미가 있다. 이렇게 보면, 비동의간음죄 규정을 통해 동의 없는 성적 행동을 처벌함으로써 여성을 원치 않는 성적 행동에 대한 거부의 의지와 능력이 부족한 나약한 존재로 상정하는 것이 아니라, 남성중심의 성담론과 해석에 의하여 여성의 언어와 의사가 왜곡되어 해석되는 현실에서 자신의 “No”가 그 진정성을 의심받지 않으면서 “No”로 존중될 수 있도록 보장해주는 “법적 자원”을 제공하는 것으로 이해해야 한다(이호중, 2005: 110).

(3) 어떻게 체계화할 것인가

‘동의 없는 성적 행동’의 처벌규정을 신설한다고 할 때, 입법론적 방안은 ‘동의 없는 성적 행동을 강간죄 및 강제추행죄의 기본적인 구성요건으로 정립하는 방향으로 나아가야 한다.

그것은 성적 자기결정권의 의미에 관련하여 ‘성폭력’의 기본적인 개념이 ‘동의 없는 성적 침해행위’에 있음을 분명히 선언하고, “동의 없음에서부터 중한 폭행·협박”에 이르기까지 성적 자기결정권에 대한 침해 범위를 처벌의 연속선상에서 위치지운다는 정책적 의미가 있다.

구체적으로는 ‘동의 없는 성적 행동’을 성폭력의 기본구성요건으로 하고, 폭행·협박이나 위력이 있는 경우를 가중구성요건으로 규정하는 방향이 가장 타당하다. 이는 강간죄 및 강제추행죄의 ‘강제성’의 기본형태를 ‘폭력적 강제’가 아니라 ‘동의 없음=강제’로 재구성해야 한다는 의미이다.

4. 맺음말

2018년에 들어 대법원은 2개의 판결⁵⁾을 통해 성폭력·성희롱 사건의 심리에서 ‘성인지감수성’을 잃지 않도록 유의해야 한다는 점을 강조하였다:


법원이 성폭행이나 성희롱 사건의 심리를 할 때에는 그 사건이 발생한 맥락에서 성차별 문제를 이해하고 양성평등을 실현할 수 있도록 ‘성인지감수성’을 잃지 않도록 유의하여야 한다(양성평등기본법 제5조 제1항 참조). 우리 사회의 가해자 중심의 문화와 인식, 구조 등으로 인하여 성폭행이나 성희롱 피해자가 피해사실을 알리고 문제를 삼는 과정에서 오히려 피해자가 부정적인 여론이나 불이익한 처우 및 신분 노출의 피해 등을 입기도 하여 온 점 등에 비추어 보면, 성폭행 피해자의 대처 양상은 피해자의 성정이나 가해자와의 관계 및 구체적인 상황에 따라 다르게 나타날 수밖에 없다. 따라서 개별적, 구체적인 사건에서 성폭행 등의 피해자가 처하여 있는 특별한 사정을 충분히 고려하지 않은 채 피해자 진술의 증명력을 가볍게 배척하는 것은 정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따른 증거판단이라고 볼 수 없다.⁶⁾

5) [대법원 2018.4.12. 선고 2017두74702 판결] [교원소청심사위원회결정취소]; [대법원 2018.10.25. 선고 2018도7709 판결] [강간·특수상해·상해·특수협박·협박·폭행].

6) [대법원 2018.10.25. 선고 2018도7709]. 이 판결에 앞서 대법원은 성희롱을 이유로 한 징계처분의 취소를 다투는 행정소송 사건에서 피해자가 성희롱 피해를 당한 이후에 2차 피해를

대법원 판례에서 성인지감수성이 언급된 맥락은 피해자 진술의 신빙성 판단이다. 그렇지만, 성인지감수성 개념은 비단 피해자 진술의 신빙성 판단에서만뿐만 아니라, 성별권력에 기반하여 차별적으로 작동하는 법담론을 비판적으로 성찰해야 한다는 문제의식을 담고 있으며, 또 그래야 한다. 강간죄의 폭행·협박이나 업무상위력간음죄의 위력이 있었는지 여부를 판단하는 영역도 성별권력의 담론적 영향에서 자유로울 수 없기 때문이다.

성인지감수성에서 출발하는 성폭력 형법의 개정의 기본적인 방향은 피해자가 처해 있는 중첩적, 편향적 권력관계의 환경에서 피해자의 성적 자기결정권의 행사가 어떻게 왜곡되는지를 간파하는 것이어야 하며, 섹슈얼리티의 실천적 주체로서 여성, 아니 개인이 존중되어야 한다는 민주주의적 요청을 법체계에 투영시키는 작업이어야 한다.

그 핵심은 무엇보다 “동의 없음=강제”라는 성폭력에 관한 인식의 전환이다. 동의 없는 성적 행동의 처벌을 성폭력의 기본구성요건으로 설정하는 것은 그 첫걸음이다. 

우려하여 소극적인 태도를 보일 수 있다는 점을 충분히 고려해야 한다는 맥락에서 ‘성인지감수성’을 피해자진술의 신빙성 판단의 기준으로 제시한 바 있다[대법원 2018.4.12. 선고 2017두74702].

참고문헌

- 변혜정(2004a), “성폭력 개념, 놓을 것이냐? 다시 잡을 것이냐?”, 『성폭력특별법 시행 10주년 기념토론회 : 반성폭력운동의 성과와 과제』 한국성폭력상담소·한국여성민우회 가족과성상담소·한국여성의전화연합 주최 토론회 발표문(2004.7.7).
- 변혜정(2004b), “성폭력 개념에 대한 비판적 성찰”, 『한국여성학』 제20권 2호, 41-74쪽.
- 윤덕경·김차연(2015), “성폭력 판례에 대한 성인지적 분석과 개선과제”, 『O·화젠더법학』 제7권 1호, 73-107쪽.
- 이유정(2015), “여성폭력과 사법”, 『저스티스』 제146-3호, 585-625쪽.
- 이호중(2005), “성폭력처벌규정에 대한 비판적 성찰 및 재구성”, 『형사정책』 제17권 2호, 81-98쪽.
- 정희진(2006), “성적 자기결정권을 넘어서”, 변혜정 엮음, 『섹슈얼리티 강의 두 번째』 파주: 동녘.
- 조영미(1999), “한국 페미니즘 성연구의 현황과 전망”, 한국성폭력상담소 엮음, 『섹슈얼리티 강의』 서울: 동녘.
- 대법원 1990.8.28. 선고 90도1562 판결
- 대법원 1991.5.28. 선고 91도546 판결
- 대법원 1999.9.21. 선고 99도2608 판결
- 대법원 2005.7.28. 선고 2005도3071 판결
- 대법원 2007.6.14. 선고 2005두6461 판결
- 대법원 2018.4.12. 선고 2017두74702 판결
- 대법원 2018.10.25. 선고 2018도7709 판결

강간죄인가, 준강간죄인가?: 분열된 법 규정과 피해경험의 왜곡

박아름
한국성폭력상담소 성문화운동팀 활동가

‘강간죄’는 형법 제32장 ‘강간과추행의죄’에서 가장 먼저 규정하는 성폭력 범죄이다. 강간죄를 기준으로 성기 삽입 여부, 삽입 위치, 행위 수단, 행위 당시 피해자의 상태 등에 따라 강제추행죄, 유사강간죄, 준강간죄, 미성년자등에대한강간음죄(미성년자의제강간죄) 등이 규정되며 각 형량이 결정된다.

이 글에서는 강간죄와 준강간죄를 중심으로 현행법의 문제점을 비판하고, 사례 분석을 통해 이분화된 법체계가 어떠한 한계와 모순을 만드는지 드러냄으로써, 동의 여부를 중심으로 한 법개정의 필요성을 밝히고자 한다.

1. 강간죄와 준강간죄란?: 현행법의 문제점

1) 강간죄

형법 제297조(강간) 폭행 또는 협박으로 사람을 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

범죄가 성립하기 위한 조건을 ‘구성요건’이라고 한다. 강간죄의 구성요건은 ‘폭행 또는 협박으로’, ‘사람을 강간한’ 행위이다. 유죄로 처벌하려면 모든 구성요건을 충족하여야 한다. 따라서 현행법상으로는 사람을 강간했다라도 폭행 또는 협박으로 한 행위가 아니라면 강간죄로 처벌할 수 없다.

더 큰 문제는 폭행 또는 협박이 있었는지 판단하는 기준이다. 오랫동안 법조계를

지배해온 ‘최협의설’은 강간죄에 규정된 ‘폭행 또는 협박’을 가장 좁은 의미로 해석한다. 넓은 의미로 해석하면 직·간접적인 유형력을 행사하기만 해도 충분하지만, 최협의설은 ‘상대방의 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 정도로 제한된 유형력만 인정한다. 성폭력에 대한 인식이 바뀔에 따라 판례가 점차 변화하고 있기는 하지만, 해군 상관에 의한 성소수자 여군 성폭력 사건¹⁾과 30대 보습학원장에 의한 10세 아동 성폭력 사건 각 2심 판결²⁾을 통해 드러난 바와 같이 보수적인 재판부는 여전히 피해자가 저항하지 않았다는 이유로, 몸을 누르거나 양손을 붙잡은 정도로는 저항 불가능한 폭행이라고 볼 수 없다는 이유로 강간죄는 아니라고 판단한다.

전국성폭력상담소협의회를 통해 2019년 1월부터 3월까지 66개 성폭력상담소에 접수된 상담사례를 분석한 결과, 전체 강간(유사강간 포함) 상담사례 총 1,030명 중 직접적인 폭행·협박 없이 발생한 피해 사례는 71.4%(735명)에 달하고, 직접적인 폭행·협박이 행사된 피해 사례는 28.6%(295명)에 불과한 것으로 나타났다.³⁾ 짧은 조사 기간에도 ‘폭행 또는 협박으로’라는 구성요건이 얼마나 많은 피해자에게 등을 돌리고 있는지 엿볼 수 있다.

2) 준강간죄

형법 제299조(준강간, 준강제추행) 사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 간음 또는 추행을 한 자는 제297조, 제297조의2 및 제298조의 예에 의한다.

준강간죄는 강간죄와 마찬가지로 범죄라는 뜻을 담고 있다. 준강간죄의 구성요건은 ‘사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여’, ‘간음’하는 행위이다. 판례에 따

-
- 1) [해군본부 고등군사법원 2018.11.19. 선고 2018노195 판결] 참조
 - 2) [서울고등법원 2019.6.13. 선고 2018노3172 판결] 참조
 - 3) “‘직접적인 ‘폭행·협박’ 없이 발생하는 강간 전체 71.4% : 전국 66개 성폭력상담소 2019.1-3. 상담사례 분석” 의견서, ‘강간죄’ 개정을 위한 연대회의, 2019년 7월 9일자, http://sisters.or.kr/load.asp?sub_p=board/board&b_code=2&searchValue=%B0%AD%B0%A3%C1%CB&searchType=subject&page=1&f_cate=&idx=5106&board_md=view (최종검색일: 2019.9.17.)

르면 ‘심신상실의 상태’라 함은 정신장애 또는 의식장애 때문에 성적 행위에 관하여 정상적인 판단을 할 수 없는 상태, 즉 피해자가 깊은 잠에 빠져있거나 술·약물 등의 섭취로 인하여 자신의 성적 행위에 대해 정상적인 대응조절능력과 판단능력을 제대로 행사할 수 없는 상태를 의미하고, ‘항거불능의 상태’라 함은 심신상실 이외의 원인 때문에 심리적·물리적으로 반항이 절대적으로 불가능하거나 현저히 곤란한 경우를 의미한다.⁴⁾ 행위 당시 가해자가 피해자의 상태를 알고 있었다면 ‘이용’했다고 본다. 처음부터 피해자가 저항할 수 없는 상태라면 폭행 또는 협박을 사용하지 않아도 가해 행위를 할 수 있다고 보고, 결과적으로 폭행 또는 협박을 사용한 가해 행위와 똑같이 처벌하는 것이다.

그러나 준강간죄는 강간죄가 아니라는 뜻을 담고 있기도 하다. ‘간음’의 사전적 의미는 ‘부정한 성관계를 함. 주로 배우자 이외의 사람과의 성관계 따위를 이른다’⁵⁾인데, 법률상으로는 여성 성기에 남성 성기를 삽입하는 행위를 의미한다. 피해자는 명백하게 강간으로 인지하는 피해를 법률은 강간에 준하는 간음일 뿐이라고 선을 긋는다.

피해자가 심신상실 또는 항거불능의 상태였는지 판단하는 기준은 최협의설과 맞먹을 정도로 엄격하다. 강간죄와 형평성을 맞추기 위해서다. 강간죄가 ‘상대방의 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는’ 폭행 또는 협박을 요구한다면, 준강간죄는 ‘정상적인 판단을 할 수 없는 상태’ 또는 ‘심리적·물리적으로 반항이 절대적으로 불가능하거나 현저히 곤란한’ 상태를 요구한다. 판단력이 전혀 없지는 않고 단지 미약할 뿐이라면(심신미약) 또는 저항이 아예 불가능하지는 않고 단지 어려울 뿐이라면(항거곤란) 준강간죄는 성립하지 않는다. 아무리 만취한 상태였다 하더라도 피해 당시 의식이 있었다면 심신상실 또는 항거불능의 상태가 아니라고 판단한다.

판문이 하나 더 있다. 설령 피해자가 심신상실 또는 항거불능의 상태였다 하더라도 가해자는 ‘몰랐다’라고 주장한다. 피해자가 겉보기에는 의식이 있는 상태처럼 보였으며, 가해자가 피해자의 상태를 오인했을지언정 이용하려는 고의는 없었다는 것

4) [대법원 2014.7.10. 선고 2014도4971 판결] 참조.

5) 국립국어원 표준대국어사전, https://stdict.korean.go.kr/search/searchView.do?word_no=4719&searchKeywordTo=3 (최종검색일: 2019.9.17.)

이다. CCTV에 피해자가 인사불성으로 업혀 가는 모습이 찍혀 있어도 그 뒤에 술이 깬 줄 알았다고 우기면 그만이다. 조금이라도 피해자에 대한 의심이 싹트면 재판부는 피해자가 ‘블랙아웃’⁶⁾ 증상일 가능성을 배제할 수 없다며 무죄를 선고한다.

준강간죄는 폭행·협박 없는 성폭력을 처벌한다는 점에서 현행 강간죄를 보완하는 법이지만, 결국 강간죄를 기준으로 쫓는다는 점에서 한계도 명확하다. ‘사람의 심신 상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여’라는 구성요건은 피해자를 딜레마에 빠뜨린다. 피해 사실을 구체적으로 진술하면 심신상실 또는 항거불능의 상태로 인정받기 힘들고, 기억이 불분명해서 피해 사실을 증명하지 못하면 ‘합의했는데 기억해내지 못하는 것 아니냐’, ‘무고죄 아니냐’라고 의심한다.

2. 강간죄인가, 준강간죄인가? : 분열된 법 규정에 피해 경험 짜맞추기

현행법은 마치 강간죄와 준강간죄가 이분법적으로 구분되는 범죄처럼 보이게 한다. 실제로는 그렇지 않다. 피해자가 경험하는 성폭력은 ‘폭행 또는 협박으로’ 아니면 ‘사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여’ 둘 중 하나로 딱 나누어떨어지지 않는다. 오히려 그 사이에서 헤매는 경우가 많다. 평소라면 충분히 벗어날 수 있었지만 술에 취한 상태에서 맥없이 끌려갔다면? 원치 않는 성관계를 요구받은 상황에 갑자기 예전 피해 경험이 떠올라서 꿈쩍할 수 없었다면? 이때 피해자가 저항하지 못한 원인은 무엇인가? 최협의설 수준에 이르지 않는 폭행·협박인가? 심신상실 또는 항거불능의 상태로는 볼 수 없는 피해자의 상태인가?

수사·재판은 실제적 진실을 밝히는 과정이라기보다 성폭력 사건을 법규정에 끼워 맞추는 과정이다. 검사는 어떤 법을 적용할지 선택해야 한다. 기소 여부를 결정하고 각 구성요건에 맞게 공소사실을 입증해야 한다. 공소장에 예비적 죄명을 기재하여 ‘이거 아니면 저거’라고 주장할 수도 있지만 거의 사용하지 않는 방법이다. 죄명에 따라 공소사실 자체가 달라지기 때문이다. 판사는 죄의 성립 여부를 판단한다. 단, 기소

6) Black Out, 알코올이 임시 기억 저장소인 해마세포의 활동을 저하시켜 정보의 입력과 해석에 영향을 주지만, 뇌의 다른 부분은 정상적 활동을 하는 현상을 말한다.

된 죄명에 대해서만 판단할 수 있다. 만일 준강간죄로 기소된 사건이라면 판사가 마음대로 강간죄로 판결할 수 없다는 뜻이다. 법원의 판단으로 검사에게 공소장 변경을 요구할 수 있지만, 필수는 아니다. 그냥 기소된 죄명으로 무죄를 선고해도 법률상 아무 문제가 없다. 판결문은 철저히 법의 논리에 따른 결과물일 뿐이다.

하양 아니면 검정, 어느 쪽에도 들어맞지 않는 회색 경험은 어떻게 될까? 애매한 경우는 일단 강간죄로 다룰 가능성이 크다. '심신상실 또는 항거불능의 상태'는 대부분 유형화되어 있지만 '폭행 또는 협박'은 생각보다 범주가 넓기 때문이다. 그런데 간혹 준강간죄로 인정되었는데 사실은 강간죄이거나 '이건 강간죄 아닌가?'라는 의구심이 드는 사례도 있다. 반대로 강간죄로 기소되었는데 재판 과정에서 준강간죄로 변경되는 사례도 있다. 이를 구체적으로 살펴보면 강간죄와 준강간죄를 양극단으로 나누는 현행법이 얼마나 불분명하고 문제점이 많은지 알 수 있다.

1) 약물을 사용한 강간은 강간죄? 준강간죄?

2019년 1월, 클럽 '버닝썬'에서 그동안 조직적으로 약물을 이용한 강간을 조장해온 정황이 밝혀졌다. 클럽은 남성들이 성폭력을 목적으로 약물을 사용하는 행위를 묵인했을 뿐 아니라 클럽 MD(머천다이어저)가 약물을 유통했다고 한다. 피해자들은 공통되게 클럽에서 만난 남성이 준 술을 마시고 정신을 잃었으며 그 직후에 성폭력 피해를 경험했다고 증언했다.⁷⁾ 심지어는 클럽 직원들이 VIP 남성 고객들에게 '빨리 오라며 약물에 취한 여성들의 나체 사진과 동영상 등을 보내거나, 하룻밤에 거액을 쓰고 가는 중국인 고객을 위해 클럽에 놀러 온 어린 여성을 골라 약물을 투여하고 성폭력을 모의·알선했다는 제보도 언론에 보도되었다.⁸⁾

7) ““버닝썬 직원이 맥주를 줬는데…”약물·성폭행 피해 호소한 여성”, 국민일보, 2019년 1월 31일자, <http://news.kmib.co.kr/article/view.asp?arcid=0013035697&code=61121211> (최종검색일: 2019.9.17.), “[클럽 ‘버닝썬’ 사건] “네 발로 걸었잖아”…성폭행보다 억울한 ‘무검출·마약”, MBC NEWS, 2019년 2월 12일자, http://imnews.imbc.com/replay/2019/nwdesk/article/5161385_24634.html (최종검색일: 2019.9.17.)

8) “[클럽 ‘버닝썬’ 사건] ‘VIP 고객’ 잡겠다며…직원들이 ‘조직적’ 성범죄”, MBC NEWS, 2019년 2월 13일자, http://imnews.imbc.com/replay/2019/nwdesk/article/5162631_24634.html (최종검색일: 2019.9.17.)

이를 통해 약물에 의한 강간에 대한 논란이 뜨겁게 달아올랐다. 2019년 6월 김철민 의원 등 여야의원 11명은 ‘동의 없이 약물 등으로 인하여 임신미약 상태에 있는 사람을 간음한’ 행위를 처벌하는 조항을 신설하는 「형법 일부 개정안」(이하 ‘김철민의원안’)을 공동발의했다.⁹⁾

여기서 문제. 약물을 사용한 강간은 강간죄일까, 준강간죄일까? 아니면 김철민의 원안처럼 별도의 법이 있어야 하는 범죄일까? 정답은 강간죄다. 그런데 많은 사람들이 준강간죄로 잘못 알고 있다. 언뜻 보기에는 이렇다 할 폭행 또는 협박이 드러나지 않고, 피해자가 약물로 인해 심신상실 또는 항거불능의 상태일 때 피해가 발생하기 때문이다. 그러나 준강간죄는 심신상실 또는 항거불능의 상태를 ‘이용’한 범죄이다. 약물을 사용한 강간은 단순히 기존의 상태를 이용하는 차원을 넘어서 고의적으로 피해자를 심신상실 또는 항거불능의 상태로 만든다. 약물을 사용한 행위 자체를 ‘상대방의 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란’하게 하는 폭행으로 봐야 한다.

판례는 더 나아가서 피해자가 원래부터 심신상실 또는 항거불능의 상태였다 하더라도 추가로 약물을 사용했다면 강간죄라고 판단한다. 기존의 ‘심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하는 차원을 넘어서 새로이 심신상실 또는 항거불능의 상태를 초래하였거나 적어도 기존의 위와 같은 상태를 강화 내지 심화시킨 경우에 해당’하기 때문이다.¹⁰⁾ 위 판례에서 부산고등법원은 의사인 가해자가 수면내시경 검사가 종료된 직후에 수면내시경용 진통제 등에 의한 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있는 피해자들에게 아네폴(전신마취제) 2-3cc를 주입하여 강간한 사건에 대하여, 준강간죄를 적용한 원심판결을 파기하고 강간죄로 다시 판결했다.

그렇지만 실제로는 수사·재판 과정에서도 준강간죄를 적용하는 경우가 많다. 강간죄로 처벌하려면 가해자가 약물을 사용한 사실을 입증해야 하는데, 몇 가지 이유로 사실상 불가능하기 때문이다.

첫째, 피해자 본인도 약물을 복용한 사실을 모르는 경우가 많다. 클럽 ‘버닝썬’ 집단 약물 강간 사건으로 논란이 된 GHB(Gamma-HydroxyButyric acid, 일명 ‘물뿔’, ‘데이

9) 김철민의원 등 11인, 형법 일부개정법률안, 제2020810호(2019.6.4.), 제368회 국회(임시회).

10) [부산고등법원 2008.4.16. 선고 2008노47 판결] 참조.

트강간약물)는 무색무취라서 술이나 음료 등에 타서 마시면 감지해내기 어렵다는 특성으로 유명하다. 특히 용량을 늘리거나 술에 섞어 마시면 효과가 급속도로 빨라져 복용 후 잠이 들거나 기억을 잃게 된다고 한다.¹¹⁾ 그런데 가해자는 대체로 피해자가 술을 마시는 상황에서 몰래 약물을 사용한다. 피해자는 경찰에 신고하더라도 단지 술을 마셔서 혹은 몸 상태가 나빠서 정신을 잃었다고 생각할 수 있다.

둘째, 시중에 유통되고 있는 약물은 몸에서 금방 빠져나가 약물 검사를 해도 검출되지 않을 수 있다. GHB는 체내에 흡수돼 혈액에서는 30분 이내, 소변에서는 1시간 이내 최고 농도에 도달했다가 몸 밖으로 배설된다고 한다.¹²⁾ 6시간 정도만 지나도 인체에서 검출될 확률은 굉장히 적은 편이다.¹³⁾ 로히피놀 성분은 체내에 몇 시간 정도만 잔류하고 소변으로는 72시간 내에 검출되기도 한다.¹⁴⁾ 따라서 약물 사용이 의심되면 최대한 빨리 약물 검사를 받아야 하고, 가급적 검사 전까지 소변을 보지 않고 참아야 한다. 하지만 피해자가 약물을 복용한 시점부터 의식을 되찾고 피해 사실을 인지하기까지 걸리는 시간은 과연 얼마나 될까? 신고하자고 결심하고 약물 검사가 가능한 병원을 알아봐서 찾아가는 시간은? 아무도 알 수 없다.

셋째, 설령 피해자의 인체에서 약물이 검출된다 하더라도 가해자가 사용한 약물이란 증거가 없다. 모르는 일이라고 잡아떼면 그만이다. 가해자가 직접 피해자에게 약물을 투여하는 CCTV 영상이라도 확보한다면 이야기가 달라지겠지만 현실은 녹록지 않다. 김학의 성폭력 사건이나 클럽 ‘버닝썬’ 집단 약물 강간 사건에서 드러난 정황처럼 가해자 외에 다른 사람이 약물을 사용하여 가해자에게 ‘성접대(특수강간)’를 하는 상황이라면 서로 공범 관계로서 범죄의 분업화를 모의했다는 사실을 입증

11) “‘女 술에 타 10분이면 약물’...버닝썬 논란에도 ‘물뽕’ 판매 버젓”, 조선일보, 2019년 2월 4일자, http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2019/02/04/2019020400434.html (최종검색일: 2019.9.17.)

12) “‘물뽕’은 안 들킨다?...경찰 ‘설령, 검출 없어도 처벌돼’”, 뉴시스, 2019년 2월 16일자, http://www.news1.com/view/?id=NISX20190214_0000558633 (최종검색일: 2019.9.17.)

13) MBC NEWS, 2019년 2월 12일자, 앞의 기사

14) “데이트 강간 약물, 음료에 타서 직접 실험해봤다 - 약물 성범죄, 약 탄 술 마시고 정신 잃어?”, 비온뒤, 2019년 2월 28일자, <http://www.aftertherain.kr/commentary/?work=view&idx=38791&cate=1060> (최종검색일: 2019.9.17.)

해야 한다.

따라서 수사·재판기관은 실제로는 약물을 사용한 강간이라도 다음과 같은 경우에 강간죄가 아니라 준강간죄를 적용하고 있다. 첫째, 흔히 술을 마시다가 심신상실 또는 항거불능의 상태가 된 상황이라고 생각해 설마 약물을 사용했는지 의심하지 않았다. 둘째, 약물 검사를 했는데 반응이 나오지 않아서 약물을 사용한 강간이라고 단정하기 어렵다. 셋째, 강간죄를 입증하려다가 무죄로 만드느니 차라리 준강간죄로 확실하게 처벌하자고 판단했다.

어떤 이유는 결과적으로 가해자 꼬리 자르기를 도와주는 일이다. 준강간죄를 적용하면 가해자가 약물을 사용한 사실을 수사하지 않는다. 비록 가해자 개인은 처벌할 지라도 약물이 유통되는 경로, 약물을 공급하는 세력, 이미 판매된 약물의 총량 등을 추적하지 않는 이상 약물 제조·유통부터 성폭력 모의·알선까지 이르는 거대한 약물 강간 산업은 계속 존재할 것이다.

문제는 준강간죄를 적용한다고 해도 유죄로 처벌하기 쉽지 않은 현실이다. 또다시 ‘심신상실 또는 항거불능의 상태’가 걸림돌이 된다. 약물을 복용하면 10분 내에 기억 상실이 진행되고 범죄에 저항할 수 없는 몸 상태가 될 수 있지만,¹⁵⁾ 겉으로 보기에는 멀쩡히 걸어다니거나 이야기를 나누기도 한다.¹⁶⁾ 피해자가 숙박업소까지 제 발로 걸어가는 모습이 CCTV로 확인된다면 심신상실 또는 항거불능의 상태로 인정받을 수 있을까? 술에 만취한 경우와 마찬가지로. 재판부는 ‘블랙아웃’ 증상일 가능성을 떠올린다. 피해자가 피해 당시 마신 술의 종류와 양, 평소 주량 등을 고려하겠지만, 약물 검사에서 약물이 검출되지 않는 이상 피해자가 순식간에 심신상실 또는 항거불능의 상태가 된 사실을 설명하기 힘들다.

김철민의원안은 ‘동의 없이 약물 등으로 인해 심신미약 상태에 있는 사람을 간음한’ 행위를 처벌하는 조항을 신설하여 ‘심신상실 또는 항거불능의 상태’라는 구성요건을 완화하고자 한다. 당사자의 동의 없이 마약류 등을 이용하여 간음한 행위는 가중 처벌하는 조항도 추가했다. 김철민의원안은 ‘검출이 어려운 약물이 사용될 경우 피해

15) 비온뒤, 2019년 2월 28일자, 위의 기사

16) MBC NEWS, 2019년 2월 12일, 앞의 기사

를 인정받지 못하게 되면서 피해자가 무고죄의 가해자로 지목되는 상황이 발생'한다며, “특히 ‘물뽕’이라 불리는 GHB의 경우 빈번하게 사용되고 있지만 체내에서 배출되는 시간이 매우 빨라 약물을 사용한 성폭력 사건에서 단 한 번도 검출되지 않고 있다”고 제언이유를 밝혔다. 해당 법을 적용하려면 결국 약물을 사용한 사실을 입증해야 하지만, 아무런 대안도 제시되지 않았다.

2) 폭행·협박이 있더라도 피해자가 가해자의 비위를 맞추기 위해 먼저 성관계를 제안했으면 준강간?

2015년 8월, 대법원은 전 여자친구가 자신의 데이트폭력을 공론화한 사실에 앙심을 품고 전 여자친구의 부모를 살해한 후 전 여자친구를 감금하고 강간한 남성에게 대하여 사형을 선고했다.¹⁷⁾ 이 사건 판결문은 ‘사형의 선고가 허용되는 경우 및 사형의 선고 여부를 결정하는 방법’을 판시하는 판례로서 널리 공개되었다.

판결문에 따르면, 피고인은 피해자의 집에 침입하여 피해자의 부모를 모두 잔혹하게 살해한 후, 귀가한 피해자에게 그 부모가 아직 살아있는데 피해자가 자신이 말하는 대로 행동하지 않으면 부모에게 상해를 가하겠다고 하면서 피해자로 하여금 여러 시간 동안 피고인이 시키는 대로 피고인에게 잘못을 빌도록 하고, 여러 시간이 지나 피해자가 자신의 어머니가 이미 살해되었음을 알게 된 후 절박한 심정에 아버지라도 살릴 수 있도록 119에 신고하게 해달라며 옷을 벗으면서 피고인과 성관계를 하면 신고를 하게 해줄 수 있느냐고 애원하자, 피해자가 이성을 잃고 심리적으로 저항할 수 없는 상태에 빠진 것에 편승하여 ‘나가 하는 거 봐서’라고 말한 후 피해자의 옷을 벗기고 피해자를 간음하는 등의 범행을 하여 살인·준강간·절도·상해·폭행·감금치상 등의 죄명으로 사형을 선고받았다.¹⁸⁾

왜 준강간죄를 적용했을까? 피해자의 부모를 살해하고 아직 한 명은 살아있다고 속여 ‘나가 하는 거 봐서 (살릴 수 있게 해주겠다)’라고 말하는 행위는 폭행 또는 협박

17) [대법원 2015.8.27. 선고 2015도5785, 2015전도105 판결] 참조.

18) 이해를 돕기 위하여 부득이하게 피해자 공소의 1은 피해자로, 피해자 공소의 2, 피해자 공소의 3은 피해자의 부모 등으로 표기하였다.

이 아닌가? 아무리 여러 시간 동안 감금되어 자신과 부모의 생명을 위협당하는 상황이라도 피해자가 먼저 (아버지라도 살릴 수 있도록) 성관계를 하면 신고를 할 수 있게 해줄 수 있느냐고 애원했다면 폭행 또는 협박으로 강간했다고 볼 수 없는가? 설령 가해자가 피해자를 궁지로 몰아 항거불능의 상태로 만든 장본인이라 해도 단지 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 간음했을 뿐인가?

어쩌면 강간죄인지 준강간죄인지 따지는 문제가 지나치게 이론적으로 보일지도 모르겠다. 이 글을 읽는 누군가는 ‘뭐가 됐든 가해자를 처벌할 수만 있다면 상관없다. 어차피 형량은 같으니까. 법 규정에 강간이라고 쓰여있든 간음이라고 쓰여있든 중요하지 않다’라고 생각할 수 있다. 공감한다. 만약 강간죄로 처벌할 수 없다면 준강간죄로 처벌하는 것이 아예 처벌하지 못하는 것보다 낫다. 하지만 왜 강간죄로 처벌할 수 없는지 끊임없이 질문해야 한다. 생명을 위협하는 폭행·협박 앞에서 피해자가 ‘뭐든지 하겠다’라며 성관계도 불사한 경우에 강간죄가 아니라고 판단하는 법률은 이상하지 않은가? 재판부는 과연 덜 극단적인 상황에 대해서도 피해자를 항거불능의 상태로 인정해줄까? 정말 이대로 괜찮은가?

3) 피해자를 강간했지만, 준강간 불능미수?

2019년 3월, 대법원이 선고한 준강간 불능미수 성립에 관한 판례¹⁹⁾는 법원이 강간죄와 준강간죄의 구성요건을 엄격하게 판단할 때 피해자의 경험을 어떻게 지우는지 보여준다.

해당 사건은 가해자가 술에 취한 피해자를 강간한 것으로, 유감스럽지만 흔히 발생하는 일이다. 그런데 대법원까지 올라간 경위가 심상치 않다. 처음에는 강간죄로 기소되었다. 1심은 최협의설 수준의 폭행 또는 협박이 있었을 것이라고 쉽사리 단정할 수 없다는 등의 이유로 강간죄를 무죄로 판단했다. 그 대신에 예비적 죄명으로 준강간죄를 추가하는 공소장 변경을 허가하고 준강간죄를 유죄로 판단했다. 2심은 피해자가 이 사건 당시 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있었다고 인정하기에 부족하다는 이유로 원심을 파기하고 준강간죄를 무죄로 판단했다. 그 대신에 예비적 죄명으

19) [대법원 2019.3.28. 선고 2018도16002 전원합의체 판결] 참조

로 준강간 불능미수를 추가하는 공소장 변경을 허가하고 준강간 불능미수를 유죄로 판단했다. 대법원은 상고를 기각하여 원심의 준강간 불능미수 선고를 확정했다.

준강간 불능미수라는 낯선 결론만 아니라면 이 사건은 ‘폭행 또는 협박’과 ‘심신상실 또는 항거불능의 상태’라는 구성요건 사이에서 길을 잃는 전형적인 유형이다. 법 해석상 한계에도 불구하고 검사와 재판부가 나름대로 고민한 흔적이 보인다. 피해 사실은 명백한데 최협의설 수준의 폭행 또는 협박이 없어서 강간죄로 처벌할 수도 없고 심신상실 또는 항거불능의 상태가 아니어서 준강간죄로 처벌할 수도 없다. 그렇다고 가해자를 처벌하지 않는다면 정의롭지 않은 결과를 낳는다. 새로운 대안으로 적용한 법률이 불능미수다. 이 사건 판례 덕분에 앞으로는 준강간죄 사건에서 피해자가 심신상실 또는 항거불능의 상태로 인정되지 않더라도 가해자를 처벌할 수 있는 길이 열렸다.

불능미수가 무슨 뜻일까? 어떤 범죄가 구성요건을 전부 갖춰 성립하면 ‘기수’라고 한다. 반대로 범죄를 실행하려고 착수했는데 행위를 끝내지 못했거나 결과가 발생하지 않으면 ‘미수’라고 한다. 이 판결에 따르면 그중에서도 ‘불능미수’란 ‘행위자에게 범죄의사가 있고 실행의 착수라고 볼 수 있는 행위가 있지만 실행의 수단이나 대상의 착오로 처음부터 구성요건이 충족될 가능성이 없는 경우’를 말한다. 예를 들어 사람을 죽일 목적으로 독약을 먹였는데 알고 보니 독약이 아니라 설탕이었다면 수단을 착오한 경우이고, 소매치기할 목적으로 타인의 주머니에 손을 넣었는데 처음부터 빈 주머니여서 금품을 훔칠 수 없었다면 대상을 착오한 경우이다. 결과의 발생이 불가능 하더라도 위험성이 있는 때에는 불능미수로 처벌한다. 단, 형을 감경 또는 면제할 수 있다.

이 사건 판결에서 대법원 전원합의체는 ‘피고인이 피해자가 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있다고 인식하고 그러한 상태를 이용하여 간음할 의사로 피해자를 간음하였으나, 피해자가 실제로는 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있지 않았다면, 실행의 수단 또는 대상의 착오로 준강간죄의 기수에 이를 가능성이 처음부터 없다고 볼 수 있다. 이 경우 피고인이 행위 당시에 인식한 사정을 놓고 일반인이 객관적으로 판단하여 보았을 때 정신적·신체적 사정으로 인하여 성적인 자기방어를 할 수 없는 사

람의 성적자기결정권을 침해하여 준강간의 결과가 발생할 위험성이 있었다면 불능미수가 성립한다고 판단했다.

정리해보면, 준강간 불능미수란 사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 간음하려고 했는데(실행의 착오) 알고 보니 사람이 아니었거나 심신상실 또는 항거불능의 상태가 아니어서(대상의 착오) 피고인이 피해자를 간음한 행위는 '심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용한 행위'가 아니었고(수단의 착오) 처음부터 '사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 간음한다'라는 구성요건은 충족될 수 없었지만(결과 발생의 불가능) 피고인이 준강간죄를 실행하려고 한 고의가 인정되고 비록 준강간죄는 성립하지 않으나 피해자의 성적자기결정권이 침해되었으며 만약 피해자가 심신상실 또는 항거불능의 상태였다면 준강간죄가 성립하였을 것이므로 (위험성) 처벌한다는 의미이다.

대법관 권순일, 대법관 안철상, 대법관 김상환은 반대의견으로 '강간죄나 준강간죄에서 구성요건결과가 발생하였는지 여부는 간음이 이루어졌는지, 즉 그 보호법익인 개인의 성적자기결정권이 침해되었는지 여부를 기준으로 판단하여야' 하고, '간음으로 인하여 피해자의 성적자기결정권이 침해되었다는 점에 대해서는 의문이 없기 때문에 "결과의 발생이 불가능"한 경우'가 아니라고 '보아야 하고', '미수범의 영역에서 논의할 문제가 아니라 '준강간죄의 구성요건요소에 해당하는 특별한 행위양태에 대한 증거가 충분한지 여부가 문제되는 사안일 따름'이므로, 이 사건은 단순히 증거불충분으로 인한 무죄라고 주장한다.

철저히 법률적인 논쟁 속에서 피해자의 피해 경험은 '준강간죄에서 규정하고 있는 구성요건적 결과의 발생이 처음부터 불가능하였고 실제로 그러한 결과가 발생하였다고 할 수 없다'거나 '범죄가 기수에 이르지 못하였'다는 언어로 평가된다. 피해자의 피해 경험을 범죄의 결과로 인정하는 언어는 오히려 무죄를 주장하는 근거로 사용된다. 준강간 불능미수로 가해자를 처벌하려면 피해자의 피해 경험을 있는 그대로 인정하지 않아야 한다. 강간을 경험했지만, 준강간죄 불능미수일 뿐이다. 대단한 아이러니다. 정말, 이대로, 괜찮은가?

대법관 민유숙, 대법관 노정희는 다수의견에 대한 보충의견으로 최협의설이 "혹시

항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행·협박이나 그러한 정도의 상태를 이용하지 않고서는 피해자에게 성관계를 강요하는 것이 불가능하다는 판단에 기반한 것이 아닌지 돌아보아야 한다”고 지적하며, “강간죄와 준강간죄를 규정한 형법규범과 대법원이 그 해석을 통하여 요구하는 정도의 폭행·협박이나 항거불능 상태의 이용에 의하지 않은 간음이라 하더라도 실제 피해자의 성적자기결정권이 침해되는 경우가 충분히 있을 수 있다. 그리고 그 가능성은 구성요건적 행위를 엄격하게 해석할수록 커진다”고 비판한다.

3. 강간죄 구성요건을 동의 여부로: 성폭력 패러다임을 바꾸자

살펴본 바와 같이 현행 법체계는 강간죄와 준강간죄를 이분화된 법으로 규정하고 있다. 그러나 실제 피해 경험은 강간죄 아니면 준강간죄로 명확하게 구분되지 않는다. 법률 전문가가 죄명을 판단하는 수사·재판과정에서도 강간죄와 준강간죄가 혼동되는 경우가 많다. 각 법의 구성요건을 엄격하게 판단하는 판례의 태도는 피해자의 성적자기결정권이 침해되더라도 가해자를 처벌할 수 없는 부조리를 만들고 있다.

해결방법은 명확하다. 강간죄와 준강간죄를 통합하고 ‘동의’ 여부를 중심으로 강간죄의 구성요건을 개정하면 된다. 강간죄가 개인의 성적 자유와 성적자기결정권을 보호하기 위한 법이라면 가해자가 어떤 방법으로 강간했는지, 피해자가 피해 당시 얼마나 저항할 수 없는 상태였는지 복잡하게 따질 필요가 없다. 강간, 즉 동의 없는 행위였는지 아니었는지 판단하면 된다. 단, 형식적으로 동의가 있었다 하더라도 폭행·협박, 위계·위력 등으로 인해 피해자의 진정한 의사에 반하는 동의였다면 동의 없는 행위로 보아야 한다.²⁰⁾

피해자에게 왜 저항하지 않았는지 그만 묻자. 더 많은 가해자가 법망에서 빠져나

20) ‘적극적 합의란 제대로 된 동의를 당사자의 진정한 의사에 반하는 형식적인 동의와 구분하기 위하여 제시된 개념이다. 적극적 합의가 있었다고 평가하려면 1) 합의 의사를 명시적으로 표시하여야 하고, 2) 합의 당시 의식이 있어야 하고, 3) 충분한 정보와 이해를 바탕으로 합의가 이루어져야 하고, 4) 합의를 하는 관계 및 과정 등이 평등해야 하고, 5) 모든 과정에서 항상 합의해야 한다.

갈 수 있도록 도와줄 뿐이다. 가해자에게 어떻게 서로 동의를 했는지 묻자. 왜 동의 없는 행위를 했는지 묻자. 왜 폭행·협박, 위계·위력을 행사했는지 묻자. 왜 피해자가 심신상실·심신미약 또는 항거불능·항거곤란의 상태라는 사실을 몰랐는지 묻자. 질문의 방향을 바꿀 때 더 선명한 진실이 보인다. 🚫

참고문헌

김철민의원 등 11인, 형법 일부개정법률안, 제2020810호(2019.6.4.), 제368회 국회(임시회).

대법원 2014.7.10. 선고 2014도4971 판결

대법원 2015.8.27. 선고 2015도5785, 2015전도105 판결

대법원 2019.3.28. 선고 2018도16002 전원합의체 판결

부산고등법원 2008.4.16. 선고 2008노47 판결

서울고등법원 2019.6.13. 선고 2018노3172 판결

해군본부 고등군사법원 2018.11.19. 선고 2018노195 판결

“‘버닝썬’ 직원이 맥주를 찼는데...”약물·성폭행 피해 호소한 여성, 국민일보, 2019년 1월 31일자,

<http://news.kmbi.co.kr/article/view.asp?arcid=0013035697&code=61121211> (최종검색
일: 2019.9.17.)

“‘女 술에 타 10분이면 약발’...버닝썬 논란에도 ‘물뽕’ 판매 버젓”, 조선일보, 2019년 2월 4일자,

http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2019/02/04/2019020400434.html (최종검
색일: 2019.9.17.)

“클럽 버닝썬 사건” “네 발로 걸었잖아”...성폭행보다 억울한 ‘무검출’ 마약, MBC NEWS, 2019년 2월 12일자,

http://imnews.imbc.com/replay/2019/nwdesk/article/5161385_24634.html (최종검색일:
2019.9.17.)

“클럽 ‘버닝썬’ 사건” VIP 고객 잡겠다며...직원들이 ‘조직적’ 성범죄, MBC NEWS, 2019년 2월 13일자,

http://imnews.imbc.com/replay/2019/nwdesk/article/5162631_24634.html (최종검색일:
2019.9.17.)

“물뽕은 안들킨다?...경찰 “설령, 검출 없어도 처벌돼””, 뉴시스, 2019년 2월 16일자,

http://www.newsis.com/view/?id=NISX20190214_0000558633 (최종검색일: 2019.9.17.)

“데이트 강간 약물, 음료에 타서 직접 실험해봤다 - 약물 성범죄, 약 탄 술 마시고 정신 잃어?”, 비온뒤,

2019년 2월 28일자,
<http://www.aftertherain.kr/commentary/?work=view&idx=38791&cate=1060> (최종검색
일: 2019.9.17.)

““직접적인 ‘폭행·협박’ 없이 발생하는 강간 전체 71.4% : 전국 66개 성폭력상담소 2019.1-3. 상담사례
분석” 의견서”, ‘강간죄’ 개정을 위한 연대회의, 2019년 7월 9일자,

http://sisters.or.kr/load.asp?sub_p=board/board&b_code=2&searchValue=%B0%AD%B

0%A3%C1%CB&searchType=subject&page=1&f_cate=&idx=5106&board_md=view
(최종검색일: 2019.9.17.)

국립국어원 표준대국어사전, [https://stdict.korean.go.kr/search/searchView.do?word_no=4719
&searchKeywordTo=3](https://stdict.korean.go.kr/search/searchView.do?word_no=4719&searchKeywordTo=3) (최종검색일: 2019.9.17.)

미투운동 이후 담론 전략들의 쟁투와 반성폭력운동의 과제¹⁾: ‘안희정 사건’의 재판과정을 중심으로

김혜정
한국성폭력상담소 부소장

1. 들어가며

2019년 9월 9일 오전 10시 10분 대법원 1호 법정엔 정적이 흘렀다. 150명 가까이 자리에 착석하고 복도까지 꽉 들어차 서 있는 법정의 모습이었음에도 마이크에서 작게 들리는 대법관의 목소리에 모두 주목하고 있었다. 민사사건과 특수사건에 속한 결정들을 모두 읽고, 형사사건 중 열세 번째 순서에 어느덧 가까이 가고 있었다.

“사건번호 0000, 피고인 안희정, 상고를 모두 기각한다”

“와!!!!!!”

첫 마디가 들리자 좌석과 복도에서 박수와 함성이 짧게 울려 퍼졌다. 많은 사람들이 법정 밖으로 나오며 서로의 어깨를 껴안고 등을 두드리며 위로와 회포를 나누었다. 문밖에 나서자, 카메라의 플래시가 여기저기서 터졌다.

2018년 3월 5일, 한국사회 미투운동의 물결이 시작된 지 한 달이 지났을 무렵 또 하나의 커다란 미투 말하기였던 안희정 전 충남도지사에 의한 위력 성폭력이 형사고소 554일 만에 대법원 선고를 맞이했다. 결과는 유죄. 실행 3년 6개월, 성폭력 치료 프로그램 40시간 이수, 아동·청소년 관련 기관 등에 5년간 취업제한 명령. 2심 선고가 확

1) 이 글은 안희정 위력 성폭력사건 상고심 [대법원 2019도2562]에 대해 대법원 제2부에 2019년 6월 26일 제출한 전국 성차별 및 여성폭력대응 177개 시민단체 및 1,115명 활동가 의견서 내용 중 일부를 전면 재구성한 것으로 페미니즘연구(2019), 제19권 2호, 123-143쪽에 게시된 글을 일부 다듬은 것이다.

정되었다.

2019년 9월 8일 일요일 대법원 선고 직전, 공대위 활동가들은 대법원 파기환송 시, 즉 2심 유죄의 결과가 깨질 경우를 대비한 기자회견문 문안을 검토했다. 필자²⁾는 그동안 파악해온 내용을 다시 상기했다. 사건에 대한 피해자의 검찰, 1심, 2심 진술, 여러 증인들의 증언, 제출된 자료, 쟁점이 되었던 사안에 대한 피고인 측의 주장과 이에 대한 검찰과 피해자 측의 설명과 반박, 공대위에서 제출한 전문가 및 현장활동가 의견서, 1심 판결과 2심 판결, 사회적 쟁점과 이에 대한 논문과 전개된 기명 의견들. 마음속 결론은 명확했다. 유죄이며, 그럴 수밖에 없다는 것. 그러나 그동안 많은 사람들이 이 사건에 대해 가우뚱하며 걱정하고, 불안해 해왔다. 그 이유는 무엇이었을까.

대법원 밖에는 사회적 ‘쟁점’들이 여전히 늘어서 있었다. 11시 대법원 정문에서 열린 공대위 기자회견 진행 중 “질투”라고 쓴 손피켓을 든 안 전 지사의 지지자 남성이 큰소리를 외치며 방해해 시도했다. 당일 저녁 유튜브로 생중계되는 모 신문사의 뉴스 방송 메인에서는 “성인지감수성 판결이 문제적이라는 의견이 많은데 어떠십니까?”라고 질문했다. 사건 결과를 알리는 포털 사이트와 SNS 뉴스에는 무수한 댓글이 달렸다. 확신에 찬 듯한 피해자 비난과 사건 고발에 대한 부정적 의견은 사건 초기부터 시작되어 몇 번의 변곡점을 지나 고정적인 내용으로 자리잡아 왔다.

이 사건은 미투운동 시기에 공론화되어, 대중들에게 성폭력 피해자와 소속집단, 성폭력 행위, 가해자 등이 구체적으로 공개된 사건이다. 여러 사회구성 집단들의 성폭력에 대한 이해와 반응, 의견의 형성과 변화, 판단 준거와 사전지식, 법적 규정과 판례와 학설, 법 적용과 법 감정 등도 그에 따라 드러났다. 그렇게 ‘열려진’ 공간에서 성폭력에 대한 담론과 판단은 본격적으로 경합되기 시작했다. 성폭력을 자행한 권력 관계와 집단 내외의 힘의 역동, 그에 저항하는 피해자의 버티는 힘이 사회적인 힘과 만나자 격렬하고 매우 센 장이 형성되었다. 흐름과 시기에 따라 대응해야 할 상황이 긴박

2) 필자는 JTBC에서 첫 말하기가 있기 하루 전 해당 사건에 대한 지원요청을 간접적으로 받았고, 3월 5일 생방송이 시작되자 긴급하게 피해자 지원을 시작했으며, 3월 6일 고소장 접수 이후 피해자의 신뢰관계인으로서 검찰 조사와 1심, 2심 법정 비공개 진술에 동행했고, ‘안희정 성폭력 공동대책위원회(이하 ‘공대위’)’ 활동으로 다양한 피해자 지원 및 사건 대응 활동을 해오고 있다.

하게 등장했고, 매번의 대응 끝자락에서는 좀처럼 해소되기 어려운 문제, 도리어 변형되고 구부러지는 문제가 확인되어 향후 반성폭력 운동의 과제로 적치되었다.

이 글에서는 1심을 중심으로 위력 성폭력 개념이 성인 여성에 대한 주체성 논의로 구부러졌다가, 위력에 대한 사회적 담론을 형성한 과정, 반대로 피해자의 말하기와 그에 대한 공감에서 형성된 여론이 가해자 측의 적극적인 통념의 확산으로 인해 왜곡되는 과정을 확인하고, 향후 과제를 점검하고자 한다.

2. '위력' 성폭력: 성인 여성의 '주체성'과 '취약한 위치' 사이

1) '성인 여성'은 위력 성폭력 적용이 어렵다는 분리 시도

안희정 전 충남도지사는 비서에게 강제추행 5건, 업무상 위력 등에 의한 간음 4건, 업무상 위력 등에 의한 추행 1건을 행한 혐의로 기소되었고, 이중 '업무상 위력'의 의미는 사회적 주목과 쟁점의 대상이 되었다. 안희정 피고인은 제기된 여러 성폭력 혐의 중 '업무상 위력 간음'에 대한 행위는 인정하나 이것은 '합의한 관계'이고 성폭력은 아니라고 주장했다.

일부 법률가들은 1심 시작 즈음 위력 성폭력은 주로 아동·청소년과 장애인에 인정해왔고 성인 여성에 대해서는 거의 적용된 바가 없고 본 적도 없다고 언론에 코멘트했다. 안희정 피고인의 변호사는 1심 첫 공판에서 "장애인도, 청소년도 아닌 스마트한 성인 여성이지 않냐"라며 서두를 열었다.

성폭력 관련법상 '위력'이라는 개념에는 두 가지 의미가 내재되어 있다. 하나는 '피해자의 (약한) 위치'이다. 현행법상 13세 미만(성폭력처벌법 7조)과 19세 미만(아동청소년의성보호에관한법률 7조)에 대한 성폭력 중 '위력·위계를 이용한 경우는 폭행·협박을 사용한 성폭력과 같은 법정형으로 처벌한다. 장애인 성폭력(성폭력처벌법 6조)에서도 위력과 위계를 통한 성폭력의 경우 폭행·협박을 사용한 성폭력보다 낮게 처벌하면서 별도의 조항으로 명시되어 있다. 이번 사건 피고인 변호사 및 일부 법률가들은 '(약한) 위치에 있는 피해자'라는 분류에 19세 미만 청소년과 장애인은 확정하여 두고, 성인 여성은 거의 해당되지 않아 왔다고 분리를 시도했다.

그런데 ‘낮은 위치’에 있는 상대방에게 가해자들을 대개 폭행·협박에 이르지 않는 ‘낮은 힘’을 사용한다. 성폭력 법에서 ‘위력’의 실제 의미는 ‘폭행·협박보다 낮은 힘을 행사한 것’이라는 행위수단이다. ‘낮은 위치’와 ‘낮은 힘’이 연결되는 상황은 청소년과 장애인만 겪을까? 형법은 1953년 제정 시기부터 제303조 업무상위력등에의한간음 조항을 두어 왔다. ①항 업무·고용 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람, ②항 법률에 의해 구금되어 있는 사람을 감호하는 자의 성폭력을 처벌한다. 같은 내용으로 업무상위력등에의한추행도 성폭력처벌법 제10조에 제시되어 있다.

그러나 안희정 피고인은 이 조항으로 기소된 행위에 대해 ‘합의한 관계’라는 주장으로 넘어서려 시도했다. 실제 범죄가 아니라는 확신, 합의한 관계라는 확신은 어디에서 오는가. 혹은 법 조항 자체를 무력케 하는 자신감이 있었던 것일까? 성인 여성에게는 ‘낮은 위치’를 인정하지 않는, 성인 여성에게 ‘낮은 힘’을 이용하는 폭력을 부정하고 현실에 눈감는 담론이나 논리 말이다.

2) 성적자기결정권에 ‘능력’ 개념을 부여한 1심 재판부

1심 재판부(서울서부지방법원 형사 제11부, 부장판사 조병구)는 2018년 8월 14일 피고인 안희정에 대해 모두 무죄 선고를 내렸다. 당시 법정에서 선고를 방청하던 이들은 초반부터 의아하지 않을 수 없었는데, 판단과 결정을 발표하기에 앞서 재판부는 성폭력과 성적자기결정권, 위력과 형법의 개념, 의미, 역할, 사회규범, 역사 등을 나열했는데 그 개념들이 배열, 배치되는 방식과 내용이 생소했기 때문이다.

1심 재판부는 이 사안의 쟁점이 4개라고 나열했다.³⁾ 그것은 ①상대방의 자유의사를 제압할 정도의 위력이 존재하는가 ②그 위력이 행사되는가 ③행사된 위력과 간음, 추행 행위 사이에 인과관계가 있는가 ④그로 인해 피해자의 성적자기결정권이 침해되었는가이다. 그런데 이것은 1심 준비기일 당시 피고인 측 대리인이 제시했던 사건 의 쟁점 네 가지였다. 준비기일 당시에는 피고인 측 변호사의 주장이니 재판과정에

3) 이 4단계 판단방식에 대한 비판으로는 차혜령 변호사의 비판 글을 참조. 2018년 8월 22일자, “[공감 포커스] 전 충남도지사 안희정의 피감독자 간음 및 추행 사건 제1심 판결 톨아 보기”, 공익인권법재단 공감 블로그, <https://withgonggam.tistory.com/2161> (최종검색일: 2019.10.25)

서 바로 잡힐 것이라고 생각했는데 그것이 신고에 인용된 것이다. 이 ‘4단계’ 판단은 자의적, 임의적이며, 위력 성폭력에 대한 기존의 대법원 판례와도 다르다.

1심 재판부는 “위력 등에 행사에 의해 피해자의 자유의사가 제압될 수 있는 정도에 이르러야 한다고 한 뒤, “피해자의 성적자기결정권이라는 법익이 침해되는 결과가 발생하여야 처벌할 수 있는 범죄라 할 것”이라고 했다. 자유의사가 제압될 정도여야 한다는 유형력 정도는 대법원 판례와 다르다. [대법원 2007도8135 판례]는 “성폭력특별법 제10조 상 위력은 피해자의 자유의사를 제압하기에 충분한 세력으로서 유형적이든 무형적이든 묻지 않으므로, 폭행·협박뿐 아니라 사회적·경제적·정치적인 지위나 권세를 이용하는 것도 가능하고, 그로 인하여 현실적으로 피해자의 자유의사가 제압될 것까지 요하는 것은 아니다”라고 실시하고 있다. 그러나 1심 재판부는 더 강한 유형력을 요구하며, 그것에 ‘성적자기결정권 법익의 침해 여부 판단’을 부착했다. 성적자기결정권 침해냐 아니냐를 재판부가 별도로 판단하겠다는 것이고, 그에 따라 더 높은 유형력이 필요하다는 요구수준을 연동하겠다는 것이다. 이를 위해 1심 재판부는 앞서 성적자기결정권의 의미를 이분하며 위계를 설정한다.

1심 재판부는⁴⁾ “성적자기결정권은 성생활에 필요한 충분한 인격성숙을 전제로 하는 개념이고, 따라서 미성년자 등 성생활과 관련된 인격이 성숙되지 아니한 사람은 더 높은 수준의 보호가 필요하다”며 미성년자와 성년자의 인격성숙 정도를 임의적으로 평가·분리한다. 이에 더해 “개인 스스로 선택한 인생관을 바탕으로 사회공동체 안에서 자기 책임 아래 각자의 생활을 결정하는 성숙한 민주시민이 바람직한 인간상이고, 여성은 독자적인 인격체로서 자기 책임 아래 성적자기결정권을 행사할 수 있음이 당연하고, 이러한 여성의 능력 자체를 부인하는 해석은 오히려 여성의 존엄과 가치에 반하고 나아가 여성의 성적 주체성의 영역을 축소시키는 부당한 결과를 가져온다”면서 “여성이 상대방 남성과 성관계를 가질 것인가의 여부를 자유의사의 제압이 없는 상태에서 결정하였음에도 자신의 결정을 사후적으로 번복하면서 상대방의 처벌을

4) 이 단락에서의 인용은 [서울서부지방법원 2018.8.14. 선고 2018고합75 판결문] 참조. 재판부는 당시 선고문의 형태로 요약본을 별도 발행하여 언론 등에 제공한 바 있고, 판결문은 현재 비공개 상태이다.

요구하는 것은 성적자기결정권을 스스로 부인하는 행위라 보지 않을 수 없다”고 경고한다.

1심 재판부는 적극적 성적자기결정권보다는 소극적으로 성적자기결정권의 침해 여부를 살피는 것이 형사법의 역할이라고 하면서도 성적자기결정권을 ‘성인 여성’의 인격성숙과 주체성, 자기 책임과 능력에 입각한 개념으로 강조했다. 그에 따라 보호가 더 필요하지 않은 성인 여성에 대한 성적자기결정권 침해 여부를 법원이 판단할 때는 대법원 판례보다 더 높은 유형력이 행사되었는지를 보겠다는 논리 구조를 만들 어낸 것이다.

3) 위력 성폭력 판단 기준 논의들: 왜곡된 의사를 일으킨 행위

1심 판결 뒤에는 이 판례와 형법 제303조 업무상위력등에의한간음 상 위력 판단에 대한 논문이 다수 등장했다. 그동안 이 법의 입법 취지와 실현방안, 구성요건, 판단에 서의 쟁점 등은 매우 필요했으나 지연된 논의였는데 1심 판결은 사후적으로 해당 논의를 재촉했다.

김성돈(2019)은 위력이라는 행위수단이 어느 정도의 강도를 요구하는지 형법상 다양한 위력개념들의 구성요건과 판결문 텍스트 맥락을 분석하며, 다층적으로 구성되고 있음을 밝힌다. 법정형의 비교를 통해 위력은 폭행·협박이라는 유형력보다 낮은 지표여야 함을 일차적으로 본 뒤, 내용상으로도 어떤 행위정도를 요구하는지 논의한다. 위력간음의 행위자는 공갈죄처럼 타자의 행위 ‘수용’을 동반한 ‘완결적 행위범’이지만, 그 수용은 행위자와 이해관계를 달리하는 상황에서 이루어졌고 따라서 위력간음이나 공갈의 상대방은 ‘피해자’가 된다. 그 둘 간의 커뮤니케이션은 ‘수용/불수용을 자신의 의사에 기하여 선택하는’ 일반적인 커뮤니케이션이 아니었기 때문에, 그때의 의사는 자유의사가 왜곡되었다고 보아야 한다. 따라서 위력간음죄에서의 위력은 자유의사를 ‘왜곡’시킬 정도의 세력, 즉 의사 왜곡적 위력이라고 본다.

유주성(2019)은 성폭력 관련죄의 보호법익이 정조에서 성적자기결정권으로 바뀐 이후 모두 동의를 요하고 있다고 전제한다. 그 중에서 강간죄가 피해자의 저항유무를 통해 의사에 ‘반하는’ 간음임을 입증해야 한다면, 위력에의한간음죄는 ‘하자 있는

의사에 의한 간음으로 성격이 다르다고 본다. 위력에 의한 간음은 위력으로 (결과적, 표면적) 동의를 득하게 되므로, 피해자의 적극적인 저항이 없고 신고를 즉시 하지 않거나 범죄 이후에도 기존의 업무상 관계 내에서 일상적인 생활을 지속해 나가는 경우가 종종 있지만, 이와 같은 특성을 감안할 때 오히려 피해자 진술의 신빙성이나 피해자의 저항 여부에만 초점을 맞추어 판단하기보다는, 동의 결여에 대한 가해자의 '인식 착오' 주장을 엄격한 잣대로 판단할 필요가 있다며 그 방안을 전개한다.

4) 위력, 자신의 원하는 바를 이행하게 하는 힘

1심 재판부가 '위력적 지위'는 인정하지만 '행사는 하지 않았다'고 판단한 결과는 사회적 파장을 불러왔고, 일상세계에서 흔히 경험하는 우월적 지위자의 권력 행위 방식, 위력을 일방적으로 당하는 경험에 대해 사회적 담론이 형성되었다. 이때 여러 남성 오피니언 리더들도 글을 기고했는데 이는 위계를 중심으로 설계된 직장, 군대, 교육기관에서 겪는 위력에 대해서였고 그것은 말투, 눈빛, 몸가짐, 눈치, 재빠른 행동 등으로 체현되어 있다는 것이다. 손아람⁵⁾은 “위력은 스스로를 표현할 필요가 없다는 확신으로 표현된다. 표현해야 한다면 이 권능의 격은 크게 손상된다. 권력의 위협은 너무나 명백해서 가능성만으로도 작동한다”면서 ‘가능성’이 작동의 원천이라고 했다. 김영민⁶⁾은 “나는 그때 왜 웃는 돌처럼 다소곳이 앉아 있었던 것일까? 위력이 왕성하게 작동할 때, 위력은 자의식을 가질 필요가 없다. 위력은 그저 작동한다. 가장 잘 작동할 때는 직접 명령할 필요도 없다”고 평소 배역대로 하게 하는 것이 위력이라고 했다. 성폭력 판단에서 흔히 피해로 인하여 물리적인 부동 상태, 즉 ‘긴장성 부동화’가 되는 것을 피해자의 ‘일반적인 반응’이라고 보고 1심 재판부도 그러했으나, 위의 글에서 확인할 수 있는 것은 얼음이나 굳은 표정만이 아니라 “돌처럼 가만히 있되, 웃어야” 하는 이중적 상태다. 위력을 행사하는 권력자의 시선에서는 웃는 것까지 그대로 있는 상태가 문제가 없는 상태다. 또한 위력이 작동하는 상태는 “상대방이 뭔가 불편

5) “[야! 한국사회] 두려움의 힘”, 한겨레신문, 2018년 9월 5일자, <http://www.hani.co.kr/arti/opinion/column/860834.html> (최종검색일: 2019.10.25.)

6) “[사유와 성찰] 위력이란 무엇인가”, 경향신문, 2018년 8월 24일자, http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?art_id=201808242030005 (최종검색일: 2019.10.25.)

해 보이면 즉시 몸을 일으키는” 수행을 일으킨다.

한병철(2011)은 “권력이 금지나 파괴 같은 방식으로만 작용한다는 것은 잘못된 믿음이다. 권력은 커뮤니케이션 매체이며 커뮤니케이션이 특정한 방향으로 원활히 흘러가게 한다. 권력에 복종하는 자는 권력자의 결정을, 곧 그의 행위 선택을 받아들이도록 유도된다(그것이 반드시 강제적으로 이루어지는 것은 아니다).”고 권력 행위가 ‘커뮤니케이션’ 형태를 띠고 있음을 지적한다. 1심 재판부는 피해자가 피해 후에도 업무를 놓지 않고 수행했다는 것을 피해가 아니었다는 판단의 근거로 들고 있으나, 그것이야말로 위력이 크게 작동하고 있다는 증거이자, 일상적인 권력 작용의 결과이다.

3. 법정에 집중한 피해자의 구체적 말하기, 여론과 법정에서 전개한 가해자의 통념적 말하기

1) 가해자 처벌을 위한 공개적 말하기와 그 후

이 사건은 2018년 3월 5일, 피해자가 JTBC 뉴스룸에 직접 나와 손석희 앵커와 인터뷰함으로써 드러났다. 당일의 충격은 기본적으로 가해자로 지목된 안희정 전 지사의 사회적 위치에 기인하고 있지만, 대중들에게 도달된 피해자의 물리적인 상태는 이에 대한 심각성을 각인시켰고 엄중한 지지를 요청했다. 당일 SNS에서는 비서의 부르튼 입술, 허공을 향한 동공, 말을 바로 이어가지 못하는 모습에서 공포와 불안, 충격이 느껴진다는 절절한 반응이 끝없이 이어졌다. 그 결과 당일 밤 민주당은 안희정 전 지사를 제명했다. 안희정 전 지사는 그날 새벽 자진사퇴 입장글을 올렸다. 대다수의 가해자들이 침묵으로 버티거나 즉각 부인하는 것과는 다른 상황이 형성되었다.

그러나 그날 이후 대중들은 피해자를 언론지상이나 그 외 자리에서 마주할 수 없었다. 공대위는 다음 날 피해자는 안전한 곳에 잘 있고, 걱정해주셔서 감사하다는 입장을 발표했다. 동시에 당일 밤과 새벽부터 인터넷상에는 피해자에 대한 상세한 신상을 나열한 듯한 사실과 다른 ‘짜라시’성 문구들이 올라왔다. 피해자는 성적으로 어필되는 스타일이라는 멘트를 넣은 사진이 유포되기도 했는데, 사실 그 사진 속 인물

은 피해자가 아니었다. 3월 6일 공대위는 이를 '2차 가해'로 규정하고 제보를 받는 이메일을 개설하여 경고와 함께 공지했고, 피해자는 3월 12일 월요일 아침 손글씨로 본인과 가족에 대한 2차 피해를 멈추어 달라는 요청을 작성하여 언론에 보도하였다. 사실상 3월 5일을 제외하고 피해자는 2차 피해의 대상으로서 재현됨과 동시에 그것을 막아내는 지점에서 존재해야 했다.

이 사건은 전대미문의, 라는 표현이 어색하지 않을 만큼 피해자에 대한 공격, 가해자 가족에 대한 동정 여론이 확산된 사건이었다. 이에 대해 어떤 이들은 피해자가 더 적극적으로 대중들과 대면하여 설명하면서 말하고, 의혹과 오해를 해소하면 여론이 반전될 수 있다고 제안하기도 하였다. 그러나 피해자에게 언론, SNS, 대중들은 적극적으로 다가서서 자신을 수용하게 하고 활용하기에 너무 먼 자원이었다. 피해자가 생각하기에 가장 중요한 과제는 법에 의해 가해자를 처벌하는 것이었다. 그것만이 가해자와 분리될 수 있고, 폭력을 멈출 수 있는 유일한 길이었기 때문이다. 피해자가 JTBC에 출연했던 이유도 형사고소를 위해서였다. 피해자는 평소 검찰총장이든 어느 정치권이든 가해자의 인맥을 보아왔고 이를 연결하는 업무를 해왔기에, 조용히 형사고소를 할 경우 자신과 고소 자체가 무사히 보존될지 공포와 불안이 컸고, 공론화가 유일한 길이라고 생각했다. JTBC에서는 매우 큰, 대국민적으로 충격적인 말하기를 했지만, 이후에는 대중과의 접촉면이 없이 검찰 수사와 법적 판단 과정에 집중한 피해자의 여정은 가해자의 위력을 옆에서 절감해 온 결과였다.

2) 법적 공간에서 피해자와 조력자들의 노력

이 사건의 공소 내용, 제기된 의혹, 주장, 공격들, 그중 의미 있게 다루어진 쟁점, 법정과 서면상에서의 주장과 반박, 제출된 자료 목록과 내용 등은 잘 알려져 있지 않다. 피해자와 피고인, 주요 증인들의 진술과 증거판단은 비공개로 진행되었으며, 1심 재판부가 공개했던 피고인 측 증인들의 증인신문이 공개되어 언론을 도배했으며, 2심 유죄 선고 이후 피고인 측 가족으로부터 짜깁기에 기반한 주장이 펼쳐졌을 때 이에 대한 보도가 줄 이은 것은 이후 왜곡된 여론 지형의 배경이 되었다. 피해자는 검찰과 법원에서 어떤 구체적이고 일관된 진술을 했을까. 1심에서 3명, 2심과 3심에서 9명이

었던 피해자 변호사는 증거자료들과 법리에 대한 주장을 어떻게 의견서로 전개하였을까. 공대위는 어떤 의미있는 자료를 제출했을까. 이에 대해서는 자세히 소개된 바가 없다. 또한 “기본적으로는 의심하는 직업이나 이 사건에서는 피해자의 진술을 듣고 사건을 확신하게 되었다”고 했던 이 사건 담당 검사들의 역할은 이 글에서는 논외로 한다. 그러나 재판과정은 피해자의 일관되고 구체적인 진술이 이루어진 투쟁과정이었다는 점은 명확하다.

(1) 동의한 관계가 아니었다는 피해자의 일관된 진술

피해자는 JTBC 뉴스 방송에서 “지사님과 저는 합의할 수 있는 관계가 아니다”, “제가 할 수 있는 최대한의 거절 의사를 표시했고, 그랬다는 것을 지사님도 아실 것이다”라고 말했다. 그 후 검찰에서 250여 쪽 분량, 1심 법정에서 16시간, 2심 법정에서 10시간을 진술했다. 그 내용은 도청에서 근무하게 된 경위, 피고인을 알게 된 과정, 업무의 기본 역할과 일할 때의 방식에 대한 기본 진술, 10가지 공소사실에 대한 진술, 그에 대한 증빙을 위한 모든 자료(개인 핸드폰 포렌식 포함, 업무 메일, 자료, 대중교통 탑승자료, 일정표 등)의 복구와 제출, 10가지 공소사실에 대한 검찰, 피고인 측 변호인, 판사의 질문에 대한 답변, 피해자 진술의 신빙성을 탄핵하기 위한 다양한 공격과 질문들에 대한 대답, 설명, 반박, 이 사건에 대한 의견과 하고 싶은 말 등으로 구성된다. 여기에 더해 1심에서 등장한 검찰 측 (피해자 측) 비공개 증인 2명과 공개 증인 3명, 피고인 측 공개 증인 7명이 증언하고 주장한 바에 대해서 답변이 이루어지고, 2심에서는 1심에서 하지 못했던 증인신청이나 자료 제출 등이 있는지 확인하여 추가 보완을 했다.

피고인 측이 던지는 질문은 다양한 층위의 무차별적 공격이었다. 예컨대 피고인측이 1심 시작 전에 언론에 “사진이 있다”고 하며 마치 ‘합의된 관계’의 물적 증거가 있는 것처럼 흘렸다가 그 내용은 공개하지 않았던 사진이 법정에서 현장제출되었는데 그 사진은 피고인이 어느 대학교 강연행사가 끝나고 참여자들과 인사를 나누고 있을 때 피고인의 겹옷을 든 채 기다리며 보고 있는 사진이었다. 피고인 측은 이 사진에 “연인을 보는 듯한 표정으로 기다리고 있다”는 캡션을 달았다. 피고인 변호사 중 한 명은

“피해자가 미투를 하고 영웅이 되려고 한다”는 의견서를 제출하기도 했다. 이 모든 과정에서 자신이 직접 겪고 경험한 것을 포기하지 않고 끝까지 진술하고 증빙자료와 증인을 제출하고 매개한 피해자의 노력은 무엇이라 표현하기 어렵다. 피해자들의 입증 노력에 비해 법과 제도는 가해자 처벌과 피해자 일상 회복을 위해 무엇을 보장하고 있는가 질문해야 한다.

(2) 합의한 성적 관계였다는 피고인 측 주장에 대한 반박과 신문

1심 이후 2심에서는 피고인에 대한 심문이 이어졌다. 2심을 시작하면서 피해자에 대한 재판을 멈추고 가해자에게 물어야 한다는 사회적 의견이 형성되었고, 공대위는 이를 캠페인으로 이어갔다.

피고인은 피해자와 피고인이 합의한 관계라면, 첫 번째 공소사실인 2017년 7월 러시아 요트에서의 강제추행부터 열 번째 공소사실까지 각각의 행위가 이루어지기 이전에 상호 간 ‘합의’했다는 증거를 제시해야 했다. 만에 하나 첫 번째부터 열 번째 공소사실에 대해서 전체적으로 일임된 합의가 있었다고 주장하려면, 2017년 7월부터 언제까지에 해당하는 성적 행동에 대한 합의가 첫 번째 공소사실 이전에 어떻게 이루어졌는지 제기해야 했으며, 해당 합의가 2018년 2월 공소사실 이후로 언제, 어떻게, 쌍방 간에 해지되었는지를 제시해야 했다.

그러나 피고인의 비공개 진술이 있었던 2심 마지막 공판이자 결심공판에서 피고인 측 변호사는 최후 변론에 앞서 “남녀 간의 성적 관계는 특정한 단계나 선행적 절차에 의해서만 진행되는 것이 아니며, 갑작스럽게 이루어질 수도 있다”는 발언을 현장에서 추가했다. 이는 피고인이 ‘합의했다면, 그것이 구체적으로 무엇이었는데’에 대해서 대답하지 못했음을 짐작하게 한다. 피고인 측 변호사의 말처럼 남녀 간의 성적 관계는 어떤 형태로든 가능하다고 한다면, 우리는 성적 폭력과 착취가 없는 사회에서 살고 있어야 하거나, 혹은 반대로 가해자의 시각으로 뒤덮인 사회에서 살아가고 있는 것이다.

(3) 정치권, 비서 직군에서의 유사 상황 보고

1심과 2심에는 국회 여성정책연구회 소속 현직 보좌관과 전임 과학기술교육부 산하 공공기관 기관장 수행비서가 정치권 내 정무직의 업무와 수행비서의 업무에 대해서 의견서를 제출했다. 여기에는 정치권 내 문제가 발생했을 때 이를 처리하는 방법이 존재하지 않는다는 점과 정무직은 정치인과 하나로 묶이는 공동운명체여서 이에 대한 고발은 스스로에 대한 கே멸을 감행한 상황이라는 설명, 공공기관장이 성격이 나쁜 사람이어서가 아니라 가장 원하는 상태를 유지하기 위해서는 예를 들어 뜨거운 돌술 국물을 기관장과 함께 들이키는 등 몸의 침해와 활용이 이미 노동 방식 안에 포함되어 있다는 점이 지적되었다.

정치권과 비서의 업무를 파악하지 않고는 권력적 행위가 요청한 '정상적 업무'와 그 안에서의 침해행위 판단으로 나아가기 어려웠다. 검찰은 '정치권', '캠프', '정무직'의 용어, 사례, 그것이 가능한 이유 등을 파악했어야 했고, 법원은 '수행비서'의 위상과 역할, 평소 일과가 어떻게 이루어지는지 파악했어야 했다.

3) 성폭력에 대한 강한 통념을 활용하고 확산한 가해자 측의 활동

피해자의 법적 과정에서의 분투와 대조적으로 피고인 측은 이 과정 동안 그동안의 정치적 비전과 다른 '반정치'를 펼쳤다. 안희정 피고인은 3월 6일 새벽, 책임을 통감하고 사임한다는 글을 올렸으나 2일 동안 집거 후 3월 8일로 예정되어 있던 기자회견을 취소하고, 예고 없이 검찰로 찾아와 "국민들께 죄송하다"며 정치인의 페르소나를 복구했다. 피고인, 피고인 측 변호인, 지지자, 최측근, 가족 등은 '합의한 관계', 때로는 '사귄 것', 때로는 '사귀지는 않았지만 동의한 관계' 등을 주장하며 동시에 피해자에 대한 비난을 사회적 담론으로 조직하기 시작했다. 피해자가 법정에서 진행한 구체적인 말하기와는 상반되게, 피고인 측은 기존의 성폭력 통념을 활용하고 확산하는 말하기를 언론·여론과 법정을 오가며 자행했다.

(1) 2018년 3월 6일부터 시작된 피해자 음해

2018년 3월 6일, 피해자가 JTBC에서 증언한 바로 다음 날부터 인터넷상으로 피해

자에 대한 허위사실을 담은 소위 ‘짜라시’가 포털사이트 댓글 창, 커뮤니티 게시판, 카톡방 등에 조직적으로 유포되었다. 전국성폭력상담소협의회는 서울지방경찰청 사이버성폭력팀에 수사를 의뢰했다.

2018년 4월 18일, 공대위는 시민들의 제보로 특정된 피고인 측근 3명에 대해 추가 고발했는데, 3인 중 1인은 안희정 대선 경선패자 SNS 팀장 출신으로 고발 당시 민주당 지방선거 공천심의위원이었고, 1인은 피해자의 후임 수행비서이자 현직 충남도 지역구 국회의원 보좌진, 1인은 피고인의 온라인 팬클럽 운영자였다. 후임 수행비서이자 현직 국회의원 보좌관은 포털사이트 기사 등에 피해자 비방 댓글을 달았음에도 1심 재판에서는 피고인 측 증인으로 신청되었고, 이를 승인한 재판부에 의해 법정에서 진술도 했다.

(2) 피해자를 가해자로 바꾸는 ‘불륜 담론’

2018년 2월 1일, 2심에서 유죄가 선고되자, 2주가 지난 2월 14일, 피고인의 배우자는 SNS에 글을 올려 사건을 ‘불륜’으로 규정하고 피해자를 ‘가해자’로, 자신을 ‘피해자’로 일컬었다. 법정을 통해 성폭력 피해자가 가해자를 고소한 형사사건을 남편의 상대 여성의 문제로 치환하고, 법정에 제출된 자료를 반출하여 짜깁기, 유포하였으며, 피해자 개인을 절차와 원칙 없이 공격하는 행위였다.

김효영(2019)은 이러한 현상은 사실관계에 대한 논의가 아니며, 기존의 통념과 편견, 보수적인 성담론에 기댄 행위임을 분석한다. 안희정 전 충남도지사 사건 1국면에서 도덕적 사과와 법적 책임을 유예했다면 2국면에서는 본격적으로 피해자와 여성운동단체가 제기하는 위계적 권력 구조의 문제를 탈각시키고, 가해자와 피해자 개인 간의 문제로 변모시켰다고 분석한다. 더불어 김효영은 페어클라우가 제시한 상호텍스트성(intertextuality) 개념을 인용하며, 기존의 담론 질서를 바꾸고자 할 때 문화적으로 이미 형성되어 있는 다른 텍스트를 끌어오기도 한다고 말하는데, 2국면에서 안희정 피고인 측이 기존의 ‘힙센 담론’ 중 ‘꽃뱀 담론’, ‘순수한 피해자 담론’, ‘성적자기결정권-주체적이고 결단력 있는 여성 담론’, ‘피해자다움 담론’ 등을 끌어와 사건에 등장하는 단어들과 결합하여 피해자에게 책임을 묻고 비난을 하는 담론으로 재탄생시켰다

는 것이다. 또한 2국면에서 피고인의 배우자가 주요 행위 주체로 등장하면서 자신의 정체성을 ‘불륜의 기존 배우자’, 즉 ‘힘센 담론’인 불륜론에서의 ‘피해자’로 규정하고 본 사건의 피해자를 가해자로 전환하는 담론을 구성했다고 지적한다.

(3) 사후적으로 구성되어 온 ‘불륜’ 주장

피고인과 피해자가 상호 동의한 성적 관계라고 주장하는 ‘불륜설’에는 업무관계자들이 근거 관계인으로 등장한다. 그러나 피해자와 문자 등을 주고 받은 사람들은 모두 업무관계자이며, 업무관계 외의 내용이 등장하지 않는다. 지사를 우러르며, 위상을 드높이고, 우리 사회의 희망으로 믿게 하는 것이 관련인들의 공통 업무였음에도 불구하고, 평소 업무의 일반적 맥락을 삭제하고 피해자에게만 ‘불륜’ 프레임을 씌우고 있는 모습은 해당 관련자들이 피고인의 이익을 위해 공모하고 있음을 드러낸다.

피해자가 피고인과 불륜관계였으며, 이를 업무 연락을 나눈 사람들이 알고 있었다면, 피해자는 무사히 3월 5일 직전까지 업무를 하다가 방송사에 나와 미투를 할 수 있었을까? 어느 누구도 당시 피해자와 나눈 문자나, 피해자가 했던 특정 언행을 두고 피고인과 피해자가 성적인 교감이 있는 상태인가를 의심하거나 의문시했던 적이 없으며, 해당 언행이 ‘불륜’을 근거하고 있는 유일무이한 지표들이라면, 피해자는 이미 해당 업무에서 배제되었을 것이다. 피고인과 피고인의 가족, 피고인의 측근과 도청 동료를 포함한 모두가 피해자의 JTBC 출연과 신고를 예상하지도 못하고 있었다. 이런 점을 보았을 때 ‘불륜설’은 피해자의 신고 이후에 사후적으로 구성되고 주장되었음을 명확히 알 수 있다.

(4) 피고인 가족에 의한 피해자 의료기록 공표

2019년 3월 21일, 피고인 배우자는 페이스북에 피해자가 제출했던 의료기록 - 산부인과 진단서를 공개했다. 성폭력 사건시 수사·재판 과정에서 피해자의 인권침해를 예방하기 위해 제도적 절차를 마련한 것은 반성폭력운동의 중요한 노력 중 하나였다. 그것이 보장되지 않는다면, 피해가 있어도 신고하기 어렵고, 신고했다 하더라도 재판이 끝날 때까지 자신의 의지를 지키기 어려울 것이어서 사실상 법률과 제도가 무

력해질 것이기 때문이다. 현재 검찰 수사 과정상 가명 조서 제도, 법원에서의 비공개 재판, 증인 지원관, 재판과 무관한 심문에 대한 소송지휘권을 통한 제재 등이 가동되고 있다.

그러나 피고인 배우자는 재판과정에 피해자가 직접 제출했던 의료기록을 대중들에게 공개했고 20개 이상의 언론사에서 이를 보도·유포했다. 공대위 소속 활동가들과 일부 시민들은 즉각 이를 신고해서 일부 언론사들이 이미지를 삭제했고, 페이스북은 며칠 뒤 ‘개인정보처리방침 위반’⁷⁾으로 해당 게시물에서 의료기록 부분을 삭제토록 했다. 그럼에도 해당 글은 2차, 3차 가공물을 낳고 있다. 유튜브에서는 ‘안희정’, ‘김지은’, ‘임신’ 등의 허위사실을 키워드로 내걸은 가짜뉴스가 제작 및 유포되었는데, 클릭하면 피고인 배우자가 SNS에 올린 글을 기계음으로 읽는 영상들이다. 이는 업로드된 후 10만 회가 넘게 재생되면 계정이 폭파되는 등 게릴라성 돈벌이로 운영되고 있다.

4. 향후 반성폭력운동의 과제, 사회 개혁 세력의 과제

2018년 8월 17일 2만 명의 여성, 시민들은 광화문을 행진하며 ‘안희정은 유죄다’, ‘재판부가 유죄다’, ‘여성들에게 국가는 없다’를 외쳤다. “그저 좋은 재판부를 만나기를 기도하는 수밖에 없는 것이냐”는 피해자의 말⁸⁾처럼 성적자기결정권과 피해자의 특성, 위력이라는 법의 보호적 개념에 대해서 궤변과 임의적이고 자의적인 구부러뜨리기를 자행하는 통제되지 않는 사법 권력에 분노했다.

그러나 2심에서는 피해자 진술 및 증인들의 진술에 대한 증거 채택 시 진술신빙성 판단에 대한 대법원 판례, 가해자 진술을 피해자 진술 신빙성 판단에서 보완으로 보아야 한다는 대법원 판례, 위력 판단 기준에 대한 대법원 판례, 성인지감수성에 대한 대법원 판례를 인용했다. 대법원에서도 이에 대한 법리 오해가 없다고 확정했다.

7) 페이스북 커뮤니티 규정 II. 안전-19. 개인정보처리방침 위반 및 이미지 사생활 보호권 규정.

8) 2019년 8월 17일 성차별 성폭력 끝장집회 ‘여성들에게 국가는 없다’에서 피해자 김지은 발언(대독) 중 일부.

반성폭력운동은 여전히 성성하고, 이번 사건에서 적나라하게 드러난 남성 중심의 성폭력적 환경과 언어 한가운데에서도 원칙과 기준, 예측 가능한 판례를 정립시키고자 노력해왔으며, 그것은 앞으로의 과제이기도 하다. 성인지감수성을 법관의 책무로 본 대법원 판례는 그 중 한 가지 결실이다. 피해자 진술이라는 증거를 평가할 때 합리적 사유 없이 이를 배척하는데 법관의 사회적 편견이 개입되어 있으면 안 된다는 것이 법관의 성인지감수성 책무이다. 이에 대해 가해자 측에 판승해 있는 사람들은 성인지감수성이 피해자의 요구를 무조건 들어주는 페미니즘이 권력을 획득한 부당한 징표라고 주장하지만, 그동안의 법원과 수사기관이 어떻게 피해자의 입장을 반영하지도 상상하지도 않아왔는지의 증거는 차고 넘친다. 무엇보다도 성인지감수성이 작동하기 위해서는 피해자의 구체적이고 일관된 진술이라는 증거가 전제된다. 그리고 피해자의 구체적이고 일관된 진술은 무수한 분투를 통해서만 가능한 산물이다.

강간죄 구성요건 개정은 또 다른 사회적 기준을 갱신하고자 하는 노력이다. 현재 형법상 강간과 강제추행이 ‘폭행과 협박’을 명시하고 있고, 오랜 판례와 학설은 이를 저항이 현저히 곤란할 정도로 요구하여 피해자 입증책임을 만들어왔고, 위력 등의 다른 성폭력 조항 판단에도 영향을 미쳐왔다. 동의 없는 성적행동, 성적 침입을 금지하는 정의와 기준은 형법 제32장이 ‘정조에 관한 죄’를 벗어나 성적자기결정권을 보호 법칙으로 한다면 바로잡아져야 할 기준이다. 현재 10개의 개정안이 국회에 계류되어 있을 만큼 강간죄 구성요건 개정은 공감대를 형성하고 있다. 현재 <강간죄 개정을 위한 연대회의>는 특별법이 아닌 형법 개정을 통해 강간의 개념과 판단 기준을 재정립하기 위한 노력을 하고 있다.

미투운동은 피해자들이 소속되어 일하던, 사회적 관계를 맺고 활동하던 각 영역에서 권력이 어떻게 작동해왔는지 드러낸 운동이다. 각 영역에서 국지적으로 작동하는 권력 메커니즘이 드러나자, 이를 제재하기 위한 영역별 실태조사, 위원회 가동, 법제 정비 등이 진행되고 있다. 그런데 정치권은 어떠한가? 발생 사건을 조사, 제재하기 위해, 재발을 막기 위해 최소한의 정비는 진행되고 있는가? 1심 판결 이후 반성폭력 운동 그룹 ‘세도우핀즈’는 민주당에 1심 판결에 대한 입장과 향후 이와 같은 사건이 재발할 경우 대응책이 있는지 등 질의했으나 아직 답변이 왔다는 소식은 없다.

더 나아가 미투운동의 흐름, 사회적 변화를 어떤 정치적인 전망으로, 사회 개혁과 제로 이해하고 받아 안고 있는가? 이 사건의 가해자와 소속 그룹은 인권감수성, 민주주의, 지방분권, 여성 인권-성평등에 대한 비전으로 자부심이 높았다. 그러나 자신들의 업무영역 내에서 발생한 성폭력에 대해 좁게는 가해자 개인을 위해 정치를 펼치고 넓게는 그동안 국민들에게 제시하고 약속해오던 정치를 배신했다. 정치적인 기술과 인맥을 총동원하며 피해자를 비난하고, 근거 없는 주장을 지속했으며 사회적 통념을 재생산하기에 여념이 없었다. 정치적 선언과 약속들을 앞지르고 압도하고 있는 남성권력, 젠더권력의 문제를 어떻게 해소할 것인가?

안희정이 약속했던 성평등에 대한 실천은 피해자가 그에 맞서며 실현해냈다. 마찬가지로 사회변화를 막아서고 있는 가장 오래된 모순들을 여성들이 뚫어가고 있다. 2018년 미투운동은 2019년 장자연, 김학의, 버닝썬 사건에 대한 경찰과 검찰의 카르텔을 드러내며 '검찰개혁, 여자들이 한다'로 나아가고 있고, 미투운동을 열었던 서지현 검사는 검찰개혁과 그에 대한 검찰의 서슬 퍼런 맞대응이라는 광풍 속에서 '목숨을 내놓고' 맞서고 있다. 가해자는 감옥으로 겨우 갔지만, 피해자는 일상으로 돌아갈 수 없는 사회가 여전히 존재한다. 권력의 젠더화된 구조, 젠더의 권력화된 모습을 바라보지 못하면 사회 개혁은 불가능하며, 안전하고 평등한 일상은 요원하다. 안희정 사건을 지켜보고 다양한 위치에서 '참여'해온 수많은 사람들이 이 사건의 결과와 그 과정을 직시해야 하는 이유다. 🍷

참고문헌

- 김성돈(2019), “형법상 위력개념의 해석과 업무상 위력간음죄의 위력”, 『형사정책연구』 제30권 1호, 123-155쪽.
- 김효영(2019), “미투운동에서 ‘객관적 진실’의 딜레마: 안희정 사건 관련 담론에 대한 비판적 분석”. 연세대학교 커뮤니케이션대학원 미디어문화연구전공 석사학위논문.
- 유주성(2019), “업무상 위력에 의한 간음죄” 해석론”, 『형사법연구』, 제31권 1호, 111-132쪽.
- 한병철(2011), 『권력이란 무엇인가』, 서울: 문학과지성사.
- 대법원 2007도8135 판결문
- 서울서부지방법원 2018.8.14. 선고 2018고합75 판결문
- “몰카 범죄, ‘재범비율’ 높지만 ‘처벌 수위’ 지나치게 낮아”, 서울경제, 2016년 9월 26일자,
<http://www.sedaily.com/NewsView/1L1KH6U422> (최종검색일: 2016.11.15)
- “[사유와 성찰] 위력이란 무엇인가”, 경향신문, 2018년 8월 24일자,
http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?art_id=201808242030005 (최종
검색일: 2019.10.25)
- “안희정 측근 2명, 김지은씨 겨냥한 악플 달다 입건”, 조선일보, 2018년 8월 22일자,
http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2018/08/22/2018082201199.html (최종
검색일: 2019.10.25)
- “[야 한국사회] 두려움의 힘”, 한겨레신문, 2018년 9월 5일자,
<http://www.hani.co.kr/arti/opinion/column/860834.html> (최종검색일: 2019.10.25)
- 2019년 8월 17일일자, “성차별 성폭력 끝장집회 ‘여성들에게 국가는 없다’”,
피해자 김지은 발언문(대독) 중.
- 2018년 8월 22일자, “[공감 포커스] 전 충남도지사 안희정의 피감독자 간음 및 추행 사건 제심 판결
돌아보기”, 공익인권법재단 공감 블로그, <https://withgonggam.tistory.com/2161> (최종검색일:
2019.10.25)

I 상담일지분석

장주리 2018년 한국성폭력상담소

폭행·협박 없는 강간 사례 상담일지분석

2018년 한국성폭력상담소 폭행·협박 없는 강간 사례 상담일지분석

장주리
한국성폭력상담소 부설연구소 올림 연구원

1. 들어가며

2018년 미투운동은 사회적으로 해결해야 할 사안의 하나로서 성폭력 문제를 드러냈다. 피해자들은 피해 당시 신고·고소를 시도했지만 수사기관에서 초기대응에 실패하면서 피해사실을 제대로 다루지 못하고 이미 공소시효가 지나버린 경우, 혹은 고소했다라도 가해자가 합당한 처벌을 받지 않은 경우에 '미투'라는 이름으로 자신의 피해를 다시 드러내고 해결하려 하는 의지를 보여주었다. 이는 미투운동에 대한 피해자들의 기대를 보여주는 한편 이러한 기대를 충족하지 못하는 사법적 한계를 보여주기도 했다(김보화 외, 2018).

성폭력 문제의 해결에 있어서 이와 같은 사법적 공백이 발생하는 것은 현행 강간죄 규정과 최협의설이 현실에서 발생하는 성폭력의 맥락을 포괄하지 못하고 있기 때문이다. 형법 제297조 강간죄는 '폭행 또는 협박'을 구성요건으로 규정하고 있으며 수사·재판과정에서는 '상대방의 반항을 불가능하게 하거나 현저하게 곤란'하게 하는 경우로 한정하는 '최협의설'에 근거하여 '폭행 또는 협박'의 정도를 매우 엄격하게 판단하고 있다.

그러나 현실에서의 성폭력은 심각한 정도의 폭행이나 협박을 수반하는 경우 뿐만 아니라 다양한 상황과 맥락에서 발생한다. 특정한 권력관계 안에서의 성폭력, 기존의 신뢰관계를 이용해 피해자를 항거불능 상태로 만들어 행하는 성폭력, 혹은 피해자가 거부하거나 거부의 의사를 표시할 수 없는 취약한 상태를 이용한 성폭력 등 폭행

과 협박의 수단을 동원하지 않고도 성폭력을 실행할 수 있는 가해자들의 전략 및 전술은 다양하게 존재한다. 이를 반영하지 못하는 현행 강간죄 체계 하에서는 법적 처벌의 공백이 발생할 수밖에 없으며, 1.9%에 불과한 낮은 신고율과 46.1%에 불과한 낮은 기소율이 이를 반증한다¹⁾. 수사·재판절차에 미쳐 가당지도 못하는 수많은 성폭력 피해들이 있고, 그 절차 안에서도 성폭력 피해로 인정되지 못하는 피해들이 있다는 것이다.

이러한 사법적 공백을 없애기 위해서는 강간죄의 구성요건을 ‘동의 여부’를 중심으로 규정할 필요가 있다. 성폭력 가해자들의 다양한 전략·전술 속에 공통적으로 드러나는 것은 폭행·협박이 아니라 동意的 부재이다. 가해자들은 피해자의 동의를 구하지 않았거나, 동의를 구하지 않아도 되는 상황을 만들었거나, 때로는 피해자가 비동의 의사를 개진하더라도 이를 무시하며 성폭력 가해를 행한다. 2018년 3월, 한국정부에 대한 UN CEDAW(The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약) 최종 권고안에서도 형법 제297조를 개정하여 피해자의 자유로운 동의의 부족을 중심으로 강간을 정의할 것을 권고한 바 있다. 폭행·협박의 구성요건이 피해자에게 저항 여부를 확인하면서 결국 피해자에게 피해의 책임을 전가하고 2차 피해를 유발하는 현재의 구조에서 가해자에게 동의 여부를 구했는지로 질문을 이동시키고 구조를 변화시키기 위해서는 강간죄를 개정해야 하는 것이다.

이를 위해 현실에서 발생하는 성폭력의 맥락을 더욱 상세하게 살펴볼 필요가 있고, 따라서 이 글에서는 한국성폭력상담소의 2018년 폭행·협박 없는 강간 사례의 상담일지들을 분석하고자 한다.

성폭력상담소에서 기록하는 상담일지는 피해자의 피해경험이 구체적으로 담겨있는 자료로서 한국사회의 성폭력 예방과 근절을 위해 중요하게 검토되어야 할 역사적

1) 여성가족부의 『2016년 전국 성폭력 실태조사 결과보고서』에 따르면 성폭력 피해를 입었을 때 경찰에 도움을 요청했다고 응답한 비율은 전체 응답자 중 1.9%에 불과했다. 또한 대검찰청의 『2018 범죄분석』에 따르면 2017년에 성폭력 범죄자 중 기소처분을 받은 경우는 46.1%에 불과했다. 이는 성폭력과 함께 4대 강력범죄로 분류되는 살인(75.2%)·강도(67.1%)·방화(49.4%)의 기소율과 비교했을 때 낮은 수치이다.

사료일 뿐 아니라 피해자들이 경험하는 성폭력의 의미를 파악할 수 있다는 점에서 변화를 위한 기본적인 자료이다. 특히 성폭력상담소에는 피해자가 수사기관에 신고하지 않은 사건들도 의뢰되기 때문에 신고·고소하기 어려운 관계나 상황에서의 성폭력, 형법 및 성폭력처벌법 상 처벌 대상이 되기 어렵거나 모호한 사건 등이 포함된다(김보화·장주리, 2018). 따라서 현행 강간죄 상 폭행·협박의 구성요건과 관련하여 어떠한 문제들이 있는지 실제의 사례를 통해 살펴보는 것이 필요하다.

또한 성폭력상담소의 상담일지는 피해자들이 성폭력 피해 이후 어떤 상황들을 마주하고, 어떻게 대처하였으며, 어떤 지원을 기대했는지 파악할 수 있다는 점에서 매우 유의미한 기록이다. 더불어 피해자들이 국가에게 어떤 기대를 하였으며, 어떤 공공서비스를 기대하였는지 유추할 수 있는 연결고리로서 중요하며(이미경, 2012), 성폭력 피해자가 자신의 피해를 심리적 상담 혹은 법적 지원 등을 통해 해결하고자 하는 욕구를 가지고 있는 시점에서 작성된다는 점에서 그 당시 피해자의 복합적이고 구체적이며 모순되는 생생한 경험이 담겨있는 자료로서 의미가 있다(장다혜, 2012).

한국성폭력상담소의 2018년 전체상담 중 강간 피해를 입은 사례는 총 355건이었다.²⁾ 이 가운데 친족성폭력, 장애인성폭력, 미성년자에 대한 성폭력 사례 96건의 경우 피해자와 가해자의 관계적 특성으로 인해 피해자가 취약한 위치에 놓여 있음이 인정되는 경우가 많아 폭행·협박의 구성요건이 엄격히 적용되지 않기 때문에 분석에서 제외하였다. 또한 상담사례 중 강간 피해를 입게 된 경위를 밝히지 않은 단순상담 71건³⁾, 폭행·협박이 동반된 피해사례 18건 역시 분석에서 제외하고자 한다.

따라서 이 글에서 분석대상이 되는 폭행·협박 없는 강간 피해(특수강간·강간 및 유사강간·준강간·강간미수 포함) 상담사례는 170건⁴⁾으로 이를 양적·질적으로 분석하여

2) 『2018년 한국성폭력상담소 상담통계 및 상담 동향분석』에 따르면 2018년 전체 상담 중 강간 피해는 339건이나, 이는 대표피해유형에 한정하여 추산한 것으로 중복피해를 포함하여 산출한 결과 강간 피해는 355건이다.

3) 다만 이 가운데에도 직장상사·취업 컨설턴트·사진작가 등에 의한 성폭력, 술자리에서의 성폭력 등이 포함되어 있어 폭행·협박 없이 위력 등의 수단에 의해 성폭력 가해가 행해졌을 가능성이 다분한 사례들이 있다.

4) 피해자의 어깨나 손목 등을 누르며 힘으로 제압한 경우 등은 간접적으로 폭행이 있다고 볼 수 있는 사례이나 실제 수사·재판과정에서는 최협의설의 영향으로 '저항 불가능할 정도'의 기준으로 폭행·협박을 판단하기 때문에 간접적 폭행·협박의 경우 재판부별로 판단기준에 차

현실에서의 성폭력이 폭행·협박이라는 수단 외에 어떠한 방식으로 전개되는지 구체적으로 살펴볼 것이다. 특히 질적 분석에 있어서는 상담횟수, 상담방법, 피/가해자 성별, 연령, 피/가해자 관계, 피해 유형, 피해장소, 피해시 상태(술/약물/수면) 등의 기본 정보 뿐만 아니라 상담 전 조치 및 대응, 2차 피해, 법적 대응 과정, 피해자 요구, 상담원 지원 내용, 미투 해당 여부, 강간에 이르기까지 가해자의 행위 형태, 피해자가 저항할 수 없었던 이유, (정신을 잃었던 경우) 피해를 입었다는 것을 알게 된 경위, 강간 피해 이후의 상황 등을 리뷰하여 전체 분석대상 사례 170건 중 폭행·협박 없는 강간의 전개 과정의 특징 및 폭행·협박 없는 강간 이후의 피/가해자의 대응과정이 잘 드러나는 48건을 선정해 이를 중심으로 인용하였다. 사례 번호 부여는 분석대상 사례들을 최초상담 날짜순으로 나열한 뒤 순서대로 다시 번호를 부여한 것이다.

2. 폭행·협박 없는 강간 사례 상담통계

1) 상담건수 및 횟수⁵⁾

<표 1> 분석대상 사례의 상담횟수

단위: 건, %

	빈도	백분율
1회	131	77.1
2회 이상	39	22.9
합계	170	100.0

폭행·협박 없는 강간 상담사례 170건 중 1회성 상담을 한 사례는 131건으로 분석대상 사례 중 77.1%이고, 2회 이상의 지속적 상담을 한 사례는 39건으로 분석대상 사례 중 22.9%이었으며 총 264회의 상담이 이루어졌다. 한국성폭력상담소의 경우 전국 각지에서 상담전화가 걸려오고 이를 각 지역의 성폭력상담소나 청소년, 장애, 사이버성

이가 크다. 따라서 이 글에서는 간접적 폭행·협박이 있었던 사례도 폭행·협박이 없는 강간 사례로서 분석하고자 한다.

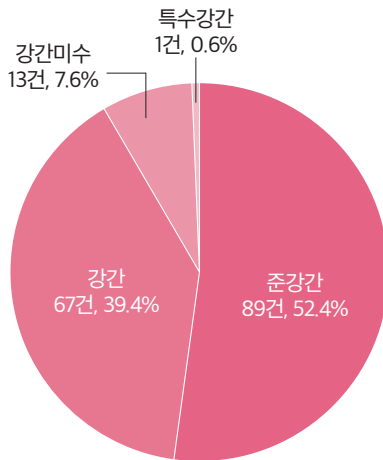
5) 이 글에서 상담건수란, 상담한 사례의 수를 뜻하고, 상담횟수란 누적된 모든 상담의 수를 말한다. 한 건의 상담은 1회부터 100회 이상의 상담이 이루어지기도 한다.

폭력 등을 전문으로 다루는 성폭력상담소에 연계하는 경우가 있다. 따라서 전체적으로 지속상담보다는 1회성 상담의 비율이 높는데, 폭행·협박 없는 강간 사례의 경우에도 마찬가지로 1회성 상담이 많았다. 그러나 1회성 상담이라고 할지라도 시간이 흐른 뒤 다시 상담지원을 요청하는 경우들도 있다.

1회성 상담의 경우 폭행·협박 없는 강간 피해를 입은 뒤 상담소에 지원을 요청하여 이를 피해자가 거주하는 지역의 상담소로 연계한 상담, 특히 폭행·협박 없는 강간 피해 중에서도 준강간 피해를 입은 직후에 어떻게 대처해야 하는지 상담을 요청하는 피해자에게 해바라기센터에서의 증거 채취 등 관련 절차를 안내하는 상담이 많았다.

2회 이상으로 상담지원이 이어지는 경우는 주로 피해자가 법적 대응(고소)을 결심하여 상담소에 법적지원을 요청하는 사례, 혹은 고소 과정을 거쳤지만 불기소처분의 결과가 나오거나 1심에서 무죄의 판결이 나와 단순상담 이후에 다시금 지원을 요청하는 사례 등이 있었다. 또한 법적 대응 과정을 선택하지 않더라도 조직/공동체 내에서 대응 절차를 진행하기 위하여 관련한 조언을 요청하는 사례도 있었다.

2) 피해유형



<그림 1> 피해유형

폭행·협박 없는 강간 사례의 피해유형을 살펴보면, 준강간(89건, 52.4%), 강간(67건, 39.4%), 강간미수(13건, 7.6%), 특수강간(1건, 0.6%)의 순으로 피해가 보고되었다. 준강간 사례가 가장 많은 비중을 차지하는 것은 폭행·협박 없는 강간 사례 가운데서도 피해자의 ‘항거불능’ 혹은 ‘심신상실’ 상태를 이용한 강간 사례가 많은 것인데, 이는 ‘술’과 연관된 강간 피해의 사례가 많은 것과 관련된다. 전체 분석 대상 사례 170건 가운데 피해자가 술을 마신 상태에서 입은 피해는 113건에 달하고(전체 사례의 66.5%), 준강간 사례 89건 가운데는 85건이 이에 해당한다(준강간 사례의 95.5%).⁶⁾ ‘술’과 연관된 강간 피해의 사례와 관련해서는 어떻게 피해자의 음주 및 이로 인한 항거불능·심신상실 상태가 유발되는지, 여기에 어떠한 권력관계 또는 상황적 맥락이 작용하게 되는지에 대해서는 아래 3장에서 분석할 것이다.

한편 전체 분석대상 사례 중 강간 피해도 39.4%를 차지하는데, 이는 폭행·협박을 동원하거나 피해자의 항거불능·심신상태를 유발하지 않아도 위력이나 속임수, 또는 피해자의 비동의 의사를 무시하는 것만으로도 가해자가 강간 행위를 하는 것이 가능하다는 것을 의미한다.

강간미수 13건 중에서는 9건(강간미수 사례의 69.2%)이 피해자가 술을 마신 상태에서 발생한 피해였는데, 강간미수에 있어서도 음주를 통해 피해자의 항거불능·심신상실 상태를 유발하는 것이 주요한 수단으로써 이용됨을 알 수 있다. 특수강간 1건의 사례 역시 2명 이상의 가해자가 술에 취해 잠든 피해자를 상대로 가해한 사례였다.

6) 피해자가 술을 마신 상태에서 입은 피해 중 28건의 사례는 준강간에 해당하지 않는데, 28건 가운데 강간은 18건, 강간미수는 9건, 특수강간은 1건이었다. 술을 마신 상태라고 할지라도 의식을 잃지 않았거나 음주가 강간 피해에 지대한 영향을 미치지 않은 사례의 경우 강간으로 분류하였다.

3) 피해자·가해자의 성별

<표 2> 피해자·가해자의 성별

단위: 명, %(전체 건수 대비)

		피해자의 성별		
		여성	남성	합계
가해자의 성별	여성	3 (0.02)	1 (0.01)	4 (2.4)
	남성	164 (96.5)	2 (0.01)	166 (97.6)
	합계	167 (98.2)	3 (1.8)	170 (100.0)

폭행·협박 없는 강간 사례의 피해자·가해자 성별 분포를 살펴보면, 전체 피해자 가운데 여성피해자가 167명으로 98.2%를 차지하고, 전체 가해자 가운데 남성가해자가 166명으로 97.6%를 차지하고 있다. 또한 전체 사례 가운데 164건(96.5%)이 남성가해자에 의해 여성이 피해를 입은 사례로, 성폭력 문제에는 여전히 성별권력관계가 그 주축을 이루고 있음을 보여주고 있다.

여성가해자에 의해 남성이 피해를 입은 사례는 직장 내 권력관계에 의한 것이었고, 그 외 동성 간 성폭력(남성가해자에 의해 남성이 피해를 입은 사례 2건, 여성가해자에 의해 여성이 피해를 입은 사례 3건) 역시 직장 내 혹은 데이트 관계에서 발생한 피해로, 뚜렷한 권력관계 또는 친밀성과 폭력의 위험이 중첩되는 관계라는 한정된 영역에서 발생한 성폭력 피해가 상담되고 있음을 알 수 있다. 반면 남성 가해자에 의한 여성에 대한 강간 사례는 직장 내 피해나 데이트 관계에서의 피해에 한정하지 않고 학교·학원 내에서의 피해, 단순 지인관계에서의 피해, 서비스 제공자에 의한 피해 등 모든 관계 유형 속에서 나타난다는 것을 볼 수 있다.

4) 피해자와 가해자의 관계

<표 3> 피해자와 가해자의 관계

단위: 건, %

	빈도	백분율
직장 및 공동체	59	34.7
데이트 관계	36	21.2
지인(데이트 관계 외)	34	20.0
학교	16	9.4
학원	5	2.9
서비스 제공자	5	2.9
모르는 사람	13	7.6
미상	2	1.2
합계	170	100.0

폭행·협박 없는 강간 사례에서의 피해자-가해자 관계를 살펴보면, 직장 및 공동체⁷⁾, 데이트 관계, 지인, 학교, 모르는 사람, 학원, 서비스 제공자의 순으로 높은 빈도가 나타났다. 이는 관계에서 발생한 성폭력이 전체 사례 가운데 91.1%(155건)를 차지하고 있었다. 이는 2018년 한국성폭력상담소 상담통계에서 드러난 이는 사람에 의한 피해를 86.5%보다 높은 수치로, 이러한 차이는 강간이라는 피해의 유형과 ‘폭행·협박’이라는 구성요건 두 가지 모두 요소와 연관성을 갖는 것이다. 우선 강제추행, 카메라이용 촬영, 통신매체이용음란 등의 유형에 있어서는 행위 특성상 모르는 사람에 의한 피해가 발생할 수 있는 가능성이 다소 높은 반면, 모르는 사람에 의한 강간의 경우 가해자의 폭행·협박, 피해자의 항거불능·심신상실 등이 동반되지 않으면 행위가 성립하기

7) 여기에서 공동체란 법적 구속력을 갖지 않더라도 소위 ‘○○계’처럼 같은 분야에서 일하는 사람들을 포괄하는 공동체 혹은 교회 등의 종교단체를 의미한다. 직장 내 관계가 아니더라도 공동체 내에서의 권력 및 지위의 차이가 성폭력 발생과 연관성을 가지므로 직장과 함께 분류하였다.

어렵다. 또한 이는 사람의 관계에 있어서는 가해자가 폭행·협박의 수단을 동원하지 않더라도 위력·위계, 혹은 신뢰관계 등을 이용해서 강간하기 때문에 폭행·협박 없는 강간으로 사례를 한정할 경우 특히 이는 사람에 의한 피해의 비율이 더 높게 나타나는 것으로 보인다.

5) 피해자와 가해자의 관계에 따른 피해유형

<표 4> 피해자와 가해자의 관계에 따른 피해 유형

단위: 건, %

		피해 유형				
		특수강간	강간	준강간	강간미수	합계
피해자-가해자 관계	직장 및 공동체	-	21 (35.6)	34 (57.6)	4 (6.8)	59 (100.0)
	데이트 관계	-	23 (63.9)	10 (27.8)	3 (8.3)	36 (100.0)
	지인 (데이트 관계 외)	1 (2.9)	10 (29.4)	20 (58.8)	3 (8.8)	34 (100.0)
	학교	-	5 (31.2)	10 (62.5)	1 (6.2)	16 (100.0)
	학원	-	2 (40.0)	2 (40.0)	1 (20.0)	5 (100.0)
	서비스 제공자	-	3 (60.0)	1 (20.0)	1 (20.0)	5 (100.0)
	모르는 사람	-	1 (7.7)	12 (92.3)	-	13 (100.0)
	미상	-	2 (100.0)	-	-	2 (100.0)
	합계	1	67	89	13	170

앞서 살펴보았듯이 준강간(89건, 52.4%), 강간(67건, 39.4%), 강간미수(13건, 7.6%), 특수강간(1건, 0.6%)의 순으로 피해가 보고되고 있으며 피해자-가해자의 관계에 있

어서도 이와 같은 경향을 보이고 있다. 다만 데이트 관계 및 서비스 제공자의 유형에 있어서는 준강간보다 강간 사례가 더 많이 상담되었는데, 이는 이러한 관계에서는 폭행·협박의 수단이 동원되거나 피해자를 항거불능·심신상실의 상태에 이르게 하지 않아도 강간 피해가 발생하고 있다는 것을 의미한다.

데이트 관계에서 준강간보다 강간 피해가 더 많이 발생하는 것은 데이트폭력의 성격을 띤 강간, 또는 과거의 합의를 토대로 새로운 합의를 구하지 않거나, 과정별로 합의를 구하지 않거나, 혹은 성관계 도중 합의한 사항을 과거(콘돔 미사용 등)하는 등의 방식으로 강간이 이루어지고 있기 때문이었다. 서비스제공자에 의한 강간 피해의 경우 주로 치료 행위를 빙자한 유사강간 피해를 입은 사례들이었다.

3. 상담사례를 통해서 본 폭행·협박 없는 강간의 특징과 조건

이 장에서는 폭행·협박 없는 강간 사례의 특징을 몇 가지로 유형화하였는데, 실제로 이 특징들은 한 사례 안에서 복합적으로 전개되는 경우가 많지만 폭행·협박이 없는 상태에서 일어나는 성폭력의 전개 과정을 살펴보기 위해 임의적으로 분류하였다.

1) 피해자가 술과 약물에 취한 상태를 이용하는 준강간

앞서 밝혔듯이 분석대상 사례 170건 가운데 피해자가 술을 마신 상태에서 입은 피해는 113건에 달하고(전체 사례의 66.5%), 분석대상 준강간 사례 89건 가운데는 85건이 이에 해당한다(준강간 사례의 95.5%). 이와 같이 폭행·협박 없는 강간과 술은 연관성이 높는데, 피해자가 만취하여 의식을 잃은 경우 피해자는 동의 의사를 표현할 수 없는 상태가 된다. 혹은 피해자가 의식을 완전히 잃지 않더라도 저항능력이 현저히 상실된 상태에서 행해진 거부 의사, 밀어내는 행위 등을 가해자는 간단히 무시하거나 제압한다. 이러한 측면에서 피해자의 만취 상태는 가해자가 선호하는 수단이자 대상이라고도 볼 수 있겠다.

가해자는 평소에 신뢰하는 직장 선배이고, 퇴근 후에도 여러 사람들과 함께 술을 자주

마시는 사이였다. 어느날 함께 술을 마시고 2차를 가기로 하고 자리에서 일어난 것 같은데 거기에서부터 기억이 없다. 느낌이 이상해서 정신을 차려보니 모텔에서 강간피해를 입고 있었다. <사례 50>

술을 마시고 정신을 차려보니 집에서 울고 있었다. 가해자를 일단 돌려보냈는데 그때까지만 해도 피해가 있었는지 몰랐다가 통증과 하혈이 너무 심해 신고하게 되었다. <사례 13>

1년 전에 준강간 피해를 입었는데, 당시에 가해자가 추행하는 것은 알았지만 너무 취해서 하지 말라는 말도 못하고 잠들었다. 그렇게 지나갔는데, 친구가 가해자가 소문을 퍼뜨리고 다니는 것을 듣고 강간피해까지 있었다고 말해주어서 알게 되었다. <사례 57>

위의 사례들은 만취해 의식을 잃은 뒤 피해를 입은 대표적인 사례들로, 만취 상태에서 정신을 차린 장소가 가해자의 집, 숙박업소 등 피해자에게 익숙한 공간이 아니거나, 피해로 인한 상처와 통증 등이 있을 때 피해자들은 사후적으로 피해를 인식하게 된다. 이러한 경우에 피해사실에 대해서도 단편적인 기억만을 갖고 있거나 전혀 기억하지 못하는 경우가 많으며, 어떤 경우에는 <사례 57>과 같이 긴 시간이 지난 후에야 피해를 인식하게 되기도 한다.

혹은 의식을 완전히 잃지 않았더라도 저항의 능력이 현저히 떨어진 피해자의 상태를 이용한 사례들도 발견된다.

새벽에 직장동료와 술을 마시고 집에 가는데 너무 많이 마셔서 동료가 집에 따라 들어온 줄도 몰랐다. 자고 있는데 베개로 입을 막고 강간했다. <사례 2>

술을 마신 뒤 선배가 데려다준다고 하여 집까지 와서 문을 열고 들어가 잘 가라고 인사를 하려고 하는 순간 가해자가 문을 밀고 들어와 강간하였다. <사례 40>

가해자와 함께 행사를 치른 뒤 술을 마시고 취해서 내 숙소로 들어왔는데, 가해자가

갑자기 따라 들어와서 내가 어떻게 해볼 새도 없이 완력으로 옷을 벗기고 강간했다. <사례 43>

친구의 집에서 친구, 친구남편, 그리고 동생과 함께 술을 마셨는데 친구남편이 동생과 나를 데려다준다고 하더니 동생을 먼저 데려다주고 이후 나를 모텔로 데려가서 강간했다. <사례 102>

위의 사례들은 함께 일하던 동료나 지인과 술을 마셨을 뿐인데, 혹은 데려다준다고 하는 호의를 표면 그대로 호의로 받아들였을 뿐인데 피해를 입은 사례들이다. 또한 이 사례들을 통해 공통적으로 볼 수 있는 것은 음주로 인해 취약해진 피해자들의 상태를 이용하려고 했던 가해자들의 ‘고의’이다. 그러나 폭행·협박의 여부, 그에 따른 저항 유무를 피해자에게 묻는 현행 강간죄 규정의 구조에서는 가해자들의 의도는 질문될 수도, 드러날 수도 없다.

술을 마신 상태에서 피해를 입은 피해자들은 혹시 약물에 의한 피해를 입은 것이 아닌지 의심하기도 한다.

직장동료에게 피해를 입었다. 평소 주량은 소주 2병 정도인데, 그날은 소주 1병 마시고 맥주 한 모금 마신 뒤 잠시 자리를 떠다가 돌아왔는데 그 이후로 기억이 없다. 술이 깬 뒤에는 두 번이나 토했다. 평소에는 술 마셔도 토하지 않고, 기억이 끊겨도 중간중간의 기억이 있는데 이날은 6시간 정도의 기억이 전혀 없다. 평소의 패턴과 달라서 약물이 사용된 건 아닌가 의심된다. <사례 78>

주량 이상의 술을 마시지 않았는데 정신을 잃었고 깨어보니 옷을 벗고 가해자와 함께 모텔에 누워 있었다. 주량 이상의 술을 마시지도 않았고, 또 술을 먹은 뒤로 옷을 벗고 잔 적도 없기 때문에 혹시 가해자가 약물을 사용한 것 아닌가 의심하고 있다. <사례 100>

회식을 하고 소주 2잔을 마시고 정신을 잃었다. 평소 주량이 소주 2병 반인데 약물이 사용된 것 같다. 회식이 끝나고 사장님이 가해자에게 나를 데려다주라고 한 것까지는 어

렴פות이 기억난다. 가해자는 모텔로 데려가서 나를 강간했다. <사례 126>

회사 상사와 퇴근 후 함께 술을 마셨고, 마시던 도중 화장실에 다녀왔는데 가해자가 남은 한 잔을 원샷하고 가져고 했다. 안주도 많이 남아 있었지만 어차피 불편한 술자리였기 때문에 빨리 집에 가고 싶어서 원샷을 하고 나왔다. 그런데 그 이후로 전혀 기억이 없어서 약물을 사용하지 않았나 싶다. <사례 134>

위의 사례들에서 피해자들은 주량에 한참 못 미치는 술을 마셨는데도 의식을 잃었거나 혹은 자신이 잠깐 자리를 비웠던 순간이 있는 경우에 가해자가 약물을 사용한 것이 아닌지 의심한다. 그러나 이러한 약물들은 쉽게 몸 밖으로 배출되는 특성 때문에 검사를 통해서 잘 검출되지 않는다. 실제로 약물성범죄 피해를 의심해 국립과학수사연구원에 감정을 의뢰했을 때 약물이 검출된 비율은 연도별 평균 25%에 지나지 않았으며, 이 가운데 GHB가 검출된 사례는 1건도 없었다고 한다.⁸⁾

따라서 약물을 이용한 성폭력을 근절하기 위해서는 유통단계에서부터 철저한 단속이 이루어질 필요가 있다. 현재는 판매자가 익명성이 보장되는 SNS를 이용해 불특정 다수의 사람들에게 광고를 노출시키고, 오픈카톡이나 텔레그램 등으로 실제 거래를 진행하고 있어 누구나 손쉽게 GHB 등의 약물을 구할 수 있는데, 이에 유통망에 대한 대책뿐 아니라 광고 및 판매자·구매자의 접촉이 이루어지는 SNS 플랫폼에 대한 대책 역시 함께 마련되어야 할 것이다.⁹⁾

물론 형법 제299조의 준강간죄에서 심신상실·항거불능의 상태를 이용한 성폭력을 처벌하는 규정이 마련되어 있으나 ‘심신상실 및 항거불능’의 구성요건 또한 매우 협소한 경우에만 성립이 인정되고 있어, 현실에서 이러한 피해들이 준강간죄로 모두 포섭

8) “데이트 강간 약물 ‘물뽕(GHB)’, 밀수입·불법판매 급증”, 뉴스프리존, 2019년 10월 14일자, <http://www.newsfreezone.co.kr/news/articleView.html?idxno=202535> (최종검색일: 2019.10.20.)

9) 2019년 3월 22일자, “[단호한 시선]버닝썬 게이트, 지금 짚어야 할 다섯 가지”, 한국성폭력상담소 홈페이지, http://sisters.or.kr/load.asp?sub_p=board/board&b_code=2&idx=4876&board_md=view&searchValue=%B9%F6%B4%D7%BD%E3 (최종검색일: 2019.10.20.)

되기 어려운 실정이다. 가령 피해자가 피해사실에 대해 전혀 기억하지 못하면 진술의 신빙성이 낮아서 피해가 인정되지 않고, 혹여 조금이라도 기억을 하면 심신상실 및 폭행·협박의 구성요건이 모두 충족되지 않아 피해가 인정되지 않는 것이다. 따라서 폭행·협박이 있었는지, 아니면 심신상실·항거불능의 상태였는지를 피해자가 양자택일하게 할 것이 아니라 '동의 여부'를 기준으로 하는 강간죄 개정이 필요하다.

2) 위력을 이용한 성폭력과 미투

폭행·협박 없는 강간 사례의 특징은 자신이 입은 피해가 통념에 따른 성폭력과과는 달라서, 혹은 법적 기준으로 강간에 해당하지 않아서 피해를 피해라고 말하지 못하거나 심지어 피해라고 인지하지도 못했던 경우들이 많다는 것이다. 2018년은 이러한 피해들이 '미투'라는 이름으로 대중적으로 드러난 해이기도 했다. 분석대상 사례 중 미투¹⁰⁾에 해당하는 것은 42건(24.7%)으로, 3월에 가장 집중적으로 상담되었으며 6월 경부터는 관련 상담이 점차 줄어드는 경향을 보였다. 그러나 2018년 연말에 이르러서도 미투의 영향으로 공론화했던 사건들이 법적으로 잘 처리되지 않아 상담하는 사례들 역시 있었다.

피해자들이 그동안 말하지 못하다가 '미투'라는 이름으로 자신의 피해를 세상에 알리거나 혹은 상담소에 상담을 하게 된 것은 가해자가 직장 내 혹은 공동체 내에서 가지고 있는 '권력' 때문이기도 했다.¹¹⁾ 따라서 여기에서는 강간의 수단으로서 위력의 작용을 살펴보고자 한다.

위력에 의한 성폭력의 공통적인 특징은 가해자와 피해자에게 권력과 지위의 차이가 있으며, 이에 가해자가 피해자의 인사, 진학 등에 영향력을 행사할 수 있다는 것

10) 이 글에서는 내담자가 미투, 미투운동, 미투성폭력, 언론에 나온 피해자나 가해자의 이름, 사건, 방송매체 등을 직접 언급하면서 자신의 경험을 이야기하거나, 언론에 공론화된 가해자에 의한 여러 명의 피해자 중 한 명이거나, 상담원이나 연구자가 판단했을 때 직·간접적으로 미투의 영향을 받았을 것으로 추정되는 사례들을 미투에 해당하는 것으로 보았다.

11) 다만 미투에 해당하는 모든 사례가 위력 성폭력에 해당하는 것은 아니다. 2018년 한국의 미투에 대한 자세한 분석은 김보화 외(2018), 『성폭력피해상담 분석 및 피해자 지원방안 연구』 여성가족부 및 김보화(2019), “성폭력 상담일지를 통해 본 2018년 한국 미투운동의 의미”, 『페미니즘연구』 제19권 2호, 3-43쪽 참고.

이다.

입사 초반부터 팀장과 함께 해외출장을 다니면서 피해를 입었다. 팀장은 다른 사람 출장은 안 따라가는데 꼭 내 출장만 따라와서 자기 숙소로 부르던지, 아니면 내 숙소로 들어와서 강간했다. 가해 전후로 인사평가에 관한 언급을 했고, 폭행은 없었지만 특히 입사 초반에는 겁이 나서 저항하지 못했다. (...) 작년에는 앞으로는 그런 일이 없었으면 한다고 명확히 거절의사를 전달했는데도 통하지 않았다. <사례 136>

재수를 하면서 입시를 준비할 때 학원 원장으로부터 지속적인 피해를 입었다. 늦게까지 봐준다고 하며 혼자 남긴 뒤 가해를 했다. 거절하면 봐주지 않겠다고 해서, 입시를 앞둔 상황에서 지도해주지 않겠다는 말이 협박으로 느껴졌다. 한번은 친구가 같이 남아준 적이 있었는데 가해자는 나를 따로 불러내서 친구에게 이야기했냐고 물어봤다. 이때도 무서웠다. <사례 69>

재수생 시절 강사에 의해 피해를 입었다. 처음에는 가벼운 스킨십으로 시작하여 점차 강도가 심해졌다. 아무도 없는 연습실로 불러 수행하거나, 둘만 있는 기회가 조금만 있어도 수행을 했는데 이것이 강간미수로까지 이어졌다. 처음엔 가해자가 ○○계에 영향력을 행사하는 사람이기 때문에 가만히 있었는데 수위가 높아지자 견디기 힘들어 그만하면 안 되냐고 했지만 가해자는 모른척 했다. <사례 112>

나는 가해자가 운영하는 강좌의 수강생이었고, 가해자가 책을 빌려주겠다, 같이 담배를 피우자 등의 이야기를 해서 같이 작업실로 갔는데 거기에서 피해를 입었다. 가해자는 ○○계에서 영향력 있는 사람이고, 심사위원 등으로도 활동하고 있기 때문에 가해자의 요구를 거부하는 것이 어려웠다. <사례 147>

당시 가해자에게 기술을 배우고 있었고, 교습이 끝난 뒤 가해자의 집에서 함께 술을 마셨는데 가해자가 추근대서 '이건 아닌 것 같다'고 거부했지만 가해자는 무시했다. 나는 당시 업계에 갓 진입해서 가해자가 유일한 업계 내 인맥이었으며, 또 가해자가 업계에서

인지도가 있는 사람이었기 때문에 가해자의 요구를 거절하기 어려웠다. 콘돔이라도 쓰
자고 했지만 이것 역시 거부당했다. <사례 163>

위의 사례들에서 피해자들이 공통적으로 진술하는 것은 저항하기 어려웠다는 것,
그리고 가해자의 요구를 거부하기 어려웠다는 것이다. 이는 가해자의 성적 요구를
거부했을 시에 생겨날 인사상의 불이익, 진학에의 불이익, 업계에서의 소외 등을 걱
정했기 때문인데, 이 경우에 가해자들은 굳이 폭행·협박을 행사하지 않더라도 자신
의 요구를 관철시킬 수 있게 된다. 여기에서 피해자들이 왜 저항하지 못했는가가 아
니라 가해자들은 어떻게 행동했는가로 질문을 바꿔보면, 가해자들은 자신의 권력
과 지위를 어필하고 또 이것이 통용될 만한 상대를 고른다는 것을 알 수 있다. <사례
136>의 가해자는 자신이 가진 인사권을 강조하며 당시 신입사원이던 피해자를 상대
로 가해를 저질렀으며, <사례 69>, <사례 112>에서의 가해자들은 자신이 진학에
막강한 영향력을 행사할 수 있는, 이제 막 성인이 된 학생들을 상대로 가해했다. 또
한 <사례 147>, <사례 163> 역시 업계에서 어느 정도의 영향력을 가지고 있는 가해
자가 업계에 진입하기를 원하는 사람, 혹은 업계에 막 진입한 사람을 상대로 가해한
것이다. 이러한 관계에서 피해자들은 동의나 거부의 의사를 표현하기 어려울뿐더러
표현하더라도 가해자들에게 있어 이것은 쉽사리 무시할 수 있는 것이 된다. <사례
136>, <사례 112>, <사례 163>의 피해자들은 각각 시점은 다르지만 가해자에게
비동의를 의사를 명확히 표현했음에도 불구하고 가해자들은 이를 간단히 무시하는
모습을 보여준다. 심지어 <사례 163>의 피해자는 자포자기의 심정으로 콘돔이라도
사용할 것을 요구했으나 가해자는 이를 받아들이지 않았다. 권력의 추가 어디로 기
울어져 있는지 확실하게 보여주는 장면이라고 할 수 있다.

특히 인사권을 가진 가해자의 경우 폭행·협박의 수단이나 직접적인 성적 요구 없
이도 “회식” 등의 명목으로 피해자의 의식을 잃게 하거나 저항능력을 현저히 떨어뜨
림으로써 자신이 원하는 바를 달성하는 사례가 많다.

예전에 다니던 직장에서 상사로부터 성폭력 피해가 있었다. 회식이 끝나면 같은 방향

이니 택시를 태워준다고하고, 결국 집까지 따라와서 가해를 하곤 했다. 가해자가 인사권을 가진 사람이었기 때문에 저항하지 못했다. <사례 98>

입사한지 2개월 지난 시점부터 상사로부터 지속적으로 중간간 피해를 입었다. 워낙 야근이나 술자리가 많아 첫 피해도 특정하기 어렵다. 가해자는 임원과도 친한 사람이라 거절하기 어려웠다. <사례 108>

당시 해외에서 근무 중이었고 휴일이라 관광을 하고 있었는데 사장이 ‘할 말이 있으니 빨리 오라’고 해서 갔다. 갔더니 이미 술을 마시고 있어서 나도 같이 마시게 되었다. 이후 정신을 잃었는데 깨어보니 사장의 집이었고 피해 입은 장면들이 조금씩 기억났다. 일어나서 당황해하고 있는데 사장은 한 차례 또 나를 강간했다. <사례 103>

당시 나는 인턴이었고 가해자는 나를 평가할 수 있는 위치에 있는 사람이었다. 이 사장의 평판이 좋지 않다는 것을 알았지만 계속해서 술약속을 잡으려고 해서 거절할 수 없었다. <사례 134>

위 사례들은 회식 이후 혹은 상사와의 개인적인 술자리 이후에 피해를 입은 사례들인데, 피해자와 가해자 쌍방이 취한 상태에서 의도치 않은 성적 행위가 ‘어쩌다’ 발생한 것이라기보다는 가해자가 자신의 위치를 이용해서 계획적으로 접근한 것이며, 피해자를 강간할 목적으로 술을 먹이고 가해한 것으로 보아야 한다. 즉, 피해자가 심신상실·저항불능에 이르게 되는 경로에서부터 이미 위력이 작용한 것이다. <사례 98>과 <사례 108>은 가해의 상습성에서, <사례 103>과 <사례 134>는 자신의 지위를 이용해 피해자와 함께 단둘이 술을 마시는 기회를 만들었다는 점에서 그 의도를 살펴볼 수 있다.

권력과 지위를 가진 가해자의 위치에 더해, 말할 수 없는 ‘분위기’까지 중첩되어 피해자의 말하기를 가로막기도 한다.

가해자는 능력적인 면에서는 따라갈 만한 사람이 없기도 하다. (가해사실에 대해서)

나에게 여러 차례 사과를 하기도 했지만 그것이 다 지도하는 과정이라고 한다. <사례 25>

미투 이후 피해 사실을 페이스북에 올렸다. 그랬더니 가해자 아내가 피해 이후에 왜 자기 SNS에 좋아요도 누르고 친하게 지냈냐, 사실은 가해자와 불륜을 저지른 것 아니냐는 식으로 이야기했다. 하지만 가해자는 ○○계에서 위치가 있는 사람인데다 ○○계 자체가 피해를 말할 수 없는 분위기이기도 했다. <사례 35>

피해를 이야기하면 공동체 내에서 피해자로 낙인이 찍힐 것 같았고, 당시 하던 작업에 영향을 주는 것도 싫었다. 미투의 영향으로 이제야 밝힌다. <사례 121>

위 사례들은 미투 이후에 말하기를 결심한 사례들로, 피해 당시에 말하지 못했던 이유로서 가해자가 가진 능력으로 인해 가해가 정당화되는 분위기, 혹은 피해 사실을 밝혔을 때 공동체 내에서 자신이 받는 부정적인 영향, 즉 2차 피해에 대한 우려로 인해 그동안 말하지 못했다고 밝히고 있다. 2차 피해는 사건이 일어난 이후에 사법기관, 가족, 친구, 언론, 여론 등의 소문이나 피해자에 대한 부정적인 반응에 의해서 피해자가 정신적, 사회적 피해를 받는 것으로 정의할 수 있는데(이미경, 2012), <사례 35>와 같이 2차 피해에 대한 우려가 말하기 직후에 현실화되는 사례는 매우 많다. 피해 직후에 말하지 않은 것을 보니 피해가 아니라 ‘불륜’이나 ‘꽃뱀’이라고 비난하는 주변인들이 존재하기 때문이다. 특히 조직이나 공동체 내에서 가해자의 영향력이 클수록 주변인들 의한 2차 피해의 정도가 커지는데, 가해자가 가지고 있던 권위나 지위가 손상되면 이에 영향을 받는 사람들에 의해 2차 피해를 받기도 하고 혹은 공동체 내, 업계 내 분위기로 인해 피해자가 피해를 말할 경우 어떤 불이익을 받을지 너무나도 잘 알고 있는 사람들에 의해서도 2차 피해가 발생하기도 한다. 즉, 가해자의 권력과 지위 뿐만 아니라 이를 비호하는 주변인들, 그들이 구성하는 분위기로 인해 위력 성 폭력은 묵인되고 조장되는 것이다.

3) 신체적인 제압에 의한 강간

이 절에서는 폭행이 이루어지지 않더라도 신체적인 차이와 이것이 유발하는 두려움으로 인해 신체적인 제압이 이루어져 발생하는 강간 사례에 대해 분석하고자 한다. 신체적인 제압이란 현행 강간죄에서 요구하는 극심한 정도의 폭행이 아니더라도 몸으로 상대방을 누르거나 팔, 다리를 움직이지 못하게 하는 정도로 상대방을 제압하는 것을 말한다. 여기에서 강조하고 싶은 것은 단순히 체격 등 생물학적 차이로 인해 여성이 남성에게 저항할 수 없다는 것이 아니라, 여성은 저항이나 싸움이라는 선택지를 상상하기 어렵도록 사회화되며, 특히 성폭력 피해를 입을 때 저항을 하면 오히려 극심한 폭행을 유발할 수도 있다는 두려움 때문에 저항을 포기하게 되는 구체적인 상황에 대한 것이다.

내가 저항을 하지 않으니 가해자가 때리진 않았다. 저항하니까 때리는 것 아닌가. < 사례 72>

10년 전에 만나던 남자가 나를 모텔로 끌고 갔다. 키도 180이고 건장해서 어떻게 할 수가 없었다. <사례 41>

정신이 드니 가해자와 나체로 모텔에 누워 있었고 바로 피해장소를 빠져나가려고 했지만 가해자는 나를 제압하고 다시 가해하려고 했다. 가해자는 180cm에 100kg이 넘는 거구의 사람이다. <사례 134>

위 사례들에서 피해자들은 신체적 차이로 인해 발생하는 두려움으로 인해 저항할 수 없다고 느꼈거나 저항을 하면 더 큰 폭력이 되돌아올까봐 저항을 포기했다고 말한다. 일반적으로 남성은 여성보다 신체적으로 강하다고 여겨지며 이러한 현실에서 성폭력 상황이 벌어질 때 싸워서 저항하는 방식으로 피해를 막으려고 하더라도 그 결과 역시 애초에 정해져 있을 수 있다. 피해자가 할 수 있는 저항의 한계나 두려움에 저항을 포기하는 상황을 고려할 때 가해자들은 굳이 심각한 수준의 폭행·협박을 동원하

지 않아도 가해 행위를 저지를 수 있다. 가령 다음의 사례들에서 볼 수 있는 것처럼, 무게를 이용해 상대방의 신체를 누르는 것만으로도 성폭력은 가능할 수 있고, 혹은 물리적인 행동이 부재하더라도 밀폐된 공간에서 행해지는 남성의 위협 역시 여성에게는 두려움으로 다가올 수 있다(월쇼, 2015).

가해자가 일하는 나라로 놀러 갔을 때 숙소에서 내가 거부했지만 나의 손목을 잡고 다리를 누르고 강간했다. 외국이어서 도와줄 사람도 없고 또 가해자의 도움이 없으면 한국으로 돌아올 수 없는 상황이라 그냥 참았다. <사례 118>

가해자는 어릴 때부터 알고 지낸 외국인으로, 영어를 가르쳐주고 밥도 사준다며 자기 집에 놀러오라고 했다. 여기에서 피해를 입었는데, 평소와 눈빛이 달라서 저항할 수 없었다. 고소했지만 폭행·협박이 없었고, 내가 저항하지 않았다는 이유로 무혐의가 나왔는데 어떻게 더 할 수 있는 방법이 없는가. <사례 119>

위의 사례들은 심각한 수준의 폭행·협박은 아니지만 일정 정도 물리적 압박 행위가 동원된 강간 사례들이다. 그런데 이러한 물리적 압박은 남성이 여성에게 신체적인 우위성을 가지고 있다는 것만으로 모든 가해가 성립되는 것은 아니다. <사례 128>과 같이 데이트 관계라는 조건이나, <사례 118>, <사례 119>와 같이 피해자를 특정한 장소로 유인한 가운데 가해가 이루어진다. 앞서 살펴본 <사례 134> 역시 단순히 피해자를 물리적으로 제압하려고 한 것에 그치지 않고 이전에 자신의 지위를 이용해 피해자와의 술자리를 만들고 약물을 사용해 피해자의 정신을 잃게 한 뒤에 피해자가 깨어나자 신체적인 압력까지 행사한 것이다. 즉, 모든 남성이 모든 여성에 대해 신체적인 우위성을 저절로 갖는 것은 아니지만 다른 요소들과 결합하여 성폭력 가해를 가능하게 작동한다.

성폭력 피해의 위험에 처한 모든 여성들이 저항을 포기하는 것만은 아니다. 하지만 저항의 시도가 무산되었을 때 피해자들은 더 큰 두려움에 사로잡히게 되기도 한다.

가해자가 내 머리를 세계 방바닥에 밀어 내가 뒤로 넘어갔다. 아프지만 상체를 일으켰더니 더 세게 밀쳐서 쿵 소리가 났다. '나한테 왜 이러시냐'고 하자 '어느 세월에 기다리냐, 내가 책임지겠다'고 하며 강간했다. 아프고 공포에 질려서 저항할 수 없었다. <사례 59>

나는 모텔에 들어가지 않으려고 했지만 이미 소주 2-3병을 마신 상태라 끝까지 저항하지 못하고 모텔로 끌려들어가게 되었다. 가해자가 흥분해서 대로에서 날 계속 집요하게 끌고 가는 것을 보니 저항하면 더 큰 일이 벌어질 것 같았다. <사례 121>

위의 사례들에서 가해자가 피해자를 넘어뜨리거나 피해자를 모텔로 강제로 끌고 가면서 강간을 시도하려고 할 때 피해자는 최대한 이 상황에서 벗어나려는 시도를 하였으나 가해자의 완력 등으로 인해 무산되었다. 이후 피해자는 더 큰 두려움을 느끼게 되면서 이내 저항을 포기한 상황들을 보여준다. 물론 신체적으로 저항하는 것이 항상 불가능한 것은 아니다. 저항이 가능한 상황도 분명 있을 수 있고 어떤 상황에서는 여성이 남성과 싸워서 이기거나 방어하는 것 역시 가능할 수 있으나 여성들은 이러한 상황에 신체적·정서적 준비를 할 수 있는 방식으로 사회화되기보다는 오히려 부당한 공격에도 저항하지 못하고 움츠러드는 방식으로 사회화되었다는 현실(월쇼, 2015)을 생각해 볼 필요가 있다.

4) 합의를 구하지 않거나 합의사항을 이행하지 않은 강간

폭행·협박 없는 강간 사례에서 종종 눈에 띄는 유형은 여성의 피임 의사를 무시하거나 성관계 도중 합의하지 않은 행위를 강요하는 것, 혹은 이전의 성관계가 있었다는 이유로 합의를 구하지 않은 성폭력 등이었는데, 이러한 강간 사례는 주로 데이트 관계에서 발생하는 양상을 보였다.

남자친구가 그날따라 '콘돔 없이 알아서 잘 할 수 있다'며 계속 즐겼고 나는 거절했다. 하지만 내 말을 듣지 않았고 폭행은 없었지만 나를 힘으로 눌러 억지로 관계를 했다. <사례 128>

나이트에서 만난 사람과 술에 취해 모텔에 갔다. 가해자가 피임을 하지 않고 성관계를 하려고 해서 하지 말라고 여러 번 거부 의사를 밝혔으나 강제로 했다. <사례 141>

내가 싫다고 소리지르고 하지말라고 했지만 내가 원하지 않는 항문성교를 했다. <사례 164>

위의 사례 중 <사례 128>, <사례 141>은 가해자가 콘돔 착용 등을 통한 피임 하의 성관계에 대한 피해자의 요구를 무시하고 신체적 제압 등을 통해 강간한 사례이며, <사례 164>는 합의에 의한 성관계를 하던 도중 사전에 합의하지 않은, 피해자가 거부하는 행위를 한 강간 사례이다. 통념 상 이러한 행위는 성관계 도중 일어난 우발적인 사건 정도로 치부되는 경우가 다반사이나 이는 상대방의 합의를 완전하게 구하지 않았고, 또한 성관계 도중 신체적·심리적 방어능력·저항능력이 저하된 상태를 이용한 강간이다. 피해자들 역시 이것을 단지 성관계 과정에서 일어난 헤프닝이 아니라 피해라고 인식하고 있기 때문에 상담을 요청했을 것이다. 물론 경험의 누적, 인식의 전환 계기 등에 따라 피해자가 이를 피해로 인식하는 시점은 사람마다 차이가 있을 수 있다.

전 남자친구와 모텔에서 동의 하에 성관계를 한 차례 가진 뒤, 이후에 가해자가 원치 않는 신체접촉을 해 계속 손을 쳐냈다. 하지만 가해자는 이를 무시했고 이것이 강간으로까지 이어졌다. 나는 벽에 붙어서 누워 있었기 때문에 저항할 수 없었다. <사례 49>

남자친구가 2년 동안은 피임 요구를 잘 지켰다. 그런데 3년째부터는 내 의사를 무시하고 콘돔을 사용하지 않는다는지, 구강성교나 원치 않는 성관계를 강요한다는지 했다. 나는 항상 거부의사를 말로 표현했지만 상대는 듣지 않았다. <사례 51>

위 사례들은 이전의 성관계에서 합의가 있었다는 이유로 다시 합의를 구하지 않고 상대방을 강간한 사례들이다. <사례 49>의 경우 성관계가 끝난 직후의 상황에서 가해자가 다시 성관계를 강요했을 때 저항하거나 방어하기 힘든 상황에서 발생한 강간

이며, <사례 51>의 경우 데이트 관계에서 피임 의사를 무시하고, 합의하지 않은 행동이나 원하지 않는 성관계를 강요하는 등 일상적으로 데이트성폭력이 발생했던 사례이다. 데이트폭력의 특징 중 하나는 친밀한 관계에서 일상적으로 폭력이나 성폭력이 발생하기 때문에 이에 대해 일일이 녹음 등의 증거를 남기기 힘들다는 것인데, 그럼에도 불구하고 증거가 부족하다거나 연인 관계 또는 부부 관계라는 이유로 데이트 폭력/성폭력이 사법적으로는 피해로 인정받기 어려운 상황이다.

심지어 데이트폭력의 결과로 피해자가 사망한 경우에도 가해자가 피해자와 “사랑하는 사이였고”, “우발적인” 폭행이었다는 이유로 집행유예를 선고하는 사례도 존재한다.¹²⁾ 거꾸로 데이트 관계가 아닌 관계에서 발생한 성폭력도 데이트 관계로 단정하고 피해를 인정하지 않는 경우 역시 빈번하다.

검찰에서는 가해자가 내가 먼저 모텔에 가자고 했다고 거짓으로 진술한 것을 더 신뢰했고, 내가 피해 이후로 가해자에게 ‘ㅎㅎ’ 등의 답변을 했다는 이유로 서로 호감을 갖고 있는 관계라고 판단하여 가해자를 불기소했다. <사례 134>

이 사례는 앞서도 언급된 바 있는데 가해자의 권력과 지위로 인해 어쩔 수 없이 함께 술자리를 가졌다가 준강간 피해를 입은 사례로, 피해자가 피해사실을 고소했지만 검찰에서는 ‘서로 호감을 갖고 있는 관계’로 보인다는 이유로 가해자에게 불기소처분을 내렸다. 피해를 입었더라도 가해자가 인사평가 등에 영향을 미칠 수 있는 지위에 있는 사람인 경우에 피해자의 입장에서 가해자에 대한 적의를 곧바로 드러내기란 쉽지 않다. 그러나 검찰에서는 이러한 맥락을 모두 무시하고 피해 이후에도 대화가 오갔다는 이유로 피해자와 가해자를 ‘호감이 있는 관계’로 판단했다. 이처럼 수사·재판 과정에서 성폭력 피해자들의 ‘어떤’ 피해는 데이트 관계에서 발생한 피해이기 때문에 피해가 아닌 것으로, 데이트 관계가 아닌 다른 관계에서 발생한 피해이더라도 데이트 관계처럼 보이기 때문에 피해가 아닌 것이 되어 버린다. 수사·재판과정에서 경찰·검찰·사법부가 이러한 판단을 내리는 것은 결국 최협의설을 기반으로 성폭력 피해를

12) [대전고등법원 2019.7.4. 선고 2018노225 판결] 참고.

판단하기 때문인데, 폭행과 협박이 동반되지 않은 성적 행위는 성폭력이 아니며 폭행과 협박이 없다는 것 자체를 호감에 의한 관계로 바라보고 있음을 의미한다.

4. 폭행·협박 없는 강간 이후, 가해자의 전략과 피해자의 대응

이 장에서는 폭행·협박 없는 강간 이후 가해자가 자신의 가해 행위를 어떻게 인식하면서 이것이 강간이라는 사실을 은폐하려고 하는지, 이에 반해 피해자는 피해 직후 피해를 어떻게 의미화하면서 대응을 고민하는지 살펴보고자 한다.

1) 강간 행위를 은폐·조작하는 가해자의 전략

분석 대상 사례들을 살펴보면 피해자들이 가해자에게 '왜 나를 강간한 것이냐', '우리 사이에 어떤 일이 있었냐'고 물었을 때 대부분의 가해자들은 자신이 행한 강간 가해 사실을 강간이라고 인식하지 않는 모습을 보여준다.

가해자에게 사과를 요구하니 가해자는 내가 화장실에 다녀오면서 바지를 온전히 안 입고 있어서 그랬다고 한다. 이게 내가 성관계에 동의했다는 것은 아니지 않느냐고 다시 물으니 저항하지 않아서 그랬다고 한다. <사례 86>

가해자에게 사과를 요구했으나 내가 저항하지 않았으니 동의한 것 아니냐고 했다. <사례 167>

나는 충분히 내 방식으로 싫다고 했는데 나중에 가해자는 '너가 싫다고 한지 몰랐다, 너무 좋아서 그랬다, 네 두려움을 깨주고 싶었다'고 말했다. <사례 154>

위의 사례들 가운데 <사례 86>에서의 피해자는 술에 취해 정신을 잃은 상태에서, <사례 167>의 피해자는 수면제 복용 상태에서 피해를 입은 사례이다. 이 사례들에서 피해자들은 의식을 잃어 성적 행위에 대한 동의/비동의 의사 자체를 표현할 수 없

었던 상태임에도 불구하고 가해자들은 피해자들이 저항하지 않았기 때문에 동의한 것이라고 주장한다. <사례 154>의 가해자는 피해자의 비동의 의사를 자신이 무시했음에도 불구하고 “몰랐다”고 주장한다. 이들은 피해자가 취해서, 예뻐서, 저항하지 않아서, 옷을 특정한 방식으로 입어서, 말을 어떠한 방식으로 해서 등 갖가지 이유를 대며 피해자에게 온갖 빌미를 잡아 그 원인을 피해자에게 돌리려 한다. 하지만 주지하다시피 강간의 원인은 피해자들에게 있는 것이 아니라 가해자에게 있다.

특히 준강간 사례의 경우 가해자들은 피해자가 강간의 정황을 잘 기억하지 못하는 특성을 이용해 강간을 합의 하의 성관계로 위장하려는 적극적인 시도를 하기도 한다.

가해자가 이후에도 계속 연락을 해와서 나도 답을 해주었다. 그런데 가해에 대해서 이야기를 꺼내면 가해자는 마치 사랑해서, 합의해서 한 관계인 것처럼 이야기를 했다. <사례 12>

술을 마신 뒤 선배가 데려다준다고 하여 집까지 와서 문을 열고 들어가 잘 가라고 인사를 하려고 하는 순간 가해자가 문을 밀고 들어와 강간하였다. 내가 계속 거부하자 멈추고 내 책상 위에 '너 데려다 주고 간다'라는 쪽지를 써놓고 돌아갔다가 아침 9시에 다시 돌아와 내가 기억 못 하는 줄 알았는지 합의된 관계라고 주장했다. 내가 기억한다고 하니 너도 좋아했다며 말을 바꾸고 급히 돌아갔다. <사례 40>

일어나보니 바지가 벗겨져 있었는데 가해자가 '사귀기로 했는데 뭐 어때'라고 말해서 나는 술김에 사귀기로 한 줄 알고 그냥 참았다. <사례 75>

피해를 입은 후 사과받기 위해 가해자를 다시 만났는데 가해자는 다른 여성들과 사귀는 때도 이렇게 했었고 아무런 문제가 없었다며 나를 진지하게 만나보고 싶다고 했다. 가해자가 진심이라고 하니 나도 마음이 혼란스럽다. <사례 162>

위의 사례들 중 <사례 12>, <사례 40>의 가해자들은 피해자들이 강간 사실을 기

억하고 있는지 아닌지 따보기 위해서 연락을 주고받거나 피해자와 만나기도 한다. 이를 통해 피해자가 기억을 못하고 있는 것 같으면 합의에 의한 관계라고 적극적으로 주장한다. <사례 40>의 가해자는 피해자를 데려다준 후 자연스럽게 집에 들어가 성 관계를 맺은 것처럼 보이기 위해 쪽지를 써놓고 돌아가는 치밀함을 보였다. 또한 피해자가 강간 사실에 대해 기억하고 있음을 확인하고서도 합의에 의한 관계라고 주장하는 것을 멈추지 않았다.

<사례 75>, <사례 162>의 가해자는 사귀기로 했기 때문에 성관계를 한 것이라거나, 혹은 구애의 표현과 이에 대한 응답으로 성관계를 맺은 것이라고 주장하며 한층 더 적극적으로 자신들의 가해 사실을 합의에 의한 성관계로 포장하려는 모습을 보여준다. 가해자들이 단지 합의에 의해 성관계를 맺은 것이라고 주장하는 것을 넘어 ‘연인 관계’가 되기로 했기 때문에 성관계를 맺은 것이라고 주장한다면 강간 당시에 의식을 잃었던 피해자들은 자신이 기억하는 바가 전혀 없기 때문에 적극적으로 문제 제기하기 쉽지 않다. 심지어 어떤 경우에는 가해자 말을 믿고 연인 관계를 지속했다가 지속적으로 피해를 입기도 한다.

이처럼 남성 가해자들이 강간을 합의된 관계로 포장하고 원인이 피해자에게 있다고 주장하는 행동 양식을 채택하게 된 것은 이것을 용인하는 사회적 분위기와 이들의 가해사실을 제대로 처벌하지 않는 경찰·검찰·사법부의 인식적·제도적 한계로부터 기인한다. 아래의 사례는 이를 단적으로 드러낸다.

가해자와 함께 술을 마신 뒤 기억을 잃었는데 정신이 드니 모텔이었고 이미 피해를 입은 후였다. 바지를 입고 있지 않은 상태였지만 몰래 나와서 모텔 카운터 직원에게 경찰에 신고해줄 것을 부탁했다. 그러나 출동한 경찰은 합의한 관계라는 것을 증명하는 녹음이 있다는 가해자의 말만 믿고 가해자를 귀가조치시켰다. CCTV에는 가해자가 나를 억지로 끌고가는 모습이 찍혀있고 나는 이때 저항하면서 등이나 팔에 생긴 상처도 있다. 그리고 내가 바지도 입지 못한 채로 도움을 요청하러 나와 있었던 것을 경찰도 봤다. <사례 110>

이 사례에서 피해자는 피해를 입게 된 경위에 대한 정확한 기억은 없지만 적어도

자신이 동의하지 않은 상황, 위험한 상황에 노출되어 있다고 직감적으로 판단하여 바지를 입고 있지 않은 상태에서도 용기내어 도움을 요청했다. 그러나 경찰은 당시에 확보된 여러 증거들에도 불구하고 합의한 관계라는 것을 증명하는 녹음이 있다는 가해자의 말을 신뢰하는 모습을 보여주었다. 이는 어쩌다 한 번 일어나는 일탈적인 사건이 아니라, 피해자의 피해를 제대로 다루거나 수사하지 않고 가해자의 언어만을 일방적으로 신뢰해왔던 축적된 관행을 보여주는 것이다. 이 과정에서 피해자들은 자신의 피해를 피해로 언어화할 수도, 사법적으로 인정받을 수도 없었다.

2) 피해 말하기의 어려움

분석 대상 사례 중 준강간 피해는 52.4%로 절반 이상의 비율을 차지하고 있다. 준강간 피해를 입은 피해자의 경우 사건 직후에 피해사실에 대해서 명확히 인지하지 못하는 경우가 많아 자신의 기억을 의심하고 가해자의 말에 의존하기도 한다. 하지만 앞서 살펴보았듯이 가해자가 자신의 가해사실을 끝이끝대로 인정하는 경우는 거의 없어 피해자들은 혼란스러움을 느끼는데, 사실 이는 기억에는 없어도 자신이 가해자와의 성적 행위에 합의했을 리가 없는 것을 알고 있기 때문이다.

가해자는 내가 먼저 모텔로 가자고 해서 데려갔다고 주장한다. 하지만 나는 그 지역에 살지 않아서 모텔이 있는지도 몰랐다. <사례 23>

술을 마시다가 정신을 잃었는데 깨보니 모텔이고 옷이 벗겨져 있었다. 가해자에게 왜 그랬냐고 물어보니 내가 꼬셔서 그랬다고 한다. 그러나 그 선배와는 전혀 성관계를 가질 만한 사이가 아니다. <사례 29>

가해자는 자기는 안된다고 했는데 내가 먼저 성관계를 제안하고 옷을 벗었다고 하더라. 하지만 내가 평소 행동하는 패턴과는 전혀 다른 일이다. <사례 78>

가해자는 내가 먼저 유혹했다, 내가 먼저 키스했다고 하는데 나는 가해자에게 호감이 없었기 때문에 적극적이었을 리가 없다. CCTV에도 그런 장면이 없었다. <사례 99>

위 사례들은 술 혹은 약물로 인해 피해를 입은 사례들로 가해자는 강간 사실을 부인하고 피해자에게 책임을 돌리지만 피해자들은 합리적인 이유로 이것이 합의에 의한 성관계가 아니라 강간임을 추정한다. <사례 99>와 같이 CCTV나 주변인의 증언에서 피해자들의 이러한 추정이 뒷받침되기도 한다. 그러나 자신이 입은 피해가 가해자가 주장하는 것처럼 합의에 의한 성관계가 아니라 강간이었다는 사실을 깨닫고 난 뒤에도 피해자들은 피해 사실을 밖으로 드러내거나 법적으로 고소하기 어려워 한다. 여기에는 복합적인 이유가 있지만 특히 아는 사람에 의한 강간인 경우에 피해자들은 갈등을 더 이상 확대하지 않으려는 경향이 있다.

잘못된 행동임을 인식하게 하고는 싶지만 고소까지 하고 싶지는 않다. <사례 2>

가해자에게 어린 자녀가 있는데 내가 고소하면 가해자 가족에게 알려지는 것도 걱정된다. <사례 6>

가해자가 취업한지 얼마 안되어서 처벌받게 하는 것은 부담스럽다. 그 사람이 잘못에 대해 인지하고 반성하면 좋겠다. <사례 21>

가해자의 가족들과 좋은 추억도 많고 나만 참으면 좋은 사이가 유지될 것 같아서 신고하기까지 많이 고민했다. <사례 82>

아는 사람에 의한 강간 피해를 입은 피해자들은 <사례 2>, <사례 21>과 같이 자신이 입은 피해에도 불구하고 자신이 고소하면 가해자가 받을 영향을 고려하여 단지 가해자가 자신에게 사과하기만을 바라기도 한다. 그러나 앞서 살펴보았듯이 가해자들은 가해 사실을 그대로 인정하지 않으려 하기 때문에 피해자들의 이러한 바람이 실현될 가능성은 크지 않다. <사례 6>, <사례 82>의 피해자들 역시 고소를 고민함에 있어 가해자의 가족들에 대해까지 염려하는 모습을 보여주었다.

2차 피해에 대한 걱정 역시 피해자의 말하기를 가로막는 요소 중의 하나이다.

학교에 소문나거나 부모님이 알게 될까봐 고소 결정은 망설여진다. <사례 40>

신고하면 집에 알려지는 것도 두려웠다. <사례 121>

위의 사례들은 특히 법적 대응 과정을 택했을 때 2차 피해를 입는 것에 대한 우려를 보여주고 있는데, 그 가운데서도 부모에게 피해사실이 알려지는 것에 대한 걱정을 털어놓았다. 부모에게 피해 사실이 알려지는 것에 대한 걱정은 단순히 부모로 하여금 나를 걱정하게 한다는 것에 대한 우려를 넘어서 부모에게 피해 사실이 알려졌을 때 부모로부터 적절한 지지를 받지 못하고 오히려 책망받을 것에 대한 두려움에 기인하는 것이다. 이는 피해의 위기에도 신고를 망설이게 하는 원인이 되기도 한다. 실제 사례에서 피해자가 피해 사실을 주변에 알렸을 때, 또는 공론화했을 때 주변으로부터 2차 피해를 입는 사례는 매우 많다.

학교 선배에게 피해를 입은 뒤 학교에 신고해 처리가 되었다. 그 후 법적으로도 고소하려고 하는데 학교 사람들이 '너의 행실도 좋지 않았는데 그렇게까지 했어야 하냐고 했다. <사례 80>

신고하면 정규직 전환에 영향을 미칠까봐 알리고 싶지 않다. 지인에게 상담했더니 남자과 단둘이 술마시면 남자는 동의한 것이라고 생각한다고, 내가 너무 순진하다고 했다. <사례 117>

직장동료에게 피해사실을 알렸는데 내가 꼬리친 것이라고 한다. <사례 146>

위의 사례들은 주변인에게 피해 사실을 털어놓았을 때 주변인들이 가해자가 아니라 오히려 피해자에게 강간 피해의 책임이 있다고 말한 것으로 인해 피해자가 2차 피해를 입은 경우들이다. 특히 강간의 수단으로서 폭행·협박이 사용되지 않았을 때는

피해자가 강간 행위에 동조하거나 일조한 것이나 다름없다는 성폭력 통념 속에서 가해자들은 책임 소재를 빚겨가는 반면 피해자가 오히려 비난의 대상이 되는 경우는 흔하다. 심지어 가해자가 법적으로 유죄판결을 받는다고 해도 피해자가 2차 피해로부터 자유로워지는 것은 아니다.

가해자가 현재 유죄 판결을 받아 복역중인데, 2심판결을 앞두고 가해자의 가족들이 ‘가해자의 아버지가 현재 생명이 위독하니 선처를 바란다, 가해자가 괜찮은 사람이니 사귀어 보라’는 등의 문자를 계속 보내 괴롭다. 전혀 기억이 나지 않는 상태에서 일어난 일 이어서 내 잘못도 있다고 생각하는데 이런 문자가 계속 오니 너무 괴롭다. <사례 19>

이 사례는 가해자가 유죄 선고를 받고 수감되어 2심판결을 앞둔 와중에 가해자 가족들의 지속된 연락으로 인한 2차 피해로 피해자가 오히려 자책하고 괴로워하는 모습을 보여준다. 유기징역형이 선고될 정도면 가해의 증거가 명백하고 죄질이 상당히 불량하다는 것임에도 불구하고¹³⁾ 피해자는 “내 잘못도 있다”고 자책하고, 가해자 가족들은 당당하게 2차 가해를 하는 상황이 가능한 것은 성폭력과 관련된 사회의 통념과 법의 체계가 피해자를 지지하도록 구성되어 있지 않기 때문이다. 이러한 사회적 조건 속에서 피해자는 피해 사실을 드러내기 어렵고, 자책의 영역 속에 자신의 피해를 가둘 수밖에 없다. 특히 법적 대응은 피해자들이 자신의 피해를 구제하기 위해 선택하는 주요한 수단임에도 불구하고 현행 강간죄에서는 폭행·협박을 구성요건으로 명시하면서 피해자를 위한 기반이 되어주지 않고 있다. 이는 가해자들의 가해를 용인하고 면책하는 사회적 분위기 및 경찰·검찰·사법부의 태도와는 대조적이다.

하지만 이는 역으로 말하면, 신뢰와 지지의 기반이 있다면 피해자들은 피해 사실에 대해 자유롭게 말하고 행동할 수 있다는 뜻이기도 하다. 아래의 사례는 이를 보여준다.

13) 2017년의 성폭력 관련 형사공판사건 통계를 분석한 결과 유죄판결을 받은 가운데 무기·유기징역형을 선고받은 경우는 22.7%에 불과했다. 참고: 2019년 3월 21일자, “강간죄 유죄

엄마가 이것은 개인적인 일이 아니라 사회적 일이니 상담소에 전화해보라고 했다.
다른 피해자들은 어떻게 받아들이고 인식하나. <사례 143>

이 사례의 피해자는 술에 취해 의식을 잃은 상태에서 강간 피해를 입었는데, 가해자가 사과를 하면서도 피해자가 먼저 유혹한 것이라고 주장하고 있는 상황에서 혼란스러움을 느꼈으나 강간은 “개인적인 일이 아니라 사회적 일”이라는 가족의 지지 속에서 상담원에게 말하기를 선택하였다. 이처럼 강간의 책임이 피해자에게 있는 것이 아니라는 단순하고도 명료한 지지가 있다면 피해자들은 자책을 멈추고 말하기를 시작할 수 있다.

또한 어려운 사회적 조건 속에서도 말하기를 선택하는 피해자들 역시 존재한다.

나는 전혀 기억이 나지 않으므로 경위를 자세히 말해달라고 했으나 그때부터 말을 피하고 불친절하게 굴었다. 한국에 와서 생각해보니 가해자가 상습범이고 다른 피해자가 생길 것 같다는 생각에 괴로웠다. <사례 64>

다른 피해자가 더 있음을 알게 되었고 다른 피해자들이 생기지 않기를 바라는 마음으로 고소를 결심하게 되었다. <사례 69>

<사례 64>의 피해자는 자신의 피해뿐만 아니라 다른 피해자가 생길 것 같다는 지점에 괴로워하며 이에 대한 대응책을 묻는 사례였으며, <사례 69>의 피해자는 자신뿐만 아니라 다른 피해자도 존재하는 가운데, 추가적인 피해를 방지하고자 법적 대응을 결심한 사례이다. 사회의 통념이 가해자가 가해를 지속하도록 용인함에도 불구하고 피해자들은 이에 맞서 가해가 중단되고 다른 피해자가 생겨나는 것을 막기 위해 목소리를 내기도 하는 것이다. 이러한 상황에서 강간죄 구성요건을 ‘폭행·협박’이 아닌 ‘동의 여부’로 개정하는 것은 피해자들의 용기 있는 선택을 지지하는 한걸음이기도

을 90%에 대해 다시 생각하기”, 썬다! 한국성폭력상담소 블로그, <https://stoprape.or.kr/871>
(최종검색일: 2019.10.20.)

하다.

5. 나가며

이 글에서는 현행 강간죄에서 요구하는 폭행·협박의 구성요건이 피해자에게 저항 여부를 확인하면서 결국 피해자에게 성폭력 피해의 책임을 전가하고 2차 피해를 유발하고 있는 현실을 지적하고, 가해자에게 동의 여부를 구했는가로 질문을 이동시키기 위해 강간죄 개정이 필요함을 주장하였다. 그리고 현실에서 발생하는 성폭력의 맥락을 더욱 상세하게 살펴보기 위해 한국성폭력상담소의 2018년 폭행·협박 없는 강간 사례 170건의 상담일지를 분석하였다.

먼저 분석대상 사례를 상담건수 및 횟수, 피해유형, 피해자·가해자의 성별, 피해자와 가해자의 관계, 피해자와 가해자의 관계에 따른 피해유형 등을 중심으로 양적으로 분석한 결과 피해유형 가운데 준강간 사례(52.4%)가 가장 많은 비중을 차지하며, 전체 분석대상 사례 중에서도 '술'과 연관된 강간 사례(전체 사례 중 66.5%)가 많은 것으로 나타났다. 또한 남성 가해자에 의한 여성의 피해가 전체 사례의 96.5%를 차지하고 있었고, 아는 사람에 의한 피해가 91.1%를 차지하고 있었다.

다음으로 상담일지 사례의 질적 분석을 통해 폭행·협박 외에 어떤 수단을 통하여 강간 피해가 발생하고 또 강간 이후에 가해자는 자신에 행위에 대해 어떻게 인식하고 이를 은폐하려고 하는지, 반대로 피해자는 피해 사실에 대해 어떻게 인식하고 대처하려고 하는지 분석하였다.

분석대상 사례 중 피해자가 술을 마신 상태에서 입은 피해는 113건(전체 사례의 66.5%)에 달하는데, 이는 가해자들이 강간을 실행함에 있어 피해자가 만취하여 의식을 잃거나 저항능력이 현저히 상실된 상태를 '선호'하는 것을 의미한다. 또한 가해자가 직장 내 혹은 공동체 내에서 가지고 있는 권력을 통해 피해자의 인사, 진학 등에 영향력 행사할 수 있는 경우에 강간이 발생함을 볼 수 있었다. 특히 인사권을 가진 가해자의 경우 직접적 성적 요구 없이도 회식 등의 명목으로 피해자의 의식을 잃게 하거나 저항능력을 현저히 떨어뜨림으로써 자신이 원하는 바를 달성하는 모습을 보였다.

또한 실제적인 폭행이 이루어지지 않더라도 신체적인 차이와 이것이 유발하는 두려움으로 인해 피해자가 성폭력에 저항할 수 없었던 사례들도 볼 수 있었다. 피해자들은 가해자와의 체격 차이가 클 때, 혹은 저항하면 더 큰 폭력을 당할 것 같은 두려움에 저항이 불가능했다고 말한다. 저항을 시도했던 피해자라 하더라도 그 시도가 무산되었을 때는 더 큰 두려움에 더 이상 저항할 수 없었다고 이야기했다. 즉, 피해자가 할 수 있는 저항의 한계나 두려움에 저항을 포기하는 상황을 고려할 때 가해자들은 굳이 심각한 수준의 폭행·협박을 동원하지 않아도 성폭력 가해를 할 수 있었다. 한편 데이트 관계에서는 여성의 피임 의사를 무시하거나, 성관계 도중 합의하지 않은 행위를 강요하는 것, 혹은 이전에 성관계가 있었다는 이유로 합의를 구하지 않은 강간 사례들도 드러났다.

마지막으로는 가해자가 자신의 가해 행위에 대해 어떻게 인식하고 이를 은폐·조작하려고 하는지, 반면에 피해자들은 자신의 피해 사실에 대해 어떻게 인식하고 대처하려고 하는지 살펴보았다. 가해자들은 자신의 가해 사실을 인정하지 않거나 책임 소재를 피해자에게 돌리는 모습, 혹은 피해자의 기억 없음을 이용해 적극적으로 사실 관계를 조작하려는 시도 등을 보였다. 이는 이를 용인하는 사회의 분위기와 성폭력에 대한 통념 그리고 피해자가 강간 피해를 신고하더라도 가해자에 대해 제대로 수사하거나 처벌하지 않는 경찰·검찰·사법부에 의해 뒷받침되고 있었다. 반면에 피해자들은 특히 아는 사람에 의한 강간인 경우에 가해자의 사과를 통해 사건을 마무리하기를 원했으며, 자신이 법적 대응을 할 경우 가해자나 가해자 가족에 미치는 영향을 우려하여 갈등을 확대하지 않으려는 경향을 보였다. 또한 2차 피해에 대한 두려움이나 사건을 공개한 뒤 2차 피해를 입고 자책하는 모습들을 볼 수 있었는데, 이는 피해자가 피해사실을 드러내기 어려운 사회적 조건과 관련된다. 특히 법적 대응은 피해자들이 주요하게 선택하는 수단임에도 불구하고 현행 강간죄에서는 폭행·협박을 구성요건으로 명시하면서 피해자를 위한 기반이 되기보다는 오히려 가해자를 면책하는 기능을 하고 있다. 하지만 이러한 조건 속에서도 다른 사람들의 추가적인 피해를 막기 위해 말하기와 싸움을 선택하는 피해자들 역시 볼 수 있었는데, 이러한 용기 있는 선택을 지지하기 위해서 강간죄는 꼭 개정되어야 한다.

이 글에서는 한국성폭력상담소의 상담일지를 바탕으로 폭행·협박 없는 강간 사례의 특징을 살펴보면서 현실에서 발생하는 성폭력의 다양한 맥락을 드러내고자 했다. 그러나 분석 기간을 1년으로 한정했기 때문에 법적 대응 여부 및 그 결과에 대해서까지는 상세하게 드러내지 못했는데, 현행 강간죄의 폭행·협박 구성요건이 법적 대응을 결심하고 진행하는 피해자에게 어떤 영향을 미치는지를 분석하기 위해서는 향후 법적 대응 사례를 중심으로 한 추적조사가 진행될 필요가 있다. 📞

김보화(2019), “성폭력 상담일지를 통해 본 2018년 한국 미투운동의 의미”, 『페미니즘연구』 제19권 2호, 3-43쪽.

김보화 외(2018), 『성폭력피해상담 분석 및 피해자 지원방안 연구』, 서울: 여성가족부.

김보화·장주리(2018), “한국성폭력상담소 성폭력역고소 상담일지분석: 5년간 상담통계와 1년간 상담 사례를 중심으로”, 『반성폭력 이슈리포트 12호』, 한국성폭력상담소 부설연구소 올림, 21-57쪽.

대검찰청(2018), 『2018 범죄분석』, 서울: 대검찰청.

여성가족부(2017), 『2016년 전국 성폭력 실태조사 결과보고서』, 서울: 여성가족부.

이미경(2012), “성폭력 2차 피해를 통해 본 피해자 권리”, 이화여자대학교 여성학과 박사학위논문.

장다혜(2012), “성폭력 ‘형사합의’에 관한 페미니즘 법학적 경험 연구”, 서울대학교 법학과 박사학위논문.

한국성폭력상담소(2019), 『2018년 한국성폭력상담소 상담통계 및 상담 동향분석』, 한국성폭력상담소.

월쇼, 로빈(2015), 『그것은 썸도 데이트도 섹스도 아니다』, 한국성폭력상담소 부설연구소 올림(역), 서울:

미디어일다(Warshaw, Robin, *I never called it rape*, New York: Sarah Lazin Books, 988-1994).

대전고등법원 2019.7.4. 선고 2018노225 판결

UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women(2018), “Concluding observations on the eighth periodic report of the Republic of Korea”, CEDAW/C/KOR/CO/8.

2019년 3월 21일자, “강간죄 유죄율 90%에 대해 다시 생각하기”, 썬다! 한국성폭력상담소 블로그, <https://stoprape.or.kr/871> (최종검색일: 2019.10.20.)

2019년 3월 22일자, “단호한 시선]버닝썬 게이트, 지금 짚어야 할 다섯 가지”, 한국성폭력상담소 홈페이지, http://sisters.or.kr/load.asp?sub_p=board/board&b_code=2&idx=4876&board_md=view&searchValue=%B9%F6%B4%D7%BD%E3 (최종검색일: 2019.10.20.)

“데이트 강간 약물 ‘물병’(GHB), 밀수입·불법판매 급증”, 뉴스프리존, 2019년 10월 14일자, <http://www.newsfreezone.co.kr/news/articleView.html?idxno=202535> (최종검색일: 2019.10.20.)

I 연구동향분석

김보화 성폭력 관련법 개정 및 성적 동의에
관한 국내외 연구동향

: 2017년~2019년 8월까지를 중심으로

성폭력 관련법 개정 및 성적 동의에 관한 국내외 연구동향¹⁾ : 2017년~2019년 8월까지를 중심으로

김보화
한국성폭력상담소 부설연구소 올림 책임연구원

1. 들어가며

2018년, 한국사회에 큰 변화를 가지고 온 '미투운동'은 그간의 성폭력 피해경험이 말해져 왔던 내용이나 방식과 적지 않은 차이가 있었다. 1980~90년대의 성폭력 피해 경험 말하기가 주로 공권력이나 거대 권력에 의한 피해를 폭로하는 것이었다면, 90년대에는 친족관계나 교수·학생관계에서의 성폭력 등 친밀한 관계나 권력관계에서의 성폭력들이 가시화되는 경우가 많았다. 그리고 90년대 후반과 2000년대 초반에는 대학 및 공동체 내 성폭력, 진보진영 내 성폭력 피해들이 공론화되면서 성폭력이 일상적으로 발생하며, 공동체의 성문화와 인식에 영향을 받는다는 사실을 환기시켰다. 이에 따라 1994년 성폭력특별법의 제정을 비롯하여 특히 1999년에는 남녀차별금지 및 구제에 관한 법률이 제정되면서 성희롱의 정의와 처리 과정이 법규화되었고, 각 교육기관 및 공공기관, 사업장들은 자체적으로 성희롱 사건을 접수하고 처리할 수 있도록 명시하였다. 그러나 각 기관 및 조직은 성희롱 피해자를 상담하고 사건을 처리할 수 있는 역량이 부족했고, 많은 사건들이 신고조차 되지 않거나 신고되어도 오히려 직장 내 괴롭힘이나 역고소 등의 2차 피해로 이어지는 일이 잦아졌다. 이러한 상황에서 2018년을 경유한 한국의 미투운동은 '○○계'와 같이 특수한 조직의 문화 속에서 '위력'이 존재하는 관계의 성폭력들을 중심으로 말해지기 시작했다. 대표적으로 2018

1) 이 글에서 해외연구 검색은 한국성폭력상담소 인턴 박진선님의 도움을 받았다. 다시 한번 감사의 말씀을 전한다.

년 1월 29일, 서지현 검사의 폭로와 3월 5일 김지은 씨의 말하기는 미디어를 통해 먼저 피해사실을 알리고, 이후 사법적 과정을 거치기 시작했는데, 그 과정은 예상대로 쉽지 않았다.²⁾

그럼에도 불구하고 언론에 공개된 미투운동들에 직·간접적인 영향을 받은 많은 피해자들은 자신의 피해를 드러내거나 이제라도 가해자를 처벌하기 위해 성폭력상담소를 찾았는데, 우선적으로 법적으로 처벌이 가능한지를 문의하는 경우가 많았다(김보화 외, 2018). 2013년 이후 대부분의 성폭력은 공소시효가 10년이고, 그 이전의 성폭력일 때는 사안에 따라 다르지만 고소기간 및 공소시효가 지나 처벌할 수 없는 경우가 대부분이었다. 미투운동은 성폭력에 대한 감수성과 말할 수 있는 힘을 주었지만, 피해자들이 실제로 가해자 처벌과 성찰을 요구할 수 있는 방법은 매우 적었다. 일부의 피해자들은 사법적 고소와 관계없이 개인적 사과를 요구하거나 언론과 미디어를 통해 '사회적 징계'를 내리는 방법을 선택하기도 하지만 이조차도 명예훼손 역고소 등의 위협으로 쉽지 않은 선택이다.

무엇보다 가해자에 대한 법적 처벌이 어려운 것은 강간죄의 구성요건과 판단기준에서 기인한다. 현재 형법 32장 강간과추행의죄 제297조 강간은 “폭행 또는 협박으로 사람을 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다”고 명시되어 있고, 여기에서 “폭행 또는 협박”은 “상대방의 항거를 불가능하게 하거나 현저하게 곤란하게 할 정도”를 의미하는데, 이러한 최협의의 판단기준은 실제 성폭력 피해경험을 담보하지 못한다. 전국 209개 단체(2019.10.21. 기준)가 함께하고 있는 <‘강간죄’ 개정을 위한 연대회의>의 조사에 따르면 전국성폭력상담소협의회에서 2019년 1월부터 3월까지 접수된 강간 사례 1,030건 중에, 직접적인 폭행·협박이 있었던 사례는 28.6%(295건)에 불과하였고, 직접적인 폭행·협박이 없었던 사례는 71.4%(735건)에 이르렀다. 이렇게 최협의설에 기초한 강간의 판단 기준은 대다수의 성폭력이 권력관계에서 발생하며, 가해

2) 서지현 검사의 가해자인 안태근은 공소시효 문제로 성추행에 대한 처벌은 받지 못했지만 문제제기한 서지현 검사에게 불이익을 준 직권남용권리행사방해 혐의로 2심까지 징역 2년을 선고받아 법정 구속 중이다. 김지은 씨의 경우는 여성운동단체들이 결집한 안희정 성폭력사건 공동대책위원회와 함께 법적으로 대응하였으며 2018년 8월 14일 1심 무죄에서 2019년 2월 1일, 2심 유죄에 이어 9월 9일 대법원까지 유죄가 확정되어 가해자는 3년 6개월 실형을 받고 복역 중이다.

자들은 폭행이나 협박이 없이도 피해자의 취약성을 이용하여 강간한다는 사실은 은폐하고 있으며, 지난 2018년 3월 UN 여성차별철폐위원회에서 한국정부에게 ‘동의의 부족’을 중심으로 강간을 재정의하라는 권고를 무시하고 있는 것이기도 하다.

강간죄 개정과 관련하여 지난 2007년, 여성단체와 학자들이 함께 만든 여성인권법 연대 주최로 <형법개정안 공청회>가 개최된 바 있다. 당시 형법 제297조를 “동의없는 성적행동”로 두면서 기본구성요건으로 하고, 제298조, 제299조는 폭행·협박·위력에 대하여 가중 처벌하도록 제안하였지만³⁾ 개정으로 이어지지는 못했다. 이처럼 피해자만 존재하고 가해자는 계속해서 처벌을 피해가는 상황이 누적되는 가운데 2018년 하반기부터는 어느 때보다 최협의설을 비롯한 현재 강간죄의 문제점과 개선방안을 요구하는 연구들이 많았다. 한편 안희정에 의한 성폭력은 형법 제297조 강간죄가 아닌 제303조 업무상위력등에의한간음⁴⁾으로 기소되었는데, 이는 최협의설이 요구하는 ‘폭행·협박’의 구성요건을 만족시킬 수 없었던 피해 현실에 따른 판단으로 생각된다. 그간 실제 고소 건수와 판례가 적었던 제303조가 1심 무죄에서 2심·3심 유죄에 이르게 된 것은 위력관계, 최협의설이 밀접하게 연결되어 있는 성폭력 피해의 현장과 이에 대한 사법부 인식의 혼란을 드러낸 사례로 볼 수 있다. 이에 따라 형법 제303조 업무상위력등에의한간음죄에 대한 분석과 권력형 성폭력에 대한 연구들, 그리고 구

3) 개정안 제297조(동의없는 성적행동) ① 사람에게 대하여 그가 동의하지 않음을 알면서 성적 행동을 한 자는 1년 이하의 징역 또는 5백만원 이하의 벌금에 처한다. ② 사람에게 대하여 그가 동의하지 않음을 알면서 간음을 한 자는 3년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다. 개정안 제298조(성적 행동의 강요) ① 폭행, 협박 또는 위력으로 사람에게 대하여 성적 행동을 한 자는 1년 이상의 유기징역에 처한다. ② 전항의 방법으로 피해자에게 제3자의 성적 행동을 수인하게 하거나 피해자로 하여금 자기 또는 제3자에게 성적 행동을 하도록 한 자도 전항의 형과 같다. 개정안 제299조(강간) ① 폭행, 협박 또는 위력으로 사람을 강간한 자는 2년 이상의 유기징역에 처한다. ② 전항의 방법으로 피해자에게 제3자의 간음을 수인하게 하거나 피해자로 하여금 자기 또는 제3자에게 간음하도록 한 자도 전항의 형과 같다. 개정안 제299조의 2(준강간등)의 가중처벌사유는 다음과 같다. 1. 피해자의 저항을 현저히 곤란하게 하는 정도의 폭행이나 협박을 사용한 때, 2. 사람의 심신상실 또는 항거불능상태를 이용한 때, 3. 흉기 기타 위험한 물건을 휴대한 때, 4. 2인 이상이 합동하여 죄를 범한 때. 이호중(2007), “성폭력 형법개정안의 주요 내용과 쟁점”, 여성인권법연대임종진 국회의원 사무실 주최, 『성폭력관련 형법개정안 공청회』 자료집(2007.2.8.).

4) 형법 제303조(업무상위력 등에 의한 간음) ①업무, 고용 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람에게 대하여 위계 또는 위력으로써 간음한 자는 7년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다. <개정 1995. 12. 29., 2012. 12. 18., 2018. 10. 16.>

체적인 직종 안에서 위력에 의해 발생하는 성폭력·성희롱의 실태와 개선방안을 찾는 연구들도 이어졌다.

이 글에서 살펴볼 국내연구는 2017년부터 2019년 8월까지 발간된 연구보고서, 학위논문, 학술논문 중에 DBPIA, RISS에서 성폭력 최협의설, 최협의설, 성폭력 판단기준, 위력 성폭력, 성폭력 우월적 지위, 위력에 의한 간음, 비동의간음(죄), 성적자기결정권, 권력형 성폭력 등을 키워드로 검색한 연구들 중 17편이다. 해당시기를 설정한 이유는 국내의 경우 이미 2015년 경부터 SNS 등을 통해 성폭력 피해 경험이 폭로되고 있었으며, 2016년부터는 ‘#○○계 성폭력’과 같은 해시태그 운동을 통해 문학계, 영화계 등에서 미투운동이 시작되고 있었기 때문에 2017년경부터 성폭력 관련 연구들이 늘어난 것에서 비롯한다. 이에 이 글에서는 미투에 대한 응답으로서 바뀌어야 할 법·제도적 요소들과 특정 공동체 내 성폭력의 특징 및 해석을 둘러싼 쟁점들을 중심으로 살펴보았다.

또한 해외 연구의 경우 2017년 하반기부터 할리우드를 중심으로 미투운동이 본격화되었음을 감안하여 국내연구와 같이 2017년부터 2019년 8월까지, SAGE journals, HeinOnline Law Journal Library, Taylor&Francis Online, SCOPUS, Wiley Online Library, JSTOR, Cambridge Core, EBSCOhost, Oxford Academic, Wiley Online Library, International Bibliography of the Social Sciences(IBSS)에서 발간된 연구 중에서 “consent based rape legislation”, “sexual consent”를 핵심 키워드로 하여 동의에 기반한 강간에 대한 법률, 성적 동의에 관한 주요 연구 15편을 살펴보았다. 이를 바탕으로 한국과의 차이점 등을 비교함으로써 국내 반성폭력 연구 및 운동에 시사점을 도출할 수 있을 것이라 생각한다.

2. 국내 성폭력 관련법 개정 및 미투운동에 대한 공동체적·철학적 관점의 연구

1) 최협의설의 타당성 및 개선에 관한 연구

미투운동에 대한 사회적 응답으로서 법적 체계를 살펴본 연구로 먼저 이미경(2018)은 현재 성폭력 피해자가 받을 수 있는 법적 권리와 쟁점을 살펴보면서 미투운

동 참여자들이 형사고소보다 방송이나 SNS 등을 통해 피해사실을 말하고 있는 것은 한국에 성폭력 관련법이 없어서가 아니라 그 법이 제대로 작동되지 못하는 구조에 대한 문제제기임을 지적한다. 이에 최협의를설, 위력에 대한 좁은 해석, 2차 피해, 역고소, 사이버성폭력을 둘러싼 쟁점들에서 피해자의 권리가 보장되어야 함을 주장하였는데, 특히 성폭력의 구성요건이 폭행·협박에서 동의여부로 변화되어야 하며, 전반적인 성폭력 관련법의 미비점을 보완하고 성폭력 수사·재판 과정에서 인식을 개선할 필요성이 있음을 강조하였다. 김정연(2018)은 미투 이후 국내외적으로 강간죄 구성요건에 대한 문제제기가 계속되는 상황에서 비동의간음죄 도입, 위력에 의한 간음에 관한 최근의 법률개정안들을 살펴보고, 일본과 독일의 성범죄 규정을 비교하였다. 최협의설의 경우 강제추행죄를 기본 구성요건으로 하여 강간죄, 유사강간죄로 처벌이 가중되는 방안으로 하면서 업무상위력간음죄에서 피해자의 사정을 고려하여 위력의 의미를 구체화하고, 비동의간음죄의 도입은 보충적인 처벌규정으로서 고려하면서 전반적인 형법 규정 체계에 기초해야 함을 주장한다.

장다혜·이경환(2018)은 형법상 성폭력범죄의 법체계와 행위수단에 대한 판단기준 및 비동의간음죄 신설에 대한 기존 논의와 관련 개정안, 그리고 독일, 영국의 비동의요건 규정을 검토하고 실제 성폭력 유·무죄 판례를 검토하였다. 그 결과 성적자기결정권의 보호법익에 부합하기 위해서는 유형력 모델에서 동의모델로의 변화가 필요하며 향후 비동의 요건을 기본으로 두고 유형력 요건을 별도의 구성으로 재구성하고 정조관념 제거를 위해 간음, 유사간음, 추행의 용어 변경을 제안한다. 또한 행위수단에 있어 비동의 요건, 위력, 폭행 또는 협박으로 체계화하는 것이 필요하며, 비동의요건이 도입되었을 시 피고인은 피해자가 동의했다고 믿었다는 증거를 제시해야 하며, 이때 2차 피해로부터 피해자를 보호하기 위한 절차가 필요하다고 말한다.

이주희(2019)는 2016년 개정을 통해 형법상 성범죄의 패러다임을 강요에 의한 행위를 금지하는 것에서 동의하지 않은 성행위를 금지하는 것으로 이동한 독일의 입법 배경, 과정, 관련 논의들을 살펴보고 시사점을 살펴보았다. 독일의 구형법 제177조는 신체적 저항을 전제로 하는 강요 모델에 기초하여 강간을 정의하였고, 성적 남용을 금지하는 규정을 두었었다. 그리고 2016년 비동의 모델을 채택함으로써 성범죄

죄를 성적 강요와 성적 남용으로 구별하는 전통적 이분법을 극복하였는데, 여기에는 NGO와 여성단체들의 압박과 국제법의 영향이 컸다고 말한다. 그러나 그 과정에서 무고가 급격히 증가할 것이라는 논란이나 증거입증의 어려움을 이유로 여전히 강요 모델을 주장하는 법률가들도 많았지만 결국 개정법의 기본적 구성요건은 성적 강요에서 성폭력으로 바뀌었고 “인식가능한 의사에 반하여” 행해지는 성행위를 처벌하도록 하였다. 이는 성적자기결정권이라는 보호법익을 더욱 강력하게 보호할 수 있을 것으로 보이나 급하게 추진된 만큼 부분적 개정에 그친 점은 아쉬움을 남긴다고 평가한다. 따라서 한국의 경우 성범죄 규정이 여러 법에 분산되어 있는 만큼 독일의 사례를 참고하여 비동의간음죄 도입 등의 논의는 성범죄에 관한 규정 전반에 관한 재편의 계기로 삼는 것이 적절한 것이라고 주장한다. 여기에서 독일 형법 개정 운동의 배경으로 언급되는 “NGO와 여성단체들의 압박과 국제법의 영향”은 우리 사회에도 시사점을 남기는데, 이것은 위에 언급한 <‘강간죄’ 개정을 위한 연대회의>의 활동에 대한 관심과 주목이 필요한 이유이며, UN 여성차별철폐위원회의 강간죄 개정 권고를 더욱 적극적으로 사고해야 할 필요성이기도 하다. 한국의 국회에서는 2018년 3월부터 2019년 10월까지 강간죄 구성요건에 관한 총 10개의 법안이 발의되었으나 발의한 의원들 중 법안의 통과를 위해 현재 적극적으로 활동하고 있는 의원은 현재까지 거의 없다는 점에서 아쉬움이 있다.

반면 최협의설의 폐지 혹은 비동의간음죄 도입을 부정적으로 바라본 연구도 있다. 대표적으로 주승희(2018)는 미투운동과 형사정책의 관계를 살펴 보면서 비동의간음죄 신설과 명예훼손죄 폐지론을 비판적으로 검토한다. 비동의간음죄를 신설하면 ‘동의 없음’에 대한 피해자의 주장만 남고 가해자가 부정할 경우 ‘누가’, ‘어떻게’ 입증할 것인가의 물음이 남게 되는데, 남녀의 관점이 다를 경우 여성(피해자) 중심적 태도가 오히려 여성의 성적주체성뿐 아니라 법의 중립성 및 법체계의 정합성을 훼손할 위험이 없는지 살펴봐야 하며, 종래의 ‘약한(수동적) 여성성’을 오히려 고착화시킬 위험이 있다는 것이다. 특히 성범죄로 인한 고통은 피해자가 바로 고소하지 않아서 스스로 피해를 증폭시키는 측면이 있으며, 스스로 느끼는 그릇된 ‘성적 수치심’이 큰 원인이므로 여성단체 및 정부관련부처는 성범죄를 즉각 고소하도록 독려하고 성적수치심

을 당연시하는 성문화를 개선하려는 노력이 필요하다고 주장한다. 또한 비동의간음 죄를 신설하기보다 최협의를 협의로 완화시키고 수사기관의 2차피해 방지를 위한 노력이 필요하다고 말한다. 그러나 주승희의 이러한 논의는 성폭력의 발생과 회복 및 처벌의 책임을 다시 여성의 몫으로 돌리며, 물성화된 방식으로 성폭력을 이해하고 있다는 측면에서 문제가 있어 보인다. '성적 수치심'을 느끼는 것은 피해자의 잘못이 아니라 그것을 강요해온 남성중심적 사회에 있으며, 피해자는 가해자와의 관계, 주변 상황과 자원, 사법 시스템에 대한 불신과 두려움 등으로 인해 바로 고소하지 '않는' 것이 아니라 '못'하는 것이기 때문이다. 이미 많은 피해자들이 미투운동을 통해 '약한 피해자'를 강요하는 사회적 인식에 도전하기 시작했고, 이러한 용기에 걸맞게 성문화를 개선하고 법적, 문화적인 변화에 대해 구체적인 지도를 설계해야 하는 것은 특정한 누군가의 몫이 아니라 사회 전체의 몫이다.

2) 업무상 위력에 의한 간음죄에 대한 해석론적·비교법적 연구

2018년 3월 5일, 안희정 전 충남지사에 의한 성폭력 피해가 알려지고 전국성폭력상담소협의회와 변호인단 3인으로 시작된 공동대책위원회는 1심 판결(2018.8.14.) 이후 158개의 여성시민사회단체와 9명의 변호인단을 구성하여 법적 지원 및 사회적 공감대를 형성하기 위한 활동을 해왔다. 공대위는 3월 5일부터 11월 4일까지 총 52차례의 회의를 진행하면서 1심과 2심에 대한 16차례 성명발표, 전문가 및 법률가 간담회, 기자회견 및 집회 개최 10여회, 1만 6천여 시민들의 연명 탄원서 제출, 20여 명의 전문가 의견서 제출, 재판 모니터링과 방청연대 조직, 언론 및 2차 가해 대응 등을 진행하였다.⁵⁾ 안희정 성폭력 사건이 특히 큰 관심을 받았던 것은 '위력에 의한 성폭력'에 대한 사회적, 법 해석적 인식의 차이에서 기인했다.

이는 최근 몇 년 간 미투를 실천한 피해자들의 사례가 주로 어린 시절의 성폭력, 공동체·학교·직장 내 위력 관계에서의 성폭력들이 대부분이었음을 감안한다면(김보하 외, 2018), 이들의 피해가 법적 구성요건에 해당된다고 하더라도 문제제기가 어려웠

5) 배복주(2019), "피해자 지원 및 동행", 『보통의 승리 : 안희정 위력 성폭력사건 의미와 과제 토론회』, 안희정성폭력사건공동대책위원회 주최 발표문(2019.11.4.).

을 것인데, 명시적인 ‘폭행·협박’이 없어 형법상 강간죄에 해당되지 못하는 상황은 그만큼 현재의 법적 체계가 피해자들의 경험과 괴리되어 있음을 알게 한다. 이런 상황에서 형법 제303조 업무상위력에의한간음죄를 통해 가해자의 법적 처벌을 요구하였고, 이후 법적 쟁점은 ‘위력이 있었는가’에 대한 논의를 중심으로 진행되었다. 이에 ‘권력형 성범죄’, ‘우월적 지위’, ‘위력’ 개념에 대해 고찰하고 제언하는 연구들이 활발하게 이루어졌다. 또한 이러한 법적 틈새는 강간죄가 현재와 같은 ‘강제모델’이 아니라 ‘비동의모델’로 이루어져 있었다면 문제가 되지 않았을 수 있기 때문에 비동의간음죄의 도입에 관한 논의들과 함께 진행되는 경우가 적지 않았다.

먼저 서혜진(2018)은 권력형 성폭력의 특징을 바탕으로 판례를 통해 위력의 개념과 판단 기준을 분석하고, 수사기관과 법원이 ‘보호할 만한 피해자’였는지를 중심으로 범죄성립여부를 판단하고 있음을 지적하며, 비동의간음죄의 신설을 주장하였다. 류화진(2018) 역시 그간 형법 제303조 업무상위력에의한간음·추행이 잘 드러나지 않았으면서 이 범죄의 구성요건에서 피해자가 동의했다고 해도 ‘하자 있는 의사’에 의한 동의가 있을 수 있으므로 위계 또는 위력이 증명된다면 범죄 성립을 인정하는 해석도 가능함을 주장하였다. 장웅혁(2019)은 안희정 성폭력 사건에 대한 1심과 2심의 판결문을 바탕으로 우월적 지위를 이용한 성폭력범죄를 처벌하는 형법 제303조에 대한 해외의 입법례, 국내 관련 입법안들을 살펴 보면서 사회적 권력관계 내에서, 특히 한국과 같이 남성과 여성의 격차가 큰 나라에서는 현행 규정을 좀 더 확장하여 해석하는 것이 필요하며 보다 전향적인 입법도 고려할 필요가 있다고 주장한다. 또한 김태명(2018)은 성폭력범죄의 처벌에 관한 외국의 입법례와 비교했을 때 한국은 비동의간음·추행죄가 없고 업무상위계·위력에의한간음·추행이라는 독특한 유형의 법조항이 있다면서 안희정 1심 판결문을 비판적으로 살펴본다. 정치권이나 언론에서는 권력형 성범죄의 처벌을 위하여 비동의간음·추행죄의 도입을 요구하지만, 안희정의 경우처럼 의사에 반하거나 상대방의 동의가 없다고 볼 수 없음을 이유로 업무상 위계·위력에 의한 간음·추행죄의 성립이 부정되는 사례에서는 비동의간음·추행의 도입이 보완책이 될 수 없다는 것이다. 따라서 독자적인 비동의간음·추행죄의 도입이 필요하고, 위계·위력을 수단으로 하는 간음·추행죄의 충실한 적용이 선행되어야 한다고

주장한다.

유상진(2019)은 안희정 성폭력 사건의 1심과 2심의 쟁점별 판례분석을 통해 업무상 위력간음죄에서의 위력을 어떻게 해석할 것인지 검토한다. 1심과 2심의 판결이 다른 것은 간음 이후 피해자의 피해 반응에 대한 관점의 차이와 수행비서의 업무로 인한 피고 인과의 관계에 대한 관점 차이로 보인다면서 업무상위력간음에서 위력은 단순히 사회적 지위나 권세나 높은 자가 행하는 불이익을 주는 힘이 아닌 업무·고용 관계라는 특수한 관계 안에서 행사하는 경우라는 점을 고려해야 한다고 말한다. 더불어 '피해자를 종속시킬 수 있는 지위인지 여부에 대한 객관적이고 명확한 입증이 필요하며, 피해자가 적극적으로 저항하는 등의 성적자기결정권을 행사하기 어려운 상태임을 알고 간음행위로 나아갔다는 점이 중요한 판단요소가 되어야 한다고 주장한다.

반면 김한균(2018)은 안희정 성폭력 사건 1심 재판이 위력의 행사를 인정하지 않고 피해자답지 않음을 이유로 삼는 것을 비판적으로 보면서 업무상위력에의한간음죄 관련 국회 발의안들을 검토하지만 형법 상의 흠결을 메꾸기 위한 대안으로서 비동의 간음죄의 입법 필요성에 대해서는 우려를 표한다. 성적자기결정권을 보호하는데 형법을 동원하는 조치가 과연 실효성과 타당성이 있을지 신중한 검토를 요한다면서 그것이 일종의 문화변혁 수단일 수 있지만, 형법 조문을 바꾸어 문화를 바꾸는 일은 기대하기 어렵다는 것이다. 따라서 업무상위력간음죄의 문제가 비동의간음죄 입법논의로 한정되기보다 가해자 제재와 피해자 보호지원을 위한 국가적 입법기획과 프로그램 마련이 필요하다고 말한다. 더불어 슈니바움(Schneebaum)의 관점을 인용하며 권력관계 내 성관계를 성범죄뿐만 아니라 '부패범죄'로 규율하는 재구성의 방안을 제기한다. 이런 법이론적 대안은 권력관계에서의 성관계가 유·무죄 여부와 관계없이 정치적·도덕적 차원에서 비난받을만한 사안이고, 공직자의 성적 부패에 대한 형법적 책임을 묻는 새로운 관점이 될 수 있다는 것이다. 그러나 이러한 논의는 몇몇 지점에서 좀 더 고민해 볼 필요가 있다.

첫째, 김한균은 비동의간음죄 입법을 통한 형법 개입의 확대에 관하여 “성적자기결정권을 보호하는데 형법을 동원하는 조치가 실효성과 타당성이 있을지”를 우려하면서 “사적 관계나 사회적 관계에서 성인 개인의 의사결정 자유를 적극적으로 보호

하기는 어렵기 때문”이라고 말하는데, 이는 성적자기결정권을 무엇으로 이해하고 있는지 논의가 요구되는 지점이다. 성폭력은 피해자의 피해를 몸과 정신으로 구분할 수 없는, 성적 통합성(integrity)에 대한 침해이기 때문에 사실 법이 ‘보호’해야 할 어떤 것이 아니라 ‘침해’되지 않아야 할 ‘권리’이다. 사실 현재 강간죄의 판단 기준이 최협의설이고, 보호법익이 성적자기결정권이라는 것은 그 자체로 모순적이다. 다시 말해서 성적자기결정권이 존재하는 여성은 본인을 피해자화할 필요 없이 권리 침해만을 주장하면 되지만, 현재의 강간 판단 기준에서는 자신을 피해자화하고 저항의 정도를 강조해야 하기 때문에 애초에 성적자기결정권은 존재할 수 없게 되는 것이다(김보화, 2015). 따라서 성적자기결정권이 ‘권리’로서 작동될 수 있기 위해서는 최협의설이 폐기되어야 하고 기존의 강간 및 위력에의한간음죄가 성별권력관계는 다루지 못하면서 그 해석에 있어 안희정 재판처럼 극심한 차이를 보이는 상황에서는 비동의간음죄의 입법이 필요하다.

둘째, 부패범죄로 규율하는 방안에 있어서 우려되는 지점은 권력 남용의 일부로서 성폭력이 포함될 수 있는가이다. 최근 ‘미투운동’을 ‘직장 갑질’의 일부로 인식하는 언론들이나, 젠더적 관점과 조직 내 위계적인 권력관계를 분리할 필요가 있다는 주장(김가는 외, 2018)이 있는데, 남성중심적 사회에서 권력형 부패는 성별화된 방식으로 이루어지기 때문에 성별권력관계와 무관한 권력형 성폭력이라는 개념은 애초에 성립 불가능하다. 권력 남용 범죄와 권력형 성범죄는 ‘권력’을 이용한다는 점에서 함께 논의될 수 있는 지점이 있지만, 권력의 ‘행사’가 젠더화되어 있다는 점에서 다른 결여의 사고가 필요해 보인다. 더불어 권력형 성폭력이 권력형 범죄의 일부로 규율된다면 여성의 성을 권력자가 착취하거나 ‘성접대’와 같은 방식으로 교환했을 때, 성폭력의 측면이 사소화되거나 무화될 가능성도 없지 않다.

3) 공동체 내 성폭력과 미투운동에 대한 철학적 관점의 연구

지난해 언론에 공론화되거나 상담소에 미투운동과 관련된 상담을 의뢰한 사건들은 대학, 공동체, 조직 내에서 오랫동안 은폐되었던 위력 관계에서의 성폭력이 많았는데, 이에 따라 특정한 조직 내부의 성폭력 특성과 예방 및 처리 과정에 관한 연구

가 많았다. 먼저 의료인의 의료행위에서 성희롱·성폭력 사례를 분석하거나(김정혜, 2018), 병원 내 종사자·학생 등의 종사자 간의 성폭력 대응 표준 규정 개발하고(김봉옥 외, 2018), 스포츠 성폭력 범죄에서 성인지감수성의 중요성(이성기, 2019)을 강조한 연구들이 있었다. 더불어 남성 스포츠지도자의 윤리적 가치관과 성인지감수성이 성폭력 태도와 관련이 있고, 성인지감수성의 정도가 성폭력 태도에 영향을 미친다는 것을 양적으로 분석한 연구(김우석, 2018), 체육계 성폭력의 특징을 살펴보고 법적 개선방안을 제언한 연구(김잔디 외, 2019), 문화예술계에서의 성희롱·성폭력 특별 신고 기간(2018.3.12.~6.19.)에 들어온 상담 184건의 사례를 통해 원인을 파악하고 해외의 사례를 참고하여 개선 방향을 제언한 연구보고서도 있다(이수연 외, 2018).

더불어 최근 성폭력 및 미투운동과 관련된 연구 중에 법철학적 관점으로 접근하는 연구들도 있다. 양선숙(2018)은 안희정과 안태근 ‘케이스’를 사례로 하여 미투서사에 서 요청되는 진실의 규명과 정의의 문제를 살펴보면서 “미투서사는 주관적 영역에만 머물렀던 피해사실과 고통을 공적 공간에 불러내어 그 역사적 실재성을 되찾고자 하는 시도”로, “미투운동은 연대의 호소이자 ‘지체된’ 정의의 집행에 대한 요청”임을 말한다. 권향숙(2018)은 미투운동을 몸-정신 주체, 지각의 모호성, 타자에 대한 수용과 환대의 문제로 보고, ‘서(恕)’의 관점에서 고찰하면서 개인의 욕망과 자유가 서열이라는 비평등적 시선에 의해 상대방에게 강요되고 침투되는 지점에서 약자의 고통이 발생할 수 있으므로 타자의 말에 공감할 수 있는 감정적 기초와 윤리적 행위에 대한 의지를 강화할 필요가 있다고 말한다.

반면 권명아(2018)는 권력형 성폭력을 노예화된 권력관계가 젠더화된 방식으로 발현된 결과이자 착취/노예화/예속 상태의 산물로 보면서 권력관계 내부의 구성원들이 피해자에게 연대하지 않고 ‘법적 해결’에 책임을 전가하는 것을 비판하면서 젠더화된 권력구조에 대한 비판과 실천을 강조한다. 또한 정대현(2018)은 성폭력 사건에서 등장하는 전형적 “다움”, 즉 피해자다움이라는 것의 특이성을 설명한다. 특히 안희정 1심 판결문은 ‘사법적 도덕성을 확보하는 형평성’ 원칙을 버리고 ‘입법정책 문제의 불개입’ 원칙을 채택함으로써 사법적 도덕성, 피해자다움의 속성을 왜곡한 것이라면서 1심 재판부의 기술과 인식을 해석학적 합리성 관점에서 분석하였다. 이 연구들은 법

개정이나 판단기준, 구성요소와 같은 행정적 고찰을 넘어 다양한 관점으로 미투운동과 법적 관계를 해석할 수 있음을 드러내며, 변화를 위해서는 그것을 둘러싼, 혹은 그것을 넘어서는 철학적, 정치적 논의가 계속되어야 한다는 것을 보여준다는 점에서 의의가 있다.

3. 해외 성폭력 관련법 및 성적 동의에 관한 연구의 흐름

해외 연구의 경우 2017년부터 2019년 8월까지의 연구들 중 “consent based rape legislation”, “sexual consent”를 키워드로 하여 한국사회에 시사점을 줄 수 있을 만한 동의에 기반한 강간에 대한 법률, 성폭력 판단기준으로서 성적 동의의 문제를 다룬 연구들을 살펴보았다. 먼저 미국 사회에도 존재하고 있는 성폭력 피해자의 저항 여부와 동의의 문제와 관련해서 Sandoval(2019)은 성폭력에 대한 피해자의 저항 요건이 약화되어 왔음에도 불구하고 대다수의 국가는 여전히 외적인 힘(extrinsic force)의 기준을 사용하고 있고, 소수의 국가만이 내적인 힘(intrinsic force)에 대한 기준을 활용하고 있다면서, 법원은 물리력(force)보다 ‘적극적 동의(affirmative consent)’를 기준으로 삼아야 하다고 강조한다. 또한 Burgin(2018)은 호주 빅토리아주에서는 강간죄가 적극적 동의 여부를 중심으로 개정되고 방패법(rape shield law)이 있음에도 불구하고 힘(유형력)의 행사와 저항 여부 및 피해자가 공격을 막기 위해 어떤 시도를 했는지를 묻는 관행이 아직도 검사와 가해자 변호사로부터 유지되고 있다고 지적한다. 이에 여전히 존재하는 ‘강간신화’로 인해 긍정적 동의(positive consent)의 기준과 같은 법적 개혁에도 불구하고 법은 피해자를 보호하지 못하고 있고, 성폭력은 여전히 자신을 보호하지 못한 여성의 실패로 간주되면서 주체로서의 여성이 지워지는 효과를 갖는다는 것이다. 따라서 강간죄 개정은 상징적 의미가 강하며 법을 통해서 실질적으로 성평등을 확보하지는 못하고 있다고 비판한다.

성적 관계에서 성적 동의가 구체적인 상황에서 법적으로 어떻게 해석될 수 있을지에 관한 연구로서 Bennett(2017)은 호주에서는 특히 친밀한 관계에서 행위자들이 동의하에 성관계(sex)를 시작했으나 추후 상대의 동의 없이 지속되었을 경우 ‘계

속(continue)'이라는 의미의 불명확성으로 인해 현재 법적으로 적용하기 어렵다는 현실을 지적한다. 수면, 능력 상실, 약물 주입 등의 상황에서 명백한 의사소통이 없어도 동의가 된 것으로 간주 될 수 있으므로 언제든지 성관계를 중단할 수 있는 권리를 행사할 수 있는 법적 변화가 있어야 한다는 것이다. 같은 선상에서 피해자가 자발적으로 술에 취했을 때 강간 고소가 어려운데, 법적으로 동의할 수 있는 상태가 무엇인지를 논의하면서, 자발적으로 취한 경우 동의하지 않음으로 추정해야 하고, 그렇지 않으면 피고인이 이를 입증해야 할 부담이 있으며(Clough, 2018a), 자발적인 취함(voluntary intoxication)은 동의의 요건을 손상하지 않는다(Cole, 2017)고 말하는 연구들도 있다.

더불어 최근 몇 년 해외에서는 '스텔싱(stealthing)⁶⁾에 대한 사회적 관심이 증가하고 있는데, 이것은 의도적인 속임수로 오염된 동의를 얻은 것이므로 행위 중에 콘돔을 제거하지 않았는지 묻지 않았다는 이유로 무죄 판결을 내려서는 안 되며, 피해자는 성관계에는 동의했지만 질병에 걸리는 것에 동의한 것은 아니므로, '스텔싱 트렌드'는 성적 접촉에 있어 유죄로 판단되어야 한다고 말하는 연구(Clough, 2018b)가 있다. 또한 스텔싱은 동의 하의 섹스를 비동意的 섹스로 바꾼다는 측면에서 성폭력이며(Brodsky, 2017), 성적 자율성과 성적 동의를 전제로 여성 성행위와 생식을 교묘하게 정복하는 관행(Ebrahim, 2019)이라고 비판되기도 한다. 한국에서 스텔싱은 최근 헌법재판소에서 낙태죄가 헌법불합치 선고를 받은 후 일부 남초 온라인 커뮤니티에서 '낙태죄가 폐지됐으니, 콘돔에 구멍을 뚫겠다'는 식의 예고글⁷⁾이 올라오면서 주목받기 시작하였다. 현재 한국에서 스텔싱을 규제하는 법안은 존재하지 않는데 이것이 주로 친밀한 관계에서 발생하고, 폭행·협박에 의한 성관계가 아닌 경우가 많기 때문

6) 스텔싱(stealthing)은 합의되지 않은 콘돔 제거를 말하는데, 섹스에는 동의했으나 한쪽이 콘돔을 은밀하게 제거하거나 손상시키는 행위를 말한다. 동성간 성관계에서 AIDS를 감염시킬 수 있고, 이성애 성관계에서는 임신, 성병 등을 유발할 수 있기 때문에 영국·캐나다·스위스 등의 해외법에서는 이를 강간으로 간주하고 있다. WIKIPEDIA, https://en.wikipedia.org/wiki/Non-consensual_condom_removal (최종검색일: 2019.10.21.)

7) “콘돔에 구멍 뚫자는 남자들, 이걸 처벌 못 한다니”, 오마이뉴스, 2019년 5월 21일자, http://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0002537315&CMPT_CD=P0010&utm_source=naver&utm_medium=newsearch&utm_campaign=naver_news (최종검색일: 2019.10.21.)

에 성폭력으로 인정될 수 있는 관련 법규 재정비 및 해석에 대한 논의가 필요한 부분이다.

반면에 Kaplan(2017)은 미국에서 형법은 가해자를 찾아서 처벌하는 방식으로만 고착되어서 문화적 변화를 담보하지 못하기 때문에 공중보건법(Public Health Service Act)⁸⁾을 활용할 것을 제안한다. 형법보다 공중보건법을 통한다면 보다 효과적인 예방 전략을 사용할 수 있고, 형사법의 범위를 벗어난 무수한 성적 행동 및 사회적 결정요인을 다룰 수 있다는 것이다. 더불어 공중보건법은 성폭력을 조장하는 사회적 규범을 포함하여 강간의 복잡한 원인을 관여시킬 수 있는 강력한 법적 체계이기 때문에 강간 예방에 더 유효한 지형을 제공하고 여성의 권리를 보호할 수 있는 긍정적인 성모델(positive models of sex)을 홍보·탐구할 수 있다고 주장한다. Allen(2018) 역시 형사법은 젠더규범을 확고하게 하고 이는 사람에 의한 강간을 제대로 처벌하지 않기 때문에 형사법 개혁에 반대하며 공공보건적 개입으로 전환되어야 한다고 주장한다.

반면에 Dougherty(2018)는 이미 미국 1,400개 이상의 대학에서는 성행위에 대해 자발적이고 긍정적인 동의의 기준을 두고 있지만, 형법은 소수의 주에서만 시행하고 있음을 지적하며, 긍정적인 동의뿐 아니라 정신적 동의(mental consent) 역시 중요함을 강조한다. 또한 각 대학들에서 적극적 동의를 성폭력의 기준으로 삼은 것은 성폭력으로 이어질 수 있는 의사불통(miscommunication)을 줄이기 위해서였지만, 적극적 동의를 방해하는 큰 장애물은 젠더/성별 규범이며, 대중매체에서의 의사소통 표현 등이 성적 동의에 미치는 영향을 더욱 분석해야 된다는 연구(Willis & Jozkowski, 2018; Jozkowski et al., 2019)들도 있다.

이처럼 동의를 둘러싸고 젠더화된 섹슈얼리티의 문화적 각본을 비판한 연구들 중에서 특히 Thomas(2017)는 동의는 하였지만 원하지 않았던 섹스를 경험한 여성들의 이야기를 듣고 여성들이 성적 만족을 느끼는 '적하는 것'에 대해 탐구한다. 15명의 여성과 인터뷰를 하였는데, 모든 여성들이 과거 성관계 경험 중 적어도 한 번의 경험을

8) 미국의 공중보건법(Public Health Service Act)은 1944년 제정된 법으로 의료, 약물, 질병, 유전병, 전염병, 건강간리와 치료, 의료보험에 관한 사항 및 보건 정보 기술과 건강 지원 프로그램에 관한 규정 등을 중심으로 구성되어 있다. 세계법제정보센터, <http://world.moleg.go.kr/web/main/index.do> (최종검색일: 2019.10.21.)

문제적이라고 했으나 그것을 강간이나 강압이라고 말하는 것은 꺼려 했다. 또한 여성들은 이와 같은 문제적인 성적 행위를 끝내기 위해 오르가즘을 연기하는 것으로 드러났는데, 이 같은 경험들이 묵살되지 않으려면 여성들이 말하는 ‘문제(problem)’적인 섹스 이야기에 주목할 필요가 있다고 말한다. 또한 Brian(2018)은 장애가 있는 16살 여성이 두 명의 고등학교 축구선수로부터 수차례 성폭력 피해를 입은 사건에서 이때 성폭력을 가능하게 한 것은 침묵이 동의로 해석되고, 무력상태에 대한 착각이 있었기 때문인데, 이는 적극적 성적 동의와 관련된 법안 제정 요구의 배경이 되었다고 말한다. 그러나 언어적으로 동의를 표하는 것이 법적으로 강조가 된다고 해도, 여자들의 무력화된 몸(incapacitated bodies)을 보는/인식하는 지배적인 사회 통념을 바꾸기 위해서는 문화적 각본의 변화가 필요하다. 성적인 만남에서 중요한 것은 “서로의 욕구의 타당성과 효능에 관한 것”이어야 하고, 그것은 상호 욕구가 일어나는 장면에서의 윤리를 말한다고 덧붙인다. 미디어에서 드러내는 여성의 무능력을 이론화하기 위해서는 강력한 언어와 생산적인 도전들이 계속 요구된다는 것이다.

4. 나가며

이상으로 미투운동에 대한 응답으로서 성폭력 관련법 개정 및 성적 동의의 기준 등에 관한 국내외 연구를 살펴보았다. 국내의 연구들은 형법 제297조 강간죄 최협의 설의 문제점과 제303조 업무상위력예의한간음죄에 대한 해석론적, 비교법적, 법철학적 분석들을 통해 법·제도적 개선방안을 제언하는 연구 혹은 특정한 공동체 내의 특징을 주되게 보거나, 철학적 관점을 통해 미투의 서사와 윤리의 문제들을 분석하는 연구들로서, 이러한 연구경향은 2018년 이후 급증하였는데 이는 미투운동을 통해 드러난 법과 현실의 괴리와 더불어 그동안 말하지 못한 성폭력이 왜 이토록 많았는지를 분석하고 있다. 또한 법적 제언에 그치지 않고 법 언어의 의미를 분석하는 연구들은 반성폭력운동 전략의 외연과 내용을 확대할 수 있는 의미가 있어 보이며, 향후 좀 더 피해자들의 목소리가 반영된 연구가 많아지기를 기대해 본다. 한편 해외 연구들은 법·정책적으로 ‘적극적 동의’ 기준의 도입을 주장하거나, 혹은 도입되었어도 여전히

히 바뀌지 않은 ‘강간신화’에 대한 통념을 문제제기하는데, 여기에서 ‘합의 또는 동의 (consent)’가 구체적인 상황들에서 어떻게 해석될 수 있으며 어떤 기준을 가져야 하는지 살펴본다. 이것은 법개정의 문제만이 아니라 젠더화된 섹슈얼리티의 문화적 각본 속에서 ‘연기’될 수도 있고 ‘착각’될 수도 있기 때문에 다른 언어와 윤리를 요구하게 된다. 이러한 논의들은 현재 강간죄의 개정을 요구하고 있는 한국의 상황에서, 혹은 적어도 아직은 개정이 되지 않았지만 여성단체들이 주장하는 ‘적극적 동의’에 대한 논의를 공론화하는 과정에 시사하는 바가 있다.

2018년을 경유하여 현재에도 계속되고 있는 한국의 미투운동은 성폭력이 개인만의 문제가 아니라 사회적 책임과 연대가 필요한 일임을 확인시켜주었고, 기본적인 사회적 안전망으로서 지금 시급히 필요한 것들을 촉구하는 계기가 되었다. 이에 <‘강간죄’ 개정을 위한 연대회의>에서는 피해자들의 용기와 목소리가 사회의 변화로 이어지기 위해 성폭력 판단기준을 ‘폭행·협박’이 아닌 ‘동의여부’로 개정하기 위한 노력들을 펼치고 있다. 또한 ‘비동의간음’이라는 단어가 성폭력의 의미를 담보하지 못하는 지점이 있기 때문에 다른 방식의 언어에 대한 고민도 계속되어야 할 것이다. 그러나 변화는 법의 제·개정만으로 담보되기는 어렵다. 대중적인 인식과 제도적 개선, 그리고 이를 시작으로 한 사회적 합의들을 만들어나가는 과정 속에서 성폭력 피해자들의 권리를 찾아나가는 싸움은 계속되어야 할 것이다. 🍷

- 김가는 외(2018), “직장인의 미투운동 인식에 대한 탐색적 연구”, 『韓國公安行政學會報』 제27권 2호, 33-68쪽.
- 김보화(2015), “형법상 강간죄의 판단기준에 대한 판례평석: 광주고등법원 2005.4.28., 2005노94판결과 대법원 2005.7.28., 2005도3071판결을 중심으로”, 『이화젠더법학』 제7권 3호, 211-245쪽.
- 김보화 외(2018), 『성폭력 피해상담 분석 및 피해자 지원방안 연구』 서울: 여성가족부.
- 김봉옥 외(2018), “의료기관 종사자 간의 성폭력 대응 표준 규정 개발”, 『대한의사협회 의료정책연구소 연구보고서 2018-5』 서울: 대한의사협회 의료정책연구소.
- 김우석(2018), “남성 스포츠지도자의 윤리적가치관이 성인자감수성 및 성폭력태도에 미치는 영향”, 『한국체육과학회지』 제27권 5호, 55-67쪽.
- 김잔다·김대희(2019), “체육계 성폭력 처벌에 대한 문제와 해결방안”, 『스포츠와 법』 제22권 2호, 3-23쪽.
- 김정연(2018), “형법상 성범죄 규정의 판단기준 및 개선방안:비동의 간음죄의 도입가능성을 중심으로”, 『이화젠더법학』 제10권 1호, 67-101쪽.
- 김정혜(2018), “의료인에 의한 환자 및 보호자 성희롱, 성폭력 실태와 문제점”, 『의료와 사회』 제9호, 52-68쪽.
- 김태명(2018), “권력형 성범죄의 처벌과 비동의간음, 추행죄의 도입”, 『법학연구』 통권 제57집, 137-163쪽.
- 김한균(2018), “업무상 위력 간음죄와 권력형 성폭력”, 『서울법학』 제26권 3호, 259-291쪽.
- 류화진(2018), “업무상 위력에 의한 간음죄에 관한 다른 해석의 시도”, 『圖光法學』 제34권 2호, 191-208쪽.
- 배복주(2019), “피해자 지원 및 동행”, 『보통의 승리 : 안희정 위력 성폭력사건 의미와 과제 토론회』 안희정성폭력사건공동대책위원회 주최 발표문(2019.11.4.).
- 서혜진(2018), “사례를 통해 본 권력형 성폭력 범죄의 특성 및 문제점”, 『法學研究』 제56권, 173-188쪽.
- 유상진(2019), “업무상 위력 간음죄에서 위력의 분석 - 서울서부지방법원, 2018. 8. 14. 선고 2018고합 75 판결, 서울고등법원, 2019. 2. 1. 선고 2018노2354 판결 -”, 『서강법률논총』 제8권 2호, 113-142쪽.
- 이미경(2018), “#미투(MeToo)운동을 통해 본 법과 현실의 괴리”, 『경제와 사회』 제120호, 12-35쪽.
- 이성기(2019), “스포츠 성폭력 범죄의 처벌에서 ‘성인지 감수성’의 역할과 과제”, 『스포츠와 법』 제22권 2호, 105-129쪽.
- 이수연 외(2018), 『문화예술계 성희롱, 성폭력 특별 신고 및 상담(2018.3.12~6.19) 분석보고서』 서울: 문화체육관광부·서울해바라기센터·한국여성정책연구원.

- 이주희(2019), “성범죄 구조에 관한 형사법적 고찰: 독일의 새로운 성폭력에 관한 법을 중심으로”, 『한국 사회과학연구』 제40권 2호, 121-139쪽.
- 장다혜·이경환(2018), “형법상 성폭력범죄의 판단기준 및 개선방안: 비동의간음죄의 도입가능성을 중심으로”, 『형사정책연구원 연구총서』 서울: 한국형사정책연구원.
- 장응혁(2019), “형법 제303조 제1항의 비교법적 연구:우월적 지위를 중심으로”. 『형사정책연구』 제30권 2호, 1-27쪽.
- 주승희(2018), “미투(#MeToo) 운동과 형사정책: 성인지적 관점의 수용과 법의 중립성-비동의간음죄 신설론 및 사실적시 명예훼손지 폐지론에 대한 비판적 검토를 중심으로-”, 『한국해양경찰학회 학술대회』자료집 발표문(2018.5.26).
- Allen, Alena(2018), “Rape messaging”, *Fordham Law Review*, Vol. 87, Issue 3, pp. 1033-1084.
- Bennet, Theodore(2017), “Consent Interruptus: Rape Law and Cases and Initial Consent”, *Flinders Law Journal*, Vol. 19, Issue 2, pp. 145-184.
- Brian, Larissa(2018), “After Steubenville: incapacitated bodies, rape, and a theory of sexual subjectivity beyond consent”, *Feminist Media Studies*, DOI:10.1080/14680777.2018.1528467.
- Brodsky, Alexandra(2017), “Rape-Adjacent: Imagining Legal Responses to Nonconsensual Condom Removal”, *Columbia Journal of Gender and Law*, Vol. 32, Issue 2, pp. 183-210.
- Burgin, Rachael(2018), “Persistent Narratives of Force and Resistance: Affirmative Consent as Law Reform”, *The British Journal of Criminology*, Vol. 59, Issue 2, pp. 296-314.
- Clough, Amanda(2018a), “Sober Regrets and Shared Risk Taking: Navigating Intoxicated Consent and Rape in the Courtroom”, *The Journal of Criminal Law*, Vol. 82, Issue 6, pp. 482-495.
- Clough, Amanda(2018b), “Conditional Consent and Purposeful Deception”, *The Journal of Criminal Law*, Vol. 82, Issue 2, pp. 178-190.
- Cole, Kevin(2017), “Sex and the Single Malt Girl: How Voluntary Intoxication Affects Consent”, *Montana Law Review*, Vol. 78, Issue 1, pp. 155-186.
- Dougherty, Tom(2018), “Affirmative Consent and Due Diligence”, *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 46, Issue. 1, pp. 90-112.
- Ebrahim, Sumayya(2019), “I’m Not Sure This Is Rape, But: An Exposition of the Stealthing Trend”, *SAGE Open*, Vol. 9, Issue 2, pp. 1-11.

- Jozkowski, Kristen N., Tiffany L. Marcantonio, Rhoads, Kelley E. Sasha Canan, Mary E. Hunt & Malachi Willis(2019), "A Content Analysis of Sexual Consent and Refusal Communication in Mainstream Films", *Journal of Sex Research*, Vol. 56, Issue. 6, pp. 754-765.
- Kaplan, Margo(2017), "Rape Beyond Crime", *Duke Law Journal*, Vol. 66, Issue 5, pp. 1045-1111.
- Sandoval, Eric(2019), "The Case for an Affirmative Consent Provision in Rape Law", *North Dakota Law Review*, Vol. 94, Issue 2, pp. 455-480.
- Thomas, Emily J., Monika Stelzl & Michelle N. Lafrance(2017), "Faking to finish: Women's accounts of feigning sexual pleasure to end unwanted sex", *Sexualities*, Vol. 20, Issue. 3, pp. 281-301.
- Willis, Malachi and Kristen N. Jozkowski(2018), "Barriers to the Success of Affirmative Consent Initiatives: An Application of the Social Ecological Model", *American Journal of Sexuality Education*, Vol. 13, Issue. 3, pp. 324-336.
- WIKIPEDIA, https://en.wikipedia.org/wiki/Non-consensual_condom_removal (최종검색일: 2019.10.21.)

I기고

백영남 지역의 미투운동

: 함평·장성 ‘언니들’을 만나다

유호정 고등군사법원이 질문해야 했던 것

: 해군 상관에 의한 성소수자 여군 성폭
력 사건의 쟁점

박아름 낙태죄 폐지 이후, 성과 재생산

권리를 보장하기 위한 입법 방향 모색

지역의 미투운동 : 함평·장성 ‘언니들’을 만나다

백영남

전남여성인권단체연합 회장·담양인권지원상담소 소장

2018.3.6. 안병호 당시 함평군수 성폭력 제보

- 2014.9. 집무실에서 ㄱ씨 강제추행
- 2014.11. 모텔에서 ㄴ씨 강간
- 2014.12. 차 안에서 e씨 강제추행

2018.3.7. 안 군수 허위사실조작, 음해세력 주장

- 피해여성 3명 명예훼손 고소
- 성폭력의혹 보도한 언론사 공직선거법 위반(허위사실 공표) 고소

2018.3.12. 전남시민사회단체의 안 군수 사퇴촉구 기자회견

- “피해자에 대한 음해와 2차 가해를 멈춰라”

2018.3.19. 안 군수 3선 도전 포기 선언

- “성폭력은 법적 대응하여 명예회복” 발언

2018.3.22. 안 군수 즉각사퇴 릴레이 1인 시위 시작

- 전남여성복지시설연합회(현 전남여성인권단체연합)와 공공운수노조 함평지회, 성폭력추방을 위한 함평군대책위 참여

2018.11.30. 안병호 불구속 기소

- 2010년부터 5년간 군청직원 및 지인 여성 5명 11차례 상습 강제추행 혐의

2019.12.19. 1심 선고예정

전남지역의 미투운동은 2018년 3월 6일, 안병호 전 함평군수에 의한 성폭력 피해자들이 세계일보에 미투를 하면서 시작되었고 성폭력상담소들이 사회복지적으로 서비스를 제공하는 한계를 벗어나 여성운동을 이끌어가는 계기가 되었다.

피해자에 대한 2차 가해를 막기 위한 연대단체 구성

안병호는 언론보도 후 3월 7일 기자회견을 통해 성폭력 사실에 대해서 전면부인하고 미투운동에 편승한 정치적 음모라고 주장하며 피해자들을 음해세력으로 몰아갔다. 그리고 한 피해여성에게 계속해서 전화를 걸어 고소인의 신상파악을 목적으로 만날 것을 종용하는 2차 가해를 하였으며 성폭력이 사실이라면 증거로 입증하라면서 언론사와 피해자들을 광주지방검찰청 목포지청에 명예훼손죄로 고소하였다.

전남여성인권단체연합(이하 연합회)¹⁾은 피해자에 대한 2차 가해가 심각하다고 판단하고 피해자 보호를 위해서 대책회의와 기자회견을하기로 결정하였다. 하지만 지역 안에서 발생한 문제를 지역 안에서 해결하려는 의지가 없을 때 운동의 효과가 떨어진다는 점과 함평지역의 사정을 모르는 우리 연합회는 어떤 단체들과 연대해야 하는지가 첫 번째로 직면한 문제였다. 물론 함평군에 여성폭력 피해자를 지원하는 성폭력, 가정폭력 상담소가 존재했지만 지역에서 사업권 및 보조금에 대한 권한을 갖고 있는 권력자인 군수에 의한 성폭력 사건에 개입할 경우 보조금을 받는 단체가 불이익을 받을 수도 있기 때문에 지역의 상담소가 개입하기는 어려운 부분이 있었다.

함평 주민들은 안병호 전 군수의 성폭력 사건에 대해서 규탄하는데 동의하는 사람도 있지만 드러내놓고 함께 하는 데는 눈치를 보는 실정이라서 우리 연합회는 탐문한 끝에 뜻을 같이하는 진보적인 성격을 띤 시민사회단체와 광주전남공공운수노동조합의 몇몇 회원, 성폭력추방을위한함평군대책위원회(이하 함평대책위)²⁾의 소수의 회원들과 기자회견, 릴레이 1인 시위, 월요집회 및 끝장문화제를 전개해 나갈 수 있었다.

- 1) 전라남도의 여성폭력피해자 지원시설 35개 단체의 연합체(성폭력·가정폭력·성매매 상담소, 보호시설, 자활기관 등)로 2019년 6월 20일 명칭을 전남여성인권단체연합으로 변경하였다.
- 2) 원래는 연대단체로서 함평군농민회가 함께 하였으나 함평군농민회장의 임기가 만료됨에 따라 새로운 집행부가 함평군수성폭력사건에 대한 사업인계를 거부하여, 2011년 함평여자중학교 교장에 의한 청소년성폭력사건을 지원했던 성폭력추방을위한대책위원회를 부활시켰다.

연대단체 안에서 어려움

미투운동이 확산되면서 사회에서는 펜스를 현상이 나타나기 시작하였는데 우리 연대단체 안에서도 젠더폭력에 대한 인식 부족으로 지속적인 운동의 전개의 어려움에 봉착하기도 했다. 성폭력은 강력범죄라는 사실은 알고 있었지만 일상적인 악수에 대해서 여자와 가까이하면 문제가 생긴다고 악수를 거절한다든가 외모에 대해 폄평한다든가 하는 일이 있었고 4월 12일 끝장문화제 자유발언에서 여성에 대한 성차별적 발언을 하기도 하였다.

그리고 우리 연합회는 폭력적인 방법을 배제하고 민주적인 방식으로 해결하려는 관점을 갖고 있음에도 연대단체에서 이를 무시하고 농민회가 생존권을 위해서 싸워왔던 기존의 운동방식을 벗어나지 못한 지점이 있었다. 군수실을 쳐들어가서 문을 발로 차는 폭력을 행사하기도 하였고 이를 저지하는 공무원의 목살을 잡는 등의 남성 중심적인 문제해결 방식이 문제가 되었다. 우리는 합평대책위의 문제해결 방식이 문제라고 생각하면서도 이들과 함께 하지 않는다면 우리의 동력도 상실되고 안병호와 토호세력들이 아무 연고도 없는 우리들의 운동에 대해서 문제 삼을 수도 있었기 때문에 이 지점에 대해서 고민하지 않을 수 없었다.

또한 안병호 사퇴를 촉구하는 1인 시위를 3월 22일부터 군청 앞에서 시작했을 당시에는 '우리들이 할 수 없는 일을 여성단체가 해주어서 고맙다'는 말을 들었는데 1인 시위가 길어짐에 따라 점심시간에 군청직원들이 군청 앞에 있는 식당을 이용하는 횟수가 뜸해지자 점차 상인들의 불만이 쏟아지기 시작하였다. 그리고 4월 4일부터 합평대책위가 안병호의 사퇴를 촉구하는 방송을 시작하였는데 매일 똑같은 방송 내용에 대한 불만이 커지면서 내용을 날마다 바꿔달라는 민원도 있었고 안병호의 손자가 다니는 학교 앞까지 가서 방송을 하여 학교에서 항의가 들어오기도 하였다.

그래서 연합회 집행부는 질서유지 차원에서 매일 합평군청 앞에 나가 있어야 했고, 피해자 지원을 하는 단체들의 성격이 잘 반영되도록 민주적이고 비폭력적인 방법으로 시위를 해야 한다고 연대단체들을 설득하고 교육해야 했다. 이러한 문제들로 고민하던 와중에 남자 형제들끼리의 호칭을 '언니'라고 불렀던 임꺽정의 소설이 떠올

랐다. ‘회장, 집행위원장’ 등 힘을 과시하는 호칭보다는 ‘언니’라고 불러서 여성의 연대를 강조하면 어떨까하여 연대단체 사람들을 모두 ‘언니’라고 부르게 되었는데 정말 그 힘이 발휘가 되었다. 그 결과 연대단체의 활동이 우리 연합회의 지향과 가치에 맞게 변화되기 시작하였고 성차별 발언을 한 당사자도 사과문을 보내와서 지속적인 연대를 할 수 있었다.

이렇게 연대단체 간의 어려움도 있었지만 우리 연합회 내부에서의 어려움도 있었다. 3월 12일 안병호 사퇴 촉구 기자회견 이후 가해자는 3월 19일에 지방선거 불출마 선언을 했으나 우리는 물러서지 않고 사퇴를 요구하였고, 3월 22일부터 3개월간 60일의 릴레이 1인 시위와 16차에 걸친 월요집회를 장기적으로 진행했다. 그런데 1개월 쯤 지난 시점에서 우리 연합회 내부에서 ‘피로감 느낀다, 언제까지 해야 하나, 그만하자’며 중단을 요구해왔다. 사회복지적 개입만을 피해자 보호의 역할로 인식하는 단체에게 여성운동과 연대의 중요성을 설득하며 진행하는 것이 어려웠다. 그럼에도 검찰에 송치도 되지 않는 상태에서 피해자들은 쓰러져서 병원에 입원하는 일이 반복되고 있는 상태였기 때문에 공동대응을 멈추기는 어려웠고 끊임없이 설득하는 작업을 해야만 했다.

군수의 위력과 맞서 싸우면서 마주했던 지역카르텔

인구가 5만도 되지 않는 함평과 장성³⁾에서 군수의 권력은 지역의 대통령이라 부를 수 있을 만큼 막강하였다. 2선, 3선에 성공하여 8년에서 12년을 지역에서 집권하게 되면 군수를 견제하는 세력들이 모두 사라지고 군수의 1인 공화국이 형성된다고 하는 말들이 나돌았는데 우리는 실제로 그것을 경험할 수 있었다.

3) 전남여성인권단체연합에서는 안병호 전 함평군수의 성폭력사건 뿐만 아니라 유두석 현 장성군수에 의한 성폭력사건의 피해자 역시 지원하고 있다. 2018년 6월 4일 우리군민신문에 피해여성의 미투가 최초로 보도되었고 이뿐만 아니라 군수의 직위를 이용해서 여성 직원들에게 성희롱, 성추행을 일삼아왔다는 의혹이 계속해서 제기되었다. 유두석 현 장성군수 역시 ‘악의적인 미투 공작’이라며 피해자에 대한 2차 가해를 지속하였고, 심지어 군수 재선에 성공하여 피해자 및 그 가족은 더욱 어려운 상황에 놓이게 되었다. 현재는 강제추행 혐의로 1심 재판이 진행되고 있다.

3월 9일, 연대단체들은 기자회견을 열기로 하고 그 내용을 안병호사건을 정치적으로 이용하지 말 것과 피해자에 대한 2차 가해를 중단하라는 것으로 합의를 하였다. 농민회에서 함평군민들의 심정을 담은 글을 넣었으면 좋겠다고 의견을 제시해서 우리 연합회에서 초안을 잡고 내용은 추후 합의하여 수정·보완하기로 하였다. 그런데 농민회 집행부 중 컴퓨터를 다룰 수 있는 사람이 없어서 컴퓨터를 할 수 있는 다른 농민회 회원과 메일로 소통을 하게 되었는데 이 과정에서 연합회에서 보낸 기자회견문에 합의하지 않은 내용을 추가하거나 수정을 요구하였고, 어렵게 꾸린 연명단체가 모두 삭제되어서 오는 일도 있었다. 다시 수정해서 보내면 기자회견문의 내용이 바뀌어서 오는 사건이 계속해서 벌어졌다. 너무나 이상하다고 생각한 나머지 농민회 회장한테 연락을 해보았더니, 메일을 주고받은 농민회 회원은 농민회를 대표하는 사람이 아니고 기자회견을 무산시키려는 안병호 측근의 방해세력이었다.

이렇게 농민회라는 진보적인 조직 안의 사람마저 측근으로 끌어들여 이용할 수 있을 정도로 군수가 지역 내의 권력을 가질 수 있었던 것은 군수에게 주어지는 사업권과 인사권 때문이었던 것으로 보인다. 마을의 이장과 사회단체는 군수의 권한으로 보조금 사업을 받을 수 있었는데 수혜를 받은 입장에서 군수 사퇴를 요구하는 집회에 참여할 수 없었을 것으로 보인다. 서울에서 귀농하여 시골로 내려온 한 이장님은 평상시에 군수의 군정에 반하는 의견을 자주 내자 군수가 어느 날 찾아와서 보조금 사업을 제안하기도 했으며 아마도 그 사업을 받았다면 자신도 성폭력 가해를 한 군수의 퇴진운동을 하지 못했을 거라고 하였다.

이렇게 지역을 깊게 살펴보니 군수로부터 특혜를 받은 세력들을 중심으로 카르텔이 형성되어 있었고 그 세력은 우리가 군수 사퇴를 촉구하는 기자회견이나 규탄대회를 할 때 끊임없이 찾아와서 '성폭력 사건을 봤느냐, 봤으면 증거를 대라'고 군수를 옹호하는 발언을 하였고 기자의 카메라를 막고 사진을 찍지 못하도록 방해를 하였다. 그리고 이 세력은 각자의 지역으로 돌아가면 누가 군수를 지지하지 않는지, 사람들이 군수에 대해서 무슨 말을 하고 무슨 행동을 하는지 일거수일투족을 감시하여 힘이 없는 주민들은 오히려 군수의 눈치를 보는 형국이 되고 있었다. 그래서 장성의 경우에는 장성의 군정을 감시하고 견제하고자 발족된 장성시민연대의 회원수가 초기에는

300여명 정도 되었으나 군수와 카르텔의 감시가 지속되자 그 세력은 결국 약화되어 나중에는 겨우 5명 정도가 남아 장성군수 사퇴운동을 펼쳐나갔다. 또한 장성의 토호 세력들은 우리 단체에도 전화를 하여 유두석 장성군수의 사퇴운동을 그만 둘 것을 제안하기도 하였다.

또한 인사권을 가진 군수의 장기집권은 공무원노조마저도 무력화시켰다. 유두석 장성군수의 성폭력사건의 경우 가해자가 현재 군수이고 또 공무원 조직 안에서 피해자가 발생한 사건이기 때문에 공무원노조의 입장을 듣기 위해서 방문하였지만 약속을 하지 않고 온 것에 대해서 오히려 항의하고 의자에 앉지도 못하게 하는 무례함을 저질렀다. 재차 방문했을 시에는 공무원노조는 노조원에 한해서만 도움을 줄 수 있다고 하며 피해자가 노조에 가입되어 있지 않아서 노조에서 해줄 수 있는 것은 아무 것도 없다고 하여 우리는 군청 내 조직문화에 대해서는 거론조차도 할 수 없었다.

군수의 권력은 지역언론에도 영향력을 미치고 있었다. 처음에 기자회견을 했을 때는 피해자들의 입장과 연합회의 요구사항을 담은 기사들이 쏟아져 나왔다. 하지만 나중에 그러한 기사는 인터넷에서 삭제되었으며 피해자를 대변하고 이 사건을 바로 보도하는 언론은 더이상 없었다. 그리고 한 언론사는 연대단체에 대해서 모두 동의해서 연명한 것이 맞는지 직접 단체들에 전화를 해서 확인하는 작업까지 하며 군수지키기에 앞장섰다.


농촌지역의 카르텔은 지역경찰에서도 볼 수 있었다. 6.13 지방선거가 끝나고 유두석 장성군수가 당선되자 경찰은 피해자의 권리도 무시한 채 6월 22일까지 나와서 조사를 받도록 종용하였다. 또한 피해자가 여성조사관으로부터 수사를 받고자 하였으나 해당 경찰은 어차피 자신이 수사를 해야 하니 그냥 자신에게 받으라며 피해자의 권리를 무시하였고, 이에 불친절하다고 항의를 하니 피해자가 명예훼손죄로 고소되어 언제든지 피의자 신분으로 전환될 수 있다고 말하였다. 그리고 피해자가 변호사 선임 이후 날짜를 조율해서 나가겠다고 하니 경찰은 자신을 믿지 못한다고 오히려 피해자에게 화를 내는 등 이미 짜여진 판에 피해자가 조사만 받으면 끝난다는 경찰의 태도를 볼 수 있었다. 또한 경찰은 장성군수 당선 후 군수사퇴를 촉구하는 거리집회 시위에서 토호세력들이 방해해 해도 안전을 확보해주지 않았다. 우리 연합회는 경찰

에 집회시위와 관련해서 안전 확보를 요구하였고 공정한 수사를 위해서 수사관 기피 신청도 해야 했다.

성폭력추방을위한함평군대책위원회의 성과와 의의

우리의 연대활동의 가장 큰 성과는 안병호의 6.13 지방선거 불출마 선언과 함평군 의회에서 안병호 군수의 사퇴결의안을 채택한 것이었고, 또한 안병호가 지지하는 세력 역시 지방선거에서 낙선되면서 정의가 이길 수 있다는 것을 보여준 것이다. 가해자와 피해자가 서로 이해관계에 있었던 사건이었기 때문에 선거에 이용당할 수 있는 상황도 배제하기 어려웠는데 우리 연합회는 마지막까지 피해자와 함께하였고, 안병호는 상습강제추행으로 10월 1일에 기소의견으로 검찰에 송치되어 현재 재판을 진행하고 있다.

그리고 이러한 반성폭력운동의 과정에서 경찰이 피해자에 대한 2차 피해를 방지하기 위해서 노력하는 모습을 볼 수 있었고, 피해자 지원상담소와 협력하는 경찰의 모습을 볼 수 있었으며, 연대단체의 활동과 모니터링은 수사기관과 검찰을 긴장하게 하였다.

우리 연합회는 지역에서 처음으로 여성주의 실천운동을 전개하면서 자신감을 갖게 되었고, 언론을 모니터링하고 권력에 의한 성폭력 사건들에 계속 개입하였다. 이를 통해 피해자를 지원하고 지지하는 전남여성인권단체연합의 위상을 공고히 다지게 되었다. 이러한 결과로 젠더폭력이 발생한 기관에서 가해자를 제대로 처벌하지 않으면 여성단체가 문제제기를 할 수 있으므로 피해자의 관점에서 사건이 처리하도록 하는 긴장감을 심어주기도 하였다. 또한 힘을 얻고자 하는 피해자들이 지지도임 및 지원요청을 해오기도 하여 반성폭력운동을 풀뿌리 지역운동으로 이끌어가고 있다. 

고등군사법원이 질문해야 했던 것 : 해군 상관에 의한 성소수자 여군 성폭력 사건의 쟁점

유호정
한국성폭력상담소 여성주의상담팀 활동가

2010년 9월, 해군 함정에 배치된지 이제 막 4개월이 된 여군(당시 중위)이 직속 상관이었던 가해자A(당시 소령, 현재 소령)로부터 수차례의 강제추행과 강간 피해를 입은 사건이 있었다. 가해자A는 가해를 하며 성소수자인 피해자에게 “네가 남자랑 관계를 제대로 안 해봐서 그런 것 아니냐”, “남자 경험을 알려주겠다”라는 말을 하기도 했다. 피해자는 강간 피해로 임신을 하게 되어 임신중지 수술을 하기 위해 함선의 총책임자인 함장에게 피해 사실을 보고하였다. 그러나 2010년 12월, 함장인 가해자B(당시 중령, 현재 대령)는 피해자의 성폭력 피해와 임신중지 사실을 알고 있는 상태에서 피해자에게 또 다른 강간 피해를 입혔다. 두 사건은 시간이 흐른 뒤 강제추행치상 및 강간치상으로 기소되었고 2018년, 해군본부 보통군사법원은 가해자 A, B에게 각각 징역 10년, 징역 8년을 선고하였다. 이로써 두 가해자는 죄에 따른 처벌을 받게 되는 듯했다. 그러나 6개월 후 고등군사법원은 놀랍게도 1심을 완전히 뒤엎고 두 가해자 모두에게 무죄를 선고하였다. 법원은 피해자 진술의 신빙성을 의심하였고, 강간 및 강제추행죄의 구성요건인 ‘폭행 및 협박’의 혐의를 입증할 증거가 부족하다고 판단했다. 재판 방청으로 연대했던 모든 사람이 그 자리에서 분노했던 최악의 판결이었다.

이러한 2심 판결을 계기로 군대 내 성폭력 사건에 문제 제기하고 법원의 정의로운 판결을 촉구하는 <해군 상관에 의한 성소수자 여군 성폭력 사건> 공동대책위원회(이하 공대위)가 구성되었다. 공대위의 이름은 해당 사건이 여러 층위의 쟁점을 가지고 있음을 고려하여 지어졌다. 사건이 ‘해군’에서 일어났고 ‘상관(직속상관과 함장)’에

의해 발생했으며 피해자가 ‘성소수자’이자 ‘여군’이었다는 점이 이 사건의 중요한 요소인 것이다. 하지만 고등군사법원은 이를 제대로 이해하지 않은 채 무죄판결을 내렸다. 이제 대법원이 올바른 판단을 할 차례다. 공대위는 상식적인 판결을 끌어내기 위해 2심 판결의 부당함과 사건의 쟁점을 법원과 사회에 알리는 활동을 하고 있다.

피해자의 진술에 집중한 1심, 피해자의 저항에만 주목한 2심

1심에서 각각 징역 8년, 10년이 선고된 사건이 어떻게 2심에서 무죄로 완전히 뒤집힐 수 있었을까? 이는 성폭력 범죄의 구성요건인 ‘폭행 및 협박’과 피해자 진술의 신빙성에 대한 두 법원의 해석이 상이했기 때문이다. 피해자는 “폭행·협박은 없었다”고 진술하면서도 “때리거나 욕을 하지 않았다는 뜻이지 간음할 때 팔로 누르거나 체중을 실어서 누르거나 추행할 때 예상치 못하게 가슴적으로 바로 만진다거나 하는 것은 있었다”고 말했다. 그리고 가해자가 머리를 밀거나 침대로 끌고 가 내팽개친 사실 등을 진술했다. 1심은 이에 대해 피해자는 법률전문가가 아닌 자로서 일상에서 쓰이는 용어와 법률적 개념으로서의 ‘폭행·협박’을 혼동한 것일 뿐 진술을 통해 ‘폭행 및 협박’의 혐의를 충분히 인정할 수 있다고 판단했다. 이와 같은 판단은 법원이 피해자 진술의 신빙성이 높다고 인정했기에 가능한 것이었다. 피해자는 동의하지 않은 상태에서 가해자의 유형력 행사로 인한 성폭력 피해가 있었다는 사실을 일관되게 진술하였고, 이 일관성이 피해자 진술의 신빙성을 높게 판단할 수 있는 근거가 되었다.

그러나 고등군사법원은 피해자가 저항을 했는가에 더 주목했다. 폭행 및 협박을 ‘피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것’으로 엄격하게 해석했기 때문에 피해자의 저항 여부가 곧 가해자의 폭행·협박을 판단하는 기준이 된 것이다. 그 결과, 2심 재판부는 1심과 완전히 다른 해석을 내놓았다. 예를 들어, 가해자가 피해자를 벽에 밀쳐 추행한 건에 대해 피해자는 “업무적인 위압감에 거부의 의사표시를 한 적이 없었다”라고 진술했는데 1심은 위와 같은 가해자의 행위를 ‘폭행 및 협박’으로 인정했지만, 2심은 피해자가 거부의사를 표시하지 않았다는 것에만 주목

해 반항을 억압할 정도의 폭행·협박이 없었다고 판단했다. 심지어 2심은 가해자가 몸을 누르고 팔을 잡는 행위에 대해 “성관계를 시작하면서 수반되는 일반적인 동작이어서 위 행위가 있었다는 사정만으로 강간의 수단인 폭행이 인정된다고 단정하기 어렵다”라고 판시하기도 했다. 피해자는 당시 “팔을 눌렀을 때의 공포감으로 성관계를 거부할 수 없었다”고 진술했고 2심은 가해자가 준 공포감이 무엇인지 질문하지 않은 채 폭행·협박 혐의를 인정하지 않았다. 고등군사법원이 폭행과 협박을 대체 무엇이 라고 생각하는 것인지 의문이 드는 부분이다.

결과적으로 2심은 1심이 인정한 폭행·협박의 혐의를 모두 부정하였다. 이처럼 강간죄의 구성요건인 ‘폭행 및 협박’을 매우 엄격하게 해석하는 견해를 최협의설이라고 한다. 최협의설은 과거 성폭력 범죄의 보호법익이 ‘여성의 정조’였던 시절에서 비롯됐다. 정조란, 가부장적 일부일처제 내에서 여성이 목숨을 걸고 지켜내야만 하는 가치로서 제3자가 정조를 침해할 경우 여성은 필사적으로 이에 저항할 것을 요구받았다. 이러한 개념이 형법에도 그대로 적용돼 강간죄의 구성요건인 폭행·협박은 상대방의 저항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란할 정도에 이른 경우에만 인정되었다.

이후, 법이 개정되면서 여성의 정조권이 삭제되고 개인의 ‘성적자기결정권’이 성폭력 법의 보호법익으로 반영되기 시작했지만, 폭행·협박의 최협의 판단 기준은 현재까지 적용되고 있다. 그러나 사회의 인식이 조금씩 개선되면서 법원에서도 폭행·협박의 판단 기준을 조금씩 완화하는 판례들이 나오기 시작했다. 대표적으로 2005년, 대법원은 “가해자의 폭행·협박이 있었는지 여부는 폭행·협박의 내용과 정도는 물론 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 피해자가 성교 당시 처했던 구체적인 상황을 기준으로 판단하여야” 한다고 판시해 폭행·협박을 판단하는 합리적인 기준을 명시하였다. 그리고 “피해자가 성교 이전에 범행 현장을 벗어날 수 있었다거나 피해자가 사력을 다하여 반항하지 않았다는 이유로 가해자의 폭행·협박이 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도에 이르지 않았다고 선불리 단정하여서는 안 된다”¹⁾라고 하여 피해자의 저항 여부로만

1) [대법원 2005.7.28. 선고 2005도3071 판결]

폭행·협박을 판단했던 기존의 관점을 바로잡았다.²⁾

그러나 고등군사법원은 ‘여성의 정조를 보호하던 낡은 관점으로 이 사건을 바라봤다. 법원이 제대로 파악하고 질문해야 했던 것은 피해자가 얼마나 필수적으로 반항했느냐가 아니라 ‘해군 상관’이었던 가해자와 ‘성소수자 여군’이었던 피해자의 관계와 위치성이어야 했다. 그리고 피해자의 입장에서 적극적으로 저항할 수 없었던 구체적인 상황이어야 했다.

‘해군 부하 여군’이라는 것

고등군사법원은 “남성인 피고인(가해자 B)이 저녁에 독신 숙소로 불렀을 때 여성인 피해자가 응하였다면, 당시 피해자로서는 큰 경계심 없이 피고인을 찾아갈 만한 사정이 있었을 것으로 짐작된다”고 판시했다. 이 문장은 남성의 숙소에 갈 때 항상 여성이 큰 경계심을 가져야 한다는 통념을 고스란히 반영하고 있을 뿐 아니라 피해자가 ‘해군 부하’이자 ‘여군’이었고 가해자가 ‘해군 상관’이었다는 사실을 전혀 고려하지 않았다는 점에서 매우 문제적이다. 고등군사법원은 해군의 조직문화, 여군의 위치, 포술장³⁾과 함장의 절대적인 권력을 이해하려는 노력조차 하지 않은 게으른 판결을 한 것이다.

먼저 군대라는 집단의 특수성에 대한 이해가 필요하다. 군대는 전시 혼란 상황을 빠르게 통제하기 위해 상관에 대한 복종을 법으로 규정하고 있다. 상관의 명령을 따르지 않을 경우, 군형법 제44조는 전시 상황에서 최대 7년 이하, 평시에는 3년 이하 징역으로 처벌할 수 있다고 명시한다. 그만큼 군 조직 내 계급 간 위력이 크게 작용하리라는 것은 어렵지 않게 예상할 수 있다. 이 사건은 피해자가 대학에서 상명하복을 교육받고 훈련 강도가 센 장교 양성 교육을 마친 후, 처음으로 근무하게 된 배에서 일어났다. 이러한 상황에서 갓 임관한 초급 장교였던 피해자가 상관인 가해자에게 적극

2) 장다혜(2018), “형법상 성폭력법체계의 개선방향:성적 자기결정권 의미구성을 중심으로”, 『여성학논집』 제35집 2호, 41-46쪽 참조

3) 배에 있는 총, 탄약, 포탄 등을 관리하는 장교

적으로 저항하는 것은 쉽지 않았을 것이다. 이는 성폭력 여군 피해자의 약 90%가 입대한 지 5년이 안 되는 소위, 하사 계급이라는 국가인권위원회의 조사 결과(2017)를 통해서도 알 수 있다.⁴⁾ 군 조직의 엄격한 상명하복 문화와 공고한 위계질서는 군대 내 성폭력이 은폐되는 이유이며 해당 사건 피해자 역시 7년 여의 시간이 흘러서야 사건을 고발할 수 있었다.

특히, 피해자가 함정에서 근무하는 ‘해군’이었다는 사실은 피해자를 더욱 취약하게 만든 원인이었다. 당시 피해자가 탄 배는 길이 약 103m, 폭이 약 12m 정도 되는 소규모 함정이었다. 해군들은 침몰을 막기 위해 좁은 벌집처럼 설계된 격실 안에서 생활하며 기름 냄새와 웅웅대는 엔진 소리 속에서 20일 동안 망망대해를 항해한다. 이러한 환경에서 약 100여 명이 한 공간에서 생활하기 때문에 함정에서 근무하는 해군은 스트레스 고위험 집단으로 분류된다. 그야말로 해군 함정은 바다 한가운데 떠 있는 섬과도 같은 고립된 공간인 셈이다. 이러한 공간적 특성 때문에 해군은 “한 배를 탄 운명공동체”라는 특유의 강한 집단주의 문화를 가지고 있는데 이렇게 폐쇄적인 공간에서 고립된 공동체를 책임지는 상관의 권력은 더욱 커진다. 그래서 해군은 육군·공군보다 더 위계 서열이 뚜렷하고 심지어 장교와 부사관은 식사도 같은 공간에서 하지 않는다. 육·공군과도 구별되는 해군조직의 경직된 문화 속에서 ‘여군 부하’였던 피해자는 어떤 위치에 있었을까?

사건이 일어났던 2010년은 이제 겨우 여군이 함정으로 진출하던 시기였다. 열악한 근무 환경에서 피해자는 함정의 유일한 여군 장교였다. 이는 전체 군에서 불과 1.6%만이 여군인 상황에서 여군 개인이 여군 집단의 대표로 인식된다는 뜻이다. 여군은 남군보다 무능할 것이라는 편견과 성폭력에 대한 가부장적 인식이 집단주의 문화와 결합된 공간에서 성폭력을 고발하는 여군은 ‘조직에 문제를 일으키는’ 것으로 인식되었을 것이다. 주위는 바다라 도망칠 곳도 없는 함정에서 이를 감수하면서 상관에게 저항하고 상관의 폭력을 고발하는 것은 매우 어려웠을 것이다.

4) “배 안 성폭력, 저항 안해 무죄? 해군들이 분개한 판결”, 오마이뉴스, 2019년 9월 5일자, http://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0002558102&CMPT_CD=SEARCH (최종검색일: 2019.10.26.)

한편, 폐쇄적인 근무지에서 상관은 부대원들의 스트레스 관리 및 각종 사고 예방·대책에 대한 모든 책임을 지기 때문에 더 많은 권한과 권력을 갖게 된다. 배의 기관을 통제하는 함정의 상관들은 장병들의 전화통화와 사생활까지도 관여할 수 있을 정도다. 특히 배를 지휘하고 통솔하는 함장에게는 다른 군과 달리 ‘즉결 조치 권한’이 부여된다. 긴급상황에서 육상에서처럼 응답을 기다리면 바다의 상황은 이미 종료될 수 있기 때문에 함장이 상황을 판단하고 선제공격 등의 조치까지 할 수 있는 권한을 갖는 것이다. 또한 상관은 인사 권한까지 가지고 있다. 초급 장교는 직업군인으로서 인정을 받는 1차 관문인 장기 복무 심사와 소령 진급 심사를 모두 거쳐야 하는데 두 심사 모두 2명 중 1명 정도만 통과될 정도로 합격률이 높지 않다. 특히, 소령 진급 심사에 탈락하게 되면 30대 초반에 전역해서 군을 나가야 하기 때문에 사실상 비정규직인 초급장교들은 매우 큰 압박을 받는다. 심사 과정에는 상관들의 근무 평정과 지휘관의 추천, 조직 내 평판 등이 활용되고 그만큼 상관은 더욱 큰 위력을 갖게 된다.⁵⁾ 고등군사법원은 이러한 군 상관의 권한과 위력, 부하 여군의 위치를 이해해야만 했다.

‘성소수자’를 삭제한 고등군사법원

가해자 A는 피해자와 연인관계였다는 혼한 변명을 했다. 그리고 고등군사법원은 가해자의 변명을 적극적으로 받아들여 피해자가 저항하지 않은 사실이 가해자로 하여금 피해자가 충분히 자신에게 호감이 있을 것이라고 착각했을 법하다며 가해자에게 성폭력 범행의 의도가 있었다고 보기 어렵다는 판단을 했다. 여성의 침묵을 동의로 간주하는 사회적 통념을 법원이 그대로 받아들인 것도 문제지만, 여기서 고등군사법원은 또 하나의 중요한 요소를 완전히 배제해 버린다. 그것은 피해자가 ‘성소수자’였고, 가해자들 또한 이 사실을 아주 잘 알고 있었다는 사실이다.

현재 군대 내 성소수자의 위치는 군형법 제92조의6 조항을 보면 알 수 있다. 군

5) 김은경(2019), “여성 군인의 군대 내 위치, 함정의 특수적 상황”, 『고등군사법원 최악의 판결 대법원은 어떤 판단을 해야 하는가?』, 해군 상관에 의한 성소수자 여군 성폭력 사건 공동대책위원회 주최 토론회 발표문(2019.2.19).

형법 제92조의6은 ‘항문성교나 그 밖의 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다’고 규정하고 있다. 군형법에 강간과 강제추행에 대한 규정이 별도로 있는 것을 고려하면 제92조의6이 처벌하는 것은 무엇인지 불명확해진다. 이 규정은 합의하에 하는 성교도 처벌할 수 있는 여지를 주고 있으며 실제로 동성애자 군인이 성행위를 했다는 이유로 법이 적용되는 사례들이 있어 성소수자를 처벌하는 대표적인 악법으로 꼽히고 있다. 이렇듯이 군대 내에서 성소수자는 남성 동성애자만을 가리키며 그것도 ‘남성 동성 간 성행위는 군기를 무너뜨린다’는 편견에 머무르는 수준이다. 군대 내 성소수자에 대한 인식 속에서 여성 동성애자와 그 외 성소수자는 거의 존재하지 않는 것과 마찬가지다.


그러나 피해자는 직속 상관과 지휘관에게 본인이 레즈비언임을 밝히는 것을 선택했다. 성소수자 친화적이지 않은 환경에서 커밍아웃을 한다는 것은 이 사실을 드러내면서까지 보호가 필요하다는 의미이자 예상 가능한 손해와 위험을 감수하고라도 나 자신으로서 복무하겠다는 의지의 행위였을 것이다.⁶⁾ <병영 내 동성애자 관리에 관한 훈령>에서 ‘지휘관 등은 병영 내 동성애자 병사의 고충 및 애로사항을 파악하여 보직·군무여건·생활여건 개선·상당 등의 조치를 취하도록 되어 있다. 그러나 두 상관은 부하인 피해자의 정체성을 존중하기는커녕 피해자가 성소수자라는 사실을 악용하며, “네가 남자랑 관계를 제대로 안 해봐서 그런 것 아니냐”는 말을 하며 성폭력을 가했다. 이는 성소수자 증오범죄의 하나로, 성적 지향을 ‘치료’해준다는 명목으로 행해지는 ‘교정강간’⁷⁾으로 볼 수도 있는 범죄다.

가해자 A는 피해자가 레즈비언이기 때문에 남성에게 연애감정을 느끼지 않는다는 것을 분명하게 알았을 것이다. 그런데도 가해자는 피해자가 호감을 가진 줄 알았다는 용색한 변명을 했고, 고등군사법원은 가해자의 진술만을 인정하는 문제적인 판결

6) “성소수자 성폭력 피해자 ‘불편하다’는 군대, 뒤집힌 판결”, 오마이뉴스, 2019년 9월 5일자, http://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0002559836&CMPT_CD=SEARCH (최종검색일: 2019.10.26.)

7) ‘교정’이라는 단어가 실제로 성적지향, 성별정체성을 고칠 수 있다는 오해를 불러일으킬 수 있어 “이성에 강제 강간”등의 용어가 제시되고 있지만, 가장 많이 알려진 ‘교정강간’이라는 단어를 사용하고 따옴표 처리하였다

을 했다. 2심 판결문에 피해자가 성소수자라는 사실은 완전히 빠져있었다. 애국심과 명예심을 갖고 군에 복무하는 성소수자들의 존재를 완전히 무시한 판결이었다.

2018년, 사회의 변화를 위해 이어지던 성폭력 피해자들의 말하기, 미투는 국방부에도 변화를 일으켰다. 국방부는 군대 내 성차별·성폭력을 근절시키기 위한 ‘국방부 양성평등위원회’를 발족했고, 외부 민간인으로 이루어진 성고충 전문상담관의 인력을 확대하는 등 예방시스템을 강화하고 가해자 처벌을 강화하였다. 그러나 최근의 노력에도 불구하고 고등군사법원의 터무니없는 판결은 군대의 현실이 아직 멀었다는 것을 보여준다. 실제로 많은 군인이 이 사건을 지켜보고 분노했다고 한다. 이 판결이 바뀌지 않는다면, 군대 내 성폭력 피해자들은 더욱 피해를 말하기 어렵게 될 것이다. 해당 사건의 가해자들이 처벌받지 않게 되면, 장병들을 포함한 국민은 군을 더 이상 신뢰하지 않을 것이다. 해당 사건의 유죄 판결은 군대가 정의롭고 성평등한 조직으로 나아가기 위해 거쳐야 하는 당연한 과정일 뿐이다. 그러므로 대법원은 ‘해군’, ‘부하’, ‘성소수자’, ‘여군’이었던 피해자의 위치를 제대로 이해하고, 피해자의 관점에서 성인지감수성을 가지고 올바른 판결을 내려야 한다. 

낙태죄 폐지 이후, 성과 재생산 권리를 보장하기 위한 입법 방향 모색¹⁾

박아름
한국성폭력상담소 성문화운동팀 활동가

‘낙태죄’ 헌법불합치 결정의 의의와 한계

헌법재판소는 2019년 4월 11일 임신중지를 한 당사자를 처벌하는 형법 제269조 제1항과 당사자의 요청 또는 동의를 받아 임신중지 시술을 한 의사를 처벌하는 제270조 제1항 중 ‘의사’에 관한 부분이 모두 헌법에 위반됨을 인정하였다.²⁾ 재판관 4명의 헌법불합치 의견과 3명의 단순위헌 의견, 2명의 단순합헌 의견으로 ‘헌법불합치’ 결정이 선고되었고, 이에 따라 위 조항들은 2020년 12월 31일을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용하되 입법 개정이 이뤄지지 않으면 시한 다음 날에 그 효력을 소멸한다. 1953년 형법 제정 이후 66년 만이자, 2012년 합헌 결정 이후 7년 만에 ‘낙태죄’ 폐지의 길이 열린 것이다.

이번 결정은 ① ‘낙태죄’가 헌법에 합치되지 아니함을 헌법재판관의 압도적인 위헌 의견으로 선고한 점, ② 임신의 유지 여부에 대한 여성의 자기결정권이 헌법적 권리임을 분명히 한 점, ③ 임신 유지 여부 결정은 (진공 상태에서 독립적으로 이루어지는 것이 아닌) 여성의 전인적(全人的) 결정임을 확인한 점, ④ 태아의 생명권과 여성의 결정권을 단순한 권리 충돌로 보았던 기존의 인식을 넘어서 태아의 모에 대한 의존적

1) 이 글은 2019년 5월 16일 정의당 정책위원회·여성위원회에서 진행한 전문가 초청 공개 토론회 「낙태죄 위헌 결정의 의미와 성·재생산권 보장을 위한 입법과제」, “임신중지 전면 비범죄화! 처벌/허용 프레임 넘어서 ‘여성의 권리 보장’을 위한 법·제도·체계를 마련하라” 토론문을 수정·축약·보완한 것이다.

2) [헌법재판소 2019.04.11. 선고 2017헌바127 결정] 참조

관계를 인정하며 임신한 여성의 안위가 곧 태아의 안위라고 판단한 점, ⑤ 그동안 형법상 ‘낙태죄’와 모자보건법상 ‘허용한계’라는 이원화된 법체계가 국가의 인구정책에 따라 다르게 작동되어온 역사를 지적한 점, ⑥ ‘낙태죄’ 처벌은 실효성이 없을 뿐 아니라 오히려 여성의 권리를 침해하는 부정적 영향을 일으킨다고 명시한 점, ⑦ 안전한 임신중지를 보장할 의무를 포함하여 여성의 권리 보장을 위한 체계 마련, 성교육 강화, 임신·출산·양육에 대한 사회복지 차원의 부조와 국가적 지원, 출산과 육아에 장애가 되는 제도적·사회구조적 불합리 개선 등 국가의 역할과 책임을 강조한 점 등에 의의가 있다.

반면 헌법재판소가 ① 단순위헌을 선고하지 않아서 개선 입법이 있을 때까지 여성의 권리 보장이 불필요하게 지연된 점, ② 여전히 태아의 생명권과 여성의 자기결정권이라는 한정된 구도 안에서 논의를 그쳤다는 점은 아쉽다. 그러나 낙태죄의 위헌성이 확인된 이상 누구에게도 실질적으로 이 처벌법이 적용되어서는 안 될 것이다. 결정문에서 ‘낙태죄’가 여성의 건강권, 평등권, 신체의 완전성에 관한 권리, 성과 재생산 권리 등을 침해하는지를 살펴보지 않은 이유는 이미 자기결정권만 보더라도 위헌이 성립하여 더 나아가 판단할 필요가 없었을 뿐이지 헌법재판소가 이를 부정한 것은 아니라는 사실도 기억해두어야 한다.

앞으로의 입법 과정에서 국회와 정부는 헌법재판소가 제시한 입법 한계와 입법 방향을 참고하되, 결정문에서 논의되지 않은 더 넓고 다양한 층위의 담론들을 고려하여 ‘여성의 권리 보장’을 중심으로 한 법·제도를 마련하기 위해 노력하여야 한다.

‘처벌과 허용’ 프레임으로는 여성의 권리를 보장할 수 없다

한국성폭력상담소(이하 ‘상담소’)는 1991년에 개소한 이래로 약 8만 4천여 건의 상담을 진행해오면서 실제 상담 및 지원 사례를 통해 임신중지 전면 비범죄화의 필요성을 체감해왔다. 이에 상담소는 임신출산결정권을위한네트워크, 모두를위한낙태죄 폐지공동행동 등 연대체에 참여하며 낙태죄 폐지 운동에 적극적으로 연대하였고, 특히 모자보건법상 허용한계 조항의 한계와 문제점을 비판함으로써 ‘처벌/허용’ 프레임

의 근본적인 변화를 촉구해왔다.

2012년에 한국성폭력상담소와 전국성폭력상담소협의회는 여성가족부의 지원을 받아 『성폭력 피해로 인한 인공임신중절수술 지원실태 및 개선방안 연구』를 진행하였고, “근본적 개선방안으로서의 인공유산 합법화 필요성”을 강조하며 “예외적 사유 안에서의 지원 기준을 만들고 제도화하는 것은 결과적으로 이에 해당하지 않는 유형의 피해자 및 여성 일반의 권리를 제약하는 결과를 가져올 수 있어 인공유산의 합법화 없이는 성폭력 피해자의 인공유산과 관련된 제 문제를 해결하기 어렵다. 따라서 낙태죄를 비범죄화하고 인공유산이 합법화되어야만 이 문제의 근본적인 해결이 가능하다”라는 연구 결과를 남겼다.³⁾

따라서 본 상담소는 형법 제27장 ‘낙태의죄’ 전부 폐지와 모자보건법 전면 개정을 촉구하며, 어떠한 형태로든 당사자의 결정으로 이루어진 임신중지를 규제하는 법안에 반대한다.⁴⁾ 특정한 사유 또는 주수에 따라 국가가 임신중지를 ‘처벌/허용’하는 법안은 ‘형벌적 규제는 실효성이 없다’고 판단한 헌법재판소의 결정과도 맞지 않고, 다양한 상황에 부딪친 여성들의 삶의 맥락을 제대로 반영할 수도 없다.

사유 규제는 여성의 권리를 평등하게 보장하지 못하는 결과를 초래한다

김정혜(2019)는 허용 사유가 아무리 넓다 하더라도 사유를 제한하는 방식으로는 여성의 결정권, 신체의 완전성의 권리 등을 온전히 보장할 수 없다고 진단한다. 특히

-
- 3) 한국성폭력상담소·전국성폭력상담소협의회(2012), 『성폭력 피해로 인한 인공임신중절수술 지원실태 및 개선방안 연구』 서울: 여성가족부.
 - 4) 이 경우에 당사자의 요청 또는 동의 없이 임신중지 시술을 한 사람을 처벌하는 ‘부동의낙태죄’(형법 제270조 제②항)를 어떻게 할 것이냐가 쟁점이 된다. 일각에서는 형법 제27장의 제목을 “부동의 임신중지의 죄”로 개정하고 형법 제270조 제②항을 존속하는 안을, 혹은 해당 조문의 위치를 “상해와 폭행의 죄” 등으로 이동하는 안을 주장한다. 그러나 해당 조문은 당사자가 남성 또는 가족 등에게 임신중지를 강요받아 어쩔 수 없이 시술에 동의한 경우에는 처벌하기 어렵고, 법 해석상 임신중지 시술을 한 사람(주로 의사)만 처벌하도록 규정하고 있어 당사자에게 임신중지를 강요한 사람 등은 해당하지 않는 한계가 있다. 이에 형법 제27장 전부를 폐지하고, 부동의 임신중지 시술은 상해죄 또는 의료법 위반 등으로, 당사자에게 임신중지를 강요한 사람은 협박죄 또는 강요죄 등으로 해석 투쟁을 통해 처벌하자라는 안도 제시되고 있다.

사회·경제적 사유의 도입을 검토해보면, 사유의 내용을 구체적으로 규정하여 객관화된 요건을 요구할 경우 헌법재판소의 헌법불합치 결정 취지에도 부합하지 않고 현실에서 일어나는 임신중단의 대부분을 포섭하지 못할 가능성이 높아진다. 포괄적으로 규정하여 임신중지의 허용 범위가 확대된다고 하더라도, 낙태죄를 유지하면서 어떤 '사유'를 예외로 두는 한 임신을 유지하도록 강제할 것인지 중단하도록 허용할 것인지 결정하는 주체가 국가라는 점은 변하지 않는다는 문제가 남는다.⁵⁾

사유를 구체적으로 규정하였을 때 발생하는 한계는 현행법상으로도 나타난다. 현행 모자보건법 제14조(인공임신중절수술의 허용한계)는 성폭력 관련 허용사유를 '강간 또는 준강간에 의하여 임신된 경우'로 규정하여 매우 한정적으로 인정하고 있다. 그러나 실제 상담 사례를 보면 그에 해당하는 협소한 범위의 피해자조차 제대로 권리 보장을 담보하지 못하고 있는 현실이다. 미성년자등에의한간음죄(형법 제302조), 업무상위력등에의한간음죄(형법 제303조)와 같은 피해로 임신한 경우에는 성폭력 피해자임에도 허용사유에 해당하지 않아 합법적인 임신중지를 할 수 없다. 2019년 4월 15일 발의된 정의당의 모자보건법 개정안은 해당 조항을 성폭력특별법 제2조에 따른 '성폭력 범죄 행위로 인하여 임신하였다고 인정할 만한 이유가 있는 경우'로 개정하여 해당 문제를 보완하고자 하였으나, 여전히 법적 처벌이 가능한 성폭력의 경우에만 허용사유에 해당할 수 있다는 한계가 있다.

당사자가 성폭력 피해로 인한 임신임을 인지하여야만 성폭력 관련 허용사유를 적용할 수 있다는 점도 문제다. 성폭력 상담을 하다 보면 모든 피해자가 피해 사실을 명확하게 인식하고 성폭력이라고 명명하는 것은 아니다. 준강간의 경우 임신 사실을 발견하기 전까지 성폭력 피해 자체를 인식하지 못하기도 하고, 데이트성폭력의 경우 명백히 의사에 반하는 성행위였음에도 그 관계성 때문에 성폭력으로 명명하지 못하기도 한다. 당사자가 허용사유에 해당함을 주장하고 입증해야만 임신중지를 할 수 있는 법체계에서 이는 똑같은 성폭력 피해자라도 피해 사실을 어떻게 인식하고 있는가에 따라 전혀 다른 결과로 이어질 수 있음을 뜻한다.

이처럼 사유 규제는 국가가 허용사유에 해당하는 여성과 해당하지 않는 여성을

5) 김정혜(2019), "낙태죄 '폐지'를 말하는 이유", 『페미니즘연구』 제19권 1호, 3-49쪽.

선별하고, 전자라 하더라도 당사자가 스스로 허용 사유에 해당함을 입증해야만 권리를 보장받을 수 있다는 문제점이 명확하다. 임신중지를 원칙적으로 처벌하면서 예외적인 사유만 허용하는 ‘처벌/허용’ 프레임이 더이상 존속되어서는 안 된다.

만일 관련 법·정책에서 특정 사유에 대해 언급한다면, 그것은 당사자의 권리를 보장하는 차원에서 해당 사유에 대한 적절한 상담과 지원, 정보 제공의 체계를 마련하기 위함이어야 한다. 예를 들면 성폭력 피해로 인한 임신이면 인근 성폭력상담소를 안내한다거나, 태아에 대한 장애 진단이 있으면 장애인 인권단체를 소개하는 등의 지침을 마련할 수 있겠다.

기한 규제는 후기 임신중지를 해야 할 처지에 놓인 여성을 더욱 위험한 상황으로 몰아갈 뿐이다

임신의 유지 또는 중지는 여성의 신체적·정신적 건강에 큰 영향을 미치는 일이고, 임신 기간이 늘어날수록 여성이 경험하는 신체적 부담과 임신중지의 위험성은 증가한다. 특별한 사정이 없으면 당사자는 가능한 한 빨리 임신중지를 하고자 할 개연성이 높다. 실제로 2018년 보건복지부의 『인공임신중절 실태조사』에 따르면 인공임신중절을 한 응답자 중 95.3%가 임신 12주 이하에 임신중지를 한 것으로 나타났다.

그럼에도 임신 후기에 임신중지를 하는 경우는 임신 사실을 너무 늦게 발견한 경우, 사회적 낙인 때문에 적절한 시기에 도움을 요청하지 못한 경우, 시술병원을 찾거나 비용을 마련하는 데 많은 시일이 소요된 경우, 건강상의 문제가 생긴 경우, 출산을 결심하면서 고려했던 전제가 뒤늦게 번복되었거나 사실상 불가능함을 깨닫게 된 경우 등 부득이한 사정이 있었던 경우가 대부분이다. 게다가 이러한 당사자는 성폭력 피해자, 청소년, 저소득층, ‘분만취약지’ 거주자 등 사회구조적으로 취약한 상황에 있는 경우가 많다.

임신중지가 지연되지 않도록 교육 및 홍보에 힘쓰고 방해 요인이 되는 낙인과 장벽을 제거하는 것은 국가의 역할이자 의무이다. 임신중지뿐 아니라 출산·양육·입양 등 다양한 결정을 기능하게 하는 사회적·제도적 여건을 마련하기 위한 노력도 필요

하다. 따라서 국가는 임신한 여성에게 더 빨리 임신중지를 하지 않은 책임을 물어 특정 기간 이후에는 임신을 유지하도록 강제해서는 안 된다. 그들에게 필요한 것은 기한 규제가 아니라 오히려 더욱 적절한 상담·지원과 정보 제공이다. 헌법재판소도 처벌법은 실효성이 없다고 분명히 확인하였다. 만일 기한 규제를 두어 후기 임신중지를 불법화한다면, 부득이한 사정에 처한 당사자는 기한 내에 결정해야 한다는 압박감에 충분히 숙고하지 못하고 성급한 결정을 하거나, 안 그래도 위험성이 높은 임신 후기에 더욱 안전성을 보장하기 어려운 불법시술을 받게 될 수도 있다.

기한에 대한 논의는 안전하고 합법적인 임신중지를 보장하기 위한 차원에서 이루어져야 한다. 여성의 임신중지 접근성을 높이고 신속성과 안전성을 보장하려면 기한별로 어떤 의료 및 상담 체계를 구축할 수 있을까? 예를 들면 임신중지 유도약의 안정성이 어느 정도 보장되는 임신 10주까지는 산부인과 전문의뿐 아니라 가정의학과, 관련 전문 교육을 수료한 의료진 등도 임신중지 유도약을 처방할 수 있도록 하고, 특정 기한 이후로는 산부인과 전문의와의 상담을 통해 임신중지가 이루어지도록 하는 의료 체계를 상상해볼 수 있겠다.

사유 또는 기한 규제는 사실상 불가능한 입증을 요구한다.

특정 사유 또는 기한을 두어 ‘처벌/허용’ 프레임을 유지하는 한, 임신중지는 처벌의 위험성을 감수해야 하는 행위로 남는다. 처벌을 피하려면 해당 사유 및 기한에 해당함을 입증해야 한다. 그런데 어떻게 입증할 것인가?

현행 모자보건법은 허용 사유 해당 여부에 대한 구체적인 판단 기준이나 절차를 별도로 규정하고 있지 않다. 이는 여성의 권리를 보장하고 지원해야 하는 조력자와 의료인이 수사·재판 기관의 판단을 예측하여 사전에 ‘처벌/허용’ 여부를 판단해야 하는 문제를 만들고 있다. 오늘날 병원은 임의로 판단 기준을 정하고 당사자의 입증을 요구하고 있는데, 처벌의 두려움이 클수록 해당 여부를 좁게 인정하고 당사자에게 강도 높은 입증과 책임을 요구하는 경향이 있다. 이러한 ‘검증’의 과정에서 여성의 관점은 배제되기 쉽고, 여성의 권리 보장보다 ‘처벌/허용’ 여부만이 중요하게 고려된다.

예를 들어 성폭력 피해자의 경우 성폭력상담소의 상담사실확인서나 경찰의 고소 사실확인서 등을 요구받는다. 허용 사유에 해당함을 입증하기 위해 피해자가 겪게 되는 부정적인 영향(원치 않는 피해 사실 노출, 강요된 수사·재판, 2차 피해, 임신중지의 지연, 보복성 역고소 등)은 아무도 책임져줄 수 없다. 그러나 설령 성폭력 피해를 입증한다 하더라도 그 피해로 인한 임신이 맞는지 입증하는 것은 사실상 불가능하다.

상담 사례에 따르면, 어떤 병원은 성폭력 피해자에게 피해 입증의 불가능성, 사회적 낙인 등을 들며 기록을 남기지 않는 조건으로 고비용의 불법시술을 권유하기도 한다. 달리 시술병원을 찾지 못한 경우, 임신중지 또는 피해 사실을 숨기고 싶은 경우, 시급하게 임신중지를 원하는 경우 등에는 이러한 유혹에 넘어가기 쉽다. 판단 기준 및 절차가 모호하거나 복잡할수록, 임신중지 또는 성폭력에 대한 사회적 낙인이 클수록 안전하고 합법적인 임신중지는 보장되기 어렵다.


여성의 권리를 보장하기 위한 입법

앞으로의 입법은 ‘여성의 권리를 어떻게 보장할 수 있을 것인가?’, ‘각 시기, 사유와 당사자의 결정에 따라 어떠한 상담 및 지원 체계가 필요한가?’, ‘원치 않는 임신을 예방하고 임신중지를 감소하기 위해 법, 사회, 문화, 제도, 인식 등은 어떻게 변화해야 하는가?’, ‘임신의 발견과 임신중지 또는 유지 결정을 초기에 할 수 있도록 하려면 어떠한 교육과 홍보를 해야 하는가?’ 등과 같은 포괄적이고 구체적인 고민으로 시작해야 한다.

여성의 성과 재생산권, 행복추구권, 평등권 등을 보장하기 위해서는 임신중지를 전면 비범죄화해야 함은 물론, ‘배우자 또는 법적 보호자’ 등 제3자의 동의를 요구하는 법·제도 및 의료 관행을 개선하여 임신한 당사자의 결정만으로 임신중지가 가능하도록 하여야 한다. 공교육에서 포괄적 성교육을 시행하고, 임신중지를 한 당사자에게 사후 피임 교육을 제공할 필요도 있다.

여성의 의료 접근권과 적절한 의료서비스를 받을 권리를 보장하기 위해서는 하루

속히 임신중지 유도약을 승인·도입하고 임신중지 및 피임 전반에 건강보험을 적용하여야 한다. 의료인의 시술 거부 및 부적절한 상담(출산을 유도하거나 임신중지에 대한 죄의식을 심는 등)은 사실상 임신중지를 불가능하게 하거나 임신중지가 불필요하게 지연되는 결과를 초래할 수 있으므로 반드시 제재되어야 한다. 또한 의료인의 전문성, 상담 및 정보 제공의 성실성, 성인지감수성 등에 대한 적절한 교육과 모니터링이 이루어져야 한다. 의료기관과 다양한 인권단체 및 상담기관(성폭력상담소, 장애인인권단체, 한부모가족지원센터, 입양기관 등)들이 상호 연계하여 당사자에게 필요한 정보를 제공하고 상담·지원을 할 수 있도록 유기적인 연계 체계를 마련할 필요도 있다.

그동안 우리 사회는 여성의 권리를 제한하는 '낙태죄'에 너무 익숙하여, 여성의 권리를 보장하기 위해 국가가 적극적으로 해야 할 역할과 책무를 규정하는 법·제도는 상상조차 해보지 못했던 것 같다. 성과 재생산 권리를 평등하게 보장하기 위해서 가족 제도가, 노동 환경이, 보건의료 체계가, 성교육이, 장애 인권이, 그밖에 모든 영역이 어떻게 변화해야 할까? 이제 새로운 세계를 상상해보자. 

I 서평

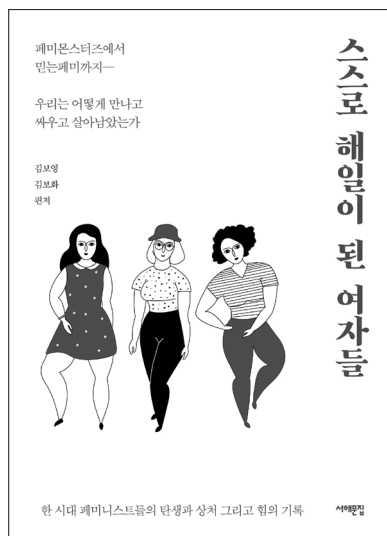
한소망 우리가 해일이다

:『스스로 해일이 된 여자들』서평

우리가 해일이다:『스스로 해일이 된 여자들』¹⁾ 서평

한소망
한국성폭력상담소 활동가

그 많던 ‘영영페미니스트’들은 다 어디로 갔을까?



2015년 메르스 갤러리 사건과 2016년 강남역 여성혐오 살인사건 이후, 정말 많은 여성들이 자신의 목소리를 내기 시작했다. 여성혐오로 만연한 사회의 구조를 문제시 하고, 구조를 유지하고자 하는 다양한 집단을 향해 끊임없는 비판을 던졌다. 들불이 번지듯 빠른 속도였다.

1) 김보영·김보화(2019), 『스스로 해일이 된 여자들』, 파주: 서해문집.

그로부터 벌써 4년이 지났다. ‘영영페미니스트(이하 ‘영영페미)’는 벌써 조금씩 흠어지고 있다. 오프라인보다 온라인이 익숙한 세대 특성 때문일까, 점점 심해지고 있는 백래시 때문일까. 좀처럼 현실 세계에서 서로의 존재를 확인하기가 어렵다. 온라인 공간에서 이야기를 쏟아내며 느슨한 연대의 장에 가끔씩 고개를 내미는 분들 덕분에 존재를 확인할 수 있다.

그런 사람들 틈에서 마음이 맞는 사람들끼리 모여 다양한 활동을 기획하고 실천하는 사람들이 있다. 바로 이 책, <스스로 해일이 된 여자들>에 등장하는 여성들이다.

우리는 이 세상을 집어삼키러 온 불꽃이다

한국 사회에서 2030 세대는 정치영역에서 소외된 세대다. 제20대 국회 내 2030 국회의원은 단 3명²⁾. 300명 중 1%에 불과한 숫자다. 정치권이 5060 남성으로 과다대표된 한국 사회에서 ‘영영페미’ 세대의 목소리는 정치권에 직접 전달되기 어렵다. 그래서 정치적 주체로 거듭난 ‘영영페미’의 움직임이 더욱 눈에 띌 수밖에 없다.

2015년과 2016년은 ‘영영페미’ 세대의 여성들에게 분노와 슬픔의 해였다. 여성이라는 이유로 별다른 합리적 이유 없이 욕을 먹어야 했다는 걸 알았고, 여성이기 때문에 아주 일상적인 공간에서 죽을 수 있다는 걸 알았다. 폭발적인 분노와 슬픔으로 모인 사람들은 일상을 바꾸는 운동을 직접 실천했다. 이들의 액션은 한국 사회에서 유의미한 족적을 남겼다. ‘페미당당’은 박근혜 퇴진운동 당시 촛불 시민이자 ‘여성 시민’으로서 집회 현장에서 겪은 차별의 경험을 문제제기하고, 집회 안에서 대안공간을 만들어 페미니스트 촛불 시민으로서의 역할을 확고히 했다. 2016년 강남역 10번 출구에 모인 사람들은 자발적으로 발언대를 열어 추모와 함께 자신의 경험을 나누는 장을 마련했다. 이후 이들은 ‘강남역 10번출구’에서 ‘페미몬스터즈’로 이름을 바꾸면서 쿼어페미니스트 운동 그룹으로서 집담회나 영화 상영회 등 다양한 행사를 기획하고 있다.

2) 그마저도 지역구 의원은 1명(김해영·부산광역시 연제구)이다. 2016년 국회의원 선거 당시 유일한 20대 국회의원이었다던 김수민 의원마저 30대가 되어, 현재 국회에는 20대 청년의원이 전무한 상태다.

낙태죄 폐지를 비롯한 여성의 몸과 섹슈얼리티의 스테레오 타입에 정면으로 도전하는 ‘불꽃페미액션’도 이때 만들어졌다. 이들은 여성의 육체를 거침없이 드러내는 방식으로 한국 사회의 여성 육체를 둘러싼 선정성 논란에 도전장을 던졌다. 운동의 서울 중심성에 의문을 제기하는 페미니스트 그룹인 ‘나쁜 페미니스트’도 있다. 젊은 인구가 점점 서울로 모이고, ‘영’하고 ‘진보’적인 의제가 서울 중심으로 공전하는 현실을 깨기 위해 지방이라는 ‘공간’에서 페미니스트로 함께 살아가기 위한 노력을 아끼지 않는다. 대중에 공개되는 페미니즘 강연을 열고, 여성혐오에 반대하는 문화제를 열고, 책 읽기 모임을 만들어 지방에 거주하는 페미니스트와의 접촉면을 늘렸다. 기존 여성단체와 이어지면서도, 오프라인에서 서로가 만날 수 있는 접점을 끊임없이 쌓아 올린 것이다.

이 책의 인터뷰이들은 기존 여성단체와는 조금 다른 길을 선택한 페미니스트들이다. 기존 단체가 하기 어려운 생동감 넘치는 활동을 하는 ‘영영페미’의 움직임은 한국 사회의 아주 거대한 구조를 뒤흔드는 불꽃이었다.

자유롭고 평등한 활동, 할 수 있을까?

‘영영페미’가 기존 여성단체와 다른 길을 선택한 것은 비단 활동의 영역에만 그치지 않는다. 이들은 우리가 흔히 상상하는 조직 체계와 사뭇 다른 특색 있는 활동을 이어가고 있다. ‘페이머즈’는 직위에 따른 위계가 발생하는 것을 방지하기 위해 여러 명의 대표를 둔다거나, 돌아가면서 대표를 맡는다거나, 의사결정 과정에서 모든 멤버의 찬성이 있어야 단체의 공식적인 결정으로 인정한다거나, 각자 자기가 할 수 있는 일을 할 수 있게 여지를 열어두는 등 아주 다양한 방식으로 서로를 존중하며 일한다. 편저자는 평등한 조직을 위한 노력을 이렇게 묘사한다.

서로에 대한 약속과 책임을 공유하는 과정은 단순히 소진을 예방하는 차원을 넘어 지금과 다른 질서와 관계를 만들어나가기 위한 운동의 일부가 되었다. 아직 제도화되지 않은 운동들이 가지고 있는 힘이자 좀 더 수평적인 시스템의 가능성을 보여주는 증거라고

할 수 있다.


늘 자금이 부족하고 본업을 별도로 두고 있는 사람들이 많기 때문에, 이들은 수평적 방식으로 업무를 분담하고 동료의 기여도를 정직하게 인정하려 노력한다. 한 명에게 과도하게 업무가 몰리지 않게 조절하면서, 업무 과정에서 자연스럽게 생기는 다양한 감정을 제때 풀기 위해 서로 대화하기를 게을리하지 않는다. 이런 노력이 각 그룹만의 특색 있는 문화를 만든다. 자발적으로 모인 사람들이 지치지 않고 달릴 수 있는 힘은 바로 여기서 온다.

지속 가능한 '페미질'을 위하여

뒤늦게 고백해보자면, 나는 '영영페미'다. 인터뷰이들이 사회에 나와 활동을 하는 동안, 나는 2015년부터 활동을 시작한 친구들과 공동체를 바꾸고 싶어 열심히 활동했다. 여성주의 학회를 만들고, 토론을 하고, 집회를 열고 대자보를 쓰는 등 정말 많은 것을 했다.

그로부터 4년이 지났다. 주변을 둘러보니 함께 활동하던 많은 친구들 중 지금까지 활동하는 사람을 찾기가 어려워졌다. 소진된 상태에서 회복하지 못해서, 함께 활동하던 사람들에게 지쳐서, 백래시를 이겨내지 못해서 등등 정말 다양한 이유였다.

이 책이 출판된 2019년 현재 휴식기를 갖고 있는 단체들도 있지만, 종종 집회에서 깃발을 든 이들을 마주칠 때마다 이유 모를 위안이 찾아오기도 한다. 혼자가 아니라 생각 덕분에. 한창 집회를 다니며 깃발을 마주치거나 그들의 활동을 홍보하는 포스터를 만나는 순간마다 기뻐다. 가장 파급력이 컸던 시기를 지나 이제는 백래시의 시대로 접어들었다. 아직도 현실의 벽은 높고 목표하는 이상은 멀지만 그리 외롭지만은 않다. 때로는 서로의 존재만으로도 위안이 되는 법이다.

또 다른 연대의 장에서 만날 날을 기다리며. 

2019 13

반성폭력 이슈리포트

펴 낸 곳 한국성폭력상담소 부설연구소 울림

펴 낸 이 이미경

만 든 이 장주리·김보화

디 자 인 아리에뜨

펴 낸 날 2019년 12월 2일

주 소 (04072) 서울시 마포구 성지1길 32-42, 3층

전 화 (02) 338-2829

팩 스 (02) 338-7122

이 메 일 research@sisters.or.kr

홈 페이지 www.sisters.or.kr

블 로 그 www.stoprape.or.kr

페 이 스 북 www.facebook.com/ksvrc1991

트 위 터 www.twitter.com/stoprape

인스타그램 www.instagram.com/ksvrc_sisters/

전국성폭력상담소협의회에서 2019년 1월부터 3월까지 접수된 강간 사례 1,030건 중에, 직접적인 폭행·협박이 있었던 사례는 28.6%(295건)에 불과하였고, 직접적인 폭행·협박이 없었던 사례는 71.4%(735건)으로 드러났습니다. 이렇게 최협의설에 기초한 강간의 법적 판단 기준은 대다수의 성폭력이 권력관계에서 발생하며, 가해자들은 폭행이나 협박이 없이도 피해자의 취약성을 이용하여 강간한다는 사실을 은폐하고 있습니다. 한국성폭력상담소 부설연구소 율림은 『2019년 반성폭력 이슈리포트 13호』를 통해 현재 강간죄의 구성요건을 ‘폭행·협박’에서 ‘동의 여부’로 재구성할 것을 주장합니다. 이를 위해 반성폭력 활동가·법전문가들의 주된 주장과 논쟁지점들을 제시하고, 상담일지 분석과 연구동향분석을 통해 폭행·협박이 없었던 성폭력의 상담 현황과 이론을 공유하는 작업을 진행하였습니다. 성폭력 판단기준의 변화는 수많은 피해자들이 외쳐온 미투운동에 대한 응답의 시작이자, 우리 사회가 함께 책임져야 할 문제입니다.