



2015
성평등한
사회를 위한
성폭력 판례뒤집기
대토론회



일시 2015년 10월 23일 (금) 오후 3시~5시 30분

장소 한국성폭력상담소 B1 이안젤라홀

주최  **성폭력상담소** 한국성폭력상담소

후원  한국여성재단
KWF KOREAN WOMEN'S DEVELOPMENT FOUNDATION

2015 성평등한 사회를 위한
성폭력 판례뒤집기
대토론회



일시 2015년 10월 23일 (금) 오후 3시-5시 30분
장소 한국성폭력상담소 B1 이안젤라홀

사회: 최란 (한국성폭력상담소 사무국장)

3:00~3:30 **발제 1** '피해자 중심주의'를 피해자의 관점으로 다시보기

발표 조소연 (한국성폭력상담소 여성주의상담팀 활동가)

토론 장임다혜 (한국형사정책연구원 부연구위원)

3:30~4:00 **발제 2** “이건 강간이야”라는 외침의 맥락적 이해와
가해자의 착각에 대한 비판적 검토

발표 이경환 (법무법인 태평양 변호사)

토론 신진희 (대한법률구조공단 피해자국선전담변호사)

4:00~4:15 휴식

4:15~4:45 **발제 3** 강제추행죄에서의 '피해'의 의미

발표 김정혜 (성신여대 사회교육과 강사)

토론 고미경 (한국여성의전화 상임대표)

4:45~5:30 질의 및 플로어 토론

인사말

안녕하세요? 청명한 늦가을의 기운이 가득한 10월입니다.

최근 우리사회에서 성폭력 관련 법·정책이 마련되고 성폭력을 “정조에 관한 죄”에서 “성적자기결정권의 침해”로 바라보는 반가운 변화들이 체감되고 있습니다. 그럼에도 한국성폭력상담소는 지난 24년동안 76,000여회 상담사례를 지원하면서 형사사법절차에서 25%의 피해자들이 2차 피해를 경험하고 있음을 목도하고 있습니다. 아직도 최협의설의 영향에 의한 법적 규정과 판단으로 인해 성폭력 피해생존자들이 고통받고 있음을 상담현장에서 지속적으로 접하고 있습니다.

우리나라의 성폭력 신고율은 아직도 10%이하에 머물고 있고, 피해자가 신고를 하더라도 기소율도 낮습니다. 더욱 주목할 만한 사실은 기소가 되더라도 명확한 증거수집이 어렵고, 피해자의 진술에 의존할 수밖에 없는 성폭력 피해의 특수성을 이해하지 못한 채 무죄선고가 되거나, 1심이나 2심의 유죄판결이 대법원에서 무죄취지로 파기환송이 되는 경우조차 빈번하게 등장하고 있습니다. 특히, 가해자와 피해자의 관계가 친밀한 관계이거나, 친밀한 관계처럼 보이는 경우에는 그 간의 관계에서 있었던 개별적인 폭력행위마저도 ‘사랑’에 동반되는 구애행위로 보고 재판부에 의해 그 폭력성을 부정당하기도 합니다.

대개의 성폭력은 불평등한 권력구조 안에서 쉽게 발생합니다. 업무상 위계·위력을 이용한 직장 내 성폭력은 그러한 권력 불평등의 전형을 여과 없이 보여줍니다. 본 상담소의 최근 3개년의 상담통계에 따르면, 성인 여성들의 성폭력 상담 중 30%가 직장 내 성폭력이며 직장 내 성폭력 가해자는 고용주 및 상사가 절반이상을 차지하고 있어 고용상 권력의 우위를 악용하는 사례가 여전히 다수임을 알 수 있습니다.

성평등한 사회를 위한 판례뒤집기 대토론회를 열며

본 상담소는 그동안 <법조인의 성별의식 조사연구(2003)>, <성폭력을 조장하는 대법원 판례 바꾸기운동(2006~7)>, 전국성폭력상담소 협의회와 함께하는 <성폭력 수사재판 시민감시단(2004~현재)> 활동 등을 통해, 법조인들에게 성폭력의 올바른 이해와, 인권감수성을 키워갈 것을 강력하게 요구해오고 있습니다. 특히 대법원 판결은 하급심 판결의 준거가 되고 이후 발생한 다른 사건에 대해서도 검찰의 기소 여부에 큰 영향을 주고 있습니다. 따라서 성폭력 피해의 특수성을 전혀 고려하지 않은 대법원 판례는 결과적으로 우리 사회의 성폭력을 묵인하거나 조장하는 데까지 이를 수 있습니다.

7

우리는 이른바 법적 판단의 '합리성', '객관성' 기준에서 배제된 여성의 경험을 반영하고, 가시화하기 위한 작업의 일환으로 <2015 성평등한 사회를 위한 성폭력 판례 뒤집기> 운동을 올해 다시 시작하였습니다. 일반시민, 법조인, 학자, 활동가들이 함께 모여 두 번에 걸친 좌담회를 통해 논의를 진전시켜왔고, 오늘 대토론회를 열게 되었습니다. 이러한 움직임이 법조인들이 성평등적인 사법관행을 돌아보고 성찰할 수 있는 계기가 되기를 바랍니다.

우리 상담소는 성폭력 피해생존자의 인권을 보장하고 나아가 성폭력 없는 자유롭고 평등한 세상을 향한 커다란 울림이 될 수 있도록, 앞으로도 꾸준히 법원의 판례를 모니터링하고 비판하며 새로운 관점을 불어넣는 작은 실천들을 해나가겠습니다. 감사합니다.

2015. 10. 23.

(사) 한국성폭력상담소

2015 성평등한 사회를 위한
성폭력 판례뒤집기 대토론회

발제 1

‘피해자 중심주의’를 피해자의 관점으로 다시보기

발표 조소연 (한국성폭력상담소 여성주의상담팀 활동가)

토론 장임다혜 (한국형사정책연구원 부연구위원)

참고 대법원 2014. 11. 13. 2014도9288 판결

‘피해자 중심주의’를 피해자의 관점으로 다시보기

조소연 (한국성폭력상담소 여성주의상담팀 활동가)

I. 들어가는 글

이른바 국민의 법감정을 대변한다는 법원이 어떠한 관점을 갖고 사건을 파악하는가는 결과적으로 판결문으로서 다시 전체 사회의 가치관에 영향을 미친다. 특히 대법원 판결은 하급심 판결의 준거가 되고 이후 발생한 다른 사건에 대해서도 검찰의 기소 여부에 큰 영향을 주는 것에 그치지 않고, 결과적으로 우리 사회의 성폭력에 대한 관점과 인식을 좌우할 수도 있는 위치에 놓여있다. 따라서 대법원 판결문을 피해자의 관점에서 비판적으로 분석해보는 것은 향후 다른 성폭력 사건의 올바른 해결을 촉구하고 지침을 마련하는 기회가 될 수 있다는 데 의의가 있을 것이다.

2014년 11월 13일, 대법원은 15세 여중생을 지속적으로 성폭행하여 임신하게 만든 뒤, 급기야 임신상태에 대한 두려움을 가진 피해자를 자신의 집으로 유인하여 한 달 가량 자신의 집에 머무르게 하면서 수시로 간음한 40대 연예기획사 대표에 대하여 무죄 취지로 파기환송 결정을 내렸다.

위 판례에서 대법원이 제시한 위법의 사유는 다음과 같다. 첫째는 위력에 의한 청소년 추행죄에 있어서의 위력의 개념, 둘째는 강간죄에 있어서의 폭행·협박의 정도, 마지막으로 미성년자 유인죄에 있어서의 유인의 개념 등에 관한 법리나 형사재판에서 요구되는 증명의 정도에 관한 법리를 오해하거나 채증법칙을 위반하여 판결에 영향을 미쳤다는 것이다.

해당 사건의 공소사실에 부합하는 직접증거로는 사실상 피해자의 진술이 유일한데, 대법원은 가해자가 제출한 증거물인 접견민원서신, 인터넷서신 등의 기록에 비춰보면 피해자의 진술은 믿기 어렵다고 판단한 것이다. 그럼으로써 위 대법원 재판부는 법률심을 넘어 가해자의 진술과 위의 자료를 통해 피해자와 가해자의 관계까지 재구성함으로써 사건의 사실관계를 적극적으로 왜곡하여 판단하였다. 뿐만 아니라, 형법과 특별법으로 규정된 아동·청소년의 성보호에 관한 법리마저 오해하기에 이르렀고, 결과적으로 1심과 2심에서 각 징역 12년, 징역 9년을 선고한 하급심 판결을 뒤집은 것이다.

성폭력, 특히 강간은 형사법상으로 강력 범죄로 분류되고 있으며, 아동과 청소년의 경우에는 성적 자유의 침해가 방해 없는 성적 성장을 저해한다는 이유로 형법 외에도 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 등 특별법을 통해 더욱 보호하고 있다. 그럼에도 위와 같은 대법원 판례의 결과가 도출되는 것은 무엇에 기인한 것일까?

12

강간과 추행의 죄의 보호법익은 개인의 성적 자기결정의 자유로서, 다수설은 소극적 자유로 구성하고 있다. 즉 강간과 추행의 죄란 개인의 성적 자유를 침해하는 것을 내용으로 하는 범죄이다. 그러므로 형법상 강간·강제추행의 보호법익인 성적자기결정권은 자신의 일련의 성적 행위에 대한 결정권을 자신이 갖는다는 의미이면서, 적극적인 권리 행사의 보장이 아닌, 침해 시 국가로부터 피해 회복과 가해자에 대한 제재에 관한 청구권을 갖게 된다는 의미이다.

또한 성적자기결정권은 개인의 자유로운 합의와 선택을 중시하는 근대적 합리주의에 기반한 권리 개념이기도 하다. 그러나 각 개인이 처한 사회·경제적 환경을 삭제하고 추상적으로 평등한 관계를 상정한 채 각 개인의 자율성을 강조하는 것은 개인들의 실제 처한 조건과 환경에 따라 발생하는 권력관계의 맥락이 삭제될 위험성이 있다. 다시 말해, 현실에서 각 개인은 단일하지 않고, 자신이 가진 성별, 나이, 출신, 학력, 직업과 같은 다양한 사회·경제적 조건에 따라 만들어진 사회구조 안에서 각자의 위치에 따라 타인과의 관계를 다르게 경험할 수 있다는 사실을 간과하지 말아야 한다.

그러므로 성폭력 피해자가 처한 현실의 복잡하고 다양한 관계성과 맥락이 고려되지 못한다면 실제 성별화된 권력구조 내에서 발생하는 피해를 제대로 설명하지 못하고 피해자의 권리를 충분히 대변할 수 없다는 한계를 갖고 있다. 따라서 진정한 의미의 성적자기결정권을 주장하기 위해서는 피해자와 가해자의 지위, 역할, 장애여부, 성적지향, 나이 등의 요인으로 인해 이미 불평등한 현실을 인식하고 ‘자율성’의 의미를 재구성할 것을 전제로 한다(이미경, 2015).¹⁾

같은 사건에서 재판부 관점의 차이에 따라 어떻게 180도 상반된 결과가 도출될 수 있는가를 보여준 대법원 2014. 11. 13. 2014도9288 판결을 살펴봄으로써 법의 중립성이라는 이름으로 객관적으로 판단한다는 법의 객관성이란 결국 특정 집단의 관점일 수 있으며, 누구의 관점에서 상황과 맥락을 이해하는가에 따라 얼마든지 변화할 수 있는 불안정한 개념임을 이해할 수 있을 것이다.

II. 대법원 판례(2014도9288)에 대한 검토²⁾

대법원은 15세 여중생을 지속적으로 성폭행한 40대 연예기획사 대표에 대하여 무죄 취지로 파기환송 결정을 내렸고, 이러한 대법원의 입장을 고수한 고등법원 역시 2015년 10월 16일 2심 결정을 파기하고 최종 판결로서 무죄를 선고하였다. 대법원은 첫 피해 발생으로부터 한참 시간이 흐른 뒤³⁾에 가해자와 피해자가 주

1) <우월적 지위를 이용한 성범죄 근절 정책 심포지엄 자료집>, “우월적 지위를 이용한 성폭력의 특성과 피해자 권리,” p.33.

2) 본 사건의 공소사실은 아동·청소년의 성보호에 관한 법률, 간음유인(2심에서 미성년자 유인으로 공소장 변경), 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(카메라등이용촬영)이 심판 대상이었으나, 본 발제문에서는 아동·청소년의성보호에 관한 법률위반을 주요하게 다루고자 한다.

3) 2011.8.14.~15 첫 강제추행 후, 8월 중순에 첫 강간 피해가 있었고, 2012년 5.19에 가해자는 다른 범죄사실로 인하여 구속되어 징역 10월형을 선고받아 수형생활 중이었다. 피해자는 수감 중인 가해자를 거의 매일 면회하였고, 그 기간 동안 가해자에게 가해자를 사랑한다는 취지의 내용이 담긴 편지를 여러 차례 보냈다. 대법원은 특히 2012. 6. 9의 접견민원서신 내용과 2012.8.13.의 접견민원서신 내용에 따라 피해자가 가해자를 처음부터 사랑한 것으로, 처음부터 피해자 의사에 반하여 피고인이 위력 추행과 강간 범행을 저질렀다는 진술을 선택 믿기 어렵다고 판단하였다.

고받은 접견 대화록에 기초하여 '피해자의 의사'와 '폭행·협박, 위력' 여부를 판단하였다. 가해자가 피해자에게 '짧은 치마를 입지 말고 길을 조심해서 다니라'는 등 사건 이후 가해자가 수감된 상황에서 가해자와 피해자가 주고받은 접견 대화의 내용을 토대로 이는 '의사에 반하여 추행 또는 강간을 당한 피해자와 피고인 사이에서 주고받을만한 내용이 아니'므로, 가해자의 위력과 협박 혐의가 없다고 본 것이다. 대법원 파기 환송 후, 고등법원 역시 이에 대해, "접견녹취록을 보면 일부 피해자에 대한 가해자의 강요가 확인되는 지점도 있으나(밑줄 필자 추가, 이하 강조 및 밑줄 모두 필자 추가), 위와 같이 피해자를 걱정하는 가해자의 말을 보면 강요만으로는 보기 어렵다"면서, 결과적으로 대법원의 판결과 일맥상통한 입장을 견지하였다.

위 대법원 판결의 주요 골자를 검토해보면, 우선 대법원의 원심 판결 파기의 이유를 다음과 같이 실시하고 있다.

14

1) 형사재판의 범죄사실에 대한 증명책임은 검사에게 있고, 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실하다는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하므로, 그와 같은 증거가 없다면 피고인에게 유죄의 의심이 가더라도 피고인에게 유리하게 판단하여야 한다(대법원 2014. 2. 13, 선고 2013도9605)는 것이다.

그런데 2) 가해자는 일관되게 혐의를 부인하고 있으며, 이 사건 공소 사실에 부합하는 직접증거는 사실상 피해자 진술이 유일한데 다음과 같은 사정에 비추어 보면 피해자 진술은 선뜻 믿기 어렵다고 보았다. 또한 공소사실이 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 증명되었다고 보기 어렵다고 주장하면서 제출된 증거들을 토대로 피해자 진술의 신빙성을 검토하여 다음과 같이 판시하고 있다.

피해자가 가해자를 접견하며 주고받은 대화 및 서신의 내용에 대해 가)접견의 횟수와 접견 시의 대화 내용, 서신을 보낸 횟수, 서신의 내용, 형식(색색의 펜을 사용한 것은 물론 하트 표시 등 각종 기호를 그리고, 스티커를 사용하여 꾸미기도 한 점)에 비추어 보면, 그 내용은 피해자의 감정을 솔직하게 표현한 것으로

보인다. 나)카톡 문자메시지 횡수, 내용, 형식에 비추어 보면, 그 내용 또한 피해자의 감정을 솔직하게 표현한 것으로 보일 뿐이다. 다)이와 같은 접견민원서신, 인터넷서신이나 카카오톡 문자메시지의 내용에 비추어 보면, 피해자는 피고인을 처음 만난 순간부터 사랑의 감정을 느꼈고, 피고인이 구속된 뒤에도 그 감정은 계속된 것으로 보인다…(중략)…피고인을 꼭 사랑해 왔으며, 앞으로도 영원히 사랑하겠다고 다짐하고 있음을 알 수 있다. 라)피해자 스스로 겁을 먹었다는 이유만으로는 피해자가 추행이나 강간 사실을 알리지 않은 채 피고인과 계속 만난 사실을 쉽게 설명할 수 없고, 상위권의 학업 성적에다가 성교육을 여러 번 받은 중학교 3학년이던 피해자가 키스만으로 임신이 된다고 믿었다거나 그에 따른 임신중절 비용이 걱정되어 피고인을 계속 만날 수밖에 없었다는 진술도 납득하기 어렵다. 마)접견 대화록에 의하면, 가해자는 ‘성폭행범을 공개하는 사이트를 찾아 주거지 인근에 성폭행범이 살고 있는지 확인하고, 짧은 치마 같은 것을 입고 다니지 말고 조심하라’며 피해자를 걱정하고, 피해자는 가해자에게 ‘피고인이 뭘 잘못했다고 왜 못나오냐’는 서신을 서로 교환한 것은 강간 피해자와 가해자 사이에 주고받을 내용의 대화로 보기 어렵다. 바)캡처사진만으로는 의사에 반하여 촬영되었다고 단정하기도 어렵다고 보았다. 사)미성년자유인죄와 관련하여 가해자의 집을 떠날 수 있음에도 떠나지 않았고, 집으로 돌아가려는 경찰의 권유에 따르지 않았으며, 임신한 피해자를 충분히 돌볼 수 없는 가족 상황으로 인해 가해자 집에 머무는 피해자에게 반찬, 미역국, 과일쥬스 등 음식을 챙겨주기도 한 점 등을 종합하면, 가해자가 피해자를 기망 또는 유혹하여 자신의 물리적·실력적인 지배관계 아래에 두었다고 단정하기 어렵다며, 결국 공소사실 전부를 유죄로 인정한 데에는 위력에 의한 청소년 추행죄에 있어서의 위력의 개념, 강간죄에 있어서의 폭행·협박의 정도, 미성년자유인죄에 있어서의 유인의 개념 등에 관한 법리나 형사재판에서 요구되는 증명의 정도에 관한 법리를 오해하거나 채증법칙을 위반하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 원심판결을 파기하였다.

15

그러나 유죄를 선고한 1심에서는 적법한 증거조사를 거친 증거들과 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 여러 사정을 고려하면 판시 범죄 사실은 모두 넉넉히 인정된다고 하면서 이를 판단하기 위해 특히 고려한 사정들을 다음과 같이 나열하고 있다. ①피해자가 처음으로 피해자를 만난 경우, ②가해자의 당시 가족 관

계, ③피해자의 당시 판단 능력, ④피해 당시 피해자가 교통사고로 인해 중한 상해를 입어 몸이 아픈 상황, ⑤가해자가 피해자의 인적사항 등의 개인정보를 모두 알고 있는 등, 피해자가 미성년자로서 제대로 저항하거나 주변에 요청을 적극적으로 할 수 없는 심리적 상황, ⑥임신사실을 알고 화를 내던 가해자가 피해자의 자해 직후, 가출을 적극적으로 계획하고 유인한 점, ⑦가해자가 연인관계의 취지로 제시한 자료에서 보이는 피해자의 언행에 대한 올바른 해석은 지속적인 성폭력과 임신으로 인해 저항할 수 없는 상황에서 가해자에게 갖게 된 긍정적인 감정에 불과하므로 ⑧피해자의 진술이 매우 일관되고, 일부 내용의 불일치나 모호함은 사건 발생 이후부터 첫 조사가 이루어지기까지 장시간 경과하면서 겪었을 정신적 충격과 혼란을 고려하면 충분히 이해할 수 있고, 오히려 자연스러운 일이므로, 결국 이 사건 범죄사실에 관한 피해자의 진술은 그 신빙성이 높다고 판단하였다.

가해자는 1심 판결에 대해 '사실오인'과 '양형부당'을 다투었으나 2심 역시 피고인의 사실오인 주장에 대해 '이유 없다'는 결정을 내렸다. 2심 역시 1심의 증거에 대한 판단에 위법이 없다고 본 것이다. 그렇다면 1심, 2심의 증거에 대한 판단과 대법원의 판단이 왜 이토록 다른 것일까?

피해자가 지속적인 성폭력으로 인하여 임신하고, 가해자의 유인에 의해 가출 이후에 가해자가 다른 사건으로 구속된 동안 주고받은 문자, 접견 시 대화내용, 서신 등은 1,2심, 역시 판결을 위해 모두 함께 고려했던 증거로서 전혀 새로운 증거는 아니었다. 그렇다면 같은 사건임에도, 1,2심, 그리고 대법원의 판결에서 이렇게 상반된 결과가 도출된 이유는 결국 '피해자의 말에 재판부가 직접, 그리고 얼마만큼 귀를 기울였는가'에 있다.

피해자가 증인으로 출석하여 피해자의 진술을 직접 보고 들었던 1,2심 재판부는 피해자가 또래의 학생들과 비교하더라도 내성적이고 언어표현 능력 등이 미숙하였으며, 종전 성관계 경험이 없는 듯하고, 이성 관계에 대해서도 전반적으로 미숙하였다고 보았다. 또한 피해자의 당시 가정 상황을 보더라도 피해자의 부모는 건강이 매우 좋지 못하고 경제적 형편 역시 매우 어려웠다. 이러한 사실에 비추어 볼 때, 피해자가 지속적인 강간 피해를 겪으면서도 가해자에 대해 동시에 연

민이나 애정과 같은 감정을 갖게 되었다고 가정하더라도, 이는 나이가 어린데다 또래에 비하여도 비교적 언어표현 능력이나 이성 관계에 미숙하였던 피해자가 이미 피고인에게 여러 차례 범죄 피해를 당하여 임신까지 한 상황에서 정상적으로 형성된 것으로 보기는 매우 어렵다고 본 것이다.⁴⁾

Ⅲ. 폭행·협박/위력의 정도에 대한 검토

우선 사건 관련 법조문을 살펴보자. 위 사건에서 강간 및 강제추행에 적용된 법률은 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(이하 아청법)이다.

[아동·청소년의 성보호에 관한 법률]

제2장 아동·청소년대상 성범죄의 처벌과 절차에 관한 특례

제7조(아동·청소년에 대한 강간·강제추행 등) ① 폭행 또는 협박으로 아동·청소년을 강간한 사람은 무기징역 또는 5년 이상의 유기징역에 처한다.

② 아동·청소년에 대하여 폭행이나 협박으로 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 자는 5년 이상의 유기징역에 처한다.

1. 구강·항문 등 신체(성기는 제외한다)의 내부에 성기를 넣는 행위
2. 성기·항문에 손가락 등 신체(성기는 제외한다)의 일부나 도구를 넣는 행위
- ③ 아동·청소년에 대하여 「형법」 제298조의 죄를 범한 자는 2년 이상의 유기징역 또는 1천만원 이상 3천만원 이하의 벌금에 처한다.
- ④ 아동·청소년에 대하여 「형법」 제299조의 죄를 범한 자는 제1항부터 제3항까지의 예에 따른다.
- ⑤ 위계(僞計) 또는 위력으로써 아동·청소년을 간음하거나 아동·청소년을 추행한 자는 제1항부터 제3항까지의 예에 따른다.
- ⑥ 제1항부터 제5항까지의 미수범은 처벌한다.

피해자가 19세 미만의 미성년자이고, 강간 및 강제추행 행위에 폭행·협박에 이

4) 1,2심과 대법원의 상반된 결과에 대해 천정아 변호사는 ‘피해자를 직접 보고, 피해자의 증언을 직접 들은 재판부만이 서류에는 나타나지 않는 섬세한 피해자의 몸짓, 말짓, 행동, 이 모든 것을 보고 판단하는 것인데, 대법원은 1,2심에서 만들어진 기록만 보고, 서류만 보고 판단을 한데 기인한다’고 지적한 바 있다. [한수진의 SBS 전망대] 여중생 성관계 40대 무죄? “원심 깬 대법원, 극히 드문 일” 2014.11.28. 인터뷰 본문 중.

르지 않는 정도의 위력이 사용된 것으로 보아 형법이 아닌 아청법을 적용하였으나, 그 형벌의 법정형은 폭행·협박을 사용한 강간 및 강제추행과 동일하다. 이는 앞서 살펴보았듯 아동·청소년의 경우에 특별히 권력관계에서 성인에 비해 취약한 위치에 놓일 수 있다는 점을 감안하여 법으로 특별히 보호하고자 폭행·협박에 이르지 않은 정도의 위력이 사용된 경우에도 폭행·협박이 사용된 경우와 마찬가지로 보겠다는 의지가 담긴 것이다. 그렇다면 형법과 아청법 간에는 각 법률 적용과 판단 시 어떠한 차이점과 공통점이 있을까?

1. 강간/강제추행 구성요건으로서 폭행·협박의 개념

18

강간죄의 행위는 '폭행 또는 협박으로 강간'하는 것이다. 강간죄가 성립하기 위한 가해자의 폭행 또는 협박은 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이어야 하고, 그 폭행·협박이 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이었는지 여부는 그 폭행·협박의 내용과 정도는 물론, 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 **모든 사정을 종합하여 판단**하여야 한다(대법원 2007.1.25, 2006도 5979)고 판시하고 있다.

그러므로 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(대법원 2005.7.28, 2005도3071)고 판단한 판례가 있다.

그러나 폭행·협박 여부 판단을 최협의설⁵⁾에 따르는 대다수의 판례에서 가해자의 폭행·협박 행위가 피해자의 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이었는지의 여부를 판단할 때에 피해자의 반항행위의 존재를 전제로

5) 강간·강제추행과 같은 성폭력 범죄 성립 구성요건으로서 폭행·협박 판단 시, 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란할 것을 요하는 입장이다. 이 학설의 문제점과 비판점에 대한 더욱 풍부한 설명은 2007년 한국성폭력상담소가 발간한 <성폭력 조장하는 대법원 판례바꾸기 운동: 1차~12차 자료집 모음 자료집> 참조.

하고 있다. 즉, 피해자의 반항을 통해 폭행·협박이 있었음을 확인하며, 강도를 측정할 수 있다고 보기 때문이다.

판례는 상대방에 대하여 폭행 또는 협박을 가하여 추행행위를 하는 경우에도 위와 같이 모든 사정을 종합하여 판단해야 함을 제시한다. 다만 강제추행의 경우에는 먼저 상대방에 대하여 폭행 또는 협박을 가하여 그 항거를 곤란하게 한 뒤에 추행행위를 하는 경우만을 말하는 것이 아니고, 폭행행위 자체가 추행행위라고 인정되는 경우도 포함되는 것이라 할 것이고, 이 경우에 있어서의 폭행은 반드시 상대방의 의사를 억압할 정도의 것임을 요하지 않고, 다만 상대방의 의사에 반하는 유형력의 행사가 있는 이상 그 힘의 대소강약을 불문한다고 보아야 할 것(대법원 1994.8.23, 94도630)이며, 협박과 간음 또는 추행 사이에 시간적 간격이 있더라도 협박에 의하여 간음 또는 추행이 이루어진 것으로 인정될 수 있다면 달리 볼 것은 아니다(2007.1.25, 2006도5979)고 보고 있다. 더욱이 사후적으로 동의가 있었다고 하더라도, 강간·강제추행되는 폭행·협박을 개시한 때에 실행의 착수가 인정되므로 폭행 또는 협박 후에 피해자의 동의가 있다면 미수가 성립하게 된다.

그럼에도 이 글의 검토 대상 판결은 접견, 서신 등을 이용하여 가해자가 시키는 대로 ‘사랑한다’ 등의 문구를 가해자에게 보낸 피해자에게 어떠한 의사에 반하는 유형력의 행사가 있었던 것은 아니라고 본 것이다.

이미 지속적인 성폭력을 경험한 피해자가 임신상태에서 가해자가 구속이 되자 어쩔 수 없이 선택한 대안이라면, 그것이 설령 피해자의 진정한 의사였다고 하더라도 사후적 동의에 해당하거나, 본 사건의 판결에 영향을 줄 수 없는 별개의 사건으로 다루어져야만 했다. 사실 이 점은 각기 해석상 차이는 있으나, 성폭력 피해자 지원 단체와 법조인으로부터 가장 큰 비판을 받고 있는 지점이기도 하다.

대법원 판례에 따르면 15세 중학생으로서, 가해자가 보인 평소의 난폭한 언행을 목격하고서도 즉시 자신의 피해를 신고할 것을 기대하거나, 임신피해로 인한 심리적인 곤궁과 공포상태에서 아이와 자신의 안녕을 위해 어쩔 수 없이 가해자에게 의지한 것 역시 전적으로 자발적 의사에 의한 것으로 보는 것이 합리적이라는 결론에 이르게 된다.

여기서 우리는 아픈 부모와 어려운 가정 형편을 둔 어린 여중생이 지속적인 성폭력으로 인한 임신상태에서 선택할 수 있는 현실적인 대안 자체가 무엇인지, 이러한 여중생의 관점에서 '자유로운 선택이 가능한' 대안이 마련된 사회인지 의문을 제기해 볼 수도 있을 것이다. 피해자는 각 1,2심 법원에 출석하여 일관되게 학교와 친구들, 가족에게 강간 피해사실이 알려질 경우 극도로 수치스러울 뿐만 아니라, 난폭한 성질의 가해자가 혹여 자신의 가족들에게 더 큰 해악을 입힐 것을 염려하여 차마 피해 사실조차 알릴 수 없었다고 말하였다. 가해자가 피해자의 학교까지 찾아 온 적이 있고, 피해자의 모든 개인 정보를 거의 다 아는 상태였으며, 피해자뿐만 아니라, 피해자 앞에서 제3자에게도 평소에 욕설, 폭언 등을 자주 행했다. 따라서 1,2심 재판부는 이러한 피해자의 사정을 고려하여 피해자의 진술을 신빙성 있다고 인정하였다.

이러한 '비정상적인' 상태에 놓인 피해자가 피해 직후 바로 신고하지 못하였고, 임신 확인 후 가해자를 따라 나설 수밖에 없었다면, 이러한 피해자에게 '저항'이나 '탈출'이라는 '합리적' 대응을 요구하는 것이 오히려 피해자의 입장에서는 '비합리적' 선택이라고 할 수 있을 것이다.

2. 아동·청소년의 성보호에 관한 법률상 강간/강제추행에서의 위력과 위력

청소년을 성적으로 보호하기 위한 장치로서 범죄에 대한 형사처벌 강화의 움직임은 어제 오늘의 일은 아니다. 특히 아동·청소년의 신체적 발달과 성적 성숙 정도가 빨라졌고, SNS 채팅 등 통신매체를 통해 성범죄의 위험에 쉽게 노출이 되면서 형사적으로 특별히 미성년자의 성을 보호하려는 법안에 대해 그 찬성의 이유에서는 입장별로 차이가 있으나, 우리 사회의 폭넓은 공감대를 형성한 것은 분명해 보인다.

청소년의 성보호에 관한 법률 위반(청소년 강간 등)죄에 있어서의 '위력'이란 피해자의 자유의사를 제압하기에 충분한 세력을 말하고 유형적이든 무형적이든 묻지 않으므로, 폭행·협박뿐 아니라 행위자의 사회적·경제적·정치적인 지위나 권세를 이용하는 것도 가능하며, '위력'으로써 간음하였는지 여부는 행사한 유형

력의 내용과 정도 내지 이용한 행위자의 지위나 권세의 종류, 피해자의 연령, 행위자와 피해자의 이전부터의 관계, 그 행위에 이르게 된 경위, 구체적인 행위 태양, 범행 당시의 정황 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다 (대법원(대법원 2005. 7. 29, 2004도5868).

그러므로 체구가 큰 27세 남자가 15세인 피해자의 거부 의사에도 불구하고, 성교를 위하여 피해자의 몸 위로 올라간 것 외에 별다른 유형력을 행사하지 않은 경우에도 청소년의 성보호에 관한 법률상 ‘위력에 의한 청소년 강간죄’가 성립한다(대법원 2008.7.24, 2008도4069).

이렇듯 형사상 피해자가 아동·청소년인 경우에 특별법으로 더욱 보호하면서, 가해자가 ‘폭행·협박’을 사용한 경우와, 폭행·협박에 이르지 않는 ‘위력’을 사용한 경우의 처벌이 상이하지 않도록 법률이 규정한데 대해 다음과 같이 입법목적의 정당성을 밝힌 판례가 있다.

여자 청소년은 성인에 비하여 정신적·육체적으로 성숙하지 않은 상태에 있어, 형법상의 강간죄가 요구하는 정도의 폭행·협박을 사용하지 않고 위계 또는 위력만으로도 강간·강제추행이 가능하고, 실제로 그러한 범죄가 빈번하게 발생하고 있으며, 실무상으로도 형법상 강간죄가 요구하는 정도의 폭행·협박인지, 위계·위력에 불과한지를 구분하기가 쉽지 않다. 따라서 위계 또는 위력을 사용하여 여자 청소년을 간음한 자를 폭행·협박으로 강간한 자와 동일하게 처벌하여야 할 형사정책적인 필요성이 있다.

위계·위력이란 그 범위가 매우 넓기 때문에 강간죄가 요구하는 정도의 폭행·협박에 비하여 그 피해가 상대적으로 경미하고 불법의 정도도 낮은 경우가 많지만, 구체적인 사안에 따라서는 강간죄가 요구하는 정도의 폭행·협박이 사용된 경우보다 죄질이 나쁘고 중대한 경우도 있을 수 있다. 범행의 동기와 범행 당시의 정황 및 보호법칙에 대한 침해의 정도 등을 고려할 때 강간죄보다 무겁게 처벌하거나 동일하게 처벌하여야 할 필요가 있는 경우도 흔하다.

따라서 위계 또는 위력에 의한 간음죄를 강간죄에 비하여 가볍게 처벌하는 것이 구체적인 경우에 있어서 오히려 불균형인 처벌결과를 가져올 염려가 없지 않은 점 등을 종합하여 보면, 위계·위력을 사용하여 여자 청소년을 간음한 자에 대한 비난가능성의 정도가 폭행·협박으로 강간한 자에 비하여 반드시 가볍다고 단정할 수 없으므로, 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제 7조 제5항이 위계 또는 위력을 사용하여 여자 청소년을 간음한 자에 대한 법정형을 폭행·협박으로 강간한 자에 대한 법정형과 동일하게 정하였다고 하여 이를 두고 형벌체계상의 균형을 잃은 자의적인 입법이라고 할 수 없다(대법원 2007.8.23, 2007도4818)

아동·청소년 성보호에 관한 법률 자체는 아동·청소년이 성적으로 무조건적인 보호대상이라거나, 성인에 비해 완전한 개별적 성적주체가 될 수 없다는 식의 가치판단이 전제된 것은 아니다. 13세 미만으로서 피해자의 동의를 있어도 전적으로 가해자를 처벌하여 더욱 강력하게 피해자를 보호해야 할 경우를 제외하고는, 아동·청소년의 자유로운 성적 자기결정권과 방해 없는 성적 발달을 보호하기 위해 강간죄 성립여부를 피해자의 의사를 아동·청소년이라는 피해자의 특수성을 고려하여 판단하겠다는 것이다.

그러나 폭행 또는 협박 판단에 있어 최협의설을 따르는 대다수의 판례에서 더 강력한 폭행과 보복이 두려워 처음부터 반항을 포기하거나 구조요청을 하지 못하거나 어쩔 수 없이 가해자에 협조한 피해자들은 아동·청소년임에도 여전히 법률의 보호에서 제외되는 결과를 가져오게 된다. 결국 모든 사정을 종합하여 폭행 협박의 여부와 정도를 판단하고 피해자 의사를 확인한다는 원칙이 얼마만큼 여성, 특히 아동·청소년의 경험과 입장에서 판단되고 있는지를 볼 때, 이 글의 검토 대상 판례에서는 충분히 담보되지 못하고 있다고 볼 수 있다.

22

그렇다면, 의제강간 연령 상향은 이에 대한 충분한 대안이 될 수 있을까? 형법(305조)⁶⁾과 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(7조)⁷⁾에는 13세 미만의 미성년자를 간음하거나 추행한 경우에는 별도로 미성년자의제강간·강제추행죄를 규정하여 피해자의 동의가 있는 경우에도 그 승낙능력을 부정하여 강간죄·강제추행죄의 예에 의하여 처벌하고 있다. 피해자의 동의가 있는 경우에도 성립하는 범죄이므로 폭행·협박·위계·위력 등 별도의 수단이 필요 없지만, 처음부터 폭행·협박에 의한 경우에는 형법상의 강간죄·강제추행죄가 성립한다.

이렇게 13세 미만의 미성년자에게는 별도의 규정을 통해 피해자인 미성년자의

6) 형법 제305조(미성년자에 대한 간음, 추행) 13세 미만의 사람에 대하여 간음 또는 추행을 한 자는 제297조, 제297조의2, 제298조, 제301조 또는 제301조의2의 예에 의한다.
7) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제7조(13세 미만의 미성년자에 대한 강간, 강제추행 등)
① 13세 미만의 사람에 대하여 「형법」 제297조(강간)의 죄를 범한 사람은 무기징역 또는 10년 이상의 징역에 처한다.

동의를 있는 경우에도 처벌한다. 그 이유는 외부로부터의 부적절한 성적 자극이나 심리적 장애 없이 성적 정체성 및 가치관을 형성할 권익을 보호하고자 함이다. 그러므로 가해자의 고의만으로 충분하며, 성욕을 만족시키고자 하는 동기나 목적까지 있어야 하는 것은 아니다(대법원 2006.1.13., 2005도6791).

형법상 의제강간은 결국 아동의 불완전한 동의능력을 보호하기 위한 최소한의 장치로서, 그 법정형은 폭행·협박을 이용한 강간과 동일하다. 피해자가 적극적으로 동의를 표시했음에도 처벌하도록 규정한 것은 아동의 성적 성장을 보호하기 위한 목적이 분명하므로, 가해자의 오인이나 착각, 폭행·협박의 유무와 처벌 여부는 무관하며, 고려사항이 될 수도 없다.⁸⁾ 그럼에도 피해자를 성년으로 착각한 가해자에게 책임을 지울 수 없다는 지방법원 판례가 있다.

[대구지법 형사12부⁹⁾

대구지법 제12형사부(부장판사 최월영)는 아동·청소년의성보호에관한법률위반(강간미수) 혐의로 기소된 A(34)씨에 대해 징역 2년을 선고하고 정보공개 3년, 40시간의 성폭력 치료프로그램 이수를 명령했다고 7일 밝혔다.

재판부는 판결문에서 “술에 취한 피해자를 따라간 뒤 폭행하고 협박해 성폭행을 시도한 것으로 죄질이 매우 불량하다”면서도 “범행 자체는 미수에 그쳤으며 깊이 반성하고 있는 점, 피해자를 위해 상당한 금액을 공탁한 점 등을 종합해 형을 정했다”고 밝혔다.

그러나 아동·청소년성보호에관한법률 위반 혐의에 대해서는 “당시 피해자가 화장을 하고 하이힐을 신고 있었던 점, 범행 시간이 오전 3시30분으로 피고가 그 시간까지 청소년이 술에 취해 돌아다니는다고 생각하지 못한 점 등을 참작하면 청소년으로 인식하고 범행했다고 보기는 어렵다”며 무죄 의견을 밝혔다.

그러므로 단지 의제강간으로 규정된 보호 연령을 16, 19세로 상향 조정을 한다는 대안만으로는 성폭력 관련 판례들의 근본적인 변경을 도출해내기 어렵다고

8) 아동·청소년 성보호에 관한 법률 제1조(목적) 이 법은 아동·청소년대상 성범죄의 처벌과 절차에 관한 특례를 규정하고 피해아동·청소년을 위한 구제 및 지원 절차를 마련하며 아동·청소년대상 성범죄자를 체계적으로 관리함으로써 아동·청소년을 성범죄로부터 보호하고 아동·청소년이 건강한 사회구성원으로 성장할 수 있도록 함을 목적으로 한다.

9) 뉴시스, 2014. 12. 7일자, 「法 '20대처럼 보인 10대 성폭행 미수'...아청법 적용 안돼」

할 수 있다. 여성, 특히 아동·청소년을 무조건적인 보호와 배려의 대상으로 남
게 하지 않으면서도, 성폭력에 대한 사회적 통념과 인식을 바꿀 방안이란 결국
가해자의 관점에 비추어 판단하지 않고, 아동·청소년의 경험과 맥락을 삭제하
지 않는 관점을 재판부와 사회가 갖추도록 하는 것이다.

3. 미성년자유인죄에 있어서의 유인의 개념

이 글의 검토 대상인 대법원 판결문에서는 피해자가 가출한 후에도 얼마든지 피
고인의 집을 떠나 자신의 집으로 돌아갈 수 있었지만 돌아가지 않았고, 피해자
의 어머니가 피고인의 집에 살고 있는 피해자에게 반찬, 미역국, 과일주스 등
음식을 챙겨주기도 한 점 등을 종합하면, 피고인이 피해자를 기망 또는 유혹하
여 피해자를 자신의 물리적·실력적 지배관계 아래에 두었다고 단정하기 어렵다
고 판시하였다.

24

이에 반해, 1심 판결은 검토 대상 사건에서 가해자는 피해자가 부모에게 거짓말
을 하고 가출하도록 미성년자를 적극적으로 유인하면서 집에 남겨놓을 거짓 편
지의 문구까지 상세하게 작성하여 피해자에게 카카오톡 메시지로 전송하였다고
보았다. 또한 가해자는 피해자의 가출 과정에서 부모의 신고나 경찰 추적을 따
돌리기 위하여 치밀한 계획을 세워두고 실행에 옮겼다고 보았다. 결국 1심 판결
문에 따르면 피해자가 스스로 가출했다는 것은 피고인의 주장일 뿐, '피해자와
가해자의 관계가 순수한 사랑이었고, 스스로 가출했다'는 피고인의 주장을 믿을
수 없다고 판시하였다. 해당 사건의 2심 판결 역시 임신으로 인하여 정상적인
상황판단이 어려웠던 미성년자인 피해자를 기망 또는 유혹하여 피해자 부모의
보호관계로부터 이탈시킨 후 피고인의 지배하에 옮겼다고 인정하였다.

그럼에도 대법원 판결문에 따르면 가출에 대해, '피해자의 후회 없는 선택,' '엄
마를 보고 싶겠지만 참겠다는 각오,' '아이를 버릴 수 없으므로 후회 없는 선택',
'피고인으로부터 자신을 지켜달라는 바람'이므로 가해자의 유인은 어떠한 기망이
나 유혹으로도 볼 수 없으며, 이는 유인의 개념에 관한 법리, 형사재판에서 요

구되는 증명의 정도에 관한 법리를 오해하거나 채증법칙을 위반하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 보고 있다.

지금으로부터 40여 년 전, 대법원 판결문은 다음과 같이 판시함으로써 현재 판결에 대한 시사점을 제시한다. ‘유인’이란 기망, 유혹 같은 달콤한 말을 수단으로 하여 미성년자를 꺾어 현재의 보호 상태에서부터 이탈하게 하여 자기 또는 제3자의 사실적 지배하에 옮기는 등 피해자의 하자 있는 의사를 이용하는 것이다. 피해자가 미성년자라는 것을 알면서 유인의 행위에 대한 인식이 있으면 족한 것으로서 유인하는 행위가 피해자의 의사에 반하는 것까지 인식하여야 하는 것은 아니며 또 유인으로 인하여 피해자가 하자있는 의사로 자유롭게 승낙하였다 하더라도 본죄의 성립에 소장이 있는 것은 아니라 할 것이니 피해자가 피고인의 유인으로 인하여 가출함에 있어 편지를 부모님들에게 써놓고 나왔다 하더라도 본죄의 성립에는 아무런 소장이 없다(대법원 1976.9.14., 76도2072).

IV. 피해자 진술의 신빙성 검토 : 무엇을 기준으로 판단하는가?

최근 몇 년 간 가해자의 이름을 붙인 강력 범죄가 사회적으로 크게 주목을 받으면서 아동·청소년 성폭력 사건은 되도록 엄중히 처벌해야 한다는 사회적 여론과 정책이 만들어졌다. 이에 따라, 아동·청소년 성폭력 범죄의 형량 강화, 공소 시효 연장 등 지속적으로 국가 형벌권이 강화되는 추세를 보여 왔다.

그러나 이러한 처벌 강화의 분위기는 ‘연약하고 보호받아야 하는 피해자’와 ‘자기방어 능력이 있는데도 끝까지 저항하지 않은 의심스러운 피해자’라는 이분법을 더욱 강화하는 결과를 낳았고, ‘보호받을 만한 피해자’만을 더욱 보호하는 가해자중심주의적 관점을 고수하는 결과를 초래하였다. 이러한 여성과 성에 대한 이분법적 관점은 아동·청소년 피해자들에게도 고스란히 적용된다.

아동과 청소년의 성보호를 위해 제정된 법률에서 위계·위력은 폭행·협박에 미

치지 못하더라도 피해자의 자유로운 의사를 억압하기에 충분한 유형적·무형적 세력이면 충분하다는 개념이다. 이는 판단능력이나 대처능력이 비교적 낮을 수 있는 성적주체로서의 아동과 청소년을 보호하고 대상 범죄를 규제하기 위해 규정된 것이다. 여기서 때때로 판례는 피해자의 성보호와 피해자의 성적자기결정권 실천을 양립불가능한 개념으로 판단하는 오류를 범한다.

그러나 성적 자기결정권을 개인의 자율성의 측면에서 보고, 성폭력을 개인의 자율성 침해로 바라보는 관점과, 여성과 아동을 포함한 사회구성원 전체가 어떠한 종류의 폭력으로부터 보호받아야 한다는 보호주의적 관점은 양립불가능한 것이 아니다. 이는 한 개인이 성적자기결정권을 둘러싸고 적극적인 의미의 권리 행사 뿐만 아니라, 소극적으로는 의미로서는 침해로부터의 자유를 누릴 권리, 그리고 성폭력이 일상화되어 있지 않은 사회에서 안전하게 살 수 있도록 보호받을 권리가 있다는 것이기 때문이다.

26

따라서 성적 자기결정권은 적극적으로 자신의 성적 언행을 결정하고 실천할 수 있는 권리일 뿐만 아니라, 소극적 자유로서의 의미로는 침해받지 않을 권리로써, 침해 발생 시 이에 대한 이의를 제기하고 국가로부터 보호를 요청할 수 있는 권리까지를 포함한다. 성적자기결정권이 형사적으로 중요한 보호 법익이라면, 침해에 대해 이의를 제기하고 국가에 형사소송을 통한 적법한 권리 보호를 요청하는 피해자의 목소리에도 당연히 귀를 기울여야 한다.

그럼에도 실제 성폭력 사건에서 판례는 피해 직후 소극적 자유의 의미로서 성적 자기결정권을 적극적으로 실천한 피해자는 '보호할만한 피해자'에서 제외한다는 딜레마가 있다. 즉, 피해자는 '항거불가능성'을 인정받기 위해서는 지나치게 저항해서도 안 되지만, '거부의사'를 인정받기 위해서는 지속적이면서도 필사적인 저항을 시도해야만 한다.

강간 피해 도중 가해자에게 “강간한거다, 경찰을 부르겠다”고 하며 신고의사를 밝히자 가해자가 행위를 중단한 경우, 피해자가 지인에게 피해사실을 알리며 조언을 구하고, 경찰을 불렀다는 이유로 오히려 ‘자유롭게 행동하는 데 별다른 제

한이 없었던 것'으로 보고 강제성을 부인한 판례는 이러한 왜곡된 통념을 고스란히 드러내고 있다. 이 판례에서는 피해자가 피해 도중 '하지말라'는 말을 하였으므로, 피해자의 의사에 반하여 간음하였다고 보인다고 하면서도, 이 사건 당시 피해자의 의사에 반하는 정도를 넘어 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도에 해당하는 유형력을 행사하였다고 보기 어렵다며 무죄를 선고하였다(광주지법 2014. 12. 10, 2014고합278).

피해자가 아동·청소년에 비해 사회 경험이 비교적 많은 성인 여성이라고 할지라도, 자신의 피해사실을 외부로 적극적으로 알리면서까지 구조를 요청하거나 신고를 감행하는 것은 녹록치 않다. 2008년 형사정책연구원의 주요범죄 암수추정 연구에 따르면 성폭력범죄의 암수범죄율 추정은 87.5%로, 성폭력 신고는 사건 대비 암수비율이 특히 높다.¹⁰⁾

이는 성폭력 피해사실을 털어놓는 것이 여전히 여성으로서 수치스러운 일이라는 폭력에 대한 왜곡된 사회적 통념과 개인의 차이를 고려하지 않고 일괄적으로 규정된 강력히 저항하는 피해자 상에 스스로가 부합하지 않는다고 판단되는 경우 적극적인 구조요청을 포기하는 것이 오히려 합리적인 것으로 판단할 수밖에 없는 여성들의 경험에서 비롯한다.¹¹⁾

그럼에도 판례는 피해자가 구조요청이 가능했음에도 구조요청을 적극적으로 하지 않았다는 이유로 피해자의 '항거불가능성'을 부정하기도 한다. 성관계를 하기 싫다고 말하였는데도 가해자가 피해자의 몸에 올라 타 성관계를 하였다는 취지로 피해자가 진술을 한 사례(고법 2011.5.26. 2011노573)에서 성폭행을 당한 뒤 가해자와 함께 지내면서 누구에게도 도움을 청한 적이 없는 점, 피해자는 자신이 원하면 집으로 돌아갈 수 있었던 것으로 보이는 점, 필요하면 가해자의 휴대

10) 형사정책연구원, 「범죄피해율과 공식범죄발생률간의 비교분석(2008)」 참조.

11) 피해자들이 사건발생 당시 구조요청이 가능한 상황임에도 요청하지 않거나, 탈출이나 저항을 시도하지 않는 특징은 오히려 강간피해자들이 일반적으로 더 큰 피해를 막고 스스로를 보호하기 위한 '합리적 피해자 유형'으로 이해되어야 한다는 설명에 대해서는 한국성폭력상담소가 발간한 <성폭력 조장하는 대법원판례바꾸기 운동 자료집> PP.170~171, 이유정(2007) "강간죄 구성요건 해석에 있어 최협의설의 문제점: 2001도230판결" 참조.

전화를 사용하여 부모나 친구들에게 연락을 취할 수 있었다는 점, 성폭행 사실이나 도움을 청하는 메시지를 보내기는커녕 자신의 어머니에게 자신이 있는 곳을 말하지 않도록 부탁한 점, '전국구로 놀았다'는 가해자의 말은 피해자의 의사를 제압하기 위한 것으로 보이지 않는 점 등을 종합하면 피해자의 진술은 그대로 받아들이기 어렵다고 판시하였다.

여전히 피해자 진술의 신빙성 검토에서 '항거불가능성'을 '저항행위'의 여부와 정도로 판단한다면, 오히려 '가해자의 시선'에 따라 보여지는 피해자의 행위로 피해자의 의사를 추정하여 판단하는 결과를 가져오게 된다. 피고인에 대한 무죄추정의 원칙이란 피고인 신분이 되었다는 이유로 수사와 재판과정에서의 불이익을 입히거나 사회적·사법적 '처벌'에 해당하는 내용을 판결 전에 집행할 수 없다는 것이지, 이 글의 검토 대상인 대법원 판결을 포함한 수많은 재판부가 사건을 파악하기 위해 적극적으로 가해자의 관점에 따라 사실관계를 재구성하라는 의미가 아니다.

28

결국 재판부가 이른바 '객관적 진실'을 충분히 파악하기 위해서는, 피해자가 그 자리를 모면하기 위해 과연 최선을 다해 노력하였는지, 왜 적극적으로 구조요청을 하지 않았는지, 왜 가해자를 따라갔는지를 질문하는 것에서 "무엇을 피해자가 폭행·협박 또는 위계·위력으로 경험하였는가"로 바꾸어 질문을 던져야 할 것이다. 피해자는 연령, 직업, 자신의 사회적 위치 등 자신이 처한 상황과 조건에 따라 때로는 가해자의 언동만으로도 겁을 집어먹을 수도 있으며, 이를 폭력으로 경험하게 된다. 이것이 피해자의 관점에서 본 '항거불능/항거곤란'의 내용이다.

특히 이 글의 검토 대상 판결에서처럼 지속적인 성폭력으로 임신까지 하게 된 경우이고, 가족들의 충분한 보호를 기대하는 것조차 어려운 상황에서 피해자가 선택할 수 있는 대안은 많지 않다. 피해자가 자신이 처한 상황이라면 구조요청을 하는 것조차 어렵거나, 시도하기 어렵다고 느끼는 주관적 판단 역시 피해자의 관점에서는 협박 또는 위력이 될 수 있다는 것이다.

이에 대해, 지방법원 판결 중에는 피해자의 진술 중 일부 내용이 확실하지 않더

라도, 그것이 술에 취한 피해자라면 오히려 자연스럽다는 판단을 내린 사례도 있다. 이 판례에서, 피해자는 강제추행을 당한 전후의 구체적인 상황에 대하여 수사기관과 이 법정에서 기억이 잘 나지 않는다는 취지로 진술하였으나, 판례는 다음과 같은 이유로 피해자의 진술에 신빙성을 두었다. 우선 재판부는 피고인의 주장에 의하더라도 당시 피해자는 상당한 양의 술을 마셔 취한 상태였고, 이 사건 고소가 사건 발생일로부터 1년여 지난 후에 제기된 것이어서 피해자가 당시 상황을 자세하게 기억하기 어려운 사정이 있다고 보았다. 그러나 강제추행을 당한 구체적인 내용과 장소에 대하여는 피해자가 수사기관에서부터 이 법정에 이르기까지 일관하여 진술하고 있으며, 사건 발생일로부터 가까운 시점에 피해자는 지인에게 추행을 당한 사실을 알리고 상담을 하였다는 것이다. 그러면서 해당 법원은 지인인 증인의 진술의 신빙성을 의심할 만한 별다른 사정은 없어 보이며, 지인에게 거짓으로 추행을 당한 사실을 이야기하여 두었다가 1년에 가까운 긴 시간이 지난 후에 거짓으로 고소를 한다는 것은 극히 이례적인 상황이라고 할 것인 점, 피해자는 이 사건이 있었다고 주장하는 날짜 이후 종전과 달리 피고인과 별다른 교류 없이 발길을 끊었다는 점 등의 사정을 종합하여 보면, 피해자의 진술은 신빙성이 있다(서울서부지방법원2014고단1614)고 보았다.

V. 나가며

연예기획사 대표를 자칭하면서 ‘연예인을 시켜주겠다’ 접근한 가해자는 피해 청소년에게는 마치 원하기만 하면 누군가를 연예인으로 만들어줄 수도 있는 권한과 권력을 가진 사람으로 보였을 수 있다. 실제 힘과 지위가 있거나, 있을 것으로 오인하게 하여 쉽게 거절하거나 반항을 하기 어렵도록 하면서 자신의 성적 목적을 실현하기 위하여 청소년을 유인했고 실제로 간음행위에 이르렀다면, 이는 아청법상 위력에 의한 강간 기수에 해당할 것이다. 그러나 이 사건은 대법원 판결에 의해 마치 ‘순수한’ 성인 남성이 ‘순진하지 않은’ 십대 청소년과 ‘사랑’을 했을 뿐으로 규정되었다. 피해자는 십대 청소년였고, 가해자는 피해자보다 27살이 많은 성인이었다. 무죄취지의 대법원 판결이 선고된 뒤, 이렇게 심각한 나이 차이는 ‘사랑’이라 인정하기에는 ‘야만적’이라는 이유로 대법원의 “합의”인정을

거부하는 입장부터, 청소년과 성인과의 성관계는 일방적인 성적 학대 또는 착취로서, 무조건적으로 청소년을 보호해야 한다는 입장에 이르기까지 다양한 근거로 공분을 자아내었다.

그러나 여기서의 쟁점은 '나이차'나 '미성년 대 성년'에 있는 것이 아니다. 진짜 쟁점은 법률상 폭행·협박, 또는 위계·위력에 의한 성폭력 범죄 성립여부의 판단근거로서 폭행·협박, 또는 위계·위력이 누구의 관점에서 고려되었는가에 있다. 결국 이 글에서 제안하는 “피해자의 관점에서 다시보기”란 사건의 중심에 있는 피해자의 관점과 진술에 따라 얼마만큼 가해자의 폭행·협박 또는 위계·위력 행위가 정확하게 판단되었는가에 대한 문제제기이다. 즉, 위 사건의 대법원 판결은 '입법의 부재'로 인한 결과물도 아니며, '형사상 강력한 처벌'이 없어서 생겨난 문제도 아니다. '폭행·협박'을 '폭행·협박'으로, '위계·위력'을 '위계·위력'으로 판단하지 않거나, 정확하게 누구를 기준으로, 또는 무엇을 기준으로 '폭행·협박', '위계·위력'을 판단해야 하는 것인지에 대한 명확한 기준을 설정하지 못한 결과라고 할 것이다.

30

같은 사건임에도, 각 재판부에 따라 상반된 판결의 결과가 나온 핵심적인 이유는 '피해자의 말에 재판부가 얼마만큼 귀를 기울였는가'에 있다. 피해자가 지속적인 성폭력으로 인하여 임신하고, 가해자의 유인에 의한 가출 이후에 가해자가 다른 사건으로 구속된 동안 주고받은 문자, 접견 시 대화 내용, 서신 등은 1,2심과 대법원 모두 판결을 위해 함께 고려했던 증거자료이다.

결국 피해자중심주의를 '피해자 관점'에서 다시 본다는 의미는 재판부가 각자의 가치관, 통념, 관점에 따라 같은 사실을 다르게 볼 수 있음을 겸허히 받아들이고, 진정한 사건의 객관적 실체를 파악하기 위해서는 오히려 피해자의 말에 귀를 기울였을 때 비로소 알게 되는 전체적인 이야기를 경청하라는 것이다.

토론

‘피해자 중심주의’를 피해자의 관점으로 다시보기 토론문

장임다혜 (한국형사정책연구원 부연구위원)

결국 지난 2015년 10월 16일 서울고등법원은 아동·청소년 성보호에 관한 법률위반(강간) 등 혐의로 기소된 40대 연예기획사 대표에게 무죄를 선고했다. 대법원 판례와 마찬가지로, 서울고등법원은 피고인과 피해자가 주고받았던 문자메시지와 서신, 피고인과 피해자의 접견 녹취록을 근거로 피해자 진술과 배치되는 점들이 있어 피해자 진술의 신빙성이 없다고 보았다. 문제의 2014도2988판결은 그대로 확정되었다.

발표문은 본 사건에 대한 대법원 판례에서 폭행·협박, 위력의 해석이 피해자 관점과 피해자가 처한 상황과 맥락을 고려하기보다는 가해자의 관점과 행위를 중심으로 이루어졌다는 비판을 전개하고 있다. 특히 대법원이 피해자의 진술에 대해 탄핵하는 증거로 채택한 내용과 1, 2심 재판에서 피해자의 진술 신빙성을 인정하는 증거로 채택한 내용을 비교하면서, 당시 취약한 위치에 있던 피해자-미성년자, 경제적 약자, 또래에 비해 미성숙한 성관념, 교통사고로 몸이 아픈 상황, 임신 등으로 인한 비정상적인 감정의 상황 등-의 관점과 맥락을 고려하여 피해자의 일견 모순적으로 보이는 표현이나 행동을 해석해야 한다고 지적한다. 그러나 이러한 피해자의 상황에 대해 연령이라는 기준을 통해 일관된 법제로 구성하는 것이 아니라 성폭력에 대한 사회적 통념과 인식의 변화를 통해 법해석적으로 해결 가능하도록 촉구하고 있다. 피해자가 무엇을 폭행협박, 위계·위력으로 경험했는지에 대해 질문하고 이에 대한 피해자의 맥락을 고려한 합리적 해석을 해야 한다는 것이다.

발표문의 주장에 적극적으로 동의하면서, 본 토론문에서는 실제 피해자의 관점에서 피해자의 맥락을 고려한 법해석이 무엇인지, 어떻게 실현 가능한지에 대해 고민하기 위해 쟁점들을 보다 구체화하여 질문을 던지고자 한다.

1. 여성 피해자를 둘러싼 이분법적 틀을 넘어선 피해자의 관점은 무엇인가?

발표문이 지적하고 있듯이, 문제는 법원의 왜곡된 '피해자' 상에 있다. 법원이 피해자의 관점과 맥락을 고려할 때에 그 피해자는 법원이 가지고 있는 피해자에 대한 이분법적 틀에서 재구성된 피해자이다. 다시 말해, 피해자를 둘러싼 상황, 피고인과의 관계 등은 보호받아 마땅한 피해자인가, 피고인과의 적극적인 성적 실천을 한 바 있는/할 수 있는 보호할 필요 없는 피해자인가라는 이분법적 틀 속에서 구성되고 있다.

32 문제가 되는 사안에서 유죄판단을 했던 1심과 2심의 판결에서 피해자는 연약하고 미성숙해서 보호받아 마땅한 '피해자'로 인식되고 있다. "...피해자가 또래의 학생들에 비교하더라도 내성적이고 언어표현 능력 등이 미숙하였으며, 종전 성관계 경험이 없는 듯 하고, 이성관계에 대해서도 전반적으로 미숙하였다고 보았다..." 이에 반해 대법원은 피해자의 적극적 애정표현이나 피고인과의 상호작용에 집중하여 피해자를 보호받을 필요가 없는 의심스러운 피해자로 인식하고 있다. 결국 법원이 피해자와 가해자와의 관계에 있어 피해자를 보는 관점은 이분법적인 틀을 벗어나고 있지 않으며, 이는 피해자의 취약한 상황과 맥락에 대해 이해했던 1,2심 판결문에서조차 마찬가지이다.

이것이 현재 형사사법체계가 가지고 있는 남성중심적인 법언어의 한계가 드러나는 지점이다. 강간, 성폭력을 둘러싼 법적 언어들은 성별화된 섹슈얼리티의 구조 속에서 작동한다. 강간죄를 판단하는 '삽입', '동의'의 개념은 모두 남성 주체와 (수동적) 대상으로서 여성이라는 전제 속에 구성된 개념이다. 여성 피해자에 대한 이분법적인 틀 속에서 수동적 대상으로서의 지위를 넘어선 여성들의 행위는 피해자가 아님을 증명하는 자료가 되어버린다. 성폭력 피해를 둘러싼 다양한

여성의 경험들은 대부분 법에서 부적격한 것으로 판단되고 배제된다. 남성중심적인 형사법체계 내에서 여성이 거부와 비동의를 입증하기 위해서는 무고하고 순진한 강간 피해자의 역할을 수행해야 한다.

본 사건의 피해자가 피고인으로부터 추행과 강간을 당한 이후 피고인과 적극적인 관계를 형성하기 위해 한 노력, 피해자나 그녀의 가족이 아픈 아버지나 아플지 모르는 어머니, 가족의 경제적 위기상황, 중3의 임신이라는 사태를 고려하여 한 행동들은 위기 상황에서 이를 극복하기 위한 적극적 노력이다. 그것이 올바른 선택이었느냐는 본 사건에서 피해자의 행위를 판단하는 데에 적절한 질문이 아니다. 일반적으로 피해자가 피고인과의 강제적인 성관계, 종속적인 관계맺음이 반복되는 상황에서 이러한 행위를 할 수 있는가가 훨씬 적절한 물음이다. 취약한 위치 속에서 어떤 피해자는 본 사건의 피해자와 같은 선택을 할 수 있다. 그러한 선택을 했다고 해서 피고인이 강압적으로 맺은 성관계가 합의에 의한 성관계가 되는 것이 아니다. 피해자 선택에 대해 피해자의 관점으로 해석한다는 것은 피해자의 미숙함이나 취약함에 대한 설명이 아니라 어떤 조건에서 어떠한 선택이 가능한가에 대한 해석이다. 이렇게 본다면 본 사건의 피해자에 대한 법적 판단은 강간 이후 피해자의 사후 동의 자체에 대한 평가로 옮겨갈 필요가 있다. 피해자가 피고인의 성폭력을 적극적으로 용인한 것으로 평가할 수 있는가? 임신 등의 상황으로 선택지가 제한된 선택을 적극적 용인으로 볼 수 있는가? 어떠한 경로로 피해자는 피고인으로부터 벗어나 고소하게 되었는가? 등등

2. 피해자의 행위가 아닌 가해자의 행위에 주목하는 성폭력 재판을 어떻게 만들어갈 것인가?

사건 당사자인 피해자가 경험하는 복잡다단한 사건의 맥락과 그 맥락에서 겪게 되는 취약성 자체에 대한 인식과 이해가 필요하다는 것은 분명하다. 그러나 가해자의 행위(폭행·협박, 위력)에 대한 피해자의 반응이 평가와 판단, 해석의 대상이 될 때 피해자의 맥락과 상황에 대한 이해는 ‘왜곡된 피해자상’에 비춘 평가로 한정되기 쉽다.

폭행·협박, 위계·위력에 의한 성폭력 행위를 주장하는 피해자 진술이 유일한 증거가 되는 성폭력 사건의 법적 판단에서 주된 논점은 주로 피해자에게 집중된다. 피해자 진술의 신빙성은 피해자 행위 일관성 혹은 피해자의 평소 생활태도 등에 의해 판단되기 때문에, 피해자의 세세한 행위와 족적은 재판의 대상이 된다. 진술의 신빙성 이외에도 강간죄의 (항거불능할 정도의) 폭행·협박에 대한 판단 대상은 피해자의 저항이 된다. 피해자는 실제로 저항했는지, 저항했는데 왜 성공하지 못했는지를 사법판단자들을 상대로 설득해야만 한다.(아이러니하게도 저항해서 성공하면 강간미수가 아니라 폭행·협박의 정도를 충족하지 못한다고 판단되기도 한다.)

34

본 사건의 대법원 판례에서도 주된 논점은 피해자 진술의 신빙성 판단이었다. 강간 사건 이후 피해자와 피고인이 주고 받은 문자메시지와 피고인 구속 당시 보낸 서신, 접견녹취록에서 피해자가 피고인에게 한 애정표현 등이 피해자답지 않다는 이유로 피해자가 강간을 당했다는 주장과 배치된다고 본 것이다. 대법원이 피해자의 행위에 재판의 초점을 맞추었기 때문에 피해자와 피고인의 관계의 시작인 강간행위에 대한 평가는 아예 배제된다. 그러나 강간 이후 피해자 태도는 강간에 대한 정황 증거 중 하나이며, 강간 이후 임신한 상황이나 가족에게 피해를 호소하기 어려운 상황을 염두에 둔다면 피해자가 사후적으로 강간을 용인하고자 했던 태도를 일시적으로 보일 수 있다는 점에서 강간 행위의 존재 여부를 완전히 배척하는 증거로 보기 어렵다.

여기서 피고인의 최초의 강간행위에 집중해보자. 42세 성인 남성이 교통사고로 입원 중인 15세 여성 청소년을 주차장으로 데려가 추행하고, 조수석에 탄 피해자의 몸 위에 올라가 성관계를 하였다. 이 행위에 대해 피해자가 강제적인 성관계였다고 주장하고, 피고인이 합의에 의한 것이었다고 주장하고 있다면 피해자와 피고인의 당시 관계(알게 된지 몇 일 지나지 않음, 연예인 이야기를 하며 접근함, 42세와 15세의 나이차)에 대한 객관적인 상황, 당시 몸 위에 올라탄 행위 자체가 아청법상 강간의 폭행·협박에 해당 가능한지 여부 내지 아청법상 위력(자유의사를 제압하기에 충분한 정도의 유형력)에 해당하는지 여부에 대해 판단이 가능하다. 그러나 본 사건에서 대법원은 피해자 진술의 신빙성 판단 이외에 강

간행위에 대한 별도의 판단을 하지 않았다.

대부분의 성폭력 재판에서 성폭력 행위에 대한 피해자 진술만이 유일한 증거가 되기 때문에, 성폭력 행위를 판단하는 데에 피해자의 항거불능 정도, 자유의사 제압 정도를 기준으로 삼는 판례의 태도로 인해, 피해자에 대한 재판이 되는 경우가 대부분이다. 그러나 피해자의 관점으로 보아야 하는 것이 피해자의 행위와 대응만이어선 안된다. 오히려 가해자의 행위 그 자체가 판단의 대상이 되어야 하며, 피해자의 관점에서 볼 때에 세세히 분석된 가해자의 행위가 어떻게 이해될 수 있는지가 평가되어야 한다.

몇 가지 추가의견

- (1) 강간의 사후적 동의 성립에 대한 의견: 본 사건에서 지속적인 성폭력 상황에서 피해자의 사랑한다는 표현이 사후동의로 볼 수 있으려면 시간적 간격에도 불구하고 폭행·협박의 유형력 영향이 지속됨을 주장해야 하는데, 이는 때맞는 아내 증후군 등과 같이 심리적 압박이 지속되어 정신적으로 취약해진 상태를 입증해야 하므로 본 사안에 적용하기 위해서 피해자의 취약성을 극대화해야 한다는 점에서 위험한 주장으로 보인다.
- (2) 미성년자의제강간에서 가해자의 오인이나 착각이 고의조각이 될 수 없다는 의견: 13세 미만의 사람이라는 사실을 인식하지 않고 13세 이상으로 오인하여 합의에 의하여 성관계를 한 경우를 고의 조각에 예외로 한다면, 아동을 무조건적인 보호의 대상으로 남게 하는 무리한 보호정책이 될 수 있다고 본다.

참고

대법원 2014. 11. 13. 2014도9288 판결

대 법 원
제 3 부
판 결

사 건 2014도9288 가. 아동·청소년의성보호에관한법률위반(강간등)
나. 간음유인
(인정된 죄명 : 미성년자유인)
다. 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반
(카메라등이용촬영)

36

2014전도167(병합) 부차명령

피고인 겸 피부차명령청구자 ○○○

상 고 인 피고인 겸 피부차명령청구자

변 호 인 법무법인 ○○○ 담당변호사 ○○○ 외 1인

원 심 판 결 **고등법원 2014. 7. 1. 선고 *****, ***** (병합) 판결

판 결 선 고 2014. 11. 13.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 **고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 경과한 후에 제출된 상고이유보충서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

1. 피고사건에 관하여

가. 공소사실의 요지는, 피고인이 ① 2011. 8. 14. 01:00경 한강 고수부지 주차장에 주차된 피고인의 승용차 안에서 피해자(여, 15세)의 얼굴을 양손으로 감싸듯이 잡고 몸쪽으로 당기는 등 피해자를 위력으로 추행하고, ② 2011. 8. 14.~15. 18:00경 ○○병원 병실에서 피해자의 얼굴을 양손으로 붙잡아 입술에 키스하는 등 위력으로 피해자를 추행하고, ③ 2011. 8. 중순 저녁 피고인의 승용차 안에서 피해자를 1회 간음하여 강간하고, ④ 2011. 8. 하순 저녁 피고인의 집에서 피해자의 입에 자신의 성기를 넣어 빨게 하고, 피해자의 옷을 벗긴 후 피해자의 몸 위로 올라가는 등 폭행하여 반항을 억압한 다음 피해자를 1회 간음하여 강간하고, 피고인의 갤럭시탭 휴대폰으로 피해자가 자신의 성기를 입으로 빠는 장면을 동영상 촬영하여 성적 수치심을 유발할 수 있는 피해자의 신체를 피해자의 의사에 반하여 촬영하고, ⑤ 2011. 10. 중순 피고인의 승용차 안에서 피해자를 1회 간음하여 강간하고, ⑥ 2012. 2. 하순 피고인의 집에서 피해자를 1회 간음하여 강간하고, ⑦ 2012. 4. 29. 피해자가 피고인과의 성관계로 임신하였음을 알게 되자, 피해자가 집안 형편이 매우 어렵고 건강이 좋지 못한 부모에게 임신 사실을 차마 알리지 못하고 나이가 어려 판단력이 부족함을 이용하여 자신의 집으로 데리고 가서 계속 간음할 것을 마음먹고 피해자에게 “내가 책임지겠다. 집에 이야기하지 말고 거짓말을 해서 가출해라. 낙태는 불법이다.”라고 말하여 피해자가 부모에게 스스로 가출한 것처럼 허위 편지를 쓰게 한 다음, 피해자가 가출하자 그때부터 2012. 5. 19.까지 피해자를 피고인의 집에 머무르게 하는 등 미성년자인 피해자를 유인하였다는 것이다.

나. 이에 대하여 원심은, 피해자 진술이 비교적 일관되고 구체적이어서 신빙성이 높다고 본 후, 15세의 중학생인 피해자가 자신의 부모 또래이자 병원에서 우연히 알게 된 피고인을 며칠 만에 이성으로 좋아하여 성관계를 했다는 것은 도저히 믿을 수 없고, 피해자는 피고인의 갑작스러운 강간 시도에 제대로 저항을 하지도 못한 채 강간당한 것으로 보는 것이 맞으며, 그 후에도 피해자는 강간 사실이 알려지는 것이 수치스러울 뿐 아니라 난폭한 성격의 피고인으로부터 가족들이 해를 당할 것을 염려하여 가족들에게 알리지 못한 채 계속 강간 피해를

당하였고, 피고인은 임신으로 정상적인 상황판단이 어려웠던 미성년자인 피해자를 기망 또는 유혹하여 부모의 보호관계로부터 이탈시킨 후 피고인의 지배하에 옮긴 사실도 인정된다고 보아 공소사실 전부를 유죄로 판단하였다.

다. 그러나 원심의 위와 같은 판단은 다음과 같은 이유에서 수긍하기 어렵다.

1) 형사재판에서 범죄사실에 대한 증명책임은 검사에게 있고, 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적 의심할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실하다는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하므로, 그와 같은 증거가 없다면 피고인에게 유죄의 의심이 가더라도 피고인에게 유리하게 판단하여야 한다(대법원 2014. 2. 13. 선고 2013도9605 판결 등 참조).

2) 피고인은 일관되게 피해자의 의사에 반하여 공소사실과 같은 범행을 저지르지 않았다고 주장하면서 공소사실 전부를 강력히 부인하고 있다. 기록상 이 사건 공소사실에 부합하는 직접증거로는 사실상 피해자의 진술이 유일하며 나머지 증거는 모두 피해자의 진술에 기초한 전문증거 등에 불과하다. 그런데 기록에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정에 비추어 보면, 피해자의 진술은 선뜻 믿기 어렵고, 검사가 제출한 모든 증거에 의하더라도 이 사건 각 공소사실이 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 증명되었다고 보기는 어렵다.

가) 우선 피해자는 피고인이 다른 형사사건으로 구속된 동안에 거의 매일 피고인을 접견하였고, 피고인에게 많은 접견민원서신, 인터넷서신을 보냈는데, 그 서신은 피해자의 소소한 일상생활 이야기와 함께 '피고인을 사랑한다, 많이 보고 싶다, 함께 자고 싶다, 함께 살고 싶다, 고맙다, 힘내라'는 내용, 당시 임신 중이던 피고인의 아이를 낳아서 잘 키우고 싶다는 내용 등으로 가득 채워져 있다. 그런데도 피해자는, 만일 자신이 서신을 작성하지 않거나, 서신 용지를 가득 채우지 않거나, '피고인을 좋아한다, 사랑한다'는 내용으로 작성하지 않으면 피고인이 화를 낼 것으로 짐작하고 피고인의 비위에 맞추어 허위 내용의 서신을 보냈다고 진술한다. 그러나 피해자가 피고인을 접견한 횟수나 접견 시의 대화 내용, 서신을 보낸 횟수, 서신의 내용, 형식, 즉 색색

의 펜을 사용한 것은 물론 하트 표시 등 각종 기호를 그리고, 스티커를 사용하여 꾸미기도 한 점 등에 비추어 보면, 그 내용은 피해자의 감정을 솔직하게 표현한 것으로 보이고, 이와 달리 마음에 없는 허위의 감정표현을 하였다는 피해자의 진술을 그대로 믿기 어렵다.

나) 피고인과 피해자는 처음 만난 후부터 피고인이 구속되기 전까지 많으면 하루에도 수백 건의 카카오톡 문자메시지를 주고받았다. 피해자가 피고인에게 보낸 문자메시지는 피고인을 오빠, 자기, 남편으로 호칭하면서 연인 사이에나 주고받을 법한 일상생활 이야기와 함께 사랑한다는 내용, 보고싶다는 내용, 절대 헤어지지 말자는 내용 등이 대부분이다. 피해자는, 피고인이 문자메시지마다 사랑한다는 표현을 하라고 했고, 답장을 바로 하지 않으면 소리를 지르며 화를 내기 때문에 피고인의 비위에 맞추기 위하여 허위 내용의 문자메시지를 보냈다고 진술한다. 그러나 문자메시지를 보낸 횟수, 내용, 형식 등에 비추어 보면, 그 내용 또한 피해자의 감정을 솔직하게 표현한 것으로 보일 뿐이고, 이와 달리 피고인의 강요 때문에 허위 내용의 문자메시지를 보냈다는 피해자의 진술 역시 그대로 믿기 어렵다.

39

다) 위와 같은 접견민원서신, 인터넷서신이나 카카오톡 문자메시지의 내용에 비추어 보면, 피해자는 피고인을 처음 만난 순간부터 사랑의 감정을 느꼈고, 피고인이 구속된 뒤에도 그 감정은 계속된 것으로 보인다. 특히 2012. 6. 9. 자 접견민원서신에는 “어제밤 오빠야 많이 생각나더라고여... 비오고 난 후의 밤향기... 오빠야랑 처음 한강주차장으로 차타고 갔을 때 향기랑 같거든요... 또 가보구 싶다... 밤에... 비오고 난 후에... 솔직히 저 오빠야한테 차탔을 때 반했어여~~ 아무한테도 뛰지 않던 심장이 오빠야 옆에 있으니까 막 뛰더라구여^^ 그래서 전 그때부터 오빠야 놓고 싶지 않았어여... 그래도 침이니까 경계하곤 했었는데... 그래도 정말 16년 만에 똥 심장인데... 첫사랑인데... 그래서 지금까지두 오빠야 안 놓구 있잖아여^^ 오빠야가 뭘해도 어떤 사람이라도 앞으로 안 놓을 거구~ 오빠야만 평생 영원히 사랑할 꺼예여”라고 적었고, 2012. 8. 13.에는 피고인과 만난 지 1주년이 된 것을 기념하는 내용의 접견민원서신을 작성하였는데 “작년 8월 13일의 기억이 나네여^^ 병원에서

밤에 엄마랑 우동 먹구 엘리베이터 타구 엄마랑 빠이빠이하구 혼자 탔을 때 오빠야 처음 만났어여. 기억나져?? 오빠야 그때 모자 쓰구 크로스백 검은거 메구 7부 바지에 반팔!!! 완전 귀여웠어여~)3< 침엔 그래두 경계했지만 가면 갈수록 너무 좋아졌어여~ 몽랑이가 오빠야 정말루 좋아한 건... 둘쨏날~ 처음으로 몽랑이가 심장이 빠르게 뛰었어여~♡ 콩닥!콩닥! 두근두근. 몽랑이는 처음이었어여~ 모든게~ 보면 가슴이 두근!두근! 거리구~ 떠난다구 하면 끝까지 잡아야 할 것 같구~ 보기만 해두 행복하고~ 그런 사람^^”이라고 적었다. 서신의 내용에 의하면, 피해자는 피고인을 처음 만났을 때의 옷차림까지 상세하게 기억하고 있는 것은 물론이고 처음 봤을 때 피고인을 귀엽다고 생각했으며, 피고인의 승용차를 타고 한강 고수부지에 갔을 때 가슴이 두근거리리는 사랑의 감정을 느꼈고, 그날 이후 피고인을 짝 사랑해 왔으며, 앞으로도 영원히 사랑하겠다고 다짐하고 있음을 알 수 있다. 그런데 공소사실 1항은, 피해자가 위와 같이 피고인에게 처음 사랑의 감정을 느꼈다고 하는 바로 그날 한강 고수부지 승용차 안에서 피고인이 위력 추행 범행을 저질렀다는 것인바, 서신의 내용 등에 비추어 보면, 당시 피고인이 피해자의 의사에 반하여 위력 추행 범행을 저질렀다는 피해자의 진술, 나아가 그 이후에도 피고인이 피해자의 의사에 반하여 공소사실과 같은 각 범행을 저질렀다는 피해자의 진술을 선뜻 믿기 어렵다.

라) 피해자의 진술에 의하면, 피해자는 자신보다 27세나 많은 부모 또래의 피고인이 새벽에 자신을 승용차에 태워 한강 고수부지 주차장에 데리고 가서 위력으로 추행하려고 하였는데도 그 사실을 아무에게도 알리지 않았을 뿐만 아니라, 같은 날 저녁에 피고인을 다시 만났으며, 그날 피고인이 또다시 위력으로 키스하여 추행하고 며칠 뒤에는 피고인이 승용차 안에서 자신을 강간하였는데도 역시 그와 같은 사실을 아무에게도 알리지 않았음은 물론, 그 뒤에도 피고인과 함께 교회에 가는 등 만남을 계속 가졌다는 것이다. 또한, 피해자는 피고인이 피해자의 집, 가족관계, 다니는 학교, 학원 등의 정보를 알고 있었으므로 피해자가 추행사실이나 강간사실을 다른 사람에게 알리거나 고소를 했다가는 피고인이 보복할까 두려웠고, 피해자가 학교에서 왕따를 당하거나 엄마가 충격을 받아 쓰러지실까 봐 걱정되기도 하여 그렇게 하지 못

했고, 위와 같은 것들이 무서워서 피고인을 계속 만났다고 한다. 그리고 피해자는 키스만 해도 임신이 되는 줄 알았기 때문에 임신중절 비용 등이 걱정되어 어쩔 수 없이 피고인을 따라다녔다고도 진술하였다. 그러나 피해자의 진술에 의하더라도 피고인이 피해자에게 직접적으로 추행사실이나 강간사실을 알리면 보복하겠다는 내용의 협박을 하거나, 피해자를 폭행하지는 않았다는 것이고, 피고인이 만남을 강요하였다는 점을 인정할 다른 증거도 전혀 없다. 나아가 피해자 스스로 겁을 먹었다는 위와 같은 이유만으로는 피해자가 추행이나 강간 사실을 알리지 않은 채 피고인과 계속 만난 사실을 쉽게 설명할 수 없고, 상위권의 학업 성적에다가 성교육을 여러 번 받은 중학교 3학년 생이던 피해자가 키스만으로 임신이 된다고 믿었다거나 그에 따른 임신중절 비용이 걱정되어 피고인을 계속 만날 수밖에 없었다는 진술도 납득하기 어렵다. 앞에서 본 접견민원서신, 인터넷서신이나 카카오톡 문자메시지 등의 내용에 비추어서도 피해자의 위와 같은 진술은 쉽게 믿기 어렵다.

마) 피고인과 피해자의 접견 대화록에 의하면, 피고인은 피해자를 걱정하면서 성폭행범을 공개하는 인터넷 사이트를 찾아서 주거지 인근에 성폭행범이 살고 있는지 확인하고, 짧은 치마 같은 것을 입고 다니지 말고 조심하라고 이야기하기도 하고(공판기록 387쪽), 피해자는 ‘성폭행범도 집행유예로 나오거나 몇 개월밖에 감옥에서 안 사는데, 피고인이 뭘 했다고 왜 못나오냐’라는 2012. 9. 4.자 접견민원서신을 보내기도 하였는바, 이것은 의사에 반하여 추행 또는 강간을 당한 피해자와 피고인 사이에서 주고받을 내용의 대화라고 보기 어렵다.

바) 위와 같은 여러 사정에 비추어 보면 피해자가 피고인의 성기를 입으로 빠는 장면을 갈무리(캡처)한 사진만으로는 그 촬영된 동영상이 피해자의 의사에 반하여 촬영되었다고 단정하기도 어렵다.

사) 또한, 미성년자유인죄와 관련하여서도, ① 피해자가 가출 전에 피고인에게 보낸 카카오톡 문자메시지를 보면, “저 집나가게 되면 오빠야가 원하는대로 다 할테니까 꼭 드세요~”, “집나가면 오빠야랑 밥 먼저 먹어야겠다.”라고

이야기한 것은 물론, 가출하는 것이 겁은 나지만 배 안에 있는 아이를 버릴 수 없으므로 후회 없는 선택이라는 점, 엄마를 보고 싶었지만 참겠다는 각오, 피고인에게 자신을 지켜달라는 바람 등이 주요 내용이고, 가출이 임박한 시점에 이르러서는 “앞으로 12시간 뒤면 보는 거져?”, “빨리 오빠야 보고 싶다. 앞으로 8시간만 참으면 된다.”라는 문자메시지를 보내기도 하였으며, 2012. 8. 20.자 접견민원서신에서는 “오빠야 이제 힘들지 말라고 ○○○ 정 말루 용기 내서 집 나온 거였는데..”라고 적은 점, ② 피해자는 가출한 후에도 얼마든지 피고인의 집을 떠나 자신의 집으로 돌아갈 수 있었을 것으로 보이는데도 그렇게 하지 않았고, 더욱이 피고인이 구속된 이후에도 피고인의 집에 거주하면서 피고인의 업무를 대신 처리하고, 피해자보다 두 살 어린 피고인의 아들을 돌보기도 한 점, ③ 피해자는 가출 후 피고인의 집에 거주하는 기간에 경찰관이나 피해자의 어머니를 만나기도 하였고, 경찰관이 피해자에게 집으로 돌아갈 것을 권유하기도 하였으나, 피해자는 어머니를 따라 집에 돌아가기는커녕 오히려 피고인을 따라 피고인의 집으로 간 점, ④ 피해자의 어머니는 경찰에서 피해자가 임신하여 배가 불러오는 상태였기 때문에 피해자의 동생들이나 이웃의 눈치도 있고 해서 피해자를 집으로 데려올 수 없었고, 피해자가 출산할 때까지는 있을만한 곳이 피고인의 집밖에 없었기 때문에 어쩔 수 없이 피고인의 집에 머물게 할 수밖에 없었다고 진술하였으며 (증거기록 1015~1016쪽), 피해자의 어머니는 피고인의 집에 살고 있던 피해자에게 반찬, 미역국, 과일주스 등 음식을 챙겨주기도 한 점 등을 알 수 있는바, 그러한 사정에다가 앞에서 본 여러 사정을 종합하면, 피고인이 피해자를 기망 또는 유혹하여 피해자를 자신의 물리적·실력적인 지배관계 아래에 두었다고 단정하기 어렵다.

라. 결국, 원심이 그 판시와 같은 이유만으로 이 사건 공소사실 전부를 유죄로 인정한 데에는, 위력에 의한 청소년 추행죄에 있어서의 위력의 개념, 강간죄에 있어서의 폭행·협박의 정도, 미성년자유인죄에 있어서의 유인의 개념 등에 관한 법리나 형사재판에서 요구되는 증명의 정도에 관한 법리를 오해하거나 채증법칙을 위반하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

2. 부작명령청구사건에 관하여

피고인이 피고사건에 관하여 상고를 제기한 이상 부작명령청구사건에 관하여도 상고를 제기한 것으로 의제되므로, 비록 부작명령청구사건에 관하여는 상고장 또는 상고이유서에서 불복이유를 기재하지 않았으나, 원심판결 중 피고사건에 관한 부분을 파기하는 경우에는 그와 함께 심리하여 동시에 판결을 선고하여야 하는 부작명령청구사건에 관한 부분 역시 파기하지 않을 수 없다.

3. 결론

그러므로 원심판결을 파기하고 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장	대법관	민일영 _____
	대법관	박보영 _____
주 심	대법관	김 신 _____
	대법관	권순일 _____

발제 2

“이건 강간이야”라는 외침의 맥락적 이해와 가해자의 착각에 대한 비판적 검토

- 발표** 이경환 (법무법인 태평양 변호사)
토론 신진희 (대한법률구조공단 피해자국선전담변호사)
참고 대법원 2015. 8. 27. 선고 2014도8722 판결

발표

“이건 강간이야”라는 외침의 맥락적 이해와 가해자의 착각에 대한 비판적 검토

이경환 (법무법인 태평양 변호사)

I. 들어가며

한국 남성들에게 괴담 혹은 ‘있을 수 없는’ 우스갯거리로 회자되고 있다는¹⁾ 2003년 미국 캘리포니아 주에서 있었던 판결이 있다(이하 “John 판결”이라 한다).²⁾ John 판결에서 캘리포니아 주 대법원은 피해자가 피고인과의 최초 성관계에 동의를 하여 삽입을 하고 있던 도중이라도 그 동의를 철회하면 동의는 무효가 되고, 그럼에도 불구하고 피고인이 피해자의 동의 철회를 무시하고 강제적으로 삽입을 지속하였다면 이는 강간죄의 유죄로 인정된다고 판단하였다.

47

처음부터 성행위에 동의를 하지 않았더라도 피해자가 격렬한 저항을 하지 않으면 강간죄의 성립이 쉽게 부정되기도 하는 우리나라의 현실에서 위 판결은 널리 회자되었고, 일부 남성은 이 판결이 “남성을 여성의 노리개로 전락시”켰다는 평가를 하기도 하였다.³⁾

그런데 위 John 판결과 유사하게 삽입을 한 상황에서 여성이 “이건 강간이야”라고 말하자 곧바로 삽입을 그만 두고 여성에게 사과까지 한 남성이 있다.⁴⁾ 이미 삽입까지 한 상황에서도 미국 캘리포니아 주의 John과는 달리 여성의 의사를 존중하여 곧

1) 여성신문, 2013. 3. 13.자 기사, 「“여성의 호감 표시가 성관계 합의는 아냐”」

2) The People v. John Z. (128 Cal. Rptr. 2d 783)

3) 게임 관련 홈페이지의 자유게시판에 있는 글에서 나온 표현이다.

http://red2.net/gbd/bbs/board.php?bo_table=free&wr_id=928407&sf1=&stx=&sst=wr_last&sod=desc&sop=and&page=82

4) 법률신문, 2015. 9. 17.자 기사, 「“오빠 이건 강간이야” 말 듣고 중지 땀 “성폭행 아냐”」

바로 중단하는 절제력과 이해심, 오히려 사과까지 한 그 남성의 배려심이 놀랍지 않을 수 없다. 하지만 더 놀라운 일은 ‘여성인권을 위한 디딤돌상’의 수상자가 되어도 이상할 것이 없을 듯한 이 남성이 바로 그 날 저녁 여성으로부터 강간 고소를 당하였고, 이후 제1심과 항소심 재판을 통해서도 유죄가 인정되었다는 점이다.⁵⁾

다행히(?) 대법원은 위 사건(이하 「“이건 강간이야” 사건」이라 한다)에 대해 무죄 취지로 원심판결을 파기하였다.⁶⁾ 그런데 과연 이 대법원 판결은 상을 받아 마땅한 남성을 억울하게 성폭력범으로 몰아세운 하급심 법원의 과오를 제대로 바로 잡은 것일까? 이번 대법원 판결은 성폭력과 관련하여 끊임없이 문제되어 온 피해자의 ‘동의’에 대한 판단기준, 여성의 ‘NO’는 실제로는 ‘YES’라는 강간신화와 그러한 신화에 기반한 가해자의 착각, 그리고 성폭력 사건에 대한 맥락적 이해 등과 관련하여 매우 중요한 쟁점들을 포함하고 있다. 본 발제문에서는 이와 같은 쟁점들을 검토하기 위해, 먼저 II항에서는 “이건 강간이야” 사건의 개요와 제1심, 항소심, 대법원 판결의 요지를 살펴보고, III항에서는 “이건 강간이야”라는 피해자의 외침이 맥락적으로 어떻게 이해되어야 하는지를 분석하며, IV항에서는 동의 여부에 대한 가해자의 착각을 어떻게 바라보고 사건처리 시 고려해야 하는지에 대해 살펴보기로 한다.

II. “이건 강간이야” 사건의 개요와 판결 요지⁷⁾

1. 사건의 개요

놀라운 절제력과 이해심, 배려심을 가지고 있는 남성 A는 전역을 얼마 남기지 않

5) 수원지방법원 2014. 1. 21. 선고 2013고합322 판결; 서울고등법원 2014. 7. 3. 선고 2014노495 판결

6) 대법원 2015. 8. 27. 선고 2014도8722 판결

7) 편의를 위해 판결 내용은 요약하여 소개하나 가능한 판결문의 표현을 그대로 이용하여 요약하였으며, 요약 내용 중에서도 인용부호를 이용하여 서술된 부분은 판결문의 표현과 동일한 것이다. 그리고 특히 중요하여 원문의 내용을 공유하는 것이 필요하다고 보이는 판단 부분은 그대로 인용하면서 단락 자체를 구분하고 굴림체로 구분하였다. 같은 사실관계에 대해 심급별로 그 해석과 판단이 달라진 사례이기 때문에 그러한 판단의 근거를 서로 비교하기 위해 다소 분량이 길더라도 판결문의 내용을 구체적으로 소개하였다.

은 군인이었다. 피해자 B는 과거에 A와 교제를 한 사실은 있지만 당시 성관계를 한 적은 없었다. 피해자 C는 B의 친구로서 A와는 서로 연락을 주고받던 사이이다.

A는 2012. 1. 23. 호프집에서 C를 포함한 5명과 술을 마신 뒤 다음 날 새벽 5시경 C를 집에 태워 준다면 차에 태워 가던 중 주택가 골목에 차를 세운 후 차 안에서 C의 손을 잡아 눌러 반항하지 못하게 한 다음 강간한 사실로 기소되었다.

그리고 A는 2013. 1. 14. 새벽 2시경 옛 연인인 B를 우연히 만나 술을 마신 뒤 B에게 방을 잡아 주고 돌아가겠다고 아침 8시경 B와 함께 모텔에 들어간 뒤 방 안에서 피해자의 몸을 손으로 눌러 반항하지 못하게 한 다음 강간한 사실로도 기소되었다. 이 두 번째 사건에서 피해자인 B가 삽입 도중 “이건 강간이야”라는 취지의 말을 하였고, A는 삽입을 중단하였다.

B는 강간을 당한 2013. 1. 14. 저녁 친구인 C를 만나 피해사실을 고백하였는데 C도 A로부터 강간을 당하였다는 말을 듣게 되어 같은 날 밤 10시경 수사기관을 찾아가 신고하였다.

49

이 사건 제1심에서는 B와 C에 대한 강간 모두 유죄로 인정되어 A에게 징역 2년 6월 및 성폭력 치료프로그램 이수명령이 선고되었으나, 항소심에서는 C에 대한 강간 부분이 무죄로 판단되어 징역 1년 6월, 치료프로그램 이수명령이 선고되었다. 그리고 대법원에서 B에 대한 강간 부분까지 무죄 취지로 파기 환송한 것이다.⁸⁾

2. 제1심 판결의 요지(피해자 B⁹⁾에 대한 강간 부분¹⁰⁾)

제1심 법원 재판부는 ① 강간 경위에 대한 피해자의 진술이 일관되고 상당히 구

8) 항소심 판결에 대해 검찰이 상고하지 않아 대법원에서는 C에 대한 강간 부분이 판단대상이 되지 않았다. 검찰이 상고하지 않은 이유는 특별히 확인된 내용이 없다.

9) 이하 별도의 구분 없는 경우, ‘피해자’는 B를 의미하는 것이며, A는 ‘가해자’ 또는 ‘피고인’이라고 지칭하기로 한다.

10) C에 대한 강간 부분의 판단내용도 검토의 대상이 될 만한 쟁점들이 있으나, 본 발제문에 서는 B에 대한 판단 부분만으로 한정하여 검토하기로 한다. 이하 같다.

체적인 점, ② 피고인도 “B에게 뽀뽀를 할 때 B가 피고인의 의 혀와 입술을 깨물었다. B의 밑으로 피고인의 손이 내려갔을 때 B가 ‘밑에는 안돼.’라고 말했으나 남녀 사이에 ‘안돼.’라고 하면서 내숭을 떠는 것인 줄 알고 괜찮다고 생각했다. 그래서 성관계를 하였는데 B가 ‘하지마라. 이러면 강간이다.’라고 하여 놀라서 성기를 뺐다.”라는 취지로 진술하여 피해자가 피고인과의 성관계를 거부한 것으로 보이는 정황을 일부 자인하고 있는 점, ③ 피고인이 피해자와 성관계를 한 직후에 “미안하다. 기회되면 연락 한 번 줄래? 미안해 많이.. 오빠의 진심이도를 지나쳐서 결과가 이렇게 만들어져서 니 마음에 너무 큰 상처를 입혀버렸네.. 너무 미안하게 생각해 정말이야..”라는 내용의 문자메시지를 보내고, 피해자들이 신고한 이후 친구에게 “나 너무 병신 같다. 그래도 아직까지 못 잊고 좋아하던 앤데.. 술먹고 자제 못해서 결국은 이 꼴이네.., 그냥 그렇게 될 것 같아 벌써 끝난거 같은데.. 말출 두 달 남기고 이번엔 감옥 같은 군대가 아닌 진짜 감옥 가겠다.”라며 범행을 시인하는 듯한 내용의 문자메시지를 보낸 점, ④ 피해자는 피고인과 교제 당시에도 성관계를 한 적이 없는데 오랜만에 만난 피고인과 선뜻 성관계에 동의하였을 것으로 보이지 않는 점, ⑤ B는 C와 이야기를 나누다가 C도 강간을 당한 사실을 알게 되어 경찰에 신고하였는데 피고인이 친구사이인 피해자들과 성관계를 한 사실을 알게 되었다는 이유만으로 허위 사실을 신고하였을 것으로 보이지 않고, 허위 진술을 할 만한 사정도 발견되지 않는 점 등을 근거로 유죄를 인정하였다.

3. 항소심 판결의 오지

피해자는 사건 당일 피고인을 우연히 만나 호프집 등에서 대화를 나누다가 같은 날 아침 무렵 피해자의 요구로 모텔 객실에 함께 들어갔고, 객실 내에서 맥주를 마시며 대화를 하였으며, 피고인이 객실을 떠나려고 현관 쪽으로 가자 피해자가 피고인을 불러 다시 들어오게 한 사실이 있다.

그러나 ① 피고인이 그와 같이 다시 모텔 객실에 들어온 이후 침대에 누워있던 피해자에게 키스를 하였고, 이때 피해자가 피고인의 입술을 깨물면서 몸을 밀치

고 ‘밑에 손으로 하는 건 싫다’는 등으로 이야기하여 거부 의사를 표시하였는데, 피고인은 피해자의 손을 잡아 누르며 옷을 벗긴 사실, ② 피고인이 처음에 성기를 삽입하려고 했을 때에는 피해자가 몸부림을 치는 바람에 삽입하지 못한 사실, ③ 두 번째에 삽입하여 조금 움직이다가 피해자가 ‘오빠 이건 강간이야’라고 소리질러 피고인이 행동을 멈춘 사실, ④ 위 성관계 도중 피해자가 울었던 사실, ⑤ 이후 피해자가 피고인에게 화를 내며 사과를 요구한 사실에 관하여 피고인의 각 수사기관 진술과 피해자의 진술이 상당 부분 일치하고 있어, 피해자 진술의 신빙성은 높다고 할 것이다(밑줄 필자 추가).

그리고 ① 피해 이후의 심경에 대한 피해자의 수사기관 진술(“제가 피해자 입장이지만 제가 몸관리를 잘못된 거고 남자 하나인데 일대일인데 술을 먹자고 했을 때 아무리 옛날에 이런 사람이 아니었다고 해도 따라가면 안되는 거였는데 따라간 제가 너무 바보같고 제 주변사람 보기가 민망해서 친구한테 연락해서 주변사람들 얼굴 보고 그냥 죽어야겠다고 생각했어요. 예전에는 피고인 집에 자주 놀러가서 단둘이 있어도 한번도 그런 일 없었는데 배신당한 기분이었어요.”)로 보아 피해자는 교제할 당시에도 성관계한 적이 없었던 피고인이 갑작스럽게 성관계를 시도하리라는 것을 예상하지 못했던 것으로 보이고, 피해자가 피고인과 함께 모텔에 들어간 것만으로 피해자가 피고인과의 성관계에 묵시적으로 동의하였다고 보기는 어렵다(피고인의 변소에 의하더라도 피고인은 피해자를 모텔 객실에 데려다 주어 재운 후 바로 나올 생각으로 함께 모텔 객실에 들어갔다는 것이다). ② 또한 피해자는 2013. 1. 14. 새벽 피해를 당하고 당일 저녁에 친구인 C를 만나 피해사실을 고백하였으며, 같은 날 22:20경 바로 수사기관에 찾아가 신고한 점, “처음에 신고하려고 했었는데 괜히 엄마아빠한테 걱정 끼쳐드릴 것 같고 친구들도 걱정 많이 할 것 같아 안 했는데, 밤쯤에 친구(C) 집에 가서 이런 일 있었다고 말했더니 그 친구가 울면서 자기도 예전에 그랬었다고 (중략) 그때 이거는 신고를 해야 되는 거구나 생각하여 신고하게 되었다”라는 신고 경위에 관한 피해자의 설명 역시 이 사건 범행 이전까지 피해자와 피고인의 관계, C와 피해자의 관계 등에 비추어 충분히 수긍이 간다.

기타 문자메시지 등 사정들을 종합하여 보면, 피해자가 당시 피고인과의 성관계에 묵시적으로라도 동의하였다고 보기는 어렵다.

4. 대법원 판결의 요지

대법원은 피해자의 진술에 그 합리성과 신빙성을 선뜻 인정하기 어려운 사정들이 있다고 판시하면서 아래와 같은 5가지 사항을 항을 나누어 제시하고 있습니다.

- (1) 피고인은 피해자의 요구로 모텔 객실에 함께 들어가게 되었다. 피고인은 객실 내에서 피해자와 대화를 하다가 집에 가겠다고 피해자를 두고 먼저 객실을 떠나려고 현관 쪽으로 갔는데, 피해자가 피고인을 불러 다시 들어오게 하였다.
- (2) 피해자는 객실에 다시 들어 온 피고인이 입을 맞추어 거부 의사로 피고인의 입술과 혀를 꼭 깨물고 계속하면 혀가 잘릴 때까지 깨물겠다고 말을 하면서 발버둥을 쳤으나 피고인이 강제로 옷을 벗기고 간음하였다고 진술하였다. 피고인은 모텔 객실에 들어가기 전 주차한 차량 안에서는 물론 객실 안에서도 입을 맞추자 피해자도 장난스럽게 피고인의 입술을 살짝 깨물곤 하였고, 손으로 피해자의 가슴과 음부를 만지거나 성기를 삽입할 때까지 이를 거부하는 의사를 표시하거나 반항을 한 적이 없었다고 변소하였다.
- (3) 그런데 (가) 피고인은 피해자와 만나서 성교에까지 이른 과정을 매우 구체적으로 진술하고 있는 반면, (나) 피해자는 ① 수사기관에서는, 자신이 모텔을 나가려는 피고인을 불러서 다시 들어오게 한 사실을 진술하지 아니하다가, ② 제1심법정에서는, 모텔 객실에서 나가려는 피고인을 나가자 말라고 부른 사실이 있음을 인정하면서도 왜 불렀는지는 모르겠다고 진술하는 한편, 주점에서 함께 나온 시각과 실제로 모텔 객실에 들어간 시각 사이에 상당한 시간적 간격이 있음에 비추어 보면 모텔 객실로 들어가기 전에 주차장의 피고인 차량 안에서 피고인과 장시간을 함께 보낸 것으로 보임에도, 피고인이 객실에 들어가기 전 차량 안에서 피해자와 대화를 나누던 중 입을 맞추자 피해자도 장난스럽게 피고인의 입술을 살짝 깨문 적이 없느냐는 변호인의 질문에 기억이 나지 않는다고 진술하였고, 피고인이 피해자의 레깅스 치마와 속옷을 한꺼번에 벗길 당시 피해자가 엉덩이를 들어주어 편하게 해주지 않았느냐는 변호인의 질문에 대하여는 자신이 몸부림을 쳤으니까 엉덩이를 든

것처럼 느껴졌을 수는 있었을 것이라고 진술하여, ③ 자신의 주장과 부합하지 않는 사정들에 대하여는 구체적이고 명확한 진술을 회피하는 듯한 태도를 보였다. 나아가 피해자도 피고인이 성행위 과정에서는 별도로 피해자를 폭행하거나 협박한 적은 없었다고 진술하였다.

- (4) 원심판결 이유와 피해자의 진술에 의하더라도, 피고인이 자신의 성기를 피해자의 체내에 삽입하여 몸을 움직이던 중 피해자로부터 ‘오빠 이걸 강간이야’라는 말을 듣자 곧바로 행동을 멈추고 성기를 빼내고는 미안하다고 사과하였다는 것이고, 피고인 스스로도 피해자로부터 위 말을 듣고 성행위를 중단하였다고 하여 이를 인정하고 있다.

그런데 피고인이 위 성행위 과정에서 피해자를 폭행하거나 협박하지는 아니하였고 또한 피해자의 진술과 같이 ‘강간’이라는 말만으로 즉시 성행위를 멈출 정도였다면, 피고인이 피해자의 의사를 오해하였을 가능성은 충분히 있다고 할 수 있지만 과연 이를 넘어서서 피고인이 피해자의 의사에 반하여 피해자를 제압하고 강제로 성교에 이르렀다고 볼 수 있을지 상당한 의문이 들며, 이에 관한 피고인의 변소를 쉽게 배척하기 어렵다.

- (5) 피해자가 피고인과 모텔에 들어가 나올 때까지 약 4시간 가량 객실 외부로 고성이나 몸싸움 소리가 들렸던 사정은 없다. 피고인이 성행위를 중단한 후에 피해자는 ‘카카오톡’을 이용하여 친구들과 메시지를 주고받고 있다가, 집에 데려다 주겠다는 피고인의 말에 자신의 남자친구가 기다리는 장소에 데려다 달라고 부탁하여 함께 차량에 동승해 피해자가 요청하는 장소까지 갔다. 이에 의하면 피해자는 도움을 요청하는 것도 가능하였던 것으로 보이는데 이러한 구조나 도움을 요청하지 아니하였고, 성행위 중단 이후의 사정을 보면 피해자는 피고인의 성행위에도 불구하고 피고인과 함께 시간을 보내고 행동함에 대하여 강한 반감이나 거부감을 가지고 있지는 아니하였던 것으로 보인다.

결국 위와 같은 사정들을 종합하여 보면, 피고인이 피해자의 반항을 억압하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 유형력을 행사하여 강간하였다는 취지의 피해자의

진술은 그 신빙성이 의심스럽고, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 피해자와의 성행위를 스스로 중단하기 전까지 피해자에게 가한 폭행·협박이 피해자의 반항을 현저히 곤란하게 할 정도에 이르렀음이 합리적인 의심할 여지가 없을 정도로 증명되었다고 보기는 어렵다.

Ⅲ. “이건 강간이야”라는 외침의 맥락적 이해

1. 성폭력 사건에 대한 맥락적 이해

54

성폭력 사건은 성폭력에 대한 직접 증거가 없는 경우가 많기 때문에 그 판단 과정에서 사건 전에 가해자와 피해자가 만난 단계에서부터 사건 후의 정황까지 여러 가지 사실관계가 고려되고 다투어진다. 그런데 그러한 여러 사실관계는 상호간의 연관성이 있기 때문에 별개의 독립적인 내용으로 이해되고 검증되어서는 안되며, 전후 사실관계와의 맥락, 그러한 행동을 한 사람의 경험, 인식 정도, 특성과 같은 행위자 맥락 등을 고려한 맥락적 이해가 이루어져야 한다.

성폭력 사건에서 가장 먼저 구분되는 맥락은 피해자 관점에서의 사건 맥락과 가해자 관점에서의 사건 맥락이다. “이건 강간이야” 사건의 경우, 피해자 관점에서의 맥락은 ‘키스부터 성기 삽입 시까지 계속 저항을 하였는데 힘에 눌러 강간을 당한 사건’(전형적인 강간 주장, 이하 ‘피해자-강간 맥락’이라 한다)이다. 반면, 이 사건에서 가해자 관점의 맥락은 일반적인 경우와는 달리 두 가지로 나누어 볼 수 있는데, 하나는 ‘피해자도 동의하여 성관계를 해놓고 허위로 고소한 사건’(전형적인 화간 주장, 이하 ‘가해자-화간 맥락’이라 한다)이며, 다른 하나는 ‘피해자가 내심으론 동의를 안했는지는 모르겠으나 겉으론 잘 표현하지 않아서 몰랐고(착각 또는 오해), 피해자가 거부 의사를 표시한 즉시 중단한 사건’(묵시적 동의 또는 가해자의 착각 주장, 이하 ‘가해자-착각 맥락’이라 한다).

개별적인 행동이나 사실관계는 위와 같은 맥락들 속에서 서로 다르게 명명되고 해석되는데, 예컨대 피해자가 가해자의 입술과 혀를 깨문 것은 피해자-강간 맥락

에서는 ‘저항’ 또는 ‘거부의사 표시’로 해석되고, 가해자 맥락에서는 ‘장난’으로 해석된다. “밑에는 안돼”라는 피해자의 말 역시 피해자-강간 맥락에서는 ‘거부의사 표시’로, 가해자 맥락에서는 ‘내숭을 떠는 것’으로 해석된다.

또한, 맥락에 따라 피해자에 대한 이해와 법원 판단의 근거도 달라지게 된다. 가해자-화간 맥락에서 피해자는 ‘실제로는 당시 거부의사를 표시하거나 저항한 사실도 없으면서 허위로 고소하여 적극적인 거짓말을 하는 사람’으로 이해되고 이는 대법원 판결 중 ‘피해자 진술의 합리성과 신빙성을 인정하기 어렵다’는 판단내용과 연결된다. 가해자-착각 맥락에서 피해자는 ‘실제로 거부의사를 표시하거나 저항행위를 했을 수도 있지만 저항을 충분하게 하지 않아 가해자의 착각을 유발한 사람’으로 이해되고, 이는 대법원 판결 중 ‘가해자가 피해자의 의사를 오해하였을 가능성이 충분히 있다’, ‘피해자의 의사에 반하여 피해자의 반항을 현저히 곤란하게 할 정도로 폭행·협박을 가한 사실이 증명되었다고 보기 어렵다’는 판단내용과 연결된다.

이처럼 맥락에 따라 사실에 대한 해석과 판단이 달라질 수 있으므로, 성폭력 사건을 해석·판단함에 있어 각각의 사실들이 맥락에 맞게 이해되었는지, 최종 결론에 이르기까지 맥락을 일관되게 유지하면서 사건을 이해하였는지 여부가 매우 중요하다. 이런 관점에서 보았을 때, 이번 대법원 판결은 맥락적 이해가 제대로 이루어지지 않은 측면이 큰데, 이에 대해서는 항을 바꾸어 서술하도록 한다.

2. “이건 강간이야”라는 외침은 어떻게 이해되어야 할까?

“이건 강간이야”라는 피해자의 말¹¹⁾은 피해자뿐만 아니라 가해자도 삼입 도중에

11) 실제로 피해자가 정확히 어떤 표현으로 말하였는지는 확인할 수 없다. 판결문에서는 “오빠 이건 강간이야”(항소심, 대법원 판결문), “하지마라 이러면 강간이다”(제1심 판결문)라는 두 가지 표현이 모두 인용부호와 함께 언급되고 있다. 이는 조서 작성 과정에서 조사자 또는 작성자 마음대로 진술 내용을 각색하면서도 직접 인용방식으로 기재하는 우리 수사·재판 실무상의 문제에 기인하는데, 비교적 중복되는 내용이고 상급심 판결문에서 두 차례 판시된 “이건 강간이야”라는 표현으로 분석하기로 한다.

피해자가 그렇게 말한 사실이 있다고 인정하고 있고, 이 말을 함으로써 가해자가 삽입을 중단하고 사과를 하는 등 사건 전개에 큰 변화가 있었기 때문에 이 사건을 이해하는 데 있어 매우 중요하게 분석되어야 할 내용이다.

먼저 가해자-화간 맥락에서 가해자와 성관계를 하고 있는 도중의 피해자를 상상해 본다. 피해자는 피해자와의 성관계에 대해 거부 의사를 표시하지도 저항을 한 사실도 없으며, 오히려 적극적으로 객실을 나가려는 가해자를 불러 다시 들어오게 하고, 키스할 때 장난스럽게 살짝 깨물기도 하면서 가해자와 성기 삽입성교까지 하고 있는 상황이다. 그런데 갑자기 피해자가 “이건 강간이야”라고 외친다. 이 상황은 도대체 어떻게 ‘합리적’¹²⁾으로 이해될 수 있을까? 만약 피해자가 삽입 도중 성적인 흥미를 잃었거나, 당시 사귀고 있던 남자친구에 대해 죄책감이 들었다는 등의 이유로 성행위를 계속 하고 싶지 않은 마음이 들었다면, “이제 그만(하면 좋겠어).”, “더 이상 하고 싶지 않아.”, “이건 아닌 것 같아.”, “이러면 안 될 것 같아.”와 같은 말로 중단 의사를 표현하는 것이 더 자연스럽지 않나? 단순히 성행위 중단을 요구하는 것만이 아니라, 갑작스럽고 공격적으로 상대방을 성범죄자로 몰아세우는 “이건 강간이야”라는 말은 어떤 상황을 가정하더라도 가해자-화간 맥락에서는 ‘합리적’으로 이해되기 어렵다.

56

이번에는 가해자-화간 맥락에서 가해자의 입장을 상상해 본다. 가해자는 피해자가 적극적으로 모델 객실로 다시 들어오게 하여 피해자와 함께 있으면서 어떠한 피해자의 거절 의사 표현이나 저항도 없이 상호 동의하에 자연스럽게 키스하고 삽입성교를 하고 있는 상황이다. 그런데 갑자기 피해자가 “이건 강간이야”라고 외친다. 예상되는 가해자의 자연스럽게 ‘합리적’인 반응은 무엇인가? “그게 무슨 말이야?”, “갑자기 왜 그래?”, “내가 뭘 잘못했어?” 등은 그나마 점잖은 반응으로 생각해볼 수 있고, 현실적으로는 “너 미쳤어?”라는 반응도 충분히 가능할 것이

12) 강간죄를 판단하는 형법상 판단기준인 ‘합리성’은 그 구현과 작동이 성별화되어 있어 ‘객관적’이고 ‘중립적’이라는 명분 아래 여성의 경험과 인식은 무시되고 남성의 경험과 인식만이 보편적인 것으로 여겨져서 합리성 판단의 근거가 된다. 성별화된 ‘합리성’에 대한 논의로는 장다혜, “단순강간(simple rape)의 형사법상 판단기준에 관한 여성주의적 연구”, 이화여대 석사논문, 2004, p.100 이하 참조.

다. 하지만 이 사건에서 가해자는 피해자에게 “이건 강간이야”라는 말의 의미나 왜 그런 말을 갑자기 하는지 이유를 묻지도 않고 “곧바로 행동을 멈추고 성기를 빼내고는 미안하다고 사과하였다는 것”(대법원 판시 내용)이다. 이러한 가해자의 반응이 과연 가해자-화간 맥락에서 ‘합리적’인 반응이라고 볼 수 있는가?¹³⁾

가해자-착각 맥락에서는 피해자가 “이건 강간이야”라고 말을 하는 이유가 충분히 이해될 수 있다. 피해자로서는 계속적으로 거부 의사를 표현하고 저항을 하고 있었는데 가해자가 이를 ‘내숭’이나 ‘양탈’로 착각하면서 피해자의 ‘NO’를 ‘NO’라고 받아들이지 않고 있어서, 자신의 거부 의사를 분명하게 다시 표현하기 위해 “이건 강간이야”라는 말을 한 것으로 해석될 수 있기 때문이다. 그러나 가해자-착각 맥락에서도 여전히 가해자의 반응은 ‘합리적’으로 이해될 수 없다. 가해자는 피해자가 성관계에 동의한 것으로 착각하고 있는 상황이므로, 가해자-화간 맥락에서의 가해자 입장과 동일하기 때문이다. 피해자도 동의하여 성행위를 하고 있다고 생각(착각)하고 있는 가해자가 갑자기 “이건 강간이야”라는 말을 듣는다면, 당황하거나, 피해자에게 그 이유를 묻거나, 화를 내는 등의 반응은 예상할 수 있어도 아무런 말도 없이 즉시 행위를 중단하고 사과하는 것은 쉽게 이해되기 어렵다.

따라서 삽입 도중 피해자가 “이건 강간이야”라는 말을 하고, 그에 대해 가해자가 곧바로 삽입을 중단하고 사과한 것은 오로지 피해자-강간 맥락에서만 ‘합리적’으로 이해될 수 있다. 피해자-강간 맥락에서 가해자는 피해자의 거부 의사와 저항을 알면서도 피해자의 의사에 반하여 삽입을 한 것인데, 피해자가 “이건 강

13) 앞서 언급한 미국 캘리포니아 주 대법원의 John 판결 사안에서는 피해자가 성관계 도중 삽입된 성기를 빼려고 하고, “집에 가야 한다.”(I need to get home)라고 말하면서 더 이상 성관계를 계속 하고 싶지 않다는 의사를 표시했고, 이에 대해 가해자는 “조금만 더 하자.”(Just give me a minute)라고 답하면서 행위를 중단하지 않았으며, 피해자가 재차 집에 가야 한다고 했음에도 가해자는 삽입을 중단하지 않고 강제로 성행위를 계속하였다. John 판결은 피해자가 중단 의사를 표시한 이후에도 성행위를 계속한 부분에 대해 강간을 인정한 것이다. 이 사건도 엄밀히 보면 여성의 적극적인 동의 의사에 의해 성행위가 개시된 것은 아니었지만, 어쨌든 피해자의 중단 의사를 표현한 말과 그에 대한 가해자의 반응이 모두 자연스럽게 보인다. 이런 사안과 비교해보면, 피해자가 “이건 강간이야”라고 말하자 가해자가 곧바로 행동을 멈추고 사과한 것은 동의에 의한 성관계(화간)와 거리가 멀다는 점을 더 분명하게 알 수 있다.

간이야”라면서 가해자의 행위가 범죄로까지 문제될 수 있다는 뜻을 내포한 더 적극적이고 분명한 거부 의사 표시를 하자, 그제서야 행위를 멈추고 그 때까지 피해자의 의사를 무시한 것에 대해 사과를 한 것으로 전후 상황을 구성할 수 있는 것이다.

대법원은 “‘강간’이라는 말만으로 즉시 성행위를 멈출 정도였다면, 피고인이 피해자의 의사를 오해하였을 가능성은 충분히 있다”고 판시하나, 앞서 살펴본 바와 같이 가해자(피고인)가 정말로 피해자도 성행위에 동의를 하고 있는 것으로 ‘오해’하였다면 ‘강간’이라는 말 한 마디만으로 즉시 성행위를 멈추는 것은 오히려 이상하고, 왜 강간이냐고 묻는 등의 반응이 더 자연스럽다는 점에서 설득력 있는 판단이라고 보기 어렵다.

3. 맥락을 제거한 대법원 판결의 문제점

58

이 사건의 대법원 판결은 “이건 강간이야”라는 외침에 대해서만 맥락적 분석을 간과하고 있는 것이 아니다. 피해자 진술의 신빙성과 합리성을 의심하는 근거로 제시한 내용을 서술함에 있어서도 그 맥락을 제거하고 있어 문제가 있다.

단적으로 피해자와 가해자가 함께 모텔 객실까지 들어간 부분에 대한 판시내용을 보면, 항소심 판결에서는 “예전에는 피고인 집에 자주 놀러가서 단둘이 있어도 한 번도 그런 일 없었는데 배신당한 기분이었어요.”라는 피해자의 진술을 근거로 “피해자는 교제할 당시에도 성관계한 적이 없었던 피고인이 갑작스럽게 성관계를 시도하리라는 것을 예상하지 못했던 것으로 보”인다고 판단하고, 피고인도 “피해자를 모텔 객실에 데려다 주어 재운 후 바로 나올 생각으로 함께 모텔 객실에 들어갔다.”고 진술하였다는 점을 근거로 “피해자가 피고인과 함께 모텔에 들어간 것만으로 피해자가 피고인과의 성관계에 묵시적으로 동의하였다고 보기는 어렵다.”고 판단함으로써, 피해자와 피고인의 과거 관계, 피고인이 피해자를 모텔에 데려다 준 경위 등 전후 맥락을 고려하여 그 의미를 해석하였다.

반면, 대법원은 항소심 판결에서 고려된 위와 같은 맥락을 완전히 제거한 채 단

순히 ‘피해자의 요구’로 가해자가 모텔 객실에 함께 들어가게 되었고, 가해자가 떠나려는데 피해자가 불러서 다시 들어오게 한 사실만을 언급하면서 이를 곧바로 피해자 진술의 신빙성과 합리성을 의심하는 근거로 삼고 있다. 이는 얼핏 보면 ‘객관적이고 중립적인 사실’만을 언급한 것으로 비춰질 수 있지만, 실상은 ‘남녀가 모텔에 함께 들어가면 이미 암묵적으로 성행위까지 동의한 것이다. 여자가 적극적으로 남자를 모텔방으로 들어오게 했다면 더더욱 그러하다’는 잘못된 사회적 편견에 기대어 논리전개를 하고 있는 것이다.

한편, 항소심 판결에서는 가해자가 처음 성기를 삽입하려 했을 때 피해자가 몸부림을 쳐서 삽입하지 못하고 두 번째에 삽입한 사실, 성관계 도중 피해자가 울었던 사실, 피해자가 가해자에게 화를 내며 사과를 요구한 사실에 대해 가해자와 피해자의 진술이 상당 부분 일치¹⁴⁾하고 있다고 판시하였으나, 대법원 판결에서는 위와 같은 사정들은 언급조차 되지 않았다. 위 사실들은 강간죄의 구성요건인 간음 행위와 직접적으로 관련되어 있거나 간음행위 중단 직후의 사정에 대한 것이어서 분석 및 평가가치가 매우 높음에도 불구하고 언급조차 되지 않았다는 것은 대법원 판결의 논리구성에 심각한 문제가 있음을 보여 준다. 특히 위 사실들은 가해자-화간 맥락과는 거의 조화되기 어렵고,¹⁵⁾ 가해자-착각 맥락에 있어서도 가해자의 착각에 근거가 부족하다는 점을 보여주기 때문에, 결국 대법원은 결론에 배치되는 맥락적 사실들을 자신의 입맛에 맞게 아예 판결문에서 제거한 것이라고 볼 수밖에 없다.¹⁶⁾

14) 발제자로서는 재판기록을 직접 볼 수 없어 가해자와 피해자의 진술이 ‘상당 부분’ 일치하였다는 것이 어느 정도를 의미하는지 확인할 수는 없었다. 다만, 이 사실들이 피해자의 일방적인 주장이 아니라는 점은 분명한 것으로 보이며, 이러한 점에서도 더더욱 대법원에서 분석 및 평가의 대상이 되었어야 한다.

15) 동의에 의해 성관계를 하던 여성이 성관계 도중에 우는 것은 상상하기 어렵고(그것이 성적 흥분에 의한 울음이 아닌 한), 동의하에 성관계를 하다가 뜬금없이 ‘강간’이라는 말을 하면서 행위를 멈추게 한 여성이 오히려 화를 내면서 사과를 요구하는 것은 있을 수 없는 적반하장이 아닐 수 없다.

16) 설령, 이 사건에 대한 대법원의 판결이 결론적으로는 타당한 것이라고 가정하더라도, 이러한 방식의 논리전개는 최종 심급인 대법원 판결의 설득력과 신뢰도를 저하시킨다는 점에서 바람직하다고 볼 수 없다.

강간 이후의 정황에 대한 판단에서도 대법원은 맥락을 고려하지 않은 서술을 하고 있다. 즉, 대법원은 성행위 중단 후 피해자가 자유로이 친구들과 연락하면서 구조를 요청할 수 있었고 모텔 직원 등에게 도움을 요청하는 것도 가능하였는데 구조나 도움을 요청하지 않은 점을 피해자 진술의 합리성 또는 신빙성을 의심하는 근거로 언급하고 있다. 그런데 이러한 대법원의 판단은 이 사건의 맥락을 전혀 고려치 않은 문제가 있다. 이 사건에서 가해자는 뒤늦은 문제가 있기는 하지만 어쨌든 피해자의 거부 의사 표시로 스스로 삽입을 중단하였다. 즉, 가해자는 어느 정도 말이 통하는 상대이고, 이미 문제된 행위는 중단된 상태이며, 가해자가 피해자의 자유를 구속하거나 추가적인 성폭력이 우려되는 것도 아니었다. 이러한 상황에서 피해자가 왜 친구나 모텔 직원에게 구조나 도움을 요청해야 하는가? 구조나 도움을 요청할 필요성이 없음에도 이를 요청하지 않은 것을 부정적으로 평가하는 것은 ‘합리적’으로 볼 수 없다.

60 IV. 가해자의 ‘착각’ 또는 ‘오해’에 대한 비판적 검토

1. 정말 오해했나?

가해자의 착각 또는 오해라는 것의 실상은 피해자가 거부 의사를 표명하고 있다는 것을 알면서도 아무런 근거도 없이 이를 ‘내숭’으로 치부해버리는 ‘일방적 무시’에 가깝다. 즉, 피해자의 동의가 있다고 잘못 생각하는 것이 아니라 애초부터 피해자의 동의 여부는 고려의 대상이 되지 않고 무시될 뿐이며, 단지 사후적으로 가해자의 행위가 문제될 경우 ‘착각’이나 ‘오해’를 정당화 논리로 주장하는 것이다.

“이건 강간이야” 사건의 경우 가해자는 “밑에는 안돼.”라는 피해자의 말은 내숭이라고 생각했지만 ‘강간’이라는 말을 듣고는 삽입을 중단하였다. 가해자는 과연 ‘안돼’는 ‘NO’가 아닌 ‘YES’로 오해하였다가 ‘강간’이라는 말에 비로소 ‘NO’라는 것을 분명히 알게 된 것일까? ‘안돼’라는 말이 ‘NO’라는 점은 알았지만 이를 무시하고 삽입으로 나아갔다가 ‘강간’이라는 범죄 책임이 문제될 수 있는 말을 듣게 되자 처벌이나 그로 인한 문제발생이 두려워 비로소 행위를 중단하였다고 보는 것

이 더 현실성이 있다고 볼 수 있다. 또한 가해자가 “이건 강간이야”라는 말을 듣자마자 행위를 중단하고 사과를 한 것은 이미 그 말을 듣기 이전부터 자신의 행동이 잘못된 것임을 인식하고 있었음을 의미한다는 점에서 더더욱 후자의 해석(NO라는 것을 알았지만 무시)을 뒷받침 한다.

청소년 성폭력 가해자의 남성성과 성폭력 사이의 관계를 연구한 한 논문¹⁷⁾에 의하면, 청소년 성폭력 가해자들이 피해자가 자신과 함께 술을 마신 경우 이를 성관계에 대한 동의의 의사표시로 해석하는 경우가 있다고 지적하면서 다음과 같은 가해자의 목소리를 전하고 있다.

강간은 길 가다가 여자 잡아서 하는 거잖아요. 그 애(피해자)도요 하고 싶어 한 거라고요. 도망도 안갔고요, 말로만 그냥 ‘하지마, 하지마’ 그러고요. 술도 별로 안 마셨으면서 술 취한 척 하고, 화장실 들락날락 거리고, 그러 말고도요, 옆에 붙고 그랬어요. 사실 심하게 한 것도 없어요. 때린 적도 없어요. <사례1>¹⁸⁾

하지만 위 사건에서 청소년 가해자는 술을 마시기 전에 이미 ‘돌릴 것’을 제안하고 고의로 술을 함께 마신 것이었다.¹⁹⁾ 가해자는 피해자가 함께 술을 마시고 일부러 취한 척 하였다는 점을 지적했지만, 가해자의 의도는 이미 ‘피해자를 돌리는 것’이었고 피해자의 의사는 중요한 것이 아니었다.

2. 가해자의 착각 또는 오해는 보호되어야 하는가?

가해자의 진정한 심리 상태가 피해자의 ‘NO’가 실제로 ‘NO’를 의미할 수도 있다는 점을 알면서도 이를 무시하고 ‘내숭’일 뿐이라고 자기합리화를 하면서 자신이 원하는 행동으로 나아가는 것이라면 이는 미필적 고의의 법리와 유사하게 보아

17) 권수현, “남성성과 성폭력간의 관계에 관한 연구 : 청소년 성폭력 가해자를 중심으로”, 이화여대 석사논문, 1998

18) 권수현, 위 논문, p.57

19) 권수현, 위 논문, p.57

가해자의 고의를 인정할 수 있다. 즉, 가해자가 주장하는 ‘착각’이나 ‘오해’는 곧 바로 ‘고의의 부존재’를 의미하는 것이 아니라, 가해자가 피해자의 동의 없음을 알았거나 알 수 있었음에도 이를 의도적으로 무시한 것이라면 고의의 한 형태로 고려되어야 한다는 것이다. 서울고등법원은 피해자가 피곤하고 술에 취한 상태에서 가해자들이 3 대 1의 집단 성교를 시도하자 사실상 적극적인 저항을 포기한 사안에서 “피고인들은 피해자의 성적 자기결정권을 침해당하여 저항이 현저히 곤란한 상태에 놓여 있었음을 알고 있었거나 적어도 미필적으로나마 이를 알고 있었다고 봄이 타당하다.”(밑줄 필자 추가)라고 판단하면서 가해자들의 묵시적 성관계에 대한 동의가 있었다는 주장을 배척하고 고의를 인정한 바 있다.²⁰⁾

62

한편, 강간죄에 있어 피해자의 동의 요건을 입법을 통해 좀 더 엄격한 내용으로 요구하거나 해석함으로써 가해자의 착각이나 오해에 대해 면죄부를 부여하는 것을 제한할 수 있다. 예컨대 미국 일리노이 주는 2003년 형법을 개정하여, “처음에 성교 혹은 성적 접촉에 동의한 사람이 성교 혹은 성적 접촉 도중 동의를 철회하면, 어떠한 성교나 성행위에도 동의하지 않은 것으로 간주한다.”라는 규정을 추가하였는데, 이와 같은 개정은 앞서 언급한 캘리포니아 주의 John 판결의 영향을 받은 것으로서 ‘NO means NO’의 주장이 법률의 내용으로 반영된 것으로 볼 수 있다.²¹⁾ 입증의 문제가 있기는 하나 성행위 도중이라도 동의를 철회하면 동의가 없게 된다는 해석은 법률의 개정이 없더라도 해석상으로도 취할 수 있는 태도이다. 성행위 도중에 동의를 철회한 사안은 아니지만, 서울중앙지방법원은 술자리에서 우연히 만난 남녀가 여관에 간 뒤 두 차례 성관계를 맺고, 새벽에 잠에서 깬 여성이 ‘집에 가겠다’는 의사를 밝혔음에도 남성이 강제로 성관계를 가진 사안에서 강간죄를 인정한 바 있다.²²⁾ 이 사안에서 가해자는 이미 두 차례나 합의하여 성관계를 가진 피해자가 아침에 일어나서 성행위를 하기 싫다고 하자 진심이 아

20) 서울고등법원 2014. 7. 24. 선고 2014노242 판결

21) 장다혜, 앞의 논문, p.139

22) 조선일보, 2012. 4. 28.자 기사, 「‘합의된 하룻밤’새 3번의 성관계, 마지막만 강제였다면...」; 서울고등법원 2012. 4. 20. 선고 2011노3319 판결, 서울중앙지방법원 2011. 11. 11. 선고 2011고합634 판결; 조선일보 기사에서는 서울고등법원에서의 항소심 판결을 위주로 보도 하였으나, 항소심에서는 피고인이 강간의 고의를 다투지 않아서 판단대상에서 제외되었고, 강간의 고의가 다투어져 판단된 것은 제1심인 서울중앙지방법원에서였다.

닌 것으로 알고 다소 강압적인 방법으로 성행위를 하였을 뿐이라고 주장하였으나, 재판부는 문제된 강간 이전의 성관계와 관련된 사정은 고려치 않고 강간 행위 전후의 사실관계에 초점을 맞추어 피해자의 동의가 없었음을 인정하였다.²³⁾

최근에는 여성의 소극적인 거부 의사를 동의 없음으로 보아야 한다는 ‘NO means NO’의 태도를 넘어 여성의 적극적인 동의만을 동의로 보아야 한다는 ‘YES means YES’의 캠페인이 이루어지기도 한다. 이러한 태도가 반영된 것이 최근에 개정된 미국 캘리포니아 주 교육법이다. 미국 오바마 대통령이 2014년 1월 주례 연설에서 대학 내 성폭력 문제를 언급하면서 대학 내 성폭력 문제 해결을 위한 여러 가지 흐름이 만들어졌고, 그러한 흐름의 연속선상에서 2014년 캘리포니아 주 교육법이 개정되었다.²⁴⁾ 개정법에 따르면 캘리포니아 주 소재 대학이 주정부의 기금 지원을 받기 위해서는 성폭력, 가정폭력, 데이트 폭력, 스토킹과 관련하여 ‘적극적 동의 기준’을 채택하여야 하는데, ‘적극적 동의’란 성적 행위에 대한 적극적이고, 의식적이며, 자발적인 동의를 의미하는바, 저항이나 거부의 의사표시의 부재나 침묵은 동의에 해당되지 않고, 동의는 성적 행위의 진행 중에 존재하여야 할 뿐만 아니라 언제든지 철회 가능하여야 하며 연인관계 또는 과거의 성관계의 존재는 동의를 구성하지 않는다고 설명된다.²⁵⁾²⁶⁾

그런데 우리나라에서 해석을 통해 위와 같은 적극적 동의 기준을 적용한 것 같은 판결이 있어 주목된다.²⁷⁾ 앞서 언급한 피해자가 피곤하고 술에 취한 상태에

23) 다만, 항소심 판결에서는 “이 사건 범행은 피고인과 피해자가 새벽까지 술을 마시고 어울리다가 함께 여관에 투숙하여 합의하에 두 차례나 성관계를 가진 후에 발생한 것으로, 피해자가 피고인으로 하여금 후속 성관계도 용인하는 것으로 오해할 만한 행동을 한 것이 주된 요인이 되어 발생한 점”을 피고인에게 유리한 양형 감경 사유로 판시하였다.

24) 캘리포니아 주 정부의 입법 정보 안내 홈페이지 참조
(https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201320140SB967)

25) 이와 같은 ‘적극적 동의 기준’은 형사재판에서 강간죄 판단 시 적용되는 것이 아니라, 대학 내의 징계 등 판단 시 적용된다는 점에서 피고인의 무죄 추정 원칙 위반이 곧바로 문제되는 것은 아니지만 위헌 논의가 문제될 수 있다. 실제 대학 내에서 위 기준이 어떻게 적용되는지, 대학 내 사건에 대한 적극적 동의 기준 적용이 법원에서의 성폭력 판단 시 어떤 영향을 미칠 것인지에 대해 향후 주의를 기울일 필요가 있다.

26) 이 개정법에 대한 찬반 논의로는 CNN, 2014. 9. 3.자 기사, 「Schools preach ‘enthusiastic’ yes in sex consent education」 참조
(<http://www.cnn.com/2014/09/03/living/affirmative-consent-school-policy/>)

서 가해자들이 3 대 1의 집단 성교를 시도하자 사실상 적극적인 저항을 포기한 사안²⁸⁾에서 서울고등법원은 “제반정황에 비추어 상대방 여성이 그러한 성관계를 양해해 주기란 좀처럼 용이하지 아니한 유형의 성관계²⁹⁾에 있어서는 상대방 여성의 성적 자기결정권은 다른 특별한 사정이 없다면 대체로 소극적·방어적인 방향을 지향하여 그러한 성관계를 일단 거부할 것이라는 인식을 기본으로 하는 것이 옳다”(밑줄 필자 추가)고 하면서, “이 때 가해 남성으로서는 상대방 여성으로부터 적극적, 명시적으로 동의의사를 얻기 전까지는 보수적으로 행동할 것이 기대”(밑줄 필자 추가)된다고 기준을 제시하면서 가해자들의 강간 고의를 인정하였다. 비록 비전형적 또는 일탈적 성관계로 한정된 측면이 있고, 이 사건의 상고심 판결에서는 “원심판결 이유에 다소 적절하지 않은 부분이 있”다고 지적되어 위와 같은 기준을 일반적으로 적용할 수 있을지 의문이나, 피해자의 동의에 대한 재판부의 전향적인 인식에 따라 그 태도가 크게 달라질 수 있음을 보인 긍정적인 사례라고 볼 수 있다.

64

V. 나가며

이번 사건은 얼핏 보면, “이건 강간이야”라는 피해자의 말에 곧바로 행위를 중단하였음을 이유로 무죄가 선고되어 피해자의 의사를 존중하는 것이 중요하다는 취지로 읽힐 가능성이 있다.

그러나 앞서 살펴본 바와 같이, 실상은 피해자의 의사가 계속 무시되고 있다가 “이건 강간이야”라고 외침으로써 간신히 그 의사가 관철된 것인바, 이에 대해 무죄를 선고한 이번 대법원 판결은 여성의 ‘NO’는 ‘YES’라는 강간신화를 지지,

27) 연합뉴스, 2014. 8. 5.자 기사, 「법원 “피해여성 시각에서 판단…적극적·명시적 동의 없으면 성폭력」

28) 서울고등법원 2014. 7. 24. 선고 2014노242 판결

29) 판결에서는 이를 ‘비전형적 또는 일탈적 성관계’라고 지칭하면서, 당사자들의 사회·문화적 지위와 성도의 관념, 성관계가 이루어지기까지의 경과, 당사자 사이의 친소관계, 면식관계, 교제기간, 성행위가 이루어진 시간적·공간적 여건 등 제반정황을 고려해야 한다고 판시하였다.

옹호한 것으로서 그 문제가 크다.

피해자의 의사가 온전히 그대로 받아들여지기 위해서는 성폭력 사실관계에 대한 맥락적 이해와 법원에서 말하는 ‘합리성’의 성별 편향 제거가 중요하다. 이를 통해 여성의 ‘NO’가 존중되고 더 나아가 적극적인 ‘YES’를 진정한 ‘YES’로 받아들여지게 되면, 놀라운 절제력과 이해심, 배려심을 가진 남성은 강간죄 유죄 판결이 아닌 여성인권을 위한 디딤돌 상을 받을 수 있게 될 것이다.

토론

“이건 강간이야”라는 외침의 맥락적 이해와 가해자의 착각에 대한 비판적 검토 토론문

신진희 (대한법률구조공단 피해자국선전담변호사)

발제자는 최근 세간의 주목을 끈 대법원 판결(“이건 강간이야” 사건, 이하 이 사건이라고 한다.)에 대하여 ① “이건 강간이야”라는 피해자의 외침의 맥락적 이해와 ② 피해자의 동의 여부에 대한 가해자의 착각을 다루고 있다.

66

이 사건에서 가해자는 피해자에게 “이건 강간이야”라는 말의 의미나 왜 그런 말을 갑자기 하는지 이유를 묻지도 않고 “곧바로 행동을 멈추고 성기를 빼내고는 미안하다고 사과하였다는 것”이다.

발제자는 가해자-화간 맥락에서 예상되는 가해자의 자연스럽고 ‘합리적’인 반응은 “그게 무슨 말이야?”, “갑자기 왜 그래?”, “내가 뭘 잘못했어?”, “너 미쳤어?” 등이므로 이 사건에서 가해자의 반응은 ‘합리적’인 반응이라고 볼 수 없고, 가해자-착각 맥락에서 가해자는 당황하거나, 피해자에게 그 이유를 묻거나, 화를 내는 등의 반응은 예상할 수 있어도 아무런 말도 없이 즉시 행위를 중단하고 사과하는 것은 쉽게 이해되기 어렵다고 분석한다.

발제자는 항소심과 달리 대법원이 피해자와 피고인의 관계, 피고인이 피해자를 모텔에 데려다 준 경위 등 전후 맥락을 고려하지 않고, ‘남녀가 모텔에 함께 들어가면 이미 암묵적으로 성행위까지 동의한 것이다. 여자가 적극적으로 남자를 모텔방으로 들어오게 했다면 더더욱 그러하다’는 잘못된 사회적 편견에 기대어 논리전개를 하고 있을 뿐만 아니라, 강간죄의 구성요건인 간음 행위와 직접적으로 관련되어 있거나 간음행위 중단 직후의 사정에 대한 것이어서 분석 및 평가

가치가 매우 높음에도 불구하고 언급조차 되지 않았다는 것은 대법원 판결의 논리구성에 심각한 문제가 있음을 보여 준다고 지적한다.

성폭력사건에서 사실관계에 대한 맥락적 이해의 중요성과 합리성의 성별편향제거의 필요성에 대한 발제자의 의견에 찬성한다.

강간죄에 있어 피해자의 동의여부를 입법으로 해결하자는 입장인지 - 가해자가 피해자의 적극적인 동의있음을 증명해야하는지, 묵시적 동의에 대한 예외규정을 인정할 필요가 있다는 것인지 - 아니면 현재와 같이 법원의 판단에 맡겨야하는지 발제자의 의견을 듣고 싶다.

형법은 강제적 강간과 추행을 기본적인 성적자기결정권을 침해하는 행위로 규정하고, 성적자기결정권 중에서 '원치 않는 성적행위를 하지 않을 수 있는' 소극적 권리를 보호의 대상으로 한다.

대법원은 (1) 피고인은 피해자의 요구로 모텔 객실에 함께 들어가게 되었다. 피고인은 객실 내에서 피해자와 대화를 하다가 집에 가겠다고 피해자를 두고 먼저 객실을 떠나려고 현관 쪽으로 갔는데, 피해자가 피고인을 불러 다시 들어오게 하였다. (2) 피해자는 객실에 다시 들어 온 피고인이 입을 맞추어 거부 의사로 피고인의 입술과 혀를 꽉 깨물고 계속하면 혀가 잘릴 때까지 깨물겠다고 말을 하면서 발버둥을 쳤으나 피고인이 강제로 옷을 벗기고 간음하였다고 진술하였다. 피고인은 모텔 객실에 들어가기 전 주차한 차량 안에서는 물론 객실 안에서도 입을 맞추자 피해자도 장난스럽게 피고인의 입술을 살짝 깨물곤 하였고, 손으로 피해자의 가슴과 음부를 만지거나 성기를 삽입할 때까지 이를 거부하는 의사를 표시하거나 반항을 한 적이 없었다고 변소하였다. (3) (중략) 나아가 피해자도 피고인이 성행위 과정에서는 별도로 피해자를 폭행하거나 협박한 적은 없었다고 진술하였다. (4) 원심판결 이유와 피해자의 진술에 의하더라도, 피고인이 자신의 성기를 피해자의 체내에 삽입하여 몸을 움직이던 중 피해자로부터 '오빠 이건 강간이야'라는 말을 듣자 곧바로 행동을 멈추고 성기를 빼내고는 미안하다고 사과하였다는 것이고, 피고인 스스로도 피해자로부터 위 말을 듣고 성행위를

중단하였다고 하여 이를 인정하고 있다. 그런데 피고인이 위 성행위 과정에서 피해자를 폭행하거나 협박하지는 아니하였고 또한 피해자의 진술과 같이 ‘강간’이라는 말만으로 즉시 성행위를 멈출 정도였다면, 피고인이 피해자의 의사를 오해하였을 가능성은 충분히 있다고 할 수 있지만 과연 이를 넘어서서 피고인이 피해자의 의사에 반하여 피해자를 제압하고 강제로 성교에 이르렀다고 볼 수 있을지 상당한 의문이 들며, 이에 관한 피고인의 변소를 쉽게 배척하기 어렵다. (중략) 결국 위와 같은 사정들을 종합하여 보면, 피고인이 피해자의 반항을 억압하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 유형력을 행사하여 강간하였다는 취지의 피해자의 진술은 그 신빙성이 의심스럽고, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 피해자와의 성행위를 스스로 중단하기 전까지 피해자에게 가한 폭행·협박이 피해자의 반항을 현저히 곤란하게 할 정도에 이르렀음이 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 증명되었다고 보기는 어렵다고 판시하고 있다.

68

그렇다면 이 사건은 피해자의 동의여부와 가해자의 착각만이 문제가 되는 것이 아니라, 성행위 과정에서 폭행·협박 여부와 폭행·협박 정도 또한 문제가 되는데, 그 부분에 대하여 발제자의 의견을 듣고 싶다.

성적자기결정권의 침해수단으로 폭행·협박과 위계·위력이 있는데, 폭행·협박이 강제적 성적자기결정권의 모든 침해수단으로 충분하지 않다는 주장¹⁾에 대한 발제자의 의견을 듣고 싶다.

1) 이정원, 현행법의 체계에서 성폭력범죄의 구조와 문제점 : 강간과 추행의 죄를 중심으로, 중앙법학저널 제39집 제1호, 2015. 만약 피해자가 범인의 태도에서 광폭성을 인지·오인했거나 또는 범인의 광폭성을 직전에 목격했거나 이미 범인의 광폭성을 알고 있었다면 피해자는 공황상태에서 무방비상화에 빠질 수 있다.

참고

대법원 2015. 8. 27. 선고 2014도8722 판결

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2014도8722 강간
 피 고 인 ○○○ (*****), 무직
 상 고 인 피고인
 변 호 인 변호사 □□□(국선)
 원 심 판 결 **고등법원 2014. 7. 3. 선고 ***** 판결
 판 결 선 고 2015. 8. 27.

69

주 문

원심판결 중 유죄부분을 파기하고, 이 부분 사건을 **고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 후에 제출된 상고이유보충서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

1. 형사재판에서 공소제기된 범죄사실에 대한 증명책임은 검사에게 있고 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하므로, 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익

으로 판단할 수밖에 없다(대법원 2001. 8. 21. 선고 2001도2823 판결, 대법원 2008. 7. 24. 선고 2008도4467 판결 등 참조). 한편 강간죄가 성립하려면 가해자의 폭행·협박은 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이어야 하고, 그 폭행·협박이 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이었는지 여부는 그 폭행·협박의 내용과 정도는 물론, 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 판단하여야 한다(대법원 2001. 2. 23. 선고 2000도5395 판결, 대법원 2007. 7. 26. 선고 2007도3951 판결 등 참조).

2. 원심은 판시와 같은 사정을 들어, 피해자 △△△에 대한 강간의 공소사실에 부합하는 피해자의 진술은 신빙성이 높고, 피해자가 당시 피고인과의 성행위에 묵시적으로라도 동의하였다고 보기는 어려우며, 피고인이 피해자의 손을 잡아 누르는 방법으로 항거를 제압하여 피해자를 강간하였다는 사실을 인정하기에 충분하다고 보아, 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

70

3. 그러나 원심의 위와 같은 판단은 다음과 같은 이유로 그대로 수긍하기 어렵다.

가. 피고인은 일관되게 적어도 묵시적인 합의 아래 피해자와 성행위를 하던 중 피해자가 거부 의사를 표시하여 중단한 사실이 있을 뿐, 피해자의 의사에 반하여 피해자를 폭행하는 등으로 반항을 억압하고 간음한 사실은 없다고 주장하여 범행을 부인하고 있다. 이 부분 공소사실에 부합하는 증거 중 피해자의 진술을 제외한 나머지 증거들은 피해자의 진술을 근거로 하는 것이거나 그 자체만으로는 위 공소사실을 인정할 독자적인 증명력을 가진 증거로 보기 부족하여, 공소사실을 인정할 직접증거로는 사실상 피해자의 진술이 유일한 것으로 보인다.

나. 원심판결 이유 및 기록에 의하면, 피해자가 성행위를 거부할 의사를 명확히 표시하였음에도 피고인이 피해자의 반항을 억압하고 간음에 나아갔다는 피해자의 진술은 그 합리성과 신빙성을 선뜻 인정하기 어려운 아래와 같은 사정들이 나타나 있다.

- (1) 피고인은 이 사건 당일 새벽 두 시경 예전에 교제하던 피해자를 우연히 만나 함께 술을 마시다가 피고인의 차량으로 모텔 주차장에 도착한 다음, 같은 날 아침 8시 무렵에 피해자의 요구로 모텔 객실에 함께 들어가게 되었다. 피고인은 모텔 객실 내에서 맥주를 마시며 피해자와 대화를 하다가 집에 가겠다고 피해자를 두고 먼저 모텔 객실을 떠나려고 현관 쪽으로 갔는데, 피해자가 피고인을 불러 다시 들어오게 하였다.
- (2) 피해자는 수사기관과 제1심법정에서, 다시 들어 온 피고인이 피해자와 입을 맞추어 거부 의사로 피고인의 입술과 혀를 짝 깨물고 계속하면 혀가 잘릴 때까지 깨물겠다고 말을 하면서 발버둥을 쳤으나 피고인이 피해자의 애원과 반항에도 아랑곳없이 강제로 옷을 벗기고 간음하였다고 진술하였다. 이에 대하여 피고인은, 모텔 객실에 들어가기 전에 주차한 차량 안에서는 물론 객실 안에서도 피해자에게 입을 맞추자 피해자도 장난스럽게 피고인의 입술을 살짝 깨물곤 하였고, 손으로 피해자의 가슴과 음부를 만지거나 피고인의 성기를 피해자의 체내에 삽입할 때까지 이를 거부하는 의사를 표시하거나 반항을 한 적이 없었다고 변소하였다.
- (3) 그런데 (가) 피고인은 피해자와 만나서 성교에까지 이른 과정을 매우 구체적으로 진술하고 있는 반면, (나) 피해자는 ① 수사기관에서는, 자신이 모텔을 나가려는 피고인을 불러서 다시 들어오게 한 사실을 진술하지 아니하다가, ② 제1심법정에서는, 모텔 객실에서 나가려는 피고인을 나가자 말라고 부른 사실이 있음을 인정하면서도 왜 불렀는지는 모르겠다고 진술하는 한편, 주점에서 함께 나온 시각과 실제로 모텔 객실에 들어간 시각 사이에 상당한 시간적 간격이 있음에 비추어 보면 모텔 객실로 들어가기 전에 주차장의 피고인 차량 안에서 피고인과 장시간을 함께 보낸 것으로 보임에도, 피고인이 객실에 들어가기 전 차량 안에서 피해자와 대화를 나누던 중 입을 맞추자 피해자도 장난스럽게 피고인의 입술을 살짝 깨문 적이 없느냐는 변호인의 질문에 기억이 나지 않는다고 진술하였고, 피고인이 피해자의 레깅스 치마와 속옷을 한꺼번에 벗길 당시 피해자가 엉덩이를 들어주어 편하게 해주지 않았느냐는 변호인의 질문에 대하여는 자신이 몸부림을 쳤으니까 엉덩이를 든

것처럼 느껴졌을 수는 있었을 것이라고 진술하여, ③ 자신의 주장과 부합하지 않는 사정들에 대하여는 구체적이고 명확한 진술을 회피하는 듯한 태도를 보였다. 나아가 피해자도 피고인이 성행위 과정에서는 별도로 피해자를 폭행하거나 협박한 적은 없었다고 진술하였다.

- (4) 원심판결 이유와 피해자의 진술에 의하더라도, 피고인이 자신의 성기를 피해자의 체내에 삽입하여 몸을 움직이던 중 피해자로부터 ‘오빠 이건 강간이야’라는 말을 듣자 곧바로 행동을 멈추고 성기를 빼내고는 미안하다고 사과하였다는 것이고, 피고인 스스로도 피해자로부터 위 말을 듣고 성행위를 중단하였다고 하여 이를 인정하고 있다.

72

그런데 피고인이 위 성행위 과정에서 피해자를 폭행하거나 협박하지는 아니하였고 또한 피해자의 진술과 같이 ‘강간’이라는 말만으로 즉시 성행위를 멈출 정도였다면, 피고인이 피해자의 의사를 오해하였을 가능성은 충분히 있다고 할 수 있지만 과연 이를 넘어서서 피고인이 피해자의 의사에 반하여 피해자를 제압하고 강제로 성교에 이르렀다고 볼 수 있을지 상당한 의문이 들며, 이에 관한 피고인의 변소를 쉽게 배척하기 어렵다.

- (5) 한편 피해자는 피고인과 아침 8시경 모텔 객실에 들어가 정오경 나올 때까지 약 4시간 가량 모텔 객실에서 함께 있었는데, 그 동안 객실 외부로 고성이나 몸싸움 소리가 들렸던 사정은 나타나 있지 않다. 그리고 피해자와 피고인의 진술에 의하면, 피고인이 성행위를 중단한 후에 피해자는 휴대전화로 친구들과 ‘카카오톡’을 이용한 메시지를 주고받고 있다가, 집에 데려다 주겠다는 피고인의 말에 자신의 남자친구가 기다리는 장소에 데려다 달라고 부탁하여 함께 모텔을 나와 피고인의 차량에 동승하였고, 피해자가 요청하는 장소에 이르자 먼저 하차하여 그곳에서 기다리던 남자친구를 만났다. 이에 의하면 성행위 중단 후 피해자는 피고인의 제지 없이 친구들과 자유로이 연락할 수 있는 상태였고 모텔의 직원 등에게 도움을 요청하는 것도 가능하였던 것으로 보이는데, 피해자는 이러한 구조나 도움을 요청하지 아니하였고, 오히려 성행위 중단 후에도 상당한 시간을 모텔 객실에서 피고인과 함

게 보내다 나왔고 더욱이 그 후에도 피고인의 차량을 이용하여 피해자가 요청하는 목적 장소로 이동하였다는 것이어서, 피해자는 피고인의 성행위에 불구하고 피고인과 함께 시간을 보내고 행동함에 대하여 강한 반감이나 거부감을 가지고 있지는 아니하였던 것으로 보인다.

이와 관련하여 피해자는 제1심법정에서, 피고인에게 강간을 당한 직후 죽고 싶은 생각이 들었는데 죽기 전에 마지막으로 보는 사람이 피고인인 것이 싫어서 친구를 보러 가려고 가까이에 사는 친구에게 연락한 것이고 와이파이가 사용이 가능한 모텔 안에서만 연락할 수밖에 없었다고 하여 위와 같은 취지의 진술을 하고 있으나, 위에서 본 피해자의 행동들이나 관련 사정들에 비추어 보면 위 진술은 그 자체로 합리성을 인정하기 쉽지 않다.

다. 원심이 피고인이 피해자를 폭행하였다는 사정으로 들고 있는 피해자의 한쪽 팔목에 멍이 들어 있거나 피해자의 레깅스 바지 하단에 구멍이 나 있는 사실 등은 모두 그 자체로는 피고인과 피해자의 성행위 과정에서 발생한 것이라거나 피고인이 피해자의 반항을 억압하고 폭행하였음을 직접 인정하기에 부족하다.

73

또한 피고인이 범행을 시인하는 듯한 내용으로 피해자와 친구 ☆☆☆에게 보냈다는 원심 판시 문자메시지들 역시 그 내용에 비추어 강간사실을 인정하기에는 부족해 보이고, 위 문자메시지들은 모두 피고인이 ◇◇◇로부터 자신을 경찰에 신고하였다는 말을 들은 이후에 보낸 것인데, 피해자가 성관계 후에 화를 낸 것이 마음에 걸려서 피해자에게 사과하기 위하여 보냈거나 피해자 등으로부터 신고를 당한 상태에서 피해자 및 ☆☆☆와 모두 성관계를 가진 것이 후회되는 감정을 ◎◎◎에게 보낸 것이라는 피고인의 주장에 납득이 가는 면이 있다.

라. 결국 위와 같은 사정들을 종합하여 보면, 피고인이 피해자의 반항을 억압하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 유형력을 행사하여 강간하였다는 취지의 피해자의 진술은 그 신빙성이 의심스럽고, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 피해자와의 성행위를 스스로 중단하기 전까지 피해자에게 가한 폭행·협박이 피해자의 반항을 현저히 곤란하게 할 정도에 이르렀음이 합리적인 의심을 할 여지가

없을 정도로 증명되었다고 보기는 어렵다.

4. 그럼에도 이와 달리 원심은 피고인이 피해자와 성행위를 하기 전후의 사정 등을 좀 더 자세히 심리하여 폭행 또는 협박 여부 및 그 정도와 아울러 피고인과 피해자가 한 진술의 신빙성을 가려보지 아니한 채 피해자의 진술을 그대로 받아들여 공소사실을 유죄로 단정하고 말았다. 이러한 원심의 판단에는 강간죄의 성립에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 잘못으로 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이를 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

5. 그러므로 원심판결 중 유죄부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

74

재판장	대법관	김소영 _____
	대법관	이인복 _____
주 심	대법관	김용덕 _____
	대법관	고영한 _____

2015 성평등한 사회를 위한
성폭력 판례위집기 대토론회

발제 3 강제추행죄에서의 '피해'의 의미

발표 김정혜 (성신여대 사회교육과 강사)

토론 고미경 (한국여성의전화 상임대표)

참고 **지방법원 2014. 11. 6. 2014노2060 판결
대법원 2015. 4. 23. 선고 2014도16129 판결

강제추행죄에서의 ‘피해’의 의미

김정혜 (성신여대 사회교육과 강사)

I. 대상 판결

1. 사건의 개요

피고인은 조명기구 도소매업, 수입자동차 대출 관련업을 하는 39세의 남자이고, 피해자는 2013.7.30.경부터 피고인이 운영하는 **사무실의 직원으로 근무한 26세의 여자이다. 피해자는 피고인으로부터 업무 관련 교육을 받기 위하여 2013.8.8. 16:30경 피고인이 별도로 운영하는 조명기구 가게에 방문하였다. 피해자는 김밥을 사서 동 사무실에 방문하였고 ‘손님이 올 수 있으니 문을 잠그라’는 피고인의 지시에 따라 사무실의 문을 잠갔다. 피고인은 피해자와 함께 김밥을 먹고 나서 덥다면서 반바지로 갈아입어도 되겠냐는 동의를 얻었고 피해자에게 보지 말라는 손짓을 한 뒤 트렁크 팬티만 입은 상태로 소파에 앉았다. 업무 관련 교육 후 이긴 사람의 소원을 들어주기로 하고 고스톱을 쳤는데, 첫 게임에서는 피해자가 이겨서 피고인에게 커피를 사달라고 하였다. 피고인이 커피값을 피해자에게 주고, 피해자는 커피를 사서 사무실에 돌아오면서 전과 같이 사무실의 문을 잠갔다. 이어진 두 번째 게임에서는 피고인이 이겼고 피고인은 피해자에게 피고인의 다리를 주무르라고 했다. 피고인이 소파에 앉아 두 다리를 소파 앞에 있던 탁자 위에 올려놓자 피해자가 피고인의 옆으로 옮겨 앉은 뒤 피고인의 종아리 부위를 주물렀는데 피고인은 피해자에게 ‘다리 말고 다른 곳을 주물러라’는 취지로 말하기도 했다. 피해자가 피고인의 다리를 주무르던 도중 피고인

은 오른쪽 다리를 피해자의 허벅지 위에 올렸으며 피해자는 자신의 다리 위에 얹어진 피고인의 오른쪽 다리의 무릎 조금 위쪽 부분까지 주물렀다. 이어서 피고인이 다시 왼쪽 다리를 주무르라고 하여 피해자가 허리를 숙여 피고인의 왼쪽 다리를 주무르고 있던 도중 피고인의 트렁크 팬티 사이로 발기된 피고인의 성기를 보게 되었다.

이 사건은 형법 제298조 강제추행으로 기소되었다. 1심 법원은 유죄를 인정하고 징역 6월에 집행유예 2년을 선고하면서, 성폭력치료강의 수강명령 80시간을 명하였다. 이에 피고인은 양쪽 다리를 모두 소파 앞 탁자 위에 올려놓았고 피해자에게 “더 위로, 더 위로, 다른 곳도 만져라”고 말한 사실이 없으며 발기된 성기를 의도적으로 보여준 것은 아니고, 폭행 또는 협박을 가하지 않았으므로 강제추행에 해당하지 않으며, 설령 강제추행에 해당한다 하더라도 형이 너무 무거워서 부당하다며 항소하였다. 항소심은 피고인의 법리오해 주장을 받아들여 무죄를 선고하였으며 대법원은 항소심의 판단을 수긍하고 무죄를 확정하였다.

78

2. 법원의 판단

(1) 1심 판결

1심 판결에는 강제추행에 대한 판단 이유가 없고, 다만 강제추행을 인정하는 범죄사실만이 서술되어 있다. 1심 판결문에 기재된 범죄사실은, 피고인이 업무 교육을 시켜주겠다며 피해자를 사무실에 데리고 와 덤다는 이유로 바지를 벗고 트렁크 팬티만 입은 채 소파에 앉아 피해자에게 고스톱을 치자고 하여 피해자를 피고인의 옆 의자에 앉게 하였고, 이후 피해자에게 “다리를 주무르라”고 하면서 왼쪽 다리를 소파 앞에 있던 탁자 위에 올려놓고 오른쪽 다리를 피해자의 허벅지 위에 올려 피해자를 강제로 추행하고, 피고인의 종아리를 주무르는 피해자에게 “더 위로, 더 위로, 다른 곳도 만져라”라고 말하며 트렁크 팬티 사이로 발기된 성기를 보이게 하였다는 점이다.

양형에 있어서는 피고인이 반성하는 기색이 부족한 점, 이 사건 범행의 발생 경위 및 수법, 범행 전후의 정황, 피고인과 피해자와의 관계 등에 비추어 죄질이 좋지 않지만, 피고인이 동종 범행으로 처벌받은 전력이 없고, 벌금형을 넘는 전과가 없는 점 등을 유리한 정상으로 참작하고, 그 밖에 강제추행의 부위 및 정도, 피고인의 성행 및 환경 등 양형의 조건이 되는 제반사정들을 고려하여 집행유예를 선고하였다.

(2) 항소심 및 대법원 판결

대법원은 별도의 실시 없이 항소심의 판단을 수긍하고 검사의 상고를 기각하였으므로, 항소심의 판시 내용을 살펴보기로 한다.

먼저 항소심 법원은 판단의 전제로서, 강제추행죄의 ‘추행’이 성립하기 위해서는 “일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위인 것만으로는 부족하고 그 행위의 상대방인 피해자의 성적 자기결정의 자유를 침해”하여야 한다고 보았다. 따라서 건전한 성풍속이라는 일반적인 사회적 법익을 보호하려는 목적을 가진 공연음란죄(형법 제245조)의 ‘음란한 행위’ 또는 이른바 과다노출에 관한 경범죄처벌법 제1조 제41호에서 정하는 행위가 특정한 사람을 상대로 행하여졌다고 해서 반드시 그 사람에 대하여 ‘추행’이 된다고 말할 수 없고, 무엇보다도 문제의 행위가 피해자의 성적 자유를 침해하는 것으로 평가될 수 있어야 하며, 문제된 행위가 이에 해당하는지 여부는 피해자의 의사성별·연령, 행위자와 피해자의 관계, 그 행위에 이르게 된 경위, 구체적 행위태양, 주위의 객관적 상황 등을 종합적으로 고려하여 정하여야 한다고 하였다.

또한 강제추행죄는 폭행 또는 협박을 가하여 사람을 추행함으로써 성립하는 것으로서 그 폭행 또는 협박이 항거를 곤란하게 할 정도일 것을 요한다고 한다. 폭행 또는 협박이 피해자의 항거를 곤란하게 할 정도의 것이었는지 여부는 그 폭행 등의 내용과 정도는 물론, 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 추행 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 판단하여야 한다고 보았다.

이에 따라 사안을 살펴보면, 피해자의 성별, 연령, 피해자가 피고인의 다리를 주무르게 된 경위, 피고인의 요구가 있기는 하였지만 피해자가 직접 사무실의 문을 잠근 점, 다리를 주무르라는 피고인의 요구를 피해자가 거절할 수도 있었을 것으로 보이는 점, 피해자도 ‘피고인이 다리를 주무르라고 했을 때 폭행이나 협박 같은 것은 없었지만 내기를 해서 무조건 들어주기라는 약속을 했고 피고인이 직장 상사이기도 했으며 앞의 내기에서 피고인이 커피를 사주기도 했기 때문에 피고인의 요구를 거절할 수는 없었다’라고 진술하였을 뿐인 점, 피고인이 피해자의 신체를 만지는 등의 직접적인 신체접촉을 시도하지는 않았고 피해자의 다리 위에 자신의 다리를 얹기는 하였으나 앞서 본 경위 등에 비추어 볼 때 이러한 행위가 피해자로 하여금 피고인의 다리를 주무를 수밖에 없게 만드는 유형력의 행사라거나 이로 인하여 피해자의 항거를 곤란하게 할 정도라고 보기도 어려운 점 등을 종합하여 보면, 특히 피해자에게 다리를 안마하게 하고 발기된 자신의 성기를 보이게 한 것이 비록 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하는 행위라고 할 수 있을지는 몰라도 피고인이 폭행 또는 협박으로 ‘추행’을 하였다고 볼 수는 없고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 결론 내렸다.

한편 항소심은 이 사안이 이른바 ‘기습추행’에 해당하는지 여부에 대한 판단을 부기하였다. 강제추행은 일반적으로 상대방에 대하여 폭행 또는 협박을 가하여 항거를 곤란하게 한 뒤에 추행 행위를 하는 경우를 말하는 것이지만 폭행 행위 자체가 추행 행위라고 인정되는 이른바 ‘기습추행’을 포함하며, 이 경우 폭행은 반드시 상대방의 의사를 억압할 정도의 것임을 요하지 않고 상대방의 의사에 반하는 유형력의 행사가 있는 이상 그 힘의 대소강약을 불문한다. 그런데 기습추행에 해당하기 위해서는 상대방이 항거를 할 시간적 여유 등이 없는 상태에서 있었던 유형력의 행사 그 자체가 추행 행위로 인정되는 경우, 그 추행 행위에 앞서 항거가 곤란한 폭행이나 협박이 있었던 것은 아니지만 그 추행 행위 자체 역시 유형력의 행사로서 이에 대한 상대방의 항거가 곤란했음을 이유로 강제추행죄의 성립을 인정하는 것이어서 이 사안은 기습추행에는 해당하지 않는다고 하였다. 피해자가 피고인의 다리를 주무르게 된 경위, 피고인이 오른쪽 다리를 피해자의 허벅지 위에 올리던 이전의 상황 및 이후에도 피해자가 피고인의 다리를 계속 주무른 점 등에 비추어 보면 피고인이 오른쪽 다리를 피해자의 허벅지

위에 올린 부분만을 떼어내어 폭행 행위 자체가 추행 행위라고 인정되는 소위 기습추행에 해당한다고 보기는 어렵다는 것이다.

이상에 따라 항소심은 강제추행죄의 무죄를 선고하였으며, 대법원도 항소심의 판단이 적절하다고 판시하였다.

II. 강제추행죄의 구성요건

형법 제298조는 폭행 또는 협박으로 사람에게 대하여 추행을 하는 행위를 강제추행으로 처벌한다. 법정형은 10년 이하의 징역 또는 1500만 원 이하의 벌금이다. 강제추행에 해당하려면 폭행 또는 협박을 사용하였어야 하고, 사람에게 대하여 추행 행위를 하였어야 한다. 강제추행의 구성요건에 대한 해석을 강제력, 즉 폭행 또는 협박과 추행 행위로 구분하여 살펴보기로 한다.

1. 강제추행에서의 ‘강제’

강제추행죄에서의 강제는 폭행 또는 협박을 의미한다. 우리 형법학에서 폭행, 협박은 일반적으로 4단계로 구분된다고 본다. 그 중 폭행을 살펴보면, 최광의에서의 폭행은 사람에게 대한 것이든 물건에 대한 것이든 불문하고 모든 종류의 유형력의 행사를 말한다. 광의의 폭행은 사람에게 대한 직접 또는 간접의 유형력의 행사를 의미한다. 강요죄의 폭행이 이에 해당된다. 협의의 폭행은 사람의 신체에 대한 직접 또는 간접의 유형력의 행사이며, 폭행죄의 폭행이 그 예이다. 폭행의 의미가 가장 좁은 최협의는 상대방의 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 유형력의 행사를 의미한다.¹⁾ 다만 이와 같은 4단계의 구분이 명확히 존재하는가에 대해서는 반대 의견이 있다. 4단계 구분에서 강간죄나 강

1) 오영근, “형법상 폭행의 개념”, 한국형사법학회, 형사법연구 제8호, 1995, 126~127쪽.

도죄의 폭행은 최협의 폭행에 해당하는 것으로 분류되지만 강간죄와 강도죄의 폭행의 정도가 같은 것은 아니다. 판례와 다수설의 입장에 따르면 강간죄는 상대방의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행을 사용하면 족하지만 강도죄에서의 폭행은 상대방의 항거를 불가능하게 할 정도여야 한다고 한다.²⁾

그러면 강제추행죄에서의 폭행, 협박은 어느 정도일 것이 요구되는가. 강제추행죄의 폭행, 협박은 강간죄에서의 폭행, 협박과 마찬가지로 보아야 한다는 견해와 강간죄의 폭행, 협박보다 완화하여 해석하여야 한다고 보는 견해로 구분된다. 다수설은 전자의 입장에 선다. 강간죄에서의 폭행, 협박은 상대방의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 유형력의 행사 또는 해악의 고지를 말하는데, 강제추행죄에서의 폭행, 협박 또한 이와 같은 정도여야 한다고 보는 것이다. 반면 강제추행죄의 폭행, 협박을 강간죄보다 더 넓게 보아야 한다고 보는 견해는 강제추행죄의 법정형이 강간죄보다 현저히 낮으므로 상대방의 항거를 곤란하게 할 정도의 폭행, 협박을 사용하였으면 충분하다는 입장, 강제추행죄는 징역형만이 아니라 벌금형까지 규정되어 있으므로 강제추행죄의 폭행, 협박은 협의와 최협의의 중간 정도로서 일반인의 항거를 곤란하게 느끼게 할 정도면 족하다는 입장, 상대방의 의사의 임의성을 잃게 할 정도면 족하다는 입장, 상대방의 의사에 반하는 유형력의 행사인 한 그 힘의 대소강약을 불문하여야 한다는 입장 등으로 구분할 수 있다.³⁾

82

판례는 강제추행죄의 판단에서 강간죄보다 좀 더 낮은 수준의 폭행, 협박을 요구한다. 먼저 폭행 또는 협박을 이용한 추행 행위의 경우 폭행 또는 협박은 항거를 곤란하게 할 정도면 족하고,⁴⁾ 폭행 행위 자체가 추행 행위인 기습추행에서는 폭행의 정도가 상대방의 의사를 억압할 정도가 아니라 하더라도 상대방의 의사에 반하는 유형력의 행사가 있는 이상 그 힘의 대소강약을 불문한다⁵⁾고 한다.

2) 오영근, 1995, 127~128쪽.

3) 조현욱, “강제추행죄의 구성요건 중 강제추행의 의미와 그 판단기준”, 홍익대학교 법학연구소, 홍익법학 제14권 제1호, 2013, 449~451쪽.

4) 대법원 2007.1.25. 선고 2006도5979 판결

5) 대법원 1992.2.28. 선고 91도3182 판결

이에 따라 피고인이 갑자기 피해자의 상의를 걷어 올려 유방을 만지고 하의를 끌어내린 행위,⁶⁾ 노래방에서 피해자를 뒤에서 껴안고 블루스를 추면서 피해자의 유방을 만진 행위⁷⁾는 추행 행위와 별개의 폭행이 존재하지 않았지만 강제추행죄의 유죄로 인정되었다.

폭행 등이 피해자의 항거를 곤란하게 할 정도의 것이었는지 여부는 그 폭행 등의 내용과 정도는 물론, 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 추행 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 판단하여야 한다.⁸⁾

2. 강제추행에서의 ‘추행’

강제추행죄에서의 추행이란 “객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위”⁹⁾를 말한다. 강제추행죄는 개인의 성적 자유를 보호법익으로 하는 것이기 때문에 문제된 행위에 의하여 피해자의 성적 자유가 침해되고, 일반인의 입장에서 추행 행위로 평가될 수 있어야 한다.¹⁰⁾

83

강제추행이 성립하기 위하여 가해자가 성욕을 자극하거나 흥분, 만족시키고자 하는 주관적 목적이 있었을 것이 요구된다는 입장이 있다. 그러나 피고인의 주관적 목적을 요구하게 되면 가해자가 성적 만족의 목적 외에 상대방에 대한 공격, 보복, 호기심 등으로 추행 행위를 하였을 경우 처벌할 수 없는 한계가 발생하기 때문에 다수설과 판례는 주관적 요건을 부정하는 견해를 취하고 있다.¹¹⁾ 이에 따라 남자 교사가 초등학교 4학년 남학생의 성기를 4차례 만진 행위는 교

6) 대법원 1994.8.23. 선고 94도630 판결

7) 대법원 2002.4.26. 선고 2001도2417 판결

8) 대법원 2012.7.26. 선고 2011도8805 판결

9) 대법원 1998.1.23. 선고 97도2506 판결

10) 대법원 1998.1.23. 선고 97도2506 판결

11) 김혁돈, “강제추행죄에 있어서의 강제추행의 개념”, 한국형사법학회, 형사법연구 제21권 제1호, 2009, 503쪽.

육적인 의도에서 행해진 것이라도 추행에 해당된다고 한다.¹²⁾

문제된 행위가 추행에 해당하는지 여부는 피해자의 의사, 성별, 연령, 행위자와 피해자의 이전부터의 관계, 그 행위에 이르게 된 경위, 구체적 행위태양, 주위의 객관적 상황과 그 시대의 성적 도덕관념 등을 종합적으로 고려하여 신중히 검토하여야 한다고 한다.¹³⁾

Ⅲ. 강제추행죄에서 몇 가지 쟁점들

1. '동의하는 여성'이라는 전제

84

판례의 입장과 같이 강제추행죄의 폭행, 협박을 강간죄보다 한 단계 더 넓게 해석한다고 하더라도, 여전히 피해자의 저항을 억압하고 추행하여야 한다는 요건은 유지된다. 기습추행만이 예외가 될 수 있을 뿐이나 기습추행 또한 피해자의 저항을 곤란하게 할 정도의 폭행을 필요로 한다. 피해자의 저항을 억압하고 추행할 것을 요하는 법은, 추행 행위가 피해자의 의사에 반하는 것임을 저항의 억압을 통하여 확인하고자 한다. 저항을 통하여 피해자의 의사가 드러나기 전까지는 추행 행위에 대한 피해자의 동의가 잠정적으로 전제되는 셈이다. 동의가 아니라면, 적어도 추행 행위에 거부 의사가 없을 것으로 추정된다. 이는 다른 범죄에서와 매우 다르다. 주거침입죄와 절도죄를 처벌하는 법은 시민이 타인의 주거에 허락 없이 들어가는 안 되고, 타인의 재물을 무단으로 가져가는 안 된다는 것을 예상할 수 있으리라고 기대한다. 그러나 강제추행죄의 맥락에서는 성적 수치심을 야기하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위에 대하여 상대방의 거부를 예상할 수 없는 사람이 합리적 시민의 범주에 들어갈 수 있게 된다. 폭행, 협박을 사용하여 타인의 저항을 적극적으로 억압하는 데까지 나아가지만 않

12) 대법원 2006.1.13. 선고 2005도6791 판결

13) 대법원 1998.1.23. 선고 97도2506 판결

는다면, 성적 수치심을 야기하는 행위 자체는 허용되는 것이다.¹⁴⁾

저항을 억압하고 수행하는 행위는 강제추행죄로 처벌되지만, 저항의 억압이 없다면 추행 행위는 범죄가 되지 않는다. 그래서 피해자가 ‘거부할 수 있었을 것’, ‘피할 수 있었을 것’이라는 점이 강제추행을 부정하는 중요한 근거로 제시될 수 있게 된다. 거부 가능성을 중시하는 논리에서는 범죄의 성립이 더욱 어려워진다. 저항이 억압되어야 범죄 성립이 가능한데 거부할 수 있었다면 범죄는 성립될 수 없다. 반면 거부할 수 없어서 거부하지 못하였다면 저항의 억압을 증명할 수가 없게 되므로 역시 범죄는 성립될 수 없다. 거부할 수 있었을 것으로 보이는 사건에서 가시적인 저항이 없었다면 문제된 행위의 수인은 피해자의 선택에 따른 것이어서 적어도 피해자의 의사에 반하지는 않은 것으로 평가되며, 행위자는 피해자의 거부 의사를 적극적으로 탐색할 의무가 없으므로 범죄는 없다. 이는 우리 법이 추행 행위 자체가 갖는 침해적인 성격을, 중요한 해악으로 여기지 않음을 보여준다. 거부할 수 있었을 것으로 보이는 상황에서 발생한 추행은 온전히 피해자의 부담으로 돌아가고 국가가 개입하지 않는 사적 영역에 머무른다.

2. 추행 행위의 범위 문제

강제추행죄의 추행은 상대방의 성적 자유를 침해할 뿐 아니라 객관적으로도 일반인에게 성적 수치심과 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위여야 한다. 따라서 피해를 주장하는 사람이 성적 수치심을 호소하더라도 일반인의 성적 수치심과 혐오감을 야기하지 않는 것으로 보인다면 강제추행으로 처벌할 수 없다. 이를 판단하는 데 있어 법원은 피해자의 의사, 성별, 연령, 행위자와 피해자의 관계, 행위에 이른 경위, 구체적 행위태양, 주위의 객관적 상황, 그 시대의 성적 도덕관념 등을 종합하여 결정할 것을 요구하고 있다.

이러한 종합적 판단기준에 따르면 행위태양만을 두고 추행인지 여부를 판단하는

14) 폭행, 협박에는 이르지 않더라도 위력을 사용한 추행을 처벌하는 특별법 조항이 있기는 하지만, 이는 피해자가 아동, 청소년, 장애인이거나 자기의 보호, 감독을 받는 사람이어야 하는 등 일부 관계에만 제한될 뿐 일반적으로 적용가능한 조항은 아니다.

것은 불가능하고 그 외의 요소들을 종합적으로 고려하여야 비로소 판단이 가능하지만, 형법학에서는 추행의 현저성 또는 중요성¹⁵⁾이라는 기준 하에 구체적 행위태양을 중심으로 추행의 범위를 설명하는 방식을 취하는 경우가 많다. 판례에서도 문제된 행위가 어떤 신체 부위와 관련된 것인지가 쟁점이 되곤 한다. 옷속으로 손을 넣어 성기, 엉덩이, 유방을 만지는 행위는 일반적으로 성적 수치심을 야기하고 선량한 도덕관념에 반하는 추행으로 이해되는 경향이다. 반면 옷위로 유방을 만지거나 어깨, 다리, 팔, 손목 등을 만지는 행위에 대한 평가는 사례에 따라 다르다.

86

예컨대 하급심 판결이기는 하나 팔을 만진 사안에서 성적 의미가 없지 않다고 보았던 판례가 있다. 피고인이 식당 종업원인 19세의 여성에게 음식을 주문하던 도중 “여자 하나 달라”면서 피해자의 오른팔을 손으로 쓸어내린 행위에 대하여, 법원은 피고인이 피해자에게 성희롱으로 볼 수 있는 언사를 하고 더 나아가 성적으로 의미가 있을 수 있는 행동까지 한 점을 보면 추행의 의도가 있었다고 보이고, 피해자의 팔 부위가 피해자에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 신체 부위가 아니라고 단정할 수는 없으며, 강제추행죄가 성립하기 위하여 성욕 만족의 주관적 목적이 있어야 하는 것은 아니라고 하면서 강제추행의 유죄를 인정하고 벌금 700만원을 선고하였다.¹⁶⁾

반면 손목이 성적 수치심을 일으키는 신체 부위가 아니라는 판결도 있다. 물건을 전해주러 숙소로 찾아온 직원에게 소장이 캔맥주를 건네주며 침실로 유인한 뒤 피해자가 거절하는데도 그래야 친해진다며 담배를 권하고 어색함을 느낀 피해자가 돌아가겠다고 말하며 일어서는 순간 한 손으로 피해자의 손목을 세게 움켜쥐고 피고인 앞으로 당기면서 “자고 가요”라고 말하였던 사건에서, 항소심¹⁷⁾은 이를 업무상위력추행죄가 성립한다고 보았으나 대법원은 추행에 해당하지 않

15) 추행의 현저성 또는 중요성 기준은 강제추행죄가 성립하는 추행은 객관적으로 성적 자유를 현저히 침해하는 행위로 제한되어야 한다는 것으로, 행위의 정도, 지속성, 구체적 상황에서의 사회통념, 보호법익과 주위 사정 등을 기준으로 판단하여야 한다고 한다. 조현욱, 2013, 456쪽; 김혁돈, 2009, 504쪽.

16) 수원지방법원 2015.2.12. 선고 2014고합506 판결

17) 춘천지방법원 2014.5.14. 선고 2013노404 판결

는다면서 원심을 파기하였다. 대법원은 손목이 그 자체만으로는 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 신체 부위라고 보기 어렵고, 피고인이 손목을 잡은 것 외에 피해자를 쓰다듬거나 안으려 하는 등 성적 의미가 있을 수 있는 다른 행동으로까지 나가지 않았고, 손목을 잡은 것은 피해자를 다시 앓히려는 것으로서 추행의 의도가 있었던 것은 아니라는 점을 들면서, 자고 가라는 말이 희롱으로 볼 수 있는 언사이기는 하지만 피고인의 행위가 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 피해자의 성적 자유를 침해하는 추행이라고 보기는 어렵다고 판시하였다.¹⁸⁾

어느 부위를 만졌는가에 따라 추행 행위의 성적 의미가 결정되는, 소위 ‘성적 신체 부위’에 대한 판단은 남성중심의 이성애적 성관계의 관념을 중심으로 구성된다. 성기, 엉덩이, 유방의 맨살을 만지는 행위는 성관계와 직결되는 의미를 가지며 다른 행위가 없어도 성적 의미가 있는 것으로 이해되지만, 접촉된 신체 부위가 그로부터 멀어질수록 추행임이 인정되려면 또 다른 성적 의미가 담긴 언동이 요구된다.

한편 추행 행위가 성립하기 위하여 신체적 접촉이 반드시 필요한 것은 아니다. 가해자가 피해자의 옷을 벗게 하고 몸을 본 경우, 성기를 드러내거나 자위행위를 하며 상대방에게 보도록 한 경우에도 강제추행으로 인정된 사례가 있다. 국제결혼중개업체 운영자인 피고인이 한국 남성과 결혼하기 위하여 대기 중인 18세의 필리핀 여성에게 ‘출산 경험이 있는지 확인하기 위해 신체검사를 해야 한다’면서 윗옷과 브래지어를 올려 가슴을 살펴보고 바지와 팬티를 내려 음부를 살펴보는 행위를 두 차례에 걸쳐 하였던 사례에서, 항소심¹⁹⁾과 대법원²⁰⁾은 일반인에게 성적 수치심을 야기하고 선량한 성적 도덕관념에 반하며 피해자의 성적 자기결정의 자유를 침해하는 행위라면서 위력추행의 유죄를 인정하였다.²¹⁾

18) 대법원 2014.12.24. 선고 2014도6416 판결

19) 대전고등법원 2014.4.18. 선고 2013노536 판결

20) 대법원 2014.7.10. 선고 2014도5644 판결

21) 반면 1심은 피해자가 스스로의 판단에 따라 신체검사에 응한 것으로 보인다면 강제성을 부정하고 무죄를 선고하였다.

또한 엘리베이터에서 피해자들을 칼로 위협하여 꼼짝하지 못하도록 하고 자신이 자위행위를 하는 모습을 보여주고 피해자들이 이를 외면하거나 피할 수 없도록 한 사건에서 대법원은 피고인의 행위가 강제추행죄의 추행에 해당한다고 하였다.²²⁾²³⁾ 피해자의 몸을 만지는 신체적 접촉은 없었지만 자위행위 모습을 강제로 보도록 함으로써 성적 수치심을 야기하였다는 것이다. 그러나 피고인이 자신의 성기를 드러낸 다른 사건에서는 심급마다 판단이 갈렸다. 항소심에서는 추행에 해당한다고 하였으나²⁴⁾ 대법원은 성기노출만으로는 추행이 될 수 없고 피해자의 성적 자유를 침해하는 행위가 있어야 한다고 보았다.²⁵⁾

3. 행위의 성질에 대한 해석의 문제

88

이 사례는 저녁 8시경 피고인이 자신의 지인과 분쟁이 있는 여성이 주차장에 있는 것을 보고 불렀으나 피해자가 응하지 않자 “이 씨발년이 내가 오늘 니 잡아 죽인다”고 욕설을 하면서 주차된 차들 사이로 피해자를 따라가 바지를 내리고 자신의 성기를 보여주었던 사건이다. 항소심 법원은 강제추행의 유죄를 인정하였지만 대법원은 행위 장소가 공개된 곳이고 피해자가 성적 결정의 자유를 침해당하였다고 보기 어려우며, 피고인의 욕설은 추행과 관련이 없어 강제추행죄의 협박에 해당하지 않고, 단순히 성기를 보여준 것만으로는 폭행, 협박으로 추행하였다고 볼 수 없다면서 원심을 파기하였다. 이 사례에서 대법원은 성기노출과 같은 음란 행위가 특정인을 상대로 행하여졌다고 하여 반드시 그 사람에 대한 추행이 된다고 할 수는 없고, 해당 행위가 피해자의 성적 자유를 침해하는 것으

22) 대법원 2010.2.25. 선고 2009도13716 판결

23) 유사한 사례로 엘리베이터에서 마주친 7세 여아의 볼을 손으로 만지고 피해자를 뒤따라 내린 다음 떨고 있는 피해자의 어깨에 손을 올리고 따라오라면서 비상문 쪽으로 데리고 가 겁에 질려 뒷걸음을 치는 피해자의 앞에서 바지를 내려 자위행위를 하였던 사건이 있다. 1심 법원은 별다른 폭행, 협박이 없었고 피해자와 별다른 신체 접촉 없이 자위행위를 한 것만으로는 강제추행죄의 추행에 해당되지 않는다고 하면서 공연음란죄의 유죄를 선고하였으나, 항소심은 강제추행을 인정하고 800만원의 벌금을 선고하였다. 광주지방법원 2007.11.29. 선고 2007고합353 판결; 광주고등법원 2008.6.19. 선고 2007노399 판결

24) 부산지방법원 2011.6.24. 선고 2011노758 판결

25) 대법원 2012.7.26. 선고 2011도8805 판결

로 평가될 수 있어야 한다고 하였다.²⁶⁾

강제추행의 유죄를 선고하였던 항소심은 피고인의 위협 행위가 피해자의 항거를 곤란하게 할 정도의 협박에 해당되고, 그와 같은 상황에서 성기를 보여준 행위는 일반인에게 성적 수치심을 야기하고 선량한 성적 도덕관념에 반하며 피해자의 성적 자유를 침해하는 추행에 해당한다고 설명하였다.²⁷⁾ 항소심과 대법원의 판결이 갈린 주요한 지점은 피고인의 욕설 등의 행위가 강제추행죄의 협박에 해당하는가, 성기 노출이 피해자에 대한 추행인가 하는 지점이다. 대법원은 성기 노출을 음란 행위로 못 박았고, 항소심은 피고인이 피해자를 따라가며 욕설을 한 행위가 피해자의 항거를 곤란하게 할 정도의 협박이고 성기를 보여준 것이 성적 자유를 침해하는 추행이라고 하였다. 그러나 욕설과 성기를 보인 행위들이와 같이 구분하여 강제추행의 구성요건으로서의 협박과 추행으로 각각 해석하는 데 대해서도 의문을 제기해볼 수 있다. 성기를 드러내는 행위는 단지 음란한 행위에 불과한 것인가. 또는 주차장에서 따라가며 거칠게 욕설을 한 것만이 협박이고 성기를 보인 행위는 추행의 범주에 불과한 것인가. 피고인은 욕설에 뒤이어 왜 다른 행위가 아니라 자신의 성기를 드러내 보이는 행위를 한 것일까. 자신의 지인과 분쟁 중이던 여성에게 다가가 욕설을 하였던 맥락을 살펴보면, 자신의 남성 성기를 드러내 보인 피고인의 행위는 여성인 피해자에 대한 남성적 권력의 과시와 성적 위협으로 해석할 수 있다. 단지 음란한 행위를 특정한 사람에게 한 데 그친 것이라거나 추행에 불과한 것이어서 협박과는 구분되는 행위가 아니라, 그 자체로서 폭행이 성립될 수 있다는 것이다. 그렇다면 이 사건은 욕설을 협박으로 구성하고 그로써 피해자의 저항이 억압되었다고 이해하지 않더라도, 일종의 기습추행으로 해석할 수도 있을 것이다.

문제된 행위가 성적 자유를 주관적, 객관적으로 침해하는 행위인지 여부는 어떤 신체 부위를 만졌는가, 누가 만졌는가, 혹은 신체적 접촉이 있었는가와 같은 질문보다도 그 행위가 일어난 맥락에서 행위의 성질을 어떻게 해석할 수 있는가에

26) 대법원 2012.7.26. 선고 2011도8805 판결

27) 부산지방법원 2011.6.24. 선고 2011노758 판결

더 영향을 받는다. 당시의 상황과 전후 맥락, 가해자의 태도 등에 따라서는, 신체 접촉이 남성중심의 이성애적 성관계의 맥락에서는 성적 신체부위로서의 성격을 일반적으로 갖지 않는 것처럼 보이더라도 추행이 될 수 있고, 신체 접촉이 전혀 없거나 단지 음란 행위로 보일 수 있는 행위라 하더라도 상대방에 대한 성적 위협을 실현함으로써 성적 자유를 침해할 수 있게 된다.

4. 법원이 보호하는 '성적 자유'의 의미

90

강간, 강제추행 등 형법 상 성폭력 범죄는 본래 '정조에 관한 죄'로 분류되었으나 이제는 성적 자기결정권을 보호법익으로 하는 것으로 널리 이해되고 있다. 그런데 강제추행죄가 보호하고자 하는 성적 자유, 성적 자기결정권이 무엇을 의미하는 것인지는 명확하지 않다. 강간죄의 보호법익으로서의 성적 자기결정권에 대하여 법원은 '성행위 여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는' 소극적 자유로 이해한다. 이때 '성행위'를 이성간 삽입 성교로 좁게 이해한다면 간음을 제외하는 강제추행죄의 보호법익으로서의 성적 자기결정권을 강간죄에서와는 다르게 정의하여야 하겠지만 법원은 강제추행죄의 보호법익으로서의 성적 자기결정권의 내용을 강간죄와 구분하고 있지는 않은 것 같다.

강간죄의 보호법익을 소극적 의미의 성적 자기결정권으로만 이해하는 것도 한계가 있기는 하지만, 그러한 한계 속에서도 강간죄가 보호하는 성적 자기결정권에 대한 법원의 해석에서 말하는 '성행위'를 '일체의 성적인 행위'와 같이 다소 넓게 본다면, 성적 자유를 침해하는 추행 행위의 범위는 조금 더 확장될 수 있다. 하지만 법원은 피해자에게 성기를 보여준 행위가 음란 행위일 뿐 피해자의 성적 자유를 침해하는 행위가 아니라거나, 일어나는 피해자의 손목을 잡아채며 자고 가라고 한 행위가 피해자를 쓰다듬거나 안으려 하는 등 성적 의미가 있을 수 있는 다른 행동으로까지 나아가지 않아 성적 자유를 침해하는 추행으로 보기 어렵다거나, 대상 판결에서와 같이 속옷만 입은 채로 안마를 하라면서 피해자의 다리 위에 자신의 다리를 올리고 성기가 보이도록 한 행위는 성적 자유를 침해하는 추행이 아니라는 판단을 내린다. 이 사례들에서 법원이 '성적 자유의 침해

가 없었다'고 보았다면, 이 때 법원이 말하는 성적 자유야말로 남성중심의 이성애적 성관계와 관련된 개념이 아닌가 한다. 그래서 껴안거나 성기를 만지거나 옷을 벗기고 보는 행위는 성적 자유를 침해하지만 위 사례와 같은 행위들은 “성적으로 의미가 있을 수 있는 다른 행동에까지 나아가지는 않았”²⁸⁾기 때문에 성적 자유를 침해하지는 않는 행위로 해석할 수 있게 되는 것이다. 이는 법에서 처벌하는 해악이 남성의 삶의 관점에서의 해악을 반영하고 있다는 것으로서,²⁹⁾ 여성의 성적 자유를 침해하는 행위에 대한 이해조차도 남성적 성관계의 경험이 중심에 자리하고 있음을 말해준다.

IV. 대상 판결에서의 몇 가지 쟁점들

대상 판결에서 강제추행에 해당하는지 여부가 검토된 부분은 피고인이 다리를 피해자의 허벅지 위에 올려놓은 행위, 또는 피해자에게 다리를 안마하게 하고 발기된 자신의 성기를 보이게 한 행위이다. 항소심과 대법원은 피해자가 내기에 저서 안마를 하게 된 것이고 별다른 저항 없이 피고인의 다리를 주물렀으며 피고인이 다리를 피해자의 허벅지에 올린 뒤에도 안마를 계속하였기 때문에, 피해자가 저항할 수 있는 시간적 여유가 있었다고 본다. 저항 가능하였다는 판단은, 피해자가 저항할 수 있었지만 저항하지 않은 것이라는 해석을 의미한다. 즉 피해자는 자신의 판단에 따라 자리를 피하지 않고 피고인의 다리를 주무른 것이라는 이해를 보여준다. 반의사가 추정되는 다른 범죄들과는 달리 추행에 대하여 여성의 동의가 추정되는 강제추행죄에서는, 피해자의 저항의 억압이 없는 한 발기된 성기와 팬티 차림으로 여직원에게 다리를 주무르라고 하는 행위는 원칙적으로 성적 자유를 침해하는 행위에 해당하지 않는 셈이다.

대상 판결의 행위는 신입 직원과 사장이라는 피해자와 피고인의 관계와 피고인

28) 대법원 2014.12.24. 선고 2014도6416 판결

29) Robin West, “Jurisprudence and Gender”, D. Kelly Weisberg ed., *Feminist Legal Theory: Foundations*, Philadelphia: Temple University Press, 1993 [1988].

의 지위를 이용한 강요 행위라는 측면에서 성폭력처벌법의 업무상위력추행죄³⁰⁾에 더 가까워보이기는 한다. 그러나 피해자가 피고인의 요구를 거부할 수 있었을 것이라는 법원의 판단을 보면, 업무상위력추행죄로 기소되었다 하더라도 유죄가 선고되었을 것으로 보기만은 어렵다. 또한 대상 판결의 행위가 강제추행죄의 폭행, 협박이 아니라 업무상위력추행죄의 위력에만 해당한다고 보는 것 또한, 강간죄보다 더 낮은 강제력을 요하는 강제추행죄에서의 폭행에 대한 이해를 협소하게 만드는 것 같다.

92

법원은 피고인의 요구를 거절할 수 없었다는 피해자의 진술에서 ‘폭행이나 협박 같은 것은 없었다’는 부분에만 주목하고, 피해자가 피고인의 요구를 거절할 수 있을 정도의 여유가 있었을 것이라고 하였다. 그러나 피해자의 저항을 곤란하게 하는 강제력은 피해자와 피고인이 함께 있는 모든 시간에 걸쳐 누적적으로 존재한다. 판결문에서는 중요하게 다루어지지 않은, ‘다리 올리기’ 이전의 일련의 행위들, 단 둘이 있는 자리이자 직무 교육을 하는 자리에서 덩다면서 트렁크 팬티만 입고 앉은 행위, 팬티 차림으로 다리를 주무르라고 시킨 행위는, 그 자체만으로 성적 수치심을 야기할 수 있으며 피해자와 가해자의 위계적 관계를 반영한다. 이와 같은 행위들은 그것이 설령 ‘내기’의 일환이었다 하더라도, 10살 이상 차이가 나는 연장자 남성 사장인 피고인이 20대 중반의 어린 여성인 신입 직원에 대하여 할 수 있는, 인격적으로 대등하지 않음의 토대 위에서 가능한 권력적 행위이지, 자신의 상급자에 대하여 또는 대등한 공적인 관계에서 할 수 있는 행위는 결코 아닐 것이다.

피해자가 거부할 수 있었을 것이라는 법원의 이해는, 모든 순간에 자유로울 수 있는 비현실적인 주체를 가정할 때라야 유효할 것이다. 사장인 피고인의 지시에 피해자가 ‘스스로’ 문을 잠그고, 피고인이 트렁크 팬티 차림으로 곁에 앉는데도 피해자는 그러한 무례하고 수치스러운 태도를 아무렇지 않은 척하며 받아들이

30) 업무, 고용이나 그 밖의 관계로 인하여 자기의 보호, 감독을 받는 사람을 위계 또는 위력으로 수행하는 행위를 말한다. 강제추행은 10년 이하의 징역 또는 1500만 원 이하의 벌금에 해당되지만 위력추행은 그보다 낮은 2년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 해당된다.

고, 내기가 진행되면서 커피를 얻어마시고, 내기의 결과로서 다리를 주무르라는 요구가 이루어지고, 피고인이 팬티 차림으로 다리를 피해자의 허벅지에 올리고 더 위쪽을 주무르라고 요구하기까지의 일련의 과정은, 피해자에게 성적 수치심을 야기하고 거부를 어렵게 하는 연속적인 과정이다. 모든 단계들이 손님이 올 수 있다, 덩다, 내기에서 들어주기로 약속을 했다 등으로 점진적으로 정당화되며 진행된다.

‘낮선 사람의 갑작스러운 공격 행위’라는 성폭력의 신화처럼 특별한 시점에 특별한 행위로 개시되지 않는 유형의 성폭력은, 거부 의사의 형성과 발현 또한 어렵게 한다. 연속적인 정당화를 중단시키는 특별한 계기가 없으므로 특별한 저항이 일어나기도 어렵다. 초등학교 여교사 술따르기 판결에서 여교사에게 술을 따르라는 교감의 요구를 법원이 우리 사회 술자리 문화의 일상적인 관행이라고 판단하였던 것처럼, 나이 어린 사람이 연장자의 다리를 주무르는 행위는 ‘정상적인 행위 규범’의 일부이지 강간처럼 성폭력이라는 명칭이 붙은 행위가 아니다. 성적 자유를 침해하는 추행은 일상적인 행위 규범과 멀리 떨어져 있지만은 않다. 그렇기 때문에 피해자가 자신의 경험을 즉각 성폭력으로 인식하고 대응하기는 어렵다. ‘다리 올리기’, ‘다리를 주무르라는 요구’ 등과 같이 각각의 행위들을 분리하여 살펴보면 전체 행위의 불법성은 훨씬 열린다. 그러나 전체 행위를 연속적인 과정 속에서 보게 되면 무리한 요구와 태도가 더해질수록 신입 여직원인 피해자에 대하여 사장인 피고인의 권력이 더욱 명확하게 드러나고, 그 강제성과 추행으로서의 성격이 나타나게 된다.

더구나 대상 판결에서 법원은 ‘신체접촉’조차 매우 협소하게 이해하고 있다. 항소심 판결문의 “피고인이 피해자의 신체를 만지는 등의 직접적인 신체접촉을 시도하지는 않았고”라는 표현은 가해자가 주체적으로 피해자의 신체를 만지는 적극적인 접촉 행위만이 강제추행에서 유의미한 신체접촉이라고 말하고 있는 것처럼 보인다. 다리를 안마하게 하고 더 위쪽을 주무르라는 요구를 하면서 가해자가 손이 아닌 다리를 피해자의 신체 중 일부인 허벅지에 올리는 접촉은 ‘신체접촉’에 해당하지도 않는 것이다. 앞서 예시한 사례 중에서 피고인이 성기를 드러내 보인 행위가 강제추행에 해당하지 않는다고 보았던 대법원 판결³¹⁾이 성기를

보인 행위를 음란 행위라고 규정하고 그것이 추행이 되려면 피해자의 성적 자유를 침해하여야 한다고 하였을 때, 대법원은 구체적인 상황의 맥락에서 성기를 드러낸 행위가 갖는 의미를 이해하기보다는 성기노출은 곧 공연음란이라는 공식에 따라 판단했던 것으로 보인다. 대상 판결 또한 가해자가 적극적으로 타인의 신체를 만지는 행위여야 피해자의 성적 자유를 침해하는 추행 행위에 해당한다고 본 것은 아닌지 의문이다.

강제추행죄의 해석에서 법원은 문제된 행위가 추행인지를 판단하는 데 있어 피해자의 의사와 성별, 연령, 행위자와 피해자의 관계, 그 행위에 이르게 된 경위, 구체적 행위태양, 주위의 객관적 상황, 그 시대의 성적 도덕관념 등을 종합적으로 고려하여야 한다고 명시함으로써 이른바 종합적 판단을 요구하고 있다. 그럼에도 불구하고 실제로는 이성애적 성관계에 대한 남성적 경험을 토대로 할 때 추행으로 인식되는 좁은 행위태양을 중심으로 판단이 이루어지고 있는 것은 아닌지, 그 결과 연속적인 행위와 관계의 맥락에서라야 비로소 파악할 수 있는 추행 피해 경험을 대거 누락하고 있는 것은 아닌지 되돌아보아야 할 것이다.

31) 대법원 2012.7.26. 선고 2011도8805 판결

토론

강제추행죄에서의 ‘피해’의 의미

토론문

고미경 (한국여성의전화 상임대표)

최근 ‘연예기획사 대표에 의한 청소년 성폭력사건의 무죄 판결’에서 보면서 법원의 성폭력사건에 몰이해와 무지에 대해 다시한번 절망하였다. 김정혜님의 발제문을 통해 한국사회에서 가지는 성폭력사건과 성폭력 ‘피해’에 대한 생각과 법이란 무엇인가라는 생각도 다시 한번 하게 되었다. 대상판결을 통해 사건을 분석하고 구체적인 쟁점을 제시하고 ‘연속적인 행위와 관계의 맥락에서라야 비로소 파악할 수 있는 추행 피해경험을 대거 누락하고 있는 것은 아닌지 되돌아보아야 할 것이다’ 결론에도 동감을 하는 바이다. 토론자는 현장에서 성폭력사건을 접하며 느꼈던 생각들을 중심으로 토론을 진행하고자 한다.

□ 아는 사람으로부터 성폭력 피해를 당해 검찰 조사를 받는 과정에서 검사는 피해자에게 질문하였다. “보통 성폭력을 당하면 가해자를 공격하거나 피하게 되는데 어떤가요?” 피해자는 “당황스러움, 수치심 때문에 가해자를 공격하거나 혹은 곧바로 자리에서 나오지는 않았다”고 하였다. 검사는 “피해자의 행동과 태도는 강제추행을 당한 사람이라고 보기 어렵다”는 이유로 불기소 처분을 하였고 나아가 피해자를 무고죄로 기소하였다. 모르는 사람이 갑자기 덮치거나 하는 경우에도 당황해서 극렬하게 저항하지 않는 경우가 있는데 하물며 원래부터 알고 지냈던 사람으로부터 강제추행을 당했다면 회식자리에서 소리를 지르거나 도망쳐 나가거나 하는 상황이 되지 않을 것이라는 것은 ‘여성’ 이라면 누구나 알 수 있는 것이다. 일반적으로 알고 지내던 사람으로부터 갑자기 그런 일을 당하면 ‘여성’은 순간적으로 ‘자신이 뭔가 잘못했다, 오해할 만한 행동을 했다, 이 상황을 어떻게 해야 하나’ 등의 생각이 주마등처럼

럼 머릿속을 스쳐 지나가기 마련이다. 여성폭력 현장에서 피해자를 지원하는 재판과정에서 법정에 앉아 있노라면 사법관계자들이 한국사회에서 '여성'으로 살아가기 체험이 필요하다는 생각까지 하게 된다.

- 성폭력 사건에 대한 사법절차를 진행하는 과정에서 현장활동가들은 수많은 벽에 가로 막힌다. 피해자와 가해자가 친밀한 관계에 있었거나 평소 아는 사이였을 때 사건은 '합의한 성관계'로 피해자는 '꽃뱀'으로 규정지워져 버린다. 피해자가 저항을 중단하거나 포기한 정황이 있을 때는 '동의를 한 성관계'로 규정된다. 피해자가 적극적으로 피해사실을 주장하거나 사법절차에 따른 조사과정에서 나타나는 문제를 지적하는 등 소위 '똑똑하게' 말하거나 행동하면 사법관계자들에게 '피해자 답지 못한 것'으로 인식되기도 한다. 사건자체에 대한 것보다는 피해자의 과거 이력이나 행실을 비난하며 소위 '보호받을 자격'이 없는 피해자로 인식되기 때문이다. '보통' 성폭력을 당하면 이리이러해야 한다는 것은 누가 만들어 낸 것이며, 어떻게 해야 피해자다운 것인가?

96

- 강제추행이 폭행, 협박을 구성요건으로 하고 있다 하여도, 피·가해자의 관계에 따라 폭행과 협박은 물리적 강제력만으로 나타나지 않기에 폭행과 협박의 개념을 확장하여 적용해야 한다는 점, 업무상 관계는 생계와 직결되어 관계자체가 위력으로 작동한다는 점을 간과하여 결과적으로 성폭력의 개념을 축소시키고 피해자의 인권을 추락시키는 결과를 낳고 있다.
- 법원에 의한 강간죄 구성요건의 문제점은 강간죄에 있어서 폭행과 협박의 정도를 피해자의 항거를 현저하게 곤란하게 할 정도의 것으로, 즉 최 혐의로 해석하고 있다는 점과 폭행과 협박의 정도를 판단함에 있어서 피해자에게 이른바 '피해자다움'을 요구하고 있다는 점이다. 판례는 강간죄를 "남성이 여성에 대하여 항거를 '현저하게 곤란하게 하는' 폭행과 협박을 사용하여 간음"한 경우로 해석하고 있다. 이는 강간죄의 보호법익을 성적자기결정권으로 보는 시각과는 상당히 모순된다. 강간죄의 보호법익이 성적 자기결정권이라고 한다면 강간죄의 성립 여부를 '가해자에 의한 폭행과 협박이 있었는지, 있었다면 어느 정도 있었는지'에서 찾는 것이 아니라 '피해자의 의사를 무시한 성행

위가 있었느냐'라는 피해자 의사를 중심으로 판단해야 한다. 성폭력을 현재 강간과 추행의 죄가 아닌 성적자기결정권 침해의 죄로 바꾸어야 한다. 이를 통해 입증 책임을 전환하여 가해자가 자신이 성폭력 범죄자가 아님을 입증하도록 해야 한다.

- 1990년 초반의 입법운동과정에서 성폭력의 개념은 젠더에 기반을 둔 여타의 폭력을 포괄하기보다 섹슈얼리티와 직접 연관되는 '성적인(sexual violence)' 폭력에 초점이 맞추어져 입법화되었다. 입법과정에서 성적자기결정권의 침해 정의는 빠지고 성기, 성교의 중심의 범죄로 규정되고 성폭력특별법은 기존의 형법에 규정된 성범죄를 나열하는데 그쳤으면 현재까지 그대로 유지되고 있다. 강간죄 구성요건 또한 폭행과 협박의 정도를 피해자의 항거를 현저하게 곤란하게 할 정도의 것으로, 즉 최협의로 해석하고 있다는 점과 폭행과 협박의 정도를 판단함에 있어서 피해자에게 이른바 '피해자다움'을 요구하고 있다는 점도 문제적이다. 판례에서 인용되고 있는 성적자기결정권 또한 성차별의 문제의식과 환경을 기반하지 않고서는 여성폭력피해자를 제대로 설명할 수 없다. 가정폭력방지법과 성폭력특별법으로 분절화된 법은 현장에서 여성폭력 피해자들의 인권보장에 어려움을 겪고 있고, 여성에 대한 폭력문제의 본질을 제대로 드러내지 못하게 한다.

- 여성폭력의 본질적 원인은 남성과 여성간의 오랜 불평등한 권력관계와 이를 유지시키는 가부장적 사회구조, 여성차별적인 문화규범과 관습이다. 여성에 대한 남성폭력은 남성적 경험안에서 해석되고 지지되기 때문에 가부장적 사회구조에 대한 분석을 하지 않고서는 결코 이해 될 수 없다. 가부장적 사회와 성역할 및 성별 관계의 재구조화가 여성폭력문제를 해결 할 수 있다. 가정폭력, 성폭력, 성매매 등이 여성에 대한 폭력(gender-based violence/ Violence Against Women)임을 분명히 하고 젠더 문제임을 제대로 드러내는 방식으로 현장활동과 이론화 작업이 진행되어야 한다.

참고

**지방법원 2014. 11. 6. 2014노2060 판결

*** * 지 방 법 원
제 1 형 사 부
판 결**

98

사 건	2014노2060 강제추행
피 고 인	○○○
항 소 인	피고인
변 호 인	법무법인 ◇◇◇, 담당변호사 □□□
원 심 판 결	**지방법원 2014. 9. 2. 선고 ***** 판결
판 결 선 고	2014. 11. 6.

주 문

원심판결을 파기한다.
 피고인은 무죄.
 이 판결의 요지를 공시한다.

이 유

1. 항소이유의 요지

가. 사실오인 내지 법리오해

피고인은 ① 왼쪽 다리와 오른쪽 다리 모두 소파 앞에 있던 탁자 위에 올려놓았고, ☆☆☆에게 “더 위로, 더 위로, 다른 곳도 만져라”고 말한 사실이 없으며 발

기된 성기를 의도적으로 보여준 것은 아니다. ② 또한 ☆☆☆에게 폭행 또는 협박을 가하지 않았음에도 불구하고 피고인에게 강제추행죄의 죄책을 인정할 원심 판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다.’는 취지로 주장한다.

나. 양형부당

또한 피고인은 예비적으로 원심이 선고한 형(징역 6월에 집행유예 2년, 성폭력 치료강의 수강명령 80시간)이 너무 무거워서 부당하다고 주장한다.

2. 사실오인 내지 법리오해 주장에 대한 판단

가. 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 조명기구 도·소매업, 수입자동차 대출 관련업을 하는 사람이다.

피고인은 2013. 8. 8. 16:30경 **시 **면 **리 **-*에 있는 피고인이 운영하는 ****빌딩 *층 **사무실에서 ☆☆☆(여, 26세)를 수입자동차 견적에 대한 교육을 시켜주겠다고 데리고 와, 덩다는 이유로 바지를 벗고 트렁크팬티만 입은 채 소파에 앉아 ☆☆☆에게 고스톱을 치자고 하여 ☆☆☆를 피고인의 옆 의자에 앉게 하였다. 이후 피고인은 ☆☆☆에게 “다리를 주무르라”라고 하면서 왼쪽 다리를 소파 앞에 있던 탁자 위에 올려 놓고 오른쪽 다리를 ☆☆☆의 허벅지 위에 올려 ☆☆☆를 강제로 추행하고, 피고인의 종아리를 주무르는 ☆☆☆에게 “더 위로, 더 위로, 다른 곳도 만져라.”라고 말하며 트렁크팬티 사이로 발기된 성기를 보이게 하였다.

99

나. 판단

1) 사실오인 주장에 대한 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하면, 피고인이 이 사건 공소사실 기재와 같이 왼쪽 다리를 소파 앞에 있던 탁자 위에 올려 놓고 오른쪽 다리

를 ☆☆☆의 허벅지 위에 올린 다음 피고인의 종아리를 주무르는 ☆☆☆에게 “다른 곳도 만져라.”는 취지로 말하며 트렁크팬티 사이로 발기된 성기를 보이게 한 사실이 넉넉히 인정되므로, 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

2) 법리오해 주장에 대한 판단

가) 형법 제298조는 “폭행 또는 협박으로 사람에게 대하여 추행을 한 자”를 강제추행죄로 벌할 것을 정한다. 그런데 강제추행죄는 개인의 성적 자유라는 개인적 법익을 침해하는 죄로서, 위 법규정에서의 ‘추행’이란 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위인 것만으로는 부족하고 그 행위의 상대방인 피해자의 성적 자기결정의 자유를 침해하는 것이어야 한다.

100

따라서 건전한 성풍속이라는 일반적인 사회적 법익을 보호하려는 목적을 가진 형법 제245조의 공연음란죄에서 정하는 ‘음란한 행위’(또는 이른바 과다노출에 관한 경범죄처벌법 제1조 제41호에서 정하는 행위)가 특정한 사람을 상대로 행하여졌다고 해서 반드시 그 사람에게 대하여 ‘추행’이 된다고 말할 수 없고, 무엇보다도 문제의 행위가 피해자의 성적 자유를 침해하는 것으로 평가될 수 있어야 한다. 그리고 이에 해당하는지 여부는 피해자의 의사성별연령, 행위자와 피해자의 관계, 그 행위에 이르게 된 경위, 구체적 행위태양, 주위의 객관적 상황 등을 종합적으로 고려하여 정하여진다.

또한 강제추행죄는 폭행 또는 협박을 가하여 사람을 추행함으로써 성립하는 것으로서 그 폭행 또는 협박이 항거를 곤란하게 할 정도일 것을 요한다. 그리고 그 폭행 등이 피해자의 항거를 곤란하게 할 정도의 것이었는지 여부는 그 폭행 등의 내용과 정도는 물론, 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 추행 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 판단하여야 한다(대법원 2012. 7. 26. 선고 2011도8805 판결 등 참조).

나) 위와 같은 법리에 비추어 이 사건에 관하여 보건대 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사정을 알 수 있다.

- (1) ☆☆☆은 26세의 여자로 2013. 7. 30.경부터 피고인이 운영하는 **의 직원으로 근무하게 됐다. ☆☆☆은 피고인으로부터 업무 관련 교육을 받기 위하여 이 사건 공소사실 기재일에 피고인이 별도로 운영하는 이 사건 공소사실 기재의 조명기구 가게에 방문했다. ☆☆☆은 김밥을 사서 위 사무실에 들어왔는데 손님이 올 수 있으니 문을 잠그라는 피고인의 지시에 따라 ☆☆☆은 위 사무실의 문을 잠궜다(이후 아래 (3)항에 따라 피고인이 준 돈으로 ☆☆☆이 커피를 사 들고 들어오면서도 위 사무실의 문을 잠궜다).
- (2) 피고인은 ☆☆☆과 함께 김밥을 먹고 나서 텨다면서 반바지로 갈아입어도 되겠냐는 동의를 얻었고 ☆☆☆에게 보지 말라는 손짓을 한 뒤 트렁크팬티만 입은 상태로 쇼파에 앉았다.
- (3) 피고인은 ☆☆☆에게 업무 관련 교육을 마치고 이긴 사람의 소원을 들어주기로 하여 고스톱을 쳤는데, 첫 번째 게임에서는 ☆☆☆가 이겨 ☆☆☆의 요구에 따라 피고인이 ☆☆☆에게 커피를 사줬다. 이어진 두 번째 게임에서는 피고인이 이겼고 ☆☆☆에게 피고인의 다리를 주무르라고 했다.
- (4) 피고인이 쇼파에 앉아 두 다리를 쇼파 앞에 있던 탁자 위에 올려놓자 ☆☆☆이 피고인의 옆 쪽으로 자리를 옮겨 앉은 뒤 피고인의 종아리 부위를 주물렀는데 피고인은 ☆☆☆에게 ‘다리 말고 다른 곳을 주물러라’는 취지로 말하기도 했다. ☆☆☆이 피고인의 다리를 주무르던 도중 피고인은 오른쪽 다리를 ☆☆☆의 허벅지 위에 올렸으며 ☆☆☆은 자신의 다리 위에 얹어진 피고인의 오른쪽 다리의 무릎 조금 위 쪽 부분까지 주물렀다. 이어서 피고인이 다시 왼쪽 다리를 주무르라고 하여 ☆☆☆은 허리를 숙여 피고인의 왼쪽 다리를 주무르고 있던 도중 피고인의 트렁크팬티 사이로 발기된 피고인의 성기를 보게 되었다.

앞서 본 ☆☆☆의 성별·연령, ☆☆☆이 피고인의 다리를 주무르게 된 경위 및 피고인의 요구가 있었다고는 하나 ☆☆☆이 직접 위 위 사무실의 문을 잠궜고 ☆☆☆로서는 다리를 주무르라는 피고인의 요구를 거절할 수도 있었을

것으로 보이는 점, ☆☆☆도 '피고인이 다리를 주무르라고 했을 때 폭행이나 협박 같은 것은 없었지만 내기를 해서 무조건 들어주기라는 약속을 했고 피고인이 직장상사이기도 했으며 앞의 내기에서 피고인이 커피를 사주기도 했기 때문에 피고인의 요구를 거절할 수는 없었다'라고 진술하였을 뿐인 점(증거기록 제13, 14쪽), 피고인이 ☆☆☆의 신체를 만지는 등의 직접적인 신체 접촉을 시도하지는 않았고 ☆☆☆의 다리 위에 자신의 다리를 얹기는 하였으나 앞서 본 경위 등에 비추어 이를 두고 ☆☆☆이 피고인의 다리를 주무를 수밖에 없게 만드는 유형력의 행사라거나 이로 인하여 ☆☆☆의 항거를 곤란하게 할 정도라고 보기도 어려운 점 등을 종합하여 보면, 피고인의 이 사건 공소사실 기재와 같은 행위, 특히 ☆☆☆에게 다리를 안마하게 하고 발기된 자신의 성기를 보이게 한 것이 비록 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하는 행위라고 할 수 있을지는 몰라도 피고인이 폭행 또는 협박으로 '추행'을 하였다고 볼 수는 없고, 달리 이를 인정할 증거가 없다 [강제추행죄는 상대방에 대하여 폭행 또는 협박을 가하여 항거를 곤란하게 한 뒤에 추행행위를 하는 경우뿐만 아니라 폭행행위 자체가 추행행위라고 인정되는 경우도 포함되는 것이며, 이 경우에 있어서의 폭행은 반드시 상대방의 의사를 억압할 정도의 것임을 요하지 않고 상대방의 의사에 반하는 유형력의 행사가 있는 이상 그 힘의 대소강약을 불문하나(대법원 2002. 4. 26. 선고 2001도2417 판결 등 참조), 이는 상대방이 항거를 할 시간적 여유 등이 없는 상태에서 있었던 유형력의 행사 그 자체가 추행행위로 인정되는 경우 그 추행행위에 앞서 항거가 곤란한 폭행이나 협박이 있었던 것은 아니지만 그 추행행위 자체 역시 유형력의 행사로서 이에 대한 상대방의 항거가 곤란했음을 이유로 강제추행죄의 성립을 인정하는 것인 점, 그런데 ☆☆☆이 피고인의 다리를 주무르게 된 경위 및 피고인이 오른쪽 다리를 ☆☆☆의 허벅지 위에 올리게 이전의 상황 및 이후에도 ☆☆☆이 피고인의 다리를 계속 주무른 점 등에 비추어 보면 피고인이 오른쪽 다리를 ☆☆☆의 허벅지 위에 올린 부분만을 떼어내어 폭행행위 자체가 추행행위라고 인정되는 소위 기습추행에 해당한다고 보기는 어렵다].

다) 따라서 이를 지적하는 피고인의 주장은 이유 있다.

3. 결론

피고인의 법리오해 주장은 이유 있으므로, 피고인의 예비적 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고 변론을 거쳐 다음과 같이 다시 판결한다.

[다시 쓰는 판결]

이 부분 공소사실의 요지는 위 제2의 가항 기재와 같고, 이는 앞서 본 제2의 나항과 같은 이유로 범죄의 증거가 없는 경우에 해당하여 형사소송법 제325조 후단에 따라 무죄를 선고하며 형법 제58조 제2항에 의하여 피고인에 대한 이 판결의 요지를 공시하기로 한다.

재판장	판사	문보경 _____
	판사	이승호 _____
	판사	강지현 _____

참고

대법원 2015. 4. 23. 선고 2014도16129 판결

대 법 원
제 1 부
판 결

사 건 2014도16129 강제추행
피 고 인 ○○○
상 고 인 검사
변 호 인 법무법인 ◇◇◇, 담당변호사 □□□
원 심 판 결 **지방법원 2014. 11. 6. 선고 2014노2060 판결
판 결 선 고 2015. 4. 23.

주 문

상고를 기각한다.

이 유

상고이유에 대하여 판단한다.

원심은 판시와 같은 이유를 들어 피고인의 행위가 형법 제298조에서 정한 ‘폭행 또는 협박에 의한 추행’에 해당하지 아니하므로, 이 사건 공소사실에 관하여 범죄의 증거가 없다고 판단하여, 피고인에 대하여 무죄를 선고하였다. 원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면 원심의 이러한 판단에 상고이유 주

장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 강제추행죄에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

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

재판장	대법관	고영한 _____
주 심	대법관	이인복 _____
	대법관	김용덕 _____
	대법관	김소영 _____

사단 법인의 한국성폭력상담소

성폭력은 오랫동안 ‘사적인’, ‘중요하지 않은’ 일, ‘수치스러운’ 성문제, ‘여성의 정조에 대한 문제’, ‘여성들의 거짓말’로 치부되어 왔기에 문제시되지 않았습니다. 또한 한국사회의 왜곡된 성 인식과 성문화는 성폭력생존자가 적절한 지지와 지원을 받을 수 없게 했습니다. 이처럼 성폭력이 ‘성적 자기결정권의 침해’라는 문제의식도 희소한, ‘성폭력’이라는 말조차 낯설던 1991년, 한국성폭력상담소가 문을 열었습니다.

한국성폭력상담소는 성폭력이 성별 권력관계로 인해 발생하는 사회구조적 문제라는 것을 알려내고 이에 대응하기 위해 활동하는 여성운동단체입니다. 지금까지 7만여 회가 넘는 상담을 통해 성폭력피해생존자를 지원해오고 있으며, 성폭력 관련 법률 제개정 및 제언 활동, 정책 감시 및 비판, 성폭력 통념을 깨기 위한 출판사업과 대중교육 등 활발한 반성폭력운동을 펼치고 있습니다.

2015 성평등한 사회를 위한 성폭력 판례뒤집기 대토론회

발행일 2015년 10월 23일
발행인 이미경
발행처 (사)한국성폭력상담소
편집집 노선이
주소 서울시 마포구 성지1길 32-42 (합정동 366-24) 2층 (우) 04072
전화 02-338-2890~1
홈페이지 www.sisters.or.kr
블로그 stoprape.or.kr
SNS facebook.com/ksvrc1991
@stoprape
디자인제작 (주)인디엔피

본 사업은 한국여성재단이 지원하는 사업입니다.