



모의법정 4월 28일(목)
이화여자대학교 모의법정

좌담회 9월 28일(수)
한국성폭력상담소 이안젤라홀

토론회 10월 19일(수)
한국성폭력상담소 이안젤라홀



C O N T E N T S

004	인사말	2016 판례뒤집기 활동을 모아
007	토 론 회	카메라등이용촬영죄 법해석의 한계와 쟁점
009	발 제 1	‘몰래카메라/도촬/이미지착취’ 실태와 판단기준
030	토 론 1	〈‘몰래카메라/도촬/이미지착취’ 실태와 판단기준〉 토론문
034	발 제 2	‘카메라등이용촬영죄’ 적용의 한계
048	참 고	대법원 2015. 12. 24. 선고 2015도16953 판결문
052	토 론 2	〈‘카메라등이용촬영죄’ 적용의 한계〉 토론문
059	좌 담 회	군형법 제92조의6 (구 제92조의5) 헌법재판소 결정문 평석
061	발 제	군형법상 ‘추행’죄와 제도화된 동성애 혐오/공포
092	참 고	헌법재판소 2016. 7. 28. 선고 2012헌바258 결정문
112	토 론 1	군형법 추행죄 위헌결정의 성폭력 담론
118	토 론 2	군형법상 ‘추행죄’ 폐지 운동을 하는 이유
123	모의법정	영화감독에 의한 10대 여성 성폭력 사건 대법원 무죄판결 다시 짚어보기
125	기 획 의 도	모의법정 기획의도
126	대 본	모의법정 대본
165	판 결 문	모의법정 2016. 4. 28. 선고 2016노123456 판결문

인사말

본 상담소는 2003년 <법조인의 성별의식 조사연구>를 시작으로 <성폭력을 조장하는 대법원 판례 바꾸기 운동(2006~2007)>, 전국성폭력상담소협의회와 함께 하는 <성폭력 수사재판 시민감시단(2004~현재)> 활동 등을 지속해오고 있습니다. <2016 성평등한 사회를 위한 성폭력 판례뒤집기> 사업은 이른바 법적 판단의 ‘합리성’과 ‘객관성’ 기준에서 배제된 여성의 경험을 반영하고 가시화하고자 기획되었으며, 국내 성폭력 사건 수사재판 절차와 과정에 대한 모니터링 활동의 연장선상에서 올 한 해 동안 진행된 사업입니다.

4

본 자료집은 <2016 성평등한 사회를 위한 성폭력 판례뒤집기> 사업의 <모의 법정>과 <좌담회>, <토론회>의 모든 내용을 한 데 묶어 실제 수사·사법 절차에 관련된 종사자 뿐 아니라 (예비) 법조인, 관심 있는 일반시민에게 배포할 예정입니다.

<모의법정>은 연예기획사대표에 의한 청소년 성폭력 사건 공동대책위원회와 이화여대 젠더법연구소, 본 상담소 공동 주최로 지난 4월 28일 이화여대 모의법정에서 진행되었습니다. <영화감독에 의한 10대 여성 성폭력 사건 대법원 무죄판결 다시 짚어보기>는 1심과 2심에서 유죄가 선고되었으나, 2015년 12월에 대법원에서 무죄취지로 파기환송된 실제 사건을 모티브로 성폭력 피해자의 관점으로 사건을 다시보기 위해 각색되었습니다. 본 모의법정은 아동·청소년을 대상으로 위계·위력을 이용한 성폭력 사건의 대안적 판결을 제시하는 장이었습니다.

2016 판례뒤집기 활동을 모아

〈좌담회〉는 헌법재판소의 제3차 균형법상 ‘추행죄’ 합헌결정에 대한 〈균형법 제92조의 6 (구 제92조의5) 헌법재판소 결정문 평석〉으로 지난 9월 28일에 진행되었습니다. 본 좌담회는 균형법상 ‘추행죄’에 대해 개관하고 대상결정을 분석함으로써, 이 조항에 대한 향후의 접근방법까지 모색해보는 자리로 마련되었습니다. 성소수자인권 전반에 악영향을 미치고 있는 균형법상 ‘추행죄’ 폐지를 위한 입법청원운동이 시작되기에 앞서 진행된 본 좌담회는 향후 관련 활동의 방향을 짚어보는 계기가 되었습니다.

5

〈토론회〉는 오늘 〈카메라등이용촬영죄 법해석의 한계와 쟁점〉이라는 주제로 진행됩니다. 고도로 발달된 카메라 등 기계장치를 이용한 촬영과 촬영물로 인한 피해가 점차 늘어나고, 인터넷을 이용한 촬영물의 유포/배포/판매 등의 가속화로 성폭력 피해의 양상이 더욱 복잡해지고 있는 시점에서 성폭력처벌법 제 14조 카메라등이용촬영죄의 공백과 법해석의 한계를 판례를 통해 짚어보고자 합니다.

본 상담소는 앞으로도 성폭력 피해생존자의 인권을 보장하고, 피해생존자의 경험과 언어를 반영한 법의 판결을 이끌어내기 위해 형사사법 절차에 대한 모니터링 활동을 지속해나가도록 하겠습니다. 감사합니다.

2016. 10. 19.

(사)한국성폭력상담소

2016 성평등한 사회를 위한

성폭력 판례뒤집기

토론회

카메라등이용촬영죄 법해석의 한계와 쟁점

일 시 2016년 10월 19일(수) 오후 2:00~4:30

장 소 한국성폭력상담소 B1 이안젤라홀

주 최 한국성폭력상담소

발제 1 최 란 (한국성폭력상담소 사무국장)

토론 1 배상균 (한국외국어대학교 법학전문대학원 외래교수)

발제 2 이희영 (이희영법률사무소 변호사)

토론 2 이유정 (법무법인 원 변호사)

2016 성평등한 사회를 위한 성폭력 판례뒤집기 토론회

일시 2016년 10월 19일(수) 오후 2:00~4:30
장소 한국성폭력상담소 B1 이안젤라홀
주최 한국성폭력상담소

카메라등이용촬영죄 법해석의 한계와 쟁점

사회: 김보화 (한국성폭력상담소 부설연구소 울림 책임연구원)

2:00-2:10 판례뒤집기 사업 소개 및 패널소개

2:10-2:40 **발제 1** ‘몰래카메라/도촬/이미지착취’ 실태와 판단기준
- 성폭력처벌법 제14조 카메라이용촬영죄 판결을 중심으로
최 란 (한국성폭력상담소 사무국장)

2:40-2:55 **토론 1** <‘몰래카메라/도촬/이미지착취’ 실태와 판단기준> 토론문
배상균 (한국외국어대학교 법학전문대학원 외래교수)

2:55-3:10 중간휴식

3:10-3:40 **발제 2** ‘카메라등이용촬영죄’ 적용의 한계
이희영 (이희영법률사무소 변호사)

3:40-3:55 **토론 2** <‘카메라등이용촬영죄’ 적용의 한계> 토론문
이유정 (법무법인 원 변호사)

3:55-4:30 질의응답 및 플로어토론

발제 1

‘몰래카메라/도촬/이미지착취’ 실태와 판단기준- 성폭력처벌법 제14조 카메라이용촬영죄 판결을 중심으로¹⁾ -

최 란 (한국성폭력상담소 사무국장)

1. 들어가며

최근 이른바 신종 성범죄라 불리는 피해들은 구체적 피해 상황을 피해자가 아닌 제 3자를 통해 확인하거나 또는 피해자가 피해조차도 인지하지 못하는 경우가 많다. 몰래카메라 범죄의 경우, 언제 자신이 피해에 노출되었는지 알지 못하다가 시일이 흐른 뒤, 주변인을 통해 자신의 신체나 사적인 내용 등이 담긴 사진 또는 영상이 인터넷상에 유출되었음을 알게 되거나 당장 눈앞에서 몰래카메라를 발견했다 하더라도 가해자를 특정하기 어려워 사법적 해결을 거치기도 쉽지 않다.

사실 몰래카메라 문제가 최근에서야 문제가 되었던 것은 아니다. 이미 90년대 후반 여성연예인들의 사적인 내용이 담긴 동영상이 피해여성의 이니셜을 딴 ‘* 비디오’ 등으로 유출되어 사회적으로 커다란 영향을 미친 바 있고, 가입 수 100만 명, 평균 조회 수 5만 건을 기록한 몰래카메라 최대 유통 사이트 소라넷은 99년에 처음 개설되어 도메인주소를 바꿔가며 운영되다가 지난 4월 경찰에 의해 해외서버가 압수되어 폐쇄되었다.

성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 ‘성폭력처벌법’이라고 한다) 제 14조 카메라등이용촬영죄는 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체부위를 기계장치를 사용하여 촬영하는 행위를 규율하는 것으로 타인에 의해

1) 본 발제문은 완성된 상태가 아니므로 인용을 삼가주시기 바랍니다.

신체일부가 촬영되는 범죄를 처벌하는데 그 목적을 두고 있다. 그러나 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 신체부위를 판단하는 데 있어 그 판단기준이 일률적이지 못하고 더 나아가 피해자의 대부분을 차지하는 여성의 몸을 기계적으로 분할하여 판단하는 등 여러 비판을 받고 있는 실정이다.

특히 여성의 몸을 성적 욕망 또는 수치스러운 부위로 분절화하는 남성중심적인 법 언어는 ‘법의 합리성’이라는 이유로 정당화되어왔으며, 이는 여성의 몸에 대한 사회적인 인식을 형성하는데 영향을 미치고 있다. 그러나 여성의 몸에 대한 성적 대상화는 특별한 부위, 예컨대 성적인 부위라고 판단되는 성기와 가슴, 엉덩이 등으로 한정될 수 없으며 이러한 구분 역시 성기를 중심으로 판단하는 남성중심적인 기준이 반영된 인식일 뿐이다.

10 몰래카메라/도촬/이미지착취(image exploitation)는 날로 발전하는 촬영기기 및 기술의 발달과 인터넷을 통한 확산 등 피해가 더욱 보편화될 수밖에 없다. 사회의 변화에 따라 새롭게 범주화되고 있는 이러한 피해는 현실 법체계에서 공백이 있을 뿐만 아니라, 실제 피해자가 경험하는 피해의 구체적 내용이 연구된 바가 없어 기존의 성폭력 피해와 달리 고려해야하는 심각한 위험성에 대한 법적, 제도적, 정책적 방안도 미비하다.

이에 카메라등이용촬영죄의 실태와 판단기준을 판결을 통해 살펴보고, 피해의 구체적 내용을 드러냄으로써 새로운 성폭력 피해 양상에 대해 고찰해보려고 한다. 오늘 토론회를 통해 성평등한 사회를 만들기 위해 현행 법규상의 공백에 대해서는 보완될 수 있는 다양한 의견과 사회문화적 인식변화의 가능성에 대한 지혜가 모아지기를 기대한다.

2. 몰래카메라/도촬/이미지착취 관련 법률

1) 몰래카메라/도촬 현황

“촬영을 당하는 사람이 촬영을 당한다는 사실을 모르는 상태로 촬영하는 카메라”를 흔히 ‘몰래카메라(hidden camera)’라고 하며, 주로 방송사의 예능 방송이나 은폐적인 취재활동, 또는 보험 사고에서 법원에 제출할 증거자료 확보용으로 이용(배상균:2016)되어 왔다. 한편, ‘도촬’이란 “어떤 사람의 행동이나 모습을 몰래 촬영하는 일”로, 일본의 국어사전을 살펴보면 “촬영대상자 혹은 대상물의 관리자에게 양해를 얻지 않고 숨어서 촬영하는 것, 몰래 촬영, 훔쳐 찍기”(배상균:2016)로 규정되어있다.

문제는 이러한 몰래카메라, 도촬 행위가 성적 행위 또는 특정한 신체 부위 등 성적인 것과 관련되어 촬영되고 또 사후 배포되어 심각한 피해양상을 만들고 있다는 점에 있다. 특히, 숙박업소나 지하철, 탈의실, 화장실, 수영장, 목욕탕 등 개인의 사생활이 보호될 것이라고 기대되는 공간을 침범하여 촬영하는 행위가 공공연하게 발생하고 있으며, 지난 해 워터파크 몰카 사건²⁾을 통해 이러한 촬영물들이 온라인상에서 금전적 거래로 이어지고 있는 구조적 문제가 존재한다는 사실도 드러났다.

11

경찰청 <범죄통계>에 따르면, 카메라 등을 이용한 촬영죄는 2010년 1,134건이 신고 되었고, 2014년에는 6,623건이 신고 되어 지난 5년간 6배 정도 신고율이 증가하였다. 하지만 기소율은 32.1%에 불과해 몰카 범죄에 대한 제대로 된 처벌을 이뤄지지 않는 것으로 나타났다. 2015년 12월 국회 여성가족위원회 소속 남인순의원이 법무부로부터 제출받은 자료에 따르면, 2012년 몰카 범죄 총 1940건 가운데 69.7%가 기소됐는데 해마다 기소율이 낮아져 2013년 54.5%, 2014년 44.8%, 올해 7월 32.1%로 3년간 기소율이 절반 이상 떨어졌다(이경아:2015)³⁾.

2) 2015년 8월 한 인터넷 커뮤니티를 통해 국내 한 워터파크 여자 샤워실 내부가 찍힌 9분여 분량의 동영상 이 유포되었다. 이 사건으로 경찰은 몰래카메라 전담팀을 꾸렸고, 영상을 촬영한 20대 여성과 이를 지시한 30대 남성을 검거했다. 20대 여성은 수도권 근방의 워터파크, 야외수영장, 스파 등 여자샤워실 내부를 몰래 촬영하고 이 동영상을 30대 남성에게 한 개당 20만원~50만원 등을 받고 건넸다.

관련기사 주소 :

<http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2015/12/04/0200000000AKR20151204124400061.HTML?input=1195m>

3) 몰카 범죄 증가하는데...기소율은 3년간 절반으로 ‘뚝’ 떨어져, the300, 박소연 기자, 2015. 10. 12.

이런 낮은 기소율은 카메라 등을 이용한 촬영죄를 다른 성폭력 범죄와 비교하여 다소 가벼운 피해라고 여기는 사회문화적 태도와 법 적용에 있어서의 판단기준이 일정치 못한 법 상의 공백, 여성의 경험과 언어를 반영하지 못하는 법 현실이 다층적으로 작용하고 있다.

2) 카메라등이용촬영죄 법 개정 과정

성폭력처벌법 제13조에서 규정하고 있는 통신매체이용음란죄는 ‘자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적’을 필요로 하고 있고, 동법 제14조 카메라이용촬영죄는 ‘성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체’라는 요건⁴⁾을 요구하고 있어, 동의 없이 타인의 신체를 촬영하거나 그 촬영물을 유포시켜 실제로 타인의 인격권이나 사생활침해가 발생하더라도 위 각 요건을 충족하지 못하는 경우에는 처벌되지 않는다.

12 「통신비밀보호법」은 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음하거나 청취하는 행위를 처벌대상으로 하고⁵⁾ 있으나, 공개되지 아니한 타인간의 대화 장면을 권한

(관련 기사 <http://the300.mt.co.kr/newsView.html?no=2015101116337654543>)

- 4) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법[시행 2015.7.1. 법률 제12889호]
 제14조(카메라 등을 이용한 촬영) ① 카메라나 그 밖에 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체를 그 의사에 반하여 촬영하거나 그 촬영물을 반포·판매·임대·제공 또는 공공연하게 전시·상영한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.
 ② 제1항의 촬영이 촬영 당시에는 촬영대상자의 의사에 반하지 아니하는 경우에도 사후에 그 의사에 반하여 촬영물을 반포·판매·임대·제공 또는 공공연하게 전시·상영한 자는 3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.
 ③ 영리를 목적으로 제1항의 촬영물을 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조제1항제1호의 정보통신망(이하 “정보통신망”이라 한다)을 이용하여 유포한 자는 7년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.
- 5) 통신비밀보호법 [시행 2014.10.15. 법률 제12764호]
 제3조(통신 및 대화비밀의 보호) ① 누구든지 이 법과 형사소송법 또는 군사법원법의 규정에 의하지 아니하고는 우편물의 검열·전기통신의 감청 또는 통신사실확인자료의 제공을 하거나 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취하지 못한다. 다만, 다음 각호의 경우에는 당해 법률이 정하는 바에 의한다. <개정 2000.12.29., 2001.12.29., 2004.1.29., 2005.3.31., 2007.12.21., 2009.11.2.>
 1.~5. (이하 생략)
 제14조(타인의 대화비밀 침해금지) ① 누구든지 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음하거나

없이 사진 촬영하는 행위는 처벌하지 않는다. 또한「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」(이하 ‘정보통신망법’)은 사생활 침해하는 정보유통에 대한 일반적인 금지규정을 두고 있으나⁶⁾, 몰카/도촬/이미지착취 등에 해당하는 범주의 행위에 대한 처벌규정을 두고 있지 않다. 따라서 현재 법으로 처벌할 수 없는 범주의 몰카/도촬/이미지착취 행위에 대해서는 법적 공백이 존재하는 것이 사실이다.

1997년 신촌에 있는 대형백화점 여자 탈의실에 설치된 ‘비밀카메라’가 발견⁷⁾되면서 사회적으로 몰래카메라 등을 이용해 개인의 사적인 공간을 침범하여 사적 정보를 촬영하는 행위를 법적으로 처벌하는 법 개정이 이뤄졌다. 1998년 몰래카메라를 처벌하는 내용을 담은 성폭력범죄 처벌 및 피해자 보호법이 개정된 이후, 이전에는 처벌법규가 없어 무혐의 처분되거나 경범죄처벌법상 처벌되었던 행위가 성폭력 범주 내에서 처벌되기 시작했다. 1998년 카메라등이용촬영죄가 신설된 이래, 법 개정의 변화는 <표 1>과 같다.

나 전자장치 또는 기계적 수단을 이용하여 청취할 수 없다.

제16조(벌칙) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 1년 이상 10년 이하의 징역과 5년 이하의 자격정지에 처한다. <개정 2014.1.14.>

1. 제3조의 규정에 위반하여 우편물의 검열 또는 전기통신의 감청을 하거나 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취한 자

2. 제1호의 규정에 의하여 지득한 통신 또는 대화의 내용을 공개하거나 누설한 자

② (이하 생략)

6) 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 [시행 2015.4.21, 법률 제13014호]

제44조(정보통신망에서의 권리보호) ① 이용자는 사생활 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리를 침해하는 정보를 정보통신망에 유통시켜서는 아니 된다.

② (이하 생략)

7) 신촌그레이스 백화점 3층 여자화장실 천장에 방범을 이유로 한 비밀카메라가 설치된 것이 발견되면서 사회적으로 문제가 된 사안으로, 당시 그레이스백화점 측은 “화장실 변기에 누군가가 비닐쓰레기를 버리고 가는 바람에 변기가 막히는 사고가 발생하여 이를 막기 위해 비밀카메라를 설치”했다고 설명했다. 그러나 해당 비밀 카메라는 천장 구멍에 3~4mm구멍 10여개를 나란히 만들어 여성고객들이 알지 못하도록 만들어졌으며, 이는 방재실에서 직원들이 화장실안의 모습을 감시할 수 있도록 설치되었다.

(관련기사 <http://media.daum.net/breakingnews/newsview?newsid=19970714000000980>)

이 사건이 언론을 통해 알려진 이후, 한국여성단체연합, 한국성폭력상담소, 한국여성민우회 등 여성단체는 백화점에서 항의시위를 진행하고, 사생활을 침해하는 범죄에 대한 형사적 처벌조항 마련을 촉구했다.

〈표 1. 카메라등이용촬영죄 법 개정 변화〉

제안일/법령	대표 발의자	제안이유	처리 현황	주요골자
1998. 7.3/ 성폭력 범죄의 처벌및 피해자 보호등에관한 법률	권영자 의원등 25인	자기 또는 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적으로 주거·관리하는 건조물, 선박, 항공기 또는 점유하는 방실에 카메라·비디오 등을 설치하여 촬영한 자는 5년이하의 징역 또는 1천만원이하의 벌금에 처하도록 함으로써 최근 물의가 되고 있는 몰래카메라의 폐해를 방지하고, 사회의 신뢰를 회복하며, 건전한 성문화를 정착시키고자 함.	수정 가결	1. 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 타인의 신체를 몰래 촬영하기 위하여 건조물 등에 카메라를 설치 한 후 촬영 전에 단속된 자에 대하여도 처벌하는 것이 상당하다고 사료되어 이를 미수범으로 처벌할 수 있도록 규정함(現行 第12條) 2. 목적범 규정을 삭제하고, 건조물 등에 카메라를 설치하는 방법외의 방법으로 촬영한 자에 대하여도 처벌할 수 있도록 하였으며, 촬영수단을 명확히 규정하였고, 촬영대상이 되는 신체의 노출부위에 관한 규정을 신설하였으며, 피촬영자의 의사여부를 명기하는 등 구성요건 전반에 걸쳐 수정함(案 第14條의2) 3. 법인에 소속된 직원이 법인의 업무와 관련하여 몰래카메라 등을 설치하여 촬영한 경우에는 그 행위자를 처벌하는 외에 법인에 대해서도 처벌할 필요가 있다고 보아 양벌규정에 본죄를 추가하였음(現行 第37條)
2006. 9.28	법제 사법 위원회 (대안)	성폭력범죄의 피해자에 대하여 수사 및 재판 절차에 있어서의 인권 보장을 강화하고, 13세 미만의 사람 또는 장애인 등 사회적 약자에 대한 성폭력범죄의 처벌을 강화하는 등 현행 제도의 운영과정에서 나타난 일부 미비점을 개선·보완하려는 것임.	원안 가결	카메라 등 이용 촬영물의 유통 행위 처벌(안 제14조의2) (1) 현재는 카메라 등을 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 타인의 신체를 그 의사에 반하여 촬영한 경우만을 처벌하고 있음.

제안일/ 법령	대표 발의자	제안이유	처리 현황	주요골자
				<p>(2) 앞으로는 촬영물을 반포·판매·임대 또는 공연히 전시·상영한 자도 같은 법정형으로 처벌하는 한편, 영리목적으로 정보통신망을 이용하여 유포한 자는 7년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금으로 가중처벌함.</p>
<p>2016. 8.18/ 성폭력 범죄의 처벌등 에관한 특례법</p>	<p>정부</p>	<p>통신매체이용음란죄로 유죄판결이 확정된 사람은 그 행위의 태양이나 재범위험성 등을 고려하지 아니하고 일률적으로 신상정보 등록 대상자가 되도록 규정한 부분에 대하여 개인정보자기결정권 침해로 이유로 헌법재판소가 위헌으로 결정(2015헌마688, 2016. 3. 31. 결정)하고, 카메라등이용촬영죄 및 아동·청소년이용음란물배포죄를 신상정보 등록대상 성범죄로 규정한 부분에 대해서도 같은 이유로 헌법재판관 4명 및 5명이 위헌 의견을 제기함에 따라 등록대상 성범죄를 일부 축소하여 위헌성을 사전에 제거하도록 하고,</p> <p>성범죄자의 재범위험성 등을 고려하지 아니하고 일률적으로 20년간 성범죄자의 신상정보를 등록하여 보존·관리하도록 한 신상정보 관리조항에 대해서도 헌법재판소가 2016년 12월 31일까지 잠정적으로 적용하도록 하면서 헌법불합치 결정(2014헌마340, 2015. 7. 30. 결정)을 함에 따라 그 취지를 반영하여 신상정보의 등록기간을 차등화함으로써 위헌성을 제거하는 한편, 재범위험성이 높은 성폭력범죄자에</p>	<p>소관위 접수</p>	<p>신상정보 등록대상 성범죄 정비 (안 제42조제1항 단서)</p> <p>1) 통신매체이용음란죄의 죄질 및 재범의 위험성에 따라 신상정보 등록대상을 축소하는 등의 수단을 취하지 아니하고 일률적으로 신상정보 등록의 대상이 되도록 한 조항에 대하여 헌법재판소가 위헌결정을 하였고, 카메라등이용촬영죄 및 아동·청소년이용음란물배포죄에 대해서도 같은 이유로 헌법재판관 4명 및 5명의 위헌의견이 있었으나 위헌결정을 위한 정족수 미달로 합헌결정이 됨에 따라, 신상정보 등록대상 성범죄를 규정한 조항의 위헌성을 제거하기 위하여 경미한 성폭력범죄를 신상정보 등록대상 성범죄에서 제외할 필요가 있음.</p> <p>2) 현행 등록 면제대상으로 규정되어 있는 아동·청소년이용음란물소지죄 외에 성적목적공공장소침입죄, 통신매체이용음란죄, 카메라등이용촬영죄, 아동·청소년이용음란물배포죄 등의 범죄로 벌금형을 선고받은 경우에는 신상정보 등록대상 성범죄에서 제외함.</p>

제안일/ 법령	대표 발의자	제안이유	처리 현황	주요골자
		<p>대한 신상정보 확인주기를 단축하여 등록된 신상정보의 관리를 강화하는 등 그 밖에 현행 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완하려는 것임.</p>		
<p>2016. 9.12/ 성폭력 범죄의 처벌등에 관한 특례법</p>	<p>진선미 의원등 12인</p>	<p>현행법은 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 ‘다른 사람의 신체’를 그 의사에 반해 촬영하거나 그 촬영물을 유포한 경우에 성폭력으로 처벌하고 있음(현행 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제14조 참조).</p> <p>하지만 본인이 본인의 신체를 촬영한 촬영물이 본인의 의사에 반하여 유포된 경우에는 단지 촬영의 주체가 본인이었다는 이유로 현행법상 성폭력으로 처벌할 수 없고 명예훼손죄로만 처벌이 가능해 이른바 ‘리벤지 포르노’에 효과적으로 대응할 수 없다는 문제가 언론과 법원 판결 등을 통하여 끊임없이 제기되고 있음.</p> <p>이에 타인의 신체뿐만 아니라 본인이 본인의 신체를 촬영한 촬영물의 유포에 대해서도 성폭력으로 처벌할 수 있도록 함으로써 성범죄 예방을 강화하려는 것임(안 제14조제2항).</p> <p>또한 벌금액을 국민권익위원회의 권고안 및 국회사무처 법제예규의 기준인 징역 1년당 1천만원의 비율로 개정함(안 제14조제1항 및 제3항).</p>	<p>소관위 접수</p>	<p>제14조제1항 중 “1천만원”을 “5천만원”으로 하고, 같은 조 제2항 중 “제1항의 촬영이 촬영 당시에는 촬영대상자의 의사에 반하지 아니하는 경우에도”를 “제1항의 촬영이 촬영 당시에는 촬영대상자의 의사에 반하지 아니하는 경우와 자신의 신체를 직접 촬영한 경우에도”로, “500만원”을 “3천만원”으로 하며, 같은 조 제3항 중 “3천만원”을 “7천만원”으로 한다.</p>

1998년 몰래카메라를 처벌하는 내용을 담은 「성폭력범죄처벌및피해자보호법」이 개정된 이후, 2004년에는 「성폭력범죄처벌및피해자보호법」이 아니라 「형법」상 카메라이용촬영죄를 규정함으로써 개인의 사생활을 침해하는 행위를 규율하는 법안이 발의되었으나 임기만료로 폐기되었다. 2005년 타인의 신체를 그 의사에 반하여 촬영한 것을 정보통신망을 이용하여 유포하는 행위를 처벌하는 법규가 신설되었고, 2006년에는 촬영물을 반포·판매·임대 또는 공연히 전시·상영한 자도 같은 법정형으로 처벌할 수 있도록 법조항이 마련되었다. 2007년 성적자기결정권을 침해하는 범죄를 기본법인 「형법」의 성폭력 부분을 개정함으로써 성폭력범죄가 성적 자기결정권을 침해하는 중대한 범죄임을 명확히 규정하기 위해 「형법」에 카메라등이용촬영죄를 규정하려고 했으나 임기만료로 폐기되었다. 이후 법정형을 상향하는 법안이 수차례 발의되었으나 대부분 임기만료로 폐기되었고, 20대 국회 들어 지난 9월, 이른바 ‘리벤지 포르노’에 효과적으로 대응하기 위해 본인이 본인을 촬영한 촬영물의 유포에 대해서도 처벌하도록 법 규정을 개정하는 안이 발의되어 소관위에 접수된 상태이다.

3. ‘성적 수치심’과 ‘이미지 착취’ 개념적 정의

1) 성적 수치심에 대한 개념적 정의

수치심의 개념에 있어 독일의 사회철학자인 막스 셸러(Max Scheler)⁸⁾는 수치심을 존재와 당위의 간극 사이에서 느끼는 감정이라고 설명하고, 도기숙(2012)은 막스 셸러의 개념을 인용하면서 성적 수치심을 섹슈얼리티가 결부된 수치심으로 규정한다.

8) 막스 셸러 Max Scheler(1874-1928)는 수치심이란 말하자면 ‘자기 자신 Ich’이라고 느꼈던 자연스러움이 깨지며 이상적 자기(ideales Ich)와 현실적 자기(reales Ich)사이에 모순을 느낄 때 갖는 감정인 것이다. 막스 셸러는 수치심이 초자아의 형성을 도모하기에 항상 부정적인 역할을 하는 것은 아니지만 그래도 수치심은 결국 자아를 불안하게 하며 상처 속에서 타인의 시선에 잠식되는 결과를 초래하게 한다고 주장한다. (도기숙:2012)

나영정(2014)은 수치심이 성별화(gendered), 성화(sexualization)되었음을 지적하고, 현행 법 체계에서 수치심은 성 풍속과 관련되어 ‘정상적인/성적/수치심/해하여’라는 일정한 기준이 작동하고 있음에 주목한다. 손희정(2014)은 수치심이라는 감정적 차원이 제도적 차원을 강력하게 지지하고 있으며, 수치심을 구성하고 작동시키며 이용하는 문화적이고 사회적인 맥락이 이미 ‘젠더화’되어 있다는 점을 강조하고, 수치심이 재구성되어야 할 필요성에 대해 언급한다. 성폭력범죄에만 성적 수치심을 법으로 규율하는 것은 이미 수치심이 구성되고 작동되는 문화적이고 사회적인 맥락이 존재한다는 것과 같은 의미이고, 그러한 문화적 사회적 맥락을 드러내지 않고서는 성적 수치심은 재구성되기 어렵다는 것이다.

한편, 너스바움(2015)은 감정에 호소하지 않는 법은 생각할 수 없다고 단언한다. 어떠한 침해가 포악한지, 어떤 상실이 인간에게 큰 슬픔을 주는지, 인간이 지닌 어떤 취약성이 두려움의 근거가 되는지에 대한 공유된 인식이 없다면 우리가 법에서 특정한 형태의 위해와 손상에 주목해야하는지를 이해할 수 없다는 것이다(2015:22). 그리고 수치심은 어떤 이상적인 상태에 도달하지 못한다는 생각에 반응하는 고통스러운 감정이고, 자아의 특정한 행위보다는 전체 자아와 연관되어 있다⁹⁾. 너스바움의 주장에 따르면 수치심이라는 전체 자아와 연관되어있는 감정은 법에서 특정한 형태와 위해, 손상에 주목해야하는 핵심 감정 중에 하나이며, 수치심은 다양한 형태의 목적과 이상을 지향하도록 ‘우리’를 자극하고, 그러한 목적과 이상의 일부는 소중한 ‘가치’를 지니고 있다(2015:378).

성폭력처벌법 제 14조에서 규율하고 있는 ‘성적 수치심을 느낄만한 신체부위’라는 조항은 법으로 규율하고 있는 특정한 형태와 위해에 따른 피해, 손상에 주목하여 만들어졌다. 그러나 현실 법에서 수치심은 전체 자아로의 통제력이 상실된 피해로 해석되기보다는, 이미 젠더화된 사회문화적 맥락에서 정상적인 성적 가치가 훼손되어 정상성을 상실하거나 결함을 지닌 위치로 상정되어 표명된다. 그래서 성적 수치심을 느낄만한 신체부위에 해당되어 기소되고 유죄판결을 받기

9) 너스바움은 어떤 행위를 일차적 대상으로 하는 죄책감과 다르게 수치심은 바라던 형태의 완전성 또는 완벽성을 결여하고 있어서 불충분하다고 여겨지게 하는 감정이라고 보고, 정신분석가들도 일반적으로 수치심과 자아-이상을 연관시켜서 설명하고 있음을 주목한다(2015:318).

위해 피해자는 정상성을 상실하여 곁함을 지닌 위치가 되거나, 또는 피해자가 경험하는 피해가 충분히 반영되지 못한 채 기소조차 되지 못하게 된다.

2) ‘이미지 착취(image exploitation)’에 대한 개념적 정의

제인 앤더슨(2015)은 피해자의 나체사진 또는 신체 일부를 촬영한 사진 또는 성관계 동영상, 성폭력 피해 등을 담은 사진 및 동영상 등을 동의하지 않은 창작물로 사용하거나, 유포하는 행위 전반을 ‘이미지 착취(image exploitation)’라는 성폭력 유형으로서 주목한다. 이러한 ‘이미지’는 기계장치를 사용한 사진 촬영, 스크린샷¹⁰⁾, 비디오 촬영 등을 통해 생산되고, 휴대폰, 이메일, 소셜 미디어, 인터넷 등을 통해 유포되는데, 피해자의 주변 친구들, 가족, 친밀한 지인 등이 사진이나 영상물을 통해 피해자를 인지할 수 있다는 점에서 피해자에게 미치는 피해양상은 복잡해진다. 촬영 당시 피해자가 동의했지만 피해자가 사후에 동의하지 않은 상태에서 이미지가 유포되거나 성관계 또는 성폭력 피해 당시의 촬영물을 근거로 또 다른 가해를 하는 등 피해가 더욱 확장되기도 한다. 그렇기 때문에 이러한 피해는 피해당사자에게 심리적, 신체적, 재정적 피해를 줄뿐만 아니라, 피해자 가족과 친밀한 관계에 있는 사람들에게까지 막대한 피해를 준다.

19

마르크스주의 이론에서 ‘착취’는 계급사회에서 하위 계급의 노동으로 만들어진 생산물을 상위 계급이 정당한 대가를 지불하지 않고 취득하는 것을 말한다. 젠더체계가 이미 계급이라고 보았을 때 이미지 착취란 피해자의 나체사진 또는 신체일부를 촬영한 사진 또는 동영상을 직접 찍은 행위를 한 가해자 외에 유포된 복사본을 가진 또 다른 가해자(들)이 정당한 대가나 노동 없이 여성의 신체를 통한 이득을 취하는 행위를 설명 할 수 있다. 성적인 것과 결합될 수밖에 없는 여성의 신체는 금전적 거래가 가능하고 이를 정당한 대가를 지불하지 않고 취득

10) 스크린샷(영어: screenshot)은 컴퓨터 모니터에 보이는 그대로를 담은 출력 그림을 말한다. “화면 캡처”(문화어: 화면연기) 또는 줄여서 “스샷”이라고도 불리며 화면갈무리라고도 한다. 대개 컴퓨터 장치에서 실행하고 있는 운영 체제나 소프트웨어로 화면을 포착해 저장한 디지털 이미지를 가리키는 말이지만 사진기나 컴퓨터 영상 출력 장치를 통해 캡처한 것을 가리키기도 한다. (출처: 위키백과)

하는 착취 행위는 현행 법 체계에서 구체적 가해행위로 드러나지 않고 있다¹¹⁾.

최근 한 언론을 통해 SNS에서 일반인 얼굴을 ‘야한사진’에 합성해주는 계정이 여러 개 있다는 사실¹²⁾이 알려졌다. ‘연예인 합성’ ‘지인 합성’ 등 키워드로 검색만 해도 관련 계정이 수십 개인데, 이전에는 연예인의 얼굴에 알몸사진을 합성하는 이미지 등이 주로 생산되었다면, 최근에는 주변 사람을 상대로 합성하는 행위가 발생하고 있다. 한 번 찍힌 이미지가 그 자체로 존재하기 보다는 얼마든지 조작가능하고 재생산 가능하다는 점에서 이는 그동안 피해 양상으로 규정되지 않았던 새로운 피해의 범주로 보인다. 이러한 행위는 현행 정보통신망법상 명예훼손으로 처벌이 가능하나, 호기심 장난행위 등으로 인식되는 측면도 있어 보다 심각한 인권침해 행위임을 알릴 수 있는 제도적 법적 보완이 필요하다.

4. 현행법규 상 해석의 문제 - 어떻게, 누가, 어디를 찍었는가¹³⁾

20

성폭력처벌법 제 14조 1항에 규정된 카메라등이용촬영죄는 카메라나 그 밖에 이와 유사한 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 타인의 신체를 그 의사를 반하여 촬영하는 행위를 규율한다. 한국의 경우, 이 죄의 보호 법익을 피해자의 성적 자유 및 합부로 촬영당하지 않을 자유를 보호하기 위한 것으로 판시하고 있다(대법원 2008. 9. 25. 선고 2008도7007). 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 타인의 신체에 해당하는지 여부는 “피해자와 같은 성별, 연령대의 일반적이고도 평균적인 사람들의 입장에서 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 신체에 해당되는지 여부를 고려함과 아울러, 당해 피

11) 성폭력처벌법 제14조 2항의 유포행위는 촬영 당시 동의하지 않았거나, 또는 동의하였더라도 사후 동의하지 않은 유포행위를 처벌하도록 되어있고 이 경우 유포행위자는 기계장치를 통해 촬영을 한 자여야 한다.

12) 관련기사 <http://www.fnnews.com/news/201609080915376034>

13) 카메라등이용촬영죄에 대한 판결문의 접근은 국회도서관 법률검색시스템을 이용해 ‘카메라등이용촬영죄’를 주제로 검색하여 나온 판결 중 판단기준에 대해 분석할 수 있는 사례를 선정하여 사건번호를 수합하였다. 대법원 홈페이지 판례 동향 페이지, 언론 보도 등을 통해 알려진 사건번호까지 수합하여 대법원 홈페이지를 통해 판결문 사본 제공 신청하여 분석하였다.

해자의 옷차림, 노출의 정도 등은 물론, 촬영자의 의도와 촬영에 이르게 된 경위, 촬영 장소와 촬영 각도 및 촬영 거리, 촬영된 원판의 이미지, 특정 신체 부위의 부각 여부 등을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적·상대적으로 결정하여야 한다”(대법원 2008. 9. 25. 선고 2008도7007). 이는 피해자의 성별, 연령대의 사람들의 입장에서 보았을 때 해당 신체부위가 성적 욕망 또는 수치심을 유발하는 부위인지를 살펴야 한다는 것이고, 더 나아가 피해 당시 피해자의 옷차림이나 노출의 정도, 촬영자의 의도와 경위, 촬영장소 및 각도, 거리 등 촬영된 이미지가 어떤 내용을 포함하고 있는지를 종합적으로 고려해야 한다는 것이다. 그러나 이러한 종합적 판단은 재판관의 재량에 전적으로 의존할 수밖에 없는 것이고, 최근 하급심판례에서 보이듯이 그 결정에 있어서 피해자 및 국민의 법 감정에 합치되지 않는 점도 있어 논란이 발생하고 있다(배상균:2016).

성폭력처벌법 조문에 따라, 성폭력처벌법 제14조에 의거하여 처벌되는 행위는 ① 카메라나 그밖에 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 (어떻게 찍었는가) ② 다른 사람의 (누가 찍었는가) ③ 성적욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 신체부위 (어디를 찍었는가)를 그 의사에 반하여 촬영해야 한다. 그러나 어떻게, 누가, 어디를 촬영했는지에 따라 처벌이 되지 않는 피해도 발생하게 된다.

1) 어떻게 찍었는가

2011년 피해자와 휴대전화 영상통화, 인터넷 화상채팅 등을 하면서 카메라 기능이 내재되어 있는 피고인의 휴대전화를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 피해자의 신체 부위를 피해자의 의사에 반하여 촬영한 사건에 대해 피해자가 스스로 자신의 신체부위를 화상카메라에 비추었고 카메라 렌즈를 통한 상의 정보가 디지털화 되어 피고인의 컴퓨터에 전송되었으며, 피고인은 정보가 영상으로 변환된 것을 휴대전화 내장 카메라를 통해 동영상 파일로 저장한 것이어서 피해자의 신체 그 자체를 촬영한 것이 아니기 때문에 무죄라고 판단한 원심을 인정한 대법원 판례(대법원 2013. 6. 27 선고 2013도4279)가 있다. “촬영”의 사전적·통상적 의미는 “사람, 사물, 풍경 따위를 사진이나 영화로 찍음”이라고 할 것이고, 위 촬영의 대상은 “성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는

다른 사람의 신체”라고 보아야 함이 문언상 명백하므로 위 규정의 처벌대상은 ‘다른 사람의 신체 그 자체’를 카메라 등 기계장치를 이용해서 ‘직접’ 촬영하는 경우에 한정된다고 전제한 다음, 피고인이 촬영한 대상은 피해자의 신체 이미지가 담긴 영상일 뿐 피해자의 신체 그 자체는 아니라고 할 것이어서 위 규정의 구성요건에 해당하지 않는다고 판단했다.

그러나 피고인은 화상채팅을 통해 수신된 피해자의 신체에 대한 이미지를 휴대전화 내장 카메라를 통해 ‘직접 촬영’ 하였고, 이는 단순히 컴퓨터를 통해 수신된 디지털 정보를 기록하거나 복제, 저장하는 행위에 그치지 않았기 때문에 다른 사람의 신체를 ‘촬영’한 것이 아니라고 볼 수 있느냐는 해석의 쟁점¹⁴⁾이 남는다.

현재 처벌법의 법 조문을 있는 그대로 해석한다면, 한 번 촬영된 이미지를 다른 기계장치를 이용하여 재촬영하는 방식으로 이미지를 재생산하는 행위에 대해서는 처벌할 근거가 없다. 그러나 디지털기기의 발달과 피해양상이 복잡해지면서 대상을 직접 찍지 않은 이미지를 다른 기계장치를 통해 재생산한 행위에 대해서는 어떤 처벌규정을 마련할 것인지에 대한 고민이 필요한 시점이다.

22

2) 누가 찍었는가

2013년 휴대폰 카메라를 이용하여 촬영한 피해자의 나체사진을 피해자의 휴대전화에서 피고인의 휴대전화로 전송받아 보관하고 있던 중 피해자의 의사에 반하여 피고인의 구글 캐릭터 사진으로 위 나체사진을 지정한 다음 피해자의 딸의 유튜브 동영상에 댓글을 작성하는 방법으로 위 나체사진을 전시함으로써 성적욕

14) 이 사건의 항소심 (춘천지방법원 강릉지원 2012노371)의 검사 측 항소 요지도 다음과 같다. “원심이 무죄를 선고한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점에 관하여, 피고인의 행위는 이른바 화상채팅 시스템을 통해 수신된 피해자의 신체에 대한 시각적 이미지를 카메라 기능이 내장되어 있는 휴대전화를 이용하여 전자적 매체인 동영상으로 기록한 것으로, 이는 단순히 피해자의 신체에 대한 시각적 이미지를 수신하거나 복제·저장하는 것과 달리 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제13조 1항의 “촬영”에 해당한다. 그럼에도 피고인이 피해자의 신체를 직접 촬영한 것은 아니라는 이유로 무죄를 선고한 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.”

망 또는 수치심을 유발할 수 있는 피해자의 나체사진을 공공연하게 전시하였다는 이유로 기소된 사안에 있어 대법원은 원심의 유죄판결을 뒤엎고 무죄로 판단(2015. 12. 24. 선고 2015도16953)하였다.

대법원은 죄형법정주의는 국가형벌권의 자의적인 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보호하기 위하여 범죄와 형벌을 법률로 정할 것을 요구하고, 그러한 취지에 비추어보면 형벌법규의 해석은 엄격하여야하고, 명문의 형벌법규의 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 어긋나는 것으로서 허용되지 아니(대법원 2013. 11. 28 선고 2012도 4230)하기 때문에 위 사안에 있어 자의에 의해 스스로 자신의 신체를 촬영한 촬영물까지 위 조항 소정의 촬영물에 포함시키는 것은 문언의 통상적인 의미를 벗어난 해석이라고 판단했다.

또한 피해자는 자신의 휴대전화 카메라를 이용하여 거울에 비친 자신의 나체를 촬영한 후 그 사진파일을 피고인의 휴대전화로 전송한 사실, 피고인은 이를 피해자로부터 전송받아 보관하고 있다가 피고인의 구글 계정 캐릭터 사진으로 지정한 다음 피해자 딸의 유튜브 동영상에 댓글을 작성함으로써 위 나체 사진이 전시되었기 때문에, 위 나체사진은 피고인이 “다른 사람”의 신체를 촬영한 촬영물이 아니므로 처벌할 수 없다고 판시하였다. ‘다른 사람’을 촬영한 것이 아니기 때문이라는 법리 해석은 날로 발전하는 인터넷 기반 서비스의 다양화의 추세에 맞지 않을뿐더러, 피해생존자가 겪었을 심리적 정신적 고통의 회복에도 도움이 되지 않았다.

23

3) 어디를 찍었는가

① 일률적이지 않은 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 타인의 신체부위

기존 판례를 살펴보면, 다른 사람의 신체에 있어 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 신체부위는 피해자의 무릎 위 허벅다리 부분, 등 부위, 치마 속 부분, 치마 밑 다리 부위, 엉덩이 부위 등으로 한정¹⁵⁾되어있다.

지난 2014년 화장실에서 재래식 변기를 이용하는 피해여성의 모습을 촬영하여 용변을 보기 직전의 무릎 아래 맨 다리 부분과 용변을 본 직후의 무릎 아래 맨 다리 부분을 카메라를 이용하여 촬영한 사건에 있어 항소심 재판부¹⁶⁾는 피고인이 화장실에서 재래식 변기를 이용하는 여성의 모습을 촬영하였던 점, 피해자들의 용변 보는 모습이 촬영되지는 않았으나, **용변을 보기 직전의 무릎 아래 맨 다리 부분과 용변을 본 직후의 무릎 아래 맨 다리 부분이 각 촬영된 점, 피해자들은 수사기관에서 피고인의 행동으로 상당한 성적 수치심을 느꼈다고 각 진술한 점**, 그 밖에 이 사건 촬영 장소와 촬영 각도 및 촬영 거리, 촬영된 원판의 이미지 등을 종합적으로 고려하여, 피고인이 촬영한 피해자들의 다리 부분은 ‘수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체’에 해당된다고 봄이 타당하다는 이유로 이 사건 공소사실을 유죄로 판단하였고, 대법원(대법원 2014. 7. 24. 선고 2014도 6309)도 피고인의 상고를 기각하였다.

24

이 사건의 경우, 기존의 판례와 달리 피해자의 무릎 위 허벅다리 부분이 아니라, 무릎 아래 맨 다리 부분이 촬영되었으나, 성적수치심을 느꼈다는 피해자들의 진술과 촬영 장소가 재래식 화장실이었다는 점이 고려되어 무릎 아래 맨 다리 부분도 성적 욕망 또는 성적 수치심을 유발할 수 있는 신체부위로 판단되었다. 이와 같은 판례를 통해서도 성적 욕망 또는 성적 수치심을 유발할 수 있는 신체부위에 대한 판단의 일률적 기준이 마련되지 않았음을 알 수 있다.

② 촬영거리나 촬영각도에 따라 달라지는 판단기준

지난 2012년 지하철 내에서 의자에 앉아있던 피해자의 다리 부분을 휴대전화의 카메라를 이용하여 피해자의 의사에 반하여 촬영한 사건¹⁷⁾에 있어, 1심 재판부는 이를 국민참여재판으로 진행하여 무죄판결 하였다. 재판부는 피고인의 촬영행위가 성적욕망 또는 성적 수치심을 불러일으킬 수 있는 타인의 신체를 촬영한 것으로

15) 김영철·조현욱(2016), 성적욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체부위 해당여부, 부산대학교 법학연구, 제 57호, 158~159 페이지.

16) 서울북부지방법원 2014노77

17) 서울중앙지방법원 2013고합886

보기 어려운 근거로 ① 이 사건의 각 사진은 공공장소에서 사람의 시야에 통상적으로 비춰지는 모습을 그대로 촬영한 것으로, 특별히 허벅지나 다리 부분을 부각시킨 것이 아니라 피해자의 전신을 대상으로 하였고 ② 피해자는 20세 여성으로 비록 짧은 원피스를 입었으나 같은 연령대 여성의 통상적인 정도를 넘어서는 과도한 노출에는 이르지 아니하였고 ③ 피해자는 오른쪽 다리를 왼쪽 다리위에 올려놓은 뒤 다리 사이에 소형 파우치를 올려놓아 노출된 허벅지 일부를 가렸고, 이 어폰을 꺾은 채 핸드폰으로 친구와 문자를 주고받으면 앉아 있었는데, 이와 같은 자세는 성적 욕망이나 성적 수치심을 불러일으킨다기보다는 사람이 왕래하는 공개된 장소에서 자연스럽게 볼 수 있는 젊은 여성의 모습에 가깝고 ④ 피고인은 성적욕망을 충족시키기 위해 이 사건 각 사진을 촬영한 것이라기보다는 피해자의 모습에 호감을 느껴 장래 자신의 반려자도 유사한 모습이기를 희망하는 마음에서 그 사진을 간직하고자 피해자의 전체적인 모습을 촬영한 것을 들었다.

촬영각도나 촬영거리는 카메라등이용촬영죄의 유무죄 판단에 있어 중요한 판단 근거인데 일반적인 눈높이에서 촬영되거나, 통상적인 눈높이에서 촬영된 이미지는 무죄로 판단된다. 2015년 지하철 내에서 짧은 치마를 입은 여성의 치마 밑 허벅지 부위를 촬영한 사실에 대해 재판부는 ‘일반적인 눈높이에서 촬영한 것’으로 보이는 점 등을 들어 무죄로 선고¹⁸⁾하였고, 2014년 도로에서 앞서 걸어가고 있던 피해자의 엉덩이 등 뒷모습을 촬영한 행위에 대해 해당 재판부는 ‘통상적인 눈높이’에서 피해자들이 걸어가고 있는 모습을 촬영한 점 등을 고려하여 무죄를 선고¹⁹⁾하였다. 그러나 일반 휴대전화로 찍은 이미지도 확대하여 특정 부위만을 부각시킨 이미지로 조작가능하다는 현실을 감안한다면, 촬영당시의 이미지가 ‘일반적인 눈높이’에서 ‘특별히 다리 부분을 부각시켜 촬영하지 않았’더라도 얼마든지 일반적인 눈높이가 아니라 특별히 다리 부분을 부각시킨 이미지로 둔갑될 가능성이 고려되어야한다.

18) 서울중앙지방법원 2015고단6990

19) 서울중앙지방법원 2014고단1642

③ 옷차림 - 노출의 정도에 따라 달라지는 판단기준

2013년 피고인은 서울 지하철 3호선 양재역 승강장 및 그곳에서 승차한 상행 전동차 내에서 자신의 휴대전화기에 내장된 카메라를 이용하여 짧은 반바지를 입고 서 있던 피해자의 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 하체 부위를 포함한 전신의 앞, 옆, 뒷모습을 그 의사에 반하여 3회 촬영한 것을 비롯하여, 약 한달 여간 5명의 피해자에 대하여 피해자의 의사에 반하여 총 20회 촬영한 행위로 기소²⁰⁾되었다. 1심 재판부는 이 사건을 국민참여재판으로 진행하여 벌금 400만원에 처했는데, 공소사실 중 일부는 무죄로 판단하였다.

1심 재판부가 무죄로 판단한 이미지는 피해당시 피해자가 보행중이거나 서있는 상태에서 전체적인 뒷모습 또는 전체적인 앞모습을 촬영한 이미지였고, 촬영당한 피해 여성들의 옷차림이나 노출의 정도는 성적 욕망이나 성적 수치심을 불러 일으킨다기보다는 사람이 왕래하는 공개된 장소에서 자연스럽게 볼 수 있는 젊은 여성의 모습에 가깝다는 이유에서 무죄로 판단되었다. 재판부는 피고인이 짧은 치마나 짧은 반바지를 입은 여성들의 모습을 그 의사에 반하여 몰래 촬영한 사실은 인정할 수 있으나, 그 대상이 외부로 노출된 신체부위에 한정되어 피해자들이 느꼈거나 느낄 수 있을 것으로 예상되는 성적 수치심의 정도가 중하지는 않을 것으로 보이는 점 등을 고려하여 양형을 판단하였다.

성적 욕망 또는 수치심을 유발시키는 타인의 신체에 있어 노출의 정도는 가해자가 느꼈을 감정인 성적 욕망과 피해자가 느꼈을 감정인 수치심을 판단하는데 주요한 판단 기준으로 제시되고 있다. 그러나 노출된 신체부위에 따라 성적인 부위인지 아닌지 판단하는 기준은 개개인별로 다른 기준과 잣대가 존재하고 이를 통상적인 범위 내 또는 일반적인 기준으로 판단한다는 것은 쉽지 않다. 예컨대, 누군가는 가슴, 성기, 엉덩이 부위를 성적인 부위로 인지하는 반면, 누군가는 발목, 배, 쇄골, 목선 등을 성적인 부위로 인지할 수 있으며, 특정한 신체 부위를 보고 성적 욕망을 느끼거나 성적 수치심을 경험할 수 있기 때문에 이를 일괄적인

20) 서울중앙지방법원 2013고합1438

기준을 가지고 판단하는 것은 결국 재판부가 기준에 가지고 있던 주관적 판단이 영향을 미칠 수밖에 없다. 따라서 이러한 노출의 정도를 가지고 어디를 찍었는지를 판단하는 현재의 법해석으로 처벌되지 못하는 피해들도 발생하고 있다.

5. 나가며

1994년 성폭력특별법이 제정되어 시행되기 이전, 성폭력 피해를 규율하는 법체계는 형법 상 ‘정조에 관한 죄’였으며, 강간과 강제추행 이외의 다른 피해유형에 대해 규율하는 법조항은 존재하지 않았다. 그러나 성폭력특별법과 아동청소년성보호에관한법률이 제정된 이후 성인과 미성년자를 대상으로 한 다양한 피해유형을 성폭력으로 범주화하여 처벌할 수 있는 관련 법체계가 마련되었으며, 여성들이 일상에서 겪는 다양한 권력 피해를 성폭력이라고 명명할 수 있게 되었다. 변혜정(2004)은 강간/성폭력을 문제화하기 위해서는 이성애 관계를 유지시키는 성별 권력, 사회/경제/문화적 조건 그리고 그 안에서 살고 있는 여성/남성의 섹슈얼리티 경험을 분석해야 하고, 이는 성폭력이 역사적 맥락에 따라 새롭게 구성되어야 하는 것을 의미하고 그렇기 때문에 성폭력 판단기준은 고정적이지 않다고 보았다. 카메라 등 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 성적 수치심을 유발할 수 있는 타인의 신체를 의사에 반하여 촬영하는 행위를 규율하는 카메라등이용촬영죄의 판단 기준도 사회문화적 조건의 변화, 기술의 발전 정도, 그리고 피해자들이 경험에 따라 새롭게 구성되고 해석되어야 한다.

물론 법체계 안에서 모든 피해를 규율할 수 없고, 모든 피해를 법으로 규율하는 것이 젠더관계에서 발생하는 폭력 피해를 예방하는 해결방법은 아니다. 그러나 법체계의 변화는 한 사회, 한 시대의 구성원들의 인식 수준을 반영하는 척도이자, 인식을 구성하는 기제이기도 하다는 측면에서 새로운 성폭력의 피해를 어떻게 법체계가 해석하고 구성하고 있는지는 견고한 젠더체계를 뒤틀어볼 수 있는 계기가 되기도 한다.

또한 한 사회가 용인하는 성폭력 피해는 여성의 몸에 대한 가치규범이 반영되어 있고, 이는 사회제도와 긴밀하게 연관되어 젠더규범을 재생산하고 있다. 그렇기 때문에 성폭력 피해유형은 시대의 변화에 따라 새로이 규정되어왔고, 변화되어 왔다. 용기 있는 피해자들은 말하기를 통해 성폭력 피해를 드러내고, 성폭력을 용인하고 조장하는 젠더규범과 사회문화, 이데올로기에 대해 도전해왔다.

몰래카메라/도촬/이미지착취 피해는 피해자에게 직접 가해지는 성폭력의 유형과 다른 피해의 양상을 만들어낸다. 이를 구체적 피해 실태와 판단기준을 통해 명명하는 것은 성폭력에 대한 기존의 인식 틀을 벗어나 성적 수치심과 성적욕망이라는 타자화된 감정이 아닌, 피해당사자의 구체적 피해 현실에 근거하여 기존과 다른 범주의 새로운 피해를 구성하는 것이다.

28 기술이 법보다 더 빨리 진화할 때 기존의 불완전한 법규로 판단하고 처벌하는 행위는 새롭게 등장한 범죄행위에 대한 제대로 된 처벌과 피해에 대한 구제를 불가능하게 한다. 기존 법 조문상의 카메라등이용촬영죄는 단순 촬영에 대한 성적욕망 또는 성적 수치심의 신체부위를 촬영한 피해만을 성폭력 범주 내에서 사고해왔으나, 이미 기술의 변화는 이미지를 조작하거나 재생산하면서 피해를 확장시키는 정도로 까지 발전하고 있다. 이제 카메라등이용촬영죄는 단순히 성적 욕망 또는 수치심을 유발하는 타인의 신체를 의사에 반하여 직접 찍은 행위만을 규율해서는 안되는 현실에 도달해 있고, 그렇기 때문에 그 피해의 양상과 정도에 대한 새로운 상상이 필요한 시점이다. 그런 의미에서 ‘이미지 착취(image exploitation)’ 개념은 카메라 등 기계장치를 이용하여 타인의 신체를 촬영하고 유포하고 판매 임대 제공하는 전반적인 행위뿐만 아니라 현행 법규로 다뤄지지 않은(그동안 상상하지 못했던) 다양한 디지털 기반의 ‘성적 착취 (sexual exploitation)’ 행위에 대해 사고할 수 있는 단초가 될 수 있을 것이다.

참고문헌

- 김영철·조현욱(2016), “성적욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체 부위 해당여부: 대법원 2014. 7. 24. 선고 2014도6309판결”, 『법학연구』, 제 57권 제3호(통상89호), 부산대학교.
- 도기숙(2013), “성적수치심의 담론: 한국청소년과 독일 청소년의 성교육 비교를 중심으로”, 『혜세연구』 29, 229-249, 한국혜세학회.
- 나영정(2014), “성폭력의 특수성이자 보편성을 구성하는 ‘수치심’”, 『성폭력 피해를 구성하는 성적수치심, 이대로 괜찮은가』 포럼 자료집, 한국여성민우회 성폭력상담소.
- 변혜정(2004), “우리 사회의 성폭력 의미와 섹슈얼리티의 구성: 성폭력의 판단기준을 중심으로”, 한국사회학회 2004년도 특별 심포지움, 179-198, 한국사회학회
- 배상균(2016), “‘도촬행위’ 현상과 규제에 관한 비교법적 검토-성폭력처벌법 제14조를 중심으로”, 『형사정책연구』 제27권제1호(통상 제105호), 한국형사정책연구원.
- 이경아(2015), 대한변협 여성변호사특별위원회 국회 8차 포럼 자료집
- 이승준(2008), “카메라등 이용촬영죄에서의 ‘성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 타인의 신체성’ 판단에 대한 비판적 검토”, 『형사정책』 제20권 제1호, 한국형사정책학회.
- 손희정(2014), “수치심은 어떻게 그 모든 감정들의 이름이 되었나”, 『성폭력 피해를 구성하는 성적 수치심, 이대로 괜찮은가』 포럼 자료집, 한국여성민우회 성폭력상담소.
- 한국여성변호사회(2016), 『온라인 성폭력 실태 및 피해자 지원을 위한 심포지움』 자료집, 한국여성변호사회.
- Jane Anderson(2015), “Prosecuting Image Exploitation”, 『STRATEGIES』, *The Prosecutor’s Newsletter on Violence Against Women*, Issue #15.
- Matha C. Nussbaum(2015), 『혐오와 수치심』, 조계원 옮김, 민음사.

토론 1

‘몰래카메라/도촬/이미지착취’ 실태와 판단기준 토론문

배상균 (법학박사, 한국외국어대학교 법학전문대학원 외래교수)

저도 제 논문에서 조금이나마 언급하였습니다만, 최근 이른바 도촬행위 현상과 그 피해가 계속해서 많아지고 있고, 이와 관련된 문제의식도 고조되고 있는 것 같습니다. 그렇기에 한국성폭력상담소에서도, 이렇게 귀한 자리를 마련하여 여기에 모이신 많은 분들의 귀중한 의견을 경청하고자 하는 것 같습니다.

30

발표자께서는 ‘몰래 카메라/도촬/이미지착취(Image Exploitation)’에 관한 실태분석을 바탕으로 그 판단기준에 관하여 몰래 카메라/도촬/이미지착취 관련 법규제로서 성폭력처벌법 제14조 카메라등이용촬영죄의 법개정 과정에 대한 자세한 소개와 더불어 ‘성적수치심’의 내재적 한계와 새로운 ‘이미지착취’ 개념을 소개 해주셨으며, 그리고 현행법규 해석상의 문제를 판결분석을 중심으로 검토해주셨습니다. 저 또한 몰랐던 부분이 많았기에 많은 배움을 얻을 수 있었던 귀중한 발표이었다고 생각합니다. 그리고 발표자께서 결론에서 말씀하신 내용과 저 또한 대동소이(大同小異)한 생각을 갖고 있기 때문에, 몇 가지 보충적인 의견과 질문으로 토론에 같음하고자 합니다.

우선 발표자께서는 사회현상과 법의 관계를 “기술이 법보다 더 빨리 진화할 때 기존의 불완전한 법규로 판단하고 처벌하는 행위는 새롭게 등장한 범죄행위에 대한 제대로 된 처벌과 피해에 대한 구제를 불가능하게 한다.”고 언급하시면서 보다 능동적으로 법규제가 변해야 한다고 말씀하셨습니다. 그러나 법은 사람에게 일정한 행위를 하거나 하지 말도록 요구함에 있어서 그 요구의 기준을 제시하는 것이기 때문에 법 개정은 신중하게 접근해야 한다고 생각합니다. 그렇기에 저는 법해

석의 영역이 중요하고, 판례 또한 그러한 취지로서 제반 여건 속에서 최대한 종합적으로 판단하려고 한다고 생각합니다만, 이 부분에 관하여 발표자의 의견을 구하고자 합니다.

그리고 우리나라의 사법시스템은 증거주의를 채택하고 있으며 재판결과가 나오기 전까지 피의자를 무죄추정의 원칙에 따라서 인권을 보호하고 있습니다. 그래서 대부분의 범죄수사에서는 피의자의 얼굴을 가리고 수사를 진행하고 있는 것이며, 이것은 열 명의 범인을 놓치더라도 한 명의 무고한 피해자가 없도록 해야 한다는 것과 궤를 같이하고 있습니다. 이는 피해자의 피해 감정만으로는 가해자를 범죄자로서 취급할 수 없다는 것을 의미합니다. 따라서 성폭력처벌법 제14조 카메라등이 용촬영죄에서 말하는 ‘성적 수치심과 성적욕망’은 피해자 및 가해자 당사자의 감정일 수도 있지만, 이를 판단하고 공감하는 제3자의 감정이 되기도 합니다. 현행 당사자주의적 사법시스템상 이러한 감정의 타자(他者)화는 필연적인 것이라 할 수 있습니다. 그렇기에 성적 욕망 또는 수치심을 유발시키는 타인의 신체에 있어서 ‘노출의 정도’와 같은 외부적이고 객관적으로 드러나는 정황은 가해자의 성적 욕망과 피해자의 수치심을 판단하는 객관적 판단기준이 될 수밖에 없다고 생각합니다만, 제3자가 판단하기에 혹시 이보다 더 객관적인 판단기준이 있다고 생각하신다면, 이 부분에 관하여 발표자의 의견을 구하고자 합니다.

31

다음으로 제가 쓴 글에서는 몰래 카메라와 도촬행위를 개념을 구분하였습디만, 발표자께서는 한발 더 나아가 이미지착취(Image Exploitation)라는 새로운 포괄적 개념을 우리에게 소개해 주셨고, 디지털 기반의 ‘성적 착취 (sexual exploitation)’ 행위와 같은 개념의 확장성까지도 언급해주셨습니다.

다만 이처럼 포괄적 개념이다 보니, 해석상 문제의 소지(素地)가 보이기도 합니다. 즉 사회현상으로서 신중 성적 폭력범죄에 대한 개념적 정의로서는 적합할 수 있다고 생각합니다만, 현행법 해석상 또는 입법론으로서 법률적 정의로서는 너무나 다의적이기 때문에 적합하다고 볼 수 없을 것 같습니다. 또한 피해자(피촬영자)의 의사에 반하여 촬영 및 보관되는 부분은 몰래카메라 또는 도촬행위로서 설명이 가능하고, 더욱이 이를 피촬영자의 의사에 반하여 반포·전시하는 행위 또한

현행법상 처벌되고 있으며 영리를 목적으로 반포·임대하는 행위는 가중처벌 하고 있습니다. 더 나아가 소개해주신 바와 같이 개정안으로서 이른바 ‘리벤지 포르노’에 대응하기 위한 준비도 이루어지고 있습니다. 그렇다면, 발표자께서는 이러한 이미지착취 개념을 형사처벌규정 이외에 민사적 명예훼손, 퍼블리시티권(Right of Publicity) 침해, 개인의 프라이버시 침해 등의 민사적 문제해결에 관한, 다양한 디지털 기반의 ‘성적 착취 (sexual exploitation)’ 행위로서 사고할 수 있는 단초를 제공하는 것으로 이해하고 계시는 것인지, 이 부분에 관하여 발표자의 의견을 구하고자 합니다.

32

왜냐하면 이미지착취를 “피해자의 나체사진 또는 신체일부를 촬영한 사진 또는 동영상을 직접 찍은 행위를 한 가해자 외에 유포된 복사본을 가진 또 다른 가해자(들)이 정당한 대가나 노동 없이 여성의 신체를 통한 이득을 취하는 행위”로서 이해한다면 적어도 또 다른 가해자(제3자)에 대해서는 음란물 구매자와 같이 현행 형사처벌규로서는 대응할 수 있는 개념이 아니기 때문입니다. 만약 민사적 문제해결을 포함하고 있다면 현재 대법원 및 하급심 판결에서 민사적 해결은 별도의 문제라고 언급하고 있는 바와 같이 민사적 손해배상 및 위자료 산정에 있어서는 의미 있는 개념이 될 수도 있다고 생각합니다.

마지막으로 발표자께서 결론부분에서 언급하신 바와 같이 저도 “카메라 등 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 성적 수치심을 유발할 수 있는 타인의 신체를 의사에 반하여 촬영하는 행위를 규율하는 카메라등이용촬영죄의 판단 기준도 사회문화적 조건의 변화, 기술의 발전 정도, 그리고 피해자들이 경험에 따라 새롭게 구성되고 해석되어야 한다”고 생각합니다. 한편으로 법체계 안에서 모든 피해를 규율할 수 없고 설사 이를 법으로 규율한다고 해도 그 피해가 예방되는 것은 아니라는 것, 즉 형사처벌만능주의가 결코 합리적 수단이 되지 못한다는 것 또한, 기존의 범죄대책을 통해 우리 모두가 경험하였다고 생각합니다. 그렇기 때문에 오늘 이 자리와 같은 새로운 사회현상에 대한 담론(談論)은 카메라등이용촬영죄의 판단기준이 단지 형사처벌의 강화의 문제에 한정되지 않고 보다 새롭게 구성되고 해석될 수 있도록, 한 사회, 한 시대의 구성원들의 인식 수준을 변화시키는 촉매제로서 큰 역할을 담당할 것이라 생각합니다. 그리고 이를 통한 시민들의 내부적

인식변화는 결국 보다 엄밀한 법체계의 변화로 이어질 것으로 생각합니다.

귀중한 발표로 우리에게 많은 시사(示唆)를 주신 최란 사무국장님께 거듭 감사의 인사를 드리며, 저의 토론을 마치도록 하겠습니다.

발제 2

‘카메라등이용촬영죄’ 적용의 한계

이희영 (이희영법률사무소 변호사)

I. 사건의 개요

A(남)는 2013년 8월 내연녀 B를 만나 교제하던 중 B가 거울을 보고 휴대전화 카메라로 스스로를 촬영한 B의 나체사진을 자신의 휴대전화로 전송받았다. 이후 같은 해 11월 A는 B가 헤어지자고 요구하자 앙심을 품고 보관하고 있던 B의 나체사진을 자신의 구글 계정 프로필 사진으로 지정하고 B의 딸이 게시한 유튜브 동영상에 댓글로 이 사진을 공개하였다. 이에 A는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법상 카메라 등 이용 촬영 및 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률상 명예훼손 등의 혐의로 기소되었다.

이와 함께 A는 2013년 11월에서 2014년 4월 사이 총 16회에 걸쳐 B의 남편에게 ‘일주일간 당신 부인한테 무슨 일이 있었는지 부인한테 물어보세요’라는 등 공포심이나 불안감을 유발하는 휴대전화 문자를 보낸 혐의, B의 딸에 대한 명예훼손, 재물손괴, 공갈미수 등의 혐의도 받았다.

II. 현행법의 규정

「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」(이하 ‘성폭력처벌법’이라고 함)

제14조 (카메라 등을 이용한 촬영)

① 카메라나 그밖에 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체를 그 의사에 반하여 촬영하거나 그 촬영물을 반포·판매·임대·제공 또는 공공연하게 전시·상영한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

② 제1항의 촬영이 촬영 당시에는 촬영대상자의 의사에 반하지 아니하는 경우에도 사후에 그 의사에 반하여 촬영물을 반포·판매·임대·제공 또는 공공연하게 전시·상영한 자는 3년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다.

③ 영리를 목적으로 제1항의 촬영물을 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조 제1항 제1호의 정보통신망(이하 “정보통신망”이라 한다)을 이용하여 유포한 자는 7년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.

제16조 (형벌과 수강명령 등의 병과)

① 법원이 성폭력범죄를 범한 사람에 대하여 형의 선고를 유예하는 경우에는 1년 동안 보호관찰을 받을 것을 명할 수 있다. 다만, 성폭력범죄를 범한 「소년법」 제2조에 따른 소년에 대하여 형의 선고를 유예하는 경우에는 반드시 보호관찰을 명하여야 한다.

② 법원이 성폭력범죄를 범한 사람에 대하여 유죄판결(선고유예는 제외한다)을 선고하는 경우에는 500시간의 범위에서 재범예방에 필요한 수강명령 또는 성폭력 치료프로그램의 이수명령(이하 “이수명령”이라 한다)을 병과하여야 한다. 다만, 수강명령 또는 이수명령을 부과할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

③ 성폭력범죄를 범한 자에 대하여 제2항의 수강명령은 형의 집행을 유예할 경우에 그 집행유예기간 내에서 병과하고, 이수명령은 벌금 이상의 형을 선고할 경우에 병과한다. 다만, 이수명령은 성폭력범죄자가 「특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률」 제9조의2제1항제4호에 따른 이수명령을 부과 받은 경우에는 병과하지 아니한다.

④ 법원이 성폭력범죄를 범한 사람에 대하여 형의 집행을 유예하는 경우에는 제 2항에 따른 수강명령 외에 그 집행유예기간 내에서 보호관찰 또는 사회봉사 중 하나 이상의 처분을 병과할 수 있다.

제42조 (신상정보 등록대상자)

① 제2조제1항 제3호·제4호, 같은 조 제2항(제1항 제3호·제4호에 한정한다), 제3조 부터 제15조까지의 범죄 및 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제2조 제2호의 범죄(이하 “등록대상 성범죄”라 한다)로 유죄판결이 확정된 자 또는 같은 법 제49조 제1항 제4호에 따라 공개명령이 확정된 자는 신상정보 등록대상자(이하 “등록대상자”라 한다)가 된다. 다만, 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제11조 제5항의 범죄로 벌금형을 선고받은 자는 제외한다.

「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」(이하 ‘정보통신망법’이라고 함)

제70조 (벌칙)

36

① 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.

② 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 거짓의 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다.

③ 제1항과 제2항의 죄는 피해자가 구체적으로 밝힌 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.

Ⅲ. 판결요지

1. 하급심의 판단

가. 1심은 A가 범행 대상을 B에 한정하지 않고, 그의 배우자와 딸에게까지 확대했으며, 범행 방법이 집요하고 과하며, 피해자 가족공동체의 해체를 기도했다는 점에

서 죄질이 좋지 않고, 피해자들의 용서도 없다고 실형 이유를 밝히면서 A에게 징역 1년을 선고하고 40시간의 성폭력범죄의 재범예방에 필요한 수강을 명했다.

나. 원심인 항소심은 피고인의 범행은 내연녀인 피해자가 결별을 요구했다는 이유로 내연녀는 물론이고, 남편과 딸까지 괴롭힌 것으로 죄질이 매우 나쁜 점, 범행이 지속적·반복적으로 이루어진 점, 피해자들이 상당한 정신적 충격을 받았을 것으로 보이고, 피해자들의 용서를 받지 못한 점 등에 비추어 보면, 피고인에게 실형 선고가 불가피하다고 밝히면서 나체사진 공개 등 공소사실에 대해 유죄를 인정하였으나 형량이 무거워서 부당하다는 A의 주장을 받아들여 피고인이 공소사실을 모두 인정하고 깊이 반성하고 있는 점, 피고인이 피해자 B씨를 위해 1500만원을 공탁한 점, 피고인에게 벌금형 1회 외 다른 전과가 없는 점 등을 참작하여 형을 징역 8월로 감하고 40시간 성폭력치료 프로그램 이수를 명했다.

2. 대법원 판결

37

대법원 제2부(주심 박상옥 대법관)는 A씨의 나체사진 공개 혐의에 대해 카메라 등이용촬영죄를 유죄로 인정한 원심 판결을 깨고, 무죄 취지로 판단하여 사건을 다시 심리 판단하라며 대구지법 합의부로 환송했다.

재판부는 성폭력처벌법 제14조 제2항은 ‘제1항의 촬영이 촬영 당시에는 촬영대상자의 의사에 반하지 아니하는 경우에도 사후에 그 의사에 반하여 촬영물을 반포·판매·임대·제공 또는 공공연하게 전시·상영한 자는 3년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다’고 규정하고 있으며 동조 제1항은 “카메라나 그 밖에 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체를 그 의사에 반하여 촬영하거나 그 촬영물을 반포·판매·임대·제공 또는 공공연하게 전시·상영한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다”고 규정하고 있다면서 위 각 규정에 의하면, 성폭력처벌법 제14조 제2항의 촬영물은 ‘다른 사람’을 촬영대상자로 해 그 신체를 촬영한 촬영물을 뜻하는 것임이 문언상 명백하므로, 자의에 의해 스스로 자신의 신체

를 촬영한 촬영물까지 위 조항의 촬영물에 포함시키는 것은 문언의 통상적인 의미를 벗어난 해석이라고 보았다

재판부는 B씨가 2013년 10월 중순 휴대전화 카메라를 이용해 거울에 비친 자신의 나체를 촬영한 후 그 사진파일을 피고인의 휴대전화로 전송한 사실, 피고인은 B씨로부터 전송받아 보관하고 있던 나체 사진을 피고인의 구글 계정 캐릭터 사진으로 지정한 다음 B씨의 딸 유튜브 동영상에 댓글을 작성함으로써 나체사진이 전시된 사실을 알 수 있다면서 그렇다면 위 나체사진은 피고인이 ‘다른 사람’의 신체를 촬영한 촬영물이 아니므로 성폭력처벌법의 촬영물에 해당하지 않아 처벌할 수는 없다며 그럼에도 원심은 나체 사진이 성폭력처벌법의 촬영물에 해당함을 전제로 공소사실을 유죄로 인정했는데, 이는 성폭력처벌법 제14조 제2항 및 제1항에 관한 법리를 오해해 판단을 그르친 것이라고 판시했다.

38

즉 성폭력처벌법상의 촬영물은 다른 사람의 신체를 촬영한 촬영물을 뜻하며, 자의로 스스로를 찍은 촬영물은 포함되지 않으므로, 이를 임의로 받은 이후 피해자의 의사에 반하여 공개하였다고 하더라도, 동법은 적용되지 않는다는 취지로 판시하였다.

IV. 대상판결의 검토 및 평가

1. 문제의 제기

대상판결은 성폭력처벌법의 문언상 본인 스스로 촬영한 사진이나 영상을 전송받아 보관하고 있던 사람이 이를 촬영자 본인의 의사에 반하여 공개하였다 해도 성폭력처벌법상 카메라등이용촬영죄로 의율할 수 없다고 판시하였다. 앞서 대법원 판례들은 촬영된 부분이 신체의 어떤 부위인지, 또는 신체의 노출이 어느 정도인지 등에 따라 카메라등이용촬영죄의 적용 여부를 달리 판단하여 논란을 불러일으킨 바 있는데 대상판결 역시 카메라등이용촬영죄의 적용의 한계와 관련하여 시사점을 주고 있는바 관련 판례들과의 비교를 통하여 대상판결의 타당성을 검

토하고자 한다.

2. 대상 판결 검토

입법 취지와 목적, 연혁, 법규범의 체계적 구조, 처벌법규의 사회적 기능 등을 고려하여 법문을 해석하더라도 죄형법정주의 및 그 파생원칙인 명확성의 원칙상 명백하게 드러난 문언에서 벗어나는 해석을 할 수는 없는 한계가 존재한다. 의미가 명백한 법 문언을 그와 달리 해석하여 적용할 경우 수범자들에게 예측가능성이 없는 자의적인 법 집행을 야기하여 결국 법치주의의 근본이 흔들릴 수밖에 없기 때문이다.

이러한 원칙에 따르면 대상판례에서 대법원이 성폭력처벌법 제14조 제1항의 규정 중 “카메라나 그밖에 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체를 그 의사에 반하여 촬영”이라는 부분을 해석함에 있어서 다른 사람의 신체를 촬영한 것이 아니라 스스로를 촬영한 경우에까지 확대하여 해석하지 않은 것은 타당한 판단이라고 할 수 있다.

대상 판결의 구체적인 사례에서 피해자가 자신을 촬영한 본인의 나체 사진을 피고인인 내연남에게 전달하고 이후 그 사진이 협박의 빌미가 되거나 결국 공개되는 방식으로 악용되었다는 점에서 비난가능성이 큰 피고인의 이와 같은 행위를 성폭력처벌법으로 의율하지 않은 점에 대해서는 처벌의 공백으로 볼 여지가 있다. 대상 판결의 피고인의 행위는 카메라등이용촬영죄의 적용을 받지 않더라도 정보통신망법상 명예훼손죄가 적용되어 처벌을 면할 수는 없을 것이나 전자와 후자는 형량상한이 다르고, 특히 성폭력처벌법에 규정된 카메라등이용촬영죄가 유죄로 인정될 경우 신상정보등록 대상자가 되고 보호관찰, 사회봉사명령, 재범예방에 필요한 수강명령 또는 성폭력 치료프로그램의 이수명령을 병과 받을 수 있기 때문이다.

그러나 성폭력처벌법상 카메라등이용촬영죄가 피고인에게 대한 위하의 효과가 더 크다는, 이러한 처벌상 차이점에도 불구하고 형사사법의 대원칙인 죄형법정주

의에 위배되지 않기 위해서는 현행법 해석으로는 대상판결의 카메라등이용촬영죄 부분을 대법원과 같이 무죄로 판단할 수밖에 없다. 다만 다른 사람의 신체를 촬영한 경우 외에도 스스로를 촬영한 영상이나 사진 등 이미지가 타인에 의해 협박의 도구가 되거나 의사에 반하여 배포·유통되는 사례가 빈번하게 발생하고 있으므로 이러한 경우에 대한 조항을 성폭력처벌법에 신설하는 입법 통해 현실을 바꾸어나가야 한다.

3. 직접 신체 자체를 촬영해야 하는지 여부에 대한 판단

가. 대법원 2013. 6. 27. 선고 2013도 4279 판결

카메라등이용촬영죄의 해석 및 적용의 한계를 놓고 대상판례와 직접적으로 비교해 볼만한 판례로는 대법원 2013. 6. 27. 선고 2013도 4279 판결이 있다.

40

나. 판시의 요지

피고인이 피해자와 인터넷 화상채팅을 하면서 카메라 기능이 내장되어 있는 피고인의 휴대전화를 이용하여 피해자의 유방, 음부 등 신체 부위를 피해자의 의사에 반하여 촬영하였다고 기소된 사안에서, 피해자는 스스로 자신의 신체부위를 화상카메라에 비추었고 카메라 렌즈를 통과한 상의 정보가 디지털화 되어 피고인의 컴퓨터에 전송되었으며, 피고인은 수신된 정보가 영상으로 변환된 것을 휴대전화 내장 카메라를 통해 동영상 파일로 저장하였으므로 피고인이 촬영한 대상은 피해자의 신체 이미지가 담긴 영상일 뿐 피해자의 신체 그 자체는 아니라고 할 것이어서 구성요건에 해당하지 않으며, 형벌법규의 목적론적 해석도 해당 법률문언의 통상적인 의미 내에서만 가능하므로, 다른 사람의 신체 이미지가 담긴 영상도 위 규정의 다른 사람의 신체에 포함된다고 해석하는 것은 법률문언의 통상적인 의미를 벗어나는 것이므로 죄형법정주의의 원칙상 허용될 수 없다는 이유로 피고인에게 무죄를 인정하였다¹⁾.

다. 대상판결과의 비교 검토

이 판례에서도 대법원은 죄형법정주의를 근거로 거론하며 카메라등이용촬영죄는 다른 사람의 신체를 ‘직접’ 찍은 경우에만 인정될 수 있으며 피해자가 자신의 신체를 촬영해 전송한 화면(영상)을 찍은 경우에는 다른 사람의 신체가 아닌 영상을 찍은 것이므로 동죄를 적용할 수 없다고 판단하였다.

그러나 대상판결의 경우에는 법문에 명시적으로 ‘다른 사람의 신체’를 촬영한 경우라고 분명하게 규정하고 있어 스스로를 촬영한 경우까지 해석을 통해 적용을 확대할 여지가 전혀 없는 반면 이 판결 사례의 경우에는 다른 사람의 신체를 ‘직접’ 촬영하든 다른 사람의 신체가 담긴 이미지를 ‘2차적으로 또는 간접적으로’ 촬영하든 ‘다른 사람의 신체를 촬영’한다는 법문을 벗어나지 않고도 적용이 가능하다. 또한 다른 사람의 의사에 반하여 그 신체를 직접 촬영하든 2차적으로 전송된 신체의 이미지를 촬영하든 그 악용 가능성 등 위험성은 동일하다는 점에서도 카메라등이용촬영죄의 입법취지와 입법목적을 고려한다면 타인의 신체를 촬영한 것이 분명한데도 불구하고 바로 앞에서 직접 촬영하지 않았다고 하여 카메라등이용촬영죄를 적용할 수 없다는 판단은 부당하다.

41

4. 카메라등이용촬영죄의 적용 기준 관련 판례 검토

가. 적용 기준

대법원은 카메라등이용촬영죄의 적용 기준과 관련하여 지속적으로 “카메라나 그 밖에 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체를 그 의사에 반하여 촬영하는 행위를 처벌하는 구 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」(2012. 12. 18. 법률 제11556호로 전부

1) 다만 피고인이 피해자를 협박하여 피해자로 하여금 자신의 신체 부위를 촬영하여 전송하도록 한 공소사실에 대하여는 징역 6월이 선고되어 원심에서 별도로 분리·확정되었다.

개정되기 전의 것) 제13조 제1항은 인격체인 피해자의 성적 자유와 합부로 촬영당하지 아니할 자유를 보호하기 위한 것이다. 촬영한 부위가 ‘성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체’에 해당하는지는 객관적으로 피해자와 같은 성별, 연령대의 일반적이고 평균적인 사람들의 관점에서 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 신체에 해당되는지 여부를 고려함과 아울러, 피해자의 옷차림, 노출의 정도 등은 물론, 촬영자의 의도와 촬영에 이르게 된 경위, 촬영 장소와 촬영 각도 및 촬영 거리, 촬영된 원판의 이미지, 특정 신체 부위의 부각 여부 등을 종합적으로 고려하여 구체적· 개별적· 상대적으로 결정하여야 한다(대법원 2008. 9. 25. 선고 2008도7007 판결 등 참조)”고 판시하고 있다.

나. 유죄로 인정한 사례들

42

(1) 이러한 기준에 따라 대법원은 2014. 2. 27. 선고 2013도8619 판결에서는 피해자의 등 부위를 피해자의 의사에 반하여 3회에 걸쳐 촬영한 공소사실에 대하여 등 부위는 ‘성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체’에 해당한다고 보아 공소사실을 모두 유죄로 인정하였다.

(2) 하급심 판결이긴 하나 2012노1168 판결에서는 “피고인이 촬영한 피해자의 신체 부위가 피해자의 영덩이와 치마 아래 무릎 이하 다리 부위로서 여성들이 아름다움을 표시하기 위해 일상적으로 노출하는 부위로서 고도로 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 신체 부위는 아니고, 피해자의 옷차림의 노출정도가 특별히 과한 정도는 아니나, 이러한 객관적 사정 말고도 피해자는 병원에 고정적으로 근무하는 20대 여성 직원이고 피고인은 환자 관계인 점, 촬영장소가 병원의 환자 대기석인 점, 피해자가 예뻐 보여서 촬영했다는 피고인의 촬영의도, 피해자 모르게 은밀히 이루어진 촬영 경위, 피해자가 수치심을 느껴 피고인에게 강력히 항의한 점, 피고인이 치마를 입고 있던 피해자의 하반신 뒷모습 쪽을 좀 더 중점적으로 촬영한 것으로 보이는 점 등을 종합하면 피고인이 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 피해자의 신체를 촬영했음을 인정할 수 있다고 실시하였다.

다. 무죄로 판단한 사례들

(1) 반면 2015도16851 판결에서는 밤 11시쯤 아파트 엘리베이터 안에서 뒤쫓아온 남성이 20대 여성을 촬영한 혐의로 기소된 사건에서 피해여성이 검은색 레깅스와 긴 티셔츠를 입고 있어 신체의 외부 노출이 거의 없었다는 이유로 같은 연령대의 일반적인 여성의 관점에서 ‘성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 신체에 해당한다고 단정하기는 어렵다’며 원심의 벌금 100만원 선고를 무죄취지로 파기환송 하였다. 이 사건에서 피고인의 스마트폰에서는 지하철 등에서 5개월 동안 여성들을 찍은 사진 200여장이 함께 발견되었음에도 출입이나 통행이 자유로운 개방된 장소에서 촬영되었으며 역시 옷차림이 선정적이거나 노출이 심하지도 않고 특정 부위를 특정 각도에서 부각하여 근접 촬영한 것도 아니라는 이유로 이 부분에 대해서는 하급심에서부터 무죄가 선고되었다. 단순히 의심스러운 촬영 의도나 피해자가 수치심을 느꼈다는 주관적 감정만으로 촬영행위를 유죄로 단정할 수 없다는 이유가 부가되었다.

43

(2) 2014고단2013 판결은 중국 국적 조선인 피고인에게 서울의 지하철 승강장과 변화가에서 휴대전화 카메라로 젊은 여성들의 신체를 32차례에 걸쳐 몰래 촬영한 사진 32장 중 1장에 대해서만 유죄를 인정해 벌금 150만원을 선고하였다. 재판부는 주로 짧은 치마나 반바지 또는 몸에 달라붙는 긴바지를 입고 있는 젊은 여성들이 앉아 있거나 걸어다니는 모습을 몰래 촬영한 사실은 인정된다면서도 근접 거리에서 여성들 신체의 특정 부위를 특정 각도에서 부각해 촬영한 것이라기보다는 다소 떨어진 거리에서 1명 또는 여러 명의 전체 모습을 일반적인 눈높이에서 촬영한 점, 여성들 하의가 짧은 관계로 다리 부분이 무릎 위까지 노출되기는 하나 도심에서 같은 연령대 여성의 통상적인 수준을 넘는 과도한 노출로 볼 수 없다면서 이중 미니스커트 차림으로 벤치에 앉아있는 여성의 다리를 찍은 사진 1장에 대해서만 휴대폰을 이용해 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 피해자의 신체를 그 의사에 반해 촬영했다며 유죄로 인정했다. 여기에 더해 재판부는 (국내) 체류 기간이 길지 않은 홍씨가 국내 문화에 익숙하지 않은 상태에서 서울 도심 여성들의 다양하면서도 자유분방하고 개방적인 옷차림에 대한 생소한 감정과 호기심으로 촬영에 이르게 됐을 것으로 보이는 점도 고려해야 한다고

지 실시하며 “홍씨의 행위가 성폭력법 특례법 제14조1항에서 규정한 ‘성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 타인의 신체를 촬영하는 행위’라고 단정하기 어렵다”고 밝혔다.

(3) 2015. 11월 서울북부지법에서는 지하철역 등에서 핫팬츠나 미니스커트를 입은 여성을 따라다니며 ‘몰카’를 찍다 붙잡힌 남성에게 대해 58장의 사진 중 다리를 찍은 42장의 사진에 대해서는 유죄, 전신을 촬영한 16건은 무죄라는 판결이 나오기도 했다. 법원은 전통적으로 유교적 성향이 짙던 우리 사회에서도 눈부신 발전과 성장을 거치면서 시스루, 탱크탑, 핫팬츠, 미니스커트 등 여성 패션 트렌드가 빠른 속도로 진화하고 있다며 구체적으로 어떤 경우까지 처벌할 수 있을지 구별이 어려워졌다고 밝혔다.

44

(4) 지하철에서 무릎이 보이는 미니스커트를 입고 앞쪽 대각선 방향에 앉아있던 여성의 얼굴을 제외한 어깨 아래부위를 디지털카메라로 촬영했다라도 피해자가 성적 수치심을 느꼈다고 볼만한 증거가 없을 경우 카메라등이용촬영죄로 처벌을 할 수 없다는 항소심 판결도 있었다. 재판부는 사진이 피해자의 노출된 다리 부분에 초점이 맞춰져 촬영되었지만 다리 부분만 중점 부각되지 않았고 피해자가 불쾌감을 느꼈을 것으로 보이지만 직접 문제 삼지 않고 그 자리를 떠난 점이나 사회 통념에 비춰 피해자가 성적 수치심을 느낄 정도였다고 볼 수 없다며 항소를 기각하고 피고인에게 무죄를 선고했다.

재판부는 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 신체에 해당되는 지는 건전한 상식을 가진 사회구성원들의 기준에서 판단하므로 공개된 장소에서 피해자의 의사에 따라 노출한 신체부분이라도 촬영장치에 저장되고 전파될 가능성이 있다면 범죄의 대상이 될 수 있다고 실시하면서도 피고인이 촬영 직후 승객들에게 현장에서 붙잡혀 경찰에 넘겨졌으며 카메라에 찍힌 여성은 신원이나 처벌의사를 밝히지 않은 채 자리를 떠났다는 이유로 무죄를 선고한 것이다.

(5) 몸에 달라붙는 바지를 입고 지나가는 여성 2명의 전신 뒷모습을 찍었으나 소 떨어진 거리에서 통상적인 시선으로 찍었을 뿐이라면서 무죄가 선고된 판결

도 있으며 주점 옆자리에 앉은 여성의 허리가 노출된 것을 보고 동의 없이 사진을 찍은 남성에게 무죄를 선고한 원심이 대법원에서 확정기도 했다.

라. 검토

법원은 여성의 다리나 엉덩이 등 특정 신체부위를 부각시켜 찍은 사진에 대해서만 카메라등이용촬영죄로 인정하고 타인을 몰래 찍었더라도 노출이 심하지 않거나 촬영 각도가 보통의 시선 높이인 경우, 특정 부위가 아닌 전신을 촬영한 때에는 무죄 무죄로 판단하는 경우가 많았다.

앞서 대법원이 실시한 판단기준은 결국 법문상 ‘성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체’의 범위를 매우 좁게 제한적으로 해석하고 있다.

그러나 이러한 판결의 경향은 몇 가지 문제점을 드러내고 있다.

우선 위와 같은 경향은 스마트폰 등에 장착된 카메라의 화질이 단시간 내에 비약적으로 발전하고 사진의 확대·축소도 손쉬워지는 기술적 변화를 외면하는 형식적 판단일 수 있다. 원거리에서의 전신 촬영은 특정 신체 부위의 근접 촬영이라는, 발각의 위험이 큰 행위보다 더 빈번하게 자주 발생할 가능성이 크며 특히 현재의 영상 기술 수준을 고려하면 전신을 촬영했다 하더라도 신체 특정 부위만 확대해서 보기는 매우 쉽다.

또한 전신사진이든 노출이 심하지 않은 촬영물이든 피고인이 1회적으로 또는 우연히 타인을 찍은 것이 아니라 수십, 수백 차례에 걸쳐 비슷한 유형의 촬영을 한 사진이나 영상이 저장되어 있는 것이 발견되는 경우가 많다. 그렇다면 단순히 전신을 촬영하거나 노출이 심하지 않은 신체 부위를 촬영했다고 하여 일반인의 기준에서 성적 욕망이나 성적 수치심을 유발할 수 없다고 단정적으로 판단할 수 없으며 타인의 신체를 몰래 찍는 행위의 저변에 깔려 있는 비정상적 페티시 심리를 감안한다면 반복적으로 몰래 여성을 촬영한 사람의 의도는 그 결과물의 노출 정도나 특정 부위의 여부와 관계없이 성적인 욕망에 기인하는 것이며 따라서 피해

자는 충분히 성적인 수치심을 느낀다고 보아야 한다. 그럼에도 법원은 ‘평균인, 일반인의 기준’이라는 논리를 기계적, 형식적으로 적용하여 이러한 근본적인 점을 간과하면서 오히려 일반인의 상식이나 법 감정과 괴리되는 판단을 내놓고 있다.

무엇보다 성범죄의 보호법익은 성적 자기결정권이기 때문에 촬영자와 촬영을 당하는 사람 간의 의사의 합치 여부가 가장 중요한데 몰카를 찍어 보관하는 것은 당사자의 의사에 반하여 그 자체로 불쾌감을 야기하는데 이는 성적 수치심과 따로 떼어 판단할 수 없으므로 촬영장소가 공공장소인지 아닌지, 촬영물이 전신인지 신체 일부인지, 노출이 심한지 아닌지, 촬영앵글이 어떠한지, 원거리 촬영인지 근접 촬영인지는 카메라등이용촬영죄의 양형기준이라면 몰라도 유무죄 판단 기준으로는 적합하지 않다.

46

이와 더불어 무죄 사례의 볼 수 있는 “개방된 공공장소에서 일반적인 시선의 높이로 촬영했으므로, 국내 체류기간이 짧은 외국인이라서 여성들의 이채로운 차림새에 호기심이 생겨서, 당사자가 아닌 주변 목격자들이 신고를 했기 때문에” 등의 취지의 설시는 마치 피고인의 행위를 정당화시켜 주는 듯 하다. 그러나 반대로 판단하면 자유롭게 오가는 공공장소에서조차 신체의 성적 자기결정권을 침해받으면서 몰래 촬영을 당하는 피해자의 상황은 형의 감경요인이 아니라 가중요인이 될 수 있으며, 타 문화에 대한 무지가 위법행위를 정당화할 수도 없고, 주변인이 신고했다는 점을 무죄의 사유로 드는 것은 성범죄의 친고죄를 폐지한 입법취지를 완전히 몰각한 해석이라고 볼 수 있다.

V. 결어

현행법 해석상 스스로 찍은 촬영물을 타인이 유포하였을 때에는 카메라등이용촬영죄를 적용할 수 없다는 대상 판결의 설시는 법문상 불가피해 보인다. 다만 이때 정통망법상 명예훼손죄로만 처벌할 경우 보안처분을 병과할 수 없는 등 처벌의 수위가 낮아지게 되므로 스스로 찍은 촬영물을 의사에 반하여 타인이 유포하는 경에도 성폭력처벌법을 적용할 수 있도록 법률의 개정이 필요하다.

다만 타인의 신체를 직접 촬영한 것이 아니라 실시간으로 재생되는 타인의 신체의 이미지를 촬영하는 행위를 카메라등이용촬영죄에 포괄하는 것은 법문 해석의 한계를 일탈한다고 볼 수 없으므로 이러한 행위를 카메라등이용촬영죄 무죄라고 판단한 판결은 그 행위의 위험성에 비추어 부당하다.

타인의 신체를 몰래 촬영하는 행위 자체에 담긴 성적 의도, 실제로 재범률이 높고²⁾ 초범의 경우에도 피해자가 다수인 사례가 많은 현실, 폭증하고 있는 몰카 범죄의 현황³⁾ 등을 감안하면 현재와 같이 법원이 카메라등이용촬영죄의 적용 기준을 엄격하고 좁게, 형식적으로 해석하는 경향에서 벗어나 죄형법정주의를 벗어나지 않는 한도 내에서 좀 더 전향적이고 적극적인 법 적용과 해석에 나설 필요가 있다.

- 2) 한국여성변호사회가 실제 여성변희가 서울 지역의 각 법원에서 2011년부터 올해 4월 말까지 신고된 카메라 이용 등 촬영죄 판결문 2천389건을 입수해 조사한 결과 카메라등이용촬영죄 피고인들의 범행 횟수를 살펴보면 2회 이상이 53.83%로 나타났다.
- 3) 대검찰청이 작성한 '2015년 범죄분석 자료'에 따르면 2014년 성폭력범죄처벌법상 카메라등이용촬영 죄는 6,735건 발생해 2005년 341건에 비해 19.8배 급증했으며 2010년 1,153건으로 1,000건을 넘어선 이후 해마다 거의 1.5배 비율로 가파르게 늘고 있다. 또한 이러한 몰카범죄가 전체 성폭력범죄에서 차지하는 비중도 2005년 3.0%에서 2014년 24.1%로 급등했다.

[참고]

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2016도16953 사문서위조, 정보통신망이용촉진및정보보호등에관
한법률위반, 위조사문서행사, 공갈미수, 사기미수,
성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이
용촬영), 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법
률위반(명예훼손), 재물손괴

48

피 고 인 A
상 고 인 피고인
변 호 인 변호사P (국선)
법무법인 N
담당변호사 O

원 심 판 결 대구지방법원 2015.10.16. 선고 2015노2670 판결
판 결 선 고 2015.12.24.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 대구지방법원 본원 합의부에 환송한다.

이 유

1. 공갈미수 및 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 위반(명예 훼손)의 점에 관한 상고이유에 대한 판단

기록에 의하면, 피고인은 제1심판결에 대하여 항소하면서 항소이유로 양형부당만을 주장하였음을 알 수 있다. 이러한 경우 원심판결에 사실오인, 법리오해의 위법이 있다는 취지의 주장은 적법한 상고이유가 되지 못한다.

2. 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(카메라등이용촬영)의 점에 관한 직권판단

가. 이 사건 공소사실 중 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(카메라등이용촬영) 부분의 요지는 ‘피고인은 2013. 10. 중순경 휴대폰 카메라를 이용하여 촬영한 C의 나체 사진을 C의 휴대폰에서 피고인의 휴대폰으로 전송받아 보관하고 있던 중 2013. 11. 12.경 C의 의사에 반하여 피고인의 구글 캐릭터 사진으로 위 나체 사진을 지정한 다음 C의 딸 D의 유튜브 동영상에 댓글을 작성하는 방법으로 위 나체 사진을 전시함으로써 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 C의 나체 사진을 공공연하게 전시하였다’는 것이고, 원심판결은 위 공소사실에 대하여 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 ‘성폭력처벌법’이라 한다) 제14조 제2항, 제1항을 적용하여 유죄로 판단하였다.

나. 그러나 원심의 위와 같은 판단은 아래와 같은 이유로 수긍할 수 없다.

(1) 죄형법정주의는 국가형벌권의 자의적인 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보호하기 위하여 범죄와 형벌을 법률로 정할 것을 요구한다. 그러한 취지에 비추어 보면 형벌법규의 해석은 엄격하여야 하고, 명문의 형벌법규의 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 어긋나는 것으로서 허용되지 아니한다(대법원 2013. 11. 28. 선고 2012도 4230 판결 등 참조).

(2) 성폭력처벌법 제14조 제2항은 “제1항의 촬영이 촬영 당시에는 촬영대상자의 의사에 반하지 아니하는 경우에도 사후에 그 의사에 반하여 촬영물을 반포·판매·임대·제공 또는 공공연하게 전시·상영한 자는 3년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다.”고 규정하고 있고, 제14조 제1항은 “카메라나 그 밖에 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체를 그 의사에 반하여 촬영하거나 그 촬영물을 반포·판매·임대·제공 또는 공공연하게 전시·상영한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.”고 규정하고 있다.

위 각 규정에 의하면, 성폭력처벌법 제14조 제2항의 촬영물은 “다른 사람”을 촬영대상자로 하여 그 신체를 촬영한 촬영물을 뜻하는 것임이 문언 상 명백하므로, 자의에 의해 스스로 자신의 신체를 촬영한 촬영물까지 위 조항 소정의 촬영물에 포함시키는 것은 문언의 통상적인 의미를 벗어난 해석이라고 할 것이다.

50 (3) 기록에 의하면, C은 2013. 10. 중순경 휴대전화 카메라를 이용하여 거울에 비친 자신의 나체를 촬영한 후 그 사진파일을 피고인의 휴대전화로 전송한 사실, 피고인은 2013. 11. 12.경 C으로부터 전송받아 보관하고 있던 위 나체 사진을 피고인의 구글 계정 캐릭터 사진으로 지정한 다음 C의 딸 D의 유튜브 동영상에 댓글을 작성함으로써 위 나체 사진이 전시된 사실을 알 수 있는바, 그렇다면 위 나체 사진은 피고인이 “다른 사람”의 신체를 촬영한 촬영물이 아니므로 앞서 본 법리에 따라 성폭력처벌법 제2항 및 제1항의 촬영물에 해당하지 아니고, 따라서 위 조항에 의하여 처벌할 수 없다고 할 것이다.

다. 그럼에도 원심은 위 나체 사진을 성폭력처벌법 제14조 2항 및 제1항의 촬영물에 해당함을 전제로 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였는바, 이는 성폭력처벌법 제14조 제2항 및 제1항에 관한 법리를 오해하여 판단을 그르친 것이다.

3. 결론

그러므로 원심판결 중 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(카메라등이용촬영) 부분은 파기되어야 할 것인데, 위 죄와 나머지 각 죄는 형법 제37조 전단의 경합법 관계에 있어 하나의 형이 선고되어야 하므로 원심판결 전부를 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장	대법관 김창석	_____
	대법관 이상훈	_____
	대법관 조희대	_____
주 심	대법관 박상옥	_____

토론 2

‘카메라등이용촬영죄’ 적용의 한계 토론문

이유정 (법무법인 원 변호사, 한국성폭력상담소 이사)

1. ‘카메라등 이용촬영죄’ 의 개정 과정

가. 1998. 12. 28. 신설

52

‘카메라등 이용촬영죄’는 1994. 1. 5. 제정되어 1994. 4. 1.부터 시행된 [성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률]에는 규정되어 있지 않았다. 그러던 중 백화점 여성 화장실에서 CCTV등을 이용하여 몰래 카메라로 여성들을 촬영한 사건이 발생하였고, 이러한 행위를 처벌할 수 있는 규정이 필요하다는 사회적 공감대가 형성됨에 따라 1998. 12. 28. 법률개정을 통해 신설되었다. 당시 법률 내용과 개정 이유는 다음과 같다.

제14조의2 (카메라등 이용촬영) 카메라 기타 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 타인의 신체를 그 의사에 반하여 촬영한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

[법률개정 이유]

성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적으로 건조물·선박·항공기 등에 카메라·비디오 등을 설치하여 촬영한 자를 처벌하도록 함으로써 최근 물의가 되고 있는 몰래카메라의 폐해를 방지하고, 사회의 신뢰를 회복하며, 건전한 성문화를 정착시키려는 것임.

- 가. 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 타인의 신체를 몰래 촬영하기 위하여 건조물 등에 카메라를 설치한 후 촬영전에 단속된 자에 대하여는 미수범으로 처벌할 수 있도록 함(법 제12조).
- 나. 카메라뿐만 아니라 이와 유사한 기능을 가진 장치로 촬영한 자에 대하여도 처벌할 수 있도록 함(법제14조의2).
- 다. 법인에 소속된 직원이 법인의 업무와 관련하여 몰래카메라 등을 설치하여 촬영한 경우에는 그 행위자를 처벌하는 외에 법인에 대하여도 처벌할 수 있도록 함(법 7조). <법제처 제공>

나. 2006. 10. 26. 개정

2006. 10. 26.에는 몰래카메라 등을 이용하여 촬영한 촬영물을 유포하는 행위가 사회적으로 문제됨에 따라 촬영물 유포행위를 엄하게 처벌하기 위해 다음과 같은 내용으로 개정되었다.

제14조의2 (카메라등 이용촬영) ① 카메라 기타 이와 유사한 기능을 갖춘 기계 장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 타인의 신체를 그 의사에 반하여 촬영하거나 그 촬영물을 반포·판매·임대 또는 공연히 전시·상영한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

<개정 2006.10.26.>

② 영리목적으로 제1항의 촬영물을 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조제1항제1호의 정보통신망(이하 “정보통신망”이라 한다)을 이용하여 유포한 자는 7년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

<신설 2006.10.27.>

[법률개정 이유]

- (1) 현재는 카메라 등을 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 타인의 신체를 그 의사에 반하여 촬영한 경우만을 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금으로 처벌하고 있음.

- (2) 앞으로는 촬영물을 반포·판매·임대 또는 공연히 전시·상영한 자도 촬영한 자와 같은 법정형으로 처벌하는 한편, 영리목적으로 정보통신망을 이용하여 유포한 자는 7년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금으로 가중처벌하도록 함.

다. 2012. 12. 28. 개정

[성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률]은 2010. 4. 15. [성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법](이하 ‘성폭력처벌법’이라고 함)과 [성폭력방지 및 피해자 보호 등에 관한 법률]로 개정되었으며, [성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법] 제14조(카메라 등을 이용한 촬영)가 동일한 내용으로 규정되었다. 위 규정은 2012. 12. 28. 다시 개정되었으며 그 내용은 다음과 같다.

제14조(카메라 등을 이용한 촬영)

- 54
- ① 카메라나 그 밖에 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체를 그 의사에 반하여 촬영하거나 그 촬영물을 반포·판매·임대·제공 또는 공공연하게 전시·상영한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.
 - ② 제1항의 촬영이 촬영 당시에는 촬영대상자의 의사에 반하지 아니하는 경우에도 사후에 그 의사에 반하여 촬영물을 반포·판매·임대·제공 또는 공공연하게 전시·상영한 자는 3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.
 - ③ 영리를 목적으로 제1항의 촬영물을 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조제1항제1호의 정보통신망(이하 “정보통신망”이라 한다)을 이용하여 유포한 자는 7년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

개정된 내용은 제2항으로서 촬영 당시에는 촬영대상자의 의사에 반하지 아니하는 경우에도 사후에 그 의사에 반하여 촬영물을 반포·판매·임대·제공 또는 공공연하게 전시·상영한 행위를 벌하는 규정을 신설하였다. 위 규정은 촬영 당시에는 합의에 의해 동영상 촬영하였다더라도 나중에 일방이 상대방의 동의 없이 촬영물을 유포하는 행위를 처벌하기 위한 것이다. 당시 제·개정문에는 위 규

정의 개정 이유가 나타나 있지 않다.

라. 사회변화를 반영한 입법

카메라등 이용촬영죄가 처음 만들어진 1998년에는 카메라 등 이용촬영행위는 주로 CCTV를 이용하여 이루어졌지만, 카메라가 내장된 휴대폰이 급속하게 보급됨에 따라 누구나 시간·장소에 구애받지 않고 카메라로 촬영을 할 수 있게 되었고, 인터넷의 보급에 따라 이러한 촬영물을 제3자에게 유포하는 범죄가 급격히 증가하였다. 최근에는 스마트폰이 급속하게 보급됨에 따라 제3자에게 유포될 가능성은 갈수록 높아지고 있는 상황이다. 위 규정은 카메라등을 이용한 촬영이나 촬영물의 유포행위가 갈수록 늘어나고 있는 사회 변화를 반영한 입법이다.

2. 대법원 판결에 대한 비판

55

가. 대법원 2015. 12. 24. 선고2015도16953판결

2012. 12. 28. 개정된 ‘성폭력처벌법’ 제14조 제2항은 당사자의 합의 또는 동의에 의해 ‘성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체’를 촬영하였으나, 사후에 그 의사에 반하여 촬영물을 유포하는 행위를 처벌하기 위한 규정이다. 이는 ‘촬영하는 행위’를 처벌하기 위한 것이 아니고, 촬영물을 ‘유포하는 행위’를 처벌하기 위한 규정이다. 따라서 어떠한 경위에서 촬영을 하였든 간에 ‘그 의사에 반하여 촬영물을 유포하는 행위’를 하면 처벌을 할 수 있다.

대법원은 위 규정을 해석함에 있어서 ‘성폭력처벌법 제14조 제2항의 촬영물은 ‘다른 사람’을 촬영대상자로 해 그 신체를 촬영한 촬영물을 뜻하는 것임이 문언상 명백하므로, 자의에 의해 스스로 자신의 신체를 촬영한 촬영물까지 위 조항의 촬영물에 포함시키는 것은 문언의 통상적인 의미를 벗어난 해석이라고 판단하였다.

그러나 이러한 해석론은 수긍하기 어렵다. 성폭력처벌법 제14조 제1항은 ‘카메라나 그 밖에 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체를 그 의사에 반하여 촬영하거나 그 촬영물을 반포·판매·임대·제공 또는 공공연하게 전시·상영한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.’고 규정하고 있다. 이는 다른 사람의 신체를 그 의사에 반하여 촬영하는 행위를 전제하고 있다. 따라서 자신의 신체를 촬영하는 경우는 제1항의 구성요건에 해당되지 않는다. 그러나 제2항은 ‘제1항의 촬영이 촬영 당시에는 촬영대상자의 의사에 반하지 아니하는 경우에도 사후에 그 의사에 반하여’ 촬영물을 유포한 행위를 처벌하기 때문에 촬영물을 누가 촬영했는지 어떠한 상황에서 촬영했는지 여부는 구성요건이 아니고, ‘촬영대상자의 의사에 반하여 유포한 행위’가 구성요건이 되는 것이다. 따라서 자신의 신체를 촬영한 경우에도 나중에 그 촬영물을 촬영대상자의 의사에 반하여 유포한다면 제2항의 구성요건에 해당된다고 해석하여야 한다.

56 대법원은 ‘제1항의 촬영’이라는 부분을 해석하면서 ‘이는 제1항에서 다른 사람의 신체를 촬영하는 행위’를 의미하므로 ‘자신의 신체를 촬영하는 행위’는 포함되지 않는다고 판단하였다. 그러나 ‘제1항의 촬영’이라 함은 ‘카메라나 그 밖에 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치 등을 이용하여 성적욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 (촬영)’을 지칭하는 것으로 해석함이 마땅하다. 굳이 ‘제1항의 촬영’이라는 부분을 ‘카메라나 그 밖에 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체를 (촬영)’하는 것으로 해석할 필요가 없다. 제2항은 촬영 당시에는 촬영대상자의 의사에 반하지 아니하는 경우에도 ‘사후에 그 의사에 반하여 촬영물을 반포·판매·임대·제공 또는 공공연하게 전시·상영한 자’를 처벌하는 규정이다. 스스로 촬영한 사진이든 타인이 촬영한 사진이든 간에 ‘그 의사에 반하여 촬영물을 유포하는 행위’의 가벌성은 동일하기 때문에, 굳이 ‘다른 사람의 신체를 촬영한 경우’에만 처벌하는 것으로 한정해서 해석할 이유가 전혀 없다.

나. 대법원 2013. 6. 27. 선고 2013도4279판결

또한 대법원은 화상카메라를 통해서 신체부위가 디지털화되어 컴퓨터로 전송되었고, 행위자가 이를 동영상파일로 저장한 것이므로 촬영 대상은 신체 이미지가 담긴 영상일 뿐 피해자의 신체 자체는 아니므로 구성요건에 해당하지 않는다고 판단하였다.

제14조 제1항의 ‘카메라나 그 밖에 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체를 그 의사에 반하여 촬영’의 의미를 ‘신체 그 자체’로 한정하고 ‘신체를 촬영하여 전송한 동영상’은 ‘신체’가 아니라고 한정적으로 해석한 것이다. 그러나 ‘신체를 직접 촬영’하든, ‘신체를 화상카메라로 촬영하여 전송된 영상’을 촬영하든 간에 ‘다른 사람의 신체를 그 의사에 반하여 촬영’한 것이라면 위법성의 정도나 처벌필요성의 측면에서는 동일하기 때문에 이를 굳이 ‘신체를 직접 촬영’한 경우에만 처벌하는 것으로 한정해서 해석할 이유가 전혀 없다.

57

다. 몰래카메라 촬영 판결

대법원은 전신 사진이나 노출이 심하지 않은 신체를 몰래 촬영한 행위에 대해서는 대부분 무죄를 선고하고 있다. 전신 사진이나 노출이 심하지 않은 사진의 경우에 ‘성적 욕망 또는 수치심을 유발’할 가능성이 없다는 것을 이유로 들고 있다. 그러나 ‘성적 욕망 또는 수치심’은 피해자의 감수성에 따라 큰 차이가 있고, 가해자의 성적취향에 따라서 달라질 수도 있다. 노출이 심하지 않은 신체라 하더라도 본인의 의사에 반하여 여러 번 촬영을 당할 경우에는 성적 수치심을 느낄 수도 있다. 노출이 심하지 않은 신체 부위나 물건을 보고 성적 욕망을 느끼는 사람들도 있다. 따라서 성적 욕망 또는 수치심’을 단순히 신체의 어느 부위를 촬영했는가, 노출이 심했는가 여부를 기준으로 판단해서는 안되고, 피고인이 타인의 신체를 촬영한 이유가 무엇인지, 어떠한 상황에서 촬영을 하였으며, 그 횟수는 어느 정도였는지, 이러한 사실을 알고 난 후 촬영대상자가 느낀 감정이 어떤지 등에 대해 더욱 면밀하게 검토해 보아야 할 것이다.

2016 성평등한 사회를 위한

성폭력 판례뒤집기

좌담회

군형법 제92조의6 (구 제92조의5) 헌법재판소 결정문 분석
- 헌법재판소의 제3차 군형법상 '추행죄' 합헌결정 (2016.7.28.)을 중심으로 -

일 시 2016년 9월 28일(수) 오후 2:00~4:00

장 소 한국성폭력상담소 B1 이안젤라홀

주 최 한국성폭력상담소

발 제 한가람 (공익인권변호사모임 희망을만드는법 변호사)

토론 1 추지현 (한국형사정책연구원 전문연구원)

토론 2 방이슬 (한국성폭력상담소 성문화운동팀장)

2016 성평등한 사회를 위한 성폭력 판례뒤집기 좌담회

일시 2016년 9월 28일(수) 오후 2:00~4:00
장소 한국성폭력상담소 B1 이안젤라홀
주최 한국성폭력상담소
후원 한국여성재단

군형법 제92조의6 (구 제92조의5) 헌법재판소 결정문 평석
헌법재판소의 제3차 군형법상 ‘추행죄’ 합헌결정 (2016.7.28.)을 중심으로

사회 : 조소연 (한국성폭력상담소 부설연구소 울림 연구원)

60

발 제 군형법상 ‘추행’죄와 제도화된 동성애 혐오/공포
한가람 (공익인권변호사모임 희망을만드는법 변호사)

토론 1 군형법 추행죄 위헌결정의 성폭력 담론
추지현 (한국형사정책연구원 전문연구원)

토론 2 군형법상 ‘추행죄’ 폐지 운동을 하는 이유
방이슬 (한국성폭력상담소 성문화운동팀장)

발제

군형법상 ‘추행’죄와 제도화된 동성애 혐오/공포¹⁾

대상결정 : 헌법재판소 2016. 7. 28. 선고 2012헌바258 결정

한가람 (공익인권변호사모임 희망을만드는법,
군 관련 성소수자 인권침해차별 신고 및 지원을 위한 네트워크)*동성애 허용하면 우리 국군 무너지고 김정일만 좋아한다!!²⁾**헌법재판소는 똑바로 판결하라! 군형법 92조6 위헌판결 - 군대 내 동성애
항문성교 허용 결사반대! 군대가 에이즈 양성소 되면 병역기피 당연하다!³⁾*

헌법 제39조에 의해 우리나라 남성들은 국방의 의무를 지기 때문에, 군대 내 항문성교를 합법화하면 많은 남성들이 군대에서 항문성교를 경험하고 동성애자가 될 위험성이 높습니다. 항문성교는 유사 성행위로서 쾌감을 동반(항문성교 시 항문을 통해서도 전립선이 자극되어 강한 쾌감을 느끼게 됨)하므로, 군대 내의 항문성교가 합법화되면 은밀하게 군인들 사이에서 항문성교가 확산될 우려가 매우 높고, 결국 한국 사회 전체로 동성애가 급격히 확산될 것입니다. (중략) 군대 내의 항문성교를 허용하면 전투력이 약해집니다. 항문성교를 하다 보면 걸핏하면 화장실에 가야 하는 변실금에 걸릴 확률이 매우 높아집니다. 변실금으로 고생하는 군인이 과연 얼마나 전투력을 발휘할 수 있을지 의문이 들지 않을 수 없습니다.⁴⁾

- 1) 이 원고는 이 행사를 위한 것입니다. 인용이 필요한 경우 garamsci@gmail.com / 02-364-1210으로 문의를 부탁드립니다.
- 2) 2010년 국가인권위원회가 헌법재판소에 군형법상 ‘추행’죄에 대한 위헌 의견을 제출하기로 결정한 이후 국가인권위원회 앞에 걸린 피켓 구호
- 3) 2016년 4월 서울역 앞에서의 피케팅 피켓 구호
- 4) 2016년 2월 김원평 부산대학교 물리학과 교수 등 99개 대학 286명의 교수가 연명하여 헌법재판소에 제출한 탄원서

군대는 엄격한 상명하복의 수직적인 인간관계로 이루어져 있고, 절대 다수의 혈기왕성한 젊은 남성 의무복무자들이 이성 간의 성적 욕구를 원활하게 해소할 방법이 없는 상태에서 장기간의 폐쇄적인 단체생활을 해야 하므로, 일반 사회와 비교하여 이성 간의 성적 교섭행위보다는 동성 간의 비정상적인 성적 교섭행위가 발생할 가능성이 현저히 높다.

특히 상급자가 같은 성적 지향을 가지지 아니한 하급자를 상대로 동성에 성행위를 감행할 가능성이 높고, 이러한 동성 군인 간의 성적 교섭행위를 방지할 경우 군대의 엄격한 명령체계나 위계질서는 위태로워지며, 구성원 간의 반목과 분열을 초래하여 궁극적으로 군의 전투력 보존에 직접적인 위해가 발생할 우려가 크다.⁵⁾

I. 들어가며

62

2016. 7. 28. 헌법재판소는 군형법상 ‘추행’죄에 대해 합헌 결정을 내렸다. 2002년⁶⁾과 2011년⁷⁾에 이어 세 번째이다. 이 조항은 ‘동성에 처벌법’이라고 불리며 위헌성 논란이 이어져 왔다. 특히 2008년 대법원이 “군형법 제92조에서 말하는 ‘추행’이라 함은 계간(항문 성교)에 이르지 아니한 동성에 성행위 등 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 성적 만족 행위”라고 판시⁸⁾하는 한편, 군사법원이 직권으로 군형법상 ‘추행’죄에 위헌성이 있다고 보아 이례적으로 직권으로 위헌법률심판을 제청하면서,⁹⁾ 이 조항에 대한 사회적 관심은 더욱 높아졌다. 군형법상 ‘추행’죄 폐지 활동을 벌여왔던 성소수자 인권단체뿐만 아니라 2007년 정부의 차별금지법안 추진 과정에서 본격적으로 등장한 근본주의 개신교 기반 조직적 반성소수자 운동이 가세하

5) 헌법재판소 2011. 3. 31. 선고 2008헌가21 결정

6) 헌법재판소 2002. 6. 27. 선고 2001헌바70 결정

7) 헌법재판소 2011. 3. 31. 선고 2008헌가21 결정

8) 대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도2222 판결

9) 제22사단보통군사법원 2008. 8. 6.자 2008고10 사건에 관한 위헌법률심판제청 직권 결정

면서, 이 조항은 헌법재판소에서도 민감하고도 중요한 사안이 되었다.

그러나 이러한 사회적 관심만큼 균형법상 ‘추행’죄의 법적 의미나 효과, 이에 따른 실질적인 결과에 대한 이해가 충분한지는 의문이다. 헌법재판소의 결정에서도 합헌의견과 위헌의견 모두에서 개념의 혼동과 논리의 비약이 계속해서 발견된다. 합리적인 공론의 장이 좀처럼 제대로 형성되지 않는 섹슈얼리티와 군대라는 이슈의 교집합에 놓여 있다는 것도 이 조항에 대한 진지하고 정확한 논의를 어렵게 하는 이유이다.

이러한 사정은 반대로, 사실과 규범에 근거한 정확한 논의가 가능한 여지가 상당히 남아 있다는 것을 보여준다. 이를 위하여 이 평석에서는 균형법상 ‘추행’죄에 대해 개관하고 대상결정을 분석하면서, 이 조항에 대한 향후의 접근 방법을 모색해 본다.

II. 사실관계

청구인은 군복무 중이던 2011. 10. 초순경부터 같은 해 12. 13.까지 소속 부대 생활관 또는 해안초소 대기실에서 후임병인 피해자의 팬티 안으로 손을 집어넣어 피해자의 성기를 만지는 등 총 13회에 걸쳐 피해자를 추행하였다는 공소사실로 기소되어, 2012. 2. 22. 징역 6월에 집행유예 1년을 선고받았다. 이에 청구인은 항소하였고, 항소심 계속 중 구 균형법 제92조의5에 대하여 위헌법률심판 제청신청을 하였으나 2012. 6. 15. 기각되자, 2012. 7. 9. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

III. 결정 요지

헌법재판소는 대상결정에서 구 균형법 제92조의5 중 ‘그 밖의 추행’에 관한 부분이 헌법에 위반되지 않는다는 결정을 선고(합헌 5, 위헌 4)하였다.

1. 죄형법정주의 명확성원칙 위반 여부

구 균형법 제92조의5에서 ‘계간’이 남성 사이의 항문성교를 의미하는 점, 동성간에 폐쇄적으로 단체생활을 하는 군의 특성상 동성 사이의 비정상적인 성적 교섭행위가 발생할 가능성이 높은 점, 심판대상조항의 주된 보호법익이 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’인 점을 고려할 때, 심판대상조항의 ‘그 밖의 추행’은 동성 군인 사이의 성적 행위에만 적용되는 것으로 해석되고, 2009년 개정된 구 균형법은 강제추행죄와 준강제추행죄를 별도로 규정함으로써 ‘그 밖의 추행’은 강제추행 및 준강제추행을 제외한 범위에서의 추행으로 제한되게 되었으므로, ‘그 밖의 추행’이란 강제추행 및 준강제추행에 이르지 아니한 추행으로, 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하며 계간에 이르지 아니한 동성 군인 사이의 성적 만족행위로서, 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 침해하는 것을 의미하는 것으로 해석되는바, 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 군인은 어떠한 행위가 심판대상조항의 구성요건에 해당되는지 여부를 충분히 파악할 수 있고, 법집행기관이 심판대상조항을 자의적으로 확대해석할 염려도 없으므로, 심판대상조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되지 아니한다.

64

2. 과잉금지원칙 위반 여부

헌법재판소는 두 차례의 결정을 통하여 “구 균형법 제92조의 ‘기타 추행’은 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기의 확립을 입법목적으로 하는데, 동성 군인 사이의 성적 만족행위를 금지하고 형사처벌하는 것은 이러한 입법목적을 달성하기 위한 적절한 수단이며, 우리나라의 안보상황과 징병제도 하에서 단순한 행정상의 제재만으로는 동성 군인간의 추행행위를 효과적으로 규제하기 어려우므로, 위 조항은 과잉금지원칙에 위배되지 아니한다.”라고 판단하였는데, 비록 2년 이하의 징역으로 법정형이 상향되었다 하더라도 다른 법률에 규정된 추행 관련 범죄와 비교하여 그 법정형이 지나치게 무겁다고 단정하기 어렵고, 구체적 사정에 따라 선고유예 또는 집행유예가 가능하다는 점을 고려하면, 이 사건에서 위 사례의 판단을 변경할 만한 특별한 사정변경이나 필요성이 있다고 보기 어려우므

로, 심판대상조항은 과잉금지원칙에 반하여 군인의 성적자기결정권, 사생활의 비밀과 자유, 신체의 자유를 침해하지 아니한다.

3. 평등원칙 위반 여부

심판대상조항의 추행죄의 적용을 받는 ‘군인’과 형법 제298조의 강제추행죄의 적용을 받는 ‘일반 국민’은 본질적으로 동일한 비교집단에 해당되지 아니하고, 심판대상조항은 단지 동성 군인 사이에 성적 행위가 있었다는 이유만으로 처벌하는 규정이 아니, 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하며 계간에 이르지 아니한 동성 군인 사이의 성적 만족행위로서 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 침해하는 것만을 처벌하는 규정이므로, 가사 그로 인하여 동성 군인이 이성 군인에 비하여 차별취급을 받게 된다 하여도 이는 앞서 살펴본 군의 특수성과 전투력 보존을 위한 제한으로써 차별취급의 합리적 이유가 인정되는바, 심판대상조항은 평등원칙에 위반되지 아니한다.

65

4. 반대의견의 요지

(재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 강일원, 재판관 조용호)

형법과 성폭력처벌법은 강제력에 의하여 개인의 성적 자유를 침해하는 ‘추행’과 강제성을 수반하지 않으면서 선량한 풍속을 침해하는 ‘음란한 행위’를 엄격히 구별하고 있으나, 심판대상조항은 범죄구성요건을 ‘그 밖의 추행’이라고 규정하면서 강제성 수반 여부에 대해서는 불명확하게 규정함으로써, 강제성 없는 자발적 합의에 의한 음란행위와 강제성이 가장 강한 폭행·협박에 의한 추행을 동일한 형벌조항에서 동등하게 처벌하도록 하여 형벌체계상 용인될 수 없는 모순을 초래하고 있다.

또한 ‘그 밖의 추행’은 적어도 그 예시조항인 ‘계간’에 준하는 행위로 봄이 타당하나 대법원 판결(2008도2222)은 구 군형법 제92조의 ‘기타 추행’을 ‘계간에 이르지 아니한 동성에 성행위’로 보아 음란의 정도가 계간보다 약하여도 무방하다고 판시하고 있는바, 이는 음란정도가 어느 정도에 이를 때 ‘그 밖의 추행’에 해

당한다고 할 수 있을지에 관한 아무런 기준을 제시하지 못하고 있어 심판대상조항은 행위의 정도에 관하여 모호하게 규정하고 있다.

나아가 심판대상조항은 행위의 객체에 대하여 아무런 규정을 두고 있지 않으므로 ‘그 밖의 추행’이 남성간의 추행만을 대상으로 하는지, 아니면 여성간의 추행이나 이성간의 추행도 그 대상으로 하는지 모호하고, 군인간의 추행만 처벌하는 것인지, 아니면 군인과 일반국민의 추행까지 처벌하는 것인지를 알 수 없게 규정하고 있다.

한편 심판대상조항은 행위의 시간·장소에 관하여 아무런 규정을 두지 않고 있고, 대법원 판례에 의하여 실시된 보호법익마저 광범위하고 포괄적이다 보니, ‘군영 외에서 이루어진 음란행위’ 등도 심판대상조항에 해당하는지 여부도 불분명하다.

66 따라서 심판대상조항은 강제성 필요 여부, 행위의 정도·객체·시간·장소 등에 관하여 구체적 기준을 정하지 아니한 채, 범죄구성요건을 추상적이고 포괄적인 용어만을 사용함으로써, 수범자의 예측가능성을 박탈하고 법 집행기관의 자의적 법해석 가능성을 초래하였으므로, 명확성원칙에 위배되어 헌법에 위반된다.

IV. 평석

1. 군형법상 ‘추행’죄의 문제점

가. ‘제도화된 호모포비아’로서의 동성애 범죄화 조항

군형법상 ‘추행’죄는 1962년 군형법이 제정된 때부터 “제92조(추행) 계간 기타 추행을 한 사람은 1년 이하의 징역에 처한다”라고 규정하고 있던 것이, 2009년에는 법정형이 “2년 이하의 징역”으로 상향조정된 후, 현재는 군형법 제92조의6으로 바뀌어 군인 또는 준군인(군무원과 사관학교 생도 등)이 군인 또는 준군인

에 대하여 “항문성교나 그 밖의 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다”라는 규정으로 존재한다.

이 조항은 군형법의 적용대상자인 ‘군인 또는 준군인’이 ‘군인 또는 준군인’에 대하여 강제성 유무와 관계없이 항문성교나 그 밖의 ‘추행’을 하는 경우에 징역형에 처하도록 하고 있다. 군형법의 다른 조항들에서는 강간, 강제추행 등 성폭력을 따로 규율하고 있다. 이와 달리 군형법상 ‘추행’죄는 성폭력을 처벌하는 것이 아니라 군인 간의 성행위를 범죄화 하는 조항이다.

군형법은 해방 후 제정된 조선경비대법 및 국방경비법, 해안경비법을 대체하는 것인데, 당시 국방경비법은 미국 전시법을 받아들여 ‘비자연적인 성행위’를 의미하고 주로 동성애를 처벌하는 법률로 사용되어 온 소도미(sodomy)를 “계간”으로 번역하면서 형사처벌하도록 하고, 이것이 군형법상 ‘추행’죄로 이어진 것이다.¹⁰⁾ 이러한 점에서 군형법상 ‘추행’죄는 지금은 이미 폐지되고 없는 서구의 동성애 처벌법 “소도미법”을 계수한 법조항으로서, 그 입법 취지 자체가 동성애를 차별적으로 범죄화하는 것이었다.

67

그런데 실제의 적용 사례들을 보면 단순히 군인의 동성애를 처벌하는 것에 그치지 않고 성폭력범죄를 우회적으로 처벌하는 조항으로 훨씬 많이 쓰였다. 과거 강제추행죄 등 성범죄의 상당수가 친고죄로 규정되어 있었던 당시 남성 군인 간 성폭력이 발생하였을 경우 1심 선고 이전에 가해자와 피해자가 합의를 하여 처벌을 할 수가 없게 된 때, 비친고죄인 이 조항으로 처벌한 것이다. 이경환의 연구에 따르면 2004. 1. 1.부터 2007. 12. 31.까지 군형법상 ‘추행’죄(구 「군형법」 제92조)가 적용된 사건은 모두 176건인데, 이 중 합의에 의한 동성 간 성적 행위는 4건(3건 선고유예, 1건 기소유예), 나머지 172건은 강제추행 또는 위력에 의한 추행에 해당하나 피해자와의 합의로 군형법상 ‘추행’죄가 적용된 사례이다.¹¹⁾ 결국 이 조항은 입법 취지와 관계없이 남성 간 성폭력이 발생했을 때 친

10) 이경환, 「군대 내 동성애 행위 처벌에 대하여」, 『공익과 인권』 제5권 제1호, 서울대학교 공익인권법센터, 2008. 2. 71-72쪽 참조

11) 위의 논문, 73쪽

고죄 규정을 우회하는 수단으로서 사용됨으로써 이를 비친고죄화하는 기능을 주로 수행한 것이다.¹²⁾

그렇다고 이 조항이 동성애에 대한 차별적인 기능을 수행하기보다 성범죄를 엄격하게 처벌하기 위한 것으로 받아들여진 것은 아니다. 오히려 이러한 법 적용은 동성애-성폭력으로 이어지는 사고체계를 강화하였고, 군대 내 동성애자를 잠재적 성범죄자로 여기게 하는 근거조항으로 사용되어 왔다. 이 조항에 명시되어 있는 “추행”이라는 용어가 이러한 혼란과 호모포비아(동성애 혐오/공포)를 더욱 촉발시켰다고 분석된다. ‘소도미법’을 계수한 이 조항에서 ‘추행’이라 함은 말 그대로 ‘추한 행위’, 즉 “더럽고 지저분한 행동”이라는 의미인데, 일반적으로 ‘추행’이라고 하면 성폭력이라고 받아들여지기 때문이다.¹³⁾

동성 간 성행위를 “더럽고 지저분한 행동”으로서 ‘추한 행위’라고 규정하는 것은 그 자체로 문제적이다. 대법원 역시 이 조항에서 말하는 ‘추행’이란 “동성애 성행위 등 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 성적 만족 행위”라고 해석한다.¹⁴⁾ 동성애가 ‘혐오감’을 주고, ‘성적 도덕관념’에도 반한다고 하고 있는 것이다. 이는 이 조항이 동성애혐오 그 자체를 의미하고 있다는 점을 법의 언어로 곧바로 보여준다. 한편, 이것은 동성애-‘성적 만족 행위’이기 때문에, 같은 행위가 있더라도 “동성애를 할 리 없는” 이성애자는 이 조항에서 쉽게 빠져나가고 “성욕을 과도하게 추구하는 문란한” 동성애자는 이 조항으로부터 벗어나기가 어렵게 된다.¹⁵⁾

이러한 ‘제도화한 호모포비아’로서의 문제점은 실제 사례들을 살펴보면 더욱 분명해진다.

12) 위의 논문, 74쪽

13) 추행의 사전적 의미는 “「1」더럽고 지저분한 행동. 「2」강간이나 그와 비슷한 짓.”인데(표준국어대사전 참조), 일반적으로 ‘추행하였다’는 용례는 성폭력을 행사한 것으로 받아들여진다. 이 평석에서 균형법상 추행죄에 대하여 따옴표를 이용하여 ‘추행’이라고 표기하는 이유는 이 조항에서 말하는 ‘추행’이 이와 같이 일반적인 의미와 달리 특수하고 복합적으로 사용되기 때문이다.

14) 대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도2222 판결

15) 한가람, 「군대와 동성애 : 로맨스, 폭력, 범죄화, 그리고 시민권」, 『진보평론』 제60호(2014년 여름), 256쪽

나. 구체적 사건의 검토

1) 동성 간 성폭력의 불처벌

앞서 대법원이 ‘추행’의 의미를 밝힌 판결(대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도2222 판결)은 중대장이 다수의 소속 중대원들에게 성폭력을 가한 사건에 관한 것이다. 이 사건은 중대장인 피고인이 다수의 소속 중대원들을 대상으로 오후 또는 저녁시간에 다수인이 왕래하는 복도 및 행정반 사무실 등 공개된 장소에서 피해자들의 양 젖꼭지를 비틀거나 잡아당기고 손등으로 성기를 때렸다는 것이다.

이러한 행위는 군대 내 상명하복의 엄격한 위계구조 속에서 벌어지는 전형적인 남성 간 성폭력의 형태이다. 이러한 성폭력은 상급자가 하급자를 대상화하고 피해자의 ‘남성성’을 훼손함으로써 피해자들에게 성적 수치심과 모멸감을 안겨주는 것으로서, 이러한 행위가 ‘불특정 다수’를 대상으로 ‘공개된 장소’에서 벌어졌다면 그 수치심과 모멸감은 더욱 클 수밖에 없다. 피해자는 타인들 앞에서 자신의 남성성이 훼손되는 장면을 노출하는 것이기 때문이다.

그럼에도 대법원은 균형법상 ‘추행’죄에서 말하는 ‘기타 추행’을 ‘동성에 성행위-성적 만족행위’로 해석함으로써, 공개된 장소에서 다수인 앞에서 성적 수치심과 모멸감을 안겨주더라도 성적 만족행위가 아닌 성폭력은 처벌에서 제외하고, 합의에 의한 성관계는 공연성 없이 사적인 공간에서 이루어지더라도 처벌의 대상이 되도록 하는 불합리를 낳고 만다. 물론 이러한 판단은 가해자를 이성애자로 가정한 것으로서, 만약 가해자가 이 사건의 수사과정이나 재판과정에서 동성애자로 밝혀졌다면 동일한 행위와 동일한 피해에 대해서도 다른 판단이 나왔을 가능성을 배제하기 어렵다.

2) 성폭력 피해자에 대한 처벌

해군인천해역방어사령부 보통군사법원 2011. 12. 19. 선고 2011고4 판결과 이 판결의 항소심인 고등군사법원 2012. 3. 20. 선고 2012노5추행 판결은 성폭력 피해

자라고 할 수 있는 자를 가해자와 함께 쌍방으로 처벌한 사건이다.

판결문에 드러난 이 사건의 범죄사실은 직속상관인 대위가 병사에게 “너 양성 아니냐, 동성애인 것을 증명해 보라, 빨기 전까지는 못 믿겠다”라고 하면서 병사의 손을 잡아 자신의 성기를 만지게 하면서 자신의 성기를 입으로 빨 것을 요구하였고, 이에 동성애자인 병사가 대위의 성기를 입으로 빨아 추행하였다는 것이다. 이 사건은 인권단체에 대한 신고를 통해 알려졌는데, 이 병사는 직속상관이 갑작스럽게 위협하며 군대 내에서 드러날 경우 인권침해 등의 문제에 봉착할 수 있는 자신의 정체성에 대한 질문을 받으며 성적 행위를 요구받은 것이었다.

70

이 사건은 이성애자인 상급자가 하급자가 동성애자라는 사실을 이용하여 자신의 성적 만족을 위하여 자신을 애무할 것을 요구한 사건이다. 동성애자라는 것을 알고 있다고 하는 것은 이를 타인에게 밝히려는 위협이 될 수 있다는 점, 그러한 말을 듣게 된 동성애자 병사는 특히 군대에서 낙인이 가해지는 정체성 노출의 공포를 느낄 수밖에 없었다는 점, 대위와 일병이라는 큰 계급차이가 있었다는 점, 직속상관인 부서의 장과 그 행정병이었다는 점 등을 고려한다면 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법상 업무상 위력에 의한 추행죄¹⁶⁾ 또는 형법상 업무상 위력에 의한 간음죄¹⁷⁾의 적용을 고려할 수 있었던 사건이었다.

그런데 직속상관이자 부서장인 대위가 소속부서의 일병 계급의 행정병인 동성애자 병사에 대하여 동성애자라는 사실을 알고 있다면서 자신을 애무하도록 요구한 것은 형사처벌의 대상으로 삼을 수 있다고 하더라도, 그러한 행위의 상대방을 처벌하는 것은 지나치게 불합리하다. 그러나 법원은 그 상대방이었던 병사가 가해자를 좋아하지 않았지만 이에 응하였던 점을 ‘성적 만족행위’로 해석하여 이 사건 법률조항을 적용하여 함께 처벌하였을 뿐만 아니라, 가해자와 피해자 모두

16) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제10조(업무상 위력 등에 의한 추행) ① 업무, 고용이나 그 밖의 관계로 인하여 자기의 보호, 감독을 받는 사람에 대하여 위계 또는 위력으로 추행한 사람은 2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

17) 형법 제303조(업무상위력 등에 의한 간음) ① 업무, 고용 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다.

에게 형의 선고를 유예함으로써 가벌성의 차이가 매우 큰 행위에 대하여 실질적으로 동일하게 처벌하는 불합리한 결과를 초래했다.

또한 피고인이었던 당해 병사가 선고유예를 받았다고는 하나, 결국 전과자가 되었다는 점, 법정형이 징역형만으로 규정된 이 사건 법률조항에 따라 구속수사를 받아 45일간 구금된 바 있다는 점 등을 고려하면 이 사건에서 당해 병사의 피해는 더욱 크다고 할 수 있다.¹⁸⁾

이러한 사건의 경우 유사한 사건이 반복하여 발생할 수 있는데, 실질적으로 성폭력에 해당하나 피해자가 동성애자이거나 동성애자가 아니라 하더라도 일정하게 가해자의 요구에 응한 사정이 있는 경우 성적 만족이 있었다고 간주됨으로써 피해자를 함께 처벌할 가능성은 언제나 있다. 이는 오히려 보호받아야 할 피해자를 범죄자로 만들고, 군대 내에서 취약한 위치에 놓이는 동성애자를 더욱 불리하게 대우할 가능성을 내포하는 것이다.¹⁹⁾²⁰⁾

- 18) 대상결정과 2011년 헌법재판소의 균형법상 ‘추행’죄에 관한 합헌 결정에서, 과잉금지원칙의 피해최소성 원칙을 검토하면서 선고유예도 가능하다는 점을 고려하였으나, 이처럼 징역형만을 규정함으로써 실제로 구속수사가 이루어진다는 점, 가벌성이 극히 낮은 자에 대해서까지 전과자로 만들게 한다는 점, 오히려 선고유예가 가능하기 때문에 유죄인지 여부를 신중하게 판단하지 않을 수 있다는 점 등을 함께 고려한다면 이것이 과연 피해최소성의 원칙을 충족하는 기준으로 삼을 수 있는지는 의문이다.
- 19) 2011년 헌법재판소 결정에서 이동훈 재판관은 합헌의견의 보충의견으로 “상명하복의 엄격한 계급구조로 인하여 상급자가 직접적인 강제력을 행사하지 않은 경우에도 하급자가 스스로 원하지 아니하는 성적 교섭행위에 연관될 개연성이 높은 점”을 언급한 바 있다. 이 사건의 경우 이동훈 재판관이 가정한 상황과 유사한 것으로 볼 수도 있으나 이러한 경우에 이 사건과 같이 피해자 역시도 처벌을 받을 수가 있다는 점에서, 위의 이유로 균형법상 ‘추행’죄가 정당화된다는 이와 같은 주장은 수긍하기 어렵다
- 20) 이성애자 병사와 동성애자 병사가 상호 간에 성적 접촉을 하는 경우에도 균형법상 ‘추행’죄는 일방적으로 동성애자에게 차별적으로 적용된다. 2014년 육군 37사단에서 같은 부대 두 병사가 성적 접촉을 가졌다는 이유로 조사가 이루어졌는데, 부대 내에서 동성애자로서의 정체성을 밝힌 병사는 균형법 92조의6에 따라 기소유예 처분을 받았으나 이성애자로서 일방적으로 당했다고 주장한 다른 병사는 처벌을 받지 않은 사건이 벌어졌다. 만약 동성애자 병사가 상대방을 강제추행했다면 형량이 더 높은 균형법상 강제추행죄의 적용을 받아야 함에도 균형법상 ‘추행’죄의 적용을 받았다. 동성애자 병사가 상대 병사에 비해 계급도 낮고 체구도 왜소했으며 강제가 아니라는 정황증거도 있었고, 만약 균형법상 ‘추행’죄를 적용했다면 상대방에게도 적용해야 했음에도 상대방은 피해자로서 부대의 특별한 보호를 받다가 체대하였다. 한편, 이 병사는 전역할 때까지 5개월 동안 사단 의무실에 격리되어 외출, 외박, 휴가가 제한되고 인터넷이용이 금지되는 등 사실상 강제구금을 당하고, 전역 직전에

3) 군기강에 미치는 영향 등에 대한 고려 없음

수원지방법원 2009. 2. 11. 선고 2008고단5659 판결은 공연성이나 강제성이 없었던 행위와 부대 밖의 여관에서 이루어진 합의에 의한 성관계까지 처벌한 사건이다.

이 사건의 판결문상의 사실관계는 피고인이 생활관에서 같은 부대원의 성기를 손으로 만지고 부대 근처의 여관에서 2회에 걸쳐 항문성교 등을 하였다는 것이다. 이러한 사실관계에 비추어보면 피고인과 그 상대방은 합의에 의해 성적 접촉을 가졌던 것이고, 공연성이나 강제성이 없었으며, 특히 부대 바깥의 여관에서 서로 합의하에 성관계를 맺은 것이다. 그런데 이 사건 판결문에서는 이러한 행위가 군기강 등에 어떠한 영향을 미쳤는지는 판단이 이루어지지 않고, 이러한 행위가 있었다는 것 자체로 유죄를 선고한 것이다. 연애편제라고도 볼 수 있는 이러한 관계를 형사적으로 처벌하는 것은 이미 그 자체로 성적 자기결정권 등을 침해하는 것이고, 무엇보다 이러한 이성 군인 간의 행위를 형사적으로 처벌하지 않음에도 동성 군인 간의 행위라는 이유만으로 처벌하는 것은 자의적인 차별적 취급에 해당한다.

72

특히 대법원 판결이나 2011년 헌법재판소 결정에서 실시하듯 최소한 ‘행위자의 의사, 구체적 행위태양, 행위자들 사이의 관계, 그 행위가 공동생활이나 군기에 미치는 영향과 그 시대의 성적 도덕관념 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 신중히 결정’하여야 할 것인데도, 이 사건에서는 위와 같은 사실관계만을 나열한 후 곧바로 이것이 균형법상 추행죄에 해당한다고 판시하고 있을 뿐이다. 이와 같이 과연 법원이 구체적인 사건의 적용에 있어 이러한 사정들을 고려하고 있는지 의문일 뿐더러, 이성애와 달리 어떠한 동성애 성행위가 있기만 곧바로 이는 비정상적인 것으로서 범죄라고 판단할 가능성은 매우 크다.

는 위 사건을 이유로 영창처분을 받기도 하였다. 이 병사는 전역 후에야 국가인권위원회에 이 사건을 진정할 수 있었고, 이 과정에서 이 사건이 알려졌다. 「[한겨레 프리즘] 균형법 제92조의6」, 〈한겨레〉 2016. 5. 2.자 참조

4) 이성 군인 간 성관계에 대한 형사처벌 없음

2009년에는 레바논 파병 국군 동명부대 안에서 남녀 장교가 성관계를 했다가 형사처벌이 아닌 징계를 받은 사례가 <한국일보> 등 언론을 통해 알려진 바 있다.²¹⁾ 이 사건의 사실관계는 레바논 파병부대인 동명부대 소속의 한 대위가 자신이 근무하는 사무실에서 다른 대위와 성관계를 가졌고, 부대 안에 있는 사무실과 식당, VIP 숙소, 여군화장실 등에서 다섯 차례에 걸쳐 과도한 신체접촉행위를 했고, 또 다른 대위 계급의 장교는 부하인 상사와 방문자 숙소 안에 들어가 침대에 누워 키스를 하는 등의 신체접촉행위를 하였다는 것이다. 이에 대해서 합동참모본부는 징계위원회를 열어 성관계를 한 앞의 두 대위에 대해서는 각각 정직 3개월과 2개월, 방문자 숙소에서 키스를 한 대위에 대해서는 감봉 2개월의 징계를 내렸다.

파병부대는 위험한 해외지역으로 파견되어 임무를 수행하는 부대로서, 균형법상 ‘추행’죄가 보호한다는 ‘군기’가 크게 요청되는 곳이다. 그러나 이와 같은 파병부대 내에서 작전시설인 사무실에서 성관계를 하였고 VIP 숙소, 여군화장실 등을 포함한 여러 곳에서 과도한 신체접촉이 있었음에도 이는 형사처벌이 아닌 징계로만 처리되었을 뿐이다.

이러한 성관계에 대해 징계한 것이 타당한지는 별론으로 하더라도, 이 사건을 위 수원지방법원 2009. 2. 11. 선고 2008고단5659 판결과 비교해 보면 동성 간의 성행위와 이성 간의 성행위를 합리적인 이유 없이 자의적으로 차별하고 있다는 점을 실증적으로 보여준다. 위 2008고단5659 사건의 경우 성관계는 병사들 사이에서 부대 바깥의 여관에서 이루어졌음에도 형사처벌을 받은 반면, 위 동명부대 사건의 경우 성관계는 장교들 사이에서 파병부대의 작전시설인 사무실에서 이루어졌음에도 징계벌을 받은 데에 불과하기 때문이다. 만약 이 둘 사이에서 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 기준으로 하여 가벌성을 평가한다면, 파병부대에서의 장교 간의 성행위는 위와 같은 병사 간의 성행위보다 더욱

21) 「군, 해외 파병부대 성문란 사고 ‘쉬쉬」, <한국일보> 2010. 10. 4.자

크다고 할 수밖에 없다. 또한 장교와 부사관의 이성 간 성적 행위는 병사들 간의 동성 간 성적 행위보다 군대의 엄격한 명령체계나 위계질서를 위태롭게 할 위험성이 더욱 크다. 그럼에도 위와 같은 병사 간의 성행위만을 형사처벌하는 것은 자의적인 차별이라는 것을 보여준다.

5) 소결

이와 같이 구체적인 사건에 비추어 볼 때 균형법상 ‘추행’죄 적용에 있어 성폭력의 처벌에 관하여도, 합의에 의한 성행위의 처벌에 관하여도 차별적이거나 불합리한 결과가 발생한다. 즉, 이 조항은 성적 만족행위인 성폭력과 성적 만족행위가 아닌 성폭력을 구별하여 전자만을 처벌하도록 한다는 점, 성폭력의 피해자까지 처벌하도록 할 수 있다는 점, 구체적인 사정을 고려함 없이 동성에 성행위가 있다면 곧바로 처벌하도록 한다는 점, 이성 간 성행위와 달리 동성 간 성행위만을 자의적으로 형사처벌한다는 점 등을 고려한다면, 기본권을 침해하고 평등원칙에 위배된다는 비판을 피할 수가 없는 것이다.

74

다. 위헌론과 국제인권기구의 권고

이러한 점 등을 이유로 이 조항이 위헌적이라는 지적은 계속 이어져 왔다. 법학자들 사이에서도 균형법상 ‘추행’죄가 위헌이라는 입장이 다수설로 보이고,²²⁾ 2002년 균형법상 ‘추행’죄에 관한 헌법재판소 결정²³⁾에서 헌법재판관 주선희, 송인준은 “우리나라의 경우에도 개인주의적·성개방적인 사고방식에 따라 성에 관한 우리 국민의 법의식에도 많은 변화가 있었고, 동성 간의 성적 행위가 비정상적이며 사회의 성도덕을 심하게 침해한다는 부정적인 시각에서 점차 벗어나 성적 지향성이 다름을 이유로 고용 등에 있어서 차별하는 것을 평등권침해행위

22) 이경환, 앞의 논문; 김희수/송문호, 『군인권법』, 진원사, 2009; 노기호, 「균형법 제92조 “추행죄”의 위헌성 고찰」, 『헌법학연구』 제15권 제2호, 2009; 이상경, 「동성에 군인의 규제에 대한 헌법적 재조명」, 『세계헌법연구』 제16권 제2호, 2010; 이호중, 「균형법 제92조의 5 추행죄의 위헌성과 폐지론」, 『형사법연구』 제23집 제1호, 2011; 김명수, 「성적 소수자의 법적 차별에 관한 고찰」, 『세계헌법연구』 제18권 제1호, 2012 등 참조.

23) 헌법재판소 2002. 6. 27. 선고 2001헌바70 결정.

로 인정하기까지 이르렀으므로, 오늘날과 같이 성에 대한 사회적 의식 및 제도가 개방된 사정 하에서는 공연성이 없고 강제에 의하지 않은 동성 간의 추행을 군의 전투력 보존에 직접적인 위해를 발생시킬 위험이 있다고 보기 어려우며, 따라서 이를 금지하는 것은 균형법상 추행죄는 과잉금지원칙에 위배된다”라면서 위헌 의견을 개진한 바 있다.

특히 2008년에는 군사법원이 직권으로 균형법상 ‘추행’죄에 위헌성이 있다고 보아 이례적으로 위헌법률심판을 제청하기도 했다.²⁴⁾ 균형법 사건을 주로 다루는 군사법원이 스스로 균형법상 ‘추행’죄의 적용에 위헌성과 불합리성이 있다는 것을 인정한 것이다.

2010년 국가인권위원회 역시 헌법재판소에 이 조항이 성적 자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 침해한다는 등의 이유로 위헌이라는 의견을 제출하기도 하였다.²⁵⁾

국제인권법적으로 동성 간 합의에 의한 성관계를 범죄화하는 것은 국제인권법 위반이다.²⁶⁾ 이에 균형법상 ‘추행’죄의 존재가 국제적으로도 알려지면서 한국에 대한 인권 심의가 있는 경우 이에 대한 언급이 이어지고 있다. 2012년에 있었던 유엔 국가별 보편적 정례검토(UPR)에서도 이 조항의 폐지 가능성 검토를 권고 받은 바 있고, 최근 2015년 유엔 시민적 정치적 권리규약 위원회(UN Human Rights Committee) 역시 대한민국의 시민적 정치적 권리 전반을 심의한 후 내

24) 제22사단보통군사법원 2008. 8. 6.자 2008고10 사건에 관한 위헌법률심판제청 결정.

25) 국가인권위원회 2010. 10. 25.자 균형법 제92조에 대한 위헌법률심판(2008헌가21)에 대한 의견제출 결정.

26) 최근에도 유엔 경제적, 사회적, 문화적 권리 위원회(‘사회권위원회’)는 「경제적, 사회적, 문화적 권리에 관한 국제규약(‘사회권규약’)」에 관한 가장 권위 있는 유권해석으로서 발하는 “일반논평(general comment)” 제22호로서 「성과 재생산 건강에 관한 권리(사회권규약 제12조)에 대한 일반논평」을 발표하였다. 2016. 5. 2. 사회권위원회는 위 일반논평에서 사회권규약 제12조가 보장하는 성과 재생산에 관한 권리에 있어 ‘반차별과 평등’을 강조하며 “동성 간 합의에 의한 성관계를 처벌하는 것은 명백한(clear) 인권침해”라는 것을 분명히 했다. General comment No. 22 (2016) on the right to sexual and reproductive health(article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), E/C.12/GC/22

리는 최종 권고에서 군대에서 남성 간 합의에 의한 동성 성관계를 처벌하는 균형법상 추행죄에 관하여 우려를 표명하면서, 대한민국이 균형법상 추행죄를 폐지하여야 한다고 하면서 정부는 이에 대한 이행에 관하여 1년 이내에 위 위원회에 그 이행사항을 보고하도록 강경하게 권고한 바 있다.²⁷⁾

라. 균형법상 ‘추행’죄의 파급효과

균형법상 ‘추행’죄는 단순히 두 남성 군인이 합의에 의해 성관계를 하는 경우에도 처벌을 받게된다는 점에 그치지 않는다.

2011년 6월 유엔 인권이사회는 〈인권, 성적지향과 성별정체성〉²⁸⁾이라는 결의안을 채택하면서, 유엔인권최고대표에게 성적지향과 성별정체성을 이유로 한 세계의 차별실태를 조사하여 보고서를 마련하라는 내용을 결의안에 담은 바 있다.²⁹⁾ 이 결의안에 따라 2011년 11월 유엔인권최고대표는 「성적 지향과 성별 정체성을 이유로 한 차별적 법과 관행 및 개인에 대한 폭력적 행위」 보고서를 작성하여 인권이사회에 보고하였다. 유엔인권최고대표는 이 보고서에서는 최소한 76개 국가가 성적지향 또는 성별정체성에 근거해 사람들을 범죄화하는 데 사용되는 법률을 보유하고 있고, 그러한 행위를 범죄화하는 법이 시행되느냐 그렇지 않느냐는 관계없이 이러한 법의 존재만으로도 계속적이고 직접적으로 개인의 사생활에 개입한다고 밝혔다.³⁰⁾

또한 동성 간의 합의에 의한 성적 접촉을 범죄화하거나 차별하는 법률은 그 법률이 직접 적용되는 당사자나 직접적으로 차별받는 사람들을 훨씬 넘어서는 영향을 미친다. 이러한 법률은 성소수자들이 사회 내에서 완전한 지위를 누릴 자

27) Concluding observations on the fourth periodic report of the Republic of Korea, CCPR/C/KOR/CO/4

28) 유엔인권이사회 결의안 A/HRC/RES/17/19.

29) 한국 역시 유엔 인권이사회 이사국으로서 이 결의안에 찬성하였다.

30) Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, “Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity”, A/HRC/19/41 (17 November 2011).

유와 자신감을 억누르고, 벽장 속으로 숨어들게 하며, 사회적·문화적 현장으로부터 멀어지게 하고, 취업과 교육에 있어서의 기회를 제한하며, 심지어 가족들 과도 거리를 두게 만들기도 한다. 또한 그러한 법률들은 사람들이 다양한 성적 지향과 성별정체성을 가지고 있는 사람들을 부정적으로 보고 차별하며 혐오하게 함으로써, 본질적으로 이들의 인간으로서의 존엄을 무시하는 것을 정당화하는 면죄부로 작용하게 된다.³¹⁾

이러한 점에서 균형법상 추행죄는 적용된 사례가 많지 않다고 하더라도, 동성애를 죄악시 하는 실질적인 규범력을 지닌 규정으로 존재해 왔으며, 군대 내 호모포비아에 대한 법적 근거가 되어 왔다.³²⁾ 나아가 이 조항은 동성애를 부정함으로써 성소수자들을 사회적으로 배제하고, 전체 사회에 영향을 미치면서 성소수자의 시민권을 박탈하는 근거로 작동하기도 한다.

3. 대상결정의 문제점

77

가. 2011년 결정과의 비교

1) 2011년 결정의 내용과 문제점

2011년 헌법재판소는 균형법상 ‘추행’죄가 동성애에 대한 차별적 범죄화로서 헌법적으로 정당화된다는 판단을 적극적으로 실시하였다. 헌법재판소는 “‘추행’이란 정상적인 성적 만족 행위에 대비되는 다양한 행위태양을 총칭하는 것”으로서 “그 대표적이고 전형적인 사례가 ‘계간’, 즉 ‘남성 간의 항문성교’라고 하면서, 동성 간의 성관계를 “이성 간의 성적 교섭행위”와 대비하면서 “비정상적인 성적 교섭행위”라고 하는 등 동성 간의 성행위가 “비정상적인” 것이라는 판단을 내렸다. 나아가 2011년 결정에서 헌법재판소는 2008년 대법원 판결과 마찬가지로

31) 이상의 내용은 ARC International, *An Activist's Guide to The Yogyakarta Principles*, 2010, 49-50쪽 참조.

32) 이경환, 앞의 논문, 98쪽 참조

균형법상 ‘추행’의 의미를 “계간(항문 성교)에 이르지 아니한 동성에 성행위 등 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 성적 만족 행위”라고 해석했다. 결국 이는 ‘동성에 성행위’는 ‘이성 간의 성적 교섭행위’와 대비되는 비정상적인 것, 혐오적인 것, 부도덕한 것이라는 것이다.

또한 위 결정은 균형법상 ‘추행’죄가 동성애자의 평등권을 침해하는지 여부를 판단하면서 동성 간 성폭력과 동성에 성행위를 명확하게 구분하지 않는다. 헌법재판소는 “군대는 엄격한 상명하복의 수직적인 인간관계로 이루어져 있고, 절대 다수의 혈기왕성한 젊은 남성 의무복무자들이 이성 간의 성적 욕구를 원활하게 해소할 방법이 없는 상태에서 장기간의 폐쇄적인 단체생활을 해야” 한다고 하여 ‘수직적인 인간관계’, ‘혈기왕성한 젊은 남성의 성욕’ 등을 언급하면서 동성 간 성폭력의 발생 가능성을 실시하고, “상급자가 같은 성적 지향을 가지지 아니한 하급자를 상대로 동성에 성행위를 감행할 가능성이 높”다면서 합의에 의한 성관계가 아닌 업무상 위력에 의한 추행 내지는 강제추행에 해당하는 행위를 제시함으로써 “동성애자의 평등권을 침해한다고 볼 수 없다”라고 결론을 내린다. 평등권 침해 여부를 판단하기 위하여 비교집단을 설정함에 있어서는 ‘이성 간의 성행위’와 ‘동성 간의 성행위를’ 비교하여야 함에도 ‘이성 간의 성행위’와 ‘동성 간의 성폭력’을 비교한 것이다. 이러한 결론이 가능하기 위해서는 동성애자의 성행위 내지 동성에 성행위는 합의에 의한 성관계가 아닌 성폭력이어야 하는바, 이는 동성에 성행위와 성폭력을 구분하지 않은 것이다.³³⁾

78

뿐만 아니라 “동성애자의 평등권”을 판단하는 과정에서 “이성 간의 성적 욕구를 원활하게 해소할 방법이 없는 상태”를 언급하면서 이성애자를 전제하는 것 역시도 모순되는데, 이러한 모순 역시도 ‘남성의 해소되지 않은 이성간의 성욕은 비정상적 동성에 성행위로 이어지는데, 이러한 비정상적 동성에 성행위는 특히 동성애자가 하급자에 대한 성폭력을 의미한다’는 것이어서 성욕에 의한 행위, 동성

33) 이렇게 합의에 의한 성행위와 성폭력을 구분하지 않는다면, 서로 전혀 다른 행위양태를 법적으로 동일선상에 놓게 하고, 특히 이것이 형법조항에 관한 것이라는 점에서 형벌체계상의 판단에 있어 형벌법규에 관한 명확성원칙이나 자기책임원칙 등의 위배 문제를 필연적으로 발생하게 할 수밖에 없다.

에 성행위, 성폭력을 동일선상에서 바라보기 때문에 발생한 것으로 보인다. 결국 헌법재판소는 ‘이성애자 남성의 성욕 → 폐쇄적인 단체생활 → 비정상적 동성 간 성행위 → 동성애자의 행위 → 동성애자의 하급자에 대한 성폭력’이라는 논리적 정합성을 갖추지 못한 논증을 펴 나가는 것이다.

이러한 시각은 남성 간의 성행위(=성폭력)의 문제의 원인을 ‘혈기왕성한 젊은 남성의 성적 욕구’와 ‘동성애자인 상급자’로 뜻을 박으면서, 오히려 성폭력의 중요한 요인인 ‘엄격한 명령체계나 위계질서’가 동성애로 인하여 위태로워질 것이라는 주장이다.³⁴⁾ 이는 동성애를 사회적 위협 요인으로 바라보는 전형적인 시각으로서, 2011년 헌법재판소는 이처럼 노골적으로 동성애공포/혐오를 드러낸다.

2) 대상결정에서의 변화

대상결정은 헌법재판소가 동성애혐오를 노골적으로 드러냈다는 위와 같은 비판을 의식한 듯, 명시적으로는 ‘동성애’나 ‘성적지향’을 언급하지 않는다. 헌법재판소 홈페이지에 실린 대상결정의 요지에는 “참고로 이 사건은 선임병이 후임병을 추행한 사안으로 그 심판대상조항은 구 군형법 제92조의5 중 ‘그 밖의 추행’ 부분이므로, 사회적으로 큰 관심의 대상이 되고 있는 군대 내에서의 동성애(‘계간’, sodomy)에 대한 형사처벌의 위헌성 문제를 직접 다룬 사안은 아니다.”라는 문구를 굳이 삽입하고 있고, 국제적인 관심을 반영한 듯 이례적으로 이러한 문구를 영문으로 번역하여 함께 실고 있다.³⁵⁾³⁶⁾

34) 이와 같이 동성애자에 대한 편견과 혐오는 실제로 이성애자들에 의해 저질러지는 성폭력 가해를 무시하고 모든 문제를 동성애자에게로 돌려 자칫 군대내 성폭력의 구조와 원인을 위계질서와 권력의 문제가 아니라 동성애자들만의 문제로 잘못 인식하게 하도록 만들어 문제해결을 더욱 어렵게 한다. 한국성폭력상담소, 『군대 내 성폭력 실태 조사』(국가인권위원회 인권상황실태 연구용역보고서), 국가인권위원회, 2004, 93쪽.

35) “The provision at issue is not “sodomy” but “other disgraceful conduct” of the Article 92-5 of the former Military Criminal Act, so the criminal penalty on sodomy is not the main issue of this case.”
<http://www.ccourt.go.kr/cckhome/comn/event/eventSearchTotalInfo.do?changeEventNo=2012%ED%97%8C%EB%B0%94258&viewType=3&searchType=1>

36) 문제는 “계간=sodomy”에 대한 것이 아니라 “추행=disgraceful conduct”에 대한 것이라는 이러한 문구 자체가 모순적이라는 것이다. 소도미법의 형태는 단지 ‘소도미’라는 용어로만

그러나 대상결정은 이렇게 ‘동성애’나 ‘성적지향’이라는 용어를 삭제했을 뿐, 2011년 헌법재판소 결정이 가지고 있는 시각과 태도는 그대로 받아들여 균형법상 ‘추행’죄에 대해서 합헌결정을 내린다. 뿐만 아니라 새롭게 동원한 성폭력 관련 처벌 조항들에 대한 해석론도 기초적인 법리적 오류를 안고 있다. 이하에서는 대상결정의 이러한 내용을 중심으로 보다 자세히 살펴본다.

나. 입법목적 판단의 문제점 : ‘군 내부 성적 문란 행위 예방’

대상결정은 2011년 결정의 내용을 그대로 가지고 와서, 다음과 같이 균형법상 ‘추행’죄의 입법목적은 군 내부의 성적 문란 행위를 예방하기 위한 것이라고 판단한다.

형법과 ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’ 등에서 추행과 관련된 일반적인 형벌규정이 존재함에도 불구하고(형법 제298조,³⁷⁾ 제302조,³⁸⁾ ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’ 제10조,³⁹⁾ 제11조⁴⁰⁾ 등), 심판대상조항이 추행에 관하여 별도의 처벌규정을 둔 것은, 상명하복의 엄격한 규율과 집단적 공동생활을 본질로 하는 군대의 특수한 사정을 고려한 것이다. 즉 군 내부에 성적으로 문란한 행위가 만연하게 된다면 궁극적으로 군의 전투력 보존에 직접적인 위해가 발생할 위험성이 있기 때문에 이러한 문제 발생을 예방하기 위하여 심판대상조항을 제정한 것으로 봄이 상당하다.

현재까지 대법원과 헌법재판소가 실시한 바와 같이 균형법상 ‘추행’죄에서의 ‘추

등장하는 것이 아니라 위와 같이 ‘수치스러운 행위(disgraceful conduct)’라는 말로도 나타는 것으로서 여전히 헌법재판소가 소도미법에 대한 이해가 없다는 것을 보여준다. 소도미법이 있었던 국가의 입장에서 이 문장은 이해하기 어렵다. “소도미가 아니라 소도미에 대한 판단이었다”라는 말과 다름없기 때문이다. 뿐만 아니라 선임병의 후임병에 대한 성폭력을 “수치스러운 행위”라고 표현하게 만드는 이 조항의 문제점을 이 문장은 그대로 보여준다.

37) 강제추행

38) 제302조(미성년자 등에 대한 간음) 미성년자 또는 심신미약자에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음 또는 추행을 한 자는 5년 이하의 징역에 처한다.

39) 업무상 위력 등에 의한 추행

40) 공중 밀집 장소에서의 추행

행'의 의미는, 다른 성폭력 범죄 처벌에 관한 법률조항에서 규정한 '추행'과는 매우 다르다. 균형법상 '추행'죄는 동성 간 성행위를 처벌하려는 것이고 그 주된 보호법익은 군 기강 등의 사회적 법익이다. 반면 성폭력 처벌조항으로서 다른 법률에 등장하는 '추행'은 성폭력을 처벌하려는 것으로서 그 주된 보호법익은 개인의 성적 자기결정권이라는 개인적 법익이다.

그런데 대상결정에서는 굳이 다른 법률조항의 '추행'을 언급하면서 논의의 혼동을 불러일으킨다. 이처럼 다른 법률조항의 '추행'과 균형법상 '추행'죄의 '추행'을 유사한 것이거나 동일선상에 비교한다면 기초적인 논리부터 상충될 수밖에 없다. 이미 2011년에 헌법재판소가 정리한 '추행'의 의미와 충돌하기 때문이다. 이처럼 여전히 '성폭력으로서의 추행(사전적 의미로 '강간이나 그와 비슷한 짓)'과 '소도미로서의 추행(더럽고 지저분한 행동)'을 구분하지 못하는 대상결정의 시작은 오류를 가질 수밖에 없다.

입법목적에 관한 논리의 전개는 더욱 문제적이다. 군대 내에 “성적 문란 행위”가 만연하면 “상명하복의 엄격한 규율과 집단적 공동생활”에 위협이 초래함으로써 “군 전투력 보존에 직접적 위해”가 발생하므로 이 조항이 필요하다는 것이다. 일견 타당해 보이는 이 내용의 중요한 문제점은 동성 간 성행위와 “성적 문란 행위”를 직접적으로 연결시킨다는 점이다. 이것은 사회적으로 동성애를 규제해야 한다는 소도미법의 편견과 차별을 그대로 보여줄 뿐이다. 만약 성적 문란 행위가 문제된다면 이성 간의 성적 행위 역시도 문제를 삼아야 할 것인데, 헌법재판소는 이를 고려하지 않는다.

‘동성이 집단생활을 하면 성적 문란이 만연할 가능성이 높다’는 전제는 “상명하복의 엄격한 규율”이라는 내용과 만나면 이 역시 이해하기 어려운 문제에 봉착한다. 상명하복의 엄격한 규율과 동성 간 집단생활이 결합하여 동성 간 성폭력의 빈발한 발생 가능성을 논하면 모를까, 이러한 사정에서 군대 내에서 ‘성적 문란’이 발생한다는 것은 상식적으로 납득하기 어렵다.

다. 동성애 혐오/공포의 유지

1) ‘비정상적’ 동성애와 잠재적 성범죄자로서의 동성애자

위와 같은 ‘동성 집단생활’과 ‘성적 문란’을 연결시키는 고리는 바로 동성애 혐오/공포, 즉 호모포비아이다.

대상결정은 이 조항에 관한 죄형법정주의의 명확성원칙 위반 여부를 판단하면서, 역시 2011년의 결정을 그대로 받아들이면서 균형법상 ‘추행’죄가 “자유로운 외부출입이나 독립적인 사생활이 보장되지 못한 채 폐쇄적으로 단체생활을 하면서 동성 사이에 생활관, 화장실, 샤워실 등의 공간을 공동으로 사용하여야 하는 군대 내에서는 개별적이고 독립적인 생활을 영위하는 일반 사회생활에서와 달리 비정상적인 동성 사이의 성적 교섭행위가 발생할 가능성이 매우 높아지는바, 심판대상조항은 바로 이러한 문제 발생을 예방하기 위하여 제정된 것”이라고 설시한다. 여기서 주목되는 것은 두 가지인데, 하나는 공동 사용 공간으로 적시된 “생활관, 화장실, 샤워실”의 나열, 두 번째는 “비정상적인 동성 사이의 성적 교섭행위”라는 표현이다.

“생활관, 화장실, 샤워실”은 맨몸이 드러날 수 있는 공간이다. 성폭력이 일상적으로 이루어지는 업무공간이나 경계초소 등에 대한 언급이 없는 데에는, 이러한 공간이 동성애자가 다른 남성들을 바라보는 시선적 주체이자 잠재적 성범죄자로 상상되고 상정되기 때문이다.

이러한 관점은 “비정상적 동성 사이의 성적 교섭행위”라는 구절에서 명시적으로 드러난다. 이것이 “동성 사이의 성적 교섭행위”가 “비정상적”이라는 것인지 “동성 사이의 성적 교섭행위” 중 “비정상적”인 행위가 있다는 것인지는 정확하지 않으나, “이성 사이의 성적 교섭행위”라는 문구 역시도 결정문에 드러나지만 이에 대해서는 ‘비정상적’이라는 수식어가 없다는 점은 이미 동성 간 성행위를 차별적으로 판단하고 있음이 드러난다. 만약 이를 동등하게 비교의 대상으로 삼았다면, ‘비정상적’이라는 표현의 문제점을 차치하고서라도, “비정상적 동성 사이

의 성적 교섭행위”와 “비정상적 이성 사이의 성적 교섭행위”를 비교해야 했다. 그러나 헌법재판소는 애초에 차별적 태도를 바탕으로 이 조항을 판단하고 있는 것이다.

2) 평등원칙 위배 여부 판단의 문제점

이러한 차별적 관점과 전제는 평등원칙 위배 여부를 판단하는 데 직접적으로 영향을 미친다. 대상결정은 평등원칙 위배를 판단함에 있어서 균형법상 ‘추행’죄가 “동성 군인 사이에 성적 행위가 있었다는 이유만으로 처벌하는 규정이 아니라, 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하면서 계간에 이르지 아니한 동성 군인 사이의 성적 만족 행위로서, 군이라는 공동 사회의 건전한 생활과 군기를 침해하는 것만을 처벌하는 규정일 뿐”이라고 실시한다. 그러나 이러한 기준은 지나치게 포괄적인 것이어서 대상결정이 강변하듯 명확성의 원칙이 지켜진다고 하기는 어렵고, 과연 “동성 군인 사이에 성적 행위가 있었다는 이유만으로 처벌하는 규정이 아니”라고 할 수 있는지는 실제 사례들을 검토하였을 때 의문이다. 만약 동반입대를 한 동성커플이 아무도 보지 않는 곳에서 키스를 하였거나 휴가를 나와 성관계를 가졌을 때 이것은 처벌 대상인가 아닌가? 또 만약 혼인한 부부 군인, 또는 이성연인 관계인 군인이 아무도 보지 않는 곳에서 키스를 하였거나 일과 후에 집에서 성관계를 가졌을 때와 비교하면 어떠한가?

83

평등원칙 위배 여부에 관한 부분에서는 2011년의 결정과의 차이 역시 발견된다. 먼저, 2011년 결정에서는 명시적으로 “동성애자의 평등권” 침해 여부가 문제되었으나, 대상결정은 “동성 사이의 성적 행위를 한 군인의 평등권”을 이성 사이의 성적 행위를 한 군인과 비교하여 판단한다. 엄밀하게 성적 행위와 성적 지향은 구분되는 것일 수 있으나, 이러한 조항 자체가 애초에 상정한 것은 동성애에 대한 규제로서 동성애자를 표적으로 삼은 것으로서 동성애자의 기본권 침해 여부를 판단하는 것은 필수적인 일이다. 미국의 ‘소도미법’에 대한 연방대법원의 판결에서도 ‘성적 행위’를 처벌하는 이 법조항을 동성애자의 기본권과 연관시킨 것은 이 때문이다.⁴¹⁾ 그럼에도 대상결정이 성적지향이 아니라 ‘성적 행위’로 판

단을 축소시킨 것은 동성애자에 대한 차별이자 범죄화 조향으로서의 균형법상 ‘추행’죄의 문제를 회피하려는 것으로 평가된다.

한편, 2011년 결정에서는 “엄격한 상명하복의 수직적인 인간관계”, “절대 다수의 혈기왕성한 젊은 남성”, “이성 간의 성적 요구를 원활하게 해소할 방법이 없는 상태”, “상급자가 같은 성적 지향을 가지지 아니한 하급자를 상대로 동성애 성행위를 감행할 가능성” 등을 실시하면서 차별의 합리성이 있다며 평등원칙을 위배하지 아니한다는 판단을 한 바 있다. 이에 대해서 이성애자의 행위와 동성애자의 행위, 성폭력과 성행위에 대한 구분 없음 등에 비판이 제기되었다는 점은 앞서 제시한 바와 같다.

84

이러한 비판을 의식한 듯 대상결정은 이러한 내용은 대폭 삭제하고, 매우 간략하게 “동성 사이의 성적 행위를 한 군인에게만 적용되는 것은 앞서 본 바와 같이 군대는 동성 사이의 비정상적인 성적 교섭행위가 발생할 가능성이 현저히 높으며, 상급자가 하급자를 상대로 동성 사이의 성적 행위를 감행할 가능성이 높고, 이를 방지할 경우 군의 전투력 보존에 직접적인 위해가 발생할 우려가 크다는 군대 내의 특수한 사정에 따른 것”이라고 판시한다. 그러나 이러한 판단 역시도 “동성 사이의 비정상적인 성적 교섭행위”라는 내용을 통해 동성애 혐오를 그대로 노출할 뿐만 아니라, “상급자가 하급자를 상대로 성적 행위를 감행”이라는 표현을 통해 마찬가지로 동성애자에 대한 잠재적 범죄자로서의 재현과 성폭력을 성관계와 동일선상에 놓는 논리적 문제점은 2011년의 결정과 조금도 다르지 않다.

대상결정은 평등원칙 위배 여부와 관련하여 이 조항이 “동성 사이의 성적 행위를 한 군인과 이성 사이의 성적 행위를 한 군인을 차별하기 위한 목적에서 규정

41) 미국연방대법원 *Lawrence v. Texas* (2003) 사건 참조. 미국연방대법원은 ‘소도미법’에 대해 위헌이라고 판단하면서, “동성애 행위를 범죄로 만들 때, 그러한 선언 자체가 동성애자를 차별당하도록 만드는 것”이라고 판단했다. 이 판결의 별개의견에서 오코너 대법관 역시 “동성애 처벌법이 행위에만 적용되는 것이 사실이지만, 이 법이 표적으로 하고 있는 행위는 동성애자라는 것과 밀접하게 관련되어 있다. 이런 상황에서 이 법은 행위 이상을 표적으로 한다. 실상은 동성애자라는 집단을 향한 것이다”라고 하여 동성애 행위와 동성애적 성적지향이 분리될 수 없다는 의견을 개진했다.

된 것이 아니”라고 단정한다. 그러나 대상결정이 보여주는 동성애에 대한 차별적 태도와 소도미범으로서의 입법 연원을 고려하였을 때 이러한 단언 역시 ‘차별하나 차별하려는 것이 아니’라는 모순적인 주장을 강변하는 것에 불과한 것이 된다. 대상결정에서는 ‘동성애’나 ‘성적지향’에 대한 직접적인 언급을 피하였을 뿐, 2011년의 결정과 마찬가지로 동성애에 대한 혐오적이고 차별적이며 편견에 기반하여 판단하였다는 비판을 피할 수가 없다.

라. 대법원 입장과의 충돌

대상결정은 2009년 군형법의 개정으로 인하여 제92조의2에 강제추행죄를, 제92조의3에 준강제추행죄를 별도로 규정하고 있으므로, “폭행·협박에 의한 강제추행이나 심신상실 또는 항거불능 상태를 이용한 준강제추행은 더 이상 심판대상 조항의 적용범위에 포함되지 않는다”고 단언한다. 이러한 태도는 폭행·협박에 의한 강제추행 등은 군형법상 해당 조항만 적용되는 것으로서 군형법상 ‘추행’죄는 적용 가능성이 없는 법조경합의 관계로 파악하는 것으로 보인다.

85

이에 따라 대상결정은 “그 밖의 추행’이란 결국 폭행·협박에 의한 강제추행이나 심신상실 또는 항거불능 상태를 이용한 준강제추행을 제외하고, 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하면서 계간에 이르지 아니한 동성 군인 사이의 성적 만족 행위로서, 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 침해하는 것을 의미”한다면서 2011년의 결정보다 그 의미를 좁히면서 명확성의 원칙에 반하지 않는다고 판단하였다.

그러나 대법원과 군검찰 실무상 군인등강제추행과 군형법상 ‘추행’에 대해서는 상상적 경합을 인정하고 있다.⁴²⁾ 즉, 어떠한 행위가 있을 때 군형법상 강제추행죄를 적용할 수도, 군형법상 ‘추행’죄를 적용할 수도 있다는 것이다. 이러한 혼란은 매우 심각한 것으로서, 헌법재판소와 대법원이 서로 다른 판단을 내리고

42) 국방부 2016. 7. 22.자 헌법재판소 2012헌바258 사건에 대한 보충의견서 참조. 국방부에 따르면 이와 같은 상상적 경합설에 입각한 고등군사법원 판결에 대한 대법원 상고가 기각되어, 대법원 역시 이러한 입장을 따르고 있다고 한다.

있는 것이다.

상상적 경합을 인정한다면, 헌법재판소의 판단과 달리 이는 결국 군검찰의 자의적인 기소를 가능하게 하는 것이고, 균형법상 ‘추행’죄의 적용에 있어 성폭력과 합의에 의한 성관계를 동일선상에 놓는 문제는 조금도 해소되지 않는 결과를 초래한다.

또한 대상결정은 “오히려 앞서 본 바와 같이 2009년 법률 제9820호로 균형법이 개정되어 폭행·협박에 의하거나 심신상실 또는 항거불능 상태를 이용하여 추행한 행위는 심판대상조항의 적용범위에 포함되지 않게 됨으로써 심판대상조항에서 처벌되는 추행의 유형 등이 개정 전의 위 규정보다 축소되었”으므로 과잉금지원칙 위배가 아니라는 선례를 변경할 필요성이 없다고 실시하고 있는데, 대법원과 국방부, 군검찰의 입장과 실무에 비추어보았을 때 이러한 판단 역시도 오류로 귀결된다.

86

마. 논리 비약적인 ‘국가안보라는 공익’의 동원

대상결정은 과잉금지원칙 위반 여부를 판단하면서 2011년 결정의 요지를 옮겨온다. 이 중 법익의 균형성 부분에서는 “이 사건 법률조항으로 인하여 군인들이 받게 되는 성적자기결정권이나 사생활의 비밀과 자유의 제한 정도가, 이 사건 법률조항을 통하여 달성하고자 하는 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활 및 군기의 보호’, 나아가 국가의 존립과 모든 자유의 전제조건인 ‘국가안보’라는 공익보다 크다고 할 수 없”다고 판시하고 있다.

그런데 이러한 판단에는 균형법상 ‘추행’죄의 존재가 “‘국가안보’라는 공익”과 어떠한 연관이 있는지에 대한 아무런 근거나 논리가 존재하지 않는다. 대부분의 국가, 특히 이른바 ‘선진국’들에는 이러한 법조항이 존재하지 않고, 오히려 ‘소도미법’을 폐지하고 성소수자의 군 복무를 보호하고 촉진하는 정책을 펴고 있다는 점을 고려하면, “국가 존립과 모든 자유의 전제조건인 ‘국가안보’라는 공익”을 이유로 균형법상 ‘추행’죄를 정당화하기는 어렵다.

바. 반대의견(위헌의견)의 문제점

4명의 재판관이 낸 반대의견 역시 법정의견만큼은 아닐지라도 중대한 오류와 한계점을 지닌다. 이에 관하여 간략히 살펴보면 다음과 같다.

1) 과잉금지원칙과 평등원칙 위반에 대한 판단 없음

반대의견은 균형법상 ‘추행’죄 조항과 관련하여 강제성 유무 등에 대하여 판단하면서 이 조항이 죄형법정주의의 명확성원칙을 위반하여 위헌이라는 것이었다. 그러나 이 사건이 ‘소도미법’으로서 동성애를 범죄화하는 법률에 관한 것이라는 점을 고려할 때, 이 조항이 동성애자 병사의 기본권을 침해하고 평등원칙에 위배되는지 여부에 대해서 명확한 입장을 밝혀야 했다. 그럼에도 위헌의견은 단순히 형식적 차원에서 명확성원칙 위반 여부에 대해서만 판단함으로써 그 역할을 다하지 못했다.

반대의견을 낸 재판관들이 합의에 의한 동성 간 성행위를 처벌하는 것에 대해 위헌성이 있다고 보는지 여부는 불명확하다. 반대의견은 “합의에 의한 음란행위 까지도 심판대상조항의 ‘추행’에 해당한다고 본다면 이 경우에는 군의 전투력 보존과 직접적인 관련성이 없다고 볼 수 있기 때문에 원칙적으로 형사처벌의 범위에서 제외함이 마땅하고, 설사 아직 우리나라 군의 현실을 고려하여 ‘합의에 의한 음란행위’도 형사처벌하는 것이 불가피하다고 보더라도 ‘군영 내’에서 이루어지는 행위만 처벌하는 것으로도 충분히 그 입법목적은 달성할 수 있을 것”이라고 실시하고 있는 한편, “군대 내에서의 추행을 형법이나 성폭력처벌법과 달리 규정하여야 하는 이유가, 군의 특성상 군인은 군영 내에서 동성간 집단숙박을 하여야 하고, 엄격한 상명하복관계에 있어 상관의 지시를 거역하기가 사실상 불가능하다는 점에 있음”이라고 판단하고 있다. 이에 따르면 원칙적으로는 합의한 동성 간 성관계에 대해 처벌해서는 안 되나, 군대 내에서 이러한 행위를 처벌하는 것을 정당화할 수 있다는 다소 모호한 입장을 보여주는 것으로 보인다. 성행위와 성폭력을 동일선상에서 처벌하는 것이 문제적이라는 반대의견의 입장에서도, 성폭력에 관한 내용을 의미하는 듯한 점을 근거로 정당화될 수 있다는 위와

같은 입장에 의해 모순해 봉착한다는 비판도 가능할 것으로 보인다.

반대의견은 이러한 입장을 보여주면서 과잉금지원칙 위반이나 평등원칙 위반에 대해서는 명확한 판단을 피한다. 이러한 판단의 회피는 위헌의견 역시 동성애에 대한 편견과 혐오를 일부나마 드러내고 있는바, 이러한 인식에서 비롯된 것으로 보인다. 특히 다음과 같은 사정을 살펴보면 위헌 의견 역시 성행위에 대한 형사법적 규제에 대해 중대한 오해를 하고 있음을 알 수 있다.

2) 자발적으로 합의한 성관계를 ‘음란행위’로 보는 문제점

반대의견은 ‘선량한 풍속’이라는 사회적 법익을 침해하는 행위에 대하여 형법에서는 ‘음란한 행위’ 등의 용어를 사용하는 데 착안하여 균형법상 ‘추행’죄의 구성요건으로 가능한 내용을 ‘강제성을 수반하는 행위’와 ‘강제성을 수반하지 않는 음란한 행위’ 또는 ‘당사자 간의 자발적 합의에 의한 음란행위’로 구분한다. 합의에 의한 성관계를 ‘음란한 행위’라고 보는 것이다. 이러한 구분은 반대의견 안에서 계속되는데, 합의에 의한 성관계를 ‘음란행위’로 보는 것은 중대한 문제점을 안고 있다.

88

형법상 ‘음란’에 대한 규제는 공연음란죄나 음화 반포 또는 제작 등에 대한 것이다. 이 때 쓰이는 ‘음란’의 개념은 ‘자발적 합의에 의한’ 성관계와는 관계가 없는 것이다. 대법원은 형법상 ‘음란’ 개념에 관하여 “사회통념상 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것을 의미하는 것”이라고 하여,⁴³⁾ 개인의 성관계가 아니라 성적인 행위 내지 표현물이 사회적으로 공개성이 있을 때에 이러한 ‘음란’ 여부를 판단한다. 따라서 필연적으로 성인 간의 합의에 의한 성적 행위를 음란행위라고 보기는 어렵다.⁴⁴⁾

43) 대법원 2008. 3. 13. 선고 2006도3558 판결 등 참조

44) 서울서부지방법원 2015. 1. 13. 선고 2014고정1040, 2014고정1100(병합) 판결 참조. 이 사건은 방실이 구획된 수면실을 갖춘 사우나에서 2명의 남성이 그 방실 내에서 성관계를 하였다는 이유로 사우나 업주를 풍속영업의 규제에 관한 법률 위반으로 기소한 데 대한

이처럼 반대의견 역시 파악하듯 ‘음란행위’는 사회적 법익의 보호를 위하여 법적 규제의 대상이 되는데, 반대의견의 실시처럼 사적인 성관계를 ‘음란행위’라고 한다면 형법이 이러한 사적 성관계에 대해서 개입하고 규제할 수 있다는 것으로 귀결되고, 이러한 규제의 가능성은 애초에 동성애와 같은 ‘소도미’에 대한 처벌의 근거가 된다. 이러한 행위를 사회적 규제 대상을 의미하는 음란행위라 할 때, 동성애 범죄화의 가능성은 언제든지 열려 있는 것이다. 그러다 보니 반대의견에서도 “실사 아직 우리나라 군의 현실을 고려하여 ‘합의에 의한 음란행위’도 형사처벌하는 것이 불가피하다고 보더라도 ‘군영 내’에서 이루어지는 행위만 처벌하는 것으로도 충분히 그 입법목적은 달성할 수 있을 것”이라는 판시가 가능해진다.

따라서 위헌론을 펴는 데 있어서도 이와 같은 접근은 부적절할뿐만 아니라 법리 상으로도 오류인바, 반대의견의 ‘음란행위’에 관한 설시는 부당하다고 판단된다.

3) 성범죄 처벌에 관한 법체계에 대한 오인

한편, 대상결정의 반대의견에서는 법정의견에서와 유사하게 성범죄 처벌에 관한 법체계에 대해 오인하는 오류를 범한다. 반대의견은 “가장 빈발할 수 있는 ‘위계 또는 위력을 사용한 추행행위’에 관하여는 균형법상 여전히 별도의 규정이 없다. 그러므로 ‘위계 또는 위력을 사용한 추행행위’의 경우는 심판대상조항으로 규율할 수밖에 없을 터”라고 하고 있는데, 동성 군인 간 발생한 ‘위계 또는 위력을 사용한 추행행위’는 특별법인 균형법과의 관계를 고려하여 일반 형법상 업무상 위력 등에 의한 간음(형법 제303조) 또는 성폭력처벌법상 업무상 위력 등에 의한 추행(성폭력처벌법 제10조)로 처벌할 수 있음에도 이것이 마치 입법의 공백인 것처럼 서술하고 있는 것이다.

이러한 오류는 사소해 보일 수 있을지라도 중요한 문제이다. 왜냐하면 이것이 입법의 공백으로 받아들여질 경우 균형법상 ‘추행’죄를 변칙적으로 활용함으로써 그 필요성이나 합헌론의 근거로 삼을 수 있기 때문이다. 반대의견이 균형법상

판결이다.

‘추행’죄의 필요성 자체에 대하여 유보적인 태도를 보이는 것은 이러한 인식에서도 기인한 것일 가능성이 있다. 이처럼 반대의견은 법적용에 관한 기초적인 오류를 범함으로써, 균형법상 ‘추행’죄에 대한 정확한 판단을 놓치고 말았다.

사. 소결

이상과 같이 대상결정은 동성애에 대한 편견과 차별적인 태도로 큰 비판을 받았던 2011년의 결정과 큰 차이 없이, 동성애 혐오/공포에 근거하여 균형법상 ‘추행’죄에 대하여 합헌을 결정했다. 위헌의견 역시 이러한 편견을 공유하면서 명확성의 원칙에 위배된다는 판단에 그치고 과잉금지원칙과 평등원칙 위배 여부에 대해서는 함구했다. 이러한 대상결정의 판시는 법리상으로도 정당화되기 어려울 뿐더러, 성소수자 인권에 관한 사회적인 인식 수준에도 미치지 못하고 오히려 국제인권법적으로 규제의 대상인 반성소수자 세력의 차별선동과 혐오에 동조하고 힘을 실어주는 결과를 초래했다. 이러한 헌법재판소의 판단은 헌법이나 국제인권기준에도 반하는 것으로서, 한국 사회의 제도화된 성소수자 혐오, 그리고 차별적 현실을 드러내는 것으로서 비판의 대상이라 할 것이다.

90

V. 결론

균형법상 ‘추행’죄는 그 입법목적이나 연원, 내용으로 보았을 때 한국판 ‘소도미법’으로서 동성애를 범죄화하는 조항이다, 다만 과거 성범죄가 친고죄였던 당시 이 조항을 동원하여 남성 군인 간 성폭력을 우회적으로 처벌하기 위해 활용하면서 성폭력과 동성애라는 상이한 내용이 뒤섞이며 논의의 구조가 복잡해졌을 뿐이다. 친고죄가 폐지된 현재에 이르러서도 성폭력과 동성애를 아울러 규제하는 법조항으로서 균형법상 ‘추행’죄는 여전히 사회적으로 인식되고 있고, 법조 실무에서도 마찬가지이다. 이러한 인식에는 ‘남성 간 동성애’와 ‘성폭력’을 자연스럽게 연결시키는 동성애에 대한 편견 역시도 큰 영향을 미쳤다. 그러나 이처럼 동성애와 성폭력을 같은 선상에서 다루는 것은 그 자체로 ‘다른 것을 같게 다루는 것’으로서 평등원칙에 위반된다는 비판을 피할 수가 없다.

동성애를 이성애와 달리 범죄화하는 동시에 동성애와 성폭력을 동일선상에 놓고 규율하는 이 조항을 정당화하기 위해서는 ‘동성애-유해한 것-전투력 위해-성폭력’ 등으로 이어지는 동성애 혐오/공포에 기반한 성적지향에 대한 차별적 논리를 동원하지 않고서는 불가능하다. 이러한 논리가 평등원칙을 선언하고 있는 헌법에 정면으로 배치되고 국내법뿐만 아니라 국제인권법을 위반하는 것은 물론이다.

헌법재판소는 바로 이러한 관점에서 균형법상 ‘추행’죄의 위헌성을 헌법에 따라 판단해야 했다. 그럼에도 대상결정은 ‘추한 행위’로 동성애를 규정한 심판대상조항의 동성애 혐오적이고 차별적인 관점 안에서 ‘추행’죄에 내포한 차별과 편견을 되풀이하였을 뿐이다. 가장 헌법에 따라 판단해야 할 헌법재판소가 평등원칙에 위배되는 가치관과 편견, 태도에 기반해 이 조항에 대해 합헌 결정을 내린 것이다. 그러다 보니 대상결정은 2011년의 결정에 이어 모순적인 논리 전개를 반복하고, 기초적인 법리에 있어서도 이해하기 어려운 오류들을 그대로 노출했다. 결국 편견과 오류에 기반한 헌법재판소의 결정 자체가 위헌적이고 국제인권법을 위반하는 일이라고 평가할 수밖에 없다.

앞서 언급하였듯 유엔 자유권 위원회는 균형법상 ‘추행’죄를 폐지하라고 권고했고, 1년 이내에 그 이행사항을 보고하라고 했다. 그 기한을 석 달가량 앞두고 헌법재판소는 이에 대한 기대를 완전히 저버렸고, 국제인권법을 준수해야 할 기관으로서의 의미도 상실해 버렸다.

균형법상 ‘추행’죄에 대한 지난한 논의는 앞으로도 계속될 것이고, 입법청원과 헌법소원 제기 등 이를 위한 폐지의 노력도 이어질 것이다. 서두에 언급한 바와 같은 차별선동적이고 혐오적인 반성소수자 운동가들의 주장 역시 사회적으로 반복될 것이겠지만, 이러한 혐오와 차별선동이 받아들여지지 않도록 이 조항에 대한 합리적인 논의가 보다 촉발될 수 있도록 합리적인 공론의 장을 마련하는 것 역시 시급하다. 또한 이 조항의 폐지를 위한 입법, 행정, 사법부의 노력과 사회적 노력 역시 반드시 요청된다. 이번 헌법재판소의 결정을 계기로 더 많은 합리적인 논의와 헌법에 입각한 검토가 이루어지기를 기대한다.

[참고]

헌 법 재 판 소
결 정

사건 2012헌바258 균형법 제92조의5 위헌소원
청구인 박○
대리인 법무법인 서성 (담당변호사 주진영)
변호사 한가람, 류민희, 장서연, 조혜인
당해사건 부산지방법원 2012노1042 추행
선고일 2016. 7. 28.

주 문

92

구 균형법(2009. 11. 2. 법률 제9820호로 개정되고, 2013. 4. 5. 법률 제11734호로 개정되기 전의 것) 제92조의5 중 ‘그 밖의 추행’에 관한 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

이 유

1. 사건개요

가. 청구인은 군복무 중이던 2011. 10. 초순경부터 같은 해 12. 13.까지 소속 부대 생활관 또는 해안초소 대기실에서 후임병인 피해자의 팬티 안으로 손을 집어 넣어 피해자의 성기를 만지는 등 총 13회에 걸쳐 피해자를 추행하였다는 공소사실로 기소되어, 2012. 2. 22. 징역 6월에 집행유예 1년을 선고받았다(육군 제○사단 보통군사법원 2012고1).

나. 이에 청구인은 항소하였고(부산지방법원 2012노1042), 항소심 계속 중 구

군형법 제92조의5에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나 2012. 6. 15. 기각되자(부산지방법원 2012초기1261), 2012. 7. 9. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 심판대상

청구인은 구 군형법 제92조의5 전체에 대하여 심판청구를 하고 있으나, 당해 사건에서 재판의 전제가 되는 부분으로 한정함이 타당하다. 따라서 이 사건 심판대상은 구 군형법(2009. 11. 2. 법률 제9820호로 개정되고, 2013. 4. 5. 법률 제11734호로 개정되기 전의 것) 제92조의5 중 ‘그 밖의 추행’에 관한 부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이다.

심판대상조항의 내용은 다음과 같고, 관련조항의 내용은 [별지]와 같다.

[심판대상조항]

구 군형법(2009. 11. 2. 법률 제9820호로 개정되고, 2013. 4. 5. 법률 제11734호로 개정되기 전의 것)

제92조의5(추행) 계간(鷄姦)이나 그 밖의 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다.

3. 청구인의 주장

가. 심판대상조항은 ‘그 밖의 추행’을 형사처벌하면서도 강제성 필요 여부, 범죄행위의 주체, 객체, 행위 장소 등에 관하여 구체적으로 한정하지 아니함으로써 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반된다.

나. 심판대상조항은 그 적용범위가 광범위하게 규정되어 강제력이 없는 성적 만족 행위뿐만 아니라 강제력이 있는 성적 만족 행위까지 모두 하나의 규정에서 처벌하고 있으므로, 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 성적자기결정권, 사생활의 비밀과 자유, 신체의 자유를 침해한다.

다. 심판대상조항이 폭행·협박으로 추행하였으나 피해자가 고소를 취소하여 공소권이 없어진 사안까지 처벌하는 것으로 해석된다면, 형법 제298조의 강제추행죄를 범하였으나 피해자의 고소가 취소되어 불기소처분을 받게 된 일반 국민의 경우와 비교하여 군인을 자의적으로 차별하는 것이고, 심판대상조항이 동성 군인 사이에만 적용된다면, 동성 사이의 성적 행위를 한 군인을 이성 사이의 성적 행위를 한 군인과 비교하여 자의적으로 차별하는 것이므로, 심판대상조항은 평등원칙에 위반된다. 또한 ‘합의 없이 이루어진 동성 사이의 성폭력’과 ‘합의에 의해 이루어진 동성 사이의 성적 행위’를 동일한 조항으로 형사처벌하는 것은 자기책임원칙에 반하는 비합리적인 차별로서 평등원칙에 위반된다.

4. 판단

가. 심판대상조항의 입법연혁 및 보호범의

(1) 심판대상조항의 입법연혁

1962년 법률 제1003호로 제정된 구 군형법 제92조(추행)는 “계간 기타 추행을 한 자는 1년 이하의 징역에 처한다.”라고 규정하고 있었다. 위 규정 중 ‘기타 추행’에 관한 부분이 헌법에 위반되는지 여부가 논의되어 왔으나, 헌법재판소는 2002. 6. 27. 선고 2001헌바70 결정 및 2011. 3. 31. 선고 2008헌가21 결정에서 위 규정 중 ‘기타 추행’에 관한 부분은 죄형법정주의의 명확성원칙이나 과잉금지원칙에 위반되지 않아 헌법에 위반되지 않는다고 판시한 바 있다.

그런데 2009년 법률 제9820호로 개정된 구 군형법에서는 제92조의2에 폭행이나 협박으로 군형법 제1조 제1항부터 제3항까지에 규정된 사람(이하 ‘군인’이라고만 한다)을 추행한 사람을 처벌하는 ‘강제추행죄’를, 제92조의3에 ‘군인’의 심신상실 또는 항거불능 상태를 이용하여 추행한 사람을 처벌하는 ‘준강제추행죄’를 별도로 신설하고, 제92조의8에 이들 범죄를 친고죄로 규정하는 한편, 종전에 제92조에 규정되어 있던 ‘추행죄’를 제92조의5(심판대상조항)로 이동하여 “계간(鷄姦)이나 그 밖의 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다.”고 규정하여 법정형을 높이고 친고죄의 대상에서는 제외하였다.

그 후 2013년 법률 제11734호로 개정된 군형법은 기존의 친고죄 규정을 삭제하는 한편, 기존의 추행죄를 제92조의5(심판대상조항)에서 제92조의6으로 이동하면서 “제1조 제1항부터 제3항까지에 규정된 사람에 대하여 항문성교나 그 밖의 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다.”고 규정하여, 추행행위의 객체를 ‘군인’으로 명시적으로 한정하고, 통상 남성 사이의 성교행위를 지칭하는 용어인 ‘계간’을 ‘항문성교’로 바꾸어 규정하였다.

(2) 심판대상조항의 입법목적과 보호법의

형법과 ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’ 등에서 추행과 관련된 일반적인 형벌규정이 존재함에도 불구하고(형법 제298조, 제302조, ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’ 제10조, 제11조 등), 심판대상조항이 추행에 관하여 별도의 처벌규정을 둔 것은, 상명하복의 엄격한 규율과 집단적 공동생활을 본질로 하는 군대의 특수한 사정을 고려한 것이다. 즉 군 내부에 성적으로 문란한 행위가 만연하게 된다면 궁극적으로 군의 전투력 보존에 직접적인 위해가 발생할 위험성이 있기 때문에 이러한 문제 발생을 예방하기 위하여 심판대상조항을 제정한 것으로 봄이 상당하다.

따라서 심판대상조항은 군 내부의 건전한 공적생활을 영위하고, 군 조직 전체의 성적건강을 유지하기 위하여 제정된 것으로서, 주된 보호법익은 ‘개인의 성적 자유’가 아니라 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 사회적 법익이라 할 것이다(헌재 2011. 3. 31. 2008헌가21).

나. 쟁점의 정리

이 사건의 쟁점은 심판대상조항이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되는지 여부, 과잉금지원칙을 위반하여 군인들의 성적자기결정권, 사생활의 비밀과 자유, 신체의 자유를 침해하는지 여부, 평등원칙에 위반되는지 여부이다.

청구인은 심판대상조항이 ‘합의 없이 이루어진 동성 사이의 성폭력’과 ‘합의에 의해 이루어진 동성 사이의 성적 행위’를 동일하게 형사처벌하는 것은 자기책임

원칙에 반하는 비합리적인 차별로서 평등원칙에 위반된다는 취지로 주장하나, 이는 심판대상조항이 합의 여부를 불문하고 ‘그 밖의 추행’을 모두 형사처벌하도록 규정하고 있기 때문인바, 이러한 심판대상조항이 합리적인지에 관하여 과잉금지원칙 위반 여부에서 판단하는 이상 이를 별도로 판단하지 아니한다.

다. 죄형법정주의의 명확성원칙 위반 여부

(1) 명확성원칙과 예시적 입법형식

헌법 제12조 및 제13조에서 보장하는 죄형법정주의 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건이 명확하게 규정될 것을 요구한다. 형벌조항의 내용이 애매모호하거나 추상적이어서 불명확하면 무엇이 금지된 행위인지를 국민이 알 수 없어 법을 지키기가 어려울 뿐더러 범죄의 성립 여부가 법관의 자의적인 해석에 맡겨져 죄형법정주의에 의하여 국민의 자유와 권리를 보장하려는 법치주의의 이념은 실현될 수 없기 때문이다(헌재 2007. 7. 26. 2006헌가4 참조).

범죄의 구성요건이 어느 정도 특정되어야 명확성원칙에 반하지 않는가는 통상의 판단능력을 가진 사람이 그 의미를 이해할 수 있는가를 기준으로 판단하여야 하고(헌재 1997. 9. 25. 96헌가16 참조), 당해 법규범이 수범자에게 법규의 의미 내용을 알 수 있도록 공정한 고지를 함으로써 예측가능성을 주고 있는지 여부 및 당해 법규범이 구체적이고 충분한 의미내용을 규율함으로써 법을 해석·집행하는 기관의 자의적인 법 해석이나 집행이 배제되고 있는지 여부가 명확성원칙에 위반되는지 여부를 판단하는 기준이 된다 할 것이다(헌재 2005. 6. 30. 2002헌바83 참조).

심판대상조항의 경우, 범죄구성요건적 수단 등에 대하여는 문언적 제한을 가하지 아니하면서 대표적 구성요건인 ‘계간’을 판단지침으로 예시한 다음, 어느 정도 보편적이고 일반적인 용어인 ‘추행’을 그대로 일반조항으로 사용하는 예시적

입법형식을 취하고 있다. 이러한 예시적 입법형식의 경우 구성요건의 대전제인 일반조항의 내용이 지나치게 포괄적이어서 법관의 자의적인 해석을 통하여 그 적용범위를 확장할 가능성이 있다면 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반될 수 있다. 그러므로 예시적 입법형식이 명확성의 원칙에 위반되지 않으려면 예시한 구체적인 사례들이 그 자체로 일반조항의 해석을 위한 판단지침을 내포하고 있어야 할 뿐 아니라, 그 일반조항 자체가 그러한 구체적인 예시들을 포괄할 수 있는 의미를 담고 있는 개념이어야 한다(헌재 2009. 3. 26. 2007헌바72 참조).

(2) “그 밖의 추행”의 의미

심판대상조항 중 일반조항에 해당하는 ‘추행’이란 정상적인 성적 만족 행위에 대비되는 다양한 행위태양을 총칭하는 것으로서, 그 구체적인 적용범위는 사회적 변화에 따라 변동되는 동태적 성격을 가지고 있다.

그런데 심판대상조항이 ‘추행’의 대표적이고 전형적인 사례로 ‘계간’을 들고 있고 ‘계간’의 사전적 의미가 ‘사내끼리 성교하듯이 하는 짓’으로서 남성 사이의 항문 성교를 뜻하는 점, 자유로운 외부출입이나 독립적인 사생활이 보장되지 못한 채 폐쇄적으로 단체생활을 하면서 동성 사이에 생활관, 화장실, 샤워실 등의 공간을 공동으로 사용하여야 하는 군대 내에서는 개별적이고 독립적인 생활을 영위하는 일반 사회생활에서와 달리 비정상적인 동성 사이의 성적 교섭행위가 발생할 가능성이 매우 높아지는바, 심판대상조항은 바로 이러한 문제 발생을 예방하기 위하여 제정된 것으로서 그 주된 보호법익이 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 사회적 법익인 점 등의 사정을 앞서 본 예시적 입법형식에 있어서의 명확성원칙의 법리에 비추어 보면, 심판대상조항은 계간과 마찬가지로 동성 사이의 성적 행위에만 적용되고, 또한 ‘군인’ 사이의 성적 행위에만 적용될 뿐 ‘군인’과 ‘민간인’ 사이의 사적 생활관계에서의 성적 행위에는 적용되지 않는다고 보아야 한다.

그리고 앞서 본 바와 같이 2009년 법률 제9820호로 개정된 구 군형법은 제92조의2에 강제추행죄를, 제92조의3에 준강제추행죄를 별도로 규정하고 있으므로,

폭행·협박에 의한 강제추행이나 심신상실 또는 항거불능 상태를 이용한 준강제추행은 더 이상 심판대상조항의 적용범위에 포함되지 않는다(청구인은 당해 사건에서 폭행·협박에 의하여 추행을 하였음에도 심판대상조항을 적용하여 기소할 수 있었던 것은 심판대상조항의 불명확성을 반증하는 것이라고 주장하나, 폭행·협박에 의하여 추행을 한 경우 그것이 강제추행에 해당하는지, 그에 이르지 않는 위력에 의한 추행에 해당하는지는 사실인정의 문제이므로, 폭행·협박에 의한 추행행위를 구 군형법 제92조의2에서 규정한 강제추행죄로 인정하여 불기소하지 않고 심판대상조항에서 규정한 추행죄로 인정하여 기소하였다고 하더라도, 그 때문에 심판대상조항의 구성요건이 불명확하다고 할 수는 없다).

한편 심판대상조항은 합의에 의한 것인지 여부나 행위의 시간, 장소 등에 대한 구성요건요소를 규정하고 있지 않을 뿐만 아니라, 그 주된 보호법익이 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 사회적 법익인 점에 비추어, 합의에 의한 것인지 여부나 행위의 시간, 장소 등에 관한 별도의 제한은 없는 것으로 해석되고, 이에 관한 불명확성도 없다.

98

이상을 종합하여 보면, 심판대상조항에서 말하는 “그 밖의 추행”이란 결국 폭행·협박에 의한 강제추행이나 심신상실 또는 항거불능 상태를 이용한 준강제추행을 제외하고, 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하면서 계간에 이르지 아니한 동성 군인 사이의 성적 만족 행위로써, 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 침해하는 것을 의미하며, 구체적 사건에서 동성 군인 사이의 성적 행위가 심판대상조항에 해당하는지 여부는 행위자의 의사, 구체적 행위 태양, 행위자들 사이의 관계, 그 행위가 공동생활이나 군기에 미치는 영향과 그 시대의 성적 도덕관념 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단되어야 할 법원의 통상적인 법률해석·적용의 문제라 할 것이다.

(3) 소결

따라서 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 ‘군인’은 어떠한 행위가 심판대상조항의 구성요건에 해당되는지 여부를 충분히 파악할 수 있다고 판단되고, 그 전형적인 사례인 ‘계간’은 심판대상조항에서 ‘추행’이 무엇인지를 해석할 수 있는

판단지침이 되는 이상, 법집행기관이 심판대상조항을 자의적으로 확대하여 해석할 염려도 없으므로, 심판대상조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되지 아니한다.

라. 과잉금지원칙 위반 여부

(1) 헌법재판소의 선례

헌법재판소는 심판대상조항으로 개정되기 전의 구 군형법(1962. 1. 20. 법률 제 1003호로 제정되고, 2009. 11. 2. 법률 제9820호로 개정되기 전의 것) 제92조 중 ‘기타 추행’ 부분이 과잉금지원칙에 위반되지 아니한다는 판단을 하였는데(헌재 2002. 6. 27. 2001헌바70; 헌재 2011. 3. 31. 2008헌가21), 그 이유의 요지는 다음과 같다.

(가) 목적의 정당성 및 수단의 적정성

이 사건 법률조항은 군 내부의 건전한 공적 생활을 영위하고, 군 조직 전체의 성적 건강을 유지하기 위하여 제정된 것으로서, 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기 확립을 목적으로 하는바, 그러한 입법목적은 정당하며, 동성 군인 사이의 성적 만족 행위를 금지하고 이를 형사처벌하는 것은 위와 같은 입법목적 달성을 위한 적절한 수단으로 인정된다.

(나) 침해의 최소성

어떤 행위를 범죄로 규정하고 이를 어떻게 처벌할 것인가 하는 문제는 원칙적으로 입법자가 우리의 역사와 문화, 입법 당시의 시대적 상황과 국민 일반의 가치관 내지 법 감정, 범죄의 실태와 죄질 및 보호법익, 그리고 범죄예방 효과 등을 종합적으로 고려하여 결정하여야 할 국가의 입법정책에 관한 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다(헌재 2001. 11. 29. 2001헌가16 등 참조).

이 사건 법률조항의 입법목적은 군 내부의 건전한 공적생활을 영위하는 것이고, 그 주된 보호법익은 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 사회적 법익이며, ‘개인의 성적 자유’ 등 개인적 법익은 주된 보호법익이 아니므로, 균형법상 피적용자가 행한 추행의 유형이나 그 상대방의 피해상황 등을 구체적으로 구분하지 아니하고 위와 같은 사회적 법익을 침해한 모든 추행행위에 대하여 일괄적으로 1년 이하의 징역형으로 처벌하도록 규정하였다는 사유만으로는 입법재량권이 자의적으로 행사되었다고 보기 어렵다.

더욱이, 우리나라의 안보상황과 징병제도하에서 단순한 행정상의 제재만으로는 효과적으로 추행행위를 규제하기 어렵고, 이 사건 법률조항은 다른 법률에 규정된 추행 관련 범죄와 비교하여 그 법정형이 지나치게 무겁다고 볼 수 없으며, 법정형이 1년 이하의 징역형으로 되어 있어 구체적인 사안을 고려하여 선고유예도 가능하다는 점을 종합해 보면, 침해의 최소성에 반한다고 볼 수도 없다.

100

(다) 법익의 균형성

이 사건 법률조항으로 인하여 군인들이 받게 되는 성적자기결정권이나 사생활의 비밀과 자유의 제한 정도가, 이 사건 법률조항을 통하여 달성하고자 하는 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활 및 군기의 보호’, 나아가 국가의 존립과 모든 자유의 전제조건인 ‘국가안보’라는 공익보다 크다고 할 수 없으므로, 법익의 균형을 일탈하였다고 보기도 어렵다.

(라) 소결

따라서 이 사건 법률조항이 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙을 위반하여 군인들의 성적자기결정권이나 사생활의 비밀과 자유를 침해한다고 볼 수 없다.』

(2) 선례 변경의 필요성 여부

심판대상조항의 법정형이 2년 이하의 징역으로 상향되었으나, 여전히 다른 법률

에 규정된 추행 관련 범죄와 비교하여 그 법정형이 지나치게 무겁다고 단정하기 어렵고, 구체적 사안을 고려하여 선고유예집행유예도 가능한 점에서, 이는 위 선례를 변경할 만한 사정이라고 볼 수 없으며, 오히려 앞서 본 바와 같이 2009년 법률 제9820호로 균형법이 개정되어 폭행·협박에 의하거나 심신상실 또는 항거불능 상태를 이용하여 추행한 행위는 심판대상조항의 적용범위에 포함되지 않게 됨으로써 심판대상조항에서 처벌되는 추행의 유형 등이 개정 전의 위 규정보다 축소되었다.

이와 같은 사정을 종합하면, 이 사건에서 위 선례의 판단을 변경할 만한 특별한 사정 변경이나 필요성이 있다고 할 수 없으므로, 위 선례의 취지는 이 사건에서도 그대로 타당하다.

따라서 심판대상조항이 과잉금지원칙을 위반하여 군인들의 성적자기결정권, 사생활의 비밀과 자유, 신체의 자유를 침해한다고 볼 수도 없다.

101

마. 평등원칙 위반 여부

(1) 청구인은 심판대상조항을 폭행·협박으로 추행하였으나 피해자가 고소를 취소하여 공소권이 없어진 사안까지 처벌하는 것으로 해석한다면, 형법 제298조의 강제추행죄를 범하였으나 피해자의 고소가 취소되어 불기소처분을 받게 된 일반 국민의 경우와 비교하여 ‘군인’을 자의적으로 차별하는 것이라고 주장한다.

그러나 앞서 본 바와 같이 심판대상조항은 폭행·협박에 의한 강제추행의 경우를 그 적용범위에 포함하고 있지 아니하는바(당해 사건에서 검찰관은 청구인의 추행행위를 2013. 4. 5. 법률 제11734호로 개정되기 전의 구 균형법 제92조의2에서 규정한 강제추행죄에 해당하지 않고 심판대상조항에서 규정한 추행죄에 해당하는 것으로 보아 기소한 것으로 보인다), 서로 그 구성요건을 달리하는 심판대상조항의 추행죄를 적용받는 ‘군인’과 형법 제298조의 강제추행죄를 적용받는 일반 국민이 본질적으로 동일한 비교집단이라고 볼 수 없다.

뿐만 아니라 형법 제298조의 강제추행죄의 경우에도 2012. 12. 18. 법률 제

11574호로 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다고 규정한 구 형법 제306조가 삭제되어 고소가 없어도 공소를 제기할 수 있게 됨으로써, 양자 사이의 차별도 없어졌다.

(2) 또한 청구인은 심판대상조항이 동성 군인 사이에만 적용된다면, 동성 사이의 성적 행위를 한 군인을 이성 사이의 성적 행위를 한 군인과 비교하여 자의적으로 차별하는 것이므로, 평등원칙에 위반된다고 주장한다.

그러나 심판대상조항은 동성 군인 사이에 성적 행위가 있었다는 이유만으로 차별하는 규정이 아니라, 앞서 본 바와 같이 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하면서 계간에 이르지 아니한 동성 군인 사이의 성적 만족 행위로서, 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 침해하는 것만을 처벌하는 규정일 뿐이고, 동성 사이의 성적 행위를 한 군인과 이성 사이의 성적 행위를 한 군인을 차별하기 위한 목적에서 규정된 것이 아니다. 심판대상조항이 동성 사이의 성적 행위를 한 군인에게만 적용되는 것은 앞서 본 바와 같이 군대는 동성 사이의 비정상적인 성적 교섭행위가 발생할 가능성이 현저히 높으며, 상급자가 하급자를 상대로 동성 사이의 성적 행위를 감행할 가능성이 높고, 이를 방치할 경우 군의 전투력 보존에 직접적인 위해가 발생할 우려가 크다는 군대 내의 특수한 사정에 따른 것이므로, 이성 사이의 성적 행위를 한 군인과 비교하여 어떠한 차별취급이 존재한다 하더라도, 이는 합리적인 이유가 인정된다(헌재 2011. 3. 31. 2008헌가21 참조).

102

(3) 따라서 심판대상조항은 평등원칙에 위반되지도 아니한다.

5. 결론

그렇다면 심판대상조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 아래 6.과 같은 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 강일원, 재판관 조용호의 반대의견이 있는 외에는 나머지 재판관들의 일치된 의견에 따른 것이다.

6. 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 강일원, 재판관 조용호의 반대 의견

우리는 심판대상조항이 죄형법정주의의 내용인 형벌법규의 명확성원칙에 반하여 헌법에 위배된다고 판단하므로 아래와 같이 반대의견을 밝힌다.

가. ‘강제성’ 필요 여부의 불명확성

형법과 ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’(이하 ‘성폭력처벌법’이라 한다.)은 ‘추행’과 ‘음란한 행위’를 준별하여 규정하고 있다. 즉, ‘추행’이 강제력에 의하여 ‘개인의 성적 자유’를 침해하는 행위임을 전제로, 형법 제298조(강제추행)에서 폭행, 협박에 의한 추행을, 제299조(준강제추행)에서 피해자의 심신상실, 항거불능의 상태를 이용한 추행을, 제302조(미성년자등에 대한 추행)에서 미성년자 또는 심신미약자에 대하여 위계 또는 위력으로써 한 추행을 각 범죄구성요건으로 규정하고 있고, 성폭력처벌법 제10조에서 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람에 대하여 위계 또는 위력으로써 한 추행(제1항)과 법률에 의하여 구금된 사람에 대한 추행(제2항) 및 보호 감독의 대상이 되는 장애인에 대한 추행(제3항) 등을 범죄구성요건으로 규정하고 있는 반면, 강제성을 수반하지 않으면서 ‘선량한 풍속’이라는 사회적 법익을 침해하는 행위는 형법에서 ‘음란한 행위’(제22장 ‘성 풍속에 관한 죄’ 참조) 등의 용어를 사용하고 있다.

103

그런데 심판대상조항은 범죄구성요건으로 오로지 ‘계간이나 그 밖의 추행’이라고만 규정함으로써, 형법이나 성폭력처벌법에서와 같이 ‘강제성을 수반하는 행위’만이 이에 해당하는지, 아니면 ‘강제성을 수반하지 않는 음란한 행위’까지 이에 해당하는지를 법해석기관에 맡겨놓고 있으며, 이에 따라 대법원도 균형법상 추행죄의 보호법익을 ‘개인의 성적 자유’가 아닌 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 전제 아래, 2009년 개정되기 전의 구 균형법 제92조의 ‘기타 추행’에는 강제력 행사를 수반하지 않는 추행행위도 이에 해당된다고 판시한 바 있다(대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도2222 판결 참조).

그러나 이러한 해석은 형벌체계상 용인될 수 없는 모순을 초래하게 된다. 먼저 ‘강제력에 의한 추행’과 ‘당사자 간의 자발적 합의에 의한 음란행위’는 그 보호법익이 다를 뿐 아니라 가벌성 및 비난가능성에 있어서도 현저한 차이가 있고, ‘강제력에 의한 추행’도 그 강제성의 정도에 따라 처벌을 달리하여야 마땅하다. 그럼에도 불구하고 균형법의 적용을 받는다는 이유만으로, 강제성이 없는 ‘당사자 간의 자발적 합의에 의한 음란행위’가 강제성이 가장 강한 ‘폭행·협박에 의한 추행’과 동일한 형벌조항에 따라 동등하게 처벌되는 불합리성이 발생하게 된다 (헌재 2011. 3. 31. 2008헌가21 중 반대의견 참조).

앞서 본 것처럼 구 균형법(2009. 11. 2. 법률 제9820호로 개정되고, 2013. 4. 5. 법률 제11734호로 개정되기 전의 것)은, 종전부터 규정된 ‘추행죄’를 제92조의5(추행)로 이동하여 규정하면서, 폭행·협박에 의한 추행죄를 제92조의2(강제추행)에, 심신상실 또는 항거불능 상태를 이용한 추행죄를 제92조의3(준강제추행)에 별도로 신설하여 규정하였고, 그 법정형도 추행죄보다 가중하였다. 이처럼 균형법에 강제추행죄와 준강제추행죄를 따로 신설한 이상, 폭행·협박에 의하거나 심신상실 또는 항거불능 상태를 이용하여 추행한 행위는 심판대상조항의 적용범위에 더 이상 포함되지 않는다고 볼 수도 있다. 그러나 군대 내에서의 추행을 형법이나 성폭력처벌법과 달리 규정하여야 하는 이유가, 군의 특성상 군인은 군영 내에서 동성간 집단숙박을 하여야 하고, 엄격한 상명하복관계에 있어 상관의 지시를 거역하기가 사실상 불가능하다는 점에 있음에도 불구하고, 가장 빈발할 수 있는 ‘위계 또는 위력을 사용한 추행행위’에 관하여는 균형법상 여전히 별도의 규정이 없다. 그러므로 ‘위계 또는 위력을 사용한 추행행위’의 경우는 심판대상조항으로 규율할 수밖에 없을 터인데, 이 역시 ‘강제성 없는 합의에 의한 음란행위’와 ‘강제성을 수반한 위계 또는 위력을 사용한 추행’을 형사처벌상 동등하게 취급하게 되는 모순에 빠지게 된다.

한편 ‘강제성을 수반하지 않는 당사자 간의 자발적 합의에 의한 음란행위’가 심판대상조항에 해당하는지 여부가 모호하다 보니, 실제로 군사법기관들은 추행행위에 대한 강제성을 입증하기 곤란한 경우 또는 추행 상대방의 고소가 없거나 취소된 경우 추행행위자에 대하여 심판대상조항을 적용하여 기소하고 처벌하는

경향이 있어 왔다. 이처럼 추행행위에 강제성이 있었는지 여부에 상관없이 동일한 법률조항에 의거하여 처벌할 수 있다는 것은 불합리할 뿐 아니라, 형법이나 균형법상 강제추행죄 등을 친고죄에 포함시킨 것은 범죄피해자의 명예를 보호하기 위한 목적인데, 고소가 없거나 취소된 경우 이를 친고죄가 아닌 심판대상조항에 의하여 처벌받게 하는 것은 형법이나 균형법의 입법취지를 법원의 해석이나 실무상 운용에 의하여 멸각시키는 부당한 결과를 가져온다.

결국 심판대상조항이 범죄구성요건으로 ‘추행’이라는 용어를 사용하면서도 ‘강제성’의 수반 여부에 대하여 구체적이고 명확하게 규정하지 않음으로써, 수사기관, 공소제기기관 및 재판기관의 자의적인 해석과 적용을 허용하고 형벌체계상 용인될 수 없는 모순을 초래하게 되었다(헌재 2011. 3. 31. 2008헌가21 중 반대의견 참조).

나. 행위의 정도의 불명확성

심판대상조항은 제목을 ‘추행’이라 명시하고, 개별적 구성요건해당행위로 ‘계간(鷄姦)’을 예시한 다음, ‘그 밖의 추행’이라고 기술함으로써, 예시적 입법의 형식을 취하고 있다. 이러한 ‘예시적 입법’의 경우 예시조항은 그 자체로 일반조항의 해석을 위한 판단지침으로서의 역할을 해야 한다. ‘계간’은 통상적으로 남성간의 항문성교를 의미하는 개념이고, ‘그 밖의’는 계간에 준하는 정도의 추행으로 구성요건을 한정하는 문언이므로, ‘그 밖의 추행’은 적어도 ‘계간에 준하는 행위’로 봄이 타당하다.

그러나 앞에서 본 대법원 판결은 이러한 통상적 해석과는 달리 ‘기타 추행’을 ‘계간에 이르지 아니한 동성에 성행위’로 보아 음란의 정도가 계간보다 약하여도 무방하다고 보고 있다. 이는 ‘그 밖의 추행’에 해당하는 행위인지 여부를 판단함에 있어 ‘계간’이 그 기준이 될 수 없을 뿐 아니라, 음란정도가 어느 정도에 이를 때 ‘그 밖의 추행’에 해당한다고 할 수 있을지에 관한 아무런 기준을 제시하지 못하고 있기 때문이다.

결국 심판대상조항은 행위의 정도에 관하여도 모호하게 규정함으로써, 행위자로 하여금 법률에 의하여 처벌받을 행위가 무엇인지를 예견할 수 없게 하고, 수사기관, 공소제기기관 및 재판기관의 자의적인 해석과 적용을 초래하게 되었다(헌재 2011. 3. 31. 2008헌가21 중 반대의견 참조).

다. 행위의 객체 및 장소 등의 불명확성

(1) 군형법은 군형법에 규정된 죄를 범한 대한민국의 군인에게 적용되므로(제1조 제1항) 심판대상조항의 추행의 주체는 군형법의 적용대상자인 현역에 복무하는 군인, 군무원 등(제1조 제2항, 제3항, 제5항)이 될 것임이 명백하고, 남성이든 여성이든 그 성별은 묻지 않는 것도 명백하다.

그러나 앞서 본 것처럼 2009년 개정 시 신설된 구 군형법상의 ‘강제추행죄’(제92조의2)나 ‘준강제추행죄’(제92조의3)가 행위의 객체를 현역에 복무하는 군인(장교, 준사관, 부사관 및 병), 군무원 등 ‘군형법 제1조 제1항에서 제3항까지에 규정된 사람’(이하 편의상 이들을 모두 ‘군인’이라 한다.)으로 구체적으로 한정하여 규정하고 있음에 반하여, 심판대상조항은 행위의 객체에 대하여 아무런 규정을 두지 않고 있다. 그리하여 심판대상조항의 ‘그 밖의 추행’이 과연 남성간의 추행만을 대상으로 하는지, 아니면 여성간의 추행이나 이성(異性)간의 추행행위도 그 대상으로 하는지 여부가 애매모호하다. ‘계간’을 심판대상조항에서 규정하는 ‘추행’의 예시로 본다면, ‘계간’은 이른바 남자끼리의 성교행위를 말하므로 심판대상조항의 ‘추행’은 남성간의 추행만을 의미한다고 보게 될 것이다. 군형법에 추행죄가 처음 규정된 1962년 당시에는 군대가 대부분 남성으로 구성되어 있었으므로 심판대상조항은 계간을 ‘기타 추행’에 대한 예시로 규정하여 ‘남성간의 추행행위’만을 규제하고자 하였던 것으로 일응 보여 진다. 그러나 심판대상조항이 시행될 당시인 2010년에는 종래부터 있어 왔던 여군 간호장교 외에도 육·해·공군 사관학교에 여성의 입학이 허용되고 여군 부사관 제도가 신설되는 등 여군의 숫자가 점점 증가하고 있는 실정이었으므로 군기유지를 위해서 군형법 피적용자인 남성간의 추행을 금지할 필요가 있다면 마찬가지로 이유로 여성간의 추행이나 이성간의 추행도 금지되어야 할 것이며, 따라서 심판대상조항의 ‘추행’

은 동성간인지 이성간인지 여부를 묻지 않고 군대 내에서 일체의 추행을 금지하는 것이라고 볼 수도 있다(헌재 2002. 6. 27. 2001헌바70 중 반대의견 참조).

또한 심판대상조항의 ‘그 밖의 추행’이 ‘군인간’의 추행만을 의미하는 것인지, 아니면 ‘군인과 군인 아닌 일반 국민 사이’의 추행도 포함하는 것인지 불명확하다. 2013년에 개정된 균형법 제92조의6(추행)은 “제1조 제1항부터 제3항까지에 규정된 사람에 대하여 항문성교나 그 밖의 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다.”라고 규정하여, 그 추행행위의 객체를 군인 등으로 구체적으로 한정하여 규정하였으므로, 2013년 개정된 균형법상의 추행죄는 ‘군인간’의 추행만을 처벌하는 것이 명백하다. 그러나 심판대상조항에는 행위의 객체에 대하여 아무런 제한을 두고 있지 않기 때문에 군인이 일반 국민을 추행한 경우도 문언상 그 적용 범위에 포함될 수 있게 되었다.

이처럼 통상의 판단능력을 가진 균형법 피적용자로서는 심판대상조항에 의해 남성간의 추행만 처벌되는 것인지, 아니면 여성간의 추행이나 이성에 대한 추행도 처벌되는 것인지, 나아가 군인간의 추행만 처벌되는 것인지, 아니면 군인이 일반 국민을 추행한 것까지 처벌되는 것인지 여부를 도저히 알기 어렵게 되었다.

107

(2) 균형법 제정 당시부터 군대 내에서의 추행을 형법이나 성폭력처벌법과 달리 규정하게 된 이유를, 군의 특성상 군인, 특히 병(兵)의 경우는 군영 내에서 동성간 집단숙박을 하여야 하고, 엄격한 상명하복관계에 있어 상관의 지시를 거역하기가 사실상 불가능하다는 점을 고려한 것으로 본다면, 심판대상조항에 해당하는 ‘추행’은 ‘동성 간에 군영(軍營) 내에서 하는 음란한 행위’로 한정되어야 할 것이다. 그러나 심판대상조항이 행위의 객체나 시간 및 장소에 관하여 아무런 규정을 두지 않았고, 위 대법원 판례가 실시한 ‘군이러는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 보호법익의 개념도 광범위하고 포괄적이다 보니, ‘군인인 이성간의 군영 내 또는 군영 외 음란행위’나 ‘군인과 비군인과의 군영 내에서의 음란행위’ 등도 이 사건 법률조항에 해당하는지 여부가 불분명하게 되었다.

앞서 본 것처럼 ‘강제성을 수반하지 않는 당사자 간의 자발적 합의에 의한 음란

행위'가 심판대상조항의 '추행'에 해당하는지 여부가 모호하지만, 만약 이러한 합의에 의한 음란행위까지도 심판대상조항의 '추행'에 해당한다고 본다면 이 경우에는 군의 전투력 보존과 직접적인 관련성이 없다고 볼 수 있기 때문에 원칙적으로 형사처벌의 범위에서 제외함이 마땅하고, 설사 아직 우리나라 군의 현실을 고려하여 '합의에 의한 음란행위'도 형사처벌하는 것이 불가피하다고 보더라도 '군영 내'에서 이루어지는 행위만 처벌하는 것으로도 충분히 그 입법목적 달성할 수 있을 것이다. 병(兵)이 정당한 절차에 따른 휴가·외박 등으로 영외로 벗어난 경우 또는 장교, 준사관, 부사관, 군무원 등이 업무시간 종료 후 영외로 벗어난 경우와 같이 공적인 시간과 장소를 벗어난 이후에 이루어진 합의에 의한 음란행위를 처벌하는 것은 심판대상조항의 입법목적과 보호법익을 벗어난 과잉 처벌이기 때문이다.

이처럼 심판대상조항은 '추행'의 시간이나 장소를 구체적이고 명확하게 규정하지 않음으로써, '군인이 동성간 또는 이성간에 업무시간 외, 군영 외에서 합의에 의한 음란행위'를 한 경우도 '그 밖의 추행'에 해당하는지 여부마저 불명확하게 되었다.

라. 결론

심판대상조항은 행위의 강제성 필요 여부, 행위의 정도, 행위의 객체·시간·장소 등에 관하여 아무런 구체적인 기준을 규정하지 아니한 채, 범죄구성요건을 단순히 '계간이나 그 밖의 추행'이라는 추상적이고 모호하며 포괄적인 용어만을 사용함으로써, 어느 정도의 어떤 행위가, 누구와 누구의 행위가, 그리고 언제, 어디에서의 행위가 심판대상조항의 적용을 받는지 여부를 수범자가 예측할 수 없도록 할 뿐 아니라 법 해석집행기관의 자의적 법해석 가능성을 초래하고 있다. 그러므로 심판대상조항은 죄형법정주의의 내용인 형벌법규의 명확성원칙에 위배되어 헌법에 위반된다고 할 것이다.

재판장	재판관	박한철	박	한	철
	재판관	이정미	이	정	미
	재판관	김이수	김	이	수
	재판관	이진성	이	진	성
	재판관	김창종	김	창	종
	재판관	안창호	안	창	호
	재판관	강일원	강	일	원
	재판관	서기석	서	기	석
	재판관	조용호	조	용	호

[별지]

관련조항

구 균형법(1962. 1. 20. 법률 제1003호로 제정되고, 2009. 11. 2. 법률 제9820호로 개정되기 전의 것)

제15장 기타의 죄

제92조(추행) 계간 기타 추행을 한 자는 1년 이하의 징역에 처한다.

구 균형법(2009. 11. 2. 법률 제9820호로 개정되고, 2013. 4. 5. 법률 제11734호로 개정되기 전의 것)

제15장 강간과 추행의 죄

제92조(강간) 폭행이나 협박으로 제1조 제1항부터 제3항까지에 규정된 부녀를 강간한 사람은 5년 이상의 유기징역에 처한다.

제92조의2(강제추행) 폭행이나 협박으로 제1조 제1항부터 제3항까지에 규정된 사람에 대하여 추행을 한 사람은 1년 이상의 유기징역에 처한다.

제92조의3(준강간, 준강제추행) 제1조 제1항부터 제3항까지에 규정된 사람의 심신상실 또는 항거불능 상태를 이용하여 간음 또는 추행을 한 사람은 제92조 및 제92조의2의 예에 따른다.

제92조의4(미수범) 제92조, 제92조의2 및 제92조의3의 미수범은 처벌한다.

제92조의5(추행) 계간(鷄姦)이나 그 밖의 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다.

제92조의8(고소) 제92조 및 제92조의2부터 제92조의4까지의 죄는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.

균형법(2013. 4. 5. 법률 제11734호로 개정된 것)

제15장 강간과 추행의 죄

제92조(강간) 폭행이나 협박으로 제1조 제1항부터 제3항까지에 규정된 사람을 강간한 사람은 5년 이상의 유기징역에 처한다.

제92조의2(유사강간) 폭행이나 협박으로 제1조 제1항부터 제3항까지에 규정된 사람에 대하여 구강, 항문 등 신체(성기는 제외한다)의 내부에 성기를 넣거나 성

기, 향문에 손가락 등 신체(성기는 제외한다)의 일부 또는 도구를 넣는 행위를 한 사람은 3년 이상의 유기징역에 처한다.

제92조의3(강제추행) 폭행이나 협박으로 제1조 제1항부터 제3항까지에 규정된 사람에 대하여 추행을 한 사람은 1년 이상의 유기징역에 처한다.

제92조의4(준강간, 준강제추행) 제1조 제1항부터 제3항까지에 규정된 사람의 심신상실 또는 항거불능 상태를 이용하여 간음 또는 추행을 한 사람은 제92조, 제92조의2 및 제92조의3의 예에 따른다.

제92조의5(미수범) 제92조, 제92조의2부터 제92조의4까지의 미수범은 처벌한다.

제92조의6(추행) 제1조 제1항부터 제3항까지에 규정된 사람에 대하여 향문성교나 그 밖의 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다.

군형법 부칙(2013. 4. 5. 법률 제11734호)

제2조(친고죄에 관한 경과조치) 이 법 시행 전에 행하여진 종전의 제92조 및 제92조의2부터 제92조의4까지의 죄에 대하여는 종전의 제92조의8을 적용한다.

토론 1

군형법 추행죄 위헌결정의 성폭력 담론

추지현 (한국형사정책연구원 전문연구원,
한국성폭력상담소 부설연구소 올림 객원연구원)

112

발제문이 지적하고 있듯이 군형법 제92조 추행죄의 구성요건으로서 ‘항문성교 그 밖의 추행’은 그 적용 대상이 남성 혹은 동성간에만 국한되는 것인지, 장소적, 시간적 범위는 어디까지인지는 물론 공연성과 강제성을 요구하는지 역시 불명확하다는 점에서 동성애에 대한 정치적 입장을 차치하고서도 그 위헌성은 차고 넘친다. 그럼에도 불구하고 헌법재판소는 그것이 명확성, 과잉금지, 평등원칙 등에 위배되지 않는다고 판단했다.

2011년 결정문과 비교하면 이번 합헌 결정에서는 판단의 논거 제시는 더욱 미약했고, 모든 문제 제기는 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 보호법익을 이유로 무화되었다. 그리고 여하한 동성간 성행위 모두를 규제해야한다는 입장은 더욱 분명해졌다.

추행죄 조항의 합헌을 선언한 현재의 논리구조가 가진 허점이나 선형적 판단의 문제점은 발제문에서 충분히 지적되었다고 본다. 다만 추행죄가 동성애와 성적 지향의 이슈, 동성 및 이성간 성행위를 차별적으로 대우하는 것일 뿐만 아니라 남성과 여성의 섹슈얼리티에 대한 상이한 규범을 전제로 하고 있다는 점에 성차별적이라는 점을 지적하고 싶다.

첫째, 성폭력 피해 해석에 전제된 성적 이중규범의 문제이다.

현재는 강제성 여부를 명시하고 있지 않지만, 합의 여부를 불문하고 ‘그 밖의 추

행'을 모두 형사 처벌하도록 규정한 것에 불명확성도 없다고 판단한다. 즉, 성폭력으로서의 추행과 '성도덕'에 반하는 행위로서의 추행을 뒤섞으며 양자 모두를 규율대상으로 아우르고 있다. 상명하복의 군 특성상 성폭력 폭행/협박, 위계/위력 등 행위수단에 대한 요건 없이도 동성간 성폭력에 대한 처벌이 가능하도록 할 필요가 있다며 적극적인 처벌 의지를 표명한다. 여성 군인의 피해를 부정하는데 있어서는 가장 문제적이었던 이와 같은 구성요건을 묻지도 않는다.

이와 같이 현재가 남성간의 성폭력 처벌에 무리수를 두는 데에는 호모포비아가 자리하고 있고, 이러한 성폭력 처벌에의 의지 표명 역시 호모포비아의 제도화를 위한 입법의 부수적 효과로 보인다. 그럼에도 불구하고 이 조항이 성폭력에 대한 처벌 조항으로서 작동해왔고, 할 것이라는 점은 분명하다.

그런데 모든 남성의 성폭력 피해가 형사사법체계를 통해 적극적인 처벌 대상으로 간주되는 것은 아니다. 대법원은 중대장 가혹행위 사건(2008도2222)과 같이 '성적 만족행위'라 보기 힘든 사건들에 대해 성폭력 피해를 부정한 바 있다. 성폭력이 성적 만족과 성욕 해소를 핵심으로 하는 것이라는 통념은 여기서도 작동하고 있는 것이다. 성폭력은 성욕의 표현이 아니라 지배욕을 드러내고 확인하기 위한 폭력의 수단이라는 점은 단순히 페미니즘의 입장론이 아니라 경험연구들을 통해서도 지지되는 사실이지만¹⁾ 이러한 통념은 강고하다.

또한 이성애자라는 정체성 역시 피해자의 자격으로서 전제되어 있다. 발제문에 제시된 바와 같이 한 사건(고등군사법원 2012. 3. 20. 선고 2012노5)에서 군사법원은 성적 정체성의 아웃팅을 빌미로 한 추행 행위가 피해자의 입장에서 위력으로 경험되었을 상황을 전혀 고려하지 않은 채 가해 남성의 입장에서 성폭력을 '성적 만족행위'로 규정하고 피해자에게까지 선고유예의 판결을 내린 바 있다. 즉 게이 경우 피해조차 '성적 만족 행위'로 설명된다. 국가는 이들의 피해를 묵인, 방조하는 것을 넘어 이들을 범죄자화한다.

1) Scarce, 1997, Male on male Rape, Cambridge, massachusetts: Perseus Publishing; Nelson, 2002, Confronting Rape and Sexual harrasment in the U.S Military, Oxford : The Haworth maltreatment and Trauma Press

피해의 상황에서도 게이가 성적 만족을 느꼈을 것이라 관점, 즉 이들을 과잉 성애화 된 존재들로 보는 데에는 호모포비아 뿐만 아니라 여성과 달리 남성의 성욕은 적극적이며 타인을 대상으로 해소되어야 하는 것이라는 성적 이중규범 역시 전제되어 있다. 남성인 이상 그들 역시 이러한 규범이 적용되고, 게이라는 이유로 더욱 위험한 존재로 간주, 과잉성애화된다.

이와 같이 남성의 성욕 해소를 자연스러운 것, 이것을 남성성과 성폭력의 핵심으로 보는 관점은 남성의 여성에 대한 성적 지배를 정당화 해 온 성적 이중규범의 산물이다. 그리고 이것은 남성간 성폭력에 있어서도 마찬가지로 작동하고 있다.

둘째, 성적 지배로서의 남성성을 공적 질서의 핵심으로 보는 젠더 편향이다.

114

성적 이중규범은 여성의 성폭력 피해를 사소화하는데에도 작동해 왔다. 여성 군인에 대한 피해에 있어서는 군사법원의 무죄 판결이 잇따르고 있으며 일반 형사법원과도 현격한 차이를 보이는 낮은 양형으로 인해 비판이 지속되고 있다. 심지어 오대위 사건에서는 남성의 가해 행위를 ‘상하간 소통의 문제’로 이해하는 태도를 보이기도 했다. 군인은 물론 여성 일반의 성폭력 피해에 대한 폭행/협박, 위계/위력 해석이 피해자의 경험과 이들이 위치한 상황의 맥락을 고려하지 않는 남성중심성을 벗어나지 못하고 있는 상황이다.

하지만 이와 달리 앞서의 조건들을 만족시키는 한 군인 남성의 성폭력 피해에 대하여는 적극적 처벌 의지가 표명된다. 나아가 남성 동성간의 성행위를 전제한 추행죄 논의에서 그 보호법익은 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’ 보호라는 사회적 법익으로서 강조된다. 그런데 그간 현재 결정뿐만 아니라 국방부와 국회 등의 주된 담론에서 여성 군인의 성폭력 피해는 남성들의 그것과 같은 사회적 법익의 침해로 이해되어 오지 않았다. 2011년 위헌 결정 당시에도 국방부와 국회 법제사법위원회는 여군에 대한 성폭력 행위는 개인적 차원의 문제이기 때문에 친고죄로 규정할 필요가 있지만, 남성에 대한 성폭력은 전투력 및 군대 기강과 직결되어 있으므로 친고죄로 규정할 수 없다는 의견이었다. 이를 이유로

여군의 성폭력 피해는 남성과 여성간의 ‘사적 자치’를 통해 해결되어야 할 문제로 보았다. 즉 남성과 여성 군인의 피해는 각기 군기/개인의 성적 자유로서 공/사 영역에서 상이하게 다뤄져야 할 것으로 간주되었다.

친고죄는 폐지되었지만 여전히 작동하고 있는 이러한 담론, 여성과 달리 남성의 성적 피해를 더욱 심각한 것, 위협적인 것, 공적인 질서를 해하는 것으로 보는 관점에는 헤게모니적 남성성은 성적 지배에 있다는 성적 이중규범이 전제되어 있다. 이로 인해 성적으로 지배당하는 것(여성화 된 존재로 전락하는 것)에 대한 남성의 두려움과 호모포비아 역시 가중된다. 하필 여성 동성사이의 성행위와는 달리 남성들의 그것이 문제가 되는 이유가 여기 있다.

이와 같이 현재 결정을 비롯한 추행죄 조항을 지지하는 담론들과 법 적용의 실태에는 남성의 성욕 강조, 남성성으로서의 성적 지배, 성폭력의 핵심으로서 성욕 해소, 여성의 성적 피해 사소화 등 성적 이중규범과 불평등한 젠더 체계가 놓여 있다. 그리고 바로 이것이 게이 군인을 과잉성애화하고 잠재적 성범죄자로 구축 가능하게 만드는 기제가 된다. 여성주의에서는 동성애 혐오를 넘어 이와 같이 남성의 성욕 해소와 성적 지배를 자연스러운 것으로 바라보고, 여성의 섹슈얼리티와는 상이하게 판단하는 성적 이중규범이라는 넓은 의미에서 이성애중심주의를 비판해왔다. 추행죄 폐지를 위한 운동에 여성주의가 연대할 수 있고, 해야 할 지점이 있을 것이다.

그렇다면 앞으로 무엇을 해야 할 것인가?

추행죄 폐지운동은 당연히 지속되어야 한다. 추행죄가 왜 필요한가? 기존의 폭행/협박, 위계/위력에 대한 해석의 확장을 통해 권력관계에서 발생하는 군대 내 성폭력에 대한 법적 인정은 불가능한가? 정말 군대 내의 성폭력 피해를 규율하기 위한 것이 목적이라면 이미 존재하고 있는 법 조항의 해석에 있어 피해자중심주의와 성 평등한 관점을 우선 관철시키기를 요구한다.

현재 군대의 ‘성군기’ 위반 사건들을 보면 해답은 분명하다. 무엇이 그것을 가능

하게 만들고 있는가? 여성과 게이 군인은 군대에서 이성애남성과 같은 위치가 아니며 오히려 그것이 이들을 성폭력의 피해자로 만든다. 여성에 대한 남성의 성폭력 행위는 사적인 영역의 문제로서 군기와는 무관한 것, 게이 남성에게 그것은 동성애 그리고 특정한 개인의 문제로 환원시킴으로서 군대는, 그리고 가해자들은 조직이나 자신에게 돌려질 비난을 효과적으로 잠재울 수 있게 된다. ‘전투력 보존에의 위해’는 이들의 피해와 차별 경험으로부터도 얼마든지 발생할 수 있다²⁾.

추행죄를 둘러싼 혼한 통념과 같이 동성이 집단생활을 하면 성적 문란이 만연할 것인가? 군대에서 남성의 성폭력 피해는 더욱 높은가? 남성에 대한 성폭력 가해자는 게이인가? 남성 군인의 성폭력 피해 발생과 여성 군인의 그것과의 관계는 무엇인가? 기실 이 모든 것들은 적극적인 설명이 필요한 질문들이지만 적어도 한국사회에서는 이를 경험적으로 검증한 연구가 불충분한 상태에서 선형적이고 규범적인 법적 판단이 이를 대신하고 있다. 문제는 이러한 연구나 실태 조사를 위한 국방부의 적극적인 태도를 기대하기 힘든 상황이라는 점이다³⁾.

116

뿐만 아니라 군검찰관에 대한 임명이나 지휘권, 군사법원에 대한 판결확인조치권, 재판관 지정권 등을 관할관이 가지고 있는 현재의 군 사법체계에서는 피해자중심주의가 관철되는 평등한 법 해석을 기대하기 힘들다. 추행죄가 폐지된다

2) 게이는 과잉 성애화되어 잠재적 가해자라는 담론이 지배적이지만 현실에서는 이 사건과 같이 이들은 그 정체성으로 인해 오히려 성폭력의 피해자가 된다. 2011년 폐지되기 전까지 미국의 Don't Ask, Don't Tell 정책이 동성애자임이 공개되면 퇴출되도록 하여 이를 악용한 사례들을 만들어 내고 동성애자들이 성폭력 피해를 감수하고 함구하게 되었던 것과 같다. Brooks, Rosa. (2015). Is Sexual Assault Really an "Epidemic"?. edited by Noah Berlatsky, Sexual Assault and the Military, Greenhaven Press.

3) 국방부가 성폭력 실태조사는 물론 인권 실태 조사에 소극적일 뿐만 아니라 방어적인 입장을 취해온 것은 많은 연구자들이 공유하고 있는 주지의 사실이다. 그들이 수행한 성폭력에 대한 피해 실태 조사 역시 2016년이 처음이다. 군대의 폐쇄성은 관련 연구와 실태 파악, 정책 결정의 투명성과 신뢰도 역시 저해하고 있다. 또한 군사법원이 공개하는 통계는 분석을 위해 불충분할 뿐만 아니라 국민 일반에 열람과 등사가 공개된 형사 판결문 역시 군사법원의 경우 2014년 7월 이후의 자료만이 그 대상이 되고 있을 뿐이다. 신청 절차 없이 국민 일반이 재판확정 판결문의 열람, 등사를 허용하는 형사소송법은 2012년부터 개정, 시행되었지만 군사법원은 2014년에 가서야 법적 근거를 마련하고 공개대상 판결문도 법 시행일인 2014. 7. 8. 이후 확정된 사건만을 대상으로 하도록 규정했고, 이전의 기록은 군검찰부에 신청을 해야한다.

하더라도 법 해석과 집행의 이성애남성 중심성이 지속될 수 있다는 점, 이에 대한 시민사회의 지속적인 감시와 통제가 필요하다는 점을 고려할 때 군 사법개혁에 대한 요구는 분리될 수 없는 의제로 보인다.

토론 2

군형법상 ‘추행죄’ 폐지 운동을 하는 이유¹⁾

방이슬 (한국성폭력상담소 성문화운동팀장)

한국성폭력상담소는 2008년부터 군 관련 성소수자 인권침해·차별 신고 및 지원을 위한 네트워크 활동을 하면서 군형법상 ‘추행죄’ 폐지 운동을 하고 있다. 발제문에서 군형법상 ‘추행죄’의 문제점을 낱낱이 짚어주셨기에 여기서는 반성폭력단체로서의 문제의식과 본 단체가 군형법상 ‘추행죄’ 폐지 운동에 함께하고 있는 이유를 짧게 전하고자 한다.

118

군형법 제 92조의6 (구 제92조의5) 추행 “(군인이나 군인에 준하는 자에 대하여) 항문성교나 그 밖의 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다.”

○ 헌법재판소의 군형법상 ‘추행죄’ 헌법소원심판 선고를 앞두고 2016년 내내 이 법 조항이 폐지되면 ‘군대 내 성폭행이 늘어난다’는 식의 날조된 주장이 확산되었다. 그러나 군형법상 ‘추행죄’는 성폭력이 아닌, 강제성과 공연성이 없는 ‘동성애’를 처벌하는 법 조항이다. 성폭력은 형법과 성폭력처벌법에도 처벌조항이 있고 군형법 제15장은 강간·유사강간·준강간, 강제추행·준강제추행, 미수, 강간 등 상해·치상이나 살인·치사 등의 처벌을 내용으로 하고 있다.

강제추행과 별도로 존재하는 ‘추행죄’는 ‘계간에 이르지 아니한 동성애 성행위 등 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 성적 만족 행위’(대법원 2008도2222 판결), 즉 동성애를 처벌하는 것을 목

1) 쿼어페미니스트매거진 웹 2호(2016.10)의 원고의 반절을 수정한 글입니다.

적으로 한다. ‘행위의 정도·객체·시간·장소 등(범죄구성요건)에 관하여 구체적 기준’이 없어 ‘혐오감’을 느낀 판단자의 자의적 기준으로 적용되기도 쉽다. 동성애 차별조항이 성소수자를 범죄화 하면서 성소수자인권 전반에 악영향을 미치고 있다는 점은 자명하다.

○ 균형법 92조의6 ‘추행죄’는 성폭력과 동성애에 대한 고의적 혼동을 일으켜 남성 간 성폭력의 해결을 가로막는다는 점에서도 문제적이다. 균형법상 ‘추행죄’를 성폭력범죄에 적용하면 차별의 공백이 생기거나 성폭력피해자를 처벌하는 결과를 만들 수 있다.

발제에서 검토한 ① 이성애자에 의한 성폭력범죄가 ‘성적 만족 행위’가 아니라며 처벌을 피한 경우(대법원 2008도2222 판결), ② 성폭력피해자가 동성애자라는 이유로 쌍방처벌한 경우(고등군사법원 2012노5추행)를 보면, 두 번째 사례는 특히 성폭력피해자가 동성애자인 경우 동일하게 처벌될 수 있다는 우려가 현실화된 경우인데, 성폭력피해자가 동성애자이기 때문에 성폭력피해가 성립되지 않는다고 본 것으로, 성폭력 자체에 대한 무지와 피해자유발론이 성폭력피해자를 도리어 처벌하는 결과로 이어졌다.

군대 내 성폭력은 대다수가 이성애자 남성에게 의해서, 자신이 젠더권력관계의 위치에 있음을 확인하기 위한 동기에서 일어나지만 군대 내 성폭력의 책임은 동성애자에게 전가되고 있고, 정작 성폭력피해자가 부당하게 의심 받거나 낙인찍히지 않고 자신의 피해를 호소할 수 있는 제대로 된 절차조차 마련되어 있지 않다. 성폭력피해자가 처벌되지 않도록 균형법상 ‘추행죄’를 먼저 폐지해야 할 상황인데, 현실은 어수선한 한국의 법체계와, ‘군대에서 성폭력을 제대로 처벌하지 않을 것’이라는 경험적 믿음을 이용한 혐오선동만이 소리를 높이고 있다.

○ 그간 한국의 여성운동은 여성 집단의 당사자성을 중심으로 성폭력, 가정폭력 영역의 제도화를 성취했다. 그러나 ‘여성폭력’ 개념이 지정성별 여성을 중심으로 하고 있다는 비판이나, ‘젠더’ 문제를 다루면서 성소수자를 배제하고 있다는 비판도 제기되어왔다. 성소수자 혐오폭력으로써의 성폭력, 남성 간 성폭력을 상

담·지원해온 본 상담소 역시 이제 이를 ‘이례적인 사례’가 아니라 한국사회가 이해하고 개입해야 하는 영역으로 만들어가야 할 필요를 느끼고 있다. 활동범위에 대한 고민과 결정이 필요한 시점이다.

본 상담소는 또한 사회에서 문제시하는 성관계가 성폭력과 동일하게 간주되는 것을 막아야 할 책임이 있다. ‘폭력’이 오랫동안 여성운동의 주요 의제였고 성폭력에 대한 사회적 관심이 높아지면서 섹슈얼리티가 곧바로 위험이나 범죄와 연관된 것으로 여겨지는 경향도 커졌다. 합의된 동성 간 성관계의 처벌은 ‘성폭력’이 성적 억압의 강화에 이용되는 것이다.

균형법상 ‘추행죄’ 폐지 운동은 성폭력이 아닌 성적 행동과, ‘성적 자기결정권’에 대한 논의를 넓힐 수 있다. 성적 자기결정권은 여성과 남성 간에 성관계를 합의했는지 차원의 권리가 아니라, 불평등한 젠더질서를 강화하고, 섹슈얼리티를 위계화하고, 소수자/피해자를 성적으로 비규범적인 존재로 낙인찍는 사회에서 소수자/피해자가 어떻게 자신의 성적 행동, 관계, 삶, 존재에 대해 결정할 수 있는지에 대한 권리로 논의되어야 한다. 균형법상 ‘추행죄’ 폐지를 통해서 성적 자기결정권을 ‘발휘할 수 있는’ 세상을 만들어가는 것 역시 반성폭력단체의 역할일 것이다.

○ 균형법상 ‘추행죄’ 폐지 운동은 2008년 ‘군 관련 성소수자 인권침해, 차별 신고 및 지원을 위한 네트워크(이하 군인권네트워크)’ 결성과 함께 지속되어 왔다.

2013년, 친고죄 폐지 등 성폭력 관련법이 개정 시행되면서 김광진, 권성동, 남인순 의원의 균형법 개정안이 각각 발의되었다. 각 개정안은 ‘계간’ 표현을 삭제하는 내용(김광진 안), ‘그 의사에 반하여’라는 구절을 삭제하는 내용(남인순 안) 등으로, ‘계간’을 ‘항문성교’로 대체하는 내용의 법제사법위원회 대안이 통과되는데 그쳤다. 4월에는 민홍철 의원이 균형법상 ‘추행죄’를 동성간음죄로 하는 개정안 발의를 시도하여 시민사회가 저지하기도 했다. 이후 5월, 국제성소수자혐오반대의날 거리캠페인을 시작으로 입법청원운동에 돌입해 6월 26일 총 5,690명의 입법청원서를 국회에 제출하였고, 2014년 진선미 의원이 폐지안을 발의하였

으며, 지난해 유엔 시민적 정치적 권리규약 위원회가 균형법상 ‘추행죄’를 폐지하고 1년 이내에 보고하도록 강력히 권고하였지만, 폐지안에 대한 제대로 된 논의 한번 없이 19대 국회회기는 만료되었고 헌법재판소는 지난 7월 28일 합헌 결정을 내렸다.

군인권네트워크는 끈질기게 다시 균형법상 ‘추행죄’ 폐지를 위한 입법청원운동을 시작한다. 10월 5일 기자회견을 시작으로 3개월간 1만인 입법청원서를 모으고 12월 10일 세계인권선언일에 제출하면서 균형법상 ‘추행죄’ 폐지를 촉구할 계획이다. 많은 참여를 부탁드린다.

균형법상 ‘추행죄’ 입법청원운동 (페이스북) :

<https://www.facebook.com/gunivan.net>

군 관련 성소수자 인권침해.차별 신고 및 지원을 위한 네트워크 :

<https://gunivan.net>

2016 성평등한 사회를 위한

성폭력 판례뒤집기

모의법정

영화감독에 의한 10대 여성 성폭력 사건
대법원 무죄판결 다시 짚어보기

- 일 시** 2016년 4월 28일(목) 오후 3:00~6:00
장 소 이화여자대학교 모의법정 (법학과 405호)
주 최 연예기획사대표에 의한 청소년 성폭력사건 공동대책위원회,
이화여자대학교 젠더법학연구소, 한국성폭력상담소
주 관 한국성폭력상담소

2016 성평등한 사회를 위한 성폭력 판례뒤집기 모의법정

일시 2016년 4월 28일(목) 오후 3:00~6:00
장소 이화여자대학교 모의법정 (법학과 405호)
주최 연예기획사대표에 의한 청소년 성폭력사건 공동대책위원회,
이화여자대학교 젠더법학연구소, 한국성폭력상담소
주관 한국성폭력상담소

영화감독에 의한 10대 여성 성폭력 사건 대법원 무죄판결 다시 짚어보기

오프닝	본 사건 언론보도 영상
개정선언	재판부의 개정선언
모두진술	검사 공소요지 피고인측 변호인 모두진술
증거조사	피해자 신문 피고인 신문 진술분석전문가 신문
최종의견	검사 최종의견 피고인측 변호인 최종의견
최종진술	피고인 최종진술 피해자 최종진술
토론	배심원단 논의 방청석 의견개진
배심원평결	배심원단 평결
최종판결	재판부의 판결
폐정선언	재판부의 폐정선언

모의법정 기획의도

〈2016 성평등한 사회를 위한 성폭력 판례뒤집기〉 사업은 성폭력에 대한 왜곡된 통념으로 판결을 해왔던 기존의 관행을 끊고, 성폭력 범죄의 올바른 판결을 유도하여 성폭력 피해에 대한 사회적 편견을 해소하고자 기획되었습니다.

대법원의 판결은 하급심 판결에 준거가 될 뿐만 아니라 사회적 인식 수준을 가늠하게 하는 척도로써의 역할을 합니다. 이에 본 사업에서는 대법원 판례 중 특정 주제를 중심으로 성폭력의 구성요건과 쟁점을 검토함으로써 법의 언어에 여성주의적 인식을 더하고, 성평등한 문화를 확산하며, 사회 전반의 젠더감수성이 증진될 수 있는 방안을 모색합니다.

본 모의법정은 최근, 1심과 2심의 유죄가 선고되었으나 대법원에서 무죄취지로 고등법원에 파기 환송한 실제 사건을 바탕으로 하여 기획되었으나, 상당부분 각색을 거쳐 재구성한 것이므로, 구체적인 사실과 그 내용이 다름을 알려드립니다.

모의법정

모의법정 대본

오프닝

주 사건과 관련한 언론보도 내용 등을 담은 영상 상영

1. 개정 선언 및 모두 진술

126

재판장 사건번호 2016노123456에 대한 모의법정 심의를 시작하도록 하겠습니다. 본 사건은 2015년 12월 대법원에서 무죄취지로 본 법정에 파기환송 되었습니다. 이에 본 법정에서는 사건을 처음 부터 다시 짚어보고자 합니다. 본 사건은 여론에 많은 관심을 받고 있는 바, 국민참여재판으로 구성하여 9인의 배심원단이 함께 심의하게 되었음을 알려드립니다. 자, 검사와 피고인측 변호인, 피고인 모두 오셨습니까?

검사/변호사 네.

재판장 그러면 검사 측의 공소 요지부터 듣도록 하겠습니다.

〈검사 공소 요지〉

검사 예, 재판장님.

피고인 김철수는 당시 만 42세 영화감독으로, 2011년 8월 13 일경 아들이 입원해있던 서울 소재 병원에서 입원 중이던 당시 만 15세의 피해자 최경미를 우연히 만났습니다. 피해자에게 연 예인을 만나게 해주고, 배우를 시켜주겠다면서 접근하여 피해 자가 입원 중이던 2011년 8월 14일부터 8월 하순경까지 병원 의 입원실과 피고인의 차량, 피고인의 집 등지에서 여러 차례 추행 및 강간하였습니다. 피해자의 퇴원 이후에도 거의 매일 추행과 강간이 지속되었습니다. 2012년 3월경 피고인은 피해 자가 임신하였음을 알게 되자 2012년 4월 중순부터 다른 사건 으로 구속된 2012년 5월 19일전까지 피해자를 자신의 집에 머 무르게 하면서 같은 기간 동안 피해자를 수시로 강간하였습니 다. 이에 검사는 피고인에게 각 구 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2011.9.15.법률 제11047호로 개정되기 전의 것, 이 하 ‘구 아동·청소년의 성보호에 관한 법률’이라 한다) 제7조 제1항, 형법 제287조(미성년자의 약취, 유인), 형법 제 297조 (강간의 점), 각 구 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제7조 제5항, 제3항, 형법 제298조(강제추행의 점, 징역형 선택), 구 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2011.12.18.법률 제 11556호로 개정되기 전의 것) 제13조(카메라 등 이용 촬영의 점, 징역형 선택)에 따라 공소를 제기하였습니다. 이상입니다.

〈피고인측 변호인 모두 진술〉

재판장 피고인측 변호인 모두 진술 하십시오.

변호사 예, 재판장님

피고인 김철수는 검사의 공소요지 상의 범죄사실 기재와 같이 최경미를 위력으로 추행하거나 강간한 사실이 없고, 최경미가 자발적으로 가출을 하였던 것일 뿐 피고인이 유인한 바 없어 공소사실 전부를 부인하는 바입니다. 요컨대 피고인 김철수는

피해자와 사랑하는 사이로 피해자의 의사에 반하여 위력으로 추행하거나 강간한 사실이 없으며 미성년자 유인죄와 관련하여 서도 무죄를 주장합니다. 이상입니다.

2. 증거 조사

〈쟁점정리 및 증거신청〉

재판장 피고인과 변호인은 이 사건 원심판결에 대하여 사실오인 및 양형부당을 이유로 항소를 제기하였고 대법원에서 무죄취지로 본 법정에 파기환송 되었습니다. 검사는 이 사건 공소사실에 대한 입증계획을 밝히시고 증거를 신청하십시오.

128

검사 예. 검사는 피고인이 이 사건 범행에 대하여 유죄임을 입증하겠습니다. 이를 위하여 검사는 접견 당시 녹취록과 가해자가 또 다른 여성에게 성적접근을 시도한 정황 등을 증거자료로 신청하겠습니다. 또한 본 사건의 피해자 최경미와 피고인 김철수 그리고 피해자 진술을 분석한 전문가로서 정현주 박사 등 3인을 증인으로 신청합니다.

재판장 피고인 측은 검사가 신청한 증거에 대해서 의견 있으십니까?

변호인 별 다른 의견 없습니다.

재판장 알겠습니다. 그럼 지금부터 증인신문을 하겠습니다. 먼저 피해자에 대한 증인 신문부터 시작하도록 하겠습니다. 피해자가 증인 신문 중 피고인의 퇴정을 요청하였으므로, 피고인은 잠시 퇴정하여 주십시오.

(법정경위는 피고인을 법정 밖으로 데리고 나간다.)

재판장 그럼 이제 피해자는 증인석으로 나와 주십시오. 성폭력 피해자가 법정에서 증언하는 경우, 필요에 따라 피해자의 신뢰관계인 동석이 가능합니다. 피해자의 사전 요청에 따라 피해자 최경미와 함께 한국성폭력상담소의 상담지원자인 조은희가 동석하도록 허락합니다.

① 피해자 신문

(피해자는 신뢰관계인과 함께 법정경위의 안내를 받아 방청석에서 증인석으로 이동한다. 피해자는 증인석에 서서 왼손으로 선서판을 들고 오른손을 들어 선서하는 동작 후, 신뢰관계인과 나란히 앉는다.)

재판장 피해자 최경미 본인 맞습니까?

피해자 네.

재판장 증인, 그동안 수사와 재판 과정에서 수차례 출석하여 증언했다는 것을 알고 있습니다. 그럼에도 불구하고 본 재판부가 증인을 다시 부를 수밖에 없었던 것을 양해해주면 좋겠습니다. 많이 힘들었을 텐데, 여기까지 직접 나와 주어서 고마워요. 당시 상황을 충분히 이야기 할 수 있는 만큼 질문에 솔직하게 답해주면 되니까 너무 긴장하지 말고 있는 그대로 얘기하도록 하세요.

피해자 네, 알겠습니다.

재판장 검사는 신문하십시오.

〈검사측〉

검사 네, 재판장님. 증인은 2012년 9월 말경 피고인을 강간 혐의로 고소하였지요?

- 피해자 네.
- 검사 사건 기록을 보면 증인에 대한 강간이 2011년 8월경부터 일어났다고 하였습니다. 맞습니까?
- 피해자 네.
- 검사 당시 증인은 교통사고로 입원해있는 중이었죠?
- 피해자 네. 제가 다리를 다쳐서 입원하고 있을 때였어요. 깁스하고 있어서 걷기 힘든 상태였고요.
- 검사 그러면 증인이 다리를 다쳐서 입원중인 상황에서 40대인 피고인을 처음 만났고, 알게 된 지 3일 만에 피고인으로부터 두 차례의 강제추행과 강간 피해가 있었군요. 맞나요?
- 피해자 네.
- 검사 첫 피해 후 즉시 신고를 하지 못한 이유가 있을까요?
- 피해자 그 사람 차타고 한강 간 날, 그 사람이 저한테 꼬치꼬치 캐물었어요. 제가 어디에 사는지, 어느 학교에 다니는지, 어느 학원에 다니는지 모두 물어봐서 전 아무 생각 없이 다 얘기를 해줬어요. 그래서 신고를 못했어요. 만약 제가 신고하면 그 사람이 동네 돌아다니면서 저 찾는다고 막 쫓시고 다니고. 그러면 동네에 다 소문날까봐 그게 무서웠어요. 그 사람이 저에 대해 너무 많이 알고 있다는 게 너무 무서웠어요.
- 검사 피고인의 출소 후인 2013년 3월 중순경에 피고인이 증인 집에 찾아간 적 있죠?
- 피해자 그때 그 사람이 감옥에서 나오자마자 저희 집에 찾아와서 막 행패부리고 그랬어요. 그래서 엄마가 쓰러져서 구급차에 실려갔었어요.

- 검사 그리고 또 다른 이유가 있을까요?
- 피해자 그 때 엄마가 간암 수술을 받았고 심장도 되게 안 좋으세요. 그때는 이 얘기만 들어도 엄마가 쓰러질 것 같았어요. 주변엔 도와 줄 사람도 없었구요. 아빠는 아픈지가 너무 오래 돼서... (잠시 한 숨) 제가 당한 걸 얘기하면 모두 저를 나쁜 애로 생각할 것 같았어요.
- 검사 왜 피고인이 그렇게 무서웠나요? 피고인이 혹시 증인을 때리거나 협박했나요?
- 피해자 저를 직접 때린 적은 없었지만 늘 저에게 소리를 지르고 조금만 마음에 안 들면 막 화를 냈어요. 그 사람이 이혼한 부인을 미행하는데 저를 데리고 다녔거든요. 얼마나 집요하고 무서운지 저한테도 똑같이 할 것 같았어요.
- 검사 증인이 피고인의 탐복에서 살인사건에 대한 증인 출석 요청서를 본 적이 있다는데, 그걸 봤을 때는 어땠나요?
- 피해자 그거 보고 정말 무서웠어요. 저도 잘 못하면 죽을 수 있겠구나 하는 생각이 들었어요.
- 검사 피고인에 대한 그런 공포는 언제부터 시작되었나요?
- 피해자 저한테 막 키스를 해서 그게 너무 무서웠어요. 아무도 없는 병실에서.
- 검사 무서운 피고인을 계속 만난 이유가 있나요?
- 피해자 영화시사회 보여준다고 해서 간 거거든요. 극장에는 사람이 많으니까 또 그러지는 못할 거라고 생각했어요. 병원이 너무 답답해서 영화 보러 간 거였는데요. 극장엔 안가고 주차장에 그냥 차를 세웠어요. 저는 키스만 해도 임신이 되는 줄 알고 있었거든요. 근데 그러니까 그 사람이 그게 아니라면서 갑자기 의자를 뒤로 확 젖히더니 저한테 막...

- 검사 증인이 원하지 않는 성폭력이 계속될 때, 당시 증인은 어떤 마음이었나요?
- 피해자 저는 그냥 다 싫고 무서웠어요...어떻게 해야 될지 몰랐어요.
- 검사 증인은 임신 사실을 안 이후 가출을 했지요?
- 피해자 네, 전 너무 겁이 났는데, 그 사람이 가출을 하라고 시켜서 부모님께 거짓말로 편지를 쓰고 그 사람 집으로 갔어요.
- 검사 그 이후 증인은 피고인의 집에서 지내면서 구치소에 있는 피고인을 만나러 간 사실이 있지요?
- 피해자 네.
- 검사 기록을 보면 4개월 간 법정 공휴일을 제외한 거의 매일, 약 80회 정도 접견을 갔는데, 어린 나이에 보호자 없이, 임신을 한 상태로 몸이 많이 힘들었을 텐데 어떻게 그렇게 할 수가 있었나요?
- 피해자 의사가 그랬어요. “너 그러다 유산하거나 너 죽을 수도 있다” 그랬는데, 그 사람이 계속 오라고 하고, 시키는 일이 너무 많아서 매일 갈 수 밖에 없었어요.
- 검사 피고인에게 힘들다고 얘기해 본적 있어요?
- 피해자 제 얘긴 전혀 듣질 않았어요. 제가 배가 너무 아파서 병원 가야 된다고 하는데도 일만 시키면서 대꾸도 안했어요. 오죽하면 애 낳고 나서도 다음 날 또 오라고 했어요. 못 간다고 하니까 택시타고 얼굴 잠깐 보고 가면 된다고 까지 했어요.
- 검사 피고인이 구치소 있는 동안 접견 다니는 게 많이 힘들었다고 했는데, 증인이 왜 피고인 집에 계속 머물렀는지 이유를 말해 줄 수 있을까요?

- 피해자 그 사람은 늘 곧 나올 거라고 했어요. 저는 그 말만 믿고, 금방 나올 거라고 생각했고요. 구치소에서 나오면 제가 어디에 있든 금방 찾을 수 있을 거라고 생각했어요. 너무 무서웠어요. 늘 그 사람 비위를 맞춰주어야 했어요. 그래서 매일 접견도 가고, 서신도 인터넷에서 노래 가사 같은 거 찾아서 아무 생각 없이 썼어요. 저는요, 원래 편지 쓰는 거 싫어해서, 엄마생일에 카드도 안 써요.
- 검사 그렇게 서신을 쓰라고 하면 쓰고, 나오라고 하면 나와야 했을 때 기분이 어땠나요?
- 피해자 그 때 솔직히 저는 그냥 이렇게, 그 때 고소 못하고 있을 때 그냥 저 혼자 죽을까도 생각을 했어요. 그냥 죽어버리면 끝나는 건데, 가족들한테도 피해 안 가고 끝날텐데...
- 검사 (잠시 기다려준다) 피고인 김철수는 증인이 피고인의 돈을 빼돌리려고 했다고 진술한 바 있습니다. 맞습니까?
- 피해자 그거 거짓말이에요. 그 사람이 저한테 그랬어요. 자기가 여동생한테 맡긴 돈이 있으니까 그거 제 통장에 넣으라고 전하라고 해서 그렇게 말한건데, 나중에 그걸 제가 꾸민 일처럼 말하는 거예요. 너무 억울해요. 그거 다 거짓말이에요.
- 검사 네, 증인이 지금 증언한 내용은 구치소 접견 녹취록 중 2012년 7월 20일 피고인과 피고인의 여동생과의 대화와 / 7월 21일, 22일 양일간 피고인과 피해자 최경미와의 대화내용에 그대로 기록되어 있습니다. 피고인은 피해자가 자신의 돈을 노렸다는 증거를 확보하기 위해 피해자를 이용하여 사실을 조작한 정황이 명백합니다. 이상입니다.

〈변호인측〉

재판장 변호인은 신문하십시오.

변호인 네. 증인은 피고인을 만나게 된 이후부터 피고인이 구속되기 전까지 상당히 많은 문자메시지들을 주고받았는데요. 그 내용을 보면 상당히 가까운 사이로 보일만한 내용들입니다. “집 나가면 오빠야랑 밥 먼저 먹어야겠다.”, “빨리 오빠야 보고싶다.” 이런 문자메시지를 본인이 작성하여 보낸 것이 맞지요?

피해자 네, 제가 쓰기는 했어요. 그런데 그 사람이 제가 그런 말을 할 수 밖에 없게 만들었어요. 항상 문자를 하게 했어요. 문자도 길게 구체적으로 쓰게 했고요. 쓰기 싫었는데 그렇게 안 쓰면 화내고 그러니까 무서워서.

변호인 쓰긴 했다는 거네요. 증인이 작성한 접견서신은 160통이 훨씬 넘습니다. 그리고 각종 스티커와 색색의 팬으로 굉장히 정성이 들어간 편지들로 보입니다. 그리고 접견도 거의 매일 했습니다. 맞습니까?

피해자 자주 가긴 했어요. 거의 매일 갔죠. 오라고 하니깐... 서신도 제가 다 쓴거긴 한데 인터넷 보고 진짜 억지로 쓴 거예요. 쓰라고 막 그래서...

변호인 “솔직히 저 오빠야한테 차 탔을 때 반했어여~~ 아무한테도 뛰지 않던 심장이 오빠야 옆에 있으니깐 막 뛰더라구여^^ 그래서 전 그때부터 오빠야 놓고 싶지 않았어여... 오빠야가 뭘해도 어떤 사람이라도 앞으로도 안 놓을 거구~ 오빠야만 평생 영원히 사랑할 꺼에여” 이런 서신들도 본인이 직접 작성한 것이죠?

피해자 ... 제가 쓰긴 했는데 그렇게 색깔펜 쓰고, 스티커 붙이고 그런 건 몇 번 밖에 안돼요. 그렇게 하면 글을 조금만 써도 되더라고요. 그리고 다른 서신들도 진짜 아무 생각 없이 쓴 거예요.

- 변호인 아무생각 없이 쓴 게 아니라 마음을 표현한 거 아닙니까? 좋아 하는 마음이 있었지요?
- 피해자 아니에요. (억울한 듯) 그런 거 아니에요.
- 재판장 (중단시키며) 변호인.
- 변호인 네, 재판장님
- 재판장 증인에게 계속 같은 질문하고 있는데, 증인이 아니라고 대답했 지 않습니까? 증인과 피고인의 관계에 대해서는 재판부에서 판 단하도록 할 테니까, 더 이상 같은 질문 반복하지 마세요.
- 변호인 네. 이상입니다.
- 재판장 증인, 재판장이 하나 물을게요. 접견서신 어디서 썼어요?
- 피해자 구치소 면회 가서 썼어요. 아침에 면회 가면 면회 끝나고 접견 대기실에서 썼고, 오후 면회 갈 때는 대기실에서 서신 쓰고 면 회하러 들어갔어요.
- 재판장 편지 쓰는데 시간 얼마나 걸렸어요?
- 피해자 한 장 채우는데 한 시간 이상 걸려서, 면회 한 번 가면 4시간 넘게 걸렸어요. 그리고 집에 가서 인터넷 서신을 또 쓰라고 했 어요. 매일 매일이요.
- 재판장 알겠습니다. 증인, 수고 하셨습니다. 이제 증인지원실로 돌아 가도 좋습니다.
- (법정경위의 안내 하에 피해자와 신뢰관계인은 증인지원실로 이동한다.)
- 재판장 그럼 다음 증인 신문 하도록 하겠습니다. 밖에 있는 피고인은 증인석으로 이동하십시오.

② 피고인 신문

(피고인은 법정경위의 안내를 받아 증인석에 서서 왼손으로 선서판을 들고 오른 손을 들어 선서하는 동작 후, 앉는다.)

재판장 피고인 김철수 본인 맞습니까?

피고인 네.

재판장 증인은 거짓 없이 진실만을 말해 주십시오. 증언 중 거짓말을 하면 위증죄로 처벌받게 됩니다. 잘 아시겠습니까?

피고인 예.

재판장 검사는 신문하십시오.

136

〈검사측〉

검사 네, 재판장님. 피고인은 피해자와 사랑하는 사이였다고 계속 주장하고 있습니다. 그런데 피해자와 만나고 있던 시기에, 다른 여성들에게도 호감이 자주 표현한 것으로 보입니다. 증거자료 1호 15페이지 기재된 피고인의 휴대전화에서 발견된 카카오톡 메신저 내용을 읽어보겠습니다.

〈합정역 핫팬츠 키 큰 영아〉이라고 저장된 여성과의 대화내용입니다.
“영아씨, 오늘 너무 즐거웠습니다.”
“네, 감독님. 그런데 갑자기 저에게 키스를 하셔서 놀랐습니다. 저를 쉽게 보시는 것 같아 조금 불쾌했습니다.”

그리고 이것은 또 다른 여성과의 대화입니다.

〈입술이 섹시한 지수〉라고 저장된 여성과의 대화내용입니다.
 “지수씨, 우리 좀 만나요”
 “그만 연락하세요.”
 “일 때문이 아니라, 제가 지수씨한테 관심 있어서 그러는 거예요.”
 “자꾸 연락하시면 남자친구한테 전화하게 만들겠어요.”

이런 대화 내용이 있는데 본인이 보낸 것 맞죠?

- 피고인 네... 그냥 일 관계로 만난 사람들입니다.
- 검사 그런데 이 시기 피해자 최경미는 피고인의 집에 머물고 있었지요?
- 피고인 네.
- 검사 사랑하는 사이였다면서 어떻게 다른 여성들한테도 호감을 표현할 수 있었나요?
- 피고인 일적으로 만난 다른 여자들과 경미는 달랐습니다.
- 검사 피고인은 일적으로 만난 사람들 이름을 휴대폰에 저장할 때, 신체적 특성이나 만난 장소, 혼자 사는지 여부 등으로 저장하는군요. 그렇다면 피해자 최경미와의 관계에 대해서 묻겠습니다. 피고인은 피해자 최경미를 만난 지 하루 만에 입을 맞추고 이틀 만에 강간하였습니다. 피해자 최경미가 중학생인 것을 알고 있었지요?
- 피고인 네,(억울한 듯) 하지만 경미가 저를 많이 따랐고, 저도 경미가 좋았습니다. 강간이 아니에요. 경미도 원한 거였습니다.
- 검사 피해자 최경미가 정확하게 어떤 말로 원한다고 말했습니까?
- 피고인 바람 쐬러 가자고 먼저 저를 즐겼어요. 그래서 제 차를 타고 바람 쐬러 간거고요. 그래서 자연스럽게 그렇게 된 겁니다. 강제로 한 게 절대 아니에요.

- 검사 피고인은 다리를 다쳐서 / 활동이 부자유스러운 / 중학생이 / 입원 중에 / 바람을 쐬고 싶다고 말한 것을 그렇게 해석하신 거군요. 그러면 강간 행위 중 피해자 최경미가 영상이나 사진 촬영에는 어떻게 동의했습니까? 만약에 동의했다면, 찍는 것에 동의하는지 직접 물어봤나요?
- 피고인 직접 물어보진 않았지만, 경미도 제가 촬영하고 있다는 것을 알고 있었습니다. 알고도 아무 말 안했으면 찍는 거에 동의하는 거 아닙니까?
- 검사 만약에 피고인의 주장과 달리, 피해자가 촬영하는 것을 모르는 상태였다면, 그걸 어떻게 물어볼 수 있었을까요? 더구나 피고인의 진술조서에는 본인의 입으로 영상을 찍지 않았다고 하시는데요. 이와 관련해서 진술이 계속 바뀝니다. 그리고 피고인의 탭북 파일을 복원한 이후에야 합의해서 찍었다고 하는 게 말이 됩니까? 그렇다면 서로 사랑하는 사이였다고 주장하는 피고인과 피해자 최경미와의 대화 내용을 잠시 들어보겠습니다.

138

피고인 : 내가 어제 시킨 건 다 했어?
 피해자 : 네, 근데 어제 허리가 너무 아파서 그 변호사 만나러는 못 갔어요.
 피고인 : (관심 없고, 약간 짜증) 아씨. 왜.. 그럼 거긴 오늘 접견 끝나고 가. 빼먹으면 안 돼. 너 토요일, 일요일에 서신 쓴 거 안보냈어?
 피해자 : 보냈는데, 아직 도착 안 했나봐요.
 피고인 : 일반적으로 보냈어? (화내며) 오늘부터는 매일매일 속달로 보내. (한숨) 어제 시킨 거 했어?
 피해자 : (수첩을 꺼내 메모를 찾아) 아침에 김성철이라는 사람한테 전화왔어요. 공탁금 300만원 하면 되는데요?
 피고인 : 300이나 하래? 그래, 그건 이대리한테 전화해서 알려주면 되고. 근데 어제 왜 서신 안 쓰고 갔어?
 피해자 : 어제 허리가 너무 아파서 접견 끝나고 앉아있을 수가 없었어요.

피고인 : 그래도 서신 꼭 쓰라고 했잖아. 알지? 너무 짧게 쓰지 말고, 꼭 채워서 쓰는 거. 노래 가사 같은 거 베끼지 말고.

피해자 : 네. 근데 저번에는 노래가사 관찮다고 (그랬잖아요.)

피고인 : (말 끊으면) 너 지난번에 인터넷 서신도 되게 성의 없게 썼더라. 그렇게 쓰지 말라고 했잖아.

피해자 : 열심히 썼는데... 이제는 앉아서 뭐 하는 거 너무 힘들어요.

피고인 : 그래도 매일 한통씩은 꼭 써. 사랑하고, 좋아한다는 말도 쓰고. 알았지? 그리고 영화사에서 전화 온 건 뭐 없었어?

피해자 : 어제 말씀 드렸었는데, (다시 수첩을 보면서) 진영 회사에서 전화왔었어요. 박실장이라는 사람이었다고.

피고인 : 아, 그렇지. 박실장한테 전화해서, 나 금방 나갈 거니까 조금만 기다리라고 얘기해. 그리고 내가 보내는 것처럼 해서 보내. 어설프게 하지 말고.

피해자 : 언제 나오는데요?

피고인 : (약간 짜증내며) 금방 나가. 얼마 안 남았어.

피해자 : 그래요 ...

피고인 : 너 오늘 가기 전에 꼭 서신 다 쓰고 가라. 알았지?

피해자 : 네.

검사 : 이 대화 나눈 장소가 어디인지 기억나십니까?

피고인 : 네, 구치소 접견실이었던 것 같습니다.

검사 : 네, 증인 말처럼, 이 대화 내용은 증거자료 2호 접견실 녹취록 수록되어 있는, 2012년 8월 17일에 구치소 접견실에서 피고인 김철수와 피해자 최경미가 나눈 대화의 일부입니다. 여러분들이 들으시기에 이 대화가 사랑하는 연인 사이의 대화라고 생각 되십니까?

방청석 :

- 검사 다른 접견실 녹취록들에 나타난 대화의 패턴도 이와 크게 다르지 않습니다. 피고인은 일방적으로 서신을 요구하는 말을 하거나 사업과 관련한 심부름을 지시 / 혹은 확인하고 피해자는 그에 따르고 있습니다.
- 피고인 (약간 화내며) 접견실에서 이런 대화만 하진 않았습니다.
- 검사 (회심의 미소) 피고인이 그렇게 말씀하시니, 그럼 다른 대화들을 살펴보도록 하겠습니다. 피고인은 자신이 준 카드로 피해자가 돈을 많이 썼다고 진술하면서 2013년 4월까지 피해자가 썼다는 카드 결제 내역을 증거자료로 제출한 적이 있지요?
- 피고인 네.
- 검사 그런데 접견실 녹취록 중 2012년 11월경 피고인의 여동생과 나눈 대화 내용을 보면, 피고인은 피해자가 2012년 9월 하순부터 피고인의 카드를 전혀 사용하지 않았다는 것을 알고 있었습니다. 제가 한 번 읽어보겠습니다. 피고인이 “개가 카드 많이 쓴 걸로 하다가 명세서 제출로 꼬투리 잡히는 거 아냐?” 이렇게 말하자, 피고인의 여동생이 이렇게 말씀하시네요. “명세서는 그냥 잃어버렸다고 하지 뭐. 그리고 오빠 사무실에서 지출하는 명세서 그거 개가 썼다고 자료 제출하면 되지 않을까?” 피고인, 기억하십니까?
- 피고인 기억 안 납니다. 저는 그런 말 한 적 없습니다.
- 검사 피고인! 피고인이 접견실에서 나눈 대화 내용 모두 녹취록으로 나와 있어요! 피고인은 지금 거짓된 진술과 거짓 증거 자료로 피해자가 하지 않은 행동을 했다고 하고! 쓰지 않은 돈을 썼다고 하는 거 아닙니까?
- 피고인 거짓말이 아닙니다. 개가 다 쓴 거 그대로 제출한 거 맞습니다.

검사 재판장님, 그리고 배심원단 여러분, 증거자료 2호인 녹취록의 내용을 보면 피고인이 계속해서 거짓말을 하고 있다는 것이 너무도 명백합니다. 피고인은 피해자와 사랑하는 사이였다고 주장하고 있습니다만, 피해자는 다르게 진술하고 있습니다. 피해자 신문 전 영상에서 보신 바와 같이 피해자는 처음 만남 직후 피고인의 강제추행과 강간이 시작되었고, 피고인의 구속 전까지 피해자가 원하지 않는 강간 행위가 이어졌다고 일관되게 진술하고 있습니다. 이상입니다.

〈변호인측〉

재판장 변호인 신문하십시오.

변호인 네. 재판장님. 피고인은 피해자 최경미를 추행하고 피해자의 의사에 반해 강간한 사실이 있습니까?

141

피고인 아닙니다. 저랑 경미는 사랑하는 사이였습니다. 저는 강제로 경미를 강간하거나 성추행하거나 하지 않았습니다.

변호인 공소사실에 따르면 피고인이 2011년 8월 14일 주차장에서 피해자를 추행하였다고 되어 있는데, 이후 피해자가 피고인을 신고하였거나 한 일이 있습니까?

피고인 아니요, 전혀 그런 일 없었습니다. 그리고 그날 저녁에도 또 만났습니다. 제가 억지로 그렇게 했다면 저를 또 만났겠습니까?

변호인 그러면 그 이후는 어땠습니까? 공소사실에 따르면 이후 몇 차례 피해자를 간음하여 강간하였다고 되어 있는데, 이에 대하여 신고를 한다거나 보호자를 통해 항의를 한다거나 하는 일이 있었습니까?

피고인 없었습니다. 누구에게 말한 것 같지 않았습니다. 그 이후에도 우리는 계속 만났고요. 교회도 같이 갔었고… 그냥 사랑하는 사이였다니까요.

변호인 피해자가 가출 한 것은 어떻습니까? 피해자가 임신한 이후 집을 나와서 피고인의 집에 있었던 거죠?

피고인 네, 경미가 제 애를 가졌다고 해서 책임지려고 했습니다. 저희 집으로 오라고 한 것은 다 경미를 위해서 그렇게 한 거고요. 그 부모가 경미를 잘 돌봐주지도 못하면서 때리고 그러니까 경미가 집을 나온거지 제가 억지로 끌고 온 게 절대 아닙니다.

변호인 피고인은 2012년 5월 하순경 다른 범죄사실로 인하여 구속되었는데, 구속된 이후에도 피해자는 계속해서 피고인의 집에 있었지요?

142 피고인 네, 저희 집에 있으면서 제 일도 대신 처리해 주고 저희 아들도 돌봐주고 그랬습니다.

변호인 피고인이 집에 함께 있지 않아 본인 집으로 돌아갈 수 있었는데도 피고인 집에 계속 머물렀다는 말씀이군요. 피고인이 피해자에게 접견을 오지 않았거나 서신을 보내지 않거나 너무 짧게 서신을 보냈다고 해서 화를 내거나 강요한 것도 아니지요?

피고인 절대 강요한 적 없습니다. 오히려 늦었으니까 쓰지 말고 가라고 한 적도 있고요.

변호인 이상입니다.

재판장 자 이제 피고인 내려가도 좋습니다. 다음 증인 출석하십시오.

(법정경위는 피고인을 피고인석으로 안내한 후, 방청석 맨 앞자리에 앉은 전문가를 증인석으로 안내한다. 전문가는 증인석에 서서 왼손으로 선서판을 들고 오른손을 들어 선서하는 동작 후, 앉는다)

③ 전문가 신문

재판장 증인 정현주 본인 맞습니까?

전문가 네.

재판장 증인은 기억에 따라 진실만을 말해 주십시오. 거짓말을 하면
 위증죄로 처벌받게 됩니다. 잘 아시겠습니까?

전문가 예.

〈검사측〉

재판장 검사는 신문하십시오.

검사 네, 재판장님. 증인은 어떤 일을 하시나요?

전문가 네, 저는 이 사건의 피해자 최경미의 피해 관련 진술을 분석한
 전문가로서 대학교 사회복지학부 아동복지전공 교수입니다.

검사 증인은 지난 8년 동안 면담을 해오면서 성폭력 사건에서 피해
 를 입은 미성년자들과 면담하고, 성폭력 피해자의 진술을 약
 40여회 이상 분석하신 것으로 알고 있습니다. 맞습니까?

전문가 네.

검사 피해자 최경미를 직접 만나보셨습니까?

전문가 네.

검사 증인이 이 사건과 관련하여 피해자의 진술을 분석한 결과는 어
 떻습니까?

- 전문가 피해자 최경미는 이 사건의 피고인으로부터 입은 강간피해에 대한 도움을 아무에게도 받지 못하는 상황에서 임신을 하게 되면서 굉장한 혼란을 겪은 것으로 보입니다. 그로 인해서 피고인에게 더욱 심리적으로 의존하게 된 것 같습니다. 접견기록에 남긴 수많은 사랑한다는 표현은 바로 이 점에서 비롯된 것으로 보입니다.
- 검사 전반적으로 피해자 최경미의 증언을 의심할 만한 근거가 있습니까?
- 전문가 전체적으로 볼 때 피해자의 증언에는 통일성과 일관성이 있었습니다. 제가 볼 때는 진술의 타당성을 의심할만한 부적절함은 보이지 않았다고 생각합니다.
- 검사 피해자가 증언에서 키스만 해도 임신이 된다고 믿었다고 하는데, 이것 역시도 의심할 여지가 없을까요?
- 전문가 충분히 있을 수 있는 일이라고 생각합니다. 중학교 3학년이라고 해도 사람마다 성지식에는 차이가 있죠. 얼마 전에 직접 인터넷 포털 사이트에서 “키스하면 임신이 되나요” 이렇게 검색을 해 본 적이 있는데, 이런 생각을 가진 십대가 굉장히 많았습니다. 실제로 십대들의 경우에는 성 지식을 교육 과정에서 얻기 보다는 인터넷이나 포레집단에서 얻는 경우가 많아 정확하지 않은 정보를 갖기가 쉽습니다.
- 검사 피해자가 피고인의 집에 머물고 있으면서 피고인이 별건으로 구속된 이후에도 피고인의 집에 계속 있다가, 출산 이후에야 고소한 정황에 대해서는 어떻게 보십니까?
- 전문가 일반적으로 출산 전후에 따라 최초 폭로 정황이 달라진다는 점을 고려할 때, 피해자는 강간으로 생긴 아이에 대한 양가감정이 생겨 아이를 보호해야 하겠다는 생각이 들었을 수 있습니다. 그리고 피해자는 줄곧 자기 때문에 가족들이 피해를 받지

않을까 하는 부분을 계속해서 걱정했습니다.

검사 피해자가 피고인을 사랑했다는 정황에 대해서는 어떻게 분석하십니까?

전문가 피해자의 진술에 따르면 강간 행위는 지속적으로 피고인의 폭력에 의해 이루어졌습니다. 피해자가 처음에는 피고인에 대해 호감을 가지고 있었던 것은 사실이라고 할지라도, 잠자리까지 같이 할 것이라고 생각하지는 못 했던 것으로 보입니다. 그러나 막상 강간 행위가 거듭되다 보니 자포자기한 심정이 생겼던 것으로 보입니다. 또한 피해자는 피고인에 대해 의지하는 마음이 생겼다고 했는데, 당시 피해자는 취약한 환경에서 자신이 경험한 것을 피해라고 판단하기 어려웠을 것이라고 봅니다.

검사 이상입니다.

<변호인측>

재판장 변호인은 신문하십시오.

변호인 네, 증인은 많으면 1년에 40건, 적으면 20건 정도 분석을 한다고 하였는데 맞습니까?

전문가 네. 그 정도 되는 것 같습니다.

변호인 그러면 그 중에서 신빙성이 없다고 판단된 건은 어느 정도 됩니까?

전문가 아동의 경우에는 10% 정도이고 장애인의 경우는 30-40%정도 됩니다.

변호인 증인이 작성한 결과보고서의 최종의견에 보면 “피해자 진술은 신빙성이 매우 높다고 사료된다. 단 이러한 평가결과는 피해자의 진술타당성을 심각하게 손상시킬 정도의 명백한 증거가 발견되는 경우 달라질 수 있습니다.”라고 되어 있는데 이것은 어떤 경우인가요?

전문가 뭐 예를 들면 허위 고소하는 특성이 있다거나 연기력이 뛰어나서 이야기를 꾸며낼 능력이 있다거나 고소를 통해서 큰 현실적인 이득을 얻는다거나 하는 경우들이 있습니다.

변호인 면담할 때 피해자가 피고인에게 보낸 문자, 카톡 메시지, 작성 서신이나 카드 등은 충분히 검토 하셨나요?

전문가 자세히 검토하지는 못했고 이야기만 들었습니다.

변호인 진술타당성과 관련하여 피해자에게 의심스러운 진술 동기나 의심스러운 정황이 발견되지 않았다고 하였는데, 이와 관련하여서는 최초 폭로가 자발적이었는지 여부가 중요하다고 할 것입니다. 피해자의 어머니가 피해자의 진술내용을 유도했다고 생각하시지는 않습니까?

전문가 변호사님, 그 질문 자체에 문제가 있습니다. 피해자의 모든 진술 내용은 자신의 경험을 그대로 이야기한 것입니다. 누군가가 유도한다고 해서 피해자가 그대로 진술했다고 보는 것은 어렵습니다.

변호인 이상입니다.

재판장 증인은 이제 내려가도 좋습니다.

(법정 경위는 전문가를 증인석에서 방청석으로 안내한다.)

3. 최종 의견

〈검사 측 최종 의견〉

재판장 이제 양측의 최종의견을 듣도록 하겠습니다. 검사는 최종의견을 말씀하십시오.

검사 네, 재판장님.
 검사가 제출한 증거와 증인 정현주의 증언에서와 같이 피해자 최경미는 피고인의 지속적인 강간에 의해 피해 받은 정황이 명백하고 당시 미성년자였던 피해자가, 수차례 강간 피해가 지속된 이후, 피고인에 접견 서신이나 문자메시지를 수 차례 보냈다는 사실만으로는 피해자 최경미를 성폭력한 피고인의 범죄를 정당화 할 수 없다고 할 것입니다.

이와 같은 성폭력 사건에서 미성년자인 피해자의 진술은 중요성을 갖습니다. 앞서 본 바와 같이 피해자 최경미의 진술은 지금까지 일관성이 있고 증거가 뒷받침되는 반면, 피고인의 진술은 계속해서 번복되고 있을 뿐 아니라, 거짓으로 드러나고 있습니다. 법원은 특별한 사정이 없는 이상, 진술분석전문가의 분석을 증거 자료에서 배제하지 못하도록 하고 있습니다.

형법은 행위 시의 위법성을 근거로 처벌하도록 되어 있는데, 이 사건 당시 피해자는 중학교 3학년의 학생으로 사회의 일정한 보호를 받아야 할 미성년자였고 집안환경이 어려운 편이었습니다. 이에 피고인은 영화감독이라는 자신의 지위를 내세워 배우를 시켜주겠다는 말로 피해자를 꾀어 피해자를 강간하고 성적으로 이용하였습니다. 피해자가 취약한 환경 하에 놓여있음을 알고 이와 같이 행동한 점을 추론할 수 있으므로 죄질이 매우 불량하다 할 수 있을 것입니다.

그 밖에 출산이 임박한 피해자에게 면회를 올 것을 강요하고 편지를 쓰라고 강요하거나 편지가 짧음을 지적하는 등 피해자 진술에 부합하는 접견실 녹취록 등이 존재합니다. 피해자로서는 원하지 않은 임신 및 출산이라는 불안정한 상황에서, 피해자의 부모도 해결해주지 못한 부분을 해결해 줄 수 있는 유일한 사람으로 인식된 피고인에게 더욱 의지하고 복종하는 듯한 행동을 할 수 밖에 없었던 것입니다.

따라서 피고인은 이 사건 공소사실과 같이 2011년 경 당시 미성년자인 만15세의 피해자를 유인하여 성적으로 이용하고 강간하여 임신 및 출산까지 하도록 한 범죄를 저질렀다는 점이 명백합니다.

또한 피해자는 본 사건으로 학업도 중단한 상태입니다. 피해자가 기본적인 인권뿐만 아니라 미성년자로서 누려야 할 기본적인 권리인 교육권을 침해받고 있음에도 피고인은 자신의 잘못을 전혀 뉘우치고 있지 아니하며, 증거자료에서 제시된 바와 같이 또 다른 피해자를 양산할 수 있는 성폭력 범죄를 저지르려고 했던 강한 재범의 경향성마저 보였습니다.

현명하신 재판장님과 배심원 분들께서는, 피고인에게 법정 최고형인 징역 15년을 선고해 주시기 바랍니다. 이상입니다.

〈변호인 측 최종 의견〉

재판장 변호인은 최종의견 진술하십시오.

변호사 네. 이 사건 공소사실에 있어서 직접증거로는 사실상 피해자의 진술이 유일하며 나머지 증거는 모두 피해자의 진술에 기초한 전문증거 등에 불과합니다. 결국 이는 모두 신빙성이 없는 피해자의 진술 등을 증거로 한 것일 뿐이어서 합리적 의심의 여

지가 없을 정도로 피고인의 유죄를 인정할만한 확실한 증거라고 할 수 없습니다. 오히려 객관적 증거자료라고 할 수 있는 서신이나 문자메시지 등은 피고인의 주장을 뒷받침해주고 있으며, 이러한 자료들은 피고인과 피해자 사이의 내밀한 사이에서만 공개된 것으로 고도의 신빙성을 가진다고 할 수 있습니다.

우리 헌법에 규정되어 있는 무죄추정의 원칙상 범죄사실인정에 있어서는 엄격한 증명의 원칙을 요구하고 있습니다. 따라서 조금이라도 합리적인 의심이 든다면 유죄로 판단하여서는 안 될 것입니다. 비록 서로 사랑하는 사이였다는 피고인의 주장이 일반적인 사회 평균인의 관점에서는 비난받을 만 하다고 하더라도 형법적 판단은 사회적인 비난의 기준과는 달리 적용해야 할 것입니다. 아무쪼록 현명하신 재판장과 배심원 분들께서는 피고인에게 무죄를 선고하여 주시기를 바랍니다. 이상입니다.

4. 최종 진술

〈피고인 최종 진술〉

재판장 네, 양측 최종의견을 들었습니다. 그럼 피고인, 마지막으로 하고 싶은 말 있어요?

피고인 네. 재판장님.

재판장 그러면 최종 진술 하세요.

피고인 감사합니다. 재판장님, 나이가 많은 제가 어린 경미를 사랑한다는 것만으로도 많은 죄책감을 느껴왔습니다.

저는 단 한 순간도 경미를 사랑하지 않은 적이 없다는 것을 알아주셨으면 좋겠습니다. 처음 만났을 때부터 사랑의 감정을 느

낀다는 건, 운명이라고 생각했습니다. 그래서 비록 나이차이는 많이 나지만 사랑에는 장벽이 없다고 생각했던 제가 많이 부족했습니다. 제가 경미를 보호해주었어야 되는데, 사랑의 감정에 도취되어서 서로만 바라보고, 주변의 시선을 신경 쓰지 못했습니다.

그리고 사실은 어머니가 여섯 살인 저를 엄동설한에 뒤통에 발가벗겨 거꾸로 매달아놓고 사정없이 때려서 저도 폭력이 지긋지긋한 사람입니다. 그래서 저도 가정 폭력을 당한 사람이라면 너무나 안타까워 도와주려고 했던 것입니다. 이상입니다.

<피해자 최종 진술>

150

재판장 증인 최경미. 아직 증인지원실에 있지요? 지금 기회를 줄테니, 거기 있는 마이크에 대고 마지막으로 꼭 하고 싶은 말 하세요.

피해자 네. 감사합니다. 저는 그 때 공부를 아주 잘하는 편은 아니었지만, 피아노 치는 것을 참 좋아하는 평범한 중3이었어요. 하지만 김철수 그 사람을 만나고 수차례 피해를 겪으면서, 지금은 죄지은 사람처럼 숨어 살고 있어요. 제가 당한 피해를 엄마가 알게 될까봐, 저는 언제나 조마조마했어요. 그래서 저는 순순히 그 사람 말을 들어야 했어요. 그리고 또 같은 일이 매일 반복됐죠. 임신이라는 걸 처음 알았을 때, 저는 우리 엄마 생각밖에 안 났어요. 엄마가 알지 못하게 그냥 죽어버릴까도 생각했지만, 제가 죽어도 엄마가 알게 될 거고, 그렇다고 제가 그냥 도망을 가면 그 사람이 끝까지 찾아내서 식구들한테 해코지할까봐 이러지도 저러지도 못했죠. 이걸 해결해 줄 수 있는 건 그 사람뿐 이라고 생각했어요. 그 사람이 저지른 일이니까요.

고 1 중간고사를 다 마치지도 못하고 집을 나왔을 때, 저는 금방 들어갈 줄 알았어요. 그 사람이 아는 병원 있다고, 거기서

수술하자고 해서 나온 거였어요. 하지만 수술도 못하고, 집에도 돌아갈 수 없었어요. 그 집에서 저는 사람 취급을 받지 못했어요. 그 사람이 언제나 저를 물건처럼 이용했어요. 토할 것 같은 영상을 보여주며 따라하라고 시키기도 했어요. 진짜 죽고 싶었어요. 그 사람이 감옥에 갔을 때는 좀 편해질 줄 알았지만, 그것도 아니었어요. 배는 점점 불러오고 힘이 드는데, 매일 해야 할 일들이 너무 많았어요. 그 사람이 절 찾을 수 없는 곳으로 도망치고 싶었는데, 어딜가도 절 찾아서 죽일 것만 같았어요. 그 사람은 계속해서 금방 나올 거라고 했거든요. 저는 죽어도 괜찮은데, 우리 엄마랑 언니랑 동생은 무슨 죄예요? 제가 죽어도 이 문제는 해결되지 않을 거라고 생각했어요. 저 때문에 모두 불행해질 거라고 생각하면 정말 너무 절망적이었어요.

제가 지금 21살이에요. 근데 저는 아직도 그 사람을 생각하면 무섭고, 몸이 떨려요. 아까 목소리만 듣는데도 너무 무서워서 눈물이 나는데 옆에 계신 선생님이 손을 잡아주셨어요. 감사해요. 지금까지 저는 혼자라고 생각했어요. 하지만 시간이 지나면서 많은 분들이 저를 응원해주고 있다는 걸 알게 됐어요. 이 자리를 빌어서 그 분들께 고맙다고 얘기하고 싶었어요. 그리고 그 분들이 계셔서 저는 이제 이렇게 말할 수 있는 힘을 얻었어요. 그 사람은 저를 사랑하지 않았어요. 저희 아빠보다 나이가 많은 사람인데, 어떻게 사랑해요? 저는 아직 남자친구도 한 번 사귀어 본 적이 없어요. 그 사람 입에서 사랑이라는 말만 나와도 토할 것 같아요. 그 사람이 하는 말은 숨소리 빼고는 다 거짓말이에요. 저는 성관계, 촬영, 억지로 시켜서 한 모든 것들을 원한 적이 없어요. 제 얘기를 믿어주세요.

재판장

네. 최종진술까지 모두 들어보았습니다. 본 법정은 배심원단의 논의를 위해 잠시 휴정하도록 하겠습니다.

배심원단 대표

지금까지 모두진술, 증거조사, 최종진술까지 모두 들어보았습니다. 그러면 10분 휴식시간 이후에 배심원단의 판결을 위한 논의의 시간을 갖도록 하겠습니다. 배심원단 논의 과정에서 의견 개진을 원하는 방청인께도 발언 기회를 드릴 수 있으니, 휴식시간 내에 법정 경위를 통해 메모를 전달해주시기 부탁드립니다.

〈10분간 휴식시간〉

5. 배심원단 논의 및 전체 토론

배심원단 대표 네, 그럼 휴식시간이 지났으니, 배심원단 논의를 시작하도록 하겠습니다. 저는 배심원단의 대표를 맡아, 배심원단의 논의 과정에서 사회와 정리를 맡은 김미순이라고 합니다. 배심원단은 자유롭게 판결에 대한 의견을 개진해주시기 바랍니다.

[법학교수]

네, 제가 이번 사건에 관해 말씀 드릴 점은 명확합니다. 해당 사건의 검사가 피고인을 기소한 이유는 피고인이 폭행 및 협박 행위로 사건 당시 미성년자였던 피해자를 추행 및 강간하였다는 것이었습니다. 그러므로 이 사건에 대한 재판을 진행함에 있어서 가장 주목해야 할 쟁점은 과연 실제로 사건 발생 당시 15세 소녀였던 피해자를 27살이나 많은 피고인이 피해자의 의사에 반하여 위계·위력으로 추행 및 강간을 했느냐는 여부입니다. 피고인이 피해자를 처음 만나서 위계·위력으로 그 소녀를 강제 추행한 시기로 제시된 때가 바로 2011년 8월이었습니다. 그렇다면 저는 해당 사건 발생시점으로 되돌아가 판단해볼 때, 피고인이 피해자에게 한 행위가 과연 그 당시의 아동·청소년의 성보호에 관한 법률의 위반에 해당하는 범죄행위인지 아닌지를 판단하는 것이 우리 배심원이 해야 할 일이라고 생각합니다.

피고인과 피해자의 상호관계가 첫 사건 발생 이후로 복잡하게 얽혀 있지만, 다시 한 번 더 말씀드리자면 우리가 정작 피고인의 유무죄를 판단함에 있어서 중요하게 따져봐야 하는 것은 피고인이 피해자에게 강간행위를 실제로 한 것인가라는 점이고 그것이 바로 해당 사건 판결의 본질입니다. 피고인이 피해자를 사랑했다느니, 피해자가 피고인에게 보냈던 수많은 메시지와 서신에서 그들의 사랑을 확인할 수 있다느니 하는 얘기들은 모

두 첫 추행 및 강간 사건 이후에 그들의 관계와 관련된 사항들입니다.

저는 이번 재판과정에서 이뤄진 검사와 변호사의 증언들과 주요 증인들의 신문과정을 통해 2011년 사건 발생 당시의 물적 증거는 전혀 남아 있지 않은 현재 상황에서 결론적으로 피고인 측의 주장보다는 검사 측의 주장이 더 설득력이 있다고 보입니다. 그것은 검사가 새로 제출한 증거인 접견실 녹취록에 구체적으로 나타납니다. 피고인이 주장하고 있는 내용, 즉 두 사람이 사랑하는 관계였다는 것과 배치되는, 피고인의 일방적인 지시가 대부분을 차지합니다. 그러나 피해자가 주장하는 내용, 즉 피고인의 강요에 의해 거의 매일 접견을 하고 하루에 두통씩 서신을 작성했다는 것이 대화 그대로 드러납니다. 이 때문에 피해자의 진술이 신빙성을 뒷받칩니다.

154

두 명이 사랑했던 아니었던 간에 그에 대한 부분은 명확히 입증하기가 사실상 어렵다고 보이고, 제가 현재로서 판단하기에 분명하다고 생각하는 부분은 바로 피고인이 법적 미성년자에 대한 강간행위를 저질렀다는 것입니다. 따라서 형법상 사람에 대한 제반 폭력과 성을 매개로 한 폭력은 성폭력, 즉 강간이라 본다는 점에서 피고인이 첫 사건 발생 당시, 즉 2011년 8월부터 수차례에 걸쳐 한 행위는 강간 행위와 달리 판단될 여지가 전혀 없다고 생각합니다.

[정신과 의사]

저도 성폭력 피해를 입은 여성들의 심리 치료를 맡았던 경험이 여러 차례 있습니다. 그러한 제 경험을 바탕으로 볼 때, 일반적으로 대다수의 성폭력 피해자는 가해자에 대한 혐오와 자신이 그러한 성적 피해를 입었다는데서 오는 수치심, 자신이 혹여나

가해자에게 범행의 동기를 제공했음지도 모른다는 죄책감 그리고 하필이면 자신이 피해를 당했다는 사실로부터 분노와 억울함 등의 복잡한 심리적 혼란을 겪습니다. 또한 이러한 심리적 혼란은 감정적으로도 각인효과가 강하여, 피해자의 일상생활에 까지 그 여파가 미치게 되는 것은 물론입니다. 피해자는 성폭력 당시의 괴로웠던 심리적 상태에서 벗어나지 못하고 그 때의 고통을 오랫동안 자신만의 트라우마로 안고 살아가게 되는 것이지요. 그러한 심리적 트라우마는 본인 이외의 그 누구도 감히 온전히 이해할 수는 없는 것이라고 생각합니다.

게다가 이번 사건과 같이 성폭력 피해를 입은 피해자가 미성년자인 경우, 흔히 10대 피해자들이 자신이 겪은 일을 어떤 어른에게도 말하지 않으려는 경향이 강하다는 것을 참고해 볼 때, 결국 그들의 문제에 대해 스스로 현명하게 대처하는 데 어려움을 겪을 수밖에 없습니다. 특히 이 사건의 가해자와 같이, 피해자가 아는 사람에 의한 10대 성폭력 사건이 대부분 은폐되는 가운데, 가해자들은 그들대로 자신의 잘못된 인식과 행동을 '교정'할 기회마저 상실하고 가해 행동을 반복하게 됩니다.

또한 청소년 피해자의 특성 상, 자신이 강간과 연관될 수 있는 행동들, 예를 들어 부모님의 허락 없이 누군가와 데이트를 하는 것, 금기시된 장소에 가는 것, 술을 마시거나 담배를 피운 것과 같은 행동을 한 것에 대해 부모가 어떻게 반응할지를 먼저 걱정합니다. 그리고 그들은 강간을 당한 사실을 사실대로 얘기하면 부모나 주변 사람들이 자신을 지지하고 격려하기보다는 비난할 것이라고 여기는데, 이러한 경향은 성인보다 미성년자의 경우에 더욱 강하게 나타납니다.

몇 해 전에 학대순응증후군(Abuse Accommodation Syndrome)으로 항거불능상태에 있는 친딸을 수년간 상습적으로 강간했던

현직 교사에 대해 법원이 징역 8년을 선고한 사건이 있었는데요. 이 학대순응증후군이란 가해자로부터 너무나 심하게 학대를 당한 나머지 더 이상 항거할 능력과 의지를 상실하게 되어, 가해자의 의사에 따라 행동하게 되는 것을 의미합니다. 이러한 증후군을 겪게 되면 심지어 성관계를 요구할 때에도 이에 순순히 응하게 됩니다. 제가 이 사건의 증언들과 증거 자료들을 바탕으로 하여 판단해 보았을 때, 이 사건의 피해 소녀는 가출 이후에 가해자의 집에 들어가 살게 되면서 당했던 상습적인 강간에 있어서는 어느 정도의 학대순응증후군을 겪은 것으로 보입니다.

[자영업자]

156

저처럼 피해자와 같은 나이 또래의 자녀를 키우는 부모들은 아마 모두들 이 사건과 같은 잔인한 사건은 정말 상상 하기도 싫을 거라고 생각해요. 게다가 이 사건처럼 제 나이 또래나 되는 남자가 우리 딸을 범했다는 건, 상상만으로도 말문이 막힙니다. 상식적으로 도저히 납득이 안 되는 사건이고, 피고인의 행동이 법적으로나 사회적으로 용납될 수 없는 것이라는 점도 너무나도 분명하지 않나요?

그리고 사건 당시에 피해 소녀가 15살의 나이였다는데, 어린 아이가 얼마나 무섭고 두려웠겠어요.. 게다가 부모님도 두 분 모두 아프시고 경제적으로 어렵게 살아가는 아이가 부모님이 정신적으로 충격을 받거나 동네에 소문이라도 나게 될까봐서 혼자 속앓이 했을 것을 생각하면 정말 제 가슴이 다 미어지네요.. 그리고 시간이 꽤 흘러 피해 소녀의 부모님은 뒤늦게 이런 사실을 알게 되시고는 얼마나 놀라셨을까요? 그 어느 부모도 자신의 아이가 강간 같은 경험을 숨기고 있다고 상상하지 않잖아요.

시간이 꽤 경과했지만 피해자가 늦게라도 이렇게 고소를 해서 여기까지 오게 된 것은 어찌 보면 정말 다행스러운 일이고, 당연히 나쁜 행동을 한 자에게는 판사님들께서 합당한 처벌을 내려주시는 것이 올바른 이치 아니겠어요? 이 사건의 가해자와 같은 파렴치한 성범죄자들이 법정에서 유죄를 받지 않는다면, 피해를 입은 여성과 그녀의 가족들은 과연 어디로 가서, 누구로부터, 그들의 고통에 대한 보상을 받을 수 있겠습니까?

[증견기업 노동자]

저는 피고인의 변호인께서 말씀하신 최종의견에 동의합니다. 비록 엄청난 나이 차이가 나는 두 사람 간의 관계가 일반인의 관점에서 볼 때 쉽게 용납될 수 없고, 비난의 여지가 있는 것은 분명합니다. 그러나 이러한 측면을 제외하고는 피해자의 증언만을 듣고 판단하기에는 피고인에게도 억울한 점이 한 두 가지가 아닙니다.

157

우선 피해자는 스스로 피고인의 면회를 거의 매일 왔고, 편지의 내용에도 항상 가해자에 대한 사랑을 표현하고 있었습니다. 색색깔의 펜과 각종 스티커로 채워진 서신을 보면, 딱 봐도 사랑의 감정이 느껴집니다. 그리고 두 사람이 주고받은 문자 메시지에도 각종 이모티콘이며, 사랑이 느껴지는 연인간의 대화와 너무도 똑같습니다.

또한 첫 만남 이후로 계속 이어진 성관계는 무조건 피고인의 강압적으로 행사된 성폭력이라고 여길 문제가 아니라, 정말 피해자가 합의한 부분이 전혀 없는지도 의심해 봐야 할 것입니다. 피해자는 심지어 여러 번에 걸친 성관계에 있어서도 단 한 번도 신고를 하지 않았는데, 아무리 부모님과 동네 사람들의

반응이 두려워 그랬다고 하더라도 쉽게 납득하기는 어렵습니다. 특히나 가출 전에 피고인과 피해자가 주고받았던 문자 메시지를 보면, 그 메시지는 강압에 의해 작성한 것도 아닌 듯, 정말 좋아하는 연인에게 쓰는 내용이었습니다. 그러한 부분에 대해서 피해자는 무조건 피고인이 무서워서 억지로 쓴 것이며 아무런 감정이 없었다고 하지만, 그를 증명해 줄 검사 측의 증거자료는 없습니다. 따라서 무조건적으로 성범죄라는 전제하에 당연히 여성은 피해자, 남성은 가해자라는 색안경을 끼고 판단하는 것은 공정한 재판이 아니라고 생각합니다.

[대학생]

158

방금 말씀하신 부분에 대해서는 제가 말씀드릴 수 있을 것 같은데요. 저는 현재 대학교에 재학 중이고, 중·고등학생들의 과외를 많이 하고 있습니다. 그러다보니 학생들과 문자나 메신저를 자주 하게 되는데요. 보면 요즘 십대들은 이모티콘이나 스티커를 그냥 별 의미를 두지 않고 많이, 또 자주 사용합니다. 아, 제가 최근에 모 대학 국문과 소속 연구원이 쓰신 논문을 한 편 읽었는데요. 청소년들의 이모티콘 사용 양상에 관한 거였어요. 이 논문에서는 남학생들에 비해 여학생들의 이모티콘 사용 빈도가 훨씬 높고, 사용하는 이모티콘의 개수와 종수 비율에 있어서는 초·중·고교생 중에서 중학생이 가장 높은 비율을 차지하고 있다는 사실을 연구조사결과를 통해 밝히고 있었어요. 또 SNS나 문자메시지와 같은 통신 매개체를 벗어난, 편지나 엽서 등의 일반 글쓰기에서도 이모티콘을 많이 사용하고 있음을 보여주었습니다. 제가 최근에 본 신문 기사에서도 신세대들의 이모티콘 사용 증가 현상에 대해 다루면서, 신세대들 사이에서는 문자메시지를 주고받을 때 이모티콘이 없다면, 상대방이 화가 났거나 자신을 싫어하는 것으로 오해하기도 한다는 설문 조사 자료를 언급하기도 했습니다. 하지만 이러한

것이 피해망상이라고 여겨질 수도 없는 이유는 그렇게 오해하는 십대들이 한 두 명이 아니라는 거예요. 이처럼 청소년들이 흔히 사용하는 이모티콘은 의사 전달에 있어서 어떤 강조의 기능으로 사용하기 보다는 그냥 단순한 감정 표현의 대체 역할을 하는 경우가 훨씬 많다고 그래요.

이 사건의 피해자도 사건 당시 중학생 소녀였고, 피고인을 접견하러 다니며 썼다는 수많은 편지에서 등장한 이모티콘과 색깔펜들의 사용도 가해자가 연인식으로 써줄 것을 강요하던 상황 아래에서 최대한 친근한 척 표현할 수 있는 방법 중의 하나였을 뿐이라고 생각합니다. 거의 매일 이뤄졌던 면회였는데, 그토록 많은 서신이 굳이 필요했을까 의문이 들기도 하고 피고인 측의 주장대로 두 사람이 정말 사랑했던 연인 관계였다면, 오히려 뭐 서로 바라만 보는 것으로도 충분했을 거라고 생각이 들거든요. 편지가 그렇게 많았다면 분명 내용도 겹치는 부분이 많았을 것이고, 서신에 적어 새롭게 알려줄 소식도 거의 없지 않았을까요? 그런데도 면회를 가서 거의 매번 서신을 썼다는 건 사실 이해가 잘 안 되는 부분이고, 분명히 피고인의 요청이나 압박이 있었을 거다. 저는 그렇게 예상합니다.

[재미 교포]

저는 지금 미국에서 법을 공부하고 있는 대학생입니다. 미국에서는 1994년 7세 소녀가 옆집에 이사 온 성폭력범에 의해 강간 및 살해를 당한 사건 이후, 해당 소녀의 이름을 딴 메건법(Megan's Law)을 제정하였고, 성범죄 전과자들의 신상 정보 공개를 의무화 했습니다. 그리고 클린턴 대통령은 이 법 제정에 서명하면서 “자녀를 사랑과 안전 속에서 키우려는 부모의 권리보다 더 큰 인권은 없다.”라고 선언했습니다. 게다가 성범

죄자가 석방되면 이웃에게 의무적으로 알리고, 투 스트라이크 아웃 제도가 2000년부터 시행되어 아동 성범죄로 두 차례 유죄 선고를 받으면 조건 없이 사회에서 격리시킵니다. 또한 제 시카법(Jessica's Law)에 따라 12세 미만의 아동을 성폭행한 자는 예외 없이 최소 25년 징역형에 처하고, 출소 후에도 사망할 때까지 전자감시기구를 착용하도록 감시합니다.

영국의 경우에도 아동 성범죄자는 무기징역에 처하고 모든 성범죄자는 의무적으로 개인의 신상정보를 거주 지역 주민에게 모두 공개하도록 법안이 마련되어 있으며, 프랑스는 피해자가 15세 미만인 경우의 단순 아동 강간은 20년 이상이며 한국의 조두순 처럼 가혹 행위가 수반된 아동 성범죄자는 무조건 무기징역에 처합니다.

160

또한 한국과 가까운 중국의 경우에는 만약 성인이 14세 이하의 미성년자와 성관계를 가진 경우라면, 그 어떠한 이유에서라도 무조건 사형에 처하는 것으로 알고 있습니다.

이처럼 세계적으로 많은 국가들이 아동을 대상으로 한 성범죄에 대하여 강력한 형벌을 내리는데 반해, 한국의 경우에는 형량 자체부터 다소 적습니다. 그리고 이번 사건과 같이 피고인에게 유리한 증거는 채택하는 반면 피해자의 진술 분석 자료나 진술 증거에 대해서는 의문을 가지는 태도는 다소 공정하지 않다고 생각합니다.

[연예계 종사자]

우선 저는 이번 사건을 계기로 많은 분들께서 저희 업계 종사자들에 대한 편견과 오해를 가지게 될까봐 정말 걱정이 많이

되네요. 소수의 나쁜 사람들이 자신의 직업과 지위를 악용해서 이번 사건의 피고인처럼 행동하지만, 실제로 대다수의 감독님들, 관련 업계 종사자들은 그렇지 않거든요.

최근에도 유명한 연예인이 미성년자를 강간했다는 이유로 구속 되서 세간이 시끄러웠는데요. 그런 사람들을 보면 정말 저희가 더 화가 나기도 합니다. 자꾸 연이은 한두 명의 잘못된 행동으로 인해 ‘지위 있는 자들이 얘기하면 무조건 들어줘야 된다는 분위기가 만연한 업종’이라는 저희 업계에 대한 말도 안 되는 이미지가 생겨서 선량한 대다수의 사람들이 피해를 입는 경우가 생기니까요. 특히 이 사건의 피해자처럼, 어린나이의 친구들은 TV에서나 영화에서만 보던 배우들을 직접 만나게 해준다고 하면 일단 혹해서 어른들의 말에 이성적인 판단을 하는 것이 아마 어려울 것입니다.

161

자신의 꿈과 생계를 위해서 이 직업에 접근하는 친구들에게 ‘유명한 누구를 보게 해주겠다. 너를 캐스팅해주겠다’ 이런 어른들의 말은 마치 황금동아줄처럼 느껴집니다. 그리고 거부하게 되면 막연히 자신의 꿈과 모든 것을 잃을 거라는 생각이 들죠.

그렇게 되면 일단 그 어른에 대한 의심의 눈길이 사라지고, 스스로 경계를 풀어버리게 되죠. 막상 동경의 눈길을 보냈던 그 어른이 짐승으로 변해서 자신을 덮치려 할 때는 이미 그 친구들이 손 쓸 길이 없습니다. 일단은 가해자의 사회적 지위와 힘에서 밀리고, 누구에게 하소연한다고 해도 그런 어른이랑 어울렸다고 오히려 피해자인 자신을 나무랄 확률도 큼니다. 그렇기에 사건이 끝나고 나면 피해자는 자신의 꿈도 잃고, 어른, 사람들에 대한 믿음도 잃게 됩니다.

이 업계 종사자로서, 이 자리를 빌어 다시 한 번 강조하고 싶습니다. 자신의 직업과 지위를 들먹거리며 범행을 해서, 열심히 일하며 살아가는 많은 이들의 얼굴에 먹칠을 하는 행동을 하는 사람들이 없었으면 합니다. 이런 사건으로 인한 영화산업 분야에 있는 분들에 대한 전반적인 오해는 노력하는 저와 같은 평범한 업계 대다수의 사람들의 입장에서는 억울합니다.

이번 사건의 피고인이 달게 벌을 받는다면, 이렇게 지위를 사칭하거나 악용하여 범죄행각을 벌이는 자들에게 경각심을 줄 수 있다고 느끼기에, 저는 피고인의 유죄판결에 찬성합니다.

[은행업 종사자]

162

임신과 출산을 경험해 보신 분들은 다 아시겠지만, 임신 기간 중에 태아가 점점 성장하고 산모의 배는 계속 불러옵니다. 산모에 따라서 정도의 차이는 어느 정도 있다고 하더라도, 만삭에 가까워지면 산모의 체중이 거의 12~15kg까지 늘어납니다. 이 사건의 피해 소녀는 가해자를 면회하러 4개월에 이르는 기간 동안 거의 매일에 가깝게 구치소로 찾아갔으며, 서신 또한 매번 썼다고 했습니다. 가해자를 처음 접견하러 갔을 시기에도 이미 배가 어느 정도는 불러있었을 것이며, 출산에 가까워진 때가 9월이었다고 했으니까 산모에게는 특히 무척이나 힘든 계절입니다. 그러한 상황에 처해 있던 피해자가 매일 구치소로 접견을 하러 갔다는 사실이, 두 사람이 무척 사랑하던 사이였다고 가정한다 하더라도 상식적으로 도무지 이해가 안 됩니다.

또한 만약 진실로 사랑하는 사이였다면, 가해자 측에서 산모와 태아의 건강을 생각해서라도 오히려 완강히 면회를 거부하거나 어떤 다른 조치를 취했어야 하는 것이 오히려 상식적인 행동

같이 보입니다. 따라서 이러한 정황을 같이 고려해 볼 때, 어린 나이의 소녀가 아이를 임신하여 배가 불러온 상태로 매일 구치소 면회를 갔다는 것은 가해자의 강압에 의한 것이었다고 생각할 수밖에 없습니다.

그리고 것처럼 가해자의 강압에 시달릴 수밖에 없었던 까닭은 피해자 신문에서도 직접 증언했듯이, 그 당시 피해자가 의지할 수 있는 곳이라고는 가해자의 집뿐이었으며, 피해자의 생각에는 일단 아기를 무사히 잘 출산하는 것이 가장 우선순위라고 여겼을 것이기 때문에 그의 말을 거역할 수 없었을 거라고 생각합니다.

이처럼 신체적으로나 경제적으로 불리한 입장에 설 수 밖에 없었던 어린 소녀를 끝까지 자신의 처지에 유리하게 이용했던 가해자는 응당 처벌을 받아야 한다고 생각하고, 피해자가 출산한 아이에 대한 양육권 또한 당연히 피해자에게 인정되어야 합니다. 그러한 판결이야말로 피해자가 겪은 고통에 대한 정당한 대가일 것입니다.

배심원단 대표 배심원단 아홉 명의 의견을 모두 들어보았습니다. 여기에 방청인 중에서 휴식시간동안 메모로 의견개진을 요청하셨던 두 분의 의견을 더 들어보도록 하겠습니다.

(법정 경위에게 전달받은 메모 중, 선별된 두 명을 호명하여 발언 기회를 준다.)

6. 배심원단의 평결

배심원단 대표 네, 여러분들의 의견 잘 들었습니다. 그러면 피고인의 유/무죄에 대한 평결을 위해 거수로서 의견을 정리해보겠습니다. 피고인이 유죄라고 생각하시는 배심원단은 손을 들어주십시오.

(중견기업 노동자를 제외하고, 7명이 손을 든다. 잠시 후, 배심원단 대표도 손을 들어 8명의 배심원단이 유죄에 손을 든다.)

배심원단 대표 이제 손을 내려주십시오. 피고인이 무죄라고 생각하시는 배심원단은 손을 들어 주십시오.

(중견기업 노동자만 유일하게 손을 든다.)

배심원단 대표 이제 손을 내려주십시오. 그럼 정리하여 평결을 하도록 하겠습니다. 재판장님, 저희 9명의 배심원단 중 8명의 유죄 의견과 1명의 무죄 의견을 나타내주셨습니다. 이에 저희 배심원단의 평결은 유죄로 의견이 모아졌습니다. 이상입니다.

164

7. 재판장의 판결 및 폐정 선언

재판장 배심원단의 의견을 참고하여, 본 재판부가 사건번호 2016노123456에 대한 최종 판결 하도록 하겠습니다.

모의법정

모의법정 판결문

사 건 2016노123456 (아동청소년성보호에관한법률 위반 등)
 피 고 인 김철수
 원심판결 대법원 2015.12.32. 2015도12345
 판결선고 2016.04.28.

165

주 문

원심판결을 파기한다.

피고인 김철수에게 징역 12년에 처한다.

압수된 핸드폰 1개 (증 제1호)를 몰수한다.

피고인에게 성폭력 치료프로그램 200시간의 이수를 명한다,

피고인에 대한 정보를 5년간 정보통신망을 이용하여 공개하고 고지한다

(다만 공개·고지되는 성범죄의 요지는 판시 범죄사실 제1항 내지 제6항 기재 범죄에 한한다).

피부착명령청구자에 대하여 10년간 위치추적 전자장치의 부착을 명한다.

이 유

대법원 파기환송 후 당심에서 검사는 접견 당시 녹취록과, 가해자가 또 다른 여성에게 성적 접근을 시도한 정황 등의 증거자료와 본 사건의 피고인 김철수에 대한 피고인신문, 피해자 최경미와 피해자 진술을 분석한 전문가 정현주를 증인으로 신청하여 이들 증인에 대한 증거조사가 이루어졌다.

이 사건과 같은 피해자가 아동 청소년인 성범죄사건을 판단할 때는 피해자가 피고인을 알게 된 경위, 피해자의 상황이 처한 취약성과 특수성, 성관계가 이뤄지게 된 경위와 이후의 모든 정황 및 다른 성범죄 사건과는 구별되어야 하는 아동·청소년 성폭력 사건의 특수성을 고려하여 판단해야 한다. 즉 부모의 제대로 된 보호를 받기 어려운 15세 여중생이 42세 중년남성의 성폭력으로 임신까지 한 상태에서 자신에 대한 대부분의 개인정보를 알고 있는 중년 남성이 자신과 주변에 해를 끼칠까 두려워 그의 지시에 따라 기출한 상태에서 지속적인 성적 가해행위를 당하였고 이후에도 수치심과 두려움에 그의 지시에 따를 수밖에 없었던 구체적 상황 등을 고려해야 한다.

166

① 당심 법원이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 살펴보면 폭행·협박행위가 있었다는 피해자의 진술은 구체적·일관적이고 아동성폭력 피해자 심리분석 전문가 정현주의 분석에 의할 때 그 신빙성은 인정할 수 있다

반면에, 피고인은 임신한 피해자를 주변으로부터 격리시켰고, 피해자와의 성행위가 피고인의 주장과 같은 대등한 성년간의 애정관계가 아닌 적어도 폭행, 협박, 위계, 위력으로 의사능력이 미숙한 아동, 청소년을 간음한 범죄행위라는 것을 누구보다 잘 알고 있었기에 이를 은폐하고, 이를 조금이라도 합리화할 수 있는 증거를 만들기에 급급하였다.

② 또한 원심과 당심에서 새롭게 제출된 증거를 종합적으로 검토할 때 강요 또는 피고인에 대한 두려움으로 인하여 피고인을 접견하고, 허위의 감정표현이 담긴 서신을 보냈다는 피해자의 심리상태도 충분히 짐작할 수 있다.

접견녹취록을 통하여도 피고인이 피해자와 접견을 하면서 다음 접견 예정을 재촉하고 개인적인 일을 처리해 줄 것을 지시하면서 거듭 접견서신을 접수할 것을 요구하고 있을 뿐, 피해자와의 애정 어린 대화를 나누었다 보기는 어려운 사정들이 확인되고 있다. 아울러 피해자는 이러한 피고인과 접견하면서 접견서신의 내용과 같이 적극적으로 피고인을 사랑한다는 등의 표현을 전혀 하지 않고 있으며 오히려 피고인의 재촉과 지시에 단답으로 응하는 모습을 보이고 있다. 또한 피해자가 피고인에게 접견서신을 보낸 시점은 피해자가 피고인의 성적 가해행위로 임신을 하고 피고인의 지시에 따라 가출을 한 뒤 출산을 앞두고 주변에 피해자를 보호하거나 도와줄 사람이 전무하여, 피해자로서는 뱃속의 아기와 자신을 지키기 위하여 피고인의 지시를 따를 수밖에 없는 상황이었던 점이 접견녹취록을 통해 확인되어지고 있다. 이러한 피해자가 처한 상황의 특수성과 피고인이 피해자에게 가지는 지배력 등에 대한 진지한 고려 없이 접견서신을 기계적으로 파악해서는 아니될 것이다.

③ 한편 피고인은 이 사건 당시 만 15세의 피해자에게 배우를 시켜주겠다고 접근하여, 폭행·협박에 의해 지속적으로 강간하였으며, 피해자가 임신에 이른 이후에도 다른 여성들에게 성적 접근을 하였음에도 수사기관 이래 이 법정에 이르기까지 자신의 범행을 부인하면서 자신의 잘못을 반성하지 않고 있고, "자신은 피해자를 사랑하였을 뿐"이라고 주장하는 등 도저히 용인할 수 없는 태도를 보이고 있다.

이로 인해 피해자는 기본적인 인권뿐만 아니라 미성년자로서 누려야 할 기본적인 권리인 교육권을 침해받았으며, 현재까지도 피해자와 피해자 가족들은 심리적 고통을 겪고 있다.

이 사건에 있어, 피고인과 피해자 관계와 피해자가 놓인 취약성, 성년 가해자의 청소년 대상 성범죄라는 특수성은 피고인의 강간죄 성립여부를 판단하는 데 있어 중요한 요소라 할 것이며, 이러한 관계의 특수성을 바탕으로, 피해자가 성관계에 이르게 된 경위를 주목하여 살펴보아야 할 것이다.

즉, 피해자의 접견서신 외에 피해자가 이를 작성하게 된 경위와 피고인으로부터 성폭력을 당한 당시 상황에 대한 구체적인 법정 증언, 피고인을 신고하기까지의 상황, 피고인이 수감되었을 당시 피해자와의 접견 녹취록 일체를 통해 살펴본 피해자와 피고인의 관계 등을 종합하여 살펴볼 때, 피고인이 피해자를 폭행, 협박하여, 혹은 적어도 위력으로 성관계를 하였으며 이후에도 궁박한 상태에 놓여진 피해자의 의사를 조정하여, 두려움에 처하게 하고 이를 바탕으로 성관계를 하였다는 사실을 입증할 수 있는 증거가 새로이 제출되었으며 피해자 진술의 신빙성을 분석하고 이를 지지하는 전문가의 분석의견이 있었다.

따라서 위와 같은 일련의 사정 및 그 밖의 적법한 증거조사를 거친 증거들과 배심원단의 평결 기타 변론의 전 취지에 의하여 알 수 있는 여러 사정을 종합적으로 고려해 볼 때, 판시 범죄 사실은 넉넉히 인정되고, 공소사실을 다투는 취지의 피고인과 변호인의 주장은 모두 이유 없다. 그러므로 원심판결을 파기하고 주문과 같이 판결한다.

〈모의법정을 함께 만든 사람들〉

대 본	윤이경, 유한결, 정현주
영 상	박준모
스 텡	남슬아, 반달, 영아, 정지은
출 연	

피해자	홍유정 / 가해자	정완희
검사	윤이경 / 변호인	유한결
전문가	정현주 / 재판장	이명숙
판사 1	하루 / 판사 2	나무
신뢰관계인	조은희 / 서기	잇을
법정경위	차차	
배심원단	강지희, 김미순, 김종남, 이명현, 이선희, 이원윤, 조용연, 주수미, 진엽	

2016 성평등한 사회를 위한 **성폭력 판례뒤집기**

발 행 일 2016년 10월 19일
발 행 인 이미경
발 행 처 (사)한국성폭력상담소
편 집 노선이
주 소 서울시 마포구 성지1길 32-42 (합정동 366-24) 2층 (우) 04072
전 화 02-338-2890~1
홈 페이지 www.sisters.or.kr
블 로 그 stoprape.or.kr
S N S [@stoprape](https://facebook.com/ksvrc1991)
디자인·제작 (주)인디엔피

본 사업은 한국여성재단이 지원하는 사업입니다.
