



2017
성평등한 사회를 위한

성폭력
판례뒤집기

모의법정 6월 2일(금)

누가 무고를 두려워해야 하는가
이화여자대학교 모의법정

토론회 9월 19일(화)

피해자 권리 상실 삼각지대, 준강간
서울혁신파크 다목적홀



2017
성평등한 사회를 위한

성폭력
판례뒤집기

모의법정 6월 2일(금)
누가 무고를 두려워해야 하는가
이화여자대학교 모의법정

토론회 9월 19일(화)
피해자 권리 상실 삼각지대, 준강간
서울혁신파크 다목적홀



C O N T E N T S

004 **인사말** 2017 성평등한 사회를 위한 성폭력 판례뒤집기 활동을 모아

007 **토 론 회** **피해자 권리 상실 삼각지대, 준강간**

- | | | |
|-----|--------------|-------------------------------|
| 009 | 발 제 1 | 친고죄 폐지 이후 준강간의 판결 동향 |
| 024 | 발 제 2 | 법정에서 성폭력이나 가해자가 아니라고 말해지는 사례들 |
| 032 | 토 론 1 | 블랙아웃이 왜 무죄의 근거가 되어야 하는가? |
| 043 | 토 론 2 | 장애인성폭력의 '항거불능' 판단기준에 대한 토론 |
| 051 | 발 제 3 | 준강간의 피해자다움과 '합리적 의심' |
| 082 | 토 론 3 | 상담 현장에서 바라본 준강간 |
| 086 | 토 론 4 | 무고는 어떻게 피해자의 권리 보장을 가로막는가? |

093 **모의법정** **누가 무고를 두려워해야 하는가?**

- | | | |
|-----|--------------|--------------------------------|
| 095 | 기획의도 | 모의법정 기획의도 |
| 096 | 대 본 | 모의법정 대본 |
| 150 | 판 결 문 | 모의법정 판결문 |
| 154 | 참 고 | 대법원 2007.3.15. 선고 2006도9453 판결 |

인사말

한국성폭력상담소는 그동안 〈형사사법절차상 성폭력 피해자 보호방안에 관한 연구(2003)〉, 〈법조인의 성별의식 조사연구(2003)〉를 시작으로 〈성폭력을 조장하는 대법원 판례 바꾸기 운동(2006~2007)〉, 전국성폭력상담소협의회와 함께 하는 〈성폭력 수사재판 시민감시단(2004~현재)〉 등 국내 성폭력 사건 수사재판 절차와 과정에 대한 모니터링 활동을 꾸준히 지속해왔습니다. 〈성평등한 사회를 위한 성폭력 판례뒤집기(2015~현재)〉 사업은 성폭력에 대한 왜곡된 통념으로 판결을 해왔던 기존의 관행을 끊고, 이른바 법적 판단의 ‘합리성’과 ‘객관성’ 기준에서 배제된 여성의 경험을 반영하여 성폭력 범죄의 올바른 판결을 유도하고 성폭력 피해에 대한 사회적 편견을 해소하고자 기획되었습니다.

본 자료집은 〈2017 성평등한 사회를 위한 성폭력 판례뒤집기〉 사업의 〈모의 법정〉과 〈토론회〉의 모든 내용을 한 데 묶어 실제 수사·사법 절차에 관련된 종사자 뿐 아니라 (예비) 법조인, 관심 있는 일반 시민 등에게 배포할 예정입니다.

〈모의 법정〉은 이화여자대학교 젠더법학연구소와 공동주최로 지난 6월 2일 이화여자대학교 모의법정에서 진행되었습니다. 올해 모의법정의 주제는 〈누가 무고를 두려워해야 하는가 : 성폭력 가해자의 역고소에 대한 피해자의 반격〉이었습니다. 2006년 대법원은 미성년자 의제강간미수를 한 가해자에 대해서 유죄판결과 동시에, 피해자를 무고죄로 고소하였던 것에 대하여 무고의 혐의도 병합하여 인정한 바 있습니다. 피해자를 무고죄로 고소한 것이 설사 자신의 결백을 주장하기 위한 것이라고 하더라도 방어권의 행사를 벗어난 것이라는 주된 이유였습니다(대법원, 2006도9453, 2007.3.15. 참고) 이에 본 모의 법정에는 대학 내에서 일어난 준강간 사건과 피해자에 대한 무고 사건을 다루는 가상의 법정으로 구성되었으며, 성폭력 피해자의 인권을 보장하는 대안적인 법정 및 판결의 방향을 제시하는 장이었습니다.

2017 성평등한 사회를 위한 성폭력 판례뒤집기 활동을 모아

〈토론회〉는 오늘 〈피해자 권리 상실 삼각지대, 준강간〉이라는 주제로 진행됩니다. 본 토론회에서는 대법원 판례를 중심으로 형법 제299조 준강간죄의 공백과 법 해석의 한계를 살펴보고, 주취에 따른 일시적 기억상실증 ‘블랙아웃’과 ‘피해자다움’에 대한 통념, 피해자에 대한 ‘무고죄’ 역고소 또는 검사 인지가 피해자의 권리 보장을 어떻게 가로막고 준강간 무죄 판결의 근거로 이용되고 있는지 분석·비판하고자 합니다.

또한 본 자료집에는 수록되지 않았지만, 지난 8월 30일에는 ‘중요한 성폭력 판결 시리즈’의 첫 시작으로 〈단 하나의 기준, 적극적 합의 : 캐나다 온타리오 법원, 2016.07.21. 선고, 2016ONCJ488 판결〉을 발간하였습니다. 해당 판결에는 해외의 성폭력 법 규범과 판례 동향이 반영되어 있는데, 예를 들면 성폭력을 ‘성적 완전성의 침해’로 바라보는 관점, 성폭력의 구성요소를 ‘폭행 또는 협박’이 아닌 ‘합의의 부재’로 정의하는 형법 체계, 합의 여부를 판단함에 있어서 동意的 추정 혹은 묵시적 동의를 인정하지 않는 태도, 피고인이 피해자의 동의 여부를 확인하는 일에 부주의했거나 의도적으로 무관심했던 경우에도 성폭력의 고의를 인정하는 원칙 등입니다. 이는 우리나라의 현실에서는 다소 낯설게 느껴질 수 있으나, 우리가 앞으로 나아가야 할 방향을 보여주는 좋은 지표가 될 것입니다. 본 상담소 홈페이지에서 무료로 PDF 다운로드를 받으실 수 있으므로 기회가 된다면 꼭 읽어보시기 바랍니다.

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

2017. 09. 19.

(사)한국성폭력상담소

2017 성평등한 사회를 위한

성폭력 판례뒤집기

투쟁의

피해자 권리 상실 삼각지대, 존강산

일 시 2017년 9월 19일(화) 오후 3:00~6:00
장 소 서울혁신파크 청년허브 다목적홀
주 최 한국성폭력상담소

발제 1 박아름 (한국성폭력상담소 성문화운동팀)
발제 2 이은의 (이은의 법률사무소 변호사)
토론 1 이원윤 (페미니스트 의사)
토론 2 배복주 (장애여성공감 대표)

발제 3 추지현 (한국형사정책연구원 전문연구원)
토론 3 최영지 (한국성폭력상담소 여성주의상담팀)
토론 4 김홍미리 (여성주의 연구활동가)

2017 성평등한 사회를 위한
**성폭력 판례뒤집기
토론회**

일시 2017년 9월 19일(화) 오후 3:00~6:00
장소 서울혁신파크 청년허브 다목적홀
주최 한국성폭력상담소

피해자 권리 상실 삼각지대, 준강간

사회 : 김혜정 (한국성폭력상담소 부소장)

3:00~3:15	발제 1	친고죄 폐지 이후 준강간의 판결 동향 박아름 (한국성폭력상담소 성문화운동팀)
3:15~3:45	발제 2	법정에서 성폭력이나 가해자가 아니라고 말해지는 사례들 이은의 (이은의 법률사무소 변호사)
3:45~4:00	토론 1	블랙아웃이 왜 무죄의 근거가 되어야 하는가? 이원윤 (페미니스트 의사)
4:00~4:15	토론 2	장애인성폭력의 '항거불능' 판단기준에 대한 토론 배복주 (장애여성공감 대표)
4:15~4:30	중간휴식	
4:30~5:00	발제 3	준강간의 피해자다움과 '합리적 의심' 추지현 (한국형사정책연구원 전문연구원)
5:00~5:15	토론 3	상담 현장에서 바라본 준강간 최영지 (한국성폭력상담소 여성주의상담팀)
5:15~5:30	토론 4	무고는 어떻게 피해자의 권리 보장을 가로막는가? 김홍미리 (여성주의 연구활동가)
5:30~6:00	질의응답 및 종합 토론	

발제 1

친고죄 폐지 이후 준강간의 판결 동향

박아름 (한국성폭력상담소 성문화운동팀)

1. 준강간죄의 법 규정 및 관련 판례

1-1. 준강간죄에 관하여

형법 제299조(준강간, 준강제추행) 사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 간음 또는 추행을 한 자는 제297조, 제297조의2 및 제298조의 예에 의한다.
(개정 2012.12.18.)

형법 제299조 준강간죄 및 준강제추행죄는 (폭행 또는 협박이 없었더라도) 사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 간음 또는 추행을 한 경우에는 강간, 유사강간, 강제추행과 동일하게 처벌하도록 규정된 법입니다. 형법 제300조에 의하여 미수범도 처벌하며, 2012.12.18. 형법 일부개정법률(2013.06.19. 시행)로 친고죄가 폐지됨에 따라 고소권자의 고소 없이도 처벌이 가능하게 되었습니다.

대법원 2017.7.18. 선고 2017도6707 판결
서울고등법원 2017.4.28 선고 2016노2927 판결

형법 제299조에서 말하는 준강간죄는 사람의 심신상실이나 항거불능의 상태를 이용하여 간음함으로써 성립하는 범죄로서, 이에 해당하기 위하여는 객관적 구성요건요소로 피해자의 '심신상실 또는 항거불능의 상태'가 필요한 것은 물론이고, 나아가 주관적 구성요건요소로서 피고인에게 위와 같은 피해자의 상태에 대한 인식 및 이를 이용하여 간음한다는 고의도 인정되어야 한다.

준강간 사건에서 주로 쟁점이 되는 것은 ① 피해자가 ‘심신상실 또는 항거불능의 상태’에 있었는지 여부와 ② 피고인에게 위와 같은 피해자의 상태에 대한 인식 및 이를 ‘이용하여 간음’한다는 고의가 있었는지 여부입니다. 피해자가 심신상실 또는 항거불능의 상태가 아니었다고 판단되거나, 설령 피해자가 심신상실 또는 항거불능의 상태였다 하더라도 피고인은 그 사실을 인식하지 못하였고 이를 이용하여 간음한다는 고의가 없었다고 판단되는 경우에는 준강간죄가 성립하지 않습니다.

1-2. ‘심신상실 또는 항거불능의 상태’에 관하여

대법원 판례는 ‘심신상실 또는 항거불능의 상태’에 관하여 아래와 같은 판단 기준을 제시하고 있습니다.

10

대법원 2011.10.27. 선고 2011도11518 판결,
서울고등법원 2011.8.11. 선고 2011노1058 판결

형법 제299조는 사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 간음 또는 추행을 한 자를 같은 법 제297조, 제298조의 강간 또는 강제추행의 죄와 같이 처벌하도록 규정하고 있는바, 이 죄가 정신적 또는 신체적 사정으로 인하여 성적인 자기방어를 할 수 없는 사람에게 성적 자기결정권을 보호해 주는 것을 보호법익으로 하고 있는 점에 비추어 보면, 형법 제299조에서의 심신상실의 상태라 함은 형법 제10조¹⁾에서 말하는 정신장애로 인한 심신상실 이외에도 성적 자기방어를 할 수 없는 그 밖의 사유, 즉 술에 만취하거나 인사불성인 상태를 포함한다고 보아야 할 것이나, 그렇다고 하더라도 심신미약의 상태는 포함하지 아니한다고 보아야 할 것이다.

- 1) 제10조(심신장애인) ① 심신장애로 인하여 사물을 변별할 능력이 없거나 의사를 결정할 능력이 없는 자의 행위는 벌하지 아니한다.
② 심신장애로 인하여 전항의 능력이 미약한 자의 행위는 형을 감경한다.
③ 위험의 발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 자의 행위에는 전2항의 규정을 적용하지 아니한다.

대법원 2000.5.26. 선고 98도3257 판결

형법 제299조는 사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 간음 또는 추행을 한 자를 같은 법 제297조, 제298조의 강간 또는 강제추행의 죄와 같이 처벌하도록 규정하고 있는바, 이 죄가 정신적 또는 신체적 사정으로 인하여 성적인 자기방어를 할 수 없는 사람에게 성적 자기결정권을 보호해 주는 것을 보호법익으로 하고 있고, 같은 법 제302조에서 미성년자 또는 심신미약자에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음 또는 추행을 한 자의 처벌에 관하여 따로 규정하고 있는 점 등에 비추어 보면, 형법 제299조에서의 항거불능의 상태라 함은 위 제297조, 제298조와의 균형상 심신상실 이외의 원인 때문에 심리적 또는 물리적으로 반항이 절대적으로 불가능하거나 현저히 곤란한 경우를 의미한다고 보아야 할 것이다.

이렇듯 판례에 따르면 ‘심신상실의 상태’는 정신적 또는 신체적 사정으로 인하여 사물을 변별할 능력이 없거나 의사를 결정할 능력이 없어 성적 자기방어를 할 수 없는 상태를 의미하고, 이는 수면 중이거나 일시적으로 의식을 잃은 상태 또는 술에 만취하거나 인사불성인 상태를 포함합니다. 그리고 ‘항거불능의 상태’는 심신상실 이외의 원인 때문에 심리적 또는 물리적으로 반항이 절대적으로 불가능하거나 현저히 곤란한 경우를 의미합니다. 다만, 심신상실 또는 항거불능의 수준에 이르지 못하는 ‘심신미약 또는 항거곤란의 상태’의 경우에는 준강간죄의 구성요건에 포함되지 않습니다.

11

그런데 ‘심신상실 또는 항거불능의 상태’와 ‘심신미약 또는 항거곤란의 상태’를 구분하는 기준은 불분명하며, 피해자가 ‘심신미약 또는 항거곤란의 상태’인 경우에도 성적 자기방어를 하기 어려운 현실에도 불구하고 그러한 경우에는 준강간죄를 인정하지 않는 법과 판례의 태도는 준강간 피해자의 권리를 보장하는 데 있어서 공백을 초래할 수밖에 없습니다. 실제로 ‘심신상실 또는 항거불능의 상태’의 의미를 정의하는 위와 같은 판례는 피해자가 피해 당시 심신상실 또는 항거불능의 상태에는 이르지 아니하였다는 판단을 내리는 무죄 판결의 근거로서 주로 인용되고 있습니다.

참고로, 일반적으로 준강간 사건은 피해자가 수면 중이거나 술에 만취한 상태에서 발생한 경우가 많지만, 국가법령정보센터(<http://www.law.go.kr>)에 공개된 준강간 관련 판례들은 아래와 같은 사건의 경우에도 피해자가 심신상실 또는 항거불능의 상태였다고 판단하여 준강간죄로 처벌하고 있습니다.

대법원 2009.4.23. 선고 2009도2001 판결

교회 노회장이 교회 여신도들을 간음·추행한 사안에서, 피해자가 피고인에 대하여 갖고 있던 믿음과 경외감, 추행 당시의 피고인 및 피해자의 행위 내용과 태도, 그 당시 피해자를 둘러싼 제반 환경과 피해자의 심리상태, 연령, 지적능력 등에 비추어 보면, 피고인에 대한 종교적 믿음이 무너지는 정신적 충격을 받으면서 피고인의 행위가 종교적으로 필요한 행위로서 이를 용인해야 하는지에 관해 판단과 결정을 하지 못한 채 곤혹과 당황, 경악 등 정신적 혼란을 겪어 피고인의 행위를 거부하지 못하는 한편, 피고인의 행위를 그대로 용인하는 다른 신도들이 주위에 있는 상태에서 위와 같은 정신적 혼란이 더욱 가중된 나머지, 피고인의 행위가 성적(性的) 행위임을 알면서도 이에 대한 반항이 현저하게 곤란한 상태에 있었다고 판단하고 준강간·강제추행죄 등을 인정한 사례

대법원 2015.8.27 선고 2015도5785,2015전도105 판결

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

12

1-3. '이용하여 간음'한다는 고의에 관하여

피고인에게 피해자의 상태를 '이용하여 간음'한다는 고의가 있었는지 여부에 대한 뚜렷한 판단기준은 대법원 판례에 나타나지 않습니다. 많은 경우 준강간 사건의 피고인은 피해자가 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있지 않았거나, 설령 피해자가 심신상실 또는 항거불능의 상태였다 하더라도 피고인은 그 사실을 인식하지 못하였고 이를 '이용하여 간음'한다는 고의가 없었다고 주장합니다. 이에 법원은 피고인의 고의 여부를 제대로 판단하기보다는 '무죄 추정 원칙'을 명목으로 '피해자의 진술의 신빙성'을 가능한 한 배제하는 경향을 보여 왔습니다. 아래는 무죄 판결의 근거로서 자주 인용되는 판례들입니다.

대법원 2011.4.28. 선고 2010도14487 판결

형사재판에서 공소가 제기된 범죄의 구성요건을 이루는 사실은 그것이 주관적 요건이든 객관적 요건이든 그 증명책임이 검사에게 있고, 범죄사실의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하므로, 검사의 입증이 위와 같은 확신을 가지게 하는 정도에 충분히 이르지 못한 경우에는 비록 피고인의 주장이나 변명이 모순되거나 석연치 않은 면이 있는 등 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단하여야 한다.

대법원 2011.5.13. 선고 2010도16628 판결

검사의 공소사실과 이를 뒷받침하는 증거들에서 보이는 여러 불일치, 모순, 의문에는 애써 눈감으면서, 오히려 피고인의 주장과 증거에는 불신의 전제에서 현미경의 잣대를 들이대며 엄격한 증명을 요구하는 것은 형사법원이 취할 태도가 아니다.

대법원 2012.5.10. 선고 2011도16413 판결

특히 피고인이 공소사실을 일관되게 부인하고 있고 기록상 공소사실에 부합하는 직접증거로 사실상 피해자의 진술이 유일한 경우, 오로지 피해자의 진술에 근거하여 공소사실을 유죄로 인정하기 위해서는 그 진술의 진실성과 정확성에 거의 의심을 품을 만한 여지가 없을 정도로 높은 증명력이 요구되고, 이러한 증명력을 갖추었는지 여부를 판단할 때는 피해자가 한 진술 자체의 합리성, 일관성, 객관적 상당성 등을 종합적으로 고려하여야 한다.

13

그러나 술에 만취한 피해자를 강간한 피고인이 사건 당시 곁으로 보기에 피해자의 의식이 멀쩡해 보였기 때문에 합의 하에 성관계를 한 것이라 믿었다고 주장하는 사례는 셀 수 없이 많고 너무나도 전형적입니다. 피해자가 피해 경험을 정확하게 기억하기 어려운 준강간 사건의 특성을 고려하지 않고 위와 같은 피고인의 주장을 인정한다면, 준강간 피해자는 성폭력 피해에 대한 책임을 고스란히 덮어쓸 수밖에 없습니다. 피해자는 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있었기 때문에 피해 경험을 정확하게 기억할 수 없었던 것인데, 그로 인해 성폭력 피해 자체를 부정당할 뿐 아니라 마치 피해자가 기억을 똑바로 하지 못해서 억울한 피고인을 만들어낸 것처럼 결론이 나게 되는 것입니다. 심지어는 피해자가 의도적으로 피고인을 ‘무고’했다는 의심까지 제기되는 현실입니다.

아래는 최근 들어 법원과 ‘성범죄 전담 변호사(사실상 성폭력 가해자 전문 변호사)’가 피고인의 알리바이로써 적극적으로 이용하고 있는 ‘블랙아웃’ 가능성에 관한 판례들입니다.

대법원 2016.10.13. 선고 2016도11577
 서울고등법원 2016.7.12. 선고 2015노2698

피해자가 이 사건 당시의 상황을 대부분 기억하지 못하고 있다고 한 진술은 일관되고 모델에서 깨어난 후의 행동과도 대체로 부합하여 신빙성이 있다고 보이지만, 당시 피해자의 상태는 심신상실 또는 항거불능의 상태에까지 이르지 아니하였다 하더라도 술에 취한 경우 의식적으로 한 행동도 나중에 기억해내지 못하는 증상, 즉 주취에 따른 일시적 기억상실증인 블랙아웃(black out, 알코올이 임시 기억 저장소인 해마세포의 활동을 저하시켜 정보의 입력과 해석에 영향을 주지만, 뇌의 다른 부분은 정상적 활동을 하는 현상) 증상일 가능성을 배제할 수 없다.

14

대법원 2015.5.29. 선고 2015도1984
 서울고등법원 2015.1.30. 선고 2014노3517

피해자가 피고인과의 성관계를 비롯한 술에 취한 당시의 상황이 전혀 기억나지 않는다고 하더라도, 이는 피고인과의 성관계 등의 행동이 피해자가 의식이 있을 때 이루어졌음에도 나중에 기억해내지 못하는 것으로, 주취에 따른 일시적 기억상실증인 블랙아웃(black out, 알코올이 임시 기억 저장소인 해마세포의 활동을 저하시켜 정보의 입력과 해석에 영향을 주지만, 뇌의 다른 부분은 정상적 활동을 하는 현상) 증상일 가능성을 배제할 수 없다.

대법원 2014.9.26. 선고 2014도9906
 서울고등법원 2014.7.10. 선고 2014노817

이 사건 당시의 상황이 제대로 기억나지 않는다는 피해자의 진술은, 비록 그것이 사실이라고 하더라도 이는 주취에 따른 일시적 기억상실증인 블랙아웃 증상에 기인한 것일 가능성을 배제할 수 없어, 위와 같은 피해자의 진술로는 이 사건 당시 피해자가 심신상실 내지 항거불능 상태에 있었다고 보기 어렵다.

이처럼 ‘블랙아웃’ 가능성은 준강간 피해자의 진술을 이중으로 배척하는 결과를 낳고 있습니다. 피해자가 피해 경험을 기억하는 경우에는 심신상실 또는 항거불능의 상태가 아니었다고 판단하여 준강간죄를 인정하지 않고, 피해자가

피해 경험을 기억하지 못하는 경우에도 ‘블랙아웃’ 가능성을 들어 심신상실 또는 항거불능의 상태가 아니었을 것이라고 판단하여 준강간죄를 인정하지 않는 것입니다. ‘블랙아웃’ 가능성을 판례에서 인정하게 된 이후로 준강간 피해자는 피해 경험을 기억해서도 안 되고 기억하지 못해서도 안 되는 딜레마에 처해 있습니다.

설령 피해자가 ‘블랙아웃’ 증상을 보이는 것이라 하더라도, ‘알코올이 임시 기억 저장소인 해마세포의 활동을 저하시켜 정보의 입력과 해석에 영향을 주’는 상태가 과연 ‘정상적으로’ 성적 자기방어를 하고 성관계에 합의할 수 있는 상태인지 묻고 싶습니다. 만일 그렇다면 기억나지 않는 사이에 성폭력을 당했다고 느끼는 피해자의 경험은 어떻게 지워지는 것인가요? 준강간죄의 보호법익은 여전히 ‘절대로 성관계에 동의하지 않았을 피해자’를 전제로 한 ‘성적 순결’에게만 머물고 있는 것은 아닌지 의문이 남습니다.

물론 피고인이 정말로 부득이하게 피해자가 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있음을 인식하지 못하였고 성관계에 합의했다고 믿은 경우라면 형사처벌까지 하여서는 안 될 것입니다. 그러나 피고인이 피해자의 상태를 이용하였는지 여부를 판단하려면, 반드시 사건 전후의 구체적인 정황과 피해자와 피고인의 관계, 사건 당시 피해자와 피고인의 상태, 수사재판과정에서의 피해자와 피고인의 태도, 피해자와 피고인의 진술의 신빙성, 피고인이 적극적으로 피해자의 상태를 확인하였는지 여부, 피고인이 어떻게 피해자의 적극적 합의를 구하였는지 등을 종합적으로 고려해야 한다고 생각합니다.

또한 위와 같은 현실을 고려했을 때, 준강간 사건에서 피해자에게 ‘진술의 진실성과 정확성에 거의 의심을 품을 만한 여지가 없을 정도로 높은 증명력’을 요구한다면 준강간죄의 입법 목적과 보호법익은 유명무실해지고 말 것입니다. 그러므로 법원은 아래와 같은 판례를 참고하여 피해자의 진술의 신빙성을 함부로 배척하지 말아야 합니다.

대법원, 2012도2631, 2012.6.28

법원은 공소사실을 뒷받침하는 피해자 등의 진술의 신빙성 유무를 판단함에 있어서, 진술 내용 자체의 합리성·논리성·모순 또는 경험칙 부합 여부나 물증 또는 제3자의 진술과의 부합 여부 등은 물론, 법관의 면전에서 선서한 후 공개된 법정에서 진술에 임하고 있는 증인의 모습이나 태도, 진술의 뉘앙스 등 증인신문조서에는 기록하기 어려운 여러 사정을 직접 관찰함으로써 얻게 된 심증까지 모두 고려하여 신빙성 유무를 평가하게 되고(대법원 2009.1.30. 선고 2008도7917 판결 등 참조), 피해자를 비롯한 증인들의 진술이 대체로 일관되고 공소사실에 부합하는 경우 객관적으로 보아 도저히 신빙성이 없다고 볼 만한 별도의 신빙성 있는 자료가 없는 한 이를 함부로 배척하여서는 안 된다(대법원 2005.4.15. 선고 2004도362 판결 등 참조).

덧붙여서 준강간죄에서 말하는 피고인의 고의는 피해자의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 ‘이용하여 간음’한다는 고의를 의미하므로, 심신상실 또는 항거불능의 상태를 단순히 이용하는 정도를 넘어서 심신상실 또는 항거불능의 상태를 초래하거나 더욱 강화시키는 경우에는 준강간죄가 아닌 강간죄가 성립합니다.

16

부산고등법원 2008.4.16. 선고 2008노47 판결

의사인 피고인이 아네폴 2-3cc를 피해자들에게 주입함으로써 심신상실 또는 항거불능의 상태를 야기하였는데 원심이 이를 준강간죄(형법 제299조)로 인한 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률위반으로 의율한 사건에서, 피고인이 수면내시경 검사가 종료된 직후 아네폴(전신마취제)을 투여한 것은 단순히 기존의 수면내시경용 진통제 등에 의한 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하는 차원을 넘어서 새로이 심신상실 또는 항거불능의 상태를 초래하였거나 적어도 기존의 위와 같은 상태를 강화 내지 심화시킨 경우에 해당한다고 할 것이므로, 이 사건 범죄는 강간죄(형법 제297조)로 인한 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률위반으로 의율하여야 할 것이라고 보아 원심판결을 파기하고 강간등치상죄로 다시 판결한 사례

따라서 피고인이 고의적으로 술 또는 약물을 이용하여 피해자의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 초래한 경우는 원래 준강간죄가 아닌 강간죄에 해당합니다. 그런데 실제로는 약물을 이용한 성폭력의 경우에도 준강간 사건으로 처리되는 경우가 혼합니다. 강간죄로 처벌하려면 피고인이 고의적으로 심신상실

또는 항거불능의 상태를 초래하였다는 증명이 필요한데, 시중에 유통되고 있는 데이트강간 약물의 경우 복용 시 10분 내에 기억상실이 진행되고 범죄에 저항할 수 없는 몸 상태가 될 수 있으며, 로히피놀 성분은 체내에 불과 몇 시간 정도만 잔류하고 소변으로는 72시간 내에 검출되기도 하고, GHB를 비롯한 약물은 12시간 만에 몸에서 빠져나가 검출이 되지 않을 수 있는 등²⁾ 증명하는 데 어려움이 많기 때문입니다(그러므로 약물 사용이 의심되는 경우에는 최대한 빨리 약물 검사를 받아야 하며, 가급적 약물 검사 전까지 소변을 보지 않고 참아야 합니다).

2. 친고죄 폐지 이후 준강간의 판결 동향

2-1. 2012.12.18. 형법 일부개정법률(2013.06.19. 시행)에 관하여

지난 2013년 6월 19일, 형법 일부개정법률(법률 제11574호, 2012.12.18. 일부개정)이 시행됨에 따라 성폭력 관련 법은 한 차례 큰 변화를 맞았습니다. 성폭력의 객체가 ‘부녀’에서 ‘사람’으로 확장되었고, 성폭력 범죄에 대한 친고죄 규정이 삭제되었으며, 유사강간죄가 신설되었고, 혼인빙자간음죄는 폐지되었습니다. 해당 개정법의 의미와 한계는 별론하고, 본 발제문에서는 친고죄에 관하여만 살펴보도록 하겠습니다.

17

성폭력 범죄에 대한 친고죄 조항은 그동안 반성폭력 운동의 걸림돌로서, 위 개정법이 통과되기 이전까지 20년 동안 폐지 요구를 받아왔던 법이었습니다. 친고죄가 폐지되기 이전에는 피해자의 고소가 있어야만 공소를 제기할 수 있었기 때문에, 피해자가 고소를 취하할 경우에는 가해자를 처벌할 수 없었습니다. 이로 인해 성폭력 피해자는 1년이라는 짧은 고소기간 내에 고소 여부를 결정해야 했을 뿐 아니라, (사실 가해자는 성폭력 범죄를 저질렀으면 마땅히

2) 데이트 강간 약물, 음료에 타서 직접 실험해봤다. 의학전문채널 <비온뒤>, 최초희PD, 2017.01.31.(<http://aftertherain.kr/데이트-강간-약물-음료에-타서-직접-실험해봤다/>)

져야 할 법적 책임을 지는 것일 뿐임에도 불구하고) 마치 피해자 개인의 선택에 의해 가해자가 처벌받게 되는 것 같은 중압감 속에서 가해자 측의 합의 종용과 원망 등 수많은 2차 피해에 시달려야 했습니다.

이제는 친고죄가 폐지되었기 때문에 피해자가 고소하지 않더라도 제3자의 고발이나 수사기관의 인지를 통해서 성폭력 사건을 수사할 수 있게 되었습니다. 또한 피해자가 모종의 이유로 고소를 취하하더라도(피해자는 더 이상 사건에 대해서 생각하지 않고 싶거나, 가해자와 합의했거나, 가족 및 주변인의 설득으로 법적 해결을 포기하는 등 어떤 이유로든 고소를 취하할 수 있습니다) 가해자를 처벌할 수 있게 되었습니다. 이렇듯 친고죄 폐지 전후의 상황이 다르기 때문에 본 발제문에서는 친고죄 폐지 이후로 범위를 한정하여 준강간의 판결 동향을 살펴보았습니다.

2-2. 2013.06.19.부터 현재까지 선고된 준강간의 판결 결과에 관하여³⁾

18

아래는 대법원 법원도서관 특별열람실에서 판결 정보 검색 시스템을 이용하여 검색한 준강간 사건 판결들을 정리한 내용입니다. 사건명에 '준강간'을 입력하여 검색한 결과이므로 단일 준강간 사건과 다수범죄 중 사건명이 '준강간등'으로 등록된 사건은 포함되었으나, 다수범죄 중 사건명이 '준강간등'으로 등록되지 않은 사건은 부득이 누락되었음을 밝힙니다. 검색기간은 2012.12.18. 형법 일부개정법률이 시행된 2013.06.19.부터 마지막으로 판결문 방문열람을 했던 2017.08.25.입니다. 판결 정보 검색 시스템에는 원칙적으로 전국 법원에서 선고된 모든 판결이 등록되어 있으며, 검색되는 판결문은 공개 제한된 판결문을 포함합니다.

3) 한정된 방문열람 시간 내에 준강간 판결의 검색 결과를 단순 취합하여 정리한 내용으므로 오차가 있을 수 있습니다. 인용을 삼가주시기 바랍니다.

〈표 1. 2013.06.19.~2017.08.25. 준강간의 판결 결과〉

〈단위 : 건〉

심급	결과		처벌		불처벌		미상	총계
	징역	집행유예	무죄	기각	파기환송 ⁴⁾			
1심 (합의부)	294 (32.8%)	372 (41.5%)	55 (6.1%)	33 (3.6%)	0 (0.0%)	141 (15.7%)	895 (100%)	
항소심	43 (9.8%)	136 (31.1%)	7 (1.6%)	208 (47.5%)	1 (0.2%)	42 (9.6%)	437 (100%)	
상고심	0 (0.0%)	0 (0.0%)	0 (0.0%)	69 (97.1%)	2 (2.8%)	0 (0.0%)	71 (100%)	

검색 결과에 따르면 약 4년 간 선고된 1심 판결이 총 895건이었는데, 그 중 선고 결과가 확인된 판결은 총 754건이었습니다. 1심 판결에서 피고인이 처벌 받은 건수는 총 666건으로, 전체 1심 판결 중 74.4%가 유죄 판결이었습니다. 그러나 이 중 절반 이상이 집행유예를 선고했다는 사실은 유의할 필요가 있겠습니다. 무죄 또는 공소 기각 판결이 난 건수는 총 88건으로, 전체 판결 중 9.8%가 준강간을 인정하지 않았습니다.

19

항소심 판결은 총 437건이었고, 그 중 선고 결과가 확인된 판결은 총 395건이었습니다. 항소심에서 원심을 파기하고 다시 쓰는 판결을 선고한 건수는 총 186건으로, 원심이 파기되는 비율과 항소가 기각되는 비율은 엇비슷했습니다. 원심이 파기되는 경우 대부분 양형부당을 이유로 형량을 감경하는 판결이었지만, 드물게 무죄 판결을 파기하고 유죄 판결을 선고한 경우도 있었습니다. 유죄 판결이 파기되고 무죄 선고가 난 경우는 총 7건으로 파기된 판결 중 3.7%였습니다.

상고심 판결은 총 71건이었고, 모든 판결의 결과를 확인할 수 있었습니다. 그 중 총 69건이 상고 기각 판결이었고, 파기 환송된 총 2건 중 1건도 다수범죄 중 준강간에 대한 유죄 판결은 위법이 없다고 판시하고 있었으므로, 사실상

4) 항소심의 경우 해당 사건이 공소 기각되었어야 한다고 보아 파기 환송한 사건이 1건이었고, 상고심의 경우 준강간에 대한 유죄 판결에 위법이 있다고 보아 파기 환송한 사건이 1건, 다수범죄 중 준강간에 대한 유죄 판결은 인정되나 강간에 대한 유죄 판결에 위법이 있다고 보아 파기 환송한 사건이 1건이었습니다.

98.5%의 판결이 원심의 판단을 유지하였습니다. 이를 보면 준강간 사건은 상고심까지 올라가도 원심 판결이 거의 뒤집어지지 않는다는 사실을 알 수 있습니다.

위와 같은 결과만 보면 무죄 판결의 비율이 예상보다는 낮다는 사실이 눈에 띕니다. 이는 고무적인 사실이지만, 한편으로는 검사가 명확하지 않은 사건은 기소하지 않는다는 의미로 보이기도 합니다. 그래서 검찰청에 접수된 준강간 사건의 건수와 기소율은 과연 얼마나 되는지 알아보았습니다.

2-3. 강간 및 준강간 사건의 기소율에 관하여

「검찰연감」 DB(<http://prosec.crimestats.or.kr/>)를 통해 검색한 바에 따르면, 2011년부터 2015년도 사이에 접수된 강간 및 준강간 사건의 접수·기소, 불기소 및 타관송치 인원수는 아래 표2와 같습니다. 아쉽게도 준강간 사건만 따로 구분한 통계는 찾을 수 없었습니다. 친고죄 폐지 전후를 비교하기 위하여 2011년부터 검색을 하였고, 2016년도 자료는 아직 공표되지 않았기 때문에 검색할 수 없었습니다.

20

〈표 2. 강간 및 준강간 사건의 접수·기소, 불기소 및 타관송치 인원 [2011~2015]〉
 (단위 : 발생건수(인원수))

연도	결과	접수	기소	불기소	타관송치 등	미상
2011		2,886 (100%)	392 (13.5%)	2,248 (77.8%)	121 (4.1%)	125 (4.3%)
2012		2,975 (100%)	484 (16.2%)	2,166 (72.8%)	163 (5.4%)	162 (5.4%)
2013		3,294 (100%)	716 (21.7%)	2,173 (65.9%)	230 (6.9%)	175 (5.3%)
2014		3,280 (100%)	880 (26.8%)	1,920 (58.5%)	294 (8.9%)	186 (5.6%)
2015		3,475 (100%)	891 (25.6%)	2,060 (59.2%)	336 (9.6%)	188 (5.4%)

출처 : 「검찰연감」 DB(<http://prosec.crimestats.or.kr/>)

표2를 보면, 친고죄가 폐지된 2013년도를 기점으로 강간 및 준강간 사건의 접수 건수와 기소율이 전반적으로 증가하였음을 알 수 있습니다. 그러나 여전히 매년 2천여 건의 강간 및 준강간 사건이 불기소되고 있으며, 불기소율이 전체 접수 건수의 60%에 달하는 현실입니다.

아래 표3은 강간 및 준강간 사건의 불기소율이 실제로 다른 형사 사건보다 높은 편인지 비교해보기 위하여 2014년부터 2015년 사이에 있었던 전체 형사 사건의 접수·기소, 불기소 및 타관송치 인원을 정리한 표입니다.

〈표 3. 전체 형사 사건의 접수·기소, 불기소 및 타관송치 인원[2014~2015]〉
 〈단위 : 발생건수(인원수)〉

연도	결과	접수	기소	불기소	타관송치 등	미상
2014		2,463,524 (100%)	870,320 (35.3%)	1,344,779 (54.5%)	159,271 (6.4%)	89,154 (3.6%)
2015		2,580,756 (100%)	852,314 (33.0%)	1,460,294 (56.5%)	182,647 (7.0%)	85,501 (3.3%)

출처 : 「검찰연감」 DB(<http://prosec.crimestats.or.kr/>)

표3과 표2를 비교해 보면, 강간 및 준강간 사건의 기소율이 전체 형사 사건의 기소율보다 7~9% 낮음을 알 수 있고, 불기소율은 3~4% 높음을 알 수 있습니다.

그런데 준강간 사건은 피해의 특성상 신고율도 낮을 수밖에 없습니다. 피해자는 피해 당시 심신상실 또는 항거불능의 상태였기 때문에 성폭력 피해를 인지하지 못할 수 있을 뿐 아니라, 설령 인지한다 하더라도 기억이 불분명한 경우가 많아서 신고를 하기 어렵기 때문입니다. 이렇듯 낮은 신고율까지 감안한다면, 실제로는 훨씬 더 많은 준강간 사건이 법적으로 해결되지 않고 있다고 추정할 수 있겠습니다.

한편, 검찰연감에 따르면 2014~2015년도에만 매년 900건 가까운 인원수가 강간 또는 준강간으로 기소되었는데, 판결 정보 검색 시스템 상으로는 약 4년

간 선고된 준강간 사건의 1심 판결이 총 895건에 불과합니다. 이에 대하여 설명하려면 몇 가지 가능성을 고려해볼 수 있겠습니다. 첫째로, 강간 사건의 비율이 준강간 사건의 비율보다 훨씬 높을 가능성, 둘째로 (검색 과정에서 부득이 누락되었던) 다수범죄 중 사건명이 ‘준강간등’으로 등록되지 않은 사건이 많을 가능성, 셋째로 여러 명의 공동정범이 한꺼번에 기소되어 하나의 판결을 선고받은 사건이 많을 가능성 등입니다. 이에 관하여는 보다 심층적인 조사가 필요하겠지만 현 시스템으로는 사실상 확인이 불가능합니다.

3. 나가며

본 발제문에서는 준강간죄의 법리와 각 구성요건에 대한 판례의 해석을 살펴 보았고, 친고죄 폐지 이후 선고된 중간간의 판결 결과와 이를 보충하는 자료로서 검찰청의 준강간 사건 접수 및 처리 결과를 살펴보았습니다.

22

준강간죄의 구성요건 중 ‘심신상실 또는 항거불능의 상태’에 관한 판단이 피해자의 관점으로 해석되지 않고 있다는 점과 피해자가 ‘심신미약 또는 항거곤란의 상태’일 경우에는 준강간죄에 의해 보호되지 않는다는 점, ‘심신상실 또는 항거불능의 상태’와 ‘심신미약 또는 항거곤란의 상태’를 구분하는 기준이 불분명하다는 점은 피해자의 ‘성적 자기결정권’ 내지 ‘성적 완전성⁵⁾을 보장하기 위하여 앞으로 개선되어야 할 부분입니다.

피고인에게 피해자의 상태를 ‘이용하여 간음’한다는 고의가 있었는지 여부도 지금까지 막연히 무죄 추정의 원칙이나 피해자의 ‘블랙아웃’ 가능성을 근거로 부인되어서는 안 될 것이며, 사건 전후의 구체적인 정황과 피해자와 피고인의

5) 해외에서는 ‘성적 자기결정권’이라는 개념이 마치 피해자에게 피해 당시 자율성과 결정권이 있었던 것처럼 가정하고 성폭력을 피해자의 선택의 문제로 왜곡한다는 점을 비판하며, 성폭력을 ‘성적 완전성(sexual integrity)의 침해’로 보는 관점이 새롭게 제시되고 있습니다(한국성폭력상담소(2017) 옮김, 『단 하나의 기준, 적극적 합의:캐나다 온타리오 법원, 2016.07.21. 선고, 2016ONCJ448 판결』, 178쪽 참고)

관계, 사건 당시 피해자와 피고인의 상태, 수사재판과정에서의 피해자와 피고인의 태도, 피해자와 피고인의 진술의 신빙성, 피고인이 적극적으로 피해자의 상태를 확인하였는지 여부, 피고인이 어떻게 피해자의 적극적 합의를 구하였는지 등을 종합적으로 고려하는 판단 기준이 마련되어야 할 것입니다.

친고죄 폐지 이후 준강간 사건의 판결 동향을 살펴보면, 1심 판결을 기준으로 최소 74.4%의 준강간 사건에 대하여 유죄 판결이 선고되었으며, 항소심과 상고심에서도 웬만해서는 유무죄에 대한 원심의 판단을 뒤집지 않는 것으로 나타났습니다. 그러나 1심 판결을 기준으로 최소 9.8%의 준강간 사건에 대하여 무죄 또는 공소 기각 판결이 선고되었고, 유죄 판결인 경우에도 집행유예를 선고한 비율이 높아, 피해자가 체감하는 가해자 처벌의 수준은 상당히 낮을 것으로 보입니다. 게다가 무죄 판결이 확정된 경우에도 선뜻 납득되지 않는 판단 근거가 많아, 아직도 ‘피해자다움’에 대한 통념이나 ‘가해자의 관점’을 바탕으로 수사재판이 진행되고 있는 것은 아닌지 의문이 남습니다. 이에 대해서는 앞으로의 발제 및 토론에서 다루게 될 것입니다.

마지막으로, 친고죄 폐지 이후 강간 및 준강간 사건의 신고율과 기소율은 다소 증가한 것으로 추정되지만, 그럼에도 2014~2015년도의 기소율은 25~27%에 불과합니다. 아직 2016년도 경찰연감에 공개되지 않았으므로 신고율과 기소율이 계속 증가하고 있는지 혹은 현재의 비율을 유지하고 있는지 여부는 조금 더 지켜봐야 알 것 같습니다. 또한 접수된 사건 중 과반수가 불기소되고 있으므로, 피해자의 권리 보장이 제대로 이루어지고 있는지 살펴보려면 각 사건의 불기소 이유를 구체적으로 검토하고, 혹시 수사 과정에서 피해자에 대한 2차 피해가 발생하지는 않았는지 여부 등을 확인할 필요가 있겠습니다.

발제 2

법정에서 성폭력이나 가해자가 아니라고 말해지는 사례들

이은의 변호사 (이은의 법률사무소 변호사)

1. 들어가는 말

형법 제297조 강간죄는 폭행 또는 협박을 수단으로 하여 사람을 항거불능의 상태로 만든 뒤 간음을 함으로써, 형법 제299조 준강간의 죄는 사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 간음 또는 추행을 함으로써 성립한다.

24

피해자를 주어로 하여 해석하면, 죽을 힘을 다해 저항했는데 물리력에 의해 좌절당했다면 강간이, 소위 떡실신 된 상태로 업혀갈 정도로 정신이 없었다면 준강간이, 성립된다. 문제는 이에 대한 해석과 적용이다. 피해자가 사력을 다해 저항을 하였다는 것의 정도나 항거하지 못할 정도로 심신이 무력하였던 정도가 어느 정도인 것인지, 그 입증은 어떻게 해야 하는지, 이 기준의 적용점이 피해자인지 가해자인지의 문제가 대두된다.

형법상 강제추행이나 준강제추행도 크게 다르지 않다. 그저 강제추행의 특성상 물리적으로 저항이 어려웠느냐의 문제보다는 가해자와 피해자의 관계성이나 피해자의 진술에 대한 신빙성이 보다 많이 부각되는데, 이 점에서 가해자의 행위가 있었느냐 또는 가해자가 추행이라고 생각하고 행위를 한 것이 맞느냐의 문제가 대두된다.

그리고 이와 같은 지점에서 피고인이 그 행위를 한 것이 맞는지나 그 행위가 성폭력이었는지 여부가 갈린다.

성폭력 사건을 판단하는데 있어서 판사가 느끼는 어려움은 피해자가 느끼는 어려움과 정확하기 일치하지는 않지만 교집합이 있다. 성폭력 범죄의 특성상 범죄상황은 가해자와 피해자 둘만 아는 경우가 대부분인데, 대부분의 가해자는 그것이 성폭력이었음을 부인한다. 행위 자체를 부인하거나, 이를 부인하기 어려운 상황이라면 위와 같은 범죄요건을 부인하는 것과 같은 소위 ‘피해자의 합의나 동의를 추단’할만한 상황이 있었다는 주장을 한다. 또 당사자들의 관계가 그럴만한 관계였다거나 피해자가 성폭행을 주장해 얻을 이익이 있다는 의심의 부채질 전법도 상당하다.

성범죄가 안타까운 것은 범죄입증의 책임은 검사 즉 피해자 측에 있는데, 성범죄의 특성상 객관적인 증거 특히 위와 같이 저항하기 어려운 정도의 폭력이나 항거불능 상태를 입증할 책임 역시 피해자에게 있다는 것이다. 가해자가 자백하지 않으면 이런 황당무계한 주장에 대한 입증책임이 오롯이 피해자의 어깨에 얹힌다. 그리고 성폭력과 함께 대두된 폭력의 정도를, 가해자 주장이 맞을 수도 있다는 합리적 의심, 판단주체가 어떤 기준을 가지고 있느냐는 오로지 복불복처럼 맡겨진다. 피해자가 피해와 고소, 수사와 재판을 거쳐 거짓말과 무반성으로 점철했던 못된 가해자가 무죄방면되는 결과에 이르지 않도록 하기 위해서는 (1)범죄의 성립을 판단함에 따르는 관련사항의 입증책임을 어떻게 분산시킬 것이냐와 (2)저항과 항거불능 중간쯤의 사안들을 범죄와 처벌의 영역으로 가져오는 법적용의 전환에 대한 고민과 노력이 필요하다.

2. 발제 예정인 1심 판례들

가. 함께 고민해보고자 하는 제시 사례들의 개요

최근에는 강간과 준강간 사이의 상황에서 피해를 입은 경우가 많이 대두되고 있다.

가령 피해자가 면식이 있는 가해자와 어느 정도 술을 마신 상태에서 모텔이나

자취방, 차량 등에 단 둘이 놓인 상황에 이르러서, 체격조건에 현저한 차이가 나는 가해자로부터 제압을 당하여 그 외에 가해자의 폭행협박 정도는 크지 않았는데 피해자가 제대로 저항하지 못하는 경우가 대표적이라 할 수 있다. 이후 피해자가 신고나 고소를 바로 하지 못하는 경우가 많은데, 그 원인을 사법당국이 피해자가 가해자와 사적인 관계 안에서 갖는 감정의 애매함 때문으로 보는 경우가 많으나 이는 피해자가 각종 갑을병정무 관계의 그물망에서 갖는 부담감 때문에 당시의 거부나 신고를 포함하여 각종 사후 대처가 잘 되지 않는 경우도 상당하다. 그러나 가해자가 자인하거나 범죄에 대한 증거가 명확하지 않은 경우 범죄피해 직후부터 신고에 이르기까지 걸린 시간이나 피해자가 보였던 각종 언행은 모두 피해자에게 불리하게 작용된다.

26

아직까지 법적용은 강간이나 준강간이나를 명확하게 구분해서 그 틀에 맞춰 판단을 하고 있는데, 그러다보니 가해자가 피해자와의 관계나 의도 등으로 몰타기를 해서 증거불충분으로 면피하는 경우가 많다. 그러는 사이 법의 조력을 용이하게 받을 수 있는 가해자들일수록 이런 실정과 정보를 악용하여 그 잘못에서 교묘히 빠져나간다. 반면에 그런 차이를 정확히 몰라 피해를 입고도 법에 호소하지 못하거나 제대로 피해 상황을 구현하지 못해 억울한 사정을 소명받지 못하거나 2차 3차 피해를 받는 피해자들이 발생하고 있다.

오늘 다루고자 하는 사례들은 현재 1심 판결이 나와 있는 사각지대에 있는 강간과 준강간 사이의 사례와 피해자와의 관계성에 기반하여 심각한 데이트폭력을 단순폭행으로 처리한 사례, 피해자의 의도에 합리적인 추정 이상의 의도에 대한 의심의 잣대를 들이댄 사례 등이다. 다만 현재 진행 중인 사안들이기도 하고 피해자 정보보호 차원에서 판례는 현장에서 나뉘드리거나 보여드리고 본 발제문에서 기재하지는 않았다. 그리고 본 발제문에는 첫 번째 사례를 중심으로 이야기의 방향을 기재하기로 하였다.

나. 각 사례들

여러 사정상 본 발제문에서는 구체적인 내용을 생략하고 발제하는 현장에서

PPT 화면으로 보여드리면서 사건의 내용과 가해자의 주장, 이에 대하여 법원에서 무죄가 나거나 경미하게 처벌되었던 사정, 그 문제점 등에 대하여 이야기 하도록 하겠다.

3. 이 중 사례 하나

이 사건은 피해자가 201X. X. X. 새벽 00:10경 자신의 지도교수의 친형으로부터 차안에서 성폭행을 당한 사건이었다. 피해자는 이십대 후반의 비혼 여성이고, 가해자는 사십대 중반의 기혼 남성이다.

이와 관련하여 가해자는 좁은 차 안이라 피해자의 협력 없이 강간이 가능하지 않았다, 피해자가 먼저 팔짱을 끼고 키스를 했다, 피해자가 적극적으로 저항하지 않았다, 성폭행이 일어난 차량이 건물 지상의 주차장에 주차해 있었기 때문에 피해자가 저항하지 못하더라도 도망갈 수도 있는 상황이었다, 피해자가 피해 직후 자신의 동생에게 보낸 항의메일에서 “당신을 봐서 맞춰드린 거 아니냐”라는 표현을 쓴 적이 있다는 등의 이유를 대며 강간이 아니라 피해자가 합의한 성관계였다고 주장하였다.

27

피해자는 처음에 지도교수의 친 형이란 점 때문에 망설이느라 바로 신고하지 못하였고, 신고한 후에는 지도교수와 불화를 겪다가 자퇴를 하는 상황으로 이어졌다.

4. 강간죄와 준강간의 성립에 대한 법리 적용 현황 : 전향적이었던 판례 포함

가. 강간죄의 폭행협박 유무에 대한 판단기준

판례는 강간죄에 있어서 폭행협박 유무에 대하여 판단하는 기준으로 폭행·협

박의 내용과 정도는 물론 유형력 행사 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등을 종합하여 피해자가 성교 당시 처했던 구체적 상황을 기준으로 판단해야 한다고 실시하고 있다.

나. 유사 판례의 내용과 강간죄를 인정한 세부적인 이유들

이와 관련하여 최근 대법원에서 선고한 2012도4031호 판결을 유사사례로서 살펴보면 다음과 같다.

이 사안은 가해자가 새벽 2시30분경 노상에 주차된 소울 승용차 안에서 동호회 회식 후 귀가하기 위해 승용차 뒷좌석에 앉아있던 동호회 회원인 피해자의 몸을 만지며 입맞춤을 하고, 피해자가 저항하자 양손으로 어깨를 눌러 옆으로 눕혀 강간하였던 경우였다.

28

이 사건에서도 대법원은 “간음 경위, 피고인과 피해자의 체격, 피해자가 처해 있던 상황, 피해시간, 피고인과 피해자와의 관계, 성교 당시 상황, 성교 이후 피해자의 피고인에 대한 행동 등 제반 사정에 비추어 피해자의 반항을 억압하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 유형력을 행사하여 피해자를 강간하기에 이르렀다고 보기 충분하다”고 판시하고 있다.

대법원이 강간에서의 폭행협박을 어떤 기준으로 인정하였는지를 보다 면밀하게 살펴보기 위하여 위 사건에서 강간을 인정한 세부적인 이유들을 살펴보면 다음과 같다.

술자리를 마친 후 가해자가 피해자에게 대리기사를 불러 자신의 차량으로 데려다주겠다며 가해자의 승용차에 태운 사실, 실제로는 대리기사를 부르지 않고 뒷좌석에 있는 피해자 옆에 타고 피해자를 껴안으려 한 사실, 피해자가 피고인을 밀치자 이를 무시하고 피해자에게 키스하고 온몸을 만지며 옆으로 눕힌 사실, 피해자의 핫팬츠를 벗기려하자 피해자가 버티면서 하지 말라고 울며 애원한 사실, 그럼에도 강제로 옷을 벗기고 간음한 사실, 피고인은 키 175cm, 몸무게 70kg의 건장한 체격의 성인 남성인데 비해 피해자는 키 158cm, 몸무

게 51kg으로 체격 차이가 크고, 술에 취한 상태인 피해자가 좁은 차량 안에서 피고인을 벗어나기 어려웠던 사실, 주차장소가 대로변이기는 하나 당시 주변에는 차량이나 사람이 없었고, 추운 날씨에 옷이 벗겨진 상태에서 차량 문을 열고 뛰쳐나가는 쉽지 않은 사실 등이었다.

다. 준강간에서의 항거불능의 의미

형법 제299조는 사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 간음 또는 추행한 자를 형법 제297조, 제298조의 강간 또는 강제추행의 죄와 같이 처벌하도록 규정하고 있는데, 위 죄는 정신적 신체적 사정으로 인하여 성적인 자기방어를 할 수 없는 사람에 대하여 성적 자기결정권을 보호해 주는 것을 보호법적으로 하고 있으며, 이에 비추어 볼 때 위 규정에서 말하는 ‘심신상실의 상태’라 함은 정신장애 또는 의식장애 때문에 성적행위에 관하여 정상적인 판단을 할 수 없는 상태, 즉 피해자가 깊은 잠에 빠져있다거나 술·약물 등의 섭취로 인하여 자신의 성적 행위에 대해 정상적인 대응조절능력과 판단능력을 제대로 행사할 수 없는 상태를 의미하고, ‘항거불능의 상태’라 함은 심신상실 이외의 원인 때문에 심리적 물리적으로 반항이 절대적으로 불가능하거나 현저히 곤란한 경우를 의미한다(대법원 2014. 7. 10. 선고 2014도4971 판결 참조).

29

위에서 살펴본 바와 같이 이 사건 피해자는 심신상실 이외의 원인 때문에 심리적 물리적으로 반항이 현저히 곤란한 경우라는 것도 합리적으로 추단된다.

라. 본 발제 관련 사례에서의 사건발생 당시 피해자의 입장과 특성

- 1) 피해자가 이미 이틀이나 집에 들어가지 못하고 연구실에서 작업을 하느라 심리적으로나 신체적으로 매우 지쳐있는 상황과 겹쳐진 주취상태
- 2) 이공계대학원의 대학원생들과 지도교수의 종속적 관계
- 3) 저항을 엄두내기 어려웠던 신체적 특성
- 4) 과거 지인으로부터 당한 성폭력으로 인한 트라우마
- 5) 해당 시각의 범죄현장은 매우 낯설고 두려움이 배가될 수 있는 공간

마. 1심 판결

실제 많은 사안이 그러하듯 오늘 보여드린 사안은 강간사건처럼 보이지만 준강간 사건으로 해석될 여지가 충분히 있는 사건이다.

위 사건은 고소 후 경찰단계에서 불기소의견으로 검찰에 송치가 된 후, 검찰 단계에서 적극적으로 소명하는 과정을 거쳐 기소가 되었으며, 1년 가까운 재판 기간을 거치고 있다. 일단 공소장은 강간의 죄로 되어있으나 가해자는 피해자가 적극적으로 저항하지 아니하였고 가해자가 당시 피해자가 항거하지 못할 정도의 폭행협박을 사용한 적이 없었다며 무죄주장을 펼쳤다. 1심 재판부는 피해자가 원해서 이른 성관계가 아닌 것은 알겠으나 이 사건이 강간과 준강간 사이쯤 있어 판단이 어렵다는 고심을 하더니 종래에 피해자의 의사에 반하는 성관계였음은 명징해 보이지만 저항을 억압할 정도의 폭행협박이 있었다고 보기 어렵다는 합리적 의심으로 무죄가 선고됐다.

30

4. 결론 : 발제 예정에 있는 다른 사안들에 대한 내용 포함

이 사건과 별개로 만취한 상태가 외관상 심하게 비틀거리거나 오바이트를 하는 것이 아니고 약간의 부축을 받으면 혼자 걸을 수 있는 상태의 피해자가 가해자가 사는 아파트에 함께 들어갔다가 잠이 들었는데 눈을 떠보니 가해자가 자신을 간음하는 상황이었던 사건이 있었다. 이 사건의 경우는 처음 준강간 고소를 하고 불기소되었으나 항고하여 ‘항거불능의 상태’에 대해 다툼 결과 받아들여져 준강간으로 기소가 되었고, 1심에서 집행유예가 나왔으나 2심에서는 실형이 선고되었다. 만약 항고하지 않았다면 재판에도 이르지 못했을 것이고, 만약 피해자가 항소하여 필사적으로 마지막까지 애쓰지 않았다면 실형이 나오지 않았을 경우였다.

이 사건이 그나마 다행스러운 지점은 최종적으로는 사필귀정의 결과를 도출하였다는 것이었다. 피해자가 가해자와 가지고 있었던 나이차이나 혼인여부, 조

직에서의 지위 등도 감안이 되었지만, 피해자가 당시 술을 마신 량이나 가해자가 피해자를 굳이 자신의 집으로 데려온 점 또 피해자가 즉시 신고를 한 점 등이 참작되어 항거불능의 상태를 소위 떡실신이나 기억상실 정도의 상태에 이르지 않더라도 인정하였기 때문이다.

이와 같이 준강간과 강간 사이에 선 사건들은 고소 후에도 그 죄를 판단함에 있어서 애매한 경우가 많아 피해자를 두 번 올리는 상황이 많다. 이와 같은 상황은 아직까지 우리 법조계가 ‘의사에 반하는’을 지나치게 정밀하게 해석하고 ‘강제성’을 매우 엄격하게 해석하는 데서 비롯된다. 가해자의 시선에서 ‘이 정도는 해줘야 저항하고 싫다는 걸 알 수 있는 거 아니냐’는 잘못된 의식이 도사리고 있기 때문이다. 또한 ‘술 마셔서 따라오고 내 앞에서 자는데 나를 좋아하는 것인지 취해서 그러는지 어떻게 명료하게 구분하냐’는 가해자 입장에서의 어려움이 반영된 결과라 할 수 있다.

물론 사전적으로 이런 일이 발생하는 경우에 피해자가 최소한 거절의 의사표시를 어느 정도 하는 것이 좋은지, 증거를 어떻게 채취하면 좋은지, 그나마 발생한 사고라면 어떤 식으로 주변에 어떻게 알리는 것이 좋은지, 통상 면식범일 확률이 높은 이런 사건에서 사후 가해자를 어떻게 대하는 것이 좋은지 등이 교육되고 담론되는 것이 필요할 것이다. 그와 함께 조기에 피해자가 적극적이고 충분한 법률지원을 받을 수 있도록 교육하는 것도 필요하다. 피해자 법률지원을 최대한 국가가 지원할 수 있도록 하는 것도 필요하지만, 그 지원의 방법이나 지원 정도 예산의 운용에 대한 구체적이고 체계적인 고민은 더 중요하다. 아울러 가해자의 적극적인 법률대응으로 무죄가 날 가능성이 많은 사건의 재판에서 방청지원이나 의견서 등, 일선에서의 작지만 꼭 필요한 조력에 대한 고민들이 다시금 돌아보져야 할 때이다.

토론 1

블랙아웃이 왜 무죄의 근거가 되어야 하는가?1)

이원윤 (페미니스트 의사)

1. 블랙아웃은 무엇인가?

알코올성 블랙아웃은 음주 이후에 의식의 소실 없이 일어나는 기억상실의 증상을 말합니다. 기억능력 이외의 다른 기능들은 비교적 정상적으로 유지되는 것이 특징입니다.²⁾ 블랙아웃 시에 기억능력이 소실되는 현상은 두 가지 기전에 의해 나타날 수 있습니다. 첫 번째 기전은 에탄올이 기억을 생성하는 해마 부위에 결합하여, 단기기억에서 장기기억으로의 전환을 억제하여 장기기억의 생성 자체를 억제하는 기전이며, 다른 한 가지는 블랙아웃 당시 형성된 기억의 상기에 문제가 생기는 현상입니다. 기억생성 이외에 다른 사고기능의 소실은 비교적 적어, 겉으로 보기에 잘 걷고 일상적인 대화를 하는 등 정상적으로 기능하는 것처럼 보이기도 합니다.

32

1) 이 토론문의 내용은 다수의 알코올성 블랙아웃과 성폭력 관련 문헌을 검토한 후, 이에 필자의 개인적인 의견을 덧붙여 적은 글임을 밝힙니다. 따라서, 이 글은 전적으로 의학적 지식에 의거하여 객관성이 검증된 과학적인 글이라고 할 수는 없으며, 언급된 문헌들 또한 필자의 판단에 의하여 선택적으로 참조하고, 번역하였기에 과학적 전문성 혹은 정확성을 요하는 글의 참고문헌으로 쓰이기에 적합하지 않습니다. 따라서, 인용을 원하는 내용이 있을 경우, 필자 본인에게 개인적으로 문의하시거나 참조문헌을 직접 참고하여 인용하시기를 권합니다.

2) Lee, Hamin, Sungwon Roh, and Dai Jin Kim. "Alcohol-Induced Blackout." *International Journal of Environmental Research and Public Health* 6.11 (2009): 2783-2792. PMC. Web. 13 Sept. 2017.

2. 블랙아웃의 증상

2002년 미국대학생들을 대상으로 한 블랙아웃 경험 연구에 의하면, 전체 연구 대상자의 51% 정도가 블랙아웃 현상을 한 번 이상 경험했다고 보고합니다. 이 중 40%의 대상자가 최근 1년 이내 블랙아웃을 경험한 것으로 답하였습니다. 그리고 블랙아웃을 경험한 환자들의 27%가 무분별한 소비 행위, 24%가 성적인 행위, 16%가 싸움, 16%가 공공기물 파손, 그리고 6%가 unprotected intercourse(비피임 성행위), 그리고 3%가 운전을 했다고 보고하고 있습니다.³⁾ 따라서 블랙아웃 환자들은 대개 평소라면 하지 않을 위험한 행동을 보이고 있음을 알 수 있습니다. 블랙아웃 목격자를 대상으로 한 연구에 의하면, 블랙아웃 상태의 행위자의 30%가 행위자 본인 혹은 주변인을 창피하게 하는 행동을 하고, 16%가 넘어지는 행동, 11%의 경우에 입맞춤, 5%의 경우에 운전, 28%의 경우에 말싸움이나 몸싸움, 기물파손 등의 문제적 행동을 목격하였다고 보고하였습니다.⁴⁾ 뿐만 아니라, 한국 대학생들을 대상으로 한 연구에서 또한 연구 대상 대학생 중 50.3%에서 1년에 2번의 블랙아웃을 경험하였고, 20.6%가 6개월에 2회 경험했다고 보고하고 있습니다.⁵⁾

33

블랙아웃은 en block blackout과 fragmentary blackout으로 크게 나눌 수 있는데, en block 블랙아웃 환자의 경우 블랙아웃 당시의 기억을 전혀 기억하지 못하고, 어떤 연상 계기에도 기억을 전혀 상기시키지도 못합니다. 의학적으로는 단기기억에서 장기기억으로 변환시키는 해마의 능력이 완전히 소실된 상태일 것으로 추정됩니다. 이 경우에 대화를 나누거나, 운전 등을 정상적으로 수행하는 것처럼 보이더라도 그에 대한 기억은 전혀 저장되지 않을 것입니다. 이렇게 복잡한 행동을 잘 기능해내지만, 블랙아웃 상태에 있는 환자에게 5분

3) White AM, Jamieson Drake DW, Swartzwelder HS: Prevalence and correlates of alcohol-induced blackouts among college students: results of an e-mail survey. *J Am Coll Health* 51:117-19, 2002

4) Van Oorsouw, K. I. M., et al. "Alcoholic blackout for criminally relevant behavior." *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law Online* 32.4 (2004): 364-370.

5) 김광환, et al. "일개 지역 남녀 대학생들의 음주문화 실태." *한국산학기술학회 논문지* 12.11 (2011): 4932-4939.

전에 무엇을 말했는지, 어떤 행동을 하였는지 물어본다면 대답하지 못 하는 것으로 보고되었습니다. 그러나 단기 기억, 즉 방금 완료한 일이나 1-2분 전의 기억 등은 잘 유지되는 것으로 보입니다.⁶⁾

Fragmentary 블랙아웃의 경우에 환자들은 본인의 기억소실 증상에 대해서 스스로 인지하지 못하며, 잃어버린 기억에 대해서 상대방이 상기시켜 주고 난 후에야 기억소실 증상을 겪고 있음을 인지하게 된다는 보고가 있습니다. 그러나 이러한 상기 과정을 거치며 어느 정도 기억을 되찾기도 하는 모습을 보입니다. 따라서 의학적으로는 이러한 유형의 블랙아웃의 경우에는 단기 기억에서 장기 기억으로의 변환 능력의 소실보다는 기억을 상기시키는 기능에 소실 혹은 저하가 원인이 될 것으로 추측됩니다.⁷⁾

34

따라서 블랙아웃 상태의 환자를 감별하기 위해서는 5분 이전에 있었던 일에 대하여 묻거나, 세 가지의 단어를 제시하고 해당 단어를 즉시 기억해낼 수 있는가, 5분 정도 이후에 기억해낼 수 있는가의 여부로 판단해 볼 수 있을 것입니다.⁸⁾

3. 블랙아웃 상태에서의 ‘동의’

알코올은 단순히 기억 기능만 영향을 미치는 것이 아니라, 운동 기능과 자기 절제, 사고과정 그리고 의식수준까지 광범위한 영역에 영향을 미칩니다. 혈중 알코올 농도가 높을 때, 이러한 알코올의 영향은 어눌한 말투라든지 제대로 걷지 못하는 증상 등을 통해 나타나고, 이러한 증상들을 고려하였을 때 과연 블랙아웃 상태에서 기억능력을 제외한 모든 인지기능이 정상적으로 기능하고 있

6) RYBACK, R.S. Alcohol amnesia: Observations in seven drinking inpatient alcoholics. 31:616-632,1970.

7) GOODWIN, D.W.; CRANE, J.B.; and GUZE, S.B. Alcoholic "blackouts": A review and clinical study of 100 alcoholics. 126:191-198,1969.

8) Sweeney, Donal F., Ph.D. The Alcohol Blackout. Mnemosyne Press: Santa Barbara, 2004

있을지는 어렵습니다. 알코올이 뇌의 한 가지 영역에만 영향을 주고 있다고 보는 것은 어려우며, 점진적으로 모든 영역의 기능에 영향을 미치고 있다고 보는 것이 합당할 것입니다.⁹⁾ 이러한 접근에 따르면, 블랙아웃 상태에서 피해자가 완벽하게 정상적인 의식을 가지고 온전한 상태에서와 같은 행동을 취하고 있었다고 보기는 어렵습니다. Alcohol Blackout: Walking, Talking, Unconscious & Lethal의 저자는 “만약 어떤 사람이 블랙아웃 상태, 즉 기억저장 능력을 소실한 상태에 있다면, 그는 무의식 상태에 있는 것이라고 보아야 한다. 그는 본인이 어떤 행위를 하는지 알지 못하며, 스스로의 통제 밖에 있다.”고 평가하기도 하였습니다.¹⁰⁾

음주운전의 기준 혈중알코올농도는 0.05%입니다. 이는 평균적으로 체중 70kg인 성인 남성을 기준으로 소주 2잔(50ml), 와인 2잔(120ml), 맥주 2잔(250ml)를 마시고 난 이후의 혈중 농도에 해당됩니다. 이는 대개 체온이 올라가기 시작하고, 평소보다 더 크게 이야기하고 행동이 과장되기 시작하는 농도이기도 하며, 사고력, 기억력이 조금씩 손상되기 시작하고 주의력이 떨어지기 시작하는 농도입니다.

블랙아웃은 음주운전의 기준 알코올농도보다 3배가 높은 혈중알코올농도 0.15%부터 나타나는 것으로 알려져 있습니다. 이는 의학적으로 보았을 때, 개인차가 있겠지만, 적당히 취했을 때의 기분 좋은 감정이 사라지고 불쾌한 기분이 들기 시작하며, 운동 기능과 균형 감각이 명백하게 저하되고, 시야가 흐려지기 시작하는 농도입니다. 또한 감각 기능과 판단력 또한 심각하게 손상되어 있을 가능성이 높습니다.¹¹⁾ 물론, 마시는 속도나 상황, 그리고 음주자의 성향에 따라 차이가 있겠지만, 이러한 혈중알코올농도에서 경험하게 되는 블랙아웃의 경우에, 피해자가 정상적인 판단을 하고 있었다고 판단하기는 매우 어렵겠습니다.

9) Kalant H: Intoxicated automatism: legal concept vs. scientific evidence. *Contemp Drug Probl* 23:631- 48, 1996

10) DONAL F. SWEENEY WITH ROBERT A. LISTON, THE ALCOHOL BLACKOUT: WALKING, TALKING, UNCONSCIOUS & LETHAL (2003).

11) White, Aaron M., et al. “periential Aspects of AlcoholInduced Blackouts Among College Students.” *The American journal of drug and alcohol abuse*30.1 (2004): 205-224.

특히 우리나라 법률상 준강간의 경우, 단순히 의사표현이나 정상적인 사고기능의 저하가 아닌, “항거”가 불능한 상태의 경우에 준강간을 인정한다고 할 때, 단순히 “거부 의사 표시 불가” 보다도 “항거 불능”한 상태는 훨씬 광범위한 상황에 적용될 수 있다고 볼 수 있습니다. 다시 말하자면, 피해자와의 성적 접촉을 강제하고 억압하고 있는 가해자에 대해서, 적극적으로 밀어내고, 강간 상황으로부터 도피하는 등의 “항거”의 능력은 주취 상태에서, 특히 블랙아웃 증상이 올 정도로 높은 혈중알코올농도 하에서는, 필연적으로 심각하게 저하되었거나 소실되었다고 판단하는 것이, 피해자의 철저하게 적극적이고 격렬한 저항의 여부를 중요시 여기는 한국 법정에서의 판결 문화에도 모순되지 않고 적절하게 조화되는 판결이 되지 않을까 합니다.

4. 판례분석

36 기억능력 이외의 다른 기능들은 정상적으로 작동하는 피해자의 블랙아웃 증상을 사건 이후에 증명해낸다는 것은 매우 어려운 일이므로, 우리는 그 이외에 블랙아웃이라는 증상의 존재가 어떻게 피해자들에게 부당하게 적용되고 있는지, 법적 공방 과정에서 어떻게 활용되고 있는지 사례를 통하여 더 살펴보도록 하겠습니다.

우선적으로 알코올성 블랙아웃은 “passing out”(인사불성의 상태)과는 명백하게 다른 증상으로 구분되어야 합니다. 블랙아웃 증인 환자는 의식을 가지고 자신의 환경에 비교적 정상적으로 반응할 수 있는 반면, “passing out”의 경우에는 환자가 정상적인 의식을 소실하여 자발적인 행동을 하지 못하는 상태를 말합니다.¹²⁾

12) Goodwin, Donald W. “Icohol amnesia.” *Addiction* 90.3 (1995): 315–317.

1) 대법원 2016도11577, 서울고등법원 2015노2698 판결

- a. 피해자는 경찰에서 조사받을 때부터 이 법정에서까지 “술을 마셨던 자리에서 술을 마시고 일어난 기억이 없습니다. 술을 마신 것만 기억납니다. G모텔에 간 기억도 없습니다. G 모텔이었는지도 기억이 안 납니다. 이름이 어디인지도 모르고 일어나니까 모텔이었습니다”라고 진술하였다. 또한 피해자는 “성기부분과 배가 아픈 것 때문에 피고인과 성관계를 하였는지 의심하게 되었고, 같은 날 피고인에게 전화를 하여 ‘안에 했냐 밖에 했냐’라고 물어보았는데 피고인이 ‘안에 안 했으니 걱정하지 마라’라고 답하여 비로소 성관계 사실을 알게 되었다”고 일관되게 진술하고 있다.
- b. 변호인이 제출한 CCTV 영상 증거들에 의하면, 피해자가 술집에서 술에 취하여 몸을 가누지 못하고 피고인에게 기대어 서 있는 모습을 확인할 수 있고, 술집에서 밖으로 나간 피해자가 모텔 주차장에 이르러서는 걷지도 못할 정도로 비틀대고 피고인 혼자서 피해자를 부축하기 힘들어하는 모습이 확인되며, 모텔 내부에서 피고인이 모텔 숙박비를 계산하는 동안 피해자가 모텔 계산대 앞 의자에 몸을 가누지 못하는 상태로 앉아 있는 모습, 피해자의 신발이 벗겨져 있는데도 피해자가 이를 인식하지도 못하고 있는 모습, 호텔 종업원이었던 J이 피고인과 피해자의 팔을 한쪽씩 잡고 피해자를 엘리베이터에 태우는 모습, 피고인이 피해자의 뒤에서 피해자를 밀다시피 하여 모텔 방으로 들어가는 모습을 확인할 수 있다.
- c. 피해자의 혈액에서 디아제팜, 노르디아제팜이, 소변에서 노르디아제팜, 옥사제팜, 테마제팜, 디펜히드라민이 각 검출
- d. 설사 피해자가 피고인과의 성관계를 비롯한 술에 취한 당시의 상황이 기억을 못한다고 하더라도, 이는 피고인과의 성관계 등의 행동이 피해자가 의식이 있을 때 이루어졌음에도 나중에 기억해내지 못하는 것으로, 주취에 따른 일시적 기억상실증인 블랙아웃 증상일 가능성을 배제할 수 없다.

2) 대법원 2015도1984, 서울고등법원 2014노3517 판결

a. 피해자는 D에서도 몸을 제대로 가누지 못하여 테이블에서 넘어지고, 술집 주인의 도움을 받아 화장실에 다녀오는 등 이미 술에 많이 취한 상태였으며, 피고인 J와 함께 간 노래방에서도 몇 차례 구토를 하고, 피고인과 함께 모텔로 이동하는 택시 안에서도 구토를 하였으며, 택시에서는 비틀거리며 걷거나 모텔 입구 바닥에 주저 앉는 등 이 사건 모텔에 들어갈 당시에도 여전히 술에 취해 있는 상태였던 사실을 인정

b. 피해자는 ‘D에서 소주를 5병째 주문한 것까지는 기억하나, 그 이후 술집에서 나와 노래방에 갔다가 모텔까지 가게 된 상황 모텔에서의 성관계에 관하여 전혀 기억나지 않으며, 정신이 들었을 때 자신은 이 사건 모텔 객실의 물이 든 욕조에 나체로 누워 있고, 나체 상태인 피고인이 옆에서 서 있었다’고 진술

38

c. 피해자가 피고인과의 성관계를 비롯한 술에 취한 당시의 상황이 전혀 기억나지 않는다고 하더라도, 이는 피고인과의 성관계 등의 행동이 피해자가 의식이 있을 때 이루어졌음에도 나중에 기억해내지 못하는 것으로, 주취에 따른 일시적 기억상실증인 블랙아웃 증상일 가능성을 배제할 수 없다.

3) 대법원 2014도9906, 서울고등법원 2014노817

a. 피고인과 피해자가 2013. 7. 8. 23:00경부터 2013. 7. 9. 01:04경까지 D 소재 호프집에서 맥주 2000cc와 소주 1병을 나누어 마셨고, 같은 날 02:22경까지 D에 있는 다른 주점에서 소주 3병을 나누어 마셨던 점, 피해자가 두 번째 주점에서 나온 다음에 구토를 하였던 점, 같은 날 02:43경 피고인이 피해자를 등에 업은 채 모텔로 들어갔는데, 피해자가 모텔 방 안에서도 구토를 하였던 점, 피고인이 경찰에서 “서로 하자 그래서 한 것은 아닌데 제가 순간 참지 못하고 그런 것이고 합의하에 한 것은 아닙니다.” 라고 진술하기도 한 점에 비추어보면, 피고인이 술에 취하여 심신상실 내지 항거불능 상

태에 빠진 피해자를 상대로 간음한 것이 아닌가하는 의심이 들기도 한다.

- b. 피해자는 모텔 방에서 화장실에 가지도 못하고 침대 위에 누워 방바닥에 구토를 하였던 점
 - c. 피해자가 같은 날 03:14 남자친구에게 카카오톡을 이용하여 연속하여 “유 | 케 케”, “위치케”, “추적”, “해줘”라는 문자메세지를 보냈던 점에서, 위와 같은 문자메세지를 보냈던 무렵에도 피해자가 심신상실 내지 항거불능 상태에 있었다고 보기는 어렵다.
 - d. 피해자는 남자친구에게 문자메세지를 보냈던 사실조차 기억이 나지 않는다고 진술하였으나, ‘문자메세지를 보낼 무렵에는 깨어 있었으니까 그렇게 했던 것이다’라는 취지로 진술
 - e. 이 사건 당시의 상황이 제대로 기억나지 않는다는 피해자의 진술은, 비록 그것이 사실이라고 하더라도 이는 주취에 따른 일시적 기억상실증인 블랙아웃 증상에 기인할 것일 가능성을 배제할 수 없어, 위와 같은 피해자의 진술로는 이 사건 당시 피해자가 심신상실 내지 항거불능상태에 있었다고 보기 어렵다.
- ▶ 앞서 소개했듯이, 알코올성 블랙아웃은 “passing out”(인사불성의 상태)과는 명백하게 다른 증상으로 구분되어야 합니다. 블랙아웃 중인 환자는 의식을 가지고 자신의 환경에 비교적 정상적으로 반응할 수 있는 반면, “passing out”의 경우에는 환자가 의식을 소실하여 자발적인 행동을 전혀 하지 못하는 상태를 말합니다. 주어진 판례 등에서 피해자들이 몸을 제대로 가누지 못하고, 제대로 걷지도 못하고, 지속적인 구토를 하는 등의 증상을 보았을 때, 피해자들의 케이스는 블랙아웃(의식을 가지고 자신의 환경에 비교적 정상적으로 반응) 상태라고 규정하기에는 부적합해 보입니다.

5. 기억이 없는 강간 경험은 피해자의 정신적 건강에 영향을 미치지 않는가?

- 강간 당시의 경험이 부분적으로 있을 경우, 그 장면에 대한 기억으로 인한 PTSD
- 의식이 있는 상태에서 폭력이나 협박에 의한 강간 경험자들보다 심한 자기 질책감 (본인이 음주하지 않았더라면 강간을 당하지 않았을 것이라는 죄책감과 지속적으로 어떻게 강간 경험을 피했을 수도 있었을지에 대한 상상)으로 인한 후회)
- “만취한 상태에서 강간 당한 여성”이라는 사회적 낙인과 그에 대한 피해자의 공포감
- 주변인들로부터의 지지 부재
- 주변으로부터의 지지 부재와 자기질책감으로 인한 부적절한 적응행동
- 강간 피해와 연관된 사교행동에 대한 기피 등¹³⁾
- 강간에 대한 기억이 없기 때문에, 어떤 폭력적 행위를 당했을 지에 대한 상상을 통한 공포감의 극대화
- 의식이 소실 되었을 때 강간을 당한 경험과 잠이 들어 의식이 없는 상태와의 무의식적 연계를 통한 불면증세

40

6. 마치며

알코올 사용과 관련된 성폭력은 전체 약물관련성폭력 케이스 중 2/3를 넘는 심각한 문제입니다. 그러나 우리나라에서는, 알코올 사용을 이용한 성적 착취가 성폭력이 될 수도 있다는 인식조차 부재하고 있는 실정입니다. “작업주”라는 단어의 일상적 사용행태 만을 보아도 그러합니다. 인천의 한 술집 벽면에

13) Littleton, Heather, Amie Grills-Taquechel, and Danny Axson. “Impaired and incapacitated rape victims: Assault characteristics and post-assault experiences.” *Violence and victims* 24.4 (2009): 439-457.

〈남친이 주는 작업주를 먹자. 너희들은 먹어야 할 의무가 있다.〉는 글이 적힌 플래카드로 논란이 된 사례가 있습니다. 작업주란 통상적으로, 달콤한 맛으로 높은 도수를 숨겨 여성으로 하여금 취하는지 모르게 먹일 수 있는 술을 칭합니다. 여기에 ‘작업’이라는 명명은 “남성의 정상적인 의식 상태에서 성적인 접근을 거부했을 여성으로 하여금, 의식적이거나 신체적인 거부 능력을 박탈시키고자 술에 취하게 만드는 작업”이라는 의미로 해석이 가능합니다. 정상적인 정신 상태에서 성적인 접촉을 거부하는 여성으로 하여금 술에 취한 상태를 이용해 본인의 성적 접근에 굴복시키고자 하는 의도가, 폭력과 협박으로 여성을 굴복시키고자 하는 폭력적 강간의 의도와 크게 다르다고 할 수 있을지 모르겠습니다. 그러한 의미에서 보았을 때, “작업주”가 아닌 “강간주”라고 부르는 것이 더 적합하지는 않을까 하는 의문이 듭니다.

의학적으로, 음주 상태에서의 판단력과 사고능력은 정상적인 상태에서의 능력 보다는 필연적으로 저하될 수밖에 없다고 판단할 수 있겠습니다. 따라서 “블랙아웃”이 될 정도로 만취한 상태의 피해자가 성적 행위에 “거부(항거)”할 능력이 있었는지, 혹은 “동의”할 능력이 있었는지의 여부는 물어볼 것도 없이 명백한 것이 아닐까 싶습니다.

41

뿐만 아니라, 블랙아웃의 의학적 특성 상 피해자는 점차적으로 상기 과정을 통해 강간에 대한 기억을 되찾기도 합니다. 이러한 상기 과정은 피해자에게는 매우 고통스러운 경험이며, 극도의 불안과 공포심, 스트레스를 유발할 수 있습니다. 따라서 수사 및 재판 과정에서 그러한 사정을 충분히 고려하여야 할 것입니다.

더불어, 블랙아웃을 유발하는 인자로 마시는 술의 양보다는 마시는 속도가 더 큰 영향을 미치며, 빈속에 마시거나 다른 약물(수면제나 항불안제 등)과 함께 음주하였을 때 블랙아웃이 유발될 가능성이 높아집니다. 또한 블랙아웃을 여러 번 경험한 환자일수록 이후에 더 쉽게 증상이 유발되는 특징을 가지므로, 잦은 블랙아웃 증상으로 걱정되는 독자분들께서는 이러한 인자들을 고려하시어 강간에 대한 공포로부터 조금이나마 벗어날 수 있으시기를 바랍니다.

끝으로, 대한민국의 경찰과 검찰 관계자 분들이 블랙아웃의 특성에 대해서 더 정확히 인지하여, 피해자에게 억울한 판결이 내려지지 않도록, 가해자의 감형이유에 부적절하게 블랙아웃을 드는 사례들이 없어지기를 바라겠습니다. 또한, 블랙아웃 강간을 경험하는 피해자들이 어떠한 고통을 겪게 되는지에 대해서도 조금 더 공감해주실 수 있게 되기를 간절히 바라며 이 글을 마칩니다.

토론 2

장애인성폭력의 ‘항거불능’ 판단기준에 대한 토론

배복주 (장애여성공감 대표)

장애인성폭력사건 수사재판과정에서 가장 쟁점이 되는 것은 (장애가 있는) 피해자의 ‘항거불능’ 상태에 대한 입증과 가해자가 범행 이전에 ‘피해자의 장애를 인지하였는가’ 여부이다. 두 지점이 함께 확인되어야 장애인대상 성범죄자로서의 처벌을 받을 수 있다. 그래서 피해자를 지원하는 현장에서는 수사초기부터 재판까지 피해자의 항거불능 상태와 가해자의 장애인지에 대해 피해자 상담과 관련 정보를 수집하여 지속적으로 대응하는 활동을 한다. 본 토론회는 준강간(준강제추행)에 대한 법원의 엄격한 해석 혹은 모호한 기준에 대해 비판하고 이를 통해 피해자의 입장이 충분히 반영된 판결로 바꾸기 위해 마련된 자리로 이해된다. 형법 299조 준강간(준강제추행)에 해석은 피해자의 상황이나 조건, 가해자와의 관계성, 피해자의 위치성, 피해자의 비동의/비자발의 상태 등을 고려하여 종합적으로 판단이 되어야 한다. 이 지점이 오랫동안 장애인성폭력사건을 지원하면서 피해 장애인의 ‘항거불능 상태’에 대한 법원의 엄격한 해석을 바꾸기 위해 싸우고 있는 부분과 맞닿아 있다고 생각된다. 앞으로 재판부의 태도와 인식의 변화가 준강간에 대한 신고율과 기소율을 높일 수 있고 피해자의 권리를 보장할 수 있다. 이 토론회를 통해 법조계에 긍정적인 영향이 있기를 바란다. 토론회를 준비하신 한국성폭력상담소에 박수를 보낸다.

43

토론글은 보내주신 발제글과 판결문을 읽고, 장애인성폭력 판결에서 항거불능과 항거곤란의 판단기준, 가해자의 장애인지와 피해자의 장애이용 부분에 대한 판단기준 등에 대한 의견이다.

1. 장애인성폭력 판결에서 피해자의 ‘항거불능’ 또는 ‘항거곤란’ 상태에 대한 판단기준

장애인성폭력관련법에서 장애인대상 성범죄는 가해자가 피해자의 장애를 알고 성폭력을 했을 경우에는 주로 형법302조, 성폭력특례법6조, 아동청소년성보호법8조 등이 검토된다. 가해자가 피해자의 장애를 사전에 알지 못했다고 주장할 경우에는 일반적인 성폭력관련 조항(형법297.298.299 등)이 검토된다. 박아름님이 준강죄 사건의 주된 쟁점으로 ①피해자가 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있었는지 여부와 ②피고인에게 위와 같은 피해자의 상태에 대한 인식 및 이를 이용하여 간음한다는 고의가 있었는지 여부라고 한 것처럼, 장애인성폭력 사건에서의 주된 쟁점도 ①피해 장애인의 장애상태가 항거불능 또는 항거곤란의 상태에 있었는지 여부와 ②피고인이 피해자의 장애에 대한 인식 및 이를 이용하여 간음한다는 고의가 있었는지 여부이다.

44 먼저, 장애인피해자의 장애로 인한 항거불능 또는 항거곤란의 상태, 장애인 준강간(준강제추행)에 해당하는 법률조문인 성폭력특례법 6조4항을 검토해 보면, 조문은 아래와 같은 변화의 과정이 있었다.

2011.11.17. 이전	2011.11.17.-2013.6.18.	2013.6.19. 이후
신체적인 또는 정신적인 장애로 항거불능인 상태에 있음을 이용하여 여자를 간음하거나 사람에게 대하여 추행을 한 사람은 「형법」 제297조(강간) 또는 제298조(강제추행)에서 정한 형(刑)으로 처벌한다.	④ 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람에 대하여 「형법」 제299조(준강간, 준강제추행)의 죄를 범한 사람은 제1항부터 제3항까지의 예에 따라 처벌한다.	④ 신체적인 또는 정신적인 장애로 항거불능 또는 항거곤란 상태에 있음을 이용하여 여 사람을 간음하거나 추행한 사람은 제1항부터 제3항까지의 예에 따라 처벌한다.

구)성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률(이하 성특법) 8조와 성폭력특례법 6조에서 ‘장애로 항거불능 상태’에 대한 법원의 해석은 엄격했다. 애초에 성특법 8조의 항거불능에 대한 해석은 피해자의 장애자체가 항거불능인지 아닌지를 판단하기 때문에 신체적인 장애는 없지만 지적장애가 있는 피해자의

경우에 ‘혼자서 버스를 탈수 있는 정도’, ‘임신이 무엇인지 알고 있는 정도’이면 저항이 가능하다고(항거불능상태가 아님) 판단하였고, 이로 인해 피해자의 장애상태에 대하여 형법299조의 준강간죄의 심신상실 또는 항거불능의 상태에 준하는 정도의 입증을 요구하였다. 그래서 장애인피해자를 지원하는 여성장애인단체 및 상담소 일부에서는 장애인성폭력사건에서 ‘항거불능’이 독소조항이라고 주장하고 조항 삭제를 요구하는 청원운동도 진행하였다.

하지만 항거불능 삭제는 가해자가 어떻게 피해자의 장애를 이용하였는지에 대한 입증어려움과, 가해자가 피해자의 의사를 제압할 만큼의 강제성이 없는 성관계에서 피해자의 ‘저항할 수 없음’의 상태도 구성되지 않을 경우에는 사안에 따라서는 장애인 당사자의 성적자기결정권의 침해요소가 있을 수 있다는 지적에 대한 비판도 있었다. 결국 운동 전략으로 ‘항거불능’상태의 완화된 해석이 적용될 수 있도록 좋은 판례를 만들어내는 것이 주요하다고 판단하여 ‘장애로 항거불능’에 대한 범주를 확장하기 위한 노력이 꾸준히 되어 왔다. 2007년 7월 27일에 선고한 2005도2994 판결에서 장애뿐만 아니라 피해자의 사회환경적인 요소까지 고려하여 항거불능을 검토해야 한다는 취지의 판결이 나오면서 좀 더 적극적으로 성특법 8조가 적용되어 가해자 유죄판결이 나오기 시작했다.

45

이후, 장애인성폭력사건에 대한 사회적 관심을 이끌어낸 도가니 사건 이후 2011년 11월 17일 국회에서 성폭력특례법 6조의 ‘항거불능’이 삭제되었다. 대신 항거불능은 삭제되었지만 판단기준으로 형법 299조 준강간죄가 그대로 인용되어, 장애인 피해자의 종합적인 상황을 검토하지 못하고 “장애상태=심신상실 또는 항거불능”으로 또다시 피해자의 장애상태만을 집중하게 되는 결과를 가져왔다. 결국 판례를 바꾸면서 항거불능의 확대해석을 해 온 성과를 후퇴시키는 결과가 되었다.

이에 따라 장애인성폭력에서 준강간의 심신상실 또는 항거불능의 상태에 대한 법원의 엄격한 해석이 그대로 적용되는 문제가 제기되자, 또다시 2013년 6월 19일 성폭력특례법 개정 당시 ‘장애로 항거불능 또는 항거곤란 상태’라는 조항으로 변경되었다. 하지만 지금까지도 장애로 ‘항거불능’과 ‘항거곤란’에 대한

해석이 어떻게 다르게 판단기준을 가지는지 모호하다. 현재까지도 항거곤란 상태를 판시한 판결이 많지 않다.

1) 장애로 항거불능에 대한 대법원 판결의 판단기준

*대법원 2003도5322(무죄취지 파기환송)

성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률위반(장애인에대한준강간등)

2003.10.24. 선고

항거불능의 상태라 함은 심리적 또는 물리적으로 반항이 절대적으로 불가능하거나 현저히 곤란한 경우를 의미한다고 보아야 할 것이므로, 위 법률 제8조의 구성요건에 해당하기 위해서는 피해자가 신체장애 또는 정신상의 장애로 인하여 성적인 자기방어를 할 수 없는 항거불능의 상태에 있었어야 하고, 이러한 요건은 형법 제302조에서 미성년자 또는 심신미약자에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음 또는 추행을 한 자의 처벌에 관하여 따로 규정하고 있는 점에 비추어 더욱 엄격하게 해석하여야 한다. 피해자가 정신상의 장애가 있기는 하였으나 그로 인하여 항거불능의 상태에 있었던 것으로 보기는 어렵다.

46

*대법원 2005도2994(유죄취지 파기환송)

성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률위반(장애인에대한준강간등)

2007.07.27. 선고

“신체장애 또는 정신상의 장애로 항거불능인 상태에 있음”이라 함은, 신체장애 또는 정신장애 그 장애자체로 항거불능의 상태에 있는 경우 뿐 아니라 신체장애 또는 정신장애가 주된 원인이 되어 심리적 또는 물리적으로 반항이 불가능하거나 현저히 곤란한 상태에 이른 경우를 포함하는 것으로 보아야 할 것이고, 그 중 정신상의 장애가 주된 원인이 되어 항거불능인 상태에 있었는지 여부를 판단함에 있어서는 피해자의 정신상의 장애의 정도 뿐 아니라 피해자와 가해자의 신분을 비롯한 관계, 주변의 상황 내지 환경, 가해자의 행위 내용과 방법, 피해자의 인식과 반응의 내용 등을 종합적으로 검토해야 할 것이다.

*대법원 2011도6907(유죄취지 파기환송)

성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(장애인에대한준강간등)

2014.2.13. 선고

장애인의 성적자기결정권을 충실하게 보호하고자 구 성폭법 제6조의 입법 취지에 비추어 보면, 위와 같은 ‘항거불능인 상태’에 있었는지 여부를 판단할 때에는 피해자가 정신적 장애인이라는 사정이 충분히 고려되어야 할 것이므로, 외부적으로 드러나는 피해자의 지적능력 이외에 그 정신적 장애로 인한 사회적 지능·성숙의 정도, 이로 인한 대인관계에서의 특성이나 의사소통능력 등을 전체적으로 살펴 피해자가 그 범행 당시에 성적자기결정권을 실질적으로 표현·행사할 수 있었는지 여부를 신중히 판단하여야 한다.

형법299조와 성폭력특례법 6조의 보호법익은 개인의 신체적, 정신적 사정에 따라 성적인 자기방어를 할 수 없는 사람의 성적자기결정권을 보호해주는 것이다. 하지만 심신상실, 심신미약, 항거불능, 항거곤란의 기준이 모호하여 재판부마다 조금씩 다르게 판단하는 점이 있다. 박아름님의 발표글에서 준강간은 심신상실 또는 항거불능의 수준에 이르지 못하는 심신미약 또는 항거곤란의 상태에는 구성요건에 포함되지 않는다. 장애인 준강간은 장애로 인해 항거불능 또는 항거곤란의 상태는 적용 가능하나 심신미약의 상태는 형법 302조로 적용이 되기 때문에 구성요건에 포함되지 않는다. 그렇다면 피해자의 상태가 ‘술이나 약물 등으로 인해 심신상실이 되었는지’와 ‘장애로 인해 항거불능상태가 되었는지’를 판단할 때 술, 약물, 장애 등의 주된 원인의 요소가 ‘얼마나 중한 것인가’만 판단의 기준이 되는 것은 매우 어려운 일이다. 왜냐하면 그 요인만을 가지고 판단하게 되면 개인이 처해진 상황이나 위치성 자체가 삭제되고 일률적인 기준으로만 판단하게 되기 때문이다. 마치 음주측정을 한 수치로만 판단하는 것과 비슷한 것처럼. 위의 유죄취지 파기환송심의 판시내용처럼 피해자의 장애라는 요인으로부터 비롯된 사회적 요소를 종합적이고 신중하게 판단하여야 할 것이다. 피해자의 장애특성, 피해자와 가해자의 권력관계에 따른 위치성, 피해자와 가해자가 인식과 태도, 피해자의 주변체계 특성, 피해상황까지 이르게 된 맥락 등이 포함하여 피해자가 동의 혹은 합의하지 못하게 된 상황적 판단이 중요한 판단의 기준이 되어야 한다.

보내준 비교판례(2014고합143, 2014노238, 2015도12767)에서 판결내용을 살펴보면 1심 판결에서는 피해자의 장애특성을 적극 고려하여 진술일관성을 인정하고 가해자가 피해자의 장애상태를 이용하여 간음한 것에 대한 유죄선고를 했으나, 2심 판결에서는 피해자가 대학을 중퇴하고 노래방 아르바이트를 한 점 등 지적장애가 있지만 일상생활의 지장을 초래할 만큼은 아니기 때문에 가해자가 피해자의 장애가 있다는 사실을 알지 못한 것이 신빙성이 있고 피해자는 저항할 수 있을 상태로 판단하여 무죄선고를 했다. 이처럼 피해자의 장애가 심하지 않고 사건 이후에도 가해자에게 문자를 보내고 가해자에게 성범죄의 책임을 추궁하지 않아 피해자답지 않다는 이유로 피해자가 동의해서 성관계를 한 것이고 장애로 항거불능한 상태에 있지 않다고 판단되어 무죄선고된 사례가 많다. 하지만 무죄선고의 사유로 적시한 사유들이 바로 장애특성이다. 피해자가 장애로 인해 사회적 관계에 대한 종속적인 태도를 보이고, 성폭력 당시에 가해자가 성관계에 대한 합의와 동의의사를 피해자에게 물어보거나 설명한 적이 없기 때문에 장애로 인해 피해자의 판단력과 대처력이 현저하게 떨어지는 상황에서는 관계적으로 평등하고 충분히 합의되었다고 할 수 없다. 그래서 피해자는 저항할 수 없는 상태에서 비주체적인 성관계를 하게 된 것일 수 있다. 재판부는 이 점을 신중하게 판단해야 한다.

48

다만, 장애로 항거곤란의 상태에 대한 판례는 많지 않다. 장애로 항거곤란의 상태란, 상황인지를 할 수 있는 정도의 지적장애인이 판단을 빠르게 하지 못하거나 상황에 대한 공포와 두려움으로 신체적으로 저항이 곤란한 상태 정도로 이해된다. 하지만 비장애인의 경우에는 급박한 상황에서 심리적으로 위축되어 저항을 하지 못했거나 저항을 중도에 포기한 경우에는 ‘동의를 한 성관계’로 보기 때문에 항거불능이나 항거곤란으로 여겨지지 않는다. 향후 장애로 항거곤란에 대한 법원의 판례 태도를 검토해본다면 형법 299조의 준강간에 판단기준을 좀 더 확장해서 싸워 나갈 수 있지 않을까.

2. 장애인성폭력 판결에서 가해자의 장애인지 부정과 장애이용의 고의에 대한 판단기준

두 번째로, 가해자의 범행사전에 피해자의 장애를 인정한 상태에서 피해자의 장애로 항거불능 혹은 항거곤란 상태를 이용한 고의가 있어야 한다. 본 상담소를 비롯해 대다수의 성폭력상담소에서 장애인대상 성폭력사건을 지원하면서 가장 많이 듣는 말이 가해자들이 수사기관이나 법정에서 주장하는 ‘장애가 있는지 알지 못했다’는 말이었을 것이다. 성폭력특례법 6조와 아동청소년성보호법 8조 적용할 때 가해자가 피해자의 장애를 인지하고 있었는지 입증하는 게 중요하다.

대개의 경우, 지적장애인 성폭력사건에서 가해자의 행위를 살펴보면 피해자가 장애로 인해 고립되고 소외된 사회적 위치를 이용하여 접근하는 경우가 많고 성폭력 당시에 유형의 물리력을 행사하지 않고 피해자가 쉽게 순응하는 장애특성을 이용한 무형의 위력관계를 행사한다. 형법 297조와 298조를 적용하려면 가해자의 폭행이나 협박을 입증하기 힘들고, 성폭력특례법6조를 적용하려면 가해자의 장애인지를 입증해야하는데 가해자의 부정으로 이도 입증하기 쉽지 않다.

49

실제로 가해자는 피해자와 의사소통을 해보거나 피해자가 일상적인 활동을 할 때 부족한 면을 발견하게 됨으로서 피해자의 몸이 손쉽게 통제된다는 것을 인지하게 되고, 피해자에게 신체적인 장애가 아니라 정신상 장애가 있다는 것을 알게 된다. 법적인 규정상 장애인이라는 것을 몰랐다고 말하는 것이지 실제로 소통과정에서는 모르는 것이 더 어려울 수도 있다. 준강간 당시에 가해자가 피해자가 심신상실이나 항거불능상태인 줄 몰랐다고 말하는 것과 비슷한 양상이 아닐까 생각된다. 마치 각각의 가해자들이 ‘장애인 줄 몰랐다(비장애인처럼 보였다)’와 ‘(술에 취한 피해자를 향해)겉으로는 의식이 멀쩡해 보였다’라고 주장하는 것처럼.

피해자가 술, 약물, 장애, 질병 등의 다양한 상황에 따라 가해자의 성적 침해에 적극적으로 자신의 의사를 표현할 수 없거나 저항할 수 없는 상태였음을

인지하지 못했다는 가해자의 주장은 피고인의 방어권 보장으로 인정되는 반면, 피해자가 당시의 취약했던 상황으로 인해 진술이 일관되지 못하고 피해사실을 기억하지 못하는 것에 대해선 배척한다. 이러한 법원의 태도가 가해자로 하여금 장애인지를 부정하고 장애를 이용했다는 고의를 더욱 강하게 부정하는 논리를 펴게 한다.

보내주신 비교판례에서도 지적장애가 있는 피해자에 대하여 경찰조사부터 일관되게 장애인줄 몰랐다고 주장하는 가해자의 진술을 인정하였고, 지적장애 경제선에 있는 피해자가 일상생활에 어려움이 없고 성관계에 대한 행위성이 있다는 이유로 가해자의 장애이용에 대한 고의를 배척했다. 결국 재판부는 장애의 정도가 심하고 겉으로 비정상적으로 보여지는 장애상태가 아니라면 가해자의 장애인지와 장애이용을 쉽게 인정하지는 않는 엄격성을 보인다.

50 장애인성폭력 피해자가 수사나 재판과정에서 요구받는 ‘피해자다움’은 무엇인가. 지적장애에 대한 사회적 편견과 성폭력피해자에 대한 편견의 교집합이라는 생각이 든다. 장애인이 아니라는 의심도 받지 말아야 하고 성폭력피해자가 아니라는 혐의도 없어야 한다. “어눌한 말투와 표정으로 두려움으로 몸을 움츠리고 있는 모습”이 가장 장애인성폭력피해자‘다움’이 아닐까. 이처럼 장애인성폭력피해자‘다움’의 모습이 유지되어야 가해자는 장애로 항거불능상태를 이용했다는 고의가 있었다고 의심받게 된다.

장애가 있는 피해자로서 인정받기 위한 어떠한 ‘다움’은 없다. 장애가 있는 피해자는 자신의 경험에 대해 당당하게 말을 할 수 있고, 두려움이 아니라 분노를 표현할 수도 있고, 담담하고 차분하게 이야기를 할 수도 있고, 장애로 인해 그 상황에 대해 일관성을 유지하지 못할 수도 있고, 가해자에 대해 다양한 감정을 표현할 수도 있고, 자신의 요구를 구체적으로 제시할 수도 있다.

재판부는 이러한 장애와 성폭력에 대한 간혀있는 편견에서 벗어나 다양한 모습을 한 피해자의 경험을 경청하고 적극적 동의와 합의의 과정에 결격이 있었는지를 판단하는 태도를 가져야 한다.

준강간의 피해자다움과 ‘합리적 의심’

추지현 (한국형사정책연구원 전문연구원)

1. 들어가며

준강간에서는 피해자가 심신상실 혹은 항거불능의 상태에 있었는지, 그리고 피고인이 이러한 상태를 인식하고 이용하여 피해자를 간음하였는지가 쟁점이 된다. 통상 피해자 진술이 유일한 직접 증거가 되는 상황에서, 이것이 법관으로 하여금 ‘합리적 의심’의 여지가 없는 증명력을 가진 엄격한 증거로서 채택되기 위해서는 사건 전후의 정황, 예컨대 피해자가 해당 장소에 가게 된 경위, 잡들게 된 과정, 사건 발생 후의 행위 등이 주요한 검토 대상이 된다. 이 과정에서 블랙아웃이 어떻게 피해자의 심신상실 상태를 부정하는 논거로 불충분한지, 가해자가 심신상실 상태를 이용하였는지 여부를 판단하는데 있어 피해자의 적극적 동의를 구할 수 있었는지 여부가 왜 기준이 되어야 하는지에 대하여는 앞서의 발제에서 검토하고 있는 바, 이하에서는 피해자 진술의 신빙성에 대한 법관의 판단 과정에서 작동하고 있는 성폭력 통념과 피해자다움을 중심으로 그것이 어떻게 피해자들의 경험에 비추어 합리적이지 못한 것인지를 설명하고자 한다. 이를 통해 피해자가 처한 상황과 경험을 반영하지 못하는 왜곡된 통념들의 “불일치, 모순, 의문에는 애써 눈감으면서 오히려” 피해자의 “주장에는 불신의 전제에서 현미경의 잣대를 들이대며 엄격한 증명을 요구하는 형사법원의” 태도가 ‘합리적 의심’이라는 이유로 정당화 되고 있음을 드러내고자 한다¹⁾.

51

1) 대법원 2011. 5. 13. 선고 2010도16628 판결. 합리적 의심의 여지 없는 증명력에 이르지 못

주된 논거로는 한국성폭력상담소 부설연구소 올림이 2013년 9월부터 2년간 실시한 ‘성폭력 피해 및 극복 과정에 대한 연구’를 통해 수집된 자료를 활용하였다. 이 연구에서는 자신을 성폭력 피해자라 정체화 한 235명의 여성들을 대상으로 성폭력 피해의 특성과 이후 대응 과정에서의 경험 등에 대한 설문 조사를, 그리고 30명을 대상으로 생애사 인터뷰를 실시했다. 설문 참여자 중 생애 가장 힘들었던 피해를 준강간(이하 미수 포함)으로 응답한 경우는 58명이었다.

2. 피해자 진술의 신빙성을 기각하는 준강간의 ‘피해자다움’

2.1. ‘블랙아웃’과 피해자 진술의 신빙성

52

준강간 피해를 당했다는 피해자의 주장과 성관계에 대한 동의가 있었다는 가해자의 주장이 공존하는 상황에서 후자를 지지하는 논거로 흔히 등장하는 것 중 하나는 피해자가 일시적인 기억상실증인 블랙아웃의 상태였다는 것, 즉 피해자가 기억을 하지 못할 뿐 당시에는 의식이 있었을 가능성에 대한 것이다. 물론 이와 같은 가능성을 부인할 수는 없지만 피해자의 ‘의식적 행위’라는 것이 과연 성관계에 대한 진정한 동의로 받아들여 질 수 있느냐는 또 다른 문제이다. 그렇다면 피해 여성들은 어떻게 이러한 가능성에도 불구하고 어떻게 자신의 경험을 준강간으로 주장하게 되는 것일까?

많은 피해 여성들은 피해 당시 혹은 전후의 맥락에 대하여 불완전한 기억을 한다. 그러나 일관된 스토리는 아니지만 ‘조각’, ‘퍼즐’과 같은 자신의 기억‘들’과 몸의 느낌, 평소 자신의 행동 패턴과 가해자의 변화하는 태도를 통해 자신의 경험이 무엇이었는지를 인지하게 된다. 물론 이에 실패한 여성들의 경우에는 뒤에서 살펴볼 사례9나 사례8과 같이 그것을 성폭력이 아니라 ‘해프닝’으로 간주하기도 하지만, 스스로 자신의 경험을 설명하는데 확신하는데 이른 피해자

한 경우 피고인의 이익으로 판단해야 한다는 설시에 인용된 표현이다.

들은 이를 공식적으로 문제화하게 된다. 그리고 오히려 자신의 이와 같은 기억이 피해를 부정하는 정황이 되는 것에 당황하게 된다.

직장 상사로부터 준강간 피해를 경험한 사례1은 아침에 눈을 뜨고 화장실에 있는 콘돔을 보고 피해 사실을 의심하게 되었다. 콘돔을 가해자가 어떻게 꺼냈는지 성관계가 어떻게 일어났는지는 알 수 없지만 가해자가 자신의 몸 위에서 꿈틀댔던 상황, 자신이 저항하지 못했던 상황에 대한 기억들이 떠오르기 시작했다. 자신의 피해 사실을 들은 회사의 대표는 ‘화간’을 두고 회사 이미지를 망치려 든다며 나무랐고, 이에 대하여 아무런 대답을 하지 못하며 대응할 엄두를 내지 못했던 사례1은 점차 자신이 ‘그런 여자’로 치부되기 시작하는 상황에 분노하며 직장 내에서 적극적인 대응을 하기 시작했다. 그럼에도 불구하고 이 사건에 대한 고소는 엄두를 내지 못했다. 이 사건에 앞서 직장 상사의 위계에 의한 성폭력을 경험하고 고소를 해보았던 사례1은 여성이 법 앞에서 피해를 인정받는 것이 얼마나 힘든 일인가를 ‘터득’ 했기 때문이다. 오히려 이들 사건에 대한 회사 내에서의 문제제기로 인해 그녀는 현재 명예훼손죄로 고소가 된 상황이다. 그녀는 증거 없이 자신의 기억과 진술만으로 법적인 대응을 할 수 없는 상황에 답답함을 토로하고 있다.

“증거가 없어서 그랬던 사람은 준강간이었어요. 근데 증거가 없고, 그리고 증거가 없고 그리고 준강간이면, 준강간이 그렇더라고요. **제가 기억이 안 나는 걸 어떻게 했으니까 준강간인 거잖아요.** 근데 제가 기억이 안 나는 부분에 대해서 이 인간이 무슨 소를 할지 모르는데 전 거기에서 대응을 한 기억이 없어요. 싸울 자신이 없는 거예요. 뭐 그때 콘돔이라도 안 버렸으면.” (사례1)

사례2 역시 자신이 기억하지 못하는 순간들에 대하여 합의에 의한 성관계라는 가해자의 주장을 통해 오히려 자신이 피해를 입었음을 확신하게 되었다. 같은 과 동기가 소개시켜 준 남자와 소개팅을 한 당일 준강간을 당했다. 직후에는 자신도 그 상황이 무엇이었는지를 이해하기 힘들었고 술 취한 자신에 대한 책망이 더욱 컸지만, 이후 자신의 상황을 들은 친구가 가해자에게 따져 묻자 이에 대하여 가해자가 했다는 대답, “아니다 개가 자꾸 겹옷을 벗었다, 입히니까 또 벗고 입히니까 또 벗고 뭐 이랬다, 개가 만족을 못하는 것 같아서 심지어

두 번을 했다”는 이야기를 전해 듣고 그의 진술이 거짓인 것을 인지하게 된다.

“네, 그 때는 그때는 좀 되게 혼란스러웠던 것 같아요. 아는 사람이고, 그리고 어쨌든 소개팅을 해서 만났고, 술이, 술이 취해서 필름이 끊긴 건 내 잘못이니 까 하는 생각이 더 컸고, 그래서 그걸 규정짓기가 너무 어려웠고, 근데 친구의 입으로 전해들을 때, 약간 확신이 들었죠. 나는 몸도 못 가누는 상태였는데, 심지어 나는 내가 약간 기억이 났을 때, 밀어내는 부분도 있었는데, 내가 만족을 못해서 두 번 했다는, 가해자의 시각에서 구성한 어떤 그런 성폭력에 대해서 얘길 할 때, 그런 생각이 들었어요. 저 사람이, 약간 어느 순간부터는 애가 몸을 못 가누는 걸 알고, 그렇게 했구나. 그런 생각이 들었어요.” (사례2)

54 학교 동아리회장에 의해 준강간을 경험한 사례3은 자신의 ‘의지’와는 무관하게 성관계가 발생했고 당시에도 그것에 대한 인지조차 하지 못했지만 가해자가 “발정난 개처럼 숨소리 막 내면서 섹시하다느니 어쩐다느니 막 애무를” 했던 상황에 대하여는 기억을 하고 있다. 때문에 현재에도 자신의 숨소리조차 듣기 싫어할 정도의 후유증은 몸의 반응으로 남아 있다. 그녀는 피해 직후 ‘피해 사실이 아닐 것이다’, ‘내가 애보다 잘나지자, 그것이 진정 복수다’라는 생각에 가해자와 대면하게 될 위험을 무릅쓰고 학교도 아무렇지도 않은 척 곧장 나갔다. 가해자와 마주치며 호흡곤란 등의 신체화 증상이 나타났고 병원에서는 가해자와 마주칠 일을 만들지 말라고 했지만 그러지 않았다. 피해 사실을 학교에 신고하고 증거 수집을 위해 가해자를 만났지만 이와 같은 사례3의 적극적인 대응은 오히려 피해자답지 못하다는, 피해사실에 대한 사례의 주장을 의심하는 근거가 되었다.

“[피해자가 하는 행동은] 그냥 너무 무슨 계산에 의해서 그렇게 되는 게 아니요. 그냥 지금은 그 순간에 빠져나와서 다시 돌아보니 생각이 되지. 계산에 의한 게 아니고, 그렇게 돼요. 그런데 사람들은 모르더라고요. 그 때도 되게 그걸로 얘기가 많이 된 게, 왜 어떻게 문자를 하냐. 어떻게 약속 장소에 바로 가냐. 어떻게 바로 그렇게 괜찮냐. 뭐 그런 얘기였는데 그게... 그게 돼요. 막상 겪으면, 나 성폭행 피해자야 라고 누가 말해요. 못해요. 그걸 알았으면 좋겠어요. 막상 당하면, 그런 일은 나한테 있지 않았을 것 같은데 내가 겪었고 정말 그런 힘들 거다 라는 그런 기준이 생각을 넘어서 정말 표현할 수 없는 정신적인 고통이고, 신체적인 고통 아닌 그건 정말 제가 정신적으로 죽은 것 같은데.” (사례3)

이와 같이 ‘계산’이 아니라 ‘다시 돌아보니 생각이 났’ 그 상황들에 대한 자연스러운 대응으로서 피해사실을 경찰에 신고했지만, 경찰은 그녀가 기억을 한다는 사실을 두고 심신상실의 상태가 아니었음을 의심했다. 기억을 이야기하면 심신상실의 상태가 부정되고, 기억이 없다고 하면 진술 자체가 의심받는 상황이지만 기억대로 진실을 이야기 했을 뿐이다.

“별로 취했는지 잘 모르겠다. 너가. 근데 그 이야기는 거의 전에, 미리 얘길 들었었어요. 원래 하는 말들이 너무 많이 기억하면, 기억한다고 안취했다 그러고. 기억을 못하면, 기억을 못하면 네가 어떻게 아냐고 그런다고, 그런데 그냥 거짓말하기 싫고, 그냥 솔직하게 모든 모든 제가 기억하는 제가 생각한 제 제 진실을 얘기를 했는데 그렇게.” (사례3)

2.2. ‘블랙아웃’을 지지하는 피해자다움

이와 같이 피해자의 기억들은 분절되어 있으며 스스로 피해 사실을 확신하기에 충분한 것들이지만, 그것들이 구성해 낸 맥락은 고려되지 못한 채 피해자의 동의가 존재했고 단지 블랙아웃의 상황이었을 뿐이라는 주장이 더 큰 설득력을 얻고 있다. 피해자의 진술 이외에 증거가 부재한 상황에서 진술의 신빙성은 바로 그 맥락들에 의해 판단되어야 하지만 제시된 주판례들에서는 그것이 법관으로 하여금 ‘합리적 의심’의 여지가 없는가의 여부가 합리성을 결여한 ‘피해자다움’의 판분에 기대고 있다.

55

2.2.1. 피해자는 왜 소리치며 저항하지 않았는가?

“피해자는 잠에서 깨어나 피고인의 성행위 모습을 지켜보면서 성행위가 끝날 때까지 10여분 이상 아무런 말도 하지 않고 몸을 움직이지도 않고서 손으로 얼굴을 가린 채 울기만 하였고 주변에 도움을 요청하거나 소리를 지르는 등의 행위를 하지는 않았다고 진술하고 있는데, 피고인과 피해자의 관계 및 당시 상황 등에 비추어 보더라도 위와 같은 피해자의 태도는 **준강간의 성폭력 피해를 입은 피해자가 보이는 통상적인 행동**과는 사뭇 다르다”(2017도5184 사건, 1심의 판단)

피해자(20세)는 온라인 활동을 통해 알게 된 가해자를 만나 멀티방에 들어갔다. 잠든 사이 준강간 피해를 경험했다. 1심에서는 가해자가 사건 직후 피해자에게 보낸, “중간에 몇 번이나 물어도 대답 없으시길래 몰랐어요.. 제가 바보예요.. 죄송해요”라는 문자는 당초 합의 하에 이뤄진 성관계 과정에서 피해자가 아픈지 여부를 물어본데 지나지 않는 것으로 판단되었고, 피해자가 보인 위와 같은 반응과 사후 행위는 무죄를 선고하는 논거 중 하나가 되었다. 그렇다면 원심이 피해자의 진술에 대한 ‘합리적 의심’으로서 지적한, 피해자가 보인 위와 같은 반응은 과연 비합리적인 것일까? 준강간 피해자가 보이는 ‘통상적 행동’이라는 것은 무엇인가? 그러한 것이 존재하는가?

적극적 저항과 대응의 존부는 준강간 피해자에게만 요구되는 것은 아니어서 많은 성폭력 피해자들이 그 부재를 이유로 피해를 의심받는다. 하지만 피해 상황에서의 대응 방식은 개인에게 체화된 경험에 따라 차이가 클 뿐만 아니라, 오히려 대다수의 경우 그와 같은 대응의 시나리오를 실천하는 것이 현실에서는 더욱 힘든 상황을 경험한다.

56

출장 후 직장 동료들과 함께 한 회식자리에서 전 회사동료로부터 준강간을 당했던 사례4의 경우, 위 사건과 유사하게 피해 상황을 중간에 인지하고 저항하며 울다 잠들었다. 술과 잠에 취해 심신상실의 상황이 지속되면서 자신이 경험한 것이 꿈인지 현실인지 즉시 분간하지 못했고, 잠이 깬 이후 방에 남겨진 남자 속옷을 보고야 피해 사실을 인지하며 기억을 더듬게 되었다.

“저는 방에 들어가고 나서.. 뭐, 씻거나 옷을 갈아입을 기력~ 기, 기억도 안 나고 기력도 아마 없었던 것 같구요. 그대로 이제 좀 있다가 쓰러져서 아마 잠이 들었던 것 같아요. 그리고 얼마 안 있어서 어.. 기분이 이상해서 눈을 떴는데 그.. 가해자가~ 제 위에 이미 올라와 있었구요. 네. 제 옷은 다 벗겨져 있었고~ 네. 그 사람이.. 하고 있어서 제가 그때도 이미 취했기 때문에 뭐 강하게 뿌리치거나 이럴 힘이 없었어요. 울면서 하지 말라고. 또 얼마간 안 있다가 빨리 떨어져 나가달라고, 그러다 문이 쿵~ 닫히는 소리가 나서 그때 울다가 일어났는데, 방이 깜깜해서.. ‘어, 이, 이게 있었던 일인가, 아닌가’ 싶을 정도로 저는 너무 취해있어서. 있다가 불을 켜는데 방에 남자 속옷이 있어서, 이게 진짜 있었던 일이구나.” (사례4)

이외에도 다양한 요인들이 피해자의 대응 양상에 영향을 미친다. 첫째, 피해 상황을 인지한 직후의 당황스러움과 공포감이다. 그로 인해 애당초 저항을 상상조차하지 못하거나, 자신의 의지와 달리 몸이 반응하지 않는 상황은 피해자들이 흔히 경험하는 상황 중 하나이다.

“소리를 지르려 해도 지를 수가 없는 거예요, 순간적으로 너무 무서워서. 근데 이 사람은 왼손으로 바지를 벗길려고 하더라고요. 근데 제가 이제 이렇게, 이렇게 있다 보니까 그 사람이 이렇게 제 오른팔을 이렇게, 그거한 상태로 여기 손을 넣었다 보니까 내가 팔을 못쓰겠는 거예요. 그리고 또 어떻게 해야겠다는 생각이 잘 안 들었어요.” (사례5)

위 사례는 피해자가 술이나 약물에 취한 상황은 아니었지만 이러한 경험에 비취 볼 때 자신의 몸을 통제하는데 어려움을 겪기 마련인 준강간의 상황에서는 가해자의 범행 착수를 인지한 이후, 위와 같이 극도의 공포와 당혹감에 대응조차 하지 못할 여지가 더욱 크다. 아래 사례6은 일을 하기로 마음먹고 찾아간 당일, 유흥업소에서 사장 친구로부터 준강간을 당했다. 그녀 역시 가해자에게 행위의 중단을 요구하고 몸부림을 치는 등 나름의 저항을 했지만 ‘몸부림이 몸부림이 아닌’ 상황을 경험했다. 때문에 이 사례에서 피해자의 거부 의사는 몸의 무의식적인 발작으로 나타났다.

“제가 막 계속 싫다고 해도, 이게 싫다고 해도 이게 저는 몸부림이, 몸부림이 아닌 거예요. 몸은 누워있고, 그 남자는 제 위에 있고, 이렇게 되니까 저항도 안 되고, 술도 계속 너무 취하고, 이렇게 하니까, 그렇게 하다가 그래서 제가 너무 싫어 가지고 발작을 일으켰어요. 그때, 막 숨을 못 쉬게 된 거예요.” (사례6)

법원이 요구하는 바와 같이 즉각적인 저항이나 도움 요청이 현실에서는 쉽지 않은 상황이라는 것, 피해자들에게는 그것이 ‘몸이 얼어붙는 경험’이라는 것은 많은 연구들을 통해서도 지적되고 있다²⁾. 뇌과학적 연구들 역시 공포를 느끼

2) Lonsway, K., Archmbault, J. & Lisak, D., 2009, “False Reports: Moving Beyond the Issue to Successfully Investigate and Prosecute Non-Stranger Sexual Assault”, The Voice, Na’i District Attorneys Ass’n Newsletter, 3(8).

는 순간, 저항하지 않거나 극도로 수동적으로 변하는 이러한 대응 방식이 인간이 위협에 대응하는 지극히 합리적인 반응임을 주장한다.³⁾ 이와 같이 피해자들이 즉각적인 저항을 하지 못하는 것은 오히려 자연스러운 반응이라는 점은 설문 조사의 결과를 통해서도 확인되는데, 아래 표1과 같이 준강간 피해자의 54%가 피해 상황에서 적극적인 대응을 하지 못한 이유로 당황해서라 응답하고 있었다.

〈표 1. 준강간의 상황에서 적극적으로 대응하지 못한 이유(다중응답)〉

	N	범주(%)	케이스(%)
당황하여 아무런 생각이 나지 않아서	25	15.00%	54.30%
당시에는 성폭력인지 몰라서	21	12.60%	45.70%
가해자가 이후로도 나에게 불이익을 줄까봐	17	10.20%	37.00%
공포심에 몸이 굳어서	16	9.60%	34.80%
가해자와의 사이가 불편할까봐	14	8.40%	30.40%
남들이 알게 될까봐	14	8.40%	30.40%
저항해봤자 소용이 없을 것 같아서	13	7.80%	28.30%
저항하면 더 큰 폭력이나 심각한 결과가 초래될까봐	11	6.60%	23.90%
가해자를 좋아해서	9	5.40%	19.60%
경찰서에 가게 되는 등 이후의 일을 크게 만들기 싫어서	7	4.20%	15.20%
기타	9	5.40%	19.50%
전체	167	100.00%	363.00%

둘째, 성/폭력의 재피해가 초래한 영향이다. 위 2017도5184 사건에서 1심 법원은 피해자가 잠에서 깨어 가해자의 성행위 모습을 보면서도 어릴 적 성폭력 피해를 당할 뻔한 기억으로 인해 제대로 반항할 수 없었다는 진술로는 피해자가 소리를 지르는 등의 적극적 저항을 하지 않은 점을 납득하기에 충분치 않다고 판단한 것으로 보인다. 하지만 여성들의 생애에 걸친 성/폭력의 반복된 피해가 이후 피해 상황에서의 대응 방식에 영향을 미친다는 점은 많은 연구들을 통해서도 지적되고 있다. 특히 아동기의 성적 피해나 가정폭력으로 인한 학대

3) AEquita Strategies, 2010, 'The Prosecutors' Newsletter on Violence against Women', 2.

는 피해자의 상황 판단에 대한 인지 능력 및 대응 능력을 떨어뜨려 이후 성폭력의 상황이 재차 발생했을 때 그와 같은 상황을 문제적인 것으로 판단하거나 가해자에 대하여 적극적인 저항을 어렵게 만드는 것으로 설명되고 있다⁴⁾.

사례7은 아버지의 극심한 가정폭력으로 방황이 반복되던 중 이러한 자신을 도와주겠다고 접근한 고등학교 교사로부터 준강간을 당했다. 그가 권한 술을 마신 것, 눈을 떴을 때 얼핏 여관에 있었다는 것 외에는 어떻게 집에 왔는지조차 기억이 없으며, 술을 마셨다는 이유로 ‘명예살인’과 같이 자신에게 또 다시 폭력을 행사할 아버지를 생각할 때 피해 사실을 발화할 생각조차 하지 못했다. 이후 사례7의 가출과 방황, 생계를 위한 성매매 업소에서 노동과 함께 성폭력 피해 역시 반복되었다. 그녀는 인지능력이 떨어지기 때문에 그와 같이 반복된 피해를 경험하게 된 것 같다는 상담사의 말에 화를 내면서도 다른 한편으로는 일련의 피해 상황에서 적극적으로 저항하거나 사후 대응을 하지 못한 자신의 모습을 아버지의 폭력의 결과로 이야기 하고 있다.

“또 아버지를 원망하게 되는 이유가 거절하는 법을, 거절하면 안 되는 막 이런 그런 풍토 속에서 워낙 자라서. (웃음) 좀 그런 영향도 있지 않았을까. 막 가정환경도 막 탓하게 되고, 막 그런 폭력적인 가정환경이 막 사람이 이렇게 위축되고 이런 게 노출되다 보니까 내가 그 성폭력 상황에서도 막 소리 한 번 못 지르는 거예요. 어. 그 경찰이 자꾸 왜 너는 아무것도 못하냐. 다른 사람들처럼 그렇게 못하냐고 했을 때. 이유는 있거든요. 근데 그러니까 저도 그런 환경이 아, 이런 환경이 나를 더 수동적으로 만든 건데. 되게 그 분노가 아버지한테까지 가는 거죠. 나를 그렇게 학대를 해가지고, 내가 그런 상황에서도 반항도 제대로 못하게 만들었고, 그런 생각까지 해.” (사례7)

하지만 이 역시 성/폭력의 재피해를 경험한 여성들의 ‘전형’이라 할 수는 없다. 위와 같이 스스로를 수동적이었다고 생각하는 사례7 조차도 누적된 피해

4) Arata, C. M.(2002), “Child sexual abuse and sexual victimization”, *Clinical Psychology: Science and Practice*, 9, pp.135-164; Breitenbecher, K. H.(2001), “Sexual revictimization among women: A review of the literature focusing on empirical investigations”, *Aggression and Violent Behavior*, 65, pp.415-432.

경험 이후 보다 적극적인 대응 능력이 발현되기도 했기 때문이다. 사례7은 최근 성매매 업소 사장에 의한 강간을 경험하면서, ‘아 내가 바보처럼 그냥 넘겨서는 안 되겠다’ 생각에 적극 저항하고 곧바로 신고를 했다. 성폭력 피해의 경험이 오히려 이후 기민한 대처를 가능하게 만들기도 하는 것이다.

사례8 역시 아동기 모르는 사람에 의한 추행, 함께 춤을 추던 10대 또래 문화 안에서의 준강간, 그리고 20대 초반 아르바이트를 하게 된 직장의 상사로부터 준강간 등 성폭력 재피해를 경험했다. 마지막 준강간 사건에서는 가해자와 함께 모텔에 들어간 것조차 기억나지 않지만 ‘드문드문’, ‘퍼즐처럼’ 피해 직후의 상황을 기억한다. 잠에서 깨어 상황을 인지하고는 엘리베이터를 타고 1층에 내리자마자 근처 편의점에 뛰어가 살려달라고 소리치며 남자친구에게 전화를 걸어 도움을 요청한 것이다. 그녀는 당시 자신의 그와 같은 행동이 생애에 걸친 많은 성폭력 피해 경험들을 통해 무의식적으로 나타난 대응이라 이야기 하고 있다.

60

”사례하겠다고, 제가 너무 고맙다고 그 정신없는 와중에도 (웃음) 번호 달라 해 가지고, 근데 진짜 이게 어려서부터 그게 위험하다는 걸 알고 있었던 걸 같아요. 남자가 어떤 행동을 하면 뭐 말인지 아시겠죠? 이 남자가 어떤 생각을 하고 있구나. 이 남자가 좀 나쁜 생각을 하고 있구나. 자칫 잘못하면 내가 당할 수도 있었구나. 이런 감이 있기 때문에, 빨리빨리 캐치해 낸 거죠. 도망가는” (사례8)

사례2는 소개팅에서 만난 남자와의 두 번째 만남에서 준강간을 경험한 바 있다. 1년 후에는 사회운동단체의 한 선배와 지역에 방문하였다가 함께 술을 마신 후 그의 집에서 강간 미수 피해를 또 다시 경험했다. 후자의 사건에서 가해자의 집에 들어가서 침대에 누운 기억은 있지만 이후의 기억은 띄엄띄엄이다. 중간에 화장실에 다녀온 후 가해자가 팬티만 입고 누워 있는 것을 보았고, 사례2가 놀라자 가해자는 그녀를 침대로 끌어 갔다. 정신을 차릴 수 없는 상황이었지만 사례2는 이전의 피해를 통해 이것이 강간으로 이어질 것을 직감했다고 이야기 한다. 그녀는 자신이 가해자를 설득하며 몸으로 저항할 수 있었던 데에는 이전의 피해 경험을 통해 ‘내재적’으로 만들어 진 무언가가 있었기 때문이라 말한다.

“선배님 이러시지 말라고, 저 사랑하는 사람 있다고 그리고 이러면 안 되는 거 선배님이 더 잘 아시지 않냐고” 그러면서 몸으론 되게 저항하고 말투는 되게 낮게 하면서 되게 타이르듯이 했거든요. 되게 지금 와 생각하면 신기하기도 하고, 워낙 이전사건에 대한 게 컸었지 않나, 그래서 나도 모르게 바로 대응할 수 있지 않았을까 약간 이런 생각도 있고, 그래서 그렇게 해서 도망쳐 나왔죠... 되게 바로 이렇게 뭔가 몸도 좀 이렇게 밀어내는 푸쉬도 하고, 그럴 수 있었던 게 그러니까. 그게 내재적으로 그게 되게 많이 있었던 것 같거든요.” (사례2)

물론 이후 자신이 가해자를 밀쳐내고 엘리베이터를 타고 내려왔던 상황은 CCTV를 보고서야 기억된 것이었지만, 이 사건이 학교와 가해자가 속해 있는 운동단체 내부의 대응으로 발전되는 과정에서 주변사람들은 CCTV에 비춰진 사례2의 모습이 피해자 같지 않았으며 오히려 피해를 의심했다. 허둥대지 않고 너무나 태연한 이 모습이 피해자의 일반적인 반응은 아니라며 두 사람이 합의에 의해 성관계를 가진 것이라는 가해자의 주장을 지지하게 된 것이다. 이와 같이 심지어 무의식적으로 발현된 기민한 대응조차 피해자다움의 각본에 부합하지 않는다는 이유로 피해를 의심하는 논거가 되었다.

61

“엘리베이터의 모습을. 근데 너무 평온해보였고, 머리를 이렇게 쓸어내리고 있었고, 가방에서 뭘 뒤적이는 것 같았다고, 핸드폰 놓고 나왔으니까. 그런 거 말고는 너무 태연해보여서.” (사례2)

이와 같이 피해 상황에서의 피해자들의 대응 방식은 다양하며 재피해가 미친 영향 역시 불확실하다. 하지만 분명한 것은 극단의 공포나 당황스러움에 외관상 적극적 저항이라 볼 수 있는 행위들을 실천할 수 없는 경우 역시 흔하다는 점이다.

셋째, 피해자가 상황을 즉각적으로 인지하고 저항하거나 주변에 알리는 등의 대응을 할 것이라는 통념은 주로 갑작스러운 폭행, 협박에 의한 비면식 관계를 전제하고 있다. 하지만 제시된 6개의 주판례들에서와 같이 준강간의 경우, 어느 정도의 신뢰관계가 존재하거나, 가해자와 당일 처음 만난 사이라 할지라도 함께 술을 마시며 시간을 보내거나 상당 시간 대화를 통해 상호작용이 있었던 관계가 대다수이다. 이와 같이 가시적인 공격 행위가 수반되지 않는 아

는 관계에서의 성폭력에서는 그와 같은 저항의 발현 역시 어렵다. 피해자들은 가해자들의 범행이 실행에 착수한 이후에도, 현재 목도하고 있는 상황이 무엇인지, 그 자체를 인지하는 것에 어려움을 느낀다. 더구나 준강간의 경우처럼 이미 술을 함께 마시며 경계심이 누그러뜨려져 있는 경우에는 더욱 그러하다. 때문에 자신의 피해를 성폭력으로 명명하는 데에는 몇 개월, 몇 년이 걸리기도 한다. 위 표1에서도 피해 상황에서 그것을 성폭력이라 바로 인지하지 못하여 즉응하지 못했다는 응답이 전체 응답자의 45%를 차지하며 ‘당황해서’ 다음으로 빈도가 높게 나타났다.

사례3은 학교 동아리 친구와 술을 마신 후 준강간 피해를 경험했다. 피해 발생의 당시 가해자의 행위가 드문드문 기억나지만, 그때는 별 다른 의심 없이 잠이 들었다. 그저 ‘애 뭐해?’ 정도의 인식이 있었을 뿐이다. 또한 그녀는 아침에 잠에서 깬 후 피해 사실을 자각하고 친구네 집으로 가자마자 몸을 씻었다. 이 역시 법원의 관점에서는 증거물을 훼손하는 납득하기 힘든 행동일지 모르지만 그녀는 그저 자신의 몸이 ‘더럽다’는 생각뿐이었다.

62

“그리고 그리고 끝나자마자 바로 신고해야지 라는 생각도 절대 안 들어요. 난 아닐... 물론 그렇게 배워본 적도 없고, 어떻게 해야 되는지도 모르고, 기껏 배운 거는 그거거든요. 중학교 때, 학교에서 “싫어요, 안돼요.” 하는 거. 근데 저는 모르는 사람 아니었고, 아는 사람이었고, 술 취했고, 당연히 아는 사람이었으니까 “애 뭐해?” 이 생각만 했지. 애가 나한테 뭘 한건지도 인식이 안된 상황이었으니까. 그런데 그 후에 어떻게 됐는지 전 당연히 몰랐고, 그러니까 그냥 신고라는 건 전 진짜 생각도 못했고요, 알지도 못했고, 알았어도, 안했을 것 같아요. 그냥 일단... 씻고, 다 없애버리고 싶었고...” (사례3)

위 사례는 “싫어요, 안돼요”와 같은 방식의 성폭력 예방 교육이나 대응 담론이 아는 관계에서의 성폭력 피해에 있어서는 얼마나 허구적인지를 보여주고 있다. 사례9 역시 똑같은 표현으로 이러한 문제를 토론했다. 그녀는 가해자와 사귀기로 한지 3일쯤 되던 때, 그의 친구들과 함께 편의점 건물의 3층 계단에서 소주에 밀키스를 타서 마셨다. 어지럽고 토할 것 같아서 맨바닥에 누워 있었고 정신이 없던 상태에서 어느 순간 가해자가 성행위를 시작했다. 하지마라며

발버둥 쳤고, 이후 아줌마가 올라와서 ‘학생들, 당장 나가라’며 소리쳤던 것, 그리고 자신이 난간을 잡고 내려온 것을 기억한다. 당시에는 정확한 상황 파악을 하지 못했고, 직후 친구에게 자신의 경험을 이야기 했더니 그가 이전에도 여자 친구를 두 번이나 낙태시킨 적이 있다는 이야기를 전해 들었다. 그제서야 피해자는 자신이 뭔가를 ‘당했다’, ‘아차 싶은’ 생각이 들었고, 두 달 후 임신 사실을 확인하게 되었다. 2016도11577 사건과 같은 법원의 태도라면, 이 사건 당시 계단에서 술을 마시는 청소년들을 제지하러 올라온 아줌마가 있었음에도 불구하고 왜 피해자가 즉각 도움을 요청하지 않았는지에 대하여 의문을 제기할 수 있겠지만, 사례9의 상황에서 그것은 생각조차 할 수 없는 것이었다. 그녀는 성폭력을 “강제로 하면서 때린 거” 정도로만 알고 있었기에 자신이 당한 경험은 또래 문화에서 “한방 먹었네”로 생각될 뿐이었지 대응을 하거나 신고할 생각조차 하지 못했다. 괜히 친구들에게 문제를 삼았다가 바보 취급 받을 것이 우려되기도 했다. 그녀는 출산 후 어떻게 대응해야 할지 방법을 찾는 과정에서 경찰이 사용한 ‘강간’이라는 단어를 듣고 그제서야 자신의 상황이 성폭력이라는 것을 알게 되었다.

63

“경찰이 그러는 거예요. 검사님이. 왜 바로 신고를 안 했네요. 아니 술 먹고 몸에 힘도 없고, 정신도 없고 비몽사몽 아줌마는 거기서 빨리 나가라고 하는데 거기서 잠시 만요. 아줌마 제가 지금 강간을 당했거든요, 저 신고 좀 하고요, 사진 찍고 너 거기 잠깐만 있어봐. 넌 현행범이야! 사진 다 찍고 나서 경찰이 죠? 제가 지금 강간을 당했는데요. 신고를 어떻게 해요 정신이 없는데? 정말 어이가 없는 것 같아요.” (사례9)

물론 피해자들이 즉시 도움을 요청하거나 적극적인 대응을 하지 못하는 데에는 위 표1에서와 같이 피해 사실이 알려지는 것에 대한 두려움 역시 작동한다. 사례10은 남자친구와 만난 지 한 달째 쯤, 함께 술을 마시고 준강간 피해를 경험했다. 아파트 상가의 화장실에서 삽입 시도가 있었지만 그녀 역시 당시의 상황에서 소리 내어 도움을 요청하지 못했다. 친밀한 관계인 남자친구가 하고 있는 행위가 성폭력인지도 바로 인지하기 힘들었고 당황하기도 했지만 한편으로는 뭘지 모를 이 상황을 다른 누군가가 보게 될 것이 수치스럽기도 했다.

“내가 소리를 좀 냈었거든요? 악 도와주세요 이런 게 아니라, 그 때 솔직히 뭔 일이 일어나는지 파악이 안 되는 거예요. 이게 뭔지 모르겠고 꿈인가 생신가도 잘 모르겠고.. 분명히 아까 전까지만 해도 같이 앉아서 다정하게 얘기했었는데. 그리고 사귀는 동안 계속 순했거든요 애가? 근데 그 때는 애가.. 뭐라고 해야 되지? 내가 잘 모르는 낯선 사람인 것처럼 보였어요. 그래서 저는 상황 파악도 안 되고 킁킁 거리는 소리를 냈던 거 같아요 그냥. 으.. 약간 그런 소리? 악 도와주세요! 하지만! 그런 게 아니라. 그런 소리를 내니까, 개가 조용히 하라고.. 사람들 온다고 그런 식으로 말을 했어요. 그 얘기를 딱 들으니까, 저는 지금 옷이 다 벗겨져있는 상황이지 않아요 밑에가. 그리고 화장실에서 지금.. 이 상황을 누가 볼지도 모른다고 하니깐 흑 수치심이 들었어요. 그래서 소리를 잘 안 내게? 입이 꼭 다물어지게 되더라구요. 그래서 나는 어떻게 할 줄 모르고 있고, 남자친구는 여기도 만지고 막 가슴도 만지고 그러고 있고, 어떻게 해야 되지? 어떻게 해야 되지? 머릿속이 막 물음표로 가득 가득 찼어요.” (사례10)

64

위의 사례와 같이, 아는 사이에서의 신뢰는 가해자의 말이 곧 성관계에 대한 요구라는 것을 인지하지 못하도록 만들 뿐만 아니라 ‘의심’하지 못하도록 만들기도 한다. 10대 청소년들의 ‘츄판’에서 남녀 혼숙과 남성들의 여성들에 대한 외모 평가, 섹슈얼리티 비난의 문화에 익숙해져 온, 그리고 그러한 남성들의 생리를 일찍이 간파한 것으로 자신을 이야기 하고 있는 사례8 조차도 ‘자고만 가자’는 친구의 말을 곧이곧대로 받아들였다. 그리고 그녀는 이는 이후로도 이를 성폭력으로 인지하지 못한 채 이후부터 그를 ‘남자친구’로 간주하고 있었다. ‘그냥 뭐... 한심해서’ 곧장 헤어졌지만 말이다.

“제 남자친구도 그랬어요. 같이 춘천 가서 술 엄청 마시고.. 엄청 믿었던 사람이었어요. 잠깐 자고만 간다고 그랬는데 그 일이 터진 거죠. 그때부터 사람에 대해서 좀 ‘믿을 게 없구나’ 싫다고 했는데도 어쨌든 섹스하게 된.. 강간? 싫다고 했는데도.” (사례8)

물론 이는 일탈의 포래 문화에서만 경험하게 되는 것은 아닌데, 대학시절 남자친구와 사귀지 한 달여쯤 준강간 피해를 경험한 사례10 역시 ‘좀 쉬다 갈래?’ 라는 남자친구의 말이 곧 성관계를 하겠다는 의미인지 몰랐다. 그리고 이것은 피해 이후 가해자가 합의에 의한 성관계였다는 주장의 논거가 되었다.

“그걸 제가 몰랐어요. 그걸. 저는, 저는, 그런 저, 그런 거에 대한 전혀 정보가 없었거든요. 애가 뭘 소리를 하는 거지? 나는 집에 가야지. (웃음) 그냥 그랬단 말예요. 그랬는데 그럴 줄 몰랐지. 나중에 생각해보니깐, 그게 그 얘기였어? 이랬던 거죠.” (사례10)

이와 같이 상대방의 성관계 요구를 ‘알아채지 못한 것’은 피해자들이 피해의 원인을 자신에게 전가하는 이유, 때문에 가해자의 입장에서 그 상황을 이해하고 자신의 경험을 ‘피해’로 인지하지 못한 채 가해자와의 어색한 관계를 지속하게 되는 원인이 되기도 했다. 20-30대 청년층을 대상으로 실시된 한 조사에 따르면 모텔에 함께 간다는 것이 곧 성관계에 동의한 것을 의미한다는 주장에 남성과 여성 모두 70% 이상이 동의했다. 이 조사에서는 성관계의 경험이 있는 사람일수록 그와 같은 의견에 더욱 동의하는 것으로 나타났는데, 이는 이러한 경험이 전무한 여성들에게는 상대방의 성관계 요구를 ‘알아채지’ 못하고 신뢰할 가능성이 더욱 높다는 것을 의미한다⁵⁾. 그럼에도 불구하고 남성의 경험에 기울어 진 ‘동의’에 대한 통념들은 여성들 스스로도 자신의 피해를 부정하게 되는 논거 중 하나가 되고 있다.

65

이와 같이 준강간에 있어서는 기억의 단절, 몸의 반응, 가해자와의 관계성 등이 피해자가 자신의 경험을 피해로 즉시 인지하지 못하게 만드는 이유가 되고 있다. 피해 규정에 대한 혼란은 피해자들이 주변으로부터 받은 도움의 내용을 보여주는 아래 표2에서도 확인되는데, 준강간의 피해자들은 다른 유형의 성폭력 피해자들에 비하여 자신이 경험한 것이 성폭력 피해라는 것을 설명 받은 것이 도움이 되었다고 응답한 경우가 훨씬 많았으며, 이는 일반화 할 수 있을 만큼 통계적으로 유의미한 차이였다. 때문에 이와 같이 피해 사실에 대한 즉각적인 인지가 어려운 상황에서 피해자가 소리치며 저항했을 것을 요구하는 것은 과연 합리적인 것인지 의문이 든다.

5) 한국여성정책연구원(2009) “청년층 섹슈얼리티와 친밀한 관계에서의 성폭력 연구”, p.111

〈표 2. 피해자에게 도움이 된 내용들〉

	준강간 여부	N	평균	표준 편차	t
내가 잘못된 점이나 비난받을 이유 없다고 말해줌	준강간	48	4.23	.973	
	기타	132	4.16	1.165	
내가 여전히 좋은 사람이라는 것을 확인시켜줌	준강간	47	3.96	1.021	
	기타	131	3.76	1.103	
편안하게, 기대게 해줌	준강간	47	3.94	1.030	
	기타	132	3.83	1.030	
내 설명 믿어줌	준강간	47	4.38	.739	
	기타	132	4.20	.979	
내 감정 듣고 이해해줌	준강간	47	4.23	.914	
	기타	132	4.17	.953	
성폭력 피해임을 설명해줌	준강간	47	4.19	.947	3.089**
	기타	132	3.66	1.184	
내편에 서서 어떤 판단도 않음	준강간	47	4.26	.846	
	기타	133	4.17	.965	
피해대처법을 알려줌	준강간	47	3.77	1.165	
	기타	132	3.56	1.268	
심리적 증세 완화에 도움	준강간	47	4.11	1.005	2.295*
	기타	132	3.67	1.142	
신체적 문제 해결에 도움	준강간	47	3.68	1.270	2.626**
	기타	129	3.09	1.352	

* p < .05, ** p < .01

2.2.2. 피해자는 왜 가해자를 떠나지 않았는가?

“... (피해자는) 피고인이 운전하는 차량을 함께 타고 다니면서 병원과 약국 등을 다니면서 사후피임약을 받았고, 피고인의 차량 안에서 피해자가 피고인에게 어떠한 책임을 추궁하는 듯한 말도 한 적이 없으며, 피해자와 피고인이 감자탕을 함께 먹고 헤어졌고, 피해자가 감자탕을 먹을 때 피고인에게 고기를 발라주기도 하였는데, 이는 일반적으로 강간을 당했다고 주장하는 피해자가 할 수 있는 행동이 아닌 것으로 보인다”(2016도115577 사건, 1심의 판단)

위 사건에서 법원은 피해자의 사후 행위가 ‘일반적인 피해자’의 행동으로 납득하기 힘든 것이라 판단하고 있다. 피해자는 성관계가 있었는지 여부, 그 경위

등을 전혀 기억하지 못한 상태에서 피고인에게 이를 확인하기 위하여 다시 만나 함께 다니게 된 것이라 주장하였지만 이는 피해자다움에 부합하지 못한 행위로 간주되었다. 피해자는 감자탕을 먹고 헤어질 때 까지도 당시의 상황을 ‘강제로 했는지 합의하에 했는지 모르겠고 화도 안 나고 좋은 감정도 없는 멍한 상태’였음을 주장하였지만 법원은 이것을 두고 오히려 ‘피해자로서도 구체적으로 표현하거나 설명할 수는 없지만 어렴풋한 기억으로나마 자신이 다소 술에 취한 상태에서 술기운 영향으로 호감 가지고 있던 피고인과의 성관계를 사실상 용인한 것’으로 해석했다. 설사 술기운으로 호감을 가지게 되었다 하더라도 그것이 성관계를 용인한 것으로 단정하기 힘들다는 점은 차치하고, 피해자가 직후 피해 상황을 규정하는 과정에서 겪게 되는 혼란의 시간은 고려되지 못하였다.

물론 사건 이후로도 가해자와의 만남이나 관계를 이어가는 피해자들의 이와 같은 행동은 피해 사실을 확인하기 위한 목적으로 이뤄지는 것만은 아니다. 2104도9898사건 피해자는 부킹을 통해 만난 가해자 및 일행과 술을 함께 마시고 여관에 투숙한 후 수면제를 복용하고 잠든 상태에서 준강간을 당했다. 그리고 2심 법원은 잠에서 깨어 가해자의 성행위를 인지하게 된 피해자가 이후 즉시 퇴실을 하지 않고 옆방에서 일행과 함께 두 시간 반가량을 함께 투숙한 점은 ‘이례적’이며, 위와 같이 가해자와 함께 시간을 보낸 것은 피해자의 통상적인 모습으로 보기 어렵다고 설시한다. 피해자의 거부 의사로 2차 삽입이 중단되었던 2015도1984 사건에서도 이후 피해자가 가해자가 벗어주는 겹옷을 받아 입고 함께 택시를 타고 자신의 집까지 같이 갔다는 점(2015도1984)은 피해 당시의 상황이 그다지 위협적이지 않았음을 반증하는 정황으로 인용되고 있다. 자신의 의사에 반해 성행위를 한 가해자와 시간을 함께 보낸 이유는 무엇일까? 그리고 이러한 사정이 피해 당시의 상황이 위협적이지 않았음을 반증하는 정황이 될 수 있을까?

앞서 설명한 바와 같이 가해자와 이미 상호작용이 있던 상황에서 피해를 규정하는 것에는 어려움이 따른다. 때문에 피해 상황에 대한 인식이 이뤄진 이후라 하더라도 피해자들의 행동은 가해자와의 관계 속에서 전과 다름없이 이뤄지기도 한다.

사례11은 부모의 이혼으로 중학교 때부터 자취를 했고, 또래의 ‘일진’ 문화 속에서 자랐다. 남녀가 술을 마시고 함께 혼숙하는 경우는 다반사였고, 이후 돈을 벌기 위해 술집에서 일을 하기도 했다. 동거, 낙태에 이어 유부남을 만나고, 성매매 알선으로 돈을 벌며, 친한 ‘깡패’들이 많을 정도의 일진 문화 속에서 남성이 성욕 해소를 위해 여성을 만나고 이용한다는 것을 일찍이 깨달았고, 그들이 여성들을 ‘걸레’라고 평가하는 것에 대하여도 민감하다. 때문에 자신은 잘 곳과 용돈을 제공하는 남자를 필요로 하고 이를 목적으로 사귀기도 하지만 그와 같은 ‘교제’와 단순히 ‘호스트바 선수’, 술 먹고 ‘생판 모르는 사람들이랑 헌팅, 부킹 하고 술먹는’ 것은 다르다는 점을 강조한다. 그는 이러한 또래 집단의 남자친구들과 함께 술을 마시고 노래방을 간 후 모텔에서 재차 술을 마셨다. 그곳에서 잠이 들었다가 가해자가 이불 속에서 몇 번의 성관계를 시도했고, 사례가 이에 저항하고 욕을 하며 소리치다 중단되는 상황이 반복됐다. 하지만 이후로도 사례는 위 사건들의 피해자와 마찬가지로 이 일행과 함께 모텔에 머무르다 근처에 있던 놀이공원으로 자리를 옮겨 놀이기구를 탔다. 남성의 성욕 해소를 자연스러운 것으로 받아들이는 사례11에게 가해자의 이와 같은 행위는 당시로서는 눈감아줄만한 일이었다. 때문에 이후로도 가해자를 포함한 일행들과 함께 아무 일도 없었던 듯 놀이기구를 타러 가게 되었다.

68

“그래도 친구였고 미안하다고 사과를 했기 때문에 남자니까 솔직히 그럴 수도 있다고 생각했어요. 다 큰 성인남자니까. 한번쯤은. 그러고 나서 그 이후에~ (75'33) 갔다 와가지고 광안리 와서 이제 탈거라고. 탬버린.” (사례11)

하지만 이후 놀이기구를 타러 간 곳에서 이 가해자는 일행들이 보는 앞에서 피해자의 가슴에 손을 넣었다. 사례11은 앞서의 행위들보다 이것에 더욱 분노했고, 이 사건을 고소하게 되었는데, 무엇보다 다른 친구들 앞에서 그와 같은 행위를 하여 자신이 남자에게 쉽게 ‘몸을 주는’, ‘걸레’라는 평가가 친구들 사이에 퍼질 것이 두려웠기 때문이다. 이와 같이 10대 혹은 20대 초반까지 이어지고 있는 청소년 ‘일진’ 문화의 남성중심성과 그 안에서 여성들이 자신의 경험을 피해로 규정하는 것을 거부, 용인하고 그 관계를 지속하게 되는 경우는 앞서 사례8의 사례에서도 나타난다. 춤 동아리 친구가 술을 마신 후 ‘잠깐 잠만 자고가자’고 했던 말을 믿고 피해를 경험했던 그녀는 이후 그와의 관계를

사귀는 사이로 규정했고, 자신은 ‘독해서’ 당시 그것을 강간이 아닌 ‘해프닝’으로 생각하고 넘어간 모양이라 이야기하고 있다.

이들이 피해를 부정하거나 용인하며 가해자 혹은 그와 함께 속해 있는 집단 속에서 무탈하게 패싱하게 되는 데에는 성폭력 피해자로 정체화 되는 것이 곧 피해를 자초한, 성적으로 문란한 여성이라는 비난으로 돌아올 것에 대한 두려움이 있기 때문이다. 그리고 이러한 통념은 기실 특정한 문화에서만 작동하는 것이라 보기 힘든데, 피해자들을 대상으로 한 설문조사 결과에 따르면 준강간의 피해자들은 술에 취한 상태에서 피해를 당했다면 피해자에게도 책임이 있다는 통념 이외에도 성폭력 피해를 경험한 여성들에 비하여 성관계가 난잡하거나 문제가 있다, 가해자를 유혹하거나 유발했다는 등 섹슈얼리티를 비난하는 통념들을 다른 성폭력 피해자들에 비하여 더욱 많이 경험하는 것으로 나타났다. 그 밖에도 주변으로부터 키스나 애무가 이뤄진 경우, 모텔이나 집에 함께 들어간 것은 성관계를 허용했다는 의사표시라는 통념 역시 더욱 많이 경험하고 있었다. 그리고 이러한 차이는 통계적으로 유의미했다. 즉, 남성과 함께 술을 마시며 ‘논’ 여성의 섹슈얼리티에 대한 비난이 피해를 부정하는데 있어서도 여전히 강력하게 작동하고 있음을 알 수 있다.

〈표 3. 피해 이후 주변으로부터의 성폭력 통념 경험(준강간 여부에 따른 차이 비교)〉

		준강간여부		x 2
		해당없음	해당	
니가 유혹하거나 피해를 유발한 측면이 있다	아니다	120	34	6.218*
		77.9%	60.7%	
	그렇다	34	22	
		22.1%	39.3%	
전체	154	56		
		100%	100%	
키스나 애무를 허용한 것은 성관계를 허용했다는 뜻이다	아니다	125	37	4.900*
		80.6%	66.1%	
	그렇다	30	19	
		19.4%	33.9%	
전체	155	56		
		100%	100%	

		준강간여부		x 2
		해당없음	해당	
성폭력을 당하는 사람은 평소 성관계가 난잡하거나 문제가 있는 여자다	아니다	134	40	6.420*
		86.5%	71.4%	
	그렇다	21	16	
		13.5%	28.6%	
	전체	155	56	
		100%	100%	

* p < .05

이는 하필 준강간의 피해자들이 피해 상황이 종료된 이후에도 피해 사실을 공론화하거나 주변에 알리고 대응하는데 소극적이게 된 이유에서도 나타나는데, 이를 알게 된 사람들이 자신을 비난할 것이라는 응답이 전체 준강간 피해자의 60%를 상회하며 가장 높게 나타났다. 이는 준강간의 상황에 대한 증거가 없어서 혹은 피해 사실을 확실히 인지하지 못해서라는 응답보다 훨씬 많은 것이었다.

70

〈표 4. 주변에 적극적으로 도움을 요청하지 못한 이유(준강간, 중복응답)〉

	N	항목(%)	응답자(%)
결국 사람들이 나를 비난하게 될까봐	20	12.40%	60.60%
성폭력인지 확실히 몰라서	18	11.20%	54.50%
알려봤자 해결되는 것이 없을 것 같아서	14	8.70%	42.40%
오히려 내가 하고, 강제전학 등 불이익을 당할까봐	14	8.70%	42.40%
증거가 없어서	12	7.50%	36.40%
내 말을 안믿어줄까봐	12	7.50%	36.40%
도움요청방법, 내용을 몰라서	12	7.50%	36.40%
내가 사랑하는 사람들이 마음 아파 할까봐	11	6.80%	33.30%
피해가 심각하지 않은 것 같아서	10	6.20%	30.30%
믿고 이야기 나눌만한 사람이 없어서	10	6.20%	30.30%
보복이 두려워서	9	5.60%	27.30%
가해자와 끈끄러워질까봐	8	5.00%	24.20%
도움을 요청받은 상대방과의 사이가 끈끄러워질까봐	5	3.10%	15.20%
가해자를 좋아해서	4	2.50%	12.10%
가해자가 어려움(실직, 처벌 등)에 처하는 것은 싫어서	2	1.20%	6.10%
전체	161	100.00%	487.90%

그런데 피해자가 자신에게 성폭력을 가한 가해자와 만남을 지속하는 것은 단순히 자신이 속해 있는 집단에서 가해질 섹슈얼리티에 대한 비난, 향후의 평판 때문만은 아니다. 사례12는 대학 졸업 후 서울로 올라와 취업준비를 하면서 고향 친구들을 통해 가해자를 알게 되었다. 평소에도 이들과 술을 마시고 집이나 모텔에서 함께 자는 일도 많았는데, 이 과정에서 가해자에게 첫 준강간을 당했다. 가해자는 다음날 미안하다고 했고 당시 피해자 역시 이를 심각하게 받아들이지는 않았으며 이후 ‘고향 오빠’로서의 관계도 지속되었다. 그런데 사례12의 이러한 태도는 위의 사례11처럼 남성의 성욕 해소를 용인하거나 사례8처럼 평판을 우려해서는 아니었다. 그녀는 상대방의 의사를 자신이 호도해서는 안 된다는 생각이 컸다고 이야기 한다.

“그때는 그~ 강간범이 저를 좋아한다는 표현을 조금 했었거든요. 근데 이런 느낌이 들었었어요. 이걸 제가 이제 깨달아서 그런 생각 드는 건지 모르겠는데, 나를 좋아한다고 한 사람한테는 나쁘게 하면 안 된다. 이런, 이런 게 있었, 그니까 화가 나지만 그거에 대해서, 제 사고방식으로는 정말 화가 나도 넘어갔었어요.” (사례12)

71

이와 같은 태도는 그가 두 번째 준강간을 했을 때에도 유효했다. 첫 번째 피해 이후 가해자에게서 만나서 밥이나 먹자는 연락이 또 왔고, 피해자는 내키지 않았지만 이를 거절하지는 못했다. 그리고 그 한 달 후 모텔에서 준강간을 또다시 당했다. 모텔에 가서 치킨을 먹자는 말에 이전의 피해가 기억이 나서 ‘만일 나한테 그럴 거면 인연을 끊을 생각해라’는 말까지 하고 함께 모텔로 갔고, 모텔에 들어가자마자 갑자기 머리가 아프다며 눕는 가해자에게 수건을 짜와서 얹혀주기까지 할 정도로 사례12는 가해자를 믿었다. 그녀는 당시 모텔에서 나와야겠다는 생각은 하지 못했고 아픈 사람을 두고 가는 것은 ‘의리’가 아니라는 생각을 했다고 이야기 한다. 행여라도 자신의 오인으로 인해 그가 ‘지금 나를 뭘로 보는 거야’ 같은 불쾌함을 가질지도 모른다는 생각도 들었다. 그러다 소파에서 잠이 들었고, 잠이 깬 때에는 가해자가 자신의 몸 위에서 옷을 벗기고 있었다.

“그리고 그 때 개가 아프다고 해서 제가 개 머리에 수건을 올려줬던 말이에요. 그 너무 (한숨) 바보도 아니고 암튼 막 그런 개는 그런 행동들 정말 정말 나한테 피해를 주면서 까지 그렇게 하는 행동 그 거 너무 바보 같고 너무 싫은 거예요.” (사례12)

경찰은 치킨을 먹겠다고 모텔에 함께 들어간 상황을 추궁했다. 명문대를 졸업하고 약대 편입을 준비하고 있던 이 피해자가 자신을 강간한 피해자를 다시 만나고, 모텔에 다시 들어간 것은 ‘피해를 당했다고 주장하는 피해자가 하기 힘든 행동’인 것인가? 이 피해자는 성폭력 피해의 의미를 몸에 대한 더러운 느낌, 사회적 비난에 대한 우려 등이 아닌 인간에 대한 배신감으로 이야기하고 있다. 그 정도로 피해자는 사람을 믿었고 타인의 감정을 살피며 주도적인 의사표현을 하지 못한 자신에 대한 원망이 크다. 그녀는 자신이 이와 같이 ‘거절하지 못하는 패배자’가 된 것이 어릴 때부터 극심한 가정폭력을 당해 온 ‘너무 약한’ 엄마에 대한 동정과 이해, 그녀를 위해 자신의 고통은 감춰왔던 삶의 패턴이 영향을 미친 것 같다고 이야기하고 있다. 첫 번째 강간은 ‘그냥 놀다가’ 그렇게 된 것이지만 두 번째에는 사전에 피해자가 경고를 하였음에도 ‘그런 의도’로 연락을 했다는 점에서 더욱 화나고 힘이 들 수밖에 없었다.

“표정도 별로 안 좋고, “너 알면서 왜갔니?” 이런 느낌? 그런 식으로 말을 했어요. 그니깐 저는 “개가 치킨이 먹고 싶대요, 모텔 안에서 치킨이 먹고 싶대요.” 이러니깐, 이거 무슨 뜻인지 모르냐고, 알면서, 지금은 알겠지만 그때는 몰랐다고. 일종, 그, 그게 일이 일어나고 나니깐 알지만 그때는 정말 몰랐어요.” (사례12)

앞서의 사례2의 역시 술에 취해 잠들었다가 화장실을 다녀오며 얼핏 가해자가 옷을 벗고 있었던 모습에 놀랐던 것을 기억한다. 그러면서도 한편으로는 ‘내가 너무 과하게 놀란 건가, 이 사람은 술에 취했고 팬티만 입고 자는 것이 잘 때 버릇인가?’라는 생각에 그것을 피해 발생의 맥락으로 생각지 못하였다. 하지만 여성들의 이러한 신뢰는 진술의 신빙성을 의심하게 만드는 요인이 되고 있다.

2.2.3. 피해자는 합의를 거부해야 하는가?

2017도5184 사건에서는 피해자가 가해자에게 ‘기본 합의금은 성폭행은 2,000만원이야’라는 메시지를 보낸 사실이 인정된다. 판결문의 부재로 원심이 그러한 사정을 어떻게 고려하였는지는 알 수 없지만, 2심 법원은 그 경위를 검토하면서 그러한 문자 메시지가 합의금에 대한 요구라기보다는 피고인의 성관계에 대하여 피해자가 감정을 드러내고 잘못을 꾸짖는 의미에서 보내진 것이라는 점을 실시하며 가해자에게 유죄를 선고했다(2016노2672). 가해자가 피해자를 무고 혐의로 고소한 상황에서, 법원은 위와 같은 사정만으로 피해자가 무고하거나 거짓 진술을 하였다고 보기는 힘들다고 판단했다. 대법원 역시 피고인의 상고를 기각했다. 가해자에 대한 유죄는 선고 되었지만, 만일 피해자가 실제 합의금을 요구했거나 피고인의 요구에 응하며 합의금을 수령하였다면 사정은 달라졌을까?

피해자들은 다양한 맥락에서 합의금을 수령, 거부하기도, 요구하기도 한다. 사례6처럼, 학비를 벌기 위해 다단계 조직에 참여했다가 지게 된 수천만 원의 빚과 그 이자를 감당하기 위해 찾아간 유흥업소에서 피해를 경험한 상황에서 합의금은 빚을 갚기 위해 수령해야만 하는 것이었다. 물론 처음부터 합의를 할 생각은 없었지만, 담당 형사는 합의에 응하지 않을 경우 법적인 절차가 진행되면서 피해자가 오히려 불리하게 될 상황, 2차 피해가 수반되는 지리한 싸움이 결국 큰 도움이 되지 못할 것이라며 이를 권했다. 경찰은 다만 먼저 합의를 이야기하지는 말 것을 당부했는데 피해자가 ‘꽃뱀’으로 몰릴 수 있다는 점을 우려했기 때문이다.

“제가 합의 볼 맘이 없을 때 약간 합의 쪽으로 설득을 좀 하시면서, 뭐 이런 저런 얘기하실 때 형사님이 혹시나 이렇게 조건이 안 좋으면 제가 제일 처음에 합의를 좀 망설였을 때, 형사님께서 합의가 지금 내가 합의가 좋다고 말을 하는 건, ○○이 사정도 있지만 ○○이 사정도 있고, 만약에 그 합의금으로 얘가 나쁜 맘을 완전히 먹어버리면 그 합의할 돈으로 변호사를 선임해서 ○○이를 더 괴롭힐 수 있다. 그러니까 좀 조금이라도 빨리 합의를 보는 게 나을 것 같다. 이렇게 말씀해주셨던 말예요. 그래서 그렇게 하면서 이야기를 하는데 ○○이가

먼저 돈 얘기는 꺼내지 마라. 왜냐면 잘못하면 꽃뱀으로 몰릴 수 있다. 이렇게 있는 거예요. 그런, 그러니까 여자만 당하는 일인데.” (사례6)

물론 합의 그 자체는 물론이고 합의금을 어디에 어떻게 지출할 것인지 역시 피해 사실 자체의 인정 여부와는 무관한 일이다. 동아리 선배로부터 성폭력 피해를 경험한 사례13 역시 합의금을 수령했다는 사실로 피해 사실 자체를 의심받았다. 직접적으로 합의에 응한 것이 아니라 가해자가 공탁한 것을 수령한 것이었지만 이후 학교에서는 ‘꽃뱀’이라는 비난이 등장했다. 자신의 잃어버린 자존감을 찾기 위한 소비와 소송비용 등으로 공탁금을 지출한 것이었지만 학교의 친구나 교수들은 장학금 신청조차 필요 없는, 마치 고소를 통해 ‘돈을 많이 번’ 피해자처럼 대했다. 이미 학교에서는 ‘꽃뱀’으로 소문이 돌고 있었고, 이후 피해로 인한 고통과 신체화 반응들은 가중 되었다.

74

“아, 진짜, 진짜. 그녀가 무슨 얘길 하면서 내가 뭐, 왜냐면 사람들은 꽃뱀, 너 꽃뱀이라고 소문난 거 너 알고 있냐 이런 얘길하니까, 아니 그 뭐 꽃뱀이든 아니든 하여튼 이렇게 된 거고, 난 이 돈으로 이렇게 나를 위해서 이렇게 수술도 하고, 그렇게 하기 위해서 뭐 이제 받은 거다, 뭐 이제 그런 식의 얘기를 죽 했죠. 그랬더니 돌아오는 얘기, 그런 반응인 것이 너무 너무 너무 충격적이었던 거예요..... 아니 피해자지만 되게 당당한 피해자 있잖아요. 근데 어찌라고 뭐 이런 거였는데 아, 내가 좀 뭐 아, 너무 내가 잘못된 게 많은 것처럼 느껴지는 거예요. 왜 합의를 했으며, 왜 내가 라식수술을 했으며, 왜 내가 뭐 그렇게 했으며, 뭐 하이틴 뭐 - 여러 가지, 이제 그때부터 자책감이 엄청나게 몰려 들기 시작하면서, 막 이제 집에서 학교 거의 못가고, 안가고 맨날 집에서 술먹고, 맨날 막 울고, 맨날 자해하고, 막 생난리를 피고..” (사례13)

이와 같이 피해자들에게 합의에 응한다는 것은 곧 피해에 대한 주장을 반복하는 것, ‘꽃뱀’으로 간주될 것만 같은 두려움을 가져온다. 사례2는 거짓된 진술로 자신을 의심하고 비난하는 지리한 법적 공방이 지속되는 것이 힘들기 싫어 합의금을 수령하고 사건을 종결하고 싶은 마음이 들기도 했지만 그와 같은 의심을 받을까봐 이를 포기했다. 때문에 설문조사의 결과에서도 특히 ‘화간’에 대한 의심이 큰 준강간의 피해자들의 경우 다른 유형의 성폭력 피해자들보다 그와 같은 이유로 합의금을 포기했다고 응답한 비율이 훨씬 높게 나타났다.

〈표 5. 피해 이후의 행동들(준강간 여부에 따른 평균 비교)〉

	준강간 여부	N	평균	표준 편차	t
피해사실을 과장해서 얘기함	준강간	57	2.05	1.076	
	기타	161	1.81	.932	
피해자로 인정받기 위해 자해 또는 자살 시도	준강간	57	2.25	1.229	
	기타	160	1.89	.969	
우울, 초라한 모습 보여주려 함	준강간	57	2.53	1.241	
	기타	162	2.40	1.218	
웃차림을 더 정숙하게 함	준강간	57	2.93	1.237	
	기타	162	2.90	1.188	
거짓신고로 오해할까봐 합의금 포기	준강간	56	2.30	1.306	3.218**
	기타	152	1.70	.875	
친해지기전에 먼저 피해사실 말함	준강간	57	1.95	1.109	
	기타	160	1.99	1.135	
남자들과 더 잘지내려함	준강간	57	2.05	1.141	
	기타	160	2.13	1.126	
여성스럽게 보이지 않으려 남자럼 행동	준강간	57	2.12	1.151	
	기타	161	2.40	1.339	
남자와 함께하는 자리 피함	준강간	57	2.84	1.306	
	기타	161	2.84	1.263	

** p < .01

합의에 응하면 ‘꽃뱀’이 되는 것이지만, 합의에 응하지 않아도 한 남자의 인생을 망쳐버린 것으로 비난받기 십상이다. 직장 상사에게 준강간 미수 피해를 당했던 사례4 역시 가해자 측의 끈덕진 합의 요구에 응하지 않고 있었는데, 혹시라도 ‘멀쩡하게’ 회사를 다니고 있는 자신의 모습을 보고 직장 동료들이 피해가 심각하지도 않으면서 합의를 해주지 않는다고 비난할까봐 의식하게 된다. 그리고 그들이 기대하는 만큼 우울한 모습을 연출해야할지 고민하기도 했다. 그러나 가해자의 행위는 이해할 수 있는 일은 아니기에 합의에 응할 생각은 없다.

“내가 아무렇지 않게 행동하는 모습이 과연 저 사람들에게 어떻게 보일까? “재가 요새는 저렇게 멀쩡한데 합의도 안 해주고, 개는 뭐, 뭐, 이혼하네마네하고

깜빡에 갔는데, 재는 잘 지내는데..” 그런 생각들 때문에 시선을, 제가 의식을 하게 되더라구요. 그래서 회사생활도 되게 힘들고 그랬었죠. ‘내가 우울한 척 해야 하나? 내가 저 사람과 이야기할 때 밝게 웃으면서 대화해야하나?’ (사례4)

피해자들은 합의에 응하지 않았을 경우 가해자들이 행할 보복에 있어서도 큰 두려움을 가지고 있다. 위의 사례4 역시 그러한 보복이 두려워서 한동안 남동생을 퇴근길에 마중 나오도록 했다. 준강간이 아닌 피해자들의 경우에도 합의에 응하지 않았을 경우 가해자로부터 보복을 당할 것에 대한 두려움을 흔히 토로하고 있었다. 제시된 주관례를 통해서도 이와 같이 합의에 응할 수도, 응하지 않을 수도 없는 피해자의 상황이 피해자에 대한 무고 혐의를 판단하는데 있어 어떻게 작동했는지 알 수 없지만 이것이 피해 사실 자체를 판단하는데 있어서까지 영향을 미치는 상황은 재고될 필요가 있다. 합의에 부여된 부당한 효과, 즉 피해자 진술의 기각과 양형에서의 과도한 중복된 감경 인자 채택 등의 문제가 해결되지 않는 한 실체적 진실의 규명과는 무관하게 [사과-혐의사실 부인-합의 요구-꽃뱀 주장]으로 이어지는 가해자의 진부한 시나리오 반복과 실제 합의를 ‘악용’하는 사례 예방 역시 힘들 것이다.

76

3. ‘가해자다움’이 요구되는가?

이와 같이 피해자들에게는 피해 사실을 인정받기 위해 ‘피해자다움’에 얼마나 부합하는지가 요구되는 것에 반해, 가해자들에게는 자신이 가해자가 아님을 주장하는데 있어 요구되는 ‘가해자다움’ 따위는 없다. 위와 같이 법률과 법 해석은 이미 남성의 경험에 기반하여 이뤄지고 있기 때문이다. 더구나 피해사실의 입증책임은 무죄추정의 원칙에 따라 피고인 측(남성)이 아니라 (피해 여성의 진술에 기반한) 검찰에 있다. 가해자가 통상적인 성폭력 가해자의 전형에 부합하는지 여부는 가해행위를 인정하는데 요구되는 것이 아니라 단지 그 부재를 통해 유리한 사정, 소극적인 방식으로 작동하고 있을 뿐이다.

“피고인이 술에 만취한 피해자의 심신상실 등 상태를 이용하여 피해자 모르게 간음한 것이라면 피고인이 피해자를 간음한 후 정액을 닦은 휴지를 쉽게 발견될

수 있는 침대 아래쪽에 있는 책상 위에 그대로 방치하는 등 이를 감추기 위한 어떠한 행위도 하지 않은 채 그대로 자리를 떠났다는 것은 쉽게 납득하기 어려운데...” (2017도6707 사건, 2심의 판단)

위 사건에서 2심 법원은 피해자가 3층 계단까지 올라가 자신의 집 비밀번호를 직접 누르고 피고인과 함께 들어간 사정, 술자리 직후 화장실에서 키스에 동의한 사정 등은 피해자가 심신상실 또는 항거불능의 상태가 아니었다고 볼 수 있는 사정은 아니라며 유죄를 선고한 원심의 판결을 파기하고 피해자의 주장을 탄핵하는 이유 중 하나로 위와 같은 가해자의 행태를 들고 있다. 2015도1984 사건에서도 법원은 가해자가 자신의 인적사항이 쉽게 드러날 수 있는 은행계좌 및 휴대전화 번호를 피해자에게 알려준 점 등을 종합해보면 그에게 피해자의 반항을 억압하여 강간하려는 범의는 없는 것이라 판단했다.

하지만 앞서 살펴본 바와 같이 가해자로서는 자신의 범행을 은폐하기 위한 별다른 행위를 할 필요가 없다. 기본적으로 가해자가 아닌 것으로 추정되는 상황에서 성관계 자체를 인정한다 하더라도 동의에 의한 성관계였다, 동의가 있는 것으로 오인할 수밖에 없었다는 주장이 효과적으로 작동하고 있기 때문이다. 술에 취한 여성에 대한 사회적 비난과 모텔 등에 함께 들어간 것이 곧 성관계를 허용한 것이라는 통념이 사회적으로 만연해 있는 만큼, 또한 블랙아웃으로 인해 피해자가 기억을 하지 못하는 것일 뿐 여성의 동의가 있었다는 등의 주장이 받아들여지고 있는 만큼 이는 가해자들에게도 효과적인 변소 내용이 된다. 때문에 비면식 관계에서의 일방적인 성폭력에서와 같이 가해자를 특정하기 위한 증거들은 중요치 않다.

더구나 가해자들은 성관계가 있었던 사실 자체를 부정할 필요가 없다. 오히려 성관계에 실패했을 경우의 그러한 상황에 대한 변소는 성관계가 성공했을 경우보다 더욱 힘들다. 위와 같이 피해자와 합의된 것이었다는 통념이 강력하게 통용되고 있는 상황에서는 장애 미수에 그친 이유를 설명하는 것이, 남성의 성욕 해소를 자연스러운 것으로 간주하는 상황에서는 실행의 착수 이후의 중지 미수를 설명하는 것이 더욱 힘들 것이기 때문이다. 그럼에도 불구하고 법원은 가해자가 성관계를 가진 사실 자체를 은폐하기 위한 적극적인 행위를 하

지 않았다는 점을 오히려 강제적인 성관계가 있었다는 사실을 부정하는 정황으로 고려한다.

뿐만 아니라 친절한 가해자의 사후 행위 역시 그 범의를 판단하는데 고려되고 있다. 2015도1984, 2014도9898 사건에서와 같이, 가해자라면 피해자를 택시에 태워 집에 보내주거나 친절하게 밥을 같이 먹지 않았을 것이라는 주장이 그것인데, 가해 남성의 '기사도'로 둔갑한 사후 행위들에 대한 이와 같은 관점은 친밀한 관계에서 발생하는 로맨스와 폭력 사이를 넘나드는 남성들의 행위에 대한 성찰을 수반하지 못하고 있음을 보여주는 것이기도 하다. 제시된 판결문의 대다수 가해자들이 술이 덜 깬 피해자와 술을 마시고 그녀를 택시에 태워 집까지 바래다주거나 병원, 약국 등에 동행했다는 점은 피해자 진술을 의심하거나 가해자의 범의를 부정하는 논거가 되고 있다. 아는 사이에서 발생한 성폭력 상황에 대한 이와 같은 남성중심적 관점 혹은 그 진실에 대한 의도적인 침묵을 통해 그러한 행위들이 일방적인 성폭력과 공존할 수 있는 가능성은 부정되고 있다. 2017도6707에서 정액을 남기는 가해자의 행위가 고의를 부정하는 사정이 되었던 것과는 반대로 가해자가 콘돔을 사용한 사정 역시 그의 사려 깊은 행태로 간주되기도 했다. 앞서 언급한 바와 같이 사례1은 피해 사실을 회사 대표에게 알렸지만 돌아온 반응은 '콘돔 썼다며, 그걸 겁탈이라고 할 수 있나?'라는 것이었다.

78

사례10은 남자친구와 술을 마시고 화장실에서 준강간 미수 피해를 당했다. 함께 술을 마시며 피해자가 술에 취해 어지러워 할 때 남자친구가 기댈 수 있게 자리를 바꿔주었고 피해자 역시 '술을 마시고 나니 계속 놀고 싶은 마음, 헤어지기 아쉽다는 생각'이 들기까지 했다. 하지만 피해자의 의사와 상관없이 남자친구는 외진 곳으로 데려가 키스를 했고 이에 불쾌해 하며 피해자가 택시를 타고 집에 가겠다고 하자 여자 혼자 택시를 타는 것은 위험하다며 함께 따라 탔다. 그리고 접근처에서 내려 함께 손을 잡고 가다 상가 쪽 계단 화장실에서 성기 삽입을 시도했다.

“뭐지 왜 그러지? 따라갔는데.. 여자 화장실로 들어갔는데.. 그냥 얘기하면 되나
요? 여자 화장실로 들어가서, 문을 갑자기 잠겼어요. 그 때부터 조금 이상하
는 생각은 들었거든요? 아 솔직히 정신은 없었는데.. 취하기도 했었고.. 문은 왜
잠그지? 라는 생각은 했었어요. 게다가 화장실이니까. 왜 잠그지? 했는데. 또 그
상황에서도 벽에 뭘 밀치고 막 키스를 하더니 어.. 순식간에 막 제 옷을 벗겼어
요. 막 밑에.. 밑에 하의를 벗기고 자기도 다 벗었어요 밑에를. 진짜 너무 순식간
이라서 뭐 과정이 있었던 게 아니고 진짜 순식간에. 그렇게 하고 변기에다가 저
를 앉히고 나서 막.. 뭐라고 해야 되지? 음... 막 만졌어요.” (사례10)

혼자 택시를 타는 것만큼이나 성/폭력 피해의 가능성은 친밀한 관계에서도 상
존한다. 자신을 배려하던 남자친구의 로맨스는 상가 화장실 변기에 앉히고 꺽
꺽대는 모습으로 변해 있었다. 이후 가해자는 집 밖에서 기다리던 피해자의
부모님과 인사를 나누었고, 부모님은 택시를 함께 타고 와줘서 다행이라며 계
속 교제를 할 것인지 묻기까지 했다. 누가 봐도 ‘정상적인’ 데이트 관계, 그리
고 다소 강압적인 성관계 역시 로맨스의 일부일 뿐이라는 각본으로 인해 피해
자는 더욱 혼란스럽고 분노하고 있다.

79

덧붙여 지적하고 싶은 것은 사실 인정뿐만 아니라 양형에서도 성폭력에 대한
왜곡된 통념은 재생산되고 있다는 점이다. 2017도5184 사건에서는 유죄를 인
정하면서도 가해자가 자신에게 호감을 갖고 있다고 생각한 피해자에게 다소
‘우발적’으로 범행에 이르렀다고 실시하고 있다. 양형기준과 선택된 양형구간
을 제시하고 있지 않기에 이것이 어느 정도 양형에 영향을 미쳤는지는 알 수
없지만, 이는 답론 그 자체로도 문제적이라 할 수 있다. 과연 무엇이 우발적이
라는 것인가? 상대방의 동의 없는 성관계가 언제 어떠한 방식으로 용인될 수
있다고 생각하는지 그 가치 판단의 기준은 그와 같은 행위에 선재하는 것이기
때문에 가해자의 고의에 있어서의 우발성 즉, 가해자가 가진 왜곡된 성적 규
범이나 피해자에 대한 무시의 태도를 ‘우발적’인 것으로 볼 수는 없다. 혹은
삽입 행위를 우발적인 것으로 본다면 남성의 성욕 해소를 자연화하는 것은 물
론이고 성폭력을 성욕의 문제로 일축하는데 효과적으로 기여하는 셈이다⁶⁾.

6) ‘우발적 범행’을 이유로 한 감경요소의 채택은 피해자와 가해자가 아는 관계인 경우에 더욱

4. 나가며

진술이 범죄성립의 사실상 유일한 증거로 고려되는 준강간의 사례에서 위와 같이 피해자가 피해자의 전형에 부합했는지 여부는 진술의 신빙성과 피해 상황에서의 심신상실 여부, 가해자의 고의 등을 판단하는데 있어 주요한 기준으로 작동하고 있다. 피해 여성에게는 왜 적극적으로 저항하지 않았는지, 즉시 가해자를 떠나지 않았는지, 합의금을 요구했는지, 역으로 어떻게 그와 같이 기민하고 적극적인 대응이 가능했는지 등 ‘피해자다움’에 부합하지 않는다는 이유로 다양한 의심이 가해진다. 그리고 여성의 그와 같은 피해자다움의 부재는 가해자의 범의를 부정하는 데에도 효과적으로 활용되고 있다. 여기에는 비면식 관계에서 극단의 폭력을 수반하는 강간을 성폭력의 전형으로 보는 관점이 전제되어 있으며, 남성의 섹슈얼리티 행사를 자연화하고 반대로 여성의 그것을 불순한 것으로 간주하는 이중적인 젠더 규범 역시 작동하고 있다. 이와 같은 관점은 결국 피해 여성이 가질 수밖에 없는 공포와 혼란, 대응 방식의 합리성을 수용하지 않으면서 법 앞에 보호받을 여성을 수동적인 주체로 상정하고 친밀한 관계에서 성폭력이 발생하는 맥락에 대한 ‘합리적 의심’을 삭제하는 기제가 되고 있다. 위와 같은 전형에 터한 성폭력 엄벌주의와 미디어 담론을 여성 주의자들이 비판해온 것이 바로 이 때문이다. 그간 피해자의 경험과 대응 방식을 설명하는 수많은 연구들이 축적되고 성폭력 사건을 다루는 법원의 남성 중심적 사고에 대한 비판이 이어져 왔음에도 불구하고 법원은 선형적이고 추상적인 피해자의 전형을 상정하고 이에 부합하지 않는 피해자에 대한 의심을 ‘합리적 의심’이라 단언하고 있다.

80

준강간에서의 심신상실 또는 항거불능을 판단함에 있어 피해자의 수동적 태도나 거부하지 않았음을 동의로 인정하는 관점을 피해자가 자발적이고 분명하게 동의의 표시를 했다고 믿을만한 사정이 있는가의 문제로 전환될 필요가 있다는 주장은 충분히 일리 있다. 물론 이는 준강간에만 국한되는 것도 아니다. 하

말다는 주장이 제기되기도 한다. 추지현, 2016, “사법민주화와 엄벌주의: 성폭력 처벌제도의 사회적 구성”, 서울대학교 박사학위 논문

지만 현재와 같이 피해자의 입장에서 그와 같은 행위가 어떻게 가능했는지, 그것이 왜 비합리적인 것인지에 대한 질문은 삭제한 채 피해자다움에 대한 왜곡된 통념이 지속되는 한, 비동의간음죄가 도입된다 하더라도 실질적인 판결의 변화에는 장애가 잔존할 수밖에 없을 것으로 보인다. 구체적 사건에서 결국 피해자의 진지한 동의를 기대할 수 있었는지 여부를 판단하는데 있어서는 증거들 사이의 신빙성에 대한 평가와 ‘합리적 의심’의 존부에 기댈 수밖에 없기 때문이다. 그와 같은 합리적 의심의 합리성을 제고하기 위해서는 다양한 피해자들의 경험이 발화되고 공유되어야 할 것이다.

토론 3

상담 현장에서 바라본 준강간

최영지 (한국성폭력상담소 여성주의상담팀)

82

추지현 선생님의 발제문은 사법기관이 전제하고 있는 준강간 사건에서의 판단 기준이 피해자들에게 매우 불리하게 작동하고 있음을 제시하고 있다. 발제문은 준강간에서 심신상실 또는 항거불능 여부를 결정하는 피해자의 블랙아웃(기억 나지 않는) 경험이 첫째, 피해자 진술의 신빙성을 배척하고 둘째, 성폭력 피해자의 ‘피해자다움’을 의심하게 만들기에 쉽게 피해를 인정받지 못하고 있다고 한다. 여기에서는 추지현 선생님의 발제에 더해 실제 상담 현장에서 준강간 사건을 지원하면서 느낀 어려움과 최근 피해자들이 경험하는 무고에 대한 두려움을 정리해보고자 한다.

준강간 사건에서 심신상실을 다루는 방식의 한계

상담 현장에서 준강간 사건은 술, 수면, 약물 등으로 피해자가 정신을 잃고 제 대로 판단하기 어려운 상황에서 강간 피해를 입는 것으로 보고 있다. 상담소와 피해자들이 준강간이라고 보는 사건은 법적 판단에 비해 넓으며 이러한 격차 안에서 피해자들은 답답함과 억울함 또는 역고소에 대한 두려움을 호소한다. 지원했던 경험으로 보면 형사 사건에서 준강간은 1) 피해자가 얼마나 정신을 잃은 상태였는가 2) 관련한 증거가 있는가 3) 피해 이후 어떤 대처를 하였는가가 쟁점이 되는 것으로 보인다. 그러한 이유로 모텔에 피해자가 가해자의 등에 업혀서 들어갔는지, 기대어 들어갔는지, 아니면 두 발로 걸어갔는지가 문제가 되고 엘리베이터에서 똑바로 서 있는지 여부가 피해자의 심신상실을 결

정하는 증거로 채택된다. 이로 인해 준강간 사건에서는 해당 장소의 CCTV나 직원의 증언 등이 핵심 증거로 쓰인다.

그러나 실제로 상담 현장에서 만난 술과 약물 등으로 인해 심신상실을 경험하였다고 호소하는 피해자들은 공통적으로 어떻게 거기까지 갔는지 등이 기억나지 않는다는 점을 얘기하지 구체적인 행동을 설명하지는 못한다. 법에서 판단하는 심신상실이 피해자의 판단능력 상실과 저항 가능 유무를 알아보기 위한 것이라면 단순히 피해자가 어떤 식으로 서 있거나 걸어가고 있는 지로만 해당 여부를 판단해서는 안 될 것이다.

피해자다움으로 해석되지 않는 준강간 피해자들의 대응들

피해 이후 피해자가 어떠한 대처를 했는지 여부 또한 준강간 사건에서는 많은 쟁점이 되는데, 법에서는 피해자가 바로 피해 장소를 빠져나와 신고나 주변인에게 도움을 청해야 하는 것을 전제하고 있다. 이러한 이유로 피해자가 심신상실에서 깨어난 후에 가해자와 함께 나왔는지, 얼마나 같이 있었는지, 이후 어떤 연락을 주고받았는지가 문제시 된다. 그러나 실제 피해자들의 얘기를 들어보면 준강간 사건에서 피해자들은 굉장한 혼란을 경험한다. 심신상실에서 깨어난 이후 이 곳이 도대체 어디인지, 지금 이 상황은 무엇인지, 내가 동의한 것인지, 상대의 반응은 무엇을 의미하는지 모두 제대로 판단하기 어려워한다. 특히 모텔이나 가해자의 집에서 피해를 경험하는 피해자들은 본인의 의지로 해당 장소에 간 것이 아닌 경우도 많기에 깨어난 이후 더욱 급격한 혼란을 경험하게 된다. 술과 약물로 인한 피해였을 경우에는 정신이 깨어났다고 하더라도 그 영향력이 지속되고 있는 경우도 있어 명확한 판단을 할 수 있는 상태라고 보기 어렵다.

이러한 이유로 준강간 사건에서 피해자들은 본인이 경험한 것이 준강간이라고 판단하기까지도 시간이 걸리며 또한 본인의 기억에는 분명히 없는데 동의한 성관계였다거나 또는 ‘네가 더 적극적이었다’는 상대방의 주장으로 인해 피해

에 대해 정확히 규정 하지 못하기도 한다. 우리 사회에는 피해자 유발론이 여전히 존재하고 있기에 피해자들은 내가 오해할만한 행동을 취한 것은 아닌지, 술 취한 자체가 잘못은 아닌지와 같은 자책에 시달리기도 한다. “준강간의 피해자들은 다른 유형의 성폭력 피해자들에 비하여 자신이 경험한 것이 성폭력 피해라는 것을 설명 받은 것이 도움이 되었다고 응답한 경우가 훨씬 많았으며, 이는 일반화 할 수 있을 만큼 통계적으로 유의미한 차이”였다는 발제문의 내용은 이러한 특징적인 고통을 설명한다.

피해 인정의 어려움과 무고 역고소의 우려

84

이처럼 준강간 사건에서는 피해자가 피해 직후 바로 도망가거나 신고하는 경우를 쉽게 찾아볼 수 없다. 그러나 사법기관에서는 피해자의 심신상실 여부나 피해 이후의 혼란을 바라보는 관점이 매우 한정적이기에 피해자의 행동을 ‘일반적인 성폭력 피해를 입은 피해자로 보기 어렵다’고 판단하게 된다. 이러한 판단은 범죄에 대한 처벌이 제대로 이루어지지 못했다는 점에서만이 아니라 준강간 피해자들의 행동을 왜곡된 기준으로 잘못 판단하고 있다는 점에서 매우 문제적이다. 특히 최근에 들어서는 준강간 사건에서의 협소한 판단을 기준으로 피해자에 대한 무고 협박 등이 늘고 있다. 이는 단순히 가해자에게서 뿐 아니라 피해 사건을 담당하는 검사에 의해 이루어지는 경우도 있어 상담 현장에서는 심각하게 보고 있다.

일선 성폭력상담소들에서는 성폭력 범죄 신고율을 낮추고 피해자에게 고소에 대한 과도한 책임을 물어온 친고죄 폐지를 위해 힘써왔는데, 이제 친고죄가 폐지되고 신고율이 높아지자 성폭력 가해자들의 적극적인 역고소로 인해 고민하는 피해자들이 늘고 있다. 이는 여전히 성폭력 범죄가 인정받기 어려운 법적 요건에 있기 때문이다. 강간죄에서의 최협의설이 많은 문제가 되어 최근에는 그 기준이 많이 완화되었다고는 하나, 여전히 사법기관의 판단을 보면 왜곡된 성폭력 통념과 엄격한 피해자다움이 존재하고 있다. 실제 현장에서 만나는 성폭력 피해자들은 법이 요구하는 ‘통상적인 피해자의 행동’과 다른 행동을 하는

경우가 많다. 특히 준강간 사건에 있어 피해자의 신심상실 여부와 피해 이후의 행동을 판단하는 현재의 사법기관의 기준은 수정이 필요한 것으로 본다.

동의 여부와 비동의간음죄 신설의 사이

비동의간음죄의 신설 또는 도입에 대해서 발제문은 다소 유보적인 태도를 취하고 있는데 개인적으로는 동의하는 바이다. 동의를 (준)강간의 판단 기준으로 삼는 것은 성폭력 피해자의 행동(저항 여부 등)에 주목하는 데서 벗어나 가해자가 피해자에 대한 적절한 동의를 받았는지 여부에 주목하여 현재 피해자에게 집중된 수사의 틀이 옮겨간다는 의미가 있다. 또한 대다수의 성폭력 피해자들이 본인의 경험을 ‘피해’로 판단하는데 동의를 기준으로 한다는 점에서 유의미하다. 그러나 행위에 대한 동의 여부는 사회문화적 맥락 속에서 구성되므로 자의적으로 판단될 수 있으며 때로는 피해자에게도 과도한 책임을 지우게 되므로 죄를 신설하는 것은 신중할 필요가 있다.

85

그럼에도 불구하고 오늘날 행위에 대한 동의 여부가 판단기준으로 중요하게 부상하는 데에는 현재의 심신상실의 기준, 또는 폭행·협박과 저항의 유무만으로는 실제 피해자들이 경험하는 성폭력을 설명할 수 없기 때문이다. 따라서 수사재판 과정 안에서 가해자가 피해자에게 명시적인 동의 표시를 확인했느냐가 다루어지는 것은 중요하다고 생각이 든다. 최근 강간 피해자가 무고로 역고소 당하였다가 무죄 판결이 난 사건이 있었다. 판결문을 살펴보면 재판부는 단순히 폭행·협박 또는 저항 여부 뿐 아니라 가해자가 피해자의 자발적이고 명시적인 동의 의사를 확인하였는지를 기술하였는데 동의 여부가 강간의 판단을 결정하는 핵심은 아니었더라도 피해자 입장에서는 의미 있는 내용을 살폈다는 점에서 매우 환영할만한 판결이었다. 이와 같은 유의미한 판례는 피해자들의 실제 경험칙이 수사재판과정에서 충분히 녹아들어야 가능하며 이는 준강간 사건에서도 동일할 것으로 보인다. 오늘의 토론회는 판례를 통해 사법기관이 준강간 사건을 다루는데 있어 과도하게 협소한 해석을 내세우고 있다는 점을 지적하기 위한 자리이다. 우리 사회가 사법기관에 성폭력 피해자를 바라보는 전문성을 기대하고 있음을 기억해야 한다.

토론 4

무고는 어떻게 피해자의 권리 보장을 가로막는가?

김홍미리 (여성주의 연구활동가)

86 서발틴은 말할 수 있는가. 라고 묻던 스피박의 질문은 언제까지 유효해야만 할까. 추지현 박사의 논의는, 꾸준히 말해왔음에도 불구하고, 마치 세상이 경계 밖에 존재하기라도 한 듯이, 우리에게 도달하지 못하는 여성들의 목소리에 대해 이야기한다. 같은 이야기를 수십 년째 해야 하는 걸 보면 아마도 그 목소리는 (우리에게) 들리지 않는 것이 아니라 (우리가) ‘듣지 않는다’고 봐야 할 것 같다. 어떤 목소리가 나에게 도달할 것인가는 말하는 사람의 몫이 아니라 온전히 듣는 이의 몫이기 때문이다. 이 토론문은 추지현 박사의 글에 공감하면서 피해자의 목소리가 왜 아직도 ‘반사중’인가라는 질문에서 시작해 보았다.

1. 무고죄 추정의 원칙?

발제문이 연구의 재료로 삼고 있는 준강간 무죄 판결문을 전해 받았는데, 그것들을 읽어내려 가면서는 이 판결문이 ‘준강간’에 대한 판결문인지 아니면 성폭력 ‘무고’에 대한 판결문인지 헷갈렸다. 판결문들은 마치 가해자에게는 무죄추정의 원칙을 적용하고 피해자에게는 무고죄 추정의 원칙을 적용하기라도 한 듯이, 가해자의 진술로부터는 무죄를 추정하고 피해자의 진술에서는 무고를 추정하고 있었다. 어떤 판결문은 전체가 피해자 진술에 대한 분석만 줄기차게 적혀있어서 피해자 ‘진술불일치죄(?)’에 대한 판결문인가 싶기까지 할 정도다. 성폭력 사건의 특성상 당사자의 진술이 주요한 증거가

될 수밖에 없다면, 계속 깨물을 당해야 하는 사람은 피해자가 아니라 가해자여야 한다. 피해자가 심신상실이 아니었음을 피해자의 말을 통해 증명하는 게 아니라, 가해자는 어떤 경로로 피해자가 심신상실이 아니라고 판단했는지, 그렇게 생각하게 된 이유들을 묻고 그 이유에 대한 합리적 의심을 품어야 하는 거다. 하지만 재판부는 줄곧 피해자에게만 묻고 있었다. 결국 무죄추정의 원칙(가해자)과 무고 추정의 원칙(피해자)이 만나면서 준강간 무죄판결들이 줄기차게 쏟아지는 중이다.

(1) 가해자가 1심에서 유죄였던 사건이 2심에서 ‘피해자가 피고인을 피하기 위해 몸을 움직였다는 것은 당시 피해자가 잠에서 깨어나 의식이 있는 상태였다고 볼 수밖에 없다(2015노491)’는 이유로 무죄가 된 사건, (2)가해자가 경찰에서 “합의하에 한 것은 아닙니다”라고 진술했음에도 불구하고 ‘피고인이 피해자를 간음하던 때에 피해자가 피고인에게 “나에게 왜 그러느냐”라고 말하였다는 것은 그 무렵 피해자가 심신상실이나 항거불능 상태에 있지 않았다고도 추정할 수 있다’(2014노817)며 무죄를 선고한 사건 등은 판사의 ‘합리적 의심’의 방향이 누구를 향해있는지를 보여준다.

87

이때, 판사가 피해자가 ‘의식이 있는 상태였다고 볼 수밖에 없다’고 판단하는 주체, 항거불능이 아니었다고 추정하는 주체가 되는 장면이 판결문의 독해 포인트다. 재판부가 추정하고 판단하는 내용들은 굉장히 흥미롭다. 이걸 판사의 언어가 아니라 가해자가 언어이고, 가해자가 재판부에 호소해야 하는 말을 재판부가 대신해주는 장면이라 할 만하다. 가해자 변호인의 말을 흡사 그대로 붙여 쓴 듯한 이 문장들은 재판부가 누구의 입장에 공명하고 어떤 입장에 서서 재판에 임하는지를 말해주고 있다. 재판부는 가해자의 입장을 대변할 것이 아니라 가해자에게 질문했어야 한다. ‘피해자가 몸을 움직였다는 것이 잠에서 깨어나 의식이 있는 상태였다는 것으로 생각했습니까? 왜 그렇게 느꼈습니까? 그런 피고의 판단에 오류가 있을 가능성은 없습니까? 피해자의 의식이 없다는 생각을 피고는 정말 그 당시에 한 번도 해본 적이 없습니까? 피해자가 의식이 없거나 판단불능의 상태여서 강간을 시도할 수 있었던 것은 아닙니까? 피해자가 분명하게 의식이 있었다면 피고와

성관계에 응했을 것이라 생각합니까?’라고 물었어야 한다. 그것이 바로 ‘철저한’ 조사이고 ‘합리적’ 의심이다.

요컨대 피해자를 의심하고 피해자에게 질문하고 피해자에게 강간이었음을 확인할게 아니라, 가해자에게 강간 아님을 확인받아야 한다는 얘기다. (그리고 이 얘기는 한국성폭력상담소 이하 반성폭력 운동단체에서 30년 넘게 해 온 이야기이므로 긴 말은 생략한다) 무고 심판이 아닌 준강간 사건에서 재판부의 의심이 머물러야 할 곳은 가해자의 진술이지 피해자의 진술이 아니다. 질문해야할 대상은 피고인이지 피해자가 아닌 거다. 어쩌다 준강간 사건의 판결문이 무고죄 판결문이 되었을까... 피해자가 꽃뱀일지도 모른다는 두려움은 어쩌다 성폭력 판결문의 디폴트 값이 되었을까. 어쩌다 꽃뱀에게 무고하게 걸린 ‘남성’들의 고통이 피해자들의 고통을 가뿐히 의심해도 된다(의심해야 한다)는 명령어가 되었을까, 그 사이에서 삭제된/삭제될 피해자의 목소리는 또 어디로 사라질 것인가.

2. 비합리적 의심 속에서 피해자의 성폭력 말하기는 가능할까.

- 말하면, 들어줄까.

여성학자 허민숙(2017)은 성추행 피해자에서 무고죄 피고인이 된 차진영씨의 사건을 추적하면서 수사과정의 비합리성을 논증한다. 차진영씨의 ‘당당한’ 모습이 수사관에게 ‘피해자답지 못한 행동’으로 해석되고, ‘피해자다움’에서의 이탈과 ‘꽃뱀’을 일치시킨 수사관의 인지회로 덕분에 차진영씨는 최초 수사 단계부터 무고를 의심받는다. 이후 그는 수사과정에 대한 불신과 신뢰받지 못하고 있다는 공포심으로 더 적극적인 변호를 하게 되는데, 이러한 적극적인 태도까지도 ‘죄질이 나쁘다’고 해석되었다(사선변호사를 선임 > 죄질 나쁨 > 영장실질심사 진행하겠다고 통보함). 피해자의 말을 불신하는 이러한 관행들을 두고 허민숙은 “증언 부정의(testimonial injustice)”라고 설명한다. ‘증언부정의’란 듣는 사람의 편견으로 인해 말하는 사람의 진술이 신뢰받지 못하는 현상으로, 말하는 자 개인이 아니라 그 사람이 속한 집단

의 사회적 정체성에 의거한 편견을 그 원인으로 한다.¹⁾ 요컨대 여성 집단에 대한 사회적 편견이 피해자의 증언에 대한 신뢰에 영향을 미치며, 편견을 체화한 사람일수록 합리적인 이유 없이 피해자의 증언을 믿을만하다고 느끼지 않는다는 얘기다. ‘준강간 성폭력 피해자가 보이는 통상적인 행동과는 사뭇 다르다’, ‘일반적으로 강간을 당했다고 주장하는 피해자가 할 수 있는 행동은 아닌 것으로 보인다’는 말을 내뱉는 재판부와 그것을 이유로 의심받는 성폭력 상황, 구조요청을 하지 못한 이유와 가해자와 설령탕을 먹은 이유에 대해 재차 말해도 그 상황이 고스란히 피해의 맥락으로 받아들여지지 않는 상황은 이 사회에서 여성의 경험과 언어를 신뢰할 수 없다고 느끼는 정서구조의 문제라는 얘기다. 사회적 서열상 저들의 말보다는 내 판단이 권위가 있다고 느끼면서 안정적으로 상대의 진술에 대한 의심이 가능해진다.

증언부정의에 의한 피해는 어렵지 않게 발견된다. 준강간 당시의 상황에 대해 ‘기억이 난다고 하면 심신상실 상태가 아닌 게 되고 기억을 못하면 (그게 강간인지 아닌지) 어떻게 아느냐’라고 질문 받는 피해자의 위치는 제 말에 무게 추를 달지 못한 여성의 지위를 반영하는 것들이다. 그 어떠한 말도 믿을 마음 없는 질문자에게 피해자 진술은 무죄와 무고 증거의 보루이며, 그러한 질문자 앞에 세워진 피해자는 의심 받을지도 모른다는 불안 속에서 아슬아슬한 살얼음판을 걷는다.

피해자다움의 신화, 강간은 웬만해서는 가능하지 않다는 남성중심적 신념체계는 피해 경험이 비집고 들어갈 틈을 내어주지 않을 뿐 아니라, 신화와 신념에 포획되도록 각색한다. 피해자를 행한 (1)‘피해자다움’의 요구(그렇지 않으면 ‘합리적으로’ 의심할 것), (2)심신미약 입증에 대한 요구(미약해도, 미약하지 않아도 계속 질문해서 무죄와 무고의 증거인 진술 불일치를 발견할 것)야말로 포획을 위해 견고하게 짜놓은, 꽤 잘 짜여진 성적지배의 덫이다.

1) 허민숙(2017), “너같은 피해자를 본 적이 없다 - 성폭력 피해자 무고죄 기소를 통해 본 수사 과정의 비합리성과 피해자다움의 신화”, 한국여성학 33(3).

3. 피해자에 대한 공감은 가능한가.

미국의 사학자 린 헌트는 18세기 ‘인권’이라는 개념이 탄생할 수 있었던 건 사람들이 ‘인간의 권리’라는 개념에 공감할 수 있는 능력이 생겨났기 때문이라고 말한다. 나 아닌 다른 인간(타인)도 고통을 느낄 수 있다는 걸 아는 것, 그런 마음의 탄생 덕분에 사람들은 (생똥맞고 낫선) ‘인권’이라는 단어를 자연스럽게 받아들일 수 있었다는 얘기다. 헌트의 이런 논의는 여성인권이라는 단어와 관련된 법과 제도가 있어도 여전히 받아들여지지 않는 작금의 문제를 새롭게 인식할 수 있는 단서를 제공한다.²⁾ 여성인권은 단어가 있으되, 아직까지 ‘여성’이라는 접두사를 떼지 못했다. ‘인권(인간의 권리)’에는 공감하나 ‘여성의 권리있음’에는 공감이 어려운 세계, 여성의 경험과 맥락은 보편이 아니라 부분적 경험으로 밀려나는 세계, 이런 세계에서 성폭력 피해에 대한 공감은 여전히 소원하다.

90 포르노는 이론이고 강간은 실천이라는 매키년의 논의는 2017년 한국사회에서 그 힘을 발휘하는 중이다. 온오프라인을 오가며 여성의 몸에 대한 비동의 촬영 및 유포가 거대한 시장을 형성했고 피해 여성에게 공감하지 ‘않는’ 일이 남성 집단의 습이 되어가는 중이다. 웹툰, 영화, 드라마 등 장르를 망라해 데이트폭력과 준강간이 씬이나 과격한 연애 정도로 재현되는 사회이고, 별다른 노력 없이 남성들은 강간을 학습한다. 피해자들이 겪는 ‘혼란의 시간’이 길어지는 것도 강간문화이 일상화 때문이다. 그것이 씬인지, 해프닝인지, 꿈인지, 강간인지, 정말 강간인지, 정말... 정말... 정말 그것은 강간이었는지...를 생각하는 데에는 긴 시간이 필요해지는 거다.

아는 사이에 강간이 발생할 때, 피해자는 가해자의 상황을 ‘주요하게’ 고려한다. 요컨대 피해자는 가해자를 ‘배려한다’. ‘관계에 대한 고려’는 한국사회에서 여성들에게 디폴트값으로 주어진 젠더롤이어서 그렇다. 친밀한 관계에

2) 린 헌트는 인간에 대한 공감능력을 만들어낸 것으로 18세기의 서간소설 등 개인의 경험에 이입이 가능한 새로운 독서/공연문화에서 찾는다. 공감능력의 탄생으로 그 사람의 ‘권리있음’을 받아들이게 되었고 이것이 새로운 정치적신념(인권)의 탄생으로 이어졌다는 것.

서 폭력이 일어날 때 피해당사자인 여성이 그 관계의 ‘정상화’를 위해 그 자리에 남아있는 것도, 이러한 성역할 수행의 흔한 예다. “왜 그러고 살아?”, “왜 그런데도 말을 안했어?”, “왜 신고를 안했어?”, “그걸 몰랐다는 게 말이 돼?”라고 질문하지만, 그 질문을 여성에게 던졌던 사람들은 그에 앞서 여성에게 그러고 살 것을, 말하기 보다는 참을 것을, 신고보다는 더 노력할 것을 요구해왔던 이들이다. 그것을 ‘폭력으로 인지하지 못하는 것’은 그 여성이 둔하고 바보같아서(!)가 아니라 그것이 – 여성이 동의하지 않은 성관계 혹은 여성에 대한 강압적 통제가 – 한국사회의 ‘지배적인’ 이성애 성 규범이기 때문인 거다.

피해자들이 공통적으로 겪는 ‘혼란의 시간’, 이것이 바로 피해자다움이고, 가해자와의 관계를 고려하는 것이 피해자스러운 행동이다. 이제 우리가 해야 할 것은 의심이 아니라 공감해보려는 노력이다. 이제까지 일관되고 말해왔던 경험에 귀 기울이려는 시도이고 굳은 내 몸을 말랑하게 하는 연습이어야 한다. 그래야 법도, ‘합리적 의심’의 정의로운 방향과 내용을 찾아갈 수 있을 것이다.

2017 성평등한 사회를 위한

성폭력 판례뒤집기

모의법정

누가 무고를 두려워해야 하는가?

: 성폭력 가해자의 역고소에 대한 피해자의 반격

일 시 2017년 6월 2일(금) 오후 3:00~5:00

장 소 이화여자대학교 모의법정(법학관 405호)

주 최 이화여자대학교 젠더법학연구소,
한국성폭력상담소

주 관 한국성폭력상담소

2016 성평등한 사회를 위한

성폭력 판례뒤집기 모의법정

일시 2017년 6월 2일(금) 오후 3:00~5:00
 장소 이화여자대학교 모의법정 (법학관 405호)
 주최 이화여자대학교 젠더법학연구소, 한국성폭력상담소
 주관 한국성폭력상담소

누가 무고를 두려워해야 하는가
 : 성폭력 가해자의 역고소에 대한 피해자의 반격

15:00	오프닝 및 개정선언	피해자의 관점으로 본 사건 개요 영상 재판부의 개정선언
15:08	모두진술	검사 공소요지 피고인측 변호인 모두진술
15:12	증거조사	검사 측 증거조사 : 카카오톡 대화내역 피고인 측 증거조사 : 진술서
15:20	증인신문	피해자에 대한 신문 피고인 신문 피해자의 친구에 대한 신문 한국성폭력상담소 활동가에 대한 신문 소모임 회원에 대한 신문
16:10		휴정 시간 검사 최종의견 피고인 측 변호인 최종의견
16:20	최종의견	피해자 변호사 최종의견 피고인 최종진술 피해자 최종진술
16:35		방청인 의견개진
16:55	최종판결	재판부의 판결
17:00		폐정

모의법정 기획의도

〈2017 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 가능하게 하는 척도입니다.

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 증가하고 있는 가해자의 무고 역고소에 대하여 수사재판기관이 이를 무고로 인지하고 가중 처벌할 것을 제언하고자 가상의 사건을 바탕으로 구성된 대안적인 모의법정입니다.

모의법정

모의법정 대본



오프닝 영상

(방청인에게 사전 정보를 전달하기 위하여 모의법정에서 다룬 사건의 개요를 보여주는 오프닝 영상이 상영된다)

96

Scene 1. 한국성폭력상담소에서의 초기상담

2017년 1월 초순

한국성폭력상담소에 걸려온 상담 전화

[피해자] 혹시 이런 경우에도 고소할 수 있나요?

[피해자] 무고로 걸릴 수도 있다고 하던데…….

Scene 2. 가해자와의 관계(회상)

2016년 3월 중순

대학 내 소모임에 가입했다가 가해자와 처음 만나다.

Scene 3. 준강간 피해 경위(회상)

2016년 10월 중순

모임 뒤풀이에서 술을 많이 마신 피해자를 집까지 데려다주겠다며 쫓아온 가해자

[가해자] 이야기 좀 더 하자.

[가해자] 너 원룸에서 혼자 살지?

[가해자] 근처 편의점에서 술 사가지고 가서 너희 집에서 편히 마시자.

아무 의심 없이 가해자의 제안을 받아들이고,

그 후로 무슨 일이 있었는지 제대로 기억하지 못하다.

준강간 피해 발생

Scene 4. 준강간 피해 직후 피해자의 대처
(가해자에게 카카오톡 메시지를 보내는 피해자)

피해자 : 어제 어떻게 된 거예요?
 피고인 : 무슨 말이야? ㅎㅎ
 피해자 : 어제 저한테 하면 안 되는 짓 하셨잖아요.
 피고인 : 아..
 피해자 : 왜 그랬어요?
 피고인 : 미안해..내가 어제 너무 취해서ㅠㅠ
 피해자 : 그게 다예요?
 피고인 : 아 진짜 미안해ㅠㅠ내가 제정신이 아니었나봐ㅠㅠ
 피해자 : 어떻게 저한테 이럴 수 있어요?
 피고인 : 잘못했어..한 번만 용서해줘ㅠㅠ
 피해자 : 지금 그걸 말이라고 해요?
 피고인 : 한 번만 넘어가줄 수 없겠니?ㅠㅠ 나 공무원시험 준비하는 거 알자나..

피해 당일, 친구와 만나서 상의하다.

[피해자 친구] 그건 성폭력이야. 학교에 있는 양성평등센터에 가보는 건 어때?

피해 다음날, 양성평등센터

[피해자] 이거 경찰에 신고하려면 어떻게 해야 해요?

[상담원] 잘못하면 무고로 걸릴 수도 있어요.

Scene 5. 대학의 결정

2016년 11월 중순

[가해자] 성폭력 절대 아닙니다. 합의한 성관계였습니다.

조사위원회의 심의결과

- 피해자가 평소 피고인을 좋아한 점
- 피해자가 사건 당시 술에 취해 있었고 기억이 불분명한 점
- 피해자의 집에서 성관계를 한 점

성폭력 여부 불인정

Scene 6. 고소 전 2차 피해

2016년 11월 하순

대학 내에 피해자가 꽃뱀이라는 소문이 퍼지다.

결국 학교를 휴학한 피해자.

불면증과 우울증이 극심하여 정신과 치료를 받는다.

Scene 7. 고소 결심

2017년 1월 초순, 한국성폭력상담소

[피해자] 이대로 놔두면 그 인간은 앞으로도 또 누군가에게 성폭력을 저지르겠죠?

[피해자] 그 인간이 한 짓이 얼마나 나쁜 짓인지 깨닫게 만들고 싶어요.

2017년 1월 중순

가해자를 준강간으로 고소하다.

수사과정에서도 가해자는 혐의를 전면 부인하다.

Scene 8. 고소 후 2차 피해

2017년 2월 초순

가해자와 가해자 가족들의 집요한 연락에 시달리다.

고소 취하 및 처벌불원서 제출 중용.

무고로 맞고소 하겠다는 협박.

친구들에게까지 계속 되는 전화, 문자, SNS 쪽지, 이메일…….

2017년 2월 중순

가해자가 피해자의 집 앞까지 찾아오다

[피해자 엄마] 이러다가 해코지를 당할까봐 겁난다. 그냥 합의해주고 잊자.

[피해자] 합의금 받았다가 꽃뱀으로 몰리면 어떡해요?

[피해자] 힘들고 무섭지만, 이제 와서 그만둘 수는 없어요.

Scene 9. 가해자의 역고소

2017년 3월 중순

경찰의 출석 요구를 받다.

변호사와 동행하여 출석하다.

[경찰] 지금부터 무고 피의자로서 조사를 받으셔야 합니다.

[경찰] 상대측에서 무고로 고소했어요.

Scene 10. 검사의 결정

2017년 4월 중순

검찰의 사건처분결과통지서

피해자에 대한 판단 = 무고 “혐의 없음”

가해자에 대한 판단 = 준강간과 무고 “공소제기”



모두 절차

〈개정 선언〉

재판장 지금부터 2017고합123호 준강간등 사건에 대한 재판을 시작하겠습니다.

재판정에 방청인들이 많이 와 있습니다. 미리 준수사항 안내문을 보내드렸던 바와 같이, 검사와 피고인 또는 변호인, 그 밖의 소송관계인은 재판 과정에서 피해자의 성명이나 주소, 그 밖의 피해자를 특정하여 파악할 수 있는 인적사항 등이 공개되거나 타인에게 누설되지 않도록 주의하여 주십시오. 어렵게 느껴지실 수 있지만 성폭력 피해자의 인권을 보장하기 위함이므로 피해자를 호칭할 때는 반드시 ‘피해자’ 또는 ‘고소인’, ‘증인’ 등으로 호칭하여 주시기를 부탁드립니다.¹⁾

검사 예.

변호인 예.

재판장 (피고인을 바라보면서) 피고인 김민준 본인 맞습니까?

피고인 네.

재판장 피고인은 원하지 않는 경우 말하지 않거나 질문에 대한 대답을 거부할 수 있고, 피고인에게 유리한 사실에 대해서는 말할 수 있습니다. 피고인이 이 법정에서 하는 말은 유죄의 증거로

1) 성폭력 피해자의 인권을 보장하는 대안적인 법정의 모습을 보여주기 위하여, 재판장이 피해자에 대한 존중과 배려를 당부하면서 재판을 시작하였음. 이에 따라 본 모의법정 대본에서는 의도적으로 피해자의 이름을 단 한 번도 언급하지 않았음.

참고 자료 : 『성폭력 재판절차에서의 피해자 증인신문』, 「부록」 성폭력 피해자 증인신문 재판참고사항, 대법원 사법정책연구원, 2016

사용될 수 있습니다. 잘 아시겠습니까?

피고인 네.

재판장 그러면 검사 측의 공소요지부터 듣도록 하겠습니다.

〈검사의 모두진술〉

검사 예. (자리에서 일어서서)

피고인 김민준은 사건 당시 만23세의 대학생으로, ‘공무원시험을 준비하는 소모임’을 운영하는 소모임장이었습니다. 피해자는 사건 당시 만21세의 대학생으로, 2016년 3월경에 ‘공무원시험을 준비하는 소모임’에 가입하면서 피고인과 처음 만났습니다. 이 소모임은 매주 수요일마다 진행되었고, 사건 전날인 2016년 10월 19일에도 모임이 있었습니다.

첫 번째 공소요지입니다. 피고인은 2016년 10월 20일 오전 0시 26분경 모 호프집에서 소모임 회원인 피해자를 강간하기로 마음먹었습니다.

같은 날 오전 2시경 피고인은 피해자의 원룸에서 술에 취해 있는 피해자를 침대에 눕힌 후 항거불능 상태에 있는 피해자의 옷을 벗기고 피해자의 배 위로 올라타 피고인의 성기를 피해자의 성기에 삽입하였습니다.

이로써 피고인은 피해자의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 피해자를 1회 간음하여 강간하였습니다.

두 번째 공소요지입니다. 피고인은 2017년 3월 초경 서울특별시 서초구에 있는 김민지 변호사 사무실에서, 피해자로 하여금 형사처분을 받게 할 목적으로 김민지 변호사에게 컴퓨터를 이용하여 피해자에 대한 허위 내용의 고소장을 작성하게 하였습니다.

그 고소장은, 피고인이 피해자를 강간한 사실이 없음에도 불구하고 피해자가 피고인으로 하여금 형사처벌을 받게 할 목적으로 피고인으로부터 1회 강간당하였다고 허위 사실로 경찰서에 고소하였으므로 엄정히 조사하여 엄벌에 처해 달라는 취지의 내용이었으나, 사실은 피해자는 피고인을 무고한 사실이 없었고 오히려 피고인이 첫 번째 공소요지와 같이 피해자를 1회 강간한 것이었습니다.

그럼에도 불구하고 피고인은 2017년 3월경에 서울에 있는 경찰서에 김민지 변호사 사무실의 직원으로 하여금 그곳에 근무하던 성명을 알 수 없는 경찰관에게 위 고소장을 제출하게 하였습니다.

이로써 피고인은 공무소에 대하여 허위의 사실을 신고하여 무고하였습니다.

이에 검사는 피고인에게 형법 제299조(준강간, 준강제추행)과 형법 제156조(무고)에 따라 공소를 제기합니다. 이상입니다.

(자리에 앉는다)

<피고인 측 변호인의 모두진술>

재판장 피고인 측 변호인 모두진술 하십시오.

변호인 예. (자리에 일어서서)

피고인은 2016년 10월 20일 새벽 2시경에 고소인을 강간한 사실이 없고 합의 하에 성관계를 하였을 뿐입니다. 그런데 고소인이 합의 하에 한 성관계에 대하여 피고인이 고소인을 강간하였다고 무고하였는바, 피고인은 있는 그대로의 사실을 고소하였을 뿐이므로 고소인을 무고한 사실도 없습니다. 그러므로 공소사실 전부를 부인하는 바입니다. 요컨대 피고인은 준강간과 무고에 대하여 무죄를 주장합니다. 이상입니다.

〈쟁점정리 및 증거신청〉

재판장 피고인과 변호인은 이 사건 공소사실에 대해서 전부 부인하고 있습니다.

검사는 이 사건 공소사실에 대한 입증계획을 밝히시고 증거를 신청하십시오.

검사 예. 검사는 피고인이 이 사건 범행에 대하여 유죄임을 입증하겠습니다. 이를 위하여 검사는 사건 당일 피해자와 피고인이 주고받은 카카오톡 대화 내역을 증거자료로 신청합니다. 또한 본 사건의 피해자 본인과 피고인 김민준, 그리고 피해자의 친구 김정화와 한국성폭력상담소의 상담지원자인 조은희 등 4인을 증인으로 신청합니다.

재판장 피고인 측은 검사가 신청한 증거에 대해서 의견 있으십니까?

변호인 별다른 의견 없습니다.

재판장 그러면 검사가 신청한 증거들을 모두 채택하겠습니다.

피고인과 변호인도 주장에 관한 입증계획을 밝히시고 증거를 신청하십시오.

변호인 예. 변호인은 피고인이 준강간 혐의에 대하여 무죄이고, 그러므로 무고 혐의에 대하여도 무죄임을 입증하겠습니다. 사건 당시 고소인이 이 사건 공소사실이 주장하는 바와 달리 심신 상실 내지 항거불능의 상태가 아니었음을 증명하기 위하여 고소인의 원룸 인근 편의점에서 사건 당일 근무했던 직원의 진술서를 증거로 신청하고, ‘공무원시험을 준비하는 소모임’의 회원이었던 홍채린을 증인으로 신청합니다.

재판장 검사는 변호인이 신청한 증거에 의견 있으십니까?

검사 없습니다.

재판장 알겠습니다. 변호인이 신청한 증거들을 채택하겠습니다.



증거 조사

검사 측 증거 : 카카오톡 대화 내역

재판장 그럼 지금부터 증거조사를 시작하겠습니다. 먼저 카카오톡 대화 내역에 대해서 조사하겠습니다.

검사 예. 방청인 여러분은 순서지 제3쪽을 참고하시기 바랍니다.

피해자 : 어제 어떻게 된 거예요?
 피고인 : 무슨 말이야? ㅎㅎ
 피해자 : 어제 저한테 하면 안 되는 짓 하셨잖아요.
 피고인 : 아..
 피해자 : 왜 그랬어요?
 피고인 : 미안해..내가 어제 너무 취해서ㅠㅠ
 피해자 : 그게 다예요?
 피고인 : 아 진짜 미안해ㅠㅠ내가 제정신이 아니었나봐ㅠㅠ
 피해자 : 어떻게 저한테 이럴 수 있어요?
 피고인 : 잘못했어..한 번만 용서해줘ㅠㅠ
 피해자 : 지금 그걸 말이라고 해요?
 피고인 : 한 번만 넘어가줄 수 없겠니?ㅠㅠ 나 공무원시험 준비하는 거 알자나..

103

지금 보시는 것은 2016년 10월 20일 새벽에 이 사건 첫 번째 공소사실인 준강간이 발생한 이후, 같은 날 오후에 피해자와 피고인이 주고받은 카카오톡 대화 내역입니다.

보시다시피, 피해자는 준강간 피해를 입었음을 인지한 즉시 피고인에게 범행에 대하여 따졌습니다. 피고인은 피해자가 사건에 대하여 기억하고 있음을 깨닫자 황급히 사죄하며 용서를 빌었습니다. 스스로 피해자를 준강간하였음을 인정하였던 것입니다. 대화 당시 피고인은 예상치 못한 피해자의 책망에 당황하여 엉겁결에 범행을 사죄하였고, 고소 및 처벌을 면하

기 위하여 필사적으로 피해자를 회유하고자 했습니다. 그러므로 위 대화 내역은 이 사건 준강간 혐의에 대한 강력한 증거라고 볼 수 있습니다.

비록 피고인은 이 사건의 수사 및 재판 과정에서는 범행을 전면 부인하고 합의된 성관계였음을 주장하고 있으나, 이는 처벌의 불이익을 회피하기 위함일 뿐입니다. 위 대화 내용상으로도 나타난 바와 같이 피고인은 공무원 시험에 응시하려고 준비 중인데, 금고 이상의 형을 선고받게 될 경우 공무원 시험의 응시 자격사유에 해당하게 됩니다. 사건 이후 피해자의 고소로 인해 처벌받을 위기에 놓인 피고인은 오히려 피해자를 무고로 고소함으로써 준강간 혐의에서 벗어나고자 도모하였습니다. 그러므로 위 대화 내역은 피고인이 피해자를 허위 고소하여 무고한 동기에 대한 증거이기도 합니다. 이상입니다.

104

재판장

피고인과 변호인은 이 증거에 대해서 의견 있으십니까?

변호인

예. 카카오톡 대화 내역을 다시 한 번 봐주십시오. 어디에도 고소인이 명시적으로 강간이나 성폭력이라고 이야기하는 대목은 없습니다. 고소인은 그저 ‘어제 어떻게 된 거예요?’, ‘이제 어떡할 거예요?’라고 물었을 뿐입니다. 마찬가지로 피고인도 명시적으로 강간이나 성폭력을 했다고 인정한 사실이 없습니다. 왜냐하면 애초부터 고소인을 강간한 사실이 없기 때문입니다.

피고인과 고소인은 만취한 상태에서 합의 하에 성관계를 가졌을 뿐입니다. 그럼에도 불구하고 피고인이 고소인에게 사과했던 이유는, 고소인이 평소 피고인을 짝사랑해온 마음을 알고 있었기 때문입니다. 비록 합의 하에 벌어진 성관계였으나 피고인은 술김에 고소인과 성관계를 한 것에 대하여 남성으로서 책임감을 느꼈습니다. 그렇다고 사랑하지 않는 고소인과 사귄 수도 없다고 판단했기 때문에 피고인은 고소인에게 미

안하다고 사과했던 것입니다. 다시 한 번 말씀드리지만, 피고인은 단 한 번도 준강간 혐의를 인정한 사실이 없습니다.

또한, 검사는 계속 피고인이 고소인을 허위 고소하여 무고하였다고 주장하고 있지만, 사실은 고소인이 피고인을 허위 고소하여 무고하였던 것인 바, 억울하게 피의자 신분이 된 피고인으로서의 실체적 진실을 밝히기 위하여 고소인의 무고 행위를 고소할 수밖에 없었습니다. 피고인의 정당한 방어권 행사를 무고로 오도하지 말아주십시오. 이상입니다.

피고인 측 증거조사 : 진술서

재판장 네. 그러면 다음 증거조사로 넘어가겠습니다.

변호인 예. 방청인 여러분은 순서지 제4쪽을 참고해 주십시오.

진술서

2016년 10월 20일 새벽 1시경에 피해자와 피고인이 함께 편의점에 들어왔습니다. 피해자의 체크카드로 수입 맥주 4캔과 과일 소주 1병, 과자 등을 구입하였습니다(영수증 참조). 피해자의 걸음걸이가 조금 비틀거리기는 했지만 인사불성에 이를 정도로는 보이지 않았습니다.

지금 보시는 것은 고소인이 준강간을 당했다고 주장하는 2016년 10월 20일 새벽에 고소인의 원룸 인근 편의점에서 고소인과 피고인이 함께 술과 안주를 사는 모습을 목격한 편의점 직원의 진술서입니다. 목격에 의하면 고소인은 사건 당시 걸음걸이가 조금 비틀거리기는 했지만 인사불성에 이를 정도까지는 아니었습니다. 오히려 고소인은 새벽 1시경이라는 늦은 시각에 피고인을 본인이 혼자 사는 원룸으로 초대하고, 술과 안주까지 본인의 체크카드로 직접 결제하는 등 대담하고 적극적이었습니다. 이 사실은 무엇을 의미할까요? 이런 여성이 준강간 피해를 당했다는 말을 과연 믿을 수 있을까

요? 피고인은 고소인과의 성관계가 합의 하에 한 성관계였음을 다시 한 번 강력하게 주장하는 바입니다. 이상입니다.

재판장 검사는 이 증거에 대해서 의견 있으십니까?

검사 예. 피해자와 피고인이 편의점에서 목격되었을 당시 피해자는 이미 걸음걸이가 비틀거릴 정도로 술에 취한 상태였음을 알 수 있습니다. 그 정도가 심신상실 또는 항거불능의 상태에 이를 정도였는지 확실치 않다는 사실은 검사도 인정하는 바입니다. 그러나 목격 당시 피해자는 이미 본인의 주량을 훨씬 넘어서는 양의 술을 마신 상태였고, 그러한 상태에서 편의점에서 술을 더 구입하여 마셨습니다. 또한 편의점 직원의 진술서는 피해자가 사건 당시에 심신상실 또는 항거불능의 상태였을 개연성이 높다는 사실을 증명하고 있습니다.

106

마지막으로, 피해자가 피고인을 혼자 사는 원룸으로 초대하였다거나 피해자의 체크카드로 술과 안주 값을 결제하였다는 사실은, 그 이후에 발생한 성폭력을 부정하는 정황이 될 수 없습니다. 설령 부부나 연인, 이전에 성관계가 있었던 관계라고 하더라도, 피해자의 의사에 반하여 간음하였거나 피해자가 심신상실 또는 항거불능의 상태인 것을 이용하여 간음하였다면 이는 성폭력입니다. 이상입니다.

재판장 이상으로 증거조사를 마치겠습니다.



증인 신문

재판장 다음으로 증인신문을 하겠습니다. 먼저 피해자에 대한 증인 신문부터 시작하도록 하겠습니다. 피해자는 증인 신문 중 피고인의 퇴정을 요청할 권리가 있습니다. 그러나 피고인과 대면해도 괜찮다는 피해자의 명시적인 의사표현이 있었으므로, 이대로 증인 신문을 진행하도록 하겠습니다.

성폭력 피해자가 법정에서 증언하는 경우, 필요에 따라 피해자의 신뢰관계인 동석이 가능합니다. 피해자의 사전 요청에 따라 피해자와 함께 피해자의 친동생이 동석하도록 허락합니다.²⁾ 피해자는 증인석으로 나와 주십시오.

107

피해자에 대한 신문

(피해자는 신뢰관계인과 함께 법원경위의 안내를 받아 증인지원실에서 증인석으로 이동한다.)

피해자 (증인석에 서서 왼손으로 선서서를 들고 오른손으로 선서하는 동작을 하며)

양심에 따라 숨김과 보탬이 없이 사실 그대로 말하고 만일 거짓말이 있으면 위증의 벌을 받기로 맹세합니다. (신뢰관계인과 나란히 앉는다.)

재판장 이 사건 고소장을 제출하였던 피해자 본인이 맞습니까?

2) 재판장이 피해자의 권리를 설명하고, 피해자의 명시적인 의사표현을 존중하면서 재판을 진행하는 대안적인 법정의 모습을 보여줌. 주체적이고 당당한 피해자의 모습을 보여주기 위하여 피해자가 피고인과 대면한 상태에서 증언하도록 결정하였음.

피해자 네.

재판장 증인, 저는 이 재판의 재판장을 맡고 있는 이유정 판사입니다. 이 사건 피해내용이나 당시 있었던 일에 대해서 확인하는 과정에서 증인이 정신적으로 힘들 수 있고, 피고인과의 관계에서 있었던 일들에 대해서 묻고 답하는 것에서 증인이 곤란함을 느낄 수 있을 것임을 충분히 이해합니다. 증인신문 과정에서 질문에 문제가 있다고 생각하거나 불편함을 느낄 때에는 곧바로 저에게 말해 주시기 바랍니다.³⁾

피해자 네, 감사합니다.

〈검사 측 신문〉

재판장 검사는 신문하십시오.

108 검사 예.

증인은 2017년 1월경에 피고인을 준강간 혐의로 고소한 것이 맞나요?

피해자 네.

검사 증인이 제출한 고소장을 보면, 증인에 대한 준강간이 2016년 10월 20일 새벽에 일어났다고 되어 있는데, 맞나요?

피해자 네.

검사 당시 증인과 피고인은 같은 소모임의 일원이었죠?

피해자 네. 저 사람이 모임을 이끌고 있었고, 저는 가입한 지 반년

3) 대안적인 법정에서 재판장은 성폭력 피해자의 심리적 어려움을 충분히 이해하고 있음을 안 내하며, 피해자에게는 부적절한 질문에 대답하지 않을 권리가 있음을 설명함으로써 피해자가 편안하게 증인 신문에 임할 수 있도록 배려함.

참고 자료 : 『성폭력 재판절차에서의 피해자 증인신문』, 「[부록]성폭력 피해자 증인신문 재판참고사항」, 대법원 사법정책연구원, 2016

- 정도 됐었어요. 지금은 탈퇴한 상태예요.
- 검사 사건 전날인 2016년 10월 19일도 모임이 있었나요?
- 피해자 네.
- 검사 그리고 모임이 끝난 뒤에는 모 호프에서 술자리를 가진 것이 맞나요?
- 피해자 네.
- 검사 술자리에서 증인이 술을 얼마나 마셨는지 기억나는 대로 알려주실 수 있나요?
- 피해자 정확히는 기억이 나지 않아요. 소주랑 맥주를 함께 마셨었어요. 네 잔이나 다섯 잔, 그쯤 마셨던 것으로 기억해요. 잘 모르겠어요.
- 검사 증인은 평소에 주량이 어떻게 되나요?
- 피해자 평소 술을 즐겨 마시는 타입이 아니예요. 자리가 있으면 기껏해야 맥주 한두 잔 정도 마시는 게 전부였어요.
- 검사 그러면 그날은 증인의 주량보다 술을 훨씬 많이 마셨던 것이 맞나요?
- 피해자 네.
- 검사 혹시 그렇게 술을 많이 마셨던 이유가 있나요?
- 피해자 그 날은 개인적으로 속상한 일이 있었어요. 진로나 이런 것들도 고민이 많았고요. 열심히 학과 레포트를 해갔는데 담당 교수님께서 “여자애들은 얼굴이나 예뻐야지, 공부해서 뭐 하려고” 이런 말을 하셨어요. 앞으로도 그 교수님에게 몇 년을 배워야 하는데, 열심히 해오던 공부가 무의미하게 느껴지고 회의감이 들었어요. 담당 교수님이라 차마 문제제기도 하지 못하고 고민이 많았어요.

검사 그러면 술자리가 파한 뒤에는 어떻게 해서 피고인과 모 편의 점으로 가게 되었나요?

피해자 저 사람이 저를 집까지 데려다 주겠다고 했어요. 그러더니 집 근처에 와서는 너도 본격적으로 시험 준비를 해야 하지 않겠냐며 이야기 좀 더 하자고 했어요. 술집에 또 가자니 돈 아깝지 않냐면서, 편의점에서 술 사다가 저희 집에 가서 편히 마시자고 하더군요.

검사 증인은 어떤 생각으로 피고인의 제안을 받아들였나요?

피해자 정확히는 기억이 나지 않아요. 다만 제 성격상 데려다주기까지 했는데 괜히 미안한 마음이 들었던 것 같아요. 이렇게 될 줄 알았더라면 당연히 거절했을 거예요. 제가 저 사람을 너무 몰랐던 거죠.

검사 증인의 집에서는 술을 어느 정도 마셨나요?

피해자 둘이서 과일 소주 한 병과 맥주 네 캔을 마셨던 것 같아요. 마셨던 장면들은 생각이 나지 않는데, 나중에 일어나서 보니 빈 병이 그 정도 있었어요.

검사 그러니까 증인은 준강간 피해 당시에 대략 소맥 네다섯 잔과 과일 소주 반 병, 맥주 두 캔을 마신 상태였다고 생각할 수 있겠네요. 맞나요?

피해자 네.

검사 증인은 2016년 10월 20일 오후 2시경에 피고인과 카카오톡 메시지를 주고받은 사실이 있지요?

피해자 네.

검사 증인이 2016년 10월 20일 이후에 피고인에게 보낸 메시지는 준강간 피해에 대해서 따지고자 보낸 것이 맞나요?

피해자 네, 맞아요.

- 검사 피해 사실을 깨달았을 때 바로 경찰에 신고하지 않고 피고인에게 메시지를 보낸 이유가 있나요?
- 피해자 너무 혼란스럽고 놀라서 그랬어요. 이런 일은 처음이었고, 저한테 일어날 거라고 생각도 못했던 일이었어요. 그래서 도대체 무슨 일이 있었던 것인지, 도대체 나한테 왜 그랬던 것인지 따져 묻고 싶었어요. 저한테 이런 일이 일어났다는 사실도 믿기 싫었고, 부정하고 싶었어요.
- 검사 믿기 싫었다는 말은 어떤 의미인가요?
- 피해자 이런 일은 뉴스나 텔레비전에서만 봤지, 제가 당사자가 될 거라고 생각해보지 못 했어요. 기억도 잘 나지 않고, 술을 너무 많이 마셨으니까……나한테 이런 일이 일어나다니, 실감이 나지 않았어요.
- 검사 그러면 피고인의 답장을 받고 나서는 실감이 났던 것인가요?
- 피해자 네. 저 사람도 인정하고 사과하는 것을 보니, 내 기억이 맞구나 생각했어요.
- 검사 증거에 따르면 피고인이 증인에게 카카오톡 메시지로 여러 번 사과하였습니다. 이에 대해서 어떻게 느끼셨나요?
- 피해자 사건을 덮고 지나가기 위해 그냥 하는 말이구나 생각했어요. 그 와중에 자기 앞날만 걱정하고, 나는 당장 학교는 어떻게 가야 되지, 머릿속이 하얘지는데, 잘못된 자기가 다 저질러놓고 고작 자기 공무원시험 걱정만 하고 있는 것을 보니 역겨웠어요. 그래서 더 진심이 아니라고 느꼈어요.
- 검사 기록에 의하면 증인은 사건 다음 날 대학 내 양성평등센터에 피고인을 신고하였는데, 맞나요?
- 피해자 네.
- 검사 사실상 피해 직후 학내 절차에 따라서 신고를 한 것이네요.

그리고 3개월 뒤인 2017년 1월경에는 경찰에도 고소를 하였는데, 혹시 고소를 결심하게 된 계기가 있나요?

피해자 그 사건 이후로 저는 학교에도 꽃뱀이라고 소문나고, 매일 밤 불면증에 시달렸어요. 저는 학교도 휴학하고 정신과 치료 받으러 다니는데, 저 사람은 징계도 받지 않고, 도리어 같은 과 여자애들이랑 술 마시고 잘 살고 있더라고요. 그러다 문득 이런 생각이 들었어요. 저 사람 다른 사람들에게도 똑같이 그러고 살겠지. 누군가는 나 같은 경험들을 또 하고 있겠지. 그런 생각이 들기 시작하니까, 멈추게 만들어야 한다고 생각했어요.

검사 그게 무슨 뜻인지 좀 더 구체적으로 말씀해주실 수 있을까요?

피해자 이대로 놔두면 저 사람은 앞으로도 또 성폭력을 저지르고 다닐 게 뻔하다고 생각했어요. 고소해서, 저 사람이 법적으로 처벌받고 자신이 한 짓이 얼마나 나쁜 짓인지 깨닫게 만들고 싶었어요.

112

검사 기록에 의하면 피고인은 2017년 3월경에 증인을 무고죄로 고소하였습니다. 증인은 이 사실을 언제 처음 아셨나요?

피해자 3월 중순이에요. 피해자 진술을 하려고 경찰서에 갔는데, 거기서 갑자기 저한테 무고 피의자로서 조사를 받아야 한다고 했어요. 그때 처음 알았어요.

검사 무고죄로 고소당한 사실을 알고 어떤 감정이 드셨나요?

피해자 황당하고 무서웠어요. 이 나라에서는 정말 이게 가능하구나, 가해자가 피해자에게 범죄를 저지르고도 도리어 고소를 하는구나, 그리고 나는 어떻게 해야 하나 생각이 들었어요. 불안하고 무서웠어요.

검사 증인은 준강간 사건 이후 피고인에게 사귀자고 요구하거나 피고인이 사귀어주지 않는다는 이유로 앙심을 품은 사실이 없지요?

- 피해자 네. 절대로 그런 적 없어요.
- 검사 증인은 피고인에게 금전 또는 현금성 대가를 요구한 사실도 없지요?
- 피해자 네.
- 검사 그럼에도 불구하고 무고로 의심받는 것이 불안했나요?
- 피해자 네.
- 검사 어떤 이유 때문에 그렇게 불안했나요?
- 피해자 학교에서는 아무도 제 말을 믿어주지 않았어요. ‘네가 그 오빠 좋아했잖아’, ‘네가 좋아해서 네 방으로 불러다가 술 먹은 거잖아’ 다들 이런 식으로 말하면서 성폭력이 아니라고 했어요. 경찰도 학교 사람들처럼 이야기할까봐 불안했어요. 실제로도 성폭력 피해자가 무고로 기소되는 경우가 있다고 들었고요.
- 검사 기록에 의하면 증인은 무고 혐의에 대하여 혐의 없음 결정을 받았습니까. 맞습니까?
- 피해자 네.
- 검사 네, 고맙습니다. 지금까지 증인이 증언한 내용은 경찰 및 검찰 조사 과정에서의 피해자진술조서와도 일치합니다.
- 증인, 마지막으로 한 가지만 더 묻겠습니다. 검사는 피해자에게 무고 혐의 없음 결정을 내리면서, 증인에 대한 피고인의 고소를 무고로 인지하여, 피고인을 준강간 및 무고 혐의로 기소하였습니다. 증인은 성폭력 피해자인 동시에 무고 피해자이기도 한데, 혹시 무고 피해자로서 말씀하고 싶은 의견이 있으신가요?
- 피해자 저 사람이 무고로 기소되기 전까지, 저는 무고는 피해자만 억울하게 만드는 법이라고 생각했어요. 왜 성폭력 피해자가 무고라는 명목으로 고소를 당해야 하나요? 말도 안 되는 이유

로 가해자에게 빠져나갈 구멍을 준다고밖에 생각되지 않았어요. 그런데 거짓말로 고소하는 게 무고라면, 네, 저 사람이 저를 무고죄로 고소한 것이야말로 무고라고 생각해요.

검사 이상입니다.

〈변호인 측 신문〉

재판장 변호인은 신문하십시오.

변호인 예, 재판장님.

 증인은 술에 취하면 필름이 잘 끊기는 편입니까?

피해자 네.

변호인 의식이 있을 때 한 일을 나중에 기억하지 못하는 일시적 기억상실증을 ‘블랙아웃’이라고 합니다. 증인도 혹시 이런 ‘블랙아웃’ 증상 때문에 증인이 성관계에 합의한 사실을 기억하지 못하는 것 아닙니까?

피해자 아니에요. 전부 기억하지는 못해도 제가 분명히 하지 말라고 저 사람을 밀친 기억이 있어요.

변호인 사실은 강간이 아니었을 가능성도 있지 않습니까?

피해자 아뇨.

변호인 증인은 사건 당일 피고인에게 카카오톡 메시지를 보냈을 때, 내심 피고인으로부터 사귀자는 말을 듣기를 기대했던 것 아닙니까요?

피해자 뭐라고요? 혹시 제가 질문을 잘못 들은 건가요? 아니에요.

변호인 증인은 피고인과 사귀고 싶은 마음으로 합의 하에 성관계를 한 것인데 피고인의 마음은 그렇지 않았다는 사실을 알고, 마치 성폭력을 당한 것 같은 피해의식이 생긴 것 아닙니까?

피해자 아니에요.

변호인 제가 조사한 바에 의하면 평소에 증인이 피고인을 좋아해서 일방적으로 쫓아다녔다고 하던데요. 사실 아닙니까?

피해자 (한숨) 솔직히 그 전까지 호감이 있었던 건 맞아요. 하지만 저는 그 날 성관계를 원하지 않았어요.

변호인 시간이 별로 없으니까 증인은 네, 아니오로만 대답해주세요. 증인은 피고인을 증인의 집에 들일 때 성관계를 할 수도 있겠다는 생각을 전혀 안 해보셨습니까?

피해자 네.

변호인 증인은 평소 피고인을 좋아하지 않았습니까?

피해자 좋아하면 무조건 성관계를 원해야 하나요?

변호인 평소 어떤 남성을 짝사랑하던 여성이, 한밤중에 혼자 사는 원룸으로 그 남성을 초대했다면, 그리고 새벽 늦게까지 단둘이 술을 마셨던 상황이라면, 일반적으로 합의 하에 성관계를 했다고 보는 것이 자연스럽다고 생각하지 않습니까?

피해자 아뇨.

재판장 (중단시키며) 변호인.

변호인 네, 재판장님.

재판장 지금 질문은 고정관념 내지 일반적인 통념에 기하여 증인을 다그치는 질문이므로 부적절하다고 판단됩니다. 증인이 과거에 피고인을 좋아했다는 사실도 증인의 사생활에 해당되는 질문입니다. 피해자는 합의한 성관계가 아니라고 이미 수차례 진술했지 않습니까? 합의 여부에 대한 판단은 재판부에서 하도록 할 테니까, 변호인은 더 이상 같은 질문을 반복하지 마십시오.⁴⁾

변호인 네. 증인은 아까 검사 측 신문에서 무고로 의심받는 것이 불

안했다고 진술했는데, 진짜 피해자가 아니기 때문에 무고죄로 처벌받을까봐 겁이 났던 것 아닙니까?

피해자 아니에요.

변호인 그리고 증인은 피고인이 같은 과 여자애들이랑 술 마시고 잘 살고 있었기 때문에 고소를 결심하였다고 진술했는데, 혹시 질투심 때문에 피고인에게 차인 것을 보복하기로 마음먹었던 것 아닙니까?

피해자 아니에요.

변호인 이상입니다.

〈재판장의 신문〉

116

재판장 증인, 재판장도 한 가지만 묻겠습니다. 피해자 변호사의 의견서에 따르면 증인은 이 사건으로 인해 굉장히 많은 피해를 입었는데, 그 중에서 증인은 어떤 부분이 가장 힘들었습니까?

피해자 제 피해를 인정하지 않고 의심하는 사람들에게 끊임없이 성폭력 피해를 증명해야 하는 것이 가장 힘들었어요. 저는 저 사람이 그럴 줄 몰랐고, 성관계를 원하지 않았는데, 왜 그게 성폭력이 아니에요? 게다가 무고라니요. 무고가 아니라는 것까지 증명해야 해서 너무 힘들었어요.

재판장 알겠습니다. 증인, 수고하셨습니다. 이상으로 피해자에 대한 신문을 마치겠습니다. 증인은 이제 증인지원실로 돌아가도 좋습니다.

4) 피고인 변호인은 계속해서 ‘피해자다움’에 대한 통념을 이용하여 피고인을 변호하지만, 대안적인 법정에서는 재판장이 부적절한 질문에 대하여 적극적으로 판단하고 제한함.

참고 자료 : 『성폭력 재판절차에서의 피해자 증인신문』, 「[부록]성폭력 피해자 증인신문 재판참고사항」, 대법원 사법정책연구원, 2016

(법원경위의 안내 하에 피해자와 신뢰관계인은 증인지원실로 이동한다.)

재판장 그럼 다음 증인 신문하도록 하겠습니다. 피고인은 증인석으로 이동하십시오.

피고인 신문

<검사 측 신문>

(피고인은 법원경위의 안내를 받아 증인석에 앉는다.)

재판장 검사는 신문하십시오.

검사 예,
 피고인은 2017년 3월경에 피해자를 무고 혐의로 고소한 사실이 있나요?

피고인 네.

검사 제출하신 고소장을 보면, 피고인은 2016년 10월 20일에 피해자를 강간한 사실이 없다고 주장한 것이 맞나요?

피고인 네.

검사 강간이 아니라면 합의한 성관계였나요?

피고인 네.

검사 성관계에 어떻게 합의했는지 말씀해 주실 수 있나요?

피고인 그냥 술 마시다가 서로 눈이 맞아서……자연스럽게 성관계를 하게 됐습니다.

검사 구체적으로 말씀해주십시오. 피해자가 어떻게 동의했나요?⁵⁾

피고인 그 애가 먼저 저한테 키스하고 옷을 벗었습니다.

- 검사 피고인은 피해자의 주량을 알고 계시나요?
- 피고인 잘 모릅니다.
- 검사 사건 당시 피해자는 평소 주량보다 훨씬 많은 술을 마신 상태였습니다. 알고 계셨나요?
- 피고인 아니요. 생각도 못 했습니다.
- 검사 그러면 피고인은 사건 당시 피해자가 술을 너무 많이 마셨다는 사실을 생각조차 해보지 않았나요?
- 피고인 네. (억울한 듯이) 근데 저도 많이 마셨습니다. 그 애만 많이 마신 거 아닙니다.
- 검사 일부러 생각해보지 않았던 것은 아닌가요?
- 피고인 그런 거 아닙니다.
- 검사 애초에 피고인은 왜 피해자의 집에서 술을 더 마시자고 제안했나요?
- 피고인 특별한 이유는 없었습니다. 그냥 이야기를 더 하려고 했을 뿐입니다.
- 검사 피해자의 집에 들어갈 때부터 피해자와 성관계할 작정은 아니었나요?
- 피고인 아닙니다. 그런 거 절대 아니고요. 그냥 어찌다 보니까 서로 분위기를 탄 것뿐입니다.
- 검사 사건 당시 피해자는 성관계에 동의할 수 없는 상태였습니다. 아닌가요?

5) 대안적인 법정에서는 성폭력 피해자가 어떻게 저항했고 얼마나 항거불능 상태였는지 묻는 대신, 피고인이 어떻게 성관계에 합의했고 얼마나 적극적으로 동의를 구했는지 추궁함. 피고인은 모호한 거짓말로 합의한 성관계였음을 주장하지만, 검사는 피고인이 미필적 고의로 피해자의 만취 상태에 대해 고려하지 않았을 가능성, 혹은 피해자의 만취 상태를 알고 계획적으로 범행을 하였을 가능성을 강조함.

- 피고인 아닙니다. 정말 합의한 성관계였습니다.
- 검사 성관계 도중에 피해자가 하지 말라고 밀치거나 거부의사를 밝힌 적이 없었나요?
- 피고인 없습니다.
- 검사 그러면 사건 당일 카카오톡 메시지로 피해자에게 미안하다고 사과한 이유는 무엇인가요?
- 피고인 술김에 성관계를 해서 미안했던 겁니다. 그 애가 절 좋아한다는 사실은 알고 있었지만 저는 그 애랑 사귄 마음이 전혀 없었습니다.
- 검사 증거에 따르면 피해자는 ‘어제 저한테 하면 안 되는 짓 하셨잖아요’라는 메시지를 보냈습니다. ‘하면 안 되는 짓’이 강간을 의미하는 게 아니라면 무슨 의미인가요?
- 피고인 사귀지 않을 거면 성관계도 하지 말았어야 했다는 뜻이라고 생각했습니다.
- 검사 카카오톡 메시지 상으로는 피해자가 사귀자고 요구하거나 피고인이 사귀지 않겠다고 말한 바가 없지 않았나요?
- 피고인 그게, 카톡에는 없는데, 성관계 후에 그런 얘기를 하기는 했습니다.
- 검사 그렇다면 피고인이 보낸 메시지 중에 ‘나 공무원시험 준비하는 거 알자나’는 무슨 의미인가요?
- 피고인 공무원시험을 보려고 공부 중이기 때문에 연애를 할 수 없다는 뜻이었습니다.
- 검사 금고 이상의 형을 선고받으면 공무원시험에 응시할 수 없기 때문에 고소하지 말아달라는 뜻 아닌가요?
- 피고인 아닙니다.

- 검사 피고인, 피해자가 무고한 것이 확실합니까?
- 피고인 네.
- 검사 (방청석을 둘러보며) 사귀어주지 않는다고 해서 보통 무고까지 이르기도 하나요?
- 피고인 (변명하듯) 그 애가 자존심이 많이 상했던 것 같습니다. 원래 자존심이 굉장히 셧습니다.
- 검사 기록에 의하면 피해자는 2017년 1월경에 피고인을 고소하였습니다. 피고인의 주장대로 자존심이 상해서 보복하려는 목적이었다면 왜 3개월이나 지난 뒤에 무고했을까요?
- 피고인 잘 모르겠습니다.
- 검사 피고인은 2017년 1월경부터 약 2개월에 걸쳐, 피해자에게 반복적으로 전화를 걸거나 문자 메시지를 보내고, 심지어는 피해자의 친구 김정화 등에게도 전화를 걸어서 피해자에게 고소 취하를 종용한 사실이 있습니다. 맞나요?
- 피고인 (마지못해)네
- 검사 2017년 2월경에는 피해자의 집 앞까지 찾아가서 기다리고, 피해자가 원치 않는 합의를 종용하며, 합의해주지 않으면 무고로 고소하겠다고 협박한 사실이 있습니다. 맞나요?
- 피고인 협박하려던 건 아니었습니다. 전 그냥 대화를 하려고 했던 건데…….
- 검사 정말 합의한 성관계였고 피해자가 피고인에 대하여 무고했던 것이라면 피고인은 왜 피해자와 합의하려고 했나요?
- 피고인 어쨌든 성관계를 한 것은 사실이니까 남자인 제가 불리하다고 생각했습니다. 계속 조사 받는 것도 지쳤고, 스트레스 받아서 시험공부도 못 했습니다. ……차라리 합의금 쥐버리고 빨리 끝내고 싶었습니다.

- 검사 피해자가 금전 또는 현금성 대가를 요구한 사실이 있나요?
- 피고인 아니요. 그래도 합의금이라도 받으면 그 애 마음이 풀릴 줄 알았습니다.
- 검사 그렇다면 2017년 3월경에는 왜 갑자기 마음을 바꿔 피해자를 무고로 고소하신 건가요?
- 피고인 갑작기는 아니고요. 안 그래도 부모님이 계속 맞고소하자고 했었습니다. 저는 그래도 좋게 해결해보려고 했는데, 이리다가 제가 성범죄자로 찍히게 생겼으니까 저도 어쩔 수 없었습니다.
- 검사 피고인의 준강간 혐의에서 벗어나기 위하여 피해자를 무고로 고소했다는 뜻으로 이해되는데, 맞나요?
- 피고인 (당황하며) 꼭 그런 건 아니고요. 뉴스 보니까 유명 연예인들도 무고 때문에 인생 망치는 경우가 많더라고요. 저도 남의 일 같지 않았고, 무고는 정말 큰 죄라는 생각이 들었습니다. 그래서 고소하기로 마음먹은 겁니다.
- 검사 피고인은 무고의 성립 요건을 알고 계신가요?
- 피고인 거짓말로 고소하면 무고 아닌가요?
- 검사 무고가 성립하려면 객관적 사실에 반하는 허위 사실을 고소 하였어야 할 뿐 아니라, 고소인에게 그 고소 내용이 허위 사실이라는 인식 즉, 고의가 있었어야 합니다. 피해자가 여기에 해당한다고 생각하시나요?⁶⁾
- 피고인 네. 합의 하에 했는데 성폭력이라고 고소했으니까 무고라고 생각합니다.
- 검사 설령 고소인이 허위 사실을 고소했다 할지라도 고소인에게

6) 무고의 성립 요건에 대하여 설명하는 부분.

고의가 없었거나, 고소 내용이 사실에 기초하여 그 정황을 다소 과장한 데 지나지 않을 경우에는 무고가 성립하지 않습니다. 그래도 피해자가 무고했다고 생각하시나요?⁷⁾

피고인 사실 저는 법을 잘 모릅니다. 무고 아닌가요?

검사 피해자는 사건 당일에도 친구에게 성폭력 피해 사실을 이야기했고, 그 다음 날에는 양성평등센터에 신고했습니다. 이후 지속적으로 정신과 치료를 받으면서 성폭력 피해 후유증을 호소하였고 사건으로부터 3개월이 지난 시점에 경찰에 고소하였습니다. 이러한 정황으로 볼 때, 피해자는 정말 강간이라고 믿고 있다고 보는 것이 합리적이지 않나요? 그래도 피해자가 무고했다고 생각하시나요?

피고인 저는 정말 강간하지 않았습니니다. 억울합니다.

검사 피고인, 만약 어떤 사람이 범죄를 저질러서 고소를 당했는데, 그런 범죄를 저지른 적이 없으면서 피해자를 무고로 맞고소했다면, 그 사람은 고의로 허위 사실을 고소한 것이 아닌가요?⁸⁾

피고인 (대답하지 못 한다)

변호인 재판장님, 이의 있습니다. 검사는 지금 유도신문을 하고 있습니다.

재판장 인정합니다.

검사 재판장님, 피고인은 피해자를 강간한 사실이 없고 합의한 성관계였다고 주장하고 있으나, 이에 대한 근거는 사실상 사건 이전에 피해자가 피고인을 좋아했다는 정황뿐입니다. 그런데

7) 무고의 성립 요건에 대한 판례를 설명하는 부분.

참고 판례 : 대법원 2004.01.27. 선고, 2003도5114 / 대법원 2003.1.24. 선고, 2002도5939

8) 가해자의 무고 역고소에 대하여 무고죄를 적용할 수 있는 이유를 설명하는 부분.

참고 판례 : 대법원 2007.3.15. 선고, 2006도9453

피해자는 사건 직후부터 피고인과의 관계를 단절했고 일관되게 성폭력 피해를 호소했습니다. 사건 이후의 정황이 이토록 명백함에도 불구하고 피고인은 피해자를 무고로 고소했습니다. 그 저의가 심히 의심스러우며, 피해자가 자존심이 상해서 보복하려고 무고했다는 피고인의 주장은 사실무근입니다. 이상입니다.

〈변호인 측 신문〉

- 재판장 변호인 신문하십시오.
- 변호인 예, 재판장님. 피고인은 2016년 10월 20일 고소인을 강간한 사실이 있습니까?
- 피고인 없습니다. 합의 하에 성관계를 했을 뿐입니다.
- 변호인 그런데 왜 고소인이 강간이라고 주장하는 것 같습니까?
- 피고인 술김에 성관계를 하게 됐는데, 그 애는 이제 우리가 사귄 거라고 생각했던 것 같습니다. 하지만 저는 그 애와 사귄 마음이 없었습니다. 억지로 사귄 수도 없는 일이니까 솔직하게 얘기했는데 그게 그 애 기분을 상하게 만든 것 같습니다.
- 변호인 성관계를 했다고 꼭 사귀어야 하는 것은 아니죠. 사귀지 않는다고 해서 합의한 성관계가 강간이 되는 것도 아니고요. (잠시 뜸들이고) 혹시 고소인과 사귀고 싶지 않았던 이유가 있습니까?
- 피고인 제가 공무원시험을 보려고 공부 중인 학생이라서 연애할 상황이 못 됩니다. 게다가 그 애는 집착이 너무 심했습니다.
- 변호인 고소인의 성격이 보통이 아니었다는 말입니까?(방청석을 둘러본다)
- 피고인 네. 그 애가 겉으로는 안 그래 보이는데 은근히 독한 구석이

- 있습니다. 질투심도 강하고 뒤끝도 오래 가고……아는 동생으로는 괜찮은데 솔직히 사귀기에는 피곤한 스타일이었습니다.
- 변호인 알겠습니다. 고소인과 사귄 마음이 없다는 얘기는 언제 했습니까?
- 피고인 성관계 후에 그 애 집에서 했습니다.
- 변호인 그때 고소인의 반응이 어땠습니까?
- 피고인 무섭게 화를 냈습니다. 저를 굉장히 원망했고……저한테 복수할 거라고 했습니다.
- 변호인 (회심의 미소) 복수할 거라고 했습니까?
- 피고인 네.
- 변호인 그래서 피고인은 사건 당일 고소인과의 카카오톡 대화에서 무조건적으로 사과할 수밖에 없었던 거군요. 맞습니까?
- 피고인 네. 빨리 기분을 풀어주지 않으면 그 애가 무슨 짓을 할지 무서웠습니다.
- 변호인 고소인이 양성평등센터에 신고한 것을 알고 어떤 기분이 드셨습니까?
- 피고인 가슴이 답답했어요. 그 애가 진짜 열 받았구나 싶었고요. 사귀지도 않을 거면서 성관계한 제 책임이 크다고 생각했습니다.
- 변호인 양성평등센터 조사위원회의 심의결과는 어떻게 나왔습니까?
- 피고인 조사위원회는 성폭력이 아니라고 판단했습니다.
- 변호인 고소인이 경찰에도 고소할 것이라고 예상하셨습니까?
- 피고인 아니요. 설마 이렇게까지 할 줄 몰랐습니다. 지금 생각해 보면, 학교에서 그 애 말을 인정해주지 않으니까 오기가 생겼던 것 같습니다.

변호인 하지만 피고인은 고소인을 강간한 사실이 없습니다. 그러니까 고소인이 무고했다고 고소한 것입니다. 맞습니까?

피고인 네.

변호인 어쩌면 고소인은 정말로 술에 취해서 사건 당시 합의한 사실을 기억하지 못하는 것일 수도 있습니다. 하지만 적어도 피고인은 고소인이 무고했다고 진심으로 믿었기 때문에 무고로 고소한 것입니다. 맞습니까?

피고인 네, 맞습니다.

변호인 이상입니다.

재판장 이상으로 피고인신문을 마치겠습니다. 피고인은 내려가도 좋습니다. 다음 증인 출석하십시오.

(법정경위는 피고인을 피고인석으로 안내한 후, 피해자의 친구를 증인석으로 안내한다.)

피해자의 친구에 대한 신문⁹⁾

<검사 측 신문>

피해자 친구 (증인석에 서서 왼손으로 선서서를 들고 오른손으로 선서하는 동작을 하며)

 양심에 따라 숨김과 보탬이 없이 사실 그대로 말하고 만일 거짓말이 있으면 위증의 벌을 받기로 맹세합니다. (앉는다.)

재판장 증인 김정화 본인 맞습니까?

9) 피해자의 진술과 피해자의 친구의 진술이 일치함을 보여줌으로써, 피해자의 진술의 신빙성을 입증함. 피해자 신문 때는 분량이 너무 방대하여 다루기 어려웠던 피해자의 심리적 고통, 사회 통념에 대한 비판 등을 피해자의 친구를 통해 이야기 함.

- 피해자 친구 네.
- 재판장 검사는 신문하십시오.
- 검사 예.
- 기록에 의하면 증인은 2016년 10월 20일 피해자와 만난 사실이 있는데, 맞나요?
- 피해자 친구 네.
- 검사 그 날 피해자와 만나서 무슨 얘기를 했나요?
- 피해자 친구 친구가 말하길, 그 전날 밤에 저 사람이랑 자기 원룸에서 술을 마셨다고 했어요. 그러다가 술에 취해서 반쯤 잠들었는데 저 사람이 갑자기 친구의 몸을 만졌대요. 친구는 하지 말라고 말하면서 밀친 것까지는 기억이 나는데, 너무 졸려서 그대로 의식을 잃은 것 같다고 했어요. 그런데 깨어나서 보니까 옷이 다 벗겨져 있고 성관계한 흔적이 남아 있었대요.
- 검사 그래서 증인은 어떻게 했나요?
- 피해자 친구 우선 학교에 있는 양성평등센터에 가보라고 했어요.
- 검사 혹시 그 이후에도 피해자가 이 사건 준강간 피해에 대해서 증인에게 호소한 사실이 있나요?
- 피해자 친구 네. 친구는 몇 달 동안 새벽마다 울면서 저에게 전화를 했어요. 술은 아예 입에도 못 대고 밤에 잠도 못 자는 것 같았어요……. 좋아했던 사람이 자기를 강간했다는 사실이 너무 괴롭고, 앞으로 누군가를 좋아하기가 무섭다고 했어요.
- 검사 그리고 피해자가 또 어떤 말을 했나요?
- 피해자 친구 자기를 믿는 사람이 아무도 없는 것 같다고 했어요. ‘술 취해서 기억 못 하는 거 아니냐’고, 사람들이 오히려 친구를 의심한다고 했어요. 한 번은 누가 친구한테 젊은 남녀가 술 마시면 그럴 수도 있지 왜 이렇게 소란을 떠느냐고 말했나 봐요.

- 그때 친구가 많이 힘들어하면서 죽고 싶다는 말까지 했어요. 그러다가 결국 학교도 휴학했구요.
- 검사 그럼에도 불구하고 피해자는 강간이라고 주장했나요?
- 피해자 친구 네. 다 기억나는 건 아니지만, 분명히 하지 말라고 밀친 기억이 있다고 했어요. 그 뒤로 의식을 잃었다고 했구요.
- 검사 증인의 진술대로라면 피해자는 사건 당일뿐만 아니라 사건 이후에도 지속적으로 일관되게 준강간 피해 사실을 호소했습니다. 그런데 왜 사람들이 피해자의 말을 믿어주지 않았던 것 같나요?
- 피해자 친구 음, 아직까지는 우리 사회가 성폭력에 대한 잘못된 통념을 많이 갖고 있고, 성폭력 피해자를 의심하거나 피해자 탓을 하는 인식이 강한 것 같아요.
- 검사 통상 그런 상황이라면 고소를 하는 것도 쉽지 않았겠네요.
- 피해자 친구 네. 친구도 정말 어렵게 용기를 낸 거였어요.
- 검사 알겠습니다. 증인에게 한 가지만 더 묻겠습니다. 기록에 따르면 증인은 2017년 2월경에 피고인과 통화한 사실이 있는데, 맞나요?
- 피해자 친구 네. 다른 사람 번호로 전화가 와서 받았는데, 바로 저 사람이었어요.
- 검사 피고인과 통화로 무슨 얘기를 했나요?
- 피해자 친구 저 사람이 저한테 친구를 설득해달라고 부탁했어요. 고소를 취하지 않으면 무고로 맞고소하겠다고 협박도 했어요. 그때는 허세를 부리는 건 줄 알고 무시했는데, 나중에 정말 친구가 고소당했다는 말을 듣고 어이가 없더라고요.
- 검사 애초부터 무고라고 주장한 게 아니라 고소를 취하지 않으면 무고로 맞고소하겠다, 이렇게 조건부로 말한 것이 확실한

가요?

피해자 친구 네. 제가 다 녹음해놨어요.

검사 이상입니다.

〈변호인 측 신문〉

재판장 변호인은 신문하십시오.

변호인 예, 재판장님. 증인은 고소인과 많이 친합니까?

피해자 친구 네. 저랑 친구랑 같은 과 동기인데, 대학교 입학할 때부터 계속 절친이었어요.

변호인 증인의 입장에서는 무조건 고소인의 편을 들어줄 수밖에 없겠군요.

128 피해자 친구 무조건 편드는 게 아니에요!

변호인 혹시 고소인이 무고로 처벌받을까봐 감싸주고 있는 것은 아닙니까?

피해자 친구 (단호하게) 아니요.

변호인 그러면 솔직하게 말씀해주십시오. 2016년 10월 20일에 고소인과 만나서 얘기를 했다고 진술하셨는데, 그때 고소인이 정확하게 성폭력을 당한 것 같다고 말씀했습니까?

피해자 친구 음, 정확하게 그렇게 말했던 건 아니지만, 어쨌든 비슷하게 얘기했어요.

변호인 그러니까 고소인이 정확하게 강간이나 성폭력을 당했다고 말하지는 않았던 거군요. 맞습니까?

피해자 친구 (짜증스럽게) 똑같은 말이죠. 의식을 잃은 상태인데 성관계를 했으면 그게 성폭력 아닌가요?

- 변호인 성폭력이라는 단어는 증인이 먼저 사용했던 겁니까?
- 피해자 친구 (머뭇거리며) 글썄요.
- 변호인 피고인의 인생이 걸린 문제입니다. 똑바로 대답해주세요.
- 피해자 친구 (마지못해) 네, 제가 먼저 성폭력이라고 말했던 거 같아요.
- 변호인 (재판부를 향해) 재판장님, 고소인은 처음에는 성폭력이라고 생각하지 않았는데 증인의 말을 듣고 성폭력이라고 생각했을 가능성이 있습니다. 고소인은 피고인과의 카카오톡 내역에서도 강간이나 성폭력이라고 명시한 바 없고, 증인과의 대화에서도 성폭력이라는 단어를 먼저 사용하지 않았습니다. 고소인은 친구의 말을 듣고 비로소 성폭력이라는 생각을 떠올렸고, 피고인에게 보복할 계획으로 고소했을 가능성이 있습니다. 그러므로 고소인의 진술의 신빙성을 배척하여 주시기 바랍니다.
- 검사 이의 있습니다. 피해자의 진술의 본질적인 부분은 사건 전후의 정황입니다. 누가 언제 그것을 성폭력이라고 명명했는가는 중요하지 않습니다. 피해자가 피고인에게 보복할 계획을 세웠다는 것은 변호인의 억측에 불과합니다.
- 재판부 인정합니다. 피해자의 진술의 신빙성에 대한 판단은 재판부에서 하도록 하겠습니다.
- 변호인 네. 이상입니다.
- 재판장 이상으로 증인 김정화에 대한 신문을 마치겠습니다. 증인은 내려가셔도 좋습니다.
- 다음 증인 출석하십시오.
- (법원경위는 피해자의 친구를 방청석으로 안내한 후, 한국성폭력상담소 활동가를 증인석으로 안내한다.)

한국성폭력상담소 활동가에 대한 신문¹⁰⁾

〈검사 측 신문〉

활동가 (증인석에 서서 왼손으로 선서서를 들고 오른손으로 선서하는 동작을 하며)

양심에 따라 숨김과 보탬이 없이 사실 그대로 말하고 만일 거짓말이 있으면 위증의 벌을 받기로 맹세합니다. (앉는다.)

재판장 증인 조은희 본인 맞습니까?

활동가 네.

재판장 검사는 신문하십시오.

검사 예. 증인은 어떤 일을 하시나요?

활동가 저는 한국성폭력상담소 상근활동가예요. 상담팀에서 주로 성폭력피해생존자의 상담 관리와 사건지원 업무를 맡고 있어요.

검사 한국성폭력상담소는 지난 26년간 8만 건 이상의 성폭력 사건을 상담하고 지원한 것으로 알고 있습니다. 맞나요?

활동가 네.

검사 기록에 의하면 피해자는 2017년 1월에 전화 상담을 통해서 한국성폭력상담소에 첫 상담을 받았고, 이후 증인이 피해자의 사건지원을 담당하였던 것이 맞나요?

활동가 네.

검사 한국성폭력상담소에서 사건지원을 한다는 것은 피해자의 진술을 신뢰할 수 있다고 판단했다는 뜻이라고 이해해도 될까요?

10) 피해자의 진술의 신빙성을 인정하는 활동가 신문을 통해 준강간 사건의 특수성에 대하여 설명하고, 준강간 및 무고 사건에 대하여 활동가들이 갖고 있는 문제의식을 전달함.

- 활동가 네. 피해자의 진술에 일관성과 타당성이 있고, 피고인과의 카카오톡 메시지, 사건 이후 피해자가 주변인 및 양성평등센터에 피해를 호소해온 정황, 상담 시 피해자의 태도 등을 보았을 때 피해자의 진술에 신빙성이 있다고 판단했어요.
- 검사 피해자는 사건 당시 술에 취해 있었기 때문에 피해 상황을 구체적으로 기억하지 못한다고 진술하였습니다. 성폭력 사건을 상담하다 보면 이런 경우가 자주 있나요?
- 활동가 술과 약물을 이용한 성폭력 사건의 특수성 때문인데요. 피해자가 술 또는 약물에 취한 상태에서 성폭력이 벌어지기 때문에 나중에 피해 상황을 제대로 기억하기 어려워요.
- 검사 피해자처럼 피해 상황 중에서 딱 한 순간만 기억하는 경우도 있을 수 있나요?
- 활동가 술에 취했을 때의 양상은 개개인마다 천차만별이기 때문에, 아예 아무 것도 기억하지 못하는 경우도 있을 수 있고, 일부 상황만 단편적으로 기억하는 경우도 있을 수 있어요. 그리고 처음에는 기억이 안 나다가 나중에 추가적으로 기억이 나는 경우도 있어요.
- 검사 양성평등센터에서는 상담원이 피해자에게 무고로 걸릴 수도 있다고 말했다고 하는데, 그렇게 말한 것에 대해서는 어떻게 생각하시나요?
- 활동가 제가 그 상담원이 아니라서 정확히는 모르겠지만, 아마도 직접적인 증거가 없고 피해자에게 불리한 정황이 많아서 그런 조언을 해줬던 것 같아요. 요즘 들어 성폭력 피해자가 무고로 시달리는 경우가 너무 많아져서, 상담원들도 상담할 때 무고에 대하여 의식하지 않을 수 없게 됐거든요.¹¹⁾

11) 본 모의법정 사건에서 피해자는 양성평등센터 상담원에게 ‘무고로 걸릴 수도 있다’는 말을 듣고 경찰 신고를 망설였지만, 그것이 단순히 해당 양성평등센터나 상담원 개인의 잘못 때

- 검사 좀 더 자세하게 설명해주실 수 있나요?
- 활동가 미성년자 또는 장애인을 대상으로 한 끔찍한 성폭력 사건들이 이슈화될 때마다 정부는 신중한 고찰 없이 엄벌주의 정책을 내놓았어요. 이에 따른 후폭풍으로 성폭력 피해자는 더 엄격한 입증책임을 요구받게 되었고, ‘피해자다움’의 통념에 부합하지 않는 피해자는 이른바 ‘꽃뱀’, 성폭력 무고사범 아니냐는 의심이 팽배하게 되었어요.
- 검사 성범죄 처벌이 강화되는 흐름 속에서 성폭력 가해자에 대한 수사와 처벌이 철저해지기는커녕 오히려 ‘억울한 무고 피해자’에 대한 우려가 대두되었다는 뜻인가요?
- 활동가 네. 수사기관이 성폭력에 대한 이해부족 또는 편견을 바탕으로 수사를 진행하고, 이에 근거하여 검사가 성폭력 피해자를 무고로 인지하는 경우가 생각보다 많아요. 최근에는 가해자들도 무분별하게 역고소를 남발하고 있어서 심각한 문제예요.
- 검사 성폭력을 저지른 가해자가 도리어 피해자를 무고죄로 공격한다는 말인가요? 어떻게 그럴 수 있나요?
- 활동가 성폭력 사건은 피해자의 진술 이외에 증거가 없는 경우가 많아요. 이 사실을 잘 알고 있는 가해자는 피해자를 헐박하거나 스스로를 방어하기 위해서 무고죄를 악용하고 있어요. 변호사 업계가 산업화되면서 이러한 경향을 더 부추기고 있어요.
- 검사 그러니까, 증인이 하신 말씀의 취지는, 성폭력 범죄자들이 자신의 범죄를 은폐하기 위해서 다시 무고 범죄를 저지른다는 것이 맞나요?
- 활동가 네. 다양한 사례를 접하는 상담원의 입장에서는, 피해자에게 불리한 정황이 있으면 만에 하나라도 무고로 의심받거나 역

문이 아님을 명확히 하고, 성폭력 피해자가 무고로 다시 피해를 입는 사건이 늘어나고 있는 사회적 현상에 대하여 비판하기 위한 내용.

고소 당할 가능성을 걱정하게 되죠. 우리 상담소도 그런 경우에 피해자에게 여러 가지 가능성과 처리 과정을 설명해주시기도 해요.¹²⁾

검사 알겠습니다. 그런데 실제로는 전체 성폭력 신고 중에서 성폭력 무고의 비율이 어느 정도나 되나요?

활동가 우리나라에는 아직 성폭력 무고에 대한 공식 집계조차 없는 실정이에요. 학계의 통설은 무고건수를 2% 정도로 보고 있어요.

검사 네, 감사합니다. 이상입니다.

〈변호인 측 신문〉

재판장 변호인은 신문하십시오.

변호인 예, 재판장님. 한국성폭력상담소는 매년 1,000건이 넘는 성폭력 사건을 상담하고 있다고 들었는데, 그 중에서 준강간 사건의 비율은 얼마나 됩니까?

활동가 작년 상담통계에 따르면, 준강간 사건이 약 6.8%, 준강제추행 사건이 약 3.6%였어요.

변호인 한국성폭력상담소는 가해자와도 상담을 진행합니까?

활동가 우리 상담소는 피해자를 지원하는 기관이기 때문에 원칙적으로 가해자 상담은 하지 않아요.

변호인 그러면 증인은 피고인과도 면담한 사실이 없겠군요. 맞습니까?

활동가 네.

변호인 그렇다면 증인은 이 사건에 대하여 고소인의 말만 듣고 성폭력이 맞다고 판단했다는 말입니까? 고소인의 말이 진실하다

12) 양성평등센터 상담원이 왜 무고에 대해 언급했는지 조금 더 구체적으로 짚어주면서, 특정 상담소 또는 특정 상담원의 문제가 아님을 다시 한 번 강조하는 내용.

고 어떻게 확신합니까?

활동가 피해자의 말만 듣고 무조건 믿는 것은 아니에요. 일차적으로 피해자의 말이 얼마나 구체적이고 일관적인지 판단하고, 애매하거나 이상한 점이 있으면 계속 질문을 해서 진술에 타당성이 있는지 확인해요. 그리고 여러 차례 전화 상담 및 면접 상담을 진행하면서 피해자의 목소리, 태도 등 비언어적인 측면도 관찰해서 종합적으로 판단하죠.

변호인 그러면 증인이 지원한 사건 중에서 피고인이 무죄로 판결 받은 경우는 전혀 없습니까?

활동가 있어요.

변호인 그건 곧 증인의 판단이 틀릴 수도 있다는 뜻 아닙니까?

활동가 성폭력 사건의 특성상 증거를 확보하기 어렵고, 특히 술과 약물을 이용한 성폭력 사건의 경우에는 피해자의 기억이 불완전한 경우가 많아요. 그러다 보니까 성폭력 피해를 충분히 입증하지 못해서 무죄 판결이 나는 경우도 있어요. 안타깝죠. 그렇다고 해서 피해가 없었던 것은 아니에요.

변호인 증인이 지원한 사건 중에서 피해를 주장했던 여성이 무고죄로 처벌받은 경우도 있습니까?

활동가 네, 내담자가 무고죄로 처벌받은 적도 있어요.

변호인 이상입니다.

재판장 이상으로 증인 조은희에 대한 신문을 마치겠습니다. 증인은 내려가셔도 좋습니다.

다음 증인 출석 하십시오.

(법원경위는 한국성폭력상담소 활동가를 방청석으로 안내한 후, 소모임 회원을 증인석으로 안내한다.)

소모임 회원에 대한 신문¹³⁾

〈변호인 측 신문〉

소모임 회원 (증인석에 서서 왼손으로 선서서를 들고 오른손으로 선서하는 동작을 하며)

양심에 따라 숨김과 보탬이 없이 사실 그대로 말하고 만일 거짓말이 있으면 위증의 벌을 받기로 맹세합니다. (앉는다.)

재판장 증인 홍채린 본인 맞습니까?

소모임 회원 네.

재판장 변호인은 신문하십시오.

변호인 예, 재판장님. 증인은 피고인과 고소인과 함께 공무원시험을 준비하는 소모임에서 활동하였습니다. 맞습니까?

소모임 회원 네.

변호인 평소 소모임에서 고소인과 피고인의 사이가 어땠습니까?

소모임 회원 개랑 민준 오빠랑 모임에 되게 열심히 나오는 편이었는데, 개가 민준 오빠를 좋아하는 게 너무 티가 나서 모르는 사람이 없었어요. 당연히 민준 오빠도 개 마음을 알고 있었어요. 우리끼리 썸 줌 그만 타라고 자주 놀렸어요. 그런데 민준 오빠는 연애했 생각이 없다고 하더라고요.

변호인 피해자가 공공연하게 피고인을 짝사랑했다는 말이군요.

소모임 회원 네.

13) 피고인 측 증인으로서, 피고인을 옹호해주는 주변인의 모습을 보여줌. 소모임 회원은 피해자와 피고인 양 측의 지인이기 때문에 성폭력 사건에 대하여 혼란스러운 감정을 갖고 있으나, 기계적 중립을 지키려는 태도와 성폭력에 대한 통념을 갖고 있기 때문에 결과적으로 피해자의 주장을 부정하는 인물임.

변호인 사건 전날인 2016년 10월 19일에 증인도 소모임 뒤풀이에 참석해 있었습니까?

소모임 회원 네.

변호인 뒤풀이 후에 피해자와 피고인이 같이 돌아가는 모습을 보았습니까?

소모임 회원 네. 개가 평소보다 술을 많이 마셔서 민준 오빠가 바래다준다고 따라갔어요. 이러다가 둘이 사귀는 거 아니냐고 우리끼리 막 웃었는데……. 어찌다가 일이 이렇게 됐는지 아직도 믿을 수가 없어요.

변호인 마지막으로 보았을 때 피해자와 피고인의 사이가 어떻게 보였습니까?

소모임 회원 진짜 분위기 좋았어요. 민준 오빠가 바래다준다고 하니까 개가 엄청 좋아했어요.

변호인 혹시 그때 피해자와 피고인 사이에 신체접촉도 있지 않았습니까?

소모임 회원 네. 개가 자꾸 비틀거리서 민준 오빠가 팔짱끼고 부축해줬어요.

변호인 그렇다면 사건 당일 피해자와 피고인이 합의 하에 성관계를 했어도 이상하지 않겠군요. 그렇지 않습니까?

소모임 회원 네.

변호인 이상입니다.

〈검사 측 신문〉

재판장 검사는 신문하십시오.

검사 예. 사건 당일 증인이 피해자와 피고인을 마지막으로 목격했

을 때 피해자는 이미 술에 많이 취한 상태였던 것이 맞나요?

소모임 회원 네.

검사 증인의 진술대로라면, 사건 당시 피고인은 피해자가 본인을 좋아한다는 사실을 잘 알고 있었습니다. 맞나요?

소모임 회원 네.

검사 재판장님, 증인은 피해자가 평소 피고인을 좋아했으며 사건 당시 술에 취해 있었다는 사실을 진술하였습니다. 변호인은 이를 근거로 피해자가 피고인과 합의 하에 성관계를 했을 가능성이 있다고 주장하고 있습니다. 그러나 오히려 피고인은 증인이 진술한 사실을 악용하여 피해자를 강간하고 무고하였던 것입니다. 이상입니다.

재판장 이상으로 증인 홍채린에 대한 신문을 마치겠습니다. 증인은 내려가셔도 좋습니다.

(법원경위는 소모임 회원을 방청석으로 안내한다.)



증거조사 종결 및 휴정 선언

- 재판장 증인신문을 모두 마쳤습니다. 양 측은 더 신청하실 증거가 있나요?
- 검사 없습니다.
- 변호인 피고인 측도 없습니다.
- 재판장 알겠습니다. 그러면 시간이 많이 소요되었으므로 10분간 휴식시간을 가진 후에 최종의견을 듣도록 하겠습니다. 오늘 재판은 모의법정으로 진행되었기 때문에 특별히 방청인께도 발언 기회를 드리려고 합니다. 의견 개진을 원하는 방청인은 포스트잇에 적어서 휴식시간 내에 스태프를 통해 전달해주시기 부탁드립니다.

138

(10분간 휴식시간)



최종의견 진술

〈검사의 최종의견〉

재판장 이제 양 측의 최종의견을 듣도록 하겠습니다. 검사는 최종의견을 진술하십시오.

검사 (자리에서 일어서서) 예.

검사가 제출한 증거와, 피해자와 증인들의 증언과 같이, 피해자가 사건 직후부터 일관되게 성폭력 피해 사실을 호소한 정황은 명백합니다. 피고인은 피해자의 진술의 신빙성을 부정하고 있으나, 판례에 따르면 법원은 ‘피해자를 비롯한 증인들의 진술이 대체로 일관되고 공소사실에 부합하는 경우 객관적으로 보아 도저히 신빙성이 없다고 볼 만한 별도의 신빙성 있는 자료가 없는 한 이를 함부로 배척하여서는 안 된다(대법원 2012.6.28, 선고, 2012도2631, 판결)’고 하고 있습니다. 그러므로 피해자의 진술의 신빙성을 인정하여 이 사건 준강간에 대하여 유죄를 선고하여 주시기 바랍니다.

또한, 피고인은 피해자에게 무고 혐의가 없음이 명백함에도 불구하고 피해자에 대하여 허위 사실의 고소장을 제출함으로써 무고하였습니다. 피고인은 이를 정당한 방어권 행사라고 주장하고 있으나, 판례에 따르면 ‘어떤 죄로 고소를 당한 사람이 그 죄의 혐의가 없다면 고소인이 자신을 무고한 것이므로 처벌을 해달라는 고소장을 제출한 것은 설사 그것이 자신의 결백을 주장하기 위한 것이라고 하더라도 방어권의 행사를 벗어난 것으로서 고소인을 무고한다는 범의를 인정할 수 있다고 할 것이다(대법원 2007.3.15, 선고, 2006도9453, 판결)’라고 하였습니다. 그러므로 이 사건 무고에 대하여도 유죄를 선고하여 주시기 바랍니다.

피고인은 준강간이라는 중대한 범죄를 저질렀을 뿐 아니라, 잘못을 반성하기는커녕 피해자를 무고함으로써 범행을 은폐하고자 시도하였으므로 죄질이 극히 불량합니다. 따라서 준강간 및 무고의 실제적 경합을 인정하여 가중처벌 할 필요성이 있습니다.

피해자는 이 사건 준강간으로 인해 성적 자기결정권을 침해 받았고, 극심한 스트레스를 받아 불면증 및 우울증에 걸렸으며, 이 사건 무고로 인해 수사재판과정에서 불이익을 겪는 등 심대한 피해를 입었습니다.

그런데 피고인은 끝까지 범행을 부정하면서 피해자의 인격을 깎아내리는 방식으로 무죄 취지의 주장을 반복하였으므로 반성의 여지가 보이지 않고, 엄중한 처벌이 불가피합니다.

이에 따라 검사는 피고인에 대하여 징역 4년을 구형하는 바입니다. 이상입니다.
(자리에 앉는다.)

〈피고인 변호인의 최종의견〉

재판장 변호인은 최종의견을 진술하십시오.

피고인 변호인 (자리에서 일어서서) 예, 재판장님.

이 사건 공소사실에 있어서 직접 증거로는 사실상 고소인의 진술이 유일하며 나머지 증거는 모두 고소인의 진술에 기초한 전문증거 등에 불과합니다. 결국 이는 모두 신빙성이 없는 고소인의 진술 등을 증거로 한 것일 뿐이어서 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 피고인의 유죄를 인정할만한 확실한 증거라고 할 수 없습니다. 유일한 객관적 증거자료라고 할 수 있는 카카오톡 대화 내역에는 강간 또는 성폭력이 명시된 바 없습니다.

오히려 고소인이 평소 피고인을 좋아했다는 점, 사건이 발생한 장소가 고소인의 원룸이라는 점, 사건 당시 고소인이 술에 취해 있었으므로 ‘블랙아웃’ 증상을 경험했을 가능성도 있다는 점 등을 종합적으로 고려하여 보면 피고인의 주장을 뒷받침해주는 정황증거가 훨씬 많습니다.

검사는 피고인이 범행을 은폐하기 위하여 고소인을 무고하였다고 주장하였으나, 피고인은 고소인을 강간한 사실이 없기 때문에 객관적 사실에 부합한다고 믿는 사실을 고소했을 뿐입니다. 설령 고소인에게 무고의 고의가 없었다고 하더라도 피고인의 입장에서는 무고가 성립한다고 믿을 만한 근거가 있었습니다. 그러므로 피고인은 정당한 방어권을 행사한 것일 뿐, 무고의 범의가 없었습니다.

형사재판에서 입증책임은 검사에게 있고, 유죄를 인정하려면 법관으로 하여금 합리적인 의심할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하므로, 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 가더라도 피고인의 이익으로 판단하여야 합니다. 이는 형법상으로도 규정되어 있는 무죄추정의 원칙이므로, 조금이라도 합리적인 의심이 든다면 유죄로 판단하여서는 안 될 것입니다. 따라서 피고인에게 무죄를 선고하여 주시기를 바랍니다. 이상입니다.

(자리에 앉는다.)

<피해자 변호사의 최종의견¹⁴⁾>

재판장 네. 양측의 최종의견 잘 들었습니다. 혹시 피해자 변호사도

14) 피해자 변호사는 검사보다 피해자의 입장을 더 명확히 대변해주는 역할임. 대안적인 법정에서는 피해자 변호사석을 검사석 옆에 별도로 마련하고, 피해자 변호사에게도 발언권을 주는 등 피해자 변호사의 역할 및 권한을 실제보다 강화하였음.

덧붙이고 싶은 의견이 있습니까?

피해자 변호사 (자리에서 일어서며) 예, 재판장님. 피해자 변호사로서 검사의 주장에 전적으로 동의합니다.

이 사건으로 인해 피해자가 겪은 고통은 이루 말할 수 없습니다. 준강간과 무고로 인한 피해는 가장 큰 줄기에 불과합니다.

피해자는 대학 내에 성폭력 피해 사실이 알려지면서 피해자에 대해 꽃뱀이라는 악의적인 소문이 퍼지는 바람에 결국 휴학할 수밖에 없었습니다. 고소 이후에는 피고인과 피고인의 지인들의 연락이 쇠도하였고, 피해자는 고소 취하 중용과 역고소 협박에 시달리다가 일시적으로 사회공포증 증상까지 보였습니다.

심지어 피고인은 피고인의 일방적인 주장을 담은 탄원서를 대학 내에 돌려서, 피고인의 교수, 선후배, 동기 등 약 30여 명의 서명을 받음으로써 피해자의 명예를 훼손하였습니다. 물론, 서명한 사람들은 피해자의 교수, 선후배, 동기이기도 했습니다. 해당 탄원서는 피고인의 무죄판결을 호소하는 참고자료로서 이를 전 법원에 제출되었습니다. 이로 인해 피해자가 겪은 심적 고통은 막대하고 현재로서는 언제 복학할 수 있을지 불투명한 상황입니다.

이러한 사정을 종합적으로 고려해서 피고인을 엄벌에 처해주시기 바랍니다. 이상입니다.

(자리에 앉는다.)

〈피고인의 최종의견〉

재판장 피고인도 마지막으로 하고 싶은 말 있습니까?

피고인 (자리에서 일어서서) 네, 재판장님.

재판장 그러면 최종 진술 하십시오.

피고인 감사합니다. 재판장님, 그리고 방청객 여러분, 죄송합니다. 제가 철이 없었습니다. 아무리 술에 취해 있었다고 하더라도 남자인 제가 성욕을 더 잘 참았어야 했습니다. 그게 맞는 것 같습니다. 사랑 없는 성관계를 해서 그 애에게 씻을 수 없는 상처를 준 것도 정말 미안하게 생각합니다.

하지만 저는 절대 그 애를 강간하지 않았습니다. 정말로 그 애가 먼저 성관계를 원했고, 합의한 성관계였습니다. 사귄 마음 없이 성관계를 한 것은 제가 잘못했지만, 그렇다고 제가 죽을죄를 지은 것은 아니지 않습니까? 제발 저를 강간범으로 매도하지 말아주십시오. 저는 정말 억울합니다.

오죽 억울했으면 제가 무고로 맞고소까지 했겠습니까? 상황이 이렇게 되고 보니까 후회도 들지만, 정말 무고라고 믿었기 때문에 고소했던 것입니다. 그 애를 협박하거나 법을 악용하려는 의도는 아니었습니다. 피해자 변호사님께서 말씀하신 탄원서도, 제 판에는 억울함을 풀고 싶어서 한 일이었습니다.

그 애는 정말 성관계에 합의한 사실을 기억하지 못하는 걸까요? 아니면 철저하게 거짓말을 하고 있는 걸까요? 저는 아직도 잘 모르겠습니다. 어쩌다가 제가 이런 상황에 놓였는지 참담한 마음뿐입니다.

(자리에 앉는다.)

〈피해자의 최종의견〉

재판장 피해자는 아직 증인지원실에 있습니까? 지금 기회를 줄 테니, 피해자는 마지막으로 꼭 하고 싶은 말이 있으면 법정으로 나와서 최종 진술 하십시오.

(피해자는 신뢰관계인과 함께 법원경위의 안내를 받아 증인지원실에서 증인석으로 이동한다.)

피해자 (재판장을 향해) 고맙습니다. 증인지원실에서 모니터로 법정을 쬐 지켜봤어요. 저 사람이 했던 말은 전부 거짓말이에요.¹⁵⁾ 저는 저 사람한테 먼저 키스하지도 않았고, 성관계 후에 사귀자거나 복수할 거라고 말하지도 않았어요. 성폭력 피해 당시 저는 술에 취해 의식을 잃은 상태였어요. 제 말을 믿어주세요.

저 사람 때문에 저는 너무 많은 고통을 이겨내야 했어요. 저를 가장 힘들게 했던 것은 성폭력 피해 그 자체가 아니었어요. 내가 잠든 사이에 누군가가 나를 자위도구처럼 사용할 수 있다는 사실도 끔찍했지만, 많은 사람들이 내 말을 믿어주지 않고 오히려 나를 비난한다는 사실이 더 무섭고 괴로웠어요.

누군가는 제가 완전무결한 피해자가 아니기 때문에 성폭력이 아니라고 말했어요. 또 누군가는 제가 한 행동들이 성폭력을 유발했다고 말했어요. 그리고 누군지도 모를 사람들은 마치 제가 꽃뱀이거나 미친년인 것처럼 말하기도 했어요. 그 속에서 저 사람을 고소하기가 너무 힘들었어요. 내가 성폭력 피해자임을 끊임없이 증명해야하고, 피해를 인정받지 못하면 오히려 제가 무고로 몰릴 수도 있는 상황이었으니까요.

아무도 제 말을 믿어주지 않았다면, 저는 이 법정에 피해자가 아닌 피고인으로 앉아있었을지도 몰라요. 아니, 애초에 고소를 하지 못했을 수도 있겠네요. 친구들과 가족들, 그리고 한국성폭력상담소 활동가 분들께서 ‘네 잘못이 아니야’라고 말해주었기 때문에 저는 그 사람을 고소할 용기를 낼 수 있었어요. 변호사님과 수사기관이 저를 이해해주시고 제 진술을 사실로 믿어주셨기 때문에 저는 무고로 누명을 쓰지 않을 수 있었어요. 모두에게 진심으로 감사드립니다.

15) 피해자가 증인지원실에서도 법정의 모습을 모니터링 할 수 있음을 알림. 덧붙여 피고인 신문 중에 피고인이 거짓말을 많이 했으므로, 이에 피해자가 반박함으로써 마지막으로 방청객을 설득함.

하지만 모든 피해자가 저처럼 운이 좋지는 않을 거예요. 애꿎은 피해자에게 무고 혐의를 씌우는 대신 성폭력 가해자를 제대로 처벌하는 사회가 되지 않는 한, 어떤 피해자는 고소를 포기하게 될 것이고 어떤 피해자는 무고와 싸울 수밖에 없을 거예요. 그러는 동안 가해자는 잘 먹고 잘 살겠죠.

그 날, 저 사람이 왜 저를 강간했을까요? 이유는 딱 하나라고 생각해요. 안 잡힐 자신이 있었던 거예요. 제가 저 사람을 좋아했으니까 함부로 해도 된다고 생각했겠죠. 하지만 성폭력을 해도 되는 이유 따위 없어요. 저 사람은 자신이 얼마나 잘못된 행동을 했는지 깨달아야 해요. 만약 저 사람이 이 사건으로 처벌받지 않는다면, 저 사람은 기회가 생길 때마다 또 성폭력을 저지를 거예요. 그때는 더 교묘하게 피해자 책임으로 몰아갈 거고요. 재판장님, 꼭 유죄 판결을 내려주세요.

(감정을 추스르며) 이상입니다.

145

재판장 네. 증인은 증인지원실로 돌아가도 좋습니다.
(법원경위의 안내 하에 피해자와 신뢰관계인은 증인지원실로 이동한다.)

〈방청인 의견 개진〉

재판장 마지막으로 방청인 중에서 휴식시간동안 메모로 의견개진을 요청하셨던 두 분의 의견을 더 들어보도록 하겠습니다.

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

재판장 네, 감사합니다. 여러분들의 의견 잘 들었습니다.



5. 최종 판결

〈재판부의 최종 판결 선고〉

재판장 원래 일반 형사재판의 경우에는 국민참여재판과 달리 재판부가 최종 판결을 선고하기까지 상당한 시일이 걸립니다. 하지만 오늘 재판은 모의법정이기 때문에 이 자리에서 바로 판결을 선고하도록 하겠습니다.

사건번호 2017고합123호 준강간등 사건, 피고인 김민준에 대한 본 재판부의 판결을 선고하겠습니다. 피고인은 자리에서 일어서 주시기 바랍니다.

먼저 판결 이유를 말씀드리겠습니다.

이 유¹⁶⁾

형법 제299조는 사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 간음 또는 추행을 한 자를 형법 제297조, 제298조의 강간 또는 강제추행의 죄와 같이 처벌하도록 규정하고 있는바, 여기에서의 항거불능의 상태라 함은 형법 제297조, 제298조와의 균형상 심신상실 이외의 원인 때문에 심리적 또는 물리적으로 반항이 절대적으로 불가능하거나 현저히 곤란한 경우를 의미하는 것이다(대법원 2000. 5. 26. 선고 98도3257 판결, 대법원 2009. 4. 23. 선고 2009도2001 판결 등 참조).

또한 법원은 공소사실을 뒷받침하는 피해자 등의 진술의 신빙성 유무를 판단

16) 배포할 최종 판결문은 더 많은 내용이 들어가나, 시간 관계 상 모의법정에서는 사건 개요, 각 증인의 주장 등 법정에서 다룬 내용과 중복되는 부분은 생략하고 주요한 판결 이유 부분만 낭독함.

함에 있어서, 진술 내용 자체의 합리성·논리성·모순 또는 경험칙 부합 여부나 물증 또는 제3자의 진술과의 부합 여부 등은 물론, 법관의 면전에서 선서한 후 공개된 법정에서 진술에 임하고 있는 증인의 모습이나 태도, 진술의 뉘앙스 등 증인신문조서에는 기록하기 어려운 여러 사정을 직접 관찰함으로써 얻게 된 심증까지 모두 고려하여 신빙성 유무를 평가하게 되고(대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도7917 판결 등 참조), 피해자를 비롯한 증인들의 진술이 대체로 일관되고 공소사실에 부합하는 경우 객관적으로 보아 도저히 신빙성이 없다고 볼 만한 별도의 신빙성 있는 자료가 없는 한 이를 함부로 배척하여서는 안 된다(대법원 2005. 4. 15. 선고 2004도362 판결 등 참조).

따라서 다음과 같은 사실관계, 즉 피해자가 술에 취해 사건 당시의 정황들을 구체적으로 기억하지는 못하지만, 사건 당일에 평소보다 술을 많이 마시고 의식을 잃었던 점, 깨어난 후 옷이 벗겨지고 성관계의 흔적이 남아 있음을 깨닫고 곧바로 피고인에게 카카오톡 메시지로 연락해서 불쾌감을 표현하며 사과를 받고자 했던 점, 피고인 역시 사건 당일에는 수차례 미안하다고 사과를 한 점, 피해자가 사건 직후 만난 친구 김정화에게도 술에 취한 상태에서 피고인으로부터 간음을 당하였음을 호소하였던 점, 이후 양성평등센터 및 주변 친구들에게도 자신의 피해사실에 대해 도움을 요청하였고 정신과 치료를 받아온 점, 사건 이후 이 법정에 이르기까지 기억하는 부분과 기억하지 못하는 부분을 구분해서 구체적이고 일관된 진술을 하고 있는 점 등을 종합하여 본다면 피고인이 피해자의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 간음하였음이 충분히 인정되므로 준강간죄가 성립한다. 피해자가 술에 취했지만 인사불성은 아니었다는 편의점 직원의 진술서나, 피해자가 피고인을 좋아하고 있었으며 소모임 뒤풀이에서 헤어질 때도 팔짱을 끼고 분위기가 좋았다는 증인 홍채린의 증언은, 준강간죄의 성립 여부에 대한 판단에 영향을 미칠 수 없는 단순한 정황사실에 불과하다.

또한 피고인이 피해자를 간음한 것이 사실임에도, 피해자를 형사처벌 받게 할 목적으로 허위 고소를 한 이상 무고죄가 성립한다.

3. 선고형의 결정

피고인이 형사처벌 전력이 없는 점은 유리한 정상이나, 이 사건 범행은 피고인이 평소 알고 지내던 피해자가 술에 취해 있는 상태를 이용해서 간음하고, 범행 이후에도 계속해서 범행을 부인하다가 피해자로부터 고소를 당하자, 다시 피해자를 무고하는 등 죄질이 불량한 점, 이 사건으로 인하여 피해자가 상당한 고통을 겪었을 것으로 보이고, 피해자가 강력하게 처벌을 원하고 있는 점, 무고의 경우 상당한 수사 및 재판기관의 비용과 인력이 낭비되어야 하는 등 그러한 범행의 예방을 위해서도 강력한 처벌이 필요한 점 등을 고려하여 볼 때 피고인에 대한 엄중한 처벌이 불가피하다. 따라서 피고인의 나이, 성행, 환경, 범행의 동기와 경위, 범행 후의 정황 등 여러 양형조건들을 종합적으로 고려해서 주문과 같이 판결한다.

주 문17)

148

피고인을 징역 3년에 처한다.

피고인에 대하여 80시간의 성폭력치료 프로그램 이수를 명한다.

재판장 (의사봉을 세 번 두드린 후) 그럼 이것으로 <2017 성평등한 사회를 위한 성폭력 판례뒤집기 모의법정>의 심의를 마치겠습니다. 감사합니다.

17) 양형의 이유는 다음과 같음.

준강간죄의 법정형은 3년 이상의 유기징역이고, 무고죄의 법정형은 10년 이하의 징역 또는 1,500만원 이하의 벌금임. 그런데 피고인에게 형사처벌 전력이 없는 것이 특별감경인자에 해당하므로 양형 기준에 따른 권고형의 범위는 준강간죄가 1년 6월-3년, 무고죄가 1년 이하임. (이에 따라 검사는 최고형인 4년을 구형함) 다수범 기준에 따른 최종 형량 범위는 준강간죄의 형량 범위 상한에 무고죄의 형량범위 상한의 1/2을 합산한 1년 6월-3년 6월이며, 재판부는 최종적으로 3년형을 선고함.

모의법정을 함께 만든 사람들



대본 박아름
 기획단 박아름, 강예은, 김민지, 김정화, 박주미, 홍채린
 영상 문준희
 사진 최혜영
 스태프 남지민

출연

피해자	정다솔	피고인	류성국
검사	박주미	피고인 변호인	김민지
피해자 친구	김정화	소모임 회원	홍채린
상담소 활동가	조은희	재판장	이유정
우배석 판사	김신아	좌배석 판사	김승열
피해자 변호사	나무	법원 서기	박준모
피해자 신뢰관계인	민윤경	법원 경위	백목련

모의법정

모의법정 판결문

사 건 2017고합123 준강간, 무고
피 고 인 김민준
판 결 선 고 2017. 06. 02.

주 문

피고인을 징역 3년에 처한다.
피고인에 대하여 80시간의 성폭력치료 프로그램 이수를 명한다.

이 유

피고인은 피해자와 같은 학교에 재학 중인 학생으로서, 2016년 3월 16일 경 학교 내 공무원 시험 준비 소모임인 ‘공준모’에서 피해자를 만나 알게 된 사이이다. 피고인은 2016년 10월 20일 오전 0시 26분경에 서울특별시에 있는 호프집에서 소모임 ‘공준모’ 회식을 하면서 소모임 회원들과 함께 술을 마셨다. 피해자는 그날 학교에서 담당 교수가 “여자애들은 얼굴이나 예뻐야지, 공부해서 뭐 하려고”라고 하여 기분이 나쁜 상태였기 때문에 평소 주량보다 훨씬 많은 양

의 술을 마셨다. 술자리가 파한 후 피고인은 피해자에게 이야기 좀 더 하자며 집에서 술을 더 마시자고 제안했고, 근처 편의점에서 피해자의 체크카드로 수입 맥주 4캔과 과일 소주 1병, 과자 등을 구입하여 피해자의 원룸으로 같이 가서 술을 더 마셨다. 피고인은 피해자가 술에 취한 모습을 보고 피해자를 간음하기로 마음먹고, 술에 취해 항거불능 상태에 있는 피해자를 침대에 눕힌 후, 피해자의 옷을 벗기고 피해자의 배 위로 올라타 피해자에게 성기를 삽입하여 간음하였다. 피고인은 위와 같이 피해자를 간음한 사실이 있었음에도, 2017년 3월 피해자로 하여금 형사처분을 받게 할 목적으로 ‘피해자가 피고인으로부터 강간을 당한 사실이 없음에도, 강간을 당하였다고 주장하며 고소를 하였으니 엄벌해 달라’는 허위 내용의 고소장을 제출하여 피해자를 무고하였다.

피고인은 피해자가 피고인을 좋아했다는 점, 혼자 사는 원룸으로 피고인을 데려간 점, 편의점에서 피해자의 카드로 술과 안주 대금을 결제한 점, 편의점 직원의 진술에 의하더라도 당시 피해자는 술에 취해 걸음걸이가 비틀리기는 했지만 인사불성에 이를 정도는 아니라는 점 등을 들어서, 사건 당일에는 피해자와 합의 하에 자연스럽게 성관계를 하였을 뿐이며, 항거불능 상태에 있는 피해자를 간음한 사실은 없다고 주장한다. 또한 피해자가 성관계 이후, 피고인으로부터 시험공부 때문에 피해자와 사귄 의사가 없다는 말을 듣고 자존심이 상해서 피고인에게 간음을 당했다는 허위 고소를 하였다고 주장한다.

그러나 피해자는 평소 주량이 맥주 1-2잔 정도인데, 사건 당일에는 소주와 맥주를 섞어서 4-5잔을 마셔서 많이 취해 있었고, 회식이 끝난 후 집으로 가는데 피고인이 따라와 ‘이야기 좀 더 하자’, ‘너희 집에 가서 편하게 술을 마시자’고 하므로, 거절하기 미안해서 함께 편의점으로 가서 술과 안주를 구입해 피해자의 집으로 가서 맥주 2캔을 더 마셨으며, 그 후에 술이 취해 깨어나 보니 피해자의 옷이 벗겨져 있었고 간음을 당한 흔적이 남아 있었다고 진술하고 있다. 피해자는 사건 직후 10월 20일 오후에 피고인에게 카카오톡 메시지를 보내서 ‘어제 저한테 하면 안 되는 짓 하셨잖아요’라고 항의했고, 피고인은 ‘미안해 내가 어제 너무 취해서’ ‘내가 제정신이 아니었나봐’ ‘잘못했어 한번만 용서해줘’라는 내용으로 사과를 했다. 또한 증인 김정화의 증언에 의하면 피해자는 10월 20일 오후에 김정화에게 ‘피고인과 단 둘이 술을 마시다가 반쯤 잠들

어 있었는데 피고인이 피해자의 몸을 만졌고 ‘하지 말라’고 하면서 피고인을 밀친 기억은 있는데 너무 졸리워서 그 다음에 어떤 일이 있었는지 정확하게 기억을 하지 못하며, 일어나보니 옷이 다 벗겨져 있었고 성관계한 흔적이 남아 있었다’고 울면서 이야기를 했고, 그 이후에도 수차례 새벽에 울면서 김정화에게 전화를 걸어 자신의 고통을 호소하였음을 알 수 있다.

또한 증인 조은희의 증언에 의하면 2017년 1월 피해자가 상담소에 전화를 걸어와서 상담을 하였는데, 피해자의 태도와 진술의 일관성, 카카오톡 메시지 내용 등으로 보아 피해자의 진술이 신빙성이 있다고 판단해서 수사와 재판 과정을 지원을 하게 되었음을 알 수 있다.

형법 제299조는 사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 간음 또는 추행을 한 자를 형법 제297조, 제298조의 강간 또는 강제추행의 죄와 같이 처벌하도록 규정하고 있는바, 여기에서의 항거불능의 상태라 함은 형법 제297조, 제298조와의 균형상 심신상실 이외의 원인 때문에 심리적 또는 물리적으로 반항이 절대적으로 불가능하거나 현저히 곤란한 경우를 의미하는 것이다(대법원 2000. 5. 26. 선고 98도3257 판결, 대법원 2009. 4. 23. 선고 2009도2001 판결 등 참조).

152

또한 법원은 공소사실을 뒷받침하는 피해자 등의 진술의 신빙성 유무를 판단함에 있어서, 진술 내용 자체의 합리성·논리성·모순 또는 경험칙 부합 여부나 물증 또는 제3자의 진술과의 부합 여부 등은 물론, 법관의 면전에서 선서한 후 공개된 법정에서 진술에 임하고 있는 증인의 모습이나 태도, 진술의 뉘앙스 등 증인신문조서에는 기록하기 어려운 여러 사정을 직접 관찰함으로써 얻게 된 심증까지 모두 고려하여 신빙성 유무를 평가하게 되고(대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도7917 판결 등 참조), 피해자를 비롯한 증인들의 진술이 대체로 일관되고 공소사실에 부합하는 경우 객관적으로 보아 도저히 신빙성이 없다고 볼 만한 별도의 신빙성 있는 자료가 없는 한 이를 함부로 배척하여서는 안 된다(대법원 2005. 4. 15. 선고 2004도362 판결 등 참조).

따라서 다음과 같은 사실관계, 즉 피해자가 술에 취해 사건 당시의 정황들을 구체적으로 기억하지는 못하지만, 사건 당일에 평소보다 술을 많이 마시고 의식을 잃었던 점, 깨어난 후 옷이 벗겨지고 성관계의 흔적이 남아 있음을 깨닫

고 곧바로 피고인에게 카카오톡 메시지로 연락해서 불쾌감을 표현하며 사과를 받고자 했던 점, 피고인 역시 사건 당일에는 수차례 미안하다고 사과를 한 점, 피해자가 사건 직후 만난 친구 김정화에게도 술에 취한 상태에서 피고인으로 부터 간음을 당하였음을 호소하였던 점, 이후 양성평등센터 및 주변 친구들에게도 자신의 피해사실에 대해 도움을 요청하였고 정신과 치료를 받아온 점, 사건 이후 이 법정에 이르기까지 기억하는 부분과 기억하지 못하는 부분을 구분해서 구체적이고 일관된 진술을 하고 있는 점 등을 종합하여 본다면 피고인이 피해자의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 간음하였음이 충분히 인정되므로 준강간죄가 성립한다. 피해자가 술에 취했지만 인사불성은 아니었다는 편의점 직원의 진술서나, 피해자가 피고인을 좋아하고 있었으며 소모임 뒤풀이에서 헤어질 때도 팔짱을 끼고 분위기가 좋았다는 증인 홍채린의 증언은, 준강간죄의 성립 여부에 대한 판단에 영향을 미칠 수 없는 단순한 정황사실에 불과하다.

또한 피고인이 피해자를 간음한 것이 사실임에도, 피해자를 형사처벌 받게 할 목적으로 허위 고소를 한 이상 무고죄가 성립한다.

3. 선고형의 결정

피고인이 형사처벌 전력이 없는 점은 유리한 정상이나, 이 사건 범행은 피고인이 평소 알고 지내던 피해자가 술에 취해 있는 상태를 이용해서 간음하고, 범행 이후에도 계속해서 범행을 부인하다가 피해자로부터 고소를 당하자, 다시 피해자를 무고하는 등 죄질이 불량한 점, 이 사건으로 인하여 피해자가 상당한 고통을 겪었을 것으로 보이고, 피해자가 강력하게 처벌을 원하고 있는 점, 무고의 경우 상당한 수사 및 재판기관의 비용과 인력이 낭비되어야 하는 등 그러한 범행의 예방을 위해서도 강력한 처벌이 필요한 점 등을 고려하여 볼 때 피고인에 대한 엄중한 처벌이 불가피하다. 따라서 피고인의 나이, 성행, 환경, 범행의 동기와 경위, 범행 후의 정황 등 여러 양형조건들을 종합적으로 고려해서 주문과 같이 판결한다.

모의법정

[참고]

미성년자의제강간미수·무고

[대법원, 2006도9453, 2007.3.15]

[판시사항]

- [1] 미성년자의제강간·강제추행죄를 규정한 형법 제305조에 의하여 미수범도 처벌할 수 있는지 여부(적극)
- [2] 고소당한 범죄가 유죄로 인정되는 경우에, 고소를 당한 사람이 고소인에 대하여 ‘고소당한 죄의 혐의가 없는 것으로 인정된다면 고소인이 자신을 무고한 것에 해당하므로 고소인을 처벌해 달라’는 내용의 고소장을 제출하였다면 고소인에 대한 무고의 범의를 인정할 수 있는지 여부(적극)

154

[판결요지]

- [1] 미성년자의제강간·강제추행죄를 규정한 형법 제305조가 “13세 미만의 부녀를 간음하거나 13세 미만의 사람에게 추행을 한 자는 제297조, 제298조, 제301조 또는 제301조의2의 예에 의한다”로 되어 있어 강간죄와 강제추행죄의 미수범의 처벌에 관한 형법 제300조를 명시적으로 인용하고 있지 아니하나, 형법 제305조의 입법 취지는 성적으로 미성숙한 13세 미만의 미성년자를 특별히 보호하기 위한 것으로 보이는데 이러한 입법 취지에 비추어 보면 동조에서 규정한 형법 제297조와 제298조의 ‘예에 의한다’는 의미는 미성년자의제강간·강제추행죄의 처벌에 있어 그 법정형뿐만 아니라 미수범에 관하여도 강간죄와 강제추행죄의 예에 따른다는 취지로 해석되고, 이러한 해석이 형벌법규의 명확성의 원칙에 반하는 것이거나 죄형

법정주의에 의하여 금지되는 확장해석이나 유추해석에 해당하는 것으로 볼 수 없다.

- [2] 무고죄의 허위신고에 있어서 다른 사람이 그로 인하여 형사처분 또는 징계 처분을 받게 될 것이라는 인식이 있으면 족하므로, 고소당한 범죄가 유죄로 인정되는 경우에, 고소를 당한 사람이 고소인에 대하여 ‘고소당한 죄의 혐의가 없는 것으로 인정된다면 고소인이 자신을 무고한 것에 해당하므로 고소인을 처벌해 달라’는 내용의 고소장을 제출하였다면 설사 그것이 자신의 결백을 주장하기 위한 것이라고 하더라도 방어권의 행사를 벗어난 것으로서 고소인을 무고한다는 범의를 인정할 수 있다.

[참조조문]

- [1] 형법 제297조, 제300조, 제305조
 [2] 형법 제156조

[참조판례]

- [2] 대법원 1995. 3. 17. 선고 95도162 판결(공1995상, 1780),
 대법원 2005. 9. 30. 선고 2005도2712 판결(공2005하, 1753)

대 법 원
제 3 부
판 결

사 건 2016도9453 가. 미성년자의제강간미수
나. 무고
피 고 인 피고인
상 고 인 피고인
변 호 인 변호사 A, B
원 심 판 결 서울고등법원 2006. 12. 8. 선고 2006노1010 판결
판 결 선 고 2007. 3. 15.

156

주 문

상고를 기각한다.
상고 후의 구금일수 중 90일을 본형에 산입한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 상고이유 제1점에 대하여

형벌법규는 문언에 따라 엄격하게 해석·적용되어야 하고 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석 하여서는 아니되나, 형벌법규의 해석에 있어서도 법률문언으로서의 통상적인 의미를 벗어나지 않는 한 그 법의 입법 취지와 목적, 입법연혁 등 여러 요소를 고려한 목적론적 해석이 배제되는 것은 아니라고 할 것이다(대법원 2002. 2. 21. 선고 2001도2819 전원합의체

판결, 2003. 1. 10. 선고 2002도2363 판결, 2006. 5. 12. 선고 2005도6525 판결 등 참조).

미성년자의제강간·강제추행죄를 규정한 형법 제305조가 “13세 미만의 부녀를 간음하거나 13세 미만의 사람에게 추행을 한 자는 제297조, 제298조, 제301조 또는 제301조의2의 예에 의한다.”로 되어 있어 강간죄와 강제추행죄의 미수범의 처벌에 관한 형법 제300조를 명시적으로 인용하고 있지 아니하나, 형법 제305조의 입법 취지는 성적으로 미성숙한 13세 미만의 미성년자를 특별히 보호하기 위한 것으로 보이는데 이러한 입법 취지에 비추어 보면 동조에서 규정한 형법 제297조와 제298조의 ‘예에 의한다’는 의미는 미성년자의제강간·강제추행죄의 처벌에 있어 그 법정형 뿐만 아니라 미수범에 관하여도 강간죄와 강제추행죄의 예에 따른다는 취지로 해석된다. 따라서 이러한 해석이 형벌법규의 명확성의 원칙에 반하는 것이거나 죄형법정주의에 의하여 금지되는 확장해석이나 유추해석에 해당하는 것으로 볼 수 없다고 할 것이다.

원심이 피고인이 11세인 피해자를 간음하려다 미수에 그친 이 사건 공소사실에 대하여 형법 제305조, 형법 제300조 및 형법 제297조를 적용하여 미성년자의제강간미수죄로 처벌한 것은 정당하고 거기에 상고이유 제1점으로 주장하는 죄형법정주의에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

2. 상고이유 제2점에 대하여

원심은 그 설시 증거들을 종합하여 학원 승합차를 운전하던 피고인이 학원 수업을 마치고 귀가하기 위하여 승합차를 탄 11세의 피해자가 혼자 남은 틈을 타 승합차 안에서 피해자를 간음하려다 미수에 그친 이 사건 공소사실이 유죄로 인정된다고 판단하여 피고인에게 무죄를 선고한 제1심판결을 취소하고 유죄를 선고하였는바 이 사건 기록을 검토하여 보면 이는 사실심 법관이 피해자의 증언을 직접 청취한 뒤 관련 증거들을 종합하여 합리적인 자유심증에 따라 판단한 것으로 인정되고 거기에 상고이유 제2점으로 주장하는 심리미진 또는 채증법칙을 위반하여 사실을 오인하는 등으로 판결 결과에 영향을 미친 잘못이 없다.

3. 상고이유 제3점에 대하여

무고죄의 허위신고에 있어서 다른 사람이 그로 인하여 형사처분 또는 징계처분을 받게 될 것이라는 인식이 있으면 족하다 할 것이고(대법원 2005. 9. 30. 선고 2005도2712 판결 참조), 어떤 죄로 고소를 당한 사람이 그 죄의 혐의가 없다면 고소인이 자신을 무고한 것이므로 처벌을 해달라는 고소장을 제출한 것은 설사 그것이 자신의 결백을 주장하기 위한 것이라고 하더라도 방어권의 행사를 벗어난 것으로서 고소인을 무고한다는 범의를 인정할 수 있다고 할 것이다(대법원 1995. 3. 17. 선고 95도162 판결 참조).

원심이 피고인을 미성년자의제강간미수죄로 고소한 피해자의 아버지에 대하여 자신의 혐의가 없다고 밝혀질 경우 무고로 처벌해달라는 취지로 고소한 이 사건 공소사실을 무고죄에 해당한다고 판단하여 피고인에게 무죄를 선고한 제1심판결을 취소하고 유죄를 선고한 것은 이와 같은 법리에 비추어 정당하고, 거기에 상고이유 제3점으로 주장하는 무고죄의 법리를 오해한 위법이 없다.

4. 그러므로 피고인의 상고를 기각하고, 상고 후의 구금일수 중 일부를 본형에 산입하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

158

재판장 대법관 김황식 _____
 대법관 김영란 _____
 대법관 이홍훈 _____
 주 심 대법관 안대희 _____

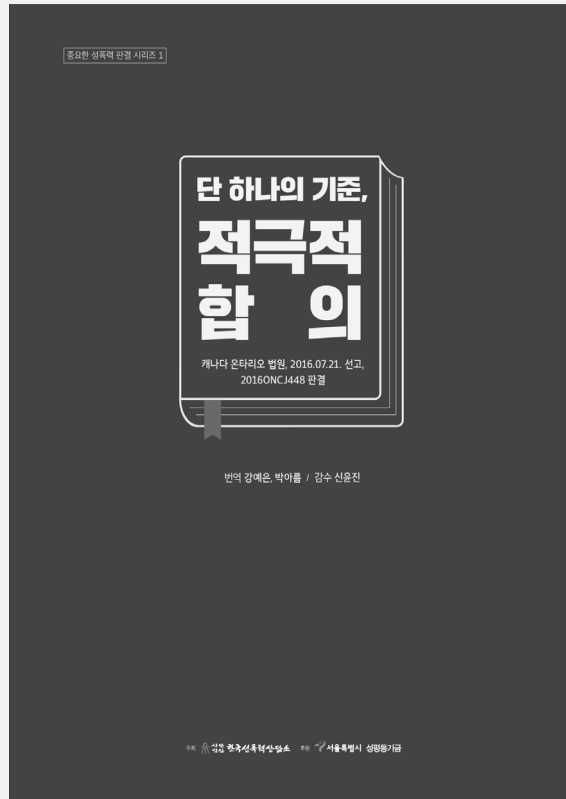
2017 성평등한 사회를 위한 **성폭력 판례뒤집기**

발 행 일 2017년 9월 19일
발 행 인 이미경
발 행 처 (사)한국성폭력상담소
편 집 박아름
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 [@stope](https://www.facebook.com/ksvrc1991)
디자인·제작 (주)인디엔피 www.indnp.com
후 원 서울특별시 성평등기금

중요한 성폭력 판결 시리즈 1.

단 하나의 기준, 적극적 합의

캐나다 온타리오 법원, 2016.07.21. 선고, 2016ONCJ448 판결



기획 한국성폭력상담소 후원 서울특별시 성평등기금
번역 강예은, 박아름 감수 신윤진

**“적극적 합의란 성적 행위에 참여하는 것에 대한
적극적이고, 의식적이며, 자발적인 동의이다.”**


작년 여름 언론에 소개되어 화제가 되었던 마빈 주커 판사의
‘혁신적인’ 판결문 전문 번역!


한국성폭력상담소 홈페이지(sisters.or.kr)를 통해 PDF 다운
로드를 받으실 수 있습니다.



2017
성평등한 사회를 위한

**성폭력
판례뒤집기**



 **사단법인 한국성폭력상담소**

(우) 04072 서울시 마포구 성지1길 32-42 (합정동 366-24) 2층

상담전화 02-338-5801 팩스 02-338-7122

사무전화 02-338-2890~2 이메일 ksvrc@sisters.or.kr