

해군 상관에 의한  
성소수자 여군 성폭력 사건 토론회

# 고등군사법원 최악의 판결 대법원은 어떤 판단을 해야 하는가?

일시 2019. 2. 19. (화) 2시

장소 국가인권위원회 10층 배움터

주최 해군 상관에 의한 성소수자 여군 성폭력 사건 공동대책위  
군인권센터, 녹색당, 반성매매인권행동 이룸, 성소수자차별반대 무지개행동,  
젊은여군포럼, 한국성폭력상담소, 한국여성단체연합, 한국여성민우회, 한국여성외전화



- 해군 상관에 의한 성소수자 여군 성폭력 사건 토론회 -

# 고등군사법원 최악의 판결 대법원은 어떤 판단을 해야 하는가?

**일시** 2019년 2월 19일(화) 오후 2:00

**장소** 국가인권위원회 10층 배움터

**주최** 해군 상관에 의한 성소수자 여군 성폭력 사건 공동대책위

(군인권센터, 녹색당, 반성매매인권행동 이룸, 성소수자차별반대 무지개행동, 젊은여군포럼, 한국성폭력상담소, 한국여성단체연합, 한국여성민우회, 한국여성의전화)

**사회** 김민문정 (한국여성민우회 상임대표)

**발제** 고등군사법원 판결의 문제와 대법원에 제안점

(강보경, 박인숙, 오수진 민주사회를위한변호사모임 여성인권위원회 변호사)

**토론**

1 고등군사법원 판결에 대한 비판

(김정혜 한국여성정책연구원 부연구위원)

2 여성 군인의 군대 내 위치, 함정의 특수적 상황

(김은경 젊은여군포럼 대표)

3 성소수자 군인의 인권 현실과 개선의 점

(이종걸 군관련성소수자인권 침해, 차별신고및지원을위한네트워크)

4 대법원 판결이 군대 내 성폭력 근절에 미칠 영향

(문숙영 국방부 성고충전문상담관)

5 군대 내 성폭력 근절 정책과 법 사이의 모순

(권김현영 한국예술종합학교 객원 교수)



# 목차

- 01 **사건 경과보고**
  
- 05 **발제**  
고등군사법원 판결의 문제와 대법원에 제안점  
(강보경, 박인숙, 오수진 민주사회를위한변호사모임 여성인권위원회 변호사)
  
- 45 **토론1**  
고등군사법원 판결에 대한 비판  
(김정혜 한국여성정책연구원 부연구위원)
  
- 53 **토론 2**  
여성 군인의 군대 내 위치, 함정의 특수적 상황  
(김은경 젊은여군포럼 대표)
  
- 63 **토론 3**  
성소수자 군인의 인권 현실과 개선의 점  
(이종길 군관련성소수자인권 침해, 차별신고및지원을위한네트워크)
  
- 69 **토론4**  
대법원 판결이 군대 내 성폭력 근절에 미칠 영향  
(문숙영 국방부 성고충전문상담관)
  
- 79 **토론5**  
군대 내 성폭력 근절 정책과 법 사이의 모순  
(권김현영 한국예술종합학교 객원 교수)



---

## 해군 상관에 의한 성소수자 여군 성폭력 사건 경과보고 및 공대위 활동

---

- 2010.09.~11      피해자는 사건이 있던 해당 근무지로 배치 된지 4개월 차 중위, 가해자A(당시 소령, 현재 소령)는 임관 11년차로, 피해자의 직속상사였음. 가해자A는 본인의 지위를 이용하여 피해자에게 10회 강제추행, 2회 강간 피해를 입힘.
- 2010.10.          피해자, 가해자A로부터 있었던 강간 피해로 임신되었음을 알게 됨. 임신중지 수술이 필요해, 당시 함장이었던 가해자B(당시 중령, 현재 대령)에게 가해자A로부터 성폭력 피해가 있었음을 보고. 피해자, 임신중지 수술하게 됨. 이후 후배와 동기, 전출지 함장에게 피해 상황 보고.
- 2010.12.          가해자B, 가해자A로부터 있었던 피해와 임신중지 수술 사실을 알고 있음을 빌미로, 본인지위를 이용하여 피해자에게 1회의 강간 피해를 입힘.
2012.              피해자, 후배와 함장 등에 가해자들로부터 있었던 성폭력 피해 상황 공유.

- 2017.05. 2017년 초, 성폭력 피해로 인해 괴로워하다 복무 중 근무지 이탈하게 됨. 5월 경, 여군 헌병 수사관에게 근무지 이탈 경위로 가해자A, B로부터 성폭력이 있었다는 피해 사실 진술, 사건화 되기는 원하지 않는다고 밝힘. 군 수사기관, ‘성폭력 사건에는 공소시효가 없어야한다’며 피해자 설득.
- 2017.07.14. 피해자, 가해자 A, B에 대한 고소장 제출
- 2017.09.11. 해군 관계자, 언론을 통해 “강력한 의지를 갖고 2010년 당시 소속부대 상관 및 지휘관의 성폭행 혐의에 대한 수사를 하고 있다. 군내 성폭력 척결 의지를 갖고 수사력을 집중하고 있으며, 결과에 따라 강력히 처벌할 예정”이라고 밝힘
- 2018.04.18. 해군본부 보통군사법원 가해자 B에게 징역 8년 판결
- 2018.05.15. 해군본부 보통군사법원 가해자 A에게 징역 10년 판결
- 2018.05. · 검사, 1심 판결 양형 부당 이유로 항소장 제출,  
· 가해자 A, B 사실오인 및 범리오해, 양형부당(행위에 비해 형이 무겁다)을 이유로 항소장 제출
- 2018.11.08. 해군본부 고등군사법원 특별부(재판장 홍창식) 원심 파기, 가해자 B에게 무죄 판결



- 2018.11.09. '부하 여군을 강간한 두 명의 해군 간부를 처벌해주시시오' 청와대 국민청원, 참여인원 206,447명
- 2018.11.13. 한국성폭력상담소, 가해자 A 신고 재판 방청연대 모집
- 2018.11.19. · 해군본부 고등군사법원 특별부(재판장 홍창식) 원심 파기, 가해자 A에게 무죄 판결  
· 2심 재판 방청연대를 위해 모인 80여 명의 시민, 무죄 판결 규탄하며 고등법원 앞에서 긴급 기자회견 진행
- 2018.11.26. 해군 간부에 의한 성소수자 여군 성폭력 사건 무죄 판결 규탄 기자회견
- 2018.12.18. '부하 여군을 강간한 두 명의 해군 간부를 처벌해주시시오' 국민청원에 대한 청와대 답변("재판이 진행 중인 상황이라 언급하기 어렵다", "3권분립에 따라 정부가 해결할 수 없는 청원에 대한 답변에는 한계가 있다") 비판 논평 <누가 3권분립을 몰라서 청와대에 호소하는가! - 해군 상관에 의한 성소수자 여군 성폭력 사건에 대한 청와대 답변에 붙여>
- 2018.12. · 해당 사건 공동대책위원회 결성  
· 민주사회를 위한 변호사 모임 여성인권위원회 상고심 변호인단 7확정

2019.01.29. 해군 상관에 의한 성소수자 여군 성폭력 사건, 대법원의  
상식적 판단 촉구 기자회견

2019.02 · 변호인단 의견서 제출을 시작으로 각계 전문가 릴레이  
의견서 제출  
· 군대 내 성폭력 사건의 특수성, 군사법원의 문제, 여성  
이자 성소수자인 피해자가 겪은 성폭력과 혐오폭력, 피해  
자다움 등 해당 사건을 관통하는 쟁점을 다룬 언론 기고문  
작성  
· 〈고등군사법원 최악의 판결, 대법원은 어떤 판단을 해야  
하는가?〉 토론회

## 고등군사법원 판결의 문제와 대법원에 제안점

강보경, 박인숙, 오수진 (민주사회를위한변호사모임 여성인권위원회 변호사)

### I. 서론

이 사건은 ①피해자의 직속상관인 피고인 박OO의 피해자에 대한 군인등강간치상, 군인등강제추행치상과 ② 피해자가 피고인 박OO의 강간 등의 사실에 관하여 상담을 했던 상급자인 피고인 김OO의 피해자에 대한 군인등강간치상 등 두 가지에 관한 것이다.

위 개별사건의 각 공소사실에 관하여, 1심은 피고인들의 각 공소사실에 대하여 전부 유죄를 인정하였으나 2심은 ‘피해자가 전체적으로 직접 경험한 내용을 진술하고 있다’는 1심의 판단은 대체로 수긍할 수 있으나 ‘피해자의 진술이 구체적이고 상세하다’는 부분은 선뜻 동의하기 어렵다는 판단 하에 모두 무죄를 선고하였다,

그러나 이와 같은 2심의 판단은 ① ‘피고인 박OO과 피해자가 연인관계이었으며 피고인 박OO의 각 행위는 피해자와 합의하에 행한 것’이라는 피고인의 일방적인 입장을 전제로 한 것으로 심히 부당하고, ② 피해자가 ‘예상할 수 있었던 추행’은 추행이 아니라는 논리에 근거하여 자의적으로 강제추행에 있어서의 폭행·협박을 판단하여 강제추행 법리에 대한 심각한 오해에서 비롯된 위법이 있으며 ③ 기본적으로 두 가지 사건에서 모두 피해자 진술의 신빙성을 판단함에 있어 피해자가 처한 특별한 사정을 충분히 고려하지 않음으로써 성인지 감수성을 결여한 심리미진의 위법이 있다.

이하에서는 ① 피고인 박OO과 피해자와의 관계 ② 폭행·협박의 점에 관한 판단 ③ 피고인 진술의 신빙성 ④ 피해자 진술의 신빙성에 대한 판단을 차례대로 살펴보기로 한다.<sup>1)</sup>

## II. 피고인 박OO과 피해자와의 관계

피고인 박OO은 자신이 피해자와 연인관계였으며 그렇기 때문에 자신과 피해자 간에 있었던 일은 강간이나 강제추행이 아닌 합의에 의한 행위였다고 주장하였다. 2심 법원은 피고인 박OO과 피해자가 연인관계라고 보지는 않으면서도, 둘의 관계에 관한 피고인 박OO과 김OO의 진술을 적극 고려하여 결국 피고인 박OO의 각 공소사실에서의 강제성을 부정하고 각 죄의 성립을 부정하기에 이르렀다. 즉, 2심 판결은 피고인 박OO과 피해자 간의 관계에 대한 잘못된 전제에서 출발하여 잘못된 결론으로 이어지게 된 것이므로, 가장 먼저 둘의 관계에 관하여 짚어보는 것이 매우 중요하다.

---

1) 피해자 대리인들은 검사와 피고인들이 가진 기록 모두를 확인할 수 없었고, 일단 1심과 2심 판결문과 피고인 박OO의 치료부터 피해자가 피소(위자료 청구 소송)당하면서 상대방이 제출한 서면 및 증거들을 확보하여 이를 토대로 2심판결의 문제점을 파악하였다.

## 1. 증인 한OO의 증언을 토대로 당시 상황을 보면, 피고인 박OO과 피해자가 연인관계가 아니었음을 알 수 있다.

피고인 박OO은 증인 한OO과 피해자의 부서장이었고 증인은 피해자와 동기였다. 증인은 피해자에게 불리하다고 보이는 피해자에 대한 소문과 피고인 김OO으로부터 전화 받은 내용도 객관적으로 증언하고 있는바 증인이 피고인 박OO을 음해하거나 모함할 이유는 없다고 보인다.

증인은 2010. 9. 21. 피고인 박OO과 피해자가 두 번 키스하는 장면을 목격하였다고 하면서 “제가 화장실에 들어갔다가 나왔을 때 키스하고 있는 걸 보고, 당황했었는데, 그냥 다른 행동을 해야 된다는 생각이 떠오르는 게 없어서 원래 앉아있던 자리에 앉았습니다. 그러자 두 사람이 키스하다가 떨어지는 걸 목격했습니다.”고 증언하였다. 이는 피해자가 당시 상황에 대하여 ‘피고인이 강제로 키스를 하였다’고 진술했던 내용과 일치한다.

만약 피고인과 피해자가 연인관계였다는 피고인의 주장을 받아들인다고 하면, 피고인이 피해자에게 키스를 한 행위는 ‘불륜당사자간의 대담한 애정행각’에 해당하고, 간통죄가 존치하던 2010. 9. 21. 당시 해군에는 ‘불륜’에 대하여 ‘품위유지의무 위반’으로 강하게 처벌하는 규정<sup>2)</sup>이 있어 ‘범죄’이자 ‘절대 해서는 안 되는 것’으로 여겨졌던 점을 주목해야 한다.

그렇다면 피고인 박OO이나 피해자는 증인 한OO이 징계 내지는 범죄혐의 사실을 누설할 것을 염려하여 증인을 떠보거나 회유하는 등의 갖가지 노력을 하였어야 할 것으로 보이나, 그러한 시도조차 없었던 사실로 보아 두 사람을 ‘연인관계’로 볼 수 없다.

---

2) ‘장교의 책무’라는 징계관련 규정을 살펴보면 ① 군내 이성 교제는 결혼하지 않은 남 여 사이에서만 가능하다는 명시적 규정에 더하여 상하관계 및 지휘관계의 이성교제를 제한하는 규정이 있으며 ② 징계사유의 ‘성폭력 등’에는 ‘..불륜 기타 부적절한 관계’를 명시적으로 포함하고 있다.

## 2. 피해자와 피고인 박OO을 사귀는 사이였다는 피고인 김OO의 주장은 그 근거가 부족한 일방적인 주장일 뿐이다

피고인 김OO은 '피해자가 인공임신중절수술을 받고 와서 일주일 정도 지나 사관실에서 둘이 옆으로 툭툭 치면서 사관실 밖에까지 웃는 소리가 들리도록 깔깔거리며 “둘이 사귀는 거 티 내냐, 자중해”라고 질책한 사실이 있다'고 진술하였다. 또한 피고인 김OO의 메모에 따르면, '그 일이 있고나서 데면데면하더니 시간이 지나니까 다른 사람들이 "둘이 사귀는거 아닙니까?" 할 정도로 둘이 사이드테이블에서... 토의하거나 이러면 달라붙어서 웃고, 스킨십 하고 그래서 둘이 같이 불렀어요. "너희들 지금 둘이 티내는 거냐? 행동들 똑바로 해라" 하고 주의를 준적이 있다'라고 쓰고 있다.

하지만 피고인 김OO 이외에는 누구도 피해자와 피고인 박OO이 특별한 관계라고 증언한 사람이 없다. 회식자리에서 피해자와 피고인 박OO의 키스를 목격한 증인 한OO 조차도 키스하는 장면을 본 것 이외에 둘 사이에 신체접촉이나 성적교감을 하는 장면을 같이 근무하는 기간 동안에 보거나 들은 적이 없다고 증언하였다. 증인 이OO 역시 박OO과 피해자가 부적절한 관계에 있는지에 관하여 전혀 의심해본 적이 없으며, 주변에서 이야기하는 것을 들은 적도 없다고 증언하였다.

참고로, 피고인 김OO이 작성했던 메모 중에는 '누구보다 후견인이 되어주고 싶었던 사람, 옛날로 돌아갈 수 있을까? 어떻게 해야 할 것인가?'라는 내용이 있는데, 이는 피해자를 걱정하는 마음을 표현한 것으로 보인다. 만약 피고인 김OO의 주장대로 피해자가 피고인 박OO과 불륜관계에 있었다면 피고인 김OO이 피해자를 걱정하고 위와 같은 메모를 작성할 이유가 없었을 것이며, 오히려 피해자가 피고인 박OO으로부터 성폭력을 당하였기 때문에 피해자를 걱정하였던 것이라고 보는 편이 타당할 것이다. 또한 메모 중에는 피고인 박OO의 전출에 관한 내용도 있는데, 이는 피해자가 일방적으로 피해를 당한 것이었기 때문에 피해자의 요청대로 피고인 박OO을 전출시켰고 피해자 또한 연말 정기발령으로 당시 근무지를 떠날 수 있게 해준 것이라고 보아야 한다.

### 3. 피고인 박OO은 피해자가 성소수자로서의 내밀한 이야기까지 하였다는 점 등을 들어 둘 사이가 연인관계였다고 주장하나, 오히려 피해자가 성소수자인 점을 일방적으로 이용했던 것이다

피고인 박OO은 피해자와 함께 식당을 가거나 단둘이 드라이브를 하였고, 피해자가 서울을 갈 때면 버스터미널로 배웅이나 마중을 하였으며, 피해자가 자신의 성적취향이나 과거 여자친구에 대해 이야기하기도 하였다는 점을 들어 피해자와 연인관계였다고 주장하였다. 나아가 자신이 피해자에게 “여자들끼리 어떻게 성관계를 하느냐”고 물은 후, 피해자가 대답하자 이에 “(본인도) 입과 손으로 잘 해보겠다”고 하였고, 피해자가 웃으며 “잘 할 수 있겠어”라고 반말로 대답하였다고 진술하기도 하였다.

피고인 박OO의 위와 같은 진술은 피고인 박OO이 피해자의 성정체성에 대해서 알고 있었다는 것을 방증하는 것으로, 동성인 여성에 대하여 성적매력을 느끼는 피해자가 남성인 피고인 자신과 연인관계였다고 주장하는 것은 설득력이 떨어진다. 더구나 동성애자가 군부대 밖에서 가진 성관계에 대해서도 “계간”으로 처벌하는 규정<sup>3)</sup>을 가진 군대라는 조직<sup>4)</sup> 안에서, 피고인 박OO이 피해자의 성정체성에 대해서 전혀 거부감 없이 대화를 나누었고 피해자가 직속상관에게 반말로 “잘 할 수 있겠어”라고 말했다는 것은, 피해자와 피고인 박OO의 관계 및 군대 내에서 성소수자에 대한 인식과 취급과는 완전히 상반되는 진술로서 신빙성이 떨어진다. 오히려 피해자가 성소수자여서 한 번도 남자와 성관계를 가진 적이 없다는 것을 잘 알고 있는 피고인 박OO이 상급자로서의 지위, 성소수자가 가지는 사회적 약점 등을 이용하여 피해자를 제압했던 것으로 보아야 한다. 피고인 박OO이 강간의 범행 당시 피해자에게 “남자 경험을 알려준다”고 했다는 피해자의 진술은 이러한 해석을 뒷받침해준다.

3) 군형법 제92조의6(추행) 제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람에 대하여 항문성교나 그 밖의 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다.

4) 2017. 4. 17. 현역 군인이 영내가 아니라 휴가를 나와서 자신의 애인과 관계를 맺었다는 이유로 긴급체포된 후 유죄를 선고받은 사건도 있었다

#### 4. 표창 대상자를 결정하는 일련의 과정을 살펴볼 때 피고인 박OO 과 피해자가 불륜관계에 있었던 것임이 아님을 알 수 있다

증인들의 진술에 따르면 당시 근무하던 함정이 2010년 연말에 안전우수함으로 선발되었고 그로 인해 참모총장 표창을 위한 선발이 있었는데, 많은 사람들이 피고인 박OO이 선발될 것이라고 생각하고 있었다고 한다. 그런데 예상을 뒤엎고 함장인 피고인 김OO이 일방적으로 피해자에게 표창을 주자고 결정하자, 부하들 사이에 시끄러운 분위기가 있었고 피고인들 간의 사이도 좋지 않았다는 것이다.

피해자가 피고인 김OO에게 임신중절에 대한 보고를 한 후에 작성했던 메모에 따르면, 피해자의 업무성과 역시 뛰어나므로, 피고인 김OO이 참모총장 표창 수상자로 피고인 박OO이 아닌 피해자를 추천한 것 자체에 문제는 없었던 것으로 보인다. 그러나 피고인 김OO이 **피해자의 표창 수상의 이유**를 부하들에게 충분히 설득하지 못하고 일방적으로 피해자를 표창대상자로 정하였던 것은, 가장 유력한 표창 대상자인 피고인 박OO의 피해자에 대한 성폭행이 있었다고 인지하였기 때문에 구체적 사정을 밝힐 수 없었을 것으로 해석하는 것이 합리적이다. 만약 피고인 김OO이 주장하는 것과 같이 피고인 박OO과 피해자가 불륜관계라고 한다면, 피고인 박OO과 같이 피해자 역시 간통죄의 형사처벌이나 징계를 받아야 할 대상에 불과할 뿐인데, 그러한 피해자를 표창의 대상으로 추천한다는 것이 경험칙에 부합하지 않기 때문이다.



## 5. 그 외에도 여러 정황들이 둘 사이가 연인관계가 아니었음을 증명해준다

피고인들의 주장대로 피고인 박OO과 피해자가 연인관계였다면, 피해자는 함장인 피고인 김OO에게 ‘임신중절수술을 위한 휴가승인’을 받기 위해 ‘보고’하는 것이 아니라 ‘범죄사실이자 중대한 징계혐의사실을 자백’하는 것이 된다. 그렇다면 피해자가 이후 근무지에서마다 함장들에게 이 사건을 계속하여 말하였다는 점에서 납득할 수 없다. 오히려 **최고책임자들에게 성폭력 피해사실을 보고하여 유사사건을 방지하고, 자신을 보호하려는 취지로 보고**했던 것으로 이해하는 것이 자연스럽다.

설사 피고인 박OO이 **일방적으로 피해자와의 관계를 연인관계로 착각하고 있었다고 하더라도**, 적어도 피고인 김OO에게 **질책을 당한 이후부터는 피해자가 자신의 성적 언동을 원하지 않았다는 사실을 충분히 알 수 있었다**. 그러나 그 이후에도 피고인 박OO은 피해자를 **계속 강제추행 하였던 사실을** 미루어 보더라도, 피고인 박OO의 연인관계 내지는 합의된 성관계 주장은 받아들이기 힘든 것이다.

### III. 폭행·협박의 점에 관한 판단

#### 1. 강간죄·강제추행죄에서의 폭행·협박 판단

##### 가. 대법원의 판단기준

강간죄가 성립하려면 가해자의 폭행, 협박은 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이어야 하고, 그 폭행, 협박이 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이었는지 여부는 그 폭행, 협박의 내용과 정도는 물론, 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 판단하여야 한다(대법원 2001. 2. 23. 선고 2000도5395 판결).

강제추행죄는 상대방에 대하여 폭행 또는 협박을 가하여 항거를 곤란하게 한 뒤에 추행행위를 하는 경우뿐만 아니라 폭행행위 자체가 추행행위라고 인정되는 경우(인용자 주 : 소위 “기습추행”)도 포함되는 것이며, 이 경우에 있어서의 폭행은 반드시 상대방의 의사를 억압할 정도의 것임을 요하지 않고 상대방의 의사에 반하는 유형력의 행사가 있는 이상 그 힘의 대소강약을 불문한다(대법원 2002. 4. 26. 선고 2001도2417 판결).

위와 같은 판단기준은 이 사건들의 공소사실이 해당되는 죄목인 군인등강간치상 및 군인등강제추행치상의 판단에도 마찬가지로 적용된다. 그런데 이 사건들의 각 2심 판결은 피고인들이 피해자의 상급자이고 특히 피고인 박○○의 경우 다른 증인들의 증언에 의하더라도 고압적이고 다혈질이어서 대하기 어려운 상관이었기에 피해자가 피고인의 위력에 별다른 항거를 하기 어려웠던 사정, 피고인과 피해자의 체격 차이, 피고인들이 피해자가 동성애자라는 점이나 성폭력 피해를 입은 여자라는 낙인을 빌미로 협박할 것을 두려워한 점 등을 전혀 고려하지 않았다는 문제점이 있다.

## 나. 개별 공소사실에 대한 유기적 판단의 필요성

이 사건들과 같이 피고인과 피해자가 서로 아는 관계에서 여러 차례의 간음 및 추행 피해가 있는 경우, 형법적으로는 각각의 행위가 별개의 범죄로서 개별적으로 범죄 성립 여부를 판단해야 하나, 일응 개별적으로 보여지는 각각의 행위들이지만, 실제 피고인과 피해자의 관계 속에서는 앞의 행위가 뒤의 행위 상황에서 각 당사자들의 인식과 행동에 지대한 영향을 미치고 있다. 따라서, 실제적 진실을 발견하고 피고인과 피해자 진술의 신빙성을 판단하기 위해서는 개별 공소사실의 각 행위들 전후의 맥락을 면밀히 연결하여 유기적이고도 종합적인 해석을 해야 한다.

그러나 이 사건들의 각 2심 판결의 내용을 살펴보면, 문제된 간음 및 추행 행위들을 공소사실별로 완전히 분절하여 서로 전혀 연관이 없는 것처럼 전제한 뒤 판단하였음을 알 수 있다. 즉, 피고인 박OO의 강간 및 강제추행이 수차례 거듭될수록 피해자가 점차 거부할 수 없게 되었던 사정이나 피고인 김OO의 강간 이전에 피고인 박OO의 강간으로 인한 임신 및 이로 인한 임신중절 수술이라는 사건이 선행되었던 사정 등을 고려하지 않은 채 공소사실마다 개별적으로 판단을 내렸다는 문제점이 있다.

각 피고인의 공소사실별 구체적인 내용은 다음과 같다.

## 2. 피고인 박OO의 경우

피고인 박OO측은 1심과 2심에서 모두 ‘실사 피해자의 동의가 없었다 하더라도 피고인의 행위는 균형법상 강간죄 또는 강제추행죄의 구성요건인 폭행·협박에 해당하지 않는다’는 취지로 주장하였다.

이에 대하여 1심 법원은 군검사가 작성한 4회의 진술조서 및 법정에서의 피해자 진술내용, 즉 “간음할 때 팔로 누르거나 체중을 실어서 눌렀고, 추행을 할 때에도 예상치 못하게 기습적으로 바로 만진다거나 하는 건 있었다.”, “강제추행에 있어 모든 것이 충격이었고 알고 간 적은 없다.”, “공소사실 중 강제추행 부분에 있어 ‘피고인이 피해자를 자신의 쪽으로 끌어당긴다든가 머리를 민다든가 강제로 자기 성기 앞으로 눌러’와 같은 부분은 모두 당했던 사실들이다. 위와 같은 유형력의 행사는 있었다.”, “공소사실 중 강간 부분에 있어 ‘피고인이 팔로 체중을 실으며 피해자의 손목을 눌러’, ‘피해자를 침대로 끌고 가 침대로 내팽개친 후 피해자의 몸으로 올라가 피해자를 눌러 반항하지 못하게 한 후’와 같은 사실들은 모두 경험한 사실들이다.”는 점을 받아들여 피고인의 폭행·협박 사실을 인정하였으며, 피해자가 “폭행·협박은 없었다.”고 진술한 것은 피해자가 법률전문가가 아닌 자로서 법률상 의미와 일반적 의미를 혼동한 데서 비롯된 것이라고 판단하였다.

그러나 2심 법원은 모든 공소사실에 대하여 피해자의 항거를 불가능 내지 곤란하게 할 정도의 폭행·협박을 부정하여 결과적으로 피고인 박OO에게 무죄를 선고하기에 이르렀는데, 그 판단에는 다음과 같은 문제점이 있다.

#### **가. 팔을 끌어당겨 피해자의 얼굴이 자신의 성기 앞에 오도록 하여 구강성교를 하게 한 것은 강제추행에 해당한다**

2011. 9. 22.자 모텔에서의 강제추행에 관해, 피고인은 전날 회식을 마치고 피해자와 나와서 모텔로 각자 들어간 후 피해자가 잠들었으며, 그 다음날 아침 피해자에게 “간밤에 아무 일도 없었다”고 한 말을 피해자가 믿고 더 자고 가겠다고 하여 자신이 먼저 모텔을 나왔으며, 신체적 접촉행위나 구강성교가 없었다는 취지로 진술하였으나, 2심 법원은 최면수사회보에 기재된

피해자의 진술이 이 부분 공소사실과 일치하며 피고인의 변명을 믿기 어렵다고 보았다.

그러면서도 ‘피고인이 자신의 머리를 성기 쪽으로 끌어당긴 것은 아니고 침대 끝에 이불을 감싸고 앉아 있다가 피고인이 팔을 끌어 당겨 이불과 함께 눕게 되었는데 피고인의 성기에 자신의 얼굴이 위치되었고 구강성교를 하게 되었다는 것’이었다는 1심 법원에서의 피해자 진술에 따르면, 피해자가 당시 피고인으로부터 구강성교를 강요받았던 것이 아니라 그 상황이 피고인이 원하는 것으로 이해하였다는 것이어서 이 사건 공소사실 기재와 일치하지 않고, 피해자가 피고인의 성기를 보고 ‘구강성교를 하라’는 의미로 이해하게 된 사정을 강제추행죄에서의 폭행이나 협박에 포섭할 수 없다고 판단하였다.

그러나 일단 2심 법원도 인정하고 있는 ‘**팔을 끌어당긴 행위**’는 그 자체로 **피해자의 의사에 반하는 유형력의 행사로서 폭행에 해당한다**. 또한 2심 법원이 인용한 증거에 의하면, 피해자는 ‘피고인이 말로 구강성교를 시키지는 않았지만, 상황 자체가 피고인이 원하는 대로 하지 않으면 어떠한 불이익이 있을지 모르는 상황이었고, 평소 온화한 사람도 아니었고, 그 앞에서 어쩔 수 없이 신체적으로 반응이 되어 있었던 상황이었으니까 그렇게 할 수밖에 없었다’고 하였고 그 불이익에 대해서는 ‘술자리 등을 싫어하는 내색을 하면 업무할 때 분위기가 고압적으로 되는 부분이 있다’고 진술하였는데, 이를 통해 **피고인과 피해자 간의 상하관계, 피고인의 평소 성향, 사건 당시의 분위기를 알 수 있으며, 이러한 요소를 고려할 때 피해자가 당시 심리적인 억압상태에 있었고 전혀 자발적으로 행위한 것이 아니라고 판단하였어야 한다**.

따라서 위 공소사실에 관하여 피고인의 강제추행의 죄가 인정되었어야 한다.

나. 피해자가 강제추행행위를 당할 것을 예상할 수 있는 상황에서 피고인의 차에 탔다는 사정만으로 피고인의 강제추행의 죄가 부정될 수는 없다

2010. 9. 하순경에서부터 2010. 10. 하순경까지 사이에 일어난 피고인 소유의 승용차에서의 강제추행에 관한 공소사실은, 피고인이 자신의 승용차량을 운전하던 중 피해자를 강제추행하기로 마음먹고 어두운 곳에 정차한 후 한 손으로 피해자의 뒷목덜미를 잡고 키스를 하고, 피해자의 신체를 만지고, 피해자의 손목을 잡고 끌어당겨 자신의 신체를 만지게 하여 피해자를 강제로 추행하였다는 것이다.

이에 대하여 2심 법원은, 피해자의 최면수사 내용에 따르면 피해자가 키스를 할 때 혀를 자르고 싶었다면서도 겉으로는 피고인의 차가 좋다는 이야기를 하고 차에서 내릴 때도 아무렇지 않게 피고인에게 인사하였다고 하여, 피해자가 피고인에게 아무런 싫은 내색을 하지 않았음을 시인하고 있으며, 차에 타면 추행을 당할 것을 알면서도 탔는지를 묻는 군검사의 질문에 대해 피해자가 '계속 그 배로 출퇴근을 해야 하고 직속 상관이기 때문에 싫다고 얼굴을 안 볼 수 없어서 알면서도 차를 탈 수밖에 없었다'고만 진술하고 있을 뿐이므로, 피고인의 추행행위에 폭행·협박과 같은 강제력을 수단으로 하였다고 볼 증거가 부족하다고 판단하였다.

그러나 이는 피해자가 피고인의 차에 탈 수 밖에 없었던 여러 사정을 전혀 고려하지 않은 잘못된 판단이다. 2017. 9. 27.자 진술조서에 기재된 피해자 진술의 내용에 따르면, 차를 타지 않으면 분위기가 험악해지며, 거절을 위해 약속이 있다고 하면 약속에 가지 못하도록 업무지시를 하였기 때문에, 추행행위가 일어날 것을 알면서도 차를 탈 수밖에 없었다고 하였다. 또한 피해자와 피고인은 직장의 상관-부하 관계로 매일 얼굴을 봐야하며 피고인은 피해자가 도망간다고 해도 충분히 잡을 수 있는 사람이고, 거절을 하면 업무에도 영향이 있을 정도로 분위기가 안좋아졌다고 하였다.

피해자는 여러 형태의 2차 피해에 대한 불안감이나 두려움으로 인하여 피해를 당한 후에도 가해자와 종전의 관계를 계속 유지하는 경우가 있는데, 이와 같은 피해자의 특별한 사정을 충분히 고려하지 않은 채 피해자 진술의 증명력을 가볍게 배척하는 것은 법원이 성범죄 관련 소송 심리를 할 때 그 사건이 발생한 맥락에서 성차별 문제를 이해하고 양성평등을 실현할 수 있도록 견지하여야 하는 ‘성인지 감수성’을 결여한 것이다(대법원 2018. 4. 12. 선고 2017두74702 판결 참조).

또한 피해자가 피고인과 맥주를 마시고 이야기만 하다가 나오기로 하고 모텔에 갔다가 강간을 당한 후 피고인과 담배를 피우며 피해자의 가정에 관한 대화를 하다가 모텔에서 나왔던 사건에서, 대법원은 ‘사후적으로 보아 피해자가 성교 이전에 범행 현장을 벗어날 수 있었다거나 피해자가 사력을 다하여 반항하지 않았다는 사정만으로 가해자의 폭행협박이 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도에 이르지 않았다고 선불리 단정하여서는 아니된다’고 하며 강간죄의 성립을 인정한 바 있다(대법원 2018. 10. 25. 선고 2018도7709판결).

결국, 2심 법원의 이 부분 공소사실에 대한 판단은 피해자가 피고인의 요구에 따라 피고인의 차에 탈 수 밖에 없었던 사정을 고려하지 않은 것이며, 피해자가 강제추행 이전에 범행 현장을 벗어날 수 있었다고 사후적으로 당연히 이루어진 것으로서 부당하다.

다. 수시로 추행행위가 반복되어 피고인과 같은 공간에 있게 되면 추행이 있을 것을 예상할 수 있게 되더라도 이러한 점만으로 기습추행의 성립이 부정될 수는 없다

위에서 살펴본 강제추행의 점 외에도 피해자가 그 일이나 상황을 일일이 특정해서 기억해낼 수 없을 정도로 수시로 추행행위가 일어났다. 2심 법원은 피고

인이 피해자에게 행한 일련의 행위들이 객관적으로 피해자의 성적 자유를 침해하는 추행행위로 보인다고 하면서도, 피해자의 거부의를 알지 못한 피고인이 범한 각 추행행위가 그 자체로 피해자의 부주의 등을 틈타 기습적으로 실현되어 사실상 피해자의 항거가 불가능하거나 곤란하게 된 경우에 해당한다고 보기 어렵다고 하며 강제추행죄의 성립을 부정하였다.

기습추행이란 상대방에게 폭행·협박을 가하여 상대방의 항거를 곤란하게 한 후 추행을 하는 경우가 아니라 **폭행행위 자체가 추행행위라고 인정되는 경우의 강제추행**을 의미한다. 앞서 살펴보았듯 대법원은 그 폭행의 정도에 대하여 **상대방의 의사에 반하는 유형력의 행사만 있으면 족할 뿐 힘의 대소강약은 불문**한다고 보고 있다(대법원 2002. 4. 26. 선고 2001도2417 판결).

2심 법원은 피해자가 2010. 9. 22.에 일어난 최초의 추행 이후로는 모든 것을 포기하고 무기력해져서 아무런 반항을 하지 않았지만 업무 중에도 수시로 추행행위가 있었다고 일관되게 진술하므로, 피해자가 피고인과 같은 공간에 있게 되면 추행이 있을 것임을 예상하고 있었다고 볼 수 있어서 기습추행으로 볼 수 없다고 판단하였다. 그러나 피해자는 1심 법정에서 ‘예상치 못한 기습적인 추행이 있었나’라는 군검사의 질문에 ‘모든 것이 충격적이었고 알고 간직은 없었다’며 기습성에 대하여 분명히 언급하였고, 이는 피해자가 반항을 하지 못했던 심리상태에 관한 위 진술내용과 모순되는 것이 아니다.

또한 2심 법원은 피고인이 피해자가 아무런 거부의를 보이지 않자 자신에게 호감이 있다고 착각하여 일반적으로 군내 위계질서와 상하관계에 절대복종하려는 피해자에게 직속상관이라는 권력을 이용하여 장소·시간에 아무런 거리낌없이 수차례 추행행위를 한 것으로 판단되며, 피해자는 피고인으로부터 업무적으로 불이익을 받게될 것이 두려워 반항은 커녕 싫은 내색조차 하지 못한 것이므로, 이는 업무상 위력 등에 의한 추행에 해당할 수는 있어도 기습추행에는 해당하지 않는다고 보았다.



그러나 2심 법원도 실시하였듯, 기습추행에 해당하는지 여부는 피해자가 추행 행위를 예상할 수 없는 것이었는지를 기본으로 하여 **추행행위자와 피해자의 지위나 관계, 추행행위가 이루어진 장소 등 외부적·객관적 정황상 피해자가 압박감이나 두려움을 느꼈는지 여부 등도 함께 고려하여야** 한다. 이러한 점을 고려하면 오히려 2심 법원은 당심이 인정한 바 대로의 사정들, 즉 ①피고인은 군내 위계질서와 상하관계가 강하게 작용하는 집단 안에서 피해자의 직속상관이었다는 점, ②이러한 권력을 이용하여 장소·시간을 불문하고 수차례 추행 행위를 하였던 점, ③그럼에도 불구하고 피해자는 피고인으로부터 업무적으로 불이익을 받게 될 것이 두려워 반항이나 싫은 내색을 할 수 없었던 점 등을 종합하여 기습추행의 성립을 인정하였어야 한다.

참고로 안희정 전 지사 사건에서는, 피해자가 운전비서로부터 성추행을 당하고 나서 그 사실을 주변에 말했으나, “너를 대신할 사람은 많지만 운전비서를 대신할 사람은 없다”, “무더져라, 여기선 자기 자신을 봐야한다” 등의 반응을 보이며 피해자의 문제제기에 제대로 된 조치를 취하지 않았으며, 이러한 일을 겪었던 피해자는 ‘운전비서 성추행 건에 대해서도 이러한데, 유력 정치인인 안희정 전 지사의 성폭력 건 피해 호소를 받아줄 사람은 더욱 없겠구나’라는 생각을 하였다고 한다. 위 사건의 항소심 법원에서는 이러한 피해자의 심리가 이른바 ‘**학습된 무기력**’으로서, 이로 인하여 안희정 전 지사의 반복된 성폭력에도 적극적으로 저항하거나 문제제기 할 수 없었던 점을 인정하였다.

이 사건의 피해자 역시 ‘전에 강제적으로 관계도 했고, 배에서 추행은 지속되는데 아무런 증거도 없고, 제 말만으로 믿어줄까 하는 생각도 들었고, 만약에 신고를 하면 제가 제대로 군 생활을 계속 할 수 있을 거라고 생각할 수 없었다’고 하여 당시에 주변에 도움을 청할 생각을 하지 못했다고 진술하였는데 (2017. 9. 27.자 진술조서 기재내용), 이러한 ‘**학습된 무기력**’으로 인하여 피해자가 피고인의 거듭된 강제추행에 저항하거나 문제제기 할 수 없었던 사정을 인정하였어야 한다는 점에서 2심 법원의 위와 같은 판단은 부당하다.

라. 모텔에 들어가기 전에 피해자가 현금을 인출했다는 사정만으로 모텔에 자발적으로 간 것이라고 판단하는 것은 논리적 오류이며, 모텔에 자발적으로 갔다거나 거부 의사를 분명히 표현하지 않았다는 사실만으로 강간죄의 성립이 부정될 수는 없다

2010. 9. 29. 경에 이루어진 군인등강간치상 관련, 이 당시 모텔에 가게 된 경위에 대하여, 피해자는 일관되게 ‘같이 술을 마신 상태에서 피고인에 의해 모텔로 끌려갔다’는 취지로 진술한 반면, 피고인은 당시 피해자와 모텔에서 만나기로 약속을 했었고, 피고인은 피해자와 다른 장소에서 따로 술을 마시고, 호텔 근처에서 같이 만나 호텔로 들어간 것이어서, 피고인이 피해자를 술자리에서부터 모텔로 끌고 갔다는 피해자의 진술은 사실이 아니라고 주장하였다.

2심 법원은 공소사실 기재 범행일시로부터 불과 20여분 전에 피해자가 모텔 근처에서 현금 10만원을 인출하였다는 증거가 있으므로 피고인과 피해자가 함께 술을 마셨다거나 피고인이 피해자를 모텔로 끌고 갔다는 피해자의 진술을 그대로 믿기 어려우며, 나아가 피해자는 ①피고인이 엘리베이터에서 추행을 할 때에도 피해자가 ‘No 라고 한 적은 없지만 Yes 라고 한 적은 없고, 어떤 반응을 하지 않았다’고 하고, ②모텔 방 안에서 ‘당시 동의의 의사표시나 신체적 반응은 없었고, 심리적 억압상태였다, 그리고 심리적 억압상태란 피고인이 업무를 할 때 고압적으로 하는 것이다’고 하였으며, ③피해자에 대한 최면수사에서 ‘죽이고 싶고, 계속 아픈데 나는 좋아해요5)’라고 당시를 회상하고 있으므로, 이러한 사정을 종합할 때 피해자가 내심의 거부 의사를 외부로 표현하지 못하였으므로 싫어한다는 피해자의 진심을 피고인이 인식하였거나 인식할 수 있었다고 보기 어려워 강제성을 인정할 수 없다고 판단하였다.

---

5) 당시 상황에 대한 피해자의 진술조서 기재에 따르면 “성관계를 하는 동안에 저에게 ‘사랑한다고 말해라. 좋아한다고 말해라’라는 식의 요구가 있었습니다. 제가 좋아서 신음소리를 낸다든지 하는 게 안 되니까 그런 말들을 시켰습니다.”와 “자발적으로 좋아서 그러한 말을 한 적은 있나요?”라는 질문에 피해자가 “없습니다.”라고 답하였다는 점에 미루어 이 말은 “좋아한다”는 말을 강요당한 상황이었음을 알 수 있다.

그러나 범행 20분 전에 피해자가 현금을 인출하였다는 점만으로 피고인과 피해자가 함께 술을 마셨다거나 피고인이 피해자를 모텔로 끌고 갔다는 피해자 진술의 신빙성을 탄핵하는 것은 논리적으로 오류가 있다. 전후 맥락이 삭제된 현금인출의 사정만으로는 피해자가 정말 자발적으로 모텔에 가는 길에 현금인출기에 들러 현금을 인출한 것인지, 아니면 모텔로 끌고 가려는 피고인의 시도에 저항하며 가까스로 현금을 인출하였으나 그러고도 끝내 그 시도를 물리치지 못하고 모텔에 끌려 들어간 것인지 알 수 없다. 오히려 후자의 상황이었다면 그 시도 자체가 항거를 불가능하게 할 정도의 폭행에 해당한다고 볼 여지가 있을 것이다.

실사 현금을 인출한 사실이 피해자가 모텔에 자발적으로 간 것이라는 점을 말해주는 것이라고 해석하더라도, 여전히 이 사정만으로 폭행·협박의 점이 부정되는 것은 아니다. 앞서 살펴보았듯 사후적으로 보아 피해자가 성교 이전에 범행 현장을 벗어날 수 있었다거나 피해자가 사력을 다하여 반항하지 않았다는 사정만으로 가해자의 폭행협박이 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도에 이르지 않았다고 선불리 단정하여서는 아니'되기 때문이다(대법원 2018. 10. 25. 선고 2018도7709판결).

또한 이 부분 공소사실에 앞서 수시로 강제추행이 계속되었던 사정, 피해자가 피고인과 자신의 체격 차이가 상당해서 도저히 빠져나갈 수 있을 것 같지 않았다고 진술한 점, 피해자와 피고인이 위계질서가 엄격한 군인조직 내의 상관과 부하의 관계이며 직장에서 매일 마주쳐야 했던 점 등을 고려하면, 2심 법원은 피해자가 '학습된 무기력'으로 인하여 위의 상황에서 도저히 거부 의사를 표현할 수 없었을 것임을 감안하여야 하였으며, 오히려 이 점을 이유로 피고인 행위의 강제성을 부정한 것은 부당하다.

다. 강간의 과정에서 수반된 자세에 관하여 피고인과 피해자의 체격 차이 등을 고려하여 판단하였어야 한다

2010. 10. 3. 자 군인등강간치상죄에 관한 공소사실은, 피고인이 피해자 등과 함께 술을 마시다가 피해자를 강간하기로 마음먹고 피해자와 실랑이를 벌인 후 피해자를 모텔로 데리고 가서, 자신의 몸으로 피해자를 눌러 반항하지 못하게 한 후 강제로 강간하였다는 것이다.

2심 법원은 피해자가 모텔 안에서 먼저 샤워를 한 후 자신이 샤워를 했고 피고인이 자신의 손목을 잡아 침대로 끌고 갔다는 내용 이외에 달리 피고인의 말이나 행동을 진술하지 않는 것으로 보아, 성관계를 하는 과정에서 피고인이 피해자의 반항을 억압하기 위하여 어떠한 강제력을 행사하였는지에 관한 구체적인 증거가 부족하여, 피해자의 반항을 불가능하게 하거나 곤란하게 하는 정도의 폭행이 있었다고 보기 어렵다고 판단하였다. 또한 상대방의 몸을 누르거나 팔을 잡는 행위는 성관계를 시작하면서 수반되는 일반적인 동작이므로 위와 같은 행위가 있었다는 사정만으로 강간의 수단인 폭행이 인정된다고 보기 어렵다고 보았다.

그러나 피해자에 비하여 체격이 압도적으로 큰 피고인이(피해자는 신장 165cm에 체중 50kg이었고, 피고인은 신장 180cm이 넘고 체중은 70kg 초·중반이었음) 한 쪽 손으로 피해자의 손을 머리 위로 올라가도록 눌러 자유스럽지 못하게 하거나 자신의 양 손목을 누른다든지, 피고인의 양 손으로 피해자의 양 쪽 앞을 누른다든지 했던 것은 그 자체로 피해자의 항거를 불가능하게 할 정도의 폭행에 해당한다고 보아야 하며, 실제로 피해자는 피고인의 체중으로 인하여 벗어나기 어려웠고 팔을 눌렀을 때의 공포감으로 그 이후 성관계를 거부할 수 없었다고 진술한 바 있다.

피고인과 피해자의 위와 같은 물리적인 체격 차이, 피고인의 지위에서 오는 무형적인 힘 등을 고려하지 않은 채, 특정 자세가 성행위에 수반되는 일반적인 자세인지 여부만을 기준으로 만연히 강간의 성립을 부정한 2심 법원의 판단은 부당하다.

#### 바. 피해자가 성소수자라는 점이 이 사건에 미친 영향을 고려하여 판단하였어야 한다

피해자는 첫 임관교육 때(2009년) 동성애자라는 소문이 나서 자살시도를 하였던 적이 있었으며, 군 조직 내에서 동성애자인 사실이 널리 알려지게 되면 불이익을 입게 되리라는 우려 때문에 본인이 성소수자라는 소문이 퍼지는 것을 극도로 두려워하였다. 그 증거로 2016. 11. 병원에서 상담을 받을 당시 “동성애가 발각되면 군생활을 그만둬야 될지도 모른다”고 말하였던 사실이 있으며, 2017. 7. 14.자 진술조서의 기재내용에 따르면 “지금도 그 기수에 있는 사람을 볼 때마다 어떤 뒷담화를 할지 모르겠는데 그 때는 그게 더 심했습니다”라며 성소수자임이 드러나는 것에 대한 부담감이 크다는 취지의 진술을 한 바 있다.

한편 피해자는 성적지향에 대한 의료기록이 공유되는 사건을 겪고 나서, 다른 사람을 통해 아는 것보다 직접 직속 상관에게 말하는 것이 낫겠다는 판단에 피고인에게 자신이 성소수자임을 밝혔다. 그러나 피고인은 피해자가 성소수자여서 남성과 성적 접촉을 하려는 의지도 없고 남성과의 성관계 경험도 없는 점을 잘 알면서 피해자의 두려움을 이용하여 피해자를 강제추행·강간하였던 것이다. 피고인은 피해자를 강간하면서 “남자랑 관계를 안 해봐서 그런 것이다. 남자 경험을 알려준다.”고 말한 사실이 있는데, 이는 피해자의 성적 자기 결정권을 무시하고 강제적인 방법을 통하여 피고인의 성적 지향을 교정하겠다는 피고인의 폭력적인 태도를 보여준다.

실제로 피해자는 "그런 말을 들으니 주눅이 들고 굉장한 죄책감이 들었으며, 그런 것과 피고인의 지위 등이 결합하여 반항이 어려웠다"고 진술한 바 있다. 아직도 여성이 성에 관련된 피해사실을 드러내고 문제제기를 하는 것은 굉장한 용기와 각오를 요하는 일인데, 성소수자에 대한 혐오와 배척이 만연한 사회적 풍토 속에서 성소수자 여성인 피해자로서는 훨씬 더 복합적인 억압과 두려움을 이겨내야만 했을 것이다.

이와 같이 이 사건에서는 피해자가 성소수자라는 점이 피해자의 심리 상태 및 피고인의 범행 동기나 태양에 매우 중대한 영향을 미쳤음에도 불구하고, 1심 법원과 달리 이러한 특수한 사정을 고려하지 않았다는 점에서 2심 법원의 판단은 부당하다.

### 3. 피고인 김OO의 경우

피해자가 소속되어 있던 함정의 함장인 피고인 김OO의 공소사실은, 피고인이 티타임을 갖자는 명목으로 부하장교인 피해자를 자신의 관사로 부른 후, 피해자가 피고인의 관사로 들어오자 피해자를 강간하기로 마음먹고, 피해자가 위 관사 침실 내 침대에 걸터앉자 피고인의 양 손으로 피해자의 팔 윗부분을 강하게 잡고 체중을 실어 눌러 침대에 누혀 피해자가 반항하지 못하게 한 후 피해자에게 강제로 입을 맞추고 가슴을 만진 후 피해자를 1회 간음하여 강간하였다는 것이다. 피고인 측은 피해자에게 입을 맞추고 가슴을 만진 사실은 있으나 이는 묵시적 합의에 의한 것이고 피해자에게 폭행 또는 협박을 가하여 강간한 사실은 없다고 주장하였다.

1심 법원은 이 부분 공소사실에 관한 피해자의 진술이 주요부분에서 일관성이 있으며, 범행 전후의 상황, 당시 피고인이 했던 말과 행동, 이 사건 범행 당시는 물론 전후로 피해자가 느꼈던 감정과 반응, 피해자가 피고인에게 저항

하거나 주변에 피해사실을 알릴 수 없었던 이유 등에 관하여 매우 구체적이고 상세하게 진술하고 있고, 그 진술에는 직접 경험하지 않고서는 표현하기 어렵거나 알 수 있는 내용이 다수 포함되어 있는 점 등을 들어 피해자 진술에 신빙성이 있고 피고인에게는 강간죄가 성립한다고 보았다.

반면 2심 법원은 이 사건에 관한 유일한 직접증거인 피해자의 진술은 피해자의 기억이 변형 또는 과장되었을 가능성이 있어서 합리적 의심의 여지없이 그대로 믿기 힘들다고 보았다. 설령 피해자 진술의 신빙성을 인정하더라도 이 사건 공소사실이 ‘팔 부분을 강하게 누른 행위’를 강간의 수단인 ‘폭행 또는 협박’으로 특정하고 있으므로, 그 행위가 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도에 이르렀는지 판단하여야 하는데, 결론적으로 그 정도의 폭행·협박에 해당하지 않아 강간죄의 성립이 부정된다고 하였다. 그러나 2심 법원의 판단은 구체적으로 다음과 같은 이유에서 부당하다.

#### **가. 팔 위쪽 부분을 잡은 것만으로도 폭행이 인정될 수 있다**

2심 법원은 피해자가 1심 재판까지는 ‘세계 눌러 침대에 눕혔고 팔을 움직일 수 없었다’는 취지로 진술하다가 2심 재판에서는 ‘침대에 누워있는 상태였고, 팔 위쪽 부분을 잡혔다’라고 폭행의 수위를 낮추어 진술하였으므로 1심 법원의 판단을 그대로 유지할 수 없고, 피해자가 침대에 누워있는 상태에서 피고인이 팔꿈치 윗부분을 잡은 사실은 객관적으로 강간의 수단인 폭행이라고 단정하기 어렵다고 하였다.

그러나 ‘팔을 움직일 수 없었다’와 ‘팔 위쪽 부분을 잡혔다’는 서로 모순되는 진술이 아니며, ‘팔 위쪽 부분을 잡혔다’는 표현만 가지고 강간의 수단인 폭행에 해당하지 않는다고 판단하는 것은 근거가 매우 빈약하고 자의적이다. 팔 위쪽 부분을 잡은 것만으로도 폭행이 인정될 수 있다 폭행·협박이 피해자의 항거를

불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이었는지 여부는 그 폭행·협박의 내용과 정도는 물론, 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 판단하여야 하기 때문이다(대법원 2007. 1. 25. 선고 2006도5979판결). 오히려 아래의 사정들과 종합하여 판단할 때 피고인의 위 행위는 강간죄의 폭행에 해당한다고 보기에 충분하다.

**나. 저항하지 않는 피고인에게 강한 실력행사가 필요 없었으므로 폭행이 성립하지 않는 것이 아니라, 저항할 수 없게 만든 것 자체가 폭행이다**

2심 법원은 피해자가 '정신적 충격으로 모든 것을 포기하였다', '심리적인 이유로 권력이라든지 제일 높으신 사람이니까 저항을 못했다', '총체적으로 내가 무력했다'라고 하며 간음행위가 멈출 때까지 가만히 누워있었다고 진술하므로, 아무런 저항 없이 누워있는 피해자의 팔을 피고인이 강한 압박으로 눌렀을 것으로는 보이지 않고 달리 팔을 잡는 것 이외에 피고인에 의한 어떠한 실력행사도 없었음이 인정된다고 하였다.

그러나 피해자가 반항하지 않은 사실로부터 피고인이 강한 실력을 행사할 필요가 없었을 것임을 추단하여 그로부터 폭행이 없었다는 결론을 도출하는 것은 논리적으로 오류가 있으며, 오히려 피해자가 정신적 충격 등으로 저항할 수 없는 상태를 조성한 것 자체가 폭행에 해당한다고 보아야 한다. 피해자가 상관으로서 신뢰하고 자신의 다른 성범죄 피해사실 등을 털어놓기도 했던 피고인이 피해자의 팔을 잡으며 강간을 시도하려고 했던 시점에 이미 피해자의 항거를 불가능하게 할 정도의 폭행이 성립한 것이다.



## 다. 양팔을 잡았다가 중간에 풀었더라도 피해자는 이미 제압된 상태였다

2심 법원은 피해자의 진술처럼 피고인이 피해자의 양팔을 잡은 상태였다면 피해자에게 키스를 하기 위해 일부러 손을 풀어 피해자의 고개를 돌릴 필요가 없었을 것이며, 피해자의 주장대로 피고인이 피해자의 몸 위에서 키스를 하기 위해 피해자의 얼굴을 잡았다고 하더라도 그 때 피고인이 양 손 중 적어도 한 손을 놓았을 것이므로 피해자가 양팔이 잡힌 시간이 길지 않았을 것이라고 보았다.

그러나 피해자는 피고인이 자신의 양팔을 ‘피고인의 두 손으로’ 붙잡은 상태에서 키스를 시도하였다고 진술한 적이 없으며, 피고인이 최초로 자신의 양팔을 차렷 자세를 하거나 어깨를 포함한 상체 전체를 위에서 제압하였다는 취지로 ‘양팔을 누르고 있었다’고 진술한 것이다. 이렇게 제압된 이후에는 피해자의 몸이 굳어졌으며, 피고인이 굳이 양팔을 잡고 있지 않아도 피해자를 마음대로 할 수 있었다. 즉, 양팔을 어느 시점까지 잡고 있었는지 여부는 폭행의 성립 판단에 핵심적인 요소가 아니다.

## 라. 피고인이 피해자의 상관이라는 점과 피고인의 행위는 종합적으로 고려되어야 한다

피해자는 피고인이 상관이라는 이유와 군복무에 영향을 받고 싶지 않다는 의지만으로 죽고 싶은 마음을 참고 이 사건 범행이 끝나기만을 기다렸다는 취지로 진술하였다. 이에 관하여 2심 법원은 피해자가 피고인의 부하로서 군의 상명하복 위계질서 하에 절대적인 복종관계에 있었으므로 이러한 권력관계로 인하여 피해자로 하여금 피고인에 대한 저항을 처음부터 곤란하게 할 만한 사정이 인정된다고 보았다. 그러나 그러면서도 이러한 사정은 업무상 위력 등에 의한 간음죄의 구성요건인 위력에는 해당할 수 있어도 그러한 권력관계 자체를 강간죄의 수단인 협박으로 포섭할 수 없다고 하였다.

앞서 보았듯 강간죄의 폭행·협박에 관한 판단은 그 폭행·협박의 내용과 정도는 물론, 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 이루어져야 한다. 그런데 2심 법원의 판단을 살펴보면, ‘피해자와 권력관계에 있는 상관인 피고인이 팔을 붙잡아 강간을 시도하려 한 행위’를 ‘상관의 권력관계’와 ‘팔을 붙잡은 행위’로 분리하여 각각에 대하여 그것만으로는 폭행 또는 협박에 해당한다고 보기 어렵다고 한 것이다. 이는 강간죄의 폭행·협박 판단기준에 관한 판례의 확립된 태도에도 명백히 반할 뿐만 아니라, 상식적으로도 이해하기 어려운 판단이다.

#### 4. 소결

지금까지 검토한 바와 같이 2심 법원은 피고인들과 피해자 간의 상하관계, 피고인 박OO의 평소 성향, 그리고 이로 인한 피해자의 심리적 억압상태, 피고인 박OO과 피해자의 체격 차이, 피해자가 성소수자라는 점, 피해자가 신뢰하고 피고인 박OO으로부터의 피해사실을 털어놓은 상대인 김OO로부터 다시 피해를 당한 점 등을 종합적으로 고려하지 않고, 개별 행위들을 기계적으로 분리하여 폭행 협박의 성립여부를 판단한 오류를 범하였다.

## IV. 피고인 진술의 신빙성

### 1. 피고인 박OO의 경우

가. 피고인 박OO은 첫 번째 강제추행에 대해서 합의하에 이루어진 행위라 주장하나, 합의된 행위라고 볼만한 아무런 근거가 없으며, 이후 상황에 대한 진술도 증인 한OO의 진술과 모순되어 신빙성이 없다.

앞서 보았듯 피고인 박OO와 피해자는 연인관계가 아님이 명백하고, 더구나 성소수자인 피해자가 남성인 상관과 키스를 한다는 것이 매우 부자연스러운 상황에서, 피고인이 이를 합의된 행위였다고 주장하려면 피고인 측에서 그에 대한 설득력있는 근거를 제시하였어야 함에도 그러지 못하였다.

뿐만 아니라 피고인은 증인 한OO가 본인과 피해자에게 전화를 하여 본인이 받고서 '우리 다 해산했으니 집에 가면 된다'고 말했다는 취지로 진술하였는데, 증인은 그런 통화를 한 기억이 나지 않는다고 증언하면서 '충분히 늦은 시각이어서 별도로 어떤 행동을 했던 걸로 기억하지 않는다', '속이 좋지 않았기 때문에 빨리 들어가서 쉬고 싶은 마음에 전화를 하지 않은 것이 기억난다'고 하였다. 피고인의 위와 같은 증언은 증인 한OO의 증언과 모순되기에 첫 번째 강제추행 및 그 이후의 상황에 대한 피고인의 진술은 신빙성이 떨어진다.

나. 피고인 박OO은 본인과 피해자가 만취상태가 아니었다고 진술하나, 적어도 피해자는 만취상태였음이 명백하다.

증인 한OO은 '당시에 혼자서 걸어갈 만큼 술에 취하지는 않았지요?'라는 질문에 '혼자서 걸어갈 수 없을 만큼 마셨습니다'라고 증언하였다. 피해자도 1심 법정에서 "만취상태여서 몸을 가누기 어려운 상태였는데 피고인이 몸을 끌어

당겨 강제로 입을 맞췄다.”고 진술하였는바 이는 증인의 위 증언과도 일치한다.

그러나, 피고인은 ‘(본인과) 피해자는 스스로 걸어서 모텔 안으로 들어갔을 정도로 당시 만취상태가 아니었다’는 취지로 주장하였고, 항소심도 이러한 피고인의 의견을 받아들였다.

피해자와 한OO은 직속상관인 피고인이 주도하는 회식 분위기를 맞추며 소주와 막걸리를 섞어 마실 수밖에 없었고, 과음으로 이어져 한OO이 2번 이상 구토하러 화장실을 가야했던 사실로 미루어보아 피해자의 음주상태도 한OO처럼 몸을 가누기 어려운 상황이었을 것이고, 이는 피해자의 주장과 일치한다.

피고인 박OO가 피해자가 만취상태가 아니었다고 주장하는 이유는 피해자가 모텔로 끌려간 것이 아니라 본인과의 합의 하에 자발적으로 간 것으로 상황을 꾸미기 위해서이다. 그러나 피해자가 일관되게 주장해왔던 것처럼 피해자는 만취상태로 자신의 의사와 상관없이 끌려갔던 것이며, 위에서 검토한 바와 같이 당시의 상황을 종합하여 보면 만취상태였다는 피해자의 진술에 신빙성이 있다.

## 2. 피고인 김OO의 경우

가. 피고인 김OO은 피해자가 자신에게 ‘술을 먹지 않은 상태에서 자전거 동호회 활동 후 피고인 박OO과 합의하에 모텔에 갔다’고 말하였다고 하나, 이는 피고인 박OO의 진술과도 일치하지 않는다.

피고인 김OO이 총장에게 보낸 편지에 따르면 '기혼인 포술장과 미혼인 사통관의 성관계에서 시작되었습니다. 이 사건은 진위를 따져봐야 알겠지만<sup>6)</sup> 제가

그 여군중위로부터 직접 보고받은 바에 의하면 강간이라기보다 합의에 의한 성행위나 간통으로 판단되었습니다. 두 사람은 함내에서 운영하였던 자전거 동아리활동을 하고 복귀 중 저녁식사후 비음주상태에서 두 세 번 서로 합의하에 모텔에 갔었고 이후 임신을 했다는 것이었습니다.'라고 기재하고 있다.

그런데 위 내용은 피고인 박OO의 진술과도 맞지 않고 피해자의 진술과도 맞지 않는다. 항소심이 인정한 바에 따르더라도, 피해자는 수사기관에서부터 당심 법정에 이르기까지 일관되게 각 강간의 점에 대하여 모두 '같이 술을 마신 상태에서 피고인에 의해 모텔로 끌려갔다'는 취지로 진술하였으며, 피고인 박OO도 '피해자와 다른 장소에서 따로 술을 마시고 호텔 근처에서 같이 만나기로 약속을 하여 호텔 근처에서 같이 만나 모텔로 들어간 것'이라거나 '피해자가 서울에서 내려올 때 자신의 차로 피해자를 마중 나갔으며 차로 숙소까지 가다가 근처 모텔에 들르게 된 것'이라고 진술하였다.

즉, 피고인 박OO이나 피해자의 진술 어디에도 자전거 동아리활동을 하고 복귀 중 저녁식사 후 비음주상태에서 두 세 번 서로 합의하에 모텔에 갔었다는 진술은 존재하지 않음에도, 피고인 김OO은 피해자로부터 그러한 내용으로 직접 보고 받았다고 주장하고 있어 신빙성이 떨어진다.

나. 피고인 김OO은, 피해자가 피고인 박OO과의 불륜사실(범죄사실 및 징계 사유)을 밝혔다고 하면서도, 자신이 피해자에게 “신고”를 원하는지 물은 뒤 피해자가 원하는 조치를 취하였다고 하며 모순된 진술을 한다.

피고인 박OO과 피해자의 관계가 합의에 의한 관계 내지 간통이라는 피고인 김OO의 진술을 모두 받아들인다고 한다면, 이는 징계 내지 형사처벌의 대상이 되는 사안에 해당할 것이므로, 피해자가 이를 피고인 김OO에게 '보고'한다

---

6) 자신이 말이 사실이 아닐 수도 있다는 전제를 달았다.

는 것은 상식적으로 납득할 수 없다고 할 것이다. 간통에 의하여 임신이 되었다면, 피해자는 상부에게 보고하기는 커녕 그 누구도 알지 못하게 임신중절을 하였을 것이라고 보는 편이 합리적이기 때문이다.

또한 피고인 김OO은 본인의 부대관리의 흠결보다 **젊은 장교의 미래를 먼저 생각하여 성범죄사실을 신고하지 않고 법적절차를 밟지 않았다고 주장하는데**, 만약 간통이라면 이를 ‘성범죄’라고 인식하지도 않았을 것인바, ‘성범죄사실’이라고 하는 말에는 피고인 박OO과 피해자 간에 있었던 **일련의 일들에 관하여 ‘성범죄’라고 피고인 김OO도 인식하고 있었다는 것을 알려준다.** 더구나 피고인 김OO의 진술에 따르면, 피해자가 신고할 사안이 아니라 피고인 김OO이 보고나 신고를 할 사안이기에 이에 대해서 피해자의 의사를 물어본다는 것은 매우 부자연스럽다.

나아가 피고인 김OO은 피해자가 포술장과 더 이상 함께 근무하지 않는 것과 중절수술 및 연말 정기발령을 원했다고 하는데, 만약 피해자가 간통의 당사자라면, 피고인 자신의 부대관리에 큰 흠결을 낸 피해자가 원하는 것을 굳이 들어주었다는 진술은 납득하기 어려우며, 오히려 **피해자의 요구에 따라서 피고인 박OO이 결국 원하지 않는 전출을 간 사실을 보더라도 피고인 박OO과 피해자의 사이에는 피고인 김OO의 진술과는 달리 불륜이 아니라 성폭력 범죄가 있었다는 것을 짐작할 수 있을 뿐이다.**

**다. 피고인 김OO은 피해자로부터 박OO과의 일에 관하여 전화로 보고받았다고 진술하였으나 이는 신빙성이 떨어진다.**

(1) 피고인 김OO이 증인 한OO에게 전화해 “당시 피해자가 성폭행 관련해서 상담을 하고 싶다고 한 번 온 적이 있었고 그 성폭행...박OO 소령 사건 관련해서 면담을 했었고..”라 진술하였다는 한OO의 증언은 피고인의 해당진술과

모순되며 피해자의 진술과 일치하며, 피해자가 2010. 10. 21. 산부인과에서 처음 진료를 받은 때에 임신 사실을 알았을 것을 전제로 그 이후엔 전화로만 휴가요청이 가능했다는 2심의 판단은 **피해자를 비롯해 대부분의 여성이 산부인과 진료 전에 임신 여부를 간단한 테스트기로 먼저 확인한다는 점을 간과한 자의적인 판단이다.**

(2) 피고인 김OO의 진술에 따르면, 피고인 김OO은 본인이 휴가를 갔었던 2010. 10. 20.부터 10. 24. 사이에 피해자로부터 피해자와 박OO 사이에 있었던 일련의 일들과 임신 사실 등을 전화로 보고 받아서 알게 된 후, 박OO을 ‘따로 불러서’ 즉, 대면하여 ‘그래서 어떻게 할 거야?’라고 물었다고 한다. 그런데 박OO이 2010. 10. 25.자 피고인에게 쓴 자필 편지를 보면, 본인의 상관인 피고인이, 박OO과 피해자 사이에 있었던 ‘불미스러운 일’에 대한 내용을 알고서 ‘어떻게 할 거야?’라는 질문을 한 데 대하여, ‘**지난 주말 내내**’ 고민하며 반성과 참회의 편지를 썼음을 알 수 있다.

위 두 가지 사실을 종합해볼 때, 피고인의 주장대로 전화로 휴가신청을 받았고, 피고인이 박OO을 따로 불러서 이미 피고인 본인이 사안을 ‘알고 있다’고 이야기하려면, 그 대면 일자 는 최소한 휴가일이 지난 10. 25.(화)이 있어야 한다. 그러나 박OO이 ‘**지난 주말 내내**’ 고민하였다면서 쓴 자필 편지는 10. 25.자 편지이므로, 박OO은 **피고인으로부터 최소한 10. 22.(토) 이전에 ‘대면’으로 피고인이 ‘불미스러운 일’을 알고 있다는 말을 들었어야 하고, 피고인이 10. 20(수)부터 휴가를 갔으므로, 휴가를 가기 전인 10. 19.(화) 이전에는 피고인으로부터 대면으로 ‘알고 있었다’는 말을 들어야만 한다.**

그렇다면 피고인의 두 가지 진술들(① 피고인 휴가 중에 피해자로부터 전화로 처음 보고받았다는 진술, ② 박OO을 따로 불러서 사안의 내용을 알고 있으니 추후 어떻게 할 것이냐고 물었다는 진술)은 **박OO의 자필 편지가 2010. 10. 25. 작성된 것으로 보이는 한, 모순된 진술**이며 이로써 피고인의 ‘전화로 보고

받았다'는 진술은 그 신빙성이 매우 떨어진다.

(3) 또한 통상적인 휴가신청이 아닌 중대한 상황에 대한 첫 보고를 일개 부대 원인 피해자가 함장인 피고인에게 전화로 했을 리가 만무하다는 점에서도 피고인 김OO 진술의 신빙성은 떨어진다. 일반적으로 휴가는 직속상관에게 청하는 것이 보통이나, 당시 피해자의 직속상관 박OO은 피해자로 하여금 원치 않는 임신을 하게 만든 장본인이므로, 피해자는 일반적인 지휘계통을 초월하여 선임자인 피고인 김OO에게 휴가요청을 하면서, ① 피해자에 대한 박OO의 강간이 있었다는 점, ② 그로 인한 임신중절수술이 필요하다는 점을 이야기하여야 했으므로 이는 단순한 휴가신청이 아니라 범죄사실에 대한 첫 보고이므로 이를 전화로 보고한다는 것이 경험칙에 부합하지 않는다.

당시의 정황에 대하여, 피해자는 일관되게 '제가 강간이나 성폭행이라는 단어를 굳이 쓰지 않아도 보고할 때의 태도나 말에 충분히 강제적으로 당했다는 것을 인지하실 수 있을 거라고 생각하고 보고를 드렸고'라고 진술하였다. 이는 성범죄 피해자가 굳이 본인 입으로 '강간 내지는 성폭행'을 당하였다는 말을 하기 매우 거부하기 때문에 피해자의 태도와 말투에서 성범죄임을 알 수 있도록 전화가 아닌 대면보고를 하였다는 것을 추측케 하는 것으로, 원심이 '성인지 감수성'을 가지고 판결을 했더라면 피해자의 입장에서 위와 같은 피해자의 진술의 신빙성을 인정하였을 것이다.

라. 피고인 김OO은 피해자의 정신적 상태를 문제 삼기로 마음먹고 관련정보를 수집하고 증인을 포섭하려 했던 정황 및 충분히 의심스러운 정황을 발견할 수 있다.

피고인 김OO은 자신에 대한 고소가 있는 후에 사건을 어떻게 해결할지에 관하여 자신의 수첩에 메모하였는데, 그 중에는 "OOO(피해자 이름) 관련 정신적 문제보



강(이OO, 이△△, 박OO, 한OO)”이라는 내용이 기재되어 있었다. 이러한 점과 다음 사정들을 종합해 살펴보면 피고인 김OO은 고소를 당한 후 사건을 자신에게 유리하게 끌고 가기 위해 피해자의 정신적 상태를 문제 삼기로 마음먹고 정보를 수집하고 증인을 포섭하려 했던 사실을 알 수 있다.

피고인 김OO이 참고인 조사를 받은 후인 2017. 9. 3.경 이 사건의 중요 증인인 한OO에게 전화를 하여 ‘피해자가 피고인 박OO과 의 불미스러운 일에 대해 내게 상담을 했었고..피해자가 그 당시 이야기한 것으로 들이 그런 내연관계?.. 마음으로써 이렇게 했었는데...신고를 원하는지 물었는데 피해자가 아니라고 해서..알아서 정리해라 라며 이야기를 마쳤다고 진술하였다는 한OO의 증언이 있다.

또한 피고인 김OO은 2017. 9. 초순경 당시 주기실장이었던 이OO에게도 전화하여 당시 근무함에 피소문이 있었는지, 피해자에 대한 젊은 장교들의 평판은 어땠는지, 그리고 SOQ에 찾아온 적이 있었는지 물었고, 이OO가 당시 전투정보관이었던 이△△로부터 피해자는 위험하니까 조심해야 한다는 말을 들었다고 대답해 주자 이△△에게 전화를 하여 무고의 어려움을 당하고 있다며 나중에 혹시나 도움을 요청하면 한 치의 거짓 없이 알고 있는 대로 진술하라고 말하기도 하였다.

뿐만 아니라 피고인 박OO을 알지도 못한다면서, 피해자와 피고인 박OO이 “..딱연하게 사귀었다고 기억합니다.”라고 증언했던 증인 이◇◇은 2017. 9. 12. 참고인조사에서 처음에는 피고인 김OO와의 통화사실을 부정하였다가 군검사의 계속된 추궁에 진술을 번복하며 자신의 별개사건에 대한 변호인 선임 관련 통화사실을 인정하였고, 현재 피고인 김OO와 이◇◇이 같은 법무법인의 변호를 받고 있으므로 증인 이◇◇의 위 증언의 신빙성과 피고인 김OO의 진술의 신빙성을 인정하기 어렵다.

---

7) 증인 한OO은 2018. 2. 12. 법정에서는 “내연관계라는 단어가 좀 부정확한 것 같고 부적절한 일이 있었다는 표현이 더 맞는 것 같습니다.”고 증언하였다.

## V. 피해자 진술의 신빙성

### 1. 법원이 성폭력 피해자 진술의 신빙성을 판단하는 기준 및 2심 법원의 판단

대법원은 강간 등 성폭력 사건에서, “피해자 등의 진술은 그 진술 내용의 주요한 부분이 일관되며, 경험칙에 비추어 비합리적이거나 진술 자체로 모순되는 부분이 없고, 또한 허위로 피고인에게 불리한 진술을 할 만한 동기나 이유가 분명하게 드러나지 않는 이상, 그 진술의 신빙성을 특별한 이유 없이 함부로 배척해서는 아니 된다.”는 원칙을 확립해왔다(대법원 2018. 10. 25. 선고 2018도7709 판결, 대법원 2006. 11. 23. 선고 2006도5407 판결 참조). 또한 “강간을 당한 피해자의 대처 양상은 피해자의 성정이나 구체적인 상황에 따라 각기 다르게 나타날 수밖에 없”으며(대법원 2018. 10. 25. 선고 2018도 7709 판결), “피해자가 양가감정으로 인하여 피해로 인한 고통 속에서도 피해 사실과는 논리적으로 서로 어긋난 행동을 하는 것이 일반적”이므로 ‘피해자다운’ 모습을 보이지 않는 피해자 진술의 신빙성을 함부로 탄핵하는 것은 “성폭력피해자는 아무 활동도 하지 못하고 우울한 생활을 해야만 한다는 결과가 되는바 이는 범죄피해를 이겨내려는 피해자의 노력을 폄하할 수 있는 것으로서 경계해야 할 일”이라고 지적하였다(수원지방법원 2017고합472 판결문 14쪽 참조).

그런데 2심 법원은 피해자가 피고인을 특히 무고할 이유가 없고 또한 피해자의 진술이 자신이 겪은 사실을 진술하는 것으로 보인다고 하면서도, 피해자의 진술이 구체적이고 상세하지 못하므로 신빙성이 부족하다고 판단하였다. 7년 전에 시간과 장소를 가리지 않고 이루어졌던 범죄사실 전체를 기계적으로 기억해내는 것이 거의 불가능한 상황에서 피해자가 항박일지 등을 통하여 최대한 피해사실을 특정하고 떠올렸음에도 불구하고 말이다. 또한 2심법원은 피해자가 균 생활을 잘 해낸 사실을 들거나 메모내용을 왜곡하여 피해자 진술의

신빙성을 탄핵하였는데, 이는 강간을 당한 피해자의 대처 양상에 관한 위 판례들의 판단기준에도 맞지 않는 것이다. 피해자 진술의 신빙성에 관한 구체적인 판단은 다음과 같다.

## 2. 2010. 9. 29.자 균인등강간치상의 점에 대하여

2심은 피해자가 모텔로 들어가기 20분 전에 피해자가 ATM기를 통해 현금을 인출하였다는 점을 들어 ‘술자리 후 집으로 택시를 타고 돌아가겠다고 하자 피고인 박OO이 데려다주겠다고 실랑이를 했다’는 피해자 진술의 신빙성을 배척하였다.

피해자가 현금인출사실을 기억하지 못하지만, 택시기사들이 현금으로 요금지불을 하지 않으면 화를 내기도 하므로, 택시를 타고 집으로 돌아가고자 현금을 인출하였을 수도 있고 다음날 필요에 의해 현금을 인출하였을 수도 있다. 그리고 피해자가 피고인이 감싼 팔을 뿌리치고 현금을 인출한 후에도 다시 피고인 박OO이 피해자의 목과 어깨를 감싸 모텔로 끌고 들어갔을 수도 있으므로 피해자가 현금을 인출한 사실이 피해자의 피해사실과 **양립 불가능한 사실**이 아님에도 이를 근거로 피해자 진술의 신빙성을 부정하는 것은 부당하다.

## 3. 2010. 9. 21.자 강제추행(술자리에서의 키스)치상의 점에 대하여

2심은 피해자가 처음으로 추행피해를 당한 날이기 때문에 쉽사리 피해상황을 잊지 못했을 것인데 **최면수사 후에야 구체적 진술을 하였다는 점을 들어 피해자 진술이 과장되었다고 판단하였다.**

그러나 피해자로서는 9. 21.자 술자리에서의 키스보다 그 다음날인 9. 22.에 알몸인 채로 모텔에서 눈을 뜨고 그 옆에 피고인 박OO이 누워있던 상황이 더욱 충격이었을 것이 당연하며, 이처럼 가장 충격적인 사실 이외의 세부적인 기억은 최면수사를 통해 명확해지는 경우가 많기 때문에, 최면 수사 이후 증언이 구체화 된 점 역시 경험칙에 반한다고 볼 수 없다. 더구나 피고인 박OO, 피해자, 증인 한OO 모두 (강제성 여부는 차치하더라도) 이 날 피고인 박OO과 피해자가 키스를 했다는 사실에 대해서는 진술이 일치하고 있으므로, 2심이 피해자가 최초 추행을 구체적으로 기억하지 못한 점을 탓하는 것은 최면수사를 통한 기억의 환기성을 무시한 판단이다.

#### 4. 임신중절수술 이후의 강제추행의 점에 대하여

2010. 11. 16.경부터 같은 달 30.경까지 포술장실 및 함교에서의 3차례의 강제추행의 점과 관련하여 2심은 피해자가 임신중절수술을 받은 이후 다시 추행을 당하였다면 그 사실을 쉽게 잊을 수 없었을 것인바, 2017. 7. 14. 및 2017. 8. 31. 각 검찰조사 중에 아무런 진술을 하지 않았으므로 '기억하지 못하는 사실을 진술하는 것'이라고 판단하였다.

그러나 이러한 2심의 판단은 피해자의 경험을 자의적으로 판단한 것으로, 아무런 합리적인 근거가 없다. 피해자는 본 건 공소장에 특정하기 어려울 정도로 자주 피고인 박OO으로부터 추행을 당하였고, 그 추행시기가 임신중절수술 전후인지 여부와 관계없이 가슴 깊이 묻어둔 고통스러운 기억이 언제라도 떠오를 수 있음에도 불구하고 2심은 정형화된 피해자상을 들어 피해자의 진술을 만연히 배척하였다.

## 5. 최면수사가 피해자 진술에 미친 영향에 관하여

최면수사 이후 피해자의 진술이 구체적이고 풍부해졌다는 점에서 피고인들은 최면수사가 피해자의 기억에 영향을 미쳐 허위진술을 하게 되었을 가능성을 주장하였다. 이에 대하여 2심은 ‘최면수사에 의하여 기억에 오류가 생겼다고 의심할만한 사정은 없어 보인다’고 하면서도, ‘적어도 최면수사가 피해자로 하여금 이 사건 실체진실을 더욱 정확하게 기억할 수 있도록 도왔다고는 볼 수 없다.’고 판단하였다.

그러나 최근 연구결과에 따르면 최면이 기억을 회복할 수 있는 가장 좋은 도구라는 것이 입증되고 있고, 적절한 심문기술과 함께 사용되면 억압된 기억을 회복시킬 수 있으므로<sup>8)</sup>, 정당한 근거 없이 최면의 기억 회복 기능을 부정하는 2심의 판단은 인정하기 어렵다.

## 6. 피해자가 피고인 김OO의 숙소를 찾아간 것에 관한 판단

2심 법원은 ‘남성인 피고인이 저녁에 독신 숙소로 불렀을 때 여성인 피해자가 응하였다면, 적어도 당시 피해자로서는 큰 경계심 없이 피고인을 찾아갈 만한 사정이 있었을 것으로 미루어 짐작된다.’ 라고 쉽게 판단하며 결과적으로 피고인의 강간의 고의를 부정하였다.

그러나 피해자가 숙소를 찾아간 이유는, 피고인이 피해자에게 ‘숙소로 오라고 불렀기’ 때문이다. 피해자뿐만 아니라 여타 하관 장교들을 편하게 피고인 본인의 숙소로 부르며 차를 한잔하거나 식사를 한 적이 종종 있었다는 사실을 증언하는 증인 이OO의 증언에 비추어 ‘피고인 숙소에서의 티타임’은 매우 일상

---

8) 고제원, ‘과학수사와 최면’, KOREAN JOURNAL of SCIENTIFIC CRIMINAL INVESTIGATION

적인 일이었다. 따라서 피해자가 기존의 선례에 비추어 ‘큰 경계심’을 가지지 않는 편이 당연함에도 불구하고, 2심 법원은 피고인과 피해자의 관계를 상하 관계가 아닌 ‘큰 경계심’이 없는 ‘남녀 사이’라는 전제하에 판단하였다. 이는 성인지감수성을 가지지 못한 2심이 피해자의 진술을 쉬이 탄핵하고 피고인의 진술만으로 사실판단을 하여 강간의 고의마저 부정한 것으로 부당하다.

## 7, 피고인 김OO이 피해자에게 술을 권하였는지 여부에 관한 판단

피해자는 1심에서 2심에 이르기까지 일관되게 ‘피고인 김OO이 숙소에서 술을 마시자며 자신에게 맥주 1캔을 권하였고, 피고인도 취기가 있었으며, 키스 당시에 피고인 입에서 술 냄새가 났다.’고 진술하는 반면, 피고인은 ‘당시 약을 복용 중이어서 자신의 숙소에는 술이 없었으며, 자신은 술을 마시지도 피해자에게 권하지도 않았다’고 주장하며, 2009. 7. 25.에 있었던 좌측슬관절 수술을 받은 **수술확인서 등(어떠한 투약사실 관련 기재도 없다)**을 제출하였다. 이에 2심은 ‘객관적인 정황들은 이 사건 범행 당시 피고인이 술을 마셨다거나 피해자에게 권하지 않았을 가능성이 높아 보임에도...’라며 피고인의 주장만을 받아들였다.

그러나, 피해자가 이 사건 범행에 대한 수사 등을 원치도 않았던 때부터 일관되게 ‘**피고인이 범행 당시에 술을 마셨다**’고 진술(증인 최OO이 2012년경 피해자로부터 받은 메일에서도 ‘그날도 차를 마시러 갔었고 차를 마시는 중간에 술을 마시자는 제의가 있었고...’라고 적혀있었다)하였음에도 불구하고, 실제로 당시 투약 중이었던지에 관한 **별다른 객관적인 증거도 없이** 2심 법원이 피고인 김OO의 주장만 받아들인 것은 문제가 있다.

## 8. 이 사건 범행 이후의 사정에 관한 판단

피해자는 피고인 김OO이 강간 범행 도중 울고 있는 자신을 보고 ‘미안하다’며 삽입을 멈추었다고 진술하였다. 그런데 그 이후의 피해자의 행동에 대해서, 피해자는 아무런 기억이 없다고 진술한 반면, 피고인 김OO은 ‘자신이 피해자의 입을 맞추자 피해자가 울면서 “함장님, 정말로 저를 사랑하십니까?”라고 물어 “미안하다”라고 하고 침대를 나왔고 거실에 나와 피해자가 새근새근 소리를 내며 잠이 든 것을 확인하고 깰 때까지 밤새 기다렸다’고 주장하였다.

피해자는 범행 직후 그곳을 어떻게 빠져 나왔는지도 모를만큼 정신이 혼미했다고 주장하는데, 이는 피해자와 피고인 사이에는 이 사건 범행 이전에 남녀관계로 볼 만한 사정이 전혀 없었다는 점, 피해자가 자신의 피해사실을 털어놓을 정도로 신뢰했던 상관으로부터 강간을 당하리라고는 전혀 예상할 수 없었다는 점에서 피해자가 피고인 박OO에게 당한 1차 가해보다 정신적으로 더 큰 충격이었음 것임을 짐작하게 한다.

피해자가 당시에 느꼈을 충격과 당혹감 등을 고려하면, 범행 이후의 부차적인 정황에 대하여 아무런 기억이 없는 편이 자연스럽고, 피고인 김OO의 주장은 그 자체로도 믿기 어렵다. 나아가 피해자가 믿었던 상관에게 갑작스러운 키스 및 강간을 당하면서 ‘정말로 저를 사랑하십니까?’라고 물었다거나 사건 이후에 ‘피고인의 침대에서 새근새근 잤다’라는 것은 어찌면 피고인의 일방적인 망상에 불과하다. 그럼에도 2심 법원은 피해자가 범행 이후의 사정에 대하여 명확히 기억하지 못한다는 이유로 피고인 김OO의 망상에서 비롯된 진술만을 믿는 오류를 범하였다.

## 9. 이 사건 범행 장소에 관한 판단

이 사건 범행 장소의 침대 위치에 관한 피해자의 진술에 관하여도, 2심 법원은 '통상적으로 군 숙소 침실의 침대는 피고인 김OO이 주장하는 위치로 놓여 있는 점, 피고인이 제출한 당시의 침실의 사진에 의하면 문 쪽 벽면에는 침대 대신 전자피아노, 드럼 등이 있음이 확인된다는 점' 등을 들어 피해자의 진술 대신 피고인의 진술의 신빙성을 인정하였다.

그러나 이미 8년 전에 일어났던 사건이기 때문에 그 사이에 얼마든지 피고인이 언제든지 그 구조를 변경할 수 있었다는 점이 판단에 전혀 고려되지 않았으며, 사건 발생 8년 후에 현장검증을 하면서 언제든지 구조변경 가능한 침대 위치를 두고 '객관적인 정황'이라고 하며 '피해자의 진술은 객관적인 사정에 부합하지 않는다'고 판단하였으나 이처럼 근거 없이 피고인의 주장을 그대로 받아들인 것을 과연 객관적이라 할 수 있는지 의문이다.

## 10. 이 사건의 발생 시기에 관한 판단

이 사건의 발생 시기에 관하여도 피해자 및 박OO과 증인들은 동일하게 **11월 말에서 12월 초**를 사건 발생 시기로 특정하였으나, 2심 법원은 피고인 김OO의 주장만을 받아들여 11월 초에 발생하였다고 단정하였다. 2심은 피고인의 주장(11월 초)에 부합하는 근거로, ①피해자가 박OO에게 이 사건 피해사실을 수차례 말한 사실과 ②출항 중 공적조서를 피고인과 피해자가 함께 작성했다는 사실들이 2010. 12. 1.부터 12. 3.전까지 불과 이를 만에 이루어졌다고는 쉽게 납득할 수 없다는 점을 들었다.

그러나, ① 증인 박OO과 피해자는 업무시간 중 좁은 포술장실에서 함께 근무하는 관계에 있었으므로, 이 사건 범행이 2010. 12. 1. 내지는 12. 2. 저녁에



사건에 발생했다고 하여도, 다음날(12. 2.) 내지는 그 다음날(12. 3.)까지 업무 시간 중에 피해자는 박OO에게 ‘피고인에게 당했다’는 말을 할 수 있었을 것이고, 나아가 박OO 역시 포술장실에서 업무 중에 피해자에게 하루에도 수차례 무슨 내용인지 물어볼 수 있었다, 또한 ② 2010. 12. 1.에서 12. 3.까지는 **출항 중이 아니라 항구에 정박하고 있던 시기**이므로, ‘출항 중 포술장실에서 공적조서를 피고인과 피해자가 함께 작성했다’는 취지의 박OO의 증언은 당연히 출항 이후인 12. 8. 이후에 있었던 일이었을 것이다. 2심 법원이 이러한 점들을 고려하여 판단하였다면 위와 같은 사유로 범행시기에 대한 피해자의 진술과 일치되는 그 밖의 증언을 쉽사리 배척할 수 없었을 것이다.

## 11. 소결

피해자는 범행사실과 관련하여 수치스러울 수 있는 부분까지 구체적으로 진술하고 있어 피고인의 **범죄를 인정하는 데 있어서 부족하지 않은 구체적인 진술**이라 할 것이다. 또한 피해자는 이 사건 범행들에 대한 수사가 개시되기 전에도 사건 이후 다른 함정 근무 시에 함장이었던 이OO, 최OO에게 피해사실을 보고한 사실이 있고, 여군 후배인 박OO 등에게도 피해사실을 알렸기 때문에 **이들의 진술과 일치하는 피해자 진술에 대하여 더욱 그 신빙성을 인정하여야 할 것이다.**



## 고등군사법원 판결에 대한 비판

김정혜 (한국여성정책연구원 부연구위원)

### 1. 안희정 사건과의 유사성

- 직업적으로 유능하고, 직업적 성취를 중요하게 여기는 피해자. 거부+문제 제기+이직과 침묵 중 하나를 선택할 수밖에 없는 상황.
- 명확한 계급적 상하관계, 그러나 '권위적이지 않은' 상급자, 하지만 심기는 건드리면 안 됨.
- 가해자가 성적 요구를 드러내는 것이 곧 강제력이 되는 관계 및 상황. 권력관계에 대한 당사자들의 인식, 피해자의 무력감이 존재하여, 강한 물리력을 통한 제압 불필요.

- 반복되면서 정상화되는 범행. 이전의 피해가 이후 범행에서 가해의 '수단'으로 작용.
- 소극적으로 보이는, 미미한 저항이 피해자에게 최대한의 저항. 성적 침해를 예견하더라도 막을 수 없는 상황. 그 자체가 곧 상하관계의 반영임.
- 가해자의 화간 주장. 가시적 강제력이 불필요하므로 가해자의 범의도 불명확한 것처럼 보임. 권력적 위치에 있는 가해자는 권력을 이용하기 위해 특별한 행위를 할 필요가 없고, 가해자는 단지 다른 남성들이 으레 그러하듯 상대방도 원했다고 '착각'을 하면 됨. 때문에 가해자는 아무런 잘못도 하지 않은 것처럼 보일 수 있음.
- 성폭력 피해자에 대한 사회적 편견, 법원의 소극적 법 해석 태도가 오랫동안 신고할 수 없었던 이유 중 하나. 그리고 재판 과정에서 피해자의 우려는 현실이 되었으며, 안희정 사건 1심 판결과 이 사건 고등군사법원 판결이 다시 피해여성들이 신고할 수 없도록 하는 선례 중 하나가 됨.
- 법원은 피해자의 거부 행동에 대한 의심을 품고, 주요 부분이 아닌 세부 사항의 비일관성을 이유로 진술 신빙성 의심.
- 법원은 피해자의 '두려움', '저항할 수 없었음' 진술보다 저항 행동 없음에만 집중하여, 피해자의 진술과는 반대로 저항 행동 없음으로부터 '두려움' 여부를 추정하고자 함.
- 발고 경위 중 하나는 후배 여성들이 피해를 입지 않기를 바라는 피해자의 의도.

## 2. 강간죄의 폭행, 협박 판단에서의 문제점

- 강간죄에서 ‘최협의폭행협박설(저항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 정도)’은 여전히 유지되고 있지만, 어느 정도가 저항의 불가능, 현저한 곤란을 야기하는지에 대한 해석이 변화하면서 강간죄에서 요구되는 폭행협박의 수준이 점차 완화되는 판결이 나타나고 있음.
  
- 피해자의 저항 행동에만 집중하는 것보다 피고인의 행위를 중심으로 판단을 전환할 필요.
  
- 법은 피고인의 ‘착각’을 어느 정도까지 보호해주어야 하는가?
  - 피고인의 형사책임을 인정하기 위해서는 피고인에게 위법성 인식이 있어야 함. 피고인1은 연인관계였다, 피해자가 자신에게 호감이 있는 줄 알았다고 주장했고, 법원에서도 피해자가 거부 의사를 표현하지 않아 피고인이 피해자의 진심을 알았거나 알 수 있었을 것이라고 보이지는 않는다고 판단함.
  - 피고인이 자신의 행동이 강제적인 것임을 알았거나 알 수 있었는지를 법원이 판단할 때, 사회적으로 널리 퍼져 있어서 ‘경험칙’으로 정당화될 위험마저 있는 ‘착각’들을 어떻게 판단할 것인가의 문제가 발생함.
  - 동성애가 치료 가능하다는, 조금만 친절하게 대하면 자신에게 호감이 있을 것이라는, 심지어는 거부하고 분노를 표현해도 성적 접근을 좋아하는 반응이라고 이해하는 등등의 이성애중심적, 남성중심적 ‘착각’이 존재.
  - 피고인이 그러한 ‘착각’을 토대로 판단하고 행동한 데 대하여, 법원이 피고인에게 위법성 인식이 없었고 따라서 피고인의 책임도 없다고 본다면, 부당한 사회규범을 법이 승인하고 방임하는 결과를 초래.

- 상대방의 동의를 확인하기 위해 어떤 노력을 했는지 입증해야 함.
  - 권력관계가 존재할 때, 상급자에 의한 성적 접근이 상호적인 성관계로 이해될 여지를 확보하기 위해서는, ‘가시적 강제력 없음’과 같은 소극적 증거가 아니라, 권력관계가 내포한 강제성을 제거하고 나아가 상대방의 진의를 확인하려는 적극적인 노력이 입증되어야 할 것임. 피고인이 상대방의 동의를 구하기 위해 어떤 행동을 했는지, 상대방의 진심의 의사를 확인하기 위해 어떤 노력을 했는지 등을 입증하고자 해야 함.
  - 피고인1의 행위는 피해자가 말하는 것처럼 ‘때리거나 욕설을 하는’ 방법으로 피해자의 저항을 억압하지는 않았지만, 일방적이고 상대방을 도구화하는 방식으로 이루어짐. 상대방의 의사를 본인에게 유리하게 추정하거나, 자신이 원하는 의사를 상대방으로 하여금 표현하도록 (동의를 구하는 것이 아니라) 요구하기까지 했음. 상급자인 피고인 1에게 하급자인 상대방의 진의는 알 필요가 없는 것이고, 모르는 것이 오히려 자신에게 유리할 수 있음. 오히려 상대방이 저항할 수 없을 것임을 알고 있었다고 보아야 함. (미필적 고의의 가능성) 그렇다면, 피고인이 스스로를 정당화하고자 사회 통념에 편승하여 판단한 것을 법이 왜 보호해야 하는가?

- 상대방의 적극적 동의를 얻지 못한 경우 성적 자기결정권 침해를 알고 있었다고 보는 것이 타당하다는 판결<sup>9)</sup>
  - 다음 사례의 피고인들은 폭행, 협박이 없었고 피해자가 적극 저항하거나 성관계를 거부하는 태도를 보이지 않았다면, 피해자와 피고인들 사이에 성관계에 대한 묵시적인 동의가 있었다고 주장함.

“피해 여성이 경험할 수 있는 다양한 형태의 비동의적 성관계의 스펙트럼 속에서 성적 자기결정권이 침해된 것으로 보아 강간죄로 인정할 수 있는 경우와 그에 미치지 못하는 경우의 한계를 구분함에 있어서는 가해자가 객관적으로 인식할 수 있는 폭행 · 협박행위의 구체적 내용과

---

9) 서울고등법원 2014노242 판결.

정도, 피해자가 성관계 동의 또는 거부와 관련하여 가해자에 대하여 명시적으로 표명하였거나 묵시적으로 보인 태도 등을 통하여 알 수 있는 피해자 의사의 구체적인 내용을 살펴보아야 할 것은 물론이고, 특히 가해자의 유형력의 내용과 정도에 관하여는 가해남성의 입장이나 일반인의 제3자적 시각보다는 피해 여성이 인식할 수 있었던 구체적 상황을 기준으로 하여 피해자가 가해자의 유형력 행사 앞에서 그 강도를 어느 정도로 인식한 것인지를 판단할 것이며, 이에 피해자가 그 유형력에 편승하여 자신의 성적 자기결정권을 적극적으로 행사하기로 하고 성관계에 나아간 것인지, 아니면 성적 자기결정권을 소극적으로 지키기로 하고 그에 맞서서 굴복당한 것인지 여부를 판정하여야 할 것”

“성관계의 구체적인 내용에 비추어 당사자들이 속해 있는 사회·문화적 맥락과 일반적인 성생활 자유의 영역 내에서 통상 예상할 수 있는 범위를 상당 정도 벗어난 것으로 평가될 수 있는 특수한 유형의 성관계 즉, 가해남성 또는 일반인의 제3자적 시각에서 보더라도 당사자들의 사회·문화적 지위와 성도의 관념, 성관계가 이루어지기까지의 경과, 당사자 사이의 친소관계, 면식관계, 교제기간, 성행위가 이루어진 시간적·공간적 여건 등 제반정황에 비추어 상대방 여성이 그러한 성관계를 양해해 주기란 좀처럼 용이하지 아니한 유형의 성관계에 있어서는 상대방 여성의 성적 자기결정권은 다른 특별한 사정이 없다면 대체로 소극적·방어적인 방향을 지향하여 그러한 성관계를 일단 거부할 것이라는 인식을 기본으로 하는 것이 옳다고 본다. 이 때 가해 남성으로서는 상대방 여성으로부터 적극적, 명시적으로 동의를 얻기 전까지는 보수적으로 행동할 것이 기대되고 만일 이러한 적극적 동의를 얻지 못한 채 내심으로는 여전히 거부적 입장이 분명함에도 반항이 억압된 채 마지못해 성관계에 순응하고 있는 피해자의 태도를 추정적 동의로 간주하고 비전형적 또는 일탈적 성관계에 돌입한 경우라면, 가해 남성 내심에는 피해 여성의 성적 자기결정권의 침해가 있음을 알고 있거나 적어도 미필적으로나마 이를 알고 있었다고 보는 것이 타당”

○ 저항 억압의 단편적이고 협소한 판단

- 저항의 억압이 모든 순간에 존재해야 하는가. 피해자가 모델로 끌려가는 모든 순간에 제압된 상태여야 하고(피고인1, ATM 인출로 인한 신빙성 의심), 강간의 순간에는 피해자의 양 손이 항상 잡혀 있는 상태여야 하는가(피고인2, 한 손을 놓아야 피해자의 얼굴을 돌릴 수 있다는 등의 이유에서 신빙성 의심)
- 법원은, 물리적 억압은 끊임없이 지속적으로 이어질 것을 요구하면서, 반대로 지속적으로 이어지는 권력관계로 인한 심리적 억압의 영향은 중요하게 판단하지 않았음. 폭행을 물리적인 폭행으로 협소하게 이해하는 경향.

### 3. 기습추행의 성립 판단에서의 문제점

- 피고인1 사건 판결에서 법원은, 기습추행을 인정하더라도 강제추행죄의 구성요건이 ‘폭행, 협박으로 추행한 자’라고 규정되어 있으므로, 행위가 신체적 유형력의 행사에 해당하고 피해자의 부주의 등을 틈타 기습적으로 실현된 것이라 평가할 수 있어야 하는데 피해자가 언제나 추행을 예견가능했다고 함.
- 강제추행죄의 해석에서 ‘기습추행’을 강제추행으로 포섭한 것은, 발제문에 서도 설명된 바와 같이, 상대방의 의사에 반하는 유형력 자체가 추행인 경우도 강제추행에 포함된다는 취지였음.
- 최근 들어 기습추행이 성립하기 위해서는 ‘부주의 등을 틈타 기습적으로’ 실현될 것을 요구하는 하급심 판결이 나타남.<sup>10)</sup> (그렇지 않으면 모든 추행이 강제추행이 되기 때문이라고 함) 고등법원에서도 기습추행은 “저항할 여지가 없는 기습추행에 적용되는 것이고 지속적인 추행의 경우에는 상대

---

10) 서울서부지방법원 2015. 8. 12 선고 2015고합53 판결 등.



방의 항거를 곤란하게 하는 폭행 또는 협박이 수반되어야 한다”<sup>11)</sup>고 하기도 함.

- 그러나 피해자의 예견가능성, 그럼에도 불구하고 적극적으로 제지하지 않음 등을 따져 기습추행 여부를 판단하고자 할 경우 강제추행이 반복될수록 범행 성립이 어려워지는 문제가 발생함. 추행이 낮은 수위에서 점점 고조되는 경우, 피해자가 최초 피해를 참고 피하는 정도로만 대응하고 다시 반복되지 않을 것이라고 기대하는 경우(재발하지 않을 것이라는 기대는 많은 피해자의 ‘경험칙’이기도 함) 등의 상황에서는 범죄 성립이 불가능해짐. 피해자가 최초 피해에 참는 상황은, 대응하기 어려운 피-가해자의 관계성에서 비롯되는 경우가 많은데, 대응할 수 없어서 참은 것이 이후 행위를 범죄로 보지 않는 근거가 된다는 점에서 더욱 부당함.
  
- 피고인1 사건은 다른 하급심 판결들과 달리 각 추행행위의 시간과 장소가 연속된 상황도 아니고 각 추행은 독립적인 행위였음. 서로 다른 날짜에 이루어진 추행행위에 대해 ‘예견가능하였으므로 제지하기 위한 노력을 했어야 한다’고 본다면, 결국 강제추행의 책임을 피해자에게 돌리는 것임.

---

11) 서울고등법원 2011. 1. 27 선고 2010노3340 판결.



## 여성 군인의 군대 내 위치, 함정의 특수적 상황

김은경 (젊은여군포럼 대표)

### 1. 개요

현재 군에서 여자 군인은 전체 병력 약 62만명 중에서 1만명 수준으로서 (2018 국방백서 참조), 전 군의 약 1.6%이고 병사를 제외하고 사관/부사관 간부들만 대상으로 할 경우에도 5.9%에 불과한 소수 자원이다.

조직 내 ‘소수자’라는 의미는 비주류 행태와 문화를 가지고 늘 ‘차별’로부터 기회를 확보하기 위해 별도 관리 되어야 하고, 한편으로는 전체 집단주의로부터 ‘구별’되어 보호 받아야 하는 이중적 모순 속에서 근무한다는 뜻이다.

특히나 군 조직은 사회 기업, 기관 등과는 다른 전쟁수행을 목적으로 하는 집단이다. 이는 불가피한 폭력을 사용해야 하는 전장 상황에서 구성원들이 고도의 불확실성, 위험, 마찰, 정신적·육체적 피로와 고통을 극복하도록 요구한다. 그리고 이를 위해 엄격한 상하 신분 계층제 및 위계 서열을 조직의 기본 규범으로 한다 (김재홍, 2010).

그 중에서도 이번 사건의 피해자인 해군 여군 대위가 근무한 함정의 경우는 다른 군 조직 보다도 더 강한 집단주의 그리고 항해 중에 고립된 공동체 특성을 가지게 된다 (김유경 등, 2017).

이처럼 피해자가 근무했던 군, 그리고 해군 함정에서 집단 내 여군 소수자로서 어떠한 환경에 처하게 되는 지를 명확하게 규명해야 이번 사건의 성폭력 가해 상황을 이해하고 판단할 수 있을 것이다.

## 2. 해군 함정의 고립된 근무환경과 상명하복 문화

군의 근무환경이 열악하고 특수하다는 것은 군에 다녀온 모든 남성들이 이구동성으로 말하는 바이다. 하지만 군의 약 55만 여명인 다수 육군 생활과는 다르게 3만여명에 불과한 해군, 그 중에서도 함정 병과의 생활은 더 열악하다.

군 건강증진체계 및 모델 개발 최종보고서(2009, 군진간호연구 2011)에 의하면 해군 장교와 병사는 스트레스, 우울증이 일반인 경계 이상의 비율을 가지고 있어서, '군입대 후 자살시도' 등 정신건강 문제가 다른 군 집단에 비해 상대적으로 높다고 한다. 그리고 해군 함정 근무 장병은 극도의 긴장상태에서 생활하는 스트레스 고위험 집단으로 분류(정복련 등, 2007)할 정도로 해군 함정의 근무 환경은 열악하기 그지 없다.

특히나, 길이가 약 130미터, 폭과 높이가 약 14미터 수준인 공간에서 한 번 출항하면 20일 정도를 항해하고, 돌아와서도 기지에서 약 10일 근무하면서 배를 정비해야 하는 중·대령 급 함장이 지휘하는 소규모 함정은 대규모 구축함 보다 더 폐쇄된 집단 생활을 할 수 밖에 없다.

이러한 폐쇄되고 고립된 격오지 근무에서 이들 구성원들에게 가장 많은 영향을 미치는 것은 1번도 상관, 2번도 상관이다. 참고로 군에서는 격오지 장병들의 스트레스 관리와 정서 순화, 그리고 각종 사고 예방에 대한 책임을 상관 특히 지휘관에게 부여하고 있다. 특히나 배를 타고 나가서 거친 바다 그리고 쇠로 된 육중한 함포 등 배의 기관들을 통제해야 하는 함정의 경우 기지 근무 교대는 물론 외출 외박 통제와 심지어 전화통화와 사생활까지도 관여할 정도로 함정의 상관 권력은 절대적이다.

피해자 여군은 사관학교 후보생으로서 군형법 44조 항명죄와 47조 명령위반죄 등 상명하복을 일상적으로 실천하기 위한 ‘체화 또는 세뇌’ 교육을 받고 임관한 초급장교였다. 따라서 처음 탄 배에서 자신의 일거수일투족을 24시간 통제하고, 또한 ‘공동체 리더’로 따라야 하는 포술장 소령 상관에게 느꼈을 ‘권력의 힘’은 다른 군 상황보다 더 컸을 것이다.

게다가 외출/외박 허락을 받기 위해 중령 함장에게 보고하는 과정에서 발생한 2차 성폭력 가해의 경우는 더 특수하다. 고립된 공동체로서 함정의 최고 지휘자 ‘함장 중령’이라는 직위와 계급이 주는 ‘위력’은 가늠하기 어려울 정도로 배가 되었을 것이다.

이처럼, 해군 함정이라는 특수 상황 속에서 ‘함장’ 중령 그리고 직속 상관 ‘포술장’ 소령이라는 2명의 가해자와 중위 여군 피해자 사이에 형성되었을 ‘위력의 차이’를 대법원 재판부는 명확하게 가늠해야 할 것이다.

### 3. 장기와 진급 추천권자로서 상관 권력의 배가

국가인권위원회 권고안 (17직권0001600117진정0457800)에 따르면, 여군 성폭력 피해 경험자 34명 중에 55%인 19명이 '저항하지 못했다'라고 한다. 그리고 15.3%가 '별다른 조치를 취하지 않았다'라고 답변했다. 그 이유 중 하나가 '장기복무 선발, 계속 근무 등에 악영향'(12명 5.3%)을 미칠까 우려한 것이었다.

이처럼 군에서 상하간 문제가 발생할 경우, 특히 성폭력 피해 여군들이 상관에 대해 두려움을 느끼는 권력의 핵심에는 '인사 권한'이 있다. 중위와 하사 같은 어린 여군들이 성폭력 피해가 많은 이유 중 하나도 이들이 군에서 직업군인으로 인정 받는 1차 관문인 장기 복무 심사를 통과해야 하는 대상이기에 인사권자인 상관의 권력이 더 배가 되기 때문이다.

실질적으로 직업군인 의사가 있다고 할 수 있는 여군의 경우 2명 중 1명 수준에서 장기가 가능하다. 장기 심사 다음에는 대위-소령 진급을 통과해야 하는데, 이 또한 2명 중 1명 수준의 선발 결과를 보이고 있다. 게다가 남군에 비해서는 7-10% 정도 저조하다 (국방부, 2018). 소령 진급에서 탈락할 경우 30대 초반에 전역해서 사회로 다시 재도전 해야하므로 장기 심사 탈락보다 더 개인의 삶에 타격이 심하다. 게다가 곧 이어서 소령-중령 진급 심사에 도전해야 하는데, 해군의 경우 3명 중 1명만이 통과할 정도로 경쟁이 치열하다.

이처럼, 군에서 장기복무 심사와 진급 선발 심사를 통과해서 진출한다는 것은 떨어지면 낮은 계급으로 계속 복무하는 것이 아니라, 조직을 나가서 사회로 이동해야 하는 '직업상 해고, fire out'의 의미이다.

여군들을 대상으로 입대 이유를 질문하면, 어릴 때부터 ‘군’이 주는 나라 수호, 애국, 그리고 성 평등한 조직 등의 강렬한 비전을 가지고 평생 직업으로 선택하는 자원들이 많다. 특히 징병제가 아닌 ‘모병’의 대상으로, 평생 직업이라 생각했기에 남성보다 더 치열한 경쟁률을 뚫고 입대한다. 따라서 장기복무 심사와 진급 선발 심사가 가지는 의미는 더 클 수 밖에 없다.

본 사건의 피해자도 군에 자원해서 온 직업군인으로서 장기복무를 희망하고 있었다. 피해자의 친구가 제출한 청와대 탄원서를 보면, ‘조국을 지키고자 하는 본인의 신념과 자긍심을 위해 군이라는 집단에서 도태되지 않으려, 끔찍한 사건을 혼자만의 것으로 덮어두고 2016년까지 매우 훌륭한 해군으로서 근무해왔습니다. 이는 A중위의 근무평정에도 객관적인 수치로 남아 있습니다 .. 중략’이라고 서술 되어 있다.

이 탄원서의 발췌 내용만 봐도, 피해자가 군에서의 복무를 얼마나 열렬하고, 강렬한 비전을 가지고 있는지 가늠할 수 있다. 이를 가해자인 포술장과 함장은 당연히 알고 있었을 것이다.

군에서 진출 심사가 치열해 지면서, 근무 평정과 함께 지휘관 추천 서열, 그리고 조직 내 평판과 같은 다양한 채널을 기준으로 활용하게 된다. 작은 사건 하나도 평판에 좌지우지되고 사건 보고는 꼬리표처럼 군생활 내내 따라다니기에, 그것이 군 생활 특히 장기복무 심사와 진급에 얼마나 치명적인지 피해자와 가해자 모두 알고 있었을 것이다. 그리고 피해자가 당시 중·소위 근무중에 받게 될 장기복무 심사의 근무 평정, 평판 등의 권한을 1차 직속상관인 가해자 포술장, 그리고 2차 직속상관인 가해자 함장이 가진 것이 피해자에게는 엄청난 ‘좌절’이었을 것이다.

이러한 가해자들의 절대적 위력 행사 상황을 대법원 재판부는 고려해야 한다.

#### 4. 집단주의 문화, 소수자 여군 개인이 짊어진 무게

군의 특수성 중에 하나가 집단주의 문화이다. 이는 1만5천명 소수자인 여군에게도 여과 없이 적용된다. 함정의 모두가 남성인데 1명의 여성이 등장했을 때, 그녀에게 요구되는 상징적 역할 중에 하나가 '성공한 군인'이다. 1명의 실패는 집단 전체의 책임이 되므로, 실패자 특히 집단 명예를 훼손하는데 빌미를 제공한 사람에게 따돌림 하고, 자긍심을 훼손시키는 현상이 발생한다.

2014년 군인권센터의 군성폭력실태조사를 보면, 그 당시 설문조사에서 여군의 90%가 성 관련 피해를 당해도 대응하지 않겠다고 응답했다. 그 이유를 보면 47.4%가 소용없어서, 44.7%가 불이익 때문에, 5.3%가 나쁜 평판 때문이라고 꼽았다. 그리고 성폭력 피해사실이 드러났을 때 35.3%가 집단 따돌림을 경험했다고 한다.

집단의 표면적 메시지는 피해자를 보호하고, 가해자를 응징하고 있지만 수면 아래 메시지는 '소수 여군이 문제야' 라는 모순 현상이 발생하는 것이다. 이 모순 속에는 '여성들은 다 0000해'라는 편견이 포함되어 있고, 이런 동료, 부하, 상관의 여군에 대한 집단적 선입전이 여군들을 가장 분노하게 한다.

가슴 아픈 기억이지만, 2013년 육군 15사단에서 상관의 지속적 성희롱으로 극단적 선택을 한 피해자가 마지막 남긴 유서를 보면 '여군 여군 여군!. 그놈의 여군 비하 발언 듣기 싫고 거북했습니다. 왜 전군의 여군을 싸잡아서 그러십니까..' 라는 구절이 있다.



유서를 보면 전체 여군을 싸잡아서 자신의 명예를 짓밟는 상관에 대한 억울함과 분노가 가득하다. 또한, '자랑스러운 군인'으로서 스스로의 자존감을 지키기 위한 눈물겨운 저항이 담긴 유서이다.

본 사건의 피해자 역시 당시 함정의 유일한 여군 이자, 간판 사관으로서 스스로 선택한 군인이라는 직업에 대한 자긍심과 신념을 갖고 있었다. 특히, 동료들과 부대에 대한 애착도 강해서, '군 복무와 군 조직에 영향을 끼치고 싶지 않아서 성폭력이 끝나기만을 기다렸다'라는 발언을 남기기도 한다.

처절한 상황에서도 자기가 선택한 군, 그리고 자신이 속한 집단인 해군 집단에서 '장교로서 명예'를 지키겠다는 자긍심으로 마지막까지 함정 임무를 완수한 피해자가 겪었을 고통의 무게는 '죽음' 그 이상이었을 것이다. 그 내상의 결과가 외상 후 스트레스 장애(PTSD)임에도 이를 무시한 고등군사법원의 2심 판결은 해군 여군 장교라는 피해자 특수성을 무시한 처사이다.

군인, 특히나 소수 여군 중에서도 극 소수인 해군 여군 장교로서의 대표성을 가진 피해자가 집단 내 따돌림, 불명예 등등 모든 불이익을 감수하더라도 저항 했어야 한다고 강요할 수는 없다. 그리고 그렇게 하지 않았기 때문에 지금에 와서 법적으로 구제받을 수 없다고 주장하는 것은 군의 집단주의가 개인구성원, 특히 소수자 여군에게 미치는 가늠할 수 없는 무게를 무시한 것으로 대법원에서 이에 대한 고려가 있어야 할 것이다.

## 5. 결론

해군은 군에서도 2001년 처음으로 여군을 모집하였고, 여군의 함정 근무는 구축함 등 대형 함정 위주에서 시작하여, 현재는 이지스 구축함을 포함하여

동시에 전방 해역의 구축함, 호위함 및 고속정 등 다양한 수상함정에서 이루어지고 있다. 여성이 가진 육체적 한계에 대한 편견을 깨고, 군인으로서 오늘 하루를 열심히 살고 있다. 그 결과 해군은 육군이 22년도까지 8.8%수준으로 여군을 확대하겠다는 목표보다 더 높은, 9.1% 수준의 해군 여군 확대 목표를 가지고, 성 평등한 조직을 만들어 가고 있다.

이에 기여한 사람이 바로 이번 사건의 피해자 같은 여군 해군 선배들이다. 그녀들이 최초의 해군 함정 근무라는 화려한 언론의 스포트라이트를 받는 이면에는 이런 무참한 성폭력 사건이 있었다.

이 그들을 극복하는데 이번 대법원 판결의 의미가 크다. 해군 함정이 가진 특수한 조직 상황 그리고 소수자 여군 개개인이 극복해야 할 인사관리제도의 한계, 그리고 집단주의를 관통해 가야할 고독한 투쟁에 대법원이 법적인 힘을 실어 주리라 기대해 본다.

## 참고자료

- 국가인권위원회 (2017). 군대 내 성폭력사건 근절을 위한 정책·제도개선 권고. 침해구제 제1위원회. 17직권0001600117진정0457800(병합)
- 국방부 (2018). 미래지향적 여군 인사관리 발전 방향. 양성평등 정책 발전방안 토의 자료, 한국국방연구원.
- 강정희, 정선옥, 윤연금, 노미영, 최윤화, 김지은 (2011) 해군 함정에 근무하는 병사들의 우울, 군생활 스트레스, 인지된 조직적 지지의 관계. 군진간호연구, 29(2), 66-76.
- 김유경, 이선미, 정선옥, 심윤희, 노미영 (2017). 함정 근무 여군의 직무 스트레스, 건강증진행위와 건강상태의 관련성. 군진간호연구, 35(1), 53-64.
- 김재홍 (2010). 군 조직의 조직문화와 조직효과성의 관계연구. 한국거버넌스학회 학술대회자료집 2010권 1호
- 보건복지부, 국방부, 가톨릭대학교. (2009). 군 건강 증진 체계 및 모델 개발 최종 보고서. 한국 보건사회연구원 건강증진 연구사업.
- 정복련, 이선미, 전상희, 정선옥, 한선옥(2007). 해군 함정 승조원의 스트레스 및 피로도 분석. 군진간호연구, 25(1), 191-207.



## 해군 상관에 의한 성소수자 여군 성폭력 사건을 통해 본 성소수자 군인의 인권 현실과 개선의 점

이종걸 (군관련성소수자인권 침해, 차별신고및지원을위한네트워크)

### 1. 성소수자 여군의 현실과 관련해서 사건을 바라보기

#### 1) 한국군대에서 성소수자 여군의 위치

더불어민주당 민홍철의원은 2013년 4월 19일 각 의원실에 ‘군 형법 일부 개정 법률안 공동발의 요청서’를 보냈다. 개정안은 ‘동성 간 간음’을 군형법 제 92조의6에 명시하려고 했다. 항문성교만으로는 이성간 성행위를 처벌할 수도 있고, 여성 동성 간의 성관계와는 더 거리가 멀어지는 것으로 봤기 때문이다. 남성 동성애 행위만 처벌 대상으로 규정하고 있는 군형법 제92조6에 여성 동성애 행위까지 포괄할 수 있는 문구를 제안한 것이다. 이러한 배경의 이유로 개정안은 “국방부의 여군 증원 계획에 따라 여군의 수가 지속적으로 늘어나 2015년에는 전체 병력의 5%를 넘는다. 군내의 여성 간 동성애 행위 발생 소지 또한 증가하고 있음도 감안해야 한다. 남성간의 동성애 행위뿐 아니라 여

성들 간의 유사 성행위도 처벌 대상이 돼야 한다.”고 주장했다. 여군까지 조항을 확대하겠다는 방안에 당시 성소수자뿐 아니라 여성단체도 강력하게 반발했고 민의원은 발의를 철회했다.

동성 간 성행위를 처벌해야지 왜 ‘항문성교’라는 애매한 규정으로 이성 간 성행위까지 처벌해야하냐가 민의원의 주장이었다. 이는 균형법상 추행죄가 애매한 규정이라는 것을 드러낸 것이기도 하지만, 이 법이 규율하고자 하는 것은 합의에 의한 동성 간 성행위라는 것을 드러내기도 한 사건이다. 그렇지만 또한 가지 주목해야할 것이 성소수자 여군 이슈가 갑작스럽게 소환됐다는 것이다. 아직 여군이 균형법상 추행죄로 처벌된 사례가 알려진 것은 없으나, 성소수자 여군의 인권 문제가 인권 증진을 위한 문제로 제기되기 보다는, 형법의 이슈로 처벌해야하고, 금지해야하는 문제로 부각되는 현실이라는 것은 군의 성소수자 인권문제에 대한 척박한 현실을 드러내는 것이다. 또한 성소수자 여군은 부사관/장교로 복무하는 LGBTI, 병사로 복무하는 트랜스 여성일 텐데, 대부분의 경우는 부사관/장교로서 복무하는 레즈비언, 바이여성으로 예상할 수 있는 정도다. 이러한 현실은 결국 군대 내 성소수자 여군은 군대 내에서 비가시화된 존재이자 사실상 무시된 존재인 것이고, 성폭력 문제와 관련해서도 비성소수자 여군의 상황과 다른지 않다는 것을 알 수 있다. 이는 한국 여군의 인권실태를 통해 연결하여 봐야한다는 것을 알 수 있다.

## 2) 한국군대에서 여군 인권실태

2012년 국가인권위가 한국여성정책연구원을 통해 연구용역하여 발표한 <여군 인권상황 실태조사>에 의하면 응답에 참여한 여군<sup>12)</sup>의 43%가 개인적 차별경험이 있고, 언어폭력 및 인격모독이 가장 많았다. 또한 군대 내 성희롱 피해 경험에 대해 11.9%가 경험했다고 답했다. 그런데 이에 대한 대응 관련 질문

---

12) 응답자 860명(전체 여군의 10.8%)

에 여성고충상담관이나 인권상담관에게 알렸다'는 응답은 5.2%, '군사법당국에 신고하고 조치를 취하였다'는 응답은 0.3%에 불과했고, 아무런 대응을 하지 못하고, 이후에도 문제제기를 앓았다'는 응답이 가장 많았다. 중요한 것은 사안이 중대한 성군기위반 행위나 성희롱 행위에 대해서 군사법당국 신고나 여성고충상담관 및 인권상담관과의 상담으로 이어진 사례가 매우 적고, 오히려 '무대응/문제제기 없음'이나 개인수준의 적극적 대처라 할 수 있는 '거부의사 표시'가 많았다는 것이다. 그리고 성희롱 피해 경험이 있는 여군의 경우는 '고충문제에 대한 비밀보장이 지켜지지 않았다'는데 55.5%가 불만족 이유로 들었으며, '상담관의 군지휘계통의 영향권 아래있어서 고충문제 처리에 한계가 있다'는 점에 대해서는 22.8%가 불만족 이유로 꼽은 것으로 나타났다.

여군의 차별경험, 성희롱 피해 경험 등에 대해서 군사법 당국이나 여성고충상담관 및 인권상담관에 신고하고 말하는 것은 군대 내 위계가 엄격한 조직문화에서 어려운 현실이고, 개인 스스로 직접적 대응하는 것이 아니면, 장기 복무 등을 위해서는 무대응하거나 문제제기를 하지 않아야 하는 현실에 놓여 있다는 것임을 알 수 있다.

### 3) 본 사건과 관련하여 볼 지점

발표문에 의하면 피해자는 성소수자임이 드러나는 것에 대한 부담이 크다는 취지의 일관된 진술을 확인할 수 있다. 첫 임관교육 때 (2009년) 동성애자라는 소문으로 자살시도의 경험, 그후 병원 상담 내용, 그 후 사건조사 때 진술을 볼 때 피해자가 자신의 성적체성이 군대 내 조직에 알려지는 것이 이후 군복무 생활에 미칠 영향에 대해 심각한 고민을 가졌다는 것을 알 수 있다. 피해자는 그러한 고민 속에서 직속상관에게 말하는 것이 문제해결을 위해 낫겠다고 판단하였으나, 한 피고인은 오히려 피해자의 정체성에 대해, 동성애 혐오 발언을 하며, 폭력적인 태도를 보였다.

국방부 부대관리 훈령 내 제7장 동성애자 병사의 복무 관련하여 제253조 기본원칙에 의하면 '지휘관 등은 병영 내 동성애자 병사의 고충 및 애로사항을 파악하여 보직·근무여건·생활여건 개선·상담 등의 조치' 하게 규정되어 있다. 또한 제257조 2항은 '동성애자 병사는 지휘관 등에게 복무상의 고충 등을 해소하기 위해 성적 소수자에 대한 전문지식이 있는 자와의 상담을 요청할 수 있다.'고 명시하고 있다. 이 훈령 내 조항은 2006년 발생한 동성애자 병사 인권침해 사건 이후로 마련된 <병영 내 동성애자 관리에 관한 훈령> 에서 비롯된 것으로 발표문 속 사건 내용을 보면, 피고인들은 훈령에 근거하여 상담 및 조치를 취하지 않았기에 명백한 직무유기에 해당한다. 오히려 피고인들은 피해자가 레즈비언이라는 점을 이용하여 피해자의 반항을 억압하는 데 악용한 것으로 볼 수 있다.

결국 이 사건을 통해 성소수자 여군의 인권 상황을 보면, 비가시화된 성소수자 여군의 인권문제는 현재의 한국 군대의 남성 중심의 군 체계에서 주변화되거나 인식되지 않는 문제가 존재한다. 그리고 대부분 부사관/장교로서 복무하는 현실과 동성애에 대한 혐오와 편견이 존재하는 군 문화 속에서 복무생활의 지속하기 위해서는 성소수자 정체성관 관련한 인권침해 상황이나 고민 등은 결국 개인이 해결해야하는 심각한 현실인 것이다. 군대 내 성소수자 여군의 현실에 대한 보다 실제적인 조사가 필요하다는 것을 주목해야 한다.



## 2. 사건에 대한 고민 지점들

### 1) '교정강간'의 사례로 알려지는 상황

2018년 11월 8일 2차 가해자의 2심 무죄 판결 이후 11월 9일 국민청원이 진행되었다. 당시 피해자 당사자가 레즈비언으로 커밍아웃 했고, 이후 관련 기사들이 <‘네가 남자 맛을 몰라서 그래’에서 ‘네가 거부하면 될 일이었다’까지> (참세상 2018. 12. 7.), <그대 아직도 꿈꾸고 있는가> (한겨레 2018. 11. 30.)의 제목으로 교정강간의 피해 사례로 보는 기사들이 이어졌다. 교정강간은 성적지향, 성별정체성을 치료해준다는 명목으로 이루어지는 강간, 추행을 말한다. ‘교정강간’이라는 용어에 대해서는 지양해야 한다는 의견들이 있다. ‘교정’이라는 이름이 실제로 성적지향, 성별정체성이 고칠 수 있다는 오해를 불러일으킬 수 있다는 우려 때문이다. 유엔인권고등판무관(OHCHR)실은 2011년 보고서<sup>13)</sup>에서 소위 ‘교정강간’(so-called ‘corrective rape’)라는 용어를 썼고, 2015 UNAIDS<sup>14)</sup>는 대체 용어로 동성애혐오 강간(homophobic rape)을 제시한다.

### 2) 본 사건과 관련한 부분

발제문을 통해 확인한 “남자랑 관계를 안 해봐서 그런 것이다. 남자 경험을 알려준다.” 등의 말은 전형적인 ‘교정강간’의 언어이다. 다만 2심 판결 이후 진행된 언론보도에 대한 정정보도 청구 내용에 의하면, 가해자가 사건의 진행과정에서 그 말을 이용해 자신의 강간을 합리화한다기 보다는 그런 말을 한 사

---

13) "Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity" (PDF). Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 2011

14) United Nations (2015). "UNAIDS 2015 Terminology Guidelines" (PDF). UNAIDS.org. Retrieved 21 November 2015.

실 자체를 부인하여 피해자의 성적지향을 부인하고, 합의하에 성관계임을 이야기하는 것으로 변명을 하는 것으로 주장하고 있는 것을 볼 때 이 사건을 교정강간에 대한 사례라고 엄밀하게 말할 수 있는 지에 대해서 좀 더 고민의 지점이기도 하다.

### 3. 나가며

성폭력은 어느 누구를 향해서도 정당화될 수 없는, 성적 자기결정권의 침해다. 지금 우리가 주목하고 함께하는 ‘미투운동’은 성폭력 판단에서 피해자의 행위와 정체성이 아닌, 가해자의 ‘성적 침해’ 행위에 집중해 사건을 규명하고 처벌해야 한다는 사실을 일깨운다. 본 사건은 여성과 성소수자가 부당한 폭력에 대항할 힘을 불어넣는 선례로서 이후 대법원은 상식적인 선에서 이 점을 봐야 한다. 특히 재판과정에서 성차별과 성소수자혐오는 없어야 한다.

또한 군대가 근본부터 바뀌어야 한다. 균형법상 추행죄가 성적 균기를 지킨다는 낡은 말을 되풀이해봤자, 성폭력관련법을 유명무실하게 만드는 주범이 군대라는 사실은 감춰지지 않는다. 근거 없는, 현실에 맞지 않는 ‘동성애가 흐트러뜨리는 군 기강’ 타령을 멈추고, 이제라도 군대 내 성차별과 성소수자혐오를 철폐하는 노력을 시작할 때다. 여성과 성소수자 군인이 군대에서 경험하는 성폭력과 혐오폭력, 인권침해 실태를 파악하고 여성과 성소수자가 동등하고 안전할 수 있는 군대문화를 정착시키는 것이 필요하다.

## 대법원의 판결이 군대 내 성폭력 근절에 미칠 영향

문숙영 (국방부 성고충전문상담관)

작년 11월, 국방부 고등군사법원은 해군 성소수자 여군에 대한 상급자들의 성폭력사건에 무죄를 선고했다. 해군 보통군사법원이 가해자들에게 선고한 10년과 8년의 유죄판결이 뒤집힌 것이다. 그 판결 이후 군대에서 만난 여성인력들에게서 가장 많이 들었던 것은 ‘이제 어떻게 신고해요?’라는 말이었다. 이 사건의 피해자는 직속상관과 지휘관으로부터 성폭력 피해를 입고도 오랜 기간 신고하지 않았다. 그보다는 신고하지 못했다는 표현이 적절할 것이다. 성폭력 피해자로서 군대에서 살아가기란 결코 쉬운 일이 아니기 때문이다. 그러나 피해사실을 인지한 군 내부의 설득으로 어렵게 신고하고 사건을 진행해 온 피해자에게 군의 또 다른 내부에서는 성폭력이 아니라고 말하고 있으니 아이러니하다.

이번 판결은 군대에서 성고충전문상담관으로 활동하면서 앞으로 어떻게 성폭력 피해자를 지원하고 성폭력 예방 활동을 해야 하는지 난감함과 답답함을 동시에 느끼게 한 사건이다. 본 토론에서는 그동안 국방부에서 추진해온 성폭력 근절을 위한 정책과 제도를 살펴보고, 현장에서 지원하면서 경험한 군내 성폭력 피해자의 어려움을 알리고자 한다. 향후 사법기관에서는 군성폭력 피해자에 대한 올바른 이해를 기반으로 가해자들에 대한 제대로 된 법적 조치가 이뤄지길 바란다.

## 1. 군대의 특성과 여군의 위치

군대는 집단생활과 계급질서, 남성중심성, 폐쇄성이라는 특성을 지닌다. 또한 사회와는 다른 조직구조와 문화, 사법 체계를 가졌다. 군대 안에서 여성인력(이하 여군)<sup>15)</sup>은 낮은 지위를 가진 소수집단으로 과도한 관심과 사생활 침해, 성차별, 성폭력의 어려움을 겪고 있다. 여전히 여군을 동료로 인식하지 않고 여성으로 간주하거나 여군 하급자의 상급자에 대한 기본적인 '예의'에 대해 '개인적인 부분'으로 착각하는 조직문화가 존재한다. 성폭력을 '나와는 상관없는 일'이라는 안일한 생각과 가해자의 개인적인 일탈로 치부하기도 한다. 피해자는 군인으로서 높은 자존감과 군 조직을 보호하려는 소속감으로 피해를 입고도 문제 제기가 어렵다. 또한 군 수사기관의 규정을 적용받는 군인 신분으로 외부 기관의 도움 받기를 주저하기도 한다.

2018년 기준 대한민국 여군의 숫자는 10,555명이다. 이 수는 우리나라 전체 군 간부의 5.9%를 차지하며, 2022년에는 8.8%까지 늘어날 것으로 예상된다. 과거 '군=남성만의 공간'이라는 인식에서 벗어나기 위해 군은 지난 몇 년간 양성평등 실현을 위한 방안으로 다양한 제도와 정책을 마련했다. 군내 구성원들을 대상으로 한 2018년 군 조직 양성평등 지표조사 결과에 따르면 군인들이 느끼는 양성평등 지수는 86점으로 나타났다. 2016년과 17년에 비해 폭력 없는 조직, 일·가정 양립, 조직 문화 등 세 가지 양성평등 기준 척도의 모든 영역에서 개선되었다. 특히 조직문화 항목에서 '우리 부대의 구성원들은 여군이 자기 부서에 배치되는 것을 꺼리는 분위기가 있다'에 58.1%가 '전혀 그렇지 않다'고 응답했다. 그러나 동일한 항목에 대해 여성 응답자는 39.3%만 전혀 그렇지 않다고 답했다. 여군에 대한 거부감이 줄어들고 있지만, 여전히 당사자가 체감하는 분위기는 다르다는 것을 보여준다. 또한 '군대 내 성폭력 사건을 공식화하면 피해자도 보직과 진급 등에서 불이익을 받을 수 있다'에 그렇지

---

15) 군에 근무하는 여성인력은 여군, 여군무원, 민간 여성 등으로 다양하나 이 사건의 피해자가 여군이므로 이하 여군으로 표기함.

않다고 응답한 비율이 성별에 따라 차이를 보였다. 남군의 경우 71.3%에 비해 여군은 64%가 그렇지 않다고 답했다. 신고자에 대한 불이익 등 피해 신고의 어려움을 체감하는 정도가 피해 당사자와 제 3자가 느끼는 정도가 다르다는 것으로 파악된다.

## 2. 군성폭력 근절 추진정책의 과정과 주요 내용

〈군 성폭력 근절 관련 주요 추진 경과〉

구 분	주 요 내 용
군 내	'15년「성폭력 근절 종합대책」단계별 추진 '16년 국방부-여가부 공동 「군성폭력 실태조사」 실시 '17년「성폭력 근절대책 강화방안」추진 '19년「성폭력 예방활동 지침」추진
군 외	국정 및 국방개혁 2.0 과제 포함, 추진동력 확보 국가인권위원회, 군 적폐청산위원회의 「성범죄 특별대책 TF」제도 개선 권고

그동안 군은 일련의 군 성폭력 사건을 통해 적극적으로 성폭력 관련 제도를 변화시켜 왔다. 내부적으로 처리해온 성폭력 문제 해결방안을 외부 전문가들의 시각으로 보완해야 할 문제점과 대안을 모색하기 위한 새로운 시도를 하고 있다. 국방부의 이러한 시도는 성폭력에 폐쇄적이었던 군대가 변화하고 있다는 방증이다.

성폭력으로부터 안전한 근무여건 조성을 위해 성폭력 근절 종합대책을 마련하여 군내 성폭력을 묵인하지 않겠다는 각오로 가해자 처벌을 강화했으며 지휘·업무계선상 상급자가 성폭력 사실에 대해 묵인·방조·은폐·비호 행위시에도 성폭력 가해자와 동일한 징계 양정 기준을 적용하여 강력 처벌한다. 성폭력 피

해를 당한 피해자들이 조직을 떠나는 일이 없도록 피해자 지원제도를 확충하고 있다. 남성 중심적인 군대문화를 변화시키기 위한 성인지 교육도 구체적인 계획을 수립하여 활발히 진행하고 있다. 2014년부터 외부 민간인을 채용하는 성고충전문상담관 제도를 마련하여 군 피해자를 밀착 지원하고 외부 민간기관과의 연계, 법적 절차와 의료지원까지 쉽게 활용할 수 있게 하였다. 성폭력 근절정책이 여군분리 심화정책이 되지 않도록 제도를 정비하고 「국방부 양성평등위원회」를 설치하여 양성평등 실현과 성인지력 향상을 위한 정책 자문 역할을 위한 창구로 활용하고 있다.

〈2019년 국방부 성폭력 예방활동 지침〉



1) 현장 중심의 성폭력 예방시스템 추진

- 성폭력 예방 및 대응 전담조직 보강: 각 군 양성평등센터 기능 강화, 성고충 전문상담관 인력 확대('18년 33명→44명)로 현장에서 성폭력예방활동과 피해자 보호 위한 지원 강화
- 선제적 현장점검 및 지도활동 강화
- 성폭력 사건처리 관계자 직무역량 강화: 전문기관 위탁교육 실시(법무관, 수사

관 등), 피해자지원을 위한 민관군 워크숍, 전담인력 확대

## 2) 피해자 보호 및 지원 강화

- 상담 및 신고시스템 활성화

구분	국방부		각군본부	군사령부	군단급	사(여)단급
창구	헬프콜	국방여성 가족정책과	양성평등 센터	양성평등 관리장교	성고충 전문상담관	양성평등 담당관
전화	1303		국번-1365		국번-1366	

- 피해자 통합지원 시스템 적극 활용: 성폭력상담소, 해바라기센터 등 외부기관 연계, 법률지원 강화
- 성폭력 피해지원제도 교육 및 홍보 강화: 군 학교기관 예방교육, 여군 임관 전 교육, 훈련병안내서 배포

## 3) 가해자 처벌 강화

- 성범죄자 '원스트라이크 아웃제도' 엄중 적용: 형사처분 후 징계절차 이행(감경 및 유예 불가), 현역복무부적합 심사대상 포함, 처벌기록은 전역까지 말소 금지, 진급 낙천 처분, 장기선발, 파병, 위탁교육 등 각종 선발시 감점·비선
- 디지털 성범죄(카메라 등을 이용한 촬영죄) 처벌 강화
- 성폭력 징계 시 징계위원회에 외부전문가 참여 의무화 : 외부전문가 참여 제한 시 성고충전문상담관 참여

## 4) 성인지 교육 강화

- 전문 강사를 활용한 토론식 수업과 강의식 수업 진행
- 계층별 맞춤형 성폭력 예방교육 모델 적용
- 사관학교 성인지 교육 정규과목 반영

### 3. 사건 분석을 통한 군 성폭력의 이해

‘18년 군내 여성인력대상 성폭력 사건 현황(입건 통계 기준)

□ 유형별

구분	총계	성추행	성폭행미수	성폭행	기타
17년	57	48	1	4	4
18년	66	55	1	8	2
전년대비	+9	+7	.	+4	-2

\*기타: 성매매, 공공장소 침입, 통신매체이용 음란, 카메라 촬영 등

□ 가해자 신분별(출처: 각 군 양성평등센터 사건접수 기준)

구분	계	장교				준사관	부사관		병사	군무원	기타
		대령 이상	중 소령	대위	중 소위		상 원사	중 하사			
17년	57	4	8	7	3	1	15	14	1	3	1
18년	66	5	8	5	3	1	15	19	3	5	2

2018년도 성폭력 사건 현황에 의하면 성폭력 전체건수(여성인력대상, 군내 동성대상, 민간인 대상 포함)는 감소했으나(17년 675건, 18년 622건, 53건 감소), 여성인력 대상 성폭력은 증가했다. 가해자 신분별로는 부사관이 34명, 51%로 다수이며 영관장교가 13명으로 19%를 차지했다. 피해자 신분은 중·소위(26%), 중·하사(41%)가 다수 차지하여 군대 내 성폭력이 우월적 지위에 의해 발생한다는 것을 알 수 있다.

최근 들어서는 성폭행 등 강력범죄는 없으나 성희롱, 강제 추행은 지속적으로 발생하고 있다. 음주 상태뿐만 아니라 일상적인 부대 업무 간에도 성인지 감수성의 부족으로 인한 언어습관 및 행동, 농담을 빙자한 성폭력이 높은 빈도



로 나타났다. 성폭력 발생시 피해자는 주로 양성평등계선(성고충전문상담관, 양성평등상담관, 여성고충관리장교)을 통해 신고를 하였으며 지휘 및 감찰 계통도 일부 활용되었다.

#### 4. 군대 내 여군 성폭력 피해자의 특성

군대 내 성폭력은 폐쇄적인 집단에서 우월적 지위를 이용하여 상대를 통제하는 상명하복의 계급구조와 맞물려 일어난다. 군대 내 성폭력 피해자의 대다수가 5년 미만의 여성 초급간부라는 것은 성폭력이 권력관계 안에서 발생하는 것을 보여준다. 피해자는 보통 20대의, 군 복무 경험이 상대적으로 많지 않고 낮은 계급으로 상관의 요구나 명령을 거부하기 힘든 위치에 있다. 거부했을 경우에는 업무 상 불이익을 받을 수 있고, 진급이나 장기 복무를 앞두고 있는 경우에는 근무평정권한을 가지고 있는 지휘관의 성폭력에 적극적으로 대처하거나 비록 지휘관이 직접적인 가해자가 아니더라도 지휘관에게 보호조치를 요구하기도 어렵다.

위계질서를 중요시하는 조직의 특수성으로 피해 사실에 대해 상급 부서(대) 및 외부 지원체계에 신고하는 것에 어려움을 갖는다. 그래서 피해자는 시간이 지난 뒤에 피해를 호소하거나, 성폭력 피해 외에 부가적인 피해 또는 인사 처리상 불이익을 당한 후에 성폭력 피해를 호소하기도 한다. 군인으로서 자부심과 소속감이 강한 만큼 피해자임에도 본인이 조직에 폐를 끼쳤다는 생각을 갖거나 신고에 대한 죄책감을 느끼고 외부 지원을 받는 것에 대해 거부감을 갖기도 한다. 주변의 평판 악화와 소문 등으로 인한 총체적인 복무환경 악화를 경험하기도 한다. 이렇듯 여군에 대한 성폭력은 여군들로 하여금 군인의 자부심에 흠집을 내고 군 복무에 부정적인 영향을 끼치기도 한다.

성폭력 근절을 위한 방안으로 마련된 균형법과 징계규정이 강화된 만큼 가해자와 가해자 비호세력의 반격 또한 거세지고 있다. ‘성희롱이나 경미한 성추행의 경우는 신고할 수 있을지 모르지만 지위 높은 사람에게 성폭력 당하면 그건 신고하지 못할 것 같다. 어떻게 가해자를 이기겠느냐’는 군내 구성원들의 말은 신고이후 피해자가 겪는 어려움을 단적으로 보여준다. 징계로 끝나는 성희롱에 비해 지난한 사건 해결의 과정을 거치게 되는 형사 사건일수록 그런 고민은 커진다. 사관학교 출신이거나 계급이 높거나, 조직에서 잘 나가는 가해자일수록 신고이후 겪을 수 있는 상황을 피해자는 고려해야 한다.

## 5. 두려움 없이 말할 수 있는 분위기와 일관성 있는 정책 마련

〈성폭력특별대책 TF 기간 중 신고 된 사건의 발생 시기〉

구 분	계	14년 이전	15년	16년	'17년~'18. 1월	'18. 2월~4월
건 수	29	2	3	1	11	12

작년 미투 운동기간 국방부 [정범죄 특별대책 TF]를 운영한 결과 총 29건의 피해가 접수되었다. 유형별로 성희롱 15건, 강제추행 11건, 준강간 2건, 인권 침해 1건이었다. 이중 상급자에 의한 성폭력이 20건으로 76%를 차지했는데 가해자는 영관 장교와 원·상사 등이었다. 피해자는 94%가 가해자에게 거부 의사를 표현하기 어려운 중·하사, 중·소위 등의 부하여군, 계약관계에 있는 여군무원, 후보생 등이었다. 그런데 이중 12건이 TF기간 중 발생한 사건을 즉시 신고한 것으로 TF가 성폭력 피해자가 두려움 없이 문제를 제기할 수 있는 창구 역할을 한 것으로 평가된다.

국방부는 성폭력 근절 종합대책 시행으로 각고의 노력을 하고 있는 한편, 군 성폭력 피해자를 보는 군 내·외부의 부정적인 시선, 피해자에 대한 무분별하고 왜곡된 소문, 신고 이후 무수한 2차 가해와 피해 등은 성폭력 피해자를 여전히 힘들게 한다. 고등군사법원의 무죄판결 이후 ‘피해자가 고생만하고 그렇게 되는 거 보니까 마음은 아픈데, 신고하면 안 되겠다는 생각이 들었다’, ‘신고하면 그 이후에는 어려움 없이 다 되는 것처럼 신고해라, 제도는 잘 되어있다고 해놓고선.....’, ‘1심에서는 그럴 듯하게 판결하고 여론이 잠잠하니 2심에서는 무죄, 그런 걸 기다린 것은 아닌지 의심이 들 수밖에 없다’고 군내 구성원들은 분노와 불신을 쏟아내고 있다.

제도가 현장에 정착하기까지는 어려움이 따르기 마련이다. 제도를 운용하는 사람의 인식이 제도 실행에 영향을 미치기 때문이다. 특히나 군 재판부의 군 성폭력 가해자들에 대한 무죄 취지의 판결이 잇달아 내려지면서 군 내부뿐만 아니라 사회적으로 비판 여론이 형성되었다. 이에 지금 군은 현 상황의 엄중함을 인식하고 내부 모두의 일치된 시각으로 성폭력 근절을 위한 정책과 제도가 허울뿐인 구호가 아니라는 공감대 형성에 힘쓰고 있다. ‘피해자가 신고할 수 있는 분위기’가 정착되고 있는 이 시점에 다시 성폭력 피해자가 입을 다물게 되는 이전의 군문화로 돌아갈 수는 없다.

군 지휘관을 포함한 구성원들은 성폭력 문제의 전문가가 아니라는 것을 인정하고 변화해야 한다. 조직이 가해자가 아닌 피해자를 보호해 준다는 믿음이 있어야 성폭력 피해자의 말하기는 계속되고 공론화 된 성폭력에 대한 근절방안을 고민하면서 조직은 변화하고 발전할 수 있다. 국민의 보편적 시각과 상충되는 최근 판결이 자칫 군 장병들의 성폭력 근절 의지 및 성인지 감수성 약화로 이어지지 않도록 추동력 제고가 필요하다.

## 6. 마치며

국방부의 성폭력 근절을 위한 다양한 정책과 제도가 현장에 접목되고 있지만 조직의 성인지 감수성 향상은 제도 개선만큼 속도를 내지 못하고 있다. 더 이상 군 성폭력 피해자가 군을 떠나지 않고 당당한 구성원으로 안전한 환경에서 근무할 수 있도록 대법원의 올바른 판결을 기대한다. 군이 우리 사회의 성범죄 근절을 위한 선도적인 역할을 할 수 있기를 바라며 이번 사건의 피해자가 전하는 말에 귀 기울여보기를 바란다.

“대법원의 판결이 성폭력이 일어나는 것을 멈출 수는 없지만, 만약 무죄판결이 난다면 그런 경험을 하고 도움을 요청하는 여군들의 목소리를 멈추게 할 수는 있을 거예요.”

- 군대 내 성폭력 근절 정책과 법 사이의 모순 -  
군대가 처벌하는 것은 성폭력인가 동성애인가

---

권김현영 (한국예술종합학교 객원교수)

---

## 1. 성군기위반이 아니라 성폭력금지로

- 2015년 이후 성군기 위반이라는 표현은 성희롱·성폭력 문제로 변경. 성군기 위반이라는 표현으로 변경. 그러나 이름만 바뀌었을 뿐이었을까?

- 성군기위반으로 규제할 경우 보호법익이 군사력 향상, 군기강 확립 등으로 인식되어 가해자와 피해자를 구분하지 않고 모두 처벌대상이 될 수 있으며, 그 결과 신고 자체를 꺼리거나 조직적으로 은폐될 수 있게 된다는 각계 전문가와 인권활동가, 여성단체 등으로부터 조언을 들은 결과였을 것.

- 주지하다시피, 군대 내 성폭력 문제의 핵심은 '위력'에 있음. 가해자가 지휘 감독관계에서 상관의 위치에 있는 경우가 많고, 병영생활 과정에서 지속적으로 피해에 노출될 가능성이 높으며, 이런 가해자를 제대로 처벌하지 않을 경

우 다수의 피해자가 나올 우려가 있음.

- 이 문제를 해결하기 위해 2015년 당시 국방부에서는 상관이 지휘 감독관계에 있는 부하와 성관계를 맺으면 균형법으로 처벌할 근거를 마련하고, 위력에 의한 성관계 및 추행죄에 대해서는 균형법을 적용하고 형량을 높일 계획을 발표했던 바 있음. 그러나 내외부의 반대로 이 정책은 실행되지 못해.

- 품위유지위반 등의 사유로 당사자 모두를 징계하기 때문에 피해자가 피해자가 되지 못함. 여군들의 경우에는 군인으로서의 명예를 무엇보다 소중히 여겨. 2018년 국방부 미투신고센터와 같은 것을 만들었는데 신고건수가 너무 없자 현역이라 어려움 있는거 아니냐, 제대군인 대상으로 신고받아보자고 했을 때 회의에 참석한 여군장교들이 제대한다고 해도 군인은 군인이라 명예 중시하고 집단주의적 속성 강해 신고안할 것이라고 설명. 이런 상황에서 본인도 징계 사유가 되는 문제라고 취급된다면 신고 더욱 안할 것.

- 2017년 5월, 해군 소속 여군 대위가 자신이 사는 집 원룸에서 자살한 채 발견. 당시 유족이었던 아버지에 의해 이후 사건 전말 밝혀져. 같은 과 B대령에게 성폭력을 당했고, 이를 숨기기 위해 정신과 치료 종용하면서 성폭력을 지속. 2017년 10월 1심에서 징역 17년 신상정보공개 10년, 2018년 5월 항소심에서 15년, 신상정보공개 10년형 언도.

- 2017년 해군 대위 자살 사건은 2013년 노소령에 의해 성추행에 시달리다 목숨을 끊은 오대위 사건과 오버랩. 주변에 알리기 어렵고, 반복되었으며, 앞으로 그 행위를 중단시킬만한 수단이 없다고 판단해 비관한 것.

- 이 과정에서 피해자가 가지는 큰 부담 중 하나는 풍기문란 혹은 성군기문란으로 합쳐져 본인의 군생활에도 불이익 혹은 불명예가 덧씌우게 되는 것.

- 따라서 성군기 문란 문제가 아니라 성폭력 문제, 그것도 위력에 의한 성폭력 문제, 권력형 성폭력 문제가 군대 내 성폭력 문제 근절의 핵심.
- 하지만 이름만 바뀌었을 뿐 제대로 된 변화 있었을까 의문.

## 2. 여전히 '성군기 위반'을 처벌.

- 국방부 군인·군무원 징계업무처리 훈령(국방부훈령 제1827호)을 보면, 제4조의5(성폭력 등 사건의 처리기준)의 ②을 보면 "성폭력 등"이란 성을 매개로 하여 군 기강문란, 부대 단결저해, 군 위상 실추를 초래하는 사고로서 성범죄, 성희롱, 성매매, 기타 품위유지의무위반으로서 ~~불륜 기타 부적절한 관계~~ 등을 말한다.

- (해당 부분은 2019. 2.19 토론회 때 참여한 성고충상담권이 2018.8.1 개정되었다고 지적하여, 개정 부분을 수록하고, 아래 토론문 내용을 일부 수정한다.)

- 현재 해당 부분은 ① 징계권자는 성폭력등(성을 매개로 하여 군 기강문란, 부대 단결저해, 군 위상 실추를 초래하는 사고로서 성범죄, 성희롱, 성매매, 카메라 등을 이용한 타인의 신체 촬영 등을 말한다. 이하 같다) 사건의 경우(비행사실의 전부 또는 일부가 성폭력 등 사건인 경우를 포함한다. 이하 같다)라고 되어 있다. 개정이유는 아래 표와 같다.

국방부 군인·군무원 징계업무처리 훈령 [시행 2018. 8. 1.] [국방부훈령 제2185호, 2018. 7. 31., 일부개정] 나. “불륜관계”를 성폭력등 사건에서 제외, 기타 품위유지의무위반으로 변경(제4조의5, 별표3·별표5·별표7 개정)

- 균형법 92조6의 경우에는 최근 동성애자 군인을 색출하는 수단이 될 정도로 형벌권을 남용하고 있을 뿐만 아니라 그 자체로 차별과 폭력을 생산하고 있다는 점에 매우 심각한 문제를 안고 있는 법임. 또한 상대방의 의사에 반해서 이루어지는 성폭력의 특성과는 무관하게 개인의 자유의사를 제한하는 법이기 때문에 성폭력 법과 함께 적용되면 법적 일관성 유지할 수 없음.

- 불륜 처벌 조항은 2018.8.1. 이후로 삭제되었으나 실무에서는 징계를 하는 일이 종종 발생하고 있으므로 이러한 실무적 혼란을 재정비하고, 유사한 균형법 92조 6항을 없애고, 피감독자 간음, 위력 간음 관련 항목에 대한 처벌 및 징계 규정을 강화할 때 피해신고가 가능하고 실제로 반복되는 문제 줄일 수 있음.

### 3. 군대는 동성애가 아니라 성폭력을 처벌해야

- 행정규칙 부대관리훈령(국방부훈령 제2088호) 제 7장 동성애자 병사의 복무 규정에 따르면

제253조(기본원칙)에 “① 병영내 동성애자 병사는 평등하게 취급되어야 하며, 동성애 성향을 지녔다는 이유로 차별받지 아니한다.”고 전제하면서도 ②항에서 바로 “제1항에도 불구하고 동성애자 병사의 병영 내에서의 모든 성적행위는 금지된다. 이에 위반한 경우 형사처벌 또는 제4편제6장에 따른 절차에 따라 징계처분 한다.”고 명시되어 있다. 실제로는 병영 외부에서의 행위에 대해서조차 수사와 처벌이 이루어진 사례가 있어, 1항을 2항이 바로 어겼을 뿐만 아니라 2항의 범위를 벗어난 수준에서도 과잉수사 등 차별적이고 인권침해적인 조치가 이루어지고 있음.

- 본 사건과 직접 관련되는 부분은 제254조 ②항 “지휘관 등은 병영내 동성애자 병사에 대하여 성 경험·상대방 인적사항 등 사생활 관련 질문을 금지한다” 라는 조항인데, 본 사건의 피고인 2명은 피해자 증언과 피고인 본인의 진



술에 의한 동성애자 여부 관련 질문, 사생활 관련 질문, 성경험 등에 대해 질문했음.

- 피고인들이 피해자의 성적 지향에 대해 모두 인지하고 있었던 상황이라면 피해자가 피고인들과의 성관계에 동의할 가능성이 현저히 낮을 것이라고 판단하는 것이 합리적.

- 균형법 92조6을 적용하지 않더라도, 군대 내 남성 간 성폭력 사건의 경우, 상호동의가능성 자체를 아예 배제하고 무조건 성폭력으로 판단함. “모두가 기본적으로 이성애자여야하므로 남성 간 성관계에 동의할 가능성 자체를 염두에 둘 필요가 없다”는 것이 2003년, 2008년, 2010년 본 발표자가 연구를 진행할 당시 만나났던 당시 관련 군 지도부의 사고방식이었음.

- 이번 사건의 경우, 피해자가 동의할 가능성이 매우 낮은 상황이고, 피해자의 성정체성을 인지하고 있는 상황에서 벌어지고 있는 일임에도 불구하고, 피고인 김씨가 일방적으로 주장하는 “연인 사이”였다는 내용을 받아들이고 있음. 피고인과 피해자의 진술이 다른 부분에서 피고인 진술의 신빙성만을 수용할만한 이유는 설명되지 않음.

- 피해자의 성정체성을 인지하고 있었음에도 불구하고, 성관계를 감행한 것 자체는 강간일 뿐만 아니라 증오범죄 중의 일종인 교정강간으로 분류될 수 있는 중대 범죄임<sup>16)</sup>.

- 이는 이미 명문화된 관련 규정이 있음. (제256조(차별금지) ① 동성애자에 대한 구타·가혹행위·모욕·욕설·성희롱·성폭력 등을 금지한다. 이러한 사실이 있

---

16) 2008년 남아프리카 축구선수였던 Eudy Simelane은 교정강간의 희생자가 되어 살해당했다. 관련해서는 Clare Carter, ‘The Brutality of ‘Corrective Rape’’, July 27, 2013, NY times, 참조  
<https://archive.nytimes.com/www.nytimes.com/interactive/2013/07/26/opinion/26corrective-rape.html>

는 경우 즉각 보고하고, 해당자를 엄중 처벌한다.)

- 대체 언제까지 군대는 법과 정책 사이의 모순, 법과 법 사이의 모순을 해결하지 않을 것인가.

- 지금 이상태라면 성폭력은 계속 불륜과 동일한 것이 되며, 동성애에 대한 차별을 금지해놓고서는 바로 폭력을 행하는 것을 명시적으로도 묵시적으로도 용인하게 될 것.

#### 4. 추가 토론사항

- 남성 이성애자 군인이 처벌을 목적으로 남성 동성애자 군인을 강간하는 경우 '동성애 혐오 강간'이라고 할 수 있으나, '남자맛을 알려준다, 남성과 성관계 경험이 없으니 알려주겠다'며 동성애자 여성을 대상으로 이루어진 강간은 소위 '교정강간'이라고 하거나 '이성애강제' 등의 언어로 부르는 것이 현실을 더 잘 드러낸다 생각한다.

- 물론 일부 국가에서 나타난 '교정강간'의 경우에는 국가 차원에서 법적으로 동성애를 처벌하는 법이 있고, 그 법 정서에 기대 '교정강간'의 가해자들이 자신의 행동을 정당화하는 경향이 있음. 이런 특징들이 모두 나타나고 있지는 않음. 하지만 이성애를 강제한다는 차원은 여성성소수자가 겪는 특징 중 하나이므로, '교정강간'시도 라는 말이 현실을 반영한 말일 수 있음.

- 마지막으로 군 내 성폭력 피해자를 '학습된 무기력'으로 설명하는 것이 법적으로는 어쩔 수 없는 선택이었다고 해도, 여군들이 군대 내에서 적응하고자 하는 적극적인 노력의 일환이라는 점이 잘 드러나지 않는 말인 것은 아쉽다. 지금 시대에도 침묵이 유일하게 합리적인 선택이 되어서는 안 되지 않겠는가.