

위력에 의한 성폭력,
판단기준은 무엇인가
안희정 성폭력사건 1심 판결을 중심으로

일시 2019년 1월 14일 (월) 오후 2:30

장소 프레스센터 19층 매화홀

주최 #미투운동과함께하는시민행동 민주사회를위한변호사모임 여성인권위원회
안희정성폭력사건공동대책위원회

- 토론회 -

위력에 의한 성폭력, 판단기준은 무엇인가

안희정 성폭력사건 1심 판결을 중심으로

일시 2019년 1월 14일(월) 오후 2:30

장소 프레스센터 19층 매화홀

주최 #미투운동과함께하는시민행동, 민주사회를위한변호사모임여성인권위원회, 안희정성폭력사건공동대책위원회

사회 권인숙 (한국여성정책연구원)

발제

안희정성폭력사건 1심 판결 평석 (1) 위력 판단 등 판결의 전반적인 문제점

차혜령 (민주사회를위한변호사모임 여성인권위원회)

안희정성폭력사건 1심 판결 평석 (2) 개별 공소사실에 대한 판단의 문제점

박인숙 (민주사회를위한변호사모임 여성인권위원회)

행위수단으로서의 현행법상 위력 & 우월적 지위에 의한 범죄 관련 해외 입법례

장응혁 (계명대학교 경찰행정학과)

토론

업무상 위력에 의한 성폭력 판단기준에 대하여

이호중 (서강대학교 법학전문대학원)

지위, 위력을 이용한 성폭력에서 '행위수단'에 대한 판단 무엇이어야 하는가?

김혜정 (한국성폭력상담소)

목차

- 01 발제 1
안희정성폭력사건 1심 판결 평석 (1) 위력 판단 등 판결의 전반적인 문제점
- 15 발제 3
행위수단으로서의 현행법상 위력 & 우월적 지위에 의한 범죄 관련 해외 입법례
- 27 토론 1
업무상 위력에 의한 성폭력 판단기준에 대하여
- 40 토론 2
지위, 위력을 이용한 성폭력에서 '행위수단'에 대한 판단 무엇이어야 하는가?

안희정 성폭력 사건 1심 판결¹⁾ 평석²⁾ (1) - 위력 판단 등 판결의 전반적 문제점

차혜령 (민주사회를위한변호사모임 여성인권위원회)

“우리 임무의 일부는
법에 걸쳐있는 젠더 무지(gender ignorance)의 승인을 제거하고
젠더 리터러시(gender literacy)를 표준으로 만드는 것이다.”
-캐서린 매किन (1994)³⁾

1. 서언

민주사회를위한변호사모임(민변)은 기본적 인권의 옹호를 위한 변론 등 법률지원 사업, 법률 및 제도에 대한 연구와 조사사업 등을 목적으로 설립된 변호사단체로, 모임 내 15개의 위원회가 있으며 그 중 여성인권위원회는 2000년에 만들어져 현재 198명의 위원이 가족법, 젠더기반 폭력, 여성노동과 같이 다양한 분야에서 여성인권 향상을 위한 활동을 해오고 있다. 위원회는 성폭력 피해자 지원, 제도 개선 연구, 성폭력·성희롱 예방교육 등을 수행한 경험이 있고, 2018년 성폭력 생존자의 말하기가 끝없이 이어지는 ‘미투 운동’의 국면에서는 별도의 팀을 구성하여 법률지원을 했으며, ‘#미투운동과 함께하는 시민행동’의 일원으로 2018년 한 해 동안 쏟아져 나온 법률안을 검토하고 입법 의견을 내는 활동도 펼쳤다.

- 1) 서울서부지방법원 2018. 8. 14. 선고 2018고합75 판결[관여 법관: 조병구(재판장), 정운택, 황용남]
- 2) 민주사회를위한변호사모임 여성인권위원회가 2018. 11. 23. 안희정 사건 항소심 법원에 제출한 의견서의 내용을 발제문 형식으로 재정리한 것.
- 3) Catharine A. Mackinnon, “Gender Literacy”, 『Butterfly Politics』, 2017, p.221.

그 와중에 우리는 2018. 8. 14. 안희정 전 충남도지사의 성폭력 사건 1심 판결을 접하고, 판결이 제시한 법리나 판단에 비판할 점이 있다는 공통된 인식하에 위원회에서는 전례 없는 판결분석팀을 구성하게 되었다. 여러 차례 토의를 거쳐 판결문의 내용을 분석했으며, 공동작업으로 의견서 초안을 작성한 다음 위원회 소속 변호사들을 포함하여 전문가들의 의견을 종합하여 의견서를 마무리하고 2018. 11. 23. 사건의 2심 재판부(서울고등법원 제12형사부)에 의견서를 제출했다. 이 토론회 발제(1)과 발제(2)는 위원회가 법원에 제출한 의견서의 주요 내용을 우리 사회 공론의 장에서 토론한다는 취지에 맞추어 재구성한 것이다.

위원회는 이 사건 피해자를 직접 대리하고 있지 않으며, 피해자 측을 통해 받은 이 사건 1심 판결문과 수사·공판 과정에서의 피해자 진술 내용 이외의 다른 수사·공판기록 내용을 검토한 것이 아니므로, 위원회의 의견에는 분명한 한계가 있다. 이 글에서도 1심 판결의 모든 판단 내용에 대해 의견을 개진하는 것이 아니라, 위원회가 적절하게 의견을 제시할 수 있는 쟁점으로 한정했다. 그럼에도 불구하고 위원회가 제기하는 문제점이나 의문점에 대하여 항소심에서 좀 더 면밀한 심리가 이루어지고, 이를 통해 법리 판단이나 사실 인정에 있어 타당하고 설득력 있는 판결이 선고될 수 있기를 희망하는 취지로 의견서를 제출했음을 밝혀둔다.

2. ‘성인지 감수성’ - 시민의 감수성과 1심 법원 판단의 간극

최근 대법원은 “법원이 성폭행이나 성희롱 사건의 심리를 할 때에는 그 사건이 발생한 맥락에서 성차별 문제를 이해하고 양성평등을 실현할 수 있도록 ‘성인지 감수성’을 잃지 않도록 유의하여야 한다”면서 성인지 감수성의 중요성을 강조한 바 있다(대법원 2018. 10. 25. 선고 2018도7709 판결; 대법원 2018. 4. 12. 선고 2017두74702 판결). 이 사건 1심 역시 ‘판단에 있어서의 고려사항’ 중 하나로써 성인지 감수성을 특별하게 언급하면서, “피해자는 … 피해를 당한 후에도 가해자와 종전의 관계를 계속 유지하는 경우도 있고, … 이와 같은 피해자가 처해 있는 특별한 사정을 충분히 고려하지 않은 채 피해자 진술의 증명력을 가볍게 배척하는 것은 정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따른 증거판단이 라고 볼 수 없다고 할 것이다”라는 판시를 하기도 하였다(판결문 16쪽).

그런데 이 사건 1심이 이와 같이 성인지 감수성에 따른 사건의 이해를 중요한 고려사항 중 하나로 언급하였음에도 불구하고, 많은 사람들은 이 사건 1심의 판결이유 중 상당 부분이 실제 현실에서의 여성들의 경험이나 인식, 위력에 의한 성폭력의 현실과는 많은 괴리가 있고, 판결의 논리를 이해하기 어렵다는 반응을 보였다. 예컨대 이 사건 1심 판결에 관한 비판적인 기사 목록을 간략히 살펴보더라도 아래와 같다.

- 한국일보 2018. 8. 28.자 기사, 최문선, 「위력은 소리내지 않는다」
- 헤럴드경제 2018. 8. 22.자 기사, 유은수, 「No라고 말할 수 없는 관계도 있다」
- 주간경향 2018. 8. 22.자 기사, 배명훈, 「안희정의 '가해자다움', 김지은의 '피해자다움」
- 한국일보 2018. 8. 22.자 및 2018. 9. 5.자 기사, 장정일, 「남자들이 상상할 수 없는 것」
- 경향신문 2018. 8. 20.자 기사, 김민아, 「재판부는 안희정에게 묻지 않았다」
- 경향신문 2018. 8. 19.자 기사, 이진희, 「다시 태어날 수 있는 권력이 만든 무죄」
- 경향신문 2018. 8. 16.자 기사, 윤조원, 「법원은 안희정을 심판하지 않았다」
- 경향신문 2018. 8. 15.자 기사, 최태섭, 「한국에선 절대 위력의 피해자가 되지 말 것」
- 경향신문 2018. 8. 21.자 기사, 정희진, 「'안희정 무죄'의 세 가지 위력」
- 경향신문 2018. 8. 24.자 기사, 김영민, 「위력이란 무엇인가」
- 한겨레21 2018. 8. 27.자 기사, 「위력 유죄판결, 피고인을 검증했다」
- 한겨레신문 2018. 8. 24.자 기사, 「안희정에게 무죄 준 '위력' 개념, 132명에게 물어봤다」

위 기사들은 단순히 피고인이 유죄라고 생각하였는데 이 사건 1심 판결의 결론이 무죄로 선고되어 비판적인 논조를 취한 것이 아니라, 이 사건 판결에서 판단된 위력의 의미와 행사 여부의 판단 기준, 피해자의 반응에 대한 평가 등이 성인지 감수성의 측면에서 보았을 때 문제가 많음을 지적하고 있는 것이며, 같은 취지에서 시민들도 역시 이 사건 1심 판결 내용에 대해 실망하고 좌절했다.

단순히 유무죄 판단의 결론이 옳고 그른지 여부를 떠나서, 유무죄 판단의 근거로 제시한 판결이유가 성인지 감수성을 제대로 반영하지 못한 것으로 평가될 경우, 그 판결은 설득력을 가지지 못하게 되며 이는 법원에 대한 불신, 더 나아가 성폭력 피해 구제절차인 사법시스템 자체에 대한 불신으로 이어져 성폭력 피해자들이 사법시스템에 의한 사건 해결을 기피하고, 아예 사건 해결 노력 자체를 포기하게 할 수 있다.

이 사건은 올해 '미투 운동'으로 알려지게 된 사건들 중 가장 많은 사회적 관심을 받은 사건 중 하나이다. '미투 운동'으로 인하여 성폭력 문제에 대한 사회적 관심이 고조된 이 시점에서 이 사건 판결 내용은 단순히 한 개별사건에 대한 사법적 판단을 넘어 성폭력 사건의 판단기준, 성인지 감수성에 기초한 사실관계 인식 등에 대한 중요한 사회적 논의와 학습의 장으로 기능하고 있다. 또한 미성년·장애인 피해자가 아닌 성인 피해자에 대한 위력에 의한 간음·추행 사건은 그 동안 판례가 많이 축적되지 않아 위력의 의미와 행사 여부에 대한 판단기준이 명확하게 정립되어 있지 않은 상황이어서, 이 사건은 이러한 판단에 있어 선례로서 중요한 의미도 가지고 있다.

3. 1심 판결의 전반적 문제점

1심 판결의 두드러진 문제점을 위력의 ‘행사’ 여부에 대한 판단의 오류(가.항), 무죄 판결과 결정적으로 모순되는 사정에 대한 판단 부재(나.항), 피고인 진술과 피해자 진술에 대한 극명하게 다른 불공평한 판단기준(다.항)의 세 가지로 나누어 살펴본다.

가. 위력의 ‘행사’ 여부 판단의 오류

1) 이 부분 판결 요지 및 문제점

이 사건 1심은 피고인과 피해자 사이에 위력이 존재하였는지 여부와 관련하여, (1) 피고인이 도지사이고 사회적 영향력이 강한 유력 정치인이었던 점, (2) 피해자와 같은 별정직 공무원들은 신분보장의 정도가 약하고 자자체장인 피고인과의 결속력이 강한 점, (3) 수행비서의 경우 상명하복의 수직적 관계에 있으며, 특히 상사가 사회적으로 유명한 정치인인 경우 그 종속성이 더 높은 점, 4 피해자가 피고인의 첫 번째 여성 수행비서로서 부담감이 있었으며, 이후 정치권에서 활동하려고 할 경우 피고인의 평가 또는 평판이 중요한 점 등을 근거로 ”피해자가 피고인의 수행비서 및 정무비서로 근무하던 동안에는 업무상 수직적, 권력적 관계로 인하여 피해자의 자유의사를 제압하기에 충분할 정도의 지위·직책·영향력 등 위력에 의한 간음·추행죄에 있어서의 위력이 피고인에게 존재하였다“라고 인정하였다(판결문 24~26쪽). 그러나 그 다음 단계의 판단으로 ‘위력의 일반적 행사 혹은 위력의 존재감 남용 여부’라는 표제 아래 ”피고인에게 정치·사회적 지위나 영향력이 존재하는 자체만으로 일반적으로 피해자의 자유의사를 제압할 수 있을 정도의 상황에 이르렀다거나, 피고인이 평소 고압적이고 권위적인 태도로 피해자를 비롯한 도청 소속 공무원을 하대하는 등 위력의 존재감이나 그 지위(직책)를 남용하였다고 보기는 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다“라고 판시하면서 위력의 행사 사실을 부정하였다(판결문 26쪽).

이러한 판시에 대하여, 과연 사회적·경제적·정치적인 지위나 권세와 같은 무형적인 위력의 ‘존재’와 ‘행사’를 구분하는 것이 형법상 위력의 해석에 부합하는 것인지, 나아가 위력이 ‘존재’함에도 불구하고 ‘행사’되지 않았다는 판단이 현실적·법리적으로 가능한 것인지 많은 의문이 제기되었다. 이는 시민들이 이 사건 1심 판결의 결론을 납득하기 어렵다고 본 가장 큰 이유이기도 하다.⁴⁾ 이하에서는 이 사건 1심이 위력의 행사 여부 판단에 있어 어떤 오류를 범하였는지 살펴본다.

4) 한겨레 2018. 8. 24.자 기사, 「안희정에게 무죄 준 ‘위력’ 개념, 132명에게 물어봤다」; 경향신문 2018. 8. 15.자 기사, 「한국에선 절대 ‘위력’의 피해자가 되지 말 것」

2) 무형적 위력이 성폭력의 수단으로 이용되는 경우

가) 무형적 위력

사회적경제적정치적인 지위나 권세와 같은 무형적인 위력은 별도의 '위력 행사 행위'가 없더라도, 그 존재만으로도 추행 또는 간음의 수단으로 이용될 수 있다. 다시 말하면, 사회적경제적정치적인 지위나 권세와 같은 무형적인 위력의 경우 특별히 위력의 존재를 확인시키는 언급 등 별도의 '위력 행사 행위'가 없더라도, 그러한 지위와 권세를 가진 사람이 상대방의 의사를 무시하고 추행이나 간음에 나아가면 그것이 곧 '위력을 이용한 추행 또는 간음'에 해당된다고 보아야 한다. 지위나 권세는 그 존재 자체로서 영향력을 가지며, 상대방으로서는 행위자가 그와 같은 지위나 권세를 가지고 있다는 점을 누구보다도 잘 알고 있기 때문에, 위력을 가지고 있는 사람으로서는 굳이 자신의 지위나 권세를 확인시키거나 특정한 방식으로 사용할 필요가 없다.

예컨대, 군대에서 사단장이 좋은 대학을 나온 병사에게 주말에 자기 자녀의 과외를 해달라고 할 때, 사단장이 병사의 보직을 좌우할 수 있는 권한이 있음을 상기시키거나 과외를 해주지 않으면 어떤 불이익을 주겠다는 말을 하지 않았더라도, 사단장이 과외를 요청하였다는 사실 그 자체만으로 병사에게는 저항하기 어려운 위력의 행사가 된다고 볼 수 있다.⁵⁾

나) 판례

사회적경제적정치적인 지위나 권세와 같은 무형적인 위력이 존재하는 경우, 위력의 존재 이외에 별도의 특별한 위력 행사 행위를 구성요건으로 요하지 않는다는 점은 기존의 판례를 통해서도 확인할 수 있다.

피고인이 연예기획사 대표이고 피해자는 피고인 운영의 연예기획사에 고용된 가수인 사건에서, 법원은 연예기획사 대표라는 지위를 이용하여 피해자를 추행하기로 마음먹은 피고인이 피해자의 옷 속으로 손을 넣어 피해자의 가슴과 허벅지, 음부 등을 만졌다는 사실을 범죄사실로 판시하였을 뿐, 피고인이 어떠한 행위를 통하여 연예기획사 대표 지위라는 위력을 행사하였는지에 대해서는 특정하여 언급하지 않았다(의정부지방법원 2017. 1. 24. 선고 2016노3012 판결).⁶⁾ 또한, 피고인이 00시 000협회 회장 및 0000의 센터장으로 근무하고, 피해자는 피고인으로부터 고용되어 센터 직원으로 근무하였던 사건에서,

5) 조선법제편찬위원회의 「형법 기초요강」 및 엄상섭의 「형법요강해설」을 보더라도, 그 입법취지는 “우리나라의 전통적 미풍에 비추어 부녀의 정조는 재산권은 물론이고 때로는 생명권보다 소중한 것임에도 불구하고 강자의 지위에 있는 자가 약자의 지위에 있는 부녀의 정조를 농락하는 소행에 대하여는 그(것이) 강간이 아닌 이상 아무런 처벌규칙도 없는 것이 우리 형벌법규이다. 그러므로 이러한 행위를 처벌키 위함이다”라고 설명되어 있어, ‘강자의 지위’ 자체를 처벌의 근거로 삼았다는 점을 확인할 수 있다.

6) 이 판결은 대법원 2017. 4. 14. 선고 2017도2699 판결에 의하여 그대로 확정되었다.

법원은 마찬가지로 피고인이 협회장으로서의 지위나 권세를 이용하여 피해자를 간음 내지 추행하기로 마음먹고 피해자로 하여금 옷을 벗게 한 뒤 피해자 성기에 손가락을 넣어 추행한 사실을 범죄사실로 판시하였으며, 별도로 위력을 어떻게 행사하였는지에 대해서는 언급하지 않았다(전주지방법원 2016. 2. 17. 선고 2015고단1032 판결).⁷⁾

최근에 판결이 선고된 대사관 대사에 의한 간음 및 추행 사건에서도, 법원은 대사인 피고인이 000 직원이었던 피해자에 대하여 관리감독 권한이 있고 그로 인하여 피해자가 피고인의 비위를 맞추지 못하면 인사 등의 불이익을 받을 것을 염려하는 관계였다는 점을 판시하였을 뿐, 피고인이 위력을 구체적으로 어떻게 행사하였는지 여부는 쟁점으로 삼지 않았다(서울중앙지방법원 2018. 9. 12. 선고 2017고단 9145 판결).

즉, 위와 같은 판례들의 판단 구조를 살펴보면, 위력의 '존재'와 '행사'를 구별된 개념으로 인식하거나 이를 분설하여 독립적인 구성요건 요소로 판단하고 있지 않음을 알 수 있다.

다) '위력의 행사'와 '협박' - 성폭력 수단으로서 '위력'과 '협박'의 구분

한편, 1심이 '위력의 행사' 요건을 강조하는 취지가, 범행 당시 행위자가 자신의 사회적 지위·직책·영향력을 행사할 수 있음을 보이거나 또는 조건적으로 그러한 권한 등을 행사하여 피해자를 불이익하게 할 수 있음을 언급하여야 한다는 것이라면, 이는 위력을 행사하는 것만이 아닌 사실상 '협박'이 있을 것을 요구하는 것과 다를 바가 없게 된다.

이러한 해석은 위력에 의한 간음 또는 추행을 인정하는 것을 극히 어렵게 만들 뿐만 아니라, 위력이 작동하는 현실과도 맞지 않으며, 위력에 의한 간음추행죄를 입법한 입법취지에도 반하는 것이 된다.

7) 이 판결은 대법원 2018. 5. 11. 선고 2018도2024 판결로 확정되었다.

3) ‘위력에 의한 간음·추행죄’ 성립범위의 비합리적 축소

이 사건 1심이 위력의 일반적 행사 혹은 위력의 존재감 남용 여부를 따지거나, 인과관계를 요건으로 하는 것은 위력에 의한 간음추행의 인정범위를 합리적 근거 없이 축소시키는 것이므로 부당하다.

가) “위력의 ‘일반적’ 행사”, “위력의 ‘존재감’ ‘남용’” 요건의 부당성

이 사건 1심은 위력의 존재를 인정하면서도, 그와 같은 위력이 피해자의 자유의사를 ‘일반적으로’ 제압할 정도에 이르렀다거나, 위력의 존재감이나 그 지위를 남용하였다고 보기 어렵다고 판시하고 있다(판결문 26쪽). 그러나 위력의 존재를 인정하거나 그 행사 여부를 판단함에 있어서 피해자의 자유의사를 일반적으로 제압할 정도에 이르러야 한다거나, 위력의 존재감을 남용하여야 한다는 요건은 그 어디에서도 찾아볼 수 없으며, 이 사건 1심의 독자적인 견해에 불과하다.

이 사건 1심이 피해자 자유의사의 ‘일반적인’ 제압 여부를 살핀 것은 피고인과 피해자의 관계를 업무적인 것과 비업무적인 것으로 구분한 다음, 업무적인 관계에서는 위력이 존재하지만 성적 관계와 같은 비업무적 관계에서는 위력이 존재하지 않는다는 점을 부각시키기 위한 것으로 해석된다.⁸⁾ 그러나 업무적 관계로 인하여 형성된 위력이 비업무적 관계에서는 작동하지 않는다는 가정은 완전히 비현실적일 뿐만 아니라, 기존의 판례에도 반하는 해석이다. 앞서 살펴본 연예기획사 대표 사건이나 장애인복지협회 회장 사건, 대사관 대사 사건 모두 업무적인 관계로 인한 위력을 이용한 것이지 피해자의 의사를 ‘일반적으로’ 제압할 수 있는 또 다른 종류의 위력을 이용하였다고 인정된 것이 아니다.

이 사건 1심은 업무적인 관계와 비업무적인 관계를 구분한 것의 연장선에서, 업무적인 관계에서 형성된 위력이 비업무적인 관계에 대해서도 영향을 미치기 위해서는 위력의 존재감을 남용한 사실이 인정되어야 한다는 독자적인 기준을 설정한 것으로 보인다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 업무적 관계와 비업무적 관계를 나누어 위력을 판단하는 것 자체가 잘못된 것이며, 더 나아가 위력 행사를 인정하기 위하여 평소 위력의 존재감이나 지위를 남용하였을 것을 요구하는 것은 현실과도 맞지 않고 근거도 없는 것으로서 부당하다. 피해자는 가해자가 언제든지 위력을 통해 불이익을 줄 수 있다는 가능성 그 자체를 두려워하는 것이지, 이전에 실제로 위력을 남용하였는지와 같은 실증적인 근거가 있어야만 의사가 제압되는 것이 아니기 때문이다.⁹⁾

8) 이러한 해석은 1심이 위력의 존재를 인정하면서도 굳이 “피해자가 피고인의 수행비서 및 정무비서로 근무하던 동안에는”이라는 문구를 추가한 것을 통해서도 뒷받침된다(판결문 26쪽).

9) 특히 1심이 실시한 내용 중, ① 피고인이 평소에 특별히 부당한 대우를 하였거나 인사권을 남용한 사실이 없다거나 ② 평소에 ‘고생했어요 / 감사합니다 / ~가요 / ~줘요’와 같이 나이와 직급이 낮은 피해자를 존중하는 표현을 종종 사용하였거나, ③ 경선캠프 내에서 권위적이라거나 관료적이지 않고, 참모진과 소통하는 정치인으로서의 태도를 취했다거나, ④ 피고인이 피해자에게 의견을 물어보거나 배려와 응원을 보내기도 하고 자신의 정치적 포부를 공유하기 위한 감상을 전하기도 하는 등 소통을 하였다는 점 등은 이 사건 범행 당시의 위력 행사 여부와는 무관하며, 범행사실과 얼마든지 양립 가능하므로 고려의 대상이 될 수 없다.

나) 위력과 성폭력 사이의 인과관계 요건의 부당성

한편, 이 사건 1심은 “위력에 의한 간음·추행죄로 처벌하기 위해서는, ① 위력이 존재할 뿐만 아니라, ② 그 위력이 행사되어야 하고, ③ 행사된 위력과 간음·추행행위 사이에 인과관계가 인정되어야 하며, ④ 그로 인해 피해자의 성적 자기결정권이 침해되는 결과가 발생해야 한다.”라고 구성요건을 설시하였다(판결문 31쪽).

그러나 위력에 의한 간음·추행죄에서 위력과 간음·추행은 ‘수단-행위’¹⁰⁾의 관계에 불과할 뿐 ‘원인-결과’의 관계로 볼 수 없으며, 또한 성적 자기결정권은 위력에 의한 간음·추행죄의 보호법익일 뿐 성적 자기결정권이 침해되는 결과가 발생하여야 범죄 성립이 인정되는 구성요건의 일부에 해당하지 않는다는 점에서 1심은 위력에 의한 간음·추행죄의 구성요건을 잘못 적용하였다.

위력을 간음 또는 추행 행위의 수단으로 볼 것인지, 아니면 원인으로 볼 것인지는 일견 큰 차이가 없는 것으로 보일 수도 있으나, 법리적으로 볼 때 분명한 차이가 있다. 단적으로 대법원은 위력에 의해 피해자의 자유의사가 현실적으로 제압될 것까지 요하는 것이 아니라고 판시하고 있는데(대법원 2007. 8. 23. 선고 2007도4818 판결 등), 위력을 ‘원인’으로 보게 되면 그 ‘결과’인 간음 또는 추행 행위가 가능하도록 결정적인 역할을 해야 하는 것으로 보아 피해자의 의사를 현실적으로 제압할 것을 요구하게 될 수 있는 것이다. 결국 이 사건 1심이 위력을 간음 또는 추행의 수단이 아닌 원인으로 판시한 것은, 위력 행사 여부를 가능한 좁게 인정하려는 태도의 연장선에서 발생한 오류라고 할 수 있다.

10) 강간죄에 있어서 폭행 또는 협박, 그리고 업무상위력간음죄에 있어 위계 또는 위력은 모두 행위수단으로 해석되고 있다(주석 형법, 제4판, 제297조, 249쪽, 제303조 342쪽).

나. 무죄 판결과 결정적으로 모순되는 사정들에 대한 판단 부재

1) “합의에 의한 관계였다는 비서실의 입장은 잘못입니다”

피고인은 피해자가 언론 인터뷰를 통해 이 사건에 대해 폭로한 직후 비서실에서 피고인과 피해자의 관계가 합의에 의한 관계였다는 입장을 표명한 것에 대하여, 다음날인 2018. 3. 6. 본인이 직접 페이스북에 글을 올려 ‘합의에 의한 관계였다는 비서실의 입장은 잘못’이라는 입장을 밝혔다.¹¹⁾

이와 같은 피고인의 입장 표명은, ① 사건이 폭로된 직후 피고인이 밝힌 첫 번째 입장 표명이었다는 점, ② 피고인 본인이 직접 스스로 밝힌 입장이라는 점, ③ 법률검토나 주변의 조언을 충분히 받지 않은 상태에서 사과를 한 것으로서 진정성이 담보된다는 점, ④ 입장을 보류하거나 해석의 여지를 남기는 내용이 아니라 합의에 의한 관계였다는 것을 명확하게 부인하는 취지라는 점 등에 비추어 볼 때, 충분히 신뢰성이 있고 이 사건에 대하여 가지는 의미가 매우 크다.

그러나 피고인은 검찰 조사 단계에서 위와 같은 입장을 손바닥 뒤집듯이 변경하였고, 이 사건 1심은 위와 같은 피고인의 입장 표명에 대해서는 아무런 언급도 하지 않은 채 피고인의 주장을 그대로 받아들였다.

성폭력 가해자가 사건 이후 피해자에게 미안하다고 사과를 하였다가도 법적으로 문제가 되면 ‘도의적인 차원의 사과였을 뿐이다’와 같은 변명을 하는 것이 일반적인 양태인데, 이 사건에서는 한 걸음 더 나아가 피고인 스스로 합의에 의한 관계가 아니었음을 인정하였음에도 이를 뒤집는 행태를 법원이 용인한 것이다. 이처럼 중요한 의미를 가지는 피고인의 첫 입장 표명과 관련하여 이 사건 1심이 어떠한 평가도, 아무런 언급도 하지 않은 점은 중대한 잘못이다. 항소심에서는 이 부분에 대한 정확한 판단이 이루어져야 할 것이다.

2) “너와 사랑을 했던 것이 미투 운동의 대상이 되는 것일까?”

피고인이 먼저 피고인과 피해자의 관계가 미투 운동의 대상이 되는지 질문한 사정은 둘 사이의 관계의 성격을 보여주는 중요한 사정임에도, 이 사건 1심은 별다른 판단을 하지 않고 무시했다.

이 사건 공소사실 중 2018. 2. 25.경 위력에 의한 간음과 관련하여, 피해자의 진술에 따르면 피고인은 피해자에게 ‘요즘 미투에 대해 이야기가 많은데, 내가 너한테 상처가 된 걸 알았다, 미안하다, 괜찮니’라는 말을 하였고, 피고인의 눈빛과 말에 압도당한 피해자는 ‘미투하지 않겠다’라는 취지로 말하였다고

11) MBC 뉴스 2018. 3. 6.자 기사, 「안희정 “합의에 의한 관계 아니다”... 페이스북 전문」

한다. 그리고 피고인의 주장에 따르면, 피고인은 피해자에게 ‘너와 사랑을 했던 것이 미투 운동의 대상이 되는 것일까?’라는 취지로 물었고 피해자는 ‘미투와 우리의 관계는 다르다’는 취지로 말하였다고 한다(판결문 65~66쪽). 즉, 어느 쪽 주장에 의하더라도 피고인이 먼저 피해자와의 관계가 미투 운동의 대상이 되는지에 대해 질문하였다는 사정은 동일하게 인정된다.

그런데 피고인의 주장에 따르면, 피해자는 첫 번째 간음이 있던 날에도 먼저 ‘지사님, 외로우시죠’라는 취지의 문자메시지를 보내고, 피고인의 호텔방에서도 ‘지사님 외로우실 때는 어떻게 하세요, 제가 옆에서 많이 힘이 되어 드릴게요’라는 말을 먼저 하면서 유혹을 하였고(판결문 32쪽), 스위스에서 피해자가 끈이 달린 실크 소재의 속옷(슬립)에 팬티만 입은 채 맨발로 피고인의 방으로 올 정도로 적극적인 모습을 보였으며(판결문 50쪽), 심지어 피고인이 부인과 잠을 자고 있는 객실로 피해자가 몰래 들어와 피고인 부부를 보고 있다가 나간 사실까지 있다는 것이다(판결문 80쪽). 이러한 피고인의 주장에서 추론되는 피고인과 피해자의 관계는 미투 운동과는 전혀 연결되는 점이 없어 피고인이 미투 운동을 언급할 이유가 전혀 없다. 그럼에도 피고인이 피해자와의 관계가 미투 운동의 대상이 되는지에 대해 질문을 하였다는 사정은, 피고인 주장과는 달리 피해자와의 관계에서 성폭력의 요소가 존재하여 피고인이 미투 운동의 대상이 될 수도 있다는 의구심이나 두려움을 가지고 있었던 것으로밖에 해석할 도리가 없다.

즉, 피고인이 주장하는 바에 따른 피해자와의 관계는 아무리 나쁘게 보더라도 나이 많은 유부남과 나이 어린 직장 하급자와의 불륜 관계로서 도덕적인 비난의 대상이 될 뿐 성폭력 사실을 폭로하는 미투 운동과는 전혀 관련성이 없는데, 피고인이 이를 먼저 언급하였다는 것은 피해자와의 관계가 피고인 주장과는 달랐을 가능성을 강력하게 시사하는 것이다. 그럼에도 불구하고 이 사건 1심은 피고인이 미투 운동을 먼저 언급한 사정을 중요하게 고려치 않고 그와 관련된 판시를 전혀 하지 않았다.

3) 피고인과 피해자와의 관계 : 피고인 주장과 1심 판결 인정사실의 괴리

피고인은 피해자가 먼저 유혹적인 말을 하고 속옷 차림으로 피고인을 찾아오는 등 적극적인 모습을 보였다고 주장하나, 1심 판결에서 인정된 사실에 의하면 실제로는 피고인이 관계를 주도하였음을 알 수 있어 인정사실이 피고인 주장과 괴리가 있음에도 이 사건 1심은 이를 고려하지 않았다.

앞서 살펴본 바와 같이, 피고인의 주장에 따르면 피해자는 피고인에게 먼저 ‘지사님 외로우실 때는 어떻게 하세요, 제가 옆에서 많이 힘이 되어 드릴게요’와 같은 유혹적인 말을 하고, 피고인이 불렀을 때 실크 소재 속옷에 팬티만 입은 채로 방에 찾아오는 등 적극적인 모습을 보였다고 한다. 그런데 실제 피고인과 피해자의 관계를 살펴보면, 피고인이 주장하는 피해자의 모습과는 굉장히 큰 괴리를 발견할 수 있다.

순번	간음	간음에 이르게 된 경위
1	2017. 7. 30. 간음 (러시아 호텔) (판결문 32쪽)	(피해자) 피고인이 방으로 맥주를 가지고 오라고 함. '내가 너무 외로우니 안아달라'고 수차례 말함 (피고인) 피고인이 맥주를 같이 마시자며 피해자를 방으로 부름. '내가 자네를 가져도 되겠는가?'라고 물어봄
2	2017. 8. 13. 간음 (서울 AA호텔) (판결문 44쪽)	(피해자) 피고인이 서울 숙박 지시. '씻고 오라'고 말했고 방에서는 '나를 안게'라고 말하고 응하지 않자 세계 안은 다음 간음 (피고인) 서울에서 자고 가기로 하여 AA호텔에 투숙하고는 자연스럽게 성관계에 이침
3	2017. 9. 3. 간음 (스위스 호텔) (판결문 50쪽)	(피해자) 피고인이 담배를 가지고 오라고 지시. 방에서 '침대로 오라'고 요구 (피고인) 피고인이 피해자를 방으로 불렀는데 피해자가 속옷 차림으로 옴
4	2018. 2. 25. 간음 (마포 오피스텔) (판결문 65쪽)	(피해자) 피고인이 피해자를 부름. 미투 대화를 한 뒤 '나를 안으라'고 함 (피고인) 피고인이 피해자를 마포 오피스텔로 오라고 연락. 미투 대화를 나눈 뒤 자연스럽게 성관계를 가짐

위 표는 4번의 간음과 관련하여 피해자가 피고인이 있는 곳으로 가서 간음에 이르게 된 경위를 피해자 주장과 피고인 주장 모두 정리한 것이다. 위 표에서 보는 바와 같이 **피고인의 주장에 의하더라도 피해자를 먼저 부른 것은 항상 피고인이었으며, 피해자는 단 한 번도 먼저 적극적으로 피고인과의 성관계를 요구한 사실이 없다.**

피고인과 그 처의 주장에 따르면 피해자가 피고인 부부가 잠을 자고 있는 객실에 새벽 4시경 몰래 들어와 내려다보기까지 하였다는 것인데, 그 주장대로라면 집착적이라 할 모습을 보였다는 피해자가 단 한 번도 피고인에게 먼저 성관계를 요구한 사실이 없고 오로지 수동적으로 피고인이 불러주기만을 기다렸다는 점은 서로 모순되며 쉽게 이해하기 어렵다. 그러나 이 사건 1심은 이와 같은 모순이나 괴리에 대해서는 별다른 관심을 가지지 않았고, 항소심에서는 이 점을 고려하여 피고인 주장의 신빙성에 대한 제대로 된 검토가 이루어져야 할 것이다.

다. 피고인 진술과 피해자 진술에 대한 극명하게 다른 불공평한 판단기준

1) 피해자의 진술 vs 피고인의 진술

성폭력 사건의 특성상 피해자 진술의 신빙성뿐만 아니라 피고인 진술의 신빙성 역시 중요하게 살펴볼 필요가 있다. 무죄 추정의 원칙이 적용되고 검사에게 유죄의 증명 책임이 부여되는 현행 형사소송법 구조 하에서는, 피해자의 진술로서 피고인이 유죄임을 합리적 의심을 배제할 정도로 인정할 수 있는지 여부를 판단하기 위해 피해자 진술의 신빙성을 주된 판단 대상으로 삼고 증명 책임의 정도를 엄격하게 요구하는 것이 원칙적으로는 타당하다.

그러나 사건에 대한 물리적인 증거가 거의 없고 서로 상반되는 피고인과 피해자의 진술만이 전부인 경우가 많은 성폭력 범죄의 특성에 비추어 볼 때, 사건의 실제적 진실은 피고인의 진술 아니면 피해자의 진술 둘 중 하나에 있을 가능성이 크기 때문에, 피해자 진술의 신빙성뿐만 아니라 피고인 진술의 신빙성 역시 중요한 비중을 두고 살펴볼 필요가 있다.

대법원도 성폭력 사건의 특성을 감안하여 피해자 진술의 신빙성을 판단함에 있어, “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”라고 판시하고 있다(대법원 2006. 11. 23. 선고 2006도5407 판결).

2) 경험칙에 어긋나고 모순된 피고인 진술의 맹목적 옹호

이 사건 1심은 피고인 진술이 경험칙에 어긋나고 자체 모순이 있음에도 피고인 진술을 맹목적으로 옹호하는 판단을 하였다. 피해자 진술의 경우 특별히 모순되거나 비합리적인 내용이 없음에도 세세한 갖대를 들어대어 의심하고 신빙성을 부정한 반면, 피고인 진술에 대해서는 경험칙에 어긋나고 진술 자체로 모순되는 내용이 있음에도 가능성이 조금이라도 있으면 문제가 없다고 판단하는 식으로 극명하게 다른 판단기준을 적용하고 있는데, 예를 두 가지 들어본다.

가) 예컨대, 첫 번째 간음인 2017. 7. 30. 러시아 호텔에서의 간음의 경우 당시는 피해자가 수행비서가 된지 한 달도 지나지 않은 시점이었으며(판결문 36쪽), 당시까지 피고인이 피해자에게 특별히 호의를 베풀 사실도 없는 점(판결문 37쪽), 피고인과 피해자의 나이 차이가 20살 이상인 점, 피해자가 피고인을 수행한 첫 해외일정이었다는 점 등 둘 사이의 친밀한 교감이 형성될 여지가 없었음을 고려해 볼 때, 피해자가 피고인과 함께 맥주를 마시다가 갑자기 ‘지사님 외로우실 때는 어떻게 하세요, 제가 옆에서 많이

힘이 되어 드릴게요'와 같은 말을 하면서 피고인과의 성관계에 적극적으로 응하였다는 피고인의 주장은 쉽게 납득하기 어렵다.¹²⁾ 더구나 피고인의 주장대로라면 피해자가 적극적인 의사를 표시하면서 성관계에 응했다는 것인데, 피고인이 그 이후 피해자에게 '미안하다'라고 말하고 같은 취지의 문자메시지를 수회 보낸 것은 경험칙에도 어긋나고 피고인이 주장한 피해자의 모습과도 모순된다.

그럼에도 이 사건 1심은 이와 같이 경험칙에 반하고 그 자체로 모순적인 피고인의 진술에 대해서는 지적을 하지 않고, 오히려 피고인이 사과한 것에 대해 '피해자의 심정을 다독이고 무마하여 문제가 일어나지 않도록 하기 위한 저의가 있었을 것으로 보인다'라고 하면서도, '다른 한편으로 도지사과 비서라는 지위와 20살 이상 차이에서 오는 사회적도덕적 죄책감에 따른 사과라고 볼 측면도 없지 않다'라고 판단하여 피고인의 사정을 맹목적으로 배려하는 판단을 하였다.

나) 한편, 피고인은 2017. 9. 3. 스위스 호텔에서 있었던 간음과 관련하여, 새벽에 피해자를 피고인의 방으로 불렀는데, 피해자가 끈이 달린 실크 소재의 속옷과 팬티만 입은 채 맨발로 피고인의 방으로 왔다고 주장한다.

경험칙에 비추어 볼 때 공무로 출장을 간 해외의 호텔에서 피해자가 속옷과 팬티, 맨발의 차림으로 층을 달리하는 객실을 방문하였다는 것은 도저히 납득하기 어렵다. 그런데 이 사건 1심은 그와 같은 행위가 어렵다는 점을 인정하면서도, 피해자가 당시 입었던 의상을 특정하지 못하고,¹³⁾ 심야시간에 속옷 차림으로 1개 층을 내려와 복도를 잠시 걸어 피고인의 방에 들어가는 행동이 아예 불가능하다고 단정하기 어렵다고 하면서 피고인의 주장을 옹호하는 판단을 했다.

3) 허위 진술의 동기 없는 피해자 진술에 대한 과도한 의심

이 사건 1심은 피해자가 피고인에 대해 허위로 불리한 진술을 할 동기나 이유가 분명히 드러나지 않았음에도, 막연한 사정만을 근거로 피해자를 과도하게 의심하고 이를 피해자 진술의 신빙성 판단에 반영했다. 앞서 살펴본 바와 같이, 이 사건 1심은 피고인의 주장에 대해서는 너무나 관대하고 수용적인 입장

12) 이 사건 1심은 피고인과 피해자 사이에 별다른 교감이 없었다는 점을 인정하면서도 오히려 이를 피해자 진술의 신빙성을 부정하는 근거로 언급하고 있다(판결문 38~39쪽). 그러나 논리적으로 볼 때 상호 교감이 거의 없었다는 점은 교감이 필요 없는 위력에 의한 간음이 있었다는 피해자 주장에 더욱 부합하며, 20살 이상 차이 나고 유부남이며 공적인 업무로 함께 출장을 온 상황에서 맥주를 마시다가 갑자기 교감이 형성되어 합의에 의한 성관계에 이르렀다는 피고인의 주장과는 배치되는 사정이므로, 1심의 판단은 잘못된 것이다.

13) 1년 전의 특정 시점에 입은 의상의 종류를 특정하지 못하는 것은 경험칙상 매우 자연스러운 일임에도 1심은 이를 '선뜻 납득하기 어렵다'고 판단하였다(판결문 55쪽). 한편 1심은 피해자가 간음 전후에 옷을 벗게 된 경위와 다시 옷을 입은 경위는 기억하면서도 의상을 기억하지 못한 것이 이상하다는 취지로 판시하고 있으나, 옷을 벗고 입은 경위는 성폭력 행위의 일부분으로서 피해자에게 의미를 가지는 내용이나, 그 날 입은 의상이 무엇인지는 성폭력과 관련하여 별다른 의미가 없는 정보이므로 이를 기억하지 못하는 것은 자연스러운 일이다.

을 취한 반면, 피해자의 주장에 대해서는 별다른 근거도 없이 과도하게 의심하는 이중적인 잣대를 보인 것이다.

특히 피해자에 대한 과도한 의심이 두드러지는 판단 내용은 텔레그램 메시지 삭제 부분이다. 이는 거의 모든 공소사실에 대해 피해자를 의심하는 근거로 언급되었는데, 문제는 텔레그램 메시지가 누구에 의해 삭제되었고, 어떤 내용이 삭제되었는지가 전혀 밝혀지지 않았음에도 일방적으로 피해자에게만 불리하게 해석되었다는 점이다. 기술적으로 피고인이 메시지를 삭제하는 것도 가능하고, 실제로 피고인이 여러 차례 피해자에게 문자를 삭제하라고 지시한 사실까지 있음에도, 이 사건 1심은 피해자가 어떤 의도를 가지고 메시지를 삭제하였을 것이라는 전제 아래 피해자에 대한 부정적 판단의 근거로 제시하였다. 특히 피고인은 자신의 휴대전화를 폐기하여 증거로 제출조차 하지 않았는데, 이러한 사정이 공평하게 고려되지 않고 일방적으로만 해석되는 것은 부당하다.

또 다른 사례로는 피해자와 운전비서 P사이의 갈등에 대한 해석 부분이다. 이 사건 1심은 피해자가 P로부터 성희롱, 성추행 피해를 당한 뒤 이를 문제제기 하여 일응의 사과를 받았다는 점을 기초로 피해자가 성적 주체성을 갖추고 성적 자기결정권을 인지하면서 자기 책임 아래 이를 행사할 수 있는 충분히 성숙한 능력이 있는 사람이라고 평가하였다(판결문 78쪽). 그러면서 이러한 피해자의 모습은 검사가 주장하는, 피고인과의 관계에서 여리고 소심하며 결단력이 없는 자세의 소지자의 모습과 거리가 멀고, 심지어 피해자가 대상과의 관계적 특성에 따라 성적 자기결정권을 선택하여 행사하는 것으로 볼 여지마저 있다고 판시하였다(판결문 78쪽). 한 마디로 피해자의 원래 성격대로라면 피고인에 대해 얼마든지 적극적으로 저항할 수 있었고, 그렇게 하지 않은 것은 피해자의 선택이었다는 의미이다.

그러나 상급자도 아니고 피해자에 대하여 어떤 불이익한 조치를 할 권한도 없는 운전비서에 대해 문제제기를 하는 것과 피해자에 대한 모든 처우를 좌지우지할 수 있고 유력한 차기 대통령 후보이며 1심 스스로 위력의 존재를 인정한 피고인에 대한 문제제기와 비교를 하는 것은 그 자체로 부당하여 더 나아가 살펴볼 필요조차 없다. 1심의 논리대로라면 남자친구에게 어떤 이유로든 성관계를 거절한 적이 있는 여성은 성적 주체성과 성적 자기결정권을 갖추고 있으므로, 직장 내 상사로부터는 절대로 성폭력을 당할 여지가 없다고 보는 것과 다를 바가 없다.

더구나 이 사건 1심이 공판 당시 피해자가 증언을 하면서 이른바 ‘정조’ 개념에 대하여 비판적인 취지로 진술한 것을 근거로 성적 주체성을 갖추고 있어 피고인에게도 저항할 수 있었다고 판단한 것은, ‘성폭력 피해자는 법정에서 당당하게 증언할 리가 없다’는 잘못된 편견의 산물에 불과하다. 이와 같은 편견과 피해자에 대한 부당한 의심은 이 사건 전반에 대한 1심의 판단에 영향을 미쳤을 것으로 보인다.

형법 제303조 제1항의 비교법¹⁴⁾적 검토

장응혁 (계명대학교 경찰행정학과)

I. 들어가며

2018. 8. 14. 안희정 전 충남지사의 형법 제303조 피보호감독 성인 대상 위력간음죄 혐의에 대하여 제1심은 무죄판결을 선고하였다. 이에 대하여 많은 비판이 이루어지고 있으며 현재 진행 중인 제2심에 많은 관심이 쏟아지고 있다.

그리고 이에 촉발되어 ‘비동의간음죄’ 신설 등 다양한 해법이 제시되고 있는데 이 사안이 형법 제303조의 적용과 해석의 문제라는 점을 감안하면 우선은 형법 제303조를 보다 심도 깊게 검토할 필요가 있다. 그런데 다른 성폭력범죄 처벌규정들과는 달리 형법 제303조는 그동안 법적으로도, 사회적으로도 충분한 논의가 이루어지지 않았다¹⁵⁾. 그 이유로는 여러 가지를 들 수 있는데 우선 범행방법인 위계 및 위력과 관련해서는 주로 미성년자에 대한 사안에서 논의되었으며 성인을 대상으로는 ‘비동의간음죄’ 신설이 우선적으로 주장되어 왔던 점을 들 수 있다. 또한 실무가들도 형법 제303조의 법정형 자체가 낮기 때문에 가급적이면 법정형이 높은 다른 처벌규정을 먼저 검토해 왔다.

14) 더 자세한 논의는 刑事比較法研究グループ, “特集·性犯罪規定の比較法的研究”, 刑事法ジャーナル 45号, 2015의 각 논문들을 참고하길 바란다.

15) 물론 일찍부터 성폭력피해자단체 등에서는 제303조에 대하여 ‘업무, 고용’ 외에 ‘기타 관계’가 모호하여 ‘교육, 종교, 치료관계 등’을 구체적으로 명시해야 한다고 주장하여 왔다. 형법개정연구회, 형사법개정연구(IV) 형법각칙 개정안, 한국형사정책연구원 연구총서, 2009, 194면.

그러나 성폭력이 '성욕'의 문제가 아니라 '권력'의 문제라는 점을 고려하면 성인을 대상으로 한 성폭력범죄에서도 이제는 '권력'을 이용한 성폭력범죄의 성립 여부를 보다 본격적으로 검토할 필요가 있다. 더구나 우리나라는 최근 미투 운동을 계기로 활발하게 논의되는 것처럼 여성과 남성의 격차가 클 뿐 아니라 본래부터 사회의 모든 관계가 지나치게 권력적이다.

이하에서는 형법 제303조 제1항을 재검토하기로 한다. 이를 위해서는 우선 형법 제303조가 어떻게 우리 법에 도입되었는지, 그리고 제대로 활용되지 않는 문제점은 무엇인가를 살펴보기로 한다. 그리고 나서 다른 나라들은 권력에 의한 성폭력범죄에 어떻게 대응하고 있는지를 알아보기로 한다. 이러한 비교를 통해 우리 형법의 문제점을 보다 명확하게 파악하고 적절한 개선방안을 모색해 볼 수 있을 것이다.

II. 형법 제303조 제1항의 의의와 문제점

형법 제303조 제1항은 “업무, 고용 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음한 자는 7년 이하의 징역 또는 3천 만원 이하의 벌금에 처한다”고 규정하고 있고 이 조항은 형법제정 당시 새롭게 도입되었으나¹⁶⁾ 입법 당시 특별한 논의는 없었으며¹⁷⁾ 그 이후 현재까지 큰 변화 없이 유지되어 오고 있다¹⁸⁾.

그러나 이 조항은 성폭력범죄와 관련하여 우선 ① 위계 또는 위력이라는 범행 방법을 규정하고 있을 뿐만 아니라 ② ‘업무, 고용 기타 관계로 피해자를 보호 또는 감독’한다고 하는 우월적 지위를 규정한 것에도 큰 의의가 있다. 이하에서는 현행 성폭력범죄의 처벌규정상 위계위력 및 우월적 지위가 어떻게 규정되어 있는지, 그리고 그 문제점은 무엇인지 간단히 살펴보기로 한다.

16) 조선법제편찬위원회가 발표한 기초요강 중 형법각칙요강에는 「간음죄」의 장 하에 유리한 지위 및 기타의 위력 또는 혼인약속의 위계를 사용하여 부녀의 정조를 유린하는 행위를 처벌하는 조문을 신설하라는 내용을 담고 있다. 신동운 편저, 형법 제개정 자료집, 한국형사정책연구원 연구총서, 2009, 16면. 그 제정 이유로 효당 엄상섭은 “우리나라의 전통적 미풍에 비추어 부녀의 정조는 재산권은 물론이고 때로는 생명권보다 소중한 것임에 불구하고 강자의 지위에 있는 자가 약자의 지위에 있는 부녀의 정조를 농락하는 소행에 대하여는 그 [것이] 강간이 아닌 이상 아무런 처벌규칙도 없는 것이 우리 현행 형벌법규이다. 그러므로 이러한 행위를 처벌키 위함이다”라고 밝히고 있다. 신동운 편저, 형법 제개정 자료집, 한국형사정책연구원 연구총서, 2009, 29면.

17) 벌금액이 바뀌었을 뿐이다.

정부초안	법제사법위원회 및 국회의원 수정안	제정형법
제326조 업무, 고용 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독하는 부녀에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음한 자는 5년 이하의 징역 또는 5만원 이하의 벌금에 처한다.	제326조 업무, 고용 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독하는 부녀에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음한 자는 5년 이하의 징역 또는 5만원 이하의 벌금에 처한다.	제303조 [업무상위력등에 의한 간음] ① 업무, 고용 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독을 받는 부녀에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음한 자는 5년 이하의 징역 또는 2만5천환 이하의 벌금에 처한다.

신동운 편저, 형법 제개정 자료집, 한국형사정책연구원 연구총서, 2009, 464면.

18) 1995년 개정법에서 2만5천환의 벌금액수가 1천500만원으로 개정되었고 2013년 개정법에서 부녀가 사람으로 바뀌었을 뿐이다.

1. 위계 및 위력의 도입 상황과 그 문제점

현재 형법뿐만 아니라 다양한 성폭력 관련 특별법에서 위계 및 위력을 범행방법으로 한 성폭력 범죄에 대한 처벌규정을 두고 있다. 그러나 성인 피해자의 경우 형법 제303조와 성폭력처벌법 제10조가 '업무, 고용 기타 관계'라는 우월적 지위에 있는 경우에 한정하여 위계 또는 위력으로 저질러지는 성폭력범죄를 규정하고 있을 뿐 일반적으로는 미성년자 또는 심신미약자인 피해자가 그 대상이다.

따라서 현행 형법 제302조는 미성년자나 심신미약자에 대하여, 성폭력처벌법 제7조는 13세 미만 사람에 대하여, 아동법 제7조는 아동·청소년에 대하여, 성폭력처벌법 제6조는 장애인에 대하여 각각 위계 또는 위력으로 저질러지는 성폭력범죄를 처벌대상으로 규정하고 있다.

그러나 이러한 규정들 모두 심도깊은 논의를 거쳐서 위계 및 위력을 범행방법으로 규정하였다고 하기는 어렵고 특히 장애인 관련 규정은 더욱 그러하다. 왜냐하면 주로 처벌규정을 새로 도입하면서 폭행협박과 같이 범행방법으로 규정하였을 뿐이기 때문이다.

위계 및 위력이 처음 범행방법으로 도입된 제정형법을 살펴보면 제302조가 미성년자 또는 심신미약자에 대하여 위계 또는 위력에 의한 간음 및 추행을 규정하여 비록 아동·청소년 및 장애자도 규정하고 있었지만, 제303조 제1항이 업무, 고용 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독을 받는 부녀에 대하여 위계 또는 위력에 의한 간음을 규정하여 성인여성도 포함하고 있었다. 더구나 지금은 비록 삭제되었지만 제304조는 음행의 상습없는 부녀를 대상으로 혼인을 빙자하거나 기타 위계로서 기망하여 간음한 경우도 규정하고 있었기 때문에 위계 및 위력의 대상에 성인여성이 당연히 포함되어 있었다고 보아야 한다.

2. 우월적 지위의 규정 상황과 그 문제점

나아가 현행 성폭력처벌법 제6조는 장애인의 보호, 교육 등을 목적으로 하는 시설의 장 또는 종사자가 보호, 감독의 대상인 장애인에 대하여 제1항부터 제6항까지의 성폭력범죄를 범한 경우에는 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중한다고 규정하고 있고 아동법 제18조는 아동법 제34조 제2항 각 호의 기관·시설 또는 단체의 장과 그 종사자¹⁹⁾가 자기의 보호·감독 또는 진료를 받는 아동·청소년을 대상

19) ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 기관·시설 또는 단체의 장과 그 종사자는 직무상 아동·청소년대상 성범죄의 발생 사실을 알게 된 때에는 즉시 수사기관에 신고하여야 한다.

1. 「유아교육법」 제2조제2호의 유치원
2. 「초·중등교육법」 제2조의 학교 및 「고등교육법」 제2조의 학교
3. 「의료법」 제3조의 의료기관
4. 「아동복지법」 제3조제10호의 아동복지시설
5. 「장애인복지법」 제58조의 장애인복지시설
6. 「영유아보육법」 제2조제3호의 어린이집
7. 「학원의 설립·운영 및 과외교습에 관한 법률」 제2조제1호의 학원 및 같은 조 제2호의 교습소
8. 「성매매방지 및 피해자보호 등에 관한 법률」 제5조의 성매매피해자들을 위한 지원시설 및 같은

으로 성범죄를 범한 경우에는 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중처벌한다고 규정하고 있다.

이러한 규정들, 특히 최근 제정된 특별법상의 규정들에 대해서는 우월적 지위에서 발생하는 성폭력범죄로 인한 피해가 크다는 점을 인식하고 우월적 지위의 범위를 확대하는 데는 성공하였으나, 어떻게 대응해야 하는지는 제대로 고려하지 못했다고 평가할 수 있다. 즉 이러한 범죄들을 어떻게 처벌할 수 있는지에 대해서는 심도깊은 논의 없이 오로지 처벌 강화로만 일관한 것이다.

이는 형법 제303조 제1항 및 성폭력처벌법 제10조가 위계 또는 위력을 범행방법으로 규정하고 형법 제303조 제2항이 의제강간을 인정하고 크게 차이난다. 대표적인 예로 친족관계에서의 성폭력범죄를 규정한 성폭력처벌법 제5조가 있는데 이 규정이 친족에 대한 고소를 인정하는 규정과 같이 도입되면서 처벌을 가능하게 해 준 점은 높게 평가해야 하지만 다른 규정들과는 달리 위계 또는 위력에 의한 경우가 규정되어 있지 않다. 더구나 다른 규정들 특히 2분의 1을 가중처벌하기로 한 성폭력처벌법 제6조 및 아동법 제18조는 오로지 처벌만 강화하고 있다.

따라서 이하에서는 우월적 지위에서 위계 및 위력을 이용한 성폭력범죄를 처벌하는 대표적인 규정으로서 형법 제303조 제1항을 중심으로 해외 입법례를 비교검토하여 개선방안을 모색하기로 한다. 이 경우 다양한 나라의 입법례가 참고가 될 수 있겠으나 본고에서는 우선 스위스, 일본을 중심으로 검토하기로 한다. 왜냐하면 이들 나라의 입법례들이 우리 형법 제303조 제정에 큰 영향을 주었기 때문이다. 동시에 영국의 2003년 성범죄법은 성범죄 처벌규정에 관한 한 가장 체계적이라고 평가받고 있으므로 관련하여 같이 검토하기로 한다.

법 제10조의 성매매피해상담소
9. 「한부모가족지원법」 제19조에 따른 한부모가족복지시설
10. 「가정폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률」 제5조의 가정폭력 관련 상담소 및 같은 법 제7조의 가정폭력피해자 보호시설
11. 「성폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률」 제10조의 성폭력피해상담소 및 같은 법 제12조의 성폭력피해자보호시설
12. 「청소년활동 진흥법」 제2조제2호의 청소년활동시설
13. 「청소년복지 지원법」 제29조제1항에 따른 청소년상담복지센터 및 같은 법 제31조제1호에 따른 청소년쉼터
14. 「청소년 보호법」 제35조의 청소년 보호·재활센터

Ⅲ. 비교법적 검토

1. 스위스²⁰⁾

(1) 스위스형법과 우리 형법 제303조

우리 형법 각칙은 일본의 개정형법가안으로부터 많은 영향을 받았으나²¹⁾ 제303조는 스위스형법의 영향을 받은 것으로 알려져 있다. 따라서 제303조를 검토하는데 우리나라에 가장 큰 시사점을 줄 수 있는 것은 스위스형법의 성범죄 관련 규정이다.

스위스형법은 ‘성적 완전성에 대한 범죄행위’의 장에서 성폭력범죄를 크게 5가지 유형으로 나누어 규정하고 있다. 구체적으로는 ① 청소년의 발전을 위협에 노출시키는 행위(제187조 및 188조), ② 성적 자유의 침해(제189조~제194조), ③ 성적 행위의 부당한 이용(제195조), ④ 포르노범죄(제197조), ⑤ 성적 완전성에 대한 경범죄(제198조 및 제199조)이다.

그리고 성적 자기결정의 자유를 모든 성범죄의 공통된 보호법익으로 보는 독일형법과는 달리 ① 기본적 인격권의 하나인 성적 자기결정과 ② 청소년의 성적 발전을 보호하는 것을 기본적 보호법익으로 보아 각 범죄유형별로 보호법익을 다르게 파악하고 있다.

(2) 스위스 형법 제193조와 공핍상태의 악용

형법 제303조 제1항과 유사한 조항으로 스위스형법 제193조가 있으며 스위스형법 제192조²²⁾는 형법 제303조 제2항²³⁾과 유사²⁴⁾하다.

스위스 형법 제193조(공핍상태의 악용)는 다음과 같은 규정을 두고 있다.

① 공핍상태 또는 노동관계 혹은 그 밖의 방법에 근거한 의존관계를 악용하여 사람에게 성적행위를

20) 이하의 논의는 본래 스위스의 문헌을 직접 참조해야 하지만 주어진 시간 및 필자의 능력상 한계로 深町晋也, “特集·性犯罪規定の比較法的研究 スイス刑法における性犯罪規定”, 刑事法ジャーナル 45号, 2015, 101-120면을 주로 참고하였다.

21) 신동운, 형법각론 머리말, 법문사, 2017, 1면.

22) 제192조(시설수용자, 수형자, 피의자와의 성적 행위) 제1항 의존관계를 악용하여 시설수용자, 시설구급자, 수형자, 체포자 또는 피의자에게 성적행위를 하는 것 또는 수인할 것을 교사한 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

23) ② 법률에 의하여 구금된 사람을 감호하는 자가 그 사람을 간음한 때에는 7년 이하의 징역에 처한다.

24) 우월적 지위 관련해서 더 폭넓게 인정되고 있다. 즉 시설수용자에는 교도소와 소년원은 물론 노인휴과 정신장애자시설, 약물치료자시설에 수용된 자도 포함되며, 시설구급자에는 자유박탈적인 치료처분(스위스 형법 제59조 이하) 등을 부과받은 사람이 해당된다. 수형자, 체포자 또는 피의자로서는 자유형이 집행되고 있는 자와 형사절차가 진행중인 자 등이 일정한 시설에 없는 경우, 예를 들어 이송중인 경우 등이 해당된다. 여기에 포함되지 않는 경우에도 제193조에 해당될 수 있다.

하거나 수인할 것을 교사한 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

② 피해자가 행위자와 혼인 혹은 등록된 파트너관계에 이르는 때는 관계당국은 형사소추, 재판소예의 이송 또는 처벌을 하지 않을 수 있다.

과거 스위스의 구형법 제197조는 ‘공무, 업무관계 또는 이에 유사한 의존관계’로 한정하고 있었으나 이를 보다 넓은 의존관계로 확대하여 규정하였다²⁵⁾.

궁핍상태로는 다양한 경우가 해당되는데 외국에서 스위스로 온 여성이 성매매를 하는 것 외에는 방법이 없는 경우나, 약물의존자가 성매매로 생계를 이어가는 경우 등이 해당된다. 나이가 경제적인 궁핍 이외에도 예를 들어 산에서 부상을 입고 조난당한 자나 주거가 없고 즉시 숙박할 장소가 필요한 경우 등도 여기에 해당된다.

의존관계로는 노동관계가 대표적으로 거론되고 그 밖의 방법에 근거한 의존관계로는 장기간 심리치료를 받고 있는 환자나 감금유괴 등으로 피해자가 심리적으로 복종하는 관계를 들고 있다.

다만 피해자가 궁핍상태나 의존관계에 있다고 해도 자유의사로 스스로 대가를 받고 성교를 한 경우에는 ‘악용’으로 인정되지 않는다. 물론 존재하는 의존관계를 악용했는지의 판단은 실무상 극히 곤란하다고 지적되고 있고 악용이 인정되더라도 이러한 악용을 ‘협박’ 또는 후술하는 ‘심리적 압박’과 어떻게 구분할 수 있는가도 문제로 제기되고 있다²⁶⁾.

(3) 형법 제190조와 심리적 압박

스위스 형법 제190조²⁷⁾는 폭행, 협박, 항거불능과 함께²⁸⁾ ‘심리적 압박’이라는 범행방법을 규정하고 있다. 심리적 압박이란 피해자가 행위자에 의하여 그 의사결정이 제약되는 것을 말하는데 행위자에게 굴복할 것인가 자기의 의사를 관철할 것인가 중 하나를 선택해야 하는 상황에 놓여지는 것을 말한다.

다만 폭행, 협박과 같이 열거되고 있으므로 폭행협박에 비견할만한 불법내용을 가진 압박이어야 한다고 해석되고 있으며 이는 피해자의 상황과 피해자의 인간관계 등을 고려할 때 피해자에게 저항을 기대할 수 없는 경우로 보고 있다. 또한 오로지 이익 제공을 하지 않는다고 압박을 가하는 경

25) 초안단계에서는 ‘중대한 궁핍상태의 악용’으로 하려 하였으나 의회에서의 논의과정에서 보다 더 확장되었다.

26) 이와 관련하여 2007년 임종인의원이 대표발의한 형법개정안 중 ‘보호감독관계의 남용죄’를 재검토할 필요가 있어 보인다. 이 개정안은 여성단체들이 공동으로 구성한 여성인권법연대에서 성안한 것으로 “교육, 업무, 고용, 종교나 그 밖의 관계로 자기의 보호 또는 감독을 받는 미성년자 또는 장애인에 대하여 그 보호 또는 감독의 권한을 남용하여 성적 행동을 한 자는 10년 이하의 징역에, 간음한 자는 1년 이하의 유기징역에 처”하도록 규정하였다.

27) 제190조 예컨대 그를 위협하거나, 폭력을 사용하거나, 심리적인 압박을 가함으로써 또는 항거를 불능하게 함으로써, 부녀로 하여금 동침을 인용하도록 강요한 자는 1년 이상 10년 이하의 자유형에 처한다.

28) 이러한 4가지는 예시열거에 불과하므로 입법자가 상정할 수 없는 수단으로 성교를 강요한 경우도 처벌할 수 있다.

우는 포함되지 않는다고 해석되고 있다.

다만 폭행협박과 별도로 심리적 압박을 규정한 것에 대하여는 학설상 그 성립범위가 불명확하다고 비판받고 있으며 판례도 심리적 압박의 판단기준을 둘러싸고 다양한 논의가 이루어지고 있다.

현재 판례는 개개의 구체적 사정을 종합적으로 고려하여 ‘도구화된, 구조적 폭력’이라고 할 수 있는가 여부로 심리적 압박을 판단하고 있다. 이 판단에서 특히 문제가 되는 것은 행위자가 이미 존재하는 사회적이거나 사적인 권력관계를 이용하여 성교를 한 것에 불과한 것인가 그렇지 않으면 행위자가 ‘행위상황적 강제상황’을 만들어 성교한 것인가이다. 전자의 경우에는 심리적 압박이 인정되지 않고, 후자의 경우 비로소 심리적 압박이 인정된다고 판시하고 있다.

다만 이러한 개념들을 그대로 우리 법체계에 도입하기는 쉽지 않아 보인다. 왜냐하면 스위스형법도 1992년 개정으로 성범죄규정이 대폭 개정되었고 이후 수차례 개정되고 있을 뿐만 아니라 다른 부분에서는 우리나라와 큰 차이를 보이고 있기 때문이다²⁹⁾. 따라서 다른 해결방안이 있는지 모색해 볼 필요가 있고 일본의 최근 입법례는 이에 대한 주요한 시사점을 제공하고 있다.

2. 일본

일본형법은 우리와 달리 성폭력범죄에 있어서 우월적 지위³⁰⁾는 물론, 위계 및 위력이라는 범행방법을 인정하지 않았다. 다만 이러한 흠결을 일찍부터 조례 및 다양한 특별법으로 보충하여 왔고³¹⁾ 최근 개정된 형법은 감호자에 의한 성범죄를 처벌하는 규정을 새로 도입하였다.

(1) 일본의 성범죄 관련 형법개정

일본 법무성에 학자 및 실무가 그리고 관련 분야 전문가들이 참여한 검토회가 조직되어 2014년 10월부터 2015년 8월까지 성범죄의 처벌조항 관련하여 다양한 논의가 이루어졌다. 논의는 젠더

29) 여러 가지가 있겠지만 구성요건 관련해서는 사망 및 상해가 발생한 경우의 결과적 가중범규정이 없다. 따라서 사망 및 상해의 결과가 발생한 경우에는 살인죄나 상해죄와 상상적 경합으로 처리한다.

30) 일본형법을 제정하면서 우월적 지위에 관한 논의는 있었다. 일본 구형법의 초안을 작성한 프랑스뵐물가 보아소나드는 존속에 의한 범죄의 가중처벌 필요성을 제안하여 구형법 초안 제1고에는 존속뿐만 아니라 다양한 주체가 권위를 가지고 범한 경우 가중처벌하도록 하는 내용이 포함되어 있었다. 그러나 이후 일본측에서 강경하게 반대하여 이후의 논의에서 제외되었다. 자세한 내용은 矢島貴之, “旧刑法期における性犯罪規定の立法・判例・解釈論”, 特集・性犯罪規定の比較法的研究 刑事法ジャーナル 45号, 2015, 142-143면.

31) 각 지방자치단체별로 제정하는 조례 이외에도 중요한 법률로 경범죄법, 아동복지법, 아동성매매·아동포르노에관한행위등의규제·처벌및아동의보호등에관한법률, 사사성적화상기록의제공등에의한피해의방지에관한법률 등이 있다. 특히 아동복지법 제34조 제1항 제6호는 아동에게 음행을 시키는 행위를 금지하고 있는데 아버지가 딸을 강간한 경우 보통 일시의 특정이란다가 폭행협박의 입증이 어려우므로 법정형은 낮지만 이 조항을 주로 적용하였다.

법학자, 성폭력범죄 피해자 및 지원자로부터 문제들을 수렴하여 논점을 망라적으로 추출한 후 각 논점에 대해 논의하는 방식으로 이루어졌다.

다양한 논점이 있지만 본고와 관련된 논점으로는 ① 강간죄 등에서의 폭행협박요건의 완화, ② 지위관계성을 이용한 성적 행위에 관한 규정의 창설 등이 검토되었고 구체적인 개정안을 담은 종합보고서를 발표하였다.

이후 일본 법무대신은 이러한 논의를 바탕으로 논점을 재정리하여 법제심의회에 자문 제101호를 하였고 본고와 관련된 내용은 다음과 같다.

자문 제101호 최근의 성범죄 실정 등을 반영하여 사안의 실태에 따른 대처를 하기 위해 벌칙을 조속히 정비할 필요가 있으므로 별지 요강(골자)에 대하여 의견을 제출하기 바람.

별지 요강(골자)

제3 감호자임에 따른 영향력을 이용한 외설행위 또는 성교 등에 관한 죄의 신설

1. 18세 미만의 자에 대하여 해당 18세 미만의 자를 현재 감호하는 자임에 따른 영향력을 이용하여 외설행위를 한 자는 형법 제176조의 예에 따르는 것으로 할 것
2. 18세 미만의 자를 현재 감호하는 자임에 따른 영향력을 이용하여 해당 18세 미만의 자를 상대방으로 하여 성교 등을 한 자는 제1의 예³²⁾에 따르는 것으로 할 것
3. 1 및 2의 미수는 별하는 것으로 할 것.

이에 따라 법무성 법제심의회 형사법(성범죄관계)부회가 구성되어 2015년 11월부터 논의를 시작하여 2016년 6월 16일 형법개정요강(골자)수정안을 작성하였고 2017년 3월 7일 일본정부가 각의결정한 후 국회를 통과하여 2017년 7월 13일 시행되었다.

(2) 감호자라는 우월적 지위

개정형법은 형법 제179조를 다음과 같이 신설하였다.

(감호자추행 및 감호자성교 등)

제179조 ① 18세 미만의 사람에 대하여 그 사람을 현재 감호하는 자임에 따른 영향력이 있는 것에 편승하여 추행행위를 한 자는 제176조의 예에 의한다.

② 18세 미만의 자에 대하여 그 자를 현재 감호하는 자임에 따른 영향력이 있는 것에 편승하여 성교

32) 제1 강간의 죄(형법 제177조)의 개정

폭행 또는 협박을 이용하여 13세 이상의 사람을 상대방으로 하여 성교 등(상대방의 질내, 항문내 혹은 구강내에 자기 혹은 제3자의 성기를 넣거나 또는 자기 혹은 제3자의 질내, 항문내 혹은 구강내에 상대방의 성기를 넣는 행위를 말한다.)을 한 자는 5년 이상의 유기징역에 처하는 것으로 할 것. 13세 미만의 사람을 상대방으로 하여 성교 등을 한 자도 동일하게 할 것.

등을 한 자는 제177조의 예에 의한다.

신설된 죄에서 '현재 감호하는 자'란 부녀관계와 동일시 할 수 있을 정도로 거주장소, 생활비용, 인격 형성 등 생활전반에 걸쳐 의존·피의존 또는 보호·피보호의 관계가 인정되고 또한 영속성이 인정되는 관계를 의미한다.

다만 사실상의 관계로 한정되어 설사 부모라 하더라도 위와 같은 관계가 인정되지 않으면 주체가 될 수 없고³³⁾ 조부모 등은 원칙적으로 포함되지 않는다.

또한 교사, 고용관계, 의사, 스포츠 코치 등도 원칙적으로 포함되지 않지만 경우에 따라 포함되는 경우가 있을 수 있는데 예를 들어 아동보호시설 직원의 경우 동거의 유무, 거주장소에 관한 지정 등의 상황, 지도상황, 생활편의 제공 등 생활상황, 생활비의 지출 등 경제적 상황, 미성년자에 관한 절차 등이 이루어지는 상황 등의 요소를 고려하여 판단하게 된다.

(3) '편승하여'의 개념

신설된 감호자 추행 및 성교등의 죄는 18세 미만의 아동에 대하여 생활을 지원하는 부모 등 감호자가 '영향력에 편승하여' 한 추행행위와 성교를 처벌하는 것으로 폭행협박을 요하지 않는다.

원래 자문 제101호의 요강(골자)에서는 영향력을 '이용하여'라고 규정하였으나 논의과정에서 영향력에 '편승하여'로 수정한 것으로 이에 따라 요건으로서 크게 확장되어 '현재 감호하는 자'이긴 하던 원칙적으로 '영향력에 편승하는' 것으로 인정된다.³⁴⁾

다만 이러한 개념은 일찍부터 성폭력범죄에 사용되고 있었던 것으로 우리의 준강간죄 및 준강제추행죄에 해당하는 일본 형법 제178조는 사람의 심신을 상실시키거나 항거불능으로 만드는 경우³⁵⁾ 물론 사람의 심신상실 또는 항거불능에 편승하여³⁶⁾ 외설행위 또는 간음한 자를 처벌하고 있다.

33) 따라서 엄마의 애인이라도 가끔 집에 오는 정도로 동거하고 있다고는 할 수 없고 생계도 별도로 꾸려 나가며 의사소통도 피해자와 거의 없다면 감호하는 자가 될 수 없으며 반대로 법률상의 감호권자가 아니라도 엄마와 실질적으로 부부관계로 피해자와도 실제 부녀와 같은 관계라면 해당된다.

34) 2007년 임종인의원이 대표발의한 형법개정안은 '보호감독관계의 남용'을 규정하고 있는데 이에 대해서는 보호감독관계에 있는 자가 상대방의 자신에 대한 복종성 내지 신뢰·의존성을 이용한다는 것으로 족하며, 반드시 자신의 지시에 불응한 경우 일정한 불이익을 예고한다든가 상대방으로 하여금 두려움을 느끼게 할 것을 요건으로 하지 않는다고 설명되고 있다. 이호중 193면.

35) 우리 형법은 이와 같은 경우를 규정하고 있지 않은데 이에 대하여는 입법의 미비로 지적되고 있다. 즉 이 조항에 영향을 준 일본 개정형법가안은 별도로 총칙에서 폭행개념을 정의하면서 이러한 내용을 포함시켰는데 우리 형법은 총칙의 개념정의 조항은 두지 않고 가안의 규정을 그대로 가져와서 논란이 생긴 것이다. 신동운, 형법각론, 법문사, 2017, 677면.

36) 법무부는 일본 형법 제178조에 대하여 "사람의 심신상실 또는 항거불능을 이용하여 또는 심신을 상실시키거나 항거불능으로 만들어 음란한 행위를 한 자는 제176조의 예에 의한다"라고 번역하고 있다. 법무부, 일본형법, 2007, 72면. 그러나 이는 '심신상실 또는 항거불능에 편승하여'로 해석하는 것이 맞을

일본의 경우 언제나 우리 입법에 크게 유용하지만 새로운 입법도 18세 미만의 아동이 피해자인 경우로 한정되고 있다. 물론 스위스의 경우도 심리적 압박을 제외하면 특별한 관계를 전제로 하고 있어 논의의 핵심은 위계 및 위력의 해석 및 대안 모색보다 오히려 관계의 범위로 볼 수 있다. 더구나 비동의간음죄가 도입된다면 위계 및 위력을 둘러싼 논의는 대부분 거기에서 논의될 것이며 남은 문제는 일반 성인 여성과 달리 특별한 보호를 필요로 하는 관계, 즉 가해자 측면에서 보면 우월적 지위의 범위가 될 것이다. 이와 관련해서는 영국의 2003 성범죄법이 가장 체계적으로 규정하고 있다고 보여지기에 이하에서는 영국에서 규정하고 있는 우월적 지위에 대하여 살펴보기로 한다.

3. 영국

영국의 경우 2003년도에 각종 성범죄 관련법을 통합하여 2003년 성범죄법을 제정하였는데 이 법은 세계적으로도 가장 포괄적이며 체계적이라고 평가받고 있다. 이 법은 크게 비동의를 범죄성립 요건으로 하는 성범죄와 취약자 보호를 위한 규정들로 구분되며 취약자를 다양한 방법으로 규정하고 있다. 즉 우월적 지위를 다양한 형태로 규정하고 있는 것이다.

그 중 대표적인 것이 신뢰의 지위로 제16조부터 제24조까지에서 규정되어 있고 이외에도 가족 내 아동에 대한 성범죄에 있어서도, 정신장애자의 보호자에 의한 성범죄에도 다양한 우월적 지위 유형이 규정되어 있다.

신뢰의 지위는 비교적 최근인 2000년 성범죄(개정)법부터 신설되었는데³⁷⁾ 2003년 성범죄법에서 그 범위가 더욱 확대되었고 이러한 지위를 통해 16세 미만이었던 피해자와의 성행위 처벌³⁸⁾이 18세 미만의 피해자와의 성행위까지 처벌되게 되었다.

2003년 성범죄법 제21조 제2항은 다음과 같이 총 11가지 상황³⁹⁾에서 신뢰지위가 발생한다고 종합적으로 규정하고 있다.

- ① 가해자(A)가 법원의 명령 또는 법률에 의하여 기관에 수용되어 있는 18세 미만 사람을 돌보는 자인 경우로, 피해자(B)가 그 시설에 수용되어 있는 경우
- ② A가 다음과 같은 집 또는 다른 장소에 거주하는 18세 미만 사람을 돌보는 자인 경우로, B가 그 장소에 거주하고 그 장소에서 수용과 부양의 제공 또는 수용의 제공을 받고 있는 경우 해당된다.
 - (a) 1989년 아동법 제22조C 6항에 의해 권한있는 숙박시설
 - (b) 1989년 아동법 제59조 1항에서의 자원봉사조직이 제공하는 숙박시설

것이다. 신동운, 형법각론, 법문사, 2017, 675면.
 37) 2000년성범죄(개정)법은 7개조로 구성되어 이 중 제3조부터 제5조까지가 신뢰지위의 남용죄를 규정하고 있었다.
 38) 동법은 제9조부터 제12조까지 아동을 대상으로 하는 성범죄를 규정하고 있는데 그 대상자는 16세 미만 아동이다.
 39) 이외에도 주무장관이 정하는 명령의 조건을 구비하는 경우가 해당될 수 있다. 다만 2014년 기준으로 그러한 명령은 아직 없다.

- ③ A가 다음의 시설 중 하나에서 수용되고 돌봄을 받는 18세 미만의 사람을 돌보는 자인 경우로, B가 그 시설에 수용되고 돌봄을 받고 있는 경우
- (a) 병원
 - (b) 웨일즈 독립 클리닉
 - (b) 보호시설
 - (d) 커뮤니티 홈, 자원봉사 홈, 또는 아동 홈
 - (e) 1989년 아동법 제82 제5항 따라 제공되는 홈
- ④ A가 교육시설에서 교육을 받는 18세 미만 사람을 돌보는 자로, B가 해당시설에서 교육을 받으며 A가 해당시설에서 교육을 받지 않는 경우
- ⑤ A가 다음 법률에 근거하거나 그에 준하는 행위로, 서비스를 제공하는데 있어서 그 능력으로 B를 개인적으로 돌보는 경우
- (a) 1973년 고용 및 훈련법 제8조 내지 제10조
 - (b) 2008년 교육 및 기능법 제68조, 제70조 제1항b 또는 제74조
- ⑥ (직접대면이나 다른 어떤 방법이든지 간에) A가 1989년 아동법 제20조 또는 제21조에 의한 지방 자치단체의 직무수행에 있어서 지도감독없이 정기적으로 B와 접촉하는 경우
- ⑦ (직접대면이나 다른 어떤 방법이든지 간에) A가 1989년 아동법 제7조에 따라 B의 복지에 관계되는 사항에 관하여 보고해야 하는 자로서 지휘감독없이 정기적으로 B와 접촉하는 경우
- ⑧ A가 1989년 아동법 23조B 제2항 또는 부칙2 제19조로 정한 규정에 의하여 B를 위한 개인상담자로 임명된 경우로, 그 능력에 따라 개인적으로 B를 돌보는 경우
- ⑨ B가 보호명령, 지휘감독명령 또는 교육지도감독명령의 대상으로 이들 명령으로 A에게 권한이 부여되거나, 이들 명령으로 지명된 자치단체가 A에게 권한을 부여하여 A가 개인적으로 B를 돌보는 경우
- ⑩ A가 다음에 해당하는 경우로, (직접대면이나 다른 어떤 방법이든지 간에) 그 능력으로 지도감독없이 정기적으로 B를 돌보는 경우
- (a) 1989년 아동법 제41조 제1항에 근거하여 B를 위해 임명된 공무원인 경우
 - (b) 1984년 입양규칙 제6조 또는 제18조에 근거하여 B의 아동후견인으로 임명된 경우
 - (c) 1991년 가정절차규칙 제9.5조에 근거하여 B의 소송 후견인으로 임명된 경우
- ⑪ B가 제정법에 따라 범죄로 인한 수용으로부터 석방시 부과된 요건의 대상이거나 형사절차에서 법원의 명령으로 부과된 요건의 대상인 경우로, A가 개인적으로 B를 돌보고 있는 경우

IV. 마치며

이상으로 성폭력범죄상 위계위력 및 우월적 지위를 형법 제303조를 중심으로 스위스, 일본, 영국의 입법례를 참고하여 살펴보았다. 제정 형법의 입법 취지와 달리 형법 제303조가 제대로 활용되지 못하고 있으며 이와 달리 다른 나라들은 다양한 입법을 통해 문제를 해결해 나가고 있음을 확인해 볼 수 있었다. 물론 우리나라도 그동안 특별법의 제정 및 개정을 통해 다양한 문제를 해결해 왔으며 위에서 살펴 본 나라의 입법례가 정당이라고 볼 수는 없다. 그러나 적어도 ‘권력’관계에서 발생하는 성폭력에 있어서는 우리나라 형사법은 제대로 된 해결책을 가지고 있다고 볼 수 없다.

이에 대해서는 현행 형법의 해석 및 판례를 통한 해결도 물론 가능할 것이다. 다만 여기서 한 가지 고려해야 할 점은 우리 형법이 그 시작부터 미완의 형법이라는 점이다. 즉 우리 제정형법은 그 시작인 형법초안부터 “완전무결한 우리 형법법전의 완성은 금후의 과제로 남겨두고 우선 이 초안으로써 면갈지용에 공⁴⁰⁾”하였던 것이다. 이는 당시의 시대적 상황과 여러 가지 여건을 고려할 때 일정부분 부득이했던 것으로⁴¹⁾ 이제는 형법을 전면적으로 다시 재검토할 필요가 있다.

다만 이러한 논의가 최근 들어 거의 이루어지지 않고 있으며 이를 위한 준비작업 조차도 제대로 이루어지지 않고 있음을 고려하면 형법의 입법자들에게 부끄러움을 느낄 수 밖에 없다. 왜냐하면 우리의 입법자들은 여러 가지 여건 속에서 스스로 불완전하다고 자평하는 초안을 작성함에 있어서도 중국, 프랑스, 이태리, 독일, 스위스, 인도 등의 각국의 성문형법을 참고⁴²⁾하였기 때문이다. 본고가 앞으로의 본격적인 논의를 위한 하나의 디딤돌이 되기를 간절히 기원한다.

40) 법전편찬위원회, 형법초안 이유설명서(신동운 편저, 형법 제·개정 자료집, 한국형사정책연구원 연구총서, 2009, 34면에서 재인용함).

41) 김병로 초대 대법원장은 1953. 4. 16. 국회에 나와 법전편찬위원회에 참여하면서 병으로 진척이 지연된 것 이외에도 “6·25 사변을 당해서 그 전에 약간 수집했[던], 그 전에 과정(미군정 후반의 남조선과도정부)때부터 그 준비로 외국법전, 법률이라든지 이것도 약간 준비해 두었[던] 것도 모두 분실되었고, 대부분이 분실되어서 다시 부산으로 여러분과 같이 남하한 다음에도 각 개인들에게 잔존해 있는 부분을 종합했[습]니다만, 역시 종합하지 못한 자료도 많이 있습니다”라고 지연의 이유를 설명하였다. 신동운 편저, 형법 제·개정 자료집, 한국형사정책연구원 연구총서, 2009, 114면.

42) 엄상섭, 형법요강해설(신동운 편저, 형법 제·개정 자료집, 한국형사정책연구원 연구총서, 2009, 19면에서 재인용함).

업무상 위력에 의한 성폭력의 판단기준에 대하여 - 안희정 1심 판결⁴³⁾에 대한 비판 -

이호중 (서강대학교 법학전문대학원)

1. 성폭력 사건의 재판에서 ‘성인지 감수성’의 올바른 자리 찾기

대법원은 성폭력·성희롱 사건을 심리할 때 ‘성인지 감수성’을 잃지 않도록 유의해야 한다고 명시적으로 강조하였다 : 「법원이 성폭행이나 성희롱 사건의 심리를 할 때에는 그 사건이 발생한 맥락에서 성차별 문제를 이해하고 양성평등을 실현할 수 있도록 ‘성인지감수성’을 잃지 않도록 유의하여야 한다(양성평등기본법 제5조 제1항 참조). 우리 사회의 가해자 중심의 문화와 인식, 구조 등으로 인하여 성폭행이나 성희롱 피해자가 피해사실을 알리고 문제를 삼는 과정에서 오히려 피해자가 부정적인 여론이나 불이익한 처우 및 신분 노출의 피해 등을 입기도 하여 온 점 등에 비추어 보면, 성폭행 피해자의 대처 양상은 피해자의 성정이나 가해자와의 관계 및 구체적인 상황에 따라 다르게 나타날 수밖에 없다. 따라서 개별적, 구체적인 사건에서 성폭행 등의 피해자가 처하여 있는 특별한 사정을 충분히 고려하지 않은 채 피해자 진술의 증명력을 가볍게 배척하는 것은 정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따른 증거 판단이라고 볼 수 없다.」⁴⁴⁾ 여기에서 “개별적, 구체적인 사건에서 성폭행 등의 피해자가 처하여 있는 특별한 사정을 충분히 고려”해야 한다고 판시한 대목이 피해자의 어떤 사정을 어떻게 고려해야 한다는 것인지 모호하기 짝이 없고 앞으로 이를 둘러싼 많은 논란과 담론투쟁이 전개될 테지만, 아무튼 성폭력 사건의 증거판단에서 ‘성인지 감수성’을 적극적으로 수용해야 한다고 판시한 의미는 자못 크다.

43) 서울서부지방법원 제11형사부 2018.8.14. 선고 2018고합75 판결.

44) 대법원 2018.10.25. 선고 2018도7709. 이 판결에 앞서 대법원은 성희롱을 이유로 한 징계처분의 취소를 다투는 행정소송 사건에서 피해자가 성희롱 피해를 당한 이후에 2차 피해를 우려하여 소극적인 태도를 보일 수 있다는 점을 충분히 고려해야 한다는 맥락에서 ‘성인지 감수성’을 피해자진술의 신빙성 판단의 기준으로 제시한 바 있다(대법원 2018.4.12. 선고 2017두74702).

안희정 사건의 제1심 판결도 - 대법원 2018.4.12. 선고 2017두74702 판결을 인용하면서 - 증거평가에서 '성인지 감수성'이 중요한 고려기준이 된다고 언급하였다. '성인지 감수성'에 관한 제1심 재판부의 이해는 아래의 문장에서 잘 드러난다 : 「... 성인지 감수성적 관점을 유지하면서(즉, 일견 피해자가 보인 범행 전후의 언행에 통념적 관점에서 볼 때에는 다소의 모순이나 비합리성이 있다고 하더라도, 성폭력범죄의 피해자이기 때문에 느끼거나 가질 수 있는 심리적 곤경이나 수치심 혹은 트라우마 등으로 인한 것 인지 여부를 신중히 살펴보아야 한다) ...」(판결문 제17쪽). 그런데 그 뉘앙스와 함의는 대법원 판례와는 상당히 다른 듯하다.

재판부는 이 언급에 앞서 “이 사건은 정상적인 판단능력을 갖춘 성인 남녀 사이에 발생한 사건”이라고 하였다(판결문 16쪽). 재판부가 말한 “통념적 관점”이란 정상적인 판단능력을 갖춘 피해자라면 일반적으로 예상되는 대응태도를 말하는 것으로 보인다. 이렇게 보면, 제1심 재판부에게 ‘성인지 감수성’은 통념적 관점에 어긋난 피해자의 언행에 대해 납득할 만한 특수한 사정 내지 예외적 사정이 존재하는지를 신중하게 판단해야 한다는 의미일 것이다. 성인지 감수성은 “통념에 어긋남”에 대하여 그 자체만으로 피해자의 진술을 함부로 배척하지 말고 예외적 인정의 여지를 신중하게 고려하라는 취지가 된다. 그리하여 이 사건의 제1심 판결은 피해자 진술의 신빙성 판단과 관련하여, 피해자가 “긴장성 부동화 또는 심리적 얼어붙음”의 상태에 있었는지 여부, “그루밍(Grooming)”에 해당하는지 여부 등을 장황하게 언급하고 배척하는 식의 논증을 전개하고 있다.

그러나 유감스럽게도 이러한 논증태도는 성인지 감수성의 관점을 올바르게 반영하는 것이 아니다. 이 사건 제1심 판결의 논증에서는 범행 이후 피해자의 언행이 ‘통념에 어긋난다’는 판단이 선행하고, 이어서 그 어긋남을 정당화할 만한 특수한 사정이 존재하는지의 판단에서 비로소 ‘성인지 감수성’의 개념이 동원된다. 여기에서 말하는 ‘통념’은 사회적 행동에 관하여 젠더권력의 영향 아래 오랜 기간 동안 사회구조적으로 그리고 이데올로기적으로 정형화된 해석양식을 말한다. ‘정상적인 판단능력을 갖춘 성폭력 피해자라면’ 어떻게 행동했을 것인지, 어떻게 행동했어야 하는지에 관하여 일정한 모형화가 이루어진다. 지난 수십년의 역사에서 여성운동과 인권운동은 이러한 통념 자체가 젠더권력에 의한 성차별적 구조물임을 비판하고 또 이를 극복하기 위해 전력을 다해 왔다. 성인지 감수성은 통념에 대한 도전이자 통념의 해체여야 한다.

그런데 제1심 판결의 논증에서 통념은 건재하다. 성차별적 구조물인 통념은 여전히 판단의 ‘원칙’으로 작동한다. 이런 논증에서 성인지 감수성은 기껏해야 ‘통념에 어긋남’을 예외적으로 양해하는 역할에 머문다. 그리고 이 사건 제1심 판결은 그런 예외적 양해를 “피해자의 불안정하고 비정상적인 심리상태”의 문제로 다룬다(판결문 89쪽). 하지만, 성폭력 사건의 재판에서 성인지 감수성은 통념에 어긋남에도 불구하고 양해되어야 할 행동양식을 구축하는 개념이 아니라, 통념 자체를 해체하고 재구성하는 언어여야 한다.

제1심 판결의 ‘성인지 감수성’에 관한 이해의 부족(좀 더 거칠게 말하면, 몰이해)은 구체적으로 아래의

두 가지 차원에서 문제를 드러낸다. 하나는 위력성폭력 구성요건의 해석의 차원이며, 다른 하나는 증거 판단의 차원이다. 피해자가 보인 언행이 ‘통념에 어긋남’은 - 많은 성폭력 사건에서 유일한 증거이거나 결정적인 증거가 되는 - 피해자 진술의 신빙성을 부정하는 것으로 드러난다.

2. 업무상위력간음죄(형법 제303조)의 구성요건 해석상의 오류

1) 제1심 판결이 전개한 해석론

업무상위력에 의한 간음·추행죄(형법 제303조, 성폭력처벌법 제10조 제1항)의 구성요건은 “업무상 보호·감독의 지위에 있는 자”가 “위력으로(써) 간음·추행”하는 것이다. 대법원 판례에 의하면, “‘위력’이란 피해자의 자유의사를 제압하기에 충분한 세력을 말하고, 유형적이든 무형적이든 묻지 않으므로 폭행·협박뿐 아니라 행위자의 사회적·경제적·정치적인 지위나 권세를 이용하는 것도 가능하며, ‘위력으로 써’ 간음 또는 추행한 것인지 여부는 행사한 위력력의 내용과 정도 내지 이용한 행위자의 지위나 권세의 종류, 피해자의 연령, 행위자와 피해자의 이전부터의 관계, 그 행위에 이르게 된 경위, 구체적인 행위 태양, 범행 당시의 정황 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.”⁴⁵⁾

제1심 판결이 형법 제303조를 해석·적용하는 논리는 아래와 같다(판결문 17쪽 이하) :

- ① 피고인의 정치적·사회적 지위와 영향력은 그 자체로 위력에 해당한다.
- ② 그러한 의미에서 위력의 존재는 인정될 수 있지만, 그 정치적·사회적 지위와 영향력이 피해자의 성적 자유를 제압할 정도로 일반적으로 남용되었다고 인정할 만한 증거가 없다.⁴⁶⁾
- ③ 그렇다면, 개별적인 간음·추행이 이루어진 행위상황에서 피고인이 구체적으로 위력을 행사하였는지 여부가 증명되어야 한다. 간음·추행에 관한 유일하거나 중요한 증거인 피해자의 진술은 신빙성을 인정할 수 없다.

이를 조금 더 단순화해 보면, 제303조의 업무상위력간음죄가 성립하기 위해서는, ① 위력이 ‘존재’해야 하고, ② 위력이 ‘행사’되어야 한다는 것이 제1심 판결의 해석이다. 그리고 ③ 위력의 행사는 피고인의 정치적·사회적 지위와 영향력의 일반적인 남용이 피해자의 자유의사를 제압할 정도에 이르거나, 아니면 개별적인 간음·추행의 상황에서 피고인이 구체적으로 위력을 행사한 경우에 인정된다.

45) 대법원 2013.12.12. 선고 2013도12803 ; 대법원 2007.8.23. 선고 2007도4818 판결 등.

46) 이에 관하여 제1심 판결은 피고인이 평소에 직원에 대한 관계에서 부당한 대우나 급여 등을 이유로 심리적인 부담을 준 일이 없다는 점, 피고인이 직원을 존중하는 태도를 보였고, 직원과 적극적으로 소통하는 정치인의 태도를 보였다는 점을 언급하고 있다.

2) 위력의 ‘존재’와 ‘행사’를 구별하는 해석에 대한 비판

(1) 형법 제303조에서 위력이 ‘존재’해야 할 뿐만 아니라 그것이 ‘행사’될 것을 요한다는 해석은 한마디로 설득력이 없다. 우선 제1심 판결이 위력의 행사가 필요하다고 해석하면서 인용하고 있는 대법원 판례들⁴⁷⁾을 보아도 구성요건요소로 위력의 “행사”가 필요하다고 명시적으로 언급한 경우는 없다. 그리고 ‘위력을 보인다’거나 ‘위력을 행사하여’라고 규정한 구성요건들과는 달리, 형법 제303조는 “위력으로써”라고 규정하고 있을 뿐이며, 이는 - 후술하듯이 - 위력이 간음의 수단으로 이용되었다는 의미로 해석하는 것이 타당하다.

필자가 보기에, 위력의 ‘존재’와 ‘행사’를 구분하는 해석론은 보호·감독하는 지위에 있는 자(이하 ‘보호·감독자’)와 그의 보호·감독을 받는 자(이하 ‘피보호·감독자’)의 관계에 내재한 권력적 지위 ‘그 자체’는 성적인 행동의 영역 - 그러니까 차혜령 변호사 발제문에서 말하는 ‘비업무적 관계’⁴⁸⁾ - 에서의 자유로운 의사결정에 ‘원칙적으로’ 부당한 영향으로 작용하지 않는다는 인식에 기초하고 있다. 이는 무엇보다 제1심 판결이 피고인의 정치적·사회적 지위의 ‘일반적인 남용’이 인정되지 않는다는 점을 설명하는데 상당한 지면을 할애하고 있다는 점에서 분명하게 엿볼 수 있다. 다시 말하면, 제1심 재판부는 피고인과 피해자가 도지사과 수행비서라는 권력적 상하관계에 있다 하더라도, ‘정상적인 판단능력을 갖춘 성인 남녀 사이에서’ 성적인 행동에 관한 의사결정에 그 권력적 상하관계가 영향을 미쳤다고 하기 위해서는 피고인이 평소에 자신의 권력적 지위를 남용하여 소위 ‘갑질’을 일삼았거나(그리하여 하급자의 의사결정의 자유가 일반적으로 제압 내지 위축된 상황이거나) 아니면 개별적인 간음·추행의 상황에서 피고인이 구체적으로 자신의 권력적 지위를 보이는 행위(이것이 제1심 판결이 말하는 위력의 ‘행사’이다)가 있어야 한다고 해석하는 것이다.

이러한 논리에 터잡아 제1심 판결은 도지사과 수행비서의 권력적 관계로 인해 피고인의 위력적 지위의 ‘존재’는 인정하면서도, 피고인이 평상시에 도지사과 수행비서 사이의 통상적인 업무적 권력관계 이상으로 소위 ‘갑질’을 하지 않았다는 점을 강조하고 있다. (이어서 제1심 판결은 개별적인 간음·추행의 상황에서 피고인이 구체적으로 위력을 ‘행사’하였는가에 관한 판단으로 나아가는데, 이 판단은 결국 피해자 진술의 신빙성에 관한 판단의 문제로 귀착되고 있다. 이는 후술한다.)

하지만, 형법 제303조의 업무상위력간음죄에 관한 이러한 해석론은 심각한 문제가 있다.

첫째, 보호·감독자와 피보호·감독자 사이의 권력적 상하관계가 존재하더라도, 통상적인 업무수행 이외의 영역에서는 특별한 사정이 없는 한 그로 인해 피보호·감독자의 자유로운 의사결정이 제약받지 않

47) 판결문 제31쪽은 괄호로 “대법원 2007.8.23. 선고 2007도4818 판결, 대법원 1998.1.23. 선고 97도 2506 판결 등 참조”라고 적고 있다.

48) 차혜령 변호사 발제문 7쪽.

는다는 인식론적 태도는 지극히 비현실적이다. 실제로는 업무나 고용상의 권력적 상하관계에 있는 피보호·감독자는 업무 외의 영역에서도 어느 정도는 그 권력적 관계의 영향 아래 놓여 있다고 보아야 한다. 뿐만 아니라, 이러한 법해석은 권력적 상하관계에서 ‘을’의 지위에서 ‘갑’으로부터의 부당한 압력에 시달려야 하는 사회적 약자에 대한 ‘인권 감수성’이 결여되어 있다는 점에서 더욱 심각하다.

더구나 제1심 판결에서도 언급하고 있듯이, 도지사의 수행비서는 도지사를 지근거리에서 밀착 보좌하는 자리이며, 정무직 공무원의 수행비서라는 업무의 속성상 공무와 사적인 일의 경계를 나누어 처리하기가 애매한 경우가 많다. 게다가 도지사의 심기를 헤아려 불편함이나 불쾌함이 생기지 않도록 세심하게 주의를 기울여야 한다는 점에서 업무적 종속성의 강도는 다른 권력적 상하관계와 비교할 수 없을 정도로 매우 큰 편에 속한다.

둘째, 이처럼 ‘업무적 관계에서는 종속적이지만, 비업무적 관계에서는 원칙적으로 평등하고 자유로운 주체들의 관계’라는 인식은 또한 형법 제303조의 입법취지에도 배치된다. 판결문에 적시된 것처럼(11쪽), 형법 제정 당시에 “강자의 지위에 있는 자가 약자의 지위에 있는 부녀의 정조를 농락하는 소행”⁴⁹⁾에 대하여 강간죄의 폭행·협박이 없는 경우에도 이를 처벌하려는 것이 제303조의 입법취지였다고 한다.⁵⁰⁾ 물론 정조를 보호법적으로 파악했던 그 시절의 견해는 오늘날 더 이상 타당하지 않다. 그렇지만, 우리 형법의 입법자가 권력적 관계에 종속되어 있는 피보호·감독자의 경우에 그 종속성으로 인해 성적 의사결정의 자유(당시의 언어로는 정조)가 ‘이미’ 취약한 상태에 처하게 됨을 형사입법에 적극적으로 반영하고자 했다는 점은 매우 중요하다.

제303조는 범죄자와 피해자가 업무나 고용 등의 관계에서 권력적 상하관계 또는 종속관계에 놓여 있음을 요건으로 한다. 그렇기에 이에 해당하는 성폭력 사건에는 두 가지 서로 다른 차원의 권력적 계기가 중첩되어 있다. 하나는 업무·고용 등으로 인한 종속적 권력관계의 계기이고, 다른 하나는 남성중심적으로 작동하는 성별권력의 계기이다. 업무상위력간음·추행에 해당하는 실제 사건에서 이 두 가지 권력적 계기가 어떻게 교차하고 또 어떠한 상호적 관계를 창출해 내는 지에 관해서는 많은 연구가 필요하다. 그리고 후자의 차원에서 성별권력의 작동을 형법적으로 제대로 포착하고 이를 극복하기 위한 법해석론을 강구하는 것은 제303조뿐만 아니라 성폭력 형법 전반에 걸쳐서 우리에게 던져진 현재진행형의 과제이다. 이런 맥락에서 볼 때, 독자적인 처벌규정으로 제303조의 의미가 부각되는 대목은 권력적 상하관계에서 우월한 지위에 있는 보호·감독자의 지위 남용에 의하여 피보호·감독자의 성적 자유가 보다 손쉽게 침해될 수 있다는 지극히 현실적인 인식에 기반하고 있다는 점이다.

따라서 제303조에서 행위수단으로 규정된 ‘위력으로써’란 그와 같은 권력적 종속관계를 이용하여 간

49) 신동운 편저, 형법 제·개정 자료집, 한국형사정책연구원 연구총서, 2009, 29쪽.

50) 형법 제302조와 제303조의 입법연혁에 관해서는, 류부근, “미성년자 등 간음죄에 있어서 ‘위력’의 의미”, 형사법연구 제25권 제1호, 2013, 143-145쪽 참조.

음·추행행위를 하였다는 의미로 해석해야 한다. 위력을 행위수단으로 규정하되 행위자와 피해자 간의 권력적 종속관계를 전제로 하지 않는 구성요건들과는 달리, 형법 제303조에서 위력은 권력적으로 우월한 지위를 남용한다는 맥락이 인정되는 것으로 충분하다고 보아야 한다.

(2) **지위남용의 맥락적 연관성 개념으로서 ‘위력’** : 이 사건 제1심 판결이 언급한, “단순히 위력 관계 즉, 권력적 상하관계에 놓여 있는 남녀 사이에 성관계가 있었다는 사실만으로 구성요건이 충족된다고 볼 수 없다”고 한 것(판결문 31쪽)은 맞는 말이다. 그렇지만 그렇다고 해서 범죄자와 피해자가 도지사나 수행비서라는 권력적 상하관계에 있음과 별도로, 간음이나 추행행위가 이루어진 상황마다 개별적으로 “위력의 행사”에 해당하는 적극적인 무엇이 반드시 필요하다는 해석이 자동으로 도출되는 것은 아니다. 이 구성요건의 위력 개념의 해석에서 중요하고 핵심적인 표지는 범죄자의 권력적으로 우월한 지위로 인해 행위자의 간음·추행행위 및 그에 대한 피해자의 수인이 가능하였거나 최소한 용이해졌다는 맥락적 연관성이다.

행위자가 명시적 또는 묵시적으로 피해자에 대한 보호·감독관계에서의 일정한 불이익을 고지하는 것⁵¹⁾은 위력의 전형적인 예에 해당하지만, 업무상위력간음·추행죄에서 이처럼 행위자가 자신의 사회적·정치적 지위나 권세를 드러내는 행위가 반드시 필요하다고 해석할 이유는 없다. 행위자가 피해자에 대한 보호·감독관계에 내재한 권력적 종속성을 간음·추행에 이용하였다는 사정이 존재하는 것으로 충분하다. 왜냐하면, 업무·고용관계 등으로 보호·감독을 받는 지위에 있는 피해자는 그 권력적 종속관계로 인해 행위자의 부당한 성적 요구로부터 자신의 자유를 방어하는데 일정 정도 취약한 상황에 놓여 있음을 형법적으로 포용하는 해석이 중요하기 때문이다.

제303조의 보호법익은 큰 틀에서는 성적 자기결정권임이 분명하지만, 이러한 제303조의 특수성과 잠재력을 고려한다면 보다 정확하게 제303조의 보호법익은 ‘권력적으로 우월한 지위에 있는 자의 부당한 성적 요구에 대하여 거부할 수 있는 자유’이다.⁵²⁾

이런 해석은 독일 형법 제174조가 ‘권력적 종속성의 남용’이라는 요건에 규정한 것에서 부분적으로 착안한 것이다. 독일 형법 제174조는 업무·고용관계에 있는 18세 미만의 자에 대하여 “그 업무·고용관계에 따른 종속성을 남용하여” 성적 행동을 한 자를 처벌하는 규정을 두고 있다(제174조 제1항 제2호).

51) 예를 들어, 피해자가 요구에 불응할 경우에 해고나 보직이동 등 불이익이 가해질 수 있음을 언급하거나 묵시적으로 이를 암시하는 것.

52) SK/Wolters, § 174 Rn.24.

3) 처벌 공백의 현실은 어쩔 수 없이 입법정책적으로 해결해야 한다?

제1심 판결을 보면, 형법 제303조와 같이 “업무상 위력 등을 행사한 성적 침해행위를 처벌하는 규정”을 둔 입법례는 찾아보기 드물다고 한다(판결문 96쪽). 그런 만큼 업무상 위력에 관해서는 엄격한 판단이 필요하다는 취지로 읽힌다. 제1심 판결은 그와 같은 엄격한 해석으로 인해 “피해자의 의사에 반하지만 폭행, 협박 또는 업무상 위력의 행사 등이 있다고 볼 수 없는 경우 실질적으로 성적 자기결정권 침해를 가져오는 행위임에도 형사적으로는 처벌할 수 없는 공백이 발생할 수 있는 현실”을 언급하면서 이는 비동의간음죄 신설 등 입법정책적 문제라고 말한다(판결문 96쪽).

우선 이런 지적에 대해서는, 법해석이 입법을 대체할 수는 없다 하더라도, 제303조의 구성요건에 관하여 보다 적극적으로 성인지 감수성의 관점을 수용하는 해석을 통하여 부분적으로라도 처벌을 공백을 메우는 것이 가능하다면, 당연히 그렇게 해야 한다는 말을 꼭 해야겠다. 제303조의 구성요건에 대해 합리적인 근거도 없이 위력의 행사가 요구된다는 해석을 통해 그 적용범위를 축소하는 태도(여기에 더하여, 그로 인한 입법적 공백은 사법부가 관여할 것은 아니라는 태도)가 성적 자기결정권의 보호와 성인지 감수성의 관점을 적극적으로 반영하는 정당한 해석인지는 자극히 의심스럽다.

뿐만 아니라, 형법 제303조는 그 입법 당시에는 비교법적 예를 찾아보기 어려운 다소 이례적인 조문이었지만, 오늘날에는 제303조에 담겨 있는 문제의식, 즉 권력적 지위의 남용에 의한 성적 자유의 침해를 처벌하는 규정을 적극적으로 도입하는 것이 세계적인 추세라는 점을 언급할 필요가 있다. 비동의간음죄가 구성요건으로 도입된 국가에서는 업무상위력간음죄에 해당하는 성폭력의 대부분을 비동의간음죄 구성요건을 통해 처벌할 수 있으므로, 형식적인 법규정 비교에서 단지 ‘위력’ 개념을 규정한 성폭력 처벌규정의 비교법적 예를 찾기 힘들다는 식으로 제303조의 정책적 의미를 격하시킬 것은 아니다.

독일의 입법은 주목할 만하다. 앞서 언급한 바와 같이, 독일 형법은 오래 전부터 18세 미만의 자에 대하여 업무·고용관계의 권력적 종속성을 남용하여 성폭력을 저지르는 행위를 처벌하고 있을 뿐만 아니라(제174조 제1항 제2호), 교육·훈련·복지보호·형사구금 등 다양한 맥락의 권력적 관계에 있는 자가 그 권력적 지위나 종속성 내지 신뢰관계를 남용하여 성적 행동을 하거나 하게 한 경우를 처벌하는 규정을 다양하게 도입하고 보강해 왔다.⁵³⁾ 그러던 차에 2016년 11월에 독일 형법 제177조는 비동의간음죄를 성폭력의 기본구성요건을 정립하면서 대폭적인 개정에 이른다.⁵⁴⁾ 우선 상대방의 명시적인 의사에 반해 성적 행동을 하거나 이를 수인하게 하는 행위를 처벌하도록 하고(제177조 제1항), 이어서 “상대방이 명시적인 거부의를 형성·표명하기 어려운 상황에 처해 있음을 이용한 경우”를 일정한 유형으로 열거하여 제1항과 동일한 형으로 처벌(6월 이상 5년 이하의 징역)하는 규정을 두고 있다(제177조 제2항). 거

53) 독일 형법 제174조부터 제174c조 참조.

54) 비동의간음죄가 도입되기 전에 독일 형법 제177조는 강제추행과 강간죄를 규정한 기본조문이었지만, 비동의간음죄가 제177조의 기본구성요건으로 신설되면서 강간죄와 강제추행죄는 그에 대한 가중구성요건으로 체계화되었다.

기에 열거된 유형 중에서 우리 형법 제303조와 관련해서는, “피해자에게 만약 피해자가 저항한다면 상당한 해악이 가해질 것이 예고되는 상황을 이용한 경우”라는 구성요건(제177조 제2항 제4호)을 주목할 만하다. 이 구성요건은 업무나 고용 등의 권력적 상하관계를 전제로 하지는 않지만, 피해자가 저항할 때 가해질 수 있는 불이익에는 해고나 승진탈락 등과 같은 고용관계에서의 불이익 처우도 포함된다. 따라서 독일 형법의 성폭력 규정체계에서 제174조 제1항 제2호와 제177조 제1항 및 제2항(특히 제2항 제4호)에는 우리 형법 제303조의 문제의식이 고스란히 담겨 있다고 보아도 그리 틀리지 않다. 그렇게 보면 권력적 종속관계에 놓여 있는 피해자가 성적 자유의 행사에 구조적으로 취약하다는 현실을 정확하게 포착하려 했던 제303조의 문제의식은 선구적이라 할 만하다(정조를 보호법적으로 파악하는 것을 제외하고 보면 그렇다는 말이다).

3. 증거판단에서 사회통념 내지 경험칙 vs. 성인지 감수성

1) 경험칙으로 포장되어 온 성별권력의 작동

피해자 진술에 관한 증명력 판단에서 신빙성이 배척되는 것은 대개 다음의 사유에 해당하는 경우들이다 : ① 진술 내용의 주요 부분이 객관적으로 인정되는 사실관계 내지 정황과 일치하지 않는 경우 ② 진술의 내용상 상호 모순이 있는 경우 ③ 진술의 내용이 경험칙에 비추어 합리적이라고 인정되지 않는 경우.

성폭력 사건의 재판에서는 물적 증거가 거의 없는 상태에서 피고인의 진술과 피해자의 진술이 상반되는 경우가 많은데, 이 때 피해자의 진술에 대해 ③의 이유로 그 신빙성이 배척되는 경우가 허다하다. 그 전형적인 논법은 “경험칙에 비추어 볼 때 피해자가 진술한 내용이 사실이라고 믿기 어렵다”는 것이다.

여기에서 경험칙이란 사람의 어떤 진술이나 행동을 특정한 맥락 속에 위치시키는 법칙명제를 말한다.55) 그것은 흔히 말하는 ‘사회통념’을 기반으로 하여 구성된다. 성폭력 피해의 전후 상황에서 있었던 피해자의 언행을 특정한 맥락에 기입하도록 유도하는 논리적인 전제인 경험칙은 한마디로 “피해자다움”

55) 형사재판의 사실인정이나 증거판단에서 활용되는 기본적인 논리기법은 가추(abduction)이다. 가추는 「A이면 B이다」의 명제가 참일 때, B에서 A를 추론하는 논리기법을 말한다. 연역법이나 귀납법에 비해 가장 비논증적인 추리이지만, 우리의 일상생활에서 가장 많이 활용되는 추리기법이기도 하다. 수사나 재판의 사실인정은 물론이고, 각종 조사, 의학적 진단, 프로파일링 등에서 가추가 널리 활용된다. 가추논리의 간단한 예는 아래와 같다.

법칙(rule)	<input type="text" value="비가 오면 땅이 젖는다."/>		<input type="text" value="법칙(rule)"/>
사건(case)	<input type="text" value="?(어제 밤에 비가 왔다.)"/>	⇒	<input type="text" value="사실(fact)"/>
결과(result)	<input type="text" value="오늘 아침에 땅이 젖어 있다."/>		<input type="text" value="증거(evidence)"/>

의 담론적 구성물이다. 성폭력을 당한 피해자라면 ‘그 상황에서 이렇게 행동했을 것이다’라는 전형이 피해자 진술의 신빙성 판단에서 일종의 ‘선이해’로 작동하는 것이다. 이러한 피해자다움은 성폭력 피해자가 가해자나 다른 사람에게 보이는 ‘일반적인 태도’라고 명명되지만, 실은 “진정한 피해자라면 이렇게 행동했어야 마땅하다”는 식의 ‘규범적 피해자상’으로 정립되어 있다. 이처럼 경험칙 또는 사회통념이라는 이름으로 포장되는 ‘피해자다움’의 규범은 젠더권력, 그러니까 성적 행동을 둘러싼 맥락에 관한 남성중심적 해석기제를 통하여 구축되어 왔다.

이 사건의 제1심 판결도 전형적으로 그러하다. 제1심 판결 가운데 몇 군데 대목을 추려 본다.

(1) 2017.7.30. 새벽경 러시아 호텔에서의 간음에 대한 판단에서 제1심 재판부는 “피해자의 주장에 따르면, 피해자는 불과 몇시간 전인 2017.7.29. 저녁경 러시아 상트페테르부르크 강가에서 요트를 타던 중 피고인으로부터 불쾌한 첫 신체접촉을 당한 상태였고, 그렇다면 무의식적으로나마 피고인을 경계, 회피할 수 있었을 것으로 보이는바, 연이어 발생한 신체접촉·간음행위에 고개를 숙인 채 가로저으며 ‘아닌데요, 아니에요’라고 중얼거림 소극적으로만 대응할 수밖에 없었다는 주장도 선뜻 이해하기 어려운 측면이 있다.”고 하였다(판결문 35쪽). 그리고 간음 이후 피해자의 행동에 관하여, 제1심 판결은 “① 첫 간음 사건이 발생한 때로부터 몇 시간이 지난 후인 당일 아침에 피고인이 순두부를 좋아한다면 러시아 영사관 직원, 출장에 동행한 도청 직원 등을 동원해 인근의 순두부집을 물색하려고 애쓴 점, ② 첫 간음 사건이 발생한 당일 저녁에 다른 도청 직원들이 발레공연을 보러 간 사이에 피고인과 피해자는 와인바에 동행하여 담소를 나누었던 점, ③ …, ④ 업무상 대화는 차치하고 BF 등 가까운 제3자와의 사적인 대화에 서조차 피해를 감지할 수 있을 정도의 단서도 전혀 남기지 않고 특히 평소와 다름없이 가해자를 적극 지지하는 취지로 대화를 나누는 점 등은, 피해자가 피고인으로부터 위력에 의한 간음의 피해를 당했다는 증언·진술을 그대로 믿기 어려운 정황임을 부정할 수 없다.”고 판단하였다(판결문 39-40쪽).

(2) 2017.8.13. 새벽경 AA호텔에서의 간음과 관련하여, 제1심 판결은 “피해자는 이미 러시아에서 피고인의 성폭력 행위로 인하여 피해를 입었고, 불과 몇 시간 전에 ‘W’ 호프집 화장실에서도 원하지 않는 강제추행을 당하였다고 주장하는바, 이러한 상황에 처한 사람의 입장에서는 다시 원치 않는 성관계를 맺을 것에 관하여 상당한 두려움을 가지고 있었을 것으로 보이는 점, 심야 시간에 객실을 달리하여 단둘만이 투숙한 호텔에서 ‘씻고 오라’는 말을 들었다면, 피해자로서는 적어도 그 용건 정도는 물어볼 수도 있었을 것”이라고 지적하면서 “그럼에도 불구하고 피해자는 별다른 저항이나 질문조차 없이 샤워를 한 후 피고인의 객실로 들어간 점”에서 위력간음의 당시 상황에 관한 피해자 진술의 신빙성이 의심스럽다고 하였다(판결문 47쪽).

(3) 2017.9.3. 새벽경 스위스 제네바 소재 AF호텔에서의 간음과 관련하여, 새벽 시간에 피고인이 텔레그램으로 보낸 ‘.’의 의미에 대하여 무섭고 압박감을 느꼈다는 피해자의 증언에 대해 제1심 재판부는 납득할 만한 근거도 없이 믿기 어렵다고 배척하였고(판결문 54쪽), 더 나아가서 “피해자는 두려움과 압박감 하에서 세 번째 간음피해를 당한 상황이라고 주장하고 있음에도 불구하고 그로부터 몇 시간 후인

2017.9.3. 08:00경(국내시각 15:00경) 피고인에게 ‘식사 내려가셨어요?’라고 텔레그램으로 물은 후 피고인이 공원에 있다고 하니 ‘예~ 혼자 걸으십요? 글루 나갈게요’라고 메시지를 보내어 피고인과 둘이서 아침 산책을 하고자 하는 의사까지 보이고 있다”는 점(판결문 54쪽), 피해자가 속옷과 팬티, 맨발의 차림으로 층을 달리는 피고인의 객실로 갔다는 피고인의 주장에 대하여 피해자는 당시에 옷을 갖춰 입고 나왔던 것 같다고 진술하면서 당시에 입었던 의상이 무엇인지 기억나지 않는다는 피해자의 진술은 납득하기 어렵고, 당시는 심야시간대여서 피고인의 주장처럼 속옷차림으로 1개 층을 내려와 복도를 걸어 피고인의 방에 들어가는 것이 아예 불가능하다고 단정하기 어렵다는 점(판결문 55쪽)을 언급하면서, 피해자가 피고인으로부터 담배를 달라는 지시를 받은 상황에서 다시 성폭력을 당할 수 있다는 두려움이 있었다면 “중전의 거절방법보다 더 명시적으로 거절의 의사를 표현할 여지가 있었”음에도 그렇게 하지 않고, 피고인의 객실에 들어가 “중전과 마찬가지로 ‘아니요, 모르겠어요, 아닌 것 같아요, 잘 모르겠어요’라고만 말하여 이전과 비교해도 대동소이한 정도로 거절의 의사표시를 한 후 간음을 당하기에 이르렀다는” 진술은 납득하기 어렵다고 한다(판결문 56-57쪽).

이 몇 군데만 보더라도 쉽게 알 수 있듯이, 제1심 재판부는 성폭력을 당한 피해자라면 그 이후부터는 즉각적으로 피고인을 경계, 회피하는 태도를 보였어야 한다는 선이해에 기반하여 피해자의 진술을 판단하는 논법으로 일관하고 있다. 이는 형법 제303조의 해석에서 위력의 ‘존재’와 위력의 ‘행사’를 구별하고, 업무 이외의 영역에서 피해자와 피고인의 관계를 종속적 권력관계의 영향이 제거된 “정상적인 판단 능력을 갖춘 성인 남녀”의 관계로 치환해 버리는 법해석(물론 잘못된 법해석)에 맞닿아 있을 뿐만 아니라, 피해자다움의 통념에 깃들어 있는 남성중심적 해석기제를 과감하게 청산, 해체하고자 하는 성인지 감수성의 관점에 거스르는 것이기도 하다.

제1심 판결은, 판결문의 앞부분에서 ‘성인지 감수성’을 언급한 것이 무색할 정도로, 위력간음의 전후 상황 및 당시의 행동에 관한 피해자의 진술에 대해 ‘통념(경험칙)에 어긋남’을 증명하는데 집중하였다.⁵⁶⁾ 제1심 판결의 피해자 진술에 대한 신빙성 판단은 피해자다움의 통념을 동원한 전형적인 판단이었으며, 이는 바로 젠더권력에 기반한 통념의 법실천적 위력이 제1심 판결을 관통하고 있음을 잘 보여준다. 이런 논증에서 성인지 감수성이 젠더권력에 기반하여 통념 또는 경험칙으로 정당화되어 온 남성중심적 해석틀(선이해)과 그에 터잡은 성차별적 법실천에 대한 비판적 성찰과 도전의 계기로 자래매김된다는 것은 불가능해 보인다.

56) 물론 이 사건의 제1심 재판부가 오직 ‘경험칙에 어긋남’만을 근거로 하여 피해자 진술의 신빙성을 배척한 것은 아니다. 피해자의 여러 진술 사이의 모순성, 피해자 진술과 다른 증언과의 불일치의 측면 등도 신빙성 판단에 영향을 미친 것으로 보인다. 다만 필자는 피해자 진술의 신빙성 판단에 젠더권력에 기초하여 구축된 편향적 통념(선이해)이 작동하고 있으며, 제1심 판결이 성인지 감수성을 언급하였음에도 불구하고 그런 통념에 기초하여 피해자 진술의 신빙성을 판단한 부당함을 지적하고자 하는 것이다.

2) 통념의 해체를 위하여

서두에서 지적하였듯이, 이 사건 제1심 판결은 성폭력사건의 형사재판에서 ‘성인지 감수성’의 실천적 잠재력을 교묘하게 비틀어 버렸는데, 그나마 “피해자가 처한 특수한 사정”을 성인지 감수성의 관점에서 신중하게 검토해야 한다는 최소한의 요청조차도 수행하지 않았다. 그도 그럴 것이, 제1심 판결의 모든 논리는 도지사과 수행비서라는 권력적 상하관계에 있더라도 업무적 관계 이외의 영역에서 피고인과 피해자는 원칙적으로 자유롭고 평등한 남녀 관계일 뿐이라는 지극히 비현실적인 인식에서 출발하고 있기 때문이다. 이런 논증의 구조에서 성인지 감수성의 관점에서 “피해자가 처한 특수한 사정을 고려”한다는 것은 기껏해야 “피해자의 내면적 심리적 문제에 기인한 부조화인지 여부”(판결문 89쪽), 그러니까 “성폭력 피해자로서의 불안정하고 비정상적인 심리상태” 여부를 판단하는 문제(판결문 89-94쪽)로 축소, 귀착될 뿐이다. 이렇게 해서 제1심 판결은 성인지 감수성이 필요하다는 법실천적 요청을 피해자의 ‘비정상성’ 여부에 대한 판단문제로 변질시켜 버렸다. 이것은 이 사건 제1심 판결이 저지른 중대하고 심각한 오류에 해당한다.

한편, 제1심 재판부는 피해자가 운전비서 P의 성희롱 등 P와의 갈등에 단호하게 대처하였다는 사실, 그리고 증인신문 당시에 피해자가 ‘정조’라는 표현에 적극적으로 이의를 제기하였다는 점을 근거로 하여, “피해자는 성적 주체성을 갖추고 성적 자기결정권을 인지하면서 자기 책임 아래 이를 행사할 수 있는 충분히 성숙한 능력이 있는 사람”이라고 단언한다(판결문 78쪽). 그리고 나서 “피해자가 P에 대해서는 성적 주체성과 자존감이 강한 모습을 보이고, 피고인에 대해서는 약한 모습을 보인다 하더라도 이는 피해자가 성적 자존감을 낮아서가 아니라 대상과의 관계적 특성에 따라 성적 자기결정권을 선택하여 행사하는 것으로 볼 여지마저 있다”(판결문 78쪽)고 언급한 대목을 보면, 그 판단의 비합리성을 넘어 악의적이기까지 하다. 피해자가 피고인과 권력적 상하관계, 그것도 매우 밀접한 접촉과 소통이 필수적인 종속적 권력관계에 놓여 있다는 점, 수행비서라는 업무의 속성상 공적 업무와 사적인 일 사이에 업무적 경계를 명확하게 설정하기가 상당히 어렵다는 점 등이 ‘피해자가 처한 특수한 사정’으로 신중하게 고려되어야 함에도 불구하고, 제1심 판결은 업무적으로 권력관계에 있더라도 비업무적 영역에서는 원칙적으로 그 영향력이 없다는 식으로 지극히 추상화된 인식론을 동원함으로써 피해자와 피고인 사이에 “엄연히 존재하는” - 그리하여 현실적으로 관계를 규정짓고 피해자의 의사결정과 행동에 당연히 영향을 미치는 것으로서 법 해석상 중요한 요소로 포착되어야 하는 - 권력적 관계의 양태를 법실천적 판단의 영역에서 축출해 버렸다.

반대의 해석론으로 나아갔어야 한다. 도지사과 수행비서라는 업무적·권력적 종속관계에서 의사와 행동을 결정해야 하는 피해자에게 그런 권력적 관계에 더하여 우리 사회의 전통적인 젠더권력의 폭력성이 더해짐으로써 피해자가 어떤 상황에 놓여있는지를 성인지 감수성의 관점에서 숙고했어야 하는 것 아닌가?

통념의 관점에서 보자면, 피해자가 도지사를 수행하고 해외 출장을 간 상황에서 위력성폭력의 피해를 당했음에도 불구하고 수행비서로서의 본분에 충실하려 애쓴 모습은 성폭력 피해자가 “보여주었어야 할 피해자다운 행동”의 전형에서 어긋난 행동이다. 그러나 내 상식에서 보면, 권력적 상하관계에서 지근거리 보좌를 해야 할 피해자가 성폭력의 피해에 어찌 대처해야 할지 혼란스러움에 처하는 것은 매우 자연스럽다. 도지사와 수행비서의 관계에서 그것도 해외 출장을 간 상황에서 위력성폭력을 저지른 도지사에게 대한 관계에서 곧바로 그를 경계하고 회피한다는 것은 수행비서로서의 역할을 포기하는 것에 다름아니기 때문에 성폭력 피해를 당했다고 하여 곧바로 그런 단호한 회피적 행동으로 나아갔어야 한다는 통념적 가정은 비상식적이다. 오히려 대처 방법에 관한 혼란스러움이 어떤 방향으로건 정리될 때까지는 일단 수행비서로서 본연의 역할에 충실하려는 태도를 보이는 것이 훨씬 자연스럽고 상식에 부합한다. 그리고 그 혼란스러움의 정리 시점은 며칠 후일 수도 있고 때로는 몇 달이나 몇 년이 걸릴 수도 있음을 고려해야 한다. 며칠 전부터 비상계에서 심석희 선수가 지난 수년간 코치로부터 여러 번 성폭행을 당했다는 뉴스가 우리 사회에 충격을 주고 있다. 그가 성폭력 피해를 당했음에도 불구하고 지난 몇 년간 아무 일 없는 듯 열심히 훈련하고 시합에 나갔다는 것이 이상한가? 어떻게 대처할 것인지에 관한 피해자의 결심과 행동은 피해자와 범죄자 사이의 권력적 종속관계의 강도, 피해자가 처한 직업적·업무적 환경, 업무 내지 직장의 지속가능성, 피해사실의 노출로 인하여 받게 될 장래의 불이익의 측면 등에 따라 다르게 나타날 수밖에 없다.

이 사건의 제1심 판결은 앞부분에서 여성은 독자적인 인격체로서 스스로의 책임 하에 성적 자기결정권을 행사하는 주체라는 점을 강조하고 있다(판결문 12쪽). 맞는 말이다. 이어서 이런 언급이 나온다 : “이러한 여성의 능력 자체를 부인하는 해석은 오히려 여성의 존엄과 가치에 반하고 나아가 여성의 성적 주체성의 영역을 축소시키는 부당한 결과를 가져온다고 할 것이다.”⁵⁷⁾(판결문 12쪽) 제1심 판결에 관한 나의 독해에 의하면, 성폭력 형법을 해석하고 적용함에 있어 피해자를 성적 자기결정권을 행사하는 인격적 주체로 자리매김해야 한다는 강박관념으로 인해, 제1심 판결은 피해자의 성적 자기결정권의 행사가 성별 권력의 영향 아래 - 그리고 때로는, 제303조의 성폭력사건처럼, 기타의 권력관계까지 중첩되어 - 편향적, 차별적으로 구조화되고 이것이 법실천에 고스란히 반영되어 온 현실을 애써 외면해 버렸다.

그래서는 안 된다. 성폭력 처벌규정의 보호법익이 성적 자기결정권이라는 명제는 성폭력 피해자인 여성이 남성과 동등하게 성적 자기결정권을 행사할 수 있는 능력을 갖추고 있다는 식으로 초현실적 추상명제를 선언하는 것이 결코 아니다. 그런 선언과 논증은 그럴 듯해 보이지만, 이는 우리의 현실 삶에서 성적 자기결정권의 행사를 제약하는 성별권력의 성차별적 작동을 제대로 시야에 포착하지 못하고 따라서 법실천을 통해 그런 현실을 극복하는데 다다르지도 못한다. 오히려 그것은 성폭력 형벌규정의 해석과 적용에서 실제로 작용하는 남성중심적 편향적 성별권력의 작동을 은폐함으로써 옹호한다.

57) 이는 혼인빙자간음죄에 관한 헌법재판소의 위헌결정(헌재 2009.11.26. 2008헌바58, 2009헌바191(병합) 결정)을 인용한 것이다.

이런 법해석과 실천이 어찌 성적 자기결정권의 보호라는 목표에 다가갈 수 있겠는가? 성적 자기결정권이 보호법익이라는 점에서 출발한다면, 피해자가 처해 있는 중첩적 권력적 현실의 환경에서 피해자의 성적 자기결정권의 행사가 어떻게 왜곡되는지, 이런 현실에서 성적 자기결정권에 대한 침해에 직면하여 피해자가 보이는 반응과 태도가 그 자체로 존중받지 못한 채로 남성편향적 시각에 의해 어떻게 난도질되는지를 꿰뚫어보고 이를 법적 언어로 전환하려는 노력이 절실히 필요하다.

성인지 감수성은 제1심 판결에서처럼, 피해자의 언행이 통념을 벗어난 비정상성에 해당하더라도 이를 예외로 인정해 달라고 하는 식의 '비정상성의 승인' 논리로 격하되어서는 안 된다. 성인지 감수성은 통념에 대한 도전과 해체를 통하여 성폭력 피해자가 처해 있는 성별권력의 영향을 비판적으로 성찰하면서 피해자의 처절한 몸부림이 그 자체로 사회적·인격적 실천으로 승인되도록 함에 있다.

지위, 위력을 이용한 성폭력에서 ‘행위수단’에 대한 판단 무엇이어야 하는가?

김혜정 (한국성폭력상담소)

안희정 전 충남도지사에 의한 성폭력 사건은 해당 사건이 고소되고 기소된 주요 죄목인 ‘업무상위력 등에 의한 간음’(형법 제303조①항), ‘업무상 위력 등에 의한 추행’(성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제10조①항)의 개념을 사회적인 의제로 만들어 왔다. 이 사건의 재판은 위력 간음/추행 범리에 대한 그동안 진행되지 못해 온 사회적 논의를 다루고, 향후 이 법 및 관련 법의 입법취지 실현과 적용을 내다보는 장이 되고 있다.

1. 업무 고용관계와 폭행 협박 없는 간음/추행 피해 발생 현황의 유추

‘위력에 의한 간음/추행’에 대한 실태조사나 연구는 현재 찾아보기 어렵다. 성인여성에 대하여는 특히 위력 성폭력 적용 판례도 많이 없고, 개념이 익히 알려져 있지 않다. 일반시민들의 인식과 경험을 일부라도 알기 위해 안희정성폭력사건공대위에서 ‘위력에 의한 성폭력 제보’ 링크를 열었고, 2018년 6월 28일부터 10월 25일까지 총 25개 사례가 접수되었다. 가해자는 지도교수, 예술작가, 상사, 아르바이트 업주부터 데이트 상대, 이웃지인 등이었고⁵⁸⁾, 사건내용은 원치 않는 추행이나 강간 등이 1회 혹은 2회 이상인 경우, 명확한 폭행 협박이나 저항이 존재하지 않는 사례가 주되었다. 서술한 내용은 주로 강자였던 상대가 성적 행동을 요구/강요한 상황, 그것에 응하지 않기 위해/응하게 된 과정에서 겪은 내적, 신체적 어려움, 빠져 나오지 못한 상황에 대한 설명, 그 후 피해자 및 가해자의 현재 삶에 대한 호소였다.

58) 가해자-피해자 관계로는 상사 6(공무원, 회사4, 의사), 고용주 6(피디, 아르바이트 업주, 사진작가, 이사장), 교수 3, 이웃 지인 3, 유명인 2 (예술감독, 국제기구), 데이트 상대 2, 서비스제공자 1 (물리치료사), 친족 2 순서였다.

경찰청 범죄통계상 ‘업무상 위력에 의한 추행’ 입건자는 2011년 119명에서, 2016년 305명으로 늘었고, 업무상 위력에 의한 간음 입건자는 2011년 2명에서 2016년 16명으로 늘었다⁵⁹⁾다. 그러나 2017년 범죄통계상 강제추행은 11,317건으로, 단순비교하면 업무상 위력에 의한 추행으로 입건되는 비율은 일반 추행의 3% 미만에 그치고 있다.

2016년 전국성폭력실태조사에서 폭행협박수반 추행과 폭행협박미수반 추행을 나누어 조사한 결과는 이와 반대다. 성폭력 피해 경험율(생애 전반)에서 폭행협박미수반 추행은 여성 20.6%, 남성 1.2%, 폭행협박수반 추행은 여성 0.9%, 남성 0%로 폭행협박미수반 추행 피해경험이 23배 가량 많았다.⁶⁰⁾ ‘저항하지 못한 / 그냥 당한 이유’ 질문에 대한 응답은 ‘어떻게 해야 할지 몰라서’ 63.0%, ‘당시에는 성폭력인지 몰라서’ 26.7%, ‘어떤 행동을 해도 소용이 없을 것 같아서’ 24.3%, ‘공포심에 몸이 굳어서’ 20.4%, ‘소리 내면 남이 알까봐’ 15.2%, ‘불이익/보복을 당할 것 같아서’ 10.9% 순서였다.⁶¹⁾ 폭행협박을 수반하지 않은 폭력 경험은 높는데 반해 실제 입건수는 낮은 상황. ‘어떻게 해야 할지 모름’ 응답률이 63%인 현실은 가해가 이루어지고 있는 공백이 지속되고 있음을 생각하게 한다.

한편 한국성폭력상담소 2017년 상담통계를 보면 피-가해자 관계 유형 중 가장 높은 비율은 직장 관계에 있는 사람(29.8%)이며, 이는 한국성폭력상담소 개소 이후 27년간 지속되고 있다. 직장 관계 중에서도 2017년 통계에서 상사가 50.1%, 고용주가 14.7%, 동료가 18.7%였다.

성인여성이 겪은 강간피해 상담만을 분류하여 ‘최협의설’을 기준으로 분석해보았다. 최협의설은 폭행협박을 판단함에 있어 ‘피해자의 저항이 현저히 곤란할 정도였는지’를 기준으로 한 가장 협소한 학설인데, 법원은 ‘강간죄’ 판단에서 최협의의 폭행협박설을 적용해왔다. 2017년 성인여성 강간피해 상담사례 전수 중 ‘심각한 수준의 폭행협박이 존재하거나 피해자가 강하게 저항하거나 도망친 행위가 존재했던 상담은 12.1%, 위의 행위가 부재했던 상담은 43.5%, 확인이나 판단 불가능한 경우는 44.3%였다.

위와 같은 통계를 모아 살폈을 때, 업무 고용 등 관계에서 폭행과 협박 없이도 실행된 추행이나 간음은 매우 많으며, 비가시화되어 있다고 예상된다. 이것도 ‘폭행협박’을 기준으로 그 외 상황을 파악하는 방식으로 알 수 있다. 이것이 의미하는 바는 무엇인가? 상당한 폭행과 협박을 요건으로 하는 강제력 중심으로 성폭력을 이해, 인식하는 방식은 수사재판기관 뿐 아니라 대중과 생활세계에

59) '안희정 미투' 업무상 위력 성범죄 5년새 165%↑ "2013년 성범죄 친고죄 폐지에 '미투'로 이어진 사회적 인식 변화 때문" (프레시안, 2018.3.14 기사)

60) 2016년 전국 성폭력 실태조사 결과보고서(여성가족부) 참조. 해당 조사에서 폭행협박수반 추행과 폭행협박미수반 추행에 대한 설명이 타당한지, 전국 7200가구의 만 19세 이상 64세 이하 일반국민 가구원 1명씩 전화 조사하는 방식이 타당한지, 도출된 피해경험율이 현실적인지에 대해서는 비판적으로 논의할 지점도 존재한다.

61) 2016년 전국성폭력실태조사 결과보고서(여성가족부) 58쪽 표 II-32 저항하지 못한 / 그냥 당한 경우의 그 이유. 이 글에서는 1순위 응답율과 2순위 응답율 합산 응답율을 기준으로 정리하였다

도 뿌리 내리고 있다. ‘내가 상당 수준의 폭행과 협박을 쓴/쓰는 사람이 아니다’라고만 주장하면 죄가 없도록 구성되어 있는 현 상황은 타당하고 정당한가.

2. 미투운동이 드러낸 성폭력의 구조와, ‘지위, 위력’의 성격

미투운동이라는 열린 문 사이에서 쏟아져 나온 사건들은 권세, 지위가 행위수단이 되었다고 밖에는 설명할 수 없는 사건들이다. 업계 내 뿌리 깊은 인력배출, 추천, 훈련의 산실이었던 숙박형 연극촌에서 감독에 의한 성추행과 강간은 공공연한 사실이였음에도 희생자가 계속 있었으며, 검찰 조직 내 성추행은 그 사실을 알렸을 때 피해자에게 가해질 불이익까지 계산되었는지 많은 사람들이 있는 장소, 장관까지 앞에 둔 자리에서도 버젓이 이루어졌다.

안희정 전 충남도지사에 의한 직장 내 성폭력 사건은 권력에 의한 추행, 간음의 전형적인 사례였다. 이 사건은 위력, 권세, 지위가 그 자체로 행위의 수단이 될 수 있음을 보여준다. 가해자는 상급자였고, 피해자는 지시를 받는 하급자였고, 도지사 정부조직에서 모든 사람이 1명을 위하여 움직이고, 개개인의 임명이 한순간에 결정되었고, 수행비서는 24시간 대기 상태에서 부르면 즉각 응해야 하는 상황이었다.

안희정 피고인은 1심과 2심 결심공판에서 ‘어떻게 지위를 가지고 타인의 인권을 침해할 수 있느냐?’ 라고 반문했지만, ‘미안하다, 잊으라’고 말하면서도 침해행위를 반복하고, ‘미투 할거냐? 그런 성격의 일인지 몰랐다’고 인정하면서도 침해행위를 또 저질렀다. 피해자의 반응 이전에 가해자의 행동의 관점에서 보아도 행위의 출발, 동기, 수단에 ‘지위’가 있었다는 점을 빼놓을 수 없다. 피해자의 시점에서 보면, 피해자는 가해자가 경찰서장과 항상 통화하고, 검찰총장이 친구이고, 가해자가 대통령과 직접 통화하는 것을 업무로 보는 상황에서, ‘신고할 수 없었다’고 한다. 자신이 사라져버릴 수도 있겠다고 생각했다. 실제 성폭력 실행에 작용된 행위 수단은 가해자의 지위였다.

그러나 1심 재판부는 위력은 존재했으나 ‘행사’되지 않았다고 판결했다. 피해자 진술신빙성에 대한 평가와 더불어 ‘위력’이라는 행위수단의 행사여부를 판단하기 위해 피해자의 일거수일투족을 비교항으로 소환했고, 다른 성별, 직위인 직원의 유사하지 않은 업무 일상과도 비교했다. 1심 재판부가 제시한 위력의 존재, 행사, 간음과 추행, 성적자기결정권 침해라는 네 단계의 구획과 각 단계의 인과적 연결 요건의 자의성과 문제점은 첫번째 발제문에서 상세히 분석되어 있다.

3. 성폭력 범죄에서 ‘행위수단’ 판단의 ‘엄격성’은 얼마나 적당한가

안희정 사건 피고인 측은 “위계 관계가 존재한다고 해서 다 처벌하면 안되고, 위력의 행사 여부에 대해, 위력의 행사와 성적자기결정권 사이의 인과관계에 대해서 반드시 증거가 있어야 한다”는 주장을 2심에서도 하고 있다. 그러나 형사상 범죄를 가능하게 하는 ‘행위수단’은 유무죄 판단에서 얼마나 필수적인 요건이며, 엄격하게 판단되어야 하는가?

최근 피해자에 대한 가해자의 수직적 권력관계, 피해자의 피해호소/감정/일관성을 인정하면서도 행위수단의 사용 정도 입증이 미비하다는 점으로 ‘무죄’가 된 두 판결이 있었다. 해군 간부 두 사람에 의한 성소수자 여군 성폭력 1차 사건에 대한 2심 고등군사법원 특별재판부는 해군 함정에서 직속 상관이라는 가해자와의 권력관계, 피해자의 일관된 피해감정과 호소를 인정하면서도 폭행 협박이 뚜렷하지 않았고, 피해자의 저항도 뚜렷하지 않았으면서 기소 죄명 구성요건 기준에 이르지 못해 ‘무죄’라고 하며 ‘업무상 위력’으로 고소했다라면 유죄였을 거라고 말했다. 안희정 사건 1심은 위력은 존재했으나 ‘행사’되지 않았으며 기소 죄명 구성요건 기준에 이르지 못해 무죄 선고에 이르렀고, 비동의간음죄가 있었다라면 유죄였을 수 있다고 말했다.

그러나 성폭력 사건에서 사법부의 ‘행위수단’ 구성요건 기준 충족 판단은, 예컨대 폭행 협박 판단기준에 대한 최근 대법원 판례⁶²⁾처럼 달라지고 있다. 또한 위 사건 고등군사법원 특별재판부가 판결에서 ‘팔을 세계 잡고 누르는 행위 등은 일반적인 성관계에서도 흔히 있는 행위’라고 언급하거나, 안희정 사건 피고인측이 ‘피해자가 아니라고 고개를 흔든 것은 거절인 것인지 망설인 것인지도 명확치 않다’는 주장처럼 폭력적 행위를 이성애 성관계의 흔한 장면으로, 모두 합의한 성관계의 일반적 모습인 것처럼 포섭되게 하는 시도는 끊임없다.

강간죄는 위력으로, 위력성폭력은 비동의간음죄로 범죄 적용을 하향 조치하면 된다고 재판부는 말하는 듯 하지만, 비동의간음죄를 판단하는 과정에서도 명백한 동의/비동의 의사가 표현되거나 표현되지 못하거나 왜곡되거나 강요되는 환경을 맥락적으로 살펴야 할 필요가 있다. 또한 실제 성폭력이 일어나는 현장에서 가해 행위수단은 단 한 가지만으로 이루어져있지 않다. 더불어 가해자들의 행위수단에 단계가 있고, 그것은 심급화될 수 있는가? 극심한 폭행 협박은 더 심한 피해를 일으키고, 위력은 적은 피해를 일으키는가? 강간죄 폭행 협박의 판단 기준으로 유독 ‘최협의설’을 채택해온 데에는 어떤 합리성, 정합성이 존재하는가? 행위수단의 사용여부를 엄격하게 판단하는 것과 기준 충족에 이르지 못해 피고인이 ‘무죄’가 되는 결과의 사이에서 엄중함은 전자에만 존재해야 하는가?

62) ‘강간죄가 성립하기 위한 가해자의 폭행·협박이 있었는지 여부는 그 폭행·협박의 내용과 정도는 물론 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 피해자가 성교 당시 처하였던 구체적인 상황을 기준으로 판단하여야 하며, 사후적으로 보아 피해자가 성교 이전에 범행 현장을 벗어날 수 있었다거나 피해자가 사력을 다하여 반항하지 않았다는 사정만으로 가해자의 폭행·협박이 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도에 이르지 않았다고 선불리 단정하여서는 아니 된다’(대법원 2005. 7. 28. 선고 2005도3071 판결 등 참조)

4. 나가며

최근 가해자에 의한 무고죄 고소, 손해배상청구 등 역고소의 문제는 피해자의 신고 의사 자체를 좌절시키고 있다. 성폭력 피해자 지원 현장에서는 역고소 위협이 주된 상담 내용이기도 하며, 피해자가 직장 내에 문제를 알렸다가 역고소된 사건에서 피해자를 지원하는 게 주된 활동인 경우도 많다.

가해자가 발휘하는 행위 수단은 그야말로 유무형이다. 가해자가 보유한 사회적, 경제적, 정치적 자원을 동원하여 미래에 피해자를 피의자로 만들거나, 피해자를 2차 가해 선상에 무차별적으로 두거나, 피해자를 조력한 사람을 공격할 수 있는 위협이 현재 시점에 영향력을 행사하기도 한다.

성폭력은 주로 가해자 층이 가진 사회적 자원과 영향력, 피해자가 되는 사람들에게 적은 자원의 불균형 상태가 원인과 배경이 되는 범죄로서, 직장 내, 직급, 가족 내, 교육체계 내 성별 불균형은 성폭력 발생 현황에 그대로 투영되고 있다. 이런 상황에서 성폭력의 행위수단을 성폭력이 발생한 물리적인 장소와 시간에 동시에 한정해서 명확성을 요구하는 판단기준, 가해의 행위수단을 판단할 때 피해자의 반응이 어땠는지로 파악하느라 피해자 심문, 피해자 재판이 되는 문제 등은 가해자와 피해자가 놓여 있던 불평등한 지위의 문제를 더 심화시킨다.

발제 3에서 소개된 해외 입법례는 권력의 사용을 제재할 때 행위수단과 종류와 정도 보다, 피해자의 상황, 가해자의 지휘와 상황, 피-가해자 관계를 중심으로 정의되고, 체계화되어 있다. 한국에서의 위력 성폭력 관련법이 입법은 되었지만, 어떻게 처벌해야 할지 잘 계획되지 않았다는 지적에 매우 동의하며, 미투 운동으로 인해 우리 앞에 놓인 위력 성폭력의 적용 과제는 폭행과 협박을 좁게 해석하는 강간죄 판단의 전통에 입각할 것이 아니라, 가해자의 조건과 피해자의 조건과 맥락을 살피는 성인지 감수성에 입각한 판단으로 명확히 인용되어야 한다.