

2018년 대법원의

'성인지감수성' 판결 이후, 성폭력 사건 판결은 달라졌을까?

# 성인지감수성 그 후, 성폭력 판결 토크아보기: 2021년 하급심을 중심으로

2023. 06. 23. Fri

14:00~16:00 온라인 줌

# 성인지감수성 그 후, 성폭력 판결 톺아보기 : 2021년 하급심을 중심으로

## [목차]

사회 | 란 (한국성폭력상담소 부소장)

**발제 | 2021년 성폭력 하급심 판례분석**  
이도경 (한국성폭력상담소 상근변호사)

**토론 1 | 형사재판에서의 성인지감수성 법리 적용에 관한 고찰**  
조윤희 (공동법률사무소 이채 변호사)

**토론 2 | 젠더 관점의 성폭력 판결을 위하여**  
김정혜 (한국여성정책연구원 부연구위원)

**성인지감수성 그 후,  
성폭력 판결 톺아보기  
: 2021년 하급심을 중심으로**

발제

**2021년 성폭력 하급심 판례분석**

**이도경**

한국성폭력상담소 상근변호사

## 2021년 성폭력 하급심 판례분석<sup>1)</sup>

- 강간, 준강간, 강제추행, 준강제추행, 카메라등이용촬영죄를 중심으로

이도경 (한국성폭력상담소 상근변호사)

### 1. 서론

2018년 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(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 증거판단이라고 볼 수 없다.”<sup>2)</sup>고 하여 성폭력 사건의 심리에 있어 성인지 감수성을 기반으로 개별적, 구체적 사건에서의 피해자의 사정을 충분히 고려해야 함을 원칙으로 강조하였다. 해당 판결이 하급심 판결에서 유의미한 영향을 미치고 있는지, 최근까지도 재판부의 낮은 성인지 감수성이 판단에 영향을 미친 것으로 보이는 판결이 있는지 등을 살펴보고 구체적인 사례를 제시하는 방법으로 연구를 진행하였다. 나아가 분석대상 판결문 중 유죄 판결을 선고한 판결의 양형 인자에는 성인지 관점이 얼마나 반영되어 있는지를 검토하였다.

다양한 젠더폭력 중 기본범죄 유형이라 할 수 있는 강간, 강제추행과 준강간, 준강제추행 범죄 및 최근 이른바 ‘N번방 사건’으로 사회적 이슈가 되었던 카메라등이용촬영 범죄에 대한 하급심 판결문 총 342건<sup>3)</sup>을 분석대상으로 선정하였다. 분석대상으로 고려되었던 위력에 의한 간음 혹은 추행죄의 경우 장애인이나 아동·청소년을 대상으로 한 범죄가 판결문 중 과반 이상을 차지하였는데, 장애인이나 아동·청소년을 대상으로 한 위력 성범죄의 경우 판단과정에서 성인지 관점 이외에 다양한 변수들을 고려해야 하므로 본 연구에서 중점적으로 다루기에는 적절하지 않다고 판단하였다. 다만 분석 대상 범죄 유형 중 장애인이나 아동·청소년이 피해자인 경우까지 제외하지는 않았다.

### 2. 분석대상 판결 개요

분석대상 판결문들의 일반적인 특성을 파악하기 위하여 판결문에 대한 간단한 기록조사를 병행하였다. 죄명, 유-무죄 여부, 피고인과 피해자의 관계, 피해자진술의 신빙성 인정 여부, ‘성인지 감수성’을 직접 언급한 판례가 있는지를 조사하여 통계분석을 하였다.

분석대상 판결문에서 피고인들의 죄명은 크게 강간, 강제추행, 준강간, 준강제추행, 카메라등이용촬영범죄로

1) 본 발제문은 『형사사법분야 법집행공무원 성인지 조사 및 젠더폭력 관련 판례분석 실태조사』, 국가인권위원회, 2022. 12. 30. 연구보고서 중 발제자가 작성한 부분인 제5장 제3절과 제4절을 부분적으로 편집하여 작성하였습니다. 전체 내용이 궁금하신 분이나, 본 글의 내용을 인용하실 분은 해당 연구보고서를 참고하시길 바랍니다.

2) 대법원 2018. 10. 25. 선고 2018도7709 판결

3) 2022. 8. 18. 기준, casenote-pro(<https://casenote.kr/>)에서 각 죄명별 2021년 선고 판결 정확도 순으로 검색하여 중복 판결문은 삭제하였다.

분류하였고, 경합범이 있어 전체 건수는 분석대상 판결문의 개수를 초과하였다. 강간 유형(강간, 강간미수, 강간상해, 미성년자의제강간, 친족관계에의한 강간 등 포함)의 범죄는 총 96건, 강제추행 유형(강제추행, 강제추행미수, 군인등강제추행 등 포함)의 범죄는 총 174건, 준강간 유형의 범죄는 총 44건, 준강제추행 유형의 범죄는 총 19건, 카메라등이용촬영 범죄는 총 49건이었다.

위와 같은 총 382개의 각 혐의에 대하여 유죄 판단이 244건, 무죄 판단이 137건, 면소로 판단한 판결이 1건이었다. 유죄선고 중에는 징역형이 115건으로 가장 많았으나, 50%가 넘지 않는 비율이었다. 징역형 다음으로는 집행유예가 85건으로 많았고, 벌금형을 선고한 판결은 37건이었다. 2심 판결문 중 피고인의 항소를 전부 기각하였는데 1심의 선고형을 알 수 없는 경우가 5건 있었다.

분석대상 판결문에서 피고인과 피해자 사이의 관계가 ‘모르는 사이’였던 경우는 80건, 아는 사이인 경우는 221건, 파악할 수 없는 경우가 41건이었다. 아는 사이인 경우에는 친구, 동호회 구성원 등 친분이 있는 지인인 경우가 59건으로 가장 많았고, 과거 친밀한 관계였던 경우나 현재 친밀한 관계인 경우가 합쳐서 46건이었으며, 소개팅 등으로 사건 직전 처음 만난 관계가 44건, 업무상 관계에서 아는 사이인 경우가 36건 등이었다. 카메라등이용촬영범죄의 경우 다른 범죄 유형에 비해 ‘모르는 사이’인 비율이 유의미하게 높긴 하였으나, 그럼에도 불구하고 이를 포함한 모든 분석대상 범죄 유형에서 피고인과 피해자가 모르는 사이보다 아는 사이인 경우가 많았다. 아래 표는 피해자 입장에서 피고인과의 관계를 분류한 것이다.

[표 1] 피고인-피해자 관계

구분	빈도
모르는 사이	80
친밀한 관계(부부/애인)	34
과거 친밀한 사이	12
가족관계(친부/계부/사촌/사돈/친모동거남)	7
친분이 있는 지인(친구/동호회/대학구성원 등)	59
업무상 관계(직장동료/상사/거래처 등)	36
기타 권력의 차이가 있는 관계(군대선임/선생님/종교관계/상담자 등)	18
사건 직전 처음 만난 사람(채팅 후 만남/즉석만남/소개팅/가게점원 등)	44
안면이 있는 사이	11
알 수 없음	41
합계	342

분석대상 판결문 중 피해자 진술의 신빙성이 쟁점이 된 판결문을 분석한 결과, 강간 사건의 경우 피해자 진술의 신빙성을 인정한 경우(41건)가 인정하지 않은 경우(18건)보다 2배 이상 많았다. 그러나 강제추행과 준강간 사건의 경우, 피해자 진술의 신빙성을 인정한 사건과 인정하지 않은 사건이 거의 유사한 비율로 확인되었다. 준강제추행이나 카메라등이용촬영범죄의 경우 피해자 진술의 신빙성이 문제 되지 않았거나, 판결문에 설시하지 않은 사건이 더 많아 유의미한 통계를 얻지 못하였다.

분석대상 판결문 342개 중 2018년 대법원 판결을 인용하면서 ‘성인지 감수성’을 직접 언급한 판례는 10개에 불과하였다. 10건의 판례 중 2건은 피고인에게 무죄를 선고하였고, 나머지 8건은 피고인에게 유죄를 선고하였다. 그러나 성인지 감수성을 직접 언급하였다고 해서 그렇지 않은 판결들과 비교하였을 때 특별히 유의미한 판시를 하였다고 보기는 어려웠고, 성인지 감수성을 언급하였음에도 오히려 성폭력 통념이 드러난 판단을 한 경우들도 있었다. 따라서 성인지 감수성을 직접 언급한 판례들을 별도로 분석하지는 않았다.

한편, 성인지 감수성을 직접 언급하지는 않았으나 피해자 진술의 신빙성 판단에 관하여 2018년 대법원 판결의 법리를 부분적으로 인용한 판례는 다수 있었다. 이러한 통계는 ‘성인지 감수성’이란 용어가 판사들 사이

에서조차 판결문에 사용하기에 부담스럽다거나 혹은 거부감을 느끼는 현실<sup>4)</sup>을 보여주는 것은 아닌지 합리적인 의심이 든다.

### 3. 판결문 내용 분석

판결문 내용의 분석을 하면서 ‘성인지 감수성’의 부족함이 드러나는지를 살피는 방법으로는 분석대상이 성폭력 사건의 판례라는 것을 고려하여 성역할 고정관념으로 인해 발생하는 ‘성폭력 통념’에 얼마나 영향을 받고 있는지를 중심으로 살펴보았다. 분석기준이 되는 “성폭력 통념”의 경우 한국성폭력상담소(2019)에서 제시한 10가지 대표적인 성폭력 통념과 여성가족부(2019)에서 조사에 활용하고 있는 성폭력 통념 문항을 참고하되, 분석범위와 판결문에서 공통적으로 드러나는 통념 등을 고려하여 5가지(① 피해자답지 않다, ② 피해자유 발론, ③ 피고인이 피해자가 동의하였다고 착각하였을 것이다, ④ 고소에 다른 목적이 있을 것이라는 의심, ⑤ 성적수치심을 일으키는 행위라고 볼 수 없다)로 유형화하였다. 하나의 판결문에서 여러 유형의 성폭력 통념이 동시에 발견되는 경우도 있었다.

#### 가. 성폭력 통념 ① 피해자답지 않다

##### 1) 기준의 해석

2018년 대법원의 판결이 ‘성인지 감수성’이라는 용어로 이슈가 되었으나, 핵심적인 법리는 결국 피해자 진술의 신빙성을 판단함에 있어 우리 사회의 가해자 중심의 문화와 인식, 구조 등을 고려하면 “성폭행 피해자의 대처 양상은 피해자의 성정이나 가해자와의 관계 및 구체적인 상황에 따라 다르게 나타날 수밖에 없”으므로, ‘일반적’ 혹은 ‘전형적’인 피해자의 태도가 있을 것이라고 전제하지 말고 개별적, 구체적인 사건에서 피해자의 상황을 고려해야 한다는 것이다. 이는 결국 더 이상 성폭력 재판에서 ‘피해자다움’이라는 오래된 성폭력 통념이 등장해서는 안 된다는 점을 분명히 한 것이다.

‘피해자다움’은 이제까지 사회가 성폭력 피해자에게 기대했던 전형적인 모습들을 일컫는 용어이다. 성폭력 피해가 있었다면 곧바로 신고해야 한다거나, 그 직후 평온한 모습을 보이는 것은 이상하다거나, 피해 이후에는 가해자를 만나지 않아야 한다거나, 반대로 성폭력 피해는 부끄러운 일이므로 너무 당당히 드러내는 건 실제 사건이 있었는지 의심이 간다는 식의 인식들이다. 그러나 ‘일반적인 성폭력 피해자’는 없다. 각각의 성폭력 피해자들은 살아온 역사가 다르고, 사건이 일어났을 때 대응하는 정도나 방식도 다를 수밖에 없다<sup>5)</sup>. 특정 사건의 성폭력 피해자가 ‘성폭력 피해자의 모습으로는 보이지 않는다’는 판단을 하였을 때 비교대상이 되는 그 ‘성폭력 피해자의 모습’은 이미 가해자중심적인 우리 사회의 문화 속에서 상상된 피해자일 뿐이다.

##### 2) 수원지방법원 안산지원 2021. 12. 17. 선고 2020고합385 판결

이 사건 피해자와 피고인은 2020. 5. 9. 경 채팅어플을 통해 처음 알게 된 사이로, 같은 날 피해자의 집에서 술을 마신 사이이다. 피고인은 같은 날 21:00 경 피해자의 집에서 피해자의 몸에 올라타 피해자의 반항을 억압하고 강간하였고, 다음날(2020. 5. 10.) 다시 같은 장소로 찾아와 피해자에게 ‘어제는 너무 과했던 것 같다’는 취지로 사과하고 술을 마시다 피해자에게 성관계를 요구하였으나 피해자가 거절하자, 또 다시 유사한

4) 조선일보, ‘현직 부장판사 “대법원, 성폭력사건 유죄판결 남발” 비판’, 2021. 5. 18. ([https://www.chosun.com/national/court\\_law/2021/05/18/LMXTGI5WOFBGXA22P5R5VCKZAA/](https://www.chosun.com/national/court_law/2021/05/18/LMXTGI5WOFBGXA22P5R5VCKZAA/)), 검색일: 2022. 11. 29.)

5) 한국성폭력상담소, 의심에서 지지로, 19면, 2019.

방법으로 피해자를 강간하였다는 혐의로 기소되었다. 판결 내용에 따르면 피해자는 두 번째 피해 직후 112에 신고를 한 것으로 확인된다. 이 사건 재판부는 아래와 같은 이유로 피해자 진술의 신빙성을 부정하여 피고인에게 무죄를 선고하였다.

그런데 피해자의 진술에 의하면, 피해자는 처음 만난 피고인으로부터 강간을 당하였음에도 그 직후 피고인에게 항의하거나 그 자리를 피하지 않은 채 아무 말 없이 씻고 담배를 피웠다는 것일 뿐만 아니라(위 증인신문조서 10쪽), 피고인이 방을 나간 뒤 같은 날 피해자의 남자친구가 집에 찾아왔음에도 피고인으로부터 강간당한 사정을 숨긴 채 남자친구와 성관계를 하고(위 증인신문조서 15쪽), 아무 일도 없는 것처럼 다음 날 아침까지 남자친구와 함께 있었다는 것이다(증거기록 195쪽).

나아가 피해자의 진술에 의하면, 전날 처음 만나 자신을 강간한 피고인이 다음날 다시 방으로 찾아와 '회를 사 왔으니 술 한잔하자'는 말에 술 먹고 얘기를 나누기 위해 피고인을 들어오게 했다는 것인데(위 증인신문조서 18, 19쪽), 위와 같은 사정들에도 피해자는 그렇게 다시 피해자의 방으로 들어온 피고인과 또 같이 술을 마시다가 중간에 피고인이 밖으로 나가 술을 사서 돌아올 동안에도 아무런 조치를 취하지 않은 점(위 증인신문조서 20쪽), 피해자는 그러한 피고인에 대하여 '같이 노래를 부르고 같이 얘기도 하고, 피해자가 말동무 없는데 말하니까 마음이 편한 것 같다'는 취지로 진술하기도 한 점(위 증인신문조서 21쪽) 등을 보태어 보면, 성폭행 피해자의 대처 양상이 구체적 상황 등에 따라 다르게 나타날 수 있다는 점을 고려하더라도 채팅을 통해 처음 만난 피고인으로부터 강간을 당한 피해자의 모습으로는 쉽게 상정하기 어렵다.

2020. 5. 10. 범행과 관련하여서도, 피해자는 '피해자가 배란다에서 물을 마시고오니 피고인이 옷을 다 벗고 있어 옷을 입으라 하고 그냥 TV 앞에서 담배를 피우고 있었다'는 취지로 진술하였고(증거기록 135쪽, 위 증인신문조서 22, 23쪽), 심지어 '당시 옷을 벗고 있는 피고인이 성관계를 의도하였다는 것은 알았지만 그렇게 신경 쓰지 않았다'고 진술하였는바(위 증인신문조서 23쪽), 위 진술에 의하면 피해자는 이미 전날 피고인으로부터 강간을 당하였고 이때도 피고인이 옷을 다 벗은 채 또 다시 피해자가 원치 않는 성관계를 시도하리라는 인식을 하였다는 것인데, 그럼에도 피해자가 크게 신경 쓰지 않은 채 단순히 담배만 피우고 있었다는 것은 쉽게 이해하기 어렵다.

재판기록을 보지 못한 상태에서 판결 내용을 분석하는 데에는 분명 한계가 있다. 그러나 처음 만난 피고인으로부터 강간을 당하였다면 피해자로서는 추가 범행 등이 두려워 즉시 항의하기 어려웠을 수도 있는 점, 사건 당일 남자친구를 만났다하더라도 남자친구에게 모르는 남자와 집에서 술을 마셨고 강간을 당했다는 사실을 털어놓기는 어려움이 있을 거라는 사실은 충분히 예상할 수 있는 점, 처음 성폭력 피해를 입은 피해자가 대화를 통해 사건을 해결할 수 있을 거라고 믿는 경우도 종종 있다는 점 등을 고려하면, 판결문에 적힌 내용만으로는 피해자의 모습이 '강간을 당한 피해자의 모습'이 아니라고 볼 수는 없다 할 것이다. 무엇보다 앞서 설명하였듯이 위와 같은 판단 자체가 해당 재판부가 '피해자다운 모습'을 이미 상정하고 피해자의 진술을 평가하였음을 의미한다고 할 것이고, 이는 그 자체로 성인지 감수성이 부족한 것으로 평가할 수 있다.

### 3) 광주고등법원 2021. 9. 15. 선고 (제주)2021노76 판결

이 사건 재판부가 사건에 관하여 인정한 사실은 다음과 같다.

- ① 피해자는 2018. 10. 7. 관광 목적의 비자를 받아 대한민국에 입국하였고, 사촌언니의 소개로 2018. 10. 13. 경 피고인에게 고용되어 공사현장에서 청소 등의 일을 시작하였다.
- ② 피고인은 피해자에게 당일부터 숙소를 제공하기로 하였으나, 약 10일간 숙소를 마련해주지 않아 피해자는 피고인이 거주 중인 오피스텔에서 임시로 거주하였다.
- ③ 피고인은 2018. 10. 18. 경 피해자와 첫 성관계를 가졌고, 2018. 10. 22.에도 성관계를 가진 후, 2019. 4. 8. 경까지 수차례에 걸쳐 성관계를 가졌다.

④ 한편, 피해자는 기혼자로 중국에 남편이 있었는데, 피해자가 중국에 다녀오면서 2018. 12. 12. 남편과 함께 입국하여 그 무렵부터 같이 피고인 밑에서 일하기 시작하였다.

⑤ 피고인과 피해자는 2019. 3. 26.경부터 2019. 4. 20. 경까지 '보고 싶다', '사랑한다'는 내용을 비롯하여 '남편과 빨리 이혼해야 피해자가 편하게 살 수 있다'는 등의 내용의 문자메시지를 주고받았다.

이 사건 피고인은 피해자의 고소에 의해 최초 두 번의 성관계에 대하여 각각 강간 및 피감독자간음 혐의로 기소되었다. 재판부는 피해자가 최초 피고인을 고소할 때부터 원심법정에 이르기까지 이 사건 각 공소사실과 같이 피해를 입었다면서 그 일시와 장소, 범행의 경위 등에 관해서는 주된 부분에서 일관되고 구체적으로 진술하고 있고, 피고인은 수사기관에서 처음에는 성관계 사실마저 부인하는 등으로 책임을 회피하려는 태도를 보였던 점에 비추어 실제로 범행을 저지른 것은 아닌지 의심이 든다고 하면서도, 아래와 같은 이유로 피해자 진술의 신빙성을 배척하였다.

① 피해자는 2018. 10. 18. 강간 범행에 대해 수사기관에서 '피고인이 갑자기 텔레비전을 보고 있던 피해자를 끌어안고 키스를 했고, 피해자가 뿌리쳤는데도 손을 잡아 움직이지 못하게 한 후 성관계를 했다.'는 취지로 진술하였고, 당시 배를 꼬집는 것 이외에는 직접적인 폭행은 없었다면서 성관계 이후 피고인이 한국어로 얘기를 했는데 미안하다는 식의 이야기를 했을 것으로 추측된다고 진술하였다. 그런데 피해자가 2019. 5.경 경찰에 제출한 진술서에서부터 피고인이 성관계 도중 배를 꼬집었다는 내용이 포함되지 않았고, 나아가 피해자가 당시 'Don't touch me'라고 얘기하거나 성관계 직후 피고인이 무릎을 꿇고 Sorry'라고 말하였다는 내용이 추가되었다. 이처럼 피해자의 진술은 시간이 지나면서 구체화되었는바, 뒤에서 본 바와 같이 피고인과 주고받았던 문자메시지 내용과 그 이후의 사정을 함께 고려하여 보면 피고인이 피해자를 강간하였다는 취지의 피해자 진술을 그대로 믿기 어렵다.

② 2018. 10. 22. 피감독자간음 범행에 대해서도 피해자는 처음 수사기관에서 폭행·협박 등은 수반되지 않았으면서 피고인이 그때도 잘해주었다는 취지로 진술한 바 있는데, 그 후 2019. 5.경 경찰에 제출한 진술서에서부터 '피고인이 당시 불법체류 상태에 있던 사촌언니를 신고해 잡아가게 하겠다. 일을 못하게 하고 월급을 주지 않겠다. 말을 잘 들으면 합법적으로 일할 수 있는 비자를 발급받을 수 있게 도와주겠다고 하였다'는 취지로 진술하였다. 이와 같이 피해자의 진술은 피감독자간음 범행의 구성요건을 이루는 사실에 대해 구체적인 내용이 추가되었다고 볼 수 있는데, 피해자가 약 4일 전 피고인에게서 강간 범행을 당해 정신적으로 큰 충격을 받았다고 진술하고 있음에도 피고인 밑에서 계속 일하였던 점, 처음에 관광 목적으로 대한민국에 입국하였다고 진술하였음에도 성범죄 피해를 감수하고도 계속 일하여야 할 이유가 있었는지 의문인 점, 특히 불법체류 중인 사촌언니의 추방을 막기 위해 피고인의 성관계 요구에 응하였다는 취지의 피해자 진술은 일반적으로 쉽게 이해하기 어려운 점 등에 비추어 마찬가지로 그대로 믿기 어렵다.

③ 피해자는 이 사건 각 범행을 당한 이후에도 수차례에 걸쳐 피고인과 성관계를 맺었고, 중국에 2차례 다녀오기도 하였으며 특히 대한민국에서 일을 하기 위해 남편과 동행하기도 하였는데, 앞서 본 바와 같이 피해자가 피고인과 '보고 싶다', '사랑한다'는 취지의 문자메시지를 주고받았던 점을 함께 고려해보면, 위와 같은 사실은 계속적으로 피해를 당한 피해자의 행동으로 보기에는 이례적이다.

④ 피해자는 피고인이 불법체류 사실과 앞으로 일을 하지 못하게 한다거나 근로대가를 지급하지 않겠다는 취지로 협박하여 그 이후 피고인의 성관계 요구에 응하게 되었다는 취지로 진술한 바 있다. 그러나 앞서 본 바와 같이 피해자의 행동은 다소 이례적으로 이해하기 어려운 부분이 있고, 피해자의 남편이 피해자와 피고인 사이에 있었던 일을 알고 자해행위를 한 다음날인 2019. 3. 26.경에도 '남편과 빨리 이혼해야 한다'거나 '우리 사랑이 너무 힘들다'는 내용의 문자메시지를 주고받았던 점에 비추어 피해자의 위 진술을 그대로 받아들이기는 어렵다.

⑤ 피해자는 피고인과 주고받았던 애정표현이 담긴 문자메시지에 대해 피고인의 지시 또는 요구로, 혹은 피고인이 직접 피해자의 휴대전화를 이용하여 피고인의 휴대전화로 보낸 것이라는 취지로 원심법정에서 진술하기도 하였다. 그러나 피고인이 위와 같이 지시·요구하였다고 볼 만한 문자메시지 등이 발견되지 않고, 더욱이 피고인이 직접 피해자의 휴대전화를 이용하여 자신에게 문자메시지를 보낼 이유도 찾을 수 없으며, (후략)



결국 재판부는 피해자가 공소사실에 해당하는 사건 이후에도 피고인과 수차례 성관계를 한 점, 계속해서 피고인에게 고용되어 일을 했던 점, 사랑한다는 취지의 메시지를 주고받은 점을 들어 그러한 모습은 “피해를 당한 피해자의 행동으로 보기에 이례적”이라는 이유로 피해자의 진술의 신빙성을 부정하였다.

그러나 피해자는 문제가 된 문자메시지도 피고인이 직접 보냈거나 보내라고 지시했다고 진술하며 피고인과 유사 연인 관계였다는 사실을 부정하고 있는 점, 만일 실제로 피고인과 피해자가 연인 관계였다면 피해자가 출국하였다가 곧이 남편과 함께 한국에 들어올 이유가 없는 것으로 보이는 점, 설령 피고인과 피해자가 범행 이후 어떤 감정이 생겼더라도 그것은 피고인과 피해자가 만난 지 5일 만에, 그리고 문제된 메시지를 주고 받은 때로부터 6개월 전에 일어난 범죄의 성립에는 영향을 미치지 않는 점, 사촌언니를 불법체류자로 신고하겠다는 피고인의 협박이 피해자에게는 큰 공포로 느껴졌을 수 있는 점 등을 고려하면 위와 같은 재판부의 판단은 ‘피해자다움’에 근거한 판결로써 성인지 감수성이 부족하다고 평가할 수 있다.

## 나. 성폭력 통념 ② 피해자유발론

### 1) 기준의 해석

“피해자유발론”은 피해자에게 성폭력이 발생하도록 유도한 책임이 있다거나 피해자가 가해자에게 여지를 주었다는 논리이다<sup>6)</sup>. 이러한 성폭력 통념은 흔히 “피해자도 원했던 것이 아니냐?”라는 질문으로 나타난다. 피해자가 가해자와 단둘이 술을 마셨다거나, 호감을 표시했다거나, 친밀한 관계에 있어 성관계를 한 적이 있다는 사실 등은 피해자가 그 이후에 발생한 특정한 성 행위(범죄 행위)에 합의하였다는 근거가 될 수 없음에도, 피해자의 특정한 행동 혹은 피해자가 평소 피고인과 맺고 있던 관계에 근거하여 성폭력 사건의 발생에 피해자의 책임이 있다고 여기며 가해자의 행위를 정당화 하는 것이다.

판결문에서 이와 같은 성폭력 통념이 드러나는 방식은 대부분 재판부가 피해자의 진술의 신빙성을 부정하는 이유 중 하나로 위와 같은 통념을 제시한 것이었다. 특히 이 유형의 성폭력 통념이 드러난 판결은 대부분 사건 시점에 피고인과 피해자가 친밀한 사이였던 경우거나, 친분이 있는 지인인 경우에 해당하였다.

### 2) 성폭력 통념이 드러난 판결들

피고인과 상당기간 연인 관계에 있었던 피해자가 스스로 매우 많은 횟수의 성관계를 하였다고 인정하면서도 관계가 시작될 무렵의 성관계를 특정하여 강간으로 고소한 사건에서, 재판부는 피해자의 진술이 일관되고 범행 방법에 관한 묘사가 구체적이며, 일부 공고사실에 대해서는 다른 증거도 피해자의 진술에 부합하는 측면이 있다고 하면서도 ‘피해자가 피고인과 함께 무인 모텔에 들어간 사실’ 등을 근거로 피해자 진술의 신빙성을 끝내 인정하지 않았다(광주고등법원 (전주)2021노 145 판결).

피고인과 내연관계로 지내던 피해자가 술에 만취한 상태에서 피고인을 만난 후 준강간 피해를 입었다고 고소한 사건에서, 평소 성관계를 하던 사이였고 사건 당일 밤에도 피해자가 남편과 싸우고 술에 취하여 피고인을 먼저 찾아간 것이기 때문에 이는 애초에 성관계를 염두에 둔 행위로 볼 수 있다는 성폭력 통념이 반영된 1심의 무죄 판단을 정당하다고 본 판결도 있었다(광주고등법원 2021노338 판결).

피고인과 6-7년 전부터 알고 지낸 사이였던 피해자가 강간으로 피고인을 고소한 사안에서, 재판부는 사건 직후 피해자가 경찰에 신고를 하였고 현장에 출동한 경찰관이 피고인의 오른팔에 상처가 있는 모습을 사진으

6) 한국성폭력상담소(2019), 앞의 글, 13면

로 남겼는데 해당 상처가 피해자가 저항하다 남겼다는 진술이 피고인의 설명보다 타당한 점, 피해자의 목걸이가 끊어진 상태로 사건현장 바닥에서 발견된 점 등 물리력의 행사가 있었다는 의심이 든다면, 아래와 같은 사정을 들어 콘돔을 끼지 않은 삽입행위에 대하여 다툼이 있었을 뿐 강간 범행이 있었다고 볼 수는 없다고 판단하였다.

피고인과 피해자는 피고인의 집에 가기 전 방문한 편의점에서 여러 개의 칫솔을 구입하였고, 피고인 주거지의 엘리베이터 CCTV에 피해자가 전화통화를 하고 있는 피고인에게 먼저 키스를 하고 입에 아이스크림을 물어 피고인의 입으로 전달하는 모습이 촬영되기도 하였다. 한편, 피고인과 피해자가 피고인의 주거지에 가기 전 함께 술집에서 술을 마셨던 피고인의 친구 F은 법정에서, 피고인과 피해자가 애인관계라고 여겨질 정도로 매우 친밀한 관계에 있었다고 보였고 이들과 헤어진 뒤 피고인과 통화를 할 때 들려온 피고인과 피해자의 대화에서도 같은 인상을 받았다는 취지로 증명하였다. 이러한 사정들에 비추어 보면, 피해자가 피고인의 주거지로 들어갈 당시 피고인의 성관계요구에 응할 생각을 갖고 있었을 가능성도 배제할 수 없다. (청주지방법원 2021. 8. 27. 선고 2020고합121 판결)

설령 피해자가 피고인과 어떠한 관계를 맺을 생각으로 피고인의 집에 갔다하더라도, 사건 발생 당시 피해자가 성관계를 원치 않아 저항하였고 피고인이 그러한 피해자의 저항을 폭행 또는 협박으로 억압하였다면 이는 그 자체로 강간죄에 해당할 것이다. 그럼에도 위 판결은 사건 발생 직후 현장의 상황에서 확인된 유형력의 행사가 있었다고 추단가능한 객관적 증거보다도 사건 발생 전 피해자의 행위를 문제 삼아 피고인의 범행을 인정하지 않았다는 점에서 성폭력 통념이 크게 드러난 판결이라 할 것이다.

#### 다. 성폭력 통념 ③ 피고인이 피해자가 동의하였다고 착각하였을 것이다

##### 1) 기준의 해석

현행 형법 상 성폭력 범죄의 기본유형으로 여겨지는 강간죄와 강제추행죄는 모두 ‘폭행 또는 협박’을 구성요건으로 하고 있다. 이에 대해서 성폭력 범죄의 기본 구성요건으로 ‘비동의’를 두어야 한다는 논의는 오래전부터 있었다(신윤진, 2005; 이호중, 2005; 장다혜·이경환, 2019 등). 이와 같은 논의는 현재 강간죄 등의 구성요건으로서 ‘폭행 또는 협박’을 최협의로 해석하는 사법부의 판단에 대한 문제의식이 반영되어 있기도 하지만, ‘피해자가 적극적으로 저항하지 않았다면 동의하였을 것이다’라는 성폭력 통념을 벗어나기 위한 방안이기도 하다.

이에 대해서 ‘동의’라는 개념을 형법 상 구성요건으로 두는 것은 부적절하다는 반박들도 있으나(이영란, 1994; 서보학, 1998 등), 하급심 판례를 분석한 결과 성폭력 범죄의 성립여부에 있어 우리 법원은 이미 피고인의 고의를 판단하는 과정에서 피해자의 동의 여부를 고려하고 있음을 확인할 수 있었다.

그러나 이와 같은 재판부의 판단은 위에서 언급한 성폭력 통념을 벗어나지 못하고, 피해자가 적극적으로 저항하지 않았거나 혹은 그 전에 성관계를 한 적이 있다면 해당 행위에도 동의하였을 가능성이 있고, 최소한 피고인은 피해자가 동의하였을 것이라고 생각하였을 것이기 때문에 고의가 없다는 결론으로 이어지는 문제가 있었다.

##### 2) 적극적으로 거부하지 않았다면 ‘동의’하였다고 착각할 수 있다는 판결들

피고인이 연인사이이던 피해자를 각각 다른 날에 협박, 폭행(3회), 강간하려다 미수에 그쳤다는 혐의로 기소된 사안에서, 재판부는 2019. 11. 18. 술을 마신 피고인이 성관계를 요구하였는데 피해자가 이를 거부한 점, 이에 화가 난 피고인이 피해자의 얼굴부위를 수회 폭행하면서 힘으로 원피스를 찢은 것을 인정하면서도, 피고

인과 피해자가 연인관계였기 때문에 피해자가 비록 거부 의사를 표시하였더라도 완강하게 표시하지는 않은 것으로 보이고 그렇다면 피고인은 평소처럼 성관계를 하려고 했을 뿐이어서 강간의 고의는 없다는 이유로 강간 미수죄는 무죄로 판단하고, 같은 날 발생한 폭행에 대해서만 유죄를 인정하였다(대전지방법원 천안지원 2021 고합57 판결).

피고인이 가게에서 술을 마시던 중 종업원인 피해자의 손을 잡아 자신의 성기를 만지게 하고 피해자의 엉덩이(허리 부위)를 만져 강제추행하였다는 혐의로 기소된 사안에서, 재판부는 피고인이 피해자의 손을 잡아 피고인의 성기를 만지게 하였다는 사실과 피해자가 거부 의사를 밝혔다고 진술하였다는 점을 인정하면서도, 피해자가 그 직후 웃음을 보였다는 점 등을 들어 피고인에게 추행의 고의가 없다고 판단하였다. 나아가 이후 피고인이 피해자의 허리부위를 기습적으로 추행하였더라도 피고인 입장에서는 이전의 동의를 계속되는 것이라고 착각할 수 있었다고 하며 추행의 고의를 부정하였다. 그러나 판결문의 내용만 보더라도 이 사건에서 피해자는 한 번도 피고인의 행위에 동의를 의사표시를 한 적이 없음이 명백하다.

피해자가 이 법정에서 '피고인의 신체접촉에 당황스럽기는 하였으나, 피고인과 이야기를 나누다보니 추행이 아닌 여러 사람들이 함께 있는 자리에서의 장난으로 인식하게 되었다'고 진술한 점 등을 종합하여 볼 때, 피고인이 피해자의 손을 잡아 피고인의 성기를 접촉하게 하였다고 하더라도 그것이 피해자의 의사에 반하였다고 보기 어렵다. 이처럼 위와 같은 신체접촉에 대한 피해자의 동의의사를 배제할 수 없는 이상 그 이후에 이루어진 피고인의 피해자의 허리 부위에 대한 신체접촉이 설령 피해자의 의사에 반하여 이루어진 것이라고 하더라도, 그 거부 의사가 현실화되기 이전까지 피고인으로서의 피해자가 그 행위를 용인하거나 이에 동의할 것으로 믿고 행위에 나간 것으로 볼 여지가 있으므로, 피고인에게 추행의 고의가 있었다고 단정하기 어렵다. (의정부지방법원 고양지원 2020고단1969 판결)

피고인이 처음 만난 피해자와 주점에서 합석하여 술을 마시던 중 피해자가 거부하였음에도 계속해서 피해자를 껴안는 등 강제로 추행하였다고 기소된 사안에서, 재판부는 CCTV를 통해 피해자가 피고인에게 정색을 한 이후로(거부 의사를 표시한 이후로) 피고인이 1회 더 피해자를 껴안았음에도 불구하고, 피해자가 적극적으로 밀쳐낸 후로는 그러한 행위를 하지 않았으므로, 그 전의 행위는 피고인이 피해자의 동의를 착각하여 추행의 고의가 조각된다고 볼 수 있다는 이유를 들어 유죄를 선고한 1심 판결을 파기하고 무죄를 선고하였다.

위 CCTV 영상에서 피해자가 웃고 있는 앞 40초 정도까지는 피고인이 적극적으로 피해자를 당겨 끌어안고 있지만, 피고인과 피해자가 게임을 하며 자연스럽게 신체접촉을 하고 있었던 상황이나 CCTV 영상에 나타나는 피해자의 표정이나 몸짓에 비추어 피고인의 입장에서는 피해자가 이와 같은 정도의 신체접촉을 거부하지 않는다고 생각하였을 가능성이 있다고 보인다. 또한, 피해자가 정색을 한 이후로 피고인이 1회 피해자를 다시 껴안았지만, 피해자가 피고인을 밀쳐내자 피고인은 더 이상 피해자를 억지로 껴안는 행동을 하지 않았다. 이는 앞서 본 바와 같이 피고인이 피해자가 위와 같은 신체접촉에 동의하였다고 오해하여 접촉을 시도하였다가 실제로는 피해자의 생각이 그렇지 않음을 알게 되자 강제적인 접촉까지는 하지 않으려 했기 때문으로 보인다. 따라서 설령 피고인의 행위가 추행에 해당한다고 보더라도 피해자의 동의를 착각한 경우로서 추행의 고의가 조각된다고 볼 수 있다. (서울중앙지방법원 2020노2691 판결)

### 3) 그 전에 동의하였다면 또 동의하였다고 착각할 수 있다는 판결들

분석대상판결 중 특히 카메라등이용촬영범죄 유형의 판결문에서 피고인과 피해자가 친밀한 사이였고 사귀는 도중에 피해자가 피고인이 신체 등을 촬영하는 것에 동의하였다면, 피해자가 동의하지 않았다고 진술하더라도 피고인이 피해자의 동의를 있었을 것으로 생각하여 범죄가 성립되지 않는다고 판단한 판결들이 있었다.

성관계 도중 여러 장의 사진이 촬영된 사안에서 피해자 자신의 얼굴이 정면으로 나오는 모습들만 촬영에 동의하였다는 것은 쉽게 납득하기 어렵다. 나아가 성관계 도중 피해자가 정면을 보고 누워있는 장면의 촬영을 동의하였다면, 적어도 피고인의 입장에서는 피해자가 촬영에 전부 동의한 것으로 받아들였을 가능성도 있다. (서울중앙지방법원 2020고단5985

판결)

부분 공소사실 가항에 대하여, 피고인의 휴대전화에 대한 디지털 증거분석결과에 의하면 피해자의 상반신 나체를 촬영한 사진 1장이 캐쉬 파일 형태로 확인되었다. 다만, 사건 당시 피고인과 피해자가 연인 관계에 있었던 점, 피고인이 피해자를 촬영한 장소는 실내이고, 밝은 조명 아래 피해자의 정면에서 위 사진을 촬영한 점, 사진의 촬영 각도, 구도, 선명도 등에 비추어 볼 때 피해자가 잠시 눈을 가리는 동안 몰래 찍었다고 보기 어려운 점 등을 종합하여 보면, 당시 피해자가 피고인의 위와 같은 촬영에 대하여 적어도 묵시적으로 동의하였을 가능성을 배제하기 어렵다. (서울중앙지방법원 2021 노1967 판결)

촬영당시 명백히 피해자가 동의할 수 없는 상황이었다고 하더라도 피고인의 고의가 없다고 판단한 판결도 있었다. 피고인과 피해자가 연인관계였을 때 피고인이 피해자의 의사에 반하여 누워서 자고 있는 피해자의 신체를 찍은 혐의로 기소된 사안에서, 교제기간 중에 둘이 성관계를 하는 장면이나 함께 옷을 벗고 있는 모습을 촬영한 적이 많기 때문에 비록 피해자가 자고 있어 명시적 동의를 할 수 없는 상태였다 하더라도 피고인이 피해자가 동의하였을 것이라고 생각하여 의사에 반하여 촬영한다는 고의를 가지고 있었다고 보기 어렵다고 판단하였다(서울중앙지방법원 2020고단1797 판결). 그러나 피해자가 자고 있었다면 피고인이 피해자의 동의를 얻지 못하는 상황이 분명하였다는 점에서 이러한 판결은 성폭력 통념이 작동한 판결로 평가할 수 있다.

## 라. 성폭력 통념 ④ 고소에 다른 목적이 있을 것이라는 의심

### 1) 기준의 해석

‘고소에 다른 목적이 있을 것이라는 의심’은 성폭력 사건의 고소는 ‘무고’가 많을 것이라는 통념과 함께 한다. 2017-2018년 검찰의 무고 사건 처리 통계에서 성폭력 피해자를 무고로 고소한 사건 중 84.1%는 불기소 처분으로 종결되었고, 유죄가 선고된 사건은 5.9%에 불과하였다<sup>7)</sup>. 그럼에도 불구하고 유독 성폭력 피해자들은 ‘다른 의도’를 가지고 고소를 하였을 것이라는 의심을 받는다. 한국성폭력상담소(2019)에서 제시한 전형적인 통념으로는 ‘연애관계가 안 좋게 끝났을 때 상대방에게 보복하기 위해’, ‘피해자 본인이 곤경에서 벗어나기 위해’, ‘바람을 피우다가 배우자 또는 애인에게 들켰을 때 이를 돌려대기 위해’ 고소를 하였다는 의심 등이 있다.

### 2) 친밀한 관계에서 발생한 문제로 인해 고소하였다는 의심

‘피해자다움’ 유형을 분석하며 소개하였던 광주고등법원 (제주)2021노76 판결에서는 네 번째 유형의 통념도 확인할 수 있었다. 재판부는 앞서 언급하였던 사실로 피해자 진술의 신빙성을 부정하면서 추가적으로 피해자가 피고인을 고소하기 전 업무 문제와 관련하여 아래와 같은 메시지를 보낸 사정을 두고, 이것이 피고인을 허위로 고소하게 된 이유일 수도 있다고 판시하였다. 그러나 이 같은 사정은 오히려 피해자가 일을 그만둘 결심을 하고 나서야 피고인을 고소할 수 있게 되었다는 사정을 뒷받침할 수도 있다 할 것이다.

오히려 피해자는 피고인에게 2019. 4. 13. 'M'이라는 사람이 출근한 이유를 따져 묻고, 2019. 4. 20.~21. '피고인을 더 이상 믿을 수 없고, M이 여기서 일을 하면 피해자는 일을 하지 않을 테니 둘 중 하나를 선택하라', '피고인이 M을 선택했으니 더 이상 출근하지 않겠다'는 취지의 문자메시지를 보낸 점에서 피해자의 위 진술을 납득하기 어려운데, 오히려 업무관계나 금전적 대가 등을 둘러싸고 피고인과의 관계가 악화되어 이 사건에 이르게 되었을 가능성을 배제할 수 없다. (광주고등법원 (제주)2021노76 판결)

7) 윤덕경·김정혜·천재영·김영미, 여성폭력 검찰통계 분석(II): 디지털 성폭력 범죄, 성폭력 무고죄를 중심으로. 서울 : 한국여성정책연구원, 139면, 2019, 139면.

피고인이 가출한 지적장애인인 피해자와 우연히 한 집에서 살게 되어(당시 해당 장소에는 여러 명이 함께 지냈다) 교제를 하는 사이였는데 강제추행을 하였다는 혐의로 기소된 사안에서, 재판부는 피해자가 경북대학교병원 아동성폭력전담센터에서 진행한 진술에서 '싫다고 했는데 자꾸 만지고 보보를 해서 많이 싸웠다'는 취지의 진술을 하였다는 점을 인정하면서도, 아래와 같은 사정을 들어 피고인에게 무죄를 선고하였다. 이러한 판단은 판결문에 적시된 'F'가 어디인지는 알 수 없으나 지적장애를 앓고 있는 피해자의 특성 상 진술을 청취할 때에는 장애를 이해하고 있는 전문가의 조사가 필요하고, 그렇게 이루어진 진술이 더 유의미하다는 점(이미정, 2016; 장애여성공감, 2016) 등도 고려하지 못한 것으로 보인다.

또한 피해자는 F에서 조사받을 당시 조사관으로부터 '어떤 이야기하러 온 거예요?'라는 질문을 받고, 처음에는 이 사건 피해사실은 전혀 진술하지 아니한 채 'G, H, I, 피고인과 다른 일과 피고인이 I와 바람을 피워 화가 많이 난 일'에 관하여만 진술하였다(증거기록 63~76쪽). 이와 같은 사정들에 비추어 보면, 피해자가 피고인에 대한 배신감 등으로 허위로 피고인에게 불리한 진술을 하였을 가능성을 배제할 수 없다. (부산고등법원 2020노690 판결)

피고인과 피해자가 연인관계였을 때 피고인이 피해자의 의사에 반하여 누워서 자고 있는 피해자의 신체를 찍은 혐의로 기소된 사안에서, 재판부는 외부 유출 여부나 촬영물을 이용한 협박 여부와는 관계없이 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 사람의 신체를 피해자의 의사에 반하여 촬영하면 성립하는 것이 카메라등이 용촬영범죄의 구성요건임에도 불구하고, 범죄의 성립에 아무런 영향을 미치지 아니하는 피해자의 고소 경위(절도 문제로 인하여 둘 사이의 관계가 파국에 이르렀다는 사실)를 문제 삼았다(서울중앙지방법원 2020고단1797 판결). 그러나 피해자로서는 피고인과 연인관계를 유지하던 때에는 피고인을 고소하기 싫은 양가감정을 충분히 느꼈을 수 있고, 특정한 사건으로 인하여 관계가 깨진 때에야 비로소 고소를 결심하였을 수도 있다는 점에서 그와 같은 재판부의 판단은 성폭력 통념이 드러난 판결이라 할 것이다.

### 3) 다른 문제를 보복하기 위해 고소하였다는 의심

피고인이 회식자리에서 직장동료인 피해자의 가슴을 잡아 강제로 추행하였다는 혐의로 기소된 사안에서, 1심 판결은 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정되는 다음의 사정들, “① 피해사실 및 전후의 상황에 대한 피해자의 진술이 구체적이고 일관되며 피해자가 피고인을 무고할 만한 동기나 이유가 없는 점, ② 피고인 역시 사발식을 하던 도중 피해자로부터 피해자가 들고 있던 양푼을 뺏으려 한 적은 있다고 진술하고 있는 점, ③ 피해자는 사건 직후 회사 내 노동조합 부위원장인 G에게 피해사실을 알렸고, 회식 후 대전에서 구미로 차를 운전하여 가는 도중 동승하였던 F, E에게도 피해사실을 말한 점”<sup>8)</sup> 등에 비추어, 피고인이 판시 범죄사실 기재와 같이 피해자의 가슴을 강제로 만져 추행한 사실을 넉넉히 인정할 수 있다고 보아 피고인의 변소를 배척한 다음이 사건 공소사실을 유죄로 판단하였으나, 해당 판결은 피고인의 옆에 앉은 사람이 누군지에 대한 피해자의 진술이 믿을 수 없다는 점과 더불어, 피해자가 고소를 하게 된 경위가 의심스럽다는 이유로 원심판결을 파기하고 피고인에게 무죄를 선고하였다.

피해자는 사건 발생 후 약 2년이 경과한 2019. 4. 23. 아침에 있었던 직원회의에서 E과 피해자 사이의 불미스러운 소문과 관련하여 O을 다그치는 과정에서 피고인으로부터 제지를 당하자 피고인과 언성을 높이며 욕신각신 하던 중 비로소 이 사건을 경찰에 신고하였는바, 사건 발생 당시 임신 초기로서 출산 후로 신고를 미루었다는 피해자의 주장을 심분 감안하더라도 위와 같은 신고 경위가 석연치 않은 인상을 지울 수 없다. (대전지방법원 2020노1076 판결)

8) 대전지방법원 2020.4.9. 선고 2019고단4178 판결

#### 4) 본인이 곤경에서 벗어나기 위해 고소하였다는 의심

피고인이 자신의 친구의 여자친구인 피해자와 술을 마시고 나서 피해자가 남자친구의 집으로 귀가하자 자신도 자겠다며 따라가서 잠을 자고 있던 피해자를 준강간하였다는 혐의로 기소된 사안에서, 재판부는 공소사실을 인정하는 듯한 피고인의 전화 통화 내용에도 불구하고("피고인과 피해자 사이의 2018. 5. 21.자 전화통화 내용 녹취록에 의하면, 피고인이 피해자에게 '오빠가 몸을 먼저 너 몸을 더듬었거든. 그랬는데 너가 반응이 없고 가만히 있더라고. 그래가지고 그렇게 된 거였지.'라고 말한 사실을 인정할 수 있다."), 피해자가 피고인을 남자친구로 착각하여 성관계를 하였을 가능성도 배제할 수 없고, 피해자가 고소한 경위가 남자친구(D)에게 상황을 해명하기 위한 것으로 보인다는 점을 들어 피고인에게 무죄를 선고하였다.

피해자는 이 사건 전날인 2018. 5. 6. 03:00경 D과 성관계를 한 것으로 보이고, 피해자의 진술에 의하더라도 당시 피해자가 성관계의 중단을 요구하자 피고인이 피해자에게 "왜 그러냐"라고 물어봤다는 것인바, 이 사건 성관계가 이루어진 시간과 장소 등에 비추어 보면, 피고인이 D의 집에서 자고 가기로 했다는 사정을 모르는 피해자가 옆에 누워있는 피고인을 D으로 오인하여 스킨십을 시도하였고, 피고인도 피해자가 성관계를 원하는 것으로 오인하여 자연스럽게 성관계를 시작하게 되었을 가능성을 배제할 수 없다.

(중략)

피해자는 사건 당일 피고인을 강간으로 경찰에 고소하였다. 그러나 D은 원심 법원에서 당시 피해자가 자신에게 "실수였다"고 말을 하면서 "자기 이제 안 만날 거냐"고 물어봤다고 진술하였는바, 이러한 사정에 비추어 보면 피해자가 피고인을 고소한 것은 자신의 남자친구인 D에게 그 친구인 피고인과의 성관계가 알려지게 되자 향후 D과의 관계가 소원해지거나 단절되는 것을 막기 위하여 자신의 의사로 성관계를 한 것이 아님을 해명하고자 하는 것이 주된 의도였던 것으로 보인다. (광주고등법원 2020노258 판결)

#### 마. 성폭력 통념 ⑤ 성적수치심을 일으키는 행위라고 볼 수 없다

##### 1) 기준의 해석

일부 성폭력 범죄의 법률 또는 성폭력 범죄의 판결문에 등장하는 '성적 수치심'이라는 용어는 그간 꾸준히 성폭력 피해자들이 경험하는 공포나 분노, 무기력함, 불쾌감 등 다양하고 복합적인 피해감정을 소외시키고 피해자다움을 강요하는 용어라는 지적을 받아왔다<sup>9)</sup>. 이에 관하여는 전문가들의 문제의식도 크게 다르지 않다. 2018년 한국형사정책연구원이 교수, 검사, 판사, 변호사 등 전문가 48명을 대상으로 조사한 결과, '성적 수치심'을 '성적 불쾌감' (65.2%) 또는 '성적 모욕감' (63%)으로 변경할 필요가 있다고 응답하였다<sup>10)</sup>. 이러한 논의를 반영하여, 양형위원회는 2022년 성범죄 양형기준 개정안에서 특별양형인자의 가중요소로서 '극도의 성적 수치심 증대'를 '극도의 성적 불쾌감 증대'로 수정하기도 하였다<sup>11)</sup>.

그런데 분석대상 판결문 중 특히 강제추행 유형의 판결문들에서, 강제추행죄는 구성요건 자체로 '성적 수치심'이 규정되어 있지 않음에도 불구하고, 피고인의 행위로 인하여 피해자가 느낀 감정이 성적 수치심이 아니라는 이유로 피고인에게 무죄를 선고한 판결들이 다수 있었다.

##### 2) 성폭력 통념이 드러난 판결들

직장상사인 피고인이 직원인 피해자 2명의 어깨를 주무르거나 팔뚝을 주물러 강제추행하였다는 혐의로 기

9) 법무부, 디지털 성범죄 등 대응 TF·전문위원회 활동과 성과, 152면, 2022.

10) 법무부, 앞의 책, 156면(한국형사정책연구원, 젠더 폭력 관련 법체계 개선방안, 2018.에서 재인용)

11) 양형위원회, 성범죄 양형기준, 4면, 2022.

소된 사안에서, 재판부는 피해자들의 진술의 신빙성과 피고인의 행위 태양, 접촉 부위 등을 고려하면 각 공소 사실이 넉넉히 인정된다고 하여 유죄를 선고한 원심판결을 파기하고, 피고인과 피해자들이 동성이라는 점, 행위 태양이 팔뚝을 주무르거나 엉덩이 부위를 한 차례 툭 친 정도에 불과하여 성적 수치심을 일으킬 만한 행위는 아니라는 점을 들어 피고인에게 무죄를 선고하였다.

따라서, 위와 같이 신빙성이 의심스러운 피해자들과 H의 진술만으로는 피고인의 피해자들에 대한 강제추행 행위가 있었다고 단정하기 어려운데다가, 설령 피고인과 피해자들 사이에 공소사실 기재와 같은 신체적 접촉이 있었다 하더라도, 이는 피고인이 동성(同性)인 피해자들을 상대로 사과를 하면서 어깨동무를 하고 팔뚝을 주무르거나 엉덩이 부위를 한 차례 툭 친 정도에 불과하여, 그로 말미암아 피해자들로 하여금 성적 수치심을 일으키게 하거나 성적 자유가 침해되는 정도에 이르렀다고는 보기 어렵다. 그런데도 이와는 달리 이 사건 각 공소사실을 모두 유죄로 판단한 원심판결에는 사실을 오인하였거나 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. (대전지방법원 2020노3171 판결)

교사인 피고인이 다수의 여학생들을 추행한 혐의로 기소된 사안에서, 재판부는 피고인의 피해자 G에 대한 강제추행 혐의에 대하여 판단하면서, 설령 피고인이 피해자의 손을 만졌다 하더라도 당시 피해자가 느꼈을 감정은 성적 수치심이 아닌 당혹감과 불쾌감이었을 것이라는 이유로 피고인의 혐의를 무죄로 판단하였다(수원고등법원 2021노77 판결). 피해자 G 이외에 다른 피해자에 대한 강제추행 혐의는 대부분 유죄로 인정되었다.

학원강사인 피고인이 수업 도중 예시를 설명한다면서 피해자의 손을 잡고 갑자기 자신(피고인)의 가슴을 만지게 하여 추행하였다는 혐의로 기소된 사안에서, 1심판결은 “(생략) ③ 피고인과 피해자는 학원 선생과 제자 사이일 뿐 신체부위에 대한 접촉이 쉽게 용인될 수 있는 관계가 아님에도 피고인은 피해자를 포함하여 8명의 학생이 있는 교실 안에서 수업 내용을 설명한다는 이유로 반팔을 입은 채 팔짱을 끼고 있는 피해자의 한쪽 손목을 잡아 자신의 가슴에 가져다 대었고, 이러한 피고인의 행위는 피해자의 의사에 반하여 이루어진 것으로서 피해자의 성적 자유를 침해하는 유형력의 행사에 해당하는 점, ④ 피해자는 피고인의 행위로 인하여 분노, 무기력, 모욕감 등의 감정을 느낀 것으로 보이고, 이는 피해자가 성적 자유를 침해당했을 때 느끼는 성적 수치심의 범주에 포함되는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 범행 당시 피고인이 성욕 충족 등 주관적 동기나 목적 없이 오로지 수업 내용을 설명하기 위하여 공소사실 기재 행위를 하였더라도 피고인의 행위는 객관적으로 일반인으로 하여금 성적 수치심을 일으키는 추행에 해당하고, 피고인이 피해자의 손목을 자신의 가슴 쪽으로 가져간다는 사실을 인식하고 있었던 이상 미필적으로나마 자신의 행위가 객관적으로 추행행위에 해당한다는 점에 대한 인식은 하고 있었다”고 보아야 한다며 피고인을 유죄로 인정하고 벌금형을 선고하였다<sup>12)</sup>. 그러나 이 사건 재판부는 1심이 인정한 사실들은 모두 정당하다고 하면서도, 피해자가 느낀 감정은 성적 수치심이라기보다는 불쾌감이었을 것이라는 이유로 원심 판결을 파기하고 피고인에게 무죄를 선고하였다(서울고등법원 2021노718 판결).

#### 4. 양형사유 분석

##### 가. 분석 기준

2018년 대법원의 법리는 성폭력 범죄가 있었는지, 특히 피해자 진술의 신빙성을 판단함에 있어 주로 적용되고 있는데, 피고인의 범죄행위가 인정된 이후 재판부에서 고려하는 양형사유에서도 성인지 감수성이 반영되고 있는지를 별도로 살펴보았다. 대법원 양형위원회의 양형기준표를 기준으로 하여, 실제 하급심 판결에서 부

12) 서울남부지방법원 2021.4.22. 선고 2020고합583 판결

정적·긍정적인 요소로 고려되고 있는 양형사유가 무엇인지를 죄명별로 살펴보았다. 특히 성폭력 피해자가 처한 사회적 현실을 적극적으로 고려하였거나 반대로 성폭력 통념이 작용한 것으로 볼 수 있는 사유 등, 성인지 관점에서 유의미한 양형사유들을 구체적으로 제시하며 검토하였다. 그중에서 특히 짚어 볼 지점이 있는 판결에 대하여는 보다 상세히 살펴보았다.

## 나. 강간죄 유형 판결문 양형사유 분석

### 1) 피고인에게 불리한 정상

강간죄 유형 판결들의 경우, 피고인이 동종누범자인 경우를 제외하고는 양형기준에서 정하고 있는 특별양형인자로서 가중요소가 있다고 판단한 판결문이 거의 없었다. 다만 양형기준에서 정하고 있는 행위요소에서의 특별양형인자(가학적·변태적 침해행위 또는 극도의 성적 불쾌감 증대, 범행에 취약한 피해자 등)에까지는 해당하지 않는다고 보면서도 피해자의 나이나 상태, 피고인의 범죄행위의 정도를 고려하여 범행양태가 불량하다거나 죄질이 불량하다는 것을 불리한 정상으로 실시한 판결문이 다수 있었다(서울고등법원 2021노634 판결, 서울북부지방법원 2021고합171 판결, 인천지방법원 2021고합17 판결, 서울남부지방법원 2020고합81 판결 등).

성범죄 양형기준 중 일반양형인자의 가중요소로 ‘인적 신뢰관계 이용’이 정해져 있다. 강간죄 유형의 판례에서 해당 요소를 구체적인 양형사유로 고려한 판결은 찾기 어려웠는데, 피고인이 전도사이고 피해자가 자신의 교회 신도였던 사건에서 피고인이 피해자의 신뢰를 이용하였다는 점을 불리한 정상으로 고려한 판결이 있었다. 해당 판결에서는 피고인의 범행이 “이른바 그루밍 수법에 의한 성범죄에 해당할 여지”가 크다는 점까지 지적하였다(서울고등법원 2021노1124, 2021전노97(병합), 2021보노50(병합) 판결).

한편, 2021년에 적용된 양형기준(성범죄 5차 수정 양형기준)에는 일반양형인자로서 정해져 있지 않았음에도, 피고인이 수사·재판 과정 중에 범행을 부인하거나 합의를 시도하는 과정에서 피해자에게 ‘2차 피해를 야기했다’<sup>13)</sup>는 것을 불리한 정상으로 실시한 판결문이 있었다. 이러한 판결들은 여성폭력 피해자에게는 ‘2차 피해로부터 보호받을 권리’가 있고(제14조), 국가와 지방자치단체는 2차 피해를 방지할 의무가 있다(제18조)는 여성폭력방지기본법의 취지를 충분히 고려한 판결로서 성인지 감수성이 반영된 판결이라 할 것이다.

그러나 피고인이 이에 대하여 재심과 행정심판을 청구하여 절차가 진행되는 과정에서 피고인과 그 가족들은 피해자를 비난하는 등 2차 피해를 가함으로써 피해자와 그 가족들에게 고통을 주었다. (서울고등법원 (춘천)2020노192 판결)

판시 강도강간죄의 경우 피고인은 CCTV 영상 등의 명확한 증거가 있음에도 혐의를 부인하여 고령의 피해자로 하여금 법정에서 출석하여 범행을 당한 기억을 되새기게 하는 등 불필요한 2차 피해를 유발하였다. (춘천지방법원 속초지원 2020고합27, 2021고합1(병합) 판결)

피해자는 이 사건 범행으로 인해 상당한 정신적 고통을 겪었을 것으로 보이고, 피고인이 이 사건 범행을 부인함에 따라 이 법원에 증인으로 출석하여 피해 사실을 다시 진술해야 하는 ‘2차 피해’까지 입었다. 피해자로부터 용서받지 못하였다. (의정부지방법원 2020고합443 판결)

나이 어린 피해자들은 이 사건으로 인하여 상당한 정신적 고통과 충격을 받은 것으로 보이고, 피고인이 이 사건 범행을 부인함에 따라 이 법원에 증인으로 출석하여 피해사실을 다시 진술해야 하는 ‘2차 피해’까지 입었다. (대구지방법원 포항지원 2020고합110-1(분리), 2021보고1(병합) 판결)

13) 성범죄 5차 수정 양형기준 상에서 “합의 시도 중 피해 야기”로 정해져 있던 일반양형인자의 가중요소가 2022년 성범죄 양형기준에서는 “2차 피해 야기”로 수정되었다.



피해자 측의 용서를 받지 못했다거나, 피해자 혹은 유가족이 엄벌을 탄원하고 있다는 것을 불리한 정상으로 실시한 판결문도 다수 있었다(수원지방법원 2020고합709 판결, 서울남부지방법원 2020고합81 판결, 대전고등법원 2021노191 판결, 제주지방법원 2021고합111·2021전고16(병합) 판결, 대전지방법원 서산지원 2020고합51 판결 등).

이러한 사유들이 형량을 정하는 데에 있어 실제로 어느 정도의 영향을 미쳤는지까지는 판결문 분석만으로는 알 수 없었으나, 피해자에게 2차 피해를 야기하였다거나 피해자 측이 엄벌을 탄원하고 있다는 점을 불리한 정상으로 실시한 판결들의 경우 1건의 판결을 제외하고는 모두 집행유예가 아닌 실형을 선고하였다는 것을 확인할 수 있었다.

## 2) 피고인에게 유리한 정상

강간죄 유형의 판결문에서 피고인에게 유리한 정상으로 실시한 대표적인 양형사유로는 ‘처벌불원’과 ‘형사처벌 전력 없음’이 있었다. 특히 피해자와 합의하고 피해자가 처벌불원의사를 표시한 경우에는 다수의 피해자 중 일부와 합의하지 못한 경우나 범죄행위가 경합하여 감형을 하더라도 권고형의 하한 자체가 집행유예 선고가 불가능한 경우를 제외하고는 모든 판결이 집행유예를 선고하였다. 이는 성범죄 양형기준 상으로도 ‘처벌불원’이 특별양형인자로서 감경요소이고, 집행유예 기준 상으로도 긍정적인 주요참작사유에 해당하기 때문인 것으로 보인다. 강간죄 양형사유의 일반양형인자로서 감경요소로 ‘형사처벌 전력 없음’을 정하고 있는데, 분석대상 판결문 중 피고인이 형사처벌 전력이 있음에도 동종전과가 아닌 경우에 이를 유리한 정상으로 실시한 판결문이 다수 있었다.

한편, 피해자의 처벌불원의사가 없음에도 집행유예를 선고한 판결이 3건 있었는데, 그 중 특히 피해자와 가족들이 피고인을 용서하지 않았음에도 불구하고 집행유예를 선고한 광주지방법원 2021. 9. 17. 선고 2021고합 185 판결의 양형사유는 성인지 감수성 측면에서 유의미하게 비판할 지점이 있다.

해당 사건은 피고인 A와 피고인 B가 동일한 미성년자 피해자를 각각 다른 일시에 간음하여, 각 미성년자의 제강간 혐의로 병합되어 재판이 진행된 사건이다. 피고인 B는 이 사건 재판 전에 사후적 경합범으로 다른 성범죄에 대해 실형이 선고되었기 때문에 집행유예가 아닌 실형을 선고받았으나, 피고인 A는 집행유예를 선고받았다. 40세 성인인 피고인 A는 15세인 피해자를 트위터를 통해 알게 된 후, 피해자가 가출한 사실을 알게 되자 자신의 주거지로 불렀다. 이후 피고인 A는 자신의 주거지에서 피해자와 함께 술을 마시던 중, 피해자가 피고인의 트위터에서 본 성 보조기구를 사용해보고 싶다고 말하자 수갑이나 채찍 등 해당 도구를 사용하여 피해자를 간음하였다. 이 사건 재판부는 피고인이 피해자와는 스물다섯 살이나 차이나는 어른이고 피해자와 그 가족들에게 용서를 받지 못한 점을 불리한 정상으로 보면서도, 아래와 같은 유리한 정상을 고려하여 집행유예를 선고한다고 실시하였다.

1) 피해자의 어린 나이를 고려하면 피고인의 범행을 조금이라도 피해자의 탓으로 돌려서는 안 된다. 피해자가 그릇된 성관념을 갖게 된 것 역시 어른들의 제대로 된 관심과 선도를 받지 못한 탓이지 피해자의 잘못으로 돌릴 수는 없다. 그렇지만, 피고인이 범행에 이르게 된 경위에 관한 아래와 같은 사정들은 피고인의 책임의 경중을 가리는 데는 다소나마 참작할 수밖에 없다. 피고인은 피해자를 달콤한 말로 꺾어내거나 청소년들이 성에 대해 호기심을 갖고 있는 것을 교묘하게 이용하여 피해자를 성관계로까지 유도해 낸 것은 아니었다. 피해자는 어린 나이임에도 불구하고 성에 대해 매우 개방적인 태도를 가지고 있었고, SNS 등을 통해 다수의 남성들에게 먼저 성관계를 공개 제안하는 모습을 보이기도 했다. 그런 피해자를 보고 한순간의 유혹을 이기지 못하여 성관계까지 하게 된 것은 분명한 잘못이지만, 아동이나 청소년의 정신적 미성숙을 이용해서 자신의 욕심을 채우는 전형적인 미성년자의제강간과는 조금 다른 죄질을 가지고 있다.

- 2) 피고인과 피해자의 성관계는 이른바 '조건만남'이라고 하는 아동·청소년의 성을 사는 행위와의 경계가 다소 희미한 측면이 있다. 피고인은 범행 당시 가출한 피해자에게 잠자리를 제공하였고, 성관계에 이르게 된 과정이나 그 이후의 정황들 역시 피해자에게 돈을 주지 않은 것만 빼면 '조건만남'이 이루어지는 패턴과 매우 유사한 모습을 보이고 있다. 물론 아동·청소년의 성을 사는 행위 역시 비난받아 마땅한 범죄행위임에는 틀림없지만 법정형의 차이[미성년자의제강간죄는 3년 이상의 징역, 16세 미만에 대한 아동·청소년의성보호에관한법률위반(성매수등)죄는 1년 6개월 이상 15년 이하의 징역 또는 3,000만 원 이상 7,500만 원 이하의 벌금] 등을 고려하면, 전형적인 미성년자의제강간의 경우와 동일하게 처벌하는 것은 피고인에게 다소 가혹하다고 판단된다.
- 3) 피고인이 범행 과정에서 딜도, 수갑, 채찍 등을 사용한 것은 피해자의 적극적인 요구에 응한 것이었다. 따라서 성인인 피고인이 미성년자에게 위와 같은 기구 사용을 먼저 제안한 경우와는 다르게 볼 수 있는 측면이 있다.
- 4) 피해자는 당시 만 15세로서, 이러한 나이의 미성년자와 이 사건처럼 폭행·협박이나 위계·위력 등 유형력의 행사 혹은 대가를 제공함이 없이 성관계를 갖는 것은 2020. 5. 19. 형법 개정에 의해 비로소 처벌 대상이 되었다. 그러므로 피고인에게 불법성에 대한 인식이 다소 약했다고 볼 여지가 있다.
- 5) 피고인은 성범죄를 저지른 전력이 없고, 주택범위범죄로 벌금형을 받은 것 이외에는 다른 전과가 없다.
- 6) 유·무죄와 관련 없는 일부 행위 태양에 관하여 억울함을 호소하였을 뿐, 전체적인 죄책은 모두 인정하고 반성하는 모습을 보이고 있다.

이 사건 재판부는 “피고인의 범행은 조금이라도 피해자의 탓으로 돌려서는 안 된다”고 하면서도, 피해자가 “어린 나이임에도 불구하고 성에 대해 매우 개방적인 태도”를 가지고 있었다며 피해자가 “SNS 등을 통해 다수의 남성들에게 성관계를 공개 제안하는 모습”을 보이기도 했다는 점 등을 들어 피고인이 “한순간의 유혹을 이기지 못하여 피해자와 성관계까지 하게 된 것”을 피고인에게 유리한 정상으로 판단하고 있다. 나아가 피해자가 이 사건 범행 당시 피고인에게 어떠한 대가를 요구한 사실이 없음에도 이 사건 범죄가 ‘조건만남’과 유사한 점이 있기 때문에 전형적인 미성년자의제강간의 경우와 동일하게 처벌하는 것은 가혹하다고까지 실시하고 있다. 미성년자의제강간죄의 경우 폭행 또는 협박 혹은 위계나 위력을 그 요건으로 하고 있지 않으므로 위와 같은 사정은 피고인의 범죄 성립에 아무런 영향을 미치지 아니함에도, 이처럼 피해자의 평소 성행이나 관점을 문제 삼고, 피고인의 행위를 두둔하는 것은 ‘피해자유발론’을 비롯한 성폭력 통념이 드러난 판결이라 할 것이다.

한편, 강간죄 유형의 분석대상 판결 중 양형기준 상 권고형의 하한을 벗어난 형을 선고한 판결도 있었는데, 판결문에 실시된 양형사유를 살펴봐도 그 이유를 납득할 수 없었다(의정부지방법원 2019고합183 판결, 울산지방법원 2021고합146판결). 이러한 선고는 그 자체로 가해자 중심적인 관점이 반영된 것은 아닌가하는 의문이 든다.

## 다. 강제추행죄 유형 판결문 양형사유 분석

### 1) 피고인에게 불리한 정상

강제추행죄 유형의 경우, 판결에서 피고인에게 불리한 정상으로 보고 있는 양형사유들이 강간죄 유형과 유사하였다. 다만, 강간죄 유형의 판결들과 비교하였을 때 피고인이 범행을 부인하고 있음을 불리한 정상으로 실시한 판결들이 많았다.

강간죄 유형의 판결문과 유사하게 피고인이 수사·재판 과정 중에 범행을 부인하거나 자신의 사회적 지위 등

을 이용하여 피해자에게 2차 피해를 야기하는 등 범행 후 정황이 불량하다는 것을 불리한 정상으로 실시한 판결문도 있었다. 다만 강간죄 유형의 판결문들과 비교하였을 때 2차 피해 내용을 상세히 실시한 판결들이 많았다.

피고인은 증언을 앞 둔 증인에게 전화를 하여 수사기관에서 이렇게 말한 취지는 뭐냐고 확인을 하며 이를 녹음하여 녹취록을 제출하고, 동료 시의회 의원들, 직원들에게 각종 진술서를 받아 법원에 제출하였다. 정당한 방어권 행사 범위를 넘어서는 피고인의 행동으로 인해 좁은 지역사회에서 증언을 하는 증인들은 상당히 압박감을 느끼고 본인이 증언한 것이 알려지지 않도록 해 달라거나, 본인이 증언한 내용을 열람·등사하지 말게 해 달라는 등 고통을 호소하였다. (중략) 범행 후 정황이 매우 좋지 않다. (전주지방법원 정읍지원 2020고단229 판결)

피고인은 경찰 수사단계에서는 자신의 범행을 극구 부인하였었고, 자신에게 불리한 내용의 카카오톡 메시지를 삭제하기도 하였으며, 다른 부하직원들에게 피해자의 실명을 거론하며 직장 내 근무행태에 대한 탄원서 작성을 요구하거나 피해자의 불량한 근무태도에 대한 자료를 요구하기도 하여 범행 후의 정황도 매우 불량하다. (제주지방법원 2021노360 판결)

강제추행의 정도가 무거움에도, 피해 회복을 하기는커녕 형식적인 사과와 책임 회피를 하다가 나중에는 없던 일로 만들려고 노력하였고, 그 과정에서, 지속적으로 정신적 피해를 호소하는 피해자에게 허위진술을 부탁하기까지 한 점(증거기록 80쪽 참조), 이처럼 범행 후 정황도 아주 나쁘고 (대구지방법원 포항지원 2020고단1137 판결)

대학원 석사과정 논문 지도교수가 된 피고인은 첫 논문 상담 후 제자를 강제로 추행했다. 앞으로 상당기간 자신이 사실상 대학원생으로서의 생사여탈권을 쥐게 된 관계로 진입하는 순간 벌어진 이 사건 강제추행은 그 내용과 정도도 심각하지만, 그보다도 그 뒤 선고 전까지 약 3년간 벌어진 피해자에 대한 일련의 2차적 가해들이 더 끔찍한 것이었다. (서울서부지방법원 2019고단4507 판결)

## 2) 피고인에게 유리한 정상

강제추행죄의 경우에도 강간죄와 동일하게 ‘형사처벌 전력 없음’이 양형사유의 일반양형인자인데, 분석대상 판결문 중 피고인에게 유리한 정상으로 형사처벌 전력이 없거나, 형사처벌 전력이 있음에도 동종전과가 아닌 경우에 이를 유리한 정상으로 실시한 판결문이 다수 있었다.

강제추행죄의 경우 강간죄와 달리 특별양형인자 중 감경요소로서 “유형력의 행사가 현저히 약한 경우”와 “추행의 정도가 약한 경우”를 두고 있다. 때문에 강제추행죄 유형의 판결문에서는 양형사유로 ‘유형력의 정도가 약하다’ 혹은 ‘추행의 정도가 중하지 않다’는 설시를 한 판결이 다수 있었는데, 특히 폭행 행위가 그 자체로서 추행행위에 해당하는 이른바 ‘기습추행’에 해당하는 사건인 경우 그러한 판시가 두드러졌다. 그런데 해당 판결들에서 인정된 피고인의 범죄행위는 각각 피해자를 갑자기 꺼안는 행위(전주지방법원 정읍지원 2020고단 229 판결), 피해자의 손과 허벅지를 주무르는 행위(서울중앙지방법원 2021고합79 판결), 기습적으로 엉덩이를 만지는 행위(수원지방법원 2021노858 판결), 동성인 피해자의 성기, 항문 등 내밀한 신체 부위를 만지거나 바지를 수회 벗긴 행위(의정부지방법원 2020고합380 판결), 피해자에게 갑자기 키스를 한 후 피해자의 가슴과 허벅지를 수회 만진 행위(대전지방법원 서산지원 2020고합64 판결)로, 피고인의 범죄행위만 놓고 본다면 다른 사건과 비교하였을 때 추행의 정도가 약하다고 보기에 어려웠다.

그렇다면 적어도 분석대상 판결들에서는 피고인의 강제추행이 ‘기습추행’에 해당한다면 범죄로 인하여 해당 사건의 피해자가 실제로 느꼈을 성적자기결정권의 침해정도, 성적불쾌감 등을 면밀히 살피지 않은 채 ‘추행 혹은 유형력 행사의 정도가 약하다’고 판단하고 이를 피고인에게 유리한 양형사유로 고려하는 경향성이 드러났다고 볼 수 있다. 이러한 경향은 대법원에서 제시한 성인지 감수성에 반할 여지가 있다 할 것이다.

### 3) “처벌불원”을 달리 해석한 판결들

강제추행죄 유형의 판결 중에서도 피해자 혹은 그 부모가 피고인과 합의를 하거나 처벌불원 의사표시를 한 경우를 특별양형인자의 감경요소로 고려한 경우가 다수 있었다. 그런데 성범죄 양형기준 중 양형인자의 정의에 따르면, “처벌불원”은 “피고인이 자신의 범행에 대하여 진심으로 뉘우치고, 합의를 위한 진지한 노력을 기울여 피해에 대한 상당한 보상이 이루어졌으며, 피해자가 처벌불원의 법적·사회적 의미를 정확히 인식하면서 이를 받아들여 피고인의 처벌을 원하지 않는 경우를 의미”하는 것이고, 특히 “피해자가 미성년자, 장애인, 친족 등에 해당하는 때에 피해자 또는 그 법정대리인의 나이, 지능 및 지적 수준에 비추어 처벌불원의 의사표시가 가지는 의미, 내용, 효과를 이해하고 알아차릴 수 있는 능력이 있는지 여부 및 그러한 의사표시가 진실한 것인지 여부를 세밀하고 신중하게 조사, 판단한 결과 이에 해당되는 경우만을 포함”해야 한다고 정하고 있다<sup>14)</sup>. 이는 “처벌불원”을 피고인에게 유리한 양형사유로 삼기 위해서는 개별 사건 피해자의 진실된 의사가 반영되어야 한다는 성인지 감수성에 기초한 원칙을 정한 것이라고 볼 수 있다. 이러한 원칙과 관련하여 서로 다른 판단을 한 아래 판결들을 살펴본다.

#### 가) 대구지방법원 2021. 10. 29. 선고 2021고합321 판결

이 사건은 13세미만 미성년자 강제추행 사건으로, 피해자는 6세이고, 피고인은 피해자 부모의 지인이다. 피고인은 피해자 가족과 함께 여행을 가는 과정에서 피해자가 자신의 차에 탄 것을 기화로 피해자의 다리를 만지고, 옷 위로 피해자의 성기를 2회 만지는 추행을 하였다. 피고인은 동종범행으로 징역형의 집행유예 판결을 선고받은 전력이 있음에도, 재판부는 아래와 같은 이유로 피고인에게 집행유예를 선고하였다.

다만, 피고인이 이 사건 범행을 인정하면서 반성하고 있는 점, 피고인의 동종 전력은 약 15년 전의 것으로 그 이후 피고인에게 아무런 범죄 전력이 없는 점, 피해자의 법정대리인들이 피고인을 용서하여 피고인에 대한 처벌을 원하지 않고 있는 점은 피고인에게 유리한 정상이다.

비록 피해자의 법정대리인들이 처벌불원 의사표시를 하였더라도 피해자가 6세에 불과하여 그 처벌불원의 의사표시에 피해자의 이해나 동의가 있었다고 보기는 어려운 점, 피고인과 피해자의 법정대리인들이 지인이었던 점 등을 고려하면 재판부가 해당 의사표시를 이유로 피고인에게 실형이 아닌 집행유예를 선고한 것은 양형기준의 해석을 넘어선 판단에 해당할 여지가 있다고 보인다.

#### 나) 서울고등법원 2021. 10. 12. 선고 2021노41 판결

이 사건은 13세 미만 미성년자강제추행 사건으로, 피고인은 만58세의 남성이고 피해자는 만12세의 남자 아동이다. 피고인은 엘리베이터에서 내리면서 피해자를 마주쳤고, “돼지야 잘 먹었니?”라고 하며 손을 뻗어 피해자의 가슴을 만져 추행하였다. 이 판결은 피고인의 행위에 강제추행의 고의가 없다고 본 1심 판결을 파기하고 유죄를 선고하면서, 아래와 같은 양형사유를 제시하였다.

피해자는 이 사건 범행으로 상당한 정신적 고통과 성적 불쾌감을 느꼈던 것으로 보이고, 당심 법정에서 피고인에 대한 엄정한 처벌을 원한다는 의사를 명확히 표시하였다(피고인의 동생이 피고인을 위하여 피해자 측에 혐의를 인정하고 반성한다는 취지의 뜻을 전달하여 피해자의 모가 원심에서 합의서를 제출한 바 있으나, 피고인은 원심 및 당심 법정에서 혐의를 여전히 부인하였고, 위 합의서는 위와 같이 피해자 본인의 합의에 관한 의사와도 배치되므로, 이를 피고인에게 유리한 양형자료로 참작할 수는 없다). (서울고등법원 2021노41 판결)

14) 양형위원회, 성범죄 양형기준, 32면, 2022.

#### 다) 대구지방법원 2021. 5. 25. 선고 2021노862 판결

이 사건 피고인은 지압을 해주는 건강원을 운영하는 사람이고, 피해자는 해당 건강원의 손님으로, 피고인은 피해자에게 지압을 해주던 중 갑자기 피해자의 상의 속으로 손을 넣어 가슴을 만지고 피해자의 팬티 속에 손을 넣어 음부를 만진 후 피해자의 상의를 걷어 올리고 피해자의 왼쪽 유두를 빨아 추행하였다. 피해자가 수사 단계에서 피고인에게 합의서를 작성해주었고, 항소심에서는 피고인의 처가 피해자에게 일방적으로 300만원을 송금하여 합의를 시도하기도 하였으나, 재판부는 이러한 행위가 피해자의 진정한 처벌불원의사로 볼 수는 없다는 이유로 이를 유리한 정상으로 보지 않고 피고인에게 징역 1년의 실형을 선고하였다.

피고인은 수사과정에서 형식적인 사과를 통해 피해자로부터 합의서를 받아 제출하였으나, 이후에도 계속 범행을 부인하며 피해자에게 허위진술을 종용하였고, 원심에서 재판을 받을 때까지 범행을 부인하여 피해자가 법정에 출석하여 증언을 하기도 하였다. 피고인의 범행 이후까지 피해자가 겪었을 정신적 고통이 매우 컸을 것으로 보이고, 피해자 또한 피고인에 대한 엄벌을 원하고 있다(변호인은 당심 변론종결 후에, 피해자와 합의가 안 되어 피고인의 처가 피해자의 계좌번호로 300만 원을 송금한 자료를 제출하고 있으나, 피해자가 피고인의 처벌을 원하고 있는 상황에서 일방적으로 피해자에게 돈을 송금하였다는 사정을 피고인에게 유리한 양형요소로 고려하기는 어렵다).

위와 같은 재판부의 판단은 처벌불원과 관련하여 피고인의 강요와 피해자의 진실한 의사를 충분히 고려한 것으로 높은 성인지 감수성을 가지고 판단한 것이라고 볼 수 있다. 특히 위 판결은 피해자의 의사와 배치되는 일방적인 형사공탁이 유리한 양형사유로 고려되는 현재 상황에서 참고할만한 판결이라 할 것이다.

#### 라. 준강간·준강제추행죄 유형 판결문 양형사유 분석

준강간과 준강제추행죄 유형 판결문의 경우, 양형사유를 구체적으로 실시한 판결의 개수가 많지 않고 피해자의 상태나 피고인의 행위태양 등에 비추어 유사한 양형사유를 실시하고 있는 경우가 많았기에 합쳐서 검토하였다. 강간과 강제추행 유형에서 이미 살펴본 양형사유들(불리한 정상: 동종범죄 전력, 범행부인 등, 유리한 정상: 처벌불원의사, 형사처벌 전력 없음)을 실시한 판결문도 다수 있었으나, 이하에서는 특히 성인지 관점에서 유의미한 양형사유들을 살펴보았다.

##### 1) 피고인에게 불리한 정상

준강간과 준강제추행죄 유형의 판결문에서는 강간죄, 강제추행죄 유형의 판례에서처럼 ‘2차 피해’를 명시적으로 언급하며 피고인에게 불리한 양형사유로 실시한 판결은 없었지만, 피고인의 범행과 그 이후 행동으로 인하여 피해자가 성적자기결정권의 침해 외에도 추가적인 정신적 피해를 입었다는 점을 불리한 정상으로 고려한 판결들이 있었다(수원고등법원 2020노523 판결, 서울고등법원 2021노1506 판결).

##### 2) 피고인에게 유리한 정상

성범죄 양형기준에서는 일반양형인자의 가중요소로서 “계획적 범행”을 정하고 있는데, 준강간과 준강제추행죄 유형의 판결문에서는 피고인이 술에 취한 상태에서 우발적으로 범행을 저질러 가중요소에 해당하지 않는 것을 나아가 피고인에게 유리한 정상으로 고려한 판결들이 다수 있었다.

피고인이 술에 취해 우발적으로 이 사건 범행에 이르게 된 것으로 보이고, 그 범행이 미수에 그친 점, 피고인이 형사처벌을 받은 전력이 없는 점, 피고인의 가족과 지인들이 선처를 탄원하고 있는 점, 피해자가 합의하여 처벌을 원치 않는

점 등을 유리한 정상으로 참작하여 주문과 같은 형을 정하였다. (부산고등법원 2021노48 판결)

다만, 피고인이 술에 취해 다소 우발적·충동적으로 이 사건 범행에 이르게 된 것으로 보이고, 이 사건 이전에 형사처벌을 받은 전력이 없는 초범이다. (인천지방법원 2020고합494 판결)

반면, 피고인은 아무런 범죄전력이 없는 초범인 점, 피고인은 이 사건 당시 만 24세의 대학생으로 술에 만취한 상태에서 다소 우발적으로 이 사건 범행을 저지른 것으로 보이는 점, 이 사건 추행의 정도가 아주 중하지는 않은 점, 피고인은 이 사건으로 다니던 B대학교에서 제적되는 징계를 받았던 점 등은 피고인에게 유리한 정상이다. (부산고등법원 (창원)2021노193 판결)

그런데 성범죄 양형기준에서는 “음주 또는 약물로 인한 만취상태에서 성범죄를 범한 경우”에 “범행 당시 심신미약 상태에 이르지 않은 경우에는 만취상태를 감경인자로 반영하지 아니한다.”고 규정하고 있고<sup>15)</sup>, 설령 만취상태에 이르렀더라도 감경인자로 반영하지 않는 경우를 따로 정하고 있다. 결국 피고인이 술에 취해 다소 우발적으로 범행을 저질렀다는 점은 성범죄 양형기준 상으로는 감경요소에 해당하지 않음이 분명하고, 관련된 사유를 양형기준에서 분명히 정하고 있음에도 불구하고 이와 같은 사실을 피고인에게 유리한 정상으로 참작하는 것은 피고인의 행위를 정당화하는 것으로 해석될 여지가 있다할 것이다.

준강간 사건의 판결문 중 대구지방법원 2021. 2. 17. 선고 2020고합352 판결은 사건 직전 피고인과 피해자가 함께 술을 마시게 된 경위, 술에 취한 피해자가 피고인에게 신체접촉을 했다는 점, 피해자가 만취하여 잠이 들어버렸기에 피고인이 어쩔 수 없이 피해자를 모텔에 데려갈 수밖에 없었던 점 등을 피고인에게 유리한 정상으로 고려하였다.

다만 준강간 범행과 관련하여 보면, 피해자가 이 사건 식당에서 피고인 일행에게 합석할 것을 먼저 제안하였고, 피고인 일행이 2~3차례 거절하였음에도 불구하고 결국 합석하여 같이 술을 마시게 되었는데 피고인에게 필라테스 자세를 보여준다고 하면서 피고인의 무릎 위에 앉아 피고인을 껴안는 자세를 취하는 등 적극적으로 피고인에게 신체접촉을 한 적이 있는 점(그 후에 피해자가 자신의 일행과 다투기도 하였는데 이러한 사정에 비추어 보면 적어도 위와 같은 자세를 취할 당시에는 만취하였다고는 보이지 않는다), 피고인은 피해자가 만취한 상태에서 잠이 들어 버렸는데 피해자의 휴대폰은 잠겨있어 열수 없고, 피해자가 지갑도 가지고 있지 않아서 피해자의 지인에게 연락할 방법이 없었으며, 피해자의 일행과 피고인의 동료도 모두 먼저 가버려 피해자를 혼자 인근 모텔로 데리고 갈 수밖에 없었던 것으로 보이는 점, 피고인은 피해자를 모텔에 데려다 주는 과정에서 자신의 동료인 I에서 연락하여 "왜 먼저 갔냐"고 다그치면서 "모텔로 빨리 오라."고 하였는데 이러한 사정에 비추어 보면 처음부터 피해자를 모텔로 데리고 가 간음하려고 한 것은 아니라고 보이고, I을 모텔 앞에서 만난 후 모텔 체크인카드를 피해자 근처에 두기 위해 피해자가 자고 있는 모텔 방에 다시 들어갔다가 이 사건 범행에 이른 것으로 우발적인 범행인 점이 인정된다.

위 판시 내용은 피해자가 술자리에서 했던 행위들이 결코 피고인의 범죄 행위를 정당화 할 수 없음에도 이를 양형사유에 고려하였다는 것은 성폭력 범죄가 발생한 데에 피해자에게도 어느 정도의 책임이 있다는 ‘피해자유발론’의 성폭력 통념이 반영된 것으로 보인다. 뿐만 아니라 피고인이 피해자가 혼자 자고 있는 모텔방에 들어갔다가 우발적인 범행을 저질렀다고 보는 점에서 남성이 성욕을 억제하지 못할 것이라는 성폭력 통념, 이를 이유로 가해자인 피고인의 행동을 두둔하고 있는 점 등 다양한 성폭력 통념이 드러나 성인지 감수성을 갖추지 못한 판단으로 보인다.

**마. 카메라등이용촬영죄 판결문 양형사유 분석**

15) 양형위원회, 성범죄 양형기준, 5-6면, 2022.

## 1) 불리한 정상

카메라등이용촬영죄의 양형기준은 “불특정 또는 다수의 피해자를 대상으로 하거나 상당한 기간에 걸쳐 반복적으로 범행한 경우”를 특별양형인자로서 가중요소로 하고 있다. 실제로 카메라등이용촬영죄의 특성상 형사처벌 전력은 없는 ‘초범’이지만 피해자가 다수인 경우가 많았고, 판결들은 대부분 이를 피고인에게 불리한 양형사유로 고려하였다.

2020년 소위 ‘N번방 사건’이 수면 위로 드러나면서 디지털 성범죄에 대한 국민적 공분이 일어났다. 국회에서는 2020년 5월 이른바 ‘N번방 방지법’을 통과시켰다. 카메라등이용촬영죄의 판결문 중에서는 이러한 사회적 상황과 디지털 성범죄의 위험성을 고려하여 범죄 자체의 특성을 피고인에게 불리한 양형사유로 삼은 판결이 다수 있었다.

피고인은 불특정 다수의 여성을 상대로 반복적으로 성적 욕망 또는 성적수치심을 유발할 수 있는 신체를 그 의사에 반하여 촬영하였다. 불법 촬영 범죄는 피해자에게 상당한 정신적인 고통을 주는 것은 물론이고 누구든지 자기도 모르는 사이에 불법 촬영의 대상이 될 수 있다는 불안감을 일으키는 것으로서 사회적 피해가 크고, 비난가능성도 크다. (부산지방법원 2021고합126 판결)

디지털 성범죄는 디지털 영상물을 완벽히 삭제하는 것이 어렵고, 언제라도 쉽게 복제·재생산·유포될 수 있으며, 피해자에게 끝나지 않는 지속적 피해를 입힐 수 있으므로, 이를 엄단할 필요가 있는 점, 피고인이 성범죄로 3회 처벌받은 전력이 있는 점 등은 불리한 정상이다. (서울동부지방법원 2021고단2089 판결)

개인의 지극히 내밀한 사생활영역에 있는 디지털 영상물을 불특정 다수인에게 유포할 경우 그 개인은 물리적 성폭력에 못지않은 극도의 불안감과 수치심에 사로잡힐 수밖에 없고, 이 사건의 피해자는 그러한 고통을 두 번이나 겪어야 했다(피해자는 아마도 평생토록 자신과 관련된 동영상상이 유포되고 있는지 불안에 떨 것이다). (수원지방법원 평택지원 2021고단2225 판결)

이른바 몰래카메라 범죄로 인한 사회적 피해가 대단히 크므로 이에 대하여는 엄정히 대처할 필요성이 있는 점 등은 피고인에게 불리한 정상이다. (부산고등법원 (창원)2021노230 판결)

살피건대, 이 사건 범행의 횡수 및 수단, 방법에 비추어 죄질이 결코 가볍지 아니한 데다가 이른바 ‘몰카’ 범죄에 대한 엄벌의 필요성 등을 고려하면, 피고인에 대하여는 그 책임에 상응하는 처벌이 필요할 것으로 보인다. (대전지방법원 2021노148 판결)

## 2) 유리한 정상

카메라등이용촬영죄의 경우, 촬영만 했을 경우와 반포 등을 했을 경우의 항을 달리하여 규정하고 있고, 양형기준 상 권고형의 범위도 다르다. 그럼에도 불구하고 카메라등이용촬영죄만 범한 피고인에 대한 판결문 중 촬영물이 ‘반포’되지 않았음을 피고인에게 유리한 양형사유로 고려한 판결들이 다수 있었다(서울남부지방법원 2021고단261 판결, 광주지방법원 순천지원 2021고합88 판결, 수원고등법원 2021노648 판결, 부산고등법원 (창원)2021노230 판결, 대전지방법원 2021노148 판결 등).

심지어 촬영물을 반포했을 경우에도 그 ‘정도’가 심각하지 않다는 점(반포 대상이 피해자의 친구들이어서 추가 유포 가능성이 없다거나, 공개된 기간이 길지 아니하고 조회수가 높지 않았다는 등의 사정)을 피고인에게 유리한 정상으로 고려한 판결들도 있었다.

다만 이 사건 범행의 경위에 참작할 만한 사정이 있다. 피고인이 이 사건 복제물을 전송한 것은 피해자의 친구들이고(피해자는 수사기관에서 F에 대하여 여자 친구라고 하였고, G는 남성으로서 피고인이 전송한 것은 피해자의 상반신이 보이는

나체 사진이다). 위 복제물이 추가로 유포될 가능성은 없는 것으로 보인다. (서울남부지방법원 2020고단5358 판결)

다만, 피고인이 현재는 범행을 반성하고 있는 점, 공개된 기간이 길지 아니하고 조회수가 높지는 않았던 것으로 보이는 점, 현재에는 피고인의 J 계정이 모두 삭제된 점, 그 밖에 피고인의 연령과 성행, 가족관계, 범행의 동기, 수단과 결과, 범행 후 정황 등이 사건 공판과정에 나타난 여러 양형 조건들을 종합적으로 고려하여 주문과 같이 형을 정한다. (수원지방법원 평택지원 2021고단2225 판결)

한국성폭력상담소와 한국사이버성폭력대응센터에 따르면 디지털 성폭력 피해자가 겪는 대표적인 정신적 피해가 “유포피해 가능성에 대한 불안”이다<sup>16)</sup>. 기술의 발달로 촬영물은 짧은 시간 안에 가해자의 핸드폰 등 저장기기를 넘어 웹 클라우드 등에 저장될 수 있고, 수사 재판 과정에서 최초 촬영물이 저장된 기기 등이 압수/몰수 되더라도, 피해자는 피해 영상이 어딘가에 저장되어 있는 것은 아닌지, 어느 날 다시 유포되는 것은 아닌지 불안을 호소한다. 심지어 이미 한 번 유포가 된 경우에는 해당 영상을 누가 어떻게 저장하여 재유포 할지 모르기 때문에 그러한 불안은 더욱 심해진다.

카메라등이용촬영물이 ‘현재’ 유포되지 않았더라도 추후에 유포될 가능성이 있다는 사실이 다른 판결로서 확인되고 있음에도 피고인이 촬영물을 유포한 정황은 발견하지 못했다거나, 유포하였음에도 그 기간이 짧다는 점을 피고인에게 유리한 양형사유로 반영한 것은 디지털 성범죄의 특성과 그로 인하여 피해자가 느끼는 불안과 고통을 충분히 이해하지 못한 것이라 할 것이다.

양형사유에서 성폭력 통념이 드러난 판결들도 있었다. 카메라등이용촬영죄는 피해자의 의사에 반하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 사람의 신체를 ‘촬영’함으로써 성립하는 범죄인데 범죄의 성립이나 보호 법익과는 전혀 상관없는 피고인과 피해자의 관계와 촬영에 이르게 된 상황, 피해자가 피고인을 고소한 경위 등을 피고인에게 유리한 정상으로 고려하였다.

다만, 피고인이 피해자와 내연관계에 있으면서 다소 총동적으로 이 사건 각 범행에 이르게 된 것으로 보이고, 피해자도 피고인의 처로부터 위자료를 청구하는 민사소송을 제기 당하자 이 사건 고소를 하게 된 것으로 보인다. (서울북부지방법원 2020고단2120 판결)

이 사건 범행은, 피고인이 사실혼 관계에 있었던 피해자가 다른 남자와 교제한다는 이유로 피해자에게 폭력을 행사하고 위험한 물건인 가위를 이용하여 머리를 자르겠다고 협박하면서 피해자의 휴대전화에 기록된 메시지 내용을 알아내는 등 장시간 피해자를 집 밖으로 나가지 못하게 하면서 가혹행위를 하여 피해자에게 상해를 입히고, 피해자에게 창피를 주고자 알몸을 촬영하고 이를 유포하겠다고 협박까지 한 것으로 그 죄질이 좋지 않다. (중략) 다만 피고인이 이 사건 범행의 사실관계는 인정하면서 반성하는 태도를 보이고 있는 점, 감금이나 상해의 정도가 중하다고 보기는 어려운 점, 피고인이 자의로 피해자를 감금에서 풀어준 점, 피고인이 이 사건 범행에 이르게 된 경위나 동기에 참작할 만한 사유가 있고, 이 사건 범행은 우발적으로 이루어진 것으로 보이는 점, 피고인이 피해자의 신체를 촬영한 사진은 유포하지 아니하였고 오래 지나지 않아 삭제한 점, 피고인이 이 사건 범행 이전에 성폭력범죄나 폭력범죄로 처벌받은 전력은 없고, 사회적 유대관계가 견고해 보이는 점, 비록 합의에 이르지 못하는 못하였지만, 피해회복을 위해 애쓴 것으로 보이고, 피해자로부터 반환받아야 할 돈 6,000여만 원이 있어 추후 피해자에 대한 금전적 위자가 가능할 것으로 보이는 점 등은 피고인에게 유리한 정상이다. (서울고등법원 2021노889 판결)

서울고등법원 2021. 10. 15. 선고 2021노889 판결은 여기에 더해 피해자가 피고인과 합의를 하지 않았음에도 피고인이 피해자로부터 반환받아야 할 돈이 있고 그것으로 추후 피해자에 대한 보상이 가능할 것이라는 형사재판에서 확정되지 않은 사실까지 피고인에게 유리한 정상으로 고려하였는데, 이는 가해자인 피고인의 입장에 공감하는 성폭력 통념이 반영된 것은 아닌지 합리적 의심이 든다.

16) 한국성폭력상담소·한국사이버성폭력대응센터, 사이버성폭력 피해자 지원을 위한 안내서, 25면, 2017.



## 5. 결론과 제언

2021년 성폭력 범죄에 대한 하급심 판결들을 분석한 결과, 성폭력 사건과 성희롱 사건을 심리할 때에는 ‘성인지 감수성’을 가지고 개별적, 구체적인 사건에서 피해자의 상황을 고려해야 한다는 2018년 대법원의 판결 이후에도 여전히 성폭력 통념이 드러나 성인지 감수성이 부족한 것으로 의심되는 판결들이 다수 있었다.

사건 당시 혹은 이후의 피해자의 모습이 일반적인 성폭력 피해자답지 않다는 이유로 피해자 진술의 신빙성을 부정한 판결이 존재함을 확인할 수 있었고, 피해자와 피고인이 친밀한 사이인 경우거나 친분이 있는 지인인 사건들에서는 피해자에게 성폭력에 해당하는 상황이 발생하도록 유도한 책임이 있다거나 피해자가 가해자에게 여지를 주었다는 ‘피해자유발론’에 영향을 받은 판결문이 있었다. 성폭력 피해의 특성 상 고소를 망설이다가 피고인과의 다른 갈등으로 비로소 고소를 결심하게 되는 것은 특이하거나 이상한 일이 아님에도, 피해자의 구체적인 상황을 고려하지 않고 고소 전 다른 갈등상황이 있었다는 것 자체로 ‘피해자의 고소에 다른 목적이 있었을 것’이라며 피해자의 진술을 의심한 판결들도 있었다. 피해자 진술의 신빙성을 모두 인정하여 피고인이 공소사실의 행위를 한 사실을 인정하면서도, 해당 행위가 피해자에게 ‘성적 수치심’을 일으키는 행위라고 볼 수는 없다는 이유로 무죄를 선고한 판결들도 확인할 수 있었다.

한편, 유죄를 선고한 분석대상 판결문들의 양형사유를 분석한 결과, 피고인에게 유리한 정상으로 가장 많이 언급된 사유는 ‘형사처벌 전력 없음’ 혹은 ‘동종전과 없음’이었다. 유죄를 선고한 대부분의 판결에서 두 사유 중 하나를 피고인에게 유리한 정상으로 언급하였다. 형사처벌 전력이 없음은 양형위원회의 양형기준 상 감경요소로 반영되어 있으나, 단순히 동종전과가 없다는 것은 양형기준 상 정해진 바가 없음에도 다수의 판결에서 피고인에게 유리한 정상으로 고려되고 있었다. 양형사유를 실시함에 있어 성인지 감수성이 유의미하게 반영된 판결들도 있었다. 피고인이 피해자에게 ‘2차 피해’를 유발하였다는 것을 불리한 사유로 고려한 판결들이 다수 있었고, 카메라등이용촬영범죄에서는 N번방 사건 이후 해당 범죄의 ‘사회적 폐해가 심각’하다는 것을 양형사유로 고려한 판결들이 있었다. 그러나 성인지 감수성이 부족한 것으로 의심되는 판결들도 다수 있었다. 범죄의 성립과 전혀 관계없는 미성년자인 피해자가 그릇된 성관념을 가지고 있다는 것을 피고인에게 유리한 정상으로 고려하여 집행유예를 선고한 판결이 있었고, 특별양형인자로서 감경사유가 없음에도 막연히 피고인에게 양형기준 상 권고형보다 낮은 형을 선고한 판결들도 있었다. ‘기습추행’ 유형의 판결들에서는 개별 사건에서 피해자의 피해 정도를 고려하지 않고 ‘기습추행’이라는 이유만으로 추행의 정도가 심각하지 않다는 점을 유리한 양형사유로 반영하기도 하였다. 이상의 분석 결과를 종합하면 재판부의 성인지 감수성에 따라 피해자 진술의 신빙성을 판단하는 기준이 달라지거나, 피고인에게 선고되는 형이 크게 달라질 수 있다는 점을 확인할 수 있었고, 여전히 성인지 감수성이 부족한 것으로 의심되는 판결들이 적지 않게 확인되었다.

판례분석 결과 2018년 대법원 판결에도 불구하고, ‘성인지 감수성’이라는 용어를 현출한 판결문은 분석대상 판결 342건 중 10건 밖에 되지 않았다. 이에 더하여 하급심 판결문 분석에서 대법원의 성인지 감수성 판례 이후에도 여전히 성인지 감수성이 부족한 것으로 의심되는 판결들이 다수 확인되었으므로, 법관들에게 ‘성인지 감수성’이라는 용어를 넘어서 재판과정 및 실무에서 나타날 수 있는 성폭력 통념에 대해 교육하고 주기적으로 이에 대한 평가를 진행할 수 있는 방안을 마련하는 것이 필요해 보인다.

또한 양형사유에 있어서는 양형기준 상 감경-기본-가중 영역의 권고형 범위가 넓게 설정되어 있으므로 재판부의 재량권이 넓게 보장되고, 때문에 재판부의 성인지 감수성에 따라 선고형의 차이가 크게 날 여지가 있다. 따라서 적어도 집행유예를 선고하거나 권고형의 범위보다 낮은 형량을 선고한 판결의 경우에는 구체적인 사유를 알 수 있도록 어떤 기준을 적용하였는지를 실시하도록 내부 기준을 마련하는 것이 사법부에 대한 피해자의 신뢰도를 높일 수 있는 방안이라고 생각된다.

**성인지감수성 그 후,  
성폭력 판결 톺아보기**  
: 2021년 하급심을 중심으로

토론 1

**형사재판에서의 성인지감수성  
법리 적용에 관한 고찰**

**조윤희**

공동법률사무소 이채 변호사

## 형사재판에서의 성인지 감수성 법리 적용에 관한 고찰

조윤희(공동법률사무소 이채 변호사)

### 1. 서론

성폭력 사건의 형사재판에서는 피해자의 진술이 사실상 공소사실의 유일한 증거이거나, 적어도 주요한 증거인 경우가 다수이다. 대법원은 “증거의 증명력은 법관의 자유판단에 맡겨져 있으나 그 판단은 논리와 경험의 법칙에 합치하여야 하고, 형사재판에 있어서 유죄로 인정하기 위한 심증형성의 정도는 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도여야 하나 이는 모든 가능한 의심을 배제할 정도에 이를 것까지 요구하는 것은 아니며, 증명력이 있는 것으로 인정되는 증거를 합리적인 근거가 없는 의심을 일으켜 이를 배척하는 것은 자유심증주의의 한계를 벗어나는 것으로 허용될 수 없다”(대법원 1994. 9. 13. 선고 94도1335 판결, 대법원 2004. 6. 25. 선고 2004도2221 판결 등 참조)고 하면서, “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 밖의 사소한 사항에 관한 진술에 다소 일관성이 없다는 등의 사정만으로 그 진술의 신빙성을 특별한 이유 없이 함부로 배척해서는 아니 된다(대법원 2006. 11. 23. 선고 2006도5407 판결, 대법원 2008. 3. 14. 선고 2007도10728 판결 등 참조)”고 판시하였다. 이는 피해자 진술의 신빙성 판단이 공소사실의 인정여부(피고인의 유무죄 판단 여부)를 평가하는 중요한 지점임을 보여준다.

나아가 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(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 증거판단이라고 볼 수 없다(대법원 2018. 10. 25. 선고 2018도7709 판결 등 참조)”고 하면서 피해자 진술의 신빙성 판단에 있어 중요하게 고려하여야 할 판단기준인 ‘성인지 감수성’에 대해 실시하였다. 개별적, 구체적 사건에서 피해자가 처하여 있는 사정을 충분히 고려하지 않고 만연히 피해자 진술의 증명력을 배척한다면 이는 논리와 경험의 법칙에 따른 증거판단이라고 볼 수 없다는 것이다.

그런데 이처럼 성인지 감수성에 입각하여 피해자 진술의 신빙성을 판단해야 한다는 대법원 판례 법리가 확립된지 수년이 지났음에도 성인지 감수성이 적극적으로 이해되고 적용되고 있는지에 관해서는 의문이 든다. 발제문에서도 지적하듯이 성인지 감수성에 관한 대법원 법리를 직접 언급, 인용한 판례의 숫자가 매우 적으며(분석대상 판결문 342개 중 10건에 불과), 성인지 감수성을 언급하였음에도 오히려 성폭력 통념이 드러난 판단을 한 경우도 있었기 때문이다. 또한 피해자와 피고인의 진술이 상호 엇갈리는 상황에서, 성인지 감수성에 입각하여 피해자의 진술의 신빙성을 인정하는 판단을 하는 것은 마치 피해자에게 유리한 방향으로 편향된 판

단을 하는 것으로 오인되기도 하며, 심지어는 피고인에 대한 무죄추정원칙에 대한 도전으로 여겨지기도 한다<sup>17)</sup>.

그러나 성인지 감수성은 성폭력 사건의 형사재판에서 실제적 진실 발견을 위해 필수불가결한 판단기준이 되어야 한다는 점을 재차 강조하며, 이하 사안에서 성인지 감수성의 판단기준이 구체적으로 어떻게 기능할 수 있는지에 관해 살펴보려고 한다.

## 2. 형사재판에서의 성인지 감수성 법리 적용에 관해

### 가. 성인지 감수성을 적용한 대법원 판결

#### 1) 대법원 2018. 10. 25. 선고 2018도7709 판결

이 사건 공소사실은 조직폭력배인 피고인이 자신과 30년 지기 친구인 공소의 A가 해외 출장을 가자 A의 아내인 피해자를 불러내어 모텔에서 자신의 말을 듣지 않으면 피해자의 남편과 자녀들에게 위해를 가할 것처럼 피해자를 협박하여 이에 겁을 먹은 피해자의 반항을 억압한 후 강간하였다는 것이다.

원심은 피해자 진술의 신빙성이 인정되지 아니한다며 피고인에게 무죄를 선고하였으나, 대법원은 이 사건 피해자 진술의 신빙성이 배척된다고 볼 수 없다고 하여 유죄 취지로 파기환송하였다.

각 판단 근거를 비교하여 살펴보면, 먼저 원심은 피해자가 피고인으로부터 폭행을 당한 다음날 피고인과 식사를 하고, 그 무렵부터 피고인을 더 만나 자신의 일상에 관한 이야기를 한 점, 모텔 CCTV 영상에서 피해자가 모텔에 들어가는 과정에서 겁을 먹었다는 사정이 보이지 않고, 오히려 모텔에 가기 직전에 남편에게 ‘졸려서 먼저 자겠다’는 내용의 카카오톡 메시지를 보냈을 뿐 피고인의 협박사실을 알리지 않은 점 등에 비추어, 피고인이 피해자를 협박하여 피해자가 모텔로 들어갈 때까지 외포된 상태에 있었는지 의문이 든다고 하였다. 또한 원심은 피해자가 모텔에서 피고인과 성관계를 가진 후 피고인에게 ‘템포’라는 상호의 생리대에 관하여 이야기하였고, 화장실에서 샤워하고 나와 피고인과 담배를 피우며 남편 등 가정 관련 대화를 10여 분 하다가 모텔에서 나온 것은 성관계를 맺기 위해 피해자를 협박한 사실이 없고 자유로운 의사에 따라 성관계를 한 것이라는 피고인의 주장에 더 부합한다고 하여, 피고인이 실제로 피해자를 폭행·협박하였고 이로 인하여 피해자가 항거 불가능하게 되거나 현저히 곤란하게 되어 간음에 이른 것인지 의문이 든다고 하였다.

이에 대하여 대법원은, 성폭행 피해자의 경우 그 피해자의 성정이나 가해자와의 관계 및 구체적인 상황에 따라 다르게 나타날 수밖에 없는 점을 고려하여야 한다는 점을 적시하고, 이 사건 전까지 피해자와 가해자 간 관계와 양자 간 있었던 일에 기초하여, 이 사건 피해자가 일견 ‘피해자다움’에 어긋난 행동을 한 것 즉, 원심이 피해자 진술의 신빙성을 부인하는 근거로 삼았던 위와 같은 내용들을 반박하였다.

피고인과 A는 소꿉친구로, 수년 전까지는 부부동반으로 모임을 가질 정도로 가까운 사이였다가 사이가 멀어져 교류가 끊겼는데, A가 출국한 이후 피고인은 A의 아내인 피해자를 불러 피해자에게 ‘A가 사생아가 있

17) 최용문, 「유죄추정의 원칙」, 2021, 북트리

다’는 말을 하고 욕설을 하며 피해자를 폭행하였으며, 이후 3일간 피해자에게 연락하여 날마다 3회 정도 만났다. 공소사실 발생 당일 피고인과 피해자의 진술에 의하면 맥주를 마시고 이야기만 하다가 나오기로 하고 모텔에 간 것으로, 모텔 CCTV 영상에 의하더라도 (모텔에 들어갈) 당시 피해자가 피고인과의 신체 접촉 없이 각자 떨어져 앞뒤로 걸어 간 것 뿐인데 이를 들어 원심이 피해자가 겁을 먹은 것처럼 보이지 않고 나아가 모텔 객실에서 폭행·협박 등이 있었는지 의문이 든다고 판단한 것은 납득하기 어렵다. 피해자의 집과 범행장소인 이 사건 모텔은 매우 가까운 곳에 위치하고 있어서 이동에 소요되는 시간과 피해자가 당일 남편에게 카카오톡 메시지를 보낸 시간 등을 고려해보면, 피고인과 피해자가 모텔에 가기로 예정된 상태에서 피해자가 남편에게 ‘졸려서 먼저 자겠다’는 내용의 메시지를 보낸 것이라고 단정할 수 없다. 피해자가 모텔에서 피고인과 성관계를 가진 후 피고인과 성관계에 관하여 이야기하거나 샤워 후에 피고인과 담배를 피우며 남편 등 피해자의 가정에 관한 대화를 10여 분 하다가 모텔에서 나온 것도 피해자 진술의 신빙성을 부정할 만한 사정이라고 보기에 부족하나, 강간을 당한 피해자의 대처 양상은 피해자의 성정이나 구체적인 상황에 따라 각기 다르게 나타날 수밖에 없으며, 피해자는 수치스럽고 무서운 마음에 반항을 하지 못하고 피고인의 마음이 어떻게 변할지 몰라 달랬다는 것으로, 피해자로서는 오로지 피고인의 비위를 거스르지 않을 의도로 위와 같은 대화를 하였던 것으로 보이고, 이러한 사정이 성폭행을 당하였다는 피해자의 진술과 양립할 수 없다고 보기 어렵다는 것이다.

## 2) 대법원 2022. 8. 19. 선고 2021도3451 판결

이 사건 공소사실은 70대 남성인 피고인이 채팅 어플을 통해 30대 여성인 피해자를 만나, 자신이 예전에 국가대표 감독을 한 적이 있으며 손끝 하나 건드리지 않을 테니 모텔에 들어가자고 하여 피해자를 모텔에 데리고 들어간 뒤, 피해자의 가방에 50만 원을 넣어주고 피해자를 침대에 눕혀 피해자의 저항을 억압하고 피해자를 추행하였다는 것이다.

원심은 피해자 진술의 신빙성이 인정되지 아니한다며 피고인에게 무죄를 선고하였으나, 대법원은 이 사건 피해자 진술의 신빙성이 배척된다고 볼 수 없다고 하여 유죄 취지로 파기환송하였다.

각 판단 근거를 비교하여 살펴보면, 먼저 원심은 피해자의 지능수준이 IQ72인 것으로 나타나기는 하였으나 피해자의 학력 등에 비추어 피해자 진술의 신빙성 평가는 통상의 성폭력 피해자와 같이 이루어져야 하는데, 피해자의 진술이 일관되지 않거나 수긍되지 않는 측면이 있다고 하였다. 즉 피해자는 40세에 가까운 나이차이가 있는 피고인과 채팅 어플에서 대화하기 위해 계정을 새로이 만들기까지 하였고, 피해자가 차량을 운전하여 직접 피고인이 거주하는 지역에 갔고 그 후 별다른 거부 의사 없이 피고인과 모텔로 이동했으며, 피고인으로부터 현금 50만 원을 받았고, 모텔에서 나오기 전 피고인의 얼굴에 묻은 화장품, 립스틱 등을 닦아주었는데 비록 피해자가 남들이 원조교제로 오해할까 두려워 이같은 행동을 하였다고 하나 피고인으로부터 강제추행을 당한 이후 극도의 혐오감을 느끼고 빨리 집으로 돌아가고 싶었다고 하는 피해자의 진술에 비추어 이는 선뜻 수긍하기 어렵다고 하였다. 피해자는 사건 당일 해바라기센터에 전화하여 상담하였으나 피고인에 대한 처벌을 원하지는 않았으며 피고인에게도 즉각 문제제기를 한 바 없으나 이후 피고인이 피해자의 카카오톡 메시지에 답을 하지 않자 화가 나 고소에 이르렀다는 취지로 진술하였는바 이 역시 피해자 진술 신빙성을 인정하기 어려운 사정이라고 보았다.

그러나 대법원은 원심이 든 위 각 근거들을 하나하나 반박하면서, 이 사건 피해자 진술의 일관성이 인정되며<sup>18)</sup> 원심이 '강제추행을 당한 피해자라고 하기에는 수궁하기 어려운 측면'이라고 하였던 피해자의 태도는 피해자의 구체적인 사정을 고려하였을 때 충분히 납득할 만한 것이어서 이러한 사정을 들어 피해자 진술의 신빙성을 배척할 수 없다고 하였다.

피해자는 지능지수가 72정도로 낮고, 사회경제적 지위가 낮으며, 고립된 상황에 처해 있었던 것으로 보인다. 피해자가 피고인에게 채팅 어플을 통해 보낸 메시지는 '늘 와주셔서 감사드린다는 말을 하고 싶었다. 꼭 좋은 인연 만나시길 바란다'는 취지로서, 이에 대해 피고인은 인맥을 과시하면서 피해자에게 도움을 줄 수 있다, 식사라도 한번 하자고 하여 피해자는 피고인을 만나게 되었는데, 피고인이 모텔에서 아무 짓도 하지 않겠다는 말을 듣고 모텔로 이동한 것, 이후 피고인이 준 50만 원을 한두 차례 사양했다가 받은 것은 피해자 진술이나 이 사건 공소사실과 배치되는 사정이라고 볼 수 없고, 피해자는 이 사건 발생 이후 피고인의 차량에서 오줌을 지리고 집에 돌아와서 온몸을 락스로 샤워했다고 진술하고, 친구에게 '괴롭다'는 메시지를 보내고 해바라기센터에 전화한 뒤 자살시도를 하였는데, 피해자는 이 사건으로 인한 극도의 수치심과 두려움을 느낀 상황으로 보이고 그렇다면 피해자가 즉시 주변에 도움을 청하지 않고 피고인의 차를 타고 돌아왔다고 하여 그것이 매우 이례적이거나 납득하기 어려운 행동이라고 볼 수 없으며, 피해자가 모텔에서 나오기 전 피고인의 얼굴에 묻은 립스틱을 닦아준 것은 이례적이기는 하나 원조교제로 오해받을까 걱정되었다는 피해자의 진술은 이해할 만한 측면이 있고, 무엇보다 피해자는 최초 경찰 조사에서 아무도 묻지 않은 위 내용을 먼저 진술하여 이는 오히려 피해자 진술의 신빙성을 높이는 사정이라고도 할 수 있다. 고소 경위를 보면 피해자는 해바라기센터에서 '피고인은 돈도 많고 TV에 나온 사람이라 풀려날 것 같다'는 등의 이유로 신고를 하지 않았다가 다음날 아침 친구가 신고해야 한다고 권유하고 피고인이 제대로 사과하지 않자 고소한 것으로, 이와 같은 망설임과 고소 경위는 지극히 자연스럽다.

#### 나. 성인지 감수성 법리의 적용 방식

위 성인지 감수성 법리를 적용한 대법원 판결들을 살펴건대, 대법원은 원심이 성폭력 피해자가 통상의 '피해자다움'에 부합하지 않는 모습을 보인다는 이유로 그 진술의 신빙성을 배척하는 판단내용에 대하여, 피해자가 처하였던 구체적인 사정에 따르면 원심이 든 이유들이 피해자 진술의 신빙성을 배척할 사유가 되지 못함을 논박하였다.

발제문에 드러나듯 하급심 판결들에서 여전히 '피해자답지 않'은 태도를 보였다는 이유, 피해자의 태도에 비추어 피고인이 '동의를 있었다고 착각'하게 만들었거나 '피해자(가) 유발'했다는 등의 성폭력 통념에 입각하여 피해자 진술의 신빙성을 판단(배척)하고 있는 것을 보았을 때 법원의 성인지 감수성 법리에 대한 적극적인 이해와 적용이 요구된다.

한편 성인지 감수성 법리의 적용에 있어 피해자 진술 자체의 신빙성 인정 여부와 직접적으로 결부시키는 것이 문제적일 수 있다는 지적이 있다<sup>19)</sup>. 즉, 피해자와 피고인의 진술이 동등한 위상을 갖고 있어 어느 쪽의

18) 피해자 진술의 묘사 표현이나 지엽적인 부분이 반복된 것(반복된 것인지조차 불분명하다고 하였다)만으로 피해자 진술의 일관성을 부인할 수 없고, 피해자가 최초 진술 당시부터 자신에게 불리할 수 있는 내용들을 숨김없이 진술하였는데 그 객관적인 정황들이 피해자의 진술에 부합한다.

19) 김선화(2023), 「성인지 감수성 판결과 형사재판에서의 사실인정」, 젠더법 실무연구 제144집

진술이 진실인지를 판단하여야 하는 경우, 또는 피해자의 진술이 경험칙(누구의 어떠한 경험칙인지는 별론으로 하고)에 어긋나 신빙하기 어려운 것이 아닌지 의구심이 드는 상황에서 그럼에도 성인지 감수성에 입각하여 당연히 피해자의 진술을 받아들여 피고인에 대한 유죄판단을 하여야 한다고 이해된다면 이러한 법리의 적용은 실질적으로 형사법의 대원칙인 무죄추정의 원칙에 대한 훼손으로 여겨질 수 있다는 것이다.

김선화는, 기존 대법원 판시 법리에 의하더라도 피해자 진술의 주요 부분이 일관되며 구체적이고, 다른 객관적 증거와 모순, 저축되는 부분이 없다는 진술 자체의 분석을 통해 피해자 진술의 신빙성 유무를 판단할 수 있다고 하며(“진술의 내적 완결성” 판단), 이러한 피해자 진술의 신빙성 판단 이후에 다음 단계로서 피고인 측이 제기하는 피해자 진술의 신빙성을 탄핵할 사유에 대한 심리 및 판단이 필요하고, 이때 성인지 감수성의 판단기준이 작동한다고 설명한다. 즉, 성인지 감수성은 피해자 진술의 신빙성 판단 자체에 개입하는 것이라기보다는, 내적 완결성이 인정되는 피해자 진술의 신빙성을 의심할 외부적인 사정들에 대하여 그럼에도 불구하고 여전히 공소사실이 합리적인 의심 없이 유죄로 판단될 수 있는지, 피해자가 처한 구체적인 상황을 대입하였을 때 피해자의 행동들이 설명될 수 있는 것인지 검증하기 위한 도구라는 것이다.

김선화는 이러한 견지에서 피해자 진술의 신빙성을 탄핵할 사정으로 제시된 내용들에 대해 왜 피해자가 그렇게 행동할 수밖에 없었는가에 대한 설명을 직접적으로 판결이유에 포함시키는 것이 바람직하고, 이러한 성인지 감수성의 법리 적용은 판사들의 확정편향을 방지할 수 있어 실체적 진실 발견에 더욱 효과적일 것이라고 한다.

실제 성인지 감수성을 적용한 대법원 판결들을 살펴보면, 대법원은 피해자 진술 자체의 신빙성 여부의 판단을 위해 성인지 감수성의 법리를 적용하고 있지는 않는 것으로 보인다. 대법원은 피해자의 진술이 내적 완결성을 갖추고 있다면 피해자 진술의 신빙성 내지는 증거능력 자체를 문제삼지 않고, 다만 원심이 피해자 진술의 신빙성을 배척한 판단 근거들, 피해자 진술의 신빙성을 의심할 만한 외부적 사정들을 하나 하나 구체적으로 살펴 피해자가 처한 구체적 상황에 비추어 피해자의 행동이 설명 가능한 것인지, 피해 진술과 논리적으로 양립 불가능한 것인지 여부를 심리, 판단하고 있는 것이다.

그렇다면 발제문의 분석대상판결인 하급심 판결들 가운데 왜곡된 성폭력 통념에 입각하여 피해자 진술 신빙성을 부인하는 판단이 이루어지는 것은 다음과 같은 취지에서 비판되어야 할 것이다. 먼저 “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 밖의 사소한 사항에 관한 진술에 다소 일관성이 없다는 등의 사정만으로 그 진술의 신빙성을 특별한 이유 없이 함부로 배척해서는 아니 된다(대법원 2006. 11. 23. 선고 2006도5407 판결, 대법원 2008. 3. 14. 선고 2007도10728 판결 등 참조)”는 법리에 따라 피해자의 진술 주요 부분이 일관되고, 구체적이며, 객관적으로 모순, 저축되는 사정이 없음에도 불구하고 피해자의 진술을 합리적인 이유 없이 배척한다면 그것은 위법한 증거판단이며, 그 다음으로 “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 증거판단이라고 볼 수 없다(대법원 2018. 10. 25. 선고 2018도7709 판결 등 참조)”는 법리에 따라 피해자 진술의 신빙성을 의심할 사정들에 대하여 그것이 피고인과 피해자의 관계, 이 사건 전까지 발생했던 사건, 피해자가 이 사건 당시 처하였던 구체적이고도 현실적인 상황과 조건들에 비추어 충분히 설명될

수 있거나 피해 진술과 논리적으로 양립불가능한 것이 아님에도 이를 이유로 피해자 진술을 배척한다면 이 역시 위법한 증거판단에 해당한다고 할 수 있을 것이다.

### 3. 결론

피해자 입장과 가해자(피고인) 입장에서 바라보는 성폭력 사건은 완전히 다른 맥락과 서사를 갖기도 한다. 그렇다면 우리 사회와 법원은 어떠한 서사를 받아들이고, 어떠한 피해를 진정한 ‘피해’로 승인하고 인정할 것인가? 법원은 기존의 주류적 통념의 한계를 탈피하여 피해자, 소수자의 관점을 받아들이고자 노력을 지속해 왔다. 대법원은 “성희롱에 해당하는지 여부는 ... 우리 사회 전체의 일반적이고 평균적인 사람이 아니라 피해자들과 같은 처지에 있는 평균적인 사람의 입장에서 성적 굴욕감이나 혐오감을 느낄 수 있는 정도였는지를 기준으로 심리·판단하였어야 옳(다)[대법원 2018. 4. 12. 선고 2017두74702 판결 참조]” 고 판시하면서 성희롱 판단에 있어 사회 일반의 관점이 아닌 피해자들과 같은 처지에 있는 사람들의 관점, 즉 ‘합리적 피해자 관점’에서 사안을 판단해야 한다고 실시하기도 하였는바, 성인지 감수성에 관한 법리 역시 피해자다움에 대한 통념에서 벗어나서 피해자의 처지에 입각하여 사안을 바라보고 판단하며, 피해 진술을 엄밀하게 판단하여 사건의 실체에 가 닿기 위한 노력의 일환이라 하겠다. 법원의 이러한 노력이 더욱 가열차게 지속되기를 바라며, 또한 그 과정에서 피해자들의 피해 발화에 대한 조력을 통해 이러한 변화에 일조할 수 있기를 바란다.



**성인지감수성 그 후,  
성폭력 판결 톺아보기**  
: 2021년 하급심을 중심으로

토론 2

**젠더 관점의 성폭력 판결을  
위하여**

**김정혜**

한국여성정책연구원 부연구위원

## 젠더 관점의 성폭력 판결을 위하여

김정혜 (한국여성정책연구원)

### 1. 피해자의 취약성에만 의존하지 않는 성폭력 판단

2018년 소위 ‘성인지 감수성 판결’<sup>20)</sup>에서 대법원은 성폭행, 성희롱 사건의 발생 맥락에서 성차별 문제 이해와 양성평등 실현을 위해 “성인지 감수성”을 잃지 않도록 유의하여야 한다고 하면서, 우리 사회 가해자 중심의 문화, 인식, 구조, 피해 사실을 알리는 과정에서 발생할 수 있는 2차 피해로 인해 피해자의 성정, 가해자와의 관계, 구체적 상황에 따라 피해자의 대처 양상이 다를 수 있음을 고려하도록 주문하였다. 이 판결은 모든 피해자에게 성폭력 피해자다움을 일률적으로 적용하는 것이 타당하지 않음을 확인하였고 이후 성폭력 사건 재판에서 성폭력 통념을 벗어나는 판단을 이끌어낼 것으로 기대되었다. 하지만 발제문이 예시하는 2021년 선고 하급심 판결들을 보면, 성인지 감수성 법리가 충분히 적용되지 않는 판결이 여전히 존재할 뿐 아니라 ‘성인지 감수성 판결’이 제시한 기준조차 충분하지 않아 보인다.

‘성인지 감수성 판결’은 성차별과 사회 구조를 언급하고 있기는 하지만 성차별이라는 차원에서 성폭력을 판단한다는 것이 무엇인지는 말하지 않으며, 사건 판단에서 피해자의 대처 양상에 대해 성폭력 피해자다움 통념을 적용하지 말라는 요청을 주요 내용으로 한다. 피해자의 대처는 각기 다를 수 있으므로 구체적 사건에서 피해자가 처한 특별한 사정을 고려하라는 것이다. 그런데 하급심 판결들을 보면 특별한 사정의 범위는 여전히 제한적인 것으로 보인다. 결국에는 최협의 폭행협박을 요하던 강간죄 판단 기준의 연장선상에서, 어떤 사유로든 피해자가 두려움으로 인해 사건 당시에는 저항하지 못하고 사건 직후에는 도망치지 못하고 사건을 외부에 알리지도 못하는 상황만을 특별한 사정으로 인정하는 것은 아닌가.

성폭력 피해자다움 통념과 달리 성폭력 피해자가 피해 당시 저항하는 모습을 보이지 않았거나 피해 이후 남성 파트너에게 알리지 않았던 행동을 설명하는 것 또한 지금의 성폭력 재판에서는 피해 인정에 중요한 역할을 한다. 하지만 발제문에 제시된 판례들 중 다수는 피해자의 대처 양상을 의심하기에 앞서 피해의 성립 자체를 부정한다. 친밀한 파트너 관계이거나/였거나 이미 합의에 따른 성적 접촉/촬영을 한 적이 있거나 두려워했던 것 같지도 않은데 특별한 저항 행동도 없었던 상황을 성적 피해로서 이해하기 어렵고, 피해자는 원치 않는다면 저항할 수 있는 성정으로 보이고, 피고인과의 관계는 대등해보인다면 성폭력이 아니라는 것이다.

더 이상 법원은 성폭력 피해자에게 왜 사력을 다해 저항하지 않았느냐고 적어도 명시적으로 질문하지는 않지만, 발제문에 인용된 판례들은 피해자에게 성폭력 피해가 인생에서 가장 중요하고 가장 시급히 대처해야만 하는 문제가 아니냐고 말하는 것처럼 보인다. 이와 같은 판단은 성폭력에 대한 그간의 설명에 뿌리를 두는 것이기도 하다. 성폭력은 종종 씻을 수 없고, 지울 수 없는 트라우마를 남기는 피해로 설명되어왔다. 성폭력 피해의 심각성에 대한 강조는 오랜 성폭력의 사소화에 문제 제기하는 데 도움을 주었지만, 동시에 성폭력 피해/피해자의 전형을 만들고 피해를 선택적으로 인정하도록 하는 효과를 갖는다.

이런 배경에서는 성폭력 대처 양상의 다양성을 강조하는 설명 또한 피해자의 취약성 논리로 미끄러진다. 피해자가 통념에 부합하는 방식으로 대처하지 ‘못한’ 것은 피해자가 취약한 조건에 있었기 때문이라고 설명할 때 가장 쉽게 수용된다. 성폭력의 맥락에서 여성에게는 오로지 취약한 피해자 정체성만이 허용된다. 성인지 감수성 판결 또한 그와 같은 논리에 기댄다. 이런 논리에서는 성적 존재로서 상대방에 따라, 상황에 따라, 의사에 따라 자유롭게 자기결정을 할 수 있는 성적 자율성을 가진 존재로서 경험하는 피해를 온전히 인정받기는 어렵

20) 대법원 2018. 10. 25. 선고 2018도7709 판결

다. 전형에 부합하지 않는 피해자는 피해의 증명을 위하여 자신의 취약성과 무능력을 강조해야 하는 상황에 처한다.

성폭력 판결에서 젠더 관점의 반영을 확대하려면, 성인지 감수성 법리도 취약성에서 더 확장, 심화되어야 한다. 성인지 감수성(gender sensitivity)을 “공사영역 전반에서 젠더에 기반한 차별 및 배제와 관련된 사회, 문화적 요인을 고려하고 이해”<sup>21)</sup>하려는 능력과 의지로 개념화할 때, 성폭력 사건을 성인지 감수성에 따라 판단한다는 것은 성폭력 피해자가 피해에 대처하기 어려운 여러 사정들을 고려하는 것만이 아니라, 젠더에 기반한 차별이 성폭력을 더 수월하게 하고 성폭력을 촉진하는 반면 처벌과 피해 구제는 어렵게 만든다는 이해 또한 요하는 것이라 할 수 있다.

성적 존재로서 성적 욕망을 갖고, “그릇된 성관념”이나 “성에 개방적 태도”를 가진 여성, 성폭력이 씻을 수 없는 피해가 아닌 여성도 피해를 온전히 인정받을 수 있어야 한다. 이를 위해서는 저항의 어려움, 대처의 어려움 등등 피해자의 취약성과 무능력에 비증을 두는 ‘어려움’ 외에도 성폭력 피해/피해자 통념에서 벗어나는 사례들을 비롯한 실증적 근거를 더 많이 제시하고, 상호 합의에 기초하지 않은 성적 접촉을 폭력으로서 드러낼 필요가 있다.

더불어, 성폭력에서 당사자간의 권력 관계는 단지 위력간음죄의 구성요소인 것만이 아니라 강간을 비롯한 대부분의 범죄에서 작동하며 성적 침해를 가능하게 하는 행위의 정도와 내용, 대응 가능성과 방법, 시기 등등 범행과 피해 대응 전반에 영향을 끼치는 요인이다. 성폭력에서 위력의 작동은 매우 복합적인 과정이다. 최협의 폭행, 협박과 같은 가시적 강제력이 없이도 동의하지 않은 성적 접촉을 가능하도록 만드는 위력은, 사람이 갖는 여러 정체성과 사회경제적 지위와 각 관계의 특성이 동시에 작용하여 구성된다. 젠더는 성폭력을 다른 폭력과 구분가능하도록 만드는 주된 요인이 되지만, 성폭력에서 젠더 권력만이 유일하게 작동하는 것은 아니며, 젠더 권력은 당사자간 관계에서의 다른 권력과 교차하면서 복합적으로 영향을 끼칠 수밖에 없다. 발제문에서 성인지 감수성 결여 사례로 예시한 판결문의 논리를 보면, 젠더만이 아니라 사람 사이에서 작동하는 다양한 권력 관계에 대한 이해가 결여되어 있는 모습을 발견하게 되는데, 이는 단지 성인지 감수성 부족만의 문제는 아닌 것 같다.

## 2. 가중요소와 감경요소의 구별

발제문의 사례들은 성범죄 양형기준 적용의 문제점들을 드러낸다. 대표적으로 가중요소의 부재를 감경의 이유로 삼는 문제가 발견된다. 만취 상태를 감경요소로 적용하지 못하도록 하자, 만취 자체가 아니라 만취로 인한 우발적 범행이었음을 이유로 감경한다. 그러나 우발적 범행은 감경요소에 포함되지 않으며, 반대로 계획적 범행이 가중요소이다. 가중요소인 동종전과의 부재를 이유로 감경하는 것 또한 가중요소의 부재를 감경요소로 전환하는 대표적 사례이다. 양형에서 법관의 재량에 따른 작량감경이 존재하지만, 적어도 양형기준의 가중요소와 감경요소는 구분되어야 하며, 가중요소가 없는 경우에는 감경영역이 아니라 기본영역의 형을 선고하여야 마땅할 것이다.

## 3. 피해자 본인의 의사 반영

양형에 반영되는 ‘처벌 불원’에서 발달장애성인이나 아동·청소년 피해자의 의사 대신 법정대리인의 의사를 우선시하는 태도는 성폭력범죄만이 아니라 일상에서 발달장애인과 아동·청소년의 의사가 경시되는 양상을 반영한다. 성폭력 관련 형사사법절차에서 의사소통 및 의사표현에 어려움이 있는 아동과 장애인 등 피해자를 위한

21) EIGE, gender sensitivity, <https://eige.europa.eu/publications-resources/thesaurus/terms/1107>

진술조력인 제도가 도입된 지 10년이 넘었지만 당사자의 사법절차 참여권보다는 입증과 절차의 편의가 우선된다. 수사기관과 법원은 당사자에게 최대한 정보를 제공하기 위한 형사사법절차와 피해자의 권리에 대한 쉬운 설명 자료(easy read)도 아직 만들지 않고 있다.<sup>22)</sup>

법원행정처에서 발간한 <장애인 사법지원을 위한 가이드라인>은 장애인의 의사표시와 관련하여, 의사능력이 있으면 소송능력이 있다는 원칙에 따라 고소능력은 “피해자가 피해 사실을 이해하고 고소에 따른 사회생활상의 이해관계를 알아차릴 수 있는 사실상의 의사능력으로 충분”하고 처벌 희망 또는 처벌 불원의 의사표시에서도 범죄의 의미, 피해를 당한 정황, 처벌 관련 의사표시의 의미, 내용, 효과를 이해하고 알아차릴 수 있는 능력이 있는가를 살펴 의사능력의 유무와 의사표시의 진실성 여부를 조사, 판단하라고 제안한다.<sup>23)</sup>

피해자 본인이 아무리 의사표현, 의사소통에 어려움이 있다 하더라도 법원은 피해자와의 소통 방법을 찾아내기 위한 노력을 해야 하고, 피해자가 의사능력이 없어 법정대리인의 의사를 우선해야 한다고 판단한다면 피해자의 의사를 확인할 수 없는 근거를 명시하도록 해야 할 것이다. 특히 양형에 있어서는 피해자 본인의 의사확인을 최우선으로 하여야 하며, 본인의 의사를 확인할 수 없음에도 제3자의 용서를 이유로 형을 감경하지 않도록 하여야 한다.

#### 4. 법(관)의 객관성과 중립성에 대한 성찰의 촉진

성폭력 사건의 재판에서 젠더 관점의 적용을 위한 방법론의 설계에 있어 가장 중요하게 고려되어야 하는 부분은 법과 법관의 객관성과 중립성이라는 신화에 대한 의심과 성찰 촉진일 것이다. 피해자 증언의 신빙성 판단에 있어 법원은 진술 내용의 주요 부분의 일관성, 경험칙상 합리성, 진술 자체로 모순되는 부분이 없을 것, 허위로 피고인에게 불리한 진술을 할 만한 동기나 이유가 분명히 드러나지 않을 것을 기준으로 삼는다. 각 요건들의 판단은 모두 판단자가 가진 관점에서 자유로울 수 없다. “각개의 경험으로부터 귀납적으로 얻어지는 사물의 성상이나 인과의 관계에 관한 사실판단의 법칙”<sup>24)</sup>을 의미하는 경험칙은 필연적으로 증언을 포함한 증거를 어떤 관점에서 바라보는가의 영향을 받으며, 경험칙상 합리성 외의 요건들 또한 법관이 성폭력에 대하여 형성해온 관점에 따라 다른 판단에 도달할 수 있다. 성폭력 피해/피해자에 대한 불신은 사실 관계의 확정에서조차 피해자의 증언을 배제하도록 함으로써 진술의 모순, 허위 진술의 동기를 발굴해내도록 한다.

하지만 한국의 법조인 양성은 법규범과 법리라는 추상적 텍스트 내에 객관적 진리가 존재한다고 믿도록 하는 과정에 가깝다. 법의 중립성과 객관성을 전제로 하는 해석학 중심의 법학 교육을 받고, 법관으로서의 권위와 이를 토대로 한 광범위한 재량을 부여받은 집단이 젠더에 기반한 차별이라는 맥락에서 성폭력을 이해하고 이를 사건 판단에 적용할 수 있도록 하기 위해서는 어떤 방식의 접근이 필요할까. 그 과정은 무엇보다도, 법관이 한 개인으로서 경험한 좁은 세계에서 형성된 관점 위에 서있을 뿐이고, 사회적 존재로서 개인의 관점은 어떤 방향이든 젠더에 기반한 차별의 영향 속에 있다는 점, 이를 벗어나기 위해서는 부단한 노력을 필요로 한다는 점을 인식하는 과정이어야 할 것이다.

22) easy read는 이미 여러 국가에서 활용하고 있으며 유엔 장애인권리위원회의 권고 사항이기도 하다. 국내에서 사법절차와 관련된 easy read의 제작은 2012년 법원행정처가 발주한 연구용역에서 제안되었고 국가인권위원회의 2013~2017년 장애인 인권증진 중장기 계획에도 포함되었지만 국가적 수준에서 제작되지 않았으며 일상 생활 영역을 중심으로 민간단체에서 개발되고 있다. 22년에는 서울행정법원에서 easy read 방식의 판결문을 제공하여 화제가 된 바 있으며, 뒤이어 판결문의 easy read 버전 작성을 의무화하는 형사소송법 개정안이 23년 1월 발의되었다. 장필화·이미경·강가람 외(2012), 여성·아동·장애인 성폭력피해자 증인 보호와 지원에 관한 연구, 대법원 법원행정처, 413쪽 이하; 국가인권위원회(2012), 장애인 인권증진 중장기 계획(2013년 ~ 2017년), 49쪽; 장애인사회연구소 알다, <http://easy-read.or.kr>; 임현경, “쉬운 용어로 쓴 판결문, 장애인의 당연한 권리”, 2022.12.19., 법률신문, <https://www.lawtimes.co.kr/news/183884>; 최혜영의원 대표발의, 형사소송법 일부개정법률안, 제안일자 2023.1.13., 의안번호 2119472.

23) 법원행정처(2020), 장애인 사법지원을 위한 가이드라인, 123쪽.

24) 대법원 2022. 8. 19., 선고, 2021도3451, 판결.

---

성인지감수성 그 후, 성폭력 판결 훑어보기:  
2021년 하급심을 중심으로  
자료집

---

발행일 2023년 6월 23일  
발행처 한국성폭력상담소  
주소 서울시 마포구 성지1길 32-42 한국성폭력상담소  
전화 02) 338-2890  
이메일 ksvrc@sisters.or.kr

---