

성폭력을 조장하는

대법원 판/례/바/꾸/기/운/동

- 1차~12차 자료집 모음 -

최협의설 비판
아내강간
아동성폭력에 대한 쟁점
비장애인 중심의 성폭력 판단기준 비판

성폭력 조장하는
대법원 판례 바꾸기 ①

판/례/바/꾸/기/운/동/ 첫 번째 자료집
“ 최협의설 ” 비판(1)

(사)한국성폭력상담소

성폭력 조장하는

대법원 판례 바꾸기 1차 자료집

목 차

성폭력을 조장하는 대법원 판례바꾸기 운동 취지문	1
강간죄의 폭행·협박의 정도에 관한 판례의 입장에 대하여 조인섭(변호사)	4
'최협의설 판례평석 - 92도259 이경환(본 상담소 법정지원팀)	7
의제화간'의 메커니즘 - 강간죄 해석에 있어서의 최협의 폭행협박설 비판 신윤진(본 상담소 법정지원팀)	21
참고자료 - 디딤돌 판결 2004고합228	44

성폭력 피해생존자의 인권을 존중하는 대법원 판결을 기대한다!

성폭력은 피해생존자의 인권을 침해하는 사회적 범죄행위로, 특히 여성과 어린이의 자유롭고 안전한 삶을 위협하고 있다.

다행히 우리사회에서도 90년대 이후 문제의 심각성을 인식하고 성폭력특별법 등 관련 법과 제도들이 마련되고 있다. 그러나 아직도 성폭력 범죄 피해생존자들은 피해자이면서도 오히려 “혹시 유발하지 않았나?”, 심지어 “즐기지 않았나?”하는 의심과 비난을 받고 있다. 성폭력 고소를 6.1%(1998, 한국형사정책연구원), 기소를 43%(2004, 법무부)라는 사실은 피해생존자들의 현실이 얼마나 열악한지 가늠할 수 있게 한다.

특히 우리나라 형법은 여자들이 '완강히 저항'하지 않는 한 합의에 의한 성관계로 파악한다. 따라서 폭행과 협박 상태에서 죽을 각오로 저항하지 않으면 강간으로 입증받기 어렵다. 그 이외에도 장애인이라 하더라도 항거불능 상태였음을 입증해내야 하는 문제나 부부사이에 가장 치욕스러운 경험이라고 호소하는 아내강간은 1970년 대법원 판례이후 강간 성립 자체를 부정당하고 있다. 또한 어린이 성폭력의 경우에는 단 하나의 증거일 수 있는 피해어린이의 진술이 일관성이 없다는 이유로 인정받지 못하고 있다. 이와 같이 법 자체를 매우 협소하게 이해하거나 피해자에게 불리한 방식으로 해석되는 방식은 이제는 사법체계 내에서 관행

으로까지 굳어져 다른 성폭력 사건의 불기소와 무죄판결에까지 큰 영향을 미치고 있다.

한국성폭력상담소는 지난 15년 동안 53,000여회 상담사례를 지원하면서 이와 같은 성폭력에 관한 법적 규정과 판단으로 인해 성폭력 피해생존자들이 제2의 고통을 받고 있음을 상담 현장에서 너무도 많이 보아왔다. 또한 2003년 본 상담소에서 실시한 <법조인의 성별의식 조사>연구에서 법조인들의 객관성이 사실상 남성중심적 사회문화에 토대를 두고 있으며 이에 따라 성폭력 피해생존자들의 경험과 의식을 반영하지 못하고 있음을 확인한 바 있다.

이제는 법원이 성폭력 사건의 재판 과정에서 “객관성”이라는 이름으로 얼마나 많은 피해여성들을 고통으로 몰아넣고 있는지를 성찰해야 한다. 그동안 우리의 법체계가 피의자(피고인)의 인권을 중심으로 고려하였다면, 이제 피해자의 인권을 돌아보아야만 한다. 무엇보다 남성 중심적인 우리사회의 잘못된 통념에 가려져 들리지 않았던 피해자의 목소리와 절규에 귀기울여야 한다.

우리는 그 변화의 일환으로 대법원 판례 바꾸기를 강력하게 요청한다. 대법원 판결의 경우, 하급심의 판결에 준거가 되고 검찰의 기소 여부에 큰 영향을 주고 있다는 점을 고려할 때, 대법원의 판례는 해당 사건에 대한 판결 그 이상의 의미를 갖고 있다고 할 수 있다. 그러하기에 성폭력 피해의 특수성을 전혀 고려하지 못하는 다음과 같은 대법원 판례는 성폭력에 대해 둔감했을 뿐 아니라, 결과적으로 성폭력을 묵인, 조장하는 결과를 낳았다고 생각한다.

- (1) 폭행과 협박을 매우 협소하게 판단하는 강간죄의 최협의설
- (2) 항거불능 상태임을 입증해야 하는 장애인 성폭력
- (3) 성폭력 성립 자체를 부정당하는 아내강간
- (4) 진술의 일관성이 부족하다는 이유로 인정받기 어려운 어린이성폭력

앞으로 우리는 성폭력 피해생존자와 반성폭력활동가, 그리고 법조인들이 함께 각 주제별 워킹그룹을 통한 평석자료집을 발간할 것이다. 그리고 이 자료는 존엄, 정의, 고귀, 위엄, 그리고 여성의 색깔로 상징되는 “자주색 봉투”에 담겨 향후 매월 정기적으로 대법원을 비롯한 전국의 각 법원과 검찰청의 법조인에게 배달될 것이다. 또한 더 많은 사례 수집과 주제 발굴로 내용을 내실화시킴과 동시에 토론회, 언론 기고와 같은 다양한 방법들을 동원하여 대법원 판례 바꾸기 운동을 전개해 나갈 것이다.

우리는 이 운동이 법조인들에게 성편향적이었던 사법 관행을 돌아보고 성찰하는 계기를 줄 수 있기를 기대한다. 그리고 우리나라 형사사법 체계가 피해생존자의 권익을 보장하는 출발점이 될 수 있기를 희망한다. 아울러 이 운동이 성폭력 없는 자유롭고 평등한 세상을 향한 커다란 울림이 되어, 오히려 피해자를 비난하는 잘못된 우리사회의 인식을 변화시키고 성폭력 근절을 위한 작은 실천들을 이끌어 갈 수 있으리라 믿는다.

2006. 7. 24.

(사) 한국성폭력상담소

강간죄의 폭행·협박의 정도에 관한 판례의 입장에 대하여

조 인 섭(변호사)

형법은 제297조에서 ‘폭행·협박으로 부녀를 간음한 자’에 대한 처벌 규정을 두고 있고, 판례는 이때 폭행·협박에 대해 ‘강간죄에 있어 폭행 또는 협박은 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도의 것이어야 하고, 그 폭행 또는 협박이 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도의 것이었는지 여부는 유형력을 행사한 당해 폭행 및 협박의 내용과 정도는 물론이고, 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 범행 당시의 정황 등 제반사정을 종합하여 판단하여야 한다(대법원 1999. 9. 21. 선고 99도2608 판결, 대법원 1992. 4. 14. 선고 92도259 판결 등)’고 하여 최협의설의 입장을 취하고 있다. 그런 최협의설은 ‘여성이 극도로 저항을 하면 강간은 불가능하다’는 것을 전제로 하기에, 그 결과 ‘자신의 정조를 지키기 위해 극도로 저항을 하는 여성’만을 보호하게 되고, 물리적으로 약한 폭행·협박에 겁을 먹고 자포자기 상태로 간음을 당한 경우에는 ‘극도로 저항을 하지 않았기에’ 강간에 해당하지 않는 것으로 보게 된다.

그러나 위와 같은 판례의 입장은, 강간죄의 보호법익을 ‘여성의 성적 자기결정권(대법원 2000. 5. 26. 선고 98도3257 판결, 2003. 10. 24. 선고

2003도5322 판결)’이라고 보는 것과 부합하지 않는다. 즉, 성적 자기결정권의 의미는 ‘원치 않은 성관계를 하지 않을 자유’이고 성적 자기 결정권은 폭행·협박의 정도와 관계없이 보호되어야 함에도, 판례가 강간죄에 있어 폭행·협박의 정도를 최협의설로 한정지었기에 ‘반항이 현저히 곤란하지는 않은 정도’의 폭행·협박을 당해 간음당한 경우에는 성적 자기결정권이 침해되었음이 명백함에도 전혀 보호받지 못하게 되는 것이다.

그러나 이러한 결과는 재산에 관한 범죄인 강도죄와 공갈죄의 경우 피해자가 당한 폭행·협박의 정도에 따라 최협의의 폭행·협박을 당했다면 강도죄에 해당하고, 협의의 폭행·협박을 당한 경우 공갈죄가 될 수 있어 처벌의 공백이 발생하지 않고 모두 보호되는 것과 대비할 때¹⁾, 매우 부당하다.

결국 판례의 입장에 따를 때에는 목숨을 걸 정도로 격렬하게 저항한 여성만이 보호받을 수 있게 된다. 아마 그런 판례의 태도는 강간죄를 우리나라의 전통적인 개념인 ‘순결이데올로기’를 적용했기 때문으로 보인다.

하지만 그렇다고 판례는 ‘정조 또는 순결을 지키기 위해 극렬하게 저항한 여성’을 전적으로 보호해주지도 않는다. ‘만취한 피해자가 도망가려고 함에도 피고인이 피해자를 여관으로 끌고 들어와 만취하여 반항하지 못하는 피해자를 간음하고, 그 다음날 또다시 간음하려는 피고인에게 피해자가 저항하며 마실 물을 떠달라고 하여 피고인이 화장실

1) 의제화간의 메커니즘, 신윤진

에 간 사이 피해자가 방 출입문을 잠그고 구조를 요청하다가, 피고인이 출입문을 부수고 들어올 기세를 보이자 피해자가 또다시 강간당할 것을 두려워하여 방 창문을 넘어 도망치다 바닥에 떨어져 상해를 입은 사안'에서, 판례는 '피고인은 피해자가 피고인의 방문 흔드는 소리에 겁을 먹고 강간을 모면하기 위해 3층에서 창문을 넘어 탈출하다 상해를 입은 것이라고 예견할 수는 없다'고 하며 강간치상죄는 되지 않는다고 한 것이다(1985. 10. 8. 선고 85도1537 사건).

즉, 판례는 강간죄의 폭행·협박의 정도로 여성이 자신의 모든 것을 걸 정도의 극렬한 저항을 할 것을 원하면서도, 실제로 여성이 그런 극렬한 저항을 하여 상해를 입거나 목숨을 잃은 경우에는 '예견가능성이 없다'고 하며 외면해버리고 있다. 판례가 상정하는 여성상에 의할 때 강간은 '자신의 정조를 지키기 위해 극도로 저항을 하는 여성'에 대해서나 가능한 것이기에, 그런 관점에서 보자면 가해자가 강간을 하기 위해 문을 부수고 들어올 것 같은 기세를 보일 때, 정숙한 여성은 자신의 정조를 지키기 위해 목숨을 건 탈출을 감행할 수 있고, 그런 것은 얼마든지 예견 가능한 것(순결이데올로기에 의해 은장도로써 순결을 지킨 사람이 얼마나 많았는가)이라고 보아야 함에도 실제로 그런 결과가 일어나자 예견가능성이 없다고 판단해버린 것이다.

이제는 강간죄에 대한 남성중심적인 시각에서 벗어나 합리적이고 중립적인 인간의 관점에서 해석되어야 할 때라고 본다. 그런 합리적·중립적 관점에서 강간죄에 대한 해석이 내려질 수 있기를, 그런 진지한 논의가 이루어질 수 있기를 기대해본다.

최협의설에 따른 대법원 판례 평석 92도259

이경환(본 상담소 법정지원팀)

I. 사건 개요 및 판결 내용

- 1. 이 사건 공소사실의 요지 및 1심·원심법원의 판결
- 2. 대법원의 판단

II. 평석

- 1. 서
- 2. 이 사건 대법원 판결의 문제점(1): 판단의 근거 및 논증의 빈약성
- 3. 이 사건 대법원 판결의 문제점(2): 피해자 언행에 대한 잘못된 평가
- 4. 이 사건 대법원 판결의 문제점(3): 최협의설과 신빙성 판단의 혼재
- 5. 결론

I. 사건 개요 및 판결 내용

1. 이 사건 공소사실의 요지 및 1심·원심법원의 판결

이 사건 공소사실의 요지는 “피고인이 1991. 3. 4. 20:00경 서울 ○구 ○○ ○○아파트 54동 305호에 있는 피고인의 집에서 옆방에 거주하는 피해자 ○○○(여 22세)을 피고인의 방으로 끌고가 쓰러뜨리고 목을 누르면서 “소리를 지르면 칼을 가져와 죽여버리겠다” 라고 협박하여 피해자의 반항을 억압한 후 1회 간음하여 피해자를 강간하고, 이

로 인하여 피해자에게 약 10일간의 치료를 요하는 우측 대퇴부 좌상 등의 상해를 가하였다”는 것이며, 1심 및 원심법원은 위 공소사실을 모두 유죄로 인정하였다.

2. 대법원의 판단(단락번호는 필자가 임의로 부여한 것임)

① 원심은 피해자 ○○○의 진술을 가장 유력한 증거로 삼고 있음이 기록상 분명하다. 기록에 의하면 피해자는 경찰 이래 원심법정에 이르기까지 피해자가 판시와 같이 피고인으로부터 강간당하였다고 진술하고, 이에 반하여 피고인은 검찰 이래 원심법정에 이르기까지 피해자가 피고인을 유혹하여 성교하였을 뿐 피해자를 강간한 사실이 없다고 변호하면서 그 범행을 부인하고 있는바, 이와 같이 서로 상반되는 피해자와 피고인의 각 진술 중에서 원심이 피고인의 변소를 배척하고 피해자의 진술을 채택한 것은 사실심의 증거 취사에 관한 것으로서 이것이 조리와 경험칙에 반하는 것이 아닌 한 이를 잘못이라 할 수는 없다 할 것이다.

② 그러나 강간죄가 되기 위하여는 가해자의 폭행, 또는 협박은 피해자의 항거를 불능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이어야 하고, 그 폭행 또는 협박이 피해자의 항거를 불능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이었는지 여부는 유형력을 행사한 당해 폭행 및 협박의 내용과 정도는 물론이고, 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시의 정황 등 제반사정을 종합하여 판단하여야 할 것 인바, 이 사건에 있어서 원심은 피고인이 판시와 같은 폭행과 협박을 하여 피해자의 반항을 억압하였다고 만연히 실시하고 있으나, 과연 피

고인이 행한 폭행과 협박이 피해자의 반항을 억압한 정도의 것이고, 따라서 피해자가 항거불능의 상태에 있었다고 인정하기에는 다음과 같은 여러 가지 의문스러운 사정이 엿보인다.

③ 즉, (1) 기록에 의하면 피해자(가명 윤수지)는 룸싸롱에서 일하는 호스티스로서 1990. 8월경 판시 방 2개짜리 아파트를 빌려서 그 아래 공소외 △△△과 동거하여 오다가, 1990. 12. 31.경 같은 룸싸롱에서 호스티스로 일하면서 평소 피해자가 언니라고 부르던 공소외 ×××에게 위 아파트의 방 1칸을 빌려주었고, 그 무렵부터 피해자는 위 아파트의 큰방에서 위 △△△과 함께, 피고인은 그 옆 작은방에서 위 ×××과 함께 각 동거하여 오면서 서로 친숙하게 지낸 사이임이 엿보이고 (수사기록 49면, 85 내지 88면), (2) 피고인의 진술에 의하면 이 사건 성교 이전에 피해자가 피고인의 방에 들어와 담배를 빌려달라고 하여 피고인이 담배를 주고 불까지 붙여주자 피해자가 담배를 피우면서 현기증이 난다고 하면서 머리를 피고인의 어깨에 기대며 피고인을 유혹하여 성교하였다는 것이고, 이에 대하여 피해자는 피고인이 피해자를 강간하려 하자 시간을 끌어 피고인을 진정시키기 위하여 피고인에게 담배를 달라고 하였으나, 피고인이 주지 않았다고 진술하고 있고(수사기록 57, 59, 94면, 공판기록 59, 316, 321면), (3) 피고인의 진술에 의하면 이 사건 성교 직전에 피고인의 성기가 발기되지 아니하자 피해자가 피고인의 성기를 손으로 만져서 발기시켜 주었다는 것이고, 이에 대하여 피해자는 피고인이 성기가 발기가 되지 않는다면 피해자의 손을 끌어다가 성기를 만지게 하였다고 진술하고 있으며 (수사기록 60, 91면, 다만 피해자는 원심법정에서 성교 직전에 피고인의 성기가 발기되어 있었다는 취지로 진술을 바꾸고 있다), (4) 피해자의 진술에 의하더라도

피해자가 성교 도중 피고인에게 언니(피고인의 동거녀인 공소의 ×××)가 알면 어떻게 하려고 그러느냐, 언니를 사랑하면서 이럴 수 있느냐고 하자, 피고인이 너는 △△△(피해자의 동거남)이를 사랑하느냐고 하여 피해자가 그렇다고 하자, 피고인이 나는 네가 좋으니 △△△이하고 헤어지고 나하고 살자는 등의 대화를 나누었다는 것이고(수사기록 92면, 공판기록 317면), (5) 피해자의 진술에 의하더라도 피고인이 성교 도중 성기를 피해자의 질내에 여러 번 삽입하였다는 것이며 (공판기록 324면), (6) 피고인의 진술에 의하면 피고인이 성교 도중 피해자에게 질 외에 사정할지를 묻자, 피해자가 질 외에 사정하여 달라고 하여 피고인이 피해자의 배위에 사정하였다는 것이고, 이에 대하여 피해자도 대체로 같은 취지의 진술을 하고 있고(수사기록 12, 92면, 공판기록 318면), (7) 피고인의 진술에 의하면 피해자가 성교 후 피고인의 담배를 꺼내어 피웠다는 것이고, 이에 대하여 피해자는 성교 후 피고인이 피해자에게 담배를 주고 불을 붙여주었다고 진술하고 있으며(수사기록 39면, 공판기록 59, 318, 321면), (8) 한편 의사 ◇◇◇의 진술에 의하면 피해자가 입은 상해 중 우측 대퇴부 좌상은 사람의 입으로 빨거나 물어서 생길 수 있다는 것이고, 배부찰과상은 넘어지면서 긁히거나 손톱 등으로 긁혀서 생길 수 있다는 것인데 (수사기록 72면), 기록상 피해자는 피고인의 어떠한 폭행으로 위와 같은 상처들을 입었는지에 대하여 아무런 설명이 없고, 오히려 위와 같은 상처는 피고인이 피해자와의 성교 도중 격정에 못이겨 만든 상처일 가능성도 배제할 수 없는 점을 엿볼 수 있는 바, 이와 같은 사실들에 나타난 상황으로 미루어 본다면, 피고인이 피해자에 대하여 설사 판시와 같이 폭행 또는 협박을 가하였다고 하더라도, 그 폭행 또는 협박이 피해자의 항거를 불능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도에까지 이른 것이라고 보기에는 미흡

한 것이 아닌가 하는 의문이 든다.

④ 그렇다면 원심으로서의 피고인이 피해자에게 가한 폭행 또는 협박의 정도와 그 폭행 또는 협박이 피해자에게 미친 심리적, 육체적인 영향 등을 상세히 심리하여, 과연 피고인이 피해자의 항거를 불능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행 또는 협박으로 피해자를 강간한 것인지의 여부를 판단하였어야 할 것임에도 불구하고, 위에서 본 바와 같이 피고인이 판시와 같은 폭행과 협박을 한 것이 바로 피해자의 반항을 억압한 것으로 판단하였으니, 원심판결에는 증거의 내용을 잘못 이해하는 등 채증법칙을 위배하여 사실오인을 하거나 강간죄에 있어서의 폭행 또는 협박의 정도에 관한 법리를 오해하여 이에 관한 심리를 제대로 아니한 위법이 있다고 하지 않을 수 없다

II. 평석

1. 서

대법원은 강간죄의 구성요건으로서의 폭행·협박에 대해 ‘항거를 불능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도’일 것을 요하는 최협의설을 지속적으로 확인해오고 있으며, 이러한 최협의설을 근거로 하여 유죄의 원심을 파기하거나 무죄를 확인하는 판결도 드물지 않게 보이고 있다(90도2224, 91도546, 99도2608, 2000도5395, 2001도230, 2001도4462 등).

이러한 최협의설에 대하여는 피해자의 죽음을 각오한 저항을 요구

하는 것이라거나, 강간죄의 보호법익인 성적 자기결정권의 보호에 모순된다거나, 처벌의 공백이 있다거나, 피해 여성을 범죄의 원인제공자로 비난하게 되는 원인이 된다는 등의 다양한 비판이 존재한다. 이 글에서는 이러한 비판에 대한 이론적인 논의보다는 구체적인 사실관계와 그에 대한 판단에 대하여 집중하기로 한다.

2. 이 사건 대법원 판결의 문제점(1): 판단의 근거 및 논증의 빈약성

이 사건은 1심과 원심법원에서 모두 유죄로 판결된 사안이다. 대법원은 위 제①항에서 “이와 같이 서로 상반되는 피해자와 피고인의 각 진술 중에서 원심이 피고인의 변소를 배척하고 피해자의 진술을 채택한 것은 사실심의 증거 취사에 관한 것으로서 이것이 조리와 경험칙에 반하는 것이 아닌 한 이를 잘못이라 할 수는 없다 할 것”(밀줄은 필자)이라고 하여 일응 원심의 판단을 존중하고 있다.

그러나 대법원은 실질적인 판단을 하고 있는 위 제③항의 판시에 있어서는 기록에 의해 인정되는 8가지 사실을 열거하면서 이 사실로 미루어 본다면 최협의의 폭행 또는 협박이 있었는지 의문이 든다고 하고 있다. 하지만 위 8가지 사실 중에 (2), (3), (7)항은 피고인과 피해자의 진술이 상반되며, (8)항의 의사의 견해는 양쪽 모두의 가능성이 있다는 진술에 불과하다. 피해자와 피고인의 진술이 일치하는 (1), (4), (5), (6)항은 피해자가 피고인과 잘 아는 사이였고, 성교 도중 여러 번 삽입을 하였고, 질외사정 여부에 대해 이야기를 나눈 뒤 그렇게 하였다는 것을 내용으로 하는데 이러한 사실만으로 사실심의 판단을 파기

할만한 근거가 될 수 있는지 의문이다(이 내용에 대해서는 뒤에서 다시 자세히 다루겠다).

특히 진술이 상반되는 (2), (3), (7)항에 대해 대법원은 어느 쪽의 진술이 신빙성이 있는지에 대해 판단을 제시하지도 않으면서 ‘만연히’ 원심의 판단이 의심스럽다는 판단의 근거로 둔갑시키고 있다. 대법원이 피해자의 진술을 믿지 않았다면, 그 진술을 믿은 사실심의 판단이 어떻게 ‘조리와 경험칙에 반하는지’를 논증하였어야 할텐데 그러한 논증도 없이 원심을 파기한 이 사건 판결은 법원의 판결이라면 가져야 할 기본적인 설득력조차 결여되어 있다는 비판을 피할 수 없다.

그리고 설령 진술이 상반된 부분에 있어 별다른 논증 없이 피고인의 진술을 신빙성 있는 것으로 채택한 것에 대해, 최대한 선해하여 진술이 일치된 (1), (4), (5), (6)항의 사실들을 근거로 삼았다고 보더라도 문제점은 여전히 다음과 같이 남는다고 볼 것이다.

3. 이 사건 대법원 판결의 문제점(2): 피해자 언행에 대한 잘못된 평가

(1)항 사실 중 피해자가 피고인과 이미 알고 있었고 친숙하게 지냈다는 것은 한편으로는 동의에 의한 성관계의 가능성을 제공하기도 하고, 다른 한편으로는 강간임에도 극렬한 저항이 없었음을 설명하는 요소도 되므로(비명을 지르기 보다는 말로 설득하려 하거나, 이후의 동거남, 동거녀와의 관계를 고려하여 행동하는 것 등을 설명할 수 있다) 신빙성 판단의 뚜렷한 근거는 되지 못한다.

만약 피해자가 ‘룸싸롱에서 일하는 호스티스’라는 점이 근거로 판

단되었다면 이는 보호가치 있는 정조론으로 시대를 거스르자는 태도이므로 재고의 가치가 없다(사실 피해자의 직업이 이런 식으로 거론되었다는 점에서 이미 편견에 의한 영향을 무시할 수 없게 된다).

(4)항의 성교 도중 피고인에게 언니(피고인의 동거녀인 공소외 ×××)가 알면 어떻게 하려고 그러느냐, 언니를 사랑하면서 이럴 수 있느냐고 하자, 피고인이 너는 △△△(피해자의 동거남)이를 사랑하느냐고 하여 피해자가 그렇다고 하자, 피고인이 나는 네가 좋으니 △△△이하고 헤어지고 나하고 살자는 등의 대화를 나누었다는 사실관계(밑줄은 필자)는 오히려 피해자 진술에 신빙성을 더한다.

피해자가 피고인을 유혹하여(제(2)항) 합의 하에 성관계를 가진 것이라면 ‘언니를 사랑하면서 이럴 수 있느냐’며 비난조로 질문하고 동거남을 사랑한다는 이야기를 왜 굳이 성교 도중에 하였겠는가? 위 대화는 피해자의 비난과 피고인의 사태수습 노력의 구도로 보는 것이 자연스럽다. 대법원과 같은 결론이 나오기 위해서는 ‘먼저 유혹을 하고 스스로 성기를 만져주어 발기시킨’ 피해자가 성교 도중 죄책감을 느껴 여전히 동거남을 사랑한다고 말했다는 비현실적인 시나리오를 사실로 받아들여야 할 것이다.

(5)항의 사실은 피고인이 성교 도중 피해자의 질내에 여러 번 삽입하였다는 것인데 이것이 어떻게 피해자의 진술을 배척하는 근거가 되는지 이해할 수가 없다. 피해자는 성기가 분리될 때마다 다시 삽입되지 않기 위해 필사적인 노력을 했어야 했는데 그렇지 않았다는 비난일지도 모른다. 만약 그렇다면 이는 (4)항의 상황에서 ‘진정한’ 강간피해자라면 대화 따위는 하지 않고 계속 비명을 지르거나 구조를 요청했어

야 한다고 주장하는 것과 같은 맥락이 될 것이다.

만약 체위를 바꾸어 삽입을 한 것을 위와 같이 표현한 것이라고 가정을 하더라도 당시 상황이나 맥락에 대한 설명 없이 그러한 사실만으로 피해자의 신빙성을 배척하는 것은 합리적이라 할 수 없다. 어떤 경우라도 (5)항 사실을 ‘만연히’ 열거한 대법원의 설시는 이해하기 어렵다.

(6)항의 사실은 성교 도중 피고인이 질외사정 여부를 물어 질외사정을 하였다는 것인데 이는 이미 강간을 당하고 있는 피해자로서는 얼마든지 선택할 수 있는 차악의 선택지이다. 이에 대해 박상기 교수는 하나의 안을 선택하지 않을 때 똑같이 원하지 않는 안을 선택할 수밖에 없게 되는 심리학의 ‘회피-회피갈등(avoidance-avoidance conflicts)’ 이론으로 설명하고 있다.

강간을 한 가해자라면 피해자에게 질외사정 여부를 묻지 않을 것이라는 판단도 가능하나, 이는 아는 사이, 더군다나 법원이 ‘친숙한 사이’라고 인정한(위 (1)항) 관계에서는 충분히 가능한 일이다. 전체의 70% 이상을 차지하는 ‘아는 사이’의 강간은 그동안 ‘전형적인’ 강간이라고 여겨져 왔던 ‘으스스한 골목길에서 얼굴도 모르는 괴한에게 당하는’ 사안과 구별되는 특징들을 가지기 때문이다. 가해자와 피해자가 아는 사이인 경우, 피해자는 기존의 관계에서 쌓인 신뢰감을 바탕으로 강간의 우려가 높다고 여겨지는 상황(늦은 밤에 술을 같이 마시거나, 남자의 방에 같이 있는 경우 등)에서도 강간을 예측하지 못하거나 강간의 시도가 있더라도 말로서 가해자를 설득할 수 있다고 생각하여 구조를 요청하지 않는 경우가 많다. 또한 가해자의 경우 우월적인 위치에 있으면(회사 상사와 부하, 교수와 학생의 관계 등) 쉽게 사건 은폐를 위

한 협박을 하기도 하지만, 때로는 강간이 있었음에도 불구하고 피해자와 지속적인 관계를 맺기를 바라기도 한다(좋아한다는 것을 빌미로 한 강간의 경우). 이 사안에서도 이미 피해자와 서로 애인을 버리고 같이 살자고 제안한 가해자에게 피해자를 배려하여 질외사정 여부에 대해 묻는 행동은 충분히 가능한 일인 것이다.

4. 이 사건 대법원 판결의 문제점(3): 최협의설과 신빙성 판단의 혼재

대법원은 위 제③항에서 ‘이와 같은 사실들에 나타난 상황으로 미루어 본다면, 피고인이 피해자에 대하여 설사 판시와 같이 폭행 또는 협박을 가하였다고 하더라도, 그 폭행 또는 협박이 피해자의 항거를 불능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도에까지 이른 것이라고 보기에는 미흡한 것이 아닌가 하는 의문이 든다’고 판시하여 피해자의 동의 여부에 관계없이 최협의설을 근거로 원심을 파기하였다.

그런데 이는 피고인과 피해자의 진술을 고려할 때 논리모순이다. 피고인의 진술을 믿는다면 피해자는 먼저 유혹하고 자발적으로 성기를 발기시켜주기도 하였으므로 이는 동의에 의한 성관계라고 볼 것이다(의사에 반한 유형력은 개입할 여지가 없다). 피해자의 진술을 믿는다면 피해자는 1심과 원심법원이 유죄로 인정한 공소사실과 같이 피고인에 의해 쓰러지고 목을 눌리고 “소리를 지르면 칼을 가져와 죽여버리겠다” 라고 협박을 당하였고, 피고인을 진정시키려 담배를 달라고 하고 성기도 어쩔 수 없이 만지게 된 것이므로 강간죄가 성립할 것이다(대법원이 피해자의 진술을 믿어도 강간이 아니라고 한 것이라면 굳

이 상반된 가해자 진술을 (2), (3), (7)항에서 실시할 필요가 없었을 것이다).

즉, 피고인의 진술에 따르면 동의에 의한 성관계이고, 피해자의 진술에 따르면 강간이므로 의사에 반한 유형력이 행사된 ‘협박의 폭행·협박에 의한 간음’은 성립할 여지가 없는 것이다. 그런데 대법원의 판단은 ‘판시와 같은 폭행·협박을 당하였다는 피해자의 진술이 사실이라도 그 정황에 대한 피고인의 진술에 따르면 최협의의 폭행·협박이라고 볼 수 없다’라는 모순적인 것이 된다.

피해자 진술의 신빙성을 배척하여 동의에 의한 성관계라고 보인다고 실시하지 않고(물론 거증책임에 따라 대법원은 강간이 성립하지 않는다고만 하면 되지 동의에 의한 성관계라고 결론 내릴 필요는 없다. 다만 판시에서는 그런 점이 드러날 수 있을 것이다) 왜 대법원은 최협의설을 파기의 근거로 제시하였는가?

이같은 점은 사실 모든 최협의설에 따른 판결의 경우에 해당하는 문제이다. 무죄를 주장하는 피고인이라면 누구든지 동의에 의한 성관계였다고 주장할 것이지, 결코 의사에 반해 유형력을 행사했지만 반항을 현저히 억압할 정도는 아니었다고 주장할리는 없기 때문이다.

결국 폭행·협박의 정도에 대한 판단은 단순한 ‘정도’의 문제가 아니라 피해자 진술의 신빙성 판단의 문제와 구조적으로 긴밀하게 연관되어 있는 것이다. 대법원은 폭행·협박의 정도 판단에 있어 다음과 같은 기준을 반복해서 실시하고 있다.

“강간죄가 되기 위하여는 가해자의 폭행, 또는 협박은 피해자의 항거를 불능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이어야 하고, 그 폭

행 또는 협박이 피해자의 항거를 불능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이었는지 여부는 유형력을 행사한 당해 폭행 및 협박의 내용과 정도는 물론이고, 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시의 정황 등 제반 사정을 종합하여 판단하여야 한다.”(밑줄은 필자)

폭행·협박의 정도 판단에 있어 제반 사정을 종합하여 판단해야 한다는 원칙은 이론적으로는 피해여성이 처한 상황이나 심리상태, 다양한 상황적 맥락을 고려함으로써 최협의설을 좀더 현실에 맞게 적용할 수 있는 것으로 여겨지지만, 실제로 위 기준이 작동하는 방식은 제반 사정을 종합적으로 고려하여 피해자 진술의 신빙성을 판단하고 그 결과를 최협의설로 포장하는 것이 된다. 최협의설이 단지 포장에 불과하다는 것은 특별한 구타없이 피해자를 쓰러뜨려 몸으로 누르고 간음을 한 경우 등 서로 비슷한 폭행·협박의 상황에서 강간의 유무죄 여부가 다르게 나오는 판례들을 볼 때 알 수 있다. 그 판례들에서 본질적인 차이는 결국 폭행·협박의 정도보다는 피해자 진술의 신빙성 판단에 있다.

진술의 신빙성 문제를 최협의설로 포장하는 이유는 무엇일까. 그것은 신빙성 배척이 최종결론이 될 경우 그것을 논증하기가 쉽지 않기 때문이라고 보인다. 이 사건 대법원 판결도 사실상 피해자 진술보다는 피고인의 진술을 더 신빙하면서도 그것을 명시적으로 표현하지 않고 최협의설 문제로 결론을 내린 것은, 단순한 판시의 미비 또는 논증의 결여가 아니라 신빙성 배척의 논증보다 뭉뚱그려 의문을 제시하고 최협의설로 배척하는 것이 더 간편했기 때문일 것이다.

이러한 결론은 좀더 많은 판례들의 분석을 통해 뒷받침되어야 할 것이다. 다만 이 사건에 있어 논리적으로 볼 때 최협의설보다 신빙성 판단으로 파기의 논거를 삼았어야 한다는 비판은 앞에서 본 것과 같은 이유로 지금으로서도 유효하다.

5. 결론

결론적으로 이 사건 대법원 판결은 피해자의 말과 행동에 대해 잘못된 판단으로 피해자 진술의 신빙성을 배척하였고, 특별한 논증이나 근거 없이 사실심의 판단을 파기하였다. 이는 단순한 잘못이라기보다는 강간 상황과 강간 피해자에 대한 잘못된 편견과 다양한 맥락적 이해의 부재에서 비롯된 것이라 볼 수 있다. 또한 그러한 편견과 이해의 부재를 최협의설이라는 대체논리로 포장하였다.

최협의설은 의사에 반한 유형력에 의한 성폭력을 처벌하지 않아 피해자에게 책임을 전가하고, 비현실적인 격렬한 저항을 요구하며, 처벌의 공백이 있다는 점에서 문제이지만, 판결의 실질적인 근거인 피해자에 대한 의심, 비난, 편견을 겉으로 드러내지 않고 포장할 수 있게 한다는 점에서도 문제가 된다. 따라서 본 글 II. 3.항의 비판은 최협의설 자체에 대한 비판이라기보다는 그 속에 감춰진 법원의 잘못된 이해·편견에 대한 비판이라고 이해될 수 있을 것이다.

룸싸롱에서 근무하는 호스티스이고, 어찌되었든 피고인의 성기를 만져서 발기시켜 주고, 질내에 여러번 삽입하고, 질외사정을 요구하고, 허벅지의 상처는 걱정해 못이겨 만든 상처일지도 모른다는 내용들을 열거한 뒤에, 판사와 같이 폭행 또는 협박을 가하였다고 하더라도, 그

폭행 또는 협박이 피해자의 향거를 불능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도에까지 이른 것이라고 보기에는 미흡한 것이 아닌가 하는 의문이 있다면서 유죄판결을 파기하는 대법원 판결에 대해 피해자는 어떤 생각을 하였을까. 최협의설은 과연 폭행·협박이 그렇게 정밀하게 정도의 구분이 되는가의 문제와 그러한 구분으로 인한 피해 외에도, 최협의설 논의로 인해 은폐되고 있는 것은 무엇인가라는 관점에서 전면적인 검토가 필요하다고 하겠다.

의제화간의 메커니즘

- 강간죄 해석에 있어서의 최협의 폭행협박설 비판²⁾

신 윤 진(본 상담소 법정 지원팀)

<목 차>

I. 강간죄의 보호법익과 구성요소 찰

II. 최협의설의 문제점

1. 입법 자체의 모순성
2. 보호법익과의 모순
3. 중간지대 강간의 허용
4. 강간미수의 문제
5. 강도죄-공갈죄와의 체계문제
6. 위계에 의한 간음죄의 비교

III. 판례의 폭행·협박 정도 판단기준 고

1. 일반적 기준
2. 구체적 분석
3. 종합적 평가

IV. 결

I. 강간죄의 보호법익과 구성요소

강간죄의 보호법익을 자기결정의 자유, 혹은 성적자기결정권이라고 보는 데 현재 이설이 없는 것으로 보인다. 그리고 강간행위를 구성하는 기본요소로서 다음의 세 가지를 들 수 있을 것이다.

- ① 피해자의 의사에 反함
- ② 폭행 또는 협박의 존재

2) 이 글은 서울대학교 법과대학에서 발간한 <공익과 인권> 제2권 제1호(2005. 3.)에 실린 같은 제목의 글의 본론 부분을 요약한 글이다.

③성기삽입

그런데 통설과 판례는 위의 세 가지 요소 외에 폭행 또는 협박이 ‘피해자의 반항(혹은 저항, 항거)을 현저히 곤란하게 할 정도’이어야 한다는 ‘정도요건’을 요구하고 있다. 즉 통설과 판례인 최협의설에 의할 경우 강간행위의 구성요소는,

- ① 피해자의 의사에 反함
- ② 폭행 또는 협박의 존재(존재요건)
- ③ 폭행 또는 협박이 최협의에 해당함(정도요건)
- ④ 성기삽입

이 된다.

이러한 입장에 의할 경우 폭행·협박 요건과 관련하여 강간죄의 성립이 부정되는 경우는 다음의 두 가지로 생각해 볼 수 있다.

가. 폭행 또는 협박의 존재 자체를 부정하는 경우.

나. 폭행 또는 협박이 존재하였음은 인정하나 그 정도가 피해자의 반항을 현저히 곤란하게 할 정도가 아니었다고 보는 경우.

II. 최협의설의 문제점

1. 입론 자체의 모순성

폭행·협박이 ‘반항을 현저히 곤란하게 정도’라고 할 때, 그러한 폭행·협박 실체가 무엇인지에 대한 의문이 우선적으로 제기된다. 반항이 현저히 곤란할 정도의 폭행이었다고 인정되려면 쉽게는 물리적으로 매우 강한 폭력이 사용된 경우를 생각할 수 있을 것이다. 그러나 밤에 모르는 사람을 기습하여 처음부터 흉기로 위협하거나 밧줄로 포박하는 경우 등을 제외하고는 폭행·협박의 정도는 피해자가 강하게 저항할수록 따라서 증가

하게 되는 것이 보통이다. 한편 반항을 현저히 곤란하게 하는 데에는 단순히 물리적인 강도强度뿐만 아니라 피해자의 심리적인 요인도 크게 작용한다. 그러나 피해자가 아닌 다른 사람이, 그것도 사후적으로 당시 피해자의 심리적 상태를 판단내리는 것은 매우 어려울 것이므로 결국 외관으로 파악될 수 있는 사실관계에 주로 의지하게 될 것이다. 따라서 물리적으로 악한 폭행 또는 협박이 사용된 경우에 피해자에게는 반항이 현저히 곤란할 정도였다고 판단내리는 경우는 극히 드물 것이다. 즉 예외적인 경우가 아니라면 최협의의 폭행·협박이 인정되기 위해서는 외관상으로도 강한 폭행과 협박이 표출되어야 하며, 이러한 폭행·협박은 피해자가 스스로 강한 반항행위를 통하여 상황을 극렬하게 만들어야 나타날 수 있다.

그런데 문제는 최협의설의 문구 자체에 있다. ‘반항을 현저히 곤란하게 할 정도’라는 문구는 폭행과 협박의 정도를 기술하는 것인데, 이러한 경우라면 문자 그대로 반항이 현저히 곤란할 것이므로 강하게 반항할 수가 없을 것이라는 점이다. 즉 최협의설은 반항을 매우 강하게 할 것과 반항이 현저히 곤란할 것을 동시에 충족해야 하는 모순을 가지며 반항이 현저히 곤란했다는 것을 강하게 반항했다는 사실로써 입증하도록 요구하고 있다.

폭행이나 협박이 있었다는 것은 피해자의 거부 의사가 가해자가 인식할 정도로 이미 외부로 표출되었다는 것이다. 이러한 폭행·협박에 의해 성기삽입이 일어난 경우, 이에 대한 사후적 설명으로서 ‘피해자의 반항이 곤란했었다고 말하는 것은 가능하다. 즉, 피해자의 의사에 반하였음에도 폭행·협박에 의해 성기삽입이 일어났다는 사실이 객관적으로 인정된다면, 그러한 상황에 처했던 피해자는 반항이 곤란했었을 것이라고 말할 수 있다는 것이다. 그러나 반항이 적었음을 이유로 ‘반항이 현저히 곤란할

정도는 아니었다'고 판단하고, 이에 따라 강간죄의 성립을 부정하는 것은 논리적으로 타당성이 없다. 다시 말해, '반항이 현저히 곤란할 정도'라는 표현은 피해자의 심리적·물리적 상태를 기술할 경우에 쓰일 수 있는 것이지, 폭행·협박의 정도를 구분하는 기준으로, 더욱이 유/무죄를 가르는 기준으로 작용할 수 없다는 것이다. 최협의설의 입론 자체의 모순을 정리해보면 다음과 같다.

- 1) 폭행이나 협박의 정도는 반항의 강도에 영향을 받는다.
- 2) 처음부터 극한 상황이 아닌 한, '반항이 현저히 곤란할 정도'의 폭행·협박은 매우 강하게 반항을 해야만 이를 수 있다. 즉, 강하게 반항을 하지 않으면 '반항이 현저히 곤란할 정도'에 이르지 않는다.
- 3) '반항이 현저히 곤란할 정도'의 폭행·협박이 행해지면 문자 그대로 반항이 현저히 곤란하기 때문에 강하게 반항을 할 수가 없다.
- 4) 최협의설은 강하게 반항할 수 없는 상황에서 강하게 반항해야만 충족할 수 있는 모순을 가진 기준이다.

2. 보호법익과의 모순

피해자의 부동의와 폭행·협박의 존재만으로는 강간죄가 성립될 수 없다는 통설과 판례의 입장은 강간죄의 보호법익을 성적자기결정권이라고 하는 것과 정면으로 배치된다. 강간죄의 보호법익을 성적자기결정권으로 보고 그 의미를 '원치 않은 성관계를 하지 않을 자유'라고 하면서도, 공판과 정에서 피해자에 의사에 반하였다는 사실 및 폭행·협박이 행사되었다는 사실까지 입증이 된 경우에도 죄가 되지 않는다고 하는 것은 일관성이 없다.

'반항이 현저히 곤란할 정도'의 폭행·협박을 기준으로 강간죄의 성립여

부를 판단한다는 것은, 그 잉여향으로 ‘반향이 현저히 곤란하지는 않은 정도’의 폭행·협박을 있다는 전제하는 것이고, 이러한 폭행·협박으로 성기를 삽입하는 것은 강간에 해당하지 않는다고 하는 것이다. 최협의설에 의할 경우, 이와 같이 반향이 현저히 곤란하지도 않았는데도 성기삽입을 당한 여성은 법적으로 어떻게 평가되는 것인지를 살펴보자. 최협의설의 시각에서 이러한 여성은 i)거부하는 언동을 하기는 하였으나 내심으로는 성관계에 합의했던 여성이거나, ii)내심으로도 원하지 않은 것이었으나, 약한 정도의 폭력에도 정조를 지키는 데 실패한, 정조관념이 투철하지 못한 여성이 될 것이다.

그러나 i)과 같은 해석은 여성의 객관적 거부의사표시를 반대로 해석하는 것이다. 침해적 상황에서의 여성의 거부적 언동조차 반대로 해석하면서 여성을 성적자기결정권의 주체로 본다고 말할 수 있을지 의문이다. 한인섭 교수도 최협의설에 대하여, “이러한 해석론은 현저한 항거곤란의 정도가 아니고서는 피해자의 의사에 반하여 강간하는 것이 불가능하다는 사고를 반영한 것이고, 이러한 사고는 ‘웬만해서는 강간이 불가능하다’는 선입견과 ‘여성의 거부의 언동은 액면 그대로 해석될 수 없다’는 편견을 반영한 것”이라고 지적하고 있다. ii)와 같은 해석은 강간죄의 보호법익을 ‘보호받을 만한 가치가 있는 정조’라고 볼 때나 가능한 것이다. 즉 정조를 지키는 데 온 힘을 다하였으나 ‘안타깝게도’ 실패한 여성만을 강간피해자로 인정한다는 입장이다.

최협의설은 반향이 현저히 곤란하지도 않았는데도 성기삽입을 당한 정조관념이 느슨한 여성 또는 겉과 속이 다른 여성을 탄생시킨다. 통설은 실제 사건에서 ‘정말 피해자인지 의심스러운 여성’이 적지 않아 이를 엄격히 가려내기 위하여 최협의설을 취할 필요가 있다고 하지만, 그러한 여성은 최협의설을 취하기 때문에 만들어진다고 보는 것이 보다 정확할 것이

다. 협의설에 의한다면 최협의설이 우려하는 문제가 오히려 해소될 수 있다. 피해자의 의사에 반하여 폭행·협박을 사용했다는 것이 입증된 경우 이를 처벌한다는 것이 되므로, 피해자의 의사표시의 왜곡이 일어나지 않기 된다. 또한 정조관념이 투철하지 못한 여성을 탓하는 것이 아닌, 피고인이 피해자의 성적 자기결정권을 침해했는지 여부를 판단하는 것이 되므로 강간죄의 보호법익과 재판 본래의 역할에 좀더 충실할 수 있게 될 것이다.

3. 중간지대 강간의 허용

판례가 폭행(협박)의 존재는 인정하나 그 정도가 약하다고 하여 무죄를 선고하는 경우 다음과 같은 판시를 한다.

“피고인은 다만 피해자의 의사에 반하는 정도의 유형력을 행사하여 피해자를 간음하려 하였음에도 불과하고, 그 유형력의 행사가 피해자의 반항을 현저히 곤란케 할 정도에까지 이른 것은 아니라고 봄이 상당하다 할 것이다.”

판례는 이와 같이 피해자의 의사에 반하여 강제력을 사용하여 성기를 삽입한 많은 경우를 처벌하지 않음으로써 사건 당시 피해자와 가해자 모두가 강간이라고 인식하였던 경우의 상당수를 법적으로 허용하고 있다. ‘유형력의 행사가 피해자의 의사에 반하는 정도에 불과’하다고 하여 무죄를 선고할 때, 판례는 이러한 경우의 성기삽입을 무엇이라고 보고 있는 것일까. 이에 대해서는 세 가지 가능성을 생각해 볼 수 있다.

i) 처벌의 필요성은 인식하나 처벌규정이 없기 때문에 처벌하지 못하는 것으로 보는 것.

ii) 판례의 입장에 따라 강간이라고 인정된 경우 이외에는 모두 합의된 성관계(소위 ‘화간’)으로 보는 것.

iii) 피해자의 의사에 반하였다고 하더라도 최협박이 아닌 폭행·협박을 사용한 것은 범죄로 처벌할 필요가 없다고 보는 것.

우선 i)의 경우에 대하여 살펴본다. 반사회적 행위라도 그 행위를 규율할 규정이 없는 경우 처벌할 수 없는 것은 죄형법정주의의 당연한 결과이다. 그러나 강간죄의 경우 문언상 폭행·협박의 존재만을 구성요건으로 규정할 뿐 정도에 대하여는 제한하는 바가 없으므로 처벌의 필요성을 인식하면서도 스스로 제한적 해석을 한 뒤 감경규정이 없음을 불처벌의 이유로 들 수는 없을 것이다. 단, 강간죄를 제한적으로 해석하는 것이 강도죄와 형량이 같기 때문이라고 한다면, 강도죄와 강간죄의 보호법익의 경중을 비롯한 형법체계상 문제에 대한 논의가 필요할 것이다. 이에 대해서는 별도 항목에서 다루도록 하겠다.

만약 ii)의 경우라면 앞에서 본 바대로 피해자의 의사를 무시하고 이에 반하는 해석을 하는 것으로 강간죄의 보호법익과 모순되는 결과를 가져온다. 그리고 판례도 피해자의 의사에 반하였다는 사실은 인정하는 것이므로 판례가 강간이 아니라고 선고한 사건을 모두 ‘화간’이라고 보고 있다고 단정하기는 어려울 것이다. 한편 판례의 문언을 엄밀히 보면, 간음이 피해자의 의사에 반하였다고 하지 않고 ‘유형력의 행사’가 피해자의 의사에 반한 것이라고 하고 있는바, 이러한 경우의 성기삽입에 대한 판례의 입장을 한 가지 경우로 단정짓는 것은 무리가 있을 것이다. 그렇지만 어느 경우라도 판례가 여성의 표시된 거부 의사와 폭행·협박의 존재를 무시하고 이를 무죄라고 선고함으로써 실제로 강간으로 화간으로 ‘의제’하는 결과를 가져오는 부정할 수 없을 것이다.

iii)의 경우라면 또 다른 중대한 문제점이 있다. 여성을 적당한 정도의 폭력을 사용하여 강간하여도 형법상 죄가 되지는 않는다는 해석이 되기 때문이다. 혹은 앞에서 지적한 바와 같이 반향이 현저히 곤란하지도 않았는

데 이를 모면하지 않은 여성은 보호해 줄 수 없다는 태도라고도 볼 수 있다. 여성에 대해 어느 정도의 폭행이나 협박을 사용하여 성관계를 맺어도 괜찮다든가, 때로는 필요하다든가, 여성도 은근히 좋았을 것이라는 등의 인식은 여성에게 폭력적이고 남성중심적인 성담론에 바탕한 것으로서 법적으로 결코 지지될 수 없는 것들이다. 이는 한편으로 여성의 정조를 강조하면서도 다른 한편으로는 여성의 인격과 의사를 가벼이 여기고 여성을 폭력적인 방법으로 성적 대상화하는 것을 대수롭지 않게 여기는 문화의 이중성을 반영한 것이기도 하다.

결국 판례는 협의의 폭행 또는 협박에 의한 성기삽입을 i), ii) 또는 iii)과 같이 파악함으로써 각각 정당화될 수 없는 문제점을 내포하고 있으며, 다수의 실제 강간을 처벌하지 않는 법적 공백상태를 초래하고 있다.

전술한 바와 같이, 기존의 통설이 최협의설을 포기할 수 없다고 하는 주된 이유 중 하나는 남성을 강간죄로 무고하는 여성이 존재할 수 있고, 이는 최협의설을 취해야만 분별될 수 있다고 보기 때문인 것으로 이해된다. 이러한 여성이 실제로 있을 수도 있다. 그러나 소송사기나 무고의 가능성은 어느 범죄나 존재하는 것이며, 강간사실이 오히려 피해자의 명예에 치명적 타격이 되는 현실에서 유독 강간범죄 피해자의 진실성을 의심하고 이에 의해 형법의 해석을 결정짓는 것은 이해하기 힘들다. 최협의설에 의해 만들어지는 측면이 더 강한 이러한 가능성에 대한 우려에 의해 최협의설의 필요성이 대두되고, 그로 인해 더 많은 강간피해자들이 의심스러운 여성이 비춰지는 악순환이 일어나고 있는 것이라 판단된다. 이렇게 볼 때 통설, 판례의 최협의설은 무고한 피고인이 범죄자가 되는 것을 방지한 다기보다는 무고(無辜)한 피해자를 가해자로 만들 수 있는 기제가 되고 있다. 조국 교수도 지적하였듯이 피해자의 거짓진술 가능성은 형법의 구성요건 해석을 결정지을 요소가 아니라 형사소송절차상에서 밝혀져야 할

과제이며 공판과정에서 충분히 밝혀질 수 있는 부분이라고 생각한다.

4. 강간미수의 문제

최협의설에 따를 경우 이론적으로 강간미수가 성립되기가 상당히 어렵게 된다. ‘반항이 현저히 곤란할 정도’의 폭행이나 협박에도 불구하고 여성이 예상을 뛰어넘은 힘을 발휘해 성기삽입의 결과를 막아야 하기 때문이다. 따라서 최협의설의 논리에 따르면, 다른 외부적 상황변화에 의한 불능미수나 중지미수가 아니고서는 강간미수가 이론적으로 성립되기 힘들게 된다. 또한 협의의 폭행·협박으로 성기를 삽입한 경우는 무죄, 최협의의 폭행·협박을 사용했는데 성기삽입은 없었던 경우는 유죄가 되는 불균형이 발생한다.

또한 인과관계의 일반론에 비추어 이론상으로는 폭행·협박과 간음 사이에 인과관계가 없으면 성기삽입이 일어났더라도 강간미수가 성립한다고 볼 수 있으나 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행·협박을 사용한 경우에 실행의 착수 이후 피해자가 자유롭게 진지한 의사에 의해 성관계에 동의하는 경우가 있다고는 볼 수는 없을 것이다.

협의의 폭행이나 협박을 사용한 경우 강간죄의 실행의 착수가 있다고 보고, 성기삽입으로 나아간 경우는 강간죄, 성기삽입으로 나아가지 않은 경우는 강간미수죄로 처벌하는 것이 타당할 것이다. 또한 한인섭 교수의 지적대로 최협의설을 취한다고 하더라도 최협의의 폭행·협박이 부정된 경우 폭행 또는 협박의 사실이 강간에 흡수되지 않는다고 보는 것이 논리적이므로 폭행죄나 협박죄로 분리 기소, 처벌할 수 있다고 해야 할 것이다.

5. 강도죄-공갈죄와의 체계문제

형법상 강도죄와 강간죄는 법정형이 같고, 통설과 판례는 강도와 강간에
서의 폭행·협박을 모두 최협의로 파악하고 있다. 재산죄에서는 협의의
폭행·협박에 의하여 타인의 재물이나 재산적 이익을 취득한 경우, 공갈
죄로 포섭될 경우가 대부분일 것이므로 처벌의 공백이 그다지 발생하지
않는다. 이에 반해 강간죄의 경우에는 협의의 폭행·협박을 사용하여 성
기를 삽입한 경우를 처벌하는 규정이 없음에도 강간죄의 폭행·협박을
최협의로 해석함으로써 처벌의 공백을 만들고 있다.

통설이 강간죄에서도 강도죄와 마찬가지로 최협의를 취하는 것에는 강
도죄와 강간죄의 형량이 같다는 것을 고려가 있는 것으로 보인다. 그러나
강도죄와 강간죄는 적지 않은 차이가 있다. 강도죄는 대부분 모르는 사람
에 의해 일어나는 반면, 강간죄는 아는 사람에 의해 일어나는 경우가 더
많다. 보호법익에 있어 재산적 이익과 성적 자기결정권은 경중에 있어 큰
차이가 있다. 돈이 필요하여 폭력적 수단으로 돈을 빼앗는 행위와, 성욕
등의 충족을 위하여 타인의 인격을 하찮게 여기고 이를 폭력적으로 방법
으로 침해하는 행위 간에는 죄질에 있어서도 차이가 있다. 따라서 강도죄
와 강간죄의 형량이 같다는 이유만으로 이를 같은 위상에 두고 해석을
일치시켜야 할 필요는 없다고 생각한다.

이와 같이 강도죄와 공갈죄의 관계 및 강도죄와 강간죄의 질적 차이를
고려할 때, 강간죄 성립여부를 판단하는 데 있어 협의설을 취한다고 하여
체계상의 부조화를 가져온다고 볼 수는 없을 것이다. 다만, 행위태양에
따른 양형상의 합리성을 위해서는 강간죄 규정을 세분화 할 필요성이 있
을 것이다. 우선 강간죄 성립을 판단하는 데 있어 최협의설을 폐기하고,
협의설에 의한 포섭범위를 검토하는 작업이 필요할 것이다.

6. 위계에 의한 간음죄와의 비교

조국교수도 지적한 바 있듯이 형법 제304조에서 위계로 상대방을 기망하여 성관계를 한 것은 처벌하면서 폭행·협박을 사용해 성기를 삽입한 것을 처벌하지 않는 것은 커다란 불균형이다. 그리고 이러한 불균형은 그 기저에 정조관념이 자리하고 있기 때문인 것으로 보인다. 혼인빙자간음의 경우 당시에는 성관계에 대해 합의가 있었던 것이고, 합의의 폭행·협박에 의한 강간의 경우에는 성관계 자체에 합의가 없었던 것임에도 불구하고, 전자는 처벌하면서 후자는 처벌하지 않는 것은 성적자기결정권이라는 보호법익에 관한 해석과 상충되며, 형법의 시각의 현 위치를 보여주고 있는 것이라 생각된다.

III. 판례의 폭행·협박 정도 판단기준 고찰

1. 일반적 판단기준

판례를 살펴보면, 폭행·협박의 존재는 인정하나 그 정도를 문제 삼아 강간죄 성립을 부정하는 경우, 그 근거로 들고 있는 요소들을 다음과 같이 정리해볼 수 있었다.³⁾

① 사건(강간시도) 전의 정황

- a. 피해자와 가해자의 관계
- b. 사건 당일 피해자와 가해자의 최초 대면상황

② 사건 당시의 피해자의 태도

- a. 사건 당시 피해자의 적극적 반항 여부
- b. 사건 당시 피해자의 적극적 구조요청 및 탈출시도 여부

3) 강간죄에서의 합리성 판단 기준에 대한 분석은 장다혜, 단순강간의 형사법상 판단기준에 관한 여성주의적 연구, 이화여자대학교 대학원 석사학위논문(2003)에서 행해진 바 있다.

③ 사건 후의 피해자의 행동 및 상태

- a. 사건 후 신속한 고소여부
- b. 사건 후 가해자에 대한 태도
- c. 피해자 신체상의 상처 유무

2. 구체적 분석

구체적으로 판례를 살펴보면, 지금까지의 판례는 위와 같은 기준에 따라 피해자의 행동과 태도에 재판의 주된 초점을 맞추면서도, 그와 같이 강간 위기에 처한 피해자의 심리상태나 대처방식 등에 대해서는 이해가 부족한 상태로 결국 ‘정형화된 정조관념’에 기반한 판결을 내려왔다고 판단된다. 그런데 지난 2004년 가을, 서울 북부지방법원에서 지금까지의 판례와는 전혀 다른 시각을 보여주는 선도적인 판결⁴⁾이 선고되었다. 유사한 사실관계가 판단하는 이의 시각과 기준에 따라 얼마나 다른 해석과 결론을 가져올 수 있는지를 드러내기 위하여 기존의 전형적인 무죄판결의 근거들과 북부지법 판결의 판시내용을 해당하는 항목에서 대조하는 방식으로 서술해보도록 하겠다.

(1) 사건 전의 정황 (위의 ①-a, b 항목)

1) 기존의 판결

<①-a>

㉠ “피고인과는 이 사건이 있기 한달 전인 8. 초순경 피해자의 남동생을 위 목공소에 취직시켜 달라고 피고인에게 부탁한 바도 있고 밤늦게 생맥주집에 함께 가서 술을 마신 적이 있으며 또한 위 목공소에 내려와 종업원들과 화투놀이까지 한 일이 있어 서로 평소에 잘 알고 지내던 사이인바”(서울지법 1985.11.29, 85고합907)

㉡ “피고인과 피해자가 전화를 통하여 사귀어 오면서 서로 반말을 하는 사

4) 서울지법 2004. 10. 22, 2004고합228.

이가 되었고 마지막에는 음담패설을 주고 받을 정도까지 된 사실”(대법원 1991.5.28. 91도546)

㉔ “피고인은 1997. 6.경 친구의 소개로 피해자(여, 19세)를 만나 사귀면서 같은 달 24. 01:00경 같이 술을 마신 뒤 여관에 들어가 한 방에서 같이 잠을 자다가 성교를 시도하였으나 피해자가 적극적으로 거부하므로 성교를 포기하고 잠만 같이 잔 일이 있었고”(1999. 9. 21, 99도2608)

<㉑-b>

㉔ “이 사건 피해자는 사건 당일 근무처 기숙사로 가던 중 우연히 만나 별다른 강압이나 저항 없이 부근 다방에서 커피를 마시며 40여분 정도 이야기를 나누고, 다시 그길 건너 생맥주집으로 자리를 옮겨 21:00경까지 그곳에서 머물다가 같이 나왔고”

2) 평가

㉑판결은 피해자가 과거에 피고인과 늦은 시각에 술을 마신 적이 있다는 사실 등을 사건판단과 유관한 사실관계로 보고 있다. 판례는 화투놀이‘까지’라는 표현을 씀으로써 이러한 사실이 피해자에게 불리하게 작용함을 드러내고 있다. 사건 전에 피고인과 피해자가 친하게 지냈는지 여부는 강간 불성립의 근거가 될 수 없다. ㉑판결에서는 피고인과 피해자가 반말을 하고 전화로 음담패설을 주고받은 사실이 강간 불성립의 근거로 작용하고 있다. ㉔판결의 사실관계를 보면, 그 전에도 피고인의 강간시도가 있었던 사실을 알 수 있음에도 판례는 피고인과 피해자가 사귀는 관계였다는 데 더 주목하고 있는 것으로 보인다.

㉔판결은 사건 당일 두 사람이 최초로 대면한 상황에서부터 ‘강압이나 저항’이 있었는지를 유무죄 판단의 근거로 삼고 있다. 이는 i)강간이 일어날 수도 있는데 피고인과 커피나 술을 마신 피해자를 닦하는 것이거나, ii)누군가와 커피나 술을 ‘강압이나 저항’없이 마셨다면 그 사람과의 성관계도 예상하거나 동의한 것으로 보는 것이 된다. i)의 경우라면 여성에게 앞일을 예지하는 초능력을 요구하는 것이며, 강간을 당하지 않으려면 일상생

활을 하지 말라는 것과 다름없는 것이 된다. ii)와 같은 해석은 여성의 섹슈얼리티를 자의적으로 판단하는 것으로 부당하다. 또한 상대방과 성관계를 가질 생각이 없었다면, 그와 커피를 마시는 것에 ‘저항’했을 것이라는 것인데, 일상생활에서 누군가 이와 같이 행동을 한다면 주위 사람들이 매우 당황해할 것이다.

판례를 종합해보면, 피고인과 피해자가 원래 아는 사이이거나 친한 사이일 때, 강간성립을 부정하려는 경향이 강하다. 피해자의 신뢰와 피고인과의 관계적, 상황적 요소로 인하여 초기의 완강한 저항이 모르는 사람인 경우보다 훨씬 곤란할 수 있다는 사실 또한 무시되고 있다. 여성이 누군가와 친하게 지냈다면 성관계에도 어느 정도 동의했을 것이라는 잘못된 전제를 버리고, 피고인이 상대방의 자신에 대한 신뢰나 호의를 이용하여 강간상황에 보다 쉽게 접근한 것이 아닌지를 따져보아야 할 것이다. 또한 피고인과 피해자의 최초 대면 상황에서 피해자의 자발성에 주목하는 것은, 강간이 일어났음을 전제로 하는 결과론적이고 조건설적인 태도이다. 이러한 논리라면, 여성이 강간을 당하기 전에 한 모든 행동이 강간 불성립의 근거가 될 수 있을 것이다. 피해자에게 강간당할 수도 있는데 왜 술을 마셨는지 또는 술을 마셨으면 성관계도 예상한 것이 아닌지를 묻기보다는, 피고인이 함께 술을 마신 상대방을 폭행이나 협박을 사용하여 간음하려 했다는 사실 자체에 주목하여야 할 것이다. 강간행위의 당시의 폭행·협박의 정도를 판단하는 데 ①-a, b 항목과 같은 사전적 조건을 사용하는 것은 타당하지 않으며, 이는 결국 아는 사람에 의한 강간의 성립을, 아는 사람이라는 이유 자체로 부정하는 결과를 가져오게 될 수 있다.

(2) 사건 당시 피해자의 행동(②-a, b)

1) 기존의 판결

<②-a>

㉠ “피고인이 이 사건 간음할 당시 피해자가 다소 거부적인 언동을 하기는 하였으나, 피고인이 그녀의 반항을 억압하거나 곤란하게 할 정도의 어떤 다른 폭행이나 협박을 한 사실은 없었던 점”(서울지법 1985.11.29, 85고합 907)

㉡ "피고인이 갑자기 피의자를 방바닥에 눕히고 몸으로 짓누르며 내의를 벗기어 간음하려 할 때에도 몸부림을 치고 저항하는 것만으로 피고인으로부터 벗어날 수 있었고"(대법원 1990.12.11, 90도2224)

㉢ “피해자가 성교 도중 피고인에게 언니(피고인의 동거녀인 공소외 운동숙)가 알면 어떻게 하려고 그러느냐, 언니를 사랑하면서 이럴 수 있느냐고 하자, 피고인이 너는 정환(피해자의 동거남)이를 사랑하느냐고 하여 피해자가 그렇다고 하자, 피고인이 나는 네가 좋으니 정환이하고 헤어지고 나하고 살자는 등의 대화를 나누었다는 것이고”(대법원 1992.4.14, 92도259)

<②-b>

㉣ "피해자의 옷을 벗기고 성교하려고 하자 피해자는 잠에서 깨어나 하지 말라고 하면서 몸을 좌·우로 흔드는 등 거부하였으나 몸을 일으켜 그 장소에서 탈출하려고 하거나 소리를 질러 구조를 요청하는 등 적극적인 반항은 하지 않은 사실"(대법원 1999. 9. 21, 99도2608)

㉤ "시아버지로부터 걸려온 전화를 피해자가 받았으나 적극적으로 구원을 요청하지 아니한 사실"(대법원 1991.5.28, 91도546)

㉥ "판시 범행장소 또한 다수의 사람이 기숙하는 곳으로서 피해자가 얼마간의 반항을 하여도 주위에서 곧 알아차릴 수 있는 상황이었는데도 그 방 밖에서 연탄불을 갈고 있던 공소외인도 피해자의 거부의 의사표시나 다투는 소리 이외에는 별다른 저항이나 고함을 알아차리지 못하였다는 것”(대법원 1990.12.11, 90도2224)

2) 북부지법 판결

<②-a>

“정조의 가치를 목숨보다 중하게 여기는 문화 속에서는 더 많은 여성들이 성폭력에 직면하여 목숨을 건 저항을 시도할 것으로 생각되지만,… 법과 국가가 성폭력에 직면한 여성들에게 목숨을 건 저항을 요구하는 것은 온당한 일이 아니다. 또한 범죄에 직면한 피해자가 구조를 요청한다고 하여 반드시 구조되지 않고 더 강한 폭력, 더 큰 피해를 초래하는 경우도 얼마든지 있다

는 것이 우리의 경험이며 현실이다.” “실제 사건에서 피해자가 가해자의 폭행·협박에 대하여 적극적인 저항이 더 강한 폭행을 초래할 뿐 강간의 피해를 막을 수는 없겠다고 판단하여 적극적인 저항을 포기하였고 그 판단에 상당한 이유가 있다면 강한 폭행·협박이 실제로는 표출되지 않았다고 하더라도 강간죄를 구성하는 ‘피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행·협박’에 해당한다는 것이 이 법원의 견해이다.”

<②-b>

“변호인은 2차 내지 4차 강간행위가 있었던 방의 벽이 얇아서 피해자가 큰 소리로 구조를 요청하였을 경우 옆집에서 그 소리를 들을 수 있었다고 주장하면서 그 벽 두께를 확인하기 위한 현장검증을 신청하였으나”, “피해자가 얼마나 큰 소리로 구조요청을 하였는지 여부가 이 사건에서 강간 여부를 판단하는 주요사항이 되지 않는다고 보기 때문에 변호인의 현장검증신청은 채택하지 않았다”

3) 평가

②-a, b 항목에 대한 기존 판례들의 판단을 살펴보면, 폭행·협박이 ‘반항이 현저히 곤란할 정도’라고 인정하기 위해서는 피해자가 매우 적극적으로 반행행위와 제3자에 대한 구조요청 및 탈출시도를 해야 함을 명시적으로 요구하고 있다는 것을 알 수 있다. 북부지법 판결이 적절히 지적하고 있듯이, 적극적인 반항은 더 심각한 신체적 위해만을 가져올 뿐인 경우가 많다. 강도를 만난 피해자가 적극적으로 반항, 탈출시도를 하다가 돈을 빼앗기고 신체에 상처까지 입었다면 오히려 어리석다고 할 것이다. 그런데 판례는 강간죄에서는 피해자가 그러한 적극적 행위를 하지 않으면 강간의 성립 자체가 되지 않는다고 하고 있다.

구체적으로 보면, ㉠판결은 피해자의 분명한 거부적인 언동이 ‘다소 거부적인 언동을 하기는 하였으나’로 표현되어 이를 범죄를 판단하는 데 무의미한 것으로 보고 있다. 이러한 시각의 문제점에 대해서는 III장에서 언급하였다. ㉡판결은 ‘웬만해서는 강간할 수 없다’는 편견을 그대로 표현한 것으로서 제대로 저항하지 못하고 강간을 당한 피해자에게 책임을 전가

하고 있다. 강간죄의 성부를 ‘피고인이 갑자기 피의자를 방바닥에 눕히고 몸으로 짓누르며 내의를 벗기어 간음하려’했다는 데에서 찾지 않고 피해자가 반항을 하여 벗어나지 못했기 때문에 강간이 아니라고 하고 있다.

㉔판결에서 피해자의 발언 내용은 거부 의사 표현이라고 볼 수도 있고, 발언은 주로 피고인에게 이루어진 것임에도 피해자가 피고인과 대화를 나눈 것으로 판단하여 피해자에게 불리하게 판단하고 있다. ㉕판결은 ㉔판결과 비교해볼 필요가 있다. 거부적인 의사표시를 하였을 때에는 몸부림치지 않았음을, 몸부림을 쳤을 때에는 탈출하지 않고 소리치지 않았음을 문제 삼고 있다. 판례는 가능한 한 최대의 반항을 하지 않는 한 강간피해자로 쉽게 인정하지 않는다는 것을 볼 수 있다. 판례의 입장을 고수하면 강간을 모면하지 못한 여성에게 ‘강간을 모면하지 못했으므로’ 강간피해자가 아니라고 하는 것이 될 것이다. 그리고 판례가 요구하는 정도의 적극성과 강한 파워를 가진 여성이라면 강간을 모면할 수도 있을 것이고 그러한 정도의 적극성이 없는 여성은 강간피해를 인정받지 못할 것이므로, 결국 판례에 의해 강간피해자로 인정받기 위해서는 강한 파워와 적극성을 발휘하였으나 방어에는 실패한 경우이어야 한다는 것이 된다.

㉖판결에서 보듯이 제3자에게의 적극적인 구조요청 여부는 판례가 강간죄 판단에서 중요하게 취급하는 요소이다. 그러나 논리적으로라면, 최협의의 폭행·협박이 행해진 경우, 적극적인 구조요청 역시 곤란했을 것으로 파악하는 것이 옳다. 판례는 피고인에게 거부 의사를 표시하는 것 외에 타인에게 강간사실을 즉각적으로 알리고 적극적인 구조요청을 하는 것이 결코 쉬운 일이 아님을 간과하고 있다. 본 사안에서도 판례는 전화를 한 ‘시아버지’한테 바로 구조요청을 하지 못한 피해자의 상황을 이해하지 못하고 있다. ㉗판결은 모순되는 서술을 하고 있다. 얼마간의 반항만 했으면 주위에서 알아차렸을 것이라고 하면서도 ‘거부의 의사표시’가 밖에까

지 들린 것은 ‘얼마간의 반항’ 아니며, ‘주위에서 알아치린’ 것도 아니라고 보고 있다. 그러나 거부의 의사표시와 다투는 소리를 다른 사람이 밖에서 들을 정도였다면 피해자가 매우 강하게 저항을 했음을 알 수 있다.

범죄의 성부를 따지기 위해서는 피해자에게 왜 더 극렬히 저항하지 않았는가를 물을 것이 아니라 피고인에게 피해자가 거부 의사를 표시하는 데에도 왜 폭행·협박을 사용해 간음했는지를 물어야 할 것이다. 앞 장에서 지적하였듯이 이러한 판례의 태도는 반항이 현저히 곤란한 정도였을 것을 요구하면서도 강력한 반행행위를 함으로써 이를 입증하기를 요구하는 모순을 가진 것이다. 그리고 적극적으로 반항을 하지 않은 여성은 내심은 성관계에 동의했다거나 정조를 지키는 데 투철하지 못했으므로 보호해줄 수 없다는 태도라고 볼 수 있다. 결국 실제로 강간죄의 재판은 피고인이 유죄인지 무죄인지를 판단하는 것이 아니라 피해자를 보호해 줄 것인지 말 것인지를 판단하는 재판이 되고 있다고 볼 수 있다.

(3) 사건 후 피해자의 상태 및 행동

1) 기존의 판결

<③-a>

㉠“피해자들은 위와 같은 일이 있은 후 피고인들로부터 강간을 당하였다고 경찰관서 등에 신고를 하지 아니하고...이 사건이 발생한 후 80일이 지난 이 후에야 이 사건에 대한 고소가 이루어진 사실을 인정할 수 있다”(대전지법 1993.6.4. 92고합625)

㉡“피해자가 주관적으로 수치심을 느껴 소리치지도 못하고 반항을 억압하였다고 하더라도 그러한 상황이 그 후 20여분이 지난 위 간음행위 당시까지도 그대로 계속되었다고는 보기 어려운 점 및 그 밖에 당시 반항을 억압할 정도로 수치심을 느꼈다는 피해자가 그 다음날 피고인을 고소하여 스스로 그와 같은 사실을 공개하였다는 점”(서울지법 1985.11.29, 85고합907)

<③-b>

㉢“김OO는 위 레스토랑에, 기OO은 김XX 경영의 노래방에서 근무를 하면서

김OO는 윤OO과, 기OO은 김XX와 각 정교관계를 수회 맺었으며, 그 후 피해자들은 그들의 의사에 따라 위 레스토랑과 노래방 등을 그만두고 나와 김OO는 논산읍에 있는 카페 명가에서 윤락행위를 하여 왔고 기OO은 대전 유성구에 있는 룸살롱 예성에서 근무하다 김OO로부터 수술비를 받아 임신중절수술을 받은 후 계속 그 곳에서 근무하였으며(대전지법 1993.6.4. 92고합625)”

<③-c>

㊸“피해자의 연령, 건강상태와 진단결과 무릎부위의 타박상외에 다른 외상이 전혀 없는 점 등”(서울지법 1985.11.29, 85고합907)

㊹“피해자는 피고인의 어떠한 폭행으로 위와 같은 상처들을 입었는지에 대하여 아무런 설명이 없고, 오히려 위와 같은 상처는 피고인이 피해자와의 성교도중 격정에 못 이겨 만든 상처일 가능성도 배제할 수 없는 점”(대법원 1992.4.14, 92도259)

2) 북부지법 판결

<③-a>

“피고인과 변호인은 피해자가 강간을 당한 후 약 8개월이 지난 시점에 이르러서야 고소를 하게 된 사정을 들어 피해자 진술의 신빙성을 탄핵하고 있으나”

→“혼인이 파탄되지 않기를 바라는 절실한 마음과 그 행복을 기키기 위해서는 자신이 당하였던 모멸적 기억을 숨길 수 있다고 믿었던 마음과 그러한 마음에도 불구하고 결코 잊을 수 없었던 죄책감과 모멸감 때문에 8개월이 지난 시점에 고소를 결심하게 된 마음을 넉넉히 짐작할 수 있다”

<③-b>

“피고인과 변호인은 피해자가 집을 나와 순순히 피고인과 함께 여관방에 들어간 사실, 피해자가 주장하는 1차 강간 후에도 피고인이 구해놓은 집에 입주하였고, ...피해자가 피고인의 호의를 받아들이고 친밀하게 지낸 사실을 들어 피해자 진술의 신빙성을 탄핵하고 있다”

→“피해자는 남편의 무위도식하는 버릇을 고치기 위하여 남편 몰래 집을 나온 처지여서 집으로 돌아가기 어려웠고, 수중에 돈이 한푼도 없어 달리 거처를 마련한 형편이 되지 못하였으며, 피고인이 잘못했다면서 한번만 실수를 용서해 달라고 말하자 다시 이런 일이 없겠지 하는 마음이 들었고 내키지는 않았지만 어쩔 수 없이 피고인을 따라 피고인이 구한 방으로 들어가게 되었다...”

3) 평가

<3-a. 신속한 고소여부>와 관련하여 판례는 피해자가 사건 직후 바로 신 고나 고소를 하지 않은 것을 강간불성립의 근거로 삼는 경향을 보이고 있다. 그러나 성폭력사건의 고소는 다른 범죄에 비하여 피해자에게 큰 용기와 종합적인 고민을 요구하기 때문에 사건 직후 즉각적인 고소를 결심하기 어려운 경우가 적지 않다. 성폭력특별법은 이와 같은 현실을 고려하여 동법이 적용되는 성폭력사건의 고소기간을 원칙적 고소기간의 두 배인 1년으로 규정하고 있다. 그럼에도 ㉠판결은 '80일이 지난 이후에야라는 판시를 하면서 강간불성립의 근거 중 하나로 들고 있으며 다른 판례는 4일 또는 십여일 정도 후의 고소를 시기가 늦은 것으로 평가하기도 한다.⁵⁾ 그런데 이러한 판례의 태도가 항상 일관적인 것도 아니다. ㉡판결에서는 피해자가 사건 다음날 바로 고소를 한 것이 오히려 강간 불성립의 근거가 되고 있다. 고소를 늦게 한 여성은 강간이 아니었는데 후에 다른 생각으로 고소를 한 여성으로 의심을 받고, 고소를 빨리 한 여성은 강간을 당했다면 반항이 억압될 정도로 수치심을 느꼈을 텐데 어떻게 고소를 빨리할 수 있는지 의심을 받는 셈이다. 고소의 신속여부는 사건 후 피해자의 상황에 따라 다를 수 있는 것이고 판례 역시 일관된 기준을 가지고 있지 아니하므로 강간행위 당시의 폭행·협박의 정도를 판단하는 기준으로 사용해서는 안 될 것이다.

<㉢-b. 피해자의 가해자에 대한 태도>와 관련하여 북부지법 판결은 피해자가 처한 상황에 대한 구체적인 고려를 통하여 자칫 피해자에게 불리할 수 있는 정황을 합리적으로 해석하려는 노력을 보이고 있다. <㉢-c. 피해자 신체상의 상처유무>와 관련하여 판례는 강간이 일어난 경우에는 신체

5) 수원지법 1996. 6. 5, 95고합122, 대전지법 1995. 2. 22, 94고합566.

에 상처가 남아있을 것이라는 가정을 하고 있는 것으로 보인다. 그러나 이는 심리적인 요인으로 반향을 처음부터 포기하거나 중도에 그만 둘 수 있다는 것을 고려하지 않는 것이다.⁶⁾ ㉔판결은 피해자의 몸에 상처가 있는 경우임에도 ‘피고인이 피해자와의 성교도중 걱정예 못 이겨 만든 상처’일 가능성을 상정하고 있다.

위와 같이 기존 판례들과 북부지법 판결을 종합하여 비교해보면, 유사한 사실관계도 보는 이의 시각에 따라 매우 다르게 해석될 수 있고, 특히 미리 무죄의 결론을 내리고 사건을 바라본다면 모든 사실관계가 피해자에게 불리한 근거로 작용할 수 있음을 확인할 수 있다.

3. 종합적 평가

정조와 성적 자기결정권은 분명히 다르다. 정조는 사회를 위해 ‘여성이 지켜야 하는 의무’이고 성적 자기결정권은 타인과 사회가 ‘침해해서는 안 되는 개인의 권리’이다. 그리고 강간죄의 보호법익은 정조나 순결이 아닌 성적자기결정권이다. 정조관념에 기반하여 사건을 본다면, 어떠한 이유에서든 정조를 지키지 못한 여성은 질타를 받게 되고 정조관념이 약하다고 보이는 여성은 강간죄의 보호법익 주체로 인정받기 힘들 것이다.

그런데 판례의 판단기준과 시각들은 여전히 정조관념에서 벗어나고 있지 못한 것으로 보인다. 사건 전후 피해자의 태도에 초점을 맞춘 재판을 함으로써 무죄판결의 주된 내용은 피해자를 주어(主語)로 하여 그 태도를 의심하고 책망하는 듯한 문장으로 이루어진 것을 볼 수 있다. 이러한 판례의 태도는 악의에 의해 비롯된 것이라기보다는, 강간사건과 그 피해자의 심리와 경험에 대한 이해의 부족에서 기인하는 것으로 판단된다. 그리하여 성적 자기결정권이라는 외피의 알맹이가 그 동안 우리 사회에서 지

6) 1985.5.8. 84고합798에서는 피해자의 주장대로라면 피해자가 ‘만신창이’가 되었을 텐데 그렇지 않다는 이유로 피해자 진술의 신빙성을 부정하고 있다.

배적이었던 정조담론으로 채워지고, 이를 바탕으로 한 판단기준들이 고착된 것으로 보인다.

그리고 판례는 이론상으로 문제가 많은 최협의 폭행·협박설을 취하면서 폭행·협박이 최협의에 이르렀는지를 판단하는 데 위와 같이 부적절한 기준을 적용하고 있다. 즉 최협의설은 폭행·협박의 존재요건뿐 아니라, 정도요건을 요구하는 이단계 구조를 취함으로써 유/무죄의 판단에 정조관념에 바탕한 기준들이 결정적인 요인으로 작동할 수 있는 공간을 마련해 주고 있다고 할 것이다. 흔히 강간죄는 물리적인 증거가 부족해 유/무죄를 판단하기 어려운 범죄라고 한다. 이는 외관상 평등한 남녀의 관계맺음 자체에 이미 성별 간의 불균등한 사회구조와 문화가 반영되어 있기 때문인 점도 있을 것이다. 그러나 법해석론과 이의 적용의 측면에서 볼 때, 이러한 어려움은 판례가 원래부터 판단이 곤란한 최협의설을 취하고 이에 대해 부적절한 시각과 기준을 적용함으로써 스스로 입증과 판단을 어렵게 한 측면이 크다고 생각한다. 강간죄의 성립여부를 판단하는 데 있어 최협의설을 폐기하고 폭행·협박의 태양에 따라 유/무죄가 아닌 양형상의 차이를 두도록 한다면, 앞에서 본 문제점들은 상당부분 해결될 수 있을 것이다.

IV. 결론

최협의 폭행·협박설은 그 자체로 모순을 가지고 있는 이론으로서 강간죄의 보호법익인 성적 자기결정권과 배치될 뿐만 아니라, 강간죄의 본질을 흐려 강간사건을 ‘피해자 재판’으로 만들고, 실제적 강간의 많은 부분을 ‘화간’으로 의제하는 결과를 가져온다. 그리고 판례가 여전히 유지하고 있는 정조관념이 강간죄의 성립여부를 좌우하도록 하는 원인이 되고 있

다.

강간은 피해자를 그의 의사에 반하여, 폭행·협박을 사용하여 성기를 삽입하는 것이다. 강간죄의 성립여부를 판단하는 데 있어 폭행·협박의 ‘정도요건’은 폐기되어야 할 것이다. 폭행·협박의 태양은 강간죄의 성립여부를 좌우하는 요건이 아닌 양형상 고려할 요소가 되어야 할 것이다. 나아가 판례가 판단기준으로 삼는 ‘경험칙’들이 진정한 경험칙이 될 수 있도록 강간사건과 강간피해자의 경험에 대한 앎과 이해의 노력이 계속되어야 한다. ‘합리적인 의심이 들 때에는 피고인의 이익으로’ 판단해야 함은 예외가 있을 수 없는 법원칙이지만, 강간사건에서 무엇이 우리를 의심스럽게 해왔는지, 그리고 그러한 의심이 과연 합리적이었는지에 대해서는 또 다른 진지한 성찰이 요구된다고 할 것이다.

■ 참고자료 - 디딤돌 판결

서 울 북 부 지 방 법 원

제 11 형 사 부

판 결

사 건 2004고합228 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률위반
(친족관계에의한강간등)
피 고 인 임** (7****-****), 무직
검 사 허**
변 호 인 변호사 임**
판 결 선 고 2004. 10. 22.

주 문

피고인을 징역 2년 6월에 처한다.
이 판결선고 전의 구금일수 178일을 위 형에 산입한다.

이 유

범 죄 사 실

피고인은 피고인의 처 전**의 동생 전**와 2002. 12.경부터 동거하면서 사실
혼 관계에 있던 피해자 김**(여, 22세)에게 연정을 느껴 오던 중, 2003. 8.

20.경 전**과 불화가 생긴 피해자로부터 도와 달라는 전화를 받게 됨을 기회로, “집을 나오면 거처할 방을 구해줄 테니 당분간 그 곳에서 거주하도록 하라”고 말한 후, 2003. 8. 28. 22:00경 피해자의 전화를 받게 되자 가방을 챙겨 나오라고 가출을 유도하여 피해자로 하여금 전**과 동거하던 집에서 나오도록 한 다음,

1. 2003. 8. 29. 01:00경 서울 00구 00동 00여관 209호실에서, 피해자와 성관계를 가질 생각으로 피해자의 머리카락을 손으로 만지면서 키스를 하려는 중 피해자가 이를 거부하자 일단 밖으로 나간 후, 같은 날 03:00경 피해자를 강간하기로 마음먹고 다시 찾아가 “좀 전에는 실수를 했는데, 방 계약 문제로 할 말이 있다”며 안심시켜 문을 열게 하여 안으로 들어간 후 침대에서 잠을 자겠다고 불을 끄라고 요구하다가 갑자기 텔레비전 앞에 앉아 있는 피해자에게 달려들어 끌어안아 침대에 눕히고 한 팔로 피해자의 상체를 붙잡아 몸으로 짓누르고, 피해자가 피고인의 몸을 밀치면서 발버둥을 치고 소리를 지르자 피해자의 입을 틀어막으며 주먹을 쥐고 “가만히 있어봐, 나는 원래 여자 잘 안 때리거든”이라고 말하면서 때릴 듯이 겁을 주고 양손으로 피해자의 엉덩이를 꼭 붙잡아 항거불능케 한 뒤 피해자를 1회 간음하여 강간하고,
2. 2003. 9. 1. 18:00경 피고인이 구해 주어 피해자가 거주하고 있는 서울 00구 00동 **빌라 *동 지하 201호를 찾아가, 피해자를 강간하려고 마음먹고, 피해자에게 “더워서 그러는데 샤워를 해야겠다”고 말한 후 부엌에 들어가 샤워를 하고 팬티만 입고 방으로 나와 갑자기 피해자에게 달려들어 그 몸을 붙잡아 침대에 눕힌 후 한 손으로 상체를 붙잡아 누르고 피해자의 몸 위에 올라타 피고인의 다리로 피해자의 무릎과 무릎 사이를 짚어 눌러 항거불능케 한 뒤 피해자를 1회 간음하여 강간하고,
3. 2003. 9. 4. 21:00경 위 **빌라 *동 지하 201호에서, 피해자를 강간하려고 마음먹고, 갑자기 피해자에게 달려들어 껴안고 침대에 눕히려 하고 하다가 피해자가 “제발 그만 좀 하세요”라고 소리치며 반항을 하자, 때릴 듯한 태도로 겁을 주어 피해자의 바지와 팬티를 벗긴 다음 피해자의 몸 위로 올라타 그 상체를 누르고 피고인의 무릎으로 피해자의 다리 사이를 짚어 눌러 항거불능케 한 뒤 피해자의 음부에 삽입하여 성교를 하다가 피해자의 배 위에 화장지를 깔고 그 위에 사정을 하는 등으로 피해자를 1회 간음하여 강간하고,

4. 2003. 9. 5. 11:00경 위 **빌라 *동 지하 201호에서, 피해자를 강간하려고 마음먹고, 미리 소지하고 있던 열쇠를 이용해 방문을 열고 들어가 잠을 자던 피해자의 몸 위로 올라가 짓누르다가 피해자가 눈을 뜨자 때릴 듯한 태도로 겁을 주어 피해자의 바지와 팬티를 벗긴 다음 위와 같이 강간을 당하여 자포자기 상태에 있던 피해자의 다리를 무릎으로 찍어 눌러 항거 불가능케 한 뒤 피해자를 1회 간음하여 강간하였다.

증거의 요지

1. 피고인의 일부 법정 진술
1. 증인 김**의 법정 진술
1. 피고인에 대한 각 검찰 피의자신문조서(김** 진술 부분 포함)
1. 김**에 대한 각 검찰 진술조서
1. 김**에 대한 경찰 진술조서(친족관계에 한하여)

법령의 적용

1. 범죄사실에 대한 해당법조
성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률 제7조 제1항, 제4항, 제5항, 형법 제297조
1. 경합범 가중
형법 제37조 전단, 제38조 제1항 제2호, 제50조{범정이 가장 무거운 관시 제1항의 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률위반(친족관계에의한 강간등)죄에 정한 형에 경합범 가중}
1. 작량감경
형법 제53조, 제55조 제1항 제3호(피고인은 벌금 전과 외에 처벌받은 전력이 없는 점, 범행 전후의 사정, 피고인의 연령, 성행, 가정환경 등 참작)
1. 미결구금일수 산입
형법 제57조

유죄의 이유

1. 피고인과 피해자의 진술 요지

피고인은, 경찰과 검찰에서 피해자와 성관계를 가졌던 사실을 일관되게 부인하다가 이 법정에 이르러 피해자와 성관계를 가진 사실(공소사실 중 3번의 성관계만 인정하고 있다)을 인정하면서도 이 성관계는 피해자와 합의하여 가진 것이고 공소사실 기재와 같이 피해자의 반항을 억압하면서 강간한 것이 아니고, 설령 피해자의 의사에 반하여 성관계를 가졌다 하더라도 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행·협박이 있었던 것은 아니므로 강간죄가 성립하지 않는다고 주장하고 있다. 반면 피해자는 수사기관 이래 이 법정에 이르기까지 일관하여 피고인으로부터 공소사실 기재와 같은 경위로 강간을 당하였다고 진술하고 있다.

2. 쟁점

따라서 이 사건에서의 쟁점은, 첫째 “피고인이 피해자와 성관계를 가질 당시의 정황이 공소사실 기재와 같은가?”라는 사실문제이며, 이 공소사실 기재의 정황은 피해자의 진술에 따른 것이므로 결국 위 사실문제에 관한 판단은 피해자의 진술에 대한 신빙성 판단에 좌우될 것이다. 두 번째 쟁점은, 피고인이 피해자와 성관계를 가질 당시의 정황이 공소사실 기재와 같다면 “피고인의 행위는 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제7조 제1항, 제4항, 제5항, 형법 제297조가 금지하고 있는 ‘폭행 또는 협박으로 부녀를 강간’한 행위에 해당하는가?”라는 법률해석 및 포섭에 관한 문제이다.

3. 피해자의 진술의 신빙성에 대한 판단

피해자는 경찰에서 고소장을 제출한 이래 이 법정에서 2차례 증언할 때까지 강간을 당한 후 상당 기간 시간이 흘러 그 당시의 날짜와 시간을 정확하게 기억하고 있지 못하지만 강간 당시의 피고인의 언행, 강간을 당한 횟수 및 장소, 그밖에 강간 전후의 상황 등에 대하여서는 상세히 기억하고 있으며 그 진술이 대체로 일관된다.

반면 피고인은 수사기관에서는 피해자와 성관계를 가진 사실이 없다고 강력하게 부인하면서 피해자가 터무니없는 거짓말을 하고 있다고 주장하였고, 자신이 적극적으로 요청한 검찰에서의 거짓말 탐지기 조사 결과 거

짓반응이 나오자 이 법정에 이르러 비로소 성관계를 가진 사실은 있으나 이는 강간이 아니고 피해자와 합의하여 한 것이라고 주장하고 있다.

피해자의 진술 내용을 보면, 피해자는 강간을 주장하는 자신에게 불리하고 피고인과 변호인이 화간의 증거로 들고있는 정황들, 즉 1차 강간행위 후에 피고인이 구해준 거처에 입주하는 등 피고인의 호의를 받아들인 사정, 피해자가 피고인과 함께 식사를 하고, 함께 비디오를 빌리러 가고, 게임방에 가서 함께 게임을 한 사실 등에 대해서도 솔직하게 진술하고 있으며, 반드시 자신에게 불리하지 않지만 불리하다고 생각할 수도 있고 여자로써 진술하기에 대단히 부끄러울 것으로 보이는 정황들, 즉 피고인이 피해자를 강간할 때면 매번 피해자의 배 위에 휴지를 깔고 체외사정을 하였다는 사실, 피고인이 피해자를 강간할 때면 언제나 옷을 모두 벗긴 것이 아니라 아랫도리만 벗긴 채 강간하였다는 사실 등에 대해서도 솔직하게 진술하고 있을 뿐만 아니라, 이 법정에서는 사실혼 관계에 있는 남편에게까지 숨기고 있던 과거지사를 피고인 퇴정 요구 후 변호인이 있는 면전에서 진술하였다. 이러한 피해자의 진술내용과 부끄러워하거나 눈물을 흘리면서 진술하는 등의 태도에 비추어 진실을 말하고 있다는 인상을 받을 수 있었으며, 피해자 진술의 신빙성을 의심할만한 특별한 사정은 없었다.

피고인과 변호인은 피해자가 강간을 당한 후 약 8개월이 지난 시점에 이르러서야 고소를 하게 된 사정을 들어 피해자 진술의 신빙성을 탄핵하고 있으나, 피해자는 이 점에 대하여 당시 피고인이 피해자 남편의 매형이었고, 당시 피해자의 시어머니가 피해자를 며느리로서 탐탁하지 않게 여기고 있던 상황에서 그러한 사실이 문제가 될 경우 오히려 자신의 잘못으로 비추어져서 모든 책임이 자신에게 전가될 수도 있으며, 혼자서 참고 견디면 다른 식구들에게 피해를 주지 않고 아무런 문제가 없을 것이라고 생각하여 고소를 하지 않았는데, 그 후 피고인이 처남인 피해자의 남편을 이유 없이 폭행하기도 하고, 남편으로부터 누나와 매형이 이혼하려고 한다는 말을 듣게 되자 그동안 남편과 시누이 등에 대하여 가지고 있던 미안한 마음과 죄책감에 그런 사실을 말하게 되었으며 피고인을 고소하기에 이르렀다고 진술하고 있다.

이러한 피해자의 진술내용을 이 사건 심리과정에서 밝혀진 피해자의 불우했던 어린 시절과 참담했던 과거 경험에 비추어 살펴보면, 피해자가 남편과 혼인생활을 하면서 오랜만에 어찌면 생애 처음으로 찾은 행복을 너

무나 소중하게 생각하고 있었고 그 행복을 잃지 않기 위해서 자신과 시누이의 혼인이 파탄되지 않기를 바라는 절실한 마음과 그 행복을 지키기 위해서는 자신이 당하였던 모멸적 기억을 숨길 수 있다고 믿었던 마음과 그러한 마음에도 불구하고 결코 잊을 수 없었던 죄책감과 모멸감 때문에 8개월이 지난 시점에 고소를 결심하게 된 마음을 넉넉히 짐작할 수 있다. 이와 같이 이 사건에서 피해자의 특수한 경험과 당시 처한 형편을 참작할 때 피해자가 강간 후 8개월이 지나서 고소를 제기한 사정은 피해자 진술의 신빙성을 의심케 하는 정황이 되지 못한다는 것이 이 법원의 판단이다.

피고인과 변호인은 피해자가 집을 나와 순순히 피고인과 함께 여관방에 들어간 사실, 피해자가 주장하는 1차 강간 후에도 피고인이 구해놓은 집에 입주하였고, 피해자가 주장하는 2차 또는 3차 강간 후 피고인과 함께 비디오를 빌리러 갔으며, 피고인과 함께 게임방에 가서 게임을 하는 등 피해자가 피고인의 호의를 받아들이고 친밀하게 지낸 사실을 들어 피해자 진술의 신빙성을 탄핵하고 있다. 또한 피고인과 변호인은 피해자가 1차 강간을 당하였다고 주장하는 여관방은 큰 소리로 구조를 요청할 경우 옆방이나 관리실에서 들을 수 있었고, 2차 내지 4차 강간이 있었던 방의 경우에도 벽이 얇아서 큰 소리로 구조를 요청하였더라면 구조를 받을 수 있었음에도 불구하고 피해자가 큰 소리로 구조 요청을 하지 않았다고 주장하면서 이러한 사정도 강간을 당하였다는 피해자 진술의 신빙성을 탄핵하는 정황으로 들고 있다.

피고인과 변호인이 탄핵의 정황으로 들고 있는 이러한 사실 중 저항의 점을 제외한 사실들은 피해자가 수사기관 및 이 법정에서의 진술을 통하여 모두 자인하고 있는 바이고, 다만 저항의 점에 있어서는 피해자의 진술과 피고인의 진술에 상당한 차이점이 있지만 피해자의 진술에 따르면라도 저항의 강도는 강하지 않았다고 말할 수 있는 것으로 보인다. 이러한 정황들이 강간을 당하였다는 피해자 진술의 신빙성을 일응 의심케 할만한 정황임은 분명하다. 이 때문에 이 법원은 2차에 걸쳐 피해자를 소환하여 피해자의 증언을 청취하였고 위 사정과 관련하여 피해자 진술의 허점을 따져 보기 위한 날카롭고도 치열하며 때로는 증인의 감정을 상하게 할 정도로 충분한 반대신문을 거쳤으며(1차는 검사 신청 증인으로, 다른 한번은 직권 채택 증인으로 신문하였다), 두 번째 증인신문에 대하여서는 증인의 동의를 얻어 비디오 촬영을 실시하였다. 다만 변호인은 2차 내지 4차 강

간행위가 있었던 방의 벽이 얇아서 피해자가 큰 소리로 구조를 요청하였을 경우 옆집에서 그 소리를 들을 수 있었다고 주장하면서 그 벽 두께를 확인하기 위한 현장검증을 신청하였으나, 이 사건 범행시각이 확실하지 않고 오랜 시간이 지난 시점에서 그 시각에 이웃집에 사람이 있었는지 그리고 이웃이 그 시각에 소란스러운 소리를 들었는지 여부를 확인하는 것이 불가능하다고 판단되고, 또 뒤에서 보는 바와 같이 피해자가 얼마나 큰 소리로 구조요청을 하였는지 여부가 이 사건에서 강간 여부를 판단하는 주요사실이 되지 않는다고 보기 때문에 변호인의 현장검증신청은 채택하지 않았다.

무릇 사람들의 반응이 동일한 상황 하에서도 동일하지 않다는 것을 우리 모두는 알고 있다. 어떤 사람들은 다른 사람과 눈이 마주쳤다는 이유만으로 사람을 칼로 찌르는 반면 어떤 사람들은 이유 없이 뺨을 맞고도 참을 줄 안다. 무섭게 노려보는 것만으로 겁을 먹고 몸이 얼어붙는 사람들이 있는 반면에 어떤 사람들은 칼을 든 상대방에게 용감히 저항하기도 한다. 강간으로 인한 마음의 상처를 평생 안고 어렵게 살아가거나 심지어 자살을 시도하는 사람도 있지만 어떤 사람은 모멸적 기억을 극복하고 자신의 삶을 훌륭하게 이어가기도 한다. 사람의 나이, 성별, 성격, 문화적 배경과 개인적 경험 등이 이러한 반응의 차이를 야기하는 원인이 될 수 있겠지만 이러한 요소들이 동일하다고 하여 반드시 동일한 반응을 보인다고 말할 수 없는 것이 경험을 통하여 축적한 지식이다. 범죄에 직면한 피해자가 보이는 반응과 피해를 입은 후 피해자가 보이는 반응의 다양성을 보편적 지식의 틀 안에서 참작할 때 특정 사건에서 피해자 반응에 특이성이 있다고 하더라도 가해자와 피해자의 나이, 성별, 성격, 문화적 배경과 개인적 경험은 물론 범행 당시와 범행 이후의 여러 정황을 모두 고려하여 이러한 반응의 특이성을 어떻게 설명하고 이해할 수 있는지 살펴보아야 하는 것이지 피해자 반응의 특이성의 형식적 측면만을 들어서 피해자 진술의 신빙성을 가볍게 배척한다면 이는 복잡하고도 다양한 인간심리와 인간성에 대한 이해와 상상력의 부족 때문이라는 비난을 면하기 어려울 것이다.

다산 정약용은, 그의 저서 흙흙신서(欽欽新書) 서문에서, “사람이 하늘의 권한을 대신 쥐고서 삼가고 두려워 할 줄 몰라 털끝 만한 일도 세밀히 분별해서 처리하지 않고서 소홀하게 하고 흐릿하게 하여, 살려야 되는 사람을 죽이기도 하고, 또는 죽여야 할 사람을 살리기도 한다. ... 欽欽이라 함

은 무엇인가? 삼가고 또 삼가는 것은 본디 형벌을 다스리는 근본인 것이다.”라고 하였다. 피고인의 진술을 경청하고, 엄격한 증명에 의하여 공소 사실에 대한 입증 여부를 판단하며, 검사가 제시한 증명에 합리적 의심을 배제할 수 없다면 마땅히 무죄 추정을 받는 피고인의 이익으로 판단하여야 하는 것이 너무나 당연한 법관의 의무겠지만, 만에 하나 피해자 반응의 특이성이 여러 사정과 정황에 비추어 합리적으로 설명되고 이해될 수 있는지를 주도면밀하게 따져보지 않은 채 피해자 반응에 특이성이 보인다고 하여 곧바로 피해자 진술을 믿기 어렵다고 판단하고 “백 명의 죄인을 석방하는 한이 있더라도 한 명의 억울한 죄인을 만들지 않아야 한다.”라는 법원에서 쉽게 도피처를 찾는다면 어찌 형벌을 다루는 법관의 도리를 다하였다고 말할 수 있겠는가? 어찌 흠흠(欽欽)하기를 다하였다고 말할 수 있겠는가?

학교의 성교육시간에 만일 성폭력을 직면하게 되면 침착성을 잃지 말고 상대 남자의 흥분을 가라앉히기 위하여 대화를 시도하라고 가르치는 현실에서 피해 여성이 가해 남성의 성폭력 위협에 직면하여 대화를 시도하고 담배를 나누어 피우자고 제안하였다는 반응의 특이성만을 들어 다른 사정에 대한 참작 없이 성폭행 당했다는 피해자 진술에 합리적 의심이 있다고 판단하고, 가출하여 오갈 데 없는 14세의 소녀가 잠자리를 제공하겠다는 성년 남자의 성폭력 앞에서 적극적으로 저항하거나 구조를 요청하지 않았고 성폭력 후 남자가 제공하는 잠자리를 이용하였다는 반응의 특이성만을 들어 다른 사정에 대한 참작 없이 성폭행 당하였다는 피해자 진술에 합리적 의심이 있다고 판단한다면 이는 온당한 처사일 수 없다는 것이 이 법원의 생각이다.

많은 범죄사례를 접하다 보면 폭력적 범죄에 대한 적극적 저항이 더 강한 폭력과 더 큰 피해를 초래하는 사례를 적지 않게 보게 된다. 공포심이 클수록 더 강하게 저항하는 사례가 있는가 하면 반대로 공포심이 커지면 아무런 저항을 하지 못하는 사례도 보게 된다. 처음 당한 성폭력에서 강하게 저항하였다가 심한 폭력을 당하고 큰 피해를 입은 경험을 가진 여성이 또 다른 성폭력을 당한 경우 비교적 약한 폭력과 협박하에서도 쉽게 저항을 포기하는 사례도 볼 수 있으며, 윤간을 당하는 여성이 처음에는 강하게 저항하다가도 후에는 자포자기의 심정으로 저항을 포기하는 사례도 볼 수 있다. 정조의 가치를 목숨보다 중하게 여기는 문화 속에서는 더 많은 여성들이 성폭력에 직면하여 목숨을 건 저항을 시도할 것으로 생각

되지만, 성폭력을 당한 것이 모멸적인 경험이 될지언정 피해 여성의 인격적 가치를 떨어뜨리는 일이 될 수 없는 현 문화 속에서 법과 국가가 성폭력에 직면한 여성들에게 목숨을 건 저항을 요구하는 것은 온당한 일이 아니다. 또한 범죄에 직면한 피해자가 구조를 요청한다고 하여 반드시 구조되지 않고 더 강한 폭력, 더 큰 피해를 초래하는 경우도 얼마든지 있다는 것이 우리의 경험이며 현실이다. 많은 사람들이 오가는 길거리에서도 버젓이 범죄가 행해지는 경우가 있고 행인들이 멀거나 바라보다가 자기 갈 길을 가는 경우가 있지 않은가? 오히려 드물게 자신의 안위를 돌보지 않고 용감하게 나서서 피해자를 구조하는 사람이 있다면 우리는 그를 ‘용감한 시민’으로 표창하고 칭송하지 않는가?

성폭력에 직면한 피해자가 보인 저항과 구조요청의 정도는 가해자와 피해자의 나이, 성별, 성격, 문화적 배경과 개인적 경험은 물론 범행 당시의 여러 정황을 모두 고려하여 이러한 저항과 구조요청의 정도를 어떻게 설명하고 이해할 수 있는지 살펴보아야 하는 것이지 피해자의 저항과 구조요청의 정도가 약하였거나 아예 없었다고 하더라도 겉으로 드러난 형식적 측면만을 들어서 강간을 당하였다는 피해자 진술의 신빙성을 가볍게 배척하거나 폭행·협박이 있었다는 피해자 진술의 신빙성을 가볍게 배척한다면 이 역시 인간성에 대한 이해와 상상력의 부족 때문이라는 비난을 면하기 어렵다는 것이 이 법원의 생각이다.

이 사건 심리과정에서 밝혀진 사실과 위와 같은 특이한 반응, 저항 및 구조요청에 관한 피해자의 진술은 다음과 같다.

① 피해자는 과거 다방에 취업하려다가 성매매업소에 팔려갈 뻔했으며, 감시 소홀을 틈타 어렵게 도망친 후에도 선불금을 편취하였다는 성매매업자의 협박과 추적을 피해 다닌 경험을 갖고 있다. 성매매업자가 피해자에 대한 가출신고를 내고 아직도 피해자를 추적하고 있으며, 이 사건 후 피해자의 소재가 성매매업자에게 알려져 피해자가 불안해하고 있다. 피해자는 2002. 12.경부터 전**과 동거하기 시작하였고, 그러던 중 양가 부모로부터 정식으로 허락을 받아 사실상 혼인관계에 있었으며, 2003. 5.경부터는 시어머니가 구해준 월세방에서 함께 생활을 해왔다.

② 전**은 2003. 1.경 피해자와 함께 차를 타고 가던 중 기름이 떨어지게 되자 매형인 피고인에게 도움을 요청하게 되었고, 그런 과정에서 피해자

를 피고인에게 소개시켜 주었으며, 그 이후 피고인은 처남의 동거녀인 피해자에게 평소 잘 대해주는 편이었다.

③ 2003. 8.경에 이르러 전**이 일하던 공장에 잘 나가지 않고 방황을 하자, 피해자는 전**의 버릇을 고쳐주기 위하여 잠시 집을 나가 있을 생각을 하게 되었는데, 기르던 강아지 2마리를 맡아줄 사람도 없고, 있을 만한 마땅한 거처 또한 없어 고민하고 있던 중, 이러한 사실을 알게된 피고인으로부터 자신에게 돈이 조금 있고 방을 구해줄 수 있다면서 적극적으로 도와주겠다는 말을 듣게 되었다.

④ 그리하여 피해자는 2003. 8. 28. 저녁 무렵에 서울 노원구 상계동에 있는 상계역 부근에서 피고인을 만나게 되었고, 내일 방 계약을 하고 들어갈 수 있으니까 오늘 하루만 여관에서 잠을 자라는 피고인의 말에 따라 여관에 투숙하게 되었는데, 짐과 강아지를 가지고 여관방에 데려가는 과정에서 함께 여관방에 들어온 피고인이 이야기를 나누다가 갑자기 피해자의 머리카락을 만지면서 키스를 하려 하였고, 이에 당황한 피해자가 하지 말라면서 거부하자 피고인이 화를 내며 여관방을 나갔다.

⑤ 피고인은 일단 귀가한 후 처에게 아침 일찍 예비군 훈련에 참석하여야 하므로 미리 예비군 훈련장 앞에 가서 차에서 자고 예비군 훈련에 참석하겠다고 거짓말한 후 집을 나와 피해자가 묶고 있던 여관으로 다시 찾아갔다. 피고인이 귀가하였다가 처에게 거짓말하고 다시 집을 나올 때에는 어떻게든 피해자와 성관계를 갖고야 말겠다고 마음먹었던 것으로 보인다. 피고인은 다시 위 여관으로 찾아와 문을 두드리며 좀 전에는 실수를 하였고 방 계약 문제로 할 말이 있다면서 문을 열어줄 것을 요구하였고, 피해자는 선뜻 내키지는 않았지만 이전의 피고인의 행동이 실수이거나 장난이라고 생각하고 문을 열어 주게 되었는데, 방으로 들어온 피고인은 침대에 누워서 불을 끄라고 한 다음, 어찌할 바를 몰라 침대 옆에 앉아 텔레비전을 보고 있던 피해자를 갑자기 뒤에서 끌어안아 침대에 눕힌 다음 성관계를 가졌다.

⑥ 피해자는 위 성관계 과정에서 피고인의 폭력과 협박이 있었으며, 피해자가 피고인에게 거부의 의사표시를 분명히 하였고, 피고인의 폭력에 처음에는 소리를 지르며 피고인을 밀쳐 내고 저항하였지만 피고인에게 입이 막혀 소리치지 못하였고 피고인의 강한 완력과 무거운 체중(당시에는

약 90kg 정도의 체중이었다)에 눌러 몸을 움직일 수 없었다고 진술하고 있으며, 주먹을 쥐고 “가만히 있어봐, 나는 원래 여자 잘 안 때리거든”이라고 말하는 정도의 피고인의 협박에 쉽게 겁을 먹고 더 강한 저항을 하지 못한 이유와 관련하여 공개되기를 원치 않는 과거 경험을 이 법정에서 진술하였다.

⑦ 다음날 아침, 피고인이 구해 중 거처에 들어가게 된 경위와 관련하여 피해자는 남편의 무위도식하는 버릇을 고치기 위하여 남편 몰래 집을 나온 처지여서 집으로 돌아가기 어려웠고, 수중에 돈이 한푼도 없어 달리기처를 마련할 형편이 되지 못하였으며, 피고인이 잘못했다면서 한번만 실수를 용서해 달라고 말하자 다시 이런 일이 없겠지 하는 마음이 들었고 내키지는 않았지만 어쩔 수 없이 피고인을 따라 피고인이 구한 방으로 들어가게 되었다고 진술하고 있다.

⑧ 그런 일이 있은 후, 피고인은 며칠 동안 피해자에게 상당히 잘 대해 주었고, 피해자로서는 피고인이 정말로 한 순간의 욕정을 이기지 못하여 실수하였다는 생각을 잠시 가졌으나 공소사실과 같이 3차례의 성관계가 더 이어졌다.

⑨ 피해자는 위 집에서 3번에 걸쳐 간음을 당할 당시, 피해자는 ‘하지 말라, 진짜로 싫다’면서 저항을 하기도 하였으나, 어린 나이에 겪었던 좋지 못한 경험과 기억과 비교하면 이 정도는 오히려 정말로 참을 수 있는 정도이고, 더 반항하다가 피고인이 때리기라도 하면 어떻게 하나라는 두려움과 공포에 자포자기한 상태에서 그 이상의 저항을 하지 못하였다고 진술하고 있다. 또한 피해자가 피고인과 함께 비디오를 빌리러 가거나 게임방에 간 이유에 관하여서, 피고인이 방으로 찾아와 방에 단둘이 있는 것이 거북하였고 함께 방에 있으니까 피고인이 자꾸 욕정을 느낀다는 생각이 들어서 밖으로 피고인을 데리고 나가기 위해서 비디오 빌리러 가자고 제안하고, 게임 하러 가자고 제안하였다고 진술하고 있다.

⑩ 피해자가 위 방에서 나와 집으로 돌아간 이유에 관해서도, 피고인이 매번 강간 후 피해자에게 잘못을 빌면서 다시는 이런 일이 없을 것이라고 약속하였기에 그 말을 믿고서 계속 머물러 있었는데 4번이나 강간이 이어지고 나니 자신이 피고인의 성적 놀이개감으로 되었다는 모멸감에 괴로웠고, 또 앞으로 다시는 이런 일이 없을 것이라는 피고인의 말을 더 이상

믿을 수 없다고 생각되어 집으로 돌아간 것이라고 진술하고 있다.

위와 같은 사실과 피해자의 진술을 살펴보건대, 피해자의 성격, 성별, 나이, 신체조건과 특이한 경험, 피고인의 성격, 성벽, 나이와 신체조건, 당시 피해자의 처지와 상황, 범행 당시와 범행 이후의 정황에 비추어 피해자가 강간 범행 중 보인 비교적 약한 저항과 강간 피해 후 보인 특이한 반응들은 피해자와 같은 처지에 있는 사람들이 보일 수 있는 통상적인 행동 범주 내에 있는 것으로 설명되고 이해될 수 있다고 판단되고 이러한 사정들이 강간을 당하였다는 피해자 진술의 신빙성을 의심케 하는 정황이 되지 못한다고 판단된다.

따라서 이 법원은 피해자의 진술에 따라서 피고인이 공소사실 기재와 같은 폭행·협박 하에서 피해자의 의사에 반하여 피해자와 성관계를 가진 사실을 인정하고, 피해자와 합의 하에 성관계를 가졌다는 피고인의 진술을 받아들이지 아니한다.

4. 피고인의 폭행·협박이 강간죄를 구성할 정도의 폭행·협박에 해당하는지에 관한 판단

강간죄가 성립하려면 가해자의 폭행·협박은 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이어야 하고, 그 폭행·협박이 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이었는지 여부는 그 폭행·협박의 내용과 정도는 물론 유형력을 행사하게 된 경위, 그러한 폭행·협박이 피해자에게 미친 심리적, 육체적인 영향, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 판단하여야 한다(대법원 2004. 6. 25. 선고 2004도2611 판결, 1999. 4. 9. 선고 99도519 판결 등 참조).

과연 어느 정도의 폭행·협박이 ‘피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것’에 해당하는가? 이를 판단하는 보다 상세한 판단기준에 대한 이 법원의 견해는 다음과 같다.

판례가, “폭행·협박의 내용과 정도는 물론 유형력을 행사하게 된 경위, 그러한 폭행·협박이 피해자에게 미친 심리적, 육체적인 영향, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 판단하여야 한다”라고 말한 것은, 폭행·협박의 내용과 정도가 비교적 가벼운 것이었다

고 하더라도 당시의 정황, 가해자와 피해자의 나이, 신체적 조건, 완력의 차이 등에 비추어 그 폭행·협박이 피해자에게 강한 심리적·육체적 영향을 미쳐 실제로 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하였다면 이를 참작하여 강간죄의 성립을 판단하여야 한다는 의미이다.

대법원은, 피해자가 가해자의 몸에 새겨진 문신을 보고 겁을 먹은 상태에서 가해자가 자신이 전과자라고 말하면서 캔맥주를 집어던지고 피해자의 뺨을 한 번 때리면서 성행위를 요구한 사안에서 강간죄의 성립을 인정한 원심 판결을 유지하였다(대법원 1999. 4. 9. 선고 99도519 판결). 문신을 보여준 행위, 자신의 전과사실을 밝힌 행위, 캔맥주를 집어던진 행위와 피해자의 뺨을 한 번 때린 행위만을 본다면 상황에 따라 반드시 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 한 정도의 폭행·협박에 해당한다고 보기 어려울 것이고, 만일 골목길에서 이러한 행위를 수단으로 하여 피해자로부터 금품을 빼앗았다면 강도죄가 아닌 공갈죄를 구성하는 것으로 판단되었을 터이지만, 위 강간 사안의 경우에는 당시의 정황, 가해자와 피해자의 나이, 신체적 조건, 완력의 차이 등에 비추어 그 폭행·협박이 피해자에게 강한 심리적·육체적 영향을 미쳐 실제로 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하였다고 판단되었기 때문에 강간죄를 구성하는 것으로 판단하였을 것이다.

강간사건에서 강한 폭행·협박이 밖으로 드러나지 않은 경우에는 강간죄를 구성하지 않는다고 보는 견해도 있을 수 있지만, 이러한 견해는 외부로 표출된 가해 남성의 범죄적 악성에만 초점을 맞추으로써 피해 여성의 내면적 심리와 공포를 도외시한 견해이며, 통상적인 강도죄와 강간죄의 장소적·정황적 차이를 간과한 견해이고, 남성과 여성의 신체적·정서적 차이를 이해하지 못한 견해이며, 어쩌면 정조의 가치를 묵숨처럼 중하게 여겨서 여성들이 목숨을 걸고 정조를 지키던 봉건적 시대의 잔상이나 남성 중심의 사고체계를 떨쳐버리지 못하였기 때문에 갖는 견해일 수도 있다.

연구결과에 의하면, 남성들로서는 이해하기 어려운 일이지만 실제로 많은 여성들이 혼자서 승강기를 탈 때에도 불안감을 느끼고, 밤늦게 택시를 탈 때에도 불안감을 느낀다고 한다. 이런 여성들이 약한 정도의 폭행·협박에 대해서도 쉽게 공포심을 느끼고, 공포심에 몸이 얼어붙고, 목이 막혀 소리치지 못하고, 결국 저항을 포기하고, 적극적인 저항이 없기 때문에 더

강한 폭행·협박이 실제로 표출되지 않았다고 하더라도 어찌 폭행·협박이 있었지만 ‘피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행·협박’에 이르지 않았다고 말할 수 있으며, 강간죄가 성립하지 않으므로 무죄라고 말할 수 있겠는가?

외부로 표출된 폭행·협박의 강도와 가해 남성의 범죄적 악성에만 초점을 맞추어 강간죄의 폭행·협박을 판단한다면, 완력으로 여자를 잡고 강제로 여성의 옷 속으로 손을 집어넣기만 한 가해자는 강제추행죄로 처벌되지만, 더 나아가 피해 여성의 옷을 벗기고 강제로 성행위에까지 나아간 가해자는 무죄로 판단되는 웃지 못할 사태가 벌어지게 되는 것이다. 이 법원은 우리 형법이 그러한 기준에 서 있다고 절대로 생각하지 않는다. 형법은 최강도의 폭행·협박을 수단으로 재물을 빼앗은 행위를 강도죄로 처벌(형법 제333조)하는 외에 이보다 약한 정도의 폭행·협박을 수단으로 재물을 빼앗은 행위도 공갈죄로 처벌(형법 제350조)하고 있지만, 폭행·협박을 수단으로 여성을 간음한 행위에 대하여는 이러한 구분을 두고 있지 않다. 또한 형법은 강도상해·치상죄에 대하여 무기 또는 7년 이상의 징역형(형법 제337조)을 정하고 있음에 반하여 강간상해·치상죄에 대하여 무기 또는 5년 이상의 징역형(형법 제301조)을 정하고 있다. 이 법정형의 차이는 단순히 하한에서 2년의 차이만 있는 것이 아니라 집행유예가 가능한가 불가능한가가 나누어지는 점에서 현저한 차이를 보이고 있는 것이다. 왜 피해자에게 극도의 성적 수치심과 인격적 모멸감을 안겨주는 강간치상죄의 법정형이 재산적 손실을 안겨주는 강도치상죄의 법정형보다 현저히 가벼운가? 이 점에 대한 이 법원의 생각은 이러하다. 일반적으로 강간범의 범죄적 악성이 강도범의 범죄적 악성보다 가볍기 때문이 아니고, 일반적으로 강간사건에서 피해자가 입는 피해가 강도사건에서 피해자가 입는 피해보다 가볍기 때문도 아니며, 강간사건의 경우에 밖으로 표출되는 폭행·협박의 정도와 이 행위를 통하여 발현된 가해자의 범죄적 악성의 편차가 강도 사건의 경우보다 넓기 때문이라는 것이다. 강간사건에서 강한 폭행·협박이 밖으로 드러나지 않은 경우에는 강간죄를 구성하지 않는다고 보는 견해에 대해서는 이러한 질문을 던지고 싶다. 비교적 약한 폭행·협박을 수단으로 타인에게 재산적 피해를 가하는 행위는 공갈죄로 처벌하면서, 왜 비교적 약한 폭행·협박을 수단으로 피해 여성에게 극도의 성적 수치심과 인격적 모멸감을 주는 행위는 무죄라고 해석하여야 하는가? 우리 형법 몇 조에 그러한 해석을 불가능하게 하는 문언이 있다는 말인가? 그러한 해석을 정당화하는 근거가 대체 무엇이라는 말인가?

가해 남성의 입장에서가 아니라 피해 여성의 입장에서 강간죄를 구성하는 폭행·협박의 정도를 판단한다면 가해 남성의 입장에서 볼 때 보통 사람들은 아무런 공포심을 느끼지 않을 정도의 행위에 대하여 피해 여성이 지레 겁을 먹은 경우에도 강간죄가 성립하게 되어 부당한 것이 아닌가하는 반론이 있을 수도 있을 것 같다. 그러나 객관적으로 폭행·협박으로 불만한 행위가 없었다면 아무리 피해 여성의 관점을 강조하더라도 무죄로 판단됨이 너무나 당연한 것이다. 그리고 누군가 강력한 폭행·협박을 행사하지만 않으면 여성의 명백한 거부의사에도 불구하고 완력으로 여성의 옷을 벗기고 강제로 성관계를 가지더라도 죄가 되지 않는다고 말한다면 이 법원은 그러한 생각은 틀렸다고 분명하게 말해주고 싶다.

결론적으로 말하자면, 이 법원은 강간죄를 구성하는 ‘피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행·협박’이 있었는가를 판단함에 있어서 현실적으로 표출된 가해자의 폭행·협박의 내용과 정도만을 기준으로 판단할 것이 아니라 당시 정황에서 피해자가 가해자의 폭행·협박에 대하여 저항할 경우 더 강한 폭행이 초래될 것으로 예상하였고 당시 정황에 비추어 피해자의 예상에 상당한 이유가 있었는가를 기준으로 판단하여야 하며, 실제 사건에서 피해자가 가해자의 폭행·협박에 대하여 적극적인 저항이 더 강한 폭행을 초래할 뿐 강간의 피해를 막을 수는 없겠다고 판단하여 적극적인 저항을 포기하였고 그 판단에 상당한 이유가 있다면 강한 폭행·협박이 실제로는 표출되지 않았다고 하더라도 강간죄를 구성하는 ‘피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행·협박’에 해당한다는 것이 이 법원의 견해이다.

이러한 견해에서 이 사건 사안을 검토하건대, 피해자와 피고인의 신체적 차이, 피해자가 당시 처해 있었던 사정, 범행 장소와 범행 당시의 정황, 피해자의 과거 경험과 가치관 등에 비추어 범행 당시 피해자가 적극적으로 저항하였다면 더 강한 폭행·협박을 초래하고 더 큰 피해를 입을 수 있다고 믿었던 사정을 이해할 수 있고 그 믿음에 상당한 이유가 있었다고 판단된다. 따라서 피해자의 진술을 통하여 인정되는 공소사실 기재와 같은 피고인의 폭행·협박은 강간죄를 구성하는 ‘피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행·협박’에 해당한다고 판단된다.

다만 현실적으로 표출된 폭행·협박의 정도가 비교적 가벼웠다는 점은
피고인에 대한 형량을 정함에 참작하였다.

5. 결론

이상의 이유로 주문과 같이 판결한다.

재판장	판사	박철	_____
	판사	고제성	_____
	판사	김양훈	_____

성폭력 조장하는
대법원 판례 바꾸기

판례/바꾸기/운동/ 첫 번째 자료집
“ 최협의설 ” 비판(1)

- ☐ 발 행 일 2006년 7월 24일
☐ 발 행 인 이 미 경
☐ 발 행 처 사단법인 한국성폭력상담소
 (121-884) 서울 마포구 합정동 366-24 2층
 Tel.02-338-2890, Fax.02-338-7122,

<http://www.sisters.or.kr>

- ☐ 편집책임 지주

□ 인 쇄 카피플러스(322-1049)

성폭력 조장하는
대법원 판례 바꾸기 ②

판/례/바/꾸/기/운/동/ 두 번째 자료집
“ 최협의설 ” 비판(2)

(사)한국성폭력상담소

성폭력 조장하는 대법원 판례 바꾸기 2차 자료집

목 차

성폭력을 조장하는 대법원 판례바꾸기 운동 소개	1
"성폭력 조장하는" 대법원판례 ? 한인섭(서울대 법대 교수)	3
강간죄 폭행협박의 최협의설에 대한 판례평석-90도 2224 장임다혜(본 상담소 법정지원팀) - 대법원 판결문	16 29
성폭력을 조장하는 대법원 판례바꾸기 운동 취지문 (사)한국성폭력상담소	32

성폭력 조장하는 대법원 판례 바꾸기란?

“성폭력을 조장하는 대법원 판례바꾸기 운동”은 그동안 피해자의 특수성을 고려하지 않고 진행된 대법원 판례가 성폭력문제 해결과 피해자의 권리회복에 둔감했을 뿐만아니라, 결과적으로 성폭력을 조장하는 결과를 낳았다고 보고, 법조인들의 성편향적인 사법관행 성찰과 대법원 판례의 변화를 촉구하는 운동입니다.

이 운동은 뜻을 함께하는 법조인, 학자, 반성폭력활동가들의 참여로 매월 대법원 판례평석문을 발간하여 존엄, 정의, 고귀, 위엄, 그리고 여성의 색깔로 상징되는 “자주색 봉투”에 담겨 대법관을 비롯한 헌법제판관과 전국 각 법원, 검찰청에 배달될 것입니다.

2006년 7월에 시작된 이 운동은 판례평석 이외에도 토론회, 언론기고 등의 다양한 방법으로 앞으로 1년동안 지속적으로 펼쳐갈 계획입니다.

1차 자료집 (2006년 7월)

강간죄의 폭행.협박의 정도에 관한 판례의 입장에 대하여 / 조인섭(변호사)
최협의설 판례평석-92도259 / 이경환(본 상담소 법정지원팀)
‘의제화간’의 메커니즘 : 강간죄 해석에 있어서의 최협의 폭행.협박설 비판
/ 신윤진(본 상담소 법정지원팀)

2차 자료집 (2006년 8월)

"성폭력 조장하는" 대법원판례 ? / 한인섭(서울대 법대 교수)
강간죄 폭행.협박의 최협의설에 대한 판례평석- 90도 2224
/ 장임다혜(본 상담소 법정지원팀)
성폭력을 조장하는 대법원 판례바꾸기 운동 취지문

“성폭력 조장하는” 대법원판례 ?

한 인 섭 (서울대 법대 교수)

존경하는 대법관님 귀하

올 여름, 뒤늦게 찾아온 더위에 모두들 힘들어하고 있습니다. 휴가를 떠난다 해도 피서지에서의 시원함은 잠깐이고 오가는 길의 더위가 그것을 상쇄하고도 남음이 있지요. 대법관님께서서는 법정휴가를 제대로 즐기셨는지 모르겠습니다. 이렇게 묻는 것은 대법관의 일보따리가 줄어들 기미가 전혀 없기 때문입니다. 대법관은 지명되는 날 하루 즐겁고, 임기 내내 일보따리에 치여 휴가도 제대로 즐길 수가 없는 신세란 옛 이야기가 생각나서입니다. 갈수록 더 많은 사건들이 대법원에 쏟아지고, 기록의 부피도 더 두터워지는데 법정휴가를 누릴 자유라도 국민들이 보장해주어야 하지 않을까 생각이 들기도 합니다.

올 여름 터져나온 법관비리의 충격이 컸을 줄 믿습니다. 유망한 중견 법관과 전도양양한 소장법관들이 법조브로커로부터 향응에 더하여 거액의 현금까지 받았다는 비리 혐의로 법복을 벗고 구속되기까지 했습니다. 사법부의 독립은 법관에 대한 국민적 신뢰에 달려 있다고 할 때, 현직 법관의 이같은 악성비리는 사법부 전체에 불신의 암영을 드리우는 문제 사례라 하지 않을 수 없습니다. 이 신뢰의 위기에는 어떤 마법적 묘약도 없습니다. 이런 비리사례가 ‘빙산의 일각’이 아니라 ‘예외적 돌연변이’에 지나지 않음을 법관들의 겹쳐

한 실천을 통해 입증해야 한다고 생각합니다. 법관의 신뢰회복은 사법종사자에게만 중요한 것이 아닙니다. 그것 없이는 선진 법치주의는 기약할 수 없기 때문입니다.

“성폭력 조장하는 대법원판례”

얼마 전 한국성폭력상담소로부터 전화를 받았습니다. 최근 상담소가 개시한 “대법원판례 바꾸기”에 동참해 달라는 것이었습니다. 성폭력상담소는 그동안 우리 사회의 성폭력의 문제를 고발하고, 제도적 시정책을 강구하고, 성폭력피해자를 배려하고 연대하는 운동을 십오년째 해오고 있는 단체입니다. “대법원판례 바꾸기” 운동은 “우리 나라 법조인들에게 성편향적이었던 사법관행을 돌아보고 성찰하는 계기를 줄 수 있기를 기대”하고 있습니다. 지난번 판례 바꾸기운동의 책자를 받아보니, 표지의 첫 마디가 이렇게 시작됩니다. **[성폭력 조장하는 대법원판례 바꾸기]** 라고요.

다시 말해 판례바꾸기운동은 기왕의 대법원판례가 “성폭력 조장”에 기여했다는 문제의식에서 출발하고 있습니다. (대)법원은 성폭력을 비롯한 제반 범죄와 관련하여 피고인의 유무죄를 가리고, 유죄피고인에게 적정한 형벌을 정합니다. 성폭력사건을 다루는 (대)법관들은 범죄자를 정확히 가려내어 처벌함으로써 성폭력을 방지하자는 목표를 갖고 있을 것입니다. 그런데 (대)법관들의 노력이 성폭력의 “방지”가 아니라 성폭력의 “조장”에 기여했다는 비난한다면, 그것도 피해자측을 대변해온 단체에서 그런 비난을 한다면, 이는 간과할 수 없는 대법원에 대한 중대한 “명예훼손”이 아닐런지요. 다시 풀이해보자면, (대)법원은 성폭력의 가해자에게 격려를, 성폭력 피해자에게는 좌절감과 피눈물을 흘리게 만들었다는 것입니다. 그것도 이제껏 확고한 판례로 굳어질 정도로 정립된 누적된 선례들을 통해서 말입니다.

이제껏 법학자와 법원과의 대화는 통상은 판례평석, 더 나아가 학술논문의 형태로 이루어져 왔습니다. 저도 그런 취지에서 이 주제에 대해 몇 편의 글을 쓴 적이 있습니다. 하지만, 이번에는 서신 형태로 의사전달을 하고 싶다는 생각이 들었습니다. 적어도 우리의 특정 판례가 논리적으로, 현실적으로 어떤 문제가 있다는 비판이야 얼마든지 받을 수는 있지만, “성폭력을 조장하는” 곳이라는 오명을 덮어쓸 정도로 성폭력 관련 판례가 그토록 문제였던 말이나? 그에 대해서는 법률가공동체에서 대화하는 마음으로 함께 성찰해보자는 생각입니다.

“항거불능 혹은 현저한 항거곤란의 폭행”

판례바꾸기운동의 표적은 우선 “최협의설”로 향해지고 있습니다. 법학도가 아닌 분들은 무슨 이야기인지 짐작이 가지 않겠지만, 적어도 법학 공부를 조금이라고 했다면 대번에 “아!” 하는 그 “최협의설” 말입니다.

주지하다시피 형법각칙의 여러 조문에 폭행이란 용어가 등장합니다. 폭행 자체도 죄(폭행죄)가 되지만, 그 폭행을 요건으로 한 결합적 범죄양태가 적지 않은 것이지요. 소요죄, 다중불해산죄, 공무집행방해죄, 강간죄, 강제추행죄, 강도죄 등에 ‘폭행’이란 용어가 등장합니다.

문제의 첫째는 이 ‘폭행’이란 용어가 최협의, 협의, 광의, 최광의의 4가지 범주로 해석되고 있다는 것입니다. 판례는 시종 이 견해에 입각해 있습니다. 각 범죄의 보호법익과 불법형태에 맞추어 합리적 해석을 가한 결과라 주장하겠지만, 저는 그렇게 생각하지 않습니다. 사슴가죽을 이리 늘리면 날 일(日), 저리 늘리면 가로 왈(曰)자가 되듯이 문언을 맘대로 변형하는 숙녹비적 해석¹⁾

1) 숙녹비(熟鹿皮)라는 것은 왼쪽으로 당기면 왼쪽으로 쏘리고, 오른 쪽에서 당기면 오른 쪽으로 쏘린다. 세상에 법을 맡은 관리가 법을 자기 맘대로 늘리기도 하고 줄이기도 하는 경우가 적지 않다. 조선시대에서는 이를 기롱하여 숙녹비대전(熟

의 한 면모를 보여준다고 생각합니다.

생활인들은 ‘폭행’ 하면 무슨 말인지 금방 알 것입니다. 때린다는 것이지요. 그러나 형법을 배우는 순간, 그 폭행은 ‘유형력’이란 다소 생소한 어휘로 재정의되며, 심지어 ‘물건에 대한 유형력’(소요죄)도 폭행이라 주장됩니다. 공무집행방해죄에서의 폭행은 넓게(광의) 해석하여 공무집행은 충분히 넓게 보호되는 반면, 강간죄에서는 ‘항거불능 또는 현저한 항거곤란의 유형력’(최협의)으로 하여 여성피해자는 매우 협소한 보호밖에 받지 못합니다. 어떻게 이렇게 공무원/보통사람/여성에 따라 보호범위가 이렇게 달라져도 되는지 의문스럽습니다.

이러한 폭행 개념은 자연스러운 것이 아니기에 법학도들은 이 개념을 ‘억지로 외워야’ 합니다. 시험통과를 위해 그 개념은 곧 자기의 것으로 삼기게 됩니다. 사시를 통과하고 판사와 검사의 길로 들어서게 되면, 그 개념은 곧 원래 그러했던 것인양 몸에 배이게 됩니다. 그 개념의 최후-최고의 수호자는 바로 대법관님입니다. 역대 대법관들께서 바로 이러한 ‘최협의’ 개념을 대를 이어 물려주었던 것입니다.

이런 해석은 실정법 그 자체와 맞지 않습니다. 형법 제12조(강요된 행위)와 비교해보기만 해도 됩니다. 거기서는 “저항할 수 없는 暴力이나 자기 또는 친족의 생명, 신체에 대한 위해를 방어할 방법이 없는 脅迫에 의하여 강요된 행위는 벌하지 아니한다”고 규정되어 있습니다. 이렇게 폭력/협박의 범위를 한정하려고 할 때, 명확한 제한적 문구가 사용되어 있습니다. 그러나 강간죄의 경우 단순히 ‘폭행’이라 할 뿐이지, “저항할 수 없는”이나 “생명, 신체에 대한 위해를 방어하기 어려운”과 같은 제한이 등장하지 않습니다. 그런데도 대법원판례들은 한결같이 그런 문구가 있는 양 해석하고 있습니다. 평범한 사람의 눈에는 보이지 않는 것이 대법관의 눈에 보이기라도 한단 말일까요.

鹿皮大典)이라 불렀다. 홍만중, 순오지, 참조.

강도죄와 강간죄의 차이

그럼 강도죄의 경우는 어떤가 하고 반론할 수 있습니다. 과연 강도죄에는 그냥 “폭행 또는 협박”이라 쓰고 있으며, 거기에 어떤 한정적 문구가 등장하지 않습니다. 이 강도죄의 경우 최협의적 의미로 해석하는 데 대해 저도 큰 이의는 없습니다. 그러나 재산범죄의 경우 최협의의 폭행을 하지 않은 경우에도, 상대의 의사에 반하여 재물을 취득하게 되면 법망을 빠져나갈 수 없습니다. 단순폭행을 한 경우에도 공갈죄로 처벌되는 것입니다. 즉 공갈죄가 있기에 강도죄의 폭행의 범위를 최협의로 해도 별 이의가 없어도 됩니다. 이렇게 재산범죄의 경우에는 <중폭력의 강도죄>와 <단순폭력의 공갈죄>로 단계화하여 처벌하고 있습니다.

그러나 성폭력의 경우에는 공갈죄에 상응하는 범죄를 별도로 처벌하는 명문규정이 없습니다. 그런데도 판례와 같이 강간죄의 폭행을 최협의로 해석해버리면, [단순폭행+간음]의 경우를 처벌할 수 없게 되어 버리는 처벌공백지대가 생겨나 버립니다. 폭행을 통해 간음을 해도, 상대를 꼼짝 못하게 하는 수준의 폭행은 하지 않았다고 주장하면 무죄로 판결해버리게 됩니다. 가해자의 입장에서 볼 때, 피해자가 원치 않음을 알면서도 유·무형의 강제력을 행사하여 간음했는데도 “너의 강제력은 항거곤란의 정도는 아니었으니 감옥에 안 들어가도 된다”고 하니 얼마나 신나는 일일까요. 상대가 거절한데도 내 욕심을 더 밀고 나가도 되는구나 하고 느끼지 않겠습니까. 반면 피해자는 자기의 사에 반하여 강제적으로 당했는데도 법원은 내 편을 들어주지 않는구나 하는 절망감이 들지 않겠습니까. 고소해서 수치감도 모르고 돈뜯어내려는 악녀로 가해자와 그 가족으로부터 공격을 받으면서도 법정에 이르렀는데, 법관들은 저렇게 판결하니 다음엔 어떤 경우에도 고소하지 말아야지 하는 억지다짐을 하게 되거나 않을는지요. 이 점 때문에 우리의 대법원은 “일정 수준 이하의 폭력을 통한 성폭력을 조장하는” 곳으로 비난받을 수 있는 것이 아닐는지요.

최협의설... 독일법, 일본해석의 잘못된 유입

이런 최협의설이 나오게 된 유래는 무엇일까요. 일제 하에서 영향력이 컸던 마키노 에이찌(牧野英一) 교수의 책에서 폭행 개념의 4가지 구분이 처음 나타납니다. 마키노 교수는 독일에서 유학하고 와서 독일법의 해석론을 대폭 일본에 수용합니다. 독일 형법상의 Gewalt가 독일 교과서에서 4 범주로 나눠 어짐을 보고, 그것을 일본에 그대로 수용한 것이지요. 더욱이 그런 범주 구분은 실용적으로도 유용하다고 봤을 것입니다. (공무집행방해, 소요죄 등) 국가적 법익의 침해를 광범하게 문제삼는 반면, (강간 등) 사회적 약자인 여성에 대한 침해는 매우 제한적으로 문제삼게 되므로, 당시의 풍조에 맞는 해석이었을 것입니다. 즉 친국가편이자, 남성위주의 해석이 되니 당시의 시대풍조에도 맞았다는 것입니다.

독일법에서는 과연 강간죄에서의 Gewalt를 ‘생명·신체에 대한 현재의 위협을 초래하는 Gewalt’라 규정하고 있습니다.²⁾ 그러나 독일에서는 그 Gewalt의 정도가 경미한 경우³⁾에도 6월 이상 5년 이하의 자유형에 처하도록 하고 있습니다. 이 점을 마키노는 완전히 무시하고 있습니다. 즉 독일에서는 중폭행간음과 단순폭행간음을 모두 처벌하고 있습니다. 그러나 마키노가 독일 형법 제177조 제1항의 해석론만 갖다 쓴 바람에, 줄지에 단순폭행간음은 처벌사각지대가 되어 버렸습니다. 당시 법률가 전체가 남성들이었기에, 그런 해석에 대해 이의를 제기할 생각도 하지 않았던 셈입니다. 이 마키노의 학설은 일본의 통설이 되어 일제시대의 조선 법률가들의 뇌리에도 그대로 들어갔습니다. 해방후의 한국 법률가들은 한창동안 그 한국어로 번역된 마키노의 책으로 공부했습니다. 한국형법이 만들어진 후에도 그 책의 4가지 폭행개념을 그대로 수용했습니다. 그렇게 된 데에는, 일제시대 판례와 해방 후 판례가 이 4가지

2) 정확하게는 mit Gewalt oder durch Drohung mit gegenwertiger Gefahr für Leib oder Leben (독일형법 제177조).

3) ein minder schwerer Fall (독일형법 제177조 제2항)

폭행개념을 연속적으로 고수하고 있었던 탓도 적지 않습니다. 요컨대 일본학자의 잘못된 독일법 해석론을 판례나 학설이나 지금까지 끌어 쓰고 있는 것입니다.

가부장적 강간신화... 최협의설의 토대

순전히 외국학자의 학설을 잘못 끌어다 썼다고 연혁적 비판을 하는 것만으로 굳건한 판례를 파기할 충분조건이 되는 것은 아니겠지요. 최협의설이 유지될만한 사회내적 근거가 있다고 생각합니다. 남성들이 몇천년동안 만들어낸 강간에 대한 신화가 그것입니다. 강간신화 혹은 강간에 대한 가부장적 통념 내지 편견은 다음과 같이 정리해보겠습니다.

- ① 여성은 순결해야 한다. 정조를 잃는 것은 피해자에게 수치스러운 일이다.
- ② 여성이 저항하는 한 강간은 매우 어렵다.
- ③ 여성의 거부 의사는 진짜 거부가 아닐 수도 있다. 진정한 거부인지 가장된 거부인지는 말이 아니라 강력한 항거를 통해 비로소 알 수 있다.
- ④ 따라서 여성이 온 힘을 다해 완강하게 저항했지만, 남성이 그 저항을 물리적·심리적으로 제압했을 때 강간의 범죄가 성립한다.
- ⑤ 순결한 여성이라면 강간을 당했어도, 이를 밝히는 것을 원치 않을 수 있다. 밝히면 피해자에게 더 큰 수치감과 고통을 안겨줄 수 있기에 법률기관은 여성의 의사를 존중해야 한다. 피해여성이 고소할 때 법이 개입할 수 있다.

위의 명제들은 우리 판례의 문장과 행간의 곳곳에 나타나고 있습니다. ‘처녀’와 ‘유부녀’를 가르고, ‘보통여성’과 ‘술집여성’을 가르고, ‘행실이 좋지 않

는 여성'을 차별적으로 취급하는 예가 허다합니다. 여관까지 동행했다면 여성의 주장은 더 이상 들을 필요도 없는 듯이 취급합니다. 도망칠 수 있었는데, 소리지를 수 있었는데, 구조요청을 할 수 있었는데 그렇게 하지 않았는가 나무라고 있습니다. 카바레 가서 같이 술먹고 했다면 더 이상은 물을 필요도 없는 듯이 취급합니다. 정숙하기로 평소의 각오를 다지고 다질 것을 법이 요구하는 듯합니다. 현대 여성에게 '은장도를 지닐 것'을 요구하며, 밤거리나 수상한 곳에 아예 가지 말 것을 우리 대법관들은 아직도 기대하고 있는 듯합니다.

그러나 정조, 순결, 정숙과 같은 가치는 오늘날 성폭력의 직접적 보호법익으로 거론되고 있지 않습니다. 이는 도덕가치에 해당되는 것이며, 성폭력법의 보호법익은 한결같이 '성적 자기결정권'으로 공인되어 있습니다. 형법상의 '정조에 관한 죄'의 장의 이름이 '강간과 추행의 죄'로 중화된 개정도 그런 취지를 좀 더 확실히 하고 있습니다. 개개인의 성적 과거(sexual history)은 아무 문제가 되지 않아야 마땅합니다. 과거가 어떻든간에, 그 여성은 '언제 어떤 상황에서든 원하지 않는 성적 접촉을 강제당하지 않을 권리'를 갖고 있습니다. 성폭력범죄의 피해자는 타인으로부터 '폭력'을 당한 자이지, 그와 특수한 '성관계'를 맺은 것이 아닙니다. 피해자는 '더럽혀진 자'가 아니라 '피해를 당하고 살아남은 자'이며, 그에 대하여 사회는 외면하고 백안시하고 한낱녀 취급을 할 것이 아니라, 따뜻하게 돌보고 침해된 인간존엄성을 회복할 수 있도록 지원을 아끼지 않아야 할 것입니다.

저항을 강요하는 판례경향은 피해자의 안전을 위협한다

범죄의 피해를 당했음을 인정받으려면 항거(저항)를 필수요건으로 하는 사고에 대해 저는 큰 의문을 갖고 있습니다. 평범한 시민들은 범죄자에게 저항하려 할 때 얼마나 큰 위험에 맞닥뜨릴지 잘 모르기에, 저항하지 않는 편을

택합니다. 가족들이 곤히 자고 있는 한밤중에 괴한이 침입했다고 합시다. 가족들의 가장 안전한 선택은 무엇인가요. 할 수 있다면, 자는 척하고 있다가 괴한이 나간 뒤에 신고하는 편이 낫다고 생각하지 않을까요. 괴한을 이길 수 있다고 생각하거나, 그 괴한이 가족들의 안전을 위협하는 정도에 이르러서야 저항을 최후수단으로 선택하는 편이 낫지 않을까요.

강간의 범죄도 마찬가지로 생각합니다. 가해자는 강간할 만반의 준비를 하고 시간과 장소, 대상을 선택할 것입니다. 그에 반해 피해자는 범죄에 대한 대비가 거의 되어 있지 않는 상태일 것입니다. 피해자의 선부른 항거는 안그래도 극도로 긴장하고 있을 가해자로부터 더 큰 피해를 당할 위험을 부를지도 모릅니다. 그런데 이 나라의 법원은 ‘너는 온 힘을 다해 저항하라’ ‘강력히 저항한 증거가 없으면 강간피해를 당했다는 너의 주장을 믿지 못하겠다’고 말합니다. 판례의 태도는, 안그래도 가해자보다 연약한 피해자를 더욱 위험에 빠트리는 결과를 초래할 것입니다.

가해자-피해자 사이가 평소 아는 관계라면, 피해자는 거부 의사를 진지하게 전달하면 족한 것으로 해석해야 합니다. 모르는 관계라면, 피해자가 허용 의사를 언동으로 표하지 않는 이상, 피해자의 저항 여부를 물을 필요도 없을 것입니다.

그런데 판례는 일관되어 “단순한 거부적 언동 만으로”는 저항한 것이 아니라고 하고 있습니다. 판례를 존중하는 성폭력 범죄자는, 피해자가 거부적 언동을 표할 때, 그 말을 액면 그대로 믿을 이유도 없고, 피해자가 진짜 거부하는지를 더 탐색하기 위해서라도 폭력적 행동을 계속할 수 있습니다. 피해자가 가해자의 단순폭행에 물려서 더 이상 저항을 하지 않는다면 가해자는 자기 욕심을 채우고도 안전할 수 있습니다. 참으로 성폭력범죄를 ‘조장하는’ 판례가 아닐런지요.

새로운 기준과 방법에 대하여

저는 최협의설을 필두로 한 기존의 성폭력판례들이 근본적으로 재검토되어야 한다고 생각합니다.

첫째, 강간죄가 [폭행+간음]의 결합이라고 할 때, 그 폭행을 중폭행으로 국한할 이유가 없습니다. 중폭행과 단순폭행을 포함한 폭행으로 해석해야 문언(文言)과 일치하는 것이라 생각합니다. 그렇게 되면 가해자의 폭행을 방치하는 일이 없게 되어, 피해자보호에도 적정함을 기하게 될 것입니다.

둘째, 강간죄는 [협박+간음]의 결합으로도 성립됩니다. 그런데 종전에는 ‘협박’의 요소에 대해 제대로 검토하지 않았습니다. 피해자적 측면을 숙고할 경우 협박은 매우 중요한 요건으로 재정립시킬 수 있다고 생각합니다. 이와 관련하여 익숙한 TV광고를 한번 언급하고 싶습니다. 밤중에 귀가하는 한 여성이 등뒤에서 남성의 발자국소리를 듣습니다. 그 여성은 발걸음을 재촉합니다. 남성의 쫓아오는 듯한 발자국소리가 계속 들립니다. 이제 여성은 거의 뛰다시피 하여 자기 집 초인종을 간신히 누릅니다. 남성은 옆집 초인종을 누르며 비로소 이웃임을 확인하는 광고 말입니다. 여기서 남성은 여성에게 아무 공포감을 준 적이 없습니다. 그냥 집으로 걸어왔을 따름입니다. 그런데 여성은 밤중에 남성의 발자국 소리만으로 위협감을 느낍니다. 이 차이는 어디서 비롯될까요. 이 차이는 무시되어 마땅한 차이일까요. 가해자는 약간의 폭행과 약한 위협으로 성관계를 맺었다, 심한 폭행이나 위협은 하지 않았다고 주장할 때 그 주장에는 나름대로 진실이 있을 수 있습니다. 그러나 피해자는 그 정도의 폭행과 협박에도 “온 몸이 마비되는 듯이 꼼짝할 수 없었다” “너무 당황스러워 어떻게 대응해야 할지 몰랐다” “상황이 종료되고 난뒤 점점 화가 나 죽이고 싶었다”는 반응을 이야기합니다. 이 대조되는 주장을 듣고 법원은 그냥 피해자를 야단치는 것으로 간단히 끝냅니다. 항거곤란 정도의 수준이 아니었다고요. 왜 소리치고 구원을 요청하고 법에 즉각 호소하지 않았냐 하고요. 협박의 요소에 주목할 경우 ①협박→간음의 경우는 물론이고, ②(가해자의)단순폭

행·단순협박→(피해자)의 가중적 공포감→간음의 경로도 충분히 예상될 수 있습니다. 오히려 수많은 사례에서 ②의 경로가 더욱 보편적인 것처럼 보이기도 합니다. 때문에 법원은 피해자의 상황과 이해에 대해 초점을 더욱 맞추 필요가 있습니다.

셋째, 최협의설을 포기할 때 이는 정상적인 형법의 태도와도 일치하는 결과를 얻을 수 있다고 생각합니다. 누구나 타인으로부터 (성적) 자유를 침해당하지 않을 권리를 갖고 있습니다. 타인이 자기의 의지에 반하여(against her will) 유·무형의 압력(폭행·협박)을 행사할 때, 그것은 법적으로 범죄로 간주되어야 합니다. 그 여성의 완강한 저항을 했다면 그것은 강간죄의 입증을 훨씬 용이하게 하는 증거가 될 것이지만, 저항을 하지 않았다고 강간이 화간으로 분류되어야 하는 것은 아닙니다.

세계 수위의 성폭력실태, 그 책임은 누가 져야 할까?

최근 우리나라 성폭력범죄의 발생율은 미국, 스웨덴과 함께 세계 수위권을 달리고 있다고 합니다.⁴⁾ 일본의 경우는 성폭력의 수치는 우리보다 훨씬 낮은 편입니다. 십년전에 스웨덴을 방문한 적이 있습니다. 스웨덴 학자 한분에게 스웨덴의 성폭력 지수가 매우 높다고 말했더니, 웃더군요. 한번 따져보자고요. 스웨덴의 경우 ①배우자강간이 강간으로 처벌받고 있으며, ②여성의 의사에 반한 간음은 모두 강간으로 처벌되고 있으며, ③성폭력범죄는 친고죄가 아닙니다. 만약 스웨덴과 한국에서 공식통계상 성폭력범죄의 지수가 같다면, 이는 실범죄율이 같다는 것으로 절대 해석될 수 없습니다.

성폭력범죄의 경우 공식통계를 볼 때 가장 유의할 점은 범죄신고율 내지

4) 경찰청(2002), 「현장 대응 능력 강화를 위한 대여성·아동범죄 실무 매뉴얼」, 6쪽.

고소율이라 생각합니다. 여러 연구에 의하면 우리나라에서 성폭력범죄의 신고율은 대략 6% 정도에 불과합니다.⁵⁾ 스웨덴의 경우 신고율은 40%가 넘습니다. 신고에 따른 마음의 부담이 매우 큰 우리나라와, 피해자에 대한 ‘낙인’이 거의 없고 피해자에 대한 배려가 체계화된 나라 사이에는 범죄신고에 대한 태도에서 근본적인 차이가 있습니다. 더욱이 성폭력이 친고죄로 규정된 나라와, 성폭력에 대해 비친고죄로 규정된 나라 사이에는 수사기관의 개입에서 결정적 차이가 있습니다. 강간과 같은 중대한 범죄를 친고죄로 규정하고 있는 나라는 적어도 서구 선진국의 경우에는 찾을 수 없습니다. 아직도 여전한 가부장적 사회풍조, 친고죄의 규정, 낮은 신고율 등이 광범위한 성폭력을 만들어내는 한 요인들로 기여하고 있음은 말할 것 없습니다. 거기다 우리 대법원의 일관된 판례들이 성폭력의 ‘조장요인’으로 가세하는 셈이지요.

현행법상으로 강간죄의 가해자는 다른 어떤 종류의 범죄를 저지른 가해자보다 과잉보호를 받고 있습니다. 반면 피해자 앞에는 온갖 장애물이 가로놓여 있습니다. 다음과 같은 것입니다.

- ① 타인이 보지 않은 가운데 저지러질 가능성이 높은 강간범죄의 특질상 증인의 확보가 어려울 수 있습니다.
- ② 강간죄를 저질렀어도 평균 신고율이 6% 밖에 되지 않기에, 94%의 가해자는 안심할 수 있습니다.
- ③ 법적으로 고소하여 공소제기요건이 충족되어도 피해자와 합의하여 고소를 취하시켜 형사처벌을 면할 가능성이 있습니다.
- ④ 그는 피해자와 성적 접촉을 한 적이 없다고 우기다가, 접촉사실이 인정되면 그 때부터 피해자가 원한 화간이었다고 우길 수 있습니다.
- ⑤ 그러다 화간이 아님이 명백해지면 피해자가 별다른 저항을 하지 않았다, 저항을 했어도 완강히/결사적으로 거부한 것은 아니었다고 주장할 수 있습니다.
- ⑥ 피해자는 범죄사실의 공개에 대해 매우 주저하지만, 가해자는 그 가족까지

5) 한국형사정책연구원(1998), 「성폭력의 실태와 원인에 관한 연구 2」.

동원하여 피해자에게 압박을 가하고, 시도 때도 없이 전화하여 피해자를 심리적으로 괴롭힐 수 있습니다.

이러한 장애물을 다 통과하여 유죄의 처벌을 확정짓기란 매우 어렵습니다. 이 형사사법의 진행과정의 어느 시점에서 빠져나오게 되면, 가해자는 의기양양해할 것이고, 다음에 그 가해자의 범행에 대한 법적 억제효과는 무용하게 되어 버립니다. 반면 피해자는 다시는 신고하지 않아야겠다고 결심할지 모릅니다. 그렇다면 강간죄의 판례법은 과연 누구를 위해 형성되어온 것인가 묻지 않을 수 없습니다.

이러한 기막힌 사태는 더 이상 용납되어서는 안됩니다. 대법원의 판단은 하급심을 구속하고, 검찰의 기소범위를 정하며, 경찰의 수사방향을 정하게 됩니다. 결자해지의 심정으로, 최협의설을 포함한 ‘성폭력을 조장하는’ 판례의 방향을 근본적으로 바꾸어주실 것을 간절히 희망합니다. 우리의 여성들에게, 우리의 아동들에게, 우리의 약자들에게 희망의 등대로서 대법원이 다시 설 수 있도록 말입니다.

강간죄 폭행·협박의 최협의설에 대한 판례평석 — 90도2224

장임다혜(본 상담소 법정지원팀)

I. 사건개요 및 재판의 경과

1. 사건개요

피고인과 피해자는 같은 근무처에서 일하고 있었으며, 둘 모두 근무처에서 제공하는 기숙사에서 생활하고 있었다. 이들은 서로 안면이 있는 관계였다. 피고인은 사건 당일 저녁 6시 30분경 근무처 기숙사로 가던 피해자를 버스 정류장에서 만나 부근 다방에서 커피를 마시며 40여분 정도 이야기를 나누고, 다시 그길 건너 생맥주집으로 자리를 옮겨 9시경까지 그곳에서 머물렀다. 같이 나온 이후 피고인은 그의 친구인 공소외 박충현이 피해자에게 사과할 것이 있다 하여 같이 갈 것을 제의하였고, 피해자는 그를 따라 그 바로 옆 기숙사의 공소외인의 방으로 갔다. 기숙사방에서 그 방 주인인 공소외인 또한 같이 앉아 피고인과 피해자의 남녀관계를 허위로 발설한 것에 대하여 사과를 하였다. 공소외인이 그 방에서 나간 후, 피고인은 불을 끄고 갑자기 피의자를

양속으로 껴안아 방바닥에 누힌 다음 주먹으로 얼굴을 한 차례 세게 때려 반향을 억압하고 강간하려다 미수에 그친 채 상해를 입힌 혐의로 기소되었다.

2. 재판의 경과

(1) 제1심 판결

1990년 4월 10일 제1심인 인천지방법원은 “피고인이 사건 당일 18:30경 판시 버스정류장에서 이 사건 피해자를 발견하고 판시 기숙사방으로 유인하여 그 곳에서 불을 끄고 양손으로 껴안아 누힌 다음, 주먹으로 얼굴을 한 차례 세게 때려 반향을 억압하고 강간하려다 미수에 그친 채 판시 상해를 입게 한 사실을 인정하고, 피고인이 그와 같은 소위를 강간치상죄에 해당하는 것”으로 판시하였고, 이에 대하여 피고인은 항소하였다.

(2) 제2심 판결

1990년 8월 24일 서울고등법원은 “피고인 및 그 변호인의 항소이유의 요지는, 첫째 피고인은 이 사건 범죄사실을 저지른 일이 없는데, 원심이 피고인을 유죄로 인정하였으니 원심판결에는 판결에 영향을 미친 사실오인의 위법이 있다 하겠고, 둘째 강간이 미수에 그쳤고, 피고인이 범행을 깊이 뉘우치고 있는 점등에 비추어 볼 때 원심이 피고인에 대하여 선고한 형의 양정이 너무 무거워서 부당하다는 것이나, 살피건대, 먼저 원심이 적법하게 증거조사를 마쳐 채택한 여러 증거들을 종합 검토하여 보면, 원심이 판시한 피고인의 이 사건 범죄사실을 충분히 인정할 수 있고, 일건기록을 살펴보아도 달리 원심의 사실인정과정에서 논지가 지적하는 바와 같은 위법이 없으며, 다음, 이 사건 범행의 동기, 수단, 결과, 피해정도, 피고인의 연령, 성행, 환경, 범행후의 정황등 원심이 적법하게 조사한 양형의 조건이 되는 여러 가지 사정을 자세히 살펴

보면, 피고인이 주장하는 정상을 참작하더라도 원심이 피고인에 대하여 선고한 형의 양정은 적당하고, 너무 무거워서 부당하다고는 생각되지 않으므로, 결국 피고인과 변호인의 위 주장은 모두 이유 없다”고 판시하였다.

(3) 대법원 판결

1990년 12월 11일 대법원은 원심판결을 파기환송하였다. 대법원의 판단은 다음과 같다. “원심판결 이유에 의하면, 원심은 피고인이 사건 당일 18:30경 판시 버스정류장에서 이 사건 피해자를 발견하고 판시 기숙사방으로 유인하여 그 곳에서 불을 끄고 양손으로 겨안아 눕힌 다음, 주먹으로 얼굴을 한 차례 세게 때려 반항을 억압하고 강간하려다 미수에 그친 채 판시 상해를 입게 한 사실을 인정하고, 피고인이 그와 같은 소위를 강간치상죄에 해당하는 것으로 판시한 제1심판결을 유지하고 있다.

그러나, 원심이 유지한 제1심판결의 거시증거를 종합하여 보면, 이 사건 피해자는 사건 당일 근무처 기숙사로 가던 중 우연히 만나 별다른 강압이나 저항 없이 부근 다방에서 커피를 마시며 40여분 정도 이야기를 나누고, 다시 그 길 건너 생맥주집으로 자리를 옮겨 21:00경까지 그곳에서 머물다가 같이 나왔고, 피고인이 그 친구인 공소외 ○○○이 피해자에게 사과할 것이 있다 하여 같이 갈 것을 제의하자 그를 따라 그 바로 옆 판시 기숙사에 이르러, 전등이 고장나 텔레비전 불빛만으로 어두운 방안에 함께 들어갔고, 그 방 주인인 공소외인 또한 같이 앉아 피고인과 피해자의 남녀관계를 허위로 발설한 것에 대하여 사과를 하였으며, 공소외인이 그 방에서 나간 후 피고인이 갑자기 피해자를 방바닥에 눕히고 몸으로 짓누르며 내의를 벗기어 간음하려 할 때에도 몸부림을 치고 저항하는 것만으로 피고인으로부터 벗어날 수 있었고, 판시 범행장소 또한 다수의 사람이 기숙하는 곳으로서 피해자가 얼마간의 반항을 하여도 주위에서 곧 알아차릴 수 있는 상황이었는에도 그 방 밖에서 연탄불을 갈고 있던 공소외인도 피해자의 거부의 의사표시나 다투는 소리 이외에는 별다른 저항이나 고함을 알아차리지 못하였다는 것이고, 그 즉시 위 공소외인이

다시 방에 들어와 옆방 동료와 함께 술을 마시는데도 피해자는 피고인이나 그들의 별다른 감시나 방해없이 밤늦은 23:00경까지 약 2시간 가까이 그곳에서 머물다가, 기숙사방에서 술을 마신다는 이유로 그곳 사장으로 부터 꾸지람을 듣고 다 같이 그곳을 나왔으며, 그곳에서 나온 이후에도 피해자 자신의 기숙사나 집으로 돌아가지 아니한 채 뚜렷한 이유나 별다른 저항 없이 도보로 이, 삼십분 정도의 거리에 있는 피고인의 자취방으로 또다시 따라 갔고, 안집과 1미터의 마루를 사이에 두고 있는 그 자취방에서 같이 밤을 보내면서 피고인이 여러 차례 피해자를 간음하려 하였으나 그때마다 피해자의 거부로 그 뜻을 이루지 못하였다는 것이다.

피고인이 피해자를 간음하려 한 때의 상황이나 전후의 사정이 그와 같다면 피고인은 다만 피해자의 의사에 반하는 정도의 유형력을 행사하여 피해자를 간음하려 하였음에도 불과하고, 그 유형력의 행사가 피해자의 반항을 현저히 곤란케 할 정도에까지 이른 것은 아니라고 봄이 상당하다 할 것이다.

원심이 위와 같은 사정을 살피지 아니한 채, 피고인의 행위에 대한 피해의 식으로 과장되거나 다분히 주관적 평가나 감정에 치우칠 우려가 있는 피해자의 진술에 치중하여, 피고인이 피해자의 반항을 억압하여 강간하려 하였다고 인정한 제1심판결을 유지하였음은 채증법칙위배나 강간치상죄에 있어서의 폭행에 관한 법리오해의 위법이 있다할 것이므로, 이를 지적하는 논지는 이유 있다.“

II. 연구

1. 문제의 제기

형법 제297조 강간죄는 “폭행 또는 협박으로 부녀를 강간한 자는 징역 3년 이상의 유기징역에 처한다”고 정하고 있다. 형법에서 강간죄를 규정함으로써

보호하려는 법익은 누구나 성행위 여부 및 방식을 스스로 결정할 수 있어야 한다는 개인의 성적 자기결정권이다(헌재결 1990. 9. 10. 89헌마82). 성적 자기결정의 자유는 인간의 인격적 자유에 속하는 것이지만, 엄격히 말하면 인격적 자유보다는 넓은 개념이다. 그것은 성생활의 여부와 방식을 스스로 결정할 자유뿐만 아니라 인격적 성숙을 기초로 한 성생활의 가능성을 포함하는 개념이기 때문이다. 다시 말해 강간죄는 ‘상대방의 동의없이 성교(성기삽입)를 함으로써 상대방의 성적 자기결정권을 침해하는 죄’라고 정의할 수 있다. 이러한 바탕에서 볼 때, 강간죄의 성립여부는 상대방의 동의없이 폭행 또는 협박으로 강제적 성교를 하는 행위의 존재여부에 달려있으며 대상사건의 사실관계에서 이러한 행위가 존재했는지 여부를 정확하고 합리적으로 판단하는 것이 필요함을 알 수 있다.

그러나 현재 대법원은 강간죄를 판단함에 있어 사실관계를 정확하게 판단하지 못하고 있을 뿐 아니라, 같은 최협의설을 취하고 있는 강도죄와 비교해서도 강간사건에서 행사되는 유형력에 대해 합리적으로 판단하지 못하고 있다. 이는 대법원이 유지하고 있는 강간죄 폭행·협박의 최협의설 때문인데, 문제는 최협의설 자체가 아니라 강간죄에 있어 최협의설이 실제 폭행·협박의 정도를 규정하는 것이 아니라 피해자의 저항 정도를 규정하는 데에 인용되고 있다는 데에 있다. 이로 인해 강간죄의 보호법익인 개인의 성적 자기결정권이 강간에 의해서 뿐만 아니라 법원의 판결로 인해라도 다시 침해되는 결과가 발생한다.

여기에서는 대상판결의 분석을 통해 강간죄 폭행·협박에 대한 최협의설이 피해자에 대한 저항요건 이상의 역할을 하고 있지 못하다는 사실을 지적하고자 한다. 대상판결에서 제1심과 원심판결에서 인정이 되었던 강간치상이 대법원에서 인정되지 않은 이유는 최협의설의 적용 때문이므로 본 판결문은 대법원이 최협의설을 어떻게 구체적인 사건 판단에 적용하고 있는지를 보여주는 대표적인 사례가 될 수 있다.

우선 대상판결의 분석을 통해 강간죄의 폭행·협박에 대한 최협의설이 형법 제333조의 강도죄의 최협의설과 달리 저항요건을 요구하고 있다는 점과,

대법원이 피해자의 저항행위와 그 정도를 비논리적이고 비합리적인 근거를 통해 유추하고 있다는 점을 검토할 것이다. 그리고 저항요건의 요구가 강간죄의 축소해석 내지 잘못된 해석이며, 피해자의 성적 자기결정권을 침해하는 결과를 가져온다는 점을 볼 수 있다. 하지만 이에 앞서 폭행·협박에 있어 최협의설의 법리에 대해 다시 볼 필요가 있다.

2. 형법상 폭행협박의 최협의설

대법원은 강간죄에 있어 “가해자의 폭행, 협박은 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이어야 하고, 그 폭행, 협박이 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이었는지 여부는 그 폭행, 협박의 내용과 정도는 물론, 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 판단하여야 한다”(1979. 2. 13. 78 도 1792; 1991. 5. 28, 91도546; 1992. 4. 14. 92도259; 1972. 2. 13. 78도1792; 1988. 11. 8. 88도1628; 2001. 10. 30, 2001도4426; 2001. 2. 23, 2000도5395)고 해석하고 있다. 강간죄와 같이 폭행·협박의 최협의설을 취하고 있는 것이 형법 제333조의 강도죄이다.

일반적으로 형법에서는 ‘최협의의 폭행·협박’을 상대방의 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행·협박으로 한정시키고 있으나, 이때 상대방의 반항이 현실적으로 있었을 것을 요구하지는 않는다. 강제력은 상대방의 현실적 또는 가상적 반항을 불가능하게 하는 육체적인 강제력뿐만 아니라 심리적 강제효과를 가진 모든 수단을 의미하는 것이다(이재상, 『형법각론』, 2000 287-8). 여기서 중요한 것은 최협의설에서 요구하는 항거불능상태가 구체적인 사실관계에서 반항이 실제 존재하는 상태가 아니라 반항을 하지 못할 정도의 ‘폭행·협박’의 정도를 의미하고 있다는 점이다. 즉, 어떠한 폭행 내지 협박이 최협의설을 충족하려면 상대방의 반항이 억압되었는가 내지 억압될 정도였는가를 검토하면 된다.

그렇기 때문에 대법원 판례를 살펴보면, 폭력이나 협박을 수단으로 다른 사람으로부터 돈이나 물건을 강제로 빼앗는 강도죄의 경우, 일반적으로 유죄 성립을 위해 필요한 ‘유형력’은 말이나 몸짓으로 위협하는 정도의 실제적이거나 적극적인 것이면 된다. 즉 명백한 신체적 폭력이나 물리적 저항이 반드시 요구되는 것은 아니다. 그러나 이와 달리 강간죄의 경우, 단지 상대방의 현실적 또는 가상적 반항을 불가능하게 하는 육체적·심리적 강제력만을 요구하는 것이 아니라 피해자가 반드시 가해자에게 ‘저항행위’를 했어야 한다고 요구하고 있다. 이는 대법원이 폭행·협박의 최협의설 해석에 있어 비일관성을 가지고 있음을 보여준다. ‘실제 저항행위’를 요구하는 대법원의 태도는 대상판결을 통해서도 찾아볼 수 있다.

3. 대상판결에서의 피해자 저항 판단 검토

(1) “폭행·협박 요건”이 아닌 “저항 요건”의 요구

앞서 살펴보았듯이, 일반적으로 형법에서는 최협의의 폭행·협박에서 상대방의 반항이 현실적으로 있었을 것을 요구하지는 않는다. 왜냐하면 최협의설은 피고인이 행한 ‘폭행·협박의 정도’를 판단하는 기준이고 상대방의 상태나 행위를 판단하기 위한 기준이 아니기 때문이다. 법문에 명시되어 있는 ‘폭행·협박’이라는 구성요건은 그 범죄의 성립여부를 판단할 때 피고인의 행위 중 폭행·협박을 판단하라는 입법자의 의도를 보여준다. 그러나 강간죄의 경우 판례를 살펴보면, 유죄가 성립하기 위해서는 ‘폭행·협박’을 구성요건으로 하는 다른 범죄와 달리 유형력을 입증하기 위한 주요한 요건으로써 상대방의 현실적인 반항을 요구함으로써 피해자인 상대방의 행위를 위주로 판단한다. 게다가 단지 반항의 실제 존재 여부만을 검토하는 것이 아니라, 최협의설의 내용을 적용시켜 강간을 피할 정도의 피해자 저항을 요구한다.

대상 사건을 살펴보면, 제1심과 원심 법원은 피고인이 피해자를 강간하기 위해 사용했던 유형력의 정도를 판단하기 위해 “[방의] 불을 끄고 양손으로 꺼안아 누힌 다음, 주먹으로 얼굴을 한 차례 세게 때려 반항을 억압한” 피고인의 행위에 집중했다. 반항을 억압하거나 그러할 정도의 폭행에 대해 검토했다는 점에서 폭행 협박의 일반적인 최협의설에 충실한 사건의 해석으로 볼 수 있다.

이에 반해 대법원은 피고인의 행위가 아니라 피해자가 실제 저항을 했는지, 했으면 어느 정도 했는지를 검토하고 있다. 대법원은 “판시 범행장소 또한 다수의 사람이 기숙하는 곳으로서 피해자가 얼마간의 반항을 하여도 주위에서 곧 알아차릴 수 있는 상황이었는 데도 그 방 밖에서 연탄불을 갈고 있던 공소외인도 피해자의 거부의 의사표시나 다투는 소리 이외에는 별다른 저항이나 고함을 알아차리지 못하였다는 점”을 피해자가 제대로 저항하지 않았음을 보여주는 근거로 제시한다. 또한 사건이 일어나기 이전과 이후의 피해자 행동을 사건 판단의 근거로 삼는다. 최협의설에서의 현실적인 저항 요건의 요구로 인해 결국 피고인의 행위가 아니라 피해자의 행위로 범죄인의 행위를 규정해 놓은 범죄의 구성요건을 검토하는 비합리적인 결과가 발생한다. 저항요건의 요구는 강간죄를 축소 해석하는 것을 넘어서 잘못된 해석일 뿐이며, 법관에 의한 자의적인 해석이 가능해지게 해 중국에는 죄형법정주의의 기본적인 요청을 무시하는 결과를 가져온다.

게다가 최협의설에서의 저항요건의 요구는 논리상으로 모순적인 상황에 부딪히게 된다. 최협의설에서의 ‘상대방의 반항’을 추상적인 상태를 묘사하는 것이 아니라 현실상의 기준으로 볼 경우 최협의설에서의 저항은 강간을 피할 정도의 저항이 요구될 수밖에 없다. 그렇기 때문에 대상판결에서 대법원은, “피해자의 거부 의사표시나 다투는 소리”가 있었다는 점을 인정했음에도 불구하고, 그것보다도 강도가 높은 저항이 없다는 이유로 최협의설을 충족할 정도의 유형력이 없다고 판시했던 것이다. 그런 정도의 유형력은 강간을 피할 정도의 저항이어야 하는데, 실제 피해자가 열심히 저항해서 강간을 피하게 되면 ‘현실 상의 저항을 요구하는 최협의설’에 충실한 대법원은 강간을 피한 상황을

반항을 억압할 정도의 유형력이 없었다는 근거로 가져온다. 실제로 대상판결에서 대법원은 “피고인이 갑자기 피해자를 방바닥에 눕히고 몸으로 짓누르며 내의를 벗기어 간음하려 할 때에도 몸부림을 치고 저항하는 것만으로 피고인으로부터 벗어날 수 있었[으므로]” 마찬가지로 최협의설을 충족할 정도의 유형력이 없다고 판시하고 있다.⁶⁾

(2) 저항 행위 판단기준의 편협성

대상판결에서 대법원이 피고인이 행사한 유형력이 항거불능 내지 항거가 곤란할 정도에 이르지 않았다고 판단하는 ‘모든 사정’은 강간의 판단과 직접 관련되지 않은 부수적인 주변정황일 뿐 아니라 편협한 것이기도 하다.

① 이 사건 피해자는 사건 당일 근무처 기숙사로 가던 중 우연히 만나 별다른 강압이나 저항 없이 부근 다방에서 커피를 마시며 40여분 정도 이야기를 나누고, 다시 그길 건너 생맥주집으로 자리를 옮겨 21:00경까지 그곳에서 머물다가 같이 나왔고, 피고인이 그 친구인 공소외 박궤현이 피해자에게 사과할 것이 있다 하여 같이 갈 것을 제의하자 그를 따라 그 바로 옆 판시 기숙사에 이르러, 전등이 고장나 텔레비전 불빛만으로 어두운 방안에 함께 들어갔음 — 자발적인 동행

② 피고인이 갑자기 피해자를 방바닥에 눕히고 몸으로 짓누르며 내의를 벗기어 간음하려 할 때에도 몸부림을 치고 저항하는 것만으로 피고인으로부터 벗어날 수 있었고, 판시 범행장소 또한 다수의 사람이 기숙하는 곳으로서 피해자가 얼마간의 반항을 하여도 주위에서 곧 알아차릴 수 있는 상황이었는 데도 그 방 밖에서 연탄불을 갈고 있던 공소외인도 피해자의 거부의 의사표시나 다투는 소리 이외에는 별다른 저항이나 고함을 알아차리지 못하였다는 것

6) 이러한 논리상의 모순에 대한 자세한 내용은 『판례바꾸기 운동, 그 첫 번째, “최협의설” 비판(1)』에 있는 신윤진 논문 참조)

임 — 주변인의 반응

③ 위 공소외인이 다시 방에 들어와 옆방 동료와 함께 술을 마시는데도 피해자는 피고인이나 그들의 별다른 감시나 방해없이 밤늦은 23:00경까지 약 2시간 가까이 그곳에서 머물다가, 기숙사방에서 술을 마신다는 이유로 그곳 사장으로부터 꾸지람을 듣고 다같이 그곳을 나왔으며, 그곳에서 나온 이후에도 피해자 자신의 기숙사나 집으로 돌아가지 아니한 채 뚜렷한 이유나 별다른 저항 없이 도보로 이, 삼십분 정도의 거리에 있는 피고인의 자취방으로 또 다시 따라 갔고, 안집과 1미터의 마루를 사이에 두고 있는 그 자취방에서 같이 밤을 보내면서 피고인이 여러차례 피해자를 간음하려 하였으나 그때마다 피해자의 거부로 그 뜻을 이루지 못하였다는 것이다. — **사건 후 피해자의 반응**

대법원이 원심판결을 파기하는 근거로 제시하는 세 가지 판단기준은 피해자의 자발적인 동행, 주변인의 반응, 사건 후 피해자가 보인 반응이다.

사회적으로 강간이 “동의없는 강제적 성관계”라는 기본적인 정의를 갖고 있다는 점을 염두에 둘 때, 가장 중요하게 검토되어야 할 것은 그 강제적인 성관계를 하기 위해 피고인이 유형력, 즉 ‘폭행·협박’을 행사했는지, 그것이 어떤 폭행·협박이었는지일 것이다. 피해자가 자발적으로 피고인과 만나고 피고인을 따라 범행장소로 자발적으로 이동했다고 하더라도 이것이 성관계에 대한 동의를 함축하는 것은 아니다. 대상 사건에서 피해자가 함께 동행한 것은 피고인이 그 친구인 공소외 박충현이 피해자에게 사과할 것이 있다 하여 같이 갈 것을 제의했기 때문이었으므로, 그것은 분명 성관계에 대한 동의가 아니었다는 점을 충분히 알 수 있다. 반항을 주변인이 알아차리지 못했다는 점은 “피해자의 거부의 의사표시나 다투는 소리”를 저항으로 이해하지 못한 주변인의 무지함이 강간을 방치했다는 증거가 될 수 있을지언정, 피고인의 폭행·협박이 강간죄의 유형력에 이르지 못한다는 증거가 될 수 없다. 사건 후 피해자가 피고인의 자취방에 따라갔다는 점 역시 공소사실인 강간 자체와는

큰 관련성이 없다. 강간치상이 반의사불벌죄가 아닌 이유는 그 범죄가 침해하는 법익이 개인적인 차원의 것이 아니라 사회적인 차원을 가지고 있기 때문이다. 피해자가 강간사건을 경험한 이후 피고인에 대해서 복잡한 감정상태를 가지게 되어 일관성없는 행동을 했다는 사실이 강간치상이 가지고 있는 사회적 유해성을 무마시키지는 않는다. 이러한 피해자의 행동을 해석하기 위해서는 한국사회에서 성폭력을 경험한 피해자가 겪는 복합적인 감정에 대한 이해가 필요한 지점이고, 이는 법적인 차원이 아니라 사회적인 차원에서 해석되고 해결되어야 할 것이다.

그럼에도 불구하고 대법원이 이러한 비합리적인 판단기준을 최협의설의 판단기준으로 사용하여 원심판결을 파기했다는 것은 대법원이 가지고 있는 낡은 강간신화의 편협성을 보여준다. 최근 법관들을 대상으로 한 설문조사에 따르면, 40대 이상의 남성 판검사일수록 ‘성폭력을 방지할 수 있는 최선책은 여자가 스스로 조심하는 것’이라고 생각하는 경향이 높다. 피해자가 가해자와의 만남에 아무런 거리낌 없이 응하여 함께 술을 마시거나 담배를 피거나 노래방에 갔다면, 즉 피해자가 자발적으로 가해자와 접촉했다면 그것은 피해자가 가해자에게 성교에 응하겠다는 빌미를 제공한 것으로 여겨진다. 만약 피해자가 강간 이후 피고인을 만났다면, 그러한 피해자의 행동은 법관에게 “강간당한 피해자의 행동으로는 합리적으로 납득되지 않는 것”으로 간주되는 것이다.

4. 폭행협박의 최협의설을 보충하는 ‘현실적인 저항요건’의 요청의 한계

최협의설에 의해 해석되는 다른 범죄와 달리 강간죄가 성립하기 위해서는 현실적인 저항이 필요하다. 이를 ‘현실적인 저항 요건’으로 명명할 수 있을 것이다.

유독 강간죄에서 ‘강제력’ 요건에 피해자의 저항행위를 보충적으로 요구하는 이유는 무엇인가? 이에 대해 “부녀의 성적 자유를 보호하기 위해 폭행·협박

의 정도를 낮게 잡는다면 화간과 강간의 경계를 분명치 않게 되는 상황이 발생하여 피해자의 마음먹기에 따라서 화간이 강간으로 둔갑되는 일이 있어서는 안 된다” 주장이 있다. 즉, 피해자의 저항행위가 입증되지 않는다면 “강제적 성관계와 합의에 의한 성관계를 구분하기 힘들다”는 것이다.

결국 현실적인 저항요건을 전제로 한 최협의설로 인해 강간죄는 다른 범죄와 달리 피해 결과가 아니라 피해자의 행위를 범죄의 구성요건 판단의 주요한 기준으로 삼는다. 이로 인해 다음과 같은 불합리한 상황이 발생한다. 예를 들어, 아는 사이인 사람과 술 마시기 위해 방문했다가 강도당한 여성은 그녀가 물건을 빼앗기는 것에 대해 동의하지 않았다는 사실을 증명할 필요도 없고 도둑의 집을 방문했던 것에 대해 변명을 해야 할 필요도 없다. 피해자가 술을 마셨거나 사치스럽게 옷을 입었거나 자발적으로 도둑과 만났다는 이유로 강도죄가 성립하지 않지 않는다. 그러나 강간인 경우에는 그녀가 취했다는 것, 그녀의 옷 입는 방식, 그리고 그들이 서로 아는 사이였다는 사실이 범죄의 성립여부를 좌우한다.

이렇게 강간죄의 폭행·협박 최협의설에 깔려있는 현실적인 저항 요건’은 미국에서 비판을 받았던 강간죄 판단에서의 ‘저항요건’과 유사하다. 저항요건을 요구하는 법원은 사회적으로 비판을 많이 받았는데, 강간죄의 성립여부를 결정할 때 가해자의 행위가 아닌 피해자의 행위가 중요한 판단의 대상이 되는 결과를 가져왔기 때문이었다. 강간인지 아닌지를 검토할 때 중요한 기준이 “피해자가 저항을 했는지” 내지 “저항했다고 주장하는 피해자의 진술에 신빙성이 있는지” 여부가 되면서, 법원은 결국 피해자의 행위를 판단하기 위해 여러 정황상의 증거인 확증요건을 요구하게 되었다. 법원은 여성의 비동의 의사 표시를 넘어서 그녀가 내심 진정으로 동의하지 않았음을 보여주는 확증요건으로 신속한 고소, 피해자와 가해자 첫 만남의 자발성 여부뿐만 아니라 심지어 피해자의 품행이나 성력⁷⁾까지 검토했다. 피해자와 가해자의 이전 관계, 특

7) 피해자가 매춘여성일 경우 강간죄가 성립되기 어렵다. 그 예로 *Titus v. State*, 7 Bast. 132,133-134 (Tenn. 1874) (“전혀 더럽혀지지 않은 순수한 처녀의 경우보다 평범한 창녀의 경우에 성교에 동의하기 쉬우리라는 가정에 대해 별로 가능성이 없다고 주장하는 것은 우리의 진실에 대한 감각을 뒤흔들어 놓는 어리석은

히 이들의 과거 성관계 여부도 중요한 확증요건이었다. 결국 1974년 미시간 주를 시작으로 모든 주의 common law와 statutory law에서 명시적인 저항 요건들을 폐지하게 되었다.

현재 한국의 대법원은 다른 나라에서 이미 폐지된 낡은 기준인 ‘현실적인 저항 요건’에 기댄 강간죄 폭행·협박의 최협의설을 여전히 고수하고 있다. 그로 인해, 강간죄가 강간범이 타인의 성적 자기결정권을 침해하는 것을 막고자 범죄인의 행위로 구성되어 있음에도 불구하고, 최협의설로 인해 피해자의 행위로 범죄의 성립여부가 결정되는 모순적인 상황을 발생시킨다. 이는 성적 자기결정권을 보호하고자 하는 강간죄의 입법목적에 반하고, 법관의 자의적인 해석에 의해 입법자의 의도를 해치는 결과를 가져올 뿐이다. 폭행·협박에 의한 강제적 성관계라는 강간의 사회적인 개념이 법현실에 반영될 수 있도록, 강간죄의 보호법익에 충실할 수 있도록 저항요건을 전제로 한 최협의설은 반드시 폐기되어야 할 것이다.

것이다.”)를 참조할 것. 피해자가 자유로운 성관계를 가진 여성도 마찬가지이다. 이러한 예로 *Lee v. State*, 132 Tenn, 655, 658, 179 S.W. 145 (1915) (“어떤 공정한 마음의 소유자라도, 최근에 정당하지 않은 정사를 습관적으로 즐긴 여성이 순결한 여성만큼 그렇게 저항할 것 같지 않다는 결론을 반대할 수는 없을 것이다.”)을 참조할 것. id, at 105에서 재인용.

대 법 원

판 결

사 건 **** * **** 강간치상

피 고 인 ○○○ (*****_*****), ***

상 고 인 피고인

변 호 인 변호사 ○○○

원 심 판 결 ○○고등법원 1990. 8. 24. 선고** * **** 판결

판 결 선 고 1990. 12. 11.

주 문

원심판결은 파기하고 사건을 ○○고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 본다.

원심판결 이유에 의하면, 원심은 피고인이 사건 당일 18:30경 판시 버스정류장에서 이 사건 피해자를 발견하고 판시 기숙사방으로 유인하여 그 곳에서 불을 끄고 양손으로 겨안아 눕힌 다음, 주먹으로 얼굴을 한 차례 세게 때려 반항을 억압하고 강간하려다 미수에 그친 채 판시 상해를 입게 한 사실을 인정하고, 피고인이 그와 같은 소위를 강간치상죄에 해당하는 것으로 판시한 제1심판결을 유지하고 있다.

그러나 원심이 유지한 제1심판결의 거시증거를 종합하여 보면, 이 사건 피해

자는 사건 당일 근무처 기숙사로 가던 중 위 판시 일시, 장소에서 동료공
원인 피고인과 우연히 만나 별다른 강압이나 저항 없이 부근 다방에서 커피
를 마시며 40여분 정도 이야기를 나누고, 다시 그길 건너 생맥주집으로
자리를 옮겨 21:00경까지 그곳에서 머물다가 같이 나왔고, 피고인이 그 친
구인 공소외 ○○○이 피해자에게 사과할 것이 있다 하여 같이 갈 것을
제의하자 그를 따라 그 바로 옆 판시 기숙사에 이르러, 전등이 고장나 텔
레비전 불빛만으로 어두운 방안에 함께 들어갔고, 그 방 주인인 공소외인
또한 같이 앉아 피고인과 피해자의 남녀관계를 허위로 발설한 것에 대하
여 사과를 하였으며, 공소외인이 그 방에서 나간 후 피고인이 갑자기 피
해자를 방바닥에 눕히고 몸으로 짓누르며 내의를 벗기어 간음하려 할 때
에도 몸부림을 치고 저항하는 것만으로 피고인으로부터 벗어날 수 있었
고, 판시 범행장소 또한 다수의 사람이 기숙하는 곳으로서 피해자가 얼마
간의 반항을 하여도 주위에서 곧 알아차릴 수 있는 상황이었는에도 그 방
밖에서 연탄불을 갈고 있던 공소외인도 피해자의 거부의 의사표시나 다투
는 소리 이외에는 별다른 저항이나 고함을 알아차리지 못하였다는 것이
고, 그 즉시 위 공소외인이 다시 방에 들어와 옆방 동료와 함께 술을 마
시는데도 피해자는 피고인이나 그들의 별다른 감시나 방해 없이 밤늦은
23:00경까지 약 2시간 가까이 그곳에서 머물다가, 기숙사방에서 술을 마신
다는 이유로 그곳 사장으로 부터 꾸지람을 듣고 다같이 그곳을 나왔으며,
그곳에서 나온 이후에도 피해자 자신의 기숙사나 집으로 돌아가지 아니한
채 뚜렷한 이유나 별다른 저항 없이 도보로 이, 삼십분 정도의 거리에 있
는 피고인의 자취방으로 또다시 따라 갔고, 안집과 1미터의 마루를 사이
에 두고 있는 그 자취방에서 같이 밤을 보내면서 피고인이 여러차례 피해
자를 간음하려 하였으나 그때마다 피해자의 거부로 그 뜻을 이루지 못하였
다는 것이다.

피고인이 피해자를 간음하려 한 때의 상황이나 전후의 사정이 그와 같다면
피고인은 다만 피해자의 의사에 반하는 정도의 유형력을 행사하여 피해자
를 간음하려 하였음에도 불과하고, 그 유형력의 행사가 피해자의 반항을
현저히 곤란케 할 정도에까지 이른 것은 아니라고 봄이 상당하다 할 것이
다.

원심이 위와 같은 사정을 살피지 아니한 채, 피고인의 행위에 대한 피해의식
으로 과장되거나 다분히 주관적 평가나 감정에 치우칠 우려가 있는 피해
자의 진술에 치중하여, 피고인이 피해자의 반항을 억압하여 강간하려 하

였다고 인정한 제1심판결을 유지하였음은 채증법칙위배나 강간치상죄에 있어서의 폭행에 관한 법리오해의 위법이 있다할 것이므로, 이를 지적하는 논지는 이유있다.

그러므로 원심판결을 파기하고 사건을 원심법원에 환송하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판단한다.

재판장 대법관 배만운 _____

 대법관 김덕주 _____

 대법관 윤 관 _____

 대법관 안우만 _____

성폭력 피해생존자의 인권을 존중하는 대법원 판결을 기대한다!

성폭력은 피해생존자의 인권을 침해하는 사회적 범죄행위로, 특히 여성과 어린이의 자유롭고 안전한 삶을 위협하고 있다.

다행히 우리사회에서도 90년대 이후 문제의 심각성을 인식하고 성폭력특별법 등 관련 법과 제도들이 마련되고 있다. 그러나 아직도 성폭력범죄 피해생존자들은 피해자이면서도 오히려 “혹시 유발하지 않았나?”, 심지어 “즐기지 않았나?”하는 의심과 비난을 받고 있다. 성폭력 고소율 6.1%(1998, 한국형사정책연구원), 기소율 43%(2004, 법무부)라는 사실은 피해생존자들의 현실이 얼마나 열악한지 가늠할 수 있게 한다.

특히 우리나라 형법은 여자들이 '완강히 저항'하지 않는 한 합의에 의한 성관계로 파악한다. 따라서 폭행과 협박 상태에서 죽을 각오로 저항하지 않으면 강간으로 입증받기 어렵다. 그 이외에도 장애인이라 하더라도 항거불능 상태였음을 입증해내야 하는 문제나 부부사이에 가장 치욕스러운 경험이라고 호소하는 아내강간은 1970년 대법원 판례이후 강간 성립 자체를 부정당하고 있다. 또한 어린이 성폭력의 경우에는 단 하나의 증거일 수 있는 피해어린이의 진술이 일관성이 없다는 이유로 인정받지 못하고 있다. 이와 같이 법 자체를

매우 협소하게 이해하거나 피해자에게 불리한 방식으로 해석되는 방식은 이제 사법체계 내에서 관행으로까지 굳어져 다른 성폭력 사건의 불기소와 무죄판결에까지 큰 영향을 미치고 있다.

한국성폭력상담소는 지난 15년 동안 53,000여회 상담사례를 지원하면서 이와 같은 성폭력에 관한 법적 규정과 판단으로 인해 성폭력 피해생존자들이 제2의 고통을 받고 있음을 상담 현장에서 너무도 많이 보아왔다. 또한 2003년 본 상담소에서 실시한 <법조인의 성별의식 조사>연구에서 법조인들의 객관성이 사실상 남성중심적 사회문화에 토대를 두고 있으며 이에 따라 성폭력 피해생존자들의 경험과 의식을 반영하지 못하고 있음을 확인한 바 있다.

이제는 법원이 성폭력 사건의 재판 과정에서 “객관성”이라는 이름으로 얼마나 많은 피해여성들을 고통으로 몰아넣고 있는지를 성찰해야 한다. 그동안 우리의 법체계가 피의자(피고인)의 인권을 중심으로 고려하였다면, 이제 피해자의 인권을 돌아보아야만 한다. 무엇보다 남성 중심적인 우리사회의 잘못된 통념에 가려져 들리지 않았던 피해자의 목소리와 절규에 귀기울여야 한다.

우리는 그 변화의 일환으로 대법원 판례 바꾸기를 강력하게 요청한다. 대법원 판결의 경우, 하급심의 판결에 준거가 되고 검찰의 기소 여부에 큰 영향을 주고 있다는 점을 고려할 때, 대법원의 판례는 해당 사건에 대한 판결 그 이상의 의미를 갖고 있다고 할 수 있다. 그러하기에 성폭력 피해의 특수성을 전혀 고려하지 못하는 다음과 같은 대법원 판례는 성폭력에 대해 둔감했을 뿐 아니라, 결과적으로 성폭력을 묵인, 조장하는 결과를 낳았다고 생각한다.

- (1) 폭행과 협박을 매우 협소하게 판단하는 강간죄의 최협의설
- (2) 항거불능 상태임을 입증해야 하는 장애인 성폭력
- (3) 성폭력 성립 자체를 부정당하는 아내강간
- (4) 진술의 일관성이 부족하다는 이유로 인정받기 어려운 어린이성폭력

앞으로 우리는 성폭력 피해생존자와 반성폭력활동가, 그리고 법조인들이 함께 각 주제별 워킹그룹을 통한 평석자료집을 발간할 것이다. 그리고 이 자료는 존엄, 정의, 고귀, 위엄, 그리고 여성의 색깔로 상징되는 “자주색 봉투”에 담겨 향후 매월 정기적으로 대법원을 비롯한 전국의 각 법원과 검찰청의 법조인에게 배달될 것이다. 또한 더 많은 사례 수집과 주제 발굴로 내용을 내실화시키고 동시에 토론회, 언론 기고와 같은 다양한 방법들을 동원하여 대법원 판례 바꾸기 운동을 전개해 나갈 것이다.

우리는 이 운동이 법조인들에게 성편향적이었던 사법 관행을 돌아보고 성찰하는 계기를 줄 수 있기를 기대한다. 그리고 우리나라 형사사법체계가 피해생존자의 권익을 보장하는 출발점이 될 수 있기를 희망한다. 아울러 이 운동이 성폭력 없는 자유롭고 평등한 세상을 향한 커다란 울림이 되어, 오히려 피해자를 비난하는 잘못된 우리사회의 인식을 변화시키고 성폭력 근절을 위한 작은 실천들을 이끌어 갈 수 있으리라 믿는다.

2006. 7. 24

사단법인 한국성폭력상담소

성폭력 조장하는
대법원 판례 바꾸기

판례/바꾸기운동/ 그 두 번째
“ 최협의설 ” 비판(2)

- ☐ 발 행 일 2006년 8월 31일
- ☐ 발 행 인 이 미 경
- ☐ 발 행 처 사단법인 한국성폭력상담소
(121-884) 서울 마포구 합정동 366-24 2층
Tel.02-338-2890, Fax.02-338-7122,

<http://www.sisters.or.kr>

- ☐ 편집책임 김민혜정
- ☐ 인 쇄 카피플러스(322-1049)

성폭력 조장하는
대법원 판례 바꾸기

판/례/바/꾸/기/운/동/ 세 번째 자료집
“ **최협의설** ” 비판(3)

(사)한국성폭력상담소

성폭력 조장하는

대법원 판례 바꾸기 3차 자료집

목 차

존엄, 정의의 지긋지긋 메시지로 이미경(한국성폭력상담소 소장)	1
최협의설에 따른 판례 평석 - 2005도3071	4
조민영(변호사)	14
- 1심 판결문	19
- 항소심 판결문	22
- 상고심 판결문	22
판례속에 드러난 강간죄 범리의 문제점 레떼(본 상담소 법정지원팀)	25
최협의설 적용을 완화된 판결	38
- 1심 판결문	43
- 항소 이유서	53
- 항소심 판결문	63
- 상고심 판결문	63
성폭력을 조장하는 대법원 판례바꾸기 운동 취지문	65

■ 성폭력을 조장하는 대법원 판례바꾸기운동 세 번째 자료집을 내며

존엄, 정의의 자줏빛 메시지로

이미경(본 상담소 소장)

안녕하십니까? 높아가는 가을하늘에 청명함이 가득합니다.

저희 한국성폭력상담소는 “성폭력을 조장하는 대법원 판례바꾸기운동”의 일환으로 지난 7월부터 매월 성폭력 판례평석집을 발간하고 있습니다. 이 자료는 존엄, 정의, 고귀, 위엄, 그리고 여성의 색깔로 상징되는 “자줏빛” 봉투에 담아 대법관님을 비롯한 전국의 각 법원, 검찰청의 법조인들께 보내고 있습니다.

이 운동은 통념에 의해 성폭력의 보호법익을 고려하지 않고 진행된 대법원 판례가 성폭력문제 해결과 피해자의 권리회복에 둔감했을 뿐만 아니라, 결과적으로 성폭력을 조장하는 결과를 낳았다고 보고, 법조인들의 성편향적인 사법관행 성찰과 대법원 판례의 변화를 촉구하는 운동입니다.

그동안 몇몇 법조인들께서 이러한 취지에 동의한다는 입장을 밝히시며 지지와 지원을 해주셨습니다. 그리고 어떤 분은 따뜻한 마음을 담아 후원금을 보내주시기도 했습니다. 최근 CBS 노컷뉴스 보도에 의하면 (2006. 9. 20), 김영란 대법관은 “근본적으로 공감하며 판례가 바뀌어야 한다고 생각한다”고 밝혔고, 전수안 대법관도 “충분히 귀담아 듣고 잘

검토해 살펴보겠다”고 합니다.

이번호에서는, 더 많은 법조인들의 관심과 참여를 기대하며, 법조계의 변화를 체감하고 희망을 갖게 하는 판결들, 최협의설 적용을 완화한 판례들을 모아보았습니다.

앞으로 저희 상담소에서는 폭행과 협박을 매우 협소하게 판단하는 강간죄의 최협의설 뿐만아니라, 항거불능 상태임을 따로 입증하지 않으면 안되는 장애인 성폭력, 성폭력 성립 자체를 부정당하는 아내강간, 진술의 신빙성과 일관성이 부족하다는 이유로 인정받기 어려운 어린이 성폭력 등의 문제를 대법원 판례 평석을 통해 꾸준히 문제제기할 것입니다. 또한 더 많은 사례를 수집하고 내용을 내실화함과 동시에 토론회, 언론 기고와 같은 다양한 방법으로 대법원 판례 바꾸기 운동을 전개해 나가겠습니다.

이 운동이 법조인들에게 성편향적이었던 사법 관행을 돌아보고 성찰하는 계기가 될 수 있기를 기대합니다. 그리고 우리나라 형사사법체계가 피해생존자의 권익을 보장하는 중요한 보루가 될 수 있기를 희망합니다. 아울러 이 운동이 성폭력 없는 자유롭고 평등한 세상을 향한 커다란 울림이 되어, 오히려 피해자를 비난하는 잘못된 우리사회의 인식을 변화시키고 성폭력 근절을 위한 작은 실천들을 이끌어 갈 수 있으리라 믿습니다.

성폭력피해 생존자의 작은 목소리에서 시작된 이 “자쫓빛 메시지”가 법조인 뿐만 아니라 우리사회 전체에 성폭력 문제에 대한 더 많은 토론과 성찰, 새로운 방향의 모색과 나아감을 나눌 수 있게 되기를 소망합니다. 뜻을 함께하고 기꺼이 이 운동에 동참해주시는 모든 분들께 깊이 감사드립니다.

1차 자료집 (2006년 7월)

- 성폭력을 조장하는 대법원 판례바꾸기 운동 취지문
- 강간죄의 폭행.협박의 정도에 관한 판례의 입장에 대하여 / 조인섭(변호사)
- 최협의설 판례평석-92도259 / 이경환(본 상담소 법정지원팀)
- ‘의제화간’의 메커니즘 : 강간죄 해석에 있어서의 최협의 폭행.협박설 비판
/ 신윤진(본 상담소 법정지원팀)
- 디딤돌 판결 - 2004고합228 / 서울북부지방법원 제11형사부

2차 자료집 (2006년 8월)

- "성폭력 조장하는" 대법원판례 ? / 한인섭(서울대 법대 교수)
- 강간죄 폭행.협박의 최협의설에 대한 판례평석- 90도 2224
/ 장임다혜(본 상담소 법정지원팀)
- 성폭력을 조장하는 대법원 판례바꾸기 운동 취지문

최협의설에 따른 판례 평석 - 2005도3071

조민영(변호사)

1. 사건 개요 및 1,2심 판결 내용

가. 사건 개요

피해자는 이른바 노래방 도우미로서, 피고인 운영의 노래방에 와서 피고인 및 그 일행들의 유흥을 돕는 일을 하다가 피고인의 일행들이 먼저 귀가한 후 1시간 더 연장하자는 피고인의 요청에 따라 피고인과 단둘이 노래방에 있던 중, 피해자가 울면서 하지 말라고 하고 '사람 살려'라고 소리를 지르는 등 반항하였음에도, 피고인이 피해자를 소파에 밀어붙이고 양쪽 어깨를 눌러 일어나지 못하게 하는 등으로 피해자의 반항을 억압하고는 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입하는 방법으로 1회 간음하여 피해자를 강간하고, 이로 인하여 피해자에게 약7일간의 치료를 요하는 외음부찰과상, 외음부습진 등의 상해를 가하였다.

나. 1,2심 판결

1심과 2심은 모두 피고인에 대하여 무죄를 선고했는데, 판결이유에 따르면 ① 이 사건 공소사실에 부합하는 피해자의 진술은 피고인이 노래방의 방실 밖으로 나간 일이 있음에도 피해자가 그대로 머물러 있었던 점, ② 피고인이 피해자를 때리거나 위협적인 말로 협박하지는 않았던 것으로 보이는 점, ③ 피해자가 그녀의 옷이 벗겨진 경위에 관하여 다소 일관성 없게 진술하고 있는 점, ④ 피해자의 주장대로 피고인이 양손이나 몸으로 피해자의 어깨부위를 강하게 눌렀다면 피해자의 어깨부위 등에 멍이 드는 등 상당한 정도의 상해를 입었을만한데 그와 같은 상처가 없는 점, ⑤ 성행위 당시 피해자가 몸을 일으켜 그 장소를 탈출하려고 하거나 소리를 질러 구조를 요청하는 등 적극적으로 반항한 흔적을 찾아볼 수 없는 점, ⑥ 피해자가 피고인의 성기를 잡거나 피고인이 성기를 피해자의 입 안에 넣었을 때 피해자로서는 보다 적절하게 피고인에게 대항하여 그 자리를 모면할 수 있었을 것으로 보임에도 그와 같이 행동하지 않은 점, ⑦ 공소외 1, 공소외 2가 이 사건 노래방에 들어와서 성교가 중단되었을 당시 피해자가 공소외 1등에게 피고인으로부터 강간을 당하였다고 말하지 않았던 점 등에 비추어 그대로 믿기 어렵거나 그것만으로는 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행·협박을 받았다고 인정하기에 부족하고, 공소외 1, 공소외 2, 공소외 3의 진술은 성교 후의 정황에 관한 것이거나 피해자로부터 피고인에게 강간을 당하였다는 말을 전해 들었다는 것에 불과하며, 피해자가 입었다는 외음부찰과상, 외음부습진은 다른 원인에 의하여도 발생할 수 있는 것이어서 피고인과의 이 사건 성관계로 인하여 발생한 것이라고 단정할 수도 없다는 이유로, 이 사건 공소사실에 관하여 무죄를 선고하였다. (번호는 필자)

2. 대법원 판결

대법원은 원심판결을 파기하고 원심법원으로 환송하였는데, 그 판결이유는 다음과 같다.

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 구체적 인 상황을 기준으로 판단하여야 하며, 사후적으로 보아 피해자가 성교 이전에 범행 현장을 벗어날 수 있었다거나 피해자가 사력을 다하여 반항하지 않았다는 사실만으로 가해자의 폭행·협박이 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도에 이르지 않았다고 선불리 단정하여서는 안된다.

기록에 의하면, 피해자는 이른바 노래방 도우미로서, "피고인 운영의 노래방에 와서 피고인 및 그 일행들의 유흥을 돕우는 일을 하다가 피고인의 일행들이 먼저 귀가한 후 1시간 더 연장하자는 피고인의 요청에 따라 피고인과 단둘이 노래방에 있던 중, 피해자가 울면서 하지 말라고 하고 '사람 살려'라고 소리를 지르는 등 반항하였음에도, 피고인이 피해자를 소파에 밀어붙이고 양쪽 어깨를 눌러 일어나지 못하게 하는 등으로 피해자의 반항을 억압하고는 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입하였다."고 일관되게 진술하고 있는바, 위와 같은 피해자의 진술은 피고인이 강간범의를 확정적으로 드러내기 이전에 피해자가 노래방에서 벗어날 기회가 있었다거나 옷이 벗겨진 구체적인 경위를 기억하지 못한다는 것만으로 쉽사리 배척할 수 있는 내용이 아닐 뿐만 아니라, 공소외 1, 공소외 2, 공소외 3은 "이 사건 후 노래방에 갔더니 피해자가 울면서 옷을 입고 있었고, 그 후 피고인은 '술 한 잔 먹고 실수를 하였다, 미안하다'고 하면서 피해자에게 그녀가 요구하는 금액의 일부를 지급할 의사를 표시하기도 하였다."고 진술하여 피해자 진술의 신빙성을 뒷받침하고 있다.

그렇다면 이 사건 공소사실에 부합하는 피해자의 진술은 신빙성이 있고, 그에 의하여 인정되는 사실을 위의 범리에 비추어 살펴보면 피해자가 당시 피고인과

단들이 노래방 안에 있었던 점을 고려할 때 피고인의 폭행으로 인하여 피해자는 항거하기 현저히 곤란한 상태에 이르렀던 것으로 봄이 상당하다.

또한, 비록 피해자의 외음부찰과상, 외음부습진이 일반적으로는 강간행위 이외의 원인에 의하여서도 생길 수 있는 것이기는 하지만, 피해자의 진술에 의하면 이 사건 발생 후 너무 아파서 잠을 자지 못하여 이 사건 당일 바로 치료를 받은 결과 외음부찰과상 등으로 진단되었다는 것이고, 다른 원인에 의하여 발생한 것이라고 의심할 만한 자료도 없는 이상, 피해자의 외음부찰과상 등은 이 사건 범행으로 인하여 입은 것이라고 할 것이다.

그럼에도 이와 견해를 달리하여 이 사건 공소사실을 무죄로 본 원심의 판단은 채증법칙을 위반하였거나 강간치상죄의 성립에 관한 법리를 오해한 위법이 있고, 이를 지적하는 검사의 상고이유의 주장은 이유 있다.

3. 최협의설을 따른 기존 판례들 및 이 사건 1,2심 판결의 문제점

가. 기존의 강간죄 폭행, 협박정도에 대한 학설의 대립

학계의 통설 및 판례는 강간죄의 폭행은 ‘피해자의 항거를 불능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 유형력을 행사하는 것’이라고 보고 있으며, 위 대법원 판례도 그 점에서는 기존의 판례와 마찬가지로이다.

이에 대해 최근의 유력한 견해¹⁾는 강간죄의 폭행·협박의 정도는 ‘협의’의 정도로도 충분하다고 본다. 즉, 강간죄의 보호법익은 성적 자기결정권이고, 이는 피해자의 의사를 중심으로 판단하는 것을 전제로 하기 때문에 가해행위가

1) 박상기, 형법각론, 1997, 189면

피해자의 의사에 반하는 행위였는지가 강간죄 구성요건 판단의 핵심이며, 폭행·협박은 피해자의 저항을 극복하기 위한 수단일 뿐이므로 그 폭행·협박의 정도는 중요하지 않다는 것이다.

기존의 판례와 이 사건 1,2심 판결의 태도에 의하면 강간죄가 되기 위한 폭행이 인정될 수 있기 위해서는 ① 피해자가 반항한 사실이 존재하고 ② 구원 요청의 기회가 있었던 경우에는 피해자가 실제로 구원을 요청했어야 하며 ③ 피해여성은 강간을 당하는 도중 가해남성과 대화하거나 협조적인 자세로 임하지 않았어야 한다²⁾.

이러한 판례의 태도에 대하여는 다음과 같은 비판의견이 있다. ① ‘반항사실의 요구’는 여성으로 하여금 강간시도에 대하여 강하게 저항하였음을 입증하여야 할 책임을 부담시키게 되고, 피해자에게 자기 방어에 소홀한 점을 들어 책임을 전가시킬 가능성이 있다³⁾. ② 가족 내의 강간범행은 피해자의 반항을 억압할만한 현실적인 협박이나 폭행이 없음에도 불구하고 현존하며, 이런 가족강간을 처벌하기 위해서는 여성의 주관적인 심리상태를 고려하여 폭행개념의 충족을 인정하여야 한다는 점⁴⁾에서 ‘구원요청의 요구’는 부당하다. ③ 강간을 당하는 상황에서 침묵이나 대화를 금기시하게 되면, 결국 피해여성으로 하여금 끊임없이 소리치며 울부짖어야만 하게 만들며, 아울러 강간 후의 흡연이나 가해자를 따라가는 태도 등은 단지 강간 피해자의 성격 및 강간을 당한 후의 심리적 갈등을 표현하는 것일 수 있다는 점에서 ‘비대화·비협조의 요구’는 부당하다⁵⁾.

2) 이상돈, 강간치상죄의 성립요건, 고시계, 1999. 6., 62면

3) 박상기, 강간죄와 폭행·협박의 정도, 형사판례연구 [4], 1996., 190면

4) 박상기, 앞의 논문, 194면

5) 이상돈, 앞의 논문, 63면

나. 위 학설 대립에 대한 사건

강간죄의 폭행·협박의 개념을 최협의설로 볼 것이냐 협의설로 볼 것이냐의 논의와 최협의설에 대한 비판 논의는 실제 ‘최협의설’이라는 이름으로 불리고 있는 기존 판례의 태도가 숨기고 있는 법원의 피해자에 대한 편견이라는 장벽을 넘지 못하는 한 무의미해 보인다.

가해자의 폭행·협박의 정도에 대하여 최협의설을 따를 것이냐, 협의설을 따를 것이냐를 논의하기 보다는, 판례가 형법에 강간죄의 구성요건이 단지 ‘폭행 또는 협박으로’라고 규정되어 있음에도, 강간죄 성립을 위해 추가적으로 요구하는 ① 반항사실의 존재 ② 구원요청 사실의 존재 ③ 가해남성과의 대화 또는 협조적 태도의 부존재라는 세 가지 요소 속에 감추어 진 법원의 편견을 지적하는 것이 우선되어야 한다고 생각한다.

다. 이 사건 1,2심 판례에 대한 비판

(1) 이 평석 대상 판례의 사안에서도 피해자가 노래방 도우미였다는 사실이 1,2심 법원의 강간죄 성립여부 판단에 있어서 중요한 판단요소로 작용했으리라 생각한다. 노래방 도우미라면 이미 정조 개념이 다른 직업을 가진 여성들에 비해서는 현저히 낮을 것이라는 선입견, 노래방 도우미의 경우에는 성적 자기결정권을 어느 정도는 포기한 자일 것이라는 편견, 피해자는 금전적 대가를 더 받기 위해 가해자와 둘이 있는 시간을 허용했으므로 스스로 강간의 위험상황을 초래한 것이라는 피해자 책임론이 판결이유의 행간에 숨어있는 이 사건 1,2심 재판부의 기본적인 태도라고 생각된다.

(2) 1,2심은 ① 이 사건 공소사실에 부합하는 피해자의 진술은 피고인이 노래방의 방실 밖으로 나간 일이 있음에도 피해자가 그대로 머물러 있었던 점, ② 피고인이 피해자를 때리거나 위협적인 말로 협박하지는 않았던 것으로 보

이는 점, ③ 피해자가 그녀의 옷이 벗겨진 경위에 관하여 다소 일관성 없게 진술하고 있는 점, ④ 피해자의 주장대로 피고인이 양손이나 몸으로 피해자의 어깨부위를 강하게 눌렀다면 피해자의 어깨부위 등에 멍이 드는 등 상당한 정도의 상해를 입었을만한데 그와 같은 상처가 없는 점, ⑤ 성행위 당시 피해자가 몸을 일으켜 그 장소를 탈출하려고 하거나 소리를 질러 구조를 요청하는 등 적극적으로 반향한 흔적을 찾아볼 수 없는 점, ⑥ 피해자가 피고인의 성기를 잡거나 피고인이 성기를 피해자의 입 안에 넣었을 때 피해자로서는 보다 적절하게 피고인에게 대항하여 그 자리를 모면할 수 있었을 것으로 보임에도 그와 같이 행동하지 않은 점, ⑦ 공소외 1, 공소외 2가 이 사건 노래방에 들어와서 성교가 중단되었을 당시 피해자가 공소외 1등에게 피고인으로 부터 강간을 당하였다고 말하지 않았던 점을 무죄판결의 이유로 들고 있다.

이를 기존 판례들이 ‘폭행·협박’이라는 강간죄의 구성요건을 판단함에 있어 ㉠ 반향사실의 존재 ㉡ 구원요청 사실의 존재 ㉢ 가해남성과의 대화 또는 협조적 태도의 부존재라는 추가적인 요건을 요구했던 점과 비교해 보면, 위 판시 내용 중 ⑤⑥은 ㉠ 반향사실의 존재라는 요건을, ①⑦은 ㉡ 구원요청 사실의 존재라는 요건을 추가로 요구하고 있음을 잘 알 수 있는 바, 이 사건 1,2심 법원이 폭행·협박에 대한 기존의 판례의 태도를 그대로 답습하고 있음을 잘 알 수 있다.

(3) 결국 1,2심 재판부는 기존의 ‘최협의설’이라는 명목하에 ‘그것만으로는 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행·협박을 받았다고 인정하기에 부족’하다는 문구로 재판부의 ‘노래방 도우미’에 대한 편견을 감추고 피고인을 무죄로 판결하였다.

4. 대법원 판례에 대한 검토

가. 폭행·협박의 정도에 대하여

위 대법원 판례는 1,2심 재판부가 피해자에 대해 가지고 있었던 편견은 버린 것으로 평가된다.

위 대법원 판례는 기존의 판례들과 같이 강간죄의 폭행·협박의 정도를 ‘피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도’라고 보고 있으나, 그 판단 기준으로 다음과 같은 진일보된 판결이유를 제시하고 있다.

‘사후적으로 보아 피해자가 성교 이전에 범행 현장을 벗어날 수 있었다거나 피해자가 사력을 다하여 반항하지 않았다는 사정만으로는 가해자의 폭행·협박이 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도에 이르지 않았다고 선불리 단정하여서는 안된다.’

이와 같은 판결이유를 기존의 판례가 ‘폭행·협박’이라는 강간죄의 구성요건을 판단함에 있어 ㉠ 반항사실의 존재 ㉡ 구원요청 사실의 존재 ㉢ 가해남성과의 대화 또는 협조적 태도의 부존재라는 추가적인 요건을 요구했던 점과 비교해 보면, 기존의 대법원을 비롯한 하급심 판례들이 요구했던 ㉠㉡의 요건을 기존과 같이 절대적 요건으로 보지 않겠다는 표현으로 평가할 수 있을 것으로 생각된다.

나. 강간치상의 상해결과에 대한 판결에 대하여

대법원은 원심이 ‘외음부찰과상, 외음부습진이 일반적으로 강간행위 이외의 원인에 의하여도 발생할 수 있는 것이어서 피고인과의 이 사건 성관계로 인하여 발생한 것이라고 단정할 수 없다.’고 판시한 것에 대하여 ‘비록 피해자의 외음부찰과상, 외음부습진이 일반적으로는 강간행위 이외의 원인에 의하여서도 생

길 수 있는 것이기는 하지만, 피해자의 진술에 의하면 이 사건 발생 후 너무 아파서 잠을 자지 못하여 이 사건 당일 바로 치료를 받은 결과 외음부찰과상 등으로 진단되었다는 것이고, 다른 원인에 의하여 발생한 것이라고 의심할 만한 자료도 없는 이상, 피해자의 외음부찰과상 등은 이 사건 범행으로 인하여 입은 것이라고 할 것'이라고 판시하였다.

1,2심의 판결이 상해의 결과가 강간행위에 의해 생긴 것이라는 인과관계에 대한 검찰과 피해자 측의 보다 구체적인 입증을 요구한 것에 대하여, 대법원은 그 인과관계를 피해자의 일관된 진술과 정황을 통해 인정하고 이외 추가적인 입증을 요구하지 않았다는 점에서 강간치상의 강간행위와 상해결과의 인과관계 판단에 대하여 기존 판례의 태도에서 진일보 한 것으로 평가된다.

5. 결론

이 사건 대법원 판례는 기존 판례들과 통설이 제시하고 있던 최협의설의 전형적인 문구의 일부인 ‘피해자의 향거를 현저히 곤란하게 할 정도’라는 기준을 그대로 폭행·협박의 판단 기준으로 삼고 있으나, 실제 사안이 강간에 해당하는 것인지 판단함에 있어서는 기존의 판례가 요구하던 ‘폭행·협박’ 이외의 ㉠ 반항사실의 존재 ㉡ 구원요청 사실의 존재 등의 요건을 훨씬 완화하여 인정하였다는 점에서 보다 일층 진일보한 것으로 평가된다.

결국 기존의 판례가 ㉠ 반항사실의 존재 ㉡ 구원요청 사실의 존재 ㉢ 가해남성과의 대화 또는 협조적 태도의 부존재라는 추가적인 요건을 요구했던 것은 각각 폭행개념의 구성요소라기 보다는 강간의 폭행에 해당하는 사실을 추론하는 많은 요소들 중의 하나의 간접사실에 불과⁶⁾하다고 보아야 하

6) 이상돈, 앞의 논문, 63면

는 바, 그러한 간접사실들을 어떻게 판단하느냐는 결국 담당 재판부가 피해자와 가해자에 대해 얼마나 선입견을 가지고 있느냐, 얼마나 성폭력 범죄에 대해 처벌의지가 강한가에 좌우될 수밖에 없어 보인다.

그나마 다행인 것은 이 사건 판례를 비롯하여 대법원 2005. 7. 29. 선고 2004도5868 판결 등 최근의 대법원 판결들 중 원심의 무죄를 파기하고 피해자의 반항사실 등 위와 같은 기존 판례들이 요구하던 추가 요건(이는 폭행·협박을 판단하는 간접사실에 불과하나, 기존의 판례들은 또 다른 구성요건 요소인 양 강간죄의 성부를 판단하는 중요한 기준으로 삼아왔다.)을 훨씬 완화하여 판단하고 있다는 점이다.

결국 강간죄에 있어 ‘최협의설’에 대한 비판의 논의는 위와 같은 판례의 추가적인 요건들, 즉 폭행의 정도를 판단하는 간접사실들을 판단하는 이면에 숨겨져 있는 우리나라 사법부의 편견에 대한 비판이라 할 것이다.

○ ○ 지 방 법 원

제 2 형 사 부

판 결

사 건	**** ** *** 강간치상
피 고 인	○○○ (****_****), ****업
	주거 **시 **구 **동 *****
	본적 ** **군 **면 **리 **
검 사	○○○
변 호 인	변호사 ○○○
판 결 선 고	2005. 3. 18.

주 문

피고인은 무죄.

이 유

1. 공소사실의 요지

피고인에 대한 공소사실의 요지는, 피고인은 03. 2. 10. 06:00경 피고인이 경영하는 **시 **구 **동 ***-* 소재 ***노래방 ***실에서 영업도중 찾아온 친구 및 보도방에서 불러온 피해자 ○○○(여, **세)과 어울려 술을 마시던 중 친구가 돌아가자, 피해자를 강간하기로 마음먹고, 시간이 다 되었다면서 돌아가려는 피해자의 팔을 잡아끌어 막은 후 소파에 밀어 붙이고, 피해자가 “사람살려”라고 소리를 지르는 등 저항을 하자 양손으로 피해자를 잡아 눌히고 배위에 올라타서 양손으로 양어깨를 눌러 반항을 억압한 다음, 피해자의 바지와 팬티를 강제로 벗긴 후 1회 간음하여 피해자를 강간하고, 이로 인하여 피해자로 하여금 약 5일간의 치료를 요하는 외음부

찰과상 등을 입게 하였다는 것이다.

2. 피고인의 변소

피고인은 경찰이래 당심법정에 이르기까지 피해자와 성교를 맺은 사실은 인정하면서도, 이는 피해자와 합의하여 성관계를 맺은 것이고 공소사실 기재와 같이 피해자의 반항을 억압하여 피해자를 강간한 것은 아니라고 위 공소사실을 극력 다투고 있다.

3. 판단

가.

이 사건 공소사실에 부합하는 듯한 증거로는 피해자의 진술(○○○의 이 법정에서의 진술, 경찰 및 검찰에서의 각 진술)과 피해자의 진술을 뒷받침하는 ○○○, ○○○, ○○○의 진술(○○○의 이 법정에서 진술, ○○○, ○○○, ○○○의 경찰 및 검사찰에서의 각 진술), 수사보고(피해자 ○○○ 진료기록부, 확인서회보)가 있다.

나. 피해자의 진술

피해자는, ① 피고인과 만난 경위 및 이 사건 성교 직전의 피고인의 언동 등에 관하여, 자신은 ○○○이 운영하는 보도방 종업원으로서 2003. 2. 10. 03:00경 피고인이 불러서 속칭 ‘노래방 도우미’로 이 사건 노래방에 처음 가게 된 것인데, 약 2시간이 경과한 때에(같은 날 04:50경) 함께 놀던 피고인의 친구 등이 모두 돌아가자, 피고인이 1시간을 더 연장하자고 요구하여 피고인과 피해자 단둘만 위 노래방 ***실안에 남게 되었다. 그로부터 약 30분이 경과한 무렵부터 피고인이 피해자에게 여관에 가자, 같이 자고 싶다는 등의 말을 하고, 피해자의 가슴을 만지는 등 성관계를 요구하기에, 이를 거절하고 그만 돌아가겠다고 하였는데도, 피고인은 피해자의 팔을 잡아당기면서 위 ***실 밖으로 나가지 못하게 했다. ② 성교 당시의 피고인의 행동에 관하여, 위와 같이 피고인은 피해자에게 성관계할 것을 요구하면서 피해자와 약 15분 정도 실랑이를 하다가 화장실에 다녀온다고 밖으로 나갔는데, 노래방 안의 전등을 끄고 다시 위 ***실로 돌아오더니, 피해자를 소파에 밀어 붙이고 피해자의 배위에 올라와서 바지를 벗기려고 하였다. 이에 피해자가 울면서 하지 말라고 하고 “사람살려”라고 소리를

지르는 등 반항을 하자, 피고인은 가만히 있으라고 말하며 피해자의 양쪽 어깨를 눌러 일어나지 못하게 하고 피해자의 바지와 팬티를 한꺼번에 벗긴 다음 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입하려고 하였다. 피해자는 피고인의 가슴부위를 밀면서 계속 반항을 하였지만 피고인의 힘을 당하지 못해서, 결국 피고인은 피해자의 오른쪽 다리를 들어 피고인의 어깨에 걸친 상태로 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입하였는데, 06:15경 위 노래방으로 ○○○, ○○○가 들어와서 피고인은 성행위를 중단하였다고 진술하고 있다.

그러나 피해자의 위 진술은 이 사건 기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정 즉, ① 피고인이 피해자에게 계속 성관계를 요구하며 돌아가려는 피해자를 나가지 못하도록 잡아끄는 상황이었고, 당시 노래방의 각 방실 출입문에는 시정장치 자체가 없고, 외부로 통하는 출입문도 잠그지 않은 상태이었음에도, 피고인이 화장실에 다녀오겠다면서 방 밖으로 나간 사이에 피해자는 그대로 위 ***실에 머물러 있었고 보도방 사장인 ○○○에게 전화로 상황을 알리거나 위 ***실 밖으로 벗어나려고 시도를 하였다는 아무런 흔적을 찾아볼 수 없는 점, ② 피고인이 피해자와 성교하는 과정에서 어깨를 누르는 정도의 물리력을 행사한 바는 있으나 그 외에 피해자를 때리거나 위협적인 말로 협박하지는 않았던 것으로 보이는 점(피해자도 경찰 및 법정에서 피고인이 욕설을 1번 하는 외에 폭행은 없었고, 피고인이 어떤 욕설을 하였는지는 기억이 없다(수사기록 13쪽, 제3회 공판조서)고 진술하고 있다), ③ 피고인이 피해자의 옷을 벗긴 정황에 관하여, 피해자는 경찰 및 검찰에서는 ‘피고인이 피해자의 양 어깨를 눌러 일어나지 못하게 하고 바지와 팬티를 한꺼번에 벗겼다’는 취지로 진술하다가(수사기록 11쪽, 224쪽), 이 법정에서는 검사의 주신문에 대하여 ‘양손으로 소파로 밀어 붙인 것은 기억하는데 피고인이 옷을 어떻게 벗겼는지는 순식간에 일어난 일이라 기억이 안난다’고 진술하고, 이어서 변호인의 반대신문에 대하여는 ‘피고인이 위에서 몸으로 피해자를 누르고 있으면서 양손으로 피해자의 바지를 벗겼다’는 취지로 진술하여 그 진술에 일관성이 없고, 한편 피고인이 피해자의 바지를 벗길 당시 피해자가 바지를 끝까지 잡고 저항했다고 진술하고 있는데(제3회 공판조서 중 피해자의 증언), 피해자가 바지를 잡고 저항하는 상황에서 피고인이 몸으로 피해자를 누르고 있는 상태로 피해자의 바지를 한꺼번에 벗긴다는 것이 납득하기 어려운 점, ④ 당시 피고인과 피해자는 약 10분 이상 성관계를 가졌었는데(피해자도 10분 넘게 삽입당한 것은 맞다고 진술하고 있다(피해자에 대한 검찰 진술조서, 수사기록 227쪽)), 피해자의 주장대로 피고인이 계속해서 양손이나, 몸

으로 피해자의 어깨 부분을 강하게 누른 상태여서 피해자가 반항해도 소용이 없을 정도였다면, 피해자의 어깨부위 등에 멍이 드는 등 상당한 정도의 상해를 입었을 만한데, 피해자의 얼굴과 목 부위 피부가 붉게 되기는 했지만, 상처는 없었던 점(제3회 공판조서 중 피해자의 증언), ⑤ 피고인은 피해자의 오른쪽 다리를 피고인의 어깨에 걸친 상태에서 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입하였던 것인바, 이와 같은 자세로 피고인이 양손이나 몸으로 피해자의 몸을 완전히 움직이지 못하도록 누르고 있기는 어려운 상태로 보임에도(피해자도 이때 피고인이 손으로 피해자의 다리를 잡고 있었다고 진술하고 있다(제3회 공판조서 중 피해자의 증언)), 당시 피해자가 몸을 일으켜 그 장소에서 탈출하려고 하거나 소리를 질러 구조를 요청하는 등 적극적으로 반항한 흔적을 찾아볼 수 없는 점(○○○, ○○○가 노래방 출입문에 들어선 시점에도 피고인이 위와 같은 자세로 피해자와 성교를 하고 있던 도중이었는데, ○○○, ○○○의 경찰, 검찰에서의 각 진술에 의하더라도 ***실 쪽에서 우는 소리가 들렸다고 진술하고 있을 뿐, 피해자가 적극적으로 반항하는 과정에서 생길 수 있는 비명소리 등을 들었다고 진술하고 있지는 않다), ⑥ 피해자는 피고인에게 반항하는 과정에서 피고인의 성기를 잡았다가 놓은 적이 있고, 또 피고인이 강제로 피해자의 입에 성기를 집어 넣기에 그대로 뱉어 냈다고 진술하고 있는데(제3회 공판조서 중 피해자의 증언), 성기를 잡거나, 입속에 성기를 집어넣는 등의 행동은 강간을 당하고 있는 피해자나 강간범인의 행동으로 보기 어려울 뿐 아니라, 피해자가 피고인의 성기를 잡거나, 피고인이 성기를 피해자의 입안에 넣었을 때 피해자로서는 보다 적절하게 피고인에게 대항하여 그 자리를 모면할 수 있었을 것으로 보임에도 그와 같이 행동하지 않은 점, ⑦ ○○○, ○○○가 이 사건 노래방에 들어와서 성관계 행위가 중단되었는데, 피해자는 ○○○, ○○○에게 곧바로 구조를 요청하면서 피고인으로부터 강간을 당하였다고 말하지 않았던 점(제3회 공판조서 중 피해자의 증언) 등에 비추어 보면, 이를 그대로 믿기 어렵거나, 이로써 피고인이 피해자와 성교를 할 당시 피해자의 의사에 반하는 정도에서 더 나아가 피해자에게 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행 또는 협박을 가하였다고 인정하기에는 부족하다.

다. ○○○, ○○○, ○○○의 진술

경찰, 검사 작성의 ○○○, ○○○, ○○○에 대한 각 진술조서의 기재와 제9회 공판조서 중 ○○○ 진술은 모두 이 사건 성교 후의 상황에 관한 것이거나, 피해자로부터 피고인에게 강간을 당하였다는 말을 전해 들었다

는 것에 불과한바, 위에서 본 바와 같은 이유로 이를 믿을 수 없거나, 위 증거들만으로 이 사건 공소사실을 유죄로 인정하기에 부족하다.

라. 수사보고(피해자 ○○○ 진료기록부, 확인서회보)

피해자에 대한 진료기록부, 확인서회보는 ○○○의 상해의 부위 및 정도에 관한 것인바, 의사 ○○○의 이 법정에서의 증언에 의하면, 이 사건 당일 피해자에게서 관찰된 외음부찰과상은 눈에 띄는 정도의 찰과상은 아니었고 약간 빨갛게 충혈되어 있는 정도였는데, 이 정도의 상처는 통상적인 성행위시 흥분이 덜 된 상태에서 삽입이 되는 경우 발생할 수 있고, 또 성행위뿐만 아니라 본인의 심한 운동 또는 자위행위에 의해서도 발생할 수 있는 사실, 당시 피해자의 주증세인 외음부따끔거림, 외음부가려움증은 외음부찰과상 보다는 외음부습진으로 인한 것일 가능성이 높은 사실을 인정할 수 있고, 또 피해자가 입은 외음부습진 또한 성관계시 발생할 수도 있지만 이는 위생상의 문제로 인하여 흔히 발생할 수 있는 질병인 점 등을 종합하여 보면, 피해자가 입은 외음부찰과상, 외음부습진이 피고인과의 이 사건 성관계에 의하여 발생한 것이라고 단정할 수도 없으므로, 위 증거들만으로 이 사건 공소사실을 인정하기에 부족하다.

마. 그 밖에 이 사건 공소사실을 인정할 증거가 없다.

4. 결론

그렇다면 이 사건 공소사실은 범죄의 증명이 없는 때에 해당하므로, 형사소송법 제325조 후단에 의하여 피고인에게 무죄를 선고한다.

재판장	판사	최복규	_____
	판사	이태웅	_____
	판사	조은아	_____

○ ○ 고 등 법 원

판 결

사	건	**** * * 강간치상		
피	고	인	○○○	
항	소	인	검사	
검	사	○○○		
변	호	인	변호사 ○○○, ○○○(국선)	
원	심	판	결	○○지방법원 2005.3.18. 선고 **** ** *** 판결
판	결	선	고	2005. 4. 28.

주 문

검사의 항소를 기각한다.

이 유

1. 항소이유의 요지(사실오인)

이 사건 공소사실은 신빙성 있는 피해자와 참고인들의 진술 등 그 증거가 충분함에도 불구하고, 원심은 위 증거들을 배척하고, 오히려 일관되지 못한 피고인의 변명을 받아들여 피고인에 대하여 무죄를 선고하였는바, 이는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

2. 항소이유에 대한 판단

가. 공소사실의 요지

피고인은 2003. 2. 10. 06:00경 피고인이 운영하는 **시 **구 **동 ***-* 소

재 ***노래방 ***실에서 영업도중 찾아온 친구 및 보도방에서 불러온 피해자 ○○○(여, **세)과 어울려 술을 마시던 중 친구가 돌아가자 피해자를 강간하기로 마음먹고, 시간이 다 되었다면서 돌아가려는 피해자의 팔을 잡아끌어 막은 후 소파에 밀어 붙이고, 피해자가 “사람 살려”라고 소리를 지르는 등 저항하자 양손으로 피해자를 잡아 누르고 배 위에 올라타서 양손으로 양어깨를 눌러 반항을 억압한 다음, 피해자의 바지와 팬티를 벗긴 후 1회 간음하여 피해자를 강간하고, 이로 인하여 피해자로 하여금 약 5일간의 치료를 요하는 외음부찰과상 등을 입게 하였다.

나. 원심에서의 피고인의 변소 및 판단

피고인은 피해자와 성교한 사실은 인정하면서도, 이는 피해자와 합의하였던 것이고 공소사실 기재와 같이 피해자의 반항을 억압하여 피해자를 강간한 것은 아니라고 주장하였다.

이에 대하여 원심법원은, 위 공소사실에 부합하는 유력한 증거인 ① 피해자의 원심법정에서의 진술과 수사기관에서의 각 진술은 위 성교 전후의 여러 가지 정황, 피고인이 피해자에게 가한 폭행과 협박의 정도 및 횟수, 피해자의 옷이 벗겨진 경위, 성교 지속시간과 비교할 때 피해자의 어깨부위 등에 발생가능한 상해의 정도, 성교 당시 피고인과 피해자의 자세(체위), 피해자의 위기 모면 가능성, 성교 중단 후 피해자의 태도 등에 비추어 그 진술을 그대로 믿기 어렵거나 이로써 피고인이 피해자와 성교할 당시 피해자의 의사에 반하는 정도에서 더 나아가 피해자에게 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행 또는 협박을 가하였다고 인정하기에는 부족하고, ② ○○○, ○○○, ○○○의 각 진술은 모두 위 성교 후의 정황에 관한 것이거나 피해자로부터 전해들은 것에 불과하여 믿을 수 없거나 이들만으로 위 공소사실을 인정하기에 부족하며, ③ 수사보고(피해자에 대한 진료기록부와 확인서회보) 상의 각 증상들을 위 성행위에 의하여 발생한 것으로 단정할 수 없으므로 이들만으로 위 공소사실을 인정하기에 부족하다는 점을 들어 위 공소사실은 결국 그 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다며 무죄를 선고하였다.

다. 이 법원의 판단

강간죄가 성립하려면 가해자의 폭행, 협박은 피해자의 항거를 불가능하게

하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이어야 하고, 그 폭행, 협박이 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이었는지 여부는 그 폭행, 협박의 내용과 정도는 물론, 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 판단하여야 하는바(대법원 2001. 2. 23. 선고 2000도5395 판결 참조), 위 공소사실에 부합하는 듯한 피해자의 원심법정에서의 증언과 수사기관에서의 각 진술은 원심법원이 적절하게 실시한 여러 사정에 비추어 믿기 어렵고, ○○○, ○○○, ○○○의 수사기관에서의 각 진술, ○○○의 원심법정에서의 증언은 피해자로부터 들었다는 것에 불과하여 믿을 수 없거나 그것들만으로는 피고인이 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행, 협박을 했다는 사실을 인정하기에 부족하며, 위 수사보고만으로는 위 공소사실을 인정하기에 부족하고, 달리 위 공소사실을 인정할 만한 증거가 없다.

따라서, 위 공소사실에 대하여 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다고 하여 무죄를 선고한 원심의 판단은 정당하므로, 검사의 주장은 이유 없다.

3. 결론

그렇다면, 피고인에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 방극성 _____

 판사 박길성 _____

 판사 김종춘 _____

대 법 원

판 결

사 건	**** ** *** 강간치상
피 고 인	○○○
상 고 인	검사
변 호 인	변호사 ○○○
원 심 판 결	○○고등법원 2005. 4. 28. 선고 **** * * 판결
판 결 선 고	2005. 7. 28.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 ○○고등법원으로 환송한다.

이 유

1. 원심의 판단

원심은, 이 사건 공소사실에 부합하는 피해자의 진술은 피고인이 노래방의 방실 밖으로 나간 일이 있음에도 피해자가 그대로 머물러 있었던 점, 피고인이 피해자를 때리거나 위협적인 말로 협박하지는 않았던 것으로 보이는 점, 피해자가 그녀의 옷이 벗겨진 경위에 관하여 다소 일관성 없게 진술하고 있는 점, 피해자의 주장대로 피고인이 양손이나 몸으로 피해자의 어깨부위를 강하게 눌렀다면 피해자의 어깨부위 등에 멍이 드는 등 상당한 정도의 상해를 입었을만한데 그와 같은 상처가 없는 점, 성행위 당시 피해자가 몸을 일으켜 그 장소를 탈출하려고 하거나 소리를 질러 구조를 요청하는 등 적극적으로 반향한 흔적을 찾아볼 수 없는 점, 피해자가 피고인의 성기를 잡거나 피고인이 성기를 피해자의 입 안에 넣었을 때 피해자로서는 보다 적절하게 피고인에게 대항하여 그 자리를 모면할 수 있

었을 것으로 보임에도 그와 같이 행동하지 않은 점, 공소외 1, 공소외 2가 이 사건 노래방에 들어와서 성교가 중단되었을 당시 피해자가 공소외 1등에게 피고인으로부터 강간을 당하였다고 말하지 않았던 점 등에 비추어 그대로 믿기 어렵거나 그것만으로는 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행·협박을 받았다고 인정하기에 부족하고, 공소외 1, 공소외 2, 공소외 3의 진술은 성교 후의 정황에 관한 것이거나 피해자로부터 피고인에게 강간을 당하였다는 말을 전해 들었다는 것에 불과하며, 피해자가 입었다는 외음부찰과상, 외음부습진은 다른 원인에 의하여도 발생할 수 있는 것이어서 피고인과의 이 사건 성관계로 인하여 발생한 것이라고 단정할 수도 없다는 이유로, 이 사건 공소사실에 관하여 무죄를 선고한 제1심판결을 유지하였다.

2. 이 법원의 판단

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 안된다.

기록에 의하면, 피해자는 이른바 노래방 도우미로서, "피고인 운영의 노래방에 와서 피고인 및 그 일행들의 유흥을 돕우는 일을 하다가 피고인의 일행들이 먼저 귀가한 후 1시간 더 연장하자는 피고인의 요청에 따라 피고인과 단둘이 노래방에 있던 중, 피해자가 울면서 하지 말라고 하고 '사람 살려'라고 소리를 지르는 등 반항하였음에도, 피고인이 피해자를 소파에 밀어붙이고 양쪽 어깨를 눌러 일어나지 못하게 하는 등으로 피해자의 반항을 억압하고는 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입하였다."고 일관되게 진술하고 있는바, 위와 같은 피해자의 진술은 피고인이 강간범의를 확정적으로 드러내기 이전에 피해자가 노래방에서 벗어날 기회가 있었다거나 옷이 벗겨진 구체적인 경위를 기억하지 못한다는 것만으로 쉽사리 배척할 수 있는 내용이 아닐 뿐만 아니라, 공소외 1, 공소외 2, 공소외 3은 "이 사건 후 노래방에 갔더니 피해자가 울면서 옷을 입고 있었고, 그

후 피고인은 '술 한 잔 먹고 실수를 하였다, 미안하다'고 하면서 피해자에게 그녀가 요구하는 금원의 일부를 지급할 의사를 표시하기도 하였다."고 진술하여 피해자 진술의 신빙성을 뒷받침하고 있다.

그렇다면 이 사건 공소사실에 부합하는 피해자의 진술은 신빙성이 있고, 그에 의하여 인정되는 사실을 위의 법리에 비추어 살펴보면 피해자가 당시 피고인과 단둘이 노래방 안에 있었던 점을 고려할 때 피고인의 폭행으로 인하여 피해자는 항거하기 현저히 곤란한 상태에 이르렀던 것으로 봄이 상당하다.

또한, 비록 피해자의 외음부찰과상, 외음부습진이 일반적으로는 강간행위 이외의 원인에 의하여서도 생길 수 있는 것이기는 하지만, 피해자의 진술에 의하면 이 사건 발생 후 너무 아파서 잠을 자지 못하여 이 사건 당일 바로 치료를 받은 결과 외음부찰과상 등으로 진단되었다는 것이고, 다른 원인에 의하여 발생한 것이라고 의심할 만한 자료도 없는 이상, 피해자의 외음부찰과상 등은 이 사건 범행으로 인하여 입은 것이라고 할 것이다.

그럼에도 이와 견해를 달리하여 이 사건 공소사실을 무죄로 본 원심의 판단은 채증법칙을 위반하였거나 강간치상죄의 성립에 관한 법리를 오해한 위법이 있고, 이를 지적하는 검사의 상고이유의 주장은 이유 있다.

3. 결 론

그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 더욱 심리한 후 판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 관여 대법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

재판장	대법관	강신욱	_____
주심	대법관	김영란	_____
	대법관	고현철	_____
	대법관	윤재식	_____

판례 속에 드러난 강간죄 법리의 문제점

- 최협의설과 신빙성 배척의 이중주에 관하여

레떼 (본 상담소 법정지원팀)

판결문의 사회적 책임

29세의 나이로 하버드 대학의 정교수로 취임해 세간의 주목을 한 몸에 받았던 미국의 저명한 경제학자 그레고리 맨큐(N. Gregory Mankiw)는 자신의 경제학 저서 서문에서 이렇게 갈파한 바 있습니다.

“경제학 교과서를 집필한다는 것은 커다란 영광임과 동시에 막중한 책임이다.”

커다란 영광이 되는 이유는 쉽게 짐작할 수 있을 법한데, 그것이 막중한 책임이 되는 이유는 알듯 말듯 하기도 합니다. 그러나 그 경제학 교과서를 통하여 경제 사상과 관점을 얻은 사람들이 결국 미구의 시기에 자신이 배운 대로 당대의 경제 정책을 입안하고 그 실행을 주도하는 사람들이 될 수 있음을 생각해 본다면, 그리고 각 개인들의 경제적 판단이 그 교과서에서 얻은 경제 관점에 의거하여 이루어 질 수 있다는 점을 생각해 본다면, 결국 한 나라 국민들의 삶에 직접적이고도 결정적인 영향을 미칠 수 있다는 점에서, 교과서의 저자로서 자신에게 부여되는 책임을 명확히 인식한 맨큐의 저 언설에 충분히

공감할 수 있을 것입니다. 그 만큼 사상과 관점의 힘은 실로 대단한 것입니다. “우리를 지배하는 것 가운데 가장 중요한 것은 바로 사상”이라고 했던 위대한 경제학자 케인즈(John Maynard Keynes)의 지적 역시 이와 같은 맥락일 것입니다.

그런 점에서 한 나라의 사법을 책임지고 정의의 실현을 담당하는 사법부 역시 맨큐가 언급한 그 책임감을 공유해야 할 것입니다. 사법부가 내리는 판결은, 한편으로는 당대(當代)가 자신들의 사회적 행동에 대한 윤리적 규범적 평가를 내리는 데 있어서 중요한 평가 기준이 되는 동시에, 다른 한편으로는 후대(後代)가 현재의 우리 시대에 대한 역사적·문화적 평가를 내리는 데 있어서 중요한 평가 기준이 되는 까닭입니다. (마치 중세의 신�판(神判)제도가 중세에 대한 문화적 평가에 있어서 주요한 자료가 되는 것처럼 말입니다.) 특히, 동서고금을 막론하고 사법부의 판결은 그 사회의 구성원들에게 규범적(規範的)으로나 지적(知的)으로나 우월한 이성으로 받아들여지기 때문에, 많은 이들이 판결에 관심을 보이고 더불어 행동 기준으로서 이를 참고하고자 합니다. 이에 맨큐를 빌려 감히 이렇게 말씀드리고 싶습니다.

“판결문을 쓴다는 것은 커다란 영광임과 동시에 막중한 책임이다.”

이른바 ‘최협의설’이 부리는 미술과 같은 현상

이렇듯 하나의 판결이 행사하는 힘은 그 판결의 직접적인 기관력이 미치는 양 당사자에 한정되지 않고, 전 사회에 미치게 됩니다. 때문에 만약 오류가 있거나 합리성이 결여된 판결이 존재한다면, 이는 가능한 한 시급히 수정되어야 할 것입니다. 그런 의미에서 이 지면을 통하여 형법상 강간죄에 관한 판례가 가지는 문제점과 그 변화의 필요성에 대하여 언급하고자 합니다.

현행 강간죄에 관한 판례들은 많은 비판에 봉착해 있습니다. 그 중 가장 핵심적인 비판 지점은 바로 폭행 협박에 관한 최협의설의 한계, 그리고 피해자 진술에 대한 신빙성 배척의 남용에 대한 것인 만큼 이하에서는 이 부분을 중심으로 서술하도록 하겠습니다.

소개할 판결은 대법원 2004. 6. 25. 선고 2004도2611 판결(이하 2004도2611 판결)입니다. 이 사안에 있어서 공소사실의 요지는 다음과 같습니다.

사실관계 (1) : “피고인 A는 2004. 1. 6.경 인터넷 채팅사이트인 '버디 버디'를 통하여 피해자 B(여, 14세)를 알게 된 것을 기화로, 2004. 1. 18. 03:00경 서울 ○○구 ○○동소재 비디오방에서 위 피해자와 함께 영화를 보다가 순간적으로 욕정을 일으켜 '야, 우리 하자.'고 말하면서 그 곳 소파에 누워 있던 피해자 B의 몸 위에 올라 타 움직이지 못하게 하고 양손으로 바지와 팬티를 벗기는 등 피해자 B의 반항을 억압한 후 1회 강간하였다.”

이에 대하여 대법원 판결의 요지는 다음과 같습니다.

“사법경찰리 작성의 피해자 B에 대한 진술조서를 보면, 피해자 B는 ‘피고인 A와는 2004. 1. 6. 인터넷 채팅방인 '버디버디'에서 종교에 관한 이야기를 하면서 알게 되어 1. 14.까지 채팅을 통하여 고민상담을 하면서 친하게 되었는데 피고인 A가 1. 15. 채팅만 하지 말고 만나서 이야기하자고 하기에 겁이 나서 거절했는데 1. 16. 생일에 어머니와 할머니로부터 잔소리와 꾸중을 듣고 울적한 기분에 피고인과 채팅을 하다가 만나기로 하여 1. 17. 집 근처에 있는 PC방에서 만나게 되었다. 피고인이 1. 18. 00:00가 조금 넘어 면목동에 있는 비디오방으로 데리고 들어가 홍콩영화를 틀어주기에 영화를 보면서 누워 졸고 있는데 피고인이 갑자기 '우리 뭐 하자.'고 하면서 바지를 강제로 벗기려고 하여 너무 놀라 일어서서 나가려고 하니까 피고인이 끌어다가 눕히더니 강제로 바지를 벗기고 그 짓을 했다. 강

간할 당시 피고인이 위험한 물건이나 흉기로 협박한 사실은 없었고, 힘으로 누르고 인상을 쓰면서 미친 사람처럼 강간했다.'고 진술하고 있다.

다음으로, 사법경찰리 작성의 피고인 A에 대한 피의자신문조서를 보면, 피고인 A는 '비디오방에서 처음 강간할 당시에는 피해자 B가 피고인 A를 믿고 따라왔는데 피고인 A가 짐승처럼 그런 행동을 하니 엄청 놀라 강하게 반항하였으나 피고인 A가 힘으로 꼼짝 못하게 하고 비디오방의 긴 소파에 눕힌 후 피해자 B의 바지를 강제로 벗기고 강간하였다. 강간할 당시 위험한 물건이나 흉기로 위협하거나 폭행하지는 않았고, 단지 피고인 A가 너무 흥분하여 위협하듯이 인상만 썼다.'고 진술하고 있다

검사 작성의 피고인 A에 대한 피의자신문조서를 보면, 피고인 A는 '피해자 B를 만나 PC방에서 게임을 하다가 집으로 돌려 보내려고 하였으나 집에 들어가지 않는다고 하여 비디오방으로 가게 되었는데, 비디오방에서 갑자기 욕정이 생겨 피해자 B의 가슴을 만지자 피해자 B가 '하지 마라.'고 하면서 손을 뿌리쳤으나, 피고인 A가 '야, 우리 하자.'고 말하였더니 피해자 B가 아무 말도 하지 않고 소파에 기대어 누워 있어 피고인 A가 피해자 B의 위로 올라간 뒤 강제로 바지를 벗기려고 하자 피해자 B가 너무 놀라 피고인 A를 밀치며 비디오를 계속 보라고 하였으나 욕정을 참지 못하고 피해자 B를 꼼짝 못하게 한 뒤 강제로 피해자 B의 바지를 벗기고 강간을 하였다.'고 진술하고 있다.

이와 같이 피해자 B와 피고인 A의 진술에 의하여 인정되는 피고인이 피해자를 간음하게 된 경위, 피고인과 피해자의 관계, 간음 당시의 정황 및 그 이후 피고인과 피해자의 행적 등 모든 사정을 종합하여 보면, 피고인은 피해자의 의사에 반하는 정도의 유형력을 행사하여 피해자를 간음한 것으로 볼 여지는 있으나, 더 나아가 그 유형력의 행사로 인하여 피해자가 반항을 못하거나 반항을 현저하게 곤란하게 할 정도에까지 이르렀다는 점에 대하여는 합리적인 의심이 없을 정도로 증명이 되었다고 보기는 어렵다 할 것이므로, (...) 원심판결에는 심리를 제대로 다하지 아니하였거나 채증법칙에 위반하여 사실을 오인하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다 할 것이다."

이 사안은 우리 판례가 취하는 ‘최협의설’의 대표적인 적용례라고 할 수 있을 것입니다. 분명 대법원은 **“피고인은 피해자의 의사에 반하는 정도의 유형력을 행사하여 피해자를 간음한 것으로 볼 여지는 있으나”**라고 평가하고 있지만, 그 폭력의 정도가 “피해자가 반항을 못하거나 반항을 현저하게 곤란하게 할 정도”에까지 이르렀다고 할 수 없어 원심을 파기 환송한 사안입니다. 나름대로 형법에 관심이 있는 사람이라면, 위 판례와 대비하여 아래의 판례(1994. 8.23. 선고 대법원 94도630 판결, 이하 94도630 판결)를 비교해 볼 수 있을 것입니다.

사실관계 (2) : “피고인 C가 199*. *. *.에 피해자 D의 집 방안에서 갑자기 피해자 D의 상의를 걷어올려서 유방을 만지고, 하의를 끄집어 내리는 등 하여 강제추행 하였다.”

대법원은 이 사안에서 강제추행행위에 있어서는 “폭행행위 자체가 추행행위라고 인정되는 경우도 포함되는 것이라 할 것이고 이 경우에 있어서의 폭행은 반드시 상대방의 의사를 억압할 정도의 것임을 요하지 않고, 다만 상대방의 의사에 반하는 유형력의 행사가 있는 이상 그 힘의 대소강약을 불문한다고 보아야 할 것”이라고 판시하면서 피고인 C에게 강제추행죄가 성립한다고 보았습니다.

2004도2611 판결과 94도630 판결을 비교하는 이유는 다음과 같습니다. 만약 94도630 판결의 사실관계 (2)에서 피고인 C가 “피해자 D의 상의를 걷어 올려서 유방을 만지고, 하의를 끄집어 내리는” 데에 그치지 말고, 성교행위까지 마쳤다면, 그는 강간죄가 성립하지 않아 무죄가 되지 않았겠는가라는 의구심을 떨쳐 버릴 수가 없는 까닭입니다. 즉, 반대로 말하자면, 2004도2611 판결의 사실관계 (1)에서 피고인 A가 성교행위를 하지 않았다면, 그는 강제추행죄로 처벌받지 않았을까라는 점입니다. 좀 가혹하게 말하자면, 사실관계 (1)의 피고인

A는 사실관계 (2)에서 피고인 B가 행했던 강제추행행위를 이미 섭렵(!)한 상태에서 그치지 않은 채 성교행위까지 나아갔기 때문에 무죄로 판명(!)날 수 있었다고 보여집니다.

한 가지 가정을 해 봅시다. 만약 사실관계 (2)에서 피고인 C가 피해자 D에 대한 강제추행에 그치지 않고 성교까지 마친 상태라고 말입니다. 그리고 이에 대하여 만약 피해자 D가 피고인 C를 강간으로 고소까지 한 경우에 피고인 C와 피해자 D의 운명은 어떻게 될는지 한 번 짐작해 봅시다. 우리 사회에서 강간의 반대는 화간입니다. 우리네 상식으로는 강간도 아니고 화간도 아닌, 제3의 영역을 상상하기란 쉽지가 않습니다. 그런 점에서 법원이 아무리 피고인 C에 대하여 유형력의 행사를 인정한다 하더라도, 이른바 ‘최협의설’에 의하여 무죄가 선고된 이상, 피해자 D는 ‘강제추행’에다가 ‘강제적 성교’까지 당한 상태에서, 사회로부터는 ‘화간’을 해 놓고도 합의금이나 타 볼까 하고 피고인을 고소하는 이른바 ‘꽃뱀’으로 손가락질 받게 되는 일이 발생할 수 있습니다. 이 경우 피고인 C는 강제추행의 전과를 지닌 추악한 남성이 될 위기에서 벗어나 꽃뱀에 당할 뻔했던 억울한(!) 누명을 벗고 법원으로부터 무죄라는 구원을 받게 됩니다. 즉, 피고인 C는 추악한 가해자의 신분에서 억울한 ‘피해자의 신분’으로 둔갑하게 되고, 따라서 이 경우 사회적 비난은 대부분 피해자 D를 향해 쏟아지곤 합니다.

강제추행에 그치지 않고 성교행위까지 마침으로서 나쁜 짓을 더 많이 한 사람이 오히려 무죄가 되고, 이를 고소한 피해자는 역으로 가해자로 전락하여 사회적으로 매장되는 일이 발생하는 것은 마치 신기한 마술의 한 장면처럼 쉽게 납득하기 힘든 현실입니다.

재산권보다도 못한 성적자기결정권?

다른 한편으로, 강간죄의 폭행 협박을 최협의의 그것으로 해석하는 판례의 태도는 공갈죄의 폭력 협박의 정도와 비교해 보았을 때 다시 한 번 납득하기 힘든 결과를 자아냅니다. 통설은 강간죄의 보호법익이 성적 자기결정권이라는 점에 큰 이의를 달고 있지 않습니다. 헌법 재판소 판례에 의하면, 인간의 존엄성과 행복추구권에 관하여 규정하고 있는 우리 헌법 제10조는 모든 기본권의 종국적 목적(기본이념)이라고 할 수 있고, 이러한 개인의 인격권·행복추구권은 개인의 자기운명결정권을 그 전제로 하고 있으며, 이 자기운명결정권에는 성적 자기결정권이 포함되어 있다고 봅니다. 그렇다면, 성적 자기결정권은 인간의 존엄과 행복추구에 기여하는 중요한 기본권임을 의심할 수 없습니다.

그런데 ① 재산권의 보호에 있어서는 최협의의 폭행 협박이 존재하면 강도죄로 규율하고, 그렇지 않을 때에는 그 폭행 협박이 하자있는 의사결정을 유발하는 수준에서 존재할 경우 공갈죄로 규율하는 데 반하여, ② 성적 자기결정권의 보호에 있어서는 최협의의 폭행 협박이 존재하면 강간죄가 성립하게 되지만, 그렇지 않을 때에는 그 폭행 협박이 하자있는 의사결정을 유발하는 수준에서 존재한다고 하더라도 아무런 문제가 없는 것으로 평가됩니다.

다시 말해, 공갈죄는 재물의 교부라는 자신의 의사결정행위가 있었음에도 불구하고, 부당한 폭력으로 인하여 의사결정과정에서 하자가 존재하였기 때문에 이를 ‘피해’로 규정하고 공권력으로 그 ‘가해자’를 처벌합니다. 이에 반하여 유사한 정도의 폭력으로 인하여 의사결정과정에서 하자가 존재함으로써 성교행위에 이르게 될 경우에는 이는 일응 스스로의 의사에 의한 성교행위로 평가받아 ‘피해’로 규정되지 못하고, 결국 공권력의 보호로부터 소외받게 됩니다.

기본권을 규정하는 우리 헌법은 각 기본권간에 서열을 두지 않고 있습니다.

모든 기본권은 동등하게 존중받아야 한다는 것입니다. 다만, 기본권들 사이에 충돌이 발생할 경우라면 양 기본권들 사이의 이익을 비교하여 그때그때마다 상황에 맞추어 구체적으로 타당한 결론들을 도출해 나갑니다. 그렇다면, 재산권과 성적자기결정권이 ‘폭행과 협박’이라는 유사한 침해의 위협 속에 놓여있을 경우에 그에 대한 보호는 누구나 합리적으로 수긍할 수 있는 수준으로 양자 모두에게 이루어져야 하는 것이 아닐까요? 공같이 성립하는 수준의 폭행 협박으로 재산권을 침해 하면 범죄가 성립하지만 성적자기결정권을 침해하는 것은 형사적으로 아무런 문제가 되지 않는다는 것은 과연 합리적이라고 할 수 있을까요? 미국과 독일 같은 나라에서는 그와 같은 정도의 폭행 협박만으로도 피해자의 성적자기결정권을 침해되면 형벌권 발동의 대상이 되는데, 왜 유독 우리나라에서는 이에 대한 처벌의 공백이 이토록 오랫동안, 이토록 당연히 지속되는 것일까요?

피해자의 생명권을 위협하는 ‘최협의설’

우리 대법원의 기본적 입장인 최협의설에 따르면, 강간의 피해자가 꽃샘이 아닌 진정한 피해자로 인정받기 위해서는, 단순히 거부의 의사표시나 다투는 소리 이외에 심한 저항을 하여야 합니다. 그러나 이 또한 몹시 부당한 논리라 아니할 수 없습니다. 무릇 인간은 거대한 공포 속에 놓이게 될 때, 고립된 약자인 만큼 자신에게 닥칠 최악의 상황을 대비하지 않을 수 없습니다. 신체나 생명에 대한 심각한 침해의 위협을 마주한 상황에서는, 비록 사력을 다한 저항을 통하여 위기를 벗어나려는 사람도 있겠지만, 그러한 저항이 불려올 더 큰 폭력에 대한 불안감에 그저 속수무책으로 당하는 사람도 있을 수 있습니다. 특히 최근, 우리는 뉴스 등을 통하여 강간의 피해자가 이후 사체(死體)로 발견되는 많은 사례를 확인할 수 있는바, 이 역시 피해자들의 정신적 공포를 배가시켜 목숨 부지를 위한 본능적인 무저항의 반응을 낳을 수 있음을 고려

해야 할 것입니다.

더군다나 일반적으로, 우리 사회의 어른들은 아이들에게 아무리 흉악한 범죄를 당할 위기에 처하더라도, 당황하지 말고 항시 침착하게 행동하며, 범인을 불필요하게 자극하지 말 것을 강조합니다. 숙된 말로 돈이야 잃으면 그만이지만, 목숨은 잃으면 그것으로 끝이기 때문입니다. 하지만, 이른바 ‘최협의설’은 유독 강간범을 앞에 둔 여성에게만 저항을 하도록 요구합니다.⁷⁾ 이는 육체적인 약자로서, 더욱 보호받아야 할 존재인 그들로 하여금 위험천만하게도 범인을 ‘자극할’ 것을 요구하는 모순입니다. 이러한 논리적 괴리는 ‘최협의설’이 사회적 맥락에서도 일관성이 없다는 점을 입증하는 것입니다.

결국 최협의설은 강간죄의 입증을 위하여 저항의 필요성을 강요함으로써, 피해자들을 목숨을 건 ‘도박’(위기를 벗어나거나 더 큰 위기에 봉착하거나)의 현장으로 내 몰 위험이 있고, 이는 헌법상 기본권으로 보장되는 생명권에 대한 부당한 위협으로 간주될 수 있습니다.

피해자 진술에 대한 신빙성 배척의 문제

다른 한편으로, 현행 강간죄의 법리가 비판을 받고 있는 부분은 바로 피해자 진술에 대한 신빙성의 배척이 일방적으로 이루어지고 있다는 지점입니다. 소개할 판례는 1990. 9.28. 선고 대법원 90도1562 판결입니다. 이 판결에서 대

7) “피해자의 거부의 의사표시나 다투는 소리 이외에는 별다른 저항이나 고함을 알 아차리지 못하였다는 것”을 이유로 “피고인은 다만 피해자의 의사에 반하는 정도의 유형력을 행사하여 피해자를 간음하려 하였음에도 불과하고, 그 유형력의 행사가 피해자의 반항을 현저히 곤란케 할 정도에까지 이른 것은 아니라고 봄이 상당하다 할 것이다.”고 판시한 대표적인 판결로는 대법원 1990. 12. 11. 선고 90도2224 판결 등이 있습니다. 즉, ‘최협의설’은 강간의 피해자로 인정받기 위해서 “단순한 거부의 의사표시나 다투는 소리”정도로는 부족하고, 별도의 “저항이나 고함”에까지 이를 것을 요구하는 것입니다.

법원은 강간을 당했다고 주장하는 피해자의 진술에 대한 신빙성을 배척하였는데, 그 논증이 적절하지 못하다는 많은 비판이 제기되었습니다.

“피해자는 이 사건 제1 공소사실인 1989.7.13.01:00경 가오여관 202호실에서의 강간에 대하여, 당시 공소장 기재와 같이 피고인의 피해자의 손목을 비트는 등 강제로 여관에 끌고 들어가서 강간을 하였다고 진술하고 당시 여관주인이 방을 안 내하였지만 창피해서 구조를 요청하지 아니하였다는 것인 바, 대학4학년인 피해자가 강간의 위험을 느끼면서도 손쉬운 구조요청의 기회를 이용하지 아니하였다는 것은 우리의 경험칙상 쉽게 납득이 가지 아니하는 것이다. (...) 이 사건 제3 공소사실인 8.2. 23:00경 피고인의 하숙방에서의 강간에 대하여서도 그렇다. 그 날 피해자의 집에서부터 피고인의 하숙집까지 강제로 끌려가 강간을 당하였다는 것이나 화상을 입고 담배 불로 온몸을 지지는데도 하숙집 주인에게 구조를 요청하지 아니하였다는 것은 쉽게 납득이 가지 않는 일이다. 피해자의 진술에 의하더라도 피해자의 어머니는 7.23. 이전에 피고인과 피해자가 동침한 사실을 미리 알고 있었다는 것인데 세상에 알려지는 것이 무서워서 위와 같은 피해사실을 신고하지 아니하였다고 하는 것도 여러 정황에 비추어 가볍게 수긍되지 아니한다. 뿐만 아니라 피고인의 하숙집 주인은 제1심 법정에서 피해자가 그 간 네 차례 정도 증인의 집에 와서 피고인과 함께 지냈는데 어떤 때는 이틀간 묵고 간 적이 있고, 두 번 정도 식사도 함께 하였으나 이 사건 고소 전날이외에는 다투는 것을 보지 못하였다고 진술하고, ○○대학 친구인 증인 이윤재도 제1심 법정에서 피고인과 피해자는 서로 사랑하는 사이로 느꼈다고 진술하여 피고인으로부터 강간당하였다고 하는 피해자의 진술에 대한 신빙성을 흐리게 하고 있다.”

판례는 피해자 진술 중 공소사실에 부합하는 부분에 대하여 조목조목 따져 그 신빙성을 배척하고 있지만, 판례가 언급하는 소위 “우리의 경험칙상 쉽게 납득이 가지 아니하는 것이다.”는 판시 역시 또 다른 이들에게는 “쉽게 납득이 가지” 않을 수 있습니다.

판례는 대학교 4학년 쯤 된 여자라면 강간의 위험 속에서 구조요청을 해야 함을 당연히 하고, 만약 구조요청이 없었다면 강간의 위험에 있는 것으로 보

기 어렵다고 하지만, 그러한 기준이 사회적인 현실을 충분히 반영한 것인지 의문입니다. 판례는 강간 피해 사실을 신고하는 것이 그리 힘들지 않은 일인 듯 실시하였지만, 우리나라의 성폭력 범죄 신고율이 대략 10%에도 못 미치는 점을 감안해 보면 이 또한 과연 옳은 판단인지 의구심이 듭니다. 나아가 판례는 피고인과 피해자가 사랑하는 사이라는 증언에 기대어 강간 피해자의 진술에 대한 신빙성을 배척하고 있는데, 사랑하는 사이에서는 강간이란 있을 수 없다고 생각하는 것인지 쉬이 납득되지 않습니다. 피해자 진술에 대한 신빙성이 이처럼 탄탄하지 못한 논리구조 속에서 배척되는 현상은 우리 대법원 판례의 약점으로 비판되고 있습니다. 특히, 단지 구조요청을 하지 않았다는 이유만으로 피해자 진술의 신빙성이 쉽사리 배척되는 모습은 복잡다단한 인간 군상에 대한 깊은 성찰이 부족한 대목이라 아니 할 수 없습니다.

‘칼리프 오마르’의 현대적 형식을 경계하며

BC 3세기경 프톨레마이오스 왕조에 의해 건설된 알렉산드리아 도서관의 70만권의 책들은 AD 7세기경 이집트를 점령한 칼리프 오마르 1세에 의해 분서명령에 처해졌습니다. “이 책들은 코란과 부합하거나 부합하지 않을 것이다. 만약 부합한다면 그것은 달리 존재할 필요가 없는 책이다. 또한 만약 부합하지 않는다면 그것은 틀린 내용으로 해로운 책이다. 따라서 즉시 불태워라.” 오마르 1세가 보여준 무모함(!)으로 인해 인류사 1000년의 주옥같은 지혜들이 연기로 사라져 버렸습니다.

이 이야기를 그저 과거 무지했던 권력자의 횡포가 낳은 에피소드로 보고 넘어갈 수도 있습니다. 사실, 칼리프 오마르처럼 이렇게 강압적으로 특정한 생각을 강변할 경우 요즘 같은 세상에서 통용될 수 있을 리가 만무합니다. 그러나 역사의 경험을 돌이켜 보면, 이러한 칼리프 오마르의 태도는 언제든지

반복될 수 있으며, 특히 사회와 개인에 대한 반성과 성찰의 힘이 약해지면 다시금 나타날 수 있는 과오임을 알 수 있습니다.

그런 의미에서, 강간의 위험 속에서는 설령 목숨을 잃을 위험을 감수하고서라도 저항을 하여야 하고, 인격적 수모를 무릅쓰고도 구조의 가능성이 있다면 무조건 구조의 요청을 해야 하며, 더구나 구조 당하지 못했을 때 자신에게 돌아올 가해자의 분노어린 보복은 온전히 자신이 감당해야만 한다는 위기감에도 불구하고 여전히 구조요청을 하도록 요구하는 위의 당위 명제들은, 목숨 부지를 위해 본능적인 무저항으로 반응하는 여성들, 자신의 저항이 가져올 더 큰 폭력의 존재에 위축되어 속수무책으로 일관할 수밖에 없는 여성들을 포함하여 ‘가부장적 통념’에 의거할 때 ‘이질적으로’ 비치는 존재들을 사회적인 보호로부터 배제하는 것으로서, 이는 마치 자신의 기준에 부합하지 않는 일체를 배척하려는 칼리프 오마르의 현대적 형식일 수 있습니다.

통념의 위험성에 관하여

최협의설은 지금까지 별 문제 없이 유지되어 왔던 법적 관행이라는 생각, 강간의 위기에 직면하여 사력을 다한 저항을 하지 않는 여성은 그 성교를 일응 수용한 것이라는 생각, 여성의 표면적 'no'는 진정한 'no'가 아닐 수 있다는 생각. 이런 생각들이 강간죄를 둘러싼 우리 사회의 통념이자 신념입니다.

그러나 사회적으로 유통되는 통념과 신념이 항상 옳은 것은 아닙니다. 시대와 사회가 바뀌면 따라서 바뀌어야 할 운명에 있습니다. 역사상 전례가 없을 정도로 급격하게 산업이 성장하여 이른바 '혁명'이라고 일컬어졌던 산업혁명 시기에, 경제성장률은 '무려' 1% 이상이었습니다. 그 전 시대에는 경제성장이라는 말이 없거나 있어도 0.1%도 되지 않는 수치에 그쳤던 것이 '무려' 1%를 상회

하자 역사가들은 이를 '혁명'이라 칭하길 주저하지 않았습니다. 하지만 경기침체기라 규정되는 올 2006년 한 해 우리나라의 경제 성장률은 '겨우' 3~4% 가량(KDI 예상수치)으로, 중국의 약 10%에 비하면 비할 바조차 못 됩니다. 산업혁명 시대의 1%는 혁명이 되는데 반하여 현재의 3%는 경기침체가 되는 결정적인 원인은 시대가 변화된 결과로 경제성장에 대한 통념과 신념 또한 더불어 변화된 까닭입니다.

우리 역사상 한 때 여성의 정조가 여성의 목숨보다 중시되던 때가 있었습니다. 은장도를 가슴에 품었던 그 시절은 비록 목숨을 잃을지언정 정조는 지켜야 한다는 당위가 성립될 수 있었습니다. 그러나 시대는 변화하였습니다. 현재 우리 사회에서 여성으로 하여금 정조를 지키기 위하여 목숨까지 걸도록 강요하는 것은 이른바 시대착오적 발상이 되어 버렸습니다. 그렇기 때문에 대법원이 여전히 강간죄에 있어 이른바 '최협의설'을 의심의 여지없이 고수하는 태도는 몹시 부당한 일입니다. "모든 신념은 거짓말보다 더 큰 진리의 위험한 적이다"라고 피력하며 의심되지 않는 통념의 위험성을 통렬하게 비판한 19세기 독일의 철학자 니체(Friedrich Nietzsche)의 지적은 현재에도 깊이 음미할 가치가 있습니다.

따라서 기본권을 보장하고, 사회 정의를 실현하는 사법부의 이상(理想)에 한 발 더 다가가기 위해서, 이른바 '최협의설'이 내포하는 문제점에 대하여 다각적으로 검토하고, 통념상 가정되는 강간 피해자에 대한 평면적인 형상을 탈피하여 인간성에 대한 깊이 있는 성찰을 수행함으로서, 현행 강간죄 법리의 문제점을 극복하기 위한 변화의 발걸음을 내딛기 시작해야 할 것입니다.

■ 최협의실 적용을 완화한 판결 - 1심 판결문

○ ○ 지 방 법 원

제 4 형 사 부

판 결

사 건 **** ** ** 가. 강간
 나. 사기
 다. 상해
 라. 폭력행위등처벌에관한법률위반
 (야간·공동폭행)

피 고 인 ○○○ (*****-*****), ***
 주거 **시 *구 **동 ***-*** **빌라 ***호
 본적 ** **군 **면 **리 **

검 사 ○○○
변 호 인 변호사 ○○○
판 결 선 고 2004. 12. 22.

주 문

피고인을 징역 1년에 처한다.
이 판결선고 전 구금일수 56일을 위 형에 산입한다.
다만, 이 판결확정일로부터 2년간 위 형의 집행을 유예한다.
이 사건 공소사실 중 강간의 점은 무죄.

이 유

범 죄 사 실

피고인은,

1. 2002. 2. 초순 23:00경 ** *구 **동 소재 ‘*****’ 주점에서, 연인관계인 피해자 ○○○(여, ○○세)과 함께 술을 마시던 중 피해자에게 술을 그만 마시자고 하였으나 피해자가 말을 듣지 않는다는 이유로 손바닥으로 피해자의 얼굴을 수회 때리고 양손으로 머리채를 잡고 흔들며 동녀에게 폭행을 가하고,
2. 2002. 3. 14. 10:00경 ** *구 **동 소재 **빌라 ***호 피해자의 집에서, 피해자에게 출입문을 열어줄 것을 요구하였으나 피해자가 문을 열어주지 않자 위 빌라 벽에 설치되어 있는 가스배관을 타고 열린 창문을 통하여 안으로 들어간 다음 잠을 자고 있는 피해자를 깨워 주먹과 발로 피해자의 얼굴과 온몸을 수회 때리고 차 동녀에게 약 3주간의 치료를 요하는 우측고막천공 등의 상해를 가하고,
3. 2003. 10. 1.경 위 피해자의 집에서, 사실은 피해자로부터 신용카드를 빌려 사용하더라도 자신 소유의 승용차를 판매하는 등의 방법으로 그 대금을 변제할 의사나 능력이 없음에도 불구하고 피해자에게 “지금 내 차가 사채업자에게 담보로 잡혀 있는데 나에게 네 신용카드를 사용해서 차를 되찾을 수 있게 해 주면 곧 그 차를 판매하여 카드대금을 변제하겠다.”라는 취지로 거짓말하여 이에 속은 피해자로부터 동녀 명의의 **은행 신용카드 1매를 건네받은 후 같은 날 ** *구 **동 소재 ‘** 자동차매매상사’에서 위 신용카드를 이용하여 자동차를 구입하는 것처럼 530만 원 상당의 이른바 ‘카드깡’을 하고도 대금결제일에 위 신용카드 사용대금 중 약 260만 원을 결제하지 않아 위 미결제 잔액 상당의 재산상 이익을 취득하고,
4. 2003. 11. 말 23:00경 ** *구 **동 소재 공소외 ○○○의 집에서, 피해자 등 일행과 술을 마시며 대화를 하던 중 피해자가 피고인을 무시하는 말을 하였다는 이유로 손바닥으로 피해자의 뒷머리를 1회 때리고 발로 온몸을 수회 걷어차 동녀에게 폭행을 가하였다.

증거의 요지

1. 피고인의 일부 법정진술
1. 증인 ○○○(피해자)의 일부 법정진술
1. ○○○(피해자)에 대한 각 경찰 진술조서 중 일부 기재

1. 상해진단서
1. 카드사용내역서

법령의 적용

1. 범죄사실에 대한 해당법조

형법 제347조 제1항(사기의 점), 제257조 제1항(상해의 점), 폭력행위등처벌에관한법률 제2조 제2항, 제1항, 형법 제260조 제1항(각 야간 폭행의 점)
: 각 징역형 선택
1. 경합범 가중

형법 제37조 전단, 제38조 제1항 제2호, 제50조(형이 가장 무거운 판시 사기죄에 정한 형에 경합범 가중)
1. 미결구금일수 산입

형법 제57조
1. 집행유예

형법 제62조 제1항(벌금형 외에 별다른 전과 없는 점, 피해자와의 평소의 관계를 비롯한 범행 경위, 일부 공탁, 반성 등 참작)

무죄 부분

이 사건 공소사실 중 강간의 점의 요지는, 피고인이 2004. 4. 2. 02:00경 ** 구 **동 소재 **빌라 *층 피고인의 집에 위 피해자 ○○○을 데리고 온 다음, 침대에 걸터앉아 있는 피해자를 보고 욕정을 일으켜 갑자기 동녀를 뒤로 밀어 넘어뜨리고, 이에 피해자가 “싫어”라고 비명을 지르고 팔로 덤벼드는 피고인을 밀어내며 반항을 하자 상체로 피해자를 덮쳐 동녀의 몸을 누르면서 한 손으로는 피해자의 양손을 잡는 등의 방법으로 동녀의 반항을 억압한 다음 한 손으로 피해자의 하의 속옷을 벗기고 1회 간음하여 동녀를 강간하였다는 것이다.

이에 대하여 피고인은 이 법정에서 당일 피고인의 집에서 피해자와 성관계를 가지려 하자 피해자가 피고인을 밀어내는 등 반항을 한 적은 있으나 잠시 후 “마음대로 하라”고 하며 더 이상 반항을 하지 않고 피고인의 요구를 거절하지 않아 성교한 사실이 있을 뿐 피해자를 강간하지는 않았다는 취지로 위 공소사실을 부인하고 있다.

살피건대, 강간죄가 성립하려면 가해자의 폭행·협박은 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이어야 하고, 그 폭행·협박이 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도

의 것이었는지 여부는 그 폭행·협박의 내용과 정도는 물론 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 살펴야 하는바(대법원 2004. 6. 25. 선고 2004도2611 판결 등 참조), 이 부분 공소사실에 부합하는 피해자 ○○○의 수사기관 및 이 법정에서의 각 진술은 피고인이 당일 피고인의 집에서 싫다고 하면서 완강히 저항하는 피해자를 상체로 누르고 한 손으로는 동녀의 양손을 잡아 반항을 억압한 후 한 손으로 하의를 벗긴 뒤 강간하였다는 내용이나, 이는 기록과 이 사건 변론과정에서 나타난 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고인은 2000. 10.경 ** **읍에서 피해자를 처음 만나 당일 성관계를 가졌고, 그 이후 계속 피해자와 애인관계를 유지하다가 2001년 말경부터는 피고인이 거주하던 ** *구 **동 소재 **빌라에서 동거를 하기에까지 이른 점, ② 그 후 피해자가 외박을 하는 등으로 둘 사이에 다툼이 잦아지면서 피해자는 2002. 1.경 동거를 그만두고 위 **빌라를 나와 같은 동 소재 **빌라에서 따로 살게 되었는데, 이후에도 피해자는 ○○○, ○○○ 등 다른 남자와 성관계를 맺거나 사귀면서도 계속 피고인과 만남과 헤어짐을 반복하면서 2004. 3.말경까지 피고인 또는 피해자의 집, 피고인의 승용차 등에서 성관계를 가져온 점, ③ 피고인은 이 사건 당일 피해자의 집 앞에서 동녀의 당시 남자친구인 ○○○의 양해를 얻은 뒤 피고인의 승용차에 동녀를 태우고 진행하다가 주차한 상태에서 “힘들다”는 등의 말을 하고, 동녀는 “좋은 여자 만나 잘 지내라”라고 위로하는 등의 대화를 나눈 점, ④ 피고인이 승용차 안에서 피해자와 강압적 성관계를 맺으려 하였으나 동녀의 저항으로 실패한 후 피고인과 피해자는 함께 위 피고인의 집에 들어가게 되었는데, 그 과정에서 피해자는 ○○○와 전화통화를 하였음에도 별다른 구조요청을 한 바 없는 점, ⑤ 위 피고인의 집은 원룸으로 되어 있고, 이 사건 성교 당시에는 밤늦은 시각으로 큰 소리를 내면 옆집까지 들리는 상태였던 점, ⑥ 성교 후 피해자는 ○○○와 전화통화를 하면서 피고인으로부터 강제로 성관계를 당한 것에 관하여는 언급을 하지 않았고, 피고인이 운전하는 승용차로 자신의 집에 들어가는 도중에도 피고인에게 강제적 성관계에 관하여 항의하거나 비난하는 취지의 말을 전혀 하지 않았으며, 집에 도착해서도 ○○○에게 당일 피고인과의 강제적인 성관계에 관하여 전혀 말하지 않은 점, ⑦ 피해자는 그 후 두 달 가까이 지난 2004. 5. 25. **경찰서에 피고인을 폭행 등의 혐의로 고소한 때에도 고소장에 당일 강간당하였다는 취지의 기재를 하지 않았는데, 같은 달 27. 위 경찰서에서 고소인으로서 진술을 하면서 비로소 위와 같이 강간당하였다는 취지의 진술을 하게 된 점 등 피고인이 피해자를 간음하게 된 경위, 피고인과 피해자

의 관계, 간음 당시의 정황 및 그 전·후의 피해자의 행적 등 모든 사정을 종합하여 보면, 위와 같은 취지의 피해자의 각 진술 부분은 쉽게 믿기 어렵고, 그밖에 ○○○, ○○○의 각 진술과 압수한 녹음씨의 내용 등 검사가 제출한 각 증거들을 모두 더해 보아도, 피고인이 피해자의 의사에 다소 반하는 정도의 유형력을 행사하여 피해자를 간음한 것으로 볼 여지는 있을지언정, 더 나아가 그 유형력의 행사로 인하여 피해자가 반항을 못하거나 반항을 현저하게 곤란하게 할 정도에까지 이르렀다는 점에 대하여는 합리적인 의심이 없을 정도로 증명이 되었다고 보기는 어렵다.

따라서, 이 부분 공소사실은 그 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하므로 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고한다.

재판장	판사	손왕석	_____
	판사	허성희	_____
	판사	김주석	_____

항 소 이 유

1. 공소사실

본건 공소사실의 요지는 공소장 기재와 같으므로 이를 원용합니다.

2. 원심판결 요지

원심은 피고인에 대한 사기, 상해, 폭력행위등처벌에관한법률위반(야간·공동폭행)의 점은 그 혐의를 인정하면서 강간의 점에 대하여는 강간죄가 성립하기 위해서는 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행·협박이 있어야 하고 그 폭행·협박의 내용과 정도는 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 살펴야 한다고 실시하며 ① 피고인이 2000년 10월경 피해자를 처음 만난 날 성관계를 가지고 이후 애인관계를 유지하다가 2001년 말경부터는 동거를 하기까지 이른 점 ② 피고인과 피해자는 서로 만남과 헤어짐을 반복하면서 2004. 3. 말경까지 여러 곳에서 성관계를 가진 점 ③ 사건 당일 피해자의 집 앞에서 피고인이 피해자 남자친구의 양해를 얻은 뒤 피고인의 승용차에 피해자를 태우고 진행하다가 주차한 상태에서 피해자가 피고인을 위로하는 등의 대화를 나눈 점 ④ 피고인이 승용차 안에서 피해자와 강압적 성관계

를 맺으려 하였으나 피해자의 저항으로 실패한 후 피고인과 피해자가 함께 피고인의 집에 들어가게 되었는데 그 과정에서 피해자가 남자친구와 통화를 하면서도 별다른 구조요청을 하지 않은 점 ⑤ 피고인의 집은 원룸으로 되어 있어 성교 당시는 밤늦은 시각으로 큰 소리를 내면 옆집까지 들리는 상태였던 점 ⑥ 성교 후 피해자가 남자친구와 전화통화를 하면서 피고인으로부터 강제로 성관계를 당한 것에 관한 언급을 전혀 하지 않았고 이후 집에 도착해서도 그에 대한 언급을 하지 않은 점 ⑦ 피해자가 그로부터 두 달 가량이 지난 시점에 피고인을 폭행 등의 혐의로 고소하면서도 강간의 점에 대하여는 이를 기재하지 않은 점 등 피고인이 피해자를 간음하게 된 경위, 피고인과 피해자의 관계, 간음 당시의 정황 및 그 전·후의 피해자의 행적 등을 종합하여 보면 피고인의 피해자의 의사에 다소 반하는 정도의 유형력을 행사하여 피해자를 간음한 것으로 볼 여지는 있을지언정 피고인에 의한 유형력의 행사로 인하여 피해자가 반항을 못하거나 반항을 현저하게 곤란하게 할 정도에까지 이르렀다는 점에 대하여 합리적인 의심이 없을 정도로 증명이 되었다고 보기 어렵다는 이유로 무죄를 선고하였습니다.

3. 원심판결의 사실오인의 점

원심은 피고인이 피해자를 간음함에 있어 피해자가 반항을 못하거나 반항을 현저하게 곤란하게 할 정도에까지 유형력을 행사하였음을 인정할 증거가 없다고 판시하였으나, 이는 아래에서 보는 바와 같이 원심의 사실오인에 기인한 것으로 마땅히 시정되어야 할 것입니다.

먼저, 원심은 피고인과 피해자의 본건 범행 이전의 관계, 범행 이후 피해자의 행태 등을 피고인의 유형력 행사의 정도를 판단하는 기준으로 실시하고 있으나, 위와 같은 내용들은 본건 범행이 피해자의 의사에 반한 간음인지 여부에 대한 판단 근거가 될 수는 있을지언정 본건과 같이 피고인 스스로 피해

자의 의사에 반하여 간음을 하였다는 사실을 인정하는 경우엔 별다른 의미가 없는 정황들이라 할 것임에도 원심은 이를 피고인이 행사한 유형력의 정도를 판단하는 근거들로 채택하는 오류를 범하고 있습니다.

본건에 있어 핵심은 피고인이 피해자에게 행사한 유형력이 피해자의 반항을 불가능하게 하거나 또는 현저히 곤란하게 할 정도에 이르렀는지 여부가 될 것이고 결국 이는 간음 당시의 상황을 두고 판단할 수밖에 없다고 할 것입니다. 이와 관련하여 피고인과 피해자의 진술은 사실 별다른 차이가 없는 것으로 보입니다. 피고인은 당시 상황에 대하여 피해자를 밀어 침대에 눕히자 피해자가 싫다고 소리치며 반항하여 동녀의 몸을 상체로 누르면서 속옷을 벗겼다고 진술하고 있고, 피해자 또한 피고인이 완강히 저항하는 피해자의 몸을 상체로 누르고 한손으로는 피해자의 양손을 잡고 한손으로는 피해자의 하의를 벗기고 간음을 하였다고 진술하고 있어 간음이 벌어진 상황에 대하여 피고인과 피해자의 진술이 어느 정도 일치하고 있습니다. 다만, 피고인은 반항하던 피해자의 속옷을 벗기고 난 다음 성관계를 하려하자 그때부터는 피해자가 ‘마음대로 하라’고 하며 더 이상 반항을 하지 않았다고 진술하고 있어 피해자와 상이하게 진술하나, 이는 강간죄의 성부와는 관계없는 진술이므로 그 진위여부에 대하여는 논외로 하도록 하겠습니다.

그렇다면, 결국 본건의 핵심쟁점은 피고인이 싫다고 소리치는 피해자의 몸을 상체로 누르고 속옷을 벗긴 후 간음을 한 것이 강간죄의 폭행·협박에 해당하는지 여부가 될 것입니다. 결론부터 말하면 피고인의 위와 같은 행동은 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도에 이르는 폭행·협박임에 분명합니다. 실제로 피해자는 피고인의 행위에 반항을 하였으나 끝내는 피고인의 위와 같은 유형력 행사에 의해 그 반항이 억압되었고 속옷까지 벗김을 당하였으며 결국 그를 통해 간음에까지 이른 것입니다. 사정이 이와 같다면 피해자에게 행해진 피고인의 폭행·협박은 피해자의 반항을 불가능하게 하거나 또는 현저히 곤란하게 할 정도에 이르렀음이 분명하다고 할 것입니다. 물론 피해자에 따라서는 피고인이 행한 정도의 유형력에 대하여 더 거칠게 반항을 하였을 수도 있을 것입니다. 그러나 그 결과는 강간을 모면한

경우도 예상할 수 있지만 더 큰 신체적 위해를 당하고 강간도 모면하지 못할 경우도 있을 것입니다. 성욕을 채우기 위한 피고인의 폭행·협박이 계속 가해지는 상황에 처한 피해자로서는 확신가능하고 즉각적으로 효과가 있는 보호를 기대할 수 없는 한 생명·신체에 대한 위해를 무릅쓰고 계속 저항할 것인지 아니면 생명·신체에 대한 피해보다는 차라리 정조를 포기할 것인지를 선택당할 수밖에 없는 것이고, 그와 같은 선택을 강요당함에 있어서는 피고인의 폭행·협박의 강도를 피해자가 어떻게 느꼈는지 여부가 결정적 기준이 될 것입니다. 따라서 피고인의 폭행·협박의 강도를 어떻게 느꼈는가는 외부적·객관적 기준으로 판단할 수는 없는 것이고 피해자의 주관적·상대적 입장에서 판단하여야 할 것입니다. 피고인이 승용차 안에서 강간을 시도하며 피해자의 옷을 벗긴 상태에서 자신의 집으로 들어가지 않으면 옷을 돌려주지 않겠다고 위협하는 바람에 할 수 없이 피고인의 방에 들어간 피해자를 상대로 폭행·협박을 가하였고, 그 시간이 새벽 2시경이어서 이웃사람 등으로부터 보호를 받을 가능성을 기대할 수 없는 상황이라면 피해자에게 생명·신체에 대한 위해를 감수하면서까지 저항할 것을 요구하는 것은 무리라 할 것입니다. 그럼에도 불구하고 원심은 간음 당시 상황에 대하여 ‘피고인의 집이 원룸으로 되어 있고 성교 당시는 밤늦은 시각으로 큰 소리를 내면 옆집까지 들리는 상태였던 점’을 들면서 그러한 상황에서 피고인의 유형력 행사가 피해자의 반항을 불가능하게 하거나 또는 현저히 곤란하게 할 정도에 이르렀다고 보기 어렵다고 판시하였는바, 이는 우리 국민들은 한밤중에 잠을 자다가도 이웃집에서 비명소리가 나면 무조건 달려가 피해자를 당연히 보호해준다는 비현실적 전제하에 피해자에게 왜 더 저항하지 않았느냐고 피해자를 비난하는 것과 다를 바 없다 할 것입니다.

또한 원심은 위와 같은 간음 당시의 상황뿐만 아니라 피해자가 피고인의 집에까지 들어간 상황도 피해자의 반항의사 및 의사억압의 정도를 명확히 설명해 주고 있다는 사실도 간과하였습니다. 피고인도 인정하고 있는 바와 같이 피고인은 먼저 자신의 승용차 안에서 피해자를 강간하려고 시도하였으나 피해자가 강하게 저항을 하자 피해자의 바지를 벗긴 상태에서 승용차를 운전하

여 자신의 집에까지 왔고 피해자에게 바지를 주지 않은 상태에서 집안으로 피해자에게 들어올 것을 요구하는 등 집안으로 들어오지 않을 경우 바지를 돌려주지 않겠다고 하였던 것입니다. 아무리 밤이라도 여자가 팬티바람으로 귀가할 수는 없는 상황을 이용하여 집안으로 끌어들었다는 점에서 피고인의 집에 들어간 피해자의 행위를 탓할 수 없을 뿐만 아니라 이를 피해자의 반항 정도가 미약하다는 근거로 평가해서는 안되고, 오히려 피해자의 반항을 현저히 곤란하게 한 가중적 사유라 할 것입니다.

뿐만 아니라, 피고인의 범행 이후의 태도 또한 피고인의 강간 범행을 인정할 수 있는 주요한 정황적 증거라고 할 것입니다. 피고인은 본건 고소 이후 검찰에서의 2회 조사까지 자신의 성교사실 자체를 완강히 부인하다가 피고인 및 피해자, 피해자 남자친구의 휴대전화에 대한 사건 당일 통화내역을 통해 범행을 추궁받자 그때서야 자신의 범행을 인정하였습니다. 만약 피고인의 주장대로 피해자를 강간한 것이 아니라면 그와 같이 피해자와의 성교사실 자체를 부인할 필요는 없었을 것입니다. 그럼에도 원심은 성교사실을 인정할 경우 강간죄로 몰릴 것을 염려하였다는 피고인의 변소를 합리적 이유 없이 취신하여 본건 무죄판결에 이른 것입니다.

결론적으로 위에서 살펴본 바와 같이 피고인이 행사한 유형력은 피해자의 반항을 억압할 정도에 이르렀음이 명백하다 할 것입니다.

4. 강간죄의 폭행·협박에 대하여

가. 형법상 강간죄의 폭행·협박 및 판례의 태도

형법은 강간죄에 대하여 제297조에서 ‘폭행 또는 협박으로 부녀를 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다’고 규정하고 있어 그 폭행·협박의 정도에 대하여는 별도의 규정을 두지 않고 있습니다.

이와 관련하여 대법원은 강간죄의 폭행·협박에 대하여 ‘피해자가 반항을 못하거나 반항을 현저하게 곤란하게 할 정도’(대법원 2004도2611 판결 등)임을 필요로 한다고 해석하고 있습니다.

그러나, 이러한 판례의 태도는 아래에서 살피는 바와 같이 강간죄에 대한 최근 외국 입법례나 판례 등 시대조류에 어긋나는 것일 뿐 아니라 명문 형법 규정을 지나치게 협의로 해석함으로 인해 처벌규정의 흠결을 야기하여 마땅히 보호받아야 할 정당한 법익을 무방비 상태로 방치케 하는 결과를 초래하는 것으로 마땅히 시정되어야 할 것입니다.

나. 강간죄에 대한 외국의 입법례 및 판례 경향

(1) 독일의 경향

독일은 1997년 개정 전 독일 형법상 2년 이상의 자유형에 처해지는 ‘강간죄’는 “폭행 또는 신체나 생명에 대한 현존하는 위협에의 협박”(독일형법 제177조 제1항)을 요건으로 하면서 그러한 정도에 미치지 못하는 폭행·협박의 경우는 형량을 감경하여 규정해 놓고 있었습니다.(동조 제5항) 그런데 개정 독일 형법 제177조 제1항에서는 종래의 유형에 ‘피해자가 행위자의 공격에 대하여 보호 없이 노출되어 있는 상태를 이용’하는 경우도 강간죄의 구성요건으로 포섭하여 그 성립범위를 보다 확장하였습니다. 그 결과 피해자가 경악으로 몸이 굳어 버렸거나 또는 가해자에 대한 공포, 기타 다른 심리적 이유로 저항할 능력이 없었던 경우 또는 타인의 도움을 전혀 기대할 수 없고 가해자는 체력적으로 우월하여 저항하는 것을 무의미하다고 생각하여 처음부터 저항을 포기한 경우에까지 강간죄의 성립이 가능하도록 하였습니다.

(2) 미국의 경향

미국에서는 1962년 기초된 ‘모범 형법전’에서 이미 강간죄를 1급, 2급, 3급으로 분류하여 3급 강간죄의 경우 ‘통상의 결의를 가진 여성의 저항을 막을 수

있는 협박으로 피해자를 굴복시켜 간음'하는 것을 강간죄로 포섭하였으나, 이와 달리 법원은 1970년까지 강간죄의 성립을 검토할 때 피해자가 자신이 지쳐 떨어질 때까지 모든 육체적 힘을 다하여 가해자와 싸우는 '극도의 저항'(utmost resistance)을 하였을 때에만 피해자의 동의가 없다고 인정하여 왔습니다. 그러나 이후 이에 대한 비판적 견해가 대두되면서 '강간죄 개혁 운동'(Rape Law Reform Movement)이 본격화되었고 각 주에서는 위와 같은 저항요건을 주 형법에서 폐지하여 나갔으며 판례도 이에 맞추어 저항 요건을 완화 내지 폐지하였을 뿐 아니라 의사에 반한 성교 자체에는 폭력이 내재되어 있다고까지 판결(In re M.T.S. 판결)하기에 이르렀습니다.

다. 기존 대법원 판례의 문제점

(1) 시대적 상황과의 부적합성

기존의 대법원의 견해는 강간죄의 폭행·협박을 최협의로 해석함으로 인하여 실질적으로는 상당한 정도의 피해자의 반항을 강간죄의 성립요건으로 요구하는 결과에 이르렀습니다. 이러한 경향은 대법원이 여관에 함께 들어간 피고인과 피해자가 잠을 자던 도중 피고인이 욕정을 일으켜 반항하는 피해자의 몸을 누르고 간음한 사안(대법원 99도2608호 판결)에서 '강간죄에 있어 폭행 또는 협박은 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도의 것이어야 하고 그 폭행 또는 협박이 피해자의 항거를 곤란하게 할 정도의 것이었는지 여부는 유형력을 행사한 당해 폭행 및 협박의 내용과 정도는 물론이고 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 범행 당시의 정황 등 제반 사정을 종합하여 판단하여야 한다.'고 판시하며 '피해자가 하지 말라고 하면서 몸을 좌·우로 흔드는 등 거부하였으나 몸을 일으켜 그 장소에서 탈출하려고 하거나 소리를 질러 구조를 요청하는 등 적극적인 반항을 하지 않은 사실'을 당시 피고인의 폭행·협박이 피해자의 반항을 현저히 곤란하게 할 정도에 이른 것이 아니라는 판단 근거들 중 하나로 들고 있는 것에서도 찾아 볼 수 있습니다. 대법원의 위와 같은 해석으로 인하여 현실에서는 피해자인 여성으로서는 강

간시도에 대하여 강하게 저항하였음을 입증하여야 법의 보호를 받을 수 있게 되어 피해자에게 그 책임을 부담시키는 결과를 초래하고 있고, 그 결과 자칫 강간 피해자가 자기방어에 소홀한 점을 들어 피해자에게 강간의 책임을 전가하는 현상이 발생하고 있습니다.

이와 같은 판례의 태도는 정조가 부녀자의 가장 중한 가치로 여겨질 뿐 아니라 부녀자라면 당연히 목숨과 바꾸더라도 성적 수치를 당해서는 아니 된다며 은장도를 품에 지니도록 한 가부장제적 남성위주의 가치판단에 근거한 것이라고 볼 수밖에 없습니다. 그러나 현대 사회에서는 부녀자의 정조에 대한 관념이 많이 변하였습니다. 이제는 정조를 생명·신체에 대한 어떤 피해보다 우선시하는 것도 아니고, 정조를 우선시하라는 것을 전 근대적이고 남성위주의 요구라고 이해하고 있습니다. 또 세상은 더 흉폭해졌으며 전파매체들은 사소한 시비 끝에 목숨을 빼앗기고 중상을 입는 사건이나 강간을 당한 채 살해되어 사체마져 유기된 사건들을 수도 없이 보도하고 있습니다. 아이들에게는 낯선 사람에게서는 문을 열어주지 말고 길에서 말을 걸어와도 피하라고 가르치고 있으며, 딸을 가진 부모들은 밤늦게 귀가하지 말고 일찍 귀가하도록 교육하고 있습니다. 개인주의가 팽배하여 남의 일에 개입하지 말라고 하고 있고, 실제로 이웃에서 어떤 일이 벌어져도 남의 일이므로 개입하지 않으려는 것이 현실입니다. 그리고 강간을 당할 구체적 위험에 처하게 된 부녀자들도 이러한 세태를 누구보다도 잘 알고 있기 때문에 어차피 구타당하고 강간당할 것이라면 한대라도 덜 맞고 당하는 것이 낫고, 자칫 신체에 대한 보다 큰 위해나 목숨까지 잃을 위험을 무릅쓰고 저항하는 것은 도박에 가까울 뿐만 아니라 정조를 그와 같은 도박이라도 해서라도 지켜야 할 우선적 가치로 받아들이고 있지도 않는 것이 현실입니다. 강간죄의 근본 입법취지는 여성의 성적 자기결정권을 보호하기 위한 것이지 정조를 생명·신체에 대한 위해보다 더 중시하여 목숨을 걸고 반항한 여성의 정조만을 보호하기 위한 것이 아닙니다. 따라서 피해여성에 대한 폭행·협박이 성적 자기결정권을 침해하였을 정도에 이르렀다면 반드시 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도의 것일 필요는 없다고 할 것입니다. 그럼에도 불구하고 강간죄에 있어서의 유형력의 행사 정

도에 대하여 피해자의 향거를 현저히 곤란하게 할 정도를 요구하는 대법원의 판례는 이러한 시대적 상황을 반영하지 못하고 있다고 할 것이어서 이제는 변경되어야 할 것입니다.

(2) 처벌규정의 흠결화 초래

우리 형법은 미국이나 독일과는 달리 강간죄의 감경적 구성요건에 대한 규정을 두고 있지 않습니다. 따라서 강간죄에 대한 현행 판례의 태도에 의하면 피해자의 향거를 현저히 곤란하게 할 정도에 이르지 않는 폭행·협박으로 인하여 피해자의 성적 자기결정권이 침해된 간음행위는 이를 처벌할 수 없다는 결론에 이르게 됩니다. 즉, 피해자의 저항을 완전히 불가능하게 하거나 반항을 현저히 곤란하게 하는 정도에 이르지 않는 정도의 폭행·협박에 의한 간음행위는 법적으로 허용된다는 이상하고도 상식에 반하는 결과를 초래하는 것입니다. 이는 형법에서 강도죄와는 별도로 공갈죄에 대한 규정을 두고 강도죄의 폭행·협박에 미치지 못하는 정도의 폭행·협박에 의해 타인의 물건을 교부받는 행위도 처벌하고 있는 반면, 강간죄에 대해서는 폭행·협박의 정도에 따라 강간과 속칭 ‘갈간’으로 구별하여 규정하지 않은 강간죄의 입법취지에 반하는 해석인 것입니다. 폭행·협박의 정도에 따른 양형은 법관의 재량으로 해결할 문제에 불과한 것이지 강간죄의 구성요건을 지나치게 좁게 해석하여 공갈죄에 있어서의 폭행·협박의 정도로 여성의 성적 자기결정권을 침해하여 간음한 행위를 방치하자는 취지는 결코 아니라 할 것입니다.

(3) 기타

강간죄에 있어 최협의의 폭행·협박설을 취하는 판례의 태도는 현실적으로 큰 위험성을 내포하고 있습니다. 앞에서 살펴본 바와 같이 현행 판례는 강간죄의 성부 판단에 있어 상당한 정도에 이르는 피해자의 반항을 요구하고 있습니다. 이러한 견해는 강간 여부를 동의 유무가 아닌 저항의 유무, 범인 아닌 피해자의 행동을 기준으로 판단하는 것으로 피해자에게 자신의 법익을 지

키기 위한 과도한 책임을 부과하게 되고 이로 인해 죽음이나 심각한 신체적 해악 등 보다 심한 법익침해가 이루어질 개연성을 야기하는 것이라고 할 것입니다. 나아가 은밀히 이루어지는 범행의 특성상 범인이 행한 유형력의 행사 정도에 대하여 피해자인 여성에게 사실상 입증책임을 전가하는 결과를 초래하고 있다고 할 것입니다.

(4) 소결

1999년 유엔인권위원회에서는 한국 정부의 자유권조약 2차 보고서를 심사하면서 강간죄 성립을 위해 저항을 필요로 하는 점에 대해 우려를 표시한 사실이 있습니다. 이러한 사실에서도 볼 수 있듯이 현행 강간죄의 성립요건에 대한 현행 판례는 마땅히 변경되어야 할 것입니다.

5. 결론

위에서 살펴본 바와 같이 결국 원심은 피고인의 폭행·협박의 정도에 대한 사실오인으로 인하여 피고인에게 무죄를 선고하였고, 가사 본건 피고인의 폭행·협박이 피해자가 반항을 못하거나 반항을 현저하게 곤란하게 할 정도에 이르지 못하였다 하더라도 강간죄의 폭행·협박에 대한 기존 대법원의 판례는 앞에서 살핀 바와 같이 마땅히 시정되어야 할 것이고 따라서 기존의 대법원 판례 취지를 쫓은 원심 또한 마땅히 파기되어야 한다 할 것이어서 본건 항소에 이르게 된 것입니다.

■ 최협의실 적용을 완화한 판결 - 항소심 판결문

○ ○ 고 등 법 원

제 1 형 사 부

판 결

사 건 **** * * 가. 강간
 나. 사기
 다. 상해
 라. 폭력행위등처벌에관한법률위반
 (야간·공동폭행)

피 고 인 ○○○ (*****_*****), ***
 주거 **시 **읍 **리 **아파트 ***동 ****호
 본적 ** **군 **면 **리 ***

항 소 인 검사
검 사 ○○○
변 호 인 변호사 ○○○, ○○○
원 심 판 결 ○○지방법원 2004.12.22. 선고 **** ** *** 판결
판 결 선 고 2005. 6. 17.

주 문

원심판결을 파기한다.
피고인을 징역 1년 6월에 처한다.
원심판결 선고 전의 구금일수 56일을 위 형에 산입한다.

이 유

1. 원심판결의 요지와 검사의 항소이유

원심은 이 사건 공소사실 중 사기, 상해, 폭행에 의한 폭력행위등처벌에 관한 법률위반의 점을 유죄로 인정하여 피고인을 징역 1년에 집행유예 2년에 처하고, 강간의 점에 대하여는 무죄를 선고하였다. 검사는 이에 불복하여 원심판결 전부에 대하여 항소를 제기하였는바, 그 항소이유의 요지는, 원심은 피고인이 피해자를 간음함에 있어 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저하게 곤란하게 할 정도의 유형력을 행사하였다고 인정할 만한 증거가 없다고 판시하여 강간의 점에 대하여 무죄를 선고하였으나, 원심이 들고 있는 정황사실들은 이 사건과 같은 사안에서 유형력 행사의 정도를 판단하는 근거가 될 수 없고, 피해자의 진술이나 그에 일치되는 피고인의 일부 진술, 간음에 이르기까지의 경위와 당시의 상황 등 정황사실을 종합하면, 이 사건에서 피고인이 피해자를 간음할 당시 행사한 유형력의 정도는 강간죄의 폭행·협박에 해당한다고 충분히 인정할 수 있는 것이므로, 강간의 점에 대하여 무죄를 선고한 원심판결에는 사실오인의 위법이 있다는 것이다.

2. 항소이유에 대한 판단

가. 공소사실의 요지와 원심의 판단

이 사건 공소사실 중 강간의 점의 요지는, 피고인은 2004. 4. 2. 02:00경 ** *구 **동에 있는 **빌라 *층 피고인의 집으로 피해자 ○○○을 데리고 온 다음, 침대에 걸터앉아 있는 피해자를 보고 욕정을 일으켜 갑자기 피해자를 뒤로 밀어 넘어뜨리고 이에 피해자가 ‘싫어’라고 비명을 지르고 팔로 덤벼드는 피고인을 밀어내며 반항을 하자 상체로 피해자를 덮쳐 피해자의 몸을 누르면서 한손으로는 피해자의 양손을 잡는 등의 방법으로 피해자의 반항을 억압한 다음 한손으로 피해자의 하의 속옷을 벗기고 1회 간음하여 피해자를 강간하였다는 것이다.

이에 대하여 원심은, ① 피해자가 2000. 10월경 피고인을 처음 만나 그날 피고인과 성관계를 가졌으며 2001년 말경부터는 피고인과 동거를 하기도

하였던 점, ② 그 후 피고인과 피해자 사이에 다툼이 잦아지면서 2002. 1 월경부터 따로 살았으나 피해자는 ○○○, ○○○ 등 다른 남자와 성관계를 갖거나 사귀면서도 피고인과 만남과 헤어짐을 반복하면서 2004. 3월말 까지 피고인이나 피해자의 집, 피고인의 승용차 등에서 성관계를 가져온 점, ③ 피고인은 이 사건 당일 피해자의 집 앞에서 피해자의 남자친구인 ○○○의 양해를 얻어 피해자를 만난 다음 피고인의 승용차 안에서 피해자에게 힘들다는 등의 말을 하였고 피해자는 피고인에게 “좋은 여자 만나 잘 지내라”고 위로하는 등의 대화를 나눈 점, ④ 피고인이 승용차 안에서 피해자와 성관계를 맺으려 하였으나 피해자의 저항으로 실패한 후 피고인과 피해자가 함께 피고인의 집에 들어가게 되었는데, 그 과정에서 피해자는 ○○○와 전화통화를 하였음에도 별다른 구조요청을 하지 않은 점, ⑤ 피고인의 집은 원룸으로 되어 있고 이 사건 성교 당시는 밤늦은 시간으로 큰 소리를 내면 옆집까지 들리는 상태였던 점, ⑥ 성교 후 피해자는 ○○○와 전화통화를 하면서 피고인으로부터 강제로 성관계를 당한 것에 관하여 언급을 하지 않았고 피고인이 운전하는 승용차로 집으로 돌아가면서도 피고인에게 이를 항의하거나 비난하는 취지의 말을 전혀 하지 않았고, 집에 도착해서도 ○○○에게 위 성관계에 관하여 전혀 언급하지 않은 점, ⑦ 피해자는 그로부터 두 달 가까이 지난 2004. 5. 25. 경찰서에 피고인을 폭행 등의 혐의로 고소하였을 때에도 고소장에 강간당하였다는 취지의 기재를 하지 않았고, 같은 달 27. 고소보충진술을 하면서 비로소 강간당하였다는 진술을 한 점 등의 사정을 종합해 보면, 피고인이 싫다고 하면서 완강히 저항하는 피해자를 상체로 누르고 한손으로는 피해자의 양손을 잡아 반항을 억압한 후 한손으로는 속옷을 벗긴 뒤 강간하였다는 피해자의 진술은 쉽게 믿기 어렵고, 검사가 제출한 다른 증거들을 더해 보아도, 피고인이 피해자의 의사에 다소 반하는 정도의 유형력을 행사하여 피해자를 간음한 것으로 볼 여지는 있을지언정, 더 나아가 그 유형력의 행사로 인하여 피해자가 반항을 못하거나 반항을 현저하게 곤란하게 할 정도에까지 이르렀다는 점에 대해서는 합리적인 의심이 없을 정도로 증명이 되었다고 보기는 어렵다고 판단하였다.

나. 이 법원의 판단

그러나 위와 같은 원심의 판단은 수긍할 수 없다.

(1) 원심은, 피해자가 피고인의 집에서 싫다고 하면서 완강히 저항하는데도,

피고인이 자신의 몸으로 피해자의 몸을 누르고 한손으로는 피해자의 양손을 잡아 움직이지 못하게 하여 반항하지 못하게 하고 한손으로는 피해자의 속옷을 벗긴 다음 피해자를 강간하였다는 피해자의 진술을 쉽게 믿을 수 없다고 하여 그 진술의 신빙성을 배척하고 있다.

그러나, 피해자인 ○○○은 수사기관 이래 이 법정에 이르기까지 이 사건 당일 피고인을 만난 후 피고인과 사이에 있었던 일에 관하여 '2004. 4. 1. 밤에 피고인이 전화를 걸어와 피해자의 남자친구인 ○○○를 바꾸라고 하여 ○○○를 바꿔 주었다. ○○○가 피고인과 통화한 후 집밖으로 나갔다가 들어왔는데, 피고인이 ○○○에게 앞으로 피해자를 잘 부탁한다고 하면서 피해자의 카드빚을 갚겠다는 말을 하였다고 하고 피해자와 할 말이 있다고 하니 한 시간만 이야기를 하고 오라고 하였다. 그래서 집밖으로 나갔더니 피고인이 자신의 승용차에 타고 있어 조수석에 타게 되었다. 그때는 2004. 4. 1. 밤 12시가 조금 넘어 4. 2. 새벽이 된 시간이었다. 피고인이 피해자를 태운 후 차를 몇 미터 정도 이동하여 세운 후 차안에서 피고인과 피해자가 이런저런 이야기를 하였는데, 피고인이 “힘들다”고 하여 피해자가 “앞으로 좋은 여자 만나라”고 하였더니 피고인이 차안에서 칼을 꺼내 “같이 죽자”고 하므로 피해자가 “하지 마라”고 하면서 칼을 빼앗아 조수석 의자 밑에 숨겼다. 그런데 그 후 피고인이 피해자가 앉아 있던 조수석 의자를 뒤로 젖히면서 피해자를 덮쳤다. 그 상태에서 피고인이 손으로 피해자의 바지를 벗겨 피해자가 옷을 벗지 않으려고 저항을 하면서 소리를 질렀고 피고인은 피해자가 뒤로 밀리면서 반항을 할 때 한손으로는 피해자의 양손을 잡고 다리로 피해자의 몸을 누르면서 한손으로 자신의 바지를 벗었다. 피해자는 뒷좌석까지 밀려갔고 피고인은 하의를 모두 벗은 상태였는데 피해자가 계속 저항을 하자 피고인이 피해자를 덮치는 것을 그만두고 손으로 자신의 성기를 만지면서 자위행위를 하는 것으로 보였다. 그러다가 피고인이 다시 운전석 쪽으로 넘어가기에 피해자가 벗겨진 옷을 잡으려고 하는데 피고인이 피해자의 바지를 움켜쥐고 운전석으로 가는 바람에 피해자가 내리지도 못하였고 피고인은 하의를 모두 벗은 상태에서 그곳에서 약 10분 정도 걸리는 피고인의 집으로 무작정 운전을 하고 갔다. 피고인이 사는 **빌라 앞에 도착을 하자, 피고인은 하의를 벗은 상태에서 피해자의 바지를 거머쥐고 내렸다. 피해자가 피고인에게 옷을 달라고 하였더니 피고인이 옷을 안 주면서 그냥 내리라고 하였다. 피고인이 피해자에게 집으로 들어가자고 하여 피해자는 일단 옷을 찾아야 되는 상황이라 그럼 피고인이라도 옷을 입으면 들어가겠다고 하였더니 피고인이 바지를 대충 입었으며, 피해자는 속옷 차림이라 창피하여 빌라 입구로 가

서 피해 있었고, 피고인이 피해자의 바지를 든 상태로 빌라 *층의 피고인의 집으로 올라가므로 피해자는 일단 옷을 찾고 할 이야기만 하고 나오겠다는 생각으로 피고인을 따라 피고인의 집안으로 들어갔다. 집안에 달리 앉을 공간이 없어 침대에 나란히 걸터앉게 되었는데 피고인은 끝까지 피해자의 바지를 돌려주지 않았다. 피고인의 집에 있을 때 ○○○로부터 전화가 걸려와 2시간이 지났는데 왜 안 오느냐고 하여 피해자가 피고인과 얘기를 거의 다 했으니 곧 가겠다고 하였다. 그 후 피고인이 힘들다고 울면서 차안에서 보았던 칼을 꺼내 보이면서 “나라도 죽여 달라”고 하였다. 그래서 피해자가 싫다고 하고 피고인과 얘기를 하면서 침대 위 피고인과 피해자 사이에 놓여 있던 칼을 침대 밑으로 밀어 넣어 치웠다. 그 후 피고인이 울면서 “힘들다”는 등의 이야기를 하더니 갑자기 피해자의 앞으로 와서 피해자의 어깨를 밀쳐 피해자를 침대 위에 쓰러뜨리고 피고인의 상체로 피해자의 몸을 누르면서 한손으로 피해자의 양손을 잡고 다리로 피해자의 다리를 눌러 움직이지 못하게 하고 한손으로 피해자의 하의 속옷을 벗기고 2, 3분 동안 피해자를 강간하고 사정을 하였다. 피해자는 피고인이 피해자를 침대 위로 넘어뜨리고 강간을 시도하는 동안 계속하여 피고인의 팔을 뿌리치려고 하고 발버둥을 치면서 “하지 마라, 놓아라, 왜 이러느냐, 미쳤느냐”고 소리를 치고 울고 반항을 하였으나 피고인이 피해자의 발을 누르고 있어 발을 쓸 수도 없고 피해자의 힘으로 피고인의 힘을 당해낼 수 없어 어쩔 수가 없었다. 강간이 끝난 후 피고인이 씻고 피해자도 그 후에 씻고 옷을 입고 앉았는데 피고인이 자기 차로 집까지 데려다 주겠다고 하였다. 피해자는 교통비가 없어 거절을 못하고 피고인의 차를 타고 집으로 돌아왔다.’는 취지로 진술하고 있는바, 특히 일부 세세한 부분에서 차이가 있다고 하더라도, 피해자 ○○○의 경찰, 검찰, 원심 법정 및 이 법정에서의 진술은 그 내용이 매우 구체적이고, 전체적으로 일관되어 진술 간에 논리적 모순을 찾아볼 수 없으며, 피고인의 집에 들어가기까지의 경위나 강간을 당한 상황에 대한 진술이 지극히 자연스러운 뿐만 아니라, 이 사건 당일 피해자가 피고인을 만나게 된 경위, 피해자가 집에 돌아올 때까지 ○○○가 피해자, 피고인과 통화를 시도하거나 통화한 내용 등에 관한 ○○○의 진술도 피해자의 진술에 부합하여, 합리적 이유 없이 피해자 진술의 신빙성을 쉽사리 배척할 수는 없다고 할 것이다.

이에 반하여, 피고인은 이 사건으로 2004. 6. 10. 경찰에서 최초로 조사를 받으면서 ‘차안에서 피해자와 이야기를 하다가 갑자기 성욕이 생겨 한 번 하자고 하였으나 피해자가 싫다고 하여 핫김에 피해자의 바지를 잡아 벗기려고 하였으나 피해자가 거부하여 도중에 그만 두었을 뿐 강제로 옷

을 벗기거나 강제로 성관계를 한 사실이 없다. 차안에서 자위행위를 하였다거나 피해자를 피고인의 집으로 데려가 성관계를 가졌다는 피고인의 진술은 모두 거짓말이다.’라고 하였고, 2004. 6. 11. 경찰에서 피해자와 대질 조사를 받으면서는 ‘피해자의 집 앞 피고인의 차안에서 피해자와 대화를 하다가 갑자기 성욕이 생겨 피해자의 바지를 벗기려고 손을 대었으나 피해자가 하지 않겠다며 거부하여 대화를 조금 더 하다가 피해자를 내려주고 피고인은 자신의 집으로 돌아왔다. 차안에서 칼을 꺼낸 적도 없고, 피고인의 집으로 피해자를 데리고 가서 강간을 하였다는 피해자의 진술은 터무니없는 거짓이다.’라고 진술하였으며, 2004. 10. 12. 검찰에서도 대체로 같은 취지로 진술하면서 범행을 부인하였는데, 2004. 10. 25. 검찰에서는 처음에는 종전과 같은 취지로 진술하면서 범행을 부인하다가 검사가 이 사건 당일의 피고인 및 ○○○의 통화내역서를 제시하면서 당일의 행적을 추궁하자 ‘피해자와 함께 피고인의 집에 간 것은 사실이고, 피고인의 집에서 피해자에게 성교를 요구하였으나 피해자가 계속 저항을 하고 피고인 자신도 한심하다는 생각이 들어 그냥 포기하고 성교를 하지 않았으며 피해자를 집까지 데려다 주었다.’고 진술을 번복하였고, 2004. 10. 29. 검찰에서는 종전의 진술을 번복하면서 ‘그날 피고인의 집에서 피해자와 성교를 하고 싶은 마음이 생겨 피해자를 침대 위로 밀어 넘어뜨리고 그 위에서 강간을 하였다. 그에 앞서 차안에서 피해자의 바지를 벗기면서 피고인도 바지를 벗어 피고인의 집에 도착하였을 때 피고인이 바지를 벗은 상태였던 것도 맞다. 피고인의 집에서 피해자가 “싫다”고 소리를 지르고 안 하려고 발버둥을 치는 것을 피고인이 오른손으로 피해자의 손을 잡고 몸으로 피해자의 몸을 누른 상태에서 한손으로 피해자의 하의를 벗기고 강간을 한 것이다. 그때까지 피고인이 계속 피해자의 바지를 가지고 있었기 때문에 피해자가 바지를 입지 않는 상태였다.’고 진술하여 처음으로 강간 범행을 시인하였으며, 원심 법정에서는 ‘공소사실과 같이 피해자와 성교를 한 것은 사실이나 피해자가 처음에는 거절하다가 나중에는 거절을 하지 않아 성교를 하였으므로 강간은 아니다. 피고인의 집에서 피해자를 침대에 눕히고 옷을 벗기려 하였을 때 피해자가 싫다고 소리치면서 피고인을 밀어내는 등 반항을 하였으나, 피고인이 상체로 피해자의 몸을 누르고 피해자의 속옷을 벗기고 성관계를 하려고 하자, 피해자는 잠시 후 “마음대로 해라”라고 하면서 더 이상 반항을 하지 않았다.’고 진술하였고, 이 법정에서도 대체로 같은 취지로 진술하였는바, 위와 같이 피고인은 당일의 행적에 관하여 거짓 주장을 계속하면서 범행을 극구 부인하다가 검사가 객관적인 자료를 제시하며 피고인의 집에 피해자와 함께 들어간 사실을

추궁하자 그제야 비로소 그 사실을 시인하고, 검찰에서 결국 강간범행을 모두 인정하였다가 공소가 제기된 후에는 다시 피고인의 집에서 처음에는 강제로 성관계를 가지려고 하였으나 피해자가 잠시 후 “마음대로 해라”라고 하면서 반항을 하지 아니하여 성교를 한 것이라고 주장하는 등(그러나 피해자는 원심 법정과 이 법정에서 “마음대로 해라”라는 말을 한 사실이 없고 소리 지르고 울면서 저항하였다고 진술하고 있다) 진술의 일관성이 전혀 없어 피고인의 진술은 그 신빙성을 인정하기가 극히 어렵다.

- (2) 원심은, 피고인이 승용차 안에서 피해자와 강압적인 성관계를 맺으려 하다가 피해자의 저항으로 실패하였는데도 피해자가 피고인을 따라 피고인의 집으로 들어갔고, 그 과정에서 ○○○와 통화를 하면서도 구조요청을 하지 않았으며, 성교 후 ○○○와 전화통화를 할 때나 집으로 돌아가서도 ○○○에게 피고인으로부터 강제로 성관계를 당한 것에 관해 알리지 않은 점 등을 피해자 진술의 신빙성을 배척하는 근거로 들고 있다. 그러나 피해자는 한때 피고인과 사귀면서 성관계를 갖기도 하였던 사이이고, 이 사건 당일에는 차안에서 피고인에게 바지를 빼앗겨 계속 속옷 차림으로 있었는데, 피고인이 10분간 차를 몰아 피고인의 집 앞으로 가서 차를 세우고도 피해자의 바지를 돌려줄 생각을 하지 않고 피고인의 집으로 들어가서 이야기를 하자고 하고 있는 상태이었다. 그와 같은 상태에서, 피해자가 속옷 차림으로 자동차로 10분 거리에 있는 자신의 집으로 돌아가거나 주위에 도움을 청하지 않은 것을 두고 납득할 수 없는 행동이라고 볼 수는 없을 것이고, 그에 대하여 피해자는 속옷 차림으로 있는 것이 창피하여 일단 옷을 되돌려 받는 것이 중요했고, 할 이야기만 하고 나오겠다는 생각으로 피고인의 집으로 따라 들어갔다고 설명하고 있는바, 이는 충분히 납득할 수 있는 설명이라 할 것이다. 또한 강간 범행을 전후하여 피해자가 ○○○와 통화를 하면서 또는 그 후에 ○○○에게 강간을 당한 사실을 알리지 않았던 것은 사실이나, 강간을 당하기 전에는 피해자가 피고인의 집에 따라 들어가서 피고인과 이야기를 나누고 있었고 피고인으로부터 폭행을 당하거나 한 사실이 없었으므로 피해자가 특별히 ○○○에게 구조를 요청할 필요가 없었던 것으로 보이고, 한편 피해자는 강간을 당한 후에 ○○○에게 알리지 않은 이유에 대하여, 당시 피해자는 ○○○와 사귀고 있었는데, 피해자가 예전에 사귀던 남자인 피고인의 집에 따라 들어갔다가 피고인에게 강간을 당하였다는 사실을 ○○○에게 알릴 경우 ○○○가 어떤 반응을 보일지 몰라서였다는 취지로 설명하고 있는바, 그와 같은 설명도 수긍할 수 있다. 결국 원심이 위에서 들고 있는 사정들만으로는 피해자 진술의 신빙성을 배척할 수는 없다고 할 것이다.

- (3) 또한 원심은, 피고인의 집은 원룸으로 되어 있고, 이 사건 성교 당시는 밤늦은 시간으로 큰 소리를 내면 옆집까지 들리는 상태였다는 점 역시 피고인에 의해 강제로 성관계를 갖게 되었다는 피해자 진술을 믿기 어려운 이유의 하나로 삼고 있다. 그러나 앞서 본 바와 같이 피해자는 피고인으로부터 강간을 당할 당시 “하지 마라, 놓아라, 왜 이러느냐, 미쳤느냐”고 소리를 지르고 울면서 계속 반항을 하였다고 일관되게 진술하고 있을 뿐만 아니라, 피고인을 만날 당시 ○○○로부터 한 시간만 이야기를 하고 오라는 말을 들었고 ○○○가 피해자가 돌아오기를 기다리고 있다는 것을 잘 알고 있는 상태에서, 차안에서 피고인이 피해자를 강간하려 할 때에도 성관계를 거부하였던 피해자가, 옷을 찾아 나오기 위하여 피고인의 집에 따라 들어갔다가 피고인이 성교를 하려고 하자 처음에 약간 저항을 하다가 갑자기 태도를 바꾸어 저항을 하지 않고 마음대로 하라면서 피고인이 성교를 하도록 놔두었다는 것은 오히려 납득할 수 없는 것이어서, 피해자가 당시 다른 집에서 다 들릴 정도로 큰 소리를 지르지는 않은 것으로 보인다는 이유만으로 피고인이 피해자를 힘으로 제압하여 반항을 억압한 후 강간을 하였다는 피해자 진술의 신빙성을 배척할 수는 없는 것이다.
- (4) 그밖에 원심은, 피해자가 이 사건 강간범행 후 두 달 가까이 지난 2004. 5. 25. 피고인을 고소하면서도 고소장에 피고인으로부터 강간을 당하였다는 내용을 기재하지 아니하였다가 경찰서에서 고소인으로서 진술을 하면서 비로소 강간을 당하였다는 취지의 진술을 한 점을 들어 피해자 진술의 신빙성을 의심하고 있으나, 피해자의 진술에 의하면, 고소를 한 것은 피해자의 이름으로 하였으나 폭행, 상해, 사기 등으로 피고인에 대한 고소를 추진한 것은 피해자의 부모이고, 피해자가 자신의 부모에게는 강간당하였다는 사실을 알리지 않은 상태여서 고소장에는 강간당할 뻔했다고만 기재된 것이라는 것인바, 20대 초반의 젊은 나이에 미혼인 피해자가 피고인으로부터 강간을 당하였거나 그 사람과 한때 사귀면서 여러 번 성관계를 가졌다는 사실이 부모에게 알려지는 것을 원치 않아 피해자가 그러한 사실을 부모에게 알리지 않았고 고소장에도 포함시키지 않았다는 것 역시 수긍할 수 있는 설명이라 할 것이므로, 이 점도 피해자 진술의 신빙성을 배척하는 사유로는 충분하지 않다고 할 것이다.
- (5) 위에서 본 바와 같이 피고인이 자신의 집에서 침대에 걸터앉은 피해자를 뒤로 밀어 넘어뜨리고 피해자가 싫다고 하면서 비명을 지르고 덤벼드는 피고인을 팔로 밀어내면서 반항을 하는데도 피고인의 몸으로 피해자를 누르고 한손으로는 피해자의 양손을 잡아 움직이지 못하게 하여 반항을 억압하고 한손으로 피해자의 속옷 하의를 벗기고 간음하였다는 피해자의 각

진술은 매우 구체적이고 일관되며 원심이 적법하게 조사한 다른 증거들도 피해자의 진술을 뒷받침하고 있어 그 신빙성을 인정하기에 충분하다. 사실관계가 위와 같은 이상 피고인의 위 행위는 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하기에 족한 폭행·협박에 의하여 강제로 피해자를 간음한 것으로서 강간죄가 성립한다고 보아야 할 것임에도, 원심은 앞서 본 바와 같이 피해자 진술의 신빙성을 배척하기에 부족한 그 판시와 같은 사유들을 들어 피해자 진술을 쉽게 믿기 어렵다고 배척하고 피고인의 유형력 행사로 인하여 피해자가 반항을 못하거나 반항을 현저하게 곤란하게 할 정도에까지 이르렀다는 점이 합리적 의심이 없을 정도로 증명되었다고 보기 어렵다는 이유로 강간의 점에 대하여 무죄를 선고하였으니, 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있고, 이 점을 지적하는 검사의 항소는 이유 있다.

3. 결론

그렇다면 원심판결 중 무죄부분은 파기를 면할 수 없고, 이 부분과 원심이 유죄로 인정한 나머지 공소사실은 형법 제37조 전단의 경합범관계에 있어 하나의 형을 선고하여야 할 것이므로, 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심판결을 전부 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

범죄사실과 증거의 요지

이 법원이 인정하는 범죄사실은 범죄사실 제5항으로 “2004. 4. 2. 02:00경 ** *구 **동에 있는 **빌라 *층 피고인의 집에서, 침대에 걸터앉아 있는 피해자를 보고 욕정을 일으켜 갑자기 피해자를 뒤로 밀어 넘어뜨리고 피해자가 ‘싫어’라고 비명을 지르고 덤벼드는 피고인을 팔로 밀어내며 반항을 하자 상체로 피해자를 덮쳐 피해자의 몸을 누르면서 한손으로는 피해자의 양손을 잡고 움직이지 못하게 하는 방법으로 피해자의 반항을 억압한 다음 한손으로 피해자의 하의 속옷을 벗기고 1회 간음하여 피해자를 강간하였다.”를 추가하는 외에는 원심판결의 범죄사실 기재와 같고, 증거의 요지는 원심판결의 증거의 요지 중 “1. 증인 ○○○(피해자)의 일부 법정진술”을 “1. 증인 ○○○(피해자)의 당심 및 원심 법정에서의 각 진술”로 고치고 “1. 피고인에 대한 제3회 검찰 피의자신문조서의 진술기재, 1. 피고인에 대한 각 검찰 피의자신문조서 중 ○○○(피해자)의 각 진술기재”를 추가하는 외에는 원심판결의 증거의 요지 기재와 같으므로 형사소송법 제

369조에 의하여 이를 그대로 인용한다.

법령의 적용

1. 범죄사실에 대한 해당법조

각 폭력행위등처벌에관한법률 제2조 제2항, 제1항, 형법 제260조 제1항(야간폭행의 점, 징역형 선택), 형법 제257조 제1항(상해의 점, 징역형 선택), 형법 제347조 제1항(사기의 점, 징역형 선택), 형법 제297조(강간의 점)

1. 경합범 가중

형법 제37조 전단, 제38조 제1항 제2호, 제50조(형이 가장 무거운 판시 강간죄에 정한 형에 가중)

1. 작량감경

형법 제53조, 제55조 제1항 제3호(벌금형 외에 별다른 전과 없는 점, 피해자를 위하여 1,000만원을 공탁한 점 등 참작)

1. 미결구금일수 산입

형법 제57조

재판장	판사	한기택	_____
	판사	석동규	_____
	판사	황진구	_____

■ 최협의설 적용을 완화한 판결 - 상고심 판결문

대 포 의

제 3 부

판 결

사 건 **** * *****

가. 강간
나. 사기
다. 상해
라. 폭력행위등처벌에관한법률위반
(야간·공동폭행)

피 고 인 ○○○○ (*****_*****), ***
주거 **시 **읍 **리 **아파트 ***동 ****호
본적 ** **군 **면 **리 ***

상 고 인 피고인
변 호 인 변호사 ○○○○, ○○○○, ○○○○, ○○○○
원 심 판 결 ○○○고등법원 2005. 6. 17. 선고 **** * * 판결
판 결 선 고 2005. 9. 28.

주 문

상고를 기각한다.
상고 후의 구금일수 중 100일을 본형에 산입한다.

이 유

상고이유를 본다.

원심은 그 판시와 같은 이유로 피해자의 진술에 신빙성을 인정하고 그 증거와 피고인에 대한 검사 작성의 제3회 피의자 신문조서의 기재에 의하여 피고인이 피해자의 반항을 억압하여 간음을 한 사실과 피고인이 가한 폭행·협박의 정도가 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하기에 족하다고 인정하여 피고인에 대한 강간죄의 공소사실을 유죄로 인정하였다. 기록에 비추어 살펴보면 원심의 사실인정과 판단은 정당하고 거기에 강간죄에 대한 법리오해나 채증법칙 위배로 인한 사실오인 등의 잘못이 있다 할 수 없다.

그러므로 상고를 기각하고 상고 후의 구금일수 중 일부를 본형에 산입하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 박재윤 _____

주 심 대법관 이용우 _____

 대법관 이규홍 _____

 대법관 양승태 _____

성폭력 피해생존자의 인권을 존중하는 대법원 판결을 기대한다!

성폭력은 피해생존자의 인권을 침해하는 사회적 범죄행위로, 특히 여성과 어린이의 자유롭고 안전한 삶을 위협하고 있다.

다행히 우리사회에서도 90년대 이후 문제의 심각성을 인식하고 성폭력특별법 등 관련 법과 제도들이 마련되고 있다. 그러나 아직도 성폭력범죄 피해생존자들은 피해자이면서도 오히려 “혹시 유발하지 않았나?”, 심지어 “즐기지 않았나?”하는 의심과 비난을 받고 있다. 성폭력 고소율 6.1%(1998, 한국형사정책연구원), 기소율 43%(2004, 법무부)라는 사실은 피해생존자들의 현실이 얼마나 열악한지 가늠할 수 있게 한다.

특히 우리나라 형법은 여자들이 '완강히 저항'하지 않는 한 합의에 의한 성관계로 파악한다. 따라서 폭행과 협박 상태에서 죽을 각오로 저항하지 않으면 강간으로 입증받기 어렵다. 그 이외에도 장애인이라 하더라도 항거불능 상태였음을 입증해내야 하는 문제나 부부사이에 가장 치욕스러운 경험이라고 호소하는 아내강간은 1970년 대법원 판례이후 강간 성립 자체를 부정당하고 있다. 또한 어린이 성폭력의 경우에는 단 하나의 증거일 수 있는 피해어린이의 진술이 일관성이 없다는 이유로 인정받지 못하고 있다. 이와 같이 법 자체를

매우 협소하게 이해하거나 피해자에게 불리한 방식으로 해석되는 방식은 이제는 사법체계 내에서 관행으로까지 굳어져 다른 성폭력 사건의 불기소와 무죄판결에까지 큰 영향을 미치고 있다.

한국성폭력상담소는 지난 15년 동안 53,000여회 상담사례를 지원하면서 이와 같은 성폭력에 관한 법적 규정과 판단으로 인해 성폭력 피해생존자들이 제2의 고통을 받고 있음을 상담 현장에서 너무도 많이 보아왔다. 또한 2003년 본 상담소에서 실시한 <법조인의 성별의식 조사>연구에서 법조인들의 객관성이 사실상 남성중심적 사회문화에 토대를 두고 있으며 이에 따라 성폭력 피해생존자들의 경험과 의식을 반영하지 못하고 있음을 확인한 바 있다.

이제는 법원이 성폭력 사건의 재판 과정에서 “객관성”이라는 이름으로 얼마나 많은 피해여성들을 고통으로 몰아넣고 있는지를 성찰해야 한다. 그동안 우리의 법체계가 피의자(피고인)의 인권을 중심으로 고려하였다면, 이제 피해자의 인권을 돌아보아야만 한다. 무엇보다 남성 중심적인 우리사회의 잘못된 통념에 가려져 들리지 않았던 피해자의 목소리와 절규에 귀기울여야 한다.

우리는 그 변화의 일환으로 대법원 판례 바꾸기를 강력하게 요청한다. 대법원 판결의 경우, 하급심의 판결에 준거가 되고 검찰의 기소 여부에 큰 영향을 주고 있다는 점을 고려할 때, 대법원의 판례는 해당 사건에 대한 판결 그 이상의 의미를 갖고 있다고 할 수 있다. 그러하기에 성폭력 피해의 특수성을 전혀 고려하지 못하는 다음과 같은 대법원 판례는 성폭력에 대해 둔감했을 뿐 아니라, 결과적으로 성폭력을 묵인, 조장하는 결과를 낳았다고 생각한다.

- (1) 폭행과 협박을 매우 협소하게 판단하는 강간죄의 최협의설
- (2) 항거불능 상태임을 입증해야 하는 장애인 성폭력
- (3) 성폭력 성립 자체를 부정당하는 아내강간
- (4) 진술의 일관성이 부족하다는 이유로 인정받기 어려운 어린이성폭력

앞으로 우리는 성폭력 피해생존자와 반성폭력활동가, 그리고 법조인들이 함께 각 주제별 워킹그룹을 통한 평석자료집을 발간할 것이다. 그리고 이 자료는 존엄, 정의, 고귀, 위엄, 그리고 여성의 색깔로 상징되는 “자주색 봉투”에 담겨 향후 매월 정기적으로 대법원을 비롯한 전국의 각 법원과 검찰청의 법조인에게 배달될 것이다. 또한 더 많은 사례 수집과 주제 발굴로 내용을 내실화시키고 동시에 토론회, 언론 기고와 같은 다양한 방법들을 동원하여 대법원 판례 바꾸기 운동을 전개해 나갈 것이다.

우리는 이 운동이 법조인들에게 성편향적이었던 사법 관행을 돌아보고 성찰하는 계기를 줄 수 있기를 기대한다. 그리고 우리나라 형사사법체계가 피해생존자의 권익을 보장하는 출발점이 될 수 있기를 희망한다. 아울러 이 운동이 성폭력 없는 자유롭고 평등한 세상을 향한 커다란 울림이 되어, 오히려 피해자를 비난하는 잘못된 우리사회의 인식을 변화시키고 성폭력 근절을 위한 작은 실천들을 이끌어 갈 수 있으리라 믿는다.

2006. 7. 24

사단법인 한국성폭력상담소

성폭력 조장하는
대법원 판례 바꾸기

판례/바꾸기운동/ 3차 자료집
“ 최협의설 ” 비판(3)

- ☐ 발 행 일 2006년 9월 28일
- ☐ 발 행 인 이 미 경
- ☐ 발 행 처 사단법인 한국성폭력상담소
(121-884) 서울 마포구 합정동 366-24 2층
Tel. 02-338-2890 | Fax. 02-338-7122
E-mail. ksvrc@korea.com
web-site. <http://www.sisters.or.kr>
- ☐ 편집책임 김민혜정
- ☐ 인 쇄 카피플러스(02-332-1049)

성폭력 조장하는
대법원 판례 바꾸기

판/례/바/꾸/기/운/동/ 네 번째 자료집
“ **최협의설** ” 비판(4)

(사)한국성폭력상담소

성폭력 조장하는 대법원 판례 바꾸기 4차 자료집

목 차

성폭력 조장하는 대법원 판례 바꾸기 운동 소개	1
최협의설을 인용한 대법원 판례의 문제점과 개선방향에 대한 소고 - 2004도2611	3
박용철(서강대 법학과 조교수) - - 대법원 판결문	19
상당사례를 통해 본 최협의설의 문제점	25
이경환(본 상담소 법정지원팀)	
미국 주형법 강간죄 개정과 관련 판례 검토	30
장임다혜(본 상담소 법정지원팀)	
성폭력을 조장하는 대법원 판례바꾸기 운동 취지문	67

성폭력 조장하는 대법원 판례 바꾸기란?

“성폭력을 조장하는 대법원 판례바꾸기 운동”은

그동안 피해자의 특수성을 고려하지 않고 진행된 대법원 판례가 성폭력문제 해결과 피해자의 권리회복에 둔감했을 뿐만아니라, 결과적으로 성폭력을 조장하는 결과를 낳았다고 보고, 법조인들의 성편향적인 사법관행 성찰과 대법원 판례의 변화를 촉구하는 운동입니다.

이 운동은 뜻을 함께하는 법조인, 학자, 반성폭력활동가들의 참여로 매월 대법원 판례 평석문을 발간하여 존엄, 정의, 고귀, 위엄, 그리고 여성의 색깔로 상징되는 “자주색 봉투”에 담겨 대법관을 비롯한 헌법제판관과 전국 각 법원, 검찰청에 배달될 것입니다.

2006년 7월에 시작된 이 운동은 판례평석 이외에도 토론회, 언론기고 등의 다양한 방법으로 앞으로 1년 동안 지속적으로 펼쳐갈 계획입니다.

1차 자료집 (2006년 7월)

- 성폭력을 조장하는 대법원 판례바꾸기 운동 취지문
- 강간죄의 폭행.협박의 정도에 관한 판례의 입장에 대하여 / 조인섭(변호사)
- 최협의설 판례평석-92도259 / 이경환(본 상담소 법정지원팀)
- '의제화간'의 매커니즘 : 강간죄 해석에 있어서의 최협의 폭행.협박설 비판
/ 신윤진(본 상담소 법정지원팀)
- 디딤돌 판결 - 2004고합228 / 서울북부지방법원 제11형사부

2차 자료집 (2006년 8월)

- "성폭력 조장하는" 대법원판례 ? / 한인섭(서울대 법대 교수)
- 강간죄 폭행.협박의 최협의설에 대한 판례평석- 90도 2224
/ 장임다혜(본 상담소 법정지원팀)
- 성폭력을 조장하는 대법원 판례바꾸기 운동 취지문

3차 자료집 (2006년 9월)

- 존엄, 정의의 자쫓빛 메시지로 / 이미경(본 상담소 소장)
- 최협의설에 따른 판례 평석-2005도3071 / 조민영(변호사)
- 판례 속에 드러난 강간죄 법리의 문제점 / 레떼(본 상담소 법정지원팀)
- 최협의설 적용을 완화한 판결
- 성폭력을 조장하는 대법원 판례바꾸기 운동 취지문

■ 평석문 시리즈 ④

최협의설을 인용한 대법원 판례의 문제점과 개선방향에 대한 소고 - 2004도2611

박 용 철 (서강대 법학과 조교수)

<목 차>

- | | |
|---------------|------------|
| I. 들어가는 말 | IV. 입증의 문제 |
| II. 강간죄는 무엇인가 | V. 개선 방향 |
| III. 대법원 판례 | VI. 맺음말 |

I. 들어가는 말

우리 형법 제297조는 강간에 대하여 ‘폭행 또는 협박으로 부녀를 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.’고 규정하고 있어 그 폭행과 협박의 정도에 대해서는 별도의 규정을 두고 있지 않다. 이와 같이 법조문 자체에서 어느 정도의 폭행, 협박이 있어야 강간죄가 성립되는지 명시되어 있지 않음에도 불구하고 우리 판례는 줄곧 “강간죄가 성립하려면 가해자의 폭행, 협박은 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이어야 하고, 그 폭행, 협박이 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이었는지 여부는 그 폭행, 협박의 내용과 정도는 물론 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 판단하여야 한다.”¹⁾라고 판시하고 있다. 이러한 대법원의 입장은 강간

죄가 되기 위해서는 폭행 또는 협박을 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것으로서 최대한 좁게 해석한다는 취지에서 ‘최협의설’로 이름붙여졌고, 학계에서 통설적인 지위를 차지하고 있으며, 최협의의 폭행 또는 협박을 입증하기 위해서는 피해자의 반항 내지 항거행위의 유무 여부를 기준으로 판단해야 한다고 주장함으로써 강간죄라는 것을 사실상 여성의 정조를 침해하는 것이며, 피해자인 여성 입장에서는 ‘정조 의무’를 보호하기 위해서 사력을 다할 것을 요구한다는 면에서, 그리고 입증을 여성의 항거행위의 유무와 정도라는 ‘객관적’으로 드러난 것으로 엄격히 판단하려는 측면에 치우쳐 있다는 측면에서 많은 비판을 받아왔다.²⁾

이 글에서는 대법원의 최근 판례를 통하여 과연 우리 법원이 보는 강간죄의 의미는 무엇인지를 알아보고, 강간죄와 유사한 범죄인 준강간죄와 구분하여 어떠한 차이가 있는지를 살펴봄, 외국의 사례와 비추어 어떠한 점이 개선의 여지가 있는지 간략하게 의견을 펼쳐보고자

-
- 1) 대법원 1999.9.21 선고 99도2608 판결, 2001. 2. 23. 선고 2000도5395 판결 등 참조.
 - 2) 한편, 통설적 입장인 최협의설을 따르는 배종대 교수는 부녀의 반항행위가 불필요하고 폭행, 협박이 상대방의 의사에 반하는 정도이면 충분하며 따라서 피해자의 “진지한 거부 의사표시”와 가해자의 폭행, 협박이 결합하면 강간죄를 인정할 수 있다는 협의설적 입장을 지지하는 박상기 교수와 조국 교수의 견해에 대하여 크게 세가지 논거를 들어 이의 타당성에 대하여 반박하고 있다. 첫째, 협의설적 입장은 피해자측면에서는 환영할 만한 일이 될지 모르나 행위자입장에서는 억울한 일이 발생할 수 있는 가능성을 그만큼 높이게 된다. 이것은 “반항의 현저한 곤란”도 실무적으로 그 판단기준이 어려운 문제가 되고 있는데, “진지한 거부 의사표시”의 경우에는 더욱 심각할 것이라는 점이며 피해자의 일방적 보호가 아닌 그와 행위자의 균형적 보호가 형법의 궁극적 목적이다. 둘째, 성적 자결권은 강도죄, 준강도죄 등 재산죄보다 훨씬 중요한 의미가 있음에도 불구하고 오히려 그 경우보다 폭행, 협박정도를 낮게 잡는 것도 해석의 일관성이라는 측면에서 문제가 있다고 할 수 있다. 셋째, 반항이 현저하게 곤란하지 않은 상황에서도 성적 자결권을 포기한다는 전제는 오히려 부녀의 인격을 폄하하는 것이다. (배종대, 형법각론, 제6전정판, 홍문사, 2006, 233~234면). 이와 같은 반대 견해에 대하여 이 글에서는 이러한 견해가 있다는 것만 밝히고자 한다.

한다.

II. 강간죄는 무엇인가?

1. 강간죄의 보호법익

강간죄 등과 같은 성범죄는 과거 정조에 관한 죄로 불리워졌다.³⁾ 정조에 관한 죄로 강간죄 규정이 수호하는 법익을 해석할 경우 과거 소위 보호할 가치가 없는 정조를 가진 부녀에 대해서는 본죄 성립 여부가 논란이 되며 법은 정숙한 여인의 건전하고 순결한 정조만을 보호한다는 논의가 있었던 것도 사실이다.⁴⁾

강간죄를 논의함에 있어 우선적으로 해결되어야 할 점은 과연 강간죄의 초점이 어디에 맞추어져 있는가하는 점이다. 형법 제297조에 나와 있는 것과 같이 폭행과 협박은 강간을 하기 위한 도구로써 행해지는 것이다. 그렇다면, 강간을 가능케 한 폭행과 협박의 정도를 평가할 때, 이를 주관적인 관점을 개입하여 개별 피해자가 각각 느끼는 주관적인 것으로 보고, 피해자 개인의 특성을 인정해야 하는가 아니면 폭행 협박의 정도에 대하여 사회적 제한을 두어 이른바 객관화가 필요한 것인지 의문이 생기지 않을 수 없다. 즉, 동의하지 않은 성관계는 무조건 강간으로 보아야 하는 것인지 아니면 객관화가 필요한 것인지, 그리고 객관화가 필요하다면 과연 어느 정도의 객관적 기준이 필요한 것인지가 논의될 수 있는 것이다. 이른바 ‘최협의설’을 주장하는 대법원 판례는 강간에 이르게 한 폭행과 협박이 “항거가 불능하거나 곤란하게

3) 김일수, 성적 자유와 강간죄, 고시계, 1993. 6월호, 99면, 박상기, 형법각론, 제6판, 박영사, 2005, 146면.

4) 김일수, 103면 주석 10번에서 1950년대 문제가 되었던 한국판 카사노바 박인수 사건의 판결에서의 권순영 판사의 견해를 인용하고 있다.

할 정도”의 것임을 요구한다는 면에서 강간죄 처벌을 위해서는 엄격한 객관적인 잣대를 요구하는 시도라 볼 수 있을 것이다.

그렇다면, 강간죄의 보호법익은 무엇인가? 강간죄의 보호법익을 침해했다는 것이 어떤 의미를 갖고 있는가? 학계에서 강간죄의 보호법익은 ‘정조’나 ‘여성의 성적 순결’이 아닌 ‘성적 자기결정권(right to sexual autonomy 또는 Freiheit der sexuellen Selbstbestimmung)’임이 합의되고 있다.⁵⁾ 하지만 대법원 판례에서 이야기하는 최협의설은 강간죄의 보호법익을 여성의 ‘성적 자기결정권’으로 보는 시각과 조화될 수 없다.⁶⁾ 왜냐하면, 최협의설에서 주장하는 폭행과 협박의 항거 곤란성 혹은 항거 불능성을 입증하기 위한 피해자의 반항 행위의 필수적 존재 요구는 정조 의무에서 요구하는 의무성 즉, 강간죄의 피해자는 강간을 하는 행위자에 대하여 자신의 순결의무를 지키기 위하여 저항할 것이 요구하는 것과 일치하는 것으로 볼 수 있으므로⁷⁾, 대법원 판례와 통설적 입장은 사실상 강간죄의 보호법익을 개인의 성적 자기결정권이 아닌 정조의무로 계속 보고 있다고 말할 수 있는 것이다.

2. 준강간죄의 논의

강간죄를 논의함에 있어 우선 준강간은 무엇이고 어떻게 비교될 수 있는지 볼 필요가 있다. 우리 형법 제299조는 준강간과 준강제추행에 대하여 ‘사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 간음 또는

5) 조국, 아내 강간의 성부와 강간죄에서의 폭행 협박의 정도에 대한 재검토, 형사정책 제13권 제1호, 2001. 1. 1면, 이재상, 형법각론, 제5판(보정판), 박영사, 2006, 155면, 배종대, 형법각론, 제6전정판, 홍문사, 2006, 240면, 오영근, 형법각론, 박영사, 2005, 165면, 김일수/서보화, 형법각론, 새로쓴 제6판, 박영사, 2005, 154면, 박상기, 형법각론, 제6판, 박영사, 2005, 146면, 정성근/박광민, 형법각론, 제2판, 삼지사, 2006, 166면.

6) 조국, 전제논문 제2면.

7) Id.

추행을 한 자는 전2조의 예에 의한다'고 규정하고 있다.

준강간죄의 보호법익과 관련하여 역시 준강간죄가 부녀의 성 내지 정조를 침해하는 범죄이고, 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있는 피해자에게는 결정이 불가능하므로 보호법익 역시 부녀의 성 내지 정조라는 주장과⁸⁾ 준강간죄와 관련해서도 역시 성범죄에서 보호하는 성적 자기결정의 자유는 현실적인 결정의 자유뿐만 아니라 그 진정한 자유의 가능성 즉 잠재적 자유까지도 포함하므로 부녀의 성적 자기결정의 자유가 보호법익이 된다는 견해⁹⁾가 대립하고 있다. 준강간죄의 보호법익을 부녀의 성 내지 정조로 보는 입장에서는 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있는 부녀는 성적 자기결정의 능력이 없다는 이유로 준강간죄의 보호법익이 성적 자기결정의 자유라는 의견을 부정하고 있는데, 이는 위에서 논의한 대법원 판례에서의 강간 역시 항거불능의 상태에 이를 정도의 폭력과 협박이 사용된 경우로 제한된다는 최협의설적 입장을 따르면 강간이나 준강간 모두 피해자가 항거불능 내지 항거곤란 상태에서 행해져야 성립하는 것으로 보는 것이다. 즉, 강간죄에 있어 폭행, 협박의 정도를 판단함에 있어 준강간죄에 규정되어 있는 항거불능의 개념을 차용하여 규정했다고 볼 수 있는 것이다.

대법원의 이러한 종래 입장은 강간죄의 보호법익을 사실상 법익이라 할 수 없고, 오히려 부당하게 의무로써 강조된 피해자의 정조를 침해한 것으로 본 측면이 있고, 또한 입증을 어떻게 할 것인가가 문제가 된다 할 수 있을 것이다.

3. 과거 독일과 현 일본의 학설과 판례를 과도하게 존중하는 최협의설

8) 백형구, 준강간죄와 준강간죄 - 학설, 판례의 정리 - 고시계, 2003. 2월호, 56면

9) 이재상 166면, 김일수 166면.

독일은 1997년 개정 전 독일 형법상 2년 이상의 자유형에 처해지는 ‘강간죄’는 ‘폭행 또는 신체나 생명에 대한 현존하는 위협에의 협박(mit Gewalt, durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben)“(독일형법 제177조 제1항)을 요건으로 하고 있었고,¹⁰⁾ 그러한 정도에 미치지 못하는 폭행, 협박의 경우(ein minder schwerer Fall)는 처벌을 하지 못하는 것이 아니라 형량을 감경하여 6월이나 5년 이하의 자유형에 처하는 규정(동조 제5항)을 갖고 있었고, 이는 지금도 유지되고 있다.¹¹⁾

또한, 개정 독일형법 제177조 제1항을 보면 종래의 유형에 ‘피해자가 행위자의 공격에 대하여 보호 없이 노출되어 있는 상태를 이용(unter Ausnutzung einer Lage, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist)하는 경우도 강간죄의 구성요건으로 포섭하여 그 성립범위를 보다 확장하였고, 그 결과 피해자가 경악으로 몸이 굳어 버렸거나 또는 가해자에 대한 공포, 기타 다른 심리적 이유로 저항할 능력이 없었던 경우¹²⁾ 또는 타인의 도움을 전혀 기대할 수 없고 가해자는 체력적으로 우월하여 저항하는 것을 무의미하다고 생각하여 처음부터 저항을 포기한 경우에까지 강간죄의 성립이 가능하도록 하였다.¹³⁾

즉 독일의 입장을 보면, 비록 강간죄 자체는 최협의설에서 주장하는 폭력, 협박이 있어야만 성립하지만, 이보다 낮은 정도의 폭력, 협박의 경우에도 그 처벌의 길을 열어놓고 있다는 측면에서 단순히 객관화

10) 조국, 아내 강간의 성부와 강간죄에서의 폭행 협박의 정도에 대한 재검토, 형사정책 제13권 제1호, 2001. 1. 25면

11) 조국, 25면.

12) Fischer, in : Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch Kommentar, 49. Aufl., 1999, §177 Rdnr. 13 참조 (조국 26면 주석 번호 77에서 인용).

13) Id. §177 Rdnr. 11 참조 (조국, 26면 주석 번호 78에서 인용)

된 어떠한 잣대로 강간죄 유무를 판단하는 것 이외에 피해자의 주관적인 상황을 고려하여 판단할 수 있도록 하고 있다.

4. 미국에서의 강간죄에서의 “필사적 저항” 요건의 폐기와 ‘폭력’ 또는 ‘폭력행사의 위협’ 의 정도

미국 역시 1970년까지 강간죄를 판단함에 있어 피해자가 ‘필사적 저항’을 했을 때에만 피해자의 동의가 없었다고 인정하고 있었고, ‘필사적 저항’은 피해자가 자신이 지칠때까지 모든 힘을 다하여 가해자와 싸우는 것으로 정의되었다.¹⁴⁾ 이후 벌어진 ‘강간죄 개혁운동’에 힘입어 이러한 ‘필사적 저항’을 요건으로 하는 부동의를 삭제되었고, 강간죄는 오직 ‘폭력’에 의해서 정의되었다.¹⁵⁾

‘저항’이 존재해야 하는지에 대해서 지속적으로 논란이 되어 왔으나 ‘저항’을 요건으로 하는 경우에도 ‘필사적 저항’이 아닌 ‘진지한 저항’(earnest resistance) 내지 ‘합리적 저항’(reasonable resistance)을 요구하는 것으로 순화되었다.¹⁶⁾ 또한, 강간죄에 이르게 한 폭력을 이야기할 때 강간죄 그 자체를 폭력으로 보아 동의만 없다면 강간죄가 성립되는 것으로 보는지, 아니면 성교행위 이외의 별도 ‘폭력’이 필요한지에 대해서는 미국 학계와 실무에서 많은 논란이 되고 있다.¹⁷⁾

III. 대법원 판례 - 2004도2611 판결

14) 조국, 20면.

15) 조국, 21면.

16) 조국, 22면.

17) 조국, 25면.

1. 공소사실

이 사건의 공소사실의 요지는 “피고인은 2004.1.6경 당시 14세인 피해자를 인터넷 채팅사이트인 ‘버디버디’에서 알게 되어 2004.1.18. 03:00경 비디오방에서 함께 영화를 보다가 순간적으로 욕정을 일으켜 ‘야, 우리 하자.’고 말하면서 비디오방 소파에 누워 있던 피해자의 몸 위에 올라타 움직이지 못하게 하고 양손으로 바지와 팬티를 벗기는 등 피해자의 반항을 억압한 후 1회 강간하였고, 같은 날 13:00경 **시 **구 **동 소재 피고인이 근무하는 회사 숙직실에서 누워있던 피해자를 보고 순간적으로 욕정을 일으켜 ‘하자’고 말하면서 피해자의 몸 위에 올라타 움직이지 못하게 하고 양손으로 팬티를 벗기는 등 피해자의 반항을 억압한 후 1회 강간하였다”는 것이다.

2. 1심, 2심 판결

1심과 위의 공소사실을 유죄로 인정하였고, 2심은 피고인의 사실오인 및 양형부당에 관한 항소이유를 그 판시와 같은 이유로 모두 배척하고 위 공소사실을 유죄로 인정한 제1심 판결을 그대로 유지하고 있다.

3. 대법원의 판단¹⁸⁾

대법원이 1심, 2심 판결에 대하여 무죄로 판단하며 파기환송한 근

18) 대법원에서는 항소이유서의 제출기간이라든지 검사 작성 피의자신문조서, 사법경찰리 작성 피의자신문조서 등에 대한 논의가 첨가되어 있으나, 본고의 목적상 폭행, 협박을 최협의설로 판단하여 1심, 2심 판결을 파기, 환송한 부분만 논의하도록 한다.

거로 이용한 자료는 크게 두 가지이다. 첫째, 피해자의 사법경찰관이 작성한 진술조서에 의하면 피해자는 “강간할 당시 피고인이 위험한 물건이나 흉기로 협박한 사실은 없었고, 힘으로 누르고 인상을 쓰면서 미친 사람처럼 강간했다.”는 말로써 당시 상황을 설명하고 있다는 것이다. 둘째, 검사가 작성한 피고인에 대한 피의자신문조서상 피고인은 “비디오방에서 갑자기 욕정이 생겨 피해자의 가슴을 만지자 피해자가 ‘하지 마라.’고 하면서 손을 뿌리쳤으나, 피고인이 ‘야 우리하자.’고 말하였더니 피해자가 아무 말도 하지 않고 소파에 기대어 누워 있어 피고인이 피해자의 위로 올라간 뒤 강제적으로 바지를 벗기려고 하자 피해자가 너무 놀라 피고인을 밀치며 비디오를 계속 보라고 하였으나 욕정을 참지 못하고 피해자를 꼼짝 못하게 한 뒤 강제적으로 피해자의 바지를 벗기고 강간을 하였고, 회사 숙직실에 온 뒤에도 피해자가 누워있는 모습을 보고 피해자에게 다가가 ‘하자’고 하였더니 아무런 대답을 하지 않아 팬티바람으로 자고 있던 피해자에게 다가가 옷을 벗고 위로 올라가 강제로 성관계를 맺었다.”라고 말하고 있다는 것이다.

대법원은 이어 “이와 같이 피해자와 피고인의 진술에 의하여 인정되는 피고인이 피해자를 간음하게 된 경위, 피고인과 피해자의 관계, 간음 당시의 정황 및 그 이후 피고인과 피해자의 행적 등 모든 사정을 종합하여 보면, 피고인은 피해자의 의사에 반하는 정도의 유형력을 행사하여 피해자를 간음한 것으로 볼 여지는 있으나, 더 나아가 그 유형력의 행사로 인하여 반항을 못하거나 반항을 현저하게 곤란하게 할 정도에까지 이르렀다는 점에 대하여는 합리적인 의심이 없을 정도로 증명되었다고 보기는 어렵다 할 것이므로, 사정이 이와 같다면 원심으로서 피해자를 증인으로 신문하는 등 피고인이 피해자와 성관계를 맺기 전후의 사정을 자세히 심리하여 본 후 피고인이 피해자의 항거를

현저하게 곤란하게 할 정도의 유형력을 행사하였는지에 관하여 판단하였어야 할 것임에도 불구하고 위와 같이 강간범행을 인정하기에는 불충분한 증거들만으로 이 사건 공소사실을 유죄로 인정한 제1심판결을 유지하고 말았으니 이러한 원심판결에는 심리를 제대로 다하지 아니하였거나 채증법칙에 위반하여 사실을 오인하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다 할 것이다”라는 이유로 피고인에 대하여 무죄를 선고하였다.

4. 대법원 판단에 대한 비판

위에서 논의한대로 강간에 사용된 폭력과 협박을 판단함에 있어 최협의설적인 입장을 따르는 동시에 대법원 판결은 14세라는 피해자의 나이에도 불구하고 새벽 3시라는 늦은 시간에 비디오방에 피고인과 함께 있었으며 제1회 강간 이후에도 아무런 도움을 요청함 없이 피고인을 따라가 피고인 회사 숙직실에서 숙옷 차림으로 잠을 자고 있었다는 점 등을 들어 강간죄를 입증하기 힘든 것으로 판단하고 있는 것으로 보인다.

또한 강간상황을 묘사함에 있어 피해자가 비록 “강제”로 성관계를 하였다는 주장은 하고 있으나 “강간할 당시 피고인이 위험한 물건이나 흉기로 협박한 사실은 없었고, 힘으로 누르고 인상을 쓰면서 미친 사람처럼 강간했다”고 진술한 것과, 피고인이 “욕정을 참지 못하고 피해자를 꿈쩍 못하게 한 뒤 강제적으로 피해자의 바지를 벗기고 강간을 하였다.”라든지 “아무런 대답을 하지 않아 팬티바람으로 자고 있던 피해자에게 다가가 옷을 벗고 위로 올라가 강제로 성관계를 맺었다.”는 진술에서 비록 어느 정도의 강제성은 인정된다 할지라도 최협의설에서 주장하는 항거 불능 내지 지극히 항거가 곤란하게 한 폭력 내지 협박

은 행사하지 않았다는 입장을 보이고 있는 것이다.

이러한 판결은 피해자가 새벽 3시에 피고인과 함께 있을 정도의 이른바 비행 소녀였다는 점을 보아 이 피해자의 법익은 성적 자기결정권이 아닌 보호할 필요가 없는 정조로 본 것이 아닌가하는 비판을 하게 만든다. 비록 이 경우 피해자가 만14세인 관계로 13세 미만인 경우에 적용되는 우리 형법 제305조에서 규정하고 있는 이른바 미성년자의제 강간죄가 성립되는 경우는 아니긴 하지만 피해자의 나이가 어린 만큼 최협의설에서 주장하고 요구하는 항거불능 내지 항거곤란에 해당한다고 객관적으로 판단 가능한 저항을 하지 못할 가능성이 더욱 있는 것이 아닌가라는 의문을 던지게 된다.

IV. 입증의 문제

강간죄는 가해자의 정액이나 피해자의 몸에 남겨진 상처 등의 증거가 없으면 입증이 힘든 소위 당사자간의 다툼에만 근거하는(he said, she said) 사건이 되기 쉽다. 또한, 정액이나 상처 등의 증거가 발견되었다 하더라도 그러한 증거가 강간의 사실을 직접적으로 입증해 주는 것은 아니다.

비록 본고에서 논의하지는 않았으나 위의 두 판결에서도 알 수 있듯이, 우리 형사소송법은 경찰관이 작성한 피의자 신문조서와, 검사가 작성한 피의자 신문조서의 소위 증거능력을 다르게 취급하고 있다.¹⁹⁾ 즉, 경찰관이 작성한 신문조서의 경우 재판시 피고인이 이를 부정하면 증거로써 아무런 영향을 미치지 않는 반면에 검사가 작성한 동일한 내용의 피의자신문조서의 경우 재판시 피고인이 이를 부정하더라도 증거

19) 우리 형사소송법 제312조에 규정되어 있다.

가 채택될 여지가 있다. 경찰관이 작성한 피의자신문조서는 대개의 경우 검거 직후 행해진 경우가 많은데, 비록 피의자/피고인의 인권 문제와 관련하여 이와 같은 경찰관 작성 피의자신문조서는 많은 절차적 문제를 내포하고 있으나,²⁰⁾ 그렇게 얻어진 내용이 실체적 진실에 더욱 가까울 가능성도 배제할 수는 없을 것이다. 강간죄의 경우 재판시 문제가 되는 것들은 경찰관이 피의자 신문을 할 때에는 강간의 사실을 인정하다가 차후에 이러한 자백을 번복한 경우가 대다수이다.

그렇게 입증 자체가 어려울 수 있는 것을 고려하여 객관적으로 강간 여부를 확인할 수 있는 피해자의 반항 여부를 엄격하게 요구하는 것이다. 하지만 우리의 경우 강간죄가 친고죄로 규정되어 있기 때문에 수많은 고민 끝에 고소하기로 결정을 내린 피해자에게 반항 여부에 대한 객관적 증거 제시를 요구하는 것은 강간죄라는 것이 결국 정조라는 사회적 법익을 수호한다기보다 여성 성적 자기결정권이라는 지극히 개인적이고 개별적인 권리를 보호한다는 측면에서 미흡한 점이 있으며, 여성으로 하여금 적극적인 자기방어를 하지 않았음을 문제 삼아 책임을 전가할 가능성이 크고, 피해자인 여성의 강간에 대한 다양한 대응 형태를 지극히 획일화하려는 시도일 수 있다.²¹⁾

V. 개선방향

위에서 논의한대로 우리의 경우 강간죄로 처벌 받는 폭행 및 협박의 정도가 판례와 통설에 의해서 최협의로 해석되는 반면에 우리 형법

20) 우리의 경우 아직까지 피의자신문조서를 받을 때 변호인의 조력을 받을 권리가 적극적으로 보장되고 있지는 않다. 따라서, 절차법상으로 방어권이 갖추어지지 않은 채 얻어진 피의자신문조서는 그 증거능력이 사실상 부정되어야 하는 것이 아닌가라는 것이 개인적 소견이다.

21) 박상기, 형법각론, 151면.

에는 강간죄의 감경적 구성요건이 없다.²²⁾ 그리고, 강간죄 판단에 있어 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 판단하여야 한다고 규정하고 있는 반면에 이러한 판단이 법원의 평소 지론이나 자의에 의해서 가해자에게 과도하게 유리하게 해석될 가능성도 배제할 수 없다. 따라서 독일형법과 미국 모범형법전(Model Penal Code)에서 규정하고 있는 이른바 강간죄의 유형화가 한 대안이라 할 수 있다.²³⁾ 독일형법 제177조 2항은 강간죄에 있어 여러 감경사유를 인정하고 있는데, 예를 들어 강간의 피해자와 과거부터 성관계를 가져왔던 경우²⁴⁾ 혹은 피해자와 진심으로 사귀고 싶은 마음에서 성관계를 강요한 경우,²⁵⁾ 피해자가 가해자의 승용차에 스스로 올라타고 범행현장에 도착하였거나,²⁶⁾ 여관에 따라 들어간 경우 등에는 강간죄를 인정하되 통상의 강간죄(제177조 1항)가 2년 이상의 자유형인데 비해 6월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다고 규정하고 있다.²⁷⁾ 미국의 모범형법전 역시 다양한 유형의 강간죄를 인정하고 있다.²⁸⁾

이와 같이 비록 모든 문제를 해결할 수는 없겠지만, 강간죄의 폭행과 협박에 대하여 협의설을 취함과 동시에 이처럼 입법론적으로 강간죄를 유형화함으로써 가해자와 피해자간의 형평을 조화시킬 수 있으리라 본다.

VI. 맺음말

22) 박상기, 형법각론, 154면.

23) Id. at 155면.

24) Id. BGH NStZ 1982, 82면.

25) Id. BGH NStZ 1983, 71면.

26) Id. BGH NStZ 1983, 119면.

27) 박상기, 형법각론, 155면.

28) Model Penal Code § 213.1.

개인적으로 본인의 강간죄에 대한 연구는 이제 시작하는 단계로 생각한다. 연구를 시작하는 입장에서 현재의 입장은 위에서 밝힌 대로 일반적으로 성범죄는 사회적인 요소가 포함되어 있는 정조에 대한 보호법익을 수호하기 위하여 규정된 것이 아니라 개인의 성적 자기결정권을 사회가 존중하여 이를 대신 보호하기 위해 제정된 것으로 보아야 한다는 것이 지론이며, 이러한 성적 자기결정권 보호에 있어서 어떠한 종래의 가부장적인 사회의 시각이 개입되어서는 안되며, 이에는 강간죄와 준강간죄에 대한 인식과 해당 법조문이 보호하는 법익에 차이가 없어야 한다고 본다. 왜냐하면 정조라는 것은 과거 여성에게만 지나치게 강조되어온 순결의식의 발로라 볼 수 있고, 정조라는 것이 권리라기보다는 정숙하고 순결한 여자로서 지켜야할 의무로서의 측면이 더욱 강조되어 왔을 뿐만 아니라, “보호받을 필요가 없는 정조”라는 표현에서도 알 수 있듯이, “정조”라는 것이 과연 무엇인지에 대한 사회적 합의에 의해 그 보호 여부가 결정되기 때문이다.

위에서 논의한대로 강간죄 성립을 위하여 최협의설에서 주장하는 항거불능 내지 항거곤란에 이르게하는 폭행과 협박이 있어야 한다는 것은 강간죄의 보호법익이 여성의 성적 자기결정권이라기 보다는 정조이며 정조는 이를 수호하기 위한 자의 반항행위가 있어야 한다는 종래의 사고가 반영된 것이라 볼 것이며, 강간죄의 특성상 폭행과 협박의 입증을 위하여 반항행위 등의 반증을 엄격하게 요구하는 것은 피해자가 극도로 반항하여 사실상 항거불능 내지 항거곤란에 이르게 만들어야 강간죄로 인정된다는 점에서 피해자 보호에 불충분한 점이 있다.

덧붙여 마지막으로 강간죄의 성립 여부를 살펴봄에 있어서, 가해자와 피해자간의 관계라든지 등의 강간 사실 이외의 자료를 보는 것은

장기적으로 볼 때 꼭 개선이 필요한 부분이라고 본다. 왜냐하면, 강간 피해자라고 주장하는 사람의 과거 성행이라든지, 피고인과의 평소 관계가 강간 여부를 판단하는 한 요소가 될 수 있는 반면에 강간이 일어나는 그 상황 자체와는 무관할 것일 수 있기 때문이다. 이처럼 강간죄 처벌에 있어 강간이 일어났다고 주장하는 그 상황 이외의 다른 요소를 과연 고려해야 하는지는 강간죄가 유형적으로 구별되어 처벌되지 않는 현행법 상황에서 앞으로 꾸준한 연구가 필요한 본인에게 남겨진 지속적인 연구과제이다.

참고문헌

김일수/서보학, 형법각론, 새로쓴 제6판, 박영사, 2005.

박상기, 형법각론, 제6판, 박영사, 2005.

배종대, 형법각론, 제6전정판, 홍문사, 2006.

오영근, 형법각론, 박영사, 2005.

이재상, 형법각론, 제5판(보정판), 박영사, 2006.

정성근/박광민, 형법각론, 제2판, 삼지사, 2006.

백형구, 준강도죄와 준강간죄 - 학설, 판례의 정리 - 고시계, 2003, 2월호

이용식, 강간죄와 준강간죄, 고시연구, 1996, 12월호

조국, 아내 강간의 성부와 강간죄에서의 폭행, 협박의 정도에 대한 재검토, 형사정책 제13권 제1호, 2001. 1.

대 법 원

판 결

사 건 **** * **** 청소년의성보호에관한법률위반
(청소년강간등)

피 고 인 ○○○

상 고 인 ○○○

변 호 인 변호사 ○○○

원 심 판 결 ○○고등법원 2004. 4. 13. 선고 **** * *** 판결

판 결 선 고 2004. 6. 25.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 ○○고등법원으로 환송한다.

이 유

1. 이 사건 공소사실의 요지는, "피고인은 2004. 1. 6.경 인터넷 채팅사이트인 '버디버디'를 통하여 피해자 공소의 1(여, 14세)를 알게 된 것을 기화로, (1) 2004. 1. 18. 03:00경 **시 **구 **동 소재 비디오방에서 위 피해자와 함께 영화를 보다가 순간적으로 욕정을 일으켜 '야, 우리 하자.'고 말하면서 그 곳 소파에 누워 있던 피해자의 몸 위에 올라 타 움직이지 못하게 하고 양손으로 바지와 팬티를 벗기는 등 피해자의 반항을 억압한 후 1회 강간하고, (2) 같은 날 13:00경 **시 **구 **동 (번지생략) 소재 피고인이 근무하는 '(상호생략)' 회사 숙직실에서 그 곳에 누워있던 피해자를 보고 순간적으로 욕정을 일으켜 '하자'고 말하면서 피해자의 몸 위에 올라 타 움직이지 못하게 하고 양손으로 팬티를 벗기는 등 피해자의 반항을 억압한 후 1회 강간하였다."는 것이고, 이에 대하여 원심은 피고인의 사실오인 및 양형부당에 관한 항소이

유를 그 판시와 같은 이유로 모두 배척하고 위 공소사실을 유죄로 인정한 제1심판결을 그대로 유지하고 있다.

2. 상고이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 본다.

형사소송법 제361조의3, 제364조 등의 규정에 의하면 항소심의 구조는 피고인 또는 변호인이 법정기간 내에 제출한 항소이유서에 의하여 심판되는 것이므로 항소이유서 제출기간의 경과를 기다리지 않고는 항소사건을 심판할 수 없다 할 것이다(대법원 1964. 5. 19. 선고 64도71 판결, 1968. 5. 21. 선고 68도457 판결 참조).

기록에 의하면, 원심은 2004. 3. 24. ○○○ 변호사를 피고인의 국선변호인으로 선정하고 국선변호인에게 국선변호인선정결정, 소송기록접수통지서 및 공판기일통지서(2004. 4. 1. 10:00)의 송달을 실시하여 위 송달서류들은 2004. 3. 26. 국선변호인에게 송달된 사실, 또한, 원심은 2004. 3. 24. 피고인에게 소송기록접수통지서 및 국선변호인선정고지서의 송달을 실시하여 위 송달서류들은 2004. 3. 27. 피고인에게 송달된 사실, 원심은 2004. 4. 1. 10:00에 제1회 공판기일을 진행하였는데 국선변호인은 위 공판기일에 원심법정에서 항소이유서를 제출하고 이를 진술하였으며 원심은 위 공판기일을 진행한 후 변론을 종결하고 2004. 4. 13. 10:00 제2회 공판기일을 열어 피고인의 항소를 기각하는 판결을 선고한 사실을 각 인정할 수 있다.

위 사실에 의하면, 국선변호인의 항소이유서 제출기간은 2004. 4. 15.까지이고, 피고인의 항소이유서 제출기간은 2004. 4. 16.까지라 할 것임에도 불구하고, 원심은 2004. 4. 1. 국선변호인이 제출한 항소이유에 대한 심리만을 마친 채 항소이유서 제출기간이 경과되기 이전인 2004. 4. 13. 피고인의 항소를 기각하는 판결을 선고함으로써 항소심의 재판을 마쳤으니, 이러한 원심의 조치는 피고인 및 국선변호인의 항소이유서 제출기간 만료시까지 항소이유서를 제출할 수 있는 기회를 박탈한 것으로서 판결에 영향을 미치는 법령위반이라 할 것이므로, 형사소송법 제384조 단서, 제383조 제1호에 의하여 원심판결은 파기를 면치 못한다 할 것이다.

3. 상고이유를 본다.

형사소송법 제318조에 규정된 증거동의의 의사표시는 증거조사가 완료되

기 전까지 취소 또는 철회할 수 있으나, 일단 증거조사가 완료된 뒤에는 취소 또는 철회가 인정되지 아니하므로 취소 또는 철회 이전에 이미 취득한 증거능력은 상실되지 않는다 할 것이다(대법원 1988. 11. 8. 선고 88도 1628 판결, 대법원 1990. 2. 13. 선고 89도2366 판결, 1994. 7. 29. 선고 93도955 판결 등 참조).

이 사건에 있어서 공판조서의 일부를 이루는 증거목록에 의하면, 피고인은 제1심의 제1회 공판기일에 검사 작성의 피의자신문조서에 대하여는 성립 및 임의성 인정, 사법경찰리 작성의 피의자신문조서에 대하여는 성립, 임의성 및 내용인정, 사법경찰리 작성의 피해자 공소외 1에 대한 진술조서에 대하여는 증거동의를 한 것으로 각 기재되어 있고, 제1심법원의 제1회 공판조서에 의하면 법원이 증거조사결과에 대하여 의견을 묻는 데 대하여 피고인 및 변호인은 모두 별 의견이 없다고 진술한 것으로 기재되어 있으며, 증거조사 완료 전까지 위 증거에 대한 의사표시가 취소 또는 철회되었다고 볼 자료를 기록상 찾아볼 수 없다.

따라서 사법경찰리 작성의 피해자 공소외 1에 대한 진술조서는 진정한 것으로 인정되는 한 피고인이 항소심에서 증거로 함에 부동의 하였다고 하더라도 이미 적법하게 부여된 증거능력을 상실한다고 볼 수 없다 할 것이고, 또한, 검사 작성의 피의자신문조서와 사법경찰리 작성의 피의자신문조서는 그 내용이 제1심법정에서의 피고인의 진술과 크게 다르지 않고 달리 피고인이 그 성립을 인정하지 아니하였다거나 피고인의 진술에 임의성을 의심할 만한 자료도 없으며, 사법경찰리 작성의 피의자신문조서는 뒤에서 살펴보는 바와 같이 범행을 모두 자백하는 내용으로 기재되어 있는 것으로 볼 수 없어 그 내용을 인정한 것이 잘못이라 할 수도 없다고 보이므로 위 각 피의자신문조서의 증거능력을 인정하여 이를 유죄의 증거로 삼은 데에 위법이 있다고 할 수 없다 할 것이어서, 위 증거들의 증거능력을 다투는 취지의 상고이유의 주장은 이유 없다 할 것이다.

그러나 원심이 피고인에 대한 이 사건 공소사실을 모두 유죄로 인정한 제1심판결을 그대로 유지한 조치는 다음과 같은 이유로 이를 수긍하기 어렵다.

강간죄가 성립하려면 가해자의 폭행·협박은 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이어야 하고, 그 폭행·협박이 피해자

의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이었는지 여부는 그 폭행·협박의 내용과 정도는 물론 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 판단하여야 한다(대법원 1999. 9. 21. 선고 99도2608 판결, 2001. 2. 23. 선고 2000도5395 판결 등 참조).

원심이 유지한 제1심판결은, 피고인의 범정진술, 피고인에 대한 검찰 및 경찰에서의 피의자신문조서, 피해자 공소외 1에 대한 경찰 진술조서, 피해자 공소외 1의 아버지 공소외 2작성의 고소장을 종합하여 이 사건 공소사실을 유죄로 인정하고 있는바, 우선 공소외 2작성의 고소장은 '피고인이 피해자를 2회에 걸쳐 강간한 것에 대하여 처벌해 달라.'는 취지로서 위 공소외 2가 범행현장을 직접 목격하거나 경험한 사실을 기재한 것이 아니며, 피고인의 제1심법정에서의 진술은 '피해자의 동의를 구하지 아니하고 성행위를 하였지만 거세게 반항을 한 것이 아니었으므로 누르거나 억압을 할 필요가 없었고 피해자를 폭행한 사실이 없다.'는 취지로서 강간범행을 자백하는 취지의 진술로 볼 수는 없으므로, 위 증거들은 이 사건 공소사실을 인정하기 위한 증거로 삼기에는 부족하다 할 것이어서, 나머지 증거들인 피해자 공소외 1에 대한 경찰 진술조서와 피고인에 대한 검찰 및 경찰 피의자신문조서에 의하여 이 사건 공소사실을 인정할 수 있는지에 관하여 살펴본다.

먼저 사법경찰관 작성의 피해자 공소외 1에 대한 진술조서(수사기록 13~19면)를 보면, 피해자 공소외 1은 "피고인과는 2004. 1. 6. 인터넷 채팅방인 '버디버디'에서 종교에 관한 이야기를 하면서 알게 되어 1. 14.까지 채팅을 통하여 고민상담을 하면서 친하게 되었는데 피고인이 1. 15. 채팅만 하지말고 만나서 이야기하자고 하기에 겁이 나서 거절했는데 1. 16. 생일에 어머니와 할머니로부터 잔소리와 꾸중을 듣고 울적한 기분에 피고인과 채팅을 하다가 만나기로 하여 1. 17. 집 근처에 있는 PC방에서 만나게 되었다. 피고인이 1. 18. 00:00가 조금 넘어 **동에 있는 비디오방으로 데리고 들어가 홍콩영화를 틀어주기에 영화를 보면서 누워 졸고 있는데 피고인이 갑자기 '우리 뭐 하자.'고 하면서 바지를 강제로 벗기려고 하여 너무 놀라 일어서서 나가려고 하니까 피고인이 끌어다가 눕히더니 강제로 바지를 벗기고 그 짓을 했다. 1. 18. 07:00경 비디오방에서 나와 피고인과 함께 PC방으로 가서 피고인이 게임하는 것을 2시간 가량 보다가 피고인의 제의로 피고인이 근무하는 회사 숙직실로 함께 가서 쪼그려 자고 있는

데 피고인이 다시 바지를 강제로 벗기더니 비디오방에서 한 것처럼 강간을 했다. 그 후 1. 18. 14:00경 인근 미장원에 가서 피고인이 (피해자의) 머리카락을 하게 하였고, **동에 있는 PC방으로 갔으며, 그 후로도 집에 들어가고 하니 너무 억울하고 창피한 생각이 들어 무작정 따라다니 보고 싶은 생각이 들어 계속 같이 다니면서 PC방과 목욕탕을 돌아다니다가 1. 20. 오전에 집으로 돌아왔다. 강간할 당시 피고인이 위험한 물건이나 흉기로 협박한 사실은 없었고, 힘으로 누르고 인상을 쓰면서 미친 사람처럼 강간했다."고 진술하고 있다.

다음으로 사법경찰리 작성의 피고인에 대한 피의자신문조서(수사기록 20~27면)를 보면, 피고인은 "비디오방에서 처음 강간할 당시에는 피해자가 피고인을 믿고 따라왔는데 피고인이 짐승처럼 그런 행동을 하니 엄청 놀라 강하게 반항하였으나 피고인이 힘으로 꼼짝 못하게 하고 비디오방의 긴 소파에 눕힌 후 피해자의 바지를 강제로 벗기고 강간하였다. 회사 숙직실에서도 같은 방법으로 강간하였다. 강간할 당시 위험한 물건이나 흉기로 위협하거나 폭행하지는 않았고, 단지 피고인이 너무 흥분하여 위협하듯이 인상만 썼다."고 진술하고 있고, 검사 작성의 피고인에 대한 피의자신문조서(수사기록 36~44면)를 보면, 피고인은 "피해자를 만나 PC방에서 게임을 하다가 집으로 돌려 보내려고 하였으나 집에 들어가지 않는다고 하여 비디오방으로 가게 되었는데, 비디오방에서 갑자기 욕정이 생겨 피해자의 가슴을 만지자 피해자가 '하지 마라.'고 하면서 손을 뿌리쳤으나, 피고인이 '야, 우리하자.'고 말하였더니 피해자가 아무 말도 하지 않고 소파에 기대어 누워 있어 피고인이 피해자의 위로 올라간 뒤 강제로 바지를 벗기려고 하자 피해자가 너무 놀라 피고인을 밀치며 비디오를 계속 보라고 하였으나 욕정을 참지 못하고 피해자를 꼼짝 못하게 한 뒤 강제로 피해자의 바지를 벗기고 강간을 하였다. 회사 숙직실에 온 뒤에도 피해자가 누워있는 모습을 보고 피해자에게 다가가 '하자'고 하였더니 아무런 대답을 하지 않아 팬티바람으로 자고 있던 피해자에게 다가가 옷을 벗고 위로 올라가 강제로 성관계를 맺었다. 그 후 함께 지내다가 1. 20. 오후에 택시를 태워 피해자를 집으로 보내주었다."고 진술하고 있다.

이와 같이 피해자와 피고인의 진술에 의하여 인정되는 피고인이 피해자를 간음하게 된 경위, 피고인과 피해자의 관계, 간음 당시의 정황 및 그 이후 피고인과 피해자의 행적 등 모든 사정을 종합하여 보면, 피고인은 피해자의 의사에 반하는 정도의 유형력을 행사하여 피해자를 간음한 것으로 볼

여지는 있으나, 더 나아가 그 유형력의 행사로 인하여 피해자가 반항을 못하거나 반항을 현저하게 곤란하게 할 정도에까지 이르렀다는 점에 대하여는 합리적인 의심이 없을 정도로 증명이 되었다고 보기는 어렵다 할 것 이므로, 사정이 이와 같다면 원심으로서는 피해자를 증인으로 신문하는 등 피고인이 피해자와 성관계를 맺기 전후의 사정을 자세히 심리하여 본 후 피고인이 피해자의 항거를 현저하게 곤란하게 할 정도의 유형력을 행사하였는지에 관하여 판단하였어야 할 것임에도 불구하고 위와 같이 강간 범행을 인정하기에는 불충분한 증거들만으로 이 사건 공소사실을 유죄로 인정한 제1심판결을 유지하고 말았으니 이러한 원심판결에는 심리를 제대로 다하지 아니하였거나 채증법칙에 위반하여 사실을 오인하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다 할 것이다. 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

4. 그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 김용담 _____

주 심 대법관 배기원 _____

 대법관 유지담 _____

 대법관 이강국 _____

상담사례를 통해 본 최협의설의 문제점

이경환(본 상담소 법정지원팀)

1. 법원 밖에서도 계속되는 최협의설의 영향력 - 결코 ‘부수적’ 일 수 없는 2차 피해

최협의설에 따라 강간죄를 성립여부를 판단하는 현재의 관행은 판례에서만 문제되는 것은 아니다. 판례가 지속적으로 최협의설을 확인해 왔기 때문에 검찰에서도 역시 그에 따르는 경우가 많으며, 결국 무혐의 처분을 받게 되어 피해자는 법원에서의 판단을 받아볼 기회조차 상실하기도 한다. 심지어는 상담단계에서 그러한 법원과 검찰의 태도로 인해 자신의 피해가 인정받지 못할 것을 우려하여 고소를 포기하는 경우를 낳게 된다.

의사에 반한 강제력에 의하여 성관계가 이루어졌음이 인정되었는데도 그것이 ‘항거를 불능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도’에 이르지 않았다는 이유로 법원이나 검찰과 같은 공적인 기관에 의해 “무죄” 또는 “혐의없음”이 선언되는 상황은 피해자에게 건딜 수 없는 또 다른 고통을 안겨주게 되며, 가해자나 주변 사람들로부터 비난을 받게 되는 빌미가 되기도 한다.

강제력이 있었음이 인정되었는데도 그것이 최협의설의 기준을 충

죽는지는 여부를 확인하기 위한 수사기관과 법원의 집요한 질문(이 과정에서 피해자는 끊임없이 의심받으며 자신이 당한 폭력이 사소한 것이었다는 암시를 받게 된다)들로 인한 고통, 자신의 피해가 법적으로 인정받지 못하고 가해자가 법적인 면죄부를 받는 결과로 인한 고통, 수사재판 과정 또는 재판 이후 가해자측으로부터 받게 되는 인신공격과 비난으로 인한 고통...

이러한 피해자의 고통들은 수많은 성폭력 상담을 통해 보고되고 확인되어 왔으며, 이는 단순히 형사절차에서 발생하는 ‘부수적인’ 문제가 아니라 성폭력을 당한 피해만큼이나 중대하다는 의미에서 ‘2차 피해’라는 개념 구성과 문제제기로 이어지게 된다. 이러한 ‘2차 피해’ 개념은 여성단체의 지속적인 문제제기와 얼마 전 밀양성폭력 사건을 통해 널리 알려지게 되었는데, 이는 단순히 수사기관 및 법원의 잘못된 편견에만 기인하는 것이 아니며 최협의설이 유지되는 이상 범죄성립 여부를 판단하기 위한 ‘합리적인 의심’이라는 탈을 쓰고 지속될 가능성이 크다.

2. 혐의 없음 결정사례를 통해 본 최협의설의 문제점

아래의 사례는 한국 성폭력상담소에서 있었던 실제 상담사례이며 모두 검찰에 의해 혐의 없음 처분을 받았다. 이 사례들은 최협의설이 적용된 사안으로 기존의 법리를 떠나 과연 이러한 사안의 경우 피해자의 법적 구제를 포기해야 하는지에 대해 중대한 의문을 제기하는 예라고 할 수 있다.

피해자 A는 자신이 다니는 학원의 강사인 가해자 B와 개인적으로 만나 저녁을 먹기로 하였다. B는 마트에서 산 물건을 집에 갖다 놓고 가자며 A를 집으로 데려갔고, 잠시 방송 모니터링을 할 것이 있다고

하여 함께 비디오를 보게 되었다. B는 갑자기 A의 얼굴을 두 손으로 잡고 키스를 하였으며, 몸으로 A의 몸을 누르고 양손으로 A의 양팔 윗부분을 누른 뒤 옷을 벗겨 강간을 하였다. 피해자는 고소하였으나 검사는 A가 성관계에 합의하였는지에 대한 판단은 전혀 없이 위와 같은 피해자의 주장을 인정하더라도 가해자가 항거를 불능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도로 폭행하였다는 증거가 부족하다는 이유로 혐의 없음 처분을 하였다.

피해자 C는 채팅으로 만난 가해자 D와 모텔에 들어갔다가 폭행을 당하며 강간을 당한 뒤 바로 경찰에 신고하였다. 검사는 사건 당일 경찰 조사 때 C가 강간당하였다는 진술은 하지 않았고 폭행에 대해서만 이야기했다는 경찰관의 진술과 모텔에 자연스럽게 들어갔다는 모텔 주인의 진술을 근거로 강간 사실을 부정하고 혐의 없음 처분을 하였다. 폭행에 대한 신고와 진술이 있었다는 경찰관의 진술을 증거로 인용하면서도 강간을 부정하였다는 것이 주목할 점이라 할 수 있다.

위와 같은 사안들은 모두 피해자가 의심받기 쉬운 전형적인 사안이다. ‘왜 개인적으로 만나 저녁을 먹기로 했는가’, ‘채팅을 통해 만나 모텔에 갔으면 다 알고 간 것 아닌가’, ‘왜 격렬히 저항하지 않았는가’, ‘좋아서 했으면서 다른 의도로 고소한 것 아닌가’ 등등. 사건 이후 바로 고소를 하면 피해자답지 않다는 의심을 받고, 시간이 지난 뒤 고소를 하면 진정성을 의심받는다.

그런데 그러한 편견과 의심을 모두 걷어내고 피해자의 말이 신빙성 있다고 인정되더라도 위와 같은 사안들은 최협의설에 의해 처벌받지 않는다. A가 팔을 붙잡히고 몸이 눌리고, C가 폭행을 당한 것이 사실이어도 그 정도로는 ‘항거를 불능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도’에 이르지 않기 때문이다. 위와 같은 행위는 모두 피해자의 의사

에 반한 것이었고, 강제력의 존재도 인정되나, 법적인 관점에서 보면 처벌되지 않으며 따라서 ‘허용할 수 있는’ 행위가 된다. 성폭력은 ‘있을 수 있는 거친 성관계’로 변신하게 된다.

3. 최협의설의 숨겨진 맥락 - 편견에 기반한 피해자에 대한 불신

위와 같은 사안들에 있어 검사는 사실 피해자 진술의 신빙성을 의심했을 가능성도 있다. 실제로 불기소 이유에는 그러한 의심의 흔적들이 보이기도 한다. 피해자 진술이 의심스럽기는 하지만 명확하게 배척하기는 어려울 때, 최협의설은 그러한 의심을 법적으로 훌륭하게 포장하는 도구가 되기도 한다. 최협의설이 없었다면 어떻게 되었을까.

사실 최협의설은 위와 같은 사안에서 피해자 진술의 신빙성 판단과 매우 긴밀하게 연결되는 것 같다. ‘원하지 않았고 억지로 당했다’라는 피해자 진술이 사실인가? 가해자와 개인적으로 친분이 있는데 집에 따라가 기까지 했다면 성관계의 가능성을 의식하지 않았을까? 몸을 누르고 팔을 붙잡는데 비명을 지르거나 가해자를 때리거나 하는 반항은 왜 하지 않았을까? 채팅으로 남자를 만나 모텔에 가서 강간을 당했다는 피해자의 진술이 믿을만 한가? 이러한 의문이 드는 상황에서 피해자의 동의 여부를 판단함에 있어 최협의설은 훌륭한 해결책이 된다. 반항을 현저히 억압할 정도의 폭행·협박이 있었다면 동의 여부에 대한 의심이 들지는 않기 때문이다.

최협의설이 피해자 진술의 신빙성 판단과 연결되어 있다는 생각은 위 사례와 비슷한 정도의 폭력이 행사된 사건에서 피해자가 ‘전형적인 의심의 요소’가 없는 경우, 즉 남자관계가 복잡하지도 않아 보이고, 모텔에 간 것에 대해서도 납득할만한 설명이 있는 등의 경우에는 강간죄가 인정되기도 하기 때문이다. 결국 최협의설은 성폭력 상황에 대한 다양한 맥락과

여성의 경험, 생각, 행동방식에 대한 법원의 이해부족을 법리적인 문제로 전환시키는 좋은 수단인 것이다.

반항을 현저히 억압할 정도의 폭력이 아니라면 처벌되지 않아도 되는가? 그러한 피해자는 법적으로 무시될 수 있는가? 이것은 최협의설을 비판하는 가장 기본적인 관점 중의 하나이다. 또다른 시각으로 본다면 최협의설의 폐기는 여성의 경험과 맥락을 법원이 더 잘 이해하도록 하는 계기가 될 수 있을 것이다. 더 이상 모텔에 가는 여자는 강간을 당하지 않을 것이라는 편견에 근거한 신빙성 판단을 최협의설이라는 법리로 포장하게 두어서는 안될 것이다.

미국 주형법 강간죄 개정과 관련 판례 검토

장임다혜(본 상담소 법정지원팀)

<목차>

- I. 강간죄 구성요건 해석의 변화와 평가
 - 1. 1970년대 중반이전 : 저항요건 및 확증요건의 요구
 - 2.. ‘강제력’과 ‘비동의’에 관한 해석의 변화: 저항요건 폐지의 흐름
 - 가. ‘강제력 요건’의 해석과 한계
 - 나. ‘비동의’ 요건에 대한 해석과 실패
- II. 여성억압적이고 성차별적인 강간죄 해석의 극복
 - 1. 여성의 경험과 언어에 기초한 ‘동의’의 해석
 - 2. 여성의 언어와 경험을 통해 재구성되는 법의 ‘합리성’

미국 커먼로(common law)에서 강간죄는 전통적으로 세 가지의 구성요건, 강제력(force) — 폭행 또는 협박, 비동의(without consent/nonconsent), 그리고 성기삽입(sexual intercourse)에 의해 규정된다(MacKinnon, 2001b:801). 하지만 주마다 각각의 구성요건을 어떻게 해석하고 판단하는지, 그리고 어떤 요소를 주로 고려하는지에 대해서는 조금씩 차이가 있다. 예를 들어, 뉴저지주는 강제된 성관계 자체를 금지한다. 미시간주, 코네티컷주, 일리노이주의 경우, 법을 통해 강제된 성관계 자체를 금지하긴 하지만 대개 당시 ‘동의’가 존재했다고 신뢰했다는 피고인의 주장을 항변으로 인정한다(판례해석을 통해 추가된 요

건). 메인주는, “한 사람이 다른 사람에게 성교에 복종하도록 강제할 수 없다”는 이유로, 실제 신체적 강제력만을 강간죄 성립을 위한 구성요건으로 결정한다. 여기서는 피고인이 피해자의 비동의를 인식했는가의 여부, 피해자의 공포, 혹은 외부의 위협에 대한 정신적 상태에 관한 추가증거가 요구되지 않는다. 알래스카주의 경우 비동 의적인 성관계 자체를 금지하나, 강제력의 증거가 피해자의 비동의를 입증해야 할 것과 (때때로) 피해자가 동의했다고 생각한 남성의 신뢰가 비합리적이었 다는 사실이 증명해야 할 것을 요구한다. 그 외 대부분의 주(예를 들어, 캘리포니아주, 노스캐롤라이나주, 캔자스주 등)에서는 여전히 강제력과 비동의 모두를 보여주어야 한다고 요구한다(앞의글, 801-2). 여기서 주목할 것은 이러한 차이가 주로 실제 강간의 정의와 연관되어 여성의 동의를 어떻게 판단하는가에 대한 각 주의 차이 때문에 발생하는 점이다. 여성의 동의에 대한 해석 및 판단은 미국에서 강간죄의 역사적 변화의 축이기도 하다.

여기에서는 미국 몇몇 주의 판례에서 미국 강간법의 구성요건 해석이 어떻게 달라졌는지를 살펴볼 것이다. 구체적인 판례와 주법의 개정을 통해 미국 주 강간죄의 구성요건은 변화하고 있는데, 이 글에서는 그 변화의 양상을 좀 더 첨예하게 검토하기 위해서, 사회적으로 논쟁이 되었던 강간 사건들에 관한 판례를 중심으로 살펴볼 것이다.

I. 강간죄 구성요건 해석의 변화와 평가

1. 1970년대 중반이전 : 저항요건 및 확정요건의 요구

1970년대 중반이전 미국 커먼로에서는 강간죄의 중요한 구성요소인 여성의 비동의를 증명하는 데에 “최대한의(to the utmost)” 피해자의

저항을 요구했다.

“강제력으로 압도되거나 공포로 무감각해지거나 또는 기진맥진하여 또는 살해나 중대한 신체적 해악에 대한 두려움으로 **저항을 멈출 때까지 가능한 한 모든 방법으로 저항을 계속하여야** 한다.”(*King v. state*, 210 Tenn. 150,158, 357 S.W.2d 42,45(1962))

"자신에게 그럴만한 능력과 힘이 있을 때, 이런 행위가 행해져서는 안 된다고 생각하면서 그렇게 강하게 반항하지 않는 여성이 있을 수 있겠는가?...그 경우 **능력껏 저항하지 않는다면, 그녀가 전적으로 마지못해 응한 것**이라고는 할 수 없지 않을까?"(*People v. Dohring*, 59 N.Y. 375,384 (1874))

"비록 얼마간의 강제력이 사용되었다 해도, 만약 여성이 그런 상황에서 발휘할 수 있는 **모든 힘을 다해 저항하지 않는다면** 그것은 강간죄로 성립될 수 없다"(*Perez v. State*, 94 S.W. 1036,1038 (Tex. Crim. App. 1906))

주목할 만한 것은 이러한 피해자의 "최대한의 저항"은 아는 관계에서 일어난 강간일수록 더 많이 요구되었다는 점인데, 낯선 사람에 의한 강간이거나 흑인 남성에 의한 백인 여성에 대한 강간일 경우 저항 요건을 엄격히 요구하지는 않았다²⁹⁾(Estrich, 1995:79-83).

이 "최대한의 저항"에 관한 법원의 요구는 1950년대와 1960년대에 이르자 일반적으로 적당한 조건의 저항요건³⁰⁾으로 대체되었다(앞의글,

29) *State v. Dusenberry*, 20 S.W. 461 (Mo. 1892) (16세인 피해자가 낯선 곳에서 낯선 사람에 의해 칼과 총에 의해 강간당한 사건. 공포에 의해 압도당한 상태의 여성에게 적극적인 저항은 요구되지 않는다); *Hart v. Commonwealth*, 131 Va. 726,729 (1921) (흑인남성이 백인여성을 강간하려고 시도했으나 미수에 그친 사건. 최대한의 저항요건에 대한 언급이 없다) 등을 참조할 것.(Estrich(1995)에서 재인용)

30) *Statterwhite v. Commonwealth*, 201 Va. 478,111 S.E.2d 820 (1960) ("여자가 저항이 쓸모없고 심각한 신체적 손상을 가져올 것이라고 합리적으로 믿을 만한 경우에는 육체적 힘을 최대한 동원해서 저항하도록 요구되지 않는다); *People v. Tollack*, 233 P.2d 121 (Cal. App. 1951); *State v. Herfel*, 39 Wis.2d

87-8). 그러나 저항요건이 약화되면서 여성의 비동의를 입증하기 위한 확증요건에 대한 요구가 더욱 강해졌다. 이러한 확증요건은 한국의 강간죄 판례에서 ‘최협의의 폭행 또는 협박’을 판단하기 위한 주변상황에 대한 검토와 유사하다. 법원은 여성의 비동의 의사표시를 넘어서 그녀가 내심 진정으로 동의하지 않았음을 보여주는 여러 정황상의 증거(확증요건)를 요구하는데, 이것이 충족되어야 피해자의 비동의 의사가 법원에 의해 신뢰된다. 이러한 확증요건에는 신속한 고소³¹⁾, 피해자와 가해자 첫 만남의 자발성 여부뿐만 아니라 심지어 피해자의 품행³²⁾이나 성력³³⁾까지도 포함된다(앞의글, 95-6). 피해자와 가해자의 이전 관계, 특히 이들의 과거 성관계 여부도 중요한 확증요건이다.

513,518-19, 182 N.W.2d 232,235 (1971)에서 모두 최대한의 저항을 요구하지 않고, 선의적 저항이 전반적인 상황에서 측정된다고 보았다. Note, "Towards a Consent Standard in the Law of Rape," in *University of Chicago Law Review*, 43 (1976), at 620; id, at 127에서 재인용.

31) *Stewart v. State*, 145 So. 162 (Ala. Ct. App. 1932) ("피해자가 사건 자체를 고소할 수 있는 기회인 사건발생 직후에 고소를 하지 못한 것 자체가 고소의 진실성에 의문을 갖게 한다.")를 참조할 것(id, at 115)

32) 이러한 확증요건에 대한 요구는 *Barker v. Commonwealth*, 198 Va. 500, 95 S.E.2d 135 (1956)에서 분명히 보여진다. 버지니아주 최고법원은, 버스 정류장에서 두 남자를 만나 버스를 기다리지 않고 이들의 차에 동승한 피해자가 강간을 당한 사건에서, 이 피해자의 증언이 “인간의 경험에 반하는 거이며 내재적으로 신빙성 없는 것”이므로 확증되지 못할 뿐만 아니라, “고소하는 데에 지체”했고 이미 애초에 남성들과 동승했던 그녀의 태도에 대해 “그녀는 순진하고 정숙한 여인으로서는 하기 어려우며 오히려 인간의 경험에 위배된 행동”을 했다는 이유로 유죄판결을 파기했다(id, at 101).

33) 피해자가 매춘여성일 경우 강간죄가 성립되기 어렵다. 그 예로 *Titus v. State*, 7 Bast. 132,133-134 (Tenn. 1874) (“전혀 더럽혀지지 않은 순수한 처녀의 경우보다 평범한 창녀의 경우에 성교에 동의하기 쉬우리라는 가정에 대해 별로 가능성이 없다고 주장하는 것은 우리의 진실에 대한 감각을 뒤흔들어 놓는 어리석은 것이다.”)를 참조할 것. 피해자가 자유로운 성관계를 가진 여성도 마찬가지이다. 이러한 예로 *Lee v. State*, 132 Tenn, 655,658, 179 S.W. 145 (1915) (“어떤 공정한 마음의 소유자라도, 최근에 정당하지 않은 정사를 습관적으로 즐긴 여성이 순결한 여성만큼 그렇게 저항할 것 같지 않다는 결론을 반대할 수는 없을 것이다.”)을 참조할 것. id, at 105에서 재인용.

성관계의 경험이 있거나 아는 관계에서 발생하는 강간사건은 이러한 확증요건에 의해 강간죄 유죄판결을 받기 어렵다(앞의글, 119-111). 여성의 집에 강제로 3명의 남성이 들어가 그 여성을 집단강간한 사건³⁴⁾에서 그 남성들 중 한 명이 피해자와 이전에 관계를 가졌던 것을 이유로 법원은 “이전에 알고 지냈던(혹은 친하게 지냈던) 사람이 폭력을 휘두를 가능성이 거의 없다”는 가정 하에 그 사건에 대한 피해자의 주장을 신뢰하지 않고 유죄판결을 파기하였다.

이러한 확증요건은 피해자의 비동의 진술의 신빙성을 확보하기 위해서 요구되는 것이기 때문에, 재판과정에서 사건과 직접적으로 관련 없는 피해자의 사생활이 공론의 대상이 되어야 하는 2차 피해와 직접적으로 연결되기도 하였다. 사건과 직접적인 관련없는 사항에 1심에서 피고인이 함께 차를 타고 술 마시던 여성을 강간한 것을 유죄선고를 받았으나 이를 파기한 상급심³⁵⁾에서 판사는 피해자가 몇일 전에 참석했던 ‘거칠고 난잡할’ 것으로 추정되는 밤샘파티에 대한 반대신문을 허용했으나, 피고인의 숙소에 다른 여성들이 방문했던 것에 대한 반대신문을 허용하지 않았다(앞의글, 113-4).

2. ‘강제력’ 과 ‘비동의’ 에 관한 해석의 변화 :

저항요건 폐지의 흐름

1970년대는 페미니스트들의 “강간법 개정운동(Rape Law Reform Movement)”이 활발했던 시기였다. 이 시기에 왜곡된 여성 섹슈얼리티에 대한 사고와 성적 도덕의 이중규범, 강간신화에 기반하고 있는 1970년대 중반까지의 강간법에 대한 강력한 비판이 제기되었다. 페미

34) *Bedgood v. State*, 115 Ind. 275, 17 N.E. 621,623-4 (1888)

35) *People v. Biescar*, 58 Cal. App. 722, 275 P. 851 (Cal. App. 1929)

니스트들은 강간죄가 가지고 있는 성 불평등적인 요소를 제거하기 위한 운동을 전개했고, 이러한 ‘강간법 개정운동’의 결과 1974년 미시간주를 시작으로 모든 미국의 재판관할에서 명시적인 저항 요건들을 폐지했다(조국, 2003:34)³⁶⁾.

이러한 “저항요건의 폐지”는 강간죄의 성립여부를 결정할 때 가해자의 행위가 아닌 피해자의 행위가 중요한 판단의 대상이 되는 문제를 수정하기 위한 것이다. 주의회는 “저항요건”을 제거함으로써 피해자 행위를 판단하기 위해 피해자가 (심지어 피해자의 과거 성력까지 포함한) 여러 확증의 요건을 제시하도록 요구하는 성차별적인 강간법의 해석과 판단적용을 제거하고자 했다. 그리고 1980년대 각 주 법원들에 의해 1970년대 주 형법 상 강간죄에서의 “저항요건 폐지”의 목적을 실현하기 위한 ‘비동의’와 ‘강제력’에 대한 해석이 나오기 시작했다.

가. ‘강제력 요건’의 해석과 한계

1962년 미국법연구회(American Law institute)에서 초안을 잡은 <모범형법전(Model Penal Code)>은 과거 강간법의 법리가 피해자 여성의 행위만을 부적절하게 강조하였음을 비판하면서, 강간죄의 성립 요건에서 ‘비동의’의 요건(저항요건)을 삭제하고 강간죄를 오직 가해자의 강제력에 초점을 맞추어 정의하였다(조국, 2003:33). <모범형법전>의 제안자들은 강간을 “남성들이 여성에게 강제력을 사용함으로써 혹은 죽음, 심각한 상해 또는 극심한 고통이나 납치 등을 하겠다는 위협을 사용함으로써 강제로 성교행위를 하도록 하는 경우”로 정의하였다. 마찬가지로

36) Alaska stat. §11.41.470(4)(A); Ill. Rev. State. ch. 38, para. 12-17; Mich. Comp. Laws Ann. §750.520(i); Minn. Stat. Ann. §609.347(2); Ohio Rev. Code Ann. §2907.02(C); Pa. Stat. Ann. tit. 18, §3107; R.I. Gen. Laws §11-37-12; Vt. Stat. Ann. tit. 13, §3254 등을 참조할 것; 에서 재인용.

로 1984년 펜실베니아 주최고법원은, 여성의 '비동의'를 포함한 커먼로의 강간에 대한 정의로 인해 "여성이 최대한으로 저항해야 한다고 요구하는 것으로 해석되어 왔던 구성요건인 '동의를 결여'가 과도하게 강조"되어 왔다고 비판했다³⁷⁾. 그리고 전통적인 강간의 구성요건 중 '여성의 비동의'를 아예 제외하거나 적어도 그에 대한 강조를 줄임으로써, 기존의 저항요건으로 인해 피해자에게 가해졌던 불합리함을 개선하고자 하였다. 펜실베니아주뿐만 아니라 다른 많은 주에서도 <모범형법전>을 따랐으며(Estrich, 1995:144), 비동의 요건에 대한 강조를 줄이고 "강제적 강요" 또는 "강제적 강요에 대한 위협" 등의 강제력 요건을 강간죄의 중요하고 핵심적인 부분으로 부각시켰다. 이는 강제력을 이용한 다른 범죄(절도죄 등)에 비해 피해자의 동의여부에 과도하게 의미를 부여하는 강간죄를 다른 범죄와 유사하게 만들려는 시도인 동시에, 그동안 피해자의 행위와 진술 등에 집중되어 있던 강간죄 구성요건의 판단을 가해자의 행위로 분산시키려는 것이다.

그렇다면 강간의 피해자에게 부당한 책임을 요구하지 않도록 강간죄를 적용하기 위해, 강간죄의 구성요건 중 피해자의 비동의 요건을 축소하고 강제력 요건을 확대 해석하는 전략은 어떠한 결과를 가져왔는가? 피해여성의 저항에 맞추어져 있던 기존의 강간법 판단을 성공적으로 변화시켰는가?

(1) '강제적 강요' 요건의 확장과 한계

펜실베니아주는 1985년 밀리나리치(Commonwealth v. Mlinarich)판결³⁸⁾을 통해 법규정상의 "강제적 강요"에 대한 해석을 시도했다. 항소법원(the intermediate appellate court)은 펜실베니아 주의회에 의해 정의

37) *Commonwealth v. Mlinarich*, 1985 Pa. Super. LEXIS 8465, at 1-2.

38) 345 Pa. Super. 269 (1985)

된 강간죄 규정³⁹⁾에 따라 ‘강제적 강요’를 “합리적인 결의를 가진 사람의 저항을 억압할 정도의 실질적인 물리적 강요 혹은 폭력 혹은 물리적 강요와 폭력에 대한 위협”으로 해석하면서, 피고인이 자신이 보호하는 13살 소녀에게 그녀의 남동생 반지를 훔친 것을 추궁하며 그 벌로 성교를 요구한 행위에 대한 강간죄의 유죄평결을 파기하였다.⁴⁰⁾ 그 이유는 밀리나리치 사건에서 피고인이 자신이 보호하는 13살 소녀에게 행사한 강제력은 물리적인 폭력이나 그에 대한 위협이 아니라 “만약 그녀가 옷을 벗고 성교하는 것을 거절하면 그녀를 보호소로 돌려보내겠다”는 협박이었기 때문이다. 이 사건의 쟁점은 “소녀를 보호소로 돌려보내겠다”는 협박이 “합리적인 결의를 가진 사람의 저항을 억압할 정도의 강제적 강요 혹은 이에 대한 위협”에 해당하는가⁴¹⁾에 관한 것이었다.

주의회의 법 개정 목적이 폭력적이지 않은 위협행위에 의해 유발된 성교행위를 강간 범죄로 포함시키는 데에 있는가?...우리는 주의회가 “강제적 강요”를 “물리적인 강요 혹은 폭력”으로 한정시키려 했다고 판단한다.⁴¹⁾

여기서 항소법원은 종교적 권위와 도덕적인 설득에 의한 강제적 성행위가 ‘강제적 강요’에 해당하지 않는다고 판시한 빅스 (Commonwealth v. Biggs) 판결⁴²⁾을 인용하면서, ‘강제적 강요’를 오로지

39) Penn, Con, Stat. Ann. §3121.

40) *West v. State*(1986) 71 A.L.R.4th 457, at 18.

41) 1985 Pa. Super. LEXIS 8465, at 2.

42) 320 Pa.Super. 265, 467 A.2d 31 (1983). 아버지가 어머니의 역할을 딸에게 강요하면서 자신과 성교를 하지 않았을 경우 나이 어린 여동생과 성교를 할 것이며 그녀의 누드 사진을 공개하겠다고 협박하여 강간한 사건이다. 본 사건에서는 폭행 또는 폭행에 대한 협박이 포함되지 않은 수치에 의한 협박이 ‘강제적 강요’에 포함되는지가 논쟁이 되었으며, 주 대법원은 비난받을 행동이나 강제적

물리적 강요나 물리적 강요에 대한 위협으로 한정하여 해석하였다⁴³⁾.

펜실베니아 주최고법원은 과거 강간죄의 성차별적인 적용을 제거하기 위해 강간의 구성요건에서의 ‘피해자의 비동의’요건을 삭제하고 객관적으로 보이는 ‘강제력’의 존재여부에 초점을 맞추었다. 이러한 시도에는 물리적 강요에 관한 ‘강제력’ 요건은 가해자 행위에 관한 객관적 증거에 대한 해석이므로 성차별적인 편견이 개입할 여지가 없다는 전제가 깔려있다. 즉 강제력 요건이 피해자의 비동의 요건과는 달리 객관적인 사실이기 때문에 객관적이며 합리적인 판단이 가능할 것이라 판단하는 것이다. 그러나 흥기에 의한 위협이나 입증될만한 상해가 없는 이상 대부분의 강간 사건에서는 물리적 강요를 입증하기 어렵다. 그리고 강간에 수반되는 강요는 밀리나리치 판결에서 보이듯이 물리적인 강요에만 한정되지 않는다. 13살 소녀에게 그녀의 보호자가 “그녀를 보호소로 돌려보내겠다”는 위협을 할 때 그것은 물리적인 위해나 폭력에 대한 위협만큼 혹은 그보다 더 강압적일 수 있다. 그러나 주법원은 그러한 위협을 ‘강요’로 판단하지 못했다. 이는 강제적 강요를 판단할 때 주법원이 피해자가 처해있는 조건과 맥락에 대한 고려를 삭제했기 때문이었다.

그렇다면 “강제적 강요”를 ‘물리적인’ 강요 혹은 ‘물리적인’ 강요에 대한 위협에만 한정시키지 않고 해석의 범위를 확장하여 심리적인 강요까지 포함시킨다면 밀리나리치 판결의 한계가 극복될 수 있을까?

1년 후인 1986년 로도스(Commonwealth v. Rhodes)판결⁴⁴⁾에서 펜실

강요의 위협에 의한 성교를 금지하는 형법에 의해 금지될 수 없다고 판결하였다.

43) 강제적 강요를 “위협”이나 “물리적, 도덕적, 지적 수단 혹은 상황의 긴급성에 의한 강요”로 정의할 수 없다.(1985 Pa. Super. LEXIS 8465, at 20)

44) 510 Pa. 537(1986). 로도스 사건의 피해자는 8살짜리의 어린 소녀였고, 항소인은 어린이 피해자와 그의 가족을 3년 동안 알았고, 피해자가 애칭을 부를 정도로 친하게 지냈던 20살짜리 남자였다. 항소인은 피해자를 폐기된 빌딩으로 유인

베니아 주최고법원은 “강제적 강요”를 물리적인 상해나 폭력 혹은 이에 대한 위협으로 해석하던 기존의 판례를 변경하였다. 이 사건에 대해 항소법원은 항소인에게 강간죄에 관한 무죄를 선고했으나, 최고법원은 어린 나이의 피해자가 법적으로 동의할 수 있는 능력이 충분치 않기 때문에 증거가 강제적 강요와 이에 대한 위협에 의한 강간 범죄를 구성하는 데에 충분하다며 항소법원의 무죄판결을 파기했다.

우리는 형법에서 사용되는 “강제적 강요”를 사람의 의지에 반하여 성행위를 강요하는 **물리적 강제 혹은 폭력, 뿐만 아니라 도덕적·심리적·적지적 강제력까지 포함하는 개념**으로 해석한다...피고가 강제적 강요에 의해(§3121(1)), 혹은 합리적 결의를 가진 사람의 저항을 억압할 정도의 강제적 강요에 대한 위협에 의해(§3121(2))⁴⁵⁾ 성행위를 강요했음을 합리적 의심의 여지없이 보여주는 충분한 증거가 있는지를 결정할 때, 배심원은 전체적인 상황(the totality of the circumstances)을 기초로 판단한다. 판단에 영향을 미치는 요소들에는 피해자와 피고인의 나이, 피해자와 피고의 정신상태 및 신체상태, 그 사건이 일어났다고 주장되었던 장소의 물리적 환경과 분위기, 피고가 가지는 권위나 피해자에게 가지는 지배 혹은 관리의 통제력의 정도, 피해자가 강박하에 있었는지 여부 등이 있다. 이러한 판단요소들은 서로 연관된다.⁴⁶⁾

주 최고법원은 “어른보다 더 어리고, 작고, 심리적·감성적으로 덜

해 그녀에게 누우라고 지시하고 질성교와 항문성교를 시도하여 상해를 입혔다

45) §3121(2)에서는 “합리적인 결의(reasonable resolution)를 가진 사람이 저항을 억압당하는 정도의 강제적 강요 혹은 이에 대한 위협”이라는 표현이 명문화되어 있다. <모범형법전>은 “통상의 결의(ordinary resolution)를 가진 여성의 저항을 막을 정도의 위협으로 그녀를 강제로 복종시키는 것”이라는 용어를 사용해, 제3급 중범의 ‘중간음죄(gross sexual imposition)로 처벌한다. 펜실베이니아 주의회는 “중간음죄”에 의한 성교를 ‘강제적 강간’보다 낮은 등급으로 분류하는 것을 거부하고, §3121(2) 조항을 신설했다. 그리고 이 조항에서 **“합리적인 결의의 사람”**이라는 구문의 사용함으로써, 저항을 억압하는 강제적 강요에 대한 ‘위협’의 사용에 관하여 **객관적인 기준**을 제시했다. id, at 27-8.(강조는 인용자)

46) id, at 28-9.

성숙하고 덜 세련된” 어린아이에게 성적 행위의 수행에 복종하도록 지시했다는 상황 자체가 본질적으로 ‘강제적 강요’에 해당하며, 특히 아이가 어른을 알고 있었으며 신뢰하고 있었다는 사실이 더욱 이러한 요건을 충족시킨다고 판단했다⁴⁷⁾. 물리적 위협이 없었던 이 사건에서 주 최고법원이 강제적 요건의 해석을 확장할 수 있었던 근거는 ‘아이의 무력함’이었다.

이러한 강제력 요건의 확장된 해석은 적어도 어떠한 측면에서 밀리나리치 판결에서 보여준 기계적인 강제력의 요건 적용 및 판단을 극복했다고 평가할 수 있다. 로도스 판결은 밀리나리치 판결에서 보인 ‘강제적 강요’의 개념을 ‘물리적 강제’로만 한정시키는 불합리성을 ‘심리적, 도덕적, 지적인 강제’로 확장시키면서 극복하려고 하였다. 강제력을 물리적으로 측정 가능해야 하는 것으로 가정하던 밀리나리치 판결에서 ‘심리적, 도덕적, 지적인 강제를 측정하기 어렵다는 이유로 제외했던 것과 달리, 로도스 판결은 “강제적 강요가 ’도덕적, 심리적 혹은 지적 강제력’을 구성할 때 그 강제력은 보다 덜 명확하지만 증명하기 어려운 것은 아닐 것⁴⁸⁾”이라고 주장한다. 이를 위해 로도스 판결은 밀리나리치 판결이 단호히 배제했던 동의의 문제를 다시 들여온다. 물리적으로 측정되지 않는 ‘도덕적, 심리적 혹은 지적 강제력’의 존재를 입증하기 위해, 주 최고법원은 “사람의 의사에 반해 성교를 하도록 강요하기 위해 사용된” 강제력이라는 법적 용어를 다시 확인하고 “각 사건에서 배심의 의무는 피해자 혹은 피고가 그 또는 그녀의 의사에 반해 어떤 것 — 각각 성교를 하는 것 혹은 범행을 자백하는 것—을 하도록 강요당했는지 여부에 대해 판단하는 것”에 있다고 주장한다 (§3121(1)).⁴⁹⁾ 하지만 그 때의 성교가 피해자의 의사에 반하는 행위인지

47) id. at 31.

48) 1986 Pa. LEXIS 897, at 29.

를 판단할 때 펜실베이니아주 최고법원은 강제력과 강제력의 위협 정도가 상황에 따라 당사자들에 따라 상대적이기 때문에 피해자와 피고인 “둘 모두의”의 조건과 상황, 그 사건이 발생했던 장소의 환경과 분위기 등을 종합하여 총체적으로 판단해야 한다고 주장한다⁵⁰⁾. 그리고 이러한 판단이 자의적이고 일관성 없이 이루어지지 않도록 주 최고법원은 “객관적인 기준”으로서 “합리적인 결의를 가진 사람⁵¹⁾”을 제시한다. 이러한 태도는 강간죄의 구성요건 중 피해자의 비동의에 대한 강조로 저항요건이나 확증요건을 요구했던 커먼로의 고전적인 강간죄의 한계와 ‘강제력 요건’을 ‘물리적인 강제’만으로 해석한 밀리나리치 판결의 한계를 극복하는 것으로 보이기도 한다.

그러나 로도스 판결에서 주 최고법원이 “도덕적, 심리적 혹은 지적 강제력”까지 포함하는 개념인 강제적 강요를 판단하기 위해 종합적으로 판단한 내용과 조건은 어린아이의 ‘취약성(vulnerability)’이다 (MacKinnon, 2001b:805). 실제 로도스 판결을 인용한 300개 이상의 판결에서, (피해자가 느꼈다고 주장하는) 심리적 강제력이 인정된 경우는 대부분 권위를 이용한 어른이 미성년자인 피해자에게 성적 폭력을 행사한 사건에 한정되었다⁵²⁾. 미성년자이자 청각장애자인 피해자를 평소에 알고 지내던 성인인 항소인이 강간한 사건인 1986년 메도우즈 (Commonwealth v. Meadows) 판결⁵³⁾에서 역시 주 최고법원은 로도스

49) id. at 29-30.

50) id. at 28-9.

51) id. at 27.

52) Stephen Schulhofer 교수는, 심지어 *Rhodes*판례에서 강제력에 대한 통찰은 대부분 선생과 부모가 결부된 사례에서 사용되어 왔다는 사실을 지적했다. “*Rhodes*판례의 ”강제적 강요“의 정의는 주로 보호자인 부모 혹은 이웃과의 관계에서 어린이에 대한 강제적 강요를 이야기할 때 제기된다....반면에 성인여성의 경우, 총, 칼 혹은 엄정한 위협이 필요하다. Stephen J. Schulhofer, *Unwanted Sex*, at 90 (1998); MacKinnon(2001b:805)에서 재인용.

53) 498 A.2d 395 (Pa. Super. Ct. 1985) “항소인은 23살이며... 피해자는 단지

판결을 인용하면서 심리적, 도덕적 혹은 지적 강요의 강제적 강요”의 개념이 적용되려면 피해자가 법적으로 불완전한 주체(미성년자)거나 장애를 가지고 있는 등의 취약성을 가져야 한다는 것을 다시 한번 강조했다⁵⁴⁾.

일반적으로, 어른과 미성년자의 관계에서, 미성년자 집단은 취약하기 때문에 보호가 필요하다고 여겨진다. 심리적 강제를 “강제적 강요”로 인정한 경우가 피해자가 미성년인 (동시에, 가해자가 어른인) 사례에 한정된다는 것은, 이러한 “강제적 강요”의 확장된 해석의 근거가 ‘취약성’에 대한 보호의 논리에 있다는 것을 보여준다. 강간당한 여성의 고통과 경험이 스스로의 몸에 대한 권리의 침해라는 측면에서가 아니라 (미성년자에게 기대되는) 보호가 필요한 ‘취약성’이라는 언어의 틀을 통해서만 법의 영역에서 제기될 수 있다. 역으로 보호받을 취약한 존재라는 사실이 인정되지 않으면 법의 보호를 받기 어렵게 된다. 이렇게 ‘강제적 강요’ 요건을 충족하기 위해 피해자가 보호받을 만한 존재여야 한다는 보호의 논리는, 과거 커먼로의 강간죄에 대한 태도와 다르지 않다.

강간죄에서 ‘저항요건의 폐지’가 재판과정에서 또 다른 인권의 침해를 야기하는 성차별적인 법현실을 극복하는 데에 있다면, 강간죄의 문

15살이다. 피해자는 **청각 장애인**이다. 진술서는 분명히 **피해자가 항소인과 의사소통을 하는 것에 어려움을 겪었다는 사실**을 분명히 나타낸다. 진술서는 또한 피해자가 항소인에게 “청소년기의 미숙한 열중(adolescent crush)”의 감정을 가졌던 것을 보여준다. 그리고 강간은 **피해자가 도움을 요청할 수 없는 한적한 장소**에서 발생했다. ...그렇기 때문에 강간죄의 유죄를 확정한다.¹⁾(“강조는 인용자)

54) 이와 비슷한 사례로 *Commonwealth v. Stambaugh*, 512 A.2d 1216 (Pa. Super. 1986)를 참조. Stambaugh는 그의 의붓딸을 강간한 것에 대해 유죄판결을 받았다. 그는 “강제적 강요”의 증거 불충분을 주장하면서 항소했다. 항소법원은 “강제력은.... 단지 동의의 결여를 구성하고 부가적인 저항이 없더라도 그 여성을 복종하게 하는 그러한 정도를 필요로 한다”고 지지하면서 유죄를 확정했다.

제는 단지 저항요건이나 확증요건을 여성에게 부과하는가의 여부에만 한정되지 않는다. 문제는 저항이나 확증이 있어야만 그 여성의 성적 자율성에 관한 침해를 인정하는 사회문화적 맥락이며 사회의 성별권력 구도에 있다. 이러한 구조적 상황에서 여성은 성적 주체로서 인정받지 못하고 보호받아야 할 대상이거나 성적인 대상이 된다. 이러한 규범적 여성상에 대한 문제제기 없이 단지 저항요건을 요구하게끔 했던 피해자의 ‘비동의 요건’을 삭제하고 ‘강제력 요건’만을 고려하는 시도만으로는 커먼로의 전통적 강간죄 판단에서 피해 여성을 끊임없이 변화시키는 저항요건과 확증요건을 폐지시킴으로써 달성하려던 성평등을 위한 목표는 이루어지기 어렵다. 문제는 ‘강제적 강요’의 개념적인 확장 자체가 아니라 성별화된 강간의 현실에서 그 ‘강제적 강요’가 어떻게 설명되고 해석되어지는가이다. 즉, 강제력 요건을 누구의 관점과 경험에 의해 무엇을 판단하고 있는가, 누구의 언어로 누구에게 질문하는가에 대한 물음을 제기하는 것이 필요하다.

(2) ‘합리적 공포’ 기준과 한계

형법에서의 합리성은 유죄판결을 위한 객관적인 기준으로 제시된다. 한국과 마찬가지로, 미국의 형사법 체계에서도 유죄를 입증할 정도로 증거가 충분한가에 대한 법원의 기준은 “배심이 합리적 의심의 여지없이 피고가 유죄라는 결론을 내릴 수 있을 정도로 증거가 충분한가”의 여부에 있다. 특히 강간죄의 경우, 성차별적인 저항요건과 확증요건의 폐지 이후 ‘어떻게 강제력 요건을 객관적으로 판단할 수 있을 것인가’에 대한 고민의 대안으로 ‘합리적 공포(reasonable fear)’기준이 제시되었다. 즉, 강제력을 행할 행사하겠다는 위협이 성립하기 위해서 피해자가 즉각적이고 심각한 물리적 해악을 두려워하는 상태에 놓여야

하고, 피해자의 공포는 객관적으로 보아 합리적이어야 한다는 것이다. 이 때 ‘강제력 행사의 위협’이 반드시 명시적일 필요는 없고 가해자의 언동에 의해 암시적으로 행해질 수 있다(조국, 2003:38-9).

이러한 합리성의 기준은 물리적 폭력이 없는 ‘강제적 강요의 위협’으로 강제적 성교가 성립한 사례들에 적용이 될 수 있다. 이렇게 물리적 강압이 아닌 강제적 강요의 위협만이 존재한 상황에서 이루어진 강간들은 주로 아는 관계에서 발생하는 강간일 경우가 대부분이다. 강간죄를 판단함에 있어 초점을 가해자가 (피해자에 대해서) 어떻게 생각했는가의 문제가 아니라 피해자가 어떻게 느꼈는가의 문제로 옮겼다는 점에서 이러한 합리적 공포 기준은 의미를 갖는다고 할 수 있다. 그렇다면 실제 저항요건과 확증요건을 대체하는 “강제적 강요”의 개념 확장을 지지해주는 합리적 공포기준이 과거 커먼로에서 강간죄의 한계를 실질적으로 개선했는지를 평가해보자.

(가) State v. Alston 판결⁵⁵⁾

1984년 노스캐롤라이나주 최고법원의 엘스턴 판결은 전형적인 데이트 강간 사례이다. 엘스턴 판결에서의 문제는 ‘동의’가 아니라 ‘강제력’이었다(Estrich, 1995:148). 노스캐롤라이나주 최고법원은 본 판결에서 “피해자에 의해 물리적 저항이 없었더라도 성교의 행위가 그녀의 의사

55) 312 S.E.2d 470 (N.C. 1984) 피고인과 피해자는 동거하던 6개월의 기간동안 합의한 성관계를 맺어왔다. 피해자는 합의된 성관계에서도 “다소 폭력”이 존재했으며, 일상적으로 피고인의 폭행에 시달렸다고 증언했다. 강간사건은 피고인의 폭행을 피해 동거하던 집에서 도망나온 후 일어났으며, 강간 당시 물리적인 폭행·협박은 없었고 피해자에게 피고인은 그가 장난하는 것이 아님을 보여준다고 협박했을 뿐이었다. 피해자는 신체적인 저항을 하지 않았으며 다만 성교하는 동안 울었다. 그 후 피해자는 피고인을 고소했으며, 고소 후 한 차례의 폭행·협박 없는 강간이 있었다. 노스캐롤라이나 주 최고법원은 피고인 Alston에게 2급 강간과 납치에 대해 증거불충분을 이유로 상급법원과 항소법원(The Court of Appeals)에서 내린 유죄판결을 파기하였다.

에 반해 이루어진 증거가 입증될 수 있다. 그러나 그것은 2급 강간의 유죄를 성립하도록 하는 강제력의 요건을 입증하는 데에는 불충분하다”⁵⁶⁾고 판시했다.

이 사건에서 피해자의 동의가 없다는 사실에 대한 충분한 증거는 있지만, 피고인에 의한 강제력이나 위협으로 인해 피해자가 ‘피고인과 성교하지 않으면 상해를 입을 것’이라 믿었다는 실질적인 증거가 없었다. 비록 피해자의 피고인에 대한 일반적인 두려움(*general fear*)이 강간 이전의 [연애기간동안] 그의 행동으로 의해 판단되었던 것이라고 하더라도, 성행위에 ‘저항하고자 하는 피해자의 의지’[피해자의 결의]를 억압하는 강제력 혹은 위협이 사용되었다는 근거로 ‘일반적인 두려움’을 제시하는 것은 강간죄의 유죄를 입증하기에 충분하지 않다.⁵⁷⁾(강조는 인용자)

주 최고법원은 피고인의 성교 전 행위가 피해자를 저항하지 못하게 하는 강제력의 위협이라고 인정하지 않는데, 학교 밖에서 피고가 피해자의 팔을 움켜쥐고 얼굴을 고정시키는 등 사용했던 강제력과 위협들이 “비록 두려움을 자아내는 것이기는 하지만”, “성교행위와는 무관한 것”이라고 판단했다. 이러한 판단의 이유는 피해자가 그녀가 가진 두려움의 원인이 단지 피고인이 그 날 한 행동 때문이라기보다는 그 이전 그와의 성관계에서 경험했던 폭력 때문이라고 증언했기 때문이다⁵⁸⁾.

여기서 법원이 합의에 의한 성관계와 강간을 나누는 기준은 무엇인가? 그들이 연애하는 관계에서 있었던 “약간의 폭력”을 수반했던 성

56) id. at 470.

57) id. at 476.

58) id. at 476.

관계는 사실상 ‘동의없이’ ‘강제력을 이용하여’ ‘성교’했다는 점에서 데이트 관계에서 일어난 강간이다. 그러나 법원은 피고인의 관점과 경험에서 피해자가 ‘거부’하고 ‘울었으며’ 피고인에게 성관계 중 ‘폭력을 당한 것’이 그들이 그동안 나누었던 일반적인 성행위의 양식이라고 판단하고, “피고인이 그녀가 그와의 합의에 의한 성관계를 하지 않았다고 생각할 이유가 아무것도 없다⁵⁹⁾”고 판단했다. 이 사건이 “동의없이 이루어졌고” 피해자에게 피고에 대한 ‘일반적인 두려움’이 있었다는 것을 인정하면서도, “강제력도 없었던” 사건이라는 모순적인 판단(Estrich, 1995:149-50)을 내린 것이다. 엘스턴 사건에서 피해자가 느꼈던 ‘일반적 두려움’이 강제적 성행위에 대한 저항을 억압하는 ‘합리적 두려움’으로 인정되지 않았던 이유는, 법에서 (물리적이든 심리적이든 간에) 강제력과 이것이 유발하는 두려움의 합리성을 정의하고 설명하는 경험이 남성의 것이기 때문이다. 그렇기 때문에 피고인과의 관계에서 ‘몰래’ 도망칠 정도로 그의 폭력과 일상화된 강제적 성행위로 인해 경험하게 된 피해자의 ‘두려움’을 그녀의 저항의사를 억압하는 강제력으로 판단하지 않는다. 에스트리치(1995:151)는 이러한 방식의 강제력 구성이 여성의 비동의를 ‘극도의 저항을 입증하는 것’으로 요구했던 이전 법의 태도와 다를 바 없다고 지적한다. 강간죄의 구성요건이 지속적으로 남성의 경험과 관점에 기초한 언어로 구성되는 동안, 그 어떤 구성요건의 해석이든지 지속적으로 강간 등의 폭력으로 인한 여성의 고통의 경험을 무시하는 결과를 가져온다. 결국 강간당했다고 주장하는 순간, ‘저항요건’이든 ‘강제적 강요 요건’이든 간에, 강간죄 판단의 초점은 언제나 피해자에게 맞추어지게 된다. 강제력의 존재여부에 대한 결론은 남성이 정당하게 행동했는가에 대한 질문의 답으로 도출되는 것이 아니라 여성

59) id, at 475.

피해자가 정당하게 행동했는가에 대한 것으로 나타나는 것이다.

사실 가해자와의 이전 관계에서의 경험을 통해 피해자가 위협을 느끼는 것 뿐 아니라 일상적인 강간 문화 속에서 여성들의 심리적인 영역 속에 강간에 대한 두려움은 일상적으로 존재하기도 한다(Buchwald, 1993:188). 다시 말해 강간죄에서 요구되는 강요의 위협은 이미 강간 자체의 행위 혹은 강간의 가능성에 포함되어 있을 수 있다. 특이하게도 법원은 강간 자체에 내포되어 있는 이러한 ‘폭력에 대한 위협’을 강간죄가 아닌 강도죄에서 인정한 적이 있다⁶⁰⁾. 그러나 강간죄에서는 ‘강간에 대한 두려움’ 자체를 ‘합리적인 두려움’으로 인정되지 않는다(Estrich, 1995:159-61).⁶¹⁾ 객관적인 판단의 기준으로 여겨지는 ‘합리적 두려움’은 그것이 여성의 섹슈얼리티와 관련된 죄일 때와 그렇지 않을 때 그 해석과 적용에 있어 다르게 판단된다. 이러한 차이는 특히 섹슈얼리티에 관하여 남성적 욕망과 쾌락, 경험의 중심성이 강하다는 것을 보여준다. 공격적이고 강제적인 남성 섹슈얼리티를 정상화하는 사회에서, 이성애적 성관계시 강제적 성에 대해 가지는 여성의 두려움은 정상적인 성행위의 과정일 뿐이다. 여기서 ‘합리적 두려움’을 판단

60) 648 S.W.2d 279 (Tenn. Crim. App. 1983); Estrich(1995:165)에서 재인용. 1983년 테네시주 최고법원의 *State v. Witherspoon* 판결에서의 쟁점은, “피고인이 피해여성에게 와서 방향을 물어보면서 차문을 열도록 유인한 후, 차 문을 닫지 못하게 서서 그녀의 돈이 든 가방을 움켜쥐었던 행동이, 강도죄의 유죄확증을 위해 요구되는 ‘돈을 강탈하는 것을 가능케 할 정도의 피해자에게 두려움을 불러일으켰다’는 상관관계를 입증할 수 있는가”였다. 피해 여성은 “그 당시 나는 돈이 있다는 것도 잊었다. 내가 생각할 수 있었던 유일한 것은 그가 나를 강간하려 한다는 것이었다”라고 진술했다. 그리고 법원은 “피해자가 ‘두려움’에 질렸는지 여부를 판단하는 기준은 **주관적**”(강조는 인용자)이라며 피해여성의 강간에 대한 두려움을 강도죄에서 요구하는 두려움으로 인정하고 강도죄 유죄 판결을 지지했다.

61) *Goldberg v. State*, 41 Md. App. 58,395 A. 2d 1213 (Md. Spec. App. 1979); *People v. Evans*, 85 Misc.2d 1088, 379 N.Y.S.2d 912 (N.Y. Sup. Ct., 1975), *affd*, 55 A.D.2d 858, 390 N.Y.S.2d 768 (N.Y.App. Div. 1976) 참조.

하기 위한 질문은 “그 여성이 두려워하였는가”라기보다는 “여성이 두려워할 만하다고 합리적으로 남성의 경험에서 판단할만한가”이다.

(나) Rusk v. State 판결⁶²⁾

1979년 러스크 판결은 강간문화 속에 살고 있는 여성의 경험과 관점이 ‘합리적인 두려움’의 내용을 설명하지 못한다는 것을 보여준다. 러스크 판결은 법학자들에 의해서도 매우 활발하게 논란이 된 물리적인 폭행이 없는 단순강간의 사례인데, 이 사건의 쟁점은 ‘물리적 폭행이 없음에도 불구하고’ 피해자에게 행사된 강제력(의 위협)을 어떻게 판단하는가에 있었다.

메릴랜드주의 강간죄에서 중요한 구성요건은 강제력이다. 여기서는 강제력 요건을 강간죄에서 명문상으로 규정하면서 비동의를 통해 강제력을 정의하고 있으나, 메릴랜드주 특별항소법원은 상대방의 ‘동의여부’에 대해 강조함으로써 저항이나 확증요건에 관한 요구가 부가되지 않도록 하기 위해 강제력의 판단기준으로 ‘합리적 판단에 기초한 두려움’이라는 객관적인 기준을 제시했다⁶³⁾. 이 기준에 의해 특별항소법원은 이 사건에서 성행위에 대한 피해자의 신체적인 저항이 없었다고 판단하고, “강간에 대한 피해자의 저항을 억압당할 정도로 합리적인 어떠한 두려움도 찾지 못했다”는 이유로 유죄판결을 파기했다⁶⁴⁾. 여기서

62) 43 Md. App. 476; 406 A.2d 624 (1979), *rev'd*, 289 Md. 230 (1981) 러스크 사건에서 피해자는 바에서 처음 인사한 후 차를 태워달라고 부탁한 피고인을 그의 집으로 데려다 준 후 차열쇠를 가지고 집으로 올라간 피고인을 따라 집으로 갔다가 강간을 당했다. 당시 피해자는 신체적인 저항행위를 하지 않았으며 다만 피고인에게 자신을 보내달라고 부탁했다. 피해자는 그 상황에서 죽이지 말아달라고 애원하고 두려움에 눈물을 흘렸으나 그것은 말에 의한 위협 때문이 아니라 “그의 눈에서 보였던 어떤 표정” 때문이었다고 증언했다.

63) 1979 Md. App. LEXIS 398, at 8.

64) 1979 Md. App. LEXIS 398, at 14.; 1981 Md. LEXIS 165, at 33-4 (Cole, J., dissenting).

특별항소법원은 모두 합리적 두려움을 판단하는 근거로 “평범하고, 지적인 21살의 건강한 여성⁶⁵⁾”의 기준을 내세우고 있는데, 이는 마치 여성의 경험을 기준으로 ‘합리적 두려움’을 판단하는 것으로 보인다. 그러나 여기서 법원은 “평범하고 지적인 21살의 건강한 여성”의 관점에서 합리적인 두려움을 판단하는 것이 아니라 상대 남성의 관점에서 ‘평범하고 지적인 21살의 건강한 여성이 어떻게 행동하는 것이 합리적인가’에 대해 질문한다. 법원은 그 여성이 “만약 내가 당신이 원하는 것을 한다면, 나를 죽이지 않고 보내주겠냐?”고 물어보면서 두려움에 질려 울고 있는 상황에서 상대방의 “가볍게 목을 조르는 행위”를 일종의 “진한 애무”로 판단했다. 이러한 판단은 과연 그 울고 있는 여성의 경험인가, 아니면 “가볍게 목을 조르는” 남성의 경험인가? 여기서 법원이 ‘합리적인 두려움’을 판단하는 기준으로 가져오는 것은 남성의 관점이고 경험이다⁶⁶⁾.

러스크 사건에서 벌어졌던 모든 상황을 이성애 데이트의 관계에서 벌어지는 남녀 간의 의사소통의 실패로 볼 수 있을까? “피해자가 울면서 ‘만약 내가 당신이 원하는 것을 하면, 나를 가게 해줄겠냐?’로 물었을 때 ‘그렇게 하겠다’로 대답하며” 그 순간을 이용했던 피고인이, 피해자의 일련의 반응을 자신과의 성관계를 원하고 있음을 보여주는 한 표현이라고 생각했다고 믿기는 어렵다. 오히려 피고인은 피해자의 거절 의사를 의식했음에도 불구하고 그것을 무시해도 ‘큰 문제가 아닌 것’으로 생각하고 피해자의 몸과 섹슈얼리티에 대한 폭력을 행사한 것이다.

65) 1979 Md. App. LEXIS 398, at 10; 1981 Md. LEXIS 165, at 33 (Cole, J., dissenting)

66) 실제 피고인은 그 날 있었던 일을 ‘일종의 거친 성관계’로 생각했다. 그는 피해자를 강간하고 난 이후 피고가 피해자를 강간한 이후 그녀를 그녀의 차에까지 데려다 주고 다음에 또 만날 수 있는지를 묻는 등(id, at 5) 그날 밤에 있었던 모든 일이 데이트였던 것처럼 행동했다.

이런 피고인의 행위에 대해 특별항소법원이 무죄판결을 내린 것은 강간을 정상적인 성애(sexuality)로 범주화하고 구성하는 맥락에 놓여있다. 이러한 남성성과 남성 섹슈얼리티의 정상화 과정은 여성의 경험을 드러내는 언어를 ‘합리성’의 영역 바깥으로 밀어낸다.

1979년 러스크 판결은, 여성의 경험을 배제하는 법의 합리성의 구성에 대한 비판없이 저항요건을 폐지하는 등의 요건상 변화만을 통해 고전적 커먼로의 오류를 해소하려는 시도가 실패할 수밖에 없는 프로젝트라는 사실을 보여준다. 러스크 판결에서 강제력 요건이 주요한 쟁점임에도 불구하고 모든 판단의 초점은 피해자에게 있을 뿐이다. 어떤 강제력이 문제가 되는지를 입증할 때 결국 피해자의 저항여부로 다시 모든 기준은 맞춰진다. 이러한 태도는 피고인이 강간범인가보다 피해자가 진짜 피해자인가에 초점을 둘 뿐이다.

후에 1981년 메릴랜드주 항소법원의 러스크(State v. Rusk) 판결에 의해 1979년 러스크 판결은 파기되었으며 피고인에게 2급 강간의 유죄가 인정되었다. 1981년 항소법원 역시 피해자가 가졌던 두려움의 합리성에 대해 판단했지만, 정반대의 결론에 도달한 것이다. 하지만 강제력 요건에 대한 해석이 쟁점이었던 러스크 판결에서 이러한 유죄판결이 가능했던 것은 피해자의 증언에 나타난 객관적이고 유일한 물리적인 강제력인 ‘가벼운 목조름’을 과도하게 확대 해석함으로써였다. 사실상 둘이 옷을 벗고 침대에 들어가기까지는 전혀 강제력이 쓰이지 않았다. ‘가벼운 목조름’은 그녀가 침대에서 울기 시작했을 때 발생한 것이지, 강간의 원인으로 발생한 것이 아니다(Estrich, 1995:156). 강간 자체에 대해 두려움을 갖는 여성의 경험과 관점의 언어를 배제한 상태로 ‘두려움’의 기준이나 내용이 구성되었을 때, 피해자가 경험한 강제력의 존재와 내용을 설명하지 못한다.

나. '비동의' 요건에 대한 해석과 실패

앞서 보았듯이 저항요건과 확증요건을 요구했던 전통적인 커먼로에서의 문제가 비동의요건을 삭제 혹은 축소하고 강제력 요건이 초점을 옮기는 것만으로 해결되지 않는다. 그것은 이미 강제력 개념 자체가 '여성의 비동의를 물리치기 위한 힘'을 의미하기 때문이다. 여성의 동의/비동의에 대한 검토없이 '강제력 요건'을 적용·판단하는 것은 여성의 저항이나 또 다른 확증요건을 다시금 요구하도록 회귀할 뿐이다. 이는 강제적 성관계인 강간 개념 자체에 '비동의'의 의미가 포함되어 있기 때문이다. 결국 '성적 자율성의 침해'라는 강간의 의미에서 추론해볼 때 핵심적인 요건은 동의요건이다. 강제력은 '동의없이', 즉 강제로 성관계를 한 이유를 부연할 뿐이다.

기본적으로 근대의 개인주의적 자유주의 법체계 안에서 '동의'는 자유와 선택의 문제이다. 그러나 강간죄에서 동의/비동의의 구분선은 개인의 자유로운 선택에 의해서가 아니라 강제력에 의해 그려진다. 저항은 강제력에 대한 반작용일 뿐임에도 불구하고 법에서는 동의의 반대로 받아들여지는 것이다. "피해 여성의 '동의'가 없는 것은 확실하지만 동시에 '비동의'를 억압할 정도의 강제력이 없기 때문에 강간이 성립가능하지 않는다"라는 주장은 논리상의 모순일 뿐이다.

(1) 고의의 판단기준인 '동의에 대한 합리적 신뢰에 대한 비판

미국의 대부분의 주는 강제력과 비동의 요건을 동시에 모두 판단한다. 하지만 알래스카주 등의 경우처럼 강간법에서 '비동의요건'만을 명시하는 주들이 있다. 그러나 이러한 주에서도 완전히 강제력에 관한

요구를 완전히 배제하지는 않기 때문에, 동의의 결여를 강제력의 증거를 통해 보여줘야 하는 경우가 발생하기도 한다. 또한 이러한 ‘비동의 요건’을 판단할 때 동의에 대한 남성의 신뢰가 비합리적이었다는 사실을 입증해야 하는 경우도 있다.

에스트리치는 강간사건의 쟁점을 피고인의 고의(the mens rea)로 형성하는 것이 피해자의 행위와 태도에 대해 강조를 상대적으로 축소 시킴으로써 여성에 대해 진보적인 발전이 될 수 있을 것이라고 주장해 왔다(Estrich, 1986:1094-1132). 이러한 주장처럼 몇몇 주는 피고의 고의를 중요한 재판의 쟁점으로 삼는다. 캘리포니아주의 경우 이러한 요소를 피고의 상대방의 동의에 대한 “합리적인 신뢰”라고 표현하고 영국이나 캐나다의 경우에는 “진지한 혹은 정직한 신뢰”라고 표현한다. 하지만 피고의 행위가 아닌 피고의 고의(정신적 상태)에 대한 질문으로 옮기는 것이 강간 재판이 피해 여성에게 초점을 맞추는 것을 막기 위한 방법이 되지 않는다. 오히려 범죄의 주관적 요소(고의)를 부인하거나 동의에 대한 오인된 신뢰(또한 사실이 되는 동의, 사실에의 착오)를 주장하는 것은 강간주장에 대한 피고인의 방어(혹은 확정적인 방어) 수단이 되기도 한다. 한편으로 피고의 고의에 재판의 쟁점을 두는 것은 오히려 피해자의 ‘동의’에 대한 판단의 권한을 가해자에게 두는 결과를 가져오기도 한다. 왜냐하면 가해자의 인식이 성관계가 강간인지 화간인지 여부를 정의할 때 판단요소가 될 때, 피고인이 피해자의 동의에 대해 신뢰했다고 주장하는 것만으로 강간죄 성립을 무효화할 수 있기 때문이다. 비록 성관계가 강요되었고 여성이 그 성관계 혹은 강제를 원하지 않았더라도, 만약 가해자가 피해자가 동의했다고 (잘못) 믿었다면, 강간은 일어나지 않은 것이 되는 것이다⁶⁷⁾.(MacKinnon,

67) 이러한 사례로 *People v. Mayberry* 판결(542 P.2d 1337 (Cal. 1975)P과 영국판례인 *Regina v. Morgan* 판결(A.C. 182, 2 All E. R. 347 (1976)), *Regina*

2001b:831-2)

이러한 결과가 발생하는 이유는, 법에서 피고인에게 “강간의 고의가 없었다는 것을 확실하게 입증하라”고 요구하는 것이 아니라 “피고인이 피해자의 동의에 대해 합리적으로(혹은 진정으로) 신뢰했는가?”를 질문하기 때문이다. 여기서 비동의 요건을 판단할 때 “동의에 대한 남성의 신뢰가 비합리적이었는지”를 파악하는 것은 “상대방이 동의하지 않았다는 것을 인식시킬 정도로 저항했는가”의 다른 말일 뿐이다. 여기서 다시 합리성에 관한 질문은 가해자의 고의에 대한 것이 아닌 피해자의 행위에 대한 것이 된다. 결국 동의인가 아닌가의 결정 권한은 다시 ‘남성’에게 주어진다.

(2) 비동의 입증을 위한 ‘저항요건’으로의 회귀

1992년 펜실베이니아주 최고법원(Superior Court)의 베르코비치(Commonwealth v. Berkowitz) 판결⁶⁸⁾은 “저항요건의 폐지 원칙”을 적용해왔던 이전 판례를 무의미하게 만든 대표적인 판례라 할 수 있다.

그동안 펜실베이니아주 최고법원은 “강간죄의 유죄입증을 위해 피해자의 저항행위가 과도하게 요구되어야 하는 것이 아니며, 그 상황에 따라 상대방의 의사표시에 따라 충분하다”고 판시해왔다. 단순강간에 관한 1986년 반즈 판결⁶⁹⁾에서 최고법원은 피해자의 저항이 없었고 항

v. Cogan 판결(2 All E.R. 1059(C.A. 1975))이 있다. 아내강간 사례로도 유명한 판례인 *Regina v. Morgan* 판결에서 법원은 강간죄 성립을 위해 특정한 고의가 요구된다고 판시했다. 이 사건에서 “피고인 피해자의 남편은 그녀의 친구들에게 그녀의 아내가 ‘변태적(kinky)’이며 강제당하는 것이 그녀가 ‘성적으로 흥분되는’ 방법이라고 말하고, 친구3명을 시켜 아내를 강간”하였다. 배심은 “진지한 신뢰(honest belief)가 고의를 부인한다”며, “비록 비합리적이었지만, 동의에 대한 신뢰가 정직하게(honestly) 지지”되었다고 판단하고, 친구의 초대로 친구의 아내를 강간한 피고들에게 무죄를 선고하였다.

68) 415 Pa. Super. 505(1992), *aff'd in part*, 641 A.2d 1161 (Pa. 1994)

69) 42 Cal. 3d 284(1986) 이웃이고 아는 관계인 피해자가 마리화나를 구입하기

소인이 저항에도 불구하고 성관계를 하려고 했다고 볼 수 없기 때문에 유죄판결을 파기했던 항소법원의 판결을 파기하면서, 항소법원이 “주의회가 강간죄의 저항요건을 폐지한 법개정의 의미를 이해하지 못했다”며 강간죄의 유죄를 선고했다.

§261(2)을 성립하게 하는 유죄의 증거가 충분한지를 판단하기 위해서 법원은 피해자를 두렵게 한 강제력이나 언어적 혹은 비언어적 협박이 있었다는 사실을 보여줄 정황을 찾아야 한다. 또한 고소인의 행위와 그 강제력의 정도에 따라 그녀의 두려움이 진심이었고 합리적으로 근거있는 것인지를 평가되어야 한다.... 이를 판단하기 위해 심판관(배심원)은 가해자로 지칭된 자의 행위 혹은 피해자로 추정된 자 중 하나에만 초점을 맞추는 것이 아니라 둘 모두의 반응에 무게를 둬서 동의에 관해 판단해야 한다.⁷⁰⁾

이러한 기준을 구체적인 사실관계에 적용했을 때 주 최고법원은 항소인의 말보다는 피해자의 증언을 더 신뢰하며, “§261(2)의 규정 하에서 불법적인 물리적 상해와 즉각적인 두려움에 의해 강간의 구체적인 증거를 제시하고 있다⁷¹⁾”고 평가했다. 주 최고법원은 “서로 대화를 나누었다”라는 항소인의 증언보다는 “가해자가 화를 내고 어떤 제스처를 했다”라는 피해자의 증언을 더 신뢰했으며, “만약 그와의 성교를 허용하지 않는다면 항소인으로부터 물리적 폭력을 당할 것이라는 Marsha의 두려움은 성실했고 합리적이었다고 합리적으로 결론을 내렸다”⁷²⁾. 그리고 오히려 항소인이 “그의 위협적인 행동이 그녀의 의사를

위해 항소인의 집을 방문했을 때 강간을 당했으며, 당시 항소인은 물리적인 폭행을 행사하지 않았으나 화를 내면서 피해자가 나갈 수 있도록 문을 열어주지 않는 행동을 했으며 과거 성폭력 사실들을 말하고 근육을 보여주는 등의 협박을 하였다. 피해자는 다음날 신고하였으며, 항소인은 그들이 합의된 성관계를 했다고 주장하였다.

70) id, at 304.

71) id, at 305.

존중하기보다는 억압할 수 있다는 사실을 깨달았어야 했다”며, 그것을 알아채지 못했던 항소인의 태도가 오히려 ‘비합리적’이었다고 비판했다⁷³⁾.

최고법원이 피해자를 더 ‘합리적’이라고 판단할 수 있었던 것은 여성의 경험을 통해 강간 이전의 일련의 과정을 바라보았기 때문이었다. 법원은 물리적인 폭력이 존재하지 않아도 피해자가 공포를 느낄 수 있다는 것을 인식했으며, 그러한 공포로 인해 신체적으로 저항하지 못했다는 것도 인식했다. 그리고 “집에 가야 한다”는 피해자의 표현을 거부 의 의사표시로 이해했으며, 이러한 비동의에 대한 판단을 통해 강간죄의 성립여부를 판단했다.

그러나 8년 후인 1992년 베르코비치 판결⁷⁴⁾에서 주 최고법원은 “안돼”라는 비동의만으로 실질적인 강제력을 입증하는 데에 충분치 않다("no" is not alone sufficient to prove use of actual force)⁷⁵⁾고 판시함으로써 반즈 판결을 파기했다. 베르코비치 판결은 현재 미국의 다수 관할이 채택하고 있는 입장을 보여준다. 베르코비치 사건의 쟁점은 물리적인 강제력이 없는 상황에서 이 사건에서 일어난 강제적 성관계가 피해자가 “마지못해 복종”하도록 했던 “합리적인 결의의 사람이 저항을 못하게 하는 강제적 강요의 위협”이 존재하는가에 관한 것이었다. 펜실베이니아주 최고법원은 ‘비동의’만으로 강제력을 입증할 수 없으며

72) id, at 305.

73) id, at 305.

74) 1988년에 대학 내 기숙사에 발생한 이 사건의 항소인과 피해자는 아는 관계였는데, 친구를 만나기 위해 항소인의 방으로 들어갔던 피해자를 항소인이 강간한 사건이었다. 당시 항소인은 물리적인 폭력을 행사하지 않았으며 다만 몸으로 피해자를 누르고 성행위를 시도하였다. 피해자는 신체적인 저항을 하지는 않았으나, “안돼”라는 의사표시를 계속해서 하였다. 기숙사에서 나온 후 피해자는 항소인을 신고하였다. (1992 Pa. Super. LEXIS 1377, at 1-7)

75) *United States v. Jerry D. WEBSTER, Machinery Technician Second Class U.S. Coast Guard*, 40 M.J. 384; 1994 CMA LEXIS 111. at 10.

이 사건에서 피해자에게 어떠한 물리적인 강제나 협박이 없었다는 판단이 합리적이라고 판시하고 피고인에게 무죄를 선고하였다.

펜실베이니아주 최고법원은 형법에 “피해자가 행위자에게 저항할 필요가 없다⁷⁶⁾”라는 명시적인 요구가 존재하지만 본 사건에서 합리적으로 보기에 어느 정도까지는 이루어져야 하는 저항이나 강제력이 없었기 때문에, 피해자가...그 또는 그녀의 의지에 반해서 성교를 강요당했는가에 관한 질문이 남을 수밖에 없는 것⁷⁷⁾이라고 판단한다. 결국 피해자의 동의에 대한 판단을 위해 강제력만이 아니라 ‘저항’요건까지도 필요하다는 것이며, 이러한 태도는 강간죄성립을 위한 저항요건을 다시 불러오는 결과를 가져온다. 베르코비치 판결에서 최고법원은 “그녀가 결코 비명을 지르거나 도움을 청하려고 시도하지 않았다”는 사실을 지적하면서 ‘구조요청’에 관한 확증요건도 요구하는 태도를 보인다⁷⁸⁾. 강간이 대학 기숙사에서 오후에 일어난 일이기 때문에 도움요청을 하는 것이 합리적임에도 불구하고 도움을 요청하지 않은 사실은 피해자가 ‘동의를 하지 않았음에도 불구하고 강제로 성관계를 한 것은 아니라는 사실’을 합리적으로 만들어준다는 것이다.

이렇게 강간죄 성립을 위한 저항요건과 확증요건이 다시 요구되는 이유는 법원이 가해 남성의 입장에서 피해자의 행위를 판단하기 때문이다. 그로 인해 가해남성의 입장에서 피해자가 동의하지 않았음을 보여줄 수 있는 저항행위와 주변 정황에 관한 확증 요건이 요구되는 것이다. 최고법원은 피해자와 항소인의 각각 다른 진술 중 피해자의 행위에 대한 항소인의 평가가 더 ‘합리적’이라고 가해남성의 입장에서 판단한다. 사실 항소인은 "피해자가 그와의 성적 관계를 추구하기를 원

76) Chapter 31. See 18 Pa.C.S.A. § 3107

77) id, at 24.

78) id. at 12.

한다고 어렵듯이 느꼈고“, ”그러한 생각이 그녀가 (다시 술을 마신 후) 그의 방에 잠깐 들르고 그를 깨웠을 때 확인되었다고 믿었다⁷⁹⁾“고 피해자의 행위를 단지 추정하고 유추했을 뿐이었다. 피해자가 ”너무 무서웠기 때문“에 크게 말해지 못했던 거부 의사표시에 대해 항소인은 피해자가 ”요염하고 열정적으로 신음하며“ ”안돼“라고 말했다고 주장했다. 본 사건에서 실제 항소인 증언의 대부분이 피해자의 행동에 대한 항소인의 자의적인 해석일 뿐이었다. 심지어 항소인이 피해자의 ”안돼“라는 말을 들었다고 증언했음에도 불구하고, 법원은 항소인이 그러한 거절의 의사표시를 거부 의사라고 받아들이지 않고 ”신음소리“라고 추정했던 태도를 더 신뢰하였다.

베르코비치 판결에서 알 수 있듯이, 비동의를 강간의 요건으로 판단하지 않는 법원의 태도는 1970년대 폐지되었던 저항요건이나 확증요건을 다시 고려하게끔 하는 결과를 가져온다.⁸⁰⁾ 결국 베르코비치 판결에서 법원은 실제 (오후 기숙사에서 도움을 요청한다거나 비명을 지른다거나 가해자를 밀치지 식의) 저항을 하지 않았기 때문에 피해자를

79) id, at 8.

80) 이러한 판결이 저항요건을 폐지했던 원칙에 반한다는 것은 펜실베이니아주 최고법원 역시 인식하고 있었다. 그러나 법원은 1970년대의 ‘저항요건 폐지’를 좁게 해석하면서 오히려 ‘저항요건’이 강간죄의 판단기준으로 필요하다는 주장을 조심스럽게 전개한다 “아마도 우리의 결론이 말로 저항한 피해자에게 육체적으로 저항할 것을 요구하게 되어 ‘저항요건 폐지(no resistance requirement)’의 원칙에 손상시킬 것이라고 주장할지도 모르겠다. 이에 관하여 우리는 다음과 같이 명시한다. 비록 ‘저항요건의 폐지’가 어떠한 방법으로든 그것이 적용되는 상황을 제한해선 안된다고 하더라도, 그것은 법이 한계를 가지고 있었던 상황에서 적용되는 것이다. ‘저항요건의 폐지’를 통해 개정된 법인 Section 3121(2) of title 18의 구성요건(강제력, 동의)에 다시 ‘저항요건의 폐지’를 적용하는 것은 의미없는 일일 것이다. 그러므로 ‘저항요건 폐지’는 성교를 강제로 강요받는 동안 육체적으로 저항하지 않을 것을 선택한 사람에 대해 단지 해로운 추론을 하지 않도록 하는 원칙을 의미하는 것일 뿐이다. 성교를 하는 것에 어떠한 강제적 강요를 받았다는 어떠한 증거도 없다면, 그러한 피해자에게는 ‘저항요건의 폐지’를 적용할 수 없다.”(id, at 32, n7)

강제적 강요를 받지 않았다고 판단한 것이다. 법원은 강제적 강요가 없는 곳에는 저항요건 폐지 원칙을 적용할 수 없다고 결론지었다. “비동의만으로는 강간을 입증하는 데에 충분치 않다”고 판결함으로써, 1970년대 폐지되었던 “저항요건”을 다시 불러들인 것이다.

II. 여성억압적이고 성차별적인 강간죄 해석의 극복

1. 여성의 경험과 언어에 기초한 ‘동의’의 해석

위에서 검토했던 미국 주들의 강간죄 규정과 판례들은 모두 여성의 경험과 언어에 기초한 해석이 이루어지지 않을 때 과거 커먼로가 가졌던 강간죄 규정의 한계를 극복할 수 없음을 보여준다. 과연 여성의 경험과 관점에 의해 강간죄의 동의요건을 해석하는 것이 현행 법체계 안에서 가능한가? 이제 보게 될 주 형법과 판결은 강간죄에서 동의요건을 판단할 때 앞에서 검토한 판례와 다른 합리성의 해석 기준을 보여준다.

2003년 7월 일리노이주의회는 1961년의 형법상 강간법을 개정하여, “처음에 성교 혹은 성적 접촉에 동의한 사람이 성교 혹은 성적 접촉 도중 동의를 철회하면, 어떠한 성교나 성행위에도 동의하지 않은 것으로 간주한다⁸¹⁾”라는 규정을 추가했다. 즉, 성교나 혹은 성적 접촉에 대해 동의한 사람이 그 과정에서 동의를 철회한 후에도 상대방이 성행위를 중단하지 않는다면 강간이 성립한다는 것이다. 이 같은 일리노이주의 강간법 개정은 1991년 캘리포니아주에서 제기된 강간사건에서 주 최고법원이 “성교 도중 동의를 철회했음에도 불구하고 상대방이 성행위를 계속한다면 그것은 강간이다”라고 판결을 내린 것에 영향을 받은

81) 2003 ILL. ALS 389.

것이다⁸²⁾.

이는 그동안 페미니스트들이 주장해 온 “여성의 ‘안돼(no)’는 ‘안돼’를 의미한다”라는 말이 법적으로 인정되었음을 의미한다. 다시 말하자면, 강간죄의 ‘비동의 요건’이 강제적 성관계인 강간의 가장 중요한 구성요건으로 인정받은 것을 의미하는 것이다.⁸³⁾

강간의 구성요건 중 “동의”에 관한 일리노이주의 태도는 동의에 관한 또 다른 판례인 1992년 뉴저지 주의 State in the interest of M.T.S 판결⁸⁴⁾과 맥을 같이 한다. In re M.T.S 판결 역시 안면있는 관계에서 발생한 단순강간 사건에 관한 것이었는데, 당해 사건에서는 동의가 없었지만 동시에 피고가 부가적인 강제력이나 위협을 사용했다는 어떤 증거도 없는 성기 삽입이 있었다. 뉴저지의 성폭행 관련법은 “물리적 강제력 혹은 강제를 이용한 성기삽입”을 2급 성폭력 범죄로 규정한 다⁸⁵⁾. 여기서의 쟁점은 “단순히 ‘물리적 강제력’의 요소가 성폭행의 결과를 이루는데 필수적인 강제력 이상이 아닌 것을 수반하는 비동의적 삽입행위에 의해서 충족되는가 여부⁸⁶⁾”였다. 뉴저지주 최고법원은 쟁점이 “아는 관계에서 강제적인 성관계와 합의된 성관계를 어떻게 구분

82) “New rape law in Illinois protects people who change mind during sex”(AP통신)

83) 일리노이주법이 발효되고 난 후 인터넷 상의 사이버 찬반투표(poll)나 토론게시판에서는 열띤 토론이 진행되었으며, 신문 상의 각종 칼럼들은 이 법의 개정에 대한 논평을 썼다. 그 후 이 일리노이주법에 의하면 강간 사건으로 인정받을 수 있는, 한 유명한 스포츠 선수의 강간 사건 역시 함께 논란의 대상이 되었으며, 과거 논란이 되었던 강간으로 인정되지 못했던 William Kennedy Smith의 데이트 강간 사건 역시 다시 논쟁되었다.

84) 129 N.J. 422; 609 A.2d 1266; 1992 N.J. LEXIS 420 (1992) 사건의 개요는 다음과 같다. 피해자는 자고 있는 도중 자신의 집에서 함께 거주하고 있는 피고인과 강제적인 성행위를 하게 되었다. 성행위를 인식한 동시에 피해자는 피고인의 뺨을 때렸고, 바로 피고인은 방을 나갔다. 피고인은 피해자가 깨어있었으며 키스를 주고 받기도 했다고 주장했다.

85) N.J.S.A. 2C:14-2c

86) 1992 N.J. LEXIS 420, at 1.

할 것인가”라고 판단하였다.

“이 사건에서 17살짜리 소년이 15살짜리 소녀에게 합의에 의한 키스와 농도질은 애무를 한 후에, 그녀가 동의하지 않은 실제적인 성기삽입을 했다는 사실이 드러났다. 이 때 그 소년이 성기삽입 행위를 하기 위해 강제력 혹은 위협을 사용했다는 어떠한 증거나 제시는 없었다.” ... 이 항소심에 의해 제기된 질문은 “물리적 강제력/강제”의 요소가 단지 그러한 결과를 완성시킬 정도로 필요한 강제력/강제 이상이 아닌 동의없는 삽입의 행동에 의해 충족되는 것인지 여부이다.⁸⁷⁾

모든 증언을 검토한 배심은 피해자가 피고인과의 키스와 진한 애무에는 동의를 했지만, 그럼에도 불구하고 그녀가 실제 성적 행위에 동의하지 않았다는 사실을 인정하고, “주가 합리적인 의심의 여지없이 2급 성폭행을 입증했다”고 결론내렸다. 이 때 배심은 N.J.S.A. 2C:14-2c(1)의 “물리적 강요”를 “피해자의 동의없이 성교를 하는 것에 의해” 충족되는 것으로 판단했다. 그러나 그 용어가 성교를 완성시키는 데 필요한 ‘강제력 이상의 강제력’을 요구하는 규정이라고 판단한 항소법원은 강제력이 없다는 이유로 2급 성폭력에 관한 배심의 유죄평결을 파기하였다. 주 최고법원은 이러한 항소법원의 판단이 강제력을 과도하게 요구한다고 비판하고 다음과 같이 판시했다.

동이가 결여된 성교는 강간죄의 요소인 “물리적 강요”를 충족시킨다. ‘물리적 강요’는 “비동의를 억압하기 위해 사용되는” 것으로 해석될 수 있다. 이러한 정의는 강간죄의 강제력을 다른 폭력 범죄에 수반되는 강제력과 같게 하는 것이며 성폭력이 요구하는 성교 행위시의 강제력 정도를 설명한다.⁸⁸⁾

87) id. at 2.

88) id, at 11.

최고법원은 “성기 삽입의 행위와 강간의 상황이 동시에 존재할 때 2급 성폭력죄를 성립시키기 위해 과도한 물리적 강제력이 요구되지 않는다”고 강제력 요건을 재해석했다. 그리고 “만약 성기삽입행위에 상대방의 동의가 존재했다는 합리적인 믿음이 없을 때 다른 사람에 대해 어느 정도의 강제력을 적용한다면” 물리적 강제력의 구성요소가 충족된다고 판단한 배심의 결정을 지지하였다.

최고법원은 강간죄 구성요건 판단을 변화되어 왔던 역사적인 맥락과 저항요건 폐지의 목적과 의의에 대해 고려함으로써 다음과 같은 결론을 얻는다. “피해자는 더 이상 저항할 것을 요구받지 않아야 한다. 즉 불법적인 성기 삽입에 대해 어떠한 저항이나 설명도 할 필요가 없다. 피해자로 추정되는 사람은 재판을 받지 않으며, 그 혹은 그녀의 대응이나 방어의 행위는 중요하지 않은 것이 된다. 그러므로 우리는 강간을 입증하기 위해 피해자가 그 성행위에 자발적이지 않았으며 그것을 원치 않았다는 것 이외에 물리적 강제력을 추가적으로 요구하는 태도는 강간법의 입법상의 목적에 일치하지 않는다고 판단한다.”⁸⁹⁾ In re M.T.S 판결은 “강간의 정의가 완전히 강간 피해자의 경험과 인식에 상응해야 한다”고 해석한 것이다.

강제력은 독립적인 요건으로서가 아니라 피해자의 동의와의 관련 속에서 판단되고 결정되어야 한다. 이 때의 피해자 동의는 당연히 피해자 그 자신의 진술을 통해서 판단해야 한다... 비록 “동의없음”과 “그녀의 의사에 반하여”라는 용어가 종종 전통적인 강간의 정의 하에서 입증 책임과 행위 책임이 피해자에게 부과되어 왔던 적도 있으나, 피해자의 동의없음은 강간의 성립여부를 판단하는 중요한 기준이다. 이 사건에서 동의능력이 인정되는 나이인 피해여성은 여성은 적극적으로 그리고 확

89) id., at 36-7.

실하게 그녀의 의사에 반한 성기삽입에 관한 동의를 철회했다.⁹⁰⁾

주 최고법원은 이 판결을 통해 “성교에 관한 동의가 반드시 있어야 하며, 그 동의여부의 선택은 자유롭게 이루어져야 한다”고 판시함으로써 여성의 “비동의”를 여성의 판단에 의해 결정하는 것으로 해석했다. 이러한 In re M.T.S 판결의 태도는 “남성들에게 독심술사가 되기를 요구한다”는 비판을 받아왔으며(Mathew & Ferrell, 2000), 그 이후 많은 판례에 인용되지 못한 채 소수견해로 남았다. 그러나 이러한 In re M.T.S 판결의 “동의”에 대한 태도는 2003년 일리노이주법의 개정⁹¹⁾에 영향을 미쳤다.

In re M.T.S 판결과 일리노이주 형법상 강간죄는 모두 ‘동의’요건을 판단하는 기준으로 피해자의 의사와 판단을 제시하는 법적 태도를 보여준다. 이는 그동안 여성에 대한 불신으로 피해자의 ‘비동의’ 자체를 법적으로 인정하지 않고 저항이나 다른 여타의 정황으로 입증되어야 할 것을 요구했던 태도와는 상반된다. 이는 여성의 시각과 언어로 그 여성의 동의 혹은 비동의 경험을 설명하는 것을 통해 가능한 것이다.

2. 여성의 언어와 경험을 통해 재구성되는 법의 ‘합리성’

1970년대 이후 미국의 강간법과 관련 판례들은, 전통적 커먼로에서의 강간법의 구성요건 중 “여성의 의사에 반해”로 표현되는 ‘비동의 요건’이 피해자의 저항에 대한 입증과 이를 위한 확증요건(신속한 고소, 강간 전 만남의 자발성 등)으로 해석되는 것을 막기 위해 노력해왔다 [저항요건 폐지의 원칙]. 앞서 보았던 강제력 요건의 강화, 그리고 강제력에 대한 확장되는 해석(심리적인 강제까지 포함), 강제력을 판단하기

90) id. at 15.

위한 ‘합리적인 두려움’ 기준의 적용은 강간죄 판단의 쟁점을 가해자의 행위로 옮기려는 시도였다. 그러나 강제력요건을 판단·해석할 때 (가해) 남성의 시각과 경험을 통해 피해자의 행위를 평가했기 때문에, 저항요건이 폐지되기 전과 비슷하게 피해자는 자신의 두려움과 고통을 설명하고 입증해야 했다. 피해자의 ‘동의’여부를 판단할 때 그 초점을 가해자의 ‘고의’로 옮겨보려는 에스트리치(1995)의 시도 역시 질문의 방향을 가해자에게 옮기기 위한 노력의 일환이었다. 그러나 질문이 구성되는 성별화된 맥락에 대한 고민없이 가해자의 고의를 고려하는 것은 가해자에 대한 질문의 내용을 ‘그의 의도’가 아니라 ‘피해자의 동의에 대한 그의 믿음’의 진정성으로 대체한다. 피해자가 동의했다고 믿은 그의 신뢰가 입증되기 위해 여전히 피해자 행위가 판단의 대상이 되는 것이다.

왜 “저항요건의 폐지”를 위한 강간죄 구성요건의 해석과 판단의 변화가 다시 “저항요건에 대한 요구”로 되돌아왔는가? 이는 강간죄의 가장 중요한 “상대방의 의사에 반해”라는 비동의 요건에 대한 법원의 판단과 해석이 실상 (가해) 남성의 시선을 통해 바라본 피해 여성의 경험에 대한 것이었고, (가해) 남성의 경험을 기준으로 판단하는 것이 ‘법의 합리성’이었기 때문이었다. 법의 합리성이 “구체적인 상황과 맥락을 고려한 판단의 요청”임에도 불구하고, 성별화된 합리성의 기준에 따라 실제 권리를 침해받은 여성이 놓여 있는 구체적인 상황과 맥락은 고려되지 않는다. 강간은 여성의 섹슈얼리티와 몸에 관한 범죄임에도 불구하고, 성별화되어 있는 이성애적 섹슈얼리티 구조 속에서 여성의 피해 경험과 고통은 남성의 시선을 통해 판단되고 남성의 언어를 통해 말해진다. 강간죄의 판단에 있어서 대상이 되는 여성의 경험은 남성의 관점과 언어에 의해 재단된 것이다.

이러한 맥락은 한국의 강간죄 판례를 통해서도 볼 수 있다. 성적 자기결정권이라는 성중립적이고 보편적인 가치와 개념을 통해 강간죄를 정의하고 있음에도 불구하고, 이러한 성적 자기결정권은 여성에 대한 성적 침해행위를 판단할 때 피해 여성의 도덕성이나 품행, 어떤 남성과의 관계에 놓여 있는지에 따라 달리 적용·평가한다. 법원이 구체적인 사건에서 (가해) 남성의 관점으로 피해 여성의 행위를 판단하며 의심하고 평가함으로써, 피해 여성의 고통스러운 경험을 무시한다. 즉, 객관적인 것처럼 보이는 ‘합리적인 일반인의 경험칙’에 기초해 강간죄의 구성요건을 판단할 때 여성의 성을 둘러싼 불평등한 사회문화적 각본에 따라 피해자의 행위를 재단하는 것이다. 이는 형법상 강간죄에서 보호하고 있는 것이 여성의 성적 자기결정권이 아니며, 형법이 여성의 성적 자기결정권을 존재하지 않는 것으로 취급하고 있음을 보여준다. 이러한 과정에서 법의 합리성은 성별화되어 구성되고 구현된다.

여기서 In re M.T.S 판결과 일리노이주 형법상 강간죄는 이러한 법의 ‘합리성’ 구성이 어떠한 변화를 가져올 수 있는지를 보여준다. In re M.T.S 판결과 일리노이주 형법상 강간죄는 ‘여성이 동의하지 않은 강제적 성행위’를 강간으로 인정했다. 즉, 강제력을 판단하는 기준으로 피해자의 ‘비동의’를 제시하였고, 이러한 비동의 요건의 입증은 피해자의 거부 의사표시로 족하다. In re M.T.S 판결과 일리노이주 형법상 강간죄는 여성의 관점과 경험을 기준으로 ‘동의’를 판단한다.

이러한 법의 변화는 단지 단순강간을 형법상 강간죄로 인정했다는 것만을 의미하지 않는다. 성중립적인 것으로 여겨졌던 가치와 언어들 속에 여성의 언어와 경험이 개입한다면, 그것은 단지 여성의 경험을 첨부하는 것이 아니라 기존의 남성편향적 언어와 가치를 변화시키는 일이다. 여성, 동성애자, 장애인 등 정상성의 범주에서 배제되어 온 사

회적 약자들에 대한 억압의 문제가 제기될 때 근대적 보편성에 기반한 남성 이성애자 비장애인 중심의 인권의 개념과 충돌할 수밖에 없으며, 이들의 억압 문제가 기존의 인권개념에 포함될 때 그 인권개념을 둘러싼 권력지형에 변화를 가져올 수밖에 없다. 강간죄의 구성요건인 ‘비동의’ 요건을 피해 여성의 관점과 언어를 통해 입증하는 것은, 기존의 여성의 ‘동의’에 대한 형법의 개념과 평가를 변화시킨다. 이는 곧 그동안 법에서 동의할 수 있는 주체로 인정하지 않았던 여성을, 성적 자기결정권을 가지고 동의하거나 거부할 수 있는 주체로 인정했음을 의미하는 것이다.

여성의 관점과 시각으로 구성된 여성의 경험에 기초하여 ‘법의 합리성’이 구성된다는 의미는, 단지 여성의 경험이 판단기준으로 고려되었을 때 기존의 ‘합리성’의 가치체계를 뒤흔들 것이라는 의미이다. 이것이 법의 영역에 여성주의가 적극적으로 개입하면서 법의 남성적 가치와 언어를 변화시키기 위한 가능성이다.

참고문헌

조 국 (2003), “刑事法の 性偏向” 박영사.

Estrich, Susan (1986), "Rape." in *Yale Law Journal* 95 (May, 1986), at 1087. (95 *Yale Law Journal* 1087)

————— (1987), *Real Rape*, Cambridge : Harvard University Press; 이영란 역 (1995), “법 앞에서 불평등한 여성들-법은 여성을 어떻게 차별하는가” 교육과학사.

Mackinnin, Catharine A. (1989), “Rape: on coercion and consent” in *Toward a Feminist of the State*, Harvard University Press, pp. 171-183; 엄용희 역(2001a), 「강간: 강요와 동의에 대하여」, “여성의 몸, 어떻게 읽을 것인가?-성의 상품화, 그리고 저항의 가능성”, 한울, pp. 56-77.

————— (1993), “Does Sexuality Have a History?”, in *Discourses of Sexuality: From Aristotle to AIDS* (Ratio, Institute for the Humanities Series), at 117 (Stanton, Domna C. ed., 1993), University of Michigan Press.

————— (2001b), *Sex Equality: Rape Law*, Foundation Press.

일리노이주 공법 (AN ACT in relation to criminal law)

<http://www.legis.state.il.us/legislation/publicacts/fulltext.asp?Name=093-0389>

미국과 캐나다의 법과 판례 검색 사이트 LexisNexis

<http://www.lexis.com>

성폭력 피해생존자의 인권을 존중하는 대법원 판결을 기대한다!

성폭력은 피해생존자의 인권을 침해하는 사회적 범죄행위로, 특히 여성과 어린이의 자유롭고 안전한 삶을 위협하고 있다.

다행히 우리사회에서도 90년대 이후 문제의 심각성을 인식하고 성폭력특별법 등 관련 법과 제도들이 마련되고 있다. 그러나 아직도 성폭력범죄 피해생존자들은 피해자이면서도 오히려 “혹시 유발하지 않았나?”, 심지어 “즐기지 않았나?”하는 의심과 비난을 받고 있다. 성폭력 고소율 6.1%(1998, 한국형사정책연구원), 기소율 43%(2004, 법무부)라는 사실은 피해생존자들의 현실이 얼마나 열악한지 가늠할 수 있게 한다.

특히 우리나라 형법은 여자들이 '완강히 저항'하지 않는 한 합의에 의한 성관계로 파악한다. 따라서 폭행과 협박 상태에서 죽을 각오로 저항하지 않으면 강간으로 입증받기 어렵다. 그 이외에도 장애인이라 하더라도 항거불능 상태였음을 입증해내야 하는 문제나 부부사이에 가장 치욕스러운 경험이라고 호소하는 아내강간은 1970년 대법원 판례이후 강간 성립 자체를 부정당하고 있다. 또한 어린이 성폭력의 경우에는 단 하나의 증거일 수 있는 피해어린이의 진술이 일관성이 없다는 이유로 인정받지 못하고 있다. 이와 같이 법 자체를

매우 협소하게 이해하거나 피해자에게 불리한 방식으로 해석되는 방식은 이제 사법체계 내에서 관행으로까지 굳어져 다른 성폭력 사건의 불기소와 무죄판결에까지 큰 영향을 미치고 있다.

한국성폭력상담소는 지난 15년 동안 53,000여회 상담사례를 지원하면서 이와 같은 성폭력에 관한 법적 규정과 판단으로 인해 성폭력 피해생존자들이 제2의 고통을 받고 있음을 상담 현장에서 너무도 많이 보아왔다. 또한 2003년 본 상담소에서 실시한 <법조인의 성별의식 조사>연구에서 법조인들의 객관성이 사실상 남성중심적 사회문화에 토대를 두고 있으며 이에 따라 성폭력 피해생존자들의 경험과 의식을 반영하지 못하고 있음을 확인한 바 있다.

이제는 법원이 성폭력 사건의 재판 과정에서 “객관성”이라는 이름으로 얼마나 많은 피해여성들을 고통으로 몰아넣고 있는지를 성찰해야 한다. 그동안 우리의 법체계가 피의자(피고인)의 인권을 중심으로 고려하였다면, 이제 피해자의 인권을 돌아보아야만 한다. 무엇보다 남성 중심적인 우리사회의 잘못된 통념에 가려져 들리지 않았던 피해자의 목소리와 절규에 귀기울여야 한다.

우리는 그 변화의 일환으로 대법원 판례 바꾸기를 강력하게 요청한다. 대법원 판결의 경우, 하급심의 판결에 준거가 되고 검찰의 기소 여부에 큰 영향을 주고 있다는 점을 고려할 때, 대법원의 판례는 해당 사건에 대한 판결 그 이상의 의미를 갖고 있다고 할 수 있다. 그러하기에 성폭력 피해의 특수성을 전혀 고려하지 못하는 다음과 같은 대법원 판례는 성폭력에 대해 둔감했을 뿐 아니라, 결과적으로 성폭력을 묵인, 조장하는 결과를 낳았다고 생각한다.

- (1) 폭행과 협박을 매우 협소하게 판단하는 강간죄의 최협의설
- (2) 항거불능 상태임을 입증해야 하는 장애인 성폭력
- (3) 성폭력 성립 자체를 부정당하는 아내강간
- (4) 진술의 일관성이 부족하다는 이유로 인정받기 어려운 어린이성폭력

앞으로 우리는 성폭력 피해생존자와 반성폭력활동가, 그리고 법조인들이 함께 각 주제별 워킹그룹을 통한 평석자료집을 발간할 것이다. 그리고 이 자료는 존엄, 정의, 고귀, 위엄, 그리고 여성의 색깔로 상징되는 “자주색 봉투”에 담겨 향후 매월 정기적으로 대법원을 비롯한 전국의 각 법원과 검찰청의 법조인에게 배달될 것이다. 또한 더 많은 사례 수집과 주제 발굴로 내용을 내실화시키고 동시에 토론회, 언론 기고와 같은 다양한 방법들을 동원하여 대법원 판례 바꾸기 운동을 전개해 나갈 것이다.

우리는 이 운동이 법조인들에게 성편향적이었던 사법 관행을 돌아보고 성찰하는 계기를 줄 수 있기를 기대한다. 그리고 우리나라 형사사법체계가 피해생존자의 권익을 보장하는 출발점이 될 수 있기를 희망한다. 아울러 이 운동이 성폭력 없는 자유롭고 평등한 세상을 향한 커다란 울림이 되어, 오히려 피해자를 비난하는 잘못된 우리사회의 인식을 변화시키고 성폭력 근절을 위한 작은 실천들을 이끌어 갈 수 있으리라 믿는다.

2006. 7. 24

사단법인 한국성폭력상담소

성폭력 조장하는
대법원 판례 바꾸기

판례/바꾸기운동/ 4차 자료집
“ 최협의설 ” 비판(4)

- ☐ 발 행 일 2006년 10월 30일
- ☐ 발 행 인 이 미 경
- ☐ 발 행 처 사단법인 한국성폭력상담소
(121-884) 서울 마포구 합정동 366-24 2층
Tel. 02-338-2890 | Fax. 02-338-7122
E-mail. ksvrc@korea.com
web-site. <http://www.sisters.or.kr>
- ☐ 편집책임 자주
- ☐ 인 쇄 카피플러스(02-322-1049)

성폭력 조장하는
대법원 판례 바꾸기

판/례/바/꾸/기/운/동/ 다섯 번째 자료집
“ **최협의설** ” **비판(5)**

(사)한국성폭력상담소

성폭력 조장하는 대법원 판례 바꾸기 5차 자료집

목 차

성폭력 조장하는 대법원 판례 바꾸기 운동 소개	1
최협의설의 자성? - 2005도3071판결의 의미와 시사점	3
이호중(외대 법대 교수) - 대법원 판결문	16
형사절차에서의 제2차 피해, 그리고 최협의설	19
윤주호(본 상담소 법정지원팀)	
성폭력을 조장하는 대법원 판례바꾸기 운동 취지문	29

성폭력 조장하는 대법원 판례 바꾸기 란?

“성폭력을 조장하는 대법원 판례바꾸기 운동”은 그동안 피해자의 특수성을 고려하지 않고 진행된 대법원 판례가 성폭력문제 해결과 피해자의 권리회복에 둔감했을 뿐만아니라, 결과적으로 성폭력을 조장하는 결과를 낳았다고 보고, 법조인들의 성편향적인 사법관행 성찰과 대법원 판례의 변화를 촉구하는 운동입니다.

이 운동은 뜻을 함께하는 법조인, 학자, 반성폭력활동가들의 참여로 매월 대법원 판례 평석문을 발간하여 존엄, 정의, 고귀, 위엄, 그리고 여성의 색깔로 상징되는 “자주색 봉투”에 담겨 대법관을 비롯한 헌법제판관과 전국 각 법원, 검찰청에 배달될 것입니다.

2006년 7월에 시작된 이 운동은 판례평석 이외에도 토론회, 언론기고 등의 다양한 방법으로 앞으로 1년 동안 지속적으로 펼쳐갈 계획입니다.

1차 자료집 (2006년 7월)

- 성폭력을 조장하는 대법원 판례바꾸기 운동 취지문
- 강간죄의 폭행·협박의 정도에 관한 판례의 입장에 대하여 / 조인섭(변호사)
- 최협의설 판례평석-92도259 / 이경환(본 상담소 법정지원팀)
- ‘의제화간’의 메커니즘 : 강간죄 해석에 있어서의 최협의 폭행·협박설 비판
/ 신윤진(본 상담소 법정지원팀)
- 디딤돌 판결 - 2004고합228 / 서울북부지방법원 제11형사부

2차 자료집 (2006년 8월)

- "성폭력 조장하는" 대법원판례 ? / 한인섭(서울대 법대 교수)
- 강간죄 폭행·협박의 최협의설에 대한 판례평석- 90도 2224
/ 장임다혜(본 상담소 법정지원팀)
- 성폭력을 조장하는 대법원 판례바꾸기 운동 취지문

3차 자료집 (2006년 9월)

- 존엄, 정의의 자ض빛 메시지로 / 이미경(본 상담소 소장)
- 최협의설에 따른 판례 평석-2005도3071 / 조민영(변호사)
- 판례 속에 드러난 강간죄 법리의 문제점 / 레떼(본 상담소 법정지원팀)
- 최협의설 적용을 완화한 판결
- 성폭력을 조장하는 대법원 판례바꾸기 운동 취지문

4차 자료집 (2006년 10월)

- 최협의설을 인용한 대법원 판례의 문제점과 개선방향에 대한 소고 - 2004도2611
/ 박용철(서강대 법학과 조교수)
- 상담사례를 통해 본 최협의설의 문제점 / 이경환(본 상담소 법정지원팀)
- 미국 주형법 강간죄 개정과 관련 판례 검토 / 장임다혜(본 상담소 법정지원팀)
- 성폭력을 조장하는 대법원 판례바꾸기 운동 취지문

최협의설의 자성?

- 2005도3071판결의 의미와 시사점

이 호 중(외대 법대 교수)

「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 안 된다.」 (대법원 2005.7.28, 2005도3071)¹⁾

1) 이 판결의 사건개요와 대법원판결, 제1, 2심의 판결은 이미 「판례바꾸기운동 : 최협의설비판(3)」에서 소개되었기에 여기에서 다시 소개하지는 않기로 한다.

1. 서론

강간죄의 폭행·협박에 관한 대법원의 판단기준에서 미묘한 변화가 감지되고 있다. 2005도3071판결은 그동안 대법원이 줄기차게 반복적으로 제시해온 최협의의 폭행·협박설, 즉 “강간죄의 폭행·협박은 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이어야 한다”는 기준을 변경하지는 않았다. 그렇지만 최협의의 폭행·협박이 있었는지 여부를 판단함에 있어 종래 “폭행·협박의 내용과 정도는 물론 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 판단하여야 한다”고 포괄적으로 판단기준을 제시한 것 - 이것은 사실 너무 포괄적이어서 판단기준을 제시한 것이라고 말하기도 민망하다 - 에서 한가지 의미있는 판단기준을 덧붙였다 : “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 안 된다.”

그동안 판례는 최협의설을 적용함에 있어 피해자가 얼마나 적극적으로 저항하였는가의 문제, 그리고 구조요청을 하였는가 여부 등을 중요한 판단근거로 동원하고 있었다. 2005도3071판결에서 새롭게 추가된 판단기준은 피해자의 저항요건을 폭행·협박의 정도의 판단에 기계적으로 연결시키는 그동안의 관행적 판단에 일정 정도 제동을 걸고 있다. 앞으로 이러한 판단기준을 잘 다듬는다면 최협의설에 대하여 제기되었던 문제점을 상당부분 극복할 수 있을지도 모른다.

2. 최협의설에 대한 비판점과 2005도3071판결의 의미

(1) 최협의설에 대한 비판의 요체

종래 강간죄에서 최협의의 폭행·협박을 요구하는 판례의 해석에 대해서 제기되었던 비판은 크게 다음의 두가지 차원으로 구분해 볼 수 있다.

첫째, 최협의의 해석에 의할 때에는 피해자의 저항이 불가능하거나 현저히 곤란한 정도에 이르지 않는 폭행·협박을 사용한 경우에는 처벌의 공백이 생긴다는 점이다. 폭행·협박으로 상대방의 성적 자기결정권을 침해한 행위임에도 판례에 의하면 강간죄가 되지 않기 때문이다. 이처럼 최협의설의 해석이 부당하게 강간죄의 성립범위를 축소시킨 결과, 폭행·협박 등 의사의 제압 없이 이루어진 합의적 성관계와 강간죄로 처벌되는 성폭력 사이에 간극이 생기며, 이는 성적 자기결정권의 보호에 있어서 보호의 흠결을 초래하게 된다.²⁾

둘째, 최협의의 폭행·협박에 해당하는지 여부의 판단에 있어서 “피해자의 저항여부와 저항의 정도”를 중요한 판단기준으로 원용하고 있다는 점이다. 기존의 판례에 의할 때, 강간죄의 폭행·협박이 ‘피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도’에 해당하는가를 판단할 때, 범행 당시 피해자가 적극적으로 저항하지 않았다는 사실, 제3자에게 쉽게 구조를 요청할 수 있었음에도 적극적으로 구조요청을 하지 않았다는 사실은 가해자의 행위가 강간죄의 폭행·협박에 해당하지 않는다는 판단을 내리는 중요한 판단자료로 활용된다. “피고인이 갑자기 피의자를 방바닥에 눕히고 몸으로 짓누르며 내의를 벗기어 간음하려 할 때에도 몸부림을 치고 저항하는 것만으로 피고인으로부터 벗어날 수 있었”다고 하거나³⁾ “대학4학년인 피해자가 강간의 위

2) 조국, 형사법의 성평향, 2003, 45면 ; 박상기, 형법각론, 155면.

3) 대법원 1990.12.11, 90도2224.

힘을 느끼면서도 손쉬운 구조요청의 기회를 이용하지 아니하였다는 것은 우리의 경험칙상 쉽게 납득이 가지 아니하는 것”이라는 판단,⁴⁾ “시아버지로부터 걸려온 전화를 피해자가 받았으나 적극적으로 구원을 요청하지 아니한 사실”을 강조한 판단,⁵⁾ “피해자의 옷을 벗기고 성교하려고 하자 피해자는 잠에서 깨어나 하지 말라고 하면서 몸을 좌우로 흔드는 등 거부하였으나 몸을 일으켜 그 장소에서 탈출하려고 하거나 소리를 질러 구조를 요청하는 등 적극적인 반항은 하지 않은 사실”을 언급한 판단⁶⁾ 등 종래 대법원은 가해자의 폭행이나 협박사실을 인정하면서도 피해자가 적극적으로 저항하거나 구조요청하지 않았다는 이유로 가해자의 폭행·협박이 소위 ‘상대방의 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도’에 이르지 못했다고 판단하고 있다. 그리고 피해자가 가해자와 함께 술을 먹다가 만취한 상태에서 여관에 투숙하였고 피해자가 정신을 차리고 여관1층 복도까지 도망가자 다시 끌고 2층으로 와 제대로 저항하지 못하는 피해자를 간음한 사안⁷⁾에 대하여 대법원은 강간죄의 폭행·협박이 있었음을 인정하지 않았다. 또 피해자가 가해자와 함께 PC방에서 만나 비디오방에 오게 되었는데, 가해자가 갑자기 욕정이 생겨 피해자의 가슴을 만지자 피해자가 거절의 의사를 분명히 하면서 가해자의 손을 뿌리쳤으나, 가해자가 “야, 우리 하자”고 하면서 이에 대꾸가 없는 피해자 위에 올라앉아 피해자의 바지를 벗겼고 이에 피해자가 놀라 가해자를 밀쳐냈으나 결국 간음에 이르게 된 사건에서 대법원은 “피고인은 피해자의 의사에 반하는 정도의 유형력을 행사하여 피해자를 간음한 것으로 볼 여지는 있으나, 더 나아가 그 유형력의 행사로 인하여 피해자가 반항을 못하거나 반항을 현저하게 곤란하게 할 정도에까지 이르렀다는 점에 대하여는 합리적인 의심이 없을 정도로 증명이 되었다고 보기는 어렵다”⁸⁾고 판시하였다.

4) 대법원 1990.9.28, 90도1562.

5) 대법원 1991.5.28, 91도546.

6) 대법원 1999.9.21, 99도2608.

7) 대법원 1985.10.8, 85도1537.

이처럼 최협의의 폭행·협박설이 “피해자의 강력한 저항”을 연계하는 것은 ‘여성이 강하게 저항하는 한 강간은 어렵다’는 강간통념을 반영하는 것으로서, ‘피해자가 사력을 다해 저항하지 않았다는 사실’을 ‘피해자가 성관계에 동의한 것’으로 등치시키는 사고를 반영하고 있다. 이것은 여성의 진지한 거부의 의사표시가 있었고 그것을 억압하기 위한 가해자의 폭행·협박이 행사되었음에도 불구하고 단지 피해여성이 적극적으로 저항하지 않았다는 이유만으로 강간죄의 성립을 부정하는 결론에 이르기 때문에 궁극에는 강간죄의 보호법익인 성적 자기결정권이 가지는 개인의 자율적 인격권으로서의 의미를 왜곡시키는데 기여하게 된다.

(2) 2005도3071판결에서 새로이 추가된 판단기준의 의미

최협의설에 대한 두가지의 비판점은 서로 밀접하게 얽혀 있는 것이기는 하지만, 이를 두가지 차원으로 구분한 것은 전자는 최협의설의 규범적 기준의 문제인 반면에 후자는 최협의설을 실제 적용하는 과정에서 발생하는 사건에 대한 이해의 문제로 양자는 서로 구별되는 차원에서 각기 독자적인 문제지대를 형성하고 있기 때문이다.

2005도3071판결은 최협의설에 관한 두 가지 차원의 비판 중 주로 두 번째 비판, 즉 강간죄의 폭행·협박을 판단함에 있어 피해자의 저항을 연계시키는 판단방식에 관련되어 있다. 2005도3071판결에서 주문하는 것은 피해자가 저항하지 않았다는 사실만으로 “선불리” 가해자의 행위가 상대방의 반항을 현저히 곤란하게 할 정도에 이르지 않았다고 단정해서는 안 된다는 점이다.

그동안 가해자의 폭행·협박에 대한 판단을 피해자의 저항여부 등 피해자의 행동과 태도에 대한 판단으로 둔갑시켜 버리는 문제점을

8) 대법원 2004.6.25, 2004도2611

2005도3071판결은 상당히 의식한 듯하다. 동시에 이 판결은 피해자의 저항여부에 대한 판단에 의존하지 않고서도 최협의설이 적용될 수 있음을 시사한다는 점도 눈여겨 볼 대목이다.

이제 몇가지 질문을 던져보기로 하자. 2005도3071판결을 통해 강간죄의 폭행·협박의 판단에서 피해자가 적극적으로 저항하지 않았다는 사실 혹은 피해자가 손쉽게 구조요청을 할 수 있었거나 현장을 벗어날 수 있었음에도 그렇게 하지 않았다는 사실은 어떻게 이해되어야 하는가? 한 걸음 더 나아가서 이 판결은 강간죄의 구성요건 판단에서 피해자의 저항요건을 폐기할 것을 요구하는 것으로 볼 수 있는가? 이 판결은 최협의설에 어떠한 변화를 줄 수 있는가?

3. 2005도3071판결의 시사점

(1) 성별 권력에 의하여 차별화된 경험

강간죄의 폭행·협박을 판단할 때 피해자의 저항여부에 초점을 두는 판단방식의 문제는 강간죄의 구성요건해당성을 판단하는 과정에서 법원이 여러 가지 증거의 가치판단을 통하여 사실관계를 재구성하는 차원에서 발생한다. 다시 말하면 피해자의 저항요건은 강간사건에 대한 법원의 판단에 일정한 ‘선이해’가 개입하고 있음을 보여준다. ‘선이해’는 바로 우리 사회에서 가부장적 권력과 담론에 의하여 남성과 여성의 성적 행동의 의미를 차별적으로 규정짓는 성별 권력의 작동이다.

흔히 법원의 판단에서는 ‘사회통념’이라든가 ‘경험칙’, ‘일반인’과 같은 판단준거들이 등장한다. 이러한 개념들은 법원의 판단이 “객관적”이고 “중립적”인 것이어야 한다는 의미를 반영하고 있다. 하지만 이러한 “중립적” 관점은 필연적으로 사회적 행동에 영향을 미치게 마련인 계급, 성별, 연령 등의 권력적 작용을 은폐해 버리는 효과를 지니고 있다. 계급이나 성, 연령 등의 권력적 맥락이 드러나지 않는 가운데 ‘사

회통념' 내지 '평균인'은 그 중립성과 평등성을 보장하는 것과 같은 외관을 지니게 되지만, 실상은 그 판단준거들을 통하여 우리 사회의 지배적인 관점이 무비판적으로 법적 판단에 투영되는 결과를 가져온다.

개인들은 사회의 다양한 권력관계 속에서 형성되는 권력적 불균형과 힘의 차이로부터 영향을 받는다. 성적 자기결정권의 영역은 사회의 성별 권력의 영향 아래 놓여 있다. 가부장제 이데올로기는 전형적으로 순결관념을 통하여 여성의 성적 욕망을 제어하며, 여성 스스로 성적 욕망을 언어로 표출하는 것을 제한하게 만든다. 성별 권력은 여성의 행동에 대한 사회적 정의(定義)에서 남성중심적 해석들을 만듦으로써 여성의 행동에 일정한 성적 의미를 부여한다.⁹⁾ 여성의 성적 언어와 행동은 남성의 시각에서 '해석'된다. 밤늦은 시각에 술 한잔 더하자는 제의에 여관방에 함께 들어간 여성의 행동은 성관계에의 동의로 해석되며, 성교 도중 혹은 직후에 피해자가 가해자와 대화를 나누거나 사건 직후에 피해자가 가해자를 따라 나섰다는 사실도 설사 성교 당시에 성적 자기결정권에 대한 억압적 요소가 있었다 하더라도 그것을 상쇄해 버리는 '힘'을 발휘한다.

피해자가 적극적으로 반항하지 않았다는 사실, 구조요청을 쉽게 할 수 있었는데 그렇게 하지 않았다는 사실에 대하여 대법원이 “우리의 경험칙상 쉽게 납득이 가지 아니하는 것”¹⁰⁾이라고 판단한 것은 반항과 구조요청의 부존재를 피해자의 “은폐된 합의(vis haud ingrata)”로 치환하여 ‘이해’하는 것에 다름 아니다.

요컨대, 강간죄의 폭행·협박이라는 ‘행위의 강제력’의 요소들을 ‘피해자의 저항’이라는 요건으로 치환해 버리는 것, 그리고 피해자가 적극적으로 저항하지 않았다는 사실을 ‘은폐된 합의’로 재차 치환하는 판례의 논증구도에서 문제의 핵심은 사건 전후 피해자의 행동에 관련된 사실들이 남성중심적 해석기제에 의하여 의도적으로 ‘중요한 사실’로 추

9) 이 점은 이호중, “성폭력처벌규정에 대한 비판적 성찰 및 재구성”, 형사정책 제 17권 제2호, 2005, 81면 이하 참조.

10) 대법원 1990.9.28, 90도1562.

출되고 재단되고 있다는 점이다. 이것이 “사회통념” 혹은 합리적 인간상을 지칭하는 “평균인”의 관점을 통해 중립적이라는 외관을 띠고 은밀하게 행해지는 것이다.

피해자에게는 ‘원하지 않는 간음’을 당하는 것 자체가 엄청난 공포와 두려움을 야기하는 것이라는 피해자의 경험을 무시하는 해석론이 된다. 또한 그것은 “우리 사회에서 정숙한 여성은 강간을 당하지 않는다거나 정숙한 여성이라면 강간에 대하여 필사적으로 저항할 것이라는 잘못된 통념”¹¹⁾을 재생산하게 된다.

(2)저항요건의 판단에 있어서 2005도3071판결의 시사점 : 합리적 피해자의 관점

사실 2005도3071판결은 피해자가 저항하지 않았다는 사실만으로 “선불리” 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행·협박이 아니라고 단정하지 말라는 주문을 하고 있지만, 어떻게 그렇게 해야 하는지에 대하여 명확한 판단방법이나 관점을 제시해 주고 있지는 않다. 그리고 이 판결의 취지에 부합하여 구체적인 판단기준을 발전시킨 후속 판례들을 아직은 쉽게 찾아보기 어렵다. 그렇기 때문에 과연 이 판결이 향후 강간죄에 대한 법원의 논증을 전향적으로 개선할 만한 추동력을 갖고 있는가에 대하여 회의적인 생각이 들 수도 있을 것이다. 하지만 부족한 가운데에서도 전국성폭력상담소·피해자보호시설협의회 <성폭력 수사재판 시민감시단>이 2005년 디딤돌판결로 선정한 서울북부지방법원의 판결¹²⁾에서 약간의 시사점을 얻을 수 있을 것으로 보인다.

서울북부지방법원의 판결문 중에는 다음과 같은 판시가 나온다:

“정조의 가치를 목숨보다 중하게 여기는 문화 속에서는 더 많은 여

11) 이유헌, 앞의 글, 25면.

12) 서울북부지방법원 2004.10.22, 2004고합228.

성들이 성폭력에 직면하여 목숨을 건 저항을 시도할 것으로 생각되지만, 성폭력을 당한 것이 모멸적인 경험이 될지언정 피해여성의 인격적 가치를 떨어뜨리는 일이 될 수 없는 현 문화 속에서 법과 국가가 성폭력에 직면한 여성들에게 목숨을 건 저항을 요구하는 것은 온당한 일이 아니다. 또는 범죄에 직면한 피해자가 구조를 요청한다고 하여 반드시 구조되지 않고 더 강한 폭력, 더 큰 피해를 초래하는 경우도 얼마든지 있다는 것이 우리의 경험이며 현실이다.”

“이 법원은 강간죄를 구성하는 ‘피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행·협박’이 있었는가를 판단함에 있어서 현실적으로 표출된 가해자의 폭행·협박의 내용과 정도만을 기준으로 판단할 것이 아니라 당시 상황에서 피해자가 가해자의 폭행·협박에 대하여 저항할 경우 더 강한 폭행이 초래될 것으로 예상하였고 당시 상황에 비추어 피해자의 예상에 상당한 이유가 있었는가를 기준으로 판단하여야 하며, ... (그렇다면) 강한 폭행·협박이 실제로는 표출되지 않았다고 하더라도 강간죄를 구성하는 ‘피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행·협박’에 해당한다는 것이 이 법원의 견해이다.”

이 판결과 기존의 대법원판례를 비교해 보면, ‘피해자가 별다른 저항을 하지 않았다’는 사실과 ‘구조요청을 하지 않았다’는 사실에 대하여 서로 다른 이해에 도달하고 있음을 알 수 있다. 기존의 대부분의 판결에서 법원은 피해자가 적극적으로 저항하지 않았다는 사실로부터 강간죄의 최협의의 폭행·협박을 부정하는 추론에 이르고 있다. 이러한 추론에는 ‘피해자가 사회통념상 손쉽게 저항하거나 구조요청을 할 수 있었는데도 그렇게 하지 않았다’는 판단, 그리고 ‘그러한 사실을 통해 피해자의 거부의 의사표시에도 불구하고 피해자가 드러내지 않았던 <숨겨진 동의>가 있었음을 인정할 수 있다는 판단’이 깃들여 있다. 반면 서울북부지방법원의 판결에서는 피해자가 저항하지 않았다는 것은 ‘피해자로서 더 강한 폭력을 모면하기 위한 <합리적 판단>에 기초한 것

일 수 있다는 점’, 사정이 그러하다면 ‘피해자의 저항 포기는 오히려 가해자가 행사한 폭행·협박이 피해자의 저항을 현저히 곤란하게 하는 수준에 도달했음을 징표하는 것’으로 이해하고 있다.

서울북부지방법원 판결과 2005도3071판결에서 우리는 강간죄의 최협의의 폭행·협박이 “합리적 피해자”의 관점에서 판단되어야 한다는 메시지를 읽어 볼 수 있다. 서울북부지방법원의 판결에서 드러난 것처럼, 피해자가 적극적으로 저항하지 않았다는 사실로부터 곧바로 강간죄의 폭행·협박에 해당하지 않는다는 점을 추론할 것이 아니라, 약한 정도의 폭행·협박에 대해서도 많은 여성들이 공포심을 느끼고 공포심에 몸이 얼어붙고 결국에는 저항을 포기하였을 수도 있다는 점, 혹은 피해자가 저항할 경우 더 큰 폭행·협박이 초래될 수 있다는 판단 때문에 저항을 포기할 수 있다는 점 등을 신중하게 판단하여야 한다는 취지이다. 이것은 피해 여성의 역사적, 사회적 경험을 통해서 볼 때 남성들의 입장에서 별로 공포심을 느끼지 않을 정도의 폭행·협박이라도 여성들에게는 엄청난 공포심으로 다가올 수 있다는 현실을 승인한다는 점에서 성별 권력의 영향 아래 차별화되어 있는 여성의 경험을 존중한다는 의미를 담고 있다.

이처럼 2005도3071판결을 계기로 하여 강간죄의 사건에 대한 이해에서 “합리적 피해자의 관점”이 관철될 수 있다면 앞으로 강간사건의 전후에 걸친 피해자의 행동을 평가하는 남성편향적 시각을 상당 부분 교정하는 효과를 가져올 것으로 기대할 수 있다.

그리고 더 나아가서 이러한 관점은 최협의설의 규범적 기준을 실질적으로 완화하는 효과도 가질 수 있을 것이다. 우리는 많은 연구결과들을 통해 강간의 위험에 직면한 피해자의 심리와 공포심에 관한 경험을 ‘사회적 사실’로 인정할 수 있다. 이제 건장한 남성의 입장이 아니라 합리적 피해자의 경험을 판단준거로 활용하게 되면 설사 가해자가 행사한 폭행·협박이 비교적 가벼운 것이었다고 하더라도 가해자와 피해자의 나이, 신체적 조건, 완력의 차이 등을 실질적으로 고려해 볼 때

그 폭행·협박이 피해자에게 강한 심리적, 육체적 영향을 미친 것이라고 인정되면 실제로 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 수준에 이른 것으로 판단할 여지가 생긴다. 이러한 해석론에 의하면 굳이 폭행·협박에 관하여 협의설을 취하지 않더라도 부분적으로는 최협의설에서 발생하는 공백을 메워줄 수 있을 것이다.

4. 한계와 과제

이 판례를 계기로 삼아 우리는 피해자의 저항여부나 구조요청여부 등 피해자의 행동을 폭행·협박의 정도에 관한 판단으로 기계적으로 결합시키는 기존의 잘못된 판단에서 벗어날 수 있다. 하지만, ‘상대방의 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행·협박’이라는 기준을 그대로 적용하는 한, ‘합리적 피해자의 관점’을 채택한다고 하더라도 여전히 ‘피해자의 저항가능성’은 중요한 판단자료로 등장하게 될 것이다. 합리적 피해자의 관점은 성별 권력에 의하여 차별화된 여성의 특수한 경험을 고려하도록 요구하지만, 역설적이게도 강간죄의 폭행·협박의 판단에서 피해자의 반응이나 저항가능성을 중요한 판단기준으로 고려하는 기존의 판단구조는 그대로 승계되고 있다.

종래의 대법원판례에 따를 때 강간죄에서 상대방의 반항을 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행·협박에 해당하는가의 판단은 “합리적 인간의 관점”이라는 외양을 뒤집어쓰고 실제로는 성적 행동에 관한 남성중심적인 해석틀에 의존하여 이루어져 왔다. 반항이 현저히 곤란할 정도인가의 물음은 피해자가 느끼는 공포와 두려움, 억압의 경험에 기초하여 판단되는 것이 아니라 “남성의 시선에서 그렇게 인정되는가” 여부에 달려 있다.

2005도3071판결이 “합리적 피해자의 관점”을 지지하고 있다면 반항이 현저히 곤란할 정도였는가의 물음은 이제 우리 사회에서 성별 권력에 의하여 역사적으로 형성된 여성들의 경험을 “합리성의 새로운 기

준”으로 채택해야 한다는 것을 의미하는 것이다. 이렇게 된다면 그 자체만으로도 커다란 진전임에 틀림없다.

하지만 “합리적 피해자의 관점”이 모든 것을 커버해 주지는 못한다. 2005도3071판결은 피해자가 저항하지 않았음을 폭행·협박의 최협의 기준에 미달하는 것으로 “선불리” 연결시키지 말 것을 주문할 뿐, 피해자의 저항여부 내지 저항가능성의 문제가 여전히 최협의의 폭행·협박에 대한 판단에서 중요한 판단자료라는 점을 전제로 하고 있다. 서울북부지방법원의 판결 역시 피해자가 구조 가능성이 별로 없이 더 강한 폭력을 초래할 것이라는 판단에서 적극적으로 저항하지 않은 것이 “그 피해자의 판단에 상당한 이유가 있다면” 설사 강한 폭행·협박이 표출되지 않았더라도 강간죄를 구성하는 것이라고 판단하고 있다. 여기에서 차용된 문구, 즉 “선불리”, 그리고 “피해자의 판단에 상당한 이유가 있다면”이라는 문구는 피해자의 저항 포기가 합리적으로 납득할 만한 근거를 지닌 경우에 한하여 강간죄로 포섭될 수 있다는 점을 암시해 주고 있다. 예를 들어, 성인 가해자와 미성년 피해자의 관계라든가, 가해자와 피해자의 신체적 조건의 차이가 상당히 큰 경우, 가해자와 피해자가 친척관계라는 특수한 사정 등이 존재한다면 피해자가 저항하지 않았다는 사실은 합리적으로 이해할 수 있는 범주 속에 있고 이러한 경우 피해자의 저항포기는 폭행·협박이 항거곤란의 정도에 이르렀음을 방증하는 사실로 평가될 수 있을 것이다. 그렇지만 가해자와 피해자가 비교적 대등한 지위에 있는 직장동료라든가 연인사이, 혹은 오래 전부터 알고 지내던 사이인 경우에 피해자의 거부의 의사표시에도 불구하고 다소간 가해자의 강제력이 행사되었고 피해자가 손쉽게 저항할 것으로 기대하는 것이 합리적이라면 이러한 사태는 ‘합리적 피해자의 관점’에 의하더라도 상대방의 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행·협박이 행사된 것으로 판단하기 어렵게 될 수 있다. 요컨대, 합리적 피해자의 관점은 피해자가 저항하지 않았다는 사실을 새롭게 조명할 수 있는 렌즈를 제공해 주기는 하지만, 피해자의

거부의사가 그 자체로 존중되도록 보장해 주지는 못한다.

사실 강간죄에서 핵심적인 문제는 피해자의 성적 자기결정권의 침해이다. 그것은 피해자의 ‘동의하지 않음’ 즉 주관적 거부의사에서 확인되는 것이어야 한다. 하지만, 현행 강간죄의 구성요건을 전제로 하여 폭행·협박이라는 강제력의 행사와 그 뒷면에 존재하는 피해자의 저항가능성에 대한 객관적 판단으로 치환되는 한 성적 자기결정권의 침해에 관한 피해자의 주관적 의사가 무시되는 근본적인 결함을 아직은 극복되지 못한 상태로 남아 있는 셈이다.

대 법 원

판 결

사 건	**** ** *** 강간치상
피 고 인	○○○
상 고 인	검사
변 호 인	변호사 ○○○
원 심 판 결	○○고등법원 2005. 4. 28. 선고 **** * * 판결
판 결 선 고	2005. 7. 28.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 ○○고등법원으로 환송한다.

이 유

1. 원심의 판단

원심은, 이 사건 공소사실에 부합하는 피해자의 진술은 피고인이 노래방의 방실 밖으로 나간 일이 있음에도 피해자가 그대로 머물러 있었던 점, 피고인이 피해자를 때리거나 위협적인 말로 협박하지는 않았던 것으로 보이는 점, 피해자가 그녀의 옷이 벗겨진 경위에 관하여 다소 일관성 없게 진술하고 있는 점, 피해자의 주장대로 피고인이 양손이나 몸으로 피해자의 어깨부위를 강하게 눌렀다면 피해자의 어깨부위 등에 멍이 드는 등 상당한 정도의 상해를 입었을만한데 그와 같은 상처가 없는 점, 성행위 당시 피해자가 몸을 일으켜 그 장소를 탈출하려고 하거나 소리를 질러 구조를 요청하는 등 적극적으로 반향한 흔적을 찾아볼 수 없는 점, 피해자가 피고인의 성기를 잡거나 피고인이 성기를 피해자의 입 안에 넣었을 때 피

해자로서는 보다 적절하게 피고인에게 대항하여 그 자리를 모면할 수 있었을 것으로 보임에도 그와 같이 행동하지 않은 점, 공소외 1, 공소외 2가 이 사건 노래방에 들어와서 성교가 중단되었을 당시 피해자가 공소외 1에게 피고인으로부터 강간을 당하였다고 말하지 않았던 점 등에 비추어 그대로 믿기 어렵거나 그것만으로는 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행·협박을 받았다고 인정하기에 부족하고, 공소외 1, 공소외 2, 공소외 3의 진술은 성교 후의 정황에 관한 것이거나 피해자로부터 피고인에게 강간을 당하였다는 말을 전해 들었다는 것에 불과하며, 피해자가 입었다는 외음부찰과상, 외음부습진은 다른 원인에 의하여도 발생할 수 있는 것이어서 피고인과의 이 사건 성관계로 인하여 발생한 것이라고 단정할 수도 없다는 이유로, 이 사건 공소사실에 관하여 무죄를 선고한 제1심판결을 유지하였다.

2. 이 법원의 판단

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 안된다.

기록에 의하면, 피해자는 이른바 노래방 도우미로서, "피고인 운영의 노래방에 와서 피고인 및 그 일행들의 유흥을 돕우는 일을 하다가 피고인의 일행들이 먼저 귀가한 후 1시간 더 연장하자는 피고인의 요청에 따라 피고인과 단둘이 노래방에 있던 중, 피해자가 울면서 하지 말라고 하고 '사람 살려'라고 소리를 지르는 등 반항하였음에도, 피고인이 피해자를 소파에 밀어붙이고 양쪽 어깨를 눌러 일어나지 못하게 하는 등으로 피해자의 반항을 억압하고는 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입하였다."고 일관되게 진술하고 있는바, 위와 같은 피해자의 진술은 피고인이 강간범의를 확정적으로 드러내기 이전에 피해자가 노래방에서 벗어날 기회가 있었다거나 옷이 벗겨진 구체적인 경위를 기억하지 못한다는 것만으로 쉽사리 배척할 수 있는 내용이 아닐 뿐만 아니라, 공소외 1, 공소외 2, 공소외 3

은 "이 사건 후 노래방에 갔더니 피해자가 울면서 옷을 입고 있었고, 그 후 피고인은 '술 한 잔 먹고 실수를 하였다, 미안하다'고 하면서 피해자에게 그녀가 요구하는 금액의 일부를 지급할 의사를 표시하기도 하였다."고 진술하여 피해자 진술의 신빙성을 뒷받침하고 있다.

그렇다면 이 사건 공소사실에 부합하는 피해자의 진술은 신빙성이 있고, 그에 의하여 인정되는 사실을 위의 법리에 비추어 살펴보면 피해자가 당시 피고인과 단둘이 노래방 안에 있었던 점을 고려할 때 피고인의 폭행으로 인하여 피해자는 항거하기 현저히 곤란한 상태에 이르렀던 것으로 봄이 상당하다.

또한, 비록 피해자의 외음부찰과상, 외음부습진이 일반적으로는 강간행위 이외의 원인에 의하여서도 생길 수 있는 것이기는 하지만, 피해자의 진술에 의하면 이 사건 발생 후 너무 아파서 잠을 자지 못하여 이 사건 당일 바로 치료를 받은 결과 외음부찰과상 등으로 진단되었다는 것이고, 다른 원인에 의하여 발생한 것이라고 의심할 만한 자료도 없는 이상, 피해자의 외음부찰과상 등은 이 사건 범행으로 인하여 입은 것이라고 할 것이다.

그럼에도 이와 견해를 달리하여 이 사건 공소사실을 무죄로 본 원심의 판단은 채증법칙을 위반하였거나 강간치상죄의 성립에 관한 법리를 오해한 위법이 있고, 이를 지적하는 검사의 상고이유의 주장은 이유 있다.

3. 결 론

그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 더욱 심리한 후 판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 관여 대법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

재판장	대법관	강신욱	_____
주 심	대법관	김영란	_____
	대법관	고현철	_____
	대법관	윤재식	_____

형사절차에서의 제2차 피해, 그리고 최협의설

윤주호(본 상담소 법정지원팀)

1. 서 - 형사절차에서의 제2차 피해

성폭력범죄에 대한 왜곡된 관념으로 인해 성폭력범죄 피해자들이 형사 절차 안에서 격려와 위로의 대상이 아닌 의심과 비난의 대상이 되어 피해자들에게 성폭력사건 이상의 정신적인 고통을 받게 하는 것을 보통 ‘형사절차에서의 제2차 피해’라고 개념정립하고 있다. 물론 다른 형사범죄에서도 피해 조사 중 피해자의 기억을 상기시켜야 하며 이로 인해 피해자가 괴로워하는 문제는 발생하기 때문에 다른 사건들에서도 제2차 피해가 발생한다고 이야기가 되지만 성폭력사건에서는 피해의 환기 차원을 넘어서 준피의자로서 대접을 받는다는 것이 성폭력 사건에서의 제2차 피해의 특징일 것이다.

성폭력사건에서 제2차 피해를 만들어 내는 가장 큰 원인은 무엇인가에 대해 많은 여성학자들과 여성주의 형법학자들은 그 원인이 사회에 존재하는 성(Sexuality)적 편견이라고 설명하고 있다. 성적인 측면에서 가부장주의가 아직까지 해소되지 못했으며 그로 인해 여성에게 정조를 자신이 보호해야 할 가장 중요한 것으로, 성폭력을 당한 경우에 정조를 보호하지 못했다는 외부 비난과 자기 자신에 대한 자책감을 느끼도록 만드는 성적인 편견이 바로 그것이다. 또한 이러한 왜곡된 인식이 형사절차에서 피해자에게 투영되어 피해자를 향해 책임을 추궁하듯 질문을 하는 실무자들, 그리고 성폭력 가해자에게는 범죄를 저질렀지만 욕구를 충족하기 위해 성행위를 하였기 때문에 용서를 해주어야 하며 그걸 유발한 피해자가 잘못된 것이라는 발언들이 바로 형사절차에서의 제2차 피해가 되는 것이다.

2. 이 글의 취지

‘서’에서 밝힌 것처럼 형사절차에서의 제2차 피해는 근본적으로 사회에 존재하는 성(Sexuality)적 편견이 그 원인이다. 하지만 위와 같은 설명은 사회학적으로 유의미한 질문이며 답변이지만 형사사건 실무자들이 보기에는 어느 것 하나 답변을 주지 못하는 질문과 답변일 것이다. 제2차 피해에 대한 개념조차도 추상적이기 때문에 더욱더 그러할 것이다. 이 글에서는 약간은 구체적으로 어떤 사안이 형사절차에서의 제2차 피해인지, 그리고 그것이 어떻게 사회적인 편견과 관련되어 있으며 또한 강간죄를 해석함에 있어서의 ‘최협의설’과 연관이 있는지에 대해서 논의를 해보고자 한다.

3. 최협의설과 사회적 편견의 결합

가. 강간 아니면 화간의 흑백 논리¹³⁾

성폭력사건이 발생하여 접수되고 수사가 진행될 때, 혹은 공판이 진행될 때 형사사건 관계자들은 그 사건이 “강간이냐, 화간이냐”라는 질문을 스스로에게 던지며 사건을 대하게 된다. 형사사건 관계자들은 이 질문을 항상 머릿속에 염두해 두고 있다가 피해자를 조사하는 과정에서 피해자들의 진술 중 자신이 의심스러운 부분이 있으면 피해자들에게 “동의한 거 아니야? 화간 아니야¹⁴⁾?”라는 질문을 하게 된다. 이 말이 피해자들에게 얼마나 큰 상처가 되는 것인지에 대해서는 생각조차 하지 못하고 너무나 의례적으로 질문을 하게 된다. 이 질문은 성에 대한 가부장적인 편견이 문제라기보다는 언어적 개념 편견이 그 기저에 있다. 물론 형법 교과서에서도 이를 잘못 적시하고 있는 책이 있다.¹⁵⁾ 성교를 함에 있어서 그 동의 여부만을 가지고 화간인지 강간인지가 구분되는 것이 아니기 때문에 화간과 강간은 대립항이 아니다. 그러나 사람들은 그에 대한 고민 없이 그냥 “강간”이외에는 모두 화간

13) 이 논리는 성폭력 사건에 대한 1.에서 말한 성(Sexuality)적 편견과는 다른, 언어적 개념의 편견이지만 이 편견과 최협의설이 결부되어 제2차 피해를 유발시키기 때문에 이에 대해서도 설명하고자 한다.

14) 친고죄이며 강간 사건 자체가 타인으로부터 격리된 곳에서 발생한다는 점에서 보통 피해자의 신고나 고소에 의해 사건이 시작된다. 사건의 시작 시에는 피해자의 말을 잘 들어주다가 뭔가 미심쩍다고 생각되는 부분이 나오면 바로 나오는 질문 중의 하나가 이것이다. 위 질문 자체가 잘못된 것은 아니나 모든 미심쩍은 부분에 대해서 위 질문이 등장하기 때문에 문제가 된다. 예를 들어 폭행이나 협박으로 인한 강간이 모두 인정이 된다고 하더라도 피해자가 가해자를 따라서 여관에 들어갔다고 한 사실이 있다면 변호인 등은 가해자의 죄가 가볍다는 걸 보여주기 위해서 위와 같은 질문을 하게 된다.

15) 주석형법, 형법각칙(2) 이회창 집필대표, 1997. 5. 발행(제5판)

이라고 표현을 하며 피해자에게 강간이 아닌 것 같다는 말 대신 “화간한 것 아니냐”는 말을 던지게 된다.

30대 여성이 고객의 강간 피해로 고소했는데 검사가 화간이라고 하며 무혐의 처리하겠다고 하였으며 검찰청 계장은 “재미는 당신이 보고 왜 여기 와서 그러느냐”라고 말을 하며 나가라고 한 사례

－ 한국성폭력상담소에 접수된 상담사례 중

위 사례에서처럼 강간사건을 처리하는 실무자들이 무혐의라는 말을 화간이라는 말과 동일시해서 사용하는 경우가 있다. 그러나 이 말은 스스로가 만들어 놓은 함정에 빠지는 것이다. 대법원 판례와 판례를 중시여기는 검찰이 최협의설을 취하고 있다는 것은 주지의 사실이다. 강간죄에 있어서 최협의설에 따르게 되면 성폭력에는 ‘강간’과 ‘화간’사이에 무수히 많은 사건들이 놓일 수 있다. 최협의설에서 요구하는 “피해자의 반항을 현저히 곤란케 할 정도”의 기준을 충족시키지 않는 단순 폭행과 협박에 의한 간음이 있을 수 있으며, 이러한 단순 폭행과 협박이 없는 간음이 있을 수도 있다. 동의하에서의 성관계와 강간 사이에 최협의설에 의해서 만들어진 넓은 회색지대를 스스로가 최협의설이라는 이름으로 만들어 놓고 그곳에 놓인 피해자들에게 그 회색지대는 없는 것처럼 “강간”아니면 “화간”이라고 간단히 구분을 해버려서는 안 된다.

앞서 1.에서 언급한 것처럼 형사절차에서의 제2차 피해는 형사절차 상에서 피해자로서 보호, 동의받지 못하고 준피의자로서 의심받고 조사받으며 그로 인해 발생하는 또 다른 피해¹⁶⁾이다. 이 중에서 한 가지

상처는 앞서 본 사례처럼 자신에게 그 성관계에 ‘동의’하고 고소를 하였다는 혐의를 두는 것과 자신의 말을 믿지 않고 가해자에게 “무혐의”라는 처분을 내리는 것일 것이다. 자신은 분명 성폭력-자신의 동의 없는 성적 유형력의 행사-을 당했으면서도 무혐의라는 말을 듣게 되면 자신은 피해자가 아니라 거짓말쟁이라는 사회적 지탄과 형사사건 관계자들의 따가운 눈총까지 느껴야 된다. 성폭력 사건의 고소가 무조건 정당하며 검찰이나 법원이 꼭 그에 따른 판단을 할 필요는 없다. 그러나 성폭력사건의 고소가 기타의 다른 고소사건과 비교해 무고가 많지는 않다. 그렇다면 고소인, 피해자에게는 무언가 자신의 뜻과 다른 성폭력을 당했다는 진실이 담겨 있을 수 있다. 그러한 고소인에게 형사사건 실무자들이 설명을 제대로 해주지 않는 채-“동의를 없었던 것은 맞지만 유형력의 행사가 없다”라든지 혹은 “그 정도의 폭행 협박이 아니다”라든지의 설명도 없이-“화간”이라고 하며 가해자에게 무혐의처분을 하는 건 결국 “강간”과 “화간”사이에 존재하는 피해자들이 또다른 피해를 느끼게 된다는 점을 인식해야 할 것이다.

나. 움직이는 바늘에 실이 꿰어지지 않는다는 편견과 최협의설의 결합

강간당하고 협박으로 금품갈취까지 당한 30대 여성이 고소를 하여

-
- 16) 이에 대해 모든 피해자들을 무조건 믿어달라고 하는 것은 아니다. 다만 다른 사건의 고소인이나 피해자와 동일한 정도로 대우를 해주면 족하다. 다른 사건들, 예를 들어 절도나 사기의 고소인들에게 ‘무고’협박을 하는 경우는 거의 없다. 설혹 무고가 된다고 하더라도 그냥 무고로 인지한 후 조사를 할 뿐이지 고소취소를 이야기하면서 무고 이야기를 꺼내지는 않는다. 또 사기죄 피해자에게 검찰청이나 경찰청에서 ‘왜 이렇게 돈욕심이 많아요’ ‘당신이 머리가 나쁘니 사기당하는 것 아니야’ ‘머리가 나쁘니 사기당해도 싸다’라는 식의 말을 하지 않는다는 점에서도 비교된다.

형사사건 재판이 진행되던 중 증인으로 나온 피해자에게 변호사가 “대학까지 나온 여자가 자기 방어도 못하고 판단도 못했냐”고 호통을 친 사례

30대 중반 여성이 헬스클럽에서 만난 사람에게 술이 취해 강간당하여 고소장을 접수하자 경찰이 조사하던 중 “강하게 저항을 하지 않았으니 강간이 아니다”라고 말을 하며 돌려보낸 사례

20대 여성이 아는 사람에게 강간치상을 당하여 전치 2주의 진단이 나왔는데 검찰수사과정에서 “왜 소리지르지 않았느냐, 술집에서 일한 경력이 있다고?”라는 식으로 다그침을 당하여 피해자에게 모욕감을 준 사례

대학 입학 예정인 19세 피해자가 인터넷 동호인 모임에 나갔다가 그 날 알게 된 사람에게 강간을 당한 후 병원에서 증거채취하고 처녀막 파열, 질 파열에 대한 진단서를 첨부하여 고소하였으나 조사과정에서 검사와 계장이 “차 문 잠겨있으면 열면 되지 바보냐 왜 때리지도 못했냐, 소리치지 못했냐? 네가 원하여 스스로 옷을 벗지 않았냐”라고 다그친 사례

— 한국성폭력상담소 상담사례 중

위와 관련되어 판례들도 피해자가 다소 거부적인 언동을 하였으나 피해자가 피고인의 부재시 도망치지 않았다는 점을 들어 무죄를 선고¹⁷⁾하거나 피해자가 몸을 일으켜 그 장소에서 탈출하려고 하거나 소리를 질러 구조를 요청하지 않았다는 점을 들어 강간치상을 부정한 경

17) 서울지방법원 1985. 11. 29.선고 85고합907판결

우¹⁸⁾에서처럼 최협의설의 하나의 지표로서 ‘반항이나 탈출여부’를 두고 있다.¹⁹⁾

그러나 이는 형법 교과서 어디에서도 찾아볼 수 없는 구성요건 지표이다. 즉 최협의설을 취하더라도 반항여부가 실제로 있을 필요가 없다는 것이 학계의 다수설이다.²⁰⁾ 또한 우리형법의 해석에서 강도나 공간의 경우에 반항의 여부가 ‘폭행·협박’의 지표가 되지 않으며 실무상으로도 강도나 공간의 경우에 이를 확인하는 경우는 없다.

논리적으로 최협의설은 반항의 실제여부를 묻지 않는다. 최협의설의 정의 또한 앞서 말한 것처럼 저항이 ‘현저히 곤란하거나 곤란할 정도의’ 폭행이나 협박이지 ‘반항을 현저히 곤란하게 한’ 폭행이나 협박만을 의미하는 것은 아니다. 그럼에도 불구하고 사회와 형사사건 실무자들은 반항을 실제로 했는지에 주안점을 두고 그걸 입증하라고 피해자들에게 닥달을 한다.

아마도 그 이유는 최협의설에 대한 논리적인 이해를 떠나 사회의 편견과 최협의설이 결합되기 때문인 것으로 판단된다. 즉 반항을 하면 강간을 할 수 없으며 반항을 하지 않은 건 결과적으로 성교에 동의했

18) 대법원 1999. 9. 21. 선고 99도2608판결

19) 제2차 피해에서 중요한 키포인트는 ‘정조이데올로기’이다. 이는 한국이나 여타 국가에서도 드러났고 드러나는 문제인데 정조는 어려서부터 여성에게 있어서 목숨보다 중요하다는 풍토는 여성에게 정조를 지키지 못했을 때에는 그 여성은 살 가치조차 없다는 극단적인 생각이나 스스로의 존재가치가 이제는 떨어졌다는 자존감의 상실이 그 배경에 있다. 그런 피해자에게 ‘니가 저항을 안한건데 누구를 탓하느냐’라는 말은 자존감을 상실한 피해자에게 더욱더 큰 죄책감을 들게 하며, 이와 더불어서 ‘네가 저항한 사실을 내가 입증해봐라’가 되면서 피해자를 피의자에 준해서 범죄사실 증명요구를 한다는 점에서 문제가 된다.

20) 이재상, 형법각론 제4판, 박영사, 156페이지.

다는 사회적 편견과 강간죄에서의 ‘저항이 곤란하거나 곤란할 정도의 폭행·협박을 행사해야 한다는’ 최협의설이 서로에게 영향을 미쳐 저항을 하지 않은 건 강간이 아니라는 일부 실무자들의 태도를 만들어 낸 것이라고 판단된다. 물론 실무의 입장처럼 반항을 했고 탈출을 시도하였다는 것을 입증할 수 있다면 강간임을 더욱 더 쉽게 입증할 수는 있을 것이다. 그러나 반항이나 탈출 시도가 없었다고 하더라도 폭행·협박이 없었다는 취지는 아니며 당시 폭행·협박의 경위, 피해자의 정신적·육체적 능력, 피고인과 피해자와의 관계, 성교 당시의 정황 등 제반 사정을 종합하여 판단을 하여야 하며 결코 반항 여부가 폭행, 협박의 유일한 입증 수단이라는 인식을 버려야 한다.²¹⁾

4. 최협의설과 2차 피해

최협의설이 논리적으로 형사사건에서의 제2차 피해와 결부되어 있는 것은 아니다. 형사사건에서의 제2차 피해는 본질적으로 사회에서의 성(Sexuality)적 편견의 산물이기 때문이지 결코 최협의설에게 그 죄과를 다 물을 수는 없다. 예를 들어 형사사건실무자들이 피의자에 대한 유죄심증이 서지 않는 경우라 하더라도 피해자에게 ‘동의했네, 화간이네’라는 말을 함부로 하지 않고 무고협박, 또는 합의종용을 하지 않는다면 제2차 피해가 줄어든 것은 명백하다. 그래서 형사사건에서의 제2차 피해와 관련해 최협의설에게만 그 혐의를 돌리기에는 무리가 있다.

21) 이와 관련해 대법원 2005. 7. 28. 선고 2005도3071판결에서는 판결 이유로 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 안된다고 설시하였다는 점에서 기존의 판례보다 진일보한 내용을 담고 있다.

그러나 최협의설로 인해 제2차 피해가 더 발생하는 것 또한 사실이다. 앞서 밝힌 것처럼 강간의 구성요건요소를 좁게 만듦으로 인해 회색지대가 넓어졌고 회색지대의 피해자들에게 ‘피해자’가 아닌 ‘거짓말쟁이’, ‘무고사범’이라는 이름을 갖게 만들어 주고 또한 피해자들에게 피해를 준 가해자들이 처벌받지 않는 모습을 보여준다는 점에서 피해가 발생하게 된다²²⁾. 더욱 중요한 것은 최협의설과 사회적 편견이 결합되어 피해자들에게 스스로가 저항을 하였는지를 입증하게 하고 저항을 하지 않았다면 그건 강간이 아니며 피해자가 그걸 동의한 것이라는 말을 듣게 만든다는 점에서 분명 최협의설로 인해 성폭력피해자들에게 피해를 주는 것은 사실이다. 최협의설은 사회적 편견과 맞물려 돌아가면서 제2차 피해를 더욱 더 부추긴다는 점에서, 그리고 저항을 하지 않으면 강간이 아니라는 편견의 도피처가 된다는 점에서 비판을 받아야 마땅하며 그 죄책을 받아들여야 하는 것이 타당하다고 생각된다.

5. 덧붙이며

실제 형사사건 실무자들로서는 위와 같은 비난에 대해 현실적인 어려움을 들면서 억울한 감정을 느낄 수도 있을 것이다. 강간사건은 피해자와 가해자의 진술만이 존재하는데 두 개가 엇갈린다는 점에서 유무죄 판단을 하기가 매우 어려운 사건이다. 그렇기 때문에 사건을 처리하는 실무자들로서는 합의를 중용하여 공소권 없음 처분을 하거나 혹은 무죄 심증이 생길 때²³⁾ 피해자측이 빨리 합의하도록 만들거나 무

22) 물론 이에 대해서 이는 피해가 아니라 법적용에 따른 부산물일 뿐이라고 이야기할 수 있으며 협의의 폭행·협박설을 취하게 되면 과잉처벌이라는 주장이 제기할 수도 있다.

23) 앞서 언급한 것처럼 폭행·협박을 입증하기 곤란하거나 폭행·협박의 정도가 스스로의 기준에 못 미친다는 판단이 설 때 등

협박, 무죄 판결시 피해자측에서 반발을 하지 못하도록 피해자에게 불리한 내용을 계속해 묻게 되는 경우가 있다고 생각된다. 그 점을 인식하면서도 위에서 언급한 사례²⁴⁾들을 들면서 실무자들을 비난하게 된 이유는 사정은 알지만 그 태도로 인해 또다른 상처를 받는 피해자들이 발생한다는 사실 때문이다. 성폭력사건이라고 고소를 한 피해자의 고소 내용 중에서 단 한 줄도 사실이 아닌 고소는 없을 것이다. 폭행·협박이 있었다거나 혹은 동의하지 않는 성관계가 있었을 것이라고 생각된다. 그러나 형사사건 실무자들은 그걸 빨리 처리해야 하는 사건으로만 파악을 하기 때문에 어느 한쪽을 몰아세우고 모두 사실이 아닌 것처럼 사건을 해결하려고 한다.²⁵⁾ 그러나 그 과정에서 분명 피해자는 또 한 번의 피해를 입게 된다. 사건을 사건으로 대하는 것이 형사사건 실무자들에게 필요한 자세이지만 그러한 사건처리방식이 성폭력 피해자에게 성폭력 이상으로 고통스러울 수도 있는 2차 피해를 야기할 수 있다는 점에서 성찰적인 자세가 요구된다. 최협의설이 그 논리적인 귀결로서 2차 피해를 야기하는 것은 아니라 하더라도 우리 사회에 존재하는 성폭력에 대한 편견이 최협의설에 의해 이론적으로 강화되고, 편견에 의한 2차 피해가 광범위하게 존재하는 현실을 감안할 때, 피해자의 시선으로 최협의설을 재검토할 필요성이 있다고 본다.

24) 너무 짧아서 이것만 가지고 판단을 할 수 없다는 입장이 충분히 가능하다고 생각된다.

25) 다른 사건에서는 보통 피의자들이지만 강간 사건의 경우에는 피해자가 그 대상이라는 점이 약간은 다르다.

성폭력 피해생존자의 인권을 존중하는 대법원 판결을 기대한다!

성폭력은 피해생존자의 인권을 침해하는 사회적 범죄행위로, 특히 여성과 어린이의 자유롭고 안전한 삶을 위협하고 있다.

다행히 우리사회에서도 90년대 이후 문제의 심각성을 인식하고 성폭력특별법 등 관련 법과 제도들이 마련되고 있다. 그러나 아직도 성폭력범죄 피해생존자들은 피해자이면서도 오히려 “혹시 유발하지 않았나?”, 심지어 “즐기지 않았나?”하는 의심과 비난을 받고 있다. 성폭력 고소율 6.1%(1998, 한국형사정책연구원), 기소율 43%(2004, 법무부)라는 사실은 피해생존자들의 현실이 얼마나 열악한지 가늠할 수 있게 한다.

특히 우리나라 형법은 여자들이 '완강히 저항'하지 않는 한 합의에 의한 성관계로 파악한다. 따라서 폭행과 협박 상태에서 죽을 각오로 저항하지 않으면 강간으로 입증받기 어렵다. 그 이외에도 장애인이라 하더라도 항거불능 상태였음을 입증해내야 하는 문제나 부부사이에 가장 치욕스러운 경험이라고 호소하는 아내강간은 1970년 대법원 판례이후 강간 성립 자체를 부정당하고 있다. 또한 어린이 성폭력의 경우에는 단 하나의 증거일 수 있는 피해어린이의 진술이 일관성이 없다는 이유로 인정받지 못하고 있다. 이와 같이 법 자체를

매우 협소하게 이해하거나 피해자에게 불리한 방식으로 해석되는 방식은 이제는 사법체계 내에서 관행으로까지 굳어져 다른 성폭력 사건의 불기소와 무죄판결에까지 큰 영향을 미치고 있다.

한국성폭력상담소는 지난 15년 동안 53,000여회 상담사례를 지원하면서 이와 같은 성폭력에 관한 법적 규정과 판단으로 인해 성폭력 피해생존자들이 제2의 고통을 받고 있음을 상담 현장에서 너무도 많이 보아왔다. 또한 2003년 본 상담소에서 실시한 <법조인의 성별의식 조사>연구에서 법조인들의 객관성이 사실상 남성중심적 사회문화에 토대를 두고 있으며 이에 따라 성폭력 피해생존자들의 경험과 의식을 반영하지 못하고 있음을 확인한 바 있다.

이제는 법원이 성폭력 사건의 재판 과정에서 “객관성”이라는 이름으로 얼마나 많은 피해여성들을 고통으로 몰아넣고 있는지를 성찰해야 한다. 그동안 우리의 법체계가 피의자(피고인)의 인권을 중심으로 고려하였다면, 이제 피해자의 인권을 돌아보아야만 한다. 무엇보다 남성 중심적인 우리사회의 잘못된 통념에 가려져 들리지 않았던 피해자의 목소리와 절규에 귀기울여야 한다.

우리는 그 변화의 일환으로 대법원 판례 바꾸기를 강력하게 요청한다. 대법원 판결의 경우, 하급심의 판결에 준거가 되고 검찰의 기소 여부에 큰 영향을 주고 있다는 점을 고려할 때, 대법원의 판례는 해당 사건에 대한 판결 그 이상의 의미를 갖고 있다고 할 수 있다. 그러하기에 성폭력 피해의 특수성을 전혀 고려하지 못하는 다음과 같은 대법원 판례는 성폭력에 대해 둔감했을 뿐 아니라, 결과적으로 성폭력을 묵인, 조장하는 결과를 낳았다고 생각한다.

- (1) 폭행과 협박을 매우 협소하게 판단하는 강간죄의 최협의설
- (2) 항거불능 상태임을 입증해야 하는 장애인 성폭력
- (3) 성폭력 성립 자체를 부정당하는 아내강간
- (4) 진술의 일관성이 부족하다는 이유로 인정받기 어려운 어린이성폭력

앞으로 우리는 성폭력 피해생존자와 반성폭력활동가, 그리고 법조인들이 함께 각 주제별 워킹그룹을 통한 평석자료집을 발간할 것이다. 그리고 이 자료는 존엄, 정의, 고귀, 위엄, 그리고 여성의 색깔로 상징되는 “자주색 봉투”에 담겨 향후 매월 정기적으로 대법원을 비롯한 전국의 각 법원과 검찰청의 법조인에게 배달될 것이다. 또한 더 많은 사례 수집과 주제 발굴로 내용을 내실화시키고 동시에 토론회, 언론 기고와 같은 다양한 방법들을 동원하여 대법원 판례 바꾸기 운동을 전개해 나갈 것이다.

우리는 이 운동이 법조인들에게 성편향적이었던 사법 관행을 돌아보고 성찰하는 계기를 줄 수 있기를 기대한다. 그리고 우리나라 형사사법체계가 피해생존자의 권익을 보장하는 출발점이 될 수 있기를 희망한다. 아울러 이 운동이 성폭력 없는 자유롭고 평등한 세상을 향한 커다란 울림이 되어, 오히려 피해자를 비난하는 잘못된 우리사회의 인식을 변화시키고 성폭력 근절을 위한 작은 실천들을 이끌어 갈 수 있으리라 믿는다.

2006. 7. 24

사단법인 한국성폭력상담소

성폭력 조장하는
대법원 판례 바꾸기

판례/바꾸기운동/ 5차 자료집
“ 최협의설 ” 비판(5)

- ☐ 발 행 일 2006년 11월 30일
- ☐ 발 행 인 이 미 경
- ☐ 발 행 처 사단법인 한국성폭력상담소
(121-884) 서울 마포구 합정동 366-24 2층
Tel. 02-338-2890 | Fax. 02-338-7122
E-mail. ksvrc@korea.com
web-site. <http://www.sisters.or.kr>
- ☐ 편집책임 자주
- ☐ 인 쇄 카피플러스(02-322-1049)

성폭력 조장하는
대법원 판례 바꾸기

판/례/바/꾸/기/운/동/ 여섯 번째 자료집
“ **최협의설** ” **비판(6)**

(사)한국성폭력상담소

성폭력 조장하는 대법원 판례 바꾸기 6차 자료집

목 차

성폭력 조장하는 대법원 판례 바꾸기 운동 소개	1
강간죄 구성요건 해석에 있어 최협의설의 문제점 -2001도230판결	3
이유정(변호사) - 대법원 판결문	17
최협의설의 존재 이유? - 2001도4462 판례평석	23
이주희(본 상담소 법정지원팀) - 대법원 판결문	37
성폭력을 조장하는 대법원 판례바꾸기 운동 취지문	34

성폭력 조장하는 대법원 판례 바꾸기란?

“성폭력을 조장하는 대법원 판례바꾸기 운동”은 그동안 피해자의 특수성을 고려하지 않고 진행된 대법원 판례가 성폭력문제 해결과 피해자의 권리회복에 둔감했을 뿐만아니라, 결과적으로 성폭력을 조장하는 결과를 낳았다고 보고, 법조인들의 성편향적인 사법관행 성찰과 대법원 판례의 변화를 촉구하는 운동입니다.

이 운동은 뜻을 함께하는 법조인, 학자, 반성폭력활동가들의 참여로 매월 대법원 판례 평석문을 발간하여 존엄, 정의, 고귀, 위엄, 그리고 여성의 색깔로 상징되는 “자주색 봉투”에 담겨 대법관을 비롯한 헌법제판관과 전국 각 법원, 검찰청에 배달될 것입니다.

2006년 7월에 시작된 이 운동은 판례평석 이외에도 토론회, 언론기고 등의 다양한 방법으로 앞으로 1년 동안 지속적으로 펼쳐갈 계획입니다.

1차 자료집 (2006년 7월)

- 성폭력을 조장하는 대법원 판례비꾸기 운동 취지문
- 강간죄의 폭행.협박의 정도에 관한 판례의 입장에 대하여 / 조인섭(변호사)
- 최협의설 판례평석-92도259 / 이경환(본 상담소 법정지원팀)
- ‘의제화간’의 메커니즘 : 강간죄 해석에 있어서의 최협의 폭행.협박설 비판
/ 신윤진(본 상담소 법정지원팀)
- 디딤돌 판결 - 2004고합228 / 서울북부지방법원 제11형사부

2차 자료집 (2006년 8월)

- "성폭력 조장하는" 대법원판례 ? / 한인섭(서울대 법대 교수)
- 강간죄 폭행.협박의 최협의설에 대한 판례평석- 90도 2224 / 장임다혜(본 상담소 법정지원팀)
- 성폭력을 조장하는 대법원 판례비꾸기 운동 취지문

3차 자료집 (2006년 9월)

- 존엄, 정의의 자춧빛 메시지로 / 이미경(본 상담소 소장)
- 최협의설에 따른 판례 평석-2005도3071 / 조민영(변호사)
- 판례 속에 드러난 강간죄 범리의 문제점 / 레떼(본 상담소 법정지원팀)
- 최협의설 적용을 완화한 판결
- 성폭력을 조장하는 대법원 판례비꾸기 운동 취지문

4차 자료집 (2006년 10월)

- 최협의설을 인용한 대법원 판례의 문제점과 개선방향에 대한 소고 - 2004도2611
/ 박용철(서강대 법학과 조교수)
- 상담사례를 통해 본 최협의설의 문제점 / 이경환(본 상담소 법정지원팀)
- 미국 주형법 강간죄 개정과 관련 판례 검토 / 장임다혜(본 상담소 법정지원팀)
- 성폭력을 조장하는 대법원 판례비꾸기 운동 취지문

5차 자료집 (2006년 11월)

- 최협의설의 자성? - 2005도3071판결의 의미와 시사점 / 이호중(외대 법대 교수)
- 형사절차에서의 제2차 피해, 그리고 최협의설 / 윤주호(본 상담소 법정지원팀)
- 성폭력을 조장하는 대법원 판례비꾸기 운동 취지문

강간죄 구성요건 해석에 있어 최협의설의 문제점 -2001도230판결

이 유 정(변호사)

<목 차>

1. 들어가며

2. 판례검토

- 가. 사건의 개요
- 나. 판결내용
- 다. 검토

3. 최협의설의 문제점

4. 대안

- 가. 폭행. 협박의 정도 완화
- 나. 합리적 피해자 기준 정립
- 다. 감경적 구성요건의 신설

5. 나오며

1. 들어가며

형법 제297조는 폭행. 협박을 강간죄의 구성요건으로 하고 있으며, 이때 폭행. 협박은 상대방의 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 강도 높은 폭행. 협박을 의미한다. 폭행. 협박은 있었으나 그것이 상대방의 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도가 아니라고 인정되는 경우에는 폭행이나 협박에 대하여(검사가 공

소장 변경을 하지 않는 한)아무런 처벌을 받지 않는다.

강간죄의 보호법익이 성적자기결정권이라는 점에 대하여는 아무런 이론이 없음에도 불구하고, 현저하게 강도 높은 폭행. 협박이 아닌 수단에 의해 성적자기결정권을 침해당할 때는 이를 처벌할 근거가 없게 된다. 형법에서 강간죄의 구성요건을 “상대방의 반항을 불가능하게 하거나 의사를 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행. 협박”으로 명시하고 있지 없음에도 불구하고, 강간죄의 구성요건인 폭행. 협박을 최협의로 해석하는 태도는 형법이 제정된 후 지금까지 일관되게 유지되어 왔다. 최협의의 폭행. 협박설은 독일 형법에 규정된 경한 강간죄의 구성요건은 무시한 채 2년 이상의 자유형으로 처벌하는 중한 강간죄의 요건인 “폭행 또는 신체나 생명에 대한 현존하는 위협에의 협박”만을 수용한 일본의 통설과 판례를 그대로 우리나라에서도 수용한 결과이다.¹⁾

형법 제297조는 강간죄의 법정형을 3년 이상의 유기징역형으로 정하고 있고, 폭행. 협박의 정도가 상대적으로 경할 때 이를 감경할 수 있는 규정이 없기 때문에, 강간죄의 재판에서는 “상대방의 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행. 협박”의 존재를 둘러싼 공방이 벌어지게 마련이고, 여기에서 가장 중요한 “상대방의 의사”를 확인하기 위해 강간죄의 피해자가 증인으로 출석하여 자신이 항거불능의 상황에 처해 있었음을 입증할 책임을 현실적으로 부담하게 된다. 피고인은 성교에 대한 합의가 있었다고 함으로써 범의를 부인하면 그만이지만, 피해자는 왜 같이 술을 마셨고 여관에 들어갔으며, 비명을 지르거나 구조요청을 하지 않고 그 자리를 즉시 떠나지 않았는지 등등에 관한 질문을 받게 된다. 피고인이 아닌 피해자가 유사 피고인이 되는 것이다. 최협의설을 그대로 유지하는 한 피해자가 수사기관이나 법정에서 피고인보다 더 심한 추궁을 당하는 상황은 불가피하다. 이 글에서는 강간죄의 최협의설에 근거하여 피고인에게 무죄를 선고한 판결을 통해 최협의설의 문제점을 구체적으로 살펴보기로 한다.

1) 형사법의 성평향 제42쪽, 조국

2. 판례검토

가. 사건의 개요

(1) 여관에 가게 된 경위

(가) 공통으로 인정하고 있는 사실 : 피고인은 XX산 입구에서 음식점을 운영하는 피해자와 평소 안면이 있는 사이인데, XX산 매표소 앞에서 우연히 만나 소주를 나누어 마시고 함께 택시를 타고 여관에 갔다.

(나) 피고인의 진술 : 피해자와 소주를 나누어 마신 후 피해자가 춤다고 하기에 여관에 가자고 하였더니 승낙하여 택시를 타고 여관에 갔다.

(다) 피해자의 진술 : 손님들과 마신 술에 취한 상태에서 매표소 앞에서 피고인을 만나 피고인이 집에 데려다 준다고 하여 택시를 탔는데 여관으로 끌고 갔다.

(2) 강간의 경위

(가) 공통으로 인정하고 있는 사실 : 피고인이 피해자의 옷을 벗기고 성교를 하려고 하여 피해자가 피고인의 가슴을 밀고 반항하였으나 피고인이 피해자를 간음하는 과정에서 2주간의 치료를 요하는 양하지 다발성타박상을 입었다.

(나) 피고인의 진술 : 여관방에 먼저 들어간 피해자가 바지와 상의를 벗고 침대에 누워있어 팬티를 벗기려 하자 욕설과 고함을 지르고 양손으로 피고인을 때리고 발로 차기에 그래도 피고인이 옷을 벗고 피해자의 배위에 올라타는 등 성교를 시도하였으나 피해자가 다리를 오므리고 양손으로 가슴을 밀쳐 실패하고, 계속하여 성관계를 거절하기에 옷을 입고 집에 가겠다고 하자, 피해자가 자신이 깨끗한 몸이고 몸

을 파는 여자가 아니라고 말하기에 성관계를 맺자고 하였더니 거부하지 않고 순순히 응하였다.

(다) 피해자의 진술 : 여관으로 데려가 여관방에서 나가려는 피해자를 주먹으로 허벅지와 머리를 때리고 수건으로 입을 틀어막고 구타하여 강제로 옷을 벗기고, 소리를 지르면 죽여버린다고 하여 반항을 못하게 하고, 피고인이 바지를 벗고 다리를 강제로 벌린 후 강간하였다. 피해자는 침대에서 피고인의 가슴을 밀어내며 반항하였으나, 수건으로 입을 막고 구타하며 협박하여 소리를 지르거나 도움을 청하지 못했다. 당시 피해자는 술을 마셔서 비틀거릴 정도였다.

(3) 강간 이후의 상황

(가) 피고인의 진술 : 피고인이 여관주인에게 맥주와 담배를 시켜 가져오자 피해자가 알몸을 수건으로 가린 채 맥주와 담배를 받으려고 하였으나 여관주인이 방안으로 들어가라고 하여 피고인이 대신 받아 맥주를 함께 마시고, 피해자가 먼저 여관을 나가보니 피해자가 가방 속에서 돈이 없어졌다면 다시 여관으로 돌아와 거기서도 훔쳐간 돈을 달라고 하여 먼저 여관을 나와 집으로 갔다.

(나) 피해자의 진술 : 수건으로 알몸을 가린 채 맥주와 안주를 받으려 나온 일이 없고, 피고인을 뒤따라 여관을 나왔다가 두고 온 가방과 밥통을 가지러 여관에 들어갔다 온 적이 있다.

(다) 제3자의 진술 : 여관방에서 싸우거나 비명소리를 들은 적이 없고, 피고인이 주문한 맥주와 안주를 여관방에 가져다 줄때 피해자가 술에 취해 알몸을 수건으로 가린 채 나오기에 방안으로 밀어 넣고, 피고인과 피해자가 함께 나갔다가 잠시 후 피해자가 혼자 돌아와 피고인이 지갑을 훔쳐갔다면 신고해 달라고 했다.

나. 판결내용

법원은 피해자의 진술은 일관성이 없거나, 강간당한 피해자의 행동으로 보기 어려운 점이 있고 객관적인 사실관계와도 어긋나 그대로 믿기 어렵다고 판시하면서 근거로 다음과 같이 두 가지 정도를 들었다.

피고인이 피해자를 강제로 여관으로 끌고 갔다거나 방에 들어서자마자 심하게 구타하여 입을 막고 협박하였다는 진술은 여관주인의 진술에 반하고, 구타를 당하고 수건으로 입을 틀어 막았다면 상당한 상해가 있을 터인데, 의사 진단서에는 양하지와 경부에 2주간의 타박상을 입은 것으로 기재되어 있다.

피고인과 제3자의 진술에 비추어 보면 피고인이 주문한 맥주와 안주를 받으러 피해자가 알몸을 수건으로 가리고 나가 받으려고 한 사실이 인정되는데, 이는 강간당한 피해자의 태도로 어울리지 않고, 피해자가 당시에 여관방을 빠져나가거나 도움을 청할법한데도 이러한 행동을 하지 않았다.

따라서 피고인이 피해자와 성관계를 맺기 전후의 사정 등을 좀 더 자세히 심리하여 피고인이 가한 폭행 또는 협박의 내용과 그 정도가 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도였는지, 그 당시 피고인과 피해자가 각자 술에 취한 정도와 아울러 그 진술들의 신빙성을 가려보았어야 함에도 피해자의 진술만을 받아들여 공소사실을 유죄로 단정한 것은 심리를 다하지 않거나 증거의 가치판단을 그르친 나머지 채증법칙을 위반하여 사실을 오인한 위법이 있다.

다. 검토

법원이 피해자 진술의 신빙성을 배척한 이유 중 첫 번째는 피해자의 상처부위가 양하지와 경부 타박상으로, 수건으로 입을 막고 구타를 하였다는 진술에 부합하지 않는다는 것이다.

그러나 피해자는 양하지와 경부에 2주간의 치료를 받은 다발성타

박상을 입은 사실이 있고 이 점은 법원도 인정하고 있다. 뿐만 아니라 피고인 역시 피해자가 성교를 거부하면서 욕설과 고함을 지르고 양손으로 피고인을 때리고 발로 차는데도 피고인이 옷을 벗고 피해자의 배 위에 올라타는 등 성교를 시도한 사실을 인정하고 있다. 이처럼 피해자가 성교를 거부하는 의사표시를 분명히 하였고, 그 과정에서 양하지와 경부에 타박상을 입었다면 이는 폭행으로 인한 상처임이 분명하다. 그럼에도 법원은 수건으로 입을 막았다고 볼만한 상처가 없다는 사실에만 초점을 맞추어 피해자 진술이 신빙성이 없다고 판단한 것이다.

두 번째로 법원은 강간을 당한 피해자가 알몸을 수건으로 가린 채 맥주와 안주를 받으러 나가는 행동을 하였는데 이는 피해자의 태도로 어울리지 않고, 피해자가 여관방을 빠져나가거나 도움을 청할 수 있었는데도 그러지 않았다는 점을 들어 피해자 진술의 신빙성을 배척하였다. 그러나 피해자가 당시 술이 많이 취한 상태였던 점을 감안하면 강간을 당한 후 엉겁결에 알몸을 수건으로 가린 채 맥주와 안주를 받으러 가는 행동을 할 수도 있다고 이해할 여지가 있다. 또한 강간을 당한 후 알몸인 피해자가 방을 빠져나가거나 여관주인에게 도움을 청하지 않았다고 하여, 그 진술을 신빙성 없다고 단정할 수는 없다. 강간이라는 범죄는 인간에게 있어 가장 사적인 영역인 성과 관련되어 있기 때문에, 피해자는 수치심이나 개인적인 명예감정 등으로 인하여 피해 사실을 숨기려고 하는 경향이 있다. 이러한 행동은 일반적인 범죄의 피해자들이 적극적으로 구조를 요청하는 것과는 분명 차이가 있지만, 강간죄의 피해자 대부분에게서 나타나는 특징이기도 하므로, “합리적인 강간피해자 유형”로 이해되어야 할 것이다.

최협의설에 따르면 폭행. 협박의 정도가 상대방의 의사를 현저하게 곤란하게 할 정도의 강도 높은 폭행. 협박을 요구하고 있는데, 이처럼 강도 높은 폭행. 협박에 의해 자신의 의사를 제압당한 피해자가 위협을 무릅쓰고 구조요청이나 탈출을 할 것을 기대하는 것 자체가 무리가 아닐까.

이 사건에서 가장 핵심적인 증거는 피해자의 진술, 상해진단서 및 피해자가 성교에 응하지 않겠다는 의사를 강하게 하였음에도 계속 성교를 시도하였음을 인정하는 피고인의 진술이다. 피해자가 강간 후 알몸을 가린 채 나가서 맥주와 안주를 받으려고 했다거나, 수건으로 입을 막은 상처가 없다는 점은 지엽적인 사실이거나 사건 이후의 정황에 불과하다.

피해자가 성교를 거부하고 피고인을 밀고 발로 차는데도 불구하고 피고인이 원력으로 성교를 시도하는 과정에서 양하지와 경부에 타박상을 입었다면 이는 피해자의 의사에 반하는 것이고, 폭행·협박에 해당함이 분명한데도, 강간죄의 성립을 인정하지 않는 것은 “성관계는 본질적으로 폭력성이 가미될 수 있다거나 남성이 성관계에 이르기 위하여 여성에게 강제적인 방법을 사용하는 것은 정상”이라는 왜곡된 관념이 반영된 결과라고 하겠다.²⁾

강간죄의 성립을 부인한 판결들을 보면 피해자와 가해자가 서로 아는 사이이거나, 피해자가 큰 저항을 하지 않고 여관에 따라가거나, 접객업에 종사하는 여성이거나, 술에 취해 있거나 함께 술을 마신 경우에 강간죄의 성립을 부인하는 사례가 많다.³⁾ 이 사건에서도 판결문에 명시적으로 나타나 있지는 않지만 피해자와 피고인이 안면이 있는 사이였고, 피고인과 만났을 때 술에 취해 있던 상태에서 별다른 저항 없이 여관에 따라간 점 역시 피해자에게 불리한 요소로 작용한 것으로 보인다. 피해자가 술에 취하여 있었던 점을 감안하지 않고 큰 저항 없이 여관에 따라간 정황을 고려하여 강간사실을 인정하지 않으려는 태도는, 여성이 술을 마시고 방심하여 남성을 따라 여관에 가는 행위 자체가 성관계를 용인하는 것이라는 남성 중심의 사고방식에서 비롯되었음을 부인하기 어려울 것이다.

2) 사법정의와 여성, 민주사회를위한변호사모임, 132쪽, 최윤수

3) 대법원 1990. 9. 28. 선고90도1562판결, 대법원 1992. 4. 14. 선고92도259판결, 대법원 1999. 9. 21. 선고 99도2608판결, 대법원 2001. 10. 30. 선고 2001도4462판결 등

3. 최협의설의 문제점

사람의 성적 자기결정권을 침해하는 범죄는 처벌되어야 한다는 것이 정의의 요구라면, 사람의 성적 자기결정권을 폭행, 협박으로 침해하는 범죄를 처벌하는 것이 형법에서 정의를 실현하는 방식이다. 폭행, 협박이 아닌 방법으로 성적자기결정권을 침해하는 행위는 강간죄로 처벌받을 수 없다. 그런데 최협의설에 따르면 폭행, 협박이 있더라도 그것이 피해자의 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 정도에 이르지 못하면 강간죄가 성립하지 않는다. 이러한 태도는 성적자기결정권을 침해하는 범죄를 처벌하여야 한다는 정의의 요구에 부합하지 않는다. 폭행, 협박이 아닌 다른 수단에 의해 성적자기결정권을 침해당하거나, 저항할 수 있는 폭행, 협박에 의해 성적자기결정권을 침해당한 경우에는 아무 범죄로도 처벌할 수 없기 때문이다.

강간죄가 낮모르는 사람에 의해 저질러진다는 통념과는 정반대로 대부분의 강간죄는 잘 아는 사이에서 벌어지고 폭행, 협박을 입증할 증거가 분명하지 않다. 이러한 사건에서는 피해자와 가해자간에 성교 행위 자체의 존부보다는 합의에 의한 성교인가, 의사에 반하는 성교인가 여부가 다투어진다. 가해자는 피해자와 합의에 의하여 성교를 한 것이라는 말 한마디로 족하지만, 피해자는 저항이 불가능하였거나, 현저히 곤란하였다는 점을 입증하여야 한다. 그러기 위하여는 피해자가 최소한 저항의 기회가 있을 때 저항을 하려고 시도하였거나, 아예 그러한 저항의 기회가 없을 정도로 강도 높은 폭행, 협박이 있어야 한다. 저항이 불가능하거나 곤란할 정도로 의사를 제압당한 피해자가 저항의 기회에 적절한 방법으로 저항을 시도한다는 것은 매우 어려운 일인데도, 이 논리에 따르면 피해자가 저항의 기회에 저항을 하지 못하였다면 이는 화간에 해당한다.

그러나 통상 강간사건에서 피해자인 여성은 물리적인 힘뿐만 아니라 가해자와의 관계, 강간 피해자를 경멸하는 주변의 시선, 공포, 불안

감, 혼란, 수치심 등으로 인하여 항거불능 상태에 놓이는 경우가 많다. 이러한 점을 고려하지 않고 물리적이거나 가시적인 폭행, 협박만을 강간죄의 구성요건으로 한다면 여성이 법의 보호를 받는 범위는 지극히 협소해진다.

법원은 피해자의 의사에 반하는 유형력의 행사로 인하여 간음을 한 경우에도 피해자가 구조요청을 하지 않거나, 가해자와 피해자가 서로 알고 지내는 사이이거나, 술을 마시고 여관에 따라 들어간 경우에는 강간죄의 성립을 인정하지 않고 있다. 성에 대한 태도와 대처하는 방식은 사람마다 차이가 있어서, 어떤 여성의 경우는 목숨을 버릴 각오를 하고 저항을 할 수도 있지만, 다른 여성의 경우는 똑같은 상황에서 보다 심각한 위해를 피하기 위해 체념하고 순순히 성교에 응하는 경우도 있을 수 있다. 옆방에 있는 사람이나 여관종업원에게 바로 구조요청을 하거나 경찰에 신고를 하는 것이 전형적인 범죄피해자가 취하여야 할 태도라고 단정지을 수는 없다. 오히려 낮은 사람들에게 강간사실을 털어놓는 것이 수치스럽거나 구조요청을 하여 더 큰 위험에 처할 수 있다고 판단하여 구조요청을 하지 않는 사람도 있을 수 있다. 이러한 개인의 차이를 고려하지 않고 일괄적으로 “저항하는 피해자상”을 설정한 다음, 이에 부합하지 않는 행동을 한 여성들은 반항을 할 수 있었음에도 하지 않았으므로 강간죄의 피해자가 아니라고 판단하는 것은 여성의 경험을 고려하지 않는 태도이다.

다행히도 최근 대법원은 “피해자가 성교이전에 범행현장을 벗어날 수 있었거나 사력을 다하여 반항하지 않았다는 사정만으로는 폭행, 협박이 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도에 이르지 않았다고 단정하여서는 안된다”⁴⁾는 판결을 선고함으로써 강간죄의 구성요건인 폭행, 협박 이외의 지엽적인 요소들—방을 나갈 수 있었다거나 보다 적절한 방법으로 반항할 수 있었음에도 그러한 행동을 하지 않은 것—을 판단기준으로 삼아서는 안된다는 점을 명백히 하였다.

4) 대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 전원합의체 판결

또한 피해자가 사력을 다하여 저항하지는 않았지만 너무 겁이 나서 거부 의사 표시를 하지 아니하고, 고개를 돌리고 눈을 감은 채 가만히 있었던 경우도 “겁이 나서 빨리 끝나기를 바라고 모든 것을 포기한 채 피고인이 하는 대로 행동을 따라한 것”⁵⁾이라고 판단함으로써, 최협의의 폭행. 협박을 강간죄의 구성요건으로 해석하던 종래의 입장을 수정하여 폭행. 협박의 범위를 보다 넓게 해석할 수 있는 기준을 마련하였다.

그러나 위 두 판례로 인하여 최협의설을 취하는 법원의 입장이 완전히 수정되었다고 보기는 어렵다. 두 판례는 모두 피고인과 피해자가 당일 처음 만나는 사이였는데(전자는 노래방 도우미와 손님, 후자는 택시승객과 택시운전기사), 만약 안면이 있는 피해자와 피고인 사이에 동일한 사건이 발생하였더라도 법원이 같은 판단을 하였을지는 의문이다.

법원은 강간죄의 성립여부를 판단함에 있어 “가해자의 폭행.협박은 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이어야 하고, 폭행.협박이 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이었는지 여부는 폭행.협박의 내용과 정도는 물론 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 판단하여야 한다”라고 판시하고 있다.⁶⁾ 그런데 문제는 강간죄의 본질이 폭행. 협박이라는 강제력을 사용하여 사람의 성적자기결정권을 침해하는 범죄임에도, 폭행. 협박의 정도나 피해자의 의사 이외의 부수적인 문제들 즉 피해자와의 관계(서로 알거나 교제중이라는 사실, 피해자가接客업에 종사하는 여성이라는 사실 등)나 성교 이후의 정황(구조 요청을 하지 않았거나 그 자리를 탈출하지 않고 같이 있었다는 사실 등)이 매우 중요한 판단기준으로 등장한다는 점이다. 또한 폭행. 협박의 정도를 판단함에 있어 제일 중요한

5) 대법원 2004. 8. 20. 선고 2004도3164 판결

6) 대법원 2001. 10. 30. 선고 2001도4462 판결 등

고려사항은 피해자가 과연 저항을 시도하였는가 하는 점이고, 피해자가 심리적인 공포나 수치심, 자포자기, 당황, 판단력의 저하 등으로 인하여 적극적인 저항을 시도하지 않은 경우는 항거를 불가능하게 할 정도의 폭행, 협박으로 보지 않는다는 것이다.

최협의설을 적용할 경우의 문제점을 다시 정리해보면 다음과 같다. 첫 번째 피해자는 자신이 사력을 다해 저항하였음에도 항거불능한 상태에 있었음을 입증할 책임을 현실적으로 부담하게 된다. 두 번째 유형력에 의해서 의사에 반하는 간음을 한 경우에도 정상적인 성관계의 범주에 속하게 되어 가해자에게 적당한 정도의 강압과 폭력행사를 용인하는 결과를 가져오게 된다. 세 번째 피해자가 일반적인 남성기준에서 볼 때 정숙한 여성이 취하여야 할 행동을 하지 않을 경우에는 피해자가 아니라 성적으로 문란한 여성으로 취급받을 위험이 있다. 네 번째 타인의 신체에 대한 유형력의 행사가 있음에도 그것이 상대방의 항거를 불가능하게 할 정도에 이르지 않는 한 강간죄가 성립하지 않게 되어 단순한 폭행,협박죄를 처벌하는 것과 형평에 맞지 않게 된다.⁷⁾

4. 대안⁸⁾

가. 폭행, 협박의 정도 완화

강간죄의 구성요건을 최협의의 폭행, 협박으로 해석하는 태도는 대부분의 강간죄에 있어 가해자를 옹호하고 피해자의 행위를 문제삼고 피해자를 비난하는 기제로 작용한다. 따라서 강간죄의 구성요건을 보다 완화하여 해석할 필요가 있다. 폭행, 협박의 범위를 넓게 해석하고 피해자가 보이는 반응의 특이성을 피해자 기준에서 이해하는 것만으로도, 강제력의 행사가 있으나 그것이 피해자의 반항을 현저히 곤란하게

7) 형법상 폭행개념에 대한 이론, 형사법연구 제19호 제124쪽,한인섭

8) 한국성폭력상담소와 젠더법학회가 공동으로 주최한 워크샵에서 “비동의간음죄의 신설에 관한 논의”라는 제목으로 필자가 발표한 원고에서 다시 인용함.

할 정도가 아니라는 이유로 처벌대상에서 제외되었던 유형의 범죄를 처벌하는 것이 가능하다. 9) 또한 피해자의 저항이 목숨을 담보로 하는 필사적인 저항에까지 이르지 않는다고 하더라도, 피해자가 두려움 때문에 저항을 하지 못하거나 육체적으로는 적극적인 저항을 하지 못하였다고 하더라도 언어를 통해 거부의 의사표시를 밝히거나, 소극적인 행동으로 성교를 중단할 것을 요청하는 의사표시를 한 경우에는 강간죄의 구성요건인 폭행, 협박이 있었다고 해석하여야 할 것이다.

나. 합리적 피해자 기준 정립

강간피해자가 보이는 일련의 행태들이 남성의 기준과 경험에서 도무지 이해할 수 없는 경우가 많이 있다. 예컨대 강간 피해자들은 사건 발생 당시 구조를 요청할 수 있는 사람이 가까운 곳에 있었는데도 구조를 요청하지 않거나, 탈출하거나 적극적으로 저항하는 것이 물리적으로 불가능하지 않았는데도 적극적으로 저항을 시도하지 않거나, 사건 발생한 직후에 수사기관에 신고를 할 수 있음에도 상당한 기간 신고를 지연하거나, 형사처벌의 대상이 되는 범죄에 대하여 사과편지, 각서, 위자료 등을 받고 사건을 종결지으려 주변의 제3자를 통해 합의를 시도하려고 한다. 성폭력 피해자들은 때로 자신의 가장 가까운 친족에게는 피해사실을 비밀로 하면서 피해자지원단체 등에 도움을 청한다.

이러한 행동은 일반적인 범죄의 피해자들이 피해를 막기 위해 적극적으로 저항하고, 주변에 구조를 요청하며, 피해사실을 즉각 수사기관에 신고하는 등의 행동을 하는 것과 매우 다르기 때문에 성폭력 피해자가 과연 진정으로 피해자인가 의심하게 하는 요인이 되기도 한다.

그러나 강간 피해자 대부분이 이러한 특징을 보인다면, 이는 더 이

9) 서울북부지방법원 2004. 10. 22. 선고 2004고합228판결에서 법원은 강간죄의 폭행, 협박은 외부로 표출된 폭행, 협박의 내용과 정도 뿐만 아니라 당시 상황에서 피해자가 가해자의 폭행, 협박에 저항할 경우 더 강한 폭행이 초래될 것으로 예상하였고 그 판단에 상당한 이유가 있었는가를 기준으로 판단하여야 한다고 판시하여, 폭행, 협박의 정도를 완화하여 해석하였다.

상 비정상적인 행동이 아니라 “합리적인 강간 피해자 유형”으로 이해되어야 할 것이다. 따라서 일반적인 강간 피해자들이 보여주는 행동유형들을 종합하여 “합리적인 강간 피해자 유형”을 정립할 필요가 있다. 이는 강간 피해자들에 대한 조사를 통해 얻어진 통계자료에 근거하여야 할 것이며, 법원이나 검찰이 강간피해자를 이해하는데 필요한 자료로서 사용할 수 있을 것이다.

합리적인 강간피해자 유형은 이른 바 “매맞는 여성증후군”과 같이 강간피해자들이 일반적으로 보여주는 범죄에 대한 반응의 특이성들에 대한 이해를 가능하게 할 것이며, 강간 피해자가 다른 범죄의 피해자와 다르게 행동하였다는 이유로 수사기관이나 법원으로부터 불리하게 의심을 받지 않도록 하는데 도움이 될 것이다. 형사절차에 관여하는 모든 사람들의 기준이 제각각이기 때문에 강간 피해자가 보이는 반응의 유형을 일정하게 마련해 놓는다면, 절차를 담당하는 사람이 어떠한 가치관을 가지고 있는가에 따라 결론이 정반대되는 위험은 적어질 수 있다.

다. 감경적 구성요건의 신설

현재 강간죄의 해석상 최협의의 폭행. 협박만을 구성요건으로 하는 이유는 강간죄의 법정형과 동일한 강도죄의 구성요건인 폭행. 협박이 피해자의 저항을 불가능하게 하거나 현저하게 곤란하게 할 것을 요구한다는 점과도 관련이 있다. 강도죄의 경우 행위태양은 유사하지만 폭행. 협박의 정도가 보다 약한 경우에 공갈죄로 처벌하고 있다. 이러한 형법의 태도와 형평을 맞추기 위하여서라도 최협의의 폭행. 협박에 이르지 않았으나 유형력의 행사가 있었고 그로 인하여 피해자의 성적자기결정권에 반하여 간음한 경우를 처벌할 수 있는 근거규정을 마련하여야 할 것이다.

5. 나오며

최근 강간죄에 관한 논의가 활발하게 이루어지고, 예외적이기는 하지만 법원도 종전의 태도를 바꾸어 최협의설보다는 다소 완화된 기준에 의하여 강간죄의 성립을 인정하는 사례가 늘고 있다. 강간죄의 보호법익이 성적자기결정권의 자유라고 한다면 최협의의 폭행, 협박에 이르지 못하는 정도의 약한 폭행, 협박에 의하여 성적자기결정권을 침해당한 경우 뿐만 아니라, 가시적인 폭행, 협박이 없어도 피해자가 공포심이나 수치심에 사로잡혀 저항을 하지 못하거나 진지하게 거부의 의사를 밝혔음에도 이에 반하여 성교에 이른 경우에는 성적자기결정권의 침해가 있다고 보아야 한다. 성적 자기결정권의 자유는 인격권의 핵심적인 내용이다. 그리고 인격권의 주체가 되는 인간은 남녀간의 불평등한 권력관계와 오랜 세월동안 지속된 가부장적인 질서 속에서 서로 다르게 사회화 된 남성과 여성을 포함하고 있다. 따라서 성적자기결정권은 매우 다양한 형태로 발현되는데, 문제는 개인의 표현하는 성적자기결정권이 일반인(남성)의 기준에서 해석된다는 것이다. 어떠한 구체적인 상황에서 그것이 개인의 성적자기결정권을 침해하였는가를 판단하기 위해서는 그 기준을 일반인(남성)으로부터 피해자(여성)으로 이동시켜야 한다.

강간죄의 판단에 있어 “피해자가 적극적으로 저항하였다면 더 강한 폭행, 협박을 초래하고 더 큰 피해를 입을 수 있다고 믿었던 사정을 이해할 수 있고 그 믿음에 상당한 이유가 있었는지”라는 기준을 새로 제시하면서 “비교적 약한 폭행, 협박을 수단으로 피해 여성에게 극도의 성적 수치심과 인격적 모멸감을 주는 행위는 무죄라고 해석하여야 하는가”라는 질문을 던진 XX북부지방법원의 하급심 판결(서울북부지방법원 2004. 10. 22. 선고 2004고합228판결)을 곰곰이 되새겨 볼 필요가 있다.

대 법 원

판 결

사 건	**** ** *** 강간치상
피 고 인	○○○
상 고 인	피고인
변 호 인	변호사 ○○○
원 심 판 결	○○고등법원 2000. 12. 22. 선고 **** * *** 판결
판 결 선 고	2001. 4. 27.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 ○○고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 본다.

1. 원심판결 이유에 의하면 원심은, 피고인이 2000. 3. 9. 21:30경 XX시 XX구 XX동 소재 XXX여관 ○○○호실에서 술에 취한 피해자(61세)를 간음하려고 속옷을 벗기다가 피해자가 욕설을 하면서 양손으로 때리고 발로 차면서 반항하자, 피해자의 몸에 올라타 어깨와 팔로 움직이지 못하게 누른 다음 양손으로 피해자의 무릎을 벌려 항거불능하게 한 후 간음하여 강간하고, 그 과정에서 2주간의 치료를 요하는 양하지 다발성 타박상 등을 입게 한 사실을 인정하는 한편, 피고인이 범행 당시 술에 취하여 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 상태에 있었다고 인정하여 이를 강간치상죄로 다스리고 있다.

2. 그러나 이러한 원심의 사실인정과 판단은 수증하기 어렵다.

가. 강간죄가 성립하려면 가해자의 폭행·협박은 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이어야 하고, 폭행·협박이 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이었는지 여부는 그 폭행·협박의 내용과 정도는 물론, 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 판단하여야 할 것이다(대법원 1992. 4. 14. 선고 92도259 판결, 1999. 9. 21. 선고 99도2608 판결 등 참조).

나. 제1심은 피고인의 검찰 및 제1심에서의 각 일부 진술, 피해자의 경찰, 검찰 및 제1심에서의 각 진술, 피고인과 피해자가 투숙한 ○○○여관의 여주인 △△△의 경찰에서의 진술, 의사 △△△작성의 진단서를 유죄의 증거로 들고 있고, 원심은 이를 그대로 인용하고 있는바, 이를 차례로 검토한다.

(1) 먼저 피고인은 경찰 이래 원심 법정에 이르기까지 성교를 맺기 전 유형력을 일부 행사한 사실은 인정하면서도 성교할 당시에는 서로 뜻이 맞아 성관계를 맺은 것이고 공소사실 기재와 같이 피해자의 반항을 억압하여 강간한 것이 아니라고 부인하고 있다.

피고인의 진술 요지는, XX산 매표소 앞에서 평소 안면이 있는 피해자를 만났더니 피해자가 자기 집에 가서 밥을 먹자고 하여 택시를 타고 피해자의 집으로 가다가 도중에 치킨가게에 들러 소주를 나누어 마시고 피해자가 춤다고 하기에 여관에 가자고 하였더니 승낙하기에 택시를 타고 함께 여관에 들어간 것이고(수사기록 60, 61, 73쪽, 이하 '수 몇쪽'으로 표시한다.), 여관방에 먼저 들어간 피해자가 바지와 상의를 벗고 침대에 누워 있어 팬티를 벗기려 하자 욕설과 고함을 지르고 양손으로 피고인을 때리고 발로 차기에 그래도 피고인이 옷을 벗고 피해자의 배위에 올라 타는 등 성교를 시도하였으나 피해자가 다리를 오므리고 양손으로 가슴을 밀쳐 실패하고, 계속하여 성관계를 거절하기에 옷을 입고 집에 가겠다고 하자, 피해자가 자신이 깨끗한 몸이고 몸을 파는 여자가 아니라고 말하기에 그러면 성관계를 맺자고 하였더니, 피해자가 더 이상 거부하지 않고 순순히 응하여 성교하였다는 것이다(수 63, 64, 74, 75쪽). 그리고 성관계 후에도 피고인이 여관 여주인에게 맥주와 담배를 시켜 가져오자, 피해자가 알몸을 수건으로 가린 상태로 나가 맥주와 담배를 받으려고 하였으나 여관 여주인이 피해자를 방안으로 들어가라고

하여 피고인이 대신 받아 피해자와 함께 맥주를 마셨다는 것이다(수 66, 67, 79쪽).

(2) 다음으로, 이 사건 범행 장소인 XXX여관의 여주인 △△△의 진술을 보면, 공소사실에 부합하는 내용은 없고, 오히려 피고인이 숙박비를 내고 카운터 바로 옆에 있는 000호실로 들어갈 때까지 싸우거나 비명소리를 들은 바 없고 피고인이 주문한 맥주와 담배를 여관방에 가져다 줄 때 피해자가 술에 취하여 수건으로 알몸을 가린 채 나오기에 방안으로 밀어 넣고 피고인에게 돈을 받았고, 투숙하고 있는 동안 비명소리나 살려달라는 등의 소리를 듣지 못하였으며, 23:00경 함께 나갔다가 잠시 후 피해자 혼자 돌아와 피고인이 지갑을 훔쳐갔다고 신고해 달라고 했다는 것이다(수 19, 23, 80쪽).

피고인과 피해자가 처음 여관을 나갈 때 여관을 지키고 있는 △△△의 아들 △△△의 진술도 대체로 같은 취지이다(수 84, 85, 86쪽).

(3) 결국, 공소사실에 부합하는 증거로는 피해자의 진술만이 남는다.

피해자는 XX구 XX동에 거주하면서 XX산 등산로 입구에서 O호 음식점을 운영하고 있는데, 피고인이 음식점에 손님으로 두어 차례 와서 알고 있는 사이이다(수 12, 14쪽 및 공판기록 65쪽, 이하 '공 몇쪽'으로 표시한다).

피해자는 피고인과 XX산 입구에서 만나 여관에 가서 성관계를 맺고 나오기까지의 과정에 관하여 경찰에서는, 손님들과 마신 술에 취한 상태에서 XX산 매표소 앞에서 피고인을 만나 피고인이 집에 데려다 준다고 하여 함께 택시를 타고 갔는데 집에 데려다 주지 않고 여관으로 끌고 들어가 여관방에서 나가려는 피해자를 주먹으로 허벅지와 머리를 때리고 수건으로 입을 틀어막고 구타하여 강제로 옷을 벗기고, 소리를 지르면 죽여버린다고 하여 반항을 못하게 하고, 피고인이 바지를 벗고 다리를 강제로 벌린 뒤 강간하였고, 당시 피해자는 침대에서 피고인의 가슴을 밀어 내며 반항하였으나, 수건으로 입을 틀어막고 구타하며 협박하여 여관주인에게 소리를 지르거나 도움을 청하지 못하였고, 강간 후 피고인은 옷을 입고 바로 여관방을 나갔고 피해자도 옷을 입고 나가니 여관 밖에 서 있던 피고인이 달아나 버렸다는 것이고(수 13, 14쪽), 같은 날 피고인과 대질과정에서도 같은 경위로 강간당하였다고 하면서(수 37쪽), 여관방에 있는 동안 피고인이 주문한 맥주와 담배를 여관 여주인이 가져 왔을 때 수건으로 알몸을 가린 채 복도로 나온 일이 없고,

강간당한 후 먼저 나간 피고인을 뒤따라 여관을 나와 곧바로 집으로 갔으며 여관에 다시 들어간 사실이 없다고 극력 부인한다(수 38쪽).

검찰에서도 강간당한 경위에 대하여는 같은 내용으로 진술하면서(수 77쪽), 여관 카운터에서 피고인이 피해자를 강제로 방안으로 밀어 넣고 방에 들어가자마자 문을 잠그고 때리고 입을 막았다는 것이고(수 78쪽), 평소 주량이 소주 2홉들이 1병인데 빈속에 소주 4잔을 마셔 비틀거릴 정도였고, 피고인과 함께 간 곳이 여관인지도 몰라 도움을 청하지 못하였으며, 성관계 후 피고인이 맥주와 담배를 주문하여 여관 여주인이 가져오거나, 그 때 피해자가 알몸으로 복도에 나가거나 한 일은 기억에 없으며(수 78, 81쪽), 강간당한 후 피고인이 나간 뒤 뒤따라 나갔더니 피고인이 여관 계단에 있다가 도망가기에 그대로 집으로 돌아갔을 뿐 피고인과 다시 여관으로 되돌아가지 않았다는 것이다(수 84, 87쪽). 제1심에서도 경찰 및 검찰에서와 같이 여관방에 들어가자마자 주먹으로 때리고 수건으로 입을 틀어 막은 후 강제로 옷을 벗기고 강간당하였다고 하면서도 당시 술을 많이 먹어 정신을 차리니 여관방안이었거나, 피고인이 집을 가르쳐 준다면서 여관에 밀어 넣고 여관방에 들어서자마자 문을 잠그고 머리를 때리고 목을 누르고 수건으로 입을 틀어막아 살려달라고 애원하였으며, 정신을 차리고 보니 이미 강간을 당한 뒤이고, 정신이 나서 여관을 나갔다가 두고 온 가방과 밥통을 가지러 여관에 들어갔다는 적이 있다고 진술하고 있다(공 66쪽).

다. 그러나 피해자의 진술은 일관성이 없거나, 강간당한 피해자의 행동으로 보기 어려운 점이 있고, 객관적인 사실관계와도 어긋나 그대로 믿기 어렵다.

(1) 우선 피고인이 피해자를 강제로 여관으로 끌고 들어갔다거나, 여관 카운터에서 000호실로 강제로 밀어 넣었다거나, 여관방에 들어가자마자 문을 잠그고 심하게 구타하고 입을 막고 협박하였다는 진술부분은 여관 여주인 △△△의 진술과 어긋나고, 피해자의 주장과 같이 여관방에 들어가자마자 주먹으로 허벅지와 머리를 심하게 구타당하고 강간당하는 동안 소리를 지르거나 도움을 청하지 못할 정도로 수건으로 입이 틀어 막혔다면 머리카락이나 입부위 등에 상당한 정도의 상해를 입을 만한 데 그 이튿날 발부받은 의사 △△△작성의 진단서(수 11쪽)에는 양하지와 정부에 2주간의 치료를 요할 타박상을 입은 것으로만 되어 있다.

(2) 또한 피고인은 성관계를 맺은 뒤 피고인이 주문한 맥주와 담배를 여관

여주인 △△△가 가져와 방문을 열었을 때 피해자가 알몸인 채로 수건으로 앞을 가리고 나가 받으려 하였다가 △△△가 방안으로 들어가라고 밀어 넣자 웃으면서 그냥 들어오고 피고인이 나가 맥주와 담배를 받고 돈을 준 일이 있다고 주장하고, 피해자는 경찰 이래 제1심 법정에 이르기까지 그런 일이 없었다고 부인하고 있으나, △△△의 일관된 진술에 비추어 볼 때 이 부분에 대한 피해자의 진술은 거짓임이 분명하고, 피해자의 이러한 행동이나 태도는 강간당한 후의 것으로는 전혀 어울리지 않고, 만일 피해자의 주장과 같이 여관방에 들어가자마자 피고인이 방문을 잠그고 심하게 구타하고 강간까지 당하였다면 여관 여주인이 중간에 맥주와 담배를 가져와 방문을 연 기회에 여관방을 빠져 나가거나 도움을 청하였을 법한 데도 피해자는 그러한 사실을 기억할 수 없다고만 주장한다.

(3) 물론 피해자가 자신이 여관에 끌려 들어간 사실이나 강간당하는 것도 알지 못할 정도로 술에 만취한 탓으로 엉겁결에 강간을 당하고 여관 여주인이 맥주와 담배를 가져 온 사실도 기억하지 못한 것으로 볼 여지도 없지 않으나, 피고인과 여관 여주인 △△△ 및 그 아들 △△△의 진술에 의하여 인정되는 피해자의 전후 행적에 비추어 볼 때 정신을 잃을 정도로 술에 취하였다고는 보이지 아니한다.

(4) 피고인은 성관계를 맺은 뒤 피해자가 먼저 여관을 나갔고 피고인이 뒤에 나가 보니 피해자가 도로변에 앉아 가방 속에서 무언가 찾고 있어 여관방에서 들고 온 손지갑을 건네주었더니 돈이 없어졌다면 여관에 가서 자고 간다고 하여 같이 여관으로 돌아와 000호실로 다시 들어갔다가 거기서도 계속 훔쳐간 돈을 달라고 하기에 먼저 여관을 나와 집으로 갔다고 변소하고(수 82, 83쪽), 이와 달리 피해자는 여관방에 끌려 들어가 강간당한 뒤 피고인을 뒤따라 나왔으며 여관으로 다시 들어간 일이 없이 그대로 귀가하였다고 하며(수 38, 83, 84쪽), 다만 제1심 법정에서는 두고 온 가방과 밥통을 찾으러 여관에 한번 들어갔을 뿐이라고 하는바(공 66쪽), 두 사람이 여관에 드나드는 것을 지켜 본 여관 여주인 △△△나 그 아들 △△△의 진술은 피고인의 변소에 부합한다.

이와 같이 피고인에게 강간당하였다는 피해자의 진술은 그 신빙성에 의문이 있어 이 사건 공소사실은 합리적인 의심이 없을 정도로 증명되었다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 기록상 보이지 아니한다.

그렇다면, 원심으로서의 피고인이 피해자와 성관계를 맺기 전후의 사정 등을 좀더 자세히 심리하여 피고인이 가한 폭행 또는 협박의 내용과 그 정도가 피해자의 항거를 불가능하게 하거나, 현저히 곤란하게 할 정도였는지, 그 당시 피고인과 피해자가 각기 술에 취한 정도와 아울러 그 진술들의 신빙성을 가려보았어야 할 것임에도 불구하고, 피해자의 진술만을 그대로 받아들여 이 사건 공소사실을 유죄로 단정한 것은 심리를 다하지 아니하거나, 증거의 가치판단을 그르친 나머지 채증법칙을 위반하여 사실을 오인한 위법을 저지른 것으로서, 이는 판결 결과에 영향을 미쳤음이 분명하다.

상고이유 중 이 점을 지적하는 부분은 이유 있다.

3. 그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장	대법관	이규홍	_____
주심	대법관	송진훈	_____
	대법관	윤재식	_____
	대법관	손지열	_____

최협의설의 존재 이유? - 2001도4462 판례평석

이주희(본 상담소 법정지원팀)

I. 사건개요 및 판결내용

1. 이 사건 1심원심법원의 판결

원심은, 피고인이 2000. 6. 5. 22:30경 2000. 6. 5. 22:30경 XX시 XX구 XX동 소재 XXX여관 000호에서 컴퓨터 채팅으로 만난 피해자(당시 20세)를 자기의 집이라고 속여 위 여관방으로 데리고 온 다음 손으로 피해자의 머리채를 잡아 침대에 밀어 넘어뜨리고 소리를 지르지 못하게 입을 막고 주먹으로 머리를 수회 때리며 "죽여 버리겠다."고 협박하여 피해자의 반항을 억압한 후 2회 간음하여 강간하고, 같은 날 23:30경 위 여관방에서 피해자가 화장실에 간 틈을 이용하여 피해자의 지갑에 있는 현금 23만 원을 가지고 나온 사실을 인정하고, 이를 강간 및 절도죄로 처단한 제1심판결을 유지하고 있다.

2. 대법원의 판단

그러나 대법원은 위와 같은 원심의 사실인정과 판단은 수긍하기 어렵다면서 다음과 같이 이유를 설시하여 파기환송하였다.

가. 강간죄가 성립하려면 가해자의 폭행·협박은 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이어야 하고, 폭행·협박이 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이었는지 여부는 그 폭행·협박의 내용과 정도는 물론, 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 판단하여야 할 것이다(대법원 1992. 4. 14. 선고 92도259 판결, 1999. 9. 21. 선고 99도2608 판결 등 참조).

나. 제1심은 피고인의 일부 법정진술 및 검찰에서의 진술(제2회 피의자신문조서), 피해자의 검찰 및 법정에서의 각 진술, 피고인과 피해자가 투숙한 XXX여관의 종업원 ▽▽▽의 검찰에서의 진술, 피해자로부터 연락을 받고 여관으로 온 △△△의 법정진술, 실황조사서를 유죄의 증거로 들고 있고, 원심은 이를 그대로 인용하면서 피해자의 원심에서의 진술을 추가하고 있는바, 이를 차례로 검토한다.

(1) 먼저 피고인은 경찰이라 원심 법정에 이르기까지 성교를 맺은 사실은 인정하면서도, 이는 피해자와 합의하여 성관계를 맺은 것이고 공소사실 기재와 같이 피해자의 반항을 억압하여 강간한 것이 아니라고 부인하고 있다.

피고인의 진술 요지는, 사건 당일 21:00경 인터넷 채팅을 통하여 피해자와 금 40만원을 주고 성관계를 맺기로 합의한 후, 22:00경 피해자가 지정한 커피숍에서 만나 근처에 있는 여관으로 들어가 성교를 하였고, 성관계를 맺은 후 피해자가 샤워를 하는 사이에 돈을 줄 마음이 없어서 탁자 위에 돈이 있다고 거짓말을 한 후 그대로 나왔다는 것으로 강간사실을 일관하여 부인하고 있을 뿐이다.

(2) 다음으로, 이 사건 발생 장소인 XXX여관의 종업원 ▽▽▽의 경찰진술

(제1심의 검찰진술조서는 오기로 보인다)을 보면, 피고인이 6층 여관카운터에 숙박비를 내고 000호실 키를 받을 때 피해자는 피고인 옆에 그냥 서 있었고, 피해자와 피고인이 같이 걸어서 계단을 올라갔는데, 조금 있다가 담배를 갖다 달라는 주문을 받아 000호실에 담배 1갑을 넣어 주고 2,000원을 받아 오기 까지 하였는데 별다른 이상은 없었고, 다만 23:30경 000호실에서 남자가 뛰어나와 엘리베이터를 이용하지 않고 비상계단으로 내려가는 것을 보고 이상한 생각이 들어 000호실로 인터폰을 하니 피해자가 아무 일 없다고 하여 그냥 있었는데, 그 후 다른 방을 청소하고 오니 카운터 여종업원으로부터 000호실 여자손님이 인터폰으로 지갑이 없어졌다고 하였다는 이야기를 들었고, 그 후 피해자 혼자 한참 있다가 다른 남자가 와서 같이 나갔다는 것으로 그 진술 어디에도 공소사실에 부합하는 내용은 없다.

(3) 다음으로, 피해자의 연락을 받고 위 여관에 온 △△△의 법정진술을 보면, 피해자를 1999년 11월말경부터 3개월 간 태권도 지도를 한 사이인데, 사건 당일 밤 11시가 넘어 피해자로부터 강간을 당하였다는 취지의 전화가 와서 여관으로 달려갔다는 것이나, 뒤에서 보는 바와 같이 피해자는 전화로 돈을 잃어버렸다는 이야기만 하였지 강간을 당하였다는 이야기는 하지 않았다고 다르게 진술하고 있으므로, 공소사실을 인정할 만한 증거로는 부족하다고 아니할 수 없다.

(4) 마지막으로, 실황조사서에 관하여 보면, 이는 경찰관이 XXX여관의 위치와 구조를 조사한 것으로, 그 내용을 보면 피고인과 피해자와 처음 만난 커피숍 근처에 XXX여관이 있는 건물이 있으며, 여관은 건물 6-8층에 위치하고 있는 사실, 건물 외벽에 네온간판으로 "XXX"이란 간판과 현관출입문에 "XXX"이란 네온 입간판이 있는 사실, 일반인이라면 여관이라고 알 수 있는 통상적인 구조를 갖추고 있는 사실을 인정할 수 있어, 오히려 여관인 줄 모르고 따라들어갔다는 피해자의 진술의 신빙성을 의심스럽게 하는 자료일 뿐이다.

(5) 결국 공소사실에 부합하는 증거로는 피해자의 진술만이 남는다.

피해자는 피고인과 만나게 된 과정에 대하여, 사건 당일 21:00경 피씨(PC)방에서 피고인과 인터넷 채팅을 하였는데, 영어회화를 가르쳐 준다고 하여 배울 욕심에 피고인이 가르쳐 준 핸드폰 전화로 연락을 하여 같은 날 22:00경 피해자가 지정한 신사동 소재 커피숍에서 피고인을 만났다.

피고인과 같이 여관에 가게 된 과정에 대하여, 피고인과 커피숍에서 만나 20분간 이야기를 한 후, 피고인이 노래방에 가자고 하여 따라 나섰는데, 피고인이 어떤 건물 앞에 이르러 자신의 숙소라며 숙소에 짐과 책, 그리고 노래방 갈 돈이 있는데 가지고 나와야 되니까 잠시 올라갔다 나오자고 하여 여관인 줄 모르고 의심 없이 0층으로 엘리베이터를 타고 올라갔고, 피고인이 0층 카운터에 있는 아줌마에게 갖다 오더니 자신의 손을 잡고 계단을 통하여 0층 000호실로 데려갔다. 그 때 자신은 엘리베이터 옆 거울을 보면서 머리손질을 하고 있어서 아줌마와 무슨 대화를 하였는지는 몰랐으며, 별다른 의심은 하지 않았다.

여관방에 들어가고 나서의 행적에 대하여, 방안에 들어가 피고인의 연장으로 종업원이 갖고 온 담배를 피우면서 살펴보니 숙소 같지 않아 그만 가자고 일어섰더니, 피고인이 갑자기 태도를 돌변하여 머리채를 잡아 당겨 침대에 밀어 넣더니 몸으로 가슴을 짓누르고 주먹으로 머리를 때리는 등으로 반항을 못하게 한 후 1회 강간하고 나서, 씻으라고 하여 화장실에 가서 양치질만 하고 있으니, 피고인이 자신을 다시 침대로 끌고 가서 다시 강간을 하였고, 다시 씻으라고 하여 화장실에 들어가 샤워를 하고 있는데(이 부분은 검찰에서는 물만 틀어 놓고 울고 있었다고 진술하다가, 제1심 및 원심 법정에서는 샤워를 하고 있었다는 취지로 진술하여 그 진술이 일치하지 않고 있다), 전화벨소리가 울리는데도 피고인이 받는 기색이 없어 이상하여 나와 보니 피고인은 보이지 않아 전화를 받았더니, 종업원이 "같이 있던 남자가 밖으로 급히 뛰어

나갔는데 별일 없느냐"라고 물어 창피한 마음에 "괜찮아요"라고 대답한 후, 그 곳을 벗어나려고 옷을 입으려고 하는데 탁자 위에 자신의 지갑이 열린 채로 있고, 현금 23만 원이 없어졌다는 취지로 진술하고 있다.

다. 그러나 피해자의 진술은 일관성이 없거나, 강간당한 피해자의 행동으로 보기 어려운 점이 있고, 객관적인 사실관계와도 어긋나는 등으로 그대로 믿기 어렵다.

(1) 우선 피고인이 채팅에서 만난 모르는 남자를 영어회화를 배울 욕심에 밤늦은 시간에 바로 만났다가, 노래방에 같이 가면서 짐과 책 등을 가지러 숙소에 들어갔다 오자는 피고인 말을 믿고 의심 없이 따라 들어갔다는 점도 납득하기 어렵거니와, 앞서 본 실황조사서의 기재와 같이 조금만 주의를 기울이면 여관임을 누구나 알 수 있는 객관적 상황에 비추어 볼 때, 처음 만나는 남자의 숙소에 들어가면서 아무런 주의도 기울이지 않았으므로 여관인 줄을 모르고 방안에까지 따라 들어갔다는 피해자의 진술은 도저히 납득할 수 없다.

(2) 방안에서의 행적에 대하여서도, 피해자 스스로 피고인의 연락으로 종업원이 갖고 온 담배를 나누어 핀 사실을 인정하고 있고, 피고인이 주먹으로 자신의 머리를 때린 시기에 관하여 옷을 벗기기 전에 때렸다고 진술하기도 하고, 바지를 벗긴 후 혹은 상·하의를 모두 벗긴 후 때렸다고도 하여 그 진술의 일관성이 없으며, 피해자의 주장과 같이 주먹으로 머리를 심하게 구타당하고, 가슴을 짓눌리는 등으로 소리를 지르거나 도움을 청하지 못할 정도로 폭행을 당하였다면 머리카락이나 가슴부위 등에 상당한 정도의 상해를 입을 만하는데 아무런 상해진단서도 제출하지 못하고 있고, 다만 사건 직후 경찰에서는 머리가 조금 아프고 왼쪽 손목이 굼혔고, 손목이 아프다고 진술하다가, 원심에서는 그 이튿날 멍은 없었고 노랗게 된 상태였다고 진술하고 있으나, 상해부위의 사진 등 이를 입증할 만한 자료를 제출하지 못하고 있다.

(3) 또한, 피해자가 성관계를 맺은 뒤 화장실에서 샤워를 하고 있다가, 전화 벨이 울리는 바람에 피고인이 먼저 여관을 나갔음을 확인하고서도 안부를 묻는 종업원의 전화에 오히려 괜찮다고 하였다는 피해자의 행동이나 태도는 강간당한 후의 것으로는 전혀 어울리지 않고, 만일 피해자의 주장과 같이 심하게 구타를 당하고 강간까지 당하였다면 당연히 도움을 청하였을 법한 데도 피해자는 그러한 행동을 취하지 않았다.

(4) 그 후 피해자는 돈이 없어진 것을 확인한 후, 종업원에게 돈이 없어졌다는 이야기만 하였고, 구원요청을 한 장영창에게도 강간당한 사실은 말하지 않고 피고인이 돈을 가져갔다는 이야기만 하였다고 진술하고 있는 반면에, 장영창은 돈을 잃어버렸다는 이야기는 듣지 못하고 강간당하였다는 취지의 전화를 받고 여관에 달려 왔다고 진술하여 그 진술이 일치하지 않고 있다.

(5) 여기에다가, 피해자가 대학입시를 준비중이고, 지방에 홀로 사는 어머니로부터 생활비를 송금 받는다고 하면서도, 볼보승용차를 소유하고 있는 등 이에 어울리지 않는 생활환경을 가지고 있는 점도 지적하지 않을 수 없다.

이와 같이 피고인에게 강간당하였다는 피해자의 진술은 그 신빙성에 의문이 있어 이 사건 공소사실 중 강간부분에 대하여 합리적인 의심이 없을 정도로 증명되었다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 기록상 보이지 아니한다.

라. 사정이 이러하다면, 절도부분에 대하여서도 기록상 피해자가 여관 종업원에게 "피고인이 돈을 가져갔다."라고 이야기 한 사실이 인정되기는 하나, 그 진술만으로 바로 피고인이 돈을 훔쳤다고는 인정하기는 부족하다 할 것이다.

3. 그렇다면 원심으로서의 피고인이 피해자와 성관계를 맺기 전후의 사정 등을 좀더 자세히 심리하여 과연 피고인이 폭행 또는 협박을 가하였는지, 그

내용과 정도가 피해자의 항거를 불가능하게 하거나, 현저히 곤란하게 할 정도였는지를 가린 후에 피고인이 돈을 훔쳐갔다는 피해자의 진술의 신빙성 또한 가려 보았어야 할 것임에도 불구하고, 피해자의 진술만을 그대로 받아들여 이 사건 공소사실을 모두 유죄로 단정한 것은 심리를 다하지 아니하거나, 증거의 가치판단을 그르친 나머지 채증법칙을 위반하여 사실을 오인한 위법을 저지른 것으로서, 이는 판결 결과에 영향을 미쳤음이 분명하다. 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

II. 평석

1. 강간죄 폭행협박에 대한 최협의설

형법 제297조에서는 폭행 또는 협박으로 부녀를 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다고 규정하고 있다. 이에 대하여 판례는 전통적으로 폭행 또는 협박의 의미를 ‘피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것’이라고 해석하는 최협의설을 견지하고 있다.

최협의설에 대하여 강하게 반항할 수 없는 상황에서 강하게 반항해야만 충족할 수 있는 모순을 가진 기준이라는 점, 보호법익의 측면, 처벌범위의 협소 등 많은 비판이 있으며 이를 해결하기 위하여 현재 학계의 해석론으로는 i) 피해자의 “진지한 거부 의사표시”와 가해자의 ‘협의의 폭행’만 있으면 강간죄가 성립한다는 한인섭, 박상기 양 교수의 주장-‘협의의 폭행·협박설’-과, ii) 법정형이 동일한 강도죄와의 형평을 고려하여 ‘저항’ 개념 자체는 폐기하지 않고 이를 실질적으로 수정하여, 강간죄에서의 폭행·협박을 ‘진지한 저항’(earnest resistance) 또는 ‘합리적 저항’(reasonable resistance)을 곤란하게 하는 폭행·협박

으로 재정의하는 조국 교수의 주장이 제출되어 있다.¹⁰⁾ 이러한 비판에도 불구하고 통설은 과거 강도죄에서의 폭행·협박과 마찬가지로 상대방의 반항을 억압할 정도임을 요한다는 유기천 교수의 견해에 기대어 피고인과 피해자입장에서 균형을 잡고 있다는 점을 근거로 하여 최협의설을 고수하고 있다.¹¹⁾ 비판적 견해에 대해서 배종대 교수는 강제폭력의 기준을 엄격하게 해석해야 한다면, 폭행·협박의 정도를 낮게 잡을수록 강간죄에 해당되는 사람의 범위는 그만큼 넓어지게 되고, 강간과 화간의 경계 또한 분명치 않게 된다고 주장하고 있다.¹²⁾

강간죄의 처벌범위를 결정하는 것은 어찌보면 정치적 문제라 할 수 있다. 물론 문언상 제297조는 폭행 또는 협박이라고만 규정하고 있으므로 법원의 강간범죄의 엄격한 처벌에 대한 결단을 내린다면 판례의 변경만으로 가능하다. 협의의 폭행과 협의의 협박의 해석을 처벌하는 폭행죄나 협박죄에 대한 사회일반의 의심이 제기되지 않는 법감정으로 미루어보건대 이에 더하여 강간까지 추가된 범죄를 처벌하자는 비판적 견해에 대해 일반인이 얼른 수긍하지 않는 것은 폭행·협박에 의한 강간 자체를 범죄로 처벌하는 것에 동의하지 않는 것보다 현실적으로 그러다가 속된 말로 꽃뱀에게 당하는 억울한 사람이 생기지 않을 까하는 우려 때문인 것으로 보인다. 법원 역시 입증이 어려운 강간죄의 특성과 소극적 실체진실주의 요청을 고려하여 최협의설의 문제점을 인지하면서도 이를 쉽게 내버릴 수 없는 처지라고 이해하여 본다. 그러나 최협의설을 지지하는 두가지 논거 즉 최협의설 하에서 반항불능 또는 현저곤란한 폭행·협박에 기한 강간에 대한 처벌을 기함으로써

10) 조국, “여성주의 관점에서 본 성폭력범죄”, 서울대학교 법학 제43권 제2호: 2006. 6., 177면.

11) 백형구 313면, 이재상 각론 159면.

12) 배종대 228면.

피해자와 피고인의 입장을 조화시키고 있는가, 또한 최협의설이 강간과 화간의 구별(판례의 이분법상)이 용이하여 억울한 피해사례 방지에 효과적인가 대한 의문을 가지지 않을 수 없다. 만약 논거가 사실이 아니라면 더 이상 법원이 최협의설을 고집할 이유는 없다고 할 것이다. 이하에서는 2001도4462판결을 통하여 위의 점을 검토하여 보기로 한다.

2. 이 사건 대법원 판결의 문제점(1) : 피해자 진술 배척의 부당성

당해 사건에서 대법원은 ‘①피해자의 진술이 일관성이 없거나 ②강간당한 피해자의 행동으로 보기 어려운 점이 있고 ③객관적인 사실관계와도 어긋나는 등¹³⁾으로’(이유 다) 강간사실 및 기타 제반사정에 관한 피해자의 진술의 신빙성을 부정함으로써 반향불능 또는 현저곤란의 폭행·협박사실을 인정하지 않고 있다.¹⁴⁾

피해자의 진술의 일관성 여부에 대하여 원심은 이 사건 직후 경찰에 범죄 신고를 하고 경찰에서 진술한 이래 검찰 및 당심 법정에 이르기 까지 일관되게 진술하고 있고 각 진술에 모순이 없다고 실시하고

13) 이와 관련하여 대법원은 이유 다. (1)에서 여관의 외관에 관한 실황조사서의 기재를 근거로 여관인 줄 몰랐다는 피해자의 진술이 객관적 사실에 반한다고 실시하고 있으나 원심은 여관인 사실을 알고 들어갔다고 피해자가 진술하고 있다고 이유에서 실시하고 있다. 판결문만을 가지고 피해자의 진술내용을 확정할 수 없어 부득이 이에 대한 판단은 생략하기로 한다.

14) 대법원은 진술배척의 근거를 위와 같이 병렬적으로 적시하고 있지만, ①, ③의 점과 ②는 다른 의미를 가진다. 전자의 경우 피해자의 진술의 신빙성을 부정하는 이유로 쓰일 수 있지만, 후자의 경우에는 피해자의 행동에 대한 피해자의 진술이 진실하다는 점을 전제하고 즉 행동자체에 대한 신빙성은 인정하고 이에 의한 피해자의 행동을 경험칙에 따라 판단해 볼 때 강간당한 피해자의 행동으로 볼 수 없다는 결론에 이르고 있기 때문이다. 후자에 관하여는 4.에서 보기로 하고 전자의 근거가 타당한지 살핀다. 이는 여타 최협의설에 따른 판결의 경우 최협의설과 신빙성 판단을 혼재하여 판단하고 있다는 것을 보여준다.(판례바꾸기 1차 자료집, 92도259 판례평석 참조)

있다. 그러나 대법원은 이유 다. (2)에서 피고인이 주먹으로 피해자의 머리를 때린 시기에 관하여 옷을 벗기기 전, 바지를 벗긴 후, 혹은 상·하의를 벗긴 후로 진술에 일관성이 없다는 점을 지적하고 있다.

그러나 위와 같은 정도의 진술의 불일치가 폭행·협박으로 인한 강간사실에 관한 피해자의 진술에 일관성이 없다고 볼 수 있는 정도인지 의문이 있으며 이는 오히려 피해자가 갑자기 강간을 당한 경우의 놀라고 정신이 없는 심리상태를 반영한 것으로 이해할 수 있을 것이다. 강간피해자에게 사건의 진행이 급박하고 위해가 가해지고 있는 상황에서 세세한 구타행위를 일일이 기억하도록 요구하는 것이 과연 타당한가에 의문을 가지지 않을 수 없다.

3. 이 사건 대법원 판결의 문제점(2) : 증인 △△△의 법정진술 배척의 부당성

대법원은 이유 나. (2)에서 증인 △△△의 법정진술이 피해자와 일치하지 않는다는 점을 근거로 이를 유죄의 증거로 인정하지 않고 있다. 그러나 불일치한 점은 증인 △△△은 피해자로부터 강간을 당하였다는 취지의 전화가 와서 여관으로 갔다는 것이며, 피해자는 전화로 돈을 잃어버렸다는 이야기만 하였지 강간을 당하였다는 이야기를 하지 않았다는 점이다.

그러나 이는 법원이 반항불능 또는 현저곤란의 폭행·협박이 있었는지 여부를 판단하는 제반사정 중 하나인 성교 후의 상황임에도 단순한 불일치에 집착하여 이러한 증거를 무시한 점은 납득할 수 없다. 증인△△△이 태권도에 능한 자인데 피해자가 그에게 전화를 했고 밤 11시가 넘는 시각에 전화를 받고 달려갔다는 것에서 피해자가 두려운 심정에서 혼자 움직이는 것이 두려워 태권도를 지도받았던 증인△△△에

게 전화를 하였고, 단지 돈 때문에 증인이 그 시각에 여관까지 달려갔
다기 보다 명시적인 강간을 당했다는 내용의 통화가 아니었다 하더라
도 사실을 암시하거나 이를 눈치채고 증인△△△이 달려갔으리란 예상
도 가능하기 때문이다.

4. 이 사건 대법원 판결의 문제점(3) : 피해자의 언행에 대한 그릇된 해석

대법원은 이유 다. (3)에서 피해자가 성관계를 맺은 뒤 화장실에서
샤워를 하고 있다가, 전화벨이 울리는 바람에 피고인이 먼저 여관을
나갔음을 확인하고서도 안부를 묻는 종업원의 전화에 당연히 도움을
요청하지 않고 오히려 괜찮다고 하였다는 피해자의 행동이나 태도는
강간당한 후의 것으로 전혀 어울리지 않다고 판단하고 있다. 원심에서
는 오히려 이러한 사실을 피해자가 진술한 점에 대하여 처음부터 자신
에게 불리한 부분을 진술하였다는 점에 주목하여 피해자의 진술의 신
빙성을 인정하였으며 피고인의 유죄인정의 근거로 활용하고 있는 것과
대비된다.

일단 원심의 설사와 대법원의 취지에 비추어 이러한 사실관계 자
체는 인정이 된 것으로 보인다. 문제는 이를 최협의의 폭행·협박에
의한 강간이 아닌 화간(판례의 이분법상)의 정황증거로 볼 수 있는가
하는 점이다. 대법원은 그간의 판례에서 피해자의 구조요청이 있었는
지 여부(대판 1990. 12.11, 90도2224, 대판 1990. 9. 28, 90도1562)를 중
시하여 이를 강간사실 인정의 성부에 결정적 근거로 제시하고 있다.
대법원이 그리는 강간피해자는 성교 이후 화장실에서 여유롭게 샤워를
한다는 것은 있을 수 없으며, 피고인이 사라져 더 이상 폭행·협박의
위험에서 벗어난 이상 물에 빠진 사람이 구해달라고 요청하는 것 같이
구조요청을 하는 것이 당연한 법칙이라고 전제하고 있다.

그러나 그와 같은 경우가 어느 경우에도 적용되는 경험칙은 아니다. 강간피해자의 성격의 다양성이나 강간을 당한 후에 겪게 되는 심리적 갈등을 고려한다면 다른 양상은 얼마든지 현실적으로 존재한다. 강간을 당한 후 여성들은 자신이 더러워졌다는 생각을 하게 되고 자포자기의 심정을 갖게 되기도 하고 선뜻 자신이 모르는 사람에게 현재의 부끄러운 상황을 알리고 도움을 청할 만한 마음의 여유가 없기도 하다. 사안의 피해자의 경우에도 일단 자신을 수습한다는 것이 씩는 행위로 나타났고 부끄러운 마음에 여관 종업원에서 사실을 곧이곧대로 말하기 어려웠다는 심정을 전혀 이해 못할 바 아니다. 대법원이 강간 피해자가 갖게 되는 복잡한 심리상태를 외면하고 무조건 구조요청을 할 수 있었음에도 불구하고 하지 않았다는 과거의 판례를 기계적으로 답습하여 사안을 평가했다는 의심을 지울 수가 없다.

5. 이 사건 대법원 판례의 문제점(4) : 폭행협박을 넘어선 상해의 요구

대법원은 이유 다. (2)에서 피해자의 주장과 같이 주먹으로 머리를 심하게 구타당하고 가슴을 짓눌리는 등으로 소리를 지르거나 도움을 청하지 못할 정도로 폭행을 당하였다면 머리카락이나 가슴부위 등에 상당한 정도의 상해를 입을 만하는데도 아무런 상해진단서나 상해부위의 사진 등을 입증할 자료를 제출하지 못하였다고 실시하고 있다. 이는 반항불능 또는 현저곤란 폭행·협박이 상해로 이어질 수 있다는 점에서 가능성차원의 문제이지 이를 필요적으로 요구할 것은 아니며, 피해자 진술의 신빙성 판단의 요소로써 이를 언급하는 형식을 띠고 있기는 하나 실질적으로 볼 때 이를 최협의의 폭행·협박이 있었는지 여부를 판단하는 요소로 고려함에 있어 최협의의 폭행·협박이 곧 생리적 기능훼손을 의미하는 상해와 동의어는 아니므로, 강간상해 내지 강간치상이

아닌 강간죄의 성부를 논함에 있어 부적절한 설시이다.

6. 결론

이 사건 대법원의 판단이 강간피해자의 특성을 고려하지 못하고 피해자 진술의 신빙성을 부정하거나, 피해자의 언행을 대상으로 하여 실제의 강간피해자의 행동을 반영하지 못하는 기존의 경험칙을 기준으로 최협의설의 폭행·협박 여부를 판단하여 진실을 읽어내지 못할 가능성이 있음을 살펴보았다. 이러한 경험칙이 남성중심적 시각에서 형성되어 온 결과 사실상 최협의설이 의도한 처벌의 범위보다 훨씬 피고 인쪽에 유리한 결론을 내리게 된다.¹⁵⁾

최협의설을 고수하는 판례는 형식적으로 최협의설의 폭행·협박에 해당하는지 여부를 직접적으로 판단하지 않고 피해자 진술의 신빙성을 매개로 하여 강간사실의 존부를 결정한다. 이는 범죄사실자체를 떠나 피해자의 행실에 따라 강간죄의 성립여부를 판단하도록 종용한다.¹⁶⁾ 그리하여 거칠게 표현하자면 피해자의 행실이 법원이 보기에 불량하면 실제 최협의의 폭행·협박으로 인한 강간이 있었는지 여부에 불구하고

15) 이러한 문제점은 강간피해자의 특성을 이해하고 무비판적인 경험칙의 고수를 지양함으로써 어느 정도 해소가 가능한 측면이 있다. 최근 2005도3071판결을 위시한 판례들에서 이와 같은 변화의의 조짐을 읽어 볼 수 있다. 그러나 최협의설은 그 자체로 반항불능 또는 현저곤란이라는 폭행·협박의 정도를 판단함에 있어 피해자의 저항가능성이 여전히 중요한 점에는 변함이 없다. 이 판결의 취지에 부합한 판결을 하기 위한 구체적 판단기준이 아직 제시되지 않았고 앞으로도 저항가능성을 판단하기 위한 경험칙의 갱신이 끊임없이 요구된다는 점은 한계라 볼 수 밖에 없다.(이호중, 최협의설의 자성?-2005도3071판결의 의미와 시사점, 판례바꾸기 5차자료집 p.3 참조)

16) 이 사건 역시 이유의 대부분은 피해자의 진술에 대한 신빙성을 판단하기 위한 설명이며, 이유 다. (5)에서는 피해자가 대학입시를 준비 중이고, 지방에 홀로 사는 어머니로부터 생활비를 송금 받는다고 하면서도, 볼보승용차를 소유하고 있는 등 이에 어울리지 않는 생활환경을 가지고 있는 점을 언급하면서 피해자 개인에 대한 의심이 판단에 많은 영향을 미쳤음을 시인하고 있다.

피고인은 무죄가 되며, 혹여 피해자가 법원이 보기에 정숙한 여성의 경우 피고인이 폭행·협박조차 하지 않은 무고한 경우에도 처벌받을 위험성이 존재하기 마련이다.

이상에서 살펴보았던 것과 같이 최협의설은 그 논거에 관한 확실한 대답을 들려주지 못한 채 여전히 의심만 가득 남겨 두었다. 보다 깊은 사례수집과 비판적 분석이 필요하겠지만, 최협의설을 떠받들고 있는 근거가 미약해 보이는 것은 분명하다.

대 법 원

판 결

사 건	**** ** ** 강간·절도
피 고 인	○○○
상 고 인	피고인
변 호 인	변호사 ○○○
원 심 판 결	○○고등법원 2001. 7. 27. 선고 **** * * 판결
판 결 선 고	2001. 10. 30.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 ○○고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 원심은, 피고인이 2000. 6. 5. 22:30경 XX시 XX구 XX동 소재 XXX여관
○○○호실에서 컴퓨터 채팅으로 만난피해자(당시 20세)를 자기의 집이라고
속여 위 여관방으로 데리고 온 다음 손으로 피해자의 머리채를 잡아 침대
에 밀어 넘어뜨리고 소리를 지르지 못하게 입을 막고 주먹으로 머리를 수
회 때리며 "죽여 버리겠다."고 협박하여 피해자의 반항을 억압한 후 2회
간음하여 강간하고, 같은 날 23:30경 위 여관방에서 피해자가 화장실에 간
틈을 이용하여 피해자의 지갑에 있는 현금 23만 원을 가지고 나온 사실을
인정하고, 이를 강간 및 절도죄로 처단한 제1심판결을 유지하고 있다.
2. 그러나 이러한 원심의 사실인정과 판단은 수긍하기 어렵다.

가. 강간죄가 성립하려면 가해자의 폭행·협박은 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이어야 하고, 폭행·협박이 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이었는지 여부는 그 폭행·협박의 내용과 정도는 물론, 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 판단하여야 할 것이다(대법원 1992. 4. 14. 선고 92도259 판결, 1999. 9. 21. 선고 99도2608 판결 등 참조).

나. 제1심은 피고인의 일부 법정진술 및 검찰에서의 진술(제2회 피의자신문조서), 피해자의 검찰 및 법정에서의 각 진술, 피고인과 피해자가 투숙한 XXX여관의 종업원 ▽▽▽의 검찰에서의 진술, 피해자로부터 연락을 받고 여관으로 온 △△△의 법정진술, 실황조사서를 유죄의 증거로 들고 있고, 원심은 이를 그대로 인용하면서 피해자의 원심에서의 진술을 추가하고 있는바, 이를 차례로 검토한다.

(1) 먼저 피고인은 경찰이래 원심 법정에 이르기까지 성교를 맺은 사실은 인정하면서도, 이는 피해자와 합의하여 성관계를 맺은 것이고 공소사실 기재와 같이 피해자의 반항을 억압하여 강간한 것이 아니라고 부인하고 있다.

피고인의 진술 요지는, 사건 당일 21:00경 인터넷 채팅을 통하여 피해자와 금 40만 원을 주고 성관계를 맺기로 합의한 후, 22:00경 피해자가 지정한 커피숍에서 만나 근처에 있는 여관으로 들어가 성교를 하였고, 성관계를 맺은 후 피해자가 샤워를 하는 사이에 돈을 줄 마음이 없어져 탁자 위에 돈이 있다고 거짓말을 한 후 그대로 나왔다는 것으로 강간사실을 일관하여 부인하고 있을 뿐이다.

(2) 다음으로, 이 사건 발생 장소인 XXX여관의 종업원 ▽▽▽의 경찰진술(제1심의 검찰진술조서는 오기로 보인다)을 보면, 피고인이 O층 여관카운터에 숙박비를 내고 000호실 키를 받을 때 피해자는 피고인 옆에 그냥 서 있었고, 피해자와 피고인이 같이 걸어서 계단을 올라갔는데, 조금 있다가 담배를 갖다 달라는 주문을 받아 000호실에 담배 1갑을 넣어 주고 2,000원을 받아 오기까지 하였는데 별다른 이상은 없었고, 다만 23:30경 000호실에서 남자가 뛰어나와 엘리베이터를 이용하지 않고 비상계단으로 내

려가는 것을 보고 이상한 생각이 들어 000호실로 인터폰을 하니 피해자가 아무 일 없다고 하여 그냥 있었는데, 그 후 다른 방을 청소하고 오니 카운터 여종업원으로부터 000호실 여자손님이 인터폰으로 지갑이 없어졌다고 하였다는 이야기를 들었고, 그 후 피해자 혼자 한참 있다가 다른 남자가 와서 같이 나갔다는 것으로 그 진술 어디에도 공소사실에 부합하는 내용은 없다.

(3) 다음으로, 피해자의 연락을 받고 위 여관에 온 △△△의 법정진술을 보면, 피해자를 1999년 11월말경부터 3개월 간 태권도 지도를 한 사이인데, 사건 당일 밤 11시가 넘어 피해자로부터 강간을 당하였다는 취지의 전화가 와서 여관으로 달려갔다는 것이나, 뒤에서 보는 바와 같이 피해자는 전화로 돈을 잃어버렸다는 이야기만 하였지 강간을 당하였다는 이야기는 하지 않았다고 다르게 진술하고 있으므로, 공소사실을 인정할 만한 증거로는 부족하다고 아니할 수 없다.

(4) 마지막으로, 실황조사서에 관하여 보면, 이는 경찰관이 XXX 여관의 위치와 구조를 조사한 것으로, 그 내용을 보면 피고인과 피해자와 처음 만난 커피숍 근처에 XXX여관이 있는 건물이 있으며, 여관은 건물 O-O층에 위치하고 있는 사실, 건물 외벽에 네온간판으로 "XXX"이란 간판과 현관출입문에 "XXX"이란 네온 입간판이 있는 사실, 일반인이려면 여관이라고 알 수 있는 통상적인 구조를 갖추고 있는 사실을 인정할 수 있어, 오히려 여관인 줄 모르고 따라 들어갔다는 피해자의 진술의 신빙성을 의심스럽게 하는 자료일 뿐이다.

(5) 결국 공소사실에 부합하는 증거로는 피해자의 진술만이 남는다.

피해자는 피고인과 만나게 된 과정에 대하여, 사건 당일 21:00경 피씨(PC)방에서 피고인과 인터넷 채팅을 하였는데, 영어회화를 가르쳐 준다고 하여 배울 욕심에 피고인이 가르쳐 준 핸드폰 전화로 연락을 하여 같은 날 22:00경 피해자가 지정한 신사동 소재 커피숍에서 피고인을 만났다.

피고인과 같이 여관에 가게 된 과정에 대하여, 피고인과 커피숍에서 만나 20분간 이야기를 한 후, 피고인이 노래방에 가자고 하여 따라 나섰는데, 피고인이 어떤 건물 앞에 이르러 자신의 숙소라며 숙소에 짐과 책, 그리고 노래방 갈 돈이 있는데 가지고 나와야 되니까 잠시 올라갔다 나오자고 하

여 여관인 줄 모르고 의심 없이 O층으로 엘리베이터를 타고 올라갔고, 피고인이 O층 카운터에 있는 아줌마에게 갖다 오더니 자신의 손을 잡고 계단을 통하여 O층 000호실로 데려갔다. 그 때 자신은 엘리베이터 옆 거울을 보면서 머리손질을 하고 있어서 아줌마와 무슨 대화를 하였는지는 몰랐으며, 별다른 의심은 하지 않았다.

여관방에 들어가고 나서의 행적에 대하여, 방안에 들어가 피고인의 연락으로 종업원이 갖고 온 담배를 피우면서 살펴보니 숙소 같지 않아 그만 가자고 일어섰더니, 피고인이 갑자기 태도를 돌변하여 머리채를 잡아 당겨 침대에 밀어 넣더니 몸으로 가슴을 짓누르고 주먹으로 머리를 때리는 등으로 반항을 못하게 한 후 1회 강간하고 나서, 씻으라고 하여 화장실에 가서 양치질만 하고 있으니, 피고인이 자신을 다시 침대로 끌고 가서 다시 강간을 하였고, 다시 씻으라고 하여 화장실에 들어가 샤워를 하고 있는데(이 부분은 검찰에서는 물만 틀어 놓고 울고 있었다고 진술하다가, 제1심 및 원심 법정에서는 샤워를 하고 있었다는 취지로 진술하여 그 진술이 일치하지 않고 있다), 전화벨소리가 울리는데도 피고인이 받는 기색이 없어 이상하여 나와 보니 피고인은 보이지 않아 전화를 받았더니, 종업원이 "같이 있던 남자가 밖으로 급히 뛰어 나갔는데 별일 없느냐"라고 물어 창피한 마음에 "괜찮아요"라고 대답한 후, 그 곳을 벗어나려고 옷을 입으려고 하는데 탁자 위에 자신의 지갑이 열린 채로 있고, 현금 23만 원이 없어졌다는 취지로 진술하고 있다.

다. 그러나 피해자의 진술은 일관성이 없거나, 강간당한 피해자의 행동으로 보기 어려운 점이 있고, 객관적인 사실관계와도 어긋나는 등으로 그대로 믿기 어렵다.

(1) 우선 피고인이 채팅에서 만난 모르는 남자를 영어회화를 배울 욕심에 밤늦은 시간에 바로 만났다가, 노래방에 같이 가면서 짐과 책 등을 가지러 숙소로 들어갔다 오자는 피고인 말을 믿고 의심 없이 따라 들어갔다는 점도 납득하기 어렵거니와, 앞서 본 실황조사서의 기재와 같이 조금만 주의 기울이면 여관임을 누구나 알 수 있는 객관적 상황에 비추어 볼 때, 처음 만나는 남자의 숙소로 들어가면서 아무런 주의도 기울이지 않았으므로 여관인 줄을 모르고 방안에까지 따라 들어갔다는 피해자의 진술은 도저히 납득할 수 없다.

(2) 방안에서의 행적에 대하여서도, 피해자 스스로 피고인의 연락으로 종업원이 갖고 온 담배를 나누어 편 사실을 인정하고 있고, 피고인이 주먹으로 자신의 머리를 때린 시기에 관하여 옷을 벗기기 전에 때렸다고 진술하기도 하고, 바지를 벗긴 후 혹은 상·하의를 모두 벗긴 후 때렸다고도 하여 그 진술의 일관성이 없으며, 피해자의 주장과 같이 주먹으로 머리를 심하게 구타당하고, 가슴을 짓눌리는 등으로 소리를 지르거나 도움을 청하지 못할 정도로 폭행을 당하였다면 머리카락이나 가슴부위 등에 상당한 정도의 상해를 입을 만한데 아무런 상해진단서도 제출하지 못하고 있고, 다만 사건 직후 경찰에서는 머리가 조금 아프고 왼쪽 손목이 굼혔고, 손목이 아프다고 진술하다가, 원심에서는 그 이튿날 멍은 없었고 노랗게 된 상태였다고 진술하고 있으나, 상해부위의 사진 등 이를 입증할 만한 자료를 제출하지 못하고 있다.

(3) 또한, 피해자가 성관계를 맺은 뒤 화장실에서 샤워를 하고 있다가, 전화벨이 울리는 바람에 피고인이 먼저 여관을 나갔음을 확인하고서도 안부를 묻는 종업원의 전화에 오히려 괜찮다고 하였다는 피해자의 행동이나 태도는 강간당한 후의 것으로는 전혀 어울리지 않고, 만일 피해자의 주장과 같이 심하게 구타를 당하고 강간까지 당하였다면 당연히 도움을 청하였을 법한 태도 피해자는 그러한 행동을 취하지 않았다.

(4) 그 후 피해자는 돈이 없어진 것을 확인한 후, 종업원에게 돈이 없어졌다는 이야기만 하였고, 구원요청을 한 △△△에게도 강간당한 사실은 말하지 않고 피고인이 돈을 가져갔다는 이야기만 하였다고 진술하고 있는 반면에, △△△은 돈을 잃어버렸다는 이야기는 듣지 못하고 강간당하였다는 취지의 전화를 받고 여관에 달려 왔다고 진술하여 그 진술이 일치하지 않고 있다.

(5) 여기에다가, 피해자가 대학입시를 준비중이고, 지방에 홀로 사는 어머니로부터 생활비를 송금 받는다고 하면서도, 불보승용차를 소유하고 있는 등 이에 어울리지 않는 생활환경을 가지고 있는 점도 지적하지 않을 수 없다.

이와 같이 피고인에게 강간당하였다는 피해자의 진술은 그 신빙성에 의문이 있어 이 사건 공소사실 중 강간부분에 대하여 합리적인 의심이 없을 정도로 증명되었다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 기록상 보

이지 아니한다.

라. 사정이 이러하다면, 절도부분에 대하여서도 기록상 피해자가 여관 종업원에게 "피고인이 돈을 가져갔다."라고 이야기 한 사실이 인정되기는 하나, 그 진술만으로 바로 피고인이 돈을 훔쳤다고는 인정하기는 부족하다 할 것이다.

3. 그렇다면 원심으로서의 피고인이 피해자와 성관계를 맺기 전후의 사정 등을 좀더 자세히 심리하여 과연 피고인이 폭행 또는 협박을 가하였는지, 그 내용과 정도가 피해자의 항거를 불가능하게 하거나, 현저히 곤란하게 할 정도였는지를 가린 후에 피고인이 돈을 훔쳐갔다는 피해자의 진술의 신빙성 또한 가려 보았어야 할 것임에도 불구하고, 피해자의 진술만을 그대로 받아들여 이 사건 공소사실을 모두 유죄로 단정한 것은 심리를 다하지 아니하거나, 증거의 가치판단을 그르친 나머지 채증법칙을 위반하여 사실을 오인한 위법을 저지른 것으로서, 이는 판결 결과에 영향을 미쳤음이 분명하다. 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 관여 대법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

재판장	대법관	조무제	_____
주심	대법관	강신욱	_____
	대법관	이용우	_____
	대법관	이강국	_____

성폭력 피해생존자의 인권을 존중하는 대법원 판결을 기대한다!

성폭력은 피해생존자의 인권을 침해하는 사회적 범죄행위로, 특히 여성과 어린이의 자유롭고 안전한 삶을 위협하고 있다.

다행히 우리사회에서도 90년대 이후 문제의 심각성을 인식하고 성폭력특별법 등 관련 법과 제도들이 마련되고 있다. 그러나 아직도 성폭력범죄 피해생존자들은 피해자이면서도 오히려 “혹시 유발하지 않았나?”, 심지어 “즐기지 않았나?”하는 의심과 비난을 받고 있다. 성폭력 고소율 6.1%(1998, 한국형사정책연구원), 기소율 43%(2004, 법무부)라는 사실은 피해생존자들의 현실이 얼마나 열악한지 가늠할 수 있게 한다.

특히 우리나라 형법은 여자들이 '완강히 저항'하지 않는 한 합의에 의한 성관계로 파악한다. 따라서 폭행과 협박 상태에서 죽을 각오로 저항하지 않으면 강간으로 입증받기 어렵다. 그 이외에도 장애인이라 하더라도 항거불능 상태였음을 입증해내야 하는 문제나 부부사이에 가장 치욕스러운 경험이라고 호소하는 아내강간은 1970년 대법원 판례이후 강간 성립 자체를 부정당하고 있다. 또한 어린이 성폭력의 경우에는 단 하나의 증거일 수 있는 피해어린이의 진술이 일관성이 없다는 이유로 인정받지 못하고 있다. 이와 같이 법 자체를

매우 협소하게 이해하거나 피해자에게 불리한 방식으로 해석되는 방식은 이제 사법체계 내에서 관행으로까지 굳어져 다른 성폭력 사건의 불기소와 무죄판결에까지 큰 영향을 미치고 있다.

한국성폭력상담소는 지난 15년 동안 53,000여회 상담사례를 지원하면서 이와 같은 성폭력에 관한 법적 규정과 판단으로 인해 성폭력 피해생존자들이 제2의 고통을 받고 있음을 상담 현장에서 너무도 많이 보아왔다. 또한 2003년 본 상담소에서 실시한 <법조인의 성별의식 조사>연구에서 법조인들의 객관성이 사실상 남성중심적 사회문화에 토대를 두고 있으며 이에 따라 성폭력 피해생존자들의 경험과 의식을 반영하지 못하고 있음을 확인한 바 있다.

이제는 법원이 성폭력 사건의 재판 과정에서 “객관성”이라는 이름으로 얼마나 많은 피해여성들을 고통으로 몰아넣고 있는지를 성찰해야 한다. 그동안 우리의 법체계가 피의자(피고인)의 인권을 중심으로 고려하였다면, 이제 피해자의 인권을 돌아보아야만 한다. 무엇보다 남성 중심적인 우리사회의 잘못된 통념에 가려져 들리지 않았던 피해자의 목소리와 절규에 귀기울여야 한다.

우리는 그 변화의 일환으로 대법원 판례 바꾸기를 강력하게 요청한다. 대법원 판결의 경우, 하급심의 판결에 준거가 되고 검찰의 기소 여부에 큰 영향을 주고 있다는 점을 고려할 때, 대법원의 판례는 해당 사건에 대한 판결 그 이상의 의미를 갖고 있다고 할 수 있다. 그러하기에 성폭력 피해의 특수성을 전혀 고려하지 못하는 다음과 같은 대법원 판례는 성폭력에 대해 둔감했을 뿐 아니라, 결과적으로 성폭력을 묵인, 조장하는 결과를 낳았다고 생각한다.

- (1) 폭행과 협박을 매우 협소하게 판단하는 강간죄의 최협의설
- (2) 항거불능 상태임을 입증해야 하는 장애인 성폭력
- (3) 성폭력 성립 자체를 부정당하는 아내강간
- (4) 진술의 일관성이 부족하다는 이유로 인정받기 어려운 어린이성폭력

앞으로 우리는 성폭력 피해생존자와 반성폭력활동가, 그리고 법조인들이 함께 각 주제별 워킹그룹을 통한 평석자료집을 발간할 것이다. 그리고 이 자료는 존엄, 정의, 고귀, 위엄, 그리고 여성의 색깔로 상징되는 “자주색 봉투”에 담겨 향후 매월 정기적으로 대법원을 비롯한 전국의 각 법원과 검찰청의 법조인에게 배달될 것이다. 또한 더 많은 사례 수집과 주제 발굴로 내용을 내실화시킴과 동시에 토론회, 언론 기고와 같은 다양한 방법들을 동원하여 대법원 판례 바꾸기 운동을 전개해 나갈 것이다.

우리는 이 운동이 법조인들에게 성편향적이었던 사법 관행을 돌아보고 성찰하는 계기를 줄 수 있기를 기대한다. 그리고 우리나라 형사사법체계가 피해생존자의 권익을 보장하는 출발점이 될 수 있기를 희망한다. 아울러 이 운동이 성폭력 없는 자유롭고 평등한 세상을 향한 커다란 울림이 되어, 오히려 피해자를 비난하는 잘못된 우리사회의 인식을 변화시키고 성폭력 근절을 위한 작은 실천들을 이끌어 갈 수 있으리라 믿는다.

2006. 7. 24

사단법인 한국성폭력상담소

성폭력 조장하는
대법원 판례 바꾸기

판례/바꾸기운동/ 6차 자료집
“ 최협의설 ” 비판(6)

- ☐ 발 행 일 2006년 12월 30일
- ☐ 발 행 인 이 미 경
- ☐ 발 행 처 사단법인 한국성폭력상담소
(121-884) 서울 마포구 합정동 366-24 2층
Tel. 02-338-2890 | Fax. 02-338-7122
E-mail. ksvrc@korea.com
web-site. <http://www.sisters.or.kr>
- ☐ 편집책임 자주
- ☐ 인 쇄 카피플러스(02-322-1049)

성폭력 조장하는
대법원 판례 바꾸기

판/례/바/꾸/기/운/동/ 일곱번째 자료집

“ 최협의설 ” 비판(7)

아내강간(1)

(사)한국성폭력상담소

성폭력 조장하는 대법원 판례 바꾸기 7차 자료집

목 차

성폭력 조장하는 대법원 판례 바꾸기 운동 소개	1
최협의설을 존속시키는 두 가지 심리적 지지기반 - 이경환 (본 상담소 법정지원팀)	3
아내강간 - 남성편향의 ‘과소범죄화’ 극복하기 - 조국 (서울대학교 법과대학 교수)	15
아내강간, 강제추행 - 어떻게 바라볼 것인가? - 윤주호 (본 상담소 법정지원팀)	41
아내강간 관련 판결	70도29 49 2003고합1178 52
성폭력을 조장하는 대법원 판례바꾸기 운동 취지문	55

성폭력 조장하는 대법원 판례 바꾸기란?

“성폭력을 조장하는 대법원 판례바꾸기 운동”은 그동안 피해자의 특수성을 고려하지 않고 진행된 대법원 판례가 성폭력문제 해결과 피해자의 권리회복에 둔감했을 뿐만아니라, 결과적으로 성폭력을 조장하는 결과를 낳았다고 보고, 법조인들의 성편향적인 사법관행 성찰과 대법원 판례의 변화를 촉구하는 운동입니다.

이 운동은 뜻을 함께하는 법조인, 학자, 반성폭력활동가들의 참여로 매월 대법원 판례 평석문을 발간하여 존엄, 정의, 고귀, 위엄, 그리고 여성의 색깔로 상징되는 “자주색 봉투”에 담겨 대법관을 비롯한 헌법제판관과 전국 각 법원, 검찰청에 배달될 것입니다.

2006년 7월에 시작된 이 운동은 판례평석 이외에도 토론회, 언론기고 등의 다양한 방법으로 앞으로 1년 동안 지속적으로 펼쳐집니다.

1차 자료집 (2006년 7월)

- 성폭력을 조장하는 대법원 판례바꾸기 운동 취지문
- 강간죄의 폭행,협박의 정도에 관한 판례의 입장에 대하여 / 조인섭(변호사)
- 최협의설 판례평석-92도259 / 이경환(본 상담소 법정지원팀)
- '의제화간'의 메커니즘 : 강간죄 해석에 있어서의 최협의 폭행,협박설 비판
/ 신윤진(본 상담소 법정지원팀)
- 디딤돌 판결 - 2004고합228 / 서울북부지방법원 제11형사부

2차 자료집 (2006년 8월)

- "성폭력 조장하는" 대법원판례 ? / 한인섭(서울대 법대 교수)
- 강간죄 폭행,협박의 최협의설에 대한 판례평석- 90도 2224 / 장임다혜(본 상담소 법정지원팀)

3차 자료집 (2006년 9월)

- 존엄, 정의의 자ض밋 메시지로 / 이미경(본 상담소 소장)
- 최협의설에 따른 판례 평석-2005도3071 / 조민영(변호사)
- 판례 속에 드러난 강간죄 법리의 문제점 / 레떼(본 상담소 법정지원팀)
- 최협의설 적용을 완화한 판결

4차 자료집 (2006년 10월)

- 최협의설을 인용한 대법원 판례의 문제점과 개선방향에 대한 소고 - 2004도2611
/ 박용철(서강대 법학과 조교수)
- 상담사례를 통해 본 최협의설의 문제점 / 이경환(본 상담소 법정지원팀)
- 미국 주형법 강간죄 개정과 관련 판례 검토 / 장임다혜(본 상담소 법정지원팀)

5차 자료집 (2006년 11월)

- 최협의설의 자성? - 2005도3071판결의 의미와 시사점 / 이호중(외대 법대 교수)
- 형사절차에서의 제2차 피해, 그리고 최협의설 / 윤주호(본 상담소 법정지원팀)

6차 자료집 (2006년 12월)

- 강간죄 구성요건 해석에 있어 최협의설의 문제점-2001도230판결 / 이유정(변호사)
- 최협의설의 존재 이유? - 2001도4462 판례평석 / 이주희(본 상담소 법정지원팀)

최협의설을 존속시키는 두 가지 심리적 지지기반 비판

이경환(본 상담소 법정지원팀)

<목 차>

I. 서 - 최협의설은 어떻게 존속되고 있는가

II. 사실상 처벌론

1. 의의
2. 문제점
 - (1) 사실상 처벌론이 간과하고 있는 부분들
 - (2) 사실상 처벌론의 이론상 문제점
 - (3) 피해자에 대한 편견을 포장하는 문제

III. 입법적 해결론

1. 의의
2. 문제점
 - (1) 입법의 문제를 무엇으로 볼 것인가
 - (2) 법원은 입법론의 책임에서 자유로운가
 - (3) 사실상 처벌론과 입법적 해결론의 관계

IV. 결 - 법원의 선택

I. 서 - 최협의설은 어떻게 존속되고 있는가

강간죄의 구성요건인 폭행, 협박을 최협의의 의미로 해석하는 판례의 태도에 대한 참으로 다양한 문제제기가 있어 왔다. 최협의설을 취하게 된 연혁적인 측면에서의 고찰, 최협의설을 폐기하고 있는 비교법적인 고찰, 보호법익적인 측면에서 최협의설은 성적 자기결정권의 보호보다는 정조의 보호라는 관념에 더 적합하다는 비판, 협의의 폭행·협박에 의한 강간의 경우 처벌의 공백이 생긴다는 비판, 최협의설로 인한 강간신화와 같은 편견 강화의 문제와 2차 피해에 대한 비판, 최협의설이 법원의 성폭력에 대한 편견을 감추는 도구로 이용되고 있다는 비판 등등.

그런데 위와 같은 많은 비판들에도 불구하고 문제점이 많은 최협의설이 지금까지 존속되고 있는 이유는 무엇인가? 위 비판들이 모두 잘못된 것이고 논리적으로 타당하지 않다면 존속의 이유는 충분할 것이지만, 위 비판들을 논박하고 최협의설을 적극적으로 옹호하는 입장은 쉽게 찾아볼 수 없다.¹⁾ 이러한 침묵이 최협의설에 대한 암묵적인 지지를 의미하는 것인지는 알 수 없으나, 현실적으로 최협의설이 유지되도록 하는데 일조하고 있다는 것은 분명하다. 다른 문제는 모두 차치하더라도, 실무적인 면에 있어 최협의설에 따르면 협의의 폭행, 협박에 의한 강간의 경우 처벌의 공백이 불가피한데도 이러한 문제에 대해 침묵하고, 계속 최협의설에 따른 판결을 하는 이유는 무엇일까? 협의의 폭행, 협박에 의한 경우는 아예 강간이 되지 않으며 처벌의 필요성

1) 별도의 논문이 아닌 교과서에서 이러한 입장을 밝히고 있는 것으로 배종대, 형법 각론, pp.233-234, 2006이 있다.(4차 자료집, '최협의설을 인용한 대법원 판례의 문제점과 개선방향에 대한 소고- 2004도2611', 박용철 교수글에서 소개된 바 있음) 판결문에서는 최협의설 자체가 쟁점이 되지 않는 한 판결문에 이에 대한 판단을 실시하기가 어려울 수도 있겠으나 전혀 불가능한 것은 아닐 것이며, 특히 판례평석의 형태로 입장을 밝히는 것이 가능할텐데도 별다른 글을 찾아볼 수 없다.

이 없다고 판단한다면 문제가 되지 않겠지만, 위와 같은 처벌의 공백이 문제라고 생각하는 법관이라면 최협의설에 따라 무죄를 선고해야 하는 입장에서 이러한 문제에 대해 침묵하기는 쉽지 않을 것이다.

그럼에도 불구하고 최협의설이 그대로 존속되고 실무상 적용되는 것에는 두 가지 심리적 지지기반²⁾이 있는 것으로 보인다. 최협의설의 외형은 유지하나 유죄의 심증이 있는 경우에는 최협의의 해석을 완화하여 처벌의 공백없이 사실상 처벌하고 있다는 ‘사실상 처벌론’과, 최협의설에 문제가 있더라도 해석론의 변화보다 입법적인 해결이 필요하다고 하는 ‘입법적 해결론’이 그것이다. 이하에서는 각각의 내용을 살펴보고 그 타당성을 검증하고, 현재 시점에서 법원의 선택은 어떤 것이 되어야 하는지를 보기로 한다.

II. 사실상 처벌론

1. 의의

최협의설에 대해 법률실무가들(특히 법관들)과 이야기를 할 때 자주 듣게 되는 말은 ‘그런 사안(처벌의 공백지대에 있는 사안)은 이미 실무상 처벌하고 있다’라는 것이다. 즉, 폭행 또는 협박의 정도가 중하지 않더라도 피해자의 의사에 반하여 강제로 이루어진 범행인 경우, 최협의의 해석을 완화하여 실무상 강간죄의 유죄를 인정함으로써 결과적으로 최협의설의 문제점을 보완하고 있다는 것으로 이 글에서는 이를 ‘사실상 처벌론’이라고 명명하기로 한다. 실제로 판례의 경향을 살펴보면, 이러한 주장은 어느 정도 현실을 반영하고 있는 것으로 보이

2) 최협의설 존속의 ‘논리적 근거’가 아닌 ‘심리적 지지기반’이라고 명명하는 것은, 이러한 주장이 논리적인 형태로 제시되거나 숙고된 분석과 논증에 기반한 것이 아니라는 점뿐만 아니라, 단지 최협의설의 문제점에 대한 침묵을 자기합리화하는 기능만을 주로 하고 있기 때문이다.

며, 이와 같이 처벌이 이루어지고 있다면 최협의설의 문제는 상당부분 완화될 것이다. 그러나 이러한 사실상 처벌론은 최협의설의 문제를 정면으로 다루지 않고 법관의 재량범위 내에서 우회하는 것으로서 수동적이며 소극적인 태도라 할 수 있고, 또한 다음과 같은 문제점들을 여전히 내포하고 있기 때문에 올바른 해결책이라 볼 수 없다.

2. 문제점

(1) 사실상 처벌론이 간과하고 있는 부분들

위와 같은 사실상 처벌론의 경우 원칙적으로 문제되는 것은 아무리 형식적이라고 해도 강간죄의 판단기준으로서 최협의설이 기준이 된다는 점이다. 따라서 최협의설의 문제점에 대해 공감하는 법관이라면 처벌을 하겠지만, 그렇지 못한 법관이 무죄 판결을 내리는 것에 대해서는 문제제기를 할 수 없게 된다. 최협의를 대한 판단에 있어 자의적인 부분이 커지게 되면, 피고인의 입장에서는 끝까지 변호사를 통해 폭행, 협박의 정도에 대해 다투려 할 것이고, 이런 경우 자칫 재력이 충분하여 대법원까지 갈 수 있는 피고인은 무죄 판결의 가능성이 높아지는 ‘유전무죄, 무전유죄’의 현상이 나타날 수도 있다.

또한 사실상 처벌론은 기존의 확고한 대법원 판례에 따라 최협의에 해당하지 않는다고 판단되어 아예 기소조차 되지 못하는 사건들을 간과하고 있다. 실제로 많은 피해자들은 재판까지 가서 무죄를 받는 경우보다 경찰이나 검찰단계에서 ‘이 정도로는 강간이 되지 않는다’라는 말을 들으며 법정에 서보지도 못하는 경우를 더 많이 호소한다. 더구나 주변으로부터의 조언이나 수사기관의 태도 등으로 인해 신고조차 하지 못하고 암수로 남게 되는 성폭력 사건까지 고려한다면, 온갖 난

관을 뚫고 법원까지 이를 것을 전제로 하는 사실상 처벌론이 얼마나 많은 부분을 놓치고 있는지를 알 수 있을 것이다. 최협의설은 단지 재판에서만 문제되는 것이 아니라 피해자의 고소에서부터 수사기관의 기소에 이르기까지 형사절차 전반에서 문제되는 것이다.³⁾

(2) 사실상 처벌론의 이론상 문제점

사실상 처벌론이 최협의의 의미를 완화시키는 논리적 근거로는 대법원이 실시한 ‘폭행 또는 협박이 피해자의 항거를 곤란하게 할 정도의 것이었는지 여부는 유형력을 행사한 당해 폭행 및 협박의 내용과 정도는 물론이고 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 범행 당시의 정황 등 제반 사정을 종합하여 판단하여야 한다’⁴⁾라는 점이 제시되는 것으로 보인다. 이를 근거로 하여 자신이 전과자라고 말하고 캔맥주를 집어던지고 뺨을 1대 때린 경우⁵⁾, 침대에서 일어나 나가려는 피해자의 팔을 낚아채고, 갑자기 피해자의 입술을 빨며 피해자의 유방과 엉덩이를 만진 경우⁶⁾, 피해자가 성관계를 거부하자 "옆방에 내 친구들이 많이 있다. 소리지르면 다 들을 것이다. 조용히 해라. 한 명하고 할 것이냐? 여러 명하고 할 것이냐?"라고 말하면서 성행위를 요구한 경우(피해자가 어리고 여관방에 가해자와 단 둘이 있었던 점도 참작)⁷⁾ 등의 사례에서 유죄가 인정되기도 하였다.

위와 같이 피해자와의 관계나 범행 정황 등 제반 사정을 고려하는 것은 객관적으로 드러난 폭력의 정도만을 고려하는 것이 아니라 ‘피해자의 입장’을 고려할 수 있다는 점에서 분명히 의미 있는 판단기준이

3) 4차 자료집, ‘상당사례를 통해 본 최협의설의 문제점’, 이경환 참조

4) 대법원 1988.11.8. 선고 88도1628 판결, 대법원 1992.4.14. 선고 92도259 판결, 대법원 1999. 4. 9. 선고 99도519 판결, 대법원 2001. 10. 30. 선고 2001도4462 판결, 대법원 2004. 6. 25. 선고 2004도2611 판결 등 다수

5) 대법원 1999. 4. 9. 선고 99도519 판결

6) 대법원 2000. 6. 9. 선고 2000도1253 판결

7) 대법원 2000. 8. 18. 선고 2000도1914 판결

7. 성폭력 조장하는 대법원 판례바꾸기

라 할 수 있다. 그러나 이론적인 측면에서 볼 때, 만약 협의의 폭행, 협박에 의한 강간죄가 입법적으로 신설된다면 위와 같은 사례들은 최협의로 인정될 것인가, 아니면 협의로 인정될 것인가? 사실상 처벌론이 의도하는 바와 같이 처벌의 공백을 최협의를의 해석을 확대하여 실무상 해결하려는 시도는 결과적으로 폭행, 협박의 정도 구분에 대한 기준을 불분명하게 만들고⁸⁾, 이는 법관 개인의 재량에 지나치게 의존하는 결과로 이어지게 되어 판결의 설득력 및 신뢰를 상실시킬 위험이 있다. 최협의설의 문제점을 보완하기 위해 그 해석을 완화하는 것은 최협의설 자체의 지지기반을 손상시킨다는 점에서 논리모순인 것이다.

그리고 이처럼 폭행, 협박의 정도 구분이 모호하다는 점은, 뒤에서 보는 것과 같이 최협의설이 실제로 문제 삼고 있는 것이 폭행, 협박의 정도 보다는 피해자의 ‘피해자다움’의 여부, 즉 피해자 진술의 신빙성 및 피해자의 보호가치 여부라는 것임을 드러내는 하나의 단초가 된다.

(3) 피해자에 대한 편견을 포장하는 문제

최협의설은 강간죄의 판단에 있어 폭행 또는 협박의 정도 문제에 만 동떨어지게 문제되는 것이 아니다. 이는 최협의설을 언급하는 상당수의 판결문들이 ‘...이유로 피해자 진술의 신빙성에 의심이 있으며, 설령 피해자의 진술이 사실이라고 하더라도 피고인이 가한 폭행 또는 협박의 내용과 그 정도가 피해자의 항거를 불가능하게 하거나, 현저히 곤란하게 할 정도였다고 보기 어렵다’라는 식으로 최협의설을 보충적인 근거로 사용하는 점에서도 알 수 있다. 즉 폭행, 협박의 정도에 대한 판단은 대부분 피해자 진술의 신빙성 판단 – 피해자의 의사에 반하였는지, 피해자가 ‘보호가치 있는 피해자’인지 여부 –과 연결되어 있는 것이다. 이것은 최협의설이 ‘필사의 저항을 요구하는 강간의 전형’을

8) 형법상 폭행 개념의 4가지 구분론에 대한 비판적 견해로는 오영근, ‘형법상 폭행의 개념’, 형사법연구 제8호; 한인섭 ‘형법상 폭행 개념에 대한 이론’, 형사법연구 제10호 참조.

전제로 하고 있기 때문이며, 이처럼 최협의설에 대한 판단이 피해자 진술의 신빙성 판단과 혼용됨으로써 기존의 편견을 이론의 문제로 포장하고 있다는 문제점은 이미 지적한 바 있다.⁹⁾ 이러한 점을 감안할 때 사실상 처벌론은 여전히 많은 처벌의 공백 지대를 남긴다는 점에서도 문제이지만, 최협의설이 가지고 있는 강간신화와 같은 편견강화, 2차 피해 문제 등 여타의 문제를 해결하지 못한다는 점에서도 문제라고 할 수 있다. 사실상 처벌론이 주장하고 있는 ‘이미 실무상 상당 부분 처벌하고 있다’라는 상황인식은, 최협의설과 연관된 편견으로 인해 진술의 신빙성을 인정받지 못하여 무죄가 선고된 많은 사례들을 놓치고 있는 것이 아닌지 되돌아볼 필요가 있다.

III. 입법적 해결론

1. 의의

입법적 해결론은 최협의설의 문제점을 인정한다고 하더라도 법정 형이 3년 이상의 유기징역으로 규정되어 있는 이상, 작량감경을 하더라도 최소한 징역 1년 6월의 집행유예가 불가피하여 처벌 정도의 문제가 있으므로 해석론으로 최협의설을 폐기할 수는 없고, 입법적 해결이 있어야 한다는 주장이다. 최협의설의 문제점에 대해 공감을 하는 법률 실무자들 중에서도 이러한 입장을 가지고 있는 사람이 많은 것으로 보인다. 이러한 주장은 일견 타당해 보이는 면이 있지만 좀 더 깊이 생각해보면 단지 입법론만의 문제로 넘기는 것이 법관으로서의 책무를 다하는 것인가, 현행 법체계에서는 최협의설로 해석하는 것만이 정말 불가피한가, 최협의설을 폐기하는 것보다 유지하는 것이 더 큰 이익인

9) 1차 자료집, 최협의설 판례평석-92도259, 이경환 참조.

9. 성폭력 조장하는 대법원 판례비꾸기

가라는 의문에 대한 답변은 그리 간단한 문제가 아니다. 이하에서 자세히 살펴보기로 한다.

2. 문제점

(1) 입법의 문제를 무엇으로 볼 것인가

입법적 해결론의 가장 큰 문제점은 최협의설의 존재를 당연한 것으로, 그리고 논의의 기본전제로 상정하고 있다는 점이다. 우리가 최협의설에 따른 판결례가 형성되기 이전인 최초의 강간 사건으로 돌아가서, 협의의 폭행에 의한 강간 사건을 재판해야 하는 법관의 위치에 있다고 가정해보자. 우리는 ‘폭행 또는 협박으로 부녀를 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다’는 형법 제297조를 가지고 있으며, 최협의설을 적용할 경우 발생할 수 있는 문제점에 대해 인식을 하고 있다고 가정한다. 이런 경우 우리는 형법 제297조를 어떻게 해석할 것인가?

두 가지의 해석방식이 있을 것이다. 하나는, 폭행 또는 협박을 최협의로 해석을 하고 협의의 강간은 입법상 처벌의 공백에 두는 해석이고, 다른 하나는 폭행 또는 협박을 협의로 해석하고 입법상 형량이 지나치게 높게 설정되었다고 해석하는 것이다. 전자에 따르면 우리는 위 최초의 사건에서 ‘피해자의 의사에 반하기는 하였으나 무죄’라는 판결을 내려야 하며, 피해자에게 ‘입법을 잘못된 것이니 어쩔 수 없다’라고 변명해야 할 것이다. 후자에 따르면 징역 1년 6월, 집행유예 3년 정도의 유죄판결을 선고하면서 피고인에게 ‘어쩔 수 없다’는 변명을 해야 할 것이다. 그런데 후자와 같은 상황은 강간죄가 아닌 다른 범죄에서도 실무상 흔히 많은 일은 아니다. 형법 제225조와 제229조와 같은 공문서위·변조죄와 행사죄, 부정수표단속법 제5조의 수포위·변조죄 등은 벌금형이 규정되어 있지 않아 사안에 따라 지나치게 무거운 처벌을

할 수 밖에 없는 경우가 빈번하고, 폭처법이나 특가법과 같은 특별형법에서 너무 높은 형의 하한을 가진 경우도 많다. 또한 균형법과 같은 경우엔 거의 대부분 벌금형이 규정되어 있지 않고, 비슷한 유형의 형법조문과 비교할 때 지나치게 가중처벌을 규정하고 있기도 하다. 이와 같은 입법례가 모두 타당하다는 것은 아니다. 그러나 처벌의 불균형 문제는 법정형의 재량범위를 아무리 넓게 설정하더라도 구체적 사안에 따라 언제든지 발생할 수 있는 것이라는 점은 분명하다.

우리가 형법 제297조를 해석함에 있어 어쩔 수 없이 두 가지 해석 방법 중 하나를 택해야 한다면, 법문에 나오지도 않은 폭행과 협박 개념을 이상한 방식으로 좁게 해석하여 일정 부류의 사건 전체를 처벌의 공백지대에 남겨 두는 것보다, 양형에 있어서의 다소간의 불균형을 감수하는 것이 훨씬 더 현실적이라 할 것이다.¹⁰⁾ 그럼에도 입법적 해결론이 최협의설의 존재를 당연한 전제조건으로 설정하여 해석론의 전환을 거부하고 있는 것은 근시안적인 태도이다.

(2) 법원은 입법론의 책임에서 자유로운가

앞서 입법적 해결론은 최협의설의 문제점을 인식하고 있는 사람들 중에서도 주장된다고 언급한 바가 있다. 또다시 가정법을 동원하여 우리가 최협의설의 문제점은 인식하지만, 해석론으로 이를 바로 폐기해서는 안된다고 생각하는 법관의 입장이라고 가정해보자. 협의의 폭행 또는 협박에 의한 강간 사건을 재판한다고 할 때, 우리는 피고인이 징

10) 현재의 최협의설이 그대로 유지되었을 때 처벌의 공백지대에 남게 되는 성폭력 피해자의 숫자(A)와, 현행법이 유지된 상태에서 최협의설을 폐기하여 새롭게 유죄로 인정된 가해자 중 1년 6월의 집행유예가 지나치게 과도하여 문제가 되는 숫자(B)를 비교하면 어떻게 될까? 최협의설을 폐기하면 새롭게 유죄로 인정될 사건의 숫자를 x라고 한다면 $A=x>B$ 의 관계가 되어서 항상 A가 B보다 많게 된다. 피해의 질적인 면에 있어서도, A는 유죄를 무죄로 선고받는 피해이지만, B는 유죄인 사건에서 처벌을 조금 더 받는 피해를 입는다. 즉 최협의설 유지로 인한 피해가 언제나 더 크다는 점을 알 수 있다. 이러한 계산을 부정하는 방법은 협의의 폭행·협박에 의한 강간은 범죄가 아니라는 점을 인정하는 길 밖에 없다.

역 1년 6월의 집행유예 이상의 처벌을 받을만 하다고 판단되면 사실상 처벌론에 따라 최협의의 의미를 완화 해석하여 피고인에게 유죄를 선고할 것이다. 만약 사건이 피해자의 의사에 반하기는 하였으나 징역 1년 6월은 너무나 가혹하다고 여겨진다면 입법적 해결론에 따라 무죄를 선고할 것이다.

이 때 후자의 경우, 우리가 어쩔 수 없다는 이유로 단순히 무죄를 선고하면 법관으로서의 책무를 다하였다고 말할 수 있는가? 협의의 강간이 처벌되어야 할 범죄라고 생각하면서도 어쩔 수 없이 무죄를 선고하는 법관이라면 당연히 판결문에서 이를 지적하는 내용이 나와야 할 것이며, 설령 형식의 문제로 인해 판결문에서 언급하는 것이 어렵다면 판례평석의 형태로라도 입법적 개선을 촉구하는 글을 써야 할 것이다. 입법은 분명 국회의 기능이나 법관은 형사사법 업무의 담당자로서 느끼는 법률의 문제를 알리고, 이의 개선을 촉구해야 할 책무가 있는 것이다. 판결문이나 평석 등을 통해 최협의설의 문제를 지적하고, 입법적 개선을 촉구하는 일 없이¹¹⁾ 무죄 판결을 선고하고, 강간죄의 문제는 국회의 책임이라고 하는 태도는 ‘입법적 해결론’이 아닌 ‘암묵적 최협의설 동조론’이라고 분류되어야 할 것이다.

(3) 사실상 처벌론과 입법적 해결론의 관계

최협의설을 폐기해야 한다는 주장에 대해 사실상 처벌론과 입법적 해결론은 따로 주장되는 것이 아니라 ‘문제되는 사안은 이미 사실상 처벌하고 있어 억울한 피해자가 없고, 설령 있다 하더라도 그것은 입법의 문제이다’라는 식으로 함께 주장되는 것으로 보인다. 그러나 사실상 처벌론은 입법적 해결론을 어렵게 만드는 역할을 한다. 왜냐하면 사실상 처벌론의 주장과 같이 이미 실무상 관행에 의하여 최협의설로

11) 최협의설의 적용을 상당히 완화하거나, 다소 신중하게 문제점을 언급한 판결문이 없는 것은 아니나 일회적이며 적극적인 형태가 아니라는 점에서 한계가 있다고 하겠다.

인한 처벌의 공백이 시정되고 있다면 입법적 해결의 필요성이 감소하기 때문이다.

일견 사실상 처벌론과 입법적 해결론의 결합은 최협의설의 문제를 상당 부분 치유하고 논리적으로도 타당한 답변으로 보이나, 실제로는 기소조차 되지 않는 사건을 간과하거나 피해자에 대한 편견, 2차 피해의 문제 등을 방치하고, 다른 한편으로는 입법적인 해결 노력조차 시급한 문제로 여기지 않게 하는 역(逆) 시너지 효과를 발휘하고 있는 것이다. 또한 사실상 처벌론과 입법적 해결론이 현실에서 나타나는 방식은 ‘최협의설에 대해서는 아무 말도 하지 않기’라는 모습이기 때문에, 최협의설을 옹호하는 태도와 의견상 구별되지 않으며 특히 법원 외적인 측면에서 최협의설 비판론이나 심지어 입법적 해결론에 대해 전혀 힘을 실어 주지 못하고 있다. 최협의설의 문제점은 진정 이론적으로만 존재하는 문제인가? 사실상 처벌론과 입법적 해결론은 대안의 형식은 다르더라도 최협의설의 문제점에 대한 인식은 공유하고 있는 것으로 여겨지나, 사실은 우리가 공유하고 있다고 믿고 있는 문제의식이 동일한 것인가라는 근본적인 문제로 다시 돌아가야 할지도 모른다.

IV. 결 - 법원의 선택

법원은 최협의설을 옹호하든, 비판하든 명확한 입장을 밝힐 필요가 있다.¹²⁾ 사실상 처벌론과 같은 방식의 대응은 명시적으로 최협의설을 유지하고 있는 대법원의 신뢰도를 저하시키며, 이론적으로도 폭행·협

12) 법원의 성격상 ‘법원 전체의 단일한 입장’을 표명하는 것은 불가능하므로, 현실적으로는 개개의 법관들이 구체적인 사건을 통해 최협의설에 대한 입장을 밝히거나 적극적인 판례평석을 통해 가능할 것이다. 최협의설을 옹호하는 견해라도 적극적인 의견개진이 있다면 이에 대한 논쟁이 촉발되어 문제해결을 위한 진전이 될 수 있을 것이다.

13. 성폭력 조장하는 대법원 판례바꾸기

박의 정도 구분에 대한 혼란을 가중시킬 수 있다. 또한 그에 따라 가해자와 피해자, 수사기관에 대해서도 어떻게 행동해야 할 지 알 수 없게 만든다. 입법적 해결론은 앞서 보았듯이 ‘암묵적 최협의설 옹호론’이 될 가능성이 농후하며, 진정한 해결을 원한다면 역시 판결문이나 평석을 통한 적극적인 의견의 표명이 있어야 한다.

많은 성폭력 피해자, 피해자 지원단체, 학계, 변호사, 수사기관, 일부 법관들은 최협의설에 대해 의문을 제기하여 왔고, 비판의 목소리를 높혀 왔다. 한국 성폭력 상담소에서 진행하고 있는 ‘성폭력 조장하는 대법원 판례 바꾸기’도 이미 6개월에 걸쳐 6번의 자료집을 통해 최협의설에 대한 다양한 비판과 주장을 하였다. 법원이 계속 침묵을 유지하기로 한다면 이는 성폭력 판결에 대한 대국민 설득력을 매우 악화시키는 결과를 낳을 것이며, 성폭력 피해 뿐 아니라 ‘최협의설’이라는 기괴한 이론에 의해 2차적인 피해를 입게 되는 수많은 성폭력 피해생존자들의 고통을 외면하는 것이 될 것이다. 법원은 더 이상 침묵하지 말고 최협의설을 폐기하여 피해생존자들의 목소리에 귀기울여야 한다.

아내강간¹⁾

- 남성편향의 '과소범죄화' 극복하기²⁾

조국(서울대학교 법과대학 교수)

<목 차>

I 들어가는 말—변화의 시작

II. 아내강간에 대한 비교법적 검토—우리가 배울 것은 무엇인가?

1. 영미 형법상 '아내강간의 면책'(the marital rape exemption)
 - A. '아내강간의 면책'에 대한 코몬 로 이론과 비판
 - B. '아내강간의 면책' 이론의 현대적 변용(變容)과 비판
 - C. '아내강간의 면책'의 폐기
2. 1997년 제33차 독일 형법개정과 '아내강간'의 인정—"혼인외 성교" 문언의 삭제
3. 일본 형법상 '아내강간'의 문제
4. 소결

III. 한국 형법상 '아내강간' 성립의 타당성과 필요성

1. '아내강간' 부정론 비판
2. '아내강간' 제한적 인정론 비판
3. 입법론

IV. 맺음말

- 1) 필자는 “강간죄의 대상을 부녀에 한정한 것은 여성에게만 처녀성과 정조를 지켜야 한다는 전통적 이중성윤리 통념을 반영한 것”[한국여성개발원, 『여성폭력방지 종합대책(시안): 성폭력·가정폭력을 중심으로』(2001. 8. 27), 32면]이므로 강간죄의 객체를 ‘사람’으로 변경해야 한데 공감하고 있지만, 아직 현행법상 강간죄의 객체는 “부녀”에 한정되어 있으므로, ‘아내강간’이라는 용어를 사용한다.
- 2) 이 글은 한국성폭력상담소에서 발간 예정인 『성폭력, 법정에 서다 - 여성의 눈으로 다시 본 성폭력 법담론』에 수록될 글입니다(편집자주).

I. 들어가는 말—변화의 시작

현재까지의 가정폭력에 관한 실증연구들은 아내구타나 학대가 강제적 성관계로 이어지고 경우가 상당히 많음을 보여준 바 있다. 서울시 거주 여성 2290명에 대하여 이루어진 1990년 한국형사정책연구원의 조사는 구타당한 경험이 있는 여성 1209명 중 38.6% (114명)가 구타당한 후 강제적 성관계를 가지게 되었음을 밝히고 있으며,³⁾ 1993년 동 연구원의 다른 조사결과에 따르면 남편으로부터 폭력을 당한 직후 성관계를 강제적으로 당한 경험이 있다고 대답한 응답자가 22.9%, 이러한 경험이 여러 번 있다고 대답한 응답자도 6.2%에 달하였고,⁴⁾ 그리고 1998년 동 연구원의 다른 조사는 서울시 거주 여성 1500명 중 25.2%가 아내강간을 당한 경험이 있고 이중 8.7%는 강간 직전 남편으로부터 심한 폭행을 당했음이 밝혀주고 있다.⁵⁾

한편 김광일 교수는 자신이 진료한 여성에 대한 조사연구에서 조사대상자의 54%가 아내구타 후 강제성교를 경험하였고, 6%는 자식들이 보는 앞에서 구타 후 강제성교가 이루어졌음을 밝히고 있으며,⁶⁾ 상담소와 쉼터를 찾는 구타피해 여성을 대상으로 한 1993년 여성개발연구원의 조사연구도 아내폭행 후 성교를 강요하는 경우가 28.8%임을 밝히고 있다.⁷⁾ 그리고 1999년 신성자 교수의 아내강간의 실태조사는 형법상 강간죄에 해당하는 ‘구타강간’이나 ‘가학적 강간’을 남성응답자의 각

3) 심영화·윤성은·김선영·박선미·강영수·조정희, 『성폭력의 실태 및 대책에 관한 연구』 (한국형사정책연구원, 1990), 88면.

4) 김익기·심영화·박선미·김혜선, 『가정폭력의 실태와 대책에 관한 연구-서울시의 남편의 아내폭력 현황을 중심으로』, (한국형사정책연구원, 1992), 108-109면.

5) 김성언, 『성폭력의 실태와 원인에 관한 연구(II)』 (한국형사정책연구원, 1998), 22면.

6) 김광일, “구타당하는 아내의 정신의학적 연구”, 김광일 편, 『가정폭력—그 실상과 대책』 (1988), 154면.

7) 변화순·원영애·최은영, 『가정폭력의 예방과 대책에 관한 연구』 (한국여성개발원, 1993), 38면.

12.1%, 10.4%가, 그리고 여성응답자의 각 10.4%, 6.4%가 경험 또는 피 경험하였음을 보여주고 있다.⁸⁾

이러한 연구가 보여주듯이 혼인 이후 아내의 성적 자기결정권이 위기 상황에 있음에도 불구하고, 수년 전까지만 하더라도 현행 형법해석론 상으로 아내강간이 성립가능하며, 아내강간에 대한 형사법적 처벌은 형사정책적으로 필요한 것이라는 주장은 소수설에 불과하였다. 사적으로는 필자가 2000년 이후 줄곧 이 입장을 개진하였고,⁹⁾ 2001년 여성개발원도 아내강간의 처벌을 법적으로 명문화해야 한다는 의견을 제시하였으나,¹⁰⁾ 우리 사회에서 아내강간이라는 개념은 여전히 생소한 것이었고, 그 결과 왜곡과 오해에 기초한 남성측의 반발을 일으키기도 했다.

그러나 최근 들어 아내강간에 대한 기존의 관념은 변화하고 있다. 먼저 2004년 8월 서울중앙지법 형사합의22부(부장판사 최완주)는 이혼을 요구하며 성관계를 거부하는 아내에게 폭력을 쓰며 성행위를 강요한 남편에 대하여 강제추행치상죄를 인정하여 유죄판결을 내렸다.¹¹⁾ 동 판결은 다음과 같이 설시(說示)하였다.

“혼인한 부부는 상대방의 성적 요구에 응할 의무는 있지만 각자의 성

8) 신성자, “아내강간 발생과 관련변수 파악 및 인식,” 『한국사회복지학』 제39호 (1999), 184면 이하 참조.

9) 이에 대한 필자의 글로는, “미국 강간죄의 법리에 대한 반추—한국 형법상 강간죄의 재구성을 위한 전설(前說)”, 우범 이수성 박사 화갑기념논문집, 『인도주의 형사법과 형사정책』 (2000); “‘아내강간’의 성부와 강간죄에서 ‘폭행·협박’의 정도에 대한 재검토”, 한국형사정책학회, 『형사정책』 제13권 2호 (2001/6); 『형사법의 성편향』 (박영사, 2003) 등을 참조하라.

10) 한국여성개발원 (각주 1), 97면.

11) 서울중앙지법 2004.8.20. 선고, 2003고합1178 판결. 이 사건에서 피고인 남편은 당초 아내에 의해 강간과 강제추행치상 혐의로 고소되었지만, 검찰수사 단계에서 강간은 증거불충분으로 무혐의 처분을 받았다. 이후 남편은 법정에서 강제추행치상에 대해서도 공소사실을 부인했으나, 거짓말탐지기 테스트 결과 거짓말을 했다는 점을 인정되었고, 강제추행치상죄에 대하여 유죄판결을 받게 된 것이다. 이후 남편은 항소를 포기하였다.

적 자기결정권을 포기한 것으로 볼 수는 없으므로 부부간의 관계에 있어서도 성적 자기결정권은 여전히 보호되어야 한다. 따라서 부부의 일방이 폭력을 행사하여 성폭행을 하는 행위는 타방의 성적 자기결정권을 침해하는 행위로서 형사처벌의 대상이 된다고 할 것이다. 특히 부부간의 관계는 타인이 간섭하기 어려운 특성이 있어 그 범행이 반복될 수 있다는 점에서 엄한 처벌이 필요하다고 할 것이다.”

그리고 2005년 6월 13일 홍미영 의원 대표발의로 제출된 가정폭력특례법 개정안은 ‘가정폭력’의 정의에 ‘성적 폭력’을 포함시키고(제2조 제1호), ‘가정폭력범죄’의 종류에 강간, 강제추행, 준강간강제추행을 포함 시킴으로써(제2조 제3호 차) 아내강간의 처벌을 가능하게 하고 있고,¹²⁾ 2005년 6월 27일 이은영 의원 대표발의로 제출된 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 개정안 제9조의 2는 아내강간을 범죄화 하고 있다.¹³⁾

한편 시민들의 의식에서도 변화가 일어나고 있다. <한겨레 21>이 2005년 6월1일 여론조사 전문기관인 (주)리서치플러스에 맡겨, 전국 성인남녀 700명을 상대로 아내강간에 대한 여론조사를 벌인 결과, 국민의 열명 중 여덟 명이 아내강간에 대한 법적 처벌이 필요하다고 여기는 것으로 나타났다.¹⁴⁾ “부부간 강압에 의하거나 때론 폭력까지 행사해 성 관계를 강요했을 때, 법적 처벌이 필요한가”라는 물음에, “그렇다”는 응답은 81.3%로 나타났다. 반면 “법적 처벌까지는 필요하지 않다”는 응답은 18.7%에 머물렀다. 그리고 처벌과는 상관없이 부부간에도 강간죄가 성립한다고 보는 것으로 나타났다. “부부간에 강간(죄)이 성립한다고 보는가”라는 물음에 “성립한다”(58.4%)는 답변이, “성립하지 않는다”(39.6%)는 답변보다 훨씬 높게 나왔다.

이하에서는 먼저 아내강간에 대하여 외국의 입법·판례가 어떠한 변화

12) ‘가정폭력범죄의처벌등에관한특례법 일부개정법률안’ (의안번호 2028).

13) ‘성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률 일부개정법률안’ (의안번호 2091).

14) 한겨레신문사, <한겨레 21> 통권 563호 (2005.6.14).

를 겪어 왔는지를 검토하면서 우리나라에서의 아내강간 부정설의 근저에는 어떠한 편향된 관념이 있는지를 추출하고, 이어 우리나라에서 아내강간을 부정하거나 아내강간을 제한적으로만 인정하는 입장의 문제점을 비판적으로 검토하면서 아내강간 성립인정설의 정당성과 필요성을 확인한 후, 이를 위한 입법론적·해석론적 대안을 제시하기로 한다.

II. 아내강간에 대한 비교법적 검토 — 우리가 배울 것은 무엇인가?

우리나라에서의 아내강간에 대한 본격적 논의에 앞서 우리 법이론과 실무에 많은 영향을 주고 있는 몇몇 외국의 사례를 검토하는 것은 단지 비교법적 호기심 때문은 아니다. 아내강간을 부정하는 관념과 논리가 단지 우리나라만의 것은 아니라는 점을 확인하고, 다른 나라에서는 이를 어떻게 극복하였는가를 면밀히 검토하는 것은 우리나라에서의 논의를 위한 직접적 시사를 제공하기 때문이다.

1. 영미 형법상 '아내강간의 면책' (the marital rape exemption)

A. '아내강간의 면책'에 대한 코몬 로 이론과 비판

먼저 코몬 로상 남편은 아내강간으로 기소될 수 없었다. 아내강간의 문제를 심각하게 제기하며 아내를 남편의 노예에 비유한 한 존 스튜어트 밀의 선각¹⁵⁾과 투표권과 재산권보다도 자신의 몸을 지킬 아내의 권리의 중요성을 강조한 루시 스톤의 우려¹⁶⁾가 있었으나, 이른바 '아내강

15) John Stuart Mill, *The Subjection of Women* 80 (The M.I.T. Press 1970) (1869).

19. 성폭력 조장하는 대법원 판례바꾸기

간의 면책'의 법리는 수백 년간 확고부동하였다. 이 법리에 대한 최초의 정당화는 17세기 영국의 매튜 헤일 판사에 의해 이루어졌는데, 혼인계약의 조건에는 아내는 남편이 원할 때는 언제나 성교에 응한다는 철회할 수 없는 동의가 포함된다는 것이다.¹⁷⁾ '철회할 수 없는 암묵적 동의'(irrevocable and implied consent) 이론이라고 불리는 이 입장은 이후 수백 년간 코몬 로의 강간죄 법리를 지배하였다. 단, 코몬 로상으로도 별거시에는 아내의 '동의'는 사라진 것으로 보았다.¹⁸⁾

미국의 경우에는 매사추세츠주 법원이 이 이론을 최초로 채택한 이후,¹⁹⁾ 1980년대 초까지 미국 형법상의 강간죄의 핵심원리로 작용해왔다. 여성주의의 문제의식을 수용하지 못하였던 1962년 '모범형법전'(the Model Penal Code)의 강간죄 조문에서도 아내강간은 명시적으로 제외되고 있었다.²⁰⁾ 영국의 경우도 1990년대 초까지 아내에 대한 강간은 1976년 '개정 성범죄법'의 "불법적인 성교"(unlawful sexual intercourse)에 해당되지 않는다는 논리가 강하였다.²¹⁾

이 이론이 본격적으로 비판된 것은 페미니즘이 급속히 성장하기 시작

16) "Letter from Lucy Stone to Antoinette Brown"(1855), in Diana E. H. Russell, *Rape in Marriage* 27 (2d ed. 1990).

17) '아내강간의 면책'과 관련하여 가장 많이 인용되는 문구 중의 하나인 그의 논변을 소개하면, "남편은 자신의 법률상의 처를 강간한 것에 대해 유죄가 될 수 없다. 왜냐하면 부부 상호간의 혼인시 동의와 계약에 의하여 아내는 자신을 남편에게 내놓았으며(hath given up), 그녀는 이를 철회할 수 없기 때문이다" [Matthew Hale, *The History of the Pleas of the Crown*, Vol. 1, 629 (S. Emlyn ed., 1778), Sanford H. Kadish & Stephen J. Schulhofer, *Criminal Law and Its Process* 366 (7th ed., 2001)에서 재인용].

18) Herbert Jacob, *Silent Revolution: The Transformation of Divorce Law in the United States* 852 (1988).

19) *Commonwealth v. Fogerty*, 74 Mass. (8 Gray) 489 (1857).

20) Model Penal Code, § 213.1 (1).

21) J.C. Smith & Brian Hogan, *Criminal Law* 461 (9th ed. 1999). 단, 이혼가 판결(decree nisi) [O'Brien [1974] 3 All ER 663]이나 별거명령[Roberts [1986] Crim LR 188 (CA)]이 있었던 경우는 남편은 아내강간죄의 유죄가 인정되었다 [이에 대해서는 Michael Jefferson, *Criminal Law* 568 (5th ed. 2001)을 참조하라].

한 1980년대가 되어서였다. 먼저 신부가 혼인시 자신의 신체에 대한 권리를 포기하였다거나 성적 폭력에 동의하였다고 볼 수는 없다고 비판되었다.²²⁾ 그리고 부부 중 일방이 혼인계약을 일방적으로 파기를 요청할 수 있다는 점을 생각할 때 혼인 중의 성교에 대한 동의도 당연히 일방적으로 철회할 수 있다는 결론이 도출되며, 따라서 부부 중 일방이 성교를 거부할 경우 혼인계약 위반을 주장하는 상대방이 취할 수 있는 조치는 강간이 아니라 이혼법정으로 가는 것이어야 한다고 지적되었다.²³⁾

‘아내강간의 면책’을 폐기한 지도적 판결로는 1984년 ‘People v. Liberta 판결’²⁴⁾이 유면한데, 이 사건에서 피고인은 법원명령에 의하여 별거명령을 받은 상태에서 아내를 강간한 혐의로 기소되었다. 뉴욕주 항소법원은 피고인에게 유죄판결을 선고하면서, 다음과 같이 실시하였다.

“강간은 단순히 당사자가 동의하지 않는 성행위가 아니다. 강간은 피해자의 신체적 고결함(bodily integrity)을 침해하고 장기간의 심각한 육체적·정신적 피해를 종종 초래하는 모멸적·폭력적 행위이다. 그러한 행위에 대한 동의를 암시하는 것 자체가 비합리적이며 어리석은 일이다. ... 혼인증명서가 남편이 형사면책을 갖고서 아내를 강간할 수 있는 자격증으로 파악되어서는 결코 안 된다. 기혼 여성도 미혼여성과 똑같이 자신의 신체를 통제할 수 있는 권리를 갖는다.”²⁵⁾

또한 영국의 경우도 1991년 최고법원(House of Lords)의 전원합의체 판결에 의하여 이 이론을 공식적으로 폐기한 바 있다.²⁶⁾

22) Susan Barry, "Spousal Rape: The Uncommon Law", 66 A.B.A.J. 1088, 1088 (1980).

23) State v. Smith, 426 A.2d 38, 44-45 (N.J. 1981); Weishaupt v. Commonwealth, 315 S.E.2d 847, 854 (Va. 1984).

24) 474 N.E. 2d 567 (N.Y. 1984).

25) Id. at 573.

26) R. v. R., 3 W.L.R. (H.L. 1991).

한편 '아내강간의 면책'을 정당화하는 다른 코몬 로 이론으로는 '단일체'(marital unity)이론이 있었다. 먼저 '단일체' 이론은 블랙스톤에 의하여 정식화되었던 것인데, 혼인에 의하여 남편과 아내는 법적으로 단일체가 여성이라는 법적 실체는 혼인기간 동안 정지된다는 것이다.²⁷⁾ 이 이론은 아내는 재산을 소유할 수 없고 계약을 체결할 수 없으며 소송을 제기할 수 없다는 함의를 갖고 있었고, 강간죄에 있어서는 남편과 아내는 법적으로 '단일체'이므로 남편의 아내강간은 남편의 자신에 대한 강간이기에 법적으로 불가능하다는 주장으로 귀결되었다.²⁸⁾ 그리고 이 이론은 아내를 남편의 재산으로 보는 견해와 결합되어 있었다['혼인상의 재물로서의 여성'(women as marital property) 관념].²⁹⁾

그러나 이 이론은 19세기 말 '기혼여성의 재산법'(the Married Women's Property Act, 1839-1895)의 채택으로 코몬 로 이론으로도 폐기되었으며,³⁰⁾ 이후 미국 판결에 의해서도 남편과 분리된 아내의 분리된 법적 정체성을 분리하는 것은 여성에 대한 비하라는 점은 재확인되었다.³¹⁾ 요컨대 '아내강간의 면책'을 정당화하는 전통적 코몬 로 이론은, 혼인 계약 자체가 파기될 수 없고, 아내는 남편에게 복종하여야 하고, 아내의 정체성은 남편의 정체성 속으로 융합되어 버리고, 아내의 재산은 남편의 재산이 되었던 시대의 산물로서 영미 형법에서는 완전히 폐기

27) William Blackstone, Commentaries Vol. 1 430 (Layton Press 1966) (1765).

28) Rene I. Augustine, "Marriage: The Safe Have for Rapists", 29 *J. Fam. L.* 559, 561 (1991).

29) 코몬 로상 아내의 정절은 남편의 재산이었고, 딸의 처녀성은 아버지의 재산으로 간주되었기에, 남편이 자신 소유의 물건을 절취할 수 없는 것처럼 자신의 강간하는 것을 법적으로 불가능하다는 결론으로 연결되었다[Charlotte L. Mitra, "... For She Has No Right or Power to Refuse Her Consent", 1979 *Crim. L. Rev.* 558, 560; Note, "To Have and to Hold: The Marital Rape Exemption and the Fourteenth Amendment", 99 *Harv. L. Rev.* 1255, 1256 (1986)].

30) Wendy W. Williams, "The Equality Crisis: Some Reflections on Culture, Courts, and Feminism", 7 *Women's Rts. L. Rep.* 175, 177 (1982).

31) *Trammel v. United States*, 445 U.S. 40, 52 (1980); *People v. DeStafano*, 467 N.Y.S. 2d 506, 512 (Suffolk County Ct. 1983).

되었다.

B. ‘아내강간의 면책’ 이론의 현대적 변용(變容)과 비판

이상의 코몬 로 이론은 폐기되었으나 새로운 논거에서 ‘아내강간의 면책’을 주장하는 입론이 제기되기도 하였다. 대표적인 것이 ‘혼인의 프라이버시’(marital privacy) 이론이다. 혼인에서의 프라이버시의 권리는 너무도 근본적인 것이어서 그 내부에서 일어나는 행위에 대하여 법체계가 판단을 내려서는 안된다는 이론이다. 아내강간 범죄화의 반대론자인 힐프의 어법을 빌면, ‘혼인의 프라이버시’는 혼인 주위에 “커튼”을 쳐서 공적인 것 밖으로 나가게 하고 배우자는 아내로 들어오게 하는 것이다.³²⁾

그러나 이 이론도 법원에 의하여 기각되었다. ‘혼인의 프라이버시’는 부부간의 동의에 의한 행위에 적용되는 것이지 성적 폭행에 적용되지 않는다는 것이다. 상술한 ‘Liberta 판결’은 다음과 같이 판시하였다.

“남편이 자신의 아내를 구타한 책임을 피하기 위하여 혼인의 프라이버시에 호소할 수 없는 것과 마찬가지로, 남편은 프라이버시의 구실 아래 자신의 강간하는 것은 정당화될 수 없다.”³³⁾

그리고 ‘혼인의 프라이버시’ 이론은 이른바 ‘혼인상의 화해’(marital reconciliation) 이론과 종종 결합된다. 즉, 아내강간에 형법이 개입하게 되면 부부간의 불화를 조장하고 화해를 방해한다는 것이다.³⁴⁾ 그러나 이 주장 역시 수용되지 못하였다. 즉, 아내강간이 발생하는 상황에서 화해의 여지는 거의 존재하지 않는다는 것, 그리고 부부관계와 화해의

32) Michael G. Hilf, "Marital Privacy and Spousal Rape", 16 New Eng. L. Rev. 31, 34 (1980). 그리고 힐프는 기혼자는 미혼자 보다 인격적 자율성에 대한 기대가 적기 때문에, 아내강간의 경우는 아내가 아닌 여성에 대한 강간의 경우보다 인격적 자율성에 대한 경멸 정도가 적다고 주장하기도 하였다(Id. at 41).

33) Liberta, 474 N.E. at 574.

34) Hilf (각주 31), at 34.

가능성은 강간죄 기소에 의해서가 아니라 강간 그 자체에 의하여 찢어져 버려진다는 것이다. 1984년 'Weishaupt v. Commonwealth 판결'³⁵⁾에 서의 버지니아주 대법원의 목소리를 들어보자.

“강간이라는 폭력적 범죄를 기소하는 것이 어떻게 폭력적 행위 그 자체보다 더 혼인을 찢어놓는 것이지 상상하기 힘들다. 더구나, 성교가 폭력이라는 대가를 치르며 명령되어야만 하는 지점까지 혼인이 악화되었다면, 더 이상 화해할 사안이 남아 있는지 우리는 의심스럽다.”³⁶⁾

C. '아내강간의 면책'의 폐기

‘아내강간의 면책’에 대한 이론적 비판 작업과 이를 폐지하기 위한 전국적 운동의 결과 현재 미국의 각 주에서 ‘아내강간의 면책’을 전면적으로 인정하는 주는 하나도 없다.³⁷⁾ 1977년 오레곤주가 입법으로 이 면책을 폐지한 것을 시발로 하여 20여 개 주가 입법을 통하거나 판결을 통하여 이 ‘면책’을 완전히 폐지하였다. 네바다주 형법의 문언을 인용하자면,

“성폭력범죄(sexual assault)를 범한 자가 그 행위시에 피해자와 혼인을 한 상태였다는 사실은 그 행위가 폭력 또는 폭력의 위협에 의해서 범해진 한 성폭력범죄의 기소에 대한 항변(defense)이 아니다.”³⁸⁾

나머지 주는 이 ‘면책’을 제한적으로 또는 조건부로 인정하는 태도를 취하고 있는데, 이 주는 두 가지 범주로 나누어진다.³⁹⁾ 첫째는 부부가

35) 315 S.E.2d 847 (Va. 1984).

36) Id. at 855. 또한 Liberta, 474 N.E. 2d at 574를 보라.

37) Wayne R. LaFave, Criminal Law 780 (3rd ed. 2000); Russel (각주 15), at 375.

38) Nev. Rev. Stat. §200.373.

39) Weintraub Siegel, Note, "The Marital Rape Exemption: Evolution to Extinction", 43 Clev. St. L. Rev. 351, 368 (1995); Note, "Marital Raper: A

사실상 또는 법적으로 별거하거나 이혼소송을 제기한 경우에만 ‘아내강간의 면책’을 인정하지 않는 주인데, 여기에는 켄터키, 미주리, 오클라호마, 사우스 캐롤라이나 등 4개의 주가 포함된다. 둘째는 폭행과 협박이 행사되는 아내강간에는 이 ‘면책’을 부정하지만 폭행이나 협박이 행사되지 않은 비동의 아내간음의 경우에는 ‘면책’을 인정하는 주인데, 여기에는 캘리포니아, 코네티컷, 델라웨어, 와싱턴, 일리노이, 매릴랜드 등 16개 주가 있다. 우리나라에서는 폭행·협박이 행사되지 않는 ‘비동의간음죄’는 범죄가 아니므로, 우리 형법의 입장에서 볼 때 두 번째 범주에 속하는 주의 경우는 아내강간을 완전히 인정하고 있는 것이다. 영국의 경우도 상술한 최고법원의 1991년 판결을 계기로 1994년 ‘형사정의 및 공공질서법’이 제정되는데, 이 법률은 과거 아내강간의 불성립의 근거로 원용되었던 1976년 ‘개정 성범죄법’상의 강간의 정의인 “불법적인 성교”에서 “불법적”이라는 단어를 삭제한다.⁴⁰⁾

2. 1997년 제33차 독일 형법개정과 ‘아내강간’의 인정—“혼인외 성교” 문언의 삭제

1997년의 제33차 형법개정 이전의 독일 형법 제177조는 강간죄에 있어서 “혼인외 성교(außerereheicher Beischlaf)”만을 처벌하도록 규정하고 있었기에, 남편에 의한 폭행·협박을 사용한 간음은 강간죄로 처벌될 수가 없었다. 단지 강요죄(독일형법 제240조)로 의율될 수는 있었겠으나, 그 형량은 3년 이하의 자유형 또는 벌금형으로 강간죄(2년 이상의 자유형)에 비하여 현저히 낮았다. 그런데 1997년 개정된 독일 형법은 바로 이 “혼인외 성교”라는 문언을 삭제함으로써 강간죄의 객체에 법률상의 처벌 포함될 수 있도록 만들었다.

아내강간의 문제는 1970년 제4차 형법개혁법률안을 심의할 때에 충분

Higher Standard is in Order", 1 Wm. & Mary J. of Women & L. 183, 195-99 (1994).

40) Criminal Justice and Public Order Act 1994, §142.

히 인식되고 있었고, 당시에 성적 자기결정권은 혼인과 함께 종료되지 않는다는 점에는 견해가 일치하고 있었다. 그럼에도 불구하고 “혼인외” 강간만을 처벌하기로 결정한 데에는 아내강간에 대한 형법개입이 큰 효과를 거두지 못할 것이라는 판단 때문이었다. 즉, 성관계와 같은 내밀한 부부간의 관계는 혼인의 본질에 속하는 것이며, 또한 폭력이나 강요의 사실에 대하여도 양당사자의 주장이 대립하는 경우 입증 곤란에 처할 가능성이 많으며, 이러한 문제에 국가가 형벌로써 개입하게 되면 부부간의 또는 가족내의 대립이 격화되고 이는 결국 혼인관계의 회복을 더욱 어렵게 만든다 라고 보았던 것이다.⁴¹⁾ 이는 앞장에서 본 미국에서의 ‘아내강간의 면책’을 옹호하는 현대적 변용이론과 대동소이하다.

그러나 최근 들어 이러한 입장은 비판되기 시작하였다. 요컨대 성적 자기결정권을 ‘혼인외’와 ‘혼인내’로 구분하여 차별적으로 파악하는 것이 타당한가에 대한 의문이 강력해진다.⁴²⁾ 그리하여 1997년의 제33차 형법개정이 이루어지는데, 개정입법안의 개정취지는 다음과 같다.

“기본법에 의하여 보호되는 혼인이라는 사적 영역에 국가의 개입이 조심스러워야 한다는 점은 타당하다. 그러나 현행법에 의하여도 성적 행위를 강요한 경우 어쨌거나 국가적 제재가 가능하다. ... 혼인내의 강간에서 발생한다고 하는 입증곤란의 문제도 사실상 다른 성폭력범죄에서 발생하는 입증곤란과 크게 다르지 않다.”⁴³⁾

그리하여 현재 독일 형법 하에서 ‘아내강간’은 아무런 조건이나 제한 없이 범죄성립이 가능하며 소추 역시 마찬가지이다.

41) Drucksachen des Deutschen Bundestages(BT-Drucks.) VI/3521, S. 39 참조. 이 점에 대해서는 한상훈, “최근 독일의 성폭력범죄에 대한 입법과 성적 자기결정의 보호성”, 『인도주의 형사법과 형사정책—우범 이수성 선생 화갑기념논문집』(동성사, 2000), 199면을 참조하라.

42) Otto, Die Neufassung der §§177-179 StGB, Jura 1998, 211.

43) BT-Drucks. 13/7324 S. 5.

3. 일본 형법상 ‘아내강간’의 문제

일본의 경우 구 독일 형법과 달리 “혼인외의 성교”라는 제한이 없다. 그렇지만 전통적인 견해는 계속적인 성관계를 전제로 하는 부부간에는 혼인관계가 실질적으로 파탄되지 않는 한 강간죄가 성립하지 않는다고 해석하고 있었다.⁴⁴⁾ 그리고 판례는 법률상으로는 부부이지만 혼인이 실질적으로 파탄이 난 경우 ‘아내강간’을 인정하고 있다. 문제의 사건은 남편의 폭력이 두려워 도망간 아내를 남편이 자신의 친구와 함께 폭력을 사용하여 간음한 사건인데, 여기서 법원은 다음과 같이 설시하였다.

“... ‘혼인중’이라는 것은 실질적으로도 혼인이 계속되고 있음을 가리키는 것이고, 법률상으로는 부부이더라도 혼인 파탄되어 부부로서의 실질이 없어져 명목상의 부부에 불과한 경우에는, 본디 부부간에 언급한 관계는 없고 남편이 폭력 또는 협박을 사용하여 처를 간음한 것은 강간죄를 성립하고, 남편과 제3자가 폭력을 사용하여 공동으로 처를 윤간하기에 이르렀다는 것은 남편에 대해서도 당연히 강간죄의 공동정범이 성립한다.”⁴⁵⁾

이러한 판례의 입장은 학계에서는 동의를 얻고 있다. 그렇지만 통상의 혼인관계에서 남편이 폭행·협박을 사용하여 아내의 간음한 경우의 강간죄 성부에 대해서는 판례가 없는데, 이러한 경우 강간죄 성립을 인정하는 학설이 강력하게 등장하고 있다. 그 논거는 혼인관계가 계속적인 성적 관계를 시인하는 제도라고 하여도 그 성적 교섭을 언제나 할 수 있는가에 대해서는 상호의 성적 자기결정권의 문제가 있다는 것이

44) 大塚 仁, 『刑法各論(現代法律學全集)』上卷(改訂版昭59, 青林書院), 238頁.

45) 廣島高松江 地判, 昭和 62년 6월 18일, 高刑集40卷1号71頁.

다.⁴⁶⁾

4. 소결

이상에서 보았듯이 법계(法系)의 차이를 떠나 오랫동안 인정되었던 ‘아내강간의 면책’은 그 근거를 잃고 있다. 여성의 성적 자기결정권의 의미가 중대하게 인식되어 가면서, 이 권리가 혼인과 동시에 사라질 수 없다는 점이 사회적·법적으로 확인되었기 때문이다. 아내강간과 관련하여 현대 민주주의 국가의 형법과 판례는 별거 또는 이혼소송 제기 등 혼인관계가 실질적 파탄된 경우 발생한 아내강간을 범죄로 처벌하는데 이견이 없으며, 혼인관계가 파탄되기 이전의 경우 발생한 아내강간의 경우에도—나라별 차이가 있지만—형사처벌의 길을 열어두고 있다는 점은 분명하다. 특히 유의할 점은 영미나 독일 등의 경우 강간죄는 친고죄가 아니므로 부부강간의 혐의가 인정될 경우 중간 매개고리가 없이 국가형벌권이 발동됨에도 불구하고 아내강간을 범죄화하였다는 점이다.

III. 한국 형법상 ‘아내강간’ 성립의 타당성과 필요성

1. ‘아내강간’ 부정론 비판

먼저 현행 형법의 강간죄의 객체는 ‘부녀’이며, 이 ‘부녀’가 혼인내의 부녀인지 여부는 묻지 않음에도 불구하고, 우리 형법 학계의 통설은 아내에 대한 강간죄는 성립하지 않으며, 기껏해야 ‘폭행죄’(형법 제260

46) 林幹人, 『刑法各論』(平11, 東京大出版會), 96頁; 淺田和茂 外, 『刑法各論』[補正版](青林書院, 2000), 123頁.

조), 협박죄(제283조), 강요죄(제324조)가 성립할 뿐이라는 입장을 취하고 있다.⁴⁷⁾ 그리고 1970년 대법원은 처가 다른 여자와 동거하고 있는 남편을 상대로 간통죄 고소와 이혼소송을 제기하였으나 그 후 부부간에 다시 새 출발을 하기로 약정하고 간통죄 고소를 취하한 경우, 남편이 폭력으로서 강제로 처를 간음하였다 하더라도 강간죄는 성립되지 아니한다는 판결을 내린 바 있다.⁴⁸⁾

한편 현행 가정폭력범죄의처벌등에관한특례법(이하 ‘가정폭력범죄특례법’으로 약칭) 역시 ‘가정폭력범죄’(제2조 제3호)에서 강간죄를 제외시키고 있으며, ‘성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률’ 제7조는 ‘친족에 의한 강간’을 처벌하고 있으나, ‘친족’의 범위에 배우자를 포함시키고 있지 않다. 그 결과 혼인이 실질적으로 파탄되고 부부가 별거에 들어가거나 이혼소송이 진행 중이라 하더라도, 남편의 가정폭력으로 남편에게 가정폭력범죄특례법상의 ‘보호처분’(제40조)이 부과되어 있는 상태라 하더라도, 법적으로 부부관계가 해소되지 않았다면 자신의 법률상의 처에게 폭행·협박을 행사하여 강제로 성교를 한 남편에게는 강간죄의 죄책을 애초에 물을 수 없게 되는 것이다.

그렇다면 이러한 입장은 어떠한 문제를 가지고 있는가?

첫째, 학계의 통설이 아내강간을 부정하는 근거로 제시하는 “부부관계의 특수성”⁴⁹⁾이라는 관념 밑에는, 혼인계약의 조건에는 아내는 남편이 원할 때는 언제나 성교에 응해야 한다는 의무가 있다는 관념을 깔고 있다. 임웅 교수는 “민법상 부부는 동거의무가 있고(민법 제826조 1항), 동거의무는 성생활을 함께 할 의무를 내포하는 것이며 또 성생활의 결합이 이혼사유가 되는 것으로 보아, 자신의 처에 대한 강간죄는 성립될 수 없”⁵⁰⁾이라고 주장한다.

47) 김일수, 『형법각론』(제4판, 2001), 141면; 배종대, 『형법각론』(제4판, 2001), 225면; 오영근, 『형법각론』(2002), 193면; 이재상, 『형법각론』(제4판, 2000), 155면; 이정원, 『형법각론』(증보판, 2000), 197면; 임웅, 『형법각론』(2001), 154면; 정성근·박광민, 『형법각론』(2002), 159면.

48) 대법원 1970. 3. 10. 선고, 70도29 판결.

49) 김일수(각주 46), 141면; 배종대(각주 46), 225면; 이재상(각주 46), 155면.

그러나 민법상의 동거의무에 강간수인(受忍)의무가 내포된다고는 결코 볼 수 없다. 먼저 여성이 혼인시 자신의 신체에 대한 권리를 포기하였 다거나 강간에 동의하였다고 볼 수는 없다. 강간은 단지 거친 성교가 아니라 폭력이요 테러이다. 그리고 부부 중 일방이 혼인계약을 일방적으로 파기를 요청할 수 있다는 점을 생각할 때 혼인 중의 성교에 대한 동의도 당연히 일방적으로 철회할 수 있다는 결론이 도출되며, 따라서 부부 중 일방이 성교를 거부할 경우 혼인계약 위반을 주장하는 상대방이 취할 수 있는 조치는 강간이 아니라 이혼법정으로 가는 것이어야 한다.⁵¹⁾

둘째, 아내강간의 불성립의 근거로 혼인의 프라이버시를 거론할 수도 있겠으나, 이 역시 문제가 있다. 혼인은 "강간면허"⁵²⁾가 아니며, 가정은 남편을 위한 치외법권지대가 아니다. 배우자구타가 혼인의 프라이버시의 명분 아래 형법적으로 용인될 수 없는 것이 분명한 것처럼, 아내강간도 형법이 개입을 자제해야 할 사안은 아니다. 강간이라는 범죄의 중대성을 고려할 때 아내강간은 '형법의 보충성'(Subsidiarität des Strafrechts)의 원칙이 작동할 대상이 아니다.

그리고 실제 대부분의 아내강간은 정상적 부부관계가 파탄이 난 상태에서, 남편의 아내에 대한 폭력과 학대의 연장선상에서 이루어지고 있다. 혼인이 실질적으로 파탄되어 남편에게 가정폭력범죄특례법상의 '보호처분'(제40조)이 부과되어 있거나 남편에 대한 이혼소송이 진행 중이라 하더라도, 법적으로는 부부관계가 해소되지 않았으므로 강간죄는 성립하지 않는다 논리는 남성중심적 또는 형식논리적 입론이다. 게다가 현행 형법상 강간죄는 영미나 독일과는 달리 '친고죄'로 규정되어 있으므로, 국가형벌권의 선제적(先制的) 개입으로 혼인이 파탄나는 가능성은 애초에 봉쇄되어 있다.

50) 임웅 (각주 46), 154면.

51) Smith, 426 A.2d at 44-45; Weishaupt, 315 S.E. at 854.

52) David Finkelhor & Kersti Yllo, Licence to Rape: Sexual Abuse of Wives (1985).

셋째, 배우자강간을 강간죄가 아니라 강요죄나 폭행죄·협박죄 정도로 처벌하면 족하다는 견해 역시 옳지 않다. 먼저 강간죄의 불법은 강요죄나 폭행죄·협박죄의 불법 보다 훨씬 높다는 점을 분명히 할 필요가 있다. 남편의 배우자강간은 혼인 관계 외에서 벌어지는 강간과 마찬가지로 심각한 정신적·육체적 고통을 가져준다.⁵³⁾ 그럼에도 불구하고 강간죄가 아닌 다른 경한 범죄로 처벌해야 한다는 이론적 근거가 불분명하다. 그리고 강간은 성립하지 않는다고 하면서 그 구성부분이 폭행·협박죄는 성립한다는 것도 논리모순이다.⁵⁴⁾

또한 배우자강간을 강요죄의 구성요건인 “폭행이나 협박으로 의무 없는 일을 하게 한” 행위로 파악하는 것도 논리모순이다. 배우자강간의 부정론은 아내에게는 남편과의 성교에 응할 의무가 있다고 상정하고 있는 바, 이 논리에 따르면 남편이 “의무 없는 일”을 하게 한 것이 아니므로 강요죄로의 처벌도 힘들어진다.⁵⁵⁾ 사실 성적 자기결정권의 침해가 분명한 범죄를 ‘권리행사를 방해하는 죄’의 일종인 강요죄로 처벌한다는 것은 매우 부자연스러움은 물론이고, 형법상 구성요건 사이의 구별도 무시하는 논리이다.

넷째, 아내강간 부정론은 소송법적 측면에서도 제기된다. 즉, 수많은 합의에 의한 성교를 해온 부부사이에 강간이 발생하였다는 것을 입증하기가 매우 어렵지 않겠느냐 것이다. 또한 이상돈 교수는 아내강간 또는 강제추행은 진술만이 유일한 증거인 경우가 많기에 법관을 여성주의와 남성주의의 대결구조에서 일방만을 선택하도록 강제하는 문제점을 발생시킨다고 비판하고 있다.⁵⁶⁾ 그러나 입증의 곤란이 행위의 범

53) Diana E. H. Russell, Rape in Marriage 190-191, 198-199 (2d ed. 1990).

54) 폭행죄·협박죄로 처벌하자는 제안의 경우, 대법원판례가 강간죄의 고소가 있지 않으면 강간죄의 일부인 폭행·협박으로 공소제기할 수 없다는 확고한 태도—“고소 불가분의 원칙”—를 취하고 있다는 점을 고려하면 현실성이 없다(대법원 1974. 4. 27. 선고, 75도3365 판결; 대법원 1974. 6. 11. 선고, 73도2817 판결).

55) 이 점에서 임웅 교수는 강요죄의 성립도 부정한다[임웅 (각주 3), 154면].

56) 이상돈, “부부강제추행과 법정폭,” 서울지방변호사회, 『시민과 변호사』(2004년 10월), 26-27면.

죄성립을 부정하는 논거로 사용될 수는 없다. 아내강간만이 아니라 혼인 외의 여성에 대한 강간 역시 목격자가 없는 경우가 대부분이므로 입증의 어려움이 크지만, 범죄 자체가 성립하지 않는다고는 말하지 않는다.⁵⁷⁾

그리고 아내강간이 처벌되면 이혼소송에서 유리한 입지를 차지하기 위하여 아내들의 가짜 강간고발이 많아질 것이라는 주장도 제기될 수 있을 것이다. 그러나 이 주장도 강한 설득력을 가지 못한다. 왜냐하면 어떤 사람이 가짜로 고발을 할 수도 있다는 이유만으로 모든 피해자에 대한 보호가 거부될 수는 없기 때문이다.⁵⁸⁾

요컨대 이러한 비판은 형법의 임무를 형사소송의 임무와 혼동하는 것이다. 그리고 이상돈 교수의 올바른 지적처럼 아내강간 사건에서 재판부는 부부 양쪽의 나레이션을 자세히 성찰해야 하고 양쪽과 모두 대화해야 하는 것은 분명하지만,⁵⁹⁾ 그 이전에 아내강간 자체는 범죄로 인정되어야만 한다. 그렇지 않다면 재판 이전 수사와 기소 단계에서 피해자의 나레이션은 사라져 버릴 것이기 때문이다.

다섯째, 국제인권법의 기준에서 볼 때도 아내강간의 부정은 문제가 있다. 1993년 유엔 총회에서 결의된 “여성에 대한 폭력의 근절을 위한 선언”(Declaration on the Elimination of Violence against Women)⁶⁰⁾ 제2조(a)는 아내강간을 “여성에 대한 폭력”의 예로 명기하고 있다. 그리고 1999년 유엔인권위원회(UN Human Rights Committee)가 한국 정부의 자유권조약 2차 보고서에 대한 심사결과를 발표하면서 아내강간이 범죄로 성립되지 않는 점에서 대하여 깊은 우려를 표시하였다는 점을 기억할 필요가 있다.⁶¹⁾

57) Finkelhor & Yllo (각주 51), at 177.

58) 한상훈 (각주 39), 199-200면.

59) 이상돈 (각주 55), 27면.

60) G.A. res. 48/104, 48 U.N. GAOR Supp. (No. 49) at 217, U.N. Doc. A/48/49 (1993).

61) UN Human Rights Committee, Concluding observations of the Human Rights Committee : Republic of Korea. 01/11/99. CCPR/C/79/Add.114, §11.

이상에서 논증하였듯이 아내강간을 인정하는 것은 현행 형법 해석으로도 필요하며 또한 가능하다. 우리 형법 조문해석상 강간죄의 객체인 ‘부녀’를 ‘배우자가 아닌 부녀’로 해석하는 것은 남성중심적인 축소해석의 산물이다.

배종대 교수는 아내강간의 인정은 “불필요한 과잉입법으로서 정당한 형법이 될 수 없다”로 비판한 바 있지만,⁶²⁾ 필자는 아내강간의 불인정은 남성편향의 ‘과소’ 범죄화이며 이를 인정하는 것이 형사정책적인 측면에서도 필요한 정당한 입법이며, 현행법에 대한 해석론으로도 아무 장애가 없다고 본다. 요컨대, 아내강간의 성립을 부정하는 해석론은 아내의 몸과 성을 남편의 소유물로 보는 남성중심주의적 사고의 산물로 이제 폐기되어야 한다. 이상과 같은 맥락에서 당시 아무런 공명(共鳴)을 얻지 못하였으나, 통설이 아내강간을 부정하는 것은 “추상적인 독일 관념론의 영향” 때문이라고 비판하며 구체적 사실을 가지고 분석하면 부부간에 강간이 성립될 수 없다고 판단할 아무 근거가 없다고 주장한 유기천 교수의 선구적 주창(主唱)은 의미가 크다.⁶³⁾

실제 우리 형법 조문을 1997년 제33차 개정 전과 후의 독일 형법조문 모두와 비교해보더라도, 우리 형법상 ‘아내강간’이 성립하지 않는다고 주장할 근거는 없다.⁶⁴⁾ 1997년의 제33차 형법개정 이전의 독일 형법 제177조는 강간죄에 있어서 “혼인외 성교”만을 처벌하도록 규정하고 있었기에, 남편에 의한 폭행·협박을 사용한 성교를 강간죄로 처벌하지 않는 것이 당시 입법자의 의도라고 해석하는 것이 정당하였다.⁶⁵⁾

62) 배종대, “아내강간죄 도입은 불필요한 과잉입법이다”, 대한변협신문 제40호 (2002.1.17).

63) 유기천 (각주 46), 124면.

64) 한인섭, “성폭력의 법적 문제와 대책”, 『인간개발연구』 제3권 제1호 (1996), 176면.

65) 김일수, 배종대 양 교수는 1997년 개정 이전의 독일 형법의 “혼인외” 문구를 인용하면서 우리나라에서의 ‘아내강간’의 성립을 부정한 바 있다[김일수, 『한국 형법 III』 (각론 상)(개정판, 1997), 340면; 배종대 (각주 46), 225면].

그러나 독일 형법은 1997년에 개정되면서 “혼인외 성교”라는 문언을 삭제하였고, 이제 강간죄의 객체에 법률상의 처가 당연히 포함되었다. 그런데 “혼인외 성교”라는 문언이 애초에 없는 우리 형법의 해석론으로는 별도의 법개정이 없다고 하더라도 ‘아내강간’은 당연히 법률적으로 성립할 수 있다 할 것이다.

그리고 아내강간을 부정하는 우리나라 학계의 통설은 1970년의 대법원 판결을 자신의 근거로 인용하고 있으나, 이 판결은 아내강간 자체를 부정하는 판결이 아니라 부부 사이에 “실질적인 부부관계”가 있는지를 핵심기준으로 하여 아내강간을 제한적으로 인정하는 입장을 취하고 있다고 해석이 가능하다.⁶⁶⁾ 그렇지만 2004년 배우자강제추행을 조건 없이 인정한 하급심 판결과 같이, 향후 대법원이 아내강간을 유보 없이 인정하도록 유사사건을 대법원으로 지속적으로 가져가는 작업이 필요할 것이다.

2. ‘아내강간’ 제한적 인정론 비판

현재 별거중, 이혼소송중 등의 경우에 한하여 아내강간을 인정하거나,⁶⁷⁾ 상습적이거나 흥기를 사용한 아내강간에 대해서는 강간죄의 성립을 인정하자는 제안이 있다.⁶⁸⁾ 이러한 입장은 이상의 경우 이외에 발생하는 아내강간은 형법이 아니라 이혼소송과정에서 위자료 부과 정도로 처리되어야 한다고 보고 있다. 이렇게 제한적으로 아내강간을 인정하는 이유는 과도한 국가형벌권의 개입을 막자는데 있을 것이다.

이에 대한 답을 하기 위하여 상술한 2004년 배우자 강제추행 사건의 사실관계를 보자. 이 사건에서 피고인 남편은 당초 아내에 의해 강간과 강제추행치상 혐의로 고소되었지만 검찰수사 단계에서 강간은 증거불충분으로 무혐의 처분을 받았다. 그렇지만 논의의 편의를 위하여

66) 대법원 1970. 3. 10. 선고, 70도29 판결.

67) 박상기 (각주 46), 151면; 조준현 (각주 46), 128면.

68) 이상돈 (각주 55), 27면.

이 사건의 사실관계가 강제추행이 아니라 강간이라고 가정하자. 이 사건 당일 새벽 피고인 남편은 그 처인 피해자가 이혼을 요구한다는 이유로 딸의 방에서 자고 있는 피해자를 안방으로 끌고 가 피해자의 옷을 억지로 벗긴 후, 피해자에게 “오늘 너 죽고 나 죽자. 밤은 기니까”라고 하면서 피해자의 두 팔을 머리 위로 올려 뒤로 꺾어 왼손으로 잡고 움직이지 못하게 하는 등으로 피해자의 반항을 억압한 다음, 오른손 엄지, 검지 손가락을 피해자의 성기와 항문에 집어넣고 마구 찔러 피해자에게 열상을 입게 하였다. 그런데 이상돈 교수는 이 사건 이후 피고인과 피해자 사이에 최종적으로 이혼조정이 이루어지고 재산분할과 위자료 판단까지 내려졌음에도, 피고인을 형사처벌하는 것은 “여성주의의 노예”가 되는 것으로 부적절하다고 평가한다.⁶⁹⁾

그러나 민법과 형법의 역할과 기능은 애초에 다르므로, 별거합의나 이혼조정이 이루어졌다는 점과 별도로 형법적 판단은 이루어져야 한다. 만약 형법이 이 사건에 대하여 개입하지 않는다면 이는 별거나 이혼을 요구하는 아내에 대한 남편의 강간은 형사불법을 형성하지 않으며, 이때 피해자 아내는 피고인의 행위를 감수하며 별거를 시작하거나 이혼소송을 제기하는 것으로 만족해야 하는 것이 법이라고 선언하는 것에 다름 아니다. 박기석 교수가 지적한대로, 이혼소송 중이거나 별거상태를 이룰 수 있는 아내의 경우에는 자신의 권리를 주장하거나 분리에 성공한 경우이며, 이마저도 이루지 못하고 고통 속에 사는 아내를 형법적으로 보호할 필요성이 더 높다.⁷⁰⁾ 그리고 상습적이거나 흥기를 사용한 아내강간에 대해서만 범죄화하자는 이상돈 교수의 주장도 동의하기 어렵다. 일회적인 강간, 흥기를 사용하지 않은 강간도 아내의 성적 자기결정권을 침해하는 것은 분명한데, 왜 이러한 유형의 강간이 비범죄화되어야 하는지에 대한 근거가 희박하다. 일회적인 강간, 흥기를 사용하지 않은 강간과 상습적 강간, 흥기를 사용한 아내강간은 양형상의

69) Id. 27면.

70) 박기석, “부부강간행위의 강간죄 성립여부,” 한국형사정책연구원, 『형사정책연구』 제15권 제4호 (통권 제60호, 2004년 겨울호), 91-92면.

차이를 만들 뿐이다.

3. 입법론

이상에서 보았듯이 아내강간을 인정하는 것은 현행 형법 해석으로도 가능하다. 그렇지만 학계의 통설이 계속 이를 부정하는 현실에서 아내강간이 인정되도록 입법적 조치를 도모하는 작업도 필요하다. 그런데 이 때 “형법이라는 큰 쇠망치”⁷¹⁾는 과도하게 그리고 선제적 발동되지 않도록 주의할 필요가 있다. 아내강간 부정론이나 아내강간 제한인정론의 바탕에는 이 점에 대한 깊은 우려가 깔려 있다.

그런데 현행 우리 법체계가 이를 위한 해결장치를 이미 마련하고 있음은 간과되고 있다. 첫째, 주지하다시피 우리 형법상 강간죄는 친고죄이다. 필자는 강간죄—아내강간을 포함한—를 ‘친고죄’가 아니라 ‘반의사불벌죄’로 변경해야 한다고 주장해왔지만,⁷²⁾ 아내강간의 경우는—반대

71) Joshua Dressler, "Where We Have Been, and Where We Might Be Going: Some Cautionary Reflections on Rape Law Reform", 46 *Clev. State L. Rev.* 409, 414 (1998).

72) 필자는 강간이라는 중한 범죄에 대한 처벌을 피해자 개인의 의사결정에 맡겨 버리는 것이 옳다고 생각하지 않기 때문이다. 단지 피해자의 고소가 없었다는 이유만으로 강간범이 형사처벌로부터 완전히 자유로워진다는 것은 국가형벌권의 사보타지이다. 김선복 교수가 논증하였듯이 친고죄는 “법관철의 공통의 이익보다 형사소추의 회피에 대한 피해자의 이익이 우월한 경우”에만 도입될 수 있는 것인데 [김선복, “친고죄에 대한 고찰”, 한국형사법학회, 형사법연구 제10호(1998), 173면], 우리 법현실에서 “친고죄 규정은 피해여성의 사생활의 비밀과 명예를 보호하는 역할보다는 오히려 잠재적 성폭력자들에게 성범죄행위로 담대히 나아갈 수 있는 동인을 제공해주는 역할을 하고 있다”고 하겠다[서보학, “형사절차상 성범죄 피해아동 보호방안”, 『형사정책연구』 제7권 제4호 (통권 제28호, 1996 겨울호), 182면]. 강간죄가 비친고죄가 될 경우 피해자의 프라이버시와 인권권이 침해될 수 있다는 우려가 있겠으나, 이는 별도의 형사절차상 피해자보호조치를 통하여 해결해야 한다. 한편, 이상돈 교수는 친고죄를 폐지하면 가해남성과 피해여성의 “관점교환”과 이에 기초한 인간주의적 용서의 여지가 봉쇄된다는 이유로 친고죄 유지를 강력 옹호한다[이상돈, 『형법학』 (1999), 83-84면]. 그의 지적처럼 가해남성의 반성이 전제된 상태에서 피해여성이 이 남성이 형사처벌로 입을 좌절과 고통을 고려하여 진정한 용서를 하는 상황이 있을 수 있으며, 이 경우에도 국가형벌권이 작동하는 것은 과도한 형벌권 행사라는 동의한다. 그러나 실제 강간사건에서는 가해남성의 반성과 “관점교환”이 일어나는 경우는 드물고 오히려 가

론자의 반발을 무마하기 위하여—친고죄로 유지하는 ‘타협책’도 고려할 필요가 있다고 본다. 이렇게 아내강간을 성립을 인정하되 그 발동요건으로 피해자의 고소를 설정한다면, 아내강간 부정론자가 우려하는 국가형벌권의 과도한 그리고 선제적 가정개입은 예방하면서도, 또한 피해자인 배우자에게는 고소권이라는 향후 가해자인 배우자와의 교섭과정에서 유용하게 활용할 수 있는 무기를 주게 된다. 구체적으로는 형법 제306조를 이하와 같이 개정할 수 있다.

제306조 (친고죄와 반의사불벌죄) ①제297조 내지 제300조와 제302조 내지 제305조의 죄는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.

②제297조 내지 제300조와 제302조 내지 제305조의 죄가 배우자에 대하여 범해진 경우에는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.

둘째, 아내강간을 범한 범죄인을 즉각 형사처벌하지 않으면서도 동일한 효과를 얻을 수 있도록 가정폭력범죄특례법을 활용하는 방안을 고민할 필요가 있다. 즉, 아내강간을 동법상의 ‘가정보호사건’(제9조)의 범위에 포함시키는 것으로,⁷³⁾ 동법 제2조 1호의 “가정폭력”의 정의에 “성적 폭력”을 추가하고, 제3호 “가정폭력범죄”의 목록에 제297조(강간),

해남성이 피해여성을 거짓말쟁이로 몰아세우는 경우가 많다는 점을 직시하여야 한다. 게다가 범죄인이 여성을 강간한 후 이를 폭로하겠다고면서 금품을 갈취하는 사례까지 벌어지고 있는 것이 우리 현실이다. 이 교수는 여성단체의 친고죄 폐지 주장에 대하여 “자신들이 경험한 현실의 여성상을 과잉으로 일반화하는 것”(Id. 84면)이라고 비판하지만, 오히려 그야말로 실제 강간 사건에서 소수의 사건에 불과한 상황을 전제로 하여 친고죄 유지를 주장하고 있다고 보인다. 그리고 그가 상정하는 “관점교환”과 인간주의적 용서가 가능하기 위해서도 처벌의 위협은 피해자의 고소와 무관하게 항시적으로 존재해야 한다.

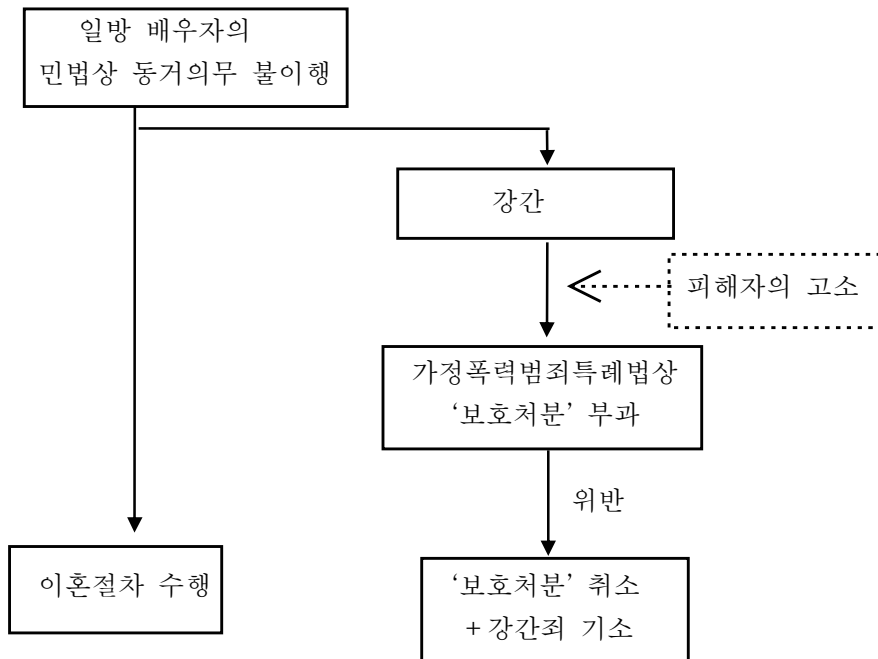
73) 유엔 인권이사회(UN Commission on Human Rights)가 작성한 ‘가정폭력에 대한 모범입법안’(A Framework for Model Legislation on Domestic Violence) 제11조는 아내강간을 가정폭력에 명시적으로 포함시키고 있다[UN Commission on Human Rights, A Framework for Model Legislation on Domestic Violence (E/CN.4/1996/53/Add.2) (2 Feb. 1996) § 11.].

제298조(강제추행), 제299조(준강간, 준강제추행) 및 제300조(미수범)의 죄를 추가할 필요가 있다.

이렇게 되면 피해자인 배우자는 각종의 '임시조치'(제29조)로 보호하고, 가해자인 배우자에게는 형법 적용 이전에 (i) 행위자가 피해자에게 접근하는 행위의 제한, (ii) 친권자인 행위자의 피해자에 대한 친권행사의 제한, (iii) 보호관찰등에관한법률에 의한 사회봉사수강명령, (iv) 보호관찰등에관한법률에 의한 보호관찰, (v) 가정폭력방지및피해자보호등에관한법률이 정하는 보호시설에의 감호위탁, (vi) 의료기관에의 치료위탁, (vii) 상담소등에의 상담위탁 등의 '보호처분'(제40조)을 부과하도록 하고, 가해자인 배우자가 보호처분의 결정을 이행하지 아니하거나 그 집행에 응하지 아니하는 때에는 법원의 직권, 피해자의 청구, 보호관찰관 또는 수탁기관의 장의 신청에 의하여 결정으로 그 보호처분을 취소하고 사건을 대응하는 검찰청 검사에게 송치하도록 단계를 조정을 할 수 있을 것이다(제46조).⁷⁴⁾ 2005년 홍미영 의원이 대표발의한 가정폭력범죄특례법 개정안은 이러한 필자의 주장을 수용한 것으로 긍정적으로 평가한다.

이상의 입법론적 제안은 사회의 여러 가지 상반되는 목소리를 절충하여 수렴해야 하는 입법부의 고민을 고려한 것으로, 이를 간략히 도해화하자면 다음과 같다.

74) 보호처분이 확정된 후에 이를 이행하지 아니한 행위자는 2년 이하의 징역이나 2천만원 이하의 벌금 또는 구류에 처하도록 규정되어 있다(가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제63조).



IV. 맺음말

과거 오랫동안 아내강간의 문제는 우리 형사법 이론과 실무에서 외면되었지만, 이제 본격적인 조명의 대상이 되고 있다. 아내강간을 인정하는 주장에 대하여, “그렇다면 부부 사이에 성교를 범죄화하는 것이냐”라는 황당한 반발에서부터, 부부관계의 특수성을 고려하여 국가형벌권의 개입을 자제해야 한다는 이론적 비판에 이르기까지 여러 가지 반응이 나타난 바 있다. 부부 사이의 폭행이나 협박 없는 합의에 의한 성교는 아무런 문제가 되지 않음은 말할 나위가 없다. 아내강간의 문제는 배우자를 폭행하고 협박을 해서 성적 욕구를 충족시키는 제한된 사람들에게 대하여 국가가 어떠한 메시지를 던질 것인가의 문제이다. 배우

자 폭행도 범죄이며 이 범죄는 형사적 제재를 받아야 한다는 것이 분명할진데, 배우자에 대하여 폭행 보다 불법의 양과 질에서 중대한 범죄인 강간을 범한 자를 형사적 제재의 대상 밖으로 위치지우는 것은 국가의 직무유기이다. 아내강간을 범죄화하는 것은 그동안 남성중심적 관념에 따라 ‘과소범죄화’되어 있던 영역을 ‘정상화’하는 작업이기에, 국회와 법원은 이 점을 유념하여 법개정과 판결에 임해야 한다. 성적 자기결정권은 혼인 이후라고 하여 폐기되지 않는다. 부부 간의 즐거운 성은 각 배우자의 자유로운 성적자기결정권의 행사에 기초할 때 가능한 것이지, 폭행과 협박으로 이루어지는 것이 아니다.

아내강간, 강제추행 - 어떻게 바라볼 것인가?

윤주호 (본 상담소 법정지원팀)

1. 2004년 8월 20일 아내 성추행 첫 유죄 판결

서울중앙지법 형사합의22부(최완주 재판장)는 2004년 8월 20일 아내를 강제 추행하고 다치게 한 혐의로 불구속 기소된 K모씨에 대해 징역 2년6월에 집행유예 3년을 선고했다. 재판부는 이날 판결에서 "피고인은 아내인 피해자가 이혼을 요구한다는 이유로 피해자의 두 손을 움직이지 못하게 하고 강제로 성추행해 상해를 입히는 등 공소사실이 유죄로 인정된다"며 "부부간 성적 자기결정권을 침해하는 이러한 행위는 용인될 수 없다"고 밝혔다. 피고인은 2002년 9월 기소됐으나 피고인과 아내의 주장이 엇갈려 거짓말 탐지기 등을 통해 조사한 결과, 피고인은 거짓 반응이, 아내는 진실 반응이 나오자 피고인이 공소사실을 모두 시인한 것으로 전해졌다. 재판부는 또한 '부부 강간'에 대해 무죄를 선고한 지난 1970년 판례에 대해 "이번 사안은 부부간 강제추행의 경우로 대법원 판결에 저촉된다고 볼 수 없고, 대법원 판례가 강제추행까지 부정하는 취지더라도 30년 넘게 경과한 현 시점에서는 재검토할 여지가 있다"고 밝혔다.

2. 아내강간(또는 강제추행)¹⁾불성립, 깨지지 않는 신화

대법원은 1970. 3. 10. 70도29 판결에서 피고인에 대한 피해자의 이혼의사가 철회되었다고 하면 정교승락이나 정교권 포기의 의사표시를 철회한 상태에 있었다고 단정하기는 어려울 것이라는 판단하에 강간죄 성립을 부정하였다. 이 판례의 내용에서 유추해보면 대법원은 ‘혼인’관계에서는 정교승락이나 정교권 포기의 의사표시가 인정되는 듯한 판시를 하고 있다. (판례는 혼인관계가 실질적으로 해소되었다고 볼 수 있다면 강간죄의 성립을 인정하는 듯한 판시를 하고 있는 바 여기에서도 유추해석이 가능하다고 본다.) 그리고 대부분의 교수들의 견해에서도 뚜렷한 이유를 내세우지는 않지만 배우자 강간에 대해서 ‘강요죄’ 등의 성립을 인정할 수는 있으나 ‘강간죄’의 성립을 부정하고 있다²⁾. 이와 같은 입장에서 교과서에서는 강간죄의 객체에 대해서 ‘아내’를 제외하고 있다고 해석하고 있다.

그러나 위 판례의 해석은 크게 두 가지 점에서 문제가 있다고 보인다. 첫 번째 문제는 가족법에서 인정하지 않는 포괄적인 정교승낙의무를 인정하는 것이며 두 번째로는 (사실 이는 의혹이지만) 이러한 해석이 강간이라고 하는 죄가 결과적으로 정조를 보호하기 위한 죄라는 구래를 답습하고 있지 않는가라는 점이다.

3. 배우자의 포괄적인 정교승낙의무?

위 대법원 판례를 보면 실질적으로 혼인의 의무로 ‘포괄적인 정교

1) 이하 아내강간이라고 표기한 것은 아내강간, 강제추행 모두를 포괄하는 개념으로 사용함. 다만 그 내용은 주로 강간에 관한 내용이 담기기도 한다.

2) 이재상 제4판 형법각론 p.155 등.

승낙'의무를 인정하는 것과 같은 해석이 될 수 있다. 즉 혼인관계가 실질적으로 해소되었다면 강간죄가 성립하고 그렇지 않다면 강간죄가 인정될 수 있다는 점에서 보건대 대법원은 실질적인 혼인관계에서는 정교승낙의무를 전제하고 있다고 보인다. 그러나 과연 이러한 해석이 가능한가에 대해서 고려해 보아야 한다.

먼저 가족법에서 과연 정교승낙의무를 인정할 수 있겠는가? 가족법에서 부부의 일반적 권리의무로는 크게 '동거의무, 협조의무, 정조의무'를 들고 있다,³⁾ 교과서의 내용에서는 이 외에 따로 언급이 없고 동거의무의 내용에도 명시적으로 정교승낙의무를 언급하고 있지 않는바 정교승낙의무를 부부의 의무로 인정하고 있지 않는 것으로 해석된다. 다만 그 암묵적인 해석으로 동거의무를 정교승낙의무로까지 해석할 수는 있을 것이다. 즉 동거의무 속에는 생활공동체로서의 가정을 의미하고 있기 때문에 이를 인정할 여지도 있다고 보인다. 그러나 '생활공동체'라고 하는 것은 서로가 서로에게 공동체를 구성하는 것, 즉 서로에 대한 배려와 그 속에서의 협조를 의미한다고 보인다. 이러한 공동체에 있어서 한쪽의 성적자기결정권을 침해하는 것을 용인해야 한다는 점은 해석의 범위를 넘어서는다고 보인다.

또한 설혹 정교승낙의무를 인정한다고 하더라도 '강간'이라고 하는 범죄가 성립하지 않는다고 하는 것은 문제가 있다. 한국에서의 형법에는 '비동의간음죄', 즉 의사에 반하는 것만으로는 강간이 인정되지 않고 있다. 강간이 성립하기 위해서는 강도에서의 최협의 폭행·협박보다는 조금 더 완화되어 있지만 폭행·협박이 필요하다는 점에서 아내 강간죄를 부정하는 것은 공동체에서의 용인의무를 넘어서는 것을 아내에게 강요하는 것이라고 생각된다. 즉 단순히 의사에 반하는 정도가 아닌 폭행·협박 후의 간음이나 추행행위라고 한다면 아내강간을 인정

3) 이경희 가족법 p.64~66

하는 것이 오히려 부부간의 공동체의 원활한 유지를 위해 필요하다고 생각된다.

또한 학설은 그 근거를 들고 있지 않아 제대로 언급할 수 없지만 학설의 가장 큰 문제는 근거가 없다는 것이다. 학설에서는 강간죄는 성립하지 않는다고 하며 강요죄는 성립한다고 하고 있다. 강요죄는 의무없는 일을 하게 한 경우에 인정된다. 그렇다면 부부간의 정교승낙의무를 인정하지 않는 것으로 해석된다. 그렇다면 부부간에는 정교승낙의무조차 없는데 강간죄가 성립하지 않는다고 하는 것은 어떠한 근거에서인지 사실 궁금하다.

4. 강간죄의 보호법익은 무엇인가?

이에 대해 학설과 판례는 성적 자기결정권이라고 하고 있다. 그러나 과연 성적 자기결정권이라는 해석을 하면서 아내 강간을 인정하지 않을 수 있는지에 대해서 의문이 든다.

이를 논의하기에 앞서 정조의 정의와 성적 자기결정권의 정의에 대해 논의해보자. 정조의 정의는 ‘여자의 깨끗한 절조 혹은 성적 순결’을 의미한다. 그리고 성적 자기결정권이라고 하는 것은(강간, 강제추행에서 보호되는 것은 소극적 성적 자기결정권) 개인의 성적 자유 내지 애정의 자유를 의미한다.

즉 강간죄의 보호법익을 정조로 해석한다면, 여자의 깨끗한 절조 혹은 성적 순결이 보호법익이라고 한다면 여기에서 아내 강간은 제외될 수 있다. 즉 개념적으로 여자의 깨끗한 절조 혹은 성적 순결에서 아내의 남편에 대한 순결은 인정되지 않는바 아내 강간은 성립할 여지

가 없게 되는 것이다. 그러나 이와 다르게 성적 자기결정권이 보호법익이라고 해석한다면, 개인의 성적 자유 내지 애정의 자유라고 해석을 한다면 여기에서 아내 강간은 성립할 수 있게 된다. 즉 개념적으로 성적 자기결정권에서의 여성에서 아내의 남편에 대한 성적 자기결정권은 인정될 수 있게 된다는 점이다.

이런 점에서 지금의 학설과 판례가 과연 강간죄의 보호법익을 성적 자기결정권이라고 하면서 아내를 그 객체에서 제외하는 것이 합치되는 해석인지 의심이 든다. 만약 학설과 판례에서 진정으로 성적 자기결정권이 보호법익이라고 한다면 아내가 강간죄의 객체에서 제외될 수 있는지 의심이 든다.

5. 혼인의 프라이버시권 보호

판례의 논리 이외에 아내 강간의 성립을 부정하는 견해로는 혼인의 프라이버시권을 보호해야 하므로 아내 강간을 처벌할 수 없다는 입장이 있다⁴⁾. 이러한 생각은 사실 우리에게도 남아 있었는데 과거 경찰에서 가정폭력에 미온적으로 대처하면서 내세운 가정사에 개입할 수 없다는 입장이 그것이다. 그러나 근래에는 이러한 관례에서 벗어나 가정폭력에도 적극적으로 대처해야 하며 특히 이제는 신고가 있으면 주거에 들어가서라도 이에 개입해야 한다는 것으로 입장이 바뀌고 있는 추세이다.

강간은 형법전의 규정을 살펴보면 단기 3년의 징역에 처할 수 있는 중죄이다. 그로 인해 피해자는 후유증에 시달려야 하는 범죄이며 인간의 자유권을 침해하는 범죄이다. 이러한 범죄로부터 피해자를 보호해야 하는 것과 혼인의 프라이버시권을 보장해야 한다는 것 간의 비

4) 이는 한국에는 명시적으로 인정하는 견해는 없고 다만 외국에서 아내 강간을 부정하는 견해로 존재하였다.

교형량을 해본다면 과연 위의 주장이 타당한지 의심이 든다.

또한 친고죄로 규정되어 있는 강간에 있어서 수사가 이루어지기 위해서는 고소가 있어야 한다.⁵⁾ 그렇다면 이미 혼인의 프라이버시권의 영위주체로부터 이에 대한 고소가 있었다고 한다면 이는 혼인의 프라이버시권은 영위주체가 스스로 포기한 것인바 혼인의 프라이버시권 때문에 아내 강간을 처벌할 수 없다는 주장은 근거가 박약해 진다.

6. 외국의 경우

미국에서는 ‘혼인의 프라이버스 보호’, 혹은 ‘철회할 수 없는 암묵적 동의’의 이론 등을 통해 아내강간을 처벌하지 않았었다. 이러한 경향은 영국에서도 동일하게 1990년대 초까지 아내에 대한 강간은 1976년 개정성범죄법의 불법적인 성교에 대항되지 않는다는 논리가 강하였다.

그러나 미국에서는 1984년 판결을 기점으로 배우자 강간의 면책이 부정되었다. 이 판례에서는 강간이 단순히 당사자가 동의하지 않는 성행위가 아니라 피해자의 신체적 연결성을 침해하고 장기간의 심각한 육체적·정신적 피해를 종종 초래하는 모멸적·폭력적 범죄라고 하면서 혼인증명서가 남편이 형사면책을 갖고서 아내를 강간할 수 있는 자격정으로 파악되어서는 안된다고 보았다. 영국에서도 1991년 최고법원의 전원합의체 판결에 의하여 이 이론을 공식적으로 폐기하였다.

이를 입법적으로 살펴보면 미국 아칸사스, 캘리포니아 등에서는 배우자를 행위객체에서 제외하고 있지만 이러한 주에서도 이제는 ‘배우자 강간’규정을 따로 신설하여 그에 대한 처벌을 하고 있다. 그러나 이

5) 물론 친고죄에서의 고소가 수사의 필수요소는 아니지만 아내 강간은 사실상 고소가 수사의 단서로 작용할 수밖에 없다는 점에서 그러하다는 것이다.

러한 배우자 강간을 처벌하는 것의 범위는 각 주마다 차이가 있는 것으로 보인다. 20여 개 주에서는 입법이나 판결을 통해서 배우자 강간을 일반적인 강간 사건과의 모든 차이를 없앴고 나머지 주는 배우자 강간의 면책을 제한적으로 도는 조건부로 인정하는 태도를 취하고 있다. 이에는 부부가 사실상 또는 법적으로 별거하거나 이혼소송을 제기한 경우에만 ‘배우자 강간의 면책’을 인정하지 않는 주가 있으며, 나머지 주는 비동의간음의 경우에만 면책을 인정하고 있다⁶⁾.(이런 주들은 한국의 입장에서 보면 배우자 강간을 처벌하는 것이 된다)

독일의 경우에는 형법 규정으로 ‘혼인외 성교’라는 객체를 제한하고 있었으나 33차 개정 형법을 통해서 ‘혼인외’라는 문구를 삭제하여 부부 간에도 강간죄가 성립할 수 있게 되었다.

7. 결론 및 입법론

앞에서 검토한 바와 같이 강간죄의 객체에서 ‘아내’를 제외하는 것은 혼인에서 인정되지 않는 ‘정교승낙의무’를 인정한 것과 같은 결과가 되어 부당하며 설혹 인정된다고 하더라도 ‘최협의의 폭행·협박’에 근거한 간음, 추행까지 합법으로 승화시켰다는 점에서 부당하다. 또한 해석론으로 아내의 성적자기결정권을 부정하는 것은 강간죄에서의 보호법익을 ‘성적 자기결정권’이라고 해석하는 체계와도 일치되지 않는다는 점에서 이는 바뀌어야 한다. 다만 한국에 있어서 독일처럼 입법적으로 해결할 필요가 있는가라는 데에는 의구심이 든다. 이미 ‘부녀’로 규정되어 있어 배우자를 제외하고 있지 않는 것을 고려하여 문헌 그대로 부녀로 해석하면 될 것이다. 만약 아내 강간을 인정하는 규정이 도입된다면 이는 주의적인 규정이라고 보는 것이 옳다.

6) 조국, 형사법의 성평향, 제2판 p22, 23

다만 입법적으로 꼭 해결을 해야 하는 부분은 가정폭력범죄의처벌
등에관한특례법(이하 ‘가폭법’)에 있어서 제2조 제2호에서 가정폭력의
정의를 내리고 있는데 여기에 가정에서의 강간, 강제추행이 인정되지
않고 있는데 이를 인정할 필요가 있다. 가폭법에서는 보호처분으로 피
해자로부터의 격리 등을 명령할 수 있는바 그 인정의 필요가 있다고
하겠다.

대 법 원

판 결

사 건	** * ** 폭력행위등처벌에관한법률위반
피 고 인	○○○
상 고 인	피고인
변 호 인	변호사 ○○○
원 심 판 결	○○고등법원 1969. 12. 11. 선고 ** * *** 판결
판 결 선 고	1970. 3. 10.

【판시사항】

처가 다른 여자와 동거하고 있는 남편을 상대로 간통죄 고소와 이혼소송을 제기하였으나 그 후 부부간에 다시 새출발을 하기로 약정하고 간통죄 고소를 취하한 경우에는 설령 남편이 폭력으로서 강제로 처를 간음하였다 하더라도 강간죄는 성립되지 아니한다.

【판결요지】

처가 다른 여자와 동거하고 있는 남편을 상대로 간통죄고소와 이혼소송을 제기하였으나 그 후 부부간에 다시 새 출발을 하기로 약정하고 간통죄고소를 취하하였다면 그들 사이에 실질적인 부부관계가 없다고 단정할 수 없으므로 설사 남편이 강제로 처를 간음하였다 하여도 강간죄는 성립되지 아니한다.

【참조조문】

형법 제297조

【전 문】

【피고인, 상고인】 피고인

【원심판결】 제1심 경주지원,
제2심 대구고등 1969. 12. 11. 선고 ** * *** 판결

이 유

변호인의 상고이유를 보건데,

원심이 지지한 1심판결이유에 의하면, 피고인이 간음한 여자는 그 아내인 공소의 1로서 간음당시 법률상 부부의 신분관계는 해소되지 않았어도 동녀가 이미 이혼소송을 제기하였고, 또 피고인은 공소의 2란 다른 여자와 동거중이라 실질적으로는 피고인과 공소의 1은 서로 상대방에 대한 정교승낙의 철회 내지 정조권 포기의 의사표시를 철회한 상태에 있었으므로 이러한 상태하에 있는 동녀를 간음하기 위하여 폭력으로 그 반항을 억압하고 강제로 그를 간음한 이상 강간죄에 해당한다고 판시하고 있다.

그러나 기록에 의하면, 공소의 1은 피고인을 간통죄로 고소함과 동시에 이혼소송을 제기하였다 하여도 그는 1심법정에서 본건 간음사건이 일어나기 이를 전에 피고인으로 하여금 공소의 2를 보내고 서로 새출발을 하기로 협의를 한후 고소를 취하하였다고 진술하고 있음이 뚜렷하므로 이런 정으로 보면, 피고인과 공소의 1과의 사이에 실질적으로 부부관계도 없고 따라서 서로 정교승락이나 정조권 포기의 의사표시를 철회한 상태에 있었다고 단정하기는 어려운 것임에도 불구하고 만연 피고인에게 정교청구권이 없다는 것을 전제로하여 피고인의 본건 간음행위로 강간으로 다스린 것은 필경 증거를 그릇 판단한 것이 아니면 강간의 법리를 오해한 위법이 있고 이는 판결에 영향이 있다 할 것이다.

재판장 대법관 김영세 _____

주심 대법관 김치걸 _____

 대법관 사광옥 _____

 대법관 홍남표 _____

 대법관 양병호 _____

서 울 중 앙 지 방 법 원

제 2 2 형 사 부

판 결

사 건 2003고합1178 가. 강제추행치상
나. 폭력행위등처벌에관한법률위반
(야간·공동협박)

피 고 인 ***

검 사 ***

변 호 인 법무법인 ** 담당변호사 ***

판결선고 2004. 8. 20.

주 문

피고인을 징역 2년 6월에 처한다.
다만, 이 판결확정일로부터 3년간 위 형의 집행을 유예한다.

이 유

범 죄 사 실

피고인은

1. 2002. 9. 17. 00:30경 서울 **구 **동 *** * 소재 **아파트 ***동 ***호 피고인의 집에서 그 처인 피해자 *** (여, **세)이 이혼을 요구한다는 이유로 딸의 방에서 자고 있는 피해자를 안방으로 끌고 가 피해자의 옷을 억지로 벗긴 후, 피해자에게 “오늘 너 죽고 나 죽자. 밤은 기니까”라고 하면서 피해자

의 두 팔을 머리 위로 올려 뒤로 꺾어 왼손으로 잡고 움직이지 못하게 하는 등으로 피해자의 반항을 억압한 다음, 오른손 엄지, 검지손가락을 피해자의 성기와 항문에 집어넣고 마구 찌르는 등으로 피해자를 강제로 추행하고, 이로 인하여 피해자로 하여금 치료기간 미상의 항문부위 열상을 입게 하고,

2. 같은 날 02:30경 같은 장소에서 위 피해자가 계속 이혼을 요구한다는 이유로 서랍 안에 있던 칼을 꺼내어 보여주면서 “이혼은 안 되니까 차라리 나를 이 칼로 죽여라. 같이 죽자. 약을 먹고 죽으면 안 된다. 피를 철철 흘리면서 죽자”라고 말하는 등 피해자의 신체에 어떠한 위해를 가할 것 같은 태도를 보여 피해자를 협박하였다.

증거의 요지

1. 피고인의 일부 범정진술
1. 증인 ***의 범정진술
1. 의사 *** 작성의 진단서의 기재

변호인의 주장에 관한 판단

변호인은 피고인이 이 사건 범행 당시 술에 취하여 심신미약의 상태에 있었다는 주장을 하므로 살피건대, 앞에서 든 각 증거에 의하면 피고인이 이 사건 범행 당시 술을 다소 마셨던 사실은 인정되나, 한편 위 증거에 의하여 인정되는 이 사건 범행의 경위, 수단, 범행 전후의 피고인의 행동 등 제반 사정에 비추어 보면 피고인이 범행 당시 주취로 인하여 사물을 변별할 능력이나 의사를 결정할 능력이 미약한 상태에 이르렀다고는 보이지 아니하므로 위 주장은 받아들이지 아니한다.

법령의 적용

1. 범죄사실에 대한 해당법조 및 형의 선택
 - 강제추행치상의 점 : 형법 제301조, 제298조(유기징역형 선택)
 - 폭력행위등처벌에관한법률위반의 점 : 폭력행위등처벌에관한법률 제2조 제2항, 제1항, 형법 제283조 제1항(징역형 선택)
1. 경합범 가중
 - 형법 제37조 전단, 제38조 제1항 제2호, 제50조(형이 더 무거운 강제추행치상죄에 정한 형에 경합범 가중)
1. 작량감경

형법 제53조, 제55조 제1항 제3호(아래 양형이유에서 보는 유리한 정상 참작)

1. 집행유예

형법 제62조 제1항(아래 양형이유에서 보는 유리한 정상 참작)

양형의 이유

혼인한 부부는 상대방의 성적 요구에 응할 의무는 있지만 각자의 성적 자기결정권을 포기한 것으로 볼 수는 없으므로 부부간의 관계에 있어서도 성적 자기결정권은 여전히 보호되어야 한다. 따라서 부부의 일방이 폭력을 행사하여 성폭행을 하는 행위는 타방의 성적 자기결정권을 침해하는 행위로서 형사처벌의 대상이 된다고 할 것이다. 특히 부부간의 관계는 타인이 간섭하기 어려운 특성이 있어 그 범행이 반복될 수 있다는 점에서 엄한 처벌이 필요하다고 할 것이다.

다만 피고인이 자신의 잘못을 뉘우치고 반성하고 있는 점, 초범인 점, 술에 취한 상태에서 우발적으로 이 사건 범행에 이른 것으로 그 경위에 참작할 만한 사정이 엿보이고 피해자의 상해의 정도가 그다지 중하지 아니한 점, 피고인이 피해자와 이혼하여 재범의 위험성이 없는 점, 피해자가 피고인과의 사이의 가사사건 임의조정에서 500만 원을 지급 받은 후 즉시 피고인에 대한 형사고소를 취하하고 형사사건 재판부에 합의서를 제출하기로 하였는데 피고인이 500만 원을 변제공탁한 점 등 참작할 만한 사정이 있으므로, 이번에 한하여 형의 집행을 유예하기로 하여 주문과 같은 형을 선고한다.

재판장 판사 최완주 _____

 판사 김갑석 _____

 판사 박연주 _____

성폭력 피해생존자의 인권을 존중하는 대법원 판결을 기대한다!

성폭력은 피해생존자의 인권을 침해하는 사회적 범죄행위로, 특히 여성과 어린이의 자유롭고 안전한 삶을 위협하고 있다.

다행히 우리사회에서도 90년대 이후 문제의 심각성을 인식하고 성폭력특별법 등 관련 법과 제도들이 마련되고 있다. 그러나 아직도 성폭력범죄 피해생존자들은 피해자이면서도 오히려 “혹시 유발하지 않았나?”, 심지어 “즐기지 않았나?”하는 의심과 비난을 받고 있다. 성폭력 고소율 6.1%(1998, 한국형사정책연구원), 기소율 43%(2004, 법무부)라는 사실은 피해생존자들의 현실이 얼마나 열악한지 가늠할 수 있게 한다.

특히 우리나라 형법은 여자들이 '완강히 저항'하지 않는 한 합의에 의한 성관계로 파악한다. 따라서 폭행과 협박 상태에서 죽을 각오로 저항하지 않으면 강간으로 입증받기 어렵다. 그 이외에도 장애인이라 하더라도 항거불능 상태였음을 입증해내야 하는 문제나 부부사이에 가장 치욕스러운 경험이라고 호소하는 아내강간은 1970년 대법원 판례이후 강간 성립 자체를 부정당하고 있다. 또한 어린이 성폭력의 경우에는 단 하나의 증거일 수 있는 피해어린이의 진술이 일관성이 없다는 이유로 인정받지 못하고 있다. 이와 같이 법 자체를

매우 협소하게 이해하거나 피해자에게 불리한 방식으로 해석되는 방식은 이제는 사법체계 내에서 관행으로까지 굳어져 다른 성폭력 사건의 불기소와 무죄판결에까지 큰 영향을 미치고 있다.

한국성폭력상담소는 지난 15년 동안 53,000여회 상담사례를 지원하면서 이와 같은 성폭력에 관한 법적 규정과 판단으로 인해 성폭력 피해생존자들이 제2의 고통을 받고 있음을 상담 현장에서 너무도 많이 보아왔다. 또한 2003년 본 상담소에서 실시한 <법조인의 성별의식 조사>연구에서 법조인들의 객관성이 사실상 남성중심적 사회문화에 토대를 두고 있으며 이에 따라 성폭력 피해생존자들의 경험과 의식을 반영하지 못하고 있음을 확인한 바 있다.

이제는 법원이 성폭력 사건의 재판 과정에서 “객관성”이라는 이름으로 얼마나 많은 피해여성들을 고통으로 몰아넣고 있는지를 성찰해야 한다. 그동안 우리의 법체계가 피의자(피고인)의 인권을 중심으로 고려하였다면, 이제 피해자의 인권을 돌아보아야만 한다. 무엇보다 남성 중심적인 우리사회의 잘못된 통념에 가려져 들리지 않았던 피해자의 목소리와 절규에 귀기울여야 한다.

우리는 그 변화의 일환으로 대법원 판례 바꾸기를 강력하게 요청한다. 대법원 판결의 경우, 하급심의 판결에 준거가 되고 검찰의 기소 여부에 큰 영향을 주고 있다는 점을 고려할 때, 대법원의 판례는 해당 사건에 대한 판결 그 이상의 의미를 갖고 있다고 할 수 있다. 그러하기에 성폭력 피해의 특수성을 전혀 고려하지 못하는 다음과 같은 대법원 판례는 성폭력에 대해 둔감했을 뿐 아니라, 결과적으로 성폭력을 묵인, 조장하는 결과를 낳았다고 생각한다.

- (1) 폭행과 협박을 매우 협소하게 판단하는 강간죄의 최협의설
- (2) 항거불능 상태임을 입증해야 하는 장애인 성폭력
- (3) 성폭력 성립 자체를 부정당하는 아내강간
- (4) 진술의 일관성이 부족하다는 이유로 인정받기 어려운 어린이성폭력

앞으로 우리는 성폭력 피해생존자와 반성폭력활동가, 그리고 법조인들이 함께 각 주제별 워킹을 통한 평석자료집을 발간할 것이다. 그리고 이 자료는 존엄, 정의, 고귀, 위엄, 그리고 여성의 색깔로 상징되는 “자주색 봉투”에 담겨 향후 매월 정기적으로 대법원을 비롯한 전국의 각 법원과 검찰청의 법조인에게 배달될 것이다. 또한 더 많은 사례 수집과 주제 발굴로 내용을 내실화시킴과 동시에 토론회, 언론 기고와 같은 다양한 방법들을 동원하여 대법원 판례 바꾸기 운동을 전개해 나갈 것이다.

우리는 이 운동이 법조인들에게 성편향적이었던 사법 관행을 돌아보고 성찰하는 계기를 줄 수 있기를 기대한다. 그리고 우리나라 형사사법체계가 피해생존자의 권익을 보장하는 출발점이 될 수 있기를 희망한다. 아울러 이 운동이 성폭력 없는 자유롭고 평등한 세상을 향한 커다란 울림이 되어, 오히려 피해자를 비난하는 잘못된 우리사회의 인식을 변화시키고 성폭력 근절을 위한 작은 실천들을 이끌어 갈 수 있으리라 믿는다.

2006. 7. 24

사단법인 한국성폭력상담소

성폭력 조정하는
대법원 판례 바꾸기

판례/바꾸기/운동/ 7차 자료집
“ 최협의설 ” 비판(7)
아내강간(1)

- ☐ 발 행 일 2007년 1월 31일
- ☐ 발 행 인 이 미 경
- ☐ 발 행 처 사단법인 한국성폭력상담소
(121-884) 서울 마포구 합정동 366-24 2층
Tel. 02-338-2890 | Fax. 02-338-7122
E-mail. ksvrc@korea.com
web-site. <http://www.sisters.or.kr>
- ☐ 편집책임 자주
- ☐ 인 쇄 카피플러스(02-322-1049)

성폭력 조장하는
대법원 판례 바꾸기

판/례/바/꾸/기/운/동/ 여덟번째 자료집

“ 최협의설 ” 비판(8) 아동성폭력에 대한 쟁점(1)

주최 : (사)한국성폭력상담소

후원 : 서울특별시 여성발전기금

성폭력 조장하는 대법원 판례 바꾸기 8차 자료집

목 차

성폭력 조장하는 대법원 판례 바꾸기 운동 소개	1
다양한 목소리로, 희망을 담아 - 이미경 (본 상담소 소장)	3
최협의설 옹호론에 대한 재반론 - 이경환 (본 상담소 법정지원팀)	6
‘성추행’의 개념에 대한 판례의 입장에 대하여 - 대법원 2006도6791호 판결을 중심으로 - 조인섭 (변호사)	16
- 대법원 판결문	27
성폭력을 조장하는 대법원 판례바꾸기 운동 취지문	29

성폭력 조장하는 대법원 판례 바꾸기란?

“성폭력을 조장하는 대법원 판례바꾸기 운동”은 그동안 피해자의 특수성을 고려하지 않고 진행된 대법원 판례가 성폭력문제 해결과 피해자의 권리회복에 둔감했을 뿐만아니라, 결과적으로 성폭력을 조장하는 결과를 낳았다고 보고, 법조인들의 성편향적인 사법관행 성찰과 대법원 판례의 변화를 촉구하는 운동입니다.

이 운동은 뜻을 함께하는 법조인, 학자, 반성폭력활동가들의 참여로 매월 대법원 판례 평석문을 발간하여 존엄, 정의, 고귀, 위엄, 그리고 여성의 색깔로 상징되는 “자주색 봉투”에 담겨 대법관을 비롯한 헌법제판관과 전국 각 법원, 검찰청에 배달될 것입니다.

2006년 7월에 시작된 이 운동은 판례평석 이외에도 토론회, 언론기고 등의 다양한 방법으로 앞으로 1년 동안 지속적으로 펼쳐집니다.

1차 자료집 (2006년 7월)

- 성폭력을 조장하는 대법원 판례바꾸기 운동 취지문
- 강간죄의 폭행·협박의 정도에 관한 판례의 입장에 대하여 / 조인섭(변호사)
- 최협의설 판례평석-92도259 / 이경환(본 상담소 법정지원팀)
- ‘의제화간’의 메커니즘 : 강간죄 해석에 있어서의 최협의 폭행·협박설 비판
/ 신윤진(본 상담소 법정지원팀)
- 디딤돌 판결 - 2004고합228 / 서울북부지방법원 제11형사부

2차 자료집 (2006년 8월)

- "성폭력 조장하는" 대법원판례 ? / 한인섭(서울대 법대 교수)
- 강간죄 폭행·협박의 최협의설에 대한 판례평석- 90도 2224 / 장임다혜(본 상담소 법정지원팀)

3차 자료집 (2006년 9월)

- 존엄, 정의의 자쫓빛 메시지로 / 이미경(본 상담소 소장)
- 최협의설에 따른 판례 평석-2005도3071 / 조민영(변호사)
- 판례 속에 드러난 강간죄 범리의 문제점 / 레페(본 상담소 법정지원팀)
- 최협의설 적용을 완화된 판결

4차 자료집 (2006년 10월)

- 최협의설을 인용한 대법원 판례의 문제점과 개선방향에 대한 소고 - 2004도2611
/ 박용철(서강대 법학과 조교수)
- 상담사례를 통해 본 최협의설의 문제점 / 이경환(본 상담소 법정지원팀)
- 미국 주형법 강간죄 개정과 관련 판례 검토 / 장임다혜(본 상담소 법정지원팀)

5차 자료집 (2006년 11월)

- 최협의설의 자성? - 2005도3071판결의 의미와 시사점 / 이호중(외대 법대 교수)
- 형사절차에서의 제2차 피해, 그리고 최협의설 / 윤주호(본 상담소 법정지원팀)

6차 자료집 (2006년 12월)

- 강간죄 구성요건 해석에 있어 최협의설의 문제점-2001도230판결 / 이유정(변호사)
- 최협의설의 존재 이유? - 2001도4462 판례평석 / 이주희(본 상담소 법정지원팀)

7차 자료집 (2007년 1월)

- 최협의설을 존속시키는 두 가지 심리적 지지기반 / 이경환(본 상담소 법정지원팀)
- 아내강간·남성편향의 ‘과소 범죄화’ 극복하기 / 조국(서울대학교 법과대학 교수)
- 아내강간, 강제추행 - 어떻게 바라볼 것인가? / 윤주호(본 상담소 법정지원팀)

■ 성폭력을 조장하는 대법원 판례바꾸기운동 여덟 번째 자료집을 내며

다양한 목소리로, 희망을 담아

이미경(본 상담소 소장)

안녕하십니까? 봄이 오고 있습니다. 벌써 들판엔 새싹이 움트고, 나무엔 연두빛 어린잎들이 나오려하네요. “성폭력을 조장하는 대법원 판례 바꾸기 운동”이 더운 여름에 시작하여 가을과 겨울을 지나 봄을 향하는 동안, 어느덧 여덟 번째 자료집을 준비하게 되었습니다.

법 제도를 해석하는 법조인들의 인식의 변화를 꾀하고자 시작한 이 운동은 처음 6개월 동안, 성폭력 문제에 있어 가장 고질적인 문제로 지적되었던 최협의설을 집중적으로 분석했습니다. 상담현장에서 보면, 많은 사례들이 폭행과 협박을 매우 협소하게 판단하는 강간죄의 최협의설에 의해 기소조차 되지 않거나 법원에서도 무죄가 선고되는 경우들이 많습니다. 이러한 경향에 비추어 보았을 때, 최근 눈에 띄는 몇몇 전향적인 판결들은 매우 의미 있는 변화라고 보여 집니다. 그러나 여전히 최협의설은 위력적이고 대부분의 성폭력 사건의 판단에 매우 중요한 영향을 미치고 있기 때문에 앞으로도 지속적으로 문제제기를 할 예정입니다.

이러한 최협의설에 대한 문제제기와 더불어, 지난 7차 자료집부터는

‘아내강간’을 시작으로, 성폭력에 대한 새로운 주제들로 확대하기 시작하였습니다. 아내강간 문제 역시 법적인 근거가 없는 것은 아니나, 우리 사회의 가부장적인 인식은 혼인이라는 법적 관계를 성적 자기결정권의 예외적인 범주로 설정해왔습니다. 또한 이 문제는 나아가 ‘애정을 기반으로 하는 관계에서 강간은 성립하지 않는다’는 통념을 기반으로 하고 있습니다. 아직 사회에 드러난 ‘아내 강간’ 사건과 관련판례가 극히 드문 관계로 아쉽게 1회로 마무리 지을 수밖에 없었으나 앞으로도 많은 논쟁이 예상되는 문제라고 할 수 있습니다.

최협의설, 아내강간에 이어 이번 호부터 본격적으로 다루어질 세 번째 주제는 ‘아동성폭력에 대한 쟁점’입니다. 성폭력특별법의 개정으로 진술녹화제도나 신뢰관계인의 동석제도, 아동성폭력전담센터 개소 등 어린이성폭력 피해생존자의 권리보장을 위한 법적, 제도적 장치들이 마련되고 있으나 아동성폭력의 문제는 여전히 해결하기 어려운 과제로 남아있습니다. 특히 아동이 지닌 특수성을 고려하지 못한 채, 유일한 증거일 수 있는 피해 아동의 진술의 증거능력을 의심하고 배척하는 것은 아동성폭력 문제를 해결하는 데 있어서 가장 시급히 논의되어야 할 주제일 것입니다.

아울러 앞으로는 변호사 및 법학자 그룹 중심의 판례 평석문과 학술글뿐 아니라, 성폭력을 둘러싼 각계의 다양한 목소리를 신고자 합니다. 특히 성폭력 피해생존자의 목소리도 함께 담을 계획입니다. 법의 언어로, 법의 논리로 법조인들을 설득하고 논의하는 것 못지않게 성폭력을 둘러싼 각계의 다양한 입장과 고민들을 함께 나누는 것이 성(폭력)에 대한 편견을 깨는 중요한 작업이라고 생각합니다.

이 운동은 법조인들에게 성편향적이고, 성폭력피해 특성에 둔감했던 사법관행을 돌아보고 성찰하는 계기가 될 수 있기를 바라는 마음에서

시작했습니다. 그간 몇몇 법조인들께서 이 운동의 취지에 공감한다는 격려의 편지와 따뜻한 마음을 담은 후원금을 보내주시기도 했습니다. 반가운 소식은 재정적 여건 때문에 지금까지 200여 분에 한정해 보내드릴 수밖에 없었던 자료집을 『서울시 여성발전기금』의 지원으로 이번 8차 자료집부터는 800여 분께 확대하여 보내드리게 된 점입니다. 더욱 많은 법조인들과 함께 이 문제를 고민하고 지혜를 모아갈 수 있다는 점에서 힘이 납니다.

이 자줏빛 메시지를 보시고 의견이 있으시면 언제든지 저희 상담소로 연락해주시고, 또 부족한 자료집이지만 주변의 동료들과도 함께 나눠 주시면 더욱 감사하겠습니다. 이 운동은 1년 동안 꾸준히 진행할 것이며, 오는 7월에는 그동안의 판례평석을 모아 단행본으로 묶어 내거나 토론회를 개최하는 등 좀 더 많은 사람들이 함께할 수 있는 방안을 마련할 계획입니다.

성폭력피해 생존자의 작은 목소리에서 시작된 이 “자줏빛 메시지”가 법조인 뿐만 아니라 우리사회 전체에 반(反)성폭력의 의지를 모아내고, 이 문제에 대한 더 많은 토론과 성찰, 새로운 대안찾기로 나아갈 수 있으리라 믿습니다. 이에 뜻을 함께하고 기꺼이 이 운동에 동참해주시는 모든 분들께 깊이 감사드립니다. 저희들도 더욱 열심히, 신명나게 반성폭력 운동을 펼쳐가겠습니다. 감사합니다.

최협의설 옹호론에 대한 재반론

이경환(본 상담소 법정지원팀)

<목 차>

- I. 서
- II. 최협의설 옹호론의 내용
- III. 협의의 폭행·협박에 의한 강간의 성립가능성에 대하여
- IV. 무고한 가해자에 대한 우려에 관하여
- V. 실무상 판단의 어려움에 대하여
- VI. 결

I. 서

강간죄의 구성요건에 있어 폭행·협박의 정도에 대한 지금까지의 논의는 강도죄에서의 최협의설 의미가 같다고 보는 유기천 교수의 견해에 대해 ‘반항을 현저히 곤란하게 할 경우’도 포함시키는 통설의 내

용 정도만 주로 언급되어 있었을 뿐이었다. 그러나 근래에 이르러 협의설에 근거한 최협의설 비판이 행해지자 일부 형법 교과서에서는 이를 소개하면서 다시 최협의설의 입장에서 반론을 언급하는 경우가 생겨나고 있다. 본 글은 이와 같은 최협의설 옹호론에 대해 각각의 근거에 대해 재반론을 해보고자 한다. 이는 새로운 내용을 제시하기보다는 기존의 논의를 옹호론이 제시하고 있는 근거들을 중심으로 대립지점을 분명히 하여 정리하는 의미를 가지는 것이며, 특히 ‘무고한 가해자’에 대한 지나친 우려, 즉 이른바 ‘꽃뱀’에 대한 과도한 경계의 문제점을 좀 더 중점적으로 살펴보겠다.

II. 최협의설 옹호론의 내용

오영근 교수는 협의의 폭행·협박에 의한 강간을 인정해야 한다는 소수설이 “피해여성을 상담하게 되는 여성단체들이 피해여성의 보호를 위해 강력히 주장하는 것”¹⁾이라고 소개한 뒤, 다음과 같은 4가지 이유를 들어 협의설을 비판하고 있다²⁾. 즉, ① 성행위 자체가 유형력의 행사를 포함하고 있는데 그 대소강약을 불문하게 되면 강간죄의 성립범위가 너무 넓어지게 된다. ② 물증이 아닌 진술에 주로 의존하여 유무죄를 확정해야 하는 범죄에서는 피해자뿐 아니라 무고한 가해자를 보호해야 할 필요가 있다. ③ 부녀가 강간을 당하는 것은 항거불가능의 폭행·협박이 있기 때문이고 항거가 가능함에도 불구하고 강간을 허용하는 부녀는 없다고 할 수 있다. ④ 폭행 개념을 넓게 파악하는 견해는 강간죄의 소송실태에 대한 불만에 비롯된 것인데 이는 소송절차에서 개선해야 할 일이지 실체법 해석을 변경해서 개선해야 할 문제가

1) 오영근, 형법각론, 2006, p. 169

2) 위의 책, pp. 169-170

아니다.

한편, 배중대 교수는 부녀의 반항행위가 불필요하고 폭행, 협박이 상대방의 의사에 반하는 정도이면 충분하며 따라서 피해자의 “진지한 거부 의사표시”와 가해자의 폭행, 협박이 결합하면 강간죄를 인정할 수 있다는 협의설적 입장을 지지하는 박상기 교수와 조국 교수의 견해에 대하여 크게 세가지 논거를 들어 이의 타당성에 대하여 반박하고 있다³⁾. ① 협의설은 피해자 측면에서는 환영할 만한 일이 될지 모르나 행위자 입장에서는 억울한 일이 발생할 수 있는 가능성을 그만큼 높게 되며, 형법의 궁극적 목적은 피해자의 일방적 보호가 아닌 그와 행위자의 균형적 보호이다. ② 성적 자결권은 강도죄, 준강도죄 등 재산죄보다 훨씬 중요한 의미가 있음에도 불구하고 오히려 그 경우보다 폭행, 협박정도를 낮게 잡는 것도 해석의 일관성이라는 측면에서 문제가 있다고 할 수 있다. ③ 반항이 현저하게 곤란하지 않은 상황에서도 성적 자결권을 포기한다는 전제는 오히려 부녀의 인격을 폄하하는 것이다.

임웅 교수는 “강간당한 여자의 입장뿐만 아니라 강간범으로 몰려 평생을 망치게 되는 남자의 입장도 생각해보아야 할 것인데, 성교섭을 자의로 한 여자(예: 이른바 꽃뱀)가 상대방 남자로부터 강간당했다고 무고할 위험성을 염두에 둔다면, 입증의 문제를 논거로 해서 강간의 개념을 전도하는 것은 올바른 입론이 아니”⁴⁾라고 하면서 협의설이 부당하다고 주장한다.

위와 같은 최협의설 옹호론의 내용을 정리하면 강간죄 성립범위 문제, 무고한 가해자에 대한 우려, 실무상 판단의 어려움의 문제로 나눌 수 있는데 이들을 차례로 살펴보기로 한다.

3) 배중대, 형법각론, 2006, pp. 233-234

4) 임웅, 형법각론, 2003, pp. 163-164

III. 협의의 폭행·협박에 의한

강간의 성립가능성에 대하여

최협의설 옹호론은 위에서 살펴본 것과 같이 협의의 폭행·협박에 의한 강간의 성립가능성을 부정하고 있다. 배종대 교수는 심지어 위와 같은 강간을 인정하는 전제는 “부녀의 인격을 폄하하는 것”이라고 하면서, “반항의 현저한 곤란은 단순한 거부적 언동과 구별되는 내용으로서 강간죄성립의 최하한선을 구성한다고 할 수 있다.”⁵⁾라고 주장한다. 이렇게 강간죄의 성립가능성 자체를 좁게 인정하는 논거는 협의설의 전제부터 부정함으로써, 단순히 협의설이 야기할 수 있는 문제를 지적하는 것이 아니라 논리적으로 양립불가능하며 최협의설 옹호론의 핵심이 된다고 볼 수 있다.

그러나 ‘항거가 가능함에도 강간을 허용하는 부녀는 없다’라는 명제는 강간죄의 보호법익을 성적 자기결정권이 아닌 정조로 되돌리는 해석이며, 피해여성에게 생명의 위협을 무릅쓴 현실불가능한 저항을 요구하는 것이라는 점은 그동안의 최협의설 비판론에서 가장 많이 반복된 지적이다. 또한 위와 같은 주장은 무엇보다 강간을 당하고 어렵게 법에 호소하여 수사와 재판을 거쳤으나 최협의설에 의한 무죄 판결을 받고 이중의 고통을 당하고 있는 실제의 피해자들을 완전히 무시하는 것이다. 옹호론의 입장에서 이들은 ‘진정한 피해자’가 아닌 ‘항거를 하지 않았으므로 동의를 하였음에도 허위로 강간을 당했다고 주장하는 꽃뱀’으로 볼 수밖에 없을 것이다. 하지만 이러한 해석은 현실을 법률적인 이론의 잣대로 멋대로 재단하는 것이며, 성폭력 피해자를 최협의설이라는 프로크루스테스의 침대에 묶어놓고 억지로 끼워 맞추는 것이라 할 수 있다.

더구나 위와 같은 입장을 취하게 되면, 최협의설 비판론이 주장하

5) 배종대, pp.227-278.

는 ‘처벌의 공백지대’는 애초에 존재할 수 없게 되는 것이며, 협의의 폭행·협박만이 있었는데도 강간을 허용하였다면 그것은 강간이 아닌 ‘다소간의 폭행·협박이 있기는 했지만 결과적으로는 동의된 성관계’로 인식될 수밖에 없게 된다. 그렇다면 최협의설을 근거로 무죄가 선고된 모든 사안은 ‘동의를 의한 성관계’임에도 강간으로 고소한 경우에 해당하므로, 이는 단순한 사실의 과장이 아닌 허위 사실을 근거로 한 무고에 해당하게 되어 모두 무고죄로 처벌되어야 할 것임에도 현재의 실무는 그와 같이 이루어지고 있지 않다.

‘의사에 반한 폭행·협박’과 ‘반항을 억압하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행·협박’의 구분은 법을 전공하는 법학도도 쉽게 이해하거나 현실의 사례에 적용하기 힘든 개념임에도, 이를 기준으로 유죄와 무죄의 엄청난 간극이 생겨난다면 일반인의 입장에서는 이를 행동준칙으로 삼기 어려울 수 밖에 없다. 최협의설 옹호론은 최협의의 폭행·협박이 아니면 강간은 불가능할 것이라는 점에 대해 이론적, 사실적 근거를 충분히 제시해야 할 것이다.

IV. 무고한 가해자에 대한 우려에 관하여

최협의설 옹호론은 강간죄의 성립 범위가 넓어지게 될 경우 무고한 가해자가 생겨날 우려가 크다는 점을 공통적으로 지적한다. 하지만 협의의 폭행·협박에 의한 강간이 애초부터 불가능한 것이 아니라면, 무고한 가해자가 생길 우려 때문에 범죄의 처벌 자체를 근본적으로 포기한다는 것은 합리적인 근거라 볼 수 없다. 무고한 가해자에 대한 우려는 수사기법의 정교화, 무고죄 처벌의 현실화 등 별도의 보완방법으로 해결해야지 처벌의 공백지대를 만드는 방법으로 접근하는 것은 ‘과잉 가해자 보호’로 비판받아 마땅하다.

그럼에도 불구하고, 법조계 내부에서 강간 사건의 경우 허위에 의한 무고 가능성, 즉 피해자가 이른바 ‘꽃뱀’일 가능성에 대한 우려는 현실적으로 상당히 크게 존재하는 것으로 보인다. 성폭력 사건에서 피해자의 몸이나 옷 등에 폭력의 흔적이 남아 있지 않고, 가해자와 피해자가 원래 아는 사이인 경우, 강간 또는 화간의 시나리오 둘 다 그럴 듯하게 제시되기가 쉽기 때문인 듯하다. ‘꽃뱀’의 사회적인 용례는 다양한데, 가장 극단적으로는 애초부터 계획적으로 접근하여 성관계 등을 맺은 뒤 이를 미끼로 협박공갈하는 경우를 지칭한다. 넓게는 유혹적이거나 적극적인 성격으로 전통적인 여성상에 비추어 이해가 다소 어려운 동시에 남자에게 어떤 형태로든 손해를 주는 경우도 포함한다. 성폭력의 경우 문제가 되는 것은 이른바 ‘꽃뱀’에 의한 무고율이 다른 사건에 비해 높다는 믿음과 그러한 믿음 뒤에 숨겨져 있는 여성에 대한 물이해라 할 수 있다.

성폭력 사건의 무고율이 높다는 믿음은 어떤 근거 있는 통계에 의해 뒷받침되지 않았음에도 넓게 퍼져 있다. 한 검사는 성폭력 관련 토론회에서 성폭력 관련 무고죄의 확정판결 비율로 뒷받침 되지는 않지만 ‘실무적인 경험이나 감’으로 볼 때 그러한 생각이 근거 있다는 말을 하기도 하였다. 그러나 ‘실무적인 경험이나 감’은 매우 불분명한 근거이며, 특히 성폭력과 관련하여서는 잘못된 것일 가능성이 크다. 왜냐하면 첫째, 많은 성폭력 유죄 사건들은 비교적 정형적인 내용으로 별다른 인식없이 처리되지만 이른바 ‘꽃뱀’ 사건은 비정형적이고 뒷이야기가 많아 넓게 공유되고 따라서 객관적인 비율보다 높은 것으로 인식될 가능성이 크다. 둘째, 무고죄의 확정판결이 아닌 ‘수사기관의 실무적인 감’으로 인정된다는 ‘꽃뱀’ 사건은 실제로는 그렇지 않을 개연성이 크다. 증거가 충분치 않아 무고죄로 인지하지는 못하지만 성폭력 조사 과정에서 드러난 사실들로 볼 때 피해자가 거짓말을 하는 등 신빙성이 부족한 경우가 수사기관이 느끼는 ‘꽃뱀’ 사건일텐데, 그것은 피해자가 미처 수사과정에서 드러내지 못한 다른 사정(가정폭력이나 친족에 의

한 성폭력 경험, 술집 종업원이라는 직업 또는 성매매 경험 등)이 있거나, 변호인 등 조력자가 없는 상황에서 자신에게 불리하지 않기 위해 한 부수적인 거짓말(가해자에게 피해자가 먼저 연락을 했는지 여부나 사건 당시 피해자가 술에 취해 있었는지 등에 대한 거짓말⁶⁾)을 하는 경우도 있기 때문이다. 셋째, 수사기관 역시 여성의 경험·생각·반응에 대한 이해가 부족하고 편견의 가능성에서 자유롭지 못하기 때문에 피해여성에 대한 몰이해가 피해자를 ‘꽃뱀’으로 인식하게 하는 요인이 되기도 한다. 예를 들어 피해자가 술집 종업원이거나 남자관계가 자유로운 경우, 또는 피해자가 가해자를 더 좋아했던 정황이 있는 경우, 피해자의 성격이 적극적이고 활달하여 ‘전형적인 피해자상’에 부합하지 않는 경우 등의 사정이 있을 때 ‘꽃뱀’ 사건이라는 잘못된 판단을 내릴 수 있다. 넷째, 많은 경우 성폭력 피해자는 돈을 받고 합의를 하였을 때 ‘꽃뱀’이라는 의심을 받기도 한다. 피해자는 자신의 당연한 권리로 성폭력으로 인한 신체적, 정신적 피해를 보상받아야 함에도, 합의를 하고 친고죄로 인해 유죄판결 없이 사건이 종결되게 되면 주변으로부터 돈 때문에 고소를 하였다는 의혹을 받게 되는 것이다. 유무죄 여부가 애매한 상황에서 합의를 통해 사건이 종결되거나 합의금이 다른 사건에 비해 많다고 여겨질 때면 ‘꽃뱀’에 대한 의혹은 더욱 커진다⁷⁾. 지금까지 살펴본 위와 같은 이유들로 인해, 무고죄로 기소되어 피해자의 행동에 대해 전면적으로 검증하고 확정판결을 통해 입증된 경우가 아

6) 성폭력 사건에 있어 부수적인 정황들에 대해 피해자는 충분한 조력을 받지 못하고 진행되는 형사절차에 대해 불안감을 느껴 사실을 다소 왜곡하거나 심지어 거짓말을 할 경우도 있다. 또는 사건의 충격으로부터 벗어나면서 기억이 또렷해지게 되어 진술의 일관성이 유지되지 않을 수도 있다. 그러나 그 때문에 피해자의 진술의 신빙성이 의심되어 무혐의 또는 무죄가 될 수도 있으며, 이러한 경우 실체적 진실은 성폭력 사건임에도 이를 ‘꽃뱀’ 사건으로 인식할 가능성이 커지게 된다.

7) 이는 성폭력 범죄와 같은 중대한 범죄를 피해자의 의사에 따라 처벌여부를 선택할 수 있게 하는 친고죄 규정의 문제점이기도 하다. 친고죄는 명목상 피해자를 위한다는 목적을 가지고 있지만, 상담현장에서 피해자들은 친고죄 규정으로 인해 더 큰 피해를 호소하기도 한다.

닌 한, 단지 ‘수사기관의 감’에 의해서만 ‘꽃뱀’ 사건 여부를 가리는 것은 매우 위험하며 잘못된 것이라고 할 수 있다.

이른바 ‘꽃뱀’ 사건의 비율이 법조계의 인식과 같이 높은 것이 아니라고 해도, 형사사법절차를 담당하는 법조인으로서는 아무리 가능성이 미약할지라도 무고한 피해자가 생길 가능성에 대해서는 분명히 조심할 필요가 있다는 점에는 이견이 없다. 그러나 그런 만약의 경우에 대비한 조심스러움이 압도적인 비율의 실제 피해자에게 2차 피해를 가하거나 강간죄의 성립범위 확대를 반대하는 방식으로 표출되어서는 안된다. ‘꽃뱀’의 존재는 그것이 실재하기 때문에 문제가 되는 것 보다는, 그것이 여성에 대한 물이해와 편견을 왜곡된 모습으로 표상하고 더욱 강화하기 때문에 더 크게 문제된다. 무고한 피해자를 근거로 최협의설을 옹호하는 것은 그러한 편견에 기반하고 있고, 그 편견을 강화할 우려가 있으므로 잘못된 것이다.

V. 실무상 판단의 어려움에 대하여

최협의설 옹호론은 앞서 보았듯이 현재의 ‘현저히 반향을 곤란하게 할 것’이라는 점에 대한 판단도 어려운 상황이며, 특히 성행위 자체가 유형력의 행사를 포함하고 있어 성립범위를 넓게 인정할 경우 실무상 판단의 어려움이 가중될 것이라고 주장한다.

그러나 폭행·협박의 정도 구분은 성폭력 범죄에서만 독자적으로 적용되는 것이 아닌 다른 범죄에서도 적용되는 기준이며, 성행위 자체에 수반되는 유형력과 피해자의 의사에 반하는 유형력을 구별하기 힘들다는 주장은 마치 친구들 사이에서 장난을 치는 것과 싸움을 하는 것을 구별하기 어렵다는 주장과 마찬가지로 타당하지 못하다. 이는 최협의설 옹호론이 현실에서는 쉽게 구별되지 않는 이론적인 폭행·협박

의 구분기준에 지나치게 집착하여 최협의 여부를 기준으로 3년 이상의 유기징역형에 처해지는 범죄와 전혀 처벌되지 않는 처벌의 공백지대를 구별하려다 보니 발생한 문제라 볼 수 있다. 또한 성폭력 사건에 대한 수사기관과 법원의 판결 등 실무경향이 폭행·협박의 객관적인 정도보다는 당사자 진술의 신빙성 및 가해자와 피해자의 관계, 당시의 정황 등을 종합적으로 고려한다는 점에 비추어 보더라도 옹호론의 위와 같은 우려는 잘못된 것이다.

특히 배종대 교수는 “성적 자결권은 강도죄, 준강도죄 등 재산죄보다 훨씬 중요한 의미가 있음에도 불구하고 오히려 그 경우보다 폭행, 협박정도를 낮게 잡는 것도 해석의 일관성이라는 측면에서 문제가 있다”고 주장하나, 배종대 교수가 지지하는 최협의설은 이미 강도죄의 그것과는 달리 ‘현저히 반항을 곤란하게 할 경우’를 포함하는 것이어서 자기모순적인 주장이며, 보호법익이 더 중요하다는 점이 어떻게 형량을 더 높게 설정하는 것이 아닌 구성요건을 좁게 인정하는 것으로 귀결되는지도 의문이다.

VI. 결

성폭력을 당한 뒤 힘들게 결심하여 고소를 하고 2차 피해를 감수해 가며 재판까지 진행하였으나 최협의설에 의해 무죄 판결을 받은 피해자에게 “반항이 현저히 곤란하지 않은 상황에서도 성적 자기결정권을 포기한다는 전제는 오히려 부녀의 인격을 폄하하는 것이다”라는 주장은 어떻게 받아들여질 것인가. 최협의설 옹호론은 비판론에 대해 ‘법리를 무시하고 피해여성만을 지나치게 보호하려는 여성단체의 주장’으로 치부하려 하겠지만, 법리가 현실과 괴리되어 있다면 잘못된 것은 현실이 아닌 법리이다. 또한 피해여성을 보호하자는 주장은 결코 무고

한 가해자를 만들어도 좋다는 주장과 동일시해서는 안된다.

성폭력 사건이 진술증거에 주로 의존하기 때문에 실무상 판단이 어렵다는 주장은 일면 타당한 점이 있지만, 이는 의사에 반한 유형력에 의한 강간에 대해 처벌의 공백지대를 만들고 수사 및 재판기관이 직무를 유기하는 것에 대한 정당화 근거가 될 수는 없다. 바람직한 해결방식은 형사사법절차의 담당자들이 여성의 경험과 생각·반응 등에 대한 이해를 넓히고, 성폭력이 발생하는 다양한 상황 및 맥락에 대한 지식을 축적함으로써 수사기법 및 판단의 기준을 발전시키는 방법이 되어야 할 것이다. 최협의설의 폐기는 그러한 수사기관과 법원의 변화를 촉진시킬 수 있다는 점에서도 요구된다.

‘성추행’의 개념에 대한 판례의 입장에 대하여 - 대법원 2006도6791호 판결을 중심으로

조인섭(변호사)

<목 차>

I. 들어가며

II. 사건의 개요 및 판결 내용

1. 사건의 개요(공소사실)
2. 대법원의 판단
3. 위 판례에 주목하는 이유

III. ‘성추행’ 해당여부 판단과 관련한 몇 가지 논의

1. ‘행위자의 주관적인 목적’이 판단기준이 되는지 여부
2. 어느 정도의 행위가 추행에 해당하는지에 대하여

IV. 글을 맺으며

I. 들어가며

본 글에서 소개하는 대법원 2006도6791호(원심 서울중앙지방법원 2005노2022호) 판결은 13세 미만의 미성년자에 대한 추행 여부를 판단함에 있어 행위자의 의도나 목적 등 주관적인 요소는 요구되지 않는다고 명시적으로 선언한다. 특히 원심은 미성년자 보호의 중요성 및 전통적으로 문제시 되지 않았던 성년 남자의 어린 남자아이에 대한 성기 접촉을 오늘날의 관점에서 재평가하였다는 점에서 주목할만하다. 다만, 위와 같은 견해가 성인에 대한 추행에도 적용될 수 있을 것인지는 여전히 문제로 남아 있으며, 가해자가 담임교사였다는 점이 감경사유로 참작되었다는 점에서 아쉬움을 남기고 있다. 이하에서는 위 판결의 내용을 소개하면서 이와 관련된 내용들을 함께 살펴보기로 한다.

II. 사건 개요 및 판결 내용

1. 사건의 개요(공소사실)

‘피고인은 서울 ○○○ 소재 ○○ 초등학교 교사로서 2004. 3.경부터 같은 해 8. 31.경까지 피해자 ○○○의 담임교사였던 자인 바, 2004. 3. 22. 11:00경 위 4학년 1반 교실에서 수업하던 중 아무런 이유 없이 “○○이, 고추 있나 보자”며 손으로 피해자의 성기를 만져 13세 미만의 피해자에게 추행을 하고, 같은 해 4. 21. 10:00경 같은 장소에서 같은 방법으로 13세 미만의 피해자에게 추행을 하고, 같은 해 5. 10. 11:00경 같은 장소에서 같은 방법으로 13세미만의 피해자에게 추행을 하고, 같은 달 20. 08:40경 같은 장소에서 같은 방법으로 13세 미만의 피해자에게 추행을 하였다.’

2. 대법원의 판단

이에 대해 1심(서울중앙지방법원 2004고단7830호)과 2심(서울중앙지방법원 2005노2022호) 모두 유죄로 판단했으며 대법원도, ‘형법 제305조의 미성년자의제강제추행죄는 “13세 미만의 아동이 외부로부터의 부적절한 성적 자극이나 물리력의 행사가 없는 상태에서 심리적 장애 없이 성적 정체성 및 가치관을 형성할 권익”을 보호법익으로 하는 것으로서, 그 성립에 필요한 주관적 구성요건요소는 고의만으로 충분하고, 그 외에 성욕을 자극·흥분·만족시키려는 주관적 동기나 목적까지 있어야 하는 것은 아니다’고 하며 벌금 500만원의 형이 선고된 원심을 확정지었다.

3. 위 관례에 주목하는 이유

위 사건에서 할아버지(사건 당시 나이 57세)에 해당하는 나이의 피고인은 당시 성추행의 의도가 전혀 없었고 소위 ‘할아버지가 손자고추만진다’는 말처럼, 귀여워서 만져준 것일 뿐이라고 주장했는데, 이에 대해 법원은 그런 피고인의 주장을 배척하며,

- 추행죄를 판단하는데 행위자의 주관적인 목적은 필요하지 않고,
- 위와 같은 행위도 추행에 해당한다고 판단하였기 때문이다.

Ⅲ. ‘성추행’ 해당여부 판단과 관련한 몇 가지 논의

1. ‘행위자의 주관적인 목적’ 이 판단기준이 되는지 여부

가. 학계의 입장

지금까지 추행의 개념과 관련해 학계의 통설적인 견해¹⁾는 추행이란 성욕의 흥분, 자극 또는 만족을 목적으로 하는 행위로서 건전한 상식 있는 일반인의 성적 수치·혐오의 감정을 느끼게 하는 일체의 행위를 의미한다고 해석하여, 추행이라고 하기 위해서는 객관적으로 일반인의 성도덕감을 침해한다는 요소와 함께 성욕의 자극 또는 만족할 목적이라는 주관적 요소가 필요하다고 해석해왔고,

위 통설과는 달리, 추행을 판단하는데 성욕의 자극이나 만족 등의 주관적 요소는 필요 없다고 해석하는 견해²⁾도, 추행은 성적 수치감 내지 성적 도덕 감정을 현저히 침해하는, 성적 자유를 침해하는 중요한 행위에 제한해야 한다고 하며, 여자의 손이나 무릎을 만지는 경우는 물론 옷을 입고 있는 여자의 옷 위로 가슴을 만지는 행위는 추행에 해당한다고 볼 수 없다고 하며, 추행에 해당하는지 여부에 대해 상당히 소극적인 태도를 유지하고 있었다.

나. 판례의 입장

종전의 판례는 '추행'의 개념에 대하여, '객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 피해자의 성적 자유를 침해하는 것이라고 할 것이고, 이에 해당하는지 여부는 피해자의 의사, 성별, 연령, 행위자와 피해자의 이전부터의 관계, 그 행위에 이르게 된 경위, 구체적 행위태양, 주위의 객관적 상황과 그 시대의 성적 도덕관념 등을 종합적으로 고려하여 신중히 결정한다(대법원 2002. 4. 26. 2001도2417 판결, 2002. 8. 23. 선고 2002도2860 판결 등 참조)'고 해석해왔다.

1) 김종원 133면, 정영석 275면, 유기천 124면, 김일수 146면, 박상기 156면

2) 이재상 161면

그런데 본 사건에서 대법원은 더 나아가, 성추행 여부를 판단하는데 행위자의 만족이나 목적 등 주관적 요소가 필요하지 않다고 판시하였다.

하지만 본 사건은 13세 미만자에 대한 미성년자의제강제추행죄에 대한 판단이었으므로, 성인과 관련된 성추행을 판단함에 있어서는 행위자의 주관적인 요소가 목적이 되는지 여부는 여전히 논란의 여지로 남는다.

다. ‘행위자의 주관적 목적’ 필요여부

과연 ‘성추행’을 판단함에 있어 가해자의 의도가 본질적 요소가 되는 것인가. 아래에서는 가해자의 의도가 본질적 요소가 되는지를 추행죄의 보호법익과 남녀고용평등법을 중심으로 살펴보고자 한다.

① 보호법익을 기준으로 판단했을 경우

형법상 강간과 추행의 죄는 개인의 성적 자유를 침해하는 것을 내용으로 하는 범죄로, 인간의 인격적 자유의 한 부분인 개인의 성적 자기결정의 자유를 보호하기 위해 규정되었다. 개인의 성적 자유, 즉 ‘피해자의 성적 자유’를 보호법익으로 하는 죄이기에 그 죄를 판단하는데 ‘피해자의 의사’가 판단기준으로 될 수는 있어도 가해자의 의도는 기준이 될 수 없다.

② 남녀고용평등법을 기준으로 했을 경우

추행이란 ‘객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위³⁾’임은 앞서 살펴본 바와 같은데, 그렇다면 어떤 것이 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하는 행위인지 판단하는데 있어서는 남녀고용평등법의 규정이 참고가

3) 대법원 2002. 4. 26. 2001도2417 판결, 2002. 8. 23. 선고 2002도2860 판결 등

될 수 있을 것이다. 왜냐하면 남녀고용평등법은 ‘성희롱’과 관련한 규정을 둔 법이지만, 성희롱 역시 ‘성적 굴욕감 또는 혐오감’을 느끼게 하는 행위인 점에서 성추행과 정도의 차이가 있을 뿐 본질적인 차이는 없기 때문이다.

남녀고용평등법은 제2조에서 ‘직장내 성희롱이라 함은 사업주·상급자 또는 근로자가 직장 내의 지위를 이용하거나 업무와 관련하여 다른 근로자에게 성적 언동 등으로 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하거나 성적 언동 그 밖의 요구 등에 대한 불응을 이유로 고용에 있어서 불이익을 주는 것을 말한다.’고 규정하고 있다.

그리고 남녀고용평등법 시행규칙 제2조에 따른 별표는 이를 보다 명확히 하기 위해 ‘성희롱여부의 판단시에는 피해자의 주관적 사정을 고려하되, 사회통념상 합리적인 사람이 피해자의 입장이라면 문제가 되는 행동에 대하여 어떻게 판단하고 대응하였을 것인가를 함께 고려하여야 하며, 결과적으로 위협적·적대적인 고용환경을 형성하여 업무능률을 저해하게 되는지를 검토하여야 한다.’고 하고 있다. 즉, 피해자의 주관적인 사정이 우선적인 고려대상이 되고 거기에 사회통념을 가미하고 있음이 명백하며 그 어디에도 ‘가해자의 의도’에 대한 언급은 없다.

따라서 남녀고용평등법에 의할 때 어떤 행동이 성적 불쾌감을 주었는지 여부를 판단함에 있어서는 피해자의 주관적인 사정을 기준으로 하고, 엄격한 기준 하에 예외적으로 사회통념상 합리적인 사람의 판단을 기준으로 하게 된다.

물론 사회통념상 합리적인 사람의 판단의 기준⁴⁾이 무엇인가는 또 다른 판단의 여지를 남기는 것이겠지만, 그 어디에도 가해자의 의도를 기준으로 한다는 것은 없는 것이다.

4) 1991. Ellison v. Brady 사건, Cerlio v. Ward, Robinson v. Jacksonville Shipyard, Jensen v. Eveleth Taconite Co. et al. 등의 판결에서도 ‘성희롱 사건의 피해자는 여성이므로 ‘합리적 여성’을 판단기준으로 하여야 한다’고 판시해오고 있어, 피해자에 해당하는 집단의 합리적인 관점을 기준으로 하고 있음을 알 수 있다.

따라서 성인에 대한 성추행 사건이건, 13세 미만의 자에 대한 추행 사건 상관없이, 추행 여부를 판단함에 있어 가해자의 의도는 본질적 요소가 아니라고 봐야 한다.

2. 어느 정도의 행위가 추행에 해당하는지에 대하여

한편, ‘행위자의 목적이나 의도’는 기준이 되지 않는다고 하더라도 본 사건은 우리나라의 사회통념(할아버지가 손자고추 만진다)에 의할 때 과연 그 정도의 행위가 추행에 해당하는지 의문의 여지가 있다.

그런데 본 판결은 할아버지(57세)에 해당하는 피고인이 피해자(남자, 9세)의 고추를 만진 행위가 사회적으로 허용되는 행위가 아니라 ‘추행’에 해당하여 처벌받을 행위에 해당한다고 판시하며, 특히 원심인 서울중앙지방법원 2005노2022호 판결은 이와 관련해 본 사건의 보호법익과 추행의 판단기준에 대하여 상당히 심도 깊은 판단을 하였다.

가. 즉, 서울중앙지방법원 2005노2022호 판결은,

우리 법이 성범죄에 대한 처벌규정을, ① 형법 제298조 강제추행죄 : 폭행 또는 협박으로 사람에 대하여 추행을 한 경우(10년 이하의 징역 또는 1500만원 이하의 벌금) ② 형법 제302조 미성년자 추행죄 : 미성년자에 대하여 위계 또는 위력으로써 추행을 한 경우 (5년 이하의 징역) ③ 형법 제305조 미성년자의제강제추행죄 : 13세 미만의 사람에게 추행을 한 경우 (10년 이하의 징역 또는 1500만원 이하의 벌금) ④ 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률제8조의 2 제2항 13세미만미성년자강간등 죄 : 13세 미만의 사람에 대하여 형법 제298조의 강제추행의 죄를 범한 경우 (1년 이상의 유기징역 또는 500만원 이상 2000만원 이하의 벌금) ⑤ 청소년의 성보호에관한법률 제10조 제2항, 청소년강간죄등 : 청소년에 대하여 형법 제298조(강제추행)의 죄를 범한 경우로 나누어 규정하며, ①②③은 친고죄로, ④⑤는 비친고죄로 하고 있음

을 주목하고,

‘이는 입법자가, 13세 미만의 미성년자는 일반적으로 정신적, 육체적 성장 또는 발육이 미숙하고 성적 정체성이 확립되지 아니하여 성적 수치심, 혐오감 등 주관적 성적 감정에 대한 이해 내지 인식 및 표현이 부족하고, 성적 도덕관념 등 객관적인 성적 가치기준에 대한 분별이 엄격하지 아니하므로 소위 ‘성적 자기결정의 자유’를 자족적으로 향유하기 부족하다고 판단하여, 형법 제305조에 정한 미성년자의제 강제추행죄에 있어서는 항거를 불능하게 하거나 현저히 항거를 곤란하게 하는 정도의 폭행이나 협박에 의하여 피해자의 의사가 억압되었는지의 여부, 성적 자기결정권의 침해가 있었는지의 여부를 구성요건적 요소로서 요구하지 않는 것이라고 볼 것인바, 미성년자의제 강제추행죄의 보호법익은 “일체의 외부적 자극 또는 물리력의 행사에 의한 성적 장애가 없는 상태에서의 미성년자의 성장”을 그 보호법익으로 하는 것으로 봄이 상당하므로, 이 사건의 경우에는 피해자의 “성적 자기결정의 자유”의 침해보다는 과연 피고인의 행위를 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 도덕관념에 반하는 “추행”으로 볼 수 있는지가 쟁점’이라고 하면서,

‘먼저 추행에 관한 사회적 가치기준의 변화에 관하여 보건대, 전통적인 한국 사회의 구성원들은 소위 남아선호의 사상에 기초한 남성 우월주의의 이념과 가부장적 지배이념의 영향을 받아, 피해자 본인 및 피해자 부모의 암묵적인 동의, 가해자의 선의를 전제로 하여 어린 남자아이의 성기노출 또는 성년 남자의 어린 남자아이에 대한 성기 접촉을 지나치게 관대하게 평가하고, 이를 큰 문제로 생각하지 않았던 것도 사실이다. 그러나 근대적 가치관의 도입, 특히 남녀평등주의 이념의 보급 및 확산은 모든 인간은 성별, 나이의 구별 없이 주체적인 인간으로서의 권리 및 그 존엄성을 보호받아야 하고, 이에 따라 여성과 연소자도 더 이상 남성들의 보호의 대상 내지 객체로서가 아니라 자발적인 권리의 주체로서의 측면이 더욱 부각되게 되었다.

또한 사람들의 생활양식이 변화하고 사회공동체 구성원리가 가정, 친족집단, 지역사회와 같은 1차 집단 위주에서 학교, 직장과 같은 2차 집단 위주로 변경됨에 따라, 피고인이 주장하는 바와 같이 이전에 1차 집단 내에서 성년 남자의 어린 남자아이에 대한 성기접촉이 큰 문제가 되지 않는다는 과거의 규범의식에도 변화가 있게 되었고, 전통적인 관념에서 성범죄의 피해자는 여자에 한한다는 관점에서 남자 역시 성범죄의 피해로부터 자유로울 수 없다는 인식의 전환을 가져오게 되었으며, 남성과 남성사이, 즉 동성간에 있어서도 학교 또는 직장 내에서 나이 또는 직급의 차이라고 하는 수지적인 상하관계를 배경으로 하여 추행이 행해질 수 있음이 널리 인정되었음에도 불구하고, 법현실은 이러한 인식의 변화 속도를 따라 잡지 못하여 여전히 위와 같은 행위에 대하여 간대한 판단을 반복하거나 이를 규범외적인 문제로 치부하여 왔다.

나아가 자본주의 경제체제의 심화, 성문화의 무분별한 개방, 유입은 우리 사회 내에서 자유로운 성적 교류의 증가 및 성적 가치기준의 퇴락을 가져와 성의 상품화, 성의 탈규범화가 일상화되었고, 그러한 경향은 미성년자에게조차 급속한 속도로 확산되어감에 따라 미성년자를 성적 가치기준의 혼돈 및 여러 가지 성적 침해의 시도와 유혹으로부터 보호하여야 할 필요성은 이전에 비해 훨씬 증대되었다.

따라서 미성년자에 대한 어떠한 성적 접촉행위가 추행인지 여부를 판단함에 앞서 본 바와 같은 미성년자의제강제추행죄의 보호법익, 위와 같은 성적 가치관 및 시대적 상황변화에 따라 미성년자를 각종 성적 유해요소로부터 보호하여야 할 필요성이 증대된 점 등을 감안하면, 이전에 가정, 학교, 직장 등에서 단지 가해자의 시각에 따라 관행적으로 추행이 아니라고 평가되던 행위에 대해서도 피해자의 입장에서 이를 적극적으로 판단하여야 할 것이고, 특히 이사표현이 자유롭지 못한 13세 미만의 미성년자의 경우에는 더욱 세심한 배려를 요한다고 할 것이다.’

고 하며 피고인의 위와 같은 행위가 추행에 해당한다고 판단하였다.

나. '추행은,

성욕의 흥분, 자극 또는 만족을 목적으로 하는 행위'여야 한다거나, '성적 수치감 내지 성적 도덕 감정을 현저히 침해하는 것이어야 한다'는 견해에 의한다면 '할아버지가 손자의 고추 만지듯' 한 이 사건 행위는 성적 수치심을 현저히 해한 것에 해당하지 않아 처벌받지 않는 행위에 해당할 것이다. 그러나 판례는 추행의 개념을 적극적으로 해석하여 피해자를 보호하였다.

다. 추행죄의 보호법익이,

피해자의 성적자기결정권이라는 점을 감안하면, 성추행에 해당하는지 여부의 판단은 '피해자'를 중심으로 해야 할 것이다.

이와 관련해 미국법원은 1991. Ellison v. Brady 사건에서 "EEOC는 성희롱 사건의 판단기준에 대해 '합리적 인간기준'(reasonable person standard)을 채택하되, 피해자의 입장을 고려하도록 하였지만, 그 합리적인 기준이 남성 편향적이고 여성의 경험을 무시하는 경향이 있기 때문에 피해자와 같은 성을 가진 합리적 인간의 관점을 채택해야 한다."는 입장을 표명한 바 있고, Cerlio v. Ward, Robinson v. Jacksonville Shipyard, Jenson v. Eveleth Taconite Co. et al. 등의 판결에서도 '성희롱 사건의 피해자는 여성이므로 '합리적 여성'을 판단기준으로 하여야 한다'고 판시해오고 있어, 피해자에 해당하는 집단의 합리적인 관점을 기준으로 하고 있다.

이제 우리나라도 어떤 행동이 수치심을 주었는지에 대해, 합리적인 인간의 관점을 채택하여 피해자가 여성이면 합리적 여성을 기준으로, 피해자가 어린이면 그 연령집단의 합리적인 어린이를 기준으로 하여, 판단해야 할 것이다.

IV. 글을 맺으며

앞서 살펴본 본 사건 판례는 피해자를 중심으로 판단하였다는 점에서 주목받는다. 그러나 다만 한 가지 아쉬운 점이 있다면, 학교 선생님이라는 점 등이 참작되어 벌금 500만원의 형으로 끝났다는 점이다.

성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률은 제22조의 5에서 ‘18세미만의 사람을 보호하거나 교육 또는 치료하는 시설의 책임자 및 관련종사자는 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람이 제5조 내지 제10조, 형법 제301조(강간등 상해·치상) 및 제301조의2(강간등 살인·치사)의 범죄의 피해자인 사실을 안 때에는 즉시 수사기관에 신고하여야 한다.’고 하고 있고, 제36조에서는 ‘정당한 사유없이 제22조의5 또는 제28조제1항의 규정에 의한 신고 또는 보고를 하지 아니하거나 허위로 신고 또는 보고한 자 또는 조사·검사를 거부하거나 기피한 자’는 300만원 이하의 과태료에 처한다고 하며 학교 선생님들에게는 보다 강화된 주의의무를 부과하고 있다.

그렇다면 그런 선생님이 제자를 추행한 사건에 있어서는 더 엄격히 처벌하여야 함이 마땅함에도 불구하고, 오히려 선생님이라는 점이 작용하여 경하게 처벌한 것은 부당하다. 사회적 지위에 맞는 책임을 지우는 것이 필요하다고 본다.

대 법 원

판 결

사 건	** * ** 미성년자의제강제추행
피 고 인	○○○
상 고 인	피고인
변 호 인	변호사 ○○○
원 심 판 결	○○중앙지법 2005. 8. 30. 선고 ** * *** 판결
판 결 선 고	2006. 1. 13.

주 문

상고를 기각한다.

이 유

형법 제305조의 미성년자의제강제추행죄는 ‘13세 미만의 아동이 외부로부터의 부적절한 성적 자극이나 물리력의 행사가 없는 상태에서 심리적 장애 없이 성적 정체성 및 가치관을 형성할 권익’을 보호법익으로 하는 것으로서, 그 성립에 필요한 주관적 구성요건요소는 고의만으로 충분하고, 그 외에 성욕을 자극·흥분·만족시키려는 주관적 동기나 목적까지 있어야 하는 것은 아니다.

원심은 그 설시 증거들을 종합하여 초등학교 4학년 담임교사(남자)인 피고인이 교실에서 자신이 담당하는 반의 남학생인 피해자의 성기를 4회에 걸쳐

만진 사실을 인정한 다음, 그와 같은 피고인의 각 행위는 비록 교육적인 의도에서 비롯된 것이라 하여도 교육방법으로서는 적정성을 갖추고 있다고 볼 수 없고, 그로 인하여 정신적·육체적으로 미숙한 피해자의 심리적 성장 및 성적 정체성의 형성에 부정적 영향을 미쳤으며, 현재의 사회환경과 성적 가치기준·도덕관념에 부합되지 아니하므로, **형법 제305조**에서 말하는 ‘추행’에 해당한다고 판단하였는바, 이러한 원심의 사실인정과 판단은 위의 법리나 이 사건 기록에 비추어 정당한 것으로 수긍되고, 거기에 피고인이 상고이유로 내세운 것처럼 채증법칙 위배로 사실을 오인하거나 미성년자의제강제추행죄의 성립요건에 관한 법리를 오해하는 등으로 판결 결과에 영향을 미친 위법이 없다.

따라서 상고를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장	대법관	김황식	_____
주심	대법관	박재운	_____
	대법관	이규홍	_____
	대법관	김영란	_____

성폭력 피해생존자의 인권을 존중하는 대법원 판결을 기대한다!

성폭력은 피해생존자의 인권을 침해하는 사회적 범죄행위로, 특히 여성과 어린이의 자유롭고 안전한 삶을 위협하고 있다.

다행히 우리사회에서도 90년대 이후 문제의 심각성을 인식하고 성폭력특별법 등 관련 법과 제도들이 마련되고 있다. 그러나 아직도 성폭력범죄 피해생존자들은 피해자이면서도 오히려 “혹시 유발하지 않았나?”, 심지어 “즐기지 않았나?”하는 의심과 비난을 받고 있다. 성폭력 고소율 6.1%(1998, 한국형사정책연구원), 기소율 43%(2004, 법무부)라는 사실은 피해생존자들의 현실이 얼마나 열악한지 가늠할 수 있게 한다.

특히 우리나라 형법은 여자들이 '완강히 저항'하지 않는 한 합의에 의한 성관계로 파악한다. 따라서 폭행과 협박 상태에서 죽을 각오로 저항하지 않으면 강간으로 입증받기 어렵다. 그 이외에도 장애인이라 하더라도 항거불능 상태였음을 입증해내야 하는 문제나 부부사이에 가장 치욕스러운 경험이라고 호소하는 아내강간은 1970년 대법원 판례이후 강간 성립 자체를 부정당하고 있다. 또한 어린이 성폭력의 경우에는 단 하나의 증거일 수 있는 피해어린이의 진술이 일관성이 없다는 이유로 인정받지 못하고 있다. 이와 같이 법 자체를

매우 협소하게 이해하거나 피해자에게 불리한 방식으로 해석되는 방식은 이제는 사법체계 내에서 관행으로까지 굳어져 다른 성폭력 사건의 불기소와 무죄판결에까지 큰 영향을 미치고 있다.

한국성폭력상담소는 지난 15년 동안 53,000여회 상담사례를 지원하면서 이와 같은 성폭력에 관한 법적 규정과 판단으로 인해 성폭력 피해생존자들이 제2의 고통을 받고 있음을 상담 현장에서 너무도 많이 보아왔다. 또한 2003년 본 상담소에서 실시한 <법조인의 성별의식 조사>연구에서 법조인들의 객관성이 사실상 남성중심적 사회문화에 토대를 두고 있으며 이에 따라 성폭력 피해생존자들의 경험과 의식을 반영하지 못하고 있음을 확인한 바 있다.

이제는 법원이 성폭력 사건의 재판 과정에서 “객관성”이라는 이름으로 얼마나 많은 피해여성들을 고통으로 몰아넣고 있는지를 성찰해야 한다. 그동안 우리의 법체계가 피의자(피고인)의 인권을 중심으로 고려하였다면, 이제 피해자의 인권을 돌아보아야만 한다. 무엇보다 남성 중심적인 우리사회의 잘못된 통념에 가려져 들리지 않았던 피해자의 목소리와 절규에 귀기울여야 한다.

우리는 그 변화의 일환으로 대법원 판례 바꾸기를 강력하게 요청한다. 대법원 판결의 경우, 하급심의 판결에 준거가 되고 검찰의 기소 여부에 큰 영향을 주고 있다는 점을 고려할 때, 대법원의 판례는 해당 사건에 대한 판결 그 이상의 의미를 갖고 있다고 할 수 있다. 그러하기에 성폭력 피해의 특수성을 전혀 고려하지 못하는 다음과 같은 대법원 판례는 성폭력에 대해 둔감했을 뿐 아니라, 결과적으로 성폭력을 묵인, 조장하는 결과를 낳았다고 생각한다.

- (1) 폭행과 협박을 매우 협소하게 판단하는 강간죄의 최협의설
- (2) 항거불능 상태임을 입증해야 하는 장애인 성폭력
- (3) 성폭력 성립 자체를 부정당하는 아내강간
- (4) 진술의 일관성이 부족하다는 이유로 인정받기 어려운 어린이성폭력

앞으로 우리는 성폭력 피해생존자와 반성폭력활동가, 그리고 법조인들이 함께 각 주제별 워킹을 통한 평석자료집을 발간할 것이다. 그리고 이 자료는 존엄, 정의, 고귀, 위엄, 그리고 여성의 색깔로 상징되는 “자주색 봉투”에 담겨 향후 매월 정기적으로 대법원을 비롯한 전국의 각 법원과 검찰청의 법조인에게 배달될 것이다. 또한 더 많은 사례 수집과 주제 발굴로 내용을 내실화시킴과 동시에 토론회, 언론 기고와 같은 다양한 방법들을 동원하여 대법원 판례 바꾸기 운동을 전개해 나갈 것이다.

우리는 이 운동이 법조인들에게 성편향적이었던 사법 관행을 돌아보고 성찰하는 계기를 줄 수 있기를 기대한다. 그리고 우리나라 형사사법체계가 피해생존자의 권익을 보장하는 출발점이 될 수 있기를 희망한다. 아울러 이 운동이 성폭력 없는 자유롭고 평등한 세상을 향한 커다란 울림이 되어, 오히려 피해자를 비난하는 잘못된 우리사회의 인식을 변화시키고 성폭력 근절을 위한 작은 실천들을 이끌어 갈 수 있으리라 믿는다.

2006. 7. 24

사단법인 한국성폭력상담소

성폭력 조정하는
대법원 판례 바꾸기

판례/바꾸기/운동/ 8차 자료집
“ 최협의설 ” 비판(8)
아동성폭력에 대한 쟁점(1)

- ☐ 발 행 일 2007년 2월 28일
- ☐ 발 행 인 이 미 경
- ☐ 발 행 처 사단법인 한국성폭력상담소
(121-884) 서울 마포구 합정동 366-24 2층
Tel. 02-338-2890 | Fax. 02-338-7122
E-mail. ksvrc@korea.com
web-site. <http://www.sisters.or.kr>
- ☐ 편집책임 자주
- ☐ 인 쇄 카피플러스(02-322-1049)

성폭력 조장하는
대법원 판례 바꾸기

판/례/바/꾸/기/운/동/ 아홉번째 자료집
“ 최협의설 ” 비판(9)
아동성폭력에 대한 쟁점(2)

주최 : (사)한국성폭력상담소

후원 : 서울특별시 여성발전기금

성폭력 조장하는

대법원 판례 바꾸기 9차 자료집

목 차

성폭력 조장하는 대법원 판례 바꾸기 운동 소개	1
강간죄에 대한 대법원 판례 비판	4
- 황성기(동국대학교 법대 부교수)	
- 대법원 2000도5395 판결	18
아동의 증언능력에 대한 인정여부	24
- 원혜옥 (인하대학교 법학과 교수)	
- [대상판결 1] 대법원 2004도3161 판결	41
- [대상판결 2] 대법원 2000도159 판결	45
성폭력을 조장하는 대법원 판례바꾸기 운동 취지문	50

성폭력 조장하는 대법원 판례 바꾸기란?

“성폭력을 조장하는 대법원 판례바꾸기 운동”은 그동안 피해자의 특수성을 고려하지 않고 진행된 대법원 판례가 성폭력문제 해결과 피해자의 권리회복에 둔감했을 뿐만아니라, 결과적으로 성폭력을 조장하는 결과를 낳았다고 보고, 법조인들의 성편향적인 사법관행 성찰과 대법원 판례의 변화를 촉구하는 운동입니다.

이 운동은 뜻을 함께하는 법조인, 학자, 반성폭력활동가들의 참여로 매월 대법원 판례 평석문을 발간하여 존엄, 정의, 고귀, 위엄, 그리고 여성의 색깔로 상징되는 “자주색 봉투”에 담겨 대법관을 비롯한 헌법재판관과 전국 각 법원, 검찰청에 배달될 것입니다.

2006년 7월에 시작된 이 운동은 판례평석 이외에도 토론회, 언론기고 등의 다양한 방법으로 앞으로 1년 동안 지속적으로 펼쳐집니다.

1차 자료집 (2006년 7월)

- 성폭력을 조장하는 대법원 판례바꾸기 운동 취지문
- 강간죄의 폭행,협박의 정도에 관한 판례의 입장에 대하여 / 조인섭(변호사)
- 최협의설 판례평석-92도259 / 이경환(본 상담소 법정지원팀)
- ‘의제화간’의 메커니즘 : 강간죄 해석에 있어서의 최협의 폭행,협박설 비판
/ 신윤진(본 상담소 법정지원팀)
- 디딤돌 판결 - 2004고합228 / 서울북부지방법원 제11형사부

2차 자료집 (2006년 8월)

- "성폭력 조장하는" 대법원판례 ? / 한인섭(서울대 법대 교수)
- 강간죄 폭행,협박의 최협의설에 대한 판례평석- 90도 2224
/ 장임다혜(본 상담소 법정지원팀)

3차 자료집 (2006년 9월)

- 존엄, 정의의 자춧빛 메시지로 / 이미경(본 상담소 소장)
- 최협의설에 따른 판례 평석-2005도3071 / 조민영(변호사)
- 판례 속에 드러난 강간죄 법리의 문제점 / 레떼(본 상담소 법정지원팀)
- 최협의설 적용을 완화된 판결

4차 자료집 (2006년 10월)

- 최협의설을 인용한 대법원 판례의 문제점과 개선방향에 대한 소고 - 2004도2611
/ 박용철(서강대 법학과 조교수)
- 상담사례를 통해 본 최협의설의 문제점 / 이경환(본 상담소 법정지원팀)
- 미국 주형법 강간죄 개정과 관련 판례 검토 / 장임다혜(본 상담소 법정지원팀)

5차 자료집 (2006년 11월)

- 최협의설의 자성? - 2005도3071판결의 의미와 시사점 / 이호중(외대 법대 교수)
- 형사절차에서의 제2차 피해, 그리고 최협의설 / 윤주호(본 상담소 법정지원팀)

6차 자료집 (2006년 12월)

- 강간죄 구성요건 해석에 있어 최협의설의 문제점-2001도230판결 / 이유정(변호사)
- 최협의설의 존재 이유? - 2001도4462 판례평석 / 이주희(본 상담소 법정지원팀)

7차 자료집 (2007년 1월)

- 최협의설을 존속시키는 두 가지 심리적 지지기반 / 이경환(본 상담소 법정지원팀)
- 아내강간-남성편향의 '과소 범죄화' 극복하기 / 조국(서울대학교 법과대학 교수)
- 아내강간, 강제추행 - 어떻게 바라볼 것인가? / 윤주호(본 상담소 법정지원팀)

8차 자료집 (2007년 2월)

- 다양한 목소리로 희망을 담아 / 이미경(본 상담소 소장)
- 최협의설 옹호론에 대한 재반론 / 이경환(본 상담소 법정지원팀)
- 성추행의 개념에 대한 판례의 입장에 대하여 -대법원2006도6791호 판결을 중심으로 / 조인섭(변호사)

강간죄에 대한 대법원 판례 비판

황성기(동국대 법대 부교수)

<목 차>

- I. 들어가는 말
- II. 평석대상 대법원 판결의 요지
- III. 성적 자기결정권 또는 성적 자기결정의 자유의 헌법적 의미 및 내용
- IV. 헌법적 관점에서 본 대법원 판례의 문제점
- V. 나오는 말

I. 들어가는 말

강간죄의 성립 여부, 보다 구체적으로 강간죄의 구성요건 중의 하나인 폭행 또는 협박의 정도와 관련하여, 소위 ‘최협의설’과 ‘협의설’ 간의 논쟁이 존재하는 것으로 알고 있다. 여기서 최협의설과 협의설은 강간죄의 객관적 구성요건 중의 하나인 폭행 또는 협박의 정도와 관련

된 입장을 말한다. 최협의설은 폭행 또는 협박의 정도를 최대한 좁게 해석하는 입장이고, 협의설은 최협의설보다는 넓게 해석하는 입장을 말하는 것으로 보인다. 특히 최협의설은 여성주의적 관점에서 비판의 대상이 되고 있는데, 보다 구체적으로 최협의설은 유형력 행사의 정도가 ‘피해자의 의사에 반하는 정도’가 아니라 ‘피해자의 반항을 현저히 곤란케 할 정도에까지 이른 것’이어야만 강간죄의 구성요건 중의 하나인 폭행 또는 협박이 인정된다고 보는 입장이다. 최협의설은 대법원도 채택하고 있는 입장이라고 알고 있는데, 필자가 보기에 이러한 대법원의 견해는 헌법적 관점에서 문제가 있어 보인다.

뿐만 아니라 강간죄에 관한 대법원의 몇몇 판결들을 읽어 본 결과, 대법원이 폭행 또는 협박의 정도와 관련된 판단과정에서 제시하고 있는 구체적인 기준들이나, 이들 기준으로 하는 사실관계에 대한 해석이나 판단에 있어서 여성에 대한 일종의 편견을 갖고 있는 것으로 보인다. 이러한 편견은 결국 강간죄의 헌법적 의미 내지 성적 자기결정권의 헌법적 의미를 왜곡시키고 있는 것으로 평가할 수 있다.

필자는 형법이 아닌 헌법을 전공하는 교수이다. 따라서 형법에 관한 심오한 이론이나 법리는 형법을 전공하는 교수나 형사사건에 전문성이 있는 판사, 검사, 변호사에 비해서 상대적으로 어두울 수밖에 없다. 이에 필자는 강간죄에 관한 대법원의 입장을 형법적 관점이나 이론에 비추어 비판하는 것이 아니라, 헌법적 관점에서 비판을 하고자 한다.

이 글에서 필자가 평석대상으로 삼고자 하는 판결은 ① 대법원 1990. 12. 11. 선고 90도2224 판결, 강간치사, ② 대법원 2001. 2. 23. 선고 2000도5395 판결, 강간, ③ 대법원 2001. 10. 30. 선고 2001도4462 판결, 강간·절도이다.

첫 번째 판결인 90도2224판결은 피고인이 사건 당일 버스정류장에

서 이 사건 피해자를 발견하고 기숙사방으로 유인하여 그 곳에서 불을
끄고 양손으로 껴안아 눕힌 다음, 주먹으로 얼굴을 한 차례 세게 때려
반향을 억압하고 강간하려다 미수에 그친 채 상해를 입게 한 사실로
인해 강간치상죄에 해당하는 것으로 판시한 원심판결을 파기환송한 대
법원 판결이다(이하 'A사례'라 한다).

두 번째 판결인 2000도5395판결은 피고인이 사건 당일 도로상에
주차한 승용차 조수석에서 함께 타고 간 다방종업원인 피해자에게 성
관계를 요구하며 옷을 벗으라고 하였으나 거절하자 심한 욕설을 하며
조수석으로 넘어가 의자를 뒤로 젖혀 피해자를 눕히고 피고인의 무릎
으로 피해자의 허벅지를 내리눌러 반향을 억압한 다음 상, 하의를 벗
기고 간음한 사실로 인해 강간죄에 해당하는 것으로 판시한 원심판결
을 파기환송한 대법원 판결이다(이하 'B사례'라 한다).

세 번째 판결인 2001도4462판결은 피고인이 사건 당일 서울 서초
구 소재 여관에서 컴퓨터 채팅으로 만난 피해자를 자기의 집이라고 속
여 위 여관방으로 데리고 온 다음 2회 강간하고, 위 여관방에서 피해
자가 화장실에 간 틈을 이용하여 피해자의 지갑에 있는 현금 23만 원
을 가지고 나온 사실로 인해 강간 및 절도죄로 처단한 원심판결을 파
기환송한 대법원 판결이다(이하 'C사례'라 한다).

II. 평석대상 대법원 판결의 요지

주지하다시피 현행 형법 제297조가 규정하고 있는 강간죄는 넓은
의미에서의 성폭력(sexual violence) 범죄 중의 하나이다. 즉 강간죄는
개인의 성적 자기결정권 혹은 성적 자기결정의 자유를 침해하는 전형
적인 범죄 중의 하나이다. 따라서 강간죄의 해석·적용 및 집행에 있어
서는 강간죄의 입법취지나 입법목적이 철저하게 관철될 수 있도록 하

는 것이 입법자의 의도에 부합하는 것이다. 이러한 관점에서 보면, 이 글에서 평석대상으로 삼고 있는 세 가지 대법원 판결들은 비판받을 여지가 매우 많다. 아래에서는 평석대상으로 삼고 있는 세 가지 대법원 판결들의 요지를 발췌해 본다.

A사례 - 대법원 1990.12.11. 선고 90도2224 판결, 강간치사

“이 사건 피해자는 사건 당일 근무처 기숙사로 가던 중 위 판시 일시, 장소에서 동료공원인 피고인과 우연히 만나 별다른 강압이나 저항 없이 부근 다방에서 커피를 마시며 40여분 정도 이야기를 나누고, 다시 그길 건너 생맥주집으로 자리를 옮겨 21:00경까지 그곳에서 머물다가 같이 나왔고, 피고인이 그 친구인 공소외 박재현이 피해자에게 사과할 것이 있다 하여 같이 갈 것을 제의하자 그를 따라 그 바로 옆 판시 기숙사에 이르러, 전등이 고장나 텔레비전 불빛만으로 어두운 방안에 함께 들어갔고, 그 방 주인인 공소외인 또한 같이 앉아 피고인과 피해자의 남녀관계를 허위로 발설한 것에 대하여 사과를 하였으며, 공소외인이 그 방에서 나간 후 피고인이 갑자기 피해자를 방바닥에 눕히고 몸으로 짓누르며 내의를 벗기어 간음하려 할 때에도 몸부림을 치고 저항하는 것만으로 피고인으로부터 벗어날 수 있었고, 판시 범행장소 또한 다수의 사람이 기숙하는 곳으로서 피해자가 얼마간의 반항을 하여도 주위에서 곧 알아차릴 수 있는 상황이었는에도 그 방 밖에서 연탄 불을 갈고 있던 공소외인도 피해자의 거부의 의사표시나 다투는 소리 이외에는 별다른 저항이나 고함을 알아차리지 못하였다는 것이고, 그 즉시 위 공소외인이 다시 방에 들어와 옆방 동료와 함께 술을 마시는데도 피해자는 피고인이나 그들의 별다른 감시나 방해 없이 밤늦은 23:00경까지 약 2시간 가까이 그곳에서 머물다가, 기숙사방에서 술을 마신다는 이유로 그곳 사장으로부터 꾸지람을 듣고 다같이 그곳을 나왔으며, 그곳에서 나온 이후에도 피해자 자신의 기숙사나 집으로 돌아가지 아니한 채 뚜렷한 이유나 별다른 저항 없이 도보로 이, 삼십분 정도의 거리에 있는 피고인의 자취방

으로 또다시 따라 갔고, 안집과 1미터의 마루를 사이에 두고 있는 그 자취방에서 같이 밤을 보내면서 피고인이 여러차례 피해자를 간음하려 하였으나 그때마다 피해자의 거부로 그 뜻을 이루지 못하였다는 것이다.

피고인이 피해자를 간음하려 한 때의 상황이나 전후의 사정이 그와 같다면 피고인은 다만 피해자의 의사에 반하는 정도의 유형력을 행사하여 피해자를 간음하려 하였음에도 불과하고, 그 유형력의 행사가 피해자의 반항을 현저히 곤란케 할 정도에까지 이른 것은 아니라고 봄이 상당하다 할 것이다.”

B사례 - 대법원 2001. 2. 23. 선고 2000도5395 판결, 강간

“그러나 강간죄가 성립하려면 가해자의 폭행, 협박은 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이어야 하고, 그 폭행, 협박이 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이었는지 여부는 그 폭행, 협박의 내용과 정도는 물론, 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성고당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 판단하여야 할 것이다.

…피해자가 차값 이외에 따로 돈을 받았다면, 이는 다방종업원이 술집 등에서 손님들과 술을 마시며 함께 있어주는 대가를 받는 이른바 티켓영업은 물론, 경우에 따라서는 윤락행위까지 하려고 피고인의 승용차에 동승한 것으로 볼 여지가 있다.”

C사례 - 대법원 2001. 10. 30. 선고 2001도4462 판결, 강간·절도

“강간죄가 성립하려면 가해자의 폭행·협박은 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이어야 하고, 폭행·협박이 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이었는지 여부는 그 폭행·협박의 내용과 정도는 물

론, 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 판단하여야 할 것이다
…여기에서도, 피해자가 대학입시를 준비중이고, 지방에 홀로 사는 어머니로부터 생활비를 송금 받는다고 하면서도, 불보승용차를 소유하고 있는 등 이에 어울리지 않는 생활환경을 가지고 있는 점도 지적하지 않을 수 없다.”

먼저 강간죄의 구성요건 중의 하나인 폭행 또는 협박의 정도와 관련하여, 유형력 행사의 정도가 ‘피해자의 의사에 반하는 정도’가 아니라 ‘피해자의 반항을 현저히 곤란케 할 정도에까지 이른 것’이어야만 강간죄의 구성요건 중의 하나인 폭행 또는 협박이 인정된다고 보는 대법원의 입장은 헌법적 관점, 특히 개인의 성적 자기결정권 또는 성적 자기결정의 자유라는 관점에서 비판이 가능한데, 그 전제로 개인의 성적 자기결정권 또는 성적 자기결정의 자유가 헌법적으로 어떠한 의미를 갖는 기본권인지를 설명할 필요가 있을 것이다.

III. 성적 자기결정권 또는 성적 자기결정의 자유의 헌법적 의미 및 내용

자기결정권이란 “자신의 운명이나 생활과 관련되어 있는 영역에서 자신에 관한 사항을 자기책임 하에 스스로 혹은 자율적으로 결정할 수 있는 자유권적 권리”를 의미한다고 하겠다. 이러한 자기결정권은 그 대상 영역에 따라, 장기이식이나 치료거부 등과 같이 생명·신체의 처분과 직결되는 자기결정권, 성생활 여부 혹은 결혼 여부에 관한 자기결정권, 생활스타일 즉 복장이나, 두발, 생활습관 등에 관한 자기결정

권, 자신의 개인정보의 처분에 관한 자기결정권 등으로 구분된다. 이러한 자기결정권은 그 헌법적 근거에 대해서는 이론적인 논란이 있지만, 현행 헌법상에 명문의 규정이 없음에도 불구하고, 헌법상의 기본권으로 인정되는 것은 이론의 여지가 없다.

우리 헌법재판소도 이러한 자기결정권의 개념을 인정하고 있는데, 특히 다음과 같이 간통죄사건과 혼인빙자간음죄사건 등에서 성적 자기결정권이 헌법에 의해서 보장되는 기본권이라는 점을 분명하게 선언하고 있다.

헌재 1990. 9. 10. 89헌마82, 형법 제241조의 위헌여부에 관한 헌법소원

“헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”라고 규정하여 모든 기본권을 보장의 종국적 목적(기본이념)이라 할 수 있는 인간의 본질이며 고유한 가치인 개인의 인격권과 행복추구권을 보장하고 있다. 그리고 개인의 인격권·행복추구권에는 개인의 자기운명결정권이 전제되는 것이고, 이 자기운명결정권에는 성행위여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는 성적자기결정권이 또한 포함되어 있으며...”

헌재 2002. 10. 31. 99헌바40, 형법 제304조 위헌소원

“성적자기결정권은 각인 스스로 선택한 인생관 등을 바탕으로 사회공동체 안에서 각자가 독자적으로 성적 관(觀)을 확립하고, 이에 따라 사생활의 영역에서 자기 스스로 내린 성적 결정에 따라 자기책임 하에 상대방을 선택하고 성관계를 가질 권리를 의미하는 것이다. 비록 여성의 입장에서 그 상대 남성이 설혹 결혼을 약속하면서 성행위를 요구한다고 하더라도 혼전 성관계를 가질 것인지 아닌지는 여성 스스로 판단하고 그에 따르는 책임도 스스로 지

는 것이 원칙이다. 그리고 이러한 남녀간의 성문제는 기본적으로 개인간의 은밀한 사생활의 영역에 속하는 것이어서 범죄적인 측면 보다는 도덕·윤리적인 측면이 강하게 드러나는 점을 부인할 수는 없다.

그러나 남성이 오로지 여성의 성만을 한낱 쾌락의 성(城)으로만 여기고 계획적으로 접근한 뒤 가장된 결혼의 무기를 사용하여 성을 편취할 경우, 그 평가는 전혀 달라져야 하고 또 달라야 한다. 성의 순결성을 믿고 있는 여성에게도 상대방을 평생의 반려자로 받아들이겠다는 엄숙한 혼인의 다짐 앞에서는 쉽사리 무너질 수밖에 없다. 혼인을 빙자하는 이와 같은 교활한 무기에 의한 여성의 성에 대한 공략은 이미 사생활 영역의 자유로운 성적결정의 문제라거나 동기의 비도덕성에 그치는 차원을 벗어난 것이다. 이러한 행위는 마땅히 형법적 평가의 대상이 되어야 하고, 조심스럽기는 하나 국가형벌권이 개입할 지평을 열어야 한다고 생각한다. 우리 사회에서 혼인이 상징하는 의미에 비추어 “평생을 일심동체로 함께 하겠다”고 하면서 결혼을 앞세우고 이러한 전제 아래 위장된 호의와 달콤한 유혹으로 파상적 공세를 취하여 올 때, 미혼의 여성이 자신의 성을 깨끗하게 지켜나간다는 것은 지극히 어려운 일일 수 있다. 바로 이러한 점을 악용하여 교활하게도 엄숙한 결혼의 서약을 강력히 앞세워 여성을 유혹하고 언필칭 상호 합의에 의한 성관계라는 이름으로 순결한 성을 짓밟고 유린하는 행위는 남성의 성적자기결정권의 한계를 벗어난 것일 뿐만 아니라, 여성의 진정한 자유의사 즉 성적자기결정권을 명백하게 침해하는 것이 아닐 수 없다.”

위와 같은 성적 자기결정권을 ‘자기 스스로 내린 성적 결정에 따라 자기책임 하에 스스로 또는 자율적으로 상대방을 선택하고 성행위 여부를 결정할 수 있는 권리’로 이해한다고 하면, 성적 자기결정권의 기본전제 혹은 요체는 ‘의사결정의 자율성’에 있다고 할 수 있다. 따라서 성적 자기결정권이 성적 행위 여부에 관한 것이든 그 대상의 선택에 관한 것이든 성생활 영역에서의 모든 사항에 관한 ‘개인의 의사결정의

자율성'을 보장하기 위한 기본권이라고 한다면, 성적 자기결정권의 보호를 목적으로 하는 강간죄는 이러한 성적 자기결정권의 목적과 취지에 부합되게 해석·적용되지 않으면 안될 것이다. 이러한 관점에서 강간죄의 성립 여부, 특히 폭행 또는 협박의 정도에 관한 대법원의 입장은 비판받을 여지가 많은 것이다.

IV. 헌법적 관점에서 본 대법원 판례의 문제점

대법원은 “강간죄가 성립하려면 가해자의 폭행, 협박은 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이어야 하고, 그 폭행, 협박이 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이었는지 여부는 그 폭행, 협박의 내용과 정도는 물론, 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 판단하여야 할 것”이라는 입장을 일관되게 취하고 있는 것으로 보인다. 이러한 접근방식은 다음과 같은 이유에서 헌법상 기본권으로서의 성적 자기결정권의 헌법적 의미 및 강간죄의 입법목적 내지 입법취지에 반한다고 할 수 있다.

첫째, 폭행 또는 협박의 정도와 관련한 대법원의 견해의 요체는, 그 폭행 또는 협박이 ‘피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것’이어야지만 강간죄가 구성요건이 성립된다는 것이다. 따라서 이 부분을 반대로 해석하면, ‘피해자의 항거를 현저한 정도가 아닌 단순한 정도로 곤란하게 할 정도’인 경우에는 강간죄가 성립되지 않는다는 결론이 나온다. 그런데 이러한 기준은 성적 자기결정권의 헌법적 의미 및 강간죄의 입법목적 내지 입법취지에 반한다고 할 수 있다. 왜냐하면 ‘개인의 의사결정의 자율성’을 침해하는 행위는 반드시 그 정도가 ‘현저할’ 필요는 없기 때문이다. 즉 개인의 의사결정의

자율성은 당해 사항에 관한 결정권을 갖고 있는 사람의 의사에 반하기만 하더라도 침해된다고 보아야 한다. 따라서 강간죄의 대상인 여성의 성적 자유의사에 반하는 행위는 그 유형과 정도를 불문하고 여성의 성적 자기결정권을 명백하게 침해하는 행위이고, 따라서 국가는 이러한 행위를 처벌할 의무가 있는 것이며, 형법상의 강간죄는 바로 이러한 국가의 의무를 입법화한 것으로 이해해야 한다. 물론 개별 형벌규정의 적용집행에 있어서는 법관의 보충적인 해석이 필요하다. 하지만 이러한 법관의 보충적인 해석은 당해 형벌규정의 입법목적 내지 입법취지에 부합하는 한계 내에서만 인정된다고 보아야 한다.

한편 개인의 성적 자기결정권도 국가적·사회적·공공복리 등의 존중에 의한 내재적 한계가 있는 것이며, 따라서 절대적으로 보장되는 것은 아닐 뿐만 아니라 헌법 제37조 제2항이 명시하고 있듯이 질서유지(사회적 안녕질서), 공공복리(국민공동의 행복과 이익) 등 공동체 목적을 위하여 그 제한이 불가피한 경우에는 성적 자기결정권의 본질적 내용을 침해하지 않는 한도에서 법률로써 제한할 수 있다. 하지만 이러한 제한이 가능한 것은 예컨대 간통죄와 같이 입법자가 일정한 공익을 위해서 법률을 통해서만 가능한 것이지, 법관이 개별 형벌규정의 해석·적용을 통해서 할 수 있는 것이 아니다.

결국 폭행 또는 협박의 정도와 관련하여, 그 폭행 또는 협박이 ‘피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것’인 경우에만 강간죄의 성립을 인정하는 대법원의 입장은 판결을 통해서 여성의 성적 자기결정권의 보호를 축소시키는 것으로서, 성적 자기결정권의 헌법적 의미 및 강간죄의 입법목적 내지 입법취지에 반한다고 할 수 있다.

둘째, 대법원은 “폭행, 협박이 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이었는지 여부는 그 폭행, 협박의 내용과 정도는 물론, 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 판단하여야 할 것”이라

고 판시하면서, 폭행 또는 협박의 정도에 관한 판단에 있어서 당해 폭행 또는 협박행위의 내용 및 정도만을 기준으로 하는 것이 아니라, 그 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등의 상황도 종합적으로 고려할 것을 요구하고 있다.

그런데 성적 자기결정권이 성적 행위 여부에 관한 것이든 그 대상의 선택에 관한 것이든 성생활 영역에서의 모든 사항에 관한 ‘개인의 의사결정의 자율성’을 보장하기 위한 기본권이라고 한다면, 그 주체는 아내이건 성매매종사자이건 상관없이 모든 여성을 포함한다고 보아야 한다. 그런데 대법원은 폭행 또는 협박의 정도를 판단함에 있어, 별도의 판단기준으로 ‘가해자와 피해자와의 관계’를 제시하고 있다. 이러한 기준을 제시한 이유는 가해자와 피해자와의 관계에 따라서 폭행 또는 협박의 정도에 대한 판단이 달라진다는 것을 전제로 하는 것으로 보인다. 쉽게 이야기하면, 그 대상이 아내이거나 성매매종사자인 경우에는 강간죄의 성립의 가능성을 오히려 좁게 해석하겠다는 취지로 이해된다. 하지만 이러한 관점이야말로, 성적 자기결정권의 취지를 왜곡시키는 것이라 아니할 수 없다. 헌법상의 기본권은 그 주체가 누구이냐에 따라서 보호의 정도가 달라지는 것이 전혀 아니다. 비록 성행위가 전형적인 부부간의 사생활영역에 해당하는 것이라 할지라도, 그리고 성매매행위가 성행위를 매개로 이루어지는 거래행위라고 할지라도, 개인의 의사결정의 자율성은 존중되어야 하고, 따라서 부부간의 성행위이더라도 혹은 성매매행위이더라도 그 과정에서 여성의 의사결정의 자율성을 침해하는 행위가 있다고 한다면 여성의 성적 자기결정권을 침해하는 행위로 인정되어야 하는 것이다. 그 주체가 누구이냐에 따라 성적 자기결정권의 보호정도가 달라진다는 해석은 어디에서도 들은 바가 없는 이론이다. 피해자 여성의 현재의 생활환경을 판단기준으로 고려하는 것도 이와 동일한 관점에서 비판이 가능하다. 결국 ‘가해자와 피해자와의 관계’ 혹은 ‘현재 여성의 직업 내지 생활환경’을 폭행 또는 협박의 정도를 판단하는 기준으로 설정하는 것 자체가 성적 자기결정

권의 헌법적 의미를 오해 더 나아가서 왜곡시키는 것이고, 여성에 대한 편견이 개입되어 있다는 것을 단적으로 보여준다.

이러한 관점에서, B사례와 C사례는 비판받아 마땅하다. 왜냐하면 B 사례의 경우에는 대법원이 폭행 또는 협박의 정도를 판단함에 있어, 당시의 정황이 성매매행위의 과정에 있었다는 것을 염두에 두고 있었음은 분명하기 때문이다. 물론 강간이 아닌 성매매행위에 해당한다는 취지의 판결로 이해할 수 있지만, 성매매행위라 할지라도 그 과정에서 대상 여성의 의사결정의 자율성에 반하는 행위가 있었다고 한다면 강제성이 있는 성행위이고 따라서 강간죄의 성립을 인정할 수 있을 것이다. 뿐만 아니라 C사례의 경우에도 피해여성의 ‘이중적인’ 생활환경, 즉 어머니로부터 생활비를 송금받으면서, 볼보승용차를 소유하고 있는 것이 폭행 또는 협박의 유무 혹은 그 정도를 판단하는데 왜 필요한지 의문이다. 물론 피해자의 진술의 신빙성을 판단하는 기준으로 설정하고 있는 것으로 보이나, 이중적인 생활은 이중적인 생활 그 자체이고, 이는 피해자의 성적 의사결정에서의 자율성 침해의 문제와는 별개의 것이다. C사례의 경우에도 은연중에 대법원이 피해 여성에 대한 편견을 개입시키고 있다는 것을 알 수 있다.

대법원이 폭행 또는 협박의 정도를 판단함에 있어, 별도의 판단기준으로 제시하고 있는 ‘성교 당시와 그 후의 정황’이라는 기준도 문제될 수 있다. 왜냐하면 성적 자기결정권의 침해행위, 즉 개인의 의사결정의 자율성의 침해행위가 발생했느냐의 여부는 문제되는 성행위가 이루어진 시점을 기준으로 판단해야 하기 때문이다. 물론 성교 당시의 폭행 또는 협박에 의한 성행위 여부를 판단함에 있어서, 여러 가지 정황들을 고려할 수는 있다. 하지만 성교 당시의 성행위의 강제성 여부를 판단함에 있어서 ‘그 후의 정황’들이 결정적인 기준이 될 수는 없는 것이다. 왜냐하면 이미 성적 자기결정권의 침해행위가 사후의 정황에 의해서 ‘없던 행위’로 치유될 수 있는 것은 아니기 때문이다. 이러한

관점에서 A사례는 비판받을 여지가 많다. 우선 A사례에서 대법원이 인정한 사실관계를 두 부분으로 나누어 보면 다음과 같이 분리가 가능하다.

첫 번째 부분은, “공소외인이 그 방에서 나간 후 피고인이 갑자기 피해자를 방바닥에 눕히고 몸으로 짓누르며 내의를 벗기어 간음하려 할 때에도 몸부림을 치고 저항하는 것만으로 피고인으로부터 벗어날 수 있었고, 판시 범행장소 또한 다수의 사람이 기숙하는 곳으로서 피해자가 얼마간의 반항을 하여도 주위에서 곧 알아차릴 수 있는 상황이었는에도 그 방 밖에서 연탄불을 갈고 있던 공소외인도 피해자의 거부의 의사표시나 다투는 소리 이외에는 별다른 저항이나 고함을 알아차리지 못하였다는 것이고”에 관한 부분이다.

두 번째 부분은, “그 즉시 위 공소외인이 다시 방에 들어와 옆방 동료와 함께 술을 마시는데도 피해자는 피고인이나 그들의 별다른 감시나 방해 없이 밤늦은 23:00경까지 약 2시간 가까이 그곳에서 머물다가, 기숙사방에서 술을 마신다는 이유로 그곳 사장으로 부터 꾸지람을 듣고 다같이 그곳을 나왔으며, 그곳에서 나온 이후에도 피해자 자신의 기숙사나 집으로 돌아가지 아니한 채 뚜렷한 이유나 별다른 저항 없이도 도로 이, 삼십분 정도의 거리에 있는 피고인의 자취방으로 또다시 따라 갔고, 안집과 1미터의 마루를 사이에 두고 있는 그 자취방에서 같이 밤을 보내면서 피고인이 여러 차례 피해자를 간음하려 하였으나 그때마다 피해자의 거부로 그 뜻을 이루지 못하였다는 것이다”에 관한 부분이다.

첫 번째 부분에 관한 사실관계를 보면, 대법원도 피해자에 대한 피고인의 강제적 성행위 시도를 인정하고 있는 것으로 보인다. 하지만 두 번째 부분에 관한 사실관계를 보면, 대법원이 이 사례에서 문제가 되고 있는 강간미수행위가 발생한 시점 이후의 정황을 갖고 그 이전

시점의 행위에 대한 법적 평가를 하고 있는 것으로 보인다. 비록 문제가 되는 시점 이후의 행위에 있어서는 강제성이나 폭행 또는 협박이 존재하지 않는다고 하더라도, 강간미수죄의 성립은 강간미수행위가 발생한 시점을 기준으로 판단을 해야 하는 것이다. 왜냐하면 강간죄가 성적 자기결정권을 보호하려는 형사법적 장치라고 한다면, 강간죄의 성립 여부를 판단함에 있어 가장 중요한 기준은 여성의 의사에 반하는 성행위가 '실제로' 존재하였느냐의 문제이지, 성행위 이후의 정황은 결정적인 기준이 될 수 없기 때문이다.

V. 나오는 말

성적 자기결정권이 성적 행위 여부에 관한 것이든 그 대상의 선택에 관한 것이든 성생활 영역에서의 모든 사항에 관한 '개인의 의사결정의 자율성'을 보장하기 위한 것이고, 강간죄가 존재의의 자체가 이러한 성적 자기결정권의 침해행위를 형사별로 규율하는데 있다고 한다면, 강간죄의 해석·적용 및 집행에 있어서는 개인의 성적 자기결정권 혹은 성적 자기결정의 자유가 가장 중심적이고 기본적인 잣대로 설정되어야 한다. 이러한 맥락에서 소위 '강간신화(rape myths)'가 헌법적으로 정당화될 수 없는 것이다.

물론 개별적인 사안에서 사실관계를 확정해야 하는 입장에 있는 법원으로서 가능한 모든 사실들을 종합적으로 고려하여 강간죄의 성립 여부를 판단해야 할 것이다. 하지만 이러한 사실관계를 해석하고 파악함에 있어 그리고 구체적인 구성요건의 해석에 있어서, 강간죄의 입법취지가 무엇인가를 항상 염두에 두어야 한다. 이러한 관점에 따라 재판을 해야 하는 것이 헌법에 의해서 부여된 사법권을 행사하는 법원의 본연의 임무가 아닐까?

대 법 원¹⁾

판 결

사 건	2000도5395 판결 강간
피 고 인	○○○
상 고 인	피고인
변 호 인	변호사 ○○○ 외 1인
원 심 판 결	○○고등법원 2000. 11. 9. 선고 **** * ** 판결
판 결 선 고	2001. 2. 23.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 ○○고등법원에 환송한다.

이 유

변호인들의 상고이유를 함께 본다.

1. 원심판결 이유에 의하면, 원심은, 피고인이 1999. 1. 22. 01:30경 도로상에 주차한 승용차 조수석에서 함께 타고 간 다방종업원인피해자(여, 19세)에게 성관계를 요구하며 옷을 벗으라고 하였으나 거절하자 심한 욕설을 하며 조수석으로 넘어가 의자를 뒤로 젖혀 피해자를 눕히고 피고인의 무릎으로 피해자의 허벅지를 내리눌러 반항을 억압한 다음 상, 하의를 벗기고 간음한 사실을 인정하고, 이를 강간죄로 다스린 제1심판결을 유지하고 있는바, 그 사실인정 과정을 보면, 피해자의 진술을 가장 유력한 증거로 삼고 있음이 분명

1) 본문에서 평석대상으로 삼고 있는 세 가지 대법원 판결 중 “성폭력 조장하는 대법원 판례바꾸기” 자료집에서 다룬 바 없는 대법원 2000도5395 판결문만을 수록하였습니다. 대법원 1990.12.11. 선고 90도2224 판결(2차 자료집), 대법원 2001. 10. 30. 선고 2001도4462 판결(6차 자료집) - 편집자 주.

하다.

2. 그러나 이러한 원심의 사실인정과 판단은 수긍하기 어렵다.

기록에 의하면, 피해자는 피고인을 강간죄로 고소한 이래 제1심 판시와 같이 강간당하였다고 진술함에 반하여, 피고인은 경찰 이래 원심 법정에 이르기까지 피해자와 성교한 사실은 인정하면서도 공소사실 기재와 같이 피해자에게 욕설을 하거나 폭행한 사실은 없다고 부인하고 있는바, 이와 같이 서로 상반되는 피해자와 피고인의 각 진술 중에서 원심이 피고인의 변소를 배척하고 피해자의 진술을 채택한 것은 사실심의 증거 취사에 관한 것으로서 이것이 도리와 경험칙에 반하는 것이 아닌 한 이를 잘못이라 할 수는 없다.

그러나 강간죄가 성립하려면 가해자의 폭행, 협박은 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이어야 하고, 그 폭행, 협박이 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이었는지 여부는 그 폭행, 협박의 내용과 정도는 물론, 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 판단하여야 할 것이다(대법원 1992. 4. 14. 선고 92도259 판결 참조).

그런데 원심이 채택한 증거들 중 공소사실에 부합하는 증거로는, 피해자 000의 검찰 및 제1심에서의 각 진술과 피고인과 피해자가 피고인의 승용차 안에서 성관계를 맺고난 뒤 곧바로 들린 여관에서 피고인과 피해자를 상대한 여관주인 △△△의 경찰, 제1심 및 원심에서의 각 진술이 있으므로, 차례로 검토한다.

먼저, △△△의 각 진술 중 이 사건 공소사실에 부합하는 듯한 부분은, 여관에 먼저 들어온 피해자가 도망가야 한다면서 도와달라고 하였다거나(수사기록 17쪽, 이하 '수 몇쪽'이라고 표시한다.), 피해자가 먼저 203호실로 올라가고 피고인이 숙박부에 인적사항을 적고 뒤따라 올라간 뒤 곧바로 피해자 혼자 내려와 내실에서 휴대폰으로 아는 남자에게 전화하여 자신을 데려가 달라는 부탁을 하였다는 진술(수 17쪽)이 있을 뿐이다.

그러나 △△△의 경찰 진술을 보더라도, 피해자가 여관에 왔다가 나갈 때까지 피고인에게 두려움을 느끼는 것으로는 보이지 않았고(수 18쪽), 피고인이 203호실에서 피해자를 뒤따라 내려와 여관 내실에 들어가 있는 피해자에게 여관방에 올라가 자고 가라고 말하고, 피고인이 아침에 데려다 주겠다는 말

을 한 것 외에 달리 피해자를 협박하거나 행패를 부린 일이 없고, 피해자가 자신을 데리러 온 남자 친구의 승용차를 타고 간 뒤 피고인도 그대로 여관을 나갔다는 것이며(수 17쪽), 제1심 증언을 보면, 여관방에서 카운터로 내려온 피해자가 뒤따라 온 피고인에게 돈 이야기를 비치면서 피고인이 염치가 없을 정도로 말을 했고, 피해자를 데리러 온 차량이 여관 앞에 도착하자 피고인에게 다시 욕설을 하면서 여관을 나갔으며(공판기록 89쪽, 이하 '공 몇 쪽'이라고 표시한다.), 피해자가 여관에 들어오면서부터 나갈 때까지 두려워하거나 긴장한 것 같지는 않았고, 오히려 피해자는 화가 난 상태이고 피고인은 말을 제대로 하지 못하였다는 것이고(공 90쪽), 원심 증언을 보면, 피해자가 내실에서 자신을 데려가 달라고 전화하여 차량이 도착하자 여관을 나가면서 피고인에게 창피를 주는 내용의 욕설을 하였고(공 242쪽), 피고인이 피해자가 여관방에서 나가지 못하게 하거나, 내실로 들어가지 못하게 하거나, 또는 여관을 나가지 못하게 하는 등의 행동을 한 사실이 없으며(공 241, 242쪽), 피해자가 여관에 들어올 때 머리카락이나 옷매무새가 흐트러지지 않았고(공 242쪽), 피해자가 먼저 여관에 걸어 들어오고 피고인이 잠시 후 따라 들어왔는데, 피해자가 도망갈 수 없을 정도로 급박한 상황이 아니고 도망가려면 충분히 도망갈 수 있었다는 것이다(공 243쪽).

다음으로 기록에 의하면, 피해자는 이 사건과 관련하여 1999. 1. 25. 고소장을 제출한 이후 같은 날짜 경찰 제1회 진술(수 7쪽), 같은 해 2월 3일자 경찰 피의자신문조서 중 대질부분(수 39쪽), 같은 달 4일자 경찰 제2회 진술(수 48쪽), 같은 해 4월 21일자 검찰 진술(수 134쪽), 같은 달 27일자 검찰 피의자신문조서 중 대질부분(수 145쪽), 같은 해 12월 8일자 제1심 증언(공 94쪽), 2000. 6. 1. 원심 증언(공 216쪽)까지 7차에 걸쳐 진술하였음을 알 수 있다.

피해자는 정읍시에 있는 다방에 종업원으로 있으면서 이 사건 범행 전일 23:20경 같은 시에 있는 가요주점에서 피고인으로부터 쌍화차 2잔을 주문받아 배달 갔다가(수 7, 8, 135쪽), 피고인으로부터 1만 원을 받아 쌍화차 2잔 값 8,000원을 제하고 2,000원을 거슬러 주었을 뿐 4만 원을 따로 받은 바 없다고 진술하고(수 42쪽), 피고인은 경찰 이래 원심에 이르기까지 다방에 가서 입금하고 돌아오겠다는 피해자의 말에 피해자에게 5만 원을 주었더니 2,000원을 거슬러 주었다고 주장한다(수 33쪽).

그런데 가요주점 종업원 ▽▽▽의 진술을 보면, 얼마인지 모르지만 피고인이

돈을 세어 피해자에게 주는 것을 보았다거나(수 55쪽), 만 원 짜리 몇장을 주었다고 하고 있고(공 36쪽), 피해자가 ▽▽▽ 자신의 휴대폰을 빌려 다방 주인에게 전화하여 이른바 티켓영업을 하여도 되느냐고 물어 승낙을 받고 피고인에게 다방에 가서 입금하고 돌아오겠으니 기다리라고 말하는 것을 들었으며, 그러한 경위로 보아 피고인이 쌍화차 값 외에 다른 돈을 준 것으로 생각하고(수 59쪽), 또한 당시 술값이 5만 원이 나왔는데 피고인이 돈이 없다면 주민등록증과 운전면허증을 맡기고 전화번호를 적어주면서 다음날 갚기로 하였다는 것인바(수 59쪽), 이러한 ▽▽▽의 진술이 허위라고 볼 만한 사정은 없다.

피해자가 차값 이외에 따로 돈을 받았다면, 이는 다방종업원이 술집 등에서 손님들과 술을 마시며 함께 있어주는 대가를 받는 이른바 티켓영업은 물론, 경우에 따라서는 율락행위까지 하려고 피고인의 승용차에 동승한 것으로 볼 여지가 있다. 기록상 이 사건이 발생한 정읍지역에서 티켓영업의 경우 시간당 2만 원 정도라는 것이고(수 126쪽), 피해자가 주문한 쌍화차 2잔을 배달 나가 차를 따라 주는 데 그치지 않고 피고인이 술을 마시는 칸막이 방으로 들어가 함께 맥주를 나누어 마시고, 가요주점에 머무른 시간은 30분 정도에 지나지 않지만 이는 가요주점 영업시간이 24:00에 끝나게 되어 그리 된 것이고, 다방주인에게 전화하여 더 있다가 가도 되느냐고 물어 수금액을 입금한 뒤 나가라는 말을 듣고 피고인에게 다방에 갔다 돌아올 터이니 기다리라고 하였음은 피해자도 인정하고 있는바(수 138, 139쪽), 차를 배달하러 왔다가 피고인을 처음 만나 30분 정도 술을 마시면서 얘기를 나눈 것에 불과한 피해자가 15살이나 나이 차가 있는 피고인에 대하여 각별한 호감이 생겼다고 보기도 어려워 아무런 대가 없이 단순히 술을 마시려고 되돌아온다는 것은 설득력이 없고, 자정이 지난 시간에 단순히 개인적으로 술을 먹는 것이라면 굳이 다방주인에게 사전에 승낙을 받을 이유가 없어 보이므로, 피고인의 주장과 같이 성관계를 맺기로 사전에 약속하였거나, 적어도 이른바 티켓영업의 대가를 이미 받았기 때문에 되돌아온 것으로 보는 것이 합리적으로 보인다.

그리고 피고인은 승용차 안에서 성관계를 맺기로 합의하여 피해자가 조수석에 앉아 스스로 옷을 벗었고, 피고인도 뒤따라 옷을 벗었다고 주장하고 있음(수 33쪽)에 반하여, 피해자는 경찰 진술에서, 피고인이 옷을 모두 벗고 알몸으로 조수석으로 넘어와 피해자의 바지를 벗기고 양 무릎으로 양 허벅지를 누르고 강간하였다고 진술하다가(수 8, 48, 49쪽), 경찰 제2회 진술에서는 피고인이 피해자의 바지와 팬티 그리고 상의 스웨터를 벗긴 다음 강간하였고,

강간과정에서 브래지어까지 벗겼다고 진술하여 마치 피해자의 옷을 먼저 벗긴 것처럼 진술하였으며(수 48, 49쪽), 검찰 진술에서는, 피고인이 조수석에 넘어와 피고인의 무릎으로 피해자의 허벅지를 누른 상태에서 피해자의 스웨터를 잡아당겨 벗기고, 양손으로 청바지와 팬티를 한꺼번에 벗긴 다음 피고인이 자신의 바지를 벗고 강간하였다고 하고(수 136쪽), 다시 제1심 증언에서는, 피고인이 바지를 벗은 상태에서 조수석으로 넘어와 증인의 상, 하의를 벗겼으며 성관계 후에 피고인이 자신의 상의를 벗었다고 하여 다시 바뀌었는바(공 97쪽), 최초 경찰 진술은 고소장을 제출한 당일에 이루어진 것으로 그 진술 내용이 구체적이고 명확하여 피고인이 먼저 알몸으로 조수석으로 넘어와서 피해자의 옷을 강제로 벗겼다는 내용의 최초 경찰 진술이 다른 진술에 비하여 신빙성이 있어 보인다.

더욱이 피고인은 왼쪽 무릎 아래부위가 절단된 불구자로서 의족을 착용하고 있어(공 122-127, 148, 149쪽) 옷을 벗을 때 상당히 불편한 처지이고, 피해자도 피고인이 왼쪽 다리에 의족을 하고 있는 것을 이미 알고 있었다는 것이므로(공 98, 218쪽), 범행 장소라는 프린스 승용차의 비좁은 조수석(공 211쪽 이하의 사진 참조)에서 의족을 한 피고인에게 강간당한 구체적 경위에 관한 피해자의 진술은 그 신빙성이 의심스럽다.

또 피해자는 당시 입고 있던 바지의 종류에 대하여 경찰에서는 진술한 바 없고, 검찰에서 처음으로 청바지를 입고 있었다고 하고는(수 136쪽) 제1심 법정에서는 청바지 비슷한 통이 큰 바지를 입고 있었다고 하고(공 102쪽), 다시 원심 법정에서는 꼭 조이는 청바지가 아니라 헐렁한 면바지를 입고 있었다고 하여 진술을 달리하고 있는바(공 220쪽), 이 또한 피고인이 피해자의 상, 하의를 강제로 벗겼다는 피해자 진술의 신빙성을 의심스럽게 한다.

나아가 피고인은 승용차 안에서 성관계를 맺은 후 자신의 전화번호 등이 기재된 명함을 피해자에게 건네 주었고(수 44쪽), 여관에서 숙박부에 자기 본명을 기재하였다(수 17쪽)고 진술하면서, 명함을 준 것은 수중에 돈이 없어 여관이 아닌 승용차 안에서 성관계를 하게 되어 미안한 마음과 윤락행위의 대가를 주지 못하여 나중에 분명히 주겠다는 뜻이고(수 44쪽), 숙박부에 본명을 적고 여관비가 없다면서 핸드폰과 자동차 키를 맡겼다는 것은 여관주인 △△△의 진술과도 일치하는바, 여기에다 앞서 본 바와 같이 △△△의 진술로써 알 수 있는 피고인과 피해자의 여관에서의 언동 등을 보태어 보면, 피고인에게 강간당하였다는 피해자의 각 진술은 아무래도 의심스럽다.

형사재판에서 범죄사실의 증명은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 수 없을 정도로 고도의 개연성에 대한 확신을 가지게 하여야 하고, 피고인에 대하여 유죄의 의심이 간다는 사정만으로 유죄로 인정할 수는 없는 것이다.

결국, 이 사건 공소사실은 합리적인 의심이 없을 정도로 증명되었다고 보기 어려운데도, 원심이 피고인이 피해자와 성관계를 맺기 전후의 사정 등을 좀 더 자세히 심리하여 폭행 또는 협박의 내용과 정도와 함께 그 두 사람이 한 진술의 신빙성을 가려보지 아니한 채 피해자의 진술을 그대로 받아들여 이 사건 강간의 공소사실을 유죄로 단정한 것은 심리를 다하지 아니하거나, 증거의 가치판단을 그르친 나머지 채증법칙을 위반하여 사실을 오인한 위법을 저지른 것으로서, 이는 판결 결과에 영향을 미쳤음이 분명하다.

상고이유 중 이 점을 지적하는 부분은 이유 있다.

3. 그러므로 원심판결을 파기하고, 다시 심리·판단하게 하기 위하여 사건을 원심법원에 환송하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장	대법관	이규홍	_____
주 심	대법관	송진훈	_____
	대법관	윤재식	_____
	대법관	손지열	_____

아동의 증언능력에 대한 인정여부

원 혜 옥 (인하대학교 법학과 교수)

<목 차>

[대상판결 1] 대법원 2004. 9. 13. 선고 2004도3161

- 사안의 개요
- 대법원의 판결요지

[대상판결 2] 대법원 2000. 3. 10. 선고 2000도159

- 사안의 개요
- 대법원 판결요지

I. 문제의 제기

II. 아동진술/증언의 특성

III. 아동의 증언능력에 대한 판례의 견해

1. 판례의 내용
 - (1) 아동의 증언능력과 의사능력을 동일하게 파악한 판례
 - (2) 아동의 증언능력과 증언의 신빙성을 인정한 판례
 - (3) 아동의 증언능력은 인정하면서 진술의 신빙성은 인정하지 아니한 판례
2. 대법원 판결의 분석

IV. 아동에 대한 다양한 조사방법의 개발 및 전문가의 참여 확대

1. 조사방법의 개발
 - (1) 조사자와의 신뢰관계 구축
 - (2) 대화기법의 개발
 - (3) 조사상황의 개선
2. 전문가의 참여 확대

V. 맺음말

【대상판결 1】 대법원 2004. 9. 13. 선고 2004도3161

· 사안의 개요

피고인은 어린이집 원장의 아버지로서 통학용 버스를 운전하는 자 인바, 2003. 5. 31.경 위 어린이집 2층에 있는 방에서 어린이집에 다니는 만 4세 6개월 남짓 된 여아 甲과 만 3세 7개월 남짓한 여아 乙을 바닥에 눕힌 후 甲과 乙의 팬티를 내리고 손으로 음부를 만져 그로 인하여 甲에게는 치료일수 불상의 처녀막열흔상을, 乙에게는 치료일상 불상의 소아외음부염을 입게 하는 등 13세 미만의 부녀를 추행하여 상해에 이르게 하였다고 하여 미성년자의제강제추행치상죄로 기소되었다. 이러한 공소사실에 부합하는 증거로 서울시 아동복지센터 임상심리 상담직원이 甲 및 乙과 상담하는 내용을 촬영, 녹화한 비디오테이프를 다른 증거와 함께 제출하였다.

· 대법원 판결요지

위 사안에서 대법원은 甲과 乙의 상담과정을 촬영, 녹화한 비디오 테이프에 대하여 증거능력을 인정하면서 증인의 증언능력에 대해 다음과 같이 판시하였다. “증인의 증언능력은 증인 자신이 과거에 경험한 사실을 그 기억에 따라 공술할 수 있는 정신적인 능력이라 할 것이므로, 유아의 증언능력에 관해서도 그 유무는 단지 공술자의 연령만에 의할 것이 아니라 그의 지적수준에 따라 개별적이고 구체적으로 결정되어야 함은 물론 공술의 태도 및 내용 등을 구체적으로 검토하고, 경험한 과거의 사실이 공술자의 이해력, 판단력 등에 의하여 변식될 수 있는 범위 내에 속하는가의 여부도 충분히 고려하여 판단하여야 한다. ... 위 법리에 비추어 기록을 살펴보면, 이 사건 비디오테이프 촬영 당시 피해자 甲은 만 4년 6개월 남짓, 피해자 乙은 만 3년 7개월 남짓된 여아들이나 피해자들이 경험한 사실이 ‘피고인이 피해자들의 팬티를 내리고 손으로 음부를 만졌다’는 비교적 단순한 것으로서 피해자들

연령 정도의 유아라고 하더라도 별다른 사정이 없는 한 이를 알고 그 내용을 표현할 수 있는 범위 내의 것이라고 보여지고, 피해자 甲은 상담자가 ‘할아버지가 서서 했어, 앉아서 했어?’라는 유도성 질문을 하였음으로 스스로 ‘누워서요’라고 하거나 ‘바닥에’라고 하는 등 질문에 주어지지 않은 제3의 답변을 자발적으로 고집어내고 있으며, 피해자 乙은 반복하여 ‘원장 할아버지가 (성기 부분을) 때렸다’고 진술하고 있는데 이는 그 연령의 유아 수준의 표현이라고 보여지며, 그 외 피해자들의 진술내용과 진술태도, 표현방식 등을 종합해 보면, 피해자들의 증언 능력이나 그 진술의 신빙성이 인정된다 할 것이다.”

【대상판결 2】 대법원 2000. 3. 10. 선고 2000도159

· 사안의 개요

피고인은 1997. 8. 일자불상경 피고인의 집에서 생후 30개월 가량의 여아 甲의 하의를 벗기고 피고인의 성기를 피해자의 음부 등에 비벼대는 등의 행위를 행하였다는 사실로 1998. 4. 24. 고소되어 강제추행죄로 기소되었다. 이러한 공소사실에 부합하는 증거로 사건이 발생한 이후 7개월 경과한 시점에서 甲의 증언을 녹음한 녹음테이프를 포함하여 여러 증거를 제출하였다.

· 대법원 판결요지

대법원 피해자의 진술이 녹음된 녹음테이프에 대해 다음과 같이 판시하였다. “녹취 당시 피해자의 어머니가 피해자에게 ‘성룡이 아저씨가 쉬 닦아준다고 고추로 잠지에다가 대고 흔들었다’는 내용으로 이야기할 것을 구체적으로 유도하였는데, 피해자는 이에 대하여 처음에는 얘기하기 싫다거나 엄마는 몰라도 된다는 식으로 대답을 회피하다가, 어머니가 대답을 잘해야 색연필을 사러 가고 다음에 학교 가자는 등으로 회유하면서 같은 내용의 질문을 반복하자 결국 어머니가 유도하는

비에 따라 공소사실과 같은 취지의 대답을 하였음을 알 수 있다. 그러나 피해자는 위 녹취 당시 만 3세 1개월 남짓한 유아이었고, 그 후 원심법정에서 진술함에 있어서도 그의 의사를 언어로써 제대로 표현하지 못한 점에 비추어, 과거 자신이 경험한 사실을 기억하여 그 기억에 따라 진술할 수 있는 능력이 성인이나 보다 나이가 든 아동에 비하여 미약하다고 보여지는데, 피해자의 어머니가 위와 같이 피해자와의 대화를 녹취한 것은 이 사건이 발생하였다는 때로부터 7개월 가량이 지난 1998. 4. 20.일뿐만 아니라, 어머니가 피고인의 처에게 피고인의 피해자에 대한 추행사실을 들어 금전보상을 요구한 후에 그 증거자료를 확보하기 위한 것이었으며, 더욱이 그 녹취 과정에서 피해자의 어머니가 피해자에게 편향되고 유도적인 질문을 반복하여 피해자로부터 그 유도에 따라 대답을 하게 하였음을 알 수 있고, 기록상 그 녹취 당시를 제외하고는 피해자가 같은 내용의 이야기를 하였음을 알 수 있는 자료가 없는 점 등에 비추어 보면, 피해자로서는 그 녹취에 이르기까지 어머니의 영향을 받아 진술이 왜곡되었을 가능성을 배제할 수 없다. 그렇다면 피해자의 증언능력 유무와는 상관없이 사건이 있는 때로부터 7개월 가량이 경과한 후에 어머니의 편향되고 유도적인 반복질문에 따라 비로소 이루어진 단 1회의 피해자의 진술만으로 피고인에 대한 이 사건 공소사실을 인정하는 데 합리적인 의심을 배제한 정도의 증명에 이르렀다고 볼 수는 없다고 할 것이다.”

【연구】

I. 문제의 제기

최근에 아동을 대상으로 하는 강제추행, 강간, 강제추행치상, 강간 살인 등의 범죄가 지속적으로 발생하면서 아동에 대한 성폭력범죄가 심각한 사회문제로 제기되고 있다. 아동피해자들은 가해자가 아닌 가족구성원, 돌보는 사람, 학교 그리고 수사나 민·형사절차에 참여하는 전문가들로부터 도움이 필요하다.²⁾ 그러나 이러한 성폭력범죄를 행한 가해자들의 재판과정에서의 특성을 살펴보면, 범죄의 대상이 되는 아동이 범행을 재구성하여 진술하지 못할 것으로 생각하여 자신의 범행을 극구 부인하는 경향이 있다. 또한 아동학대사건의 90% 이상이 기소되지 않는다는 견해도 있다. 많은 사건이 소송절차로 이행되지 않는 것은 아동이 증언이 제대로 할지에 대한 우려와 재판절차가 아동피해자에게 미칠 영향에 기인한다. 이처럼 아동에 대한 범죄에 있어서는 피해아동의 진술이 중요한 유죄의 증거가 될 수 있기 때문에 수사과 재판절차에서는 피해아동의 진술과 증언의 신빙성 여부에 대한 조사절차를 행하게 되고, 형사절차상 피해아동에 대한 보호방안이 충분히 수립되지 않은 상황에서 피해아동은 정신적·심리적 피해를 받게 되며, 진술이 번복될 위험도 발생하게 된다. 따라서 아동피해자의 정신적·심리적 충격을 완화함과 동시에 진술 내지 증언의 신뢰성을 높일 수 있는 방안이 강구되어야 할 필요가 있다. [대상판결 1]과 [대상판결 2]는 아동의 진술에 대한 증언능력과 신빙성을 인정할 수 있는가에 대한 사안이다. [대상판결 1]은 아동의 증언능력과 진술에 대한 신빙성을 인정한 반면 [대상판결 2]는 아동의 증언능력은 인정하지만 진술에 대해서는 신빙성을 부정하고 있다. 이렇듯 최근의 대법원의 판결은 아동의 증언능력의 인정여부에서 증언에 대한 신빙성에 대한 인정여부로 그

2) 정진수, 아동증언에 관한 연구, 한국형사정책연구원 연구보고서 00-20, 18면

논점이 변화되고 있음을 알 수 있다. 즉 아동의 증언에 대한 신뢰도를 재판과정에서 다루면서 아동의 진술에 대한 증거능력을 인정할 것인가를 판단하고 있다. 이에 본 논고에서는 아동의 증언의 특성과 대법원 판례에서 제시하고 있는 아동 증언에 대한 신빙성의 유무에 대한 판단 기준이 타당한가에 대해 살펴보고, 아동의 진술에 대해 증거능력과 신빙성을 인정하기 위한 합리적인 방안이 무엇인가에 대해 고찰해보고자 한다.

II. 아동진술/증언의 특성

아동진술/증언의 특성은 진술의 요소인 지각, 기억, 표현의 각 능력이 미발달되었고 미성숙하다는 점을 들 수 있다. 또한 아동의 기억능력은 기억의 상실과 왜곡이 성인에 비해 빠르고, 체험시와 진술시의 보유간격이라든지, 외부로부터의 유도과 암시 등에 의한 기억내용에 대한 왜곡현상 등이 나타난다. 이와 같이 기억능력이나 언어능력이 미발달된 아동을 조사한다는 것은 쉬운 일이 아니며, 아동이 진술한다 하더라도 경험한 사실을 정확하게 진술하지 않을 수도 있고, 또는 기억을 하지 못하다가 조사자의 구체적인 질문을 받고서야 기억을 회상하여 진술하는 경우도 있다. 이때 아동을 조사하는 조사자의 질문이 암시나 유도질문 등의 방법에 의해 이루어졌다고 하여 아동이 진술한 증언에 대하여 증거능력이 부정되기도 한다.³⁾ 그러나 아동 역시 어느 정도까지는 자신이 경험한 사실을 그 정신적 연령에 맞는 수준에서 실제적 진실에 부합되게 기억하고 진술할 수 있음은 분명하다. 다만, 나이가 어린 아동일수록 개괄적인 질문에 대하여 자신이 스스로 사건의

3) 박종선, 형사절차상 아동증언에 대한 조사방법, 형사정책연구 제18권 제2호 (2006), 273면

실체를 기억해 내어 이를 정확히 표현하기는 어렵고, 보다 구체적인 내용의 질문을 받고서야 기억을 회복시켜 이를 진술할 수 있는 성향이 있다고 한다.⁴⁾ 따라서 아동에 대한 성폭력범죄에 있어서 이러한 아동 진술/증언의 특성이 고려되어 증언능력 혹은 신빙성이 판단되어야 할 것이다. 이에 이하에서는 아동의 증언능력에 대한 판례의 견해를 살펴본 후에 이에 대한 타당성 여부를 검토하고자 한다.

III. 아동의 증언능력에 대한 판례의 견해

1. 판례의 내용

(1) 아동의 증언능력과 의사능력을 동일하게 파악한 판례

아동의 증언능력과 관련된 대법원의 초기판례는 증언능력과 의사능력을 같은 것으로 파악하면서 구체적인 판단기준을 제시하지는 않았다. 대법원은 63도328판결에서 “증인이 14세라 할지라도 의사능력이 전혀 없다고는 볼 수 없으므로 증언능력이 있다”고 판시하였으며, 66도1535판결에서는 “증인의 연령이 13세라 할지라도 의사판단능력이 없다고 할 수 없으므로 증언능력이 있다”고 판시하고 있다.

(2) 아동의 증언능력과 증언의 신빙성을 인정한 판례

1) 대법원 1991. 5. 10. 선고 91도597 판결

4) 여훈구, 유아의 증언능력 유무의 판단기준, 형사판례연구 14(2006), 199면 이하

본 판결은 만 3년 3개월 남짓 된 여아에 대한 강간치상 사건에 대한 것으로 아동의 진술에 대해 증언능력과 증언의 신빙성을 인정하였다. 즉 본 판결에서 대법원은 피해자인 증인 1은 이 사건 당시는 만 3년 3개월 남짓 되었고 제1심 증언 당시는 만 3년 6개월 남짓 된 여아로서 위 증인이 경험한 사실은 피고인이 피해자의 팬티를 벗기고 바닥에 눕힌 후 피고인의 바지와 팬티를 내린 후 그 성기로 피해자의 음부에 밀어 넣으려고 했다는 것으로서 비교적 단순하고 간단한 사안인바, 증인 연령 정도의 유아라고 하더라도 별다른 사정이 없는 한 이를 알고 그 내용을 표현할 수 있는 범위 내의 것이라고 보아지고, 또한 위 증인이 제1심 법정에서 위와 같은 피해상황에 관하여 비록 구체적이지는 못하지만 개괄적으로 물어본 검사의 질문에 이를 이해하고 고개를 끄덕이는 형식으로 답변하고 있음을 볼 때 위 증인에게 증언능력이 있다고 하였다.

2) 대법원 2001. 7. 27. 선고 2001도2891 판결

본 판결은 사고 당시 만 4세 6개월 남짓 된 피해자에 대해 미성년자의제강제추행죄로 기소된 사안에 대해 증언능력과 증언의 신빙성을 인정하였다. 대법원은 사고 당시 만 4세 6개월 남짓 된 피해자의 진술에 증언능력이 없다고 할 수 없고, 또 피해를 당한 직후 처음 경찰에서 진술한 이래 제1심 법정에 이르기까지 비록 그 장소나 구체적인 방법에 대하여 다소 엇갈리는 점이 있기는 하나, 여러 차례에 걸쳐 피고인이 자신의 음부 등을 만졌다는 점에 대해서는 일관되게 진술하고 있는 점에 비추어 그 진술의 신빙성도 인정할 수 있다고 하였다.

3) 대법원 2004. 10. 14. 선고 2002도2478 판결

본 판결은 사고 당시 만 3년 4개월 남짓 된 피해자를 추행하여 피해자에게 약 3주일간의 치료를 요하는 소음순 다발성 찰과상 등을 가하였다는 사안으로 기소된 사건에 대해 증언능력과 증언의 신빙성을

인정하였다. 대법원은 이 사건의 피해자는 이 사건 당시 만 3년 4개월 남짓, 제1심 증언 당시는 만 3년 7개월 남짓 된 여아로서 피해자가 경험한 사실은 ‘피고인이 피해자의 음부를 만지고 피고인의 성기를 꺼내 자기 음부에 대고 문지르고 입에 넣었다’라는 비교적 간단하고 단순한 내용인바, 피해자 연령 정도의 유아라고 하더라도 별다른 사정이 없는 한 이를 알고 그 내용을 표현할 수 있는 범위 내의 것이라고 보여지며, 피해자가 제1심 증인신문기일에 출석하여 위와 같은 피해사항을 비교적 명료하게 진술하였을 뿐만 아니라 남자 인형과 여자 인형을 가지고 피고인의 범행을 재현해 보이기까지 한 점에 비추어 볼 때 피해자에게 증언능력이 있다고 보아야 할 것이다. ... 공소외인이 피해자의 상처를 발견한 때로부터 경찰에 고소를 하고 피해자가 경찰에서 진술을 하기까지의 시간이 비교적 매우 짧은 시간안에 이루어진 점, 공소외인이 굳이 피고인을 범인으로 암시하면서 피해자로부터 답변을 얻기 위해 편향적으로 물어본 것은 아니었던 점 등에 비추어 보면, 피해자가 공소외인의 반복되는 질문에 암시를 받아 진술이 왜곡되었을 가능성은 거의 없다고 하였다.

(3) 아동의 증언능력은 인정하면서 진술의 신빙성은 인정하지 아니한 판례

[대상판결 2]와 같이 아동의 증언능력은 인정하면서 증언의 신빙성을 인정하지 않은 대법원 판례로는 대법원 1992. 7. 14. 선고 92도874 판결을 들 수 있다. 본 판결은 만 3세 9개월 남짓 된 여아에 대하여 강간치상죄로 기소된 사건으로 아동의 증언능력은 인정하지만 증언의 신빙성은 인정할 수 없다고 하였다. 대법원은 피해자의 증언능력 자체는 부정할 수 없지만 유아는 자신의 과거 경험 사실을 기억하여 그 기억에 따라 진술할 수 있는 능력은 정상인에 비하여 미약하다고 아니할 수 없는바, 경찰이나 법정에서는 그의 의사표시를 언어로써 제대로 표현하지 못하였는데, 사건 발생 이후 5개월 20일이 지난 후에 자세한

사실을 기억하여 범죄사실을 구체적으로 공술한 것인지 의문이고, 부모가 보여 주어 피고인을 지목하게 한 과정이 어떻게 된 것인지 분명하지 아니한 이 사건에서, 나이 어린 피해자의 일관되지 아니하고 표현도 분명하지 아니한 진술만 가지고 유죄를 인정하는 데 합리적인 의심을 배제할 정도의 증명에 이르렀다고 볼 수 있는지는 의문이라고 하였다.

2. 대법원 판결의 분석

이상에서 살펴본 대법원 판결을 분석해 보면, 아동이 수사기관 등에서 자신이 경험한 과거의 사실에 관하여 진술한 이상 대체로 그의 이해력, 판단력 등에 의하여 변식될 수 있는 범위 내에 속하는 것으로 보아 미약한 경우라고 하더라도 증언능력은 인정하고 있다. 다만, 진술 태도, 내용 및 그 경우 등에 비추어 증언 내지 진술의 신빙성을 인정할 수 있는가에 대해서는 증언능력의 인정과는 다른 문제로 파악하고 있다. 그러나 아동의 증언능력과 증언의 신빙성에 대한 판단기준은 그 기초를 같이 하고 있는 부분이 많기 때문에 이를 엄격히 구분하기는 어렵다고 할 것이다. 따라서 아동이 수사기관 등에서 자신의 경험사실을 진술한 이상 증언능력은 인정하면서 증언의 신빙성은 부정하는 판례의 태도는 타당하지 않다 할 것이다.

판례는 아동 증언의 신빙성을 판단하는 중요한 요소로 가해자를 지목하게 된 경위, 성인들의 추측에 따른 유도에 의해 진술하게 된 것인지 여부, 사건이 발생한 이후 첫 진술 사이에 시간적 간격이 있는지 여부, 질문사항을 뛰어넘는 경험에 따른 진술이 있는지 여부 등을 제시하고 있다. 그러나 아동에게 사건이 발생한 직후 가족에게 피해상황을 알려야 한다는 것을 일반적으로 기대할 수 있는 상황인가는 의문이다. 대법원의 판결내용 중에서도 알 수 있는바와 같이 대부분의 아동

에 대한 성폭력범죄는 부모가 주의 깊게 아동을 관찰하여 피해사실을 밝혀내어 수사기관에 고소하면서 가해자에 대한 소추절차가 진행되고 있다. 그러나 아동피해자의 연령이 점차 낮아지고 있고, 특히 성폭력범죄는 은밀히 자행되고 있기 때문에 아동 자신이 피해를 당했는지에 대해 자각하지 못하거나 자각하더라도 피해의 정황 등에 대하여 정확하게 진술할 수 없는 경우가 많다.⁵⁾ 그렇다면 아동에 대한 성폭력범죄자를 처벌할 수 있는가의 여부는 부모의 자녀에 대한 주의 깊은 관찰이 있는가에 달려있다는 의미가 된다. 만약 부모가 모두 경제활동을 하고 있어서 자녀를 주의 깊게 관찰할 수 없는 경우, 편부모 가정이나 조부모 가정처럼 피해아동에 대한 관찰이 상대적으로 미흡한 가정의 경우에는 성폭력범죄의 피해사실을 사건 발생 직후 발견하는 것에 어려움이 있다. 이러한 상황에서는 피해아동이 피해사실을 가족에게 알리거나 어느 정도의 시간이 경과하여 피해아동의 이상 행동을 인지하는 경우에만 범죄사실에 대해 고소할 수 있을 것이다. 그러나 아동에 대한 성폭력범죄의 피해사실을 범행 직후 수사기관에 알리지 못한다면 시간적 간극으로 인해 아동의 증언에 대해 신빙성이 부정되고, 궁극적으로는 가해자가 처벌받지 않는 결과가 발생하게 될 것이다. 물론 아동의 기억력이 성인에 비해 감소한다는 연구결과는 있다. 연구에 따르면 사건을 목격하고 5개월의 시간이 경과한 후에 아동과 성인을 면접한 결과 성인의 경우 정확성에 있어 큰 차이가 없었으나 아동의 경우 정확성의 감소를 보인 것으로 나타났다. 이는 연령이 낮을수록 기억이 손상될 수 있다는 것을 보여주는 것이다.⁶⁾ 그러나 기억이 손상될 수 있다는 사실만으로 아동의 진술에 대한 신빙성의 여부가 단지 범행시와 진술시의 시간적 간격이 있었는가로 판단해서는 안 될 것이다. 오히려 시간이 경과하여도 피해아동이 정확하게 진술할 수 있는 조사방법을 개발하여 아동의 진술과 행동에 증명력을 부여할 수 있는 방안이 강구

5) 박종선, 형사절차상 아동증인에 대한 조사방법, 형사정책 제18권 제2호(2006), 269면

6) 정진수, 앞의 보고서, 22면

되어야 할 것이다.

판례가 제시하고 있는 또 다른 신빙성의 판단기준인 유도에 의한 진술인가 역시 위에서 살펴본 아동의 증언의 특성을 고려하지 않은 판결이라 할 것이다. 피해아동은 일반적으로 피해가 발생한 시기가 언제 인지 정확하게 알 수 없으며, 자신의 피해에 대해 정확하게 진술하기 보다는 피해와 관련하여 부분적으로 떠오르는 내용을 단편적으로 신뢰 관계에 있는 자에게 보고하는 경향을 나타낸다. 또한 위에서 살펴본 바와 같이 피해아동은 나이가 어린 아동일수록 개괄적인 질문에 대하여 자신이 스스로 사건의 실체를 기억해 내어 이를 정확히 표현하기는 어렵고, 보다 구체적인 내용의 질문을 받고서야 기억을 회복시켜 이를 진술할 수 있는 성향이 있다고 한다. [대상판결 2]에서 법원은 아동의 정확한 진술을 듣기 위한 다양한 조사방식을 활용하지 않고, 조사의 전문가가 아닌 피해아동의 어머니에 의해 녹음된 녹음테이프에 의존하여 진술의 신빙성을 판단하는 오류를 범하고 있다. 유도된 진술이라는 의심이 있다면, 전문가를 활용하여 조사방법을 달리하여 아동의 증언을 들어야 할 것임에도 아동의 진술에 대한 신빙성을 부정하는 것은 타당하지 않다.

또한 아동의 진술이 일관적이지 않기 때문에 아동의 증언능력을 부정하거나 증언의 신빙성을 부정하는 것 역시 타당하지 않다. 수사과 재판과정에서 아동피해자의 진술이 동요되고 전체적으로 일관성이 떨어질 수는 있다. 그러나 그러한 원인은 사법시스템이 부적절하고 성인들이 아동발달의 정도를 고려하지 않은 대응의 결과물일 수 있다. 현행법에 법정분위기를 아동피해자의 눈높이에 맞추기 위한 제도적 장치가 전혀 없는 것은 아니나, 그러한 흔적이 현저하지는 않다.⁷⁾ 이러한

7) 심희기, 아동에 대한 성추행 사건의 수사과 재판의 실태와 개선방안, 형사정책 제 16권 제1호(2004), 156면

현실에서 조사환경에 대한 개선 없이 피해아동의 진술이 일관적이지 않다는 이유로 증언의 신빙성을 부정하는 법원의 태도는 타당하지 않다.

이와 같이 아동에 대한 조사는 아동이 지니고 있는 특성을 감안하여 실제진실을 발견하여야 한다. 즉 아동은 성인에 비해 기억능력이나 언어능력, 표현능력이 미숙하다는 연구결과에서도 알 수 있듯이,⁸⁾ 아동의 발달정도에 따라 그에 맞는 기법으로 아동의 진술에 대한 증거능력 인정여부를 판단해야 할 것이다. 따라서 아동의 증언에 대한 신빙성은 시간적 간격 혹은 유도에 의한 진술이었는가에 의해 판단할 것이 아니라 아동의 진술에 증명력을 부여할 수 있는 다양한 조사방법을 활용하고 전문가의 견해를 청취하여 판단해야 할 것이다.

IV. 아동에 대한 다양한 조사방법의 개발 및 전문가의 참여 확대

1. 조사방법의 개발

(1) 조사자와의 신뢰관계 구축

아동을 조사하는 경우 아동과 조사자 사이의 신뢰관계 구축은 아동진술의 정확성을 결정하는 가장 중요한 요소가 된다. 이러한 신뢰관계 형성은 초기의 주저, 불안, 불신 등을 극복하게 해 줄 수 있을 뿐만

8) 박종선, 앞의 논문, 272면

아니라 조사에서 아동자신이 가장 중요한 사람이라는 느낌을 아동 스스로에게 갖도록 하는 것이 중요하다. 따라서 신뢰관계가 구축되기 전까지 대부분의 아동은 시간이 필요하다는 점을 유념해야 한다. 아동은 그들이 신뢰하는 사람들에게만 정보를 주기 때문에 조사자로부터 아동이 지나치게 권위적임을 느끼게 되면 아동은 진술을 하지 않거나, 조사자가 질문하는 것이 단순히 동의할 수도 있다.⁹⁾ 이에 아동의 증언에 있어서 증언능력 또는 증언의 신빙성에 의심이 가는 상황은 신문시의 질문방식에 문제점이 있기 때문이라는 지적이 제기되고 있다. 즉 아동의 특성을 감안한 적절한 방법의 신문이 이루어져야 한다는 것이다. 아동이 충분히 경험 사실을 변식하고 있음에도 불구하고 질문이 공격적이거나 직접적으로 이루어지는 경우에 피해아동은 심리적으로 위축되어 부정확한 답변을 하거나 기계적으로 ‘예’ 혹은 ‘아니오’의 대답만 하게 되는데, 이러한 질문에 대한 대답은 유도 내지 암시에 따른 진술이라 하여 증언의 신빙성이 부정되는 사례가 발생한다.¹⁰⁾ 특히 성폭력 범죄의 경우에는 아동의 심리가 많이 위축되어 있기 때문에 증언의 신뢰도를 높이기 위해서는 초동수사 단계에서부터 공판질타에 이르기까지 신뢰관계가 구축된 조사자가 사건에 관여하거나 혹은 사건을 처리하도록 해야 할 것이다. 특히 초동수사를 담당하는 모든 수사관들은 아동들이 진실을 말할 것이라는 전제와 아동들은 사건에 대해 아무런 책임이 없다는 전제에 입각하여 조사를 수행해야 할 것이다.

(2) 대화기법의 개발

조사자와 신뢰관계가 구축되면, 다음 단계로 아동의 발달정도에 맞는 대화기법을 사용하여 피해아동의 진술을 들어야 한다. 아동의 발달정도를 뛰어 넘는 질문을 하면 오히려 아동진술의 신빙성에 문제점을

9) 박중선, 앞의 논문, 279면

10) 여훈구, 앞의 논문, 210면

아기할 수 있으므로 피해아동의 능력에 맞는 단순하고 구체적인 사실의 진술을 구해야 한다. 만약 아동이 사건에 대하여 어떠한 진술도 하지 않으려고 한다면 아동은 아직 말할 준지가 덜 되었을 수도 있고, 실제로 사건이 발생하지 않았을 수도 있기 때문에 조사자는 그 조사를 계속 진행할 것인지에 대해 숙고해야 한다.¹¹⁾

조사의 방법에서 가장 큰 문제점을 포함하는 방식은 유도질문이라 할 것이다. 유도질문은 아동에게 실제 기억과는 다른 잘못된 기억을 심어줄 수 있고, 아동이 질문상황을 벗어나기 위해 질문내용에 대한 판단도 제대로 하지 못하면서 질문자가 제시하는 내용의 대답을 묵인하는 방식으로 자신의 기억을 회피할 우려가 있고, 아동의 관심을 질문자가 원하는 사항에 대하여만 집중하게 함으로써 실제 중요하고 본질적인 내용에 대한 아동의 주의력을 감소하게 할 우려가 있다는 이유로 바람직하지 않은 질문방식으로 간주되고 있으며, 판례에서는 아동 진술의 신빙성을 부정하는 기준이 되고 있다. 그러나 증언하기를 주저하거나 의사소통에 문제가 있어 상세한 내용을 전달하는데 어려움이 있는 아동에 대해서는 유도질문이 제한적으로 허용되어야 할 것이다. 다만, 유도질문은 다른 질문의 방식을 통해 아동에게 정보를 이끌어낼 수 없는 경우에 마지막 수단으로 사용되어야 할 것이다.¹²⁾ 이에 아동의 진술을 듣기 위한 다양한 질문방식이 개발되어야 할 것이다.

(3) 조사상황의 개선

아동에 대한 조사는 특별히 설계된 장소에서 행하는 것이 바람직하다. 조용하고 산만하지 않으며, 가구는 아동에 맞게 편안하게 적합한 크기로 배치되어 있어야 하며, 비디오와 오디오 녹화장비를 갖추고 있

11) 박종선, 앞의 논문, 281면

12) 박종선, 앞의 논문, 283면

어야 한다. 이런 장소가 없다면 조사자는 유사한 환경을 갖추도록 노력해야 하며, 피해장소 혹은 심리적으로 위축될 수 있는 장소에서 면접하는 일은 반드시 피해야 할 것이다. 조사에는 조사와 아동만이 참여해야 한다. 부모, 학교 혹은 유치원 직원 등 다른 관계자들은 조사에 참여하지 않도록 해야 하는데, 왜냐하면 그들의 참석은 절차의 진행에 차질을 줄 수 있고 아동이 공개적으로 세부적인 내용을 말하는 것을 어렵게 할 수 있기 때문이다.¹³⁾

2. 전문가의 참여 확대

아동피해자들이 관련된 사건은 다양한 분야에서의 기관과 전문가들이 관련되는 경우가 많다. 즉 아동피해자와 관련된 사건에서는 의료 문제, 가정문제, 아동복지문제 등과 관련이 된다. 다수의 기관이 관련된 사건에서 보다 효과적으로 대처하기 위해서는 관련 분야간에 상호 긴밀한 협력을 통한 전문가의 활용이 필요하다. 이에 2003년 12월 11일 개정된 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제22조의 2 제1항은 법원은 정신과의사·심리학자·사회복지학자 그 밖의 관련 전문가에게 행위자 또는 피해자의 정신·심리상태에 대한 진단소견 및 피해자의 진술내용에 관한 의견을 조회할 수 있다고 규정하고, 제2항은 법원은 성폭력범죄를 조사·심리함에 있어서 제1항의 규정에 의한 의견조회를 결과를 참작하여야 한다고 규정하고 있다. 법원 또는 수사기관으로서는 아동의 행태 또는 심리에 관한 전문가가 아닌 만큼 정신의사, 심리학자 등 아동전문가를 통하여 그와 같은 진술이 이루어지게 된 심리적 메커니즘에 관한 조언을 들음으로써 아동의 증언과 관련된 실제적 진실에 보다 접근할 수 있을 것이다. 이와 같이 아동의 증언에 대한 신빙성을 판단함에 있어서는 전문가를 적극적으로 활용하는 것은

13) 정진수, 앞의 보고서, 77면

중요한 일이다.¹⁴⁾ 그러나 본 조항의 내용처럼 전문가를 활용하여 의견을 청취하고 의견조회의 결과를 참작하는 것에서 그쳐서는 안 되고 전문가의 의견에 증거능력을 부여할 수 있는 방안이 마련되어야 할 것이다. 일반적으로 의견은 증거능력이 없지만 ‘전문가의 의견’에 대해서는 예외적으로 증거능력을 인정하는 것이 ‘커먼 로’ 국가들의 증거법이다.¹⁵⁾ 따라서 아동성폭력의 경우 전문가의 감정소견을 취득하였다면 이에 대한 증거능력을 인정하여 전문가를 활용이 활성화될 수 있도록 해야 할 것이다.

V. 맺음말

위에서 살펴본 대상판결을 비롯하여 대법원의 견해는 아동의 진술에 대해 신빙성을 범행시와 진술시의 시간적 간격, 유도에 의한 진술 여부, 진술의 일관성 등을 기준으로 판단하고 있다. 그러나 이러한 법원의 견해는 아동진술의 특성과 성폭력범죄의 특이성으로 인한 발견의 어려움 등을 고려하지 않은 결과라 할 것이다. 피해아동의 진술이 중요한 유죄의 증거가 될 수 있는 성폭력범죄에 있어서 아동진술의 신빙성을 부정하여 증거능력을 부정하게 되면 법원이 중대한 육체적·심리적 피해를 가한 범죄자를 합법적으로 용인하여 아동에 대한 성폭력범죄의 증가를 초래할 수도 있게 된다. 이에 아동피해자의 진술/증언에 대해 증언능력을 인정하고 신빙성을 인정하기 위해서는 [대상판결 2]에서와 같이 부모가 녹음한 테이프에 의존하여 혹은 수사, 법정에서의 아동의 진술/증언에 의존해서 판단할 것이 아니라 아동조사의 전문가를 통한 전문적인 조사기법을 사용하여 피해아동의 진술을 녹화/녹음한 테이프와 전문가의 의견에 근거하여 판단해야 할 것이다.

14) 여훈구, 앞의 논문, 211면

15) 심희기, 앞의 논문, 161면

【대상판결 1】

대 법 원
판 결

사 건	2004도3161 판결 미성년자의제강제추행
피 고 인	○○○
상 고 인	피고인
변 호 인	법무법인 ○○○ 담당변호사 ○○○
원 심 판 결	○○고법 2004. 5. 11. 선고 **** * *** 판결
판 결 선 고	2004. 9. 13.

주 문

상고를 기각한다. 상고 후의 구금일수 중 110일을 본형에 산입한다.

이 유

1. 수사기관이 아닌 사인(私人)이 피고인 아닌 사람과의 대화 내용을 촬영한 비디오테이프는 형사소송법 제311조, 제312조의 규정 이외에 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 서류와 다를 바 없으므로, 피고인이 그 비디오테이프를 증거로 함에 동의하지 아니하는 이상 그 진술 부분에 대하여 증거능력을 부여하기 위하여는, 첫째 비디오테이프가 원본이거나 원본으로부터 복사한 사본일 경우에는 복사과정에서 편집되는 등 인위적 개작 없이 원본의 내용 그대로

로 복사된 사본일 것, 둘째 형사소송법 제313조 제1항에 따라 공판준비나 공판기일에서 원진술자의 진술에 의하여 그 비디오테이프에 녹음된 각자의 진술내용이 자신이 진술한 대로 녹음된 것이라는 점이 인정되어야 할 것인바 (대법원 1999. 3. 9. 선고 98도3169 판결 참조), 비디오테이프는 촬영대상의 상황과 피촬영자의 동태 및 대화가 녹화된 것으로서, 녹음테이프와는 달리 피촬영자의 동태를 그대로 재현할 수 있기 때문에 비디오테이프의 내용에 인위적인 조작이 가해지지 않은 것이 전제된다면, 비디오테이프에 촬영, 녹음된 내용을 재생기에 의해 시청을 마친 원진술자가 비디오테이프의 피촬영자의 모습과 음성을 확인하고 자신과 동일인이라고 진술한 것은 비디오테이프에 녹음된 진술내용이 자신이 진술한 대로 녹음된 것이라는 취지의 진술을 한 것으로 보아야 할 것이다.

기록에 의하면, 제1심법원의 검증조서는 이 사건 비디오테이프에 대하여 실시한 검증의 내용이 피해자들이 진술한 내용과 녹취서에 기재된 내용이 같다는 것이어서 증거자료가 되는 것은 비디오테이프에 녹음된 진술내용이라고 할 것이므로, 피해자들의 진술내용을 증거로 삼기 위해서는 위에서 본 법리에 따른 요건을 충족하여야 할 것인바, 제1심법원에 제출된 이 사건 비디오테이프는 원본을 복사한 사본이지만, 비디오테이프를 촬영한 △△△이 검증기일에 출석하여 '피해자 한 사람당 1시간 정도씩 촬영한 분량 중 출연자들이 상담하는 놀이방을 드나드는 과정과 그 사이 일부를 편집한 것일 뿐 피해자들과 ▽▽▽ 사이의 대화내용에는 상이점이 없다.'고 진술하였고, 이에 피고인의 변호인도 비디오테이프의 제작과정에 대하여 이의가 없다고 진술하고 있으므로, 복사과정에서 편집되는 등의 인위적인 개작 없이 원본의 내용 그대로 복사된 사본이라는 점은 인정된다고 할 것이고, 나아가 같은 검증기일에 피해자들과 상담한 ▽▽▽는 비디오테이프를 재생한 내용이 피해자들과 상담한 내용과 동일하고 상이점이 없다고 진술하고, 피해자들도 이 사건 비디오테이프를 모두 시청한 뒤 제1심 재판장으로부터 '화면에 나오는 어린이가 맞느냐.', '그 곳에서 상담 선생님과 이야기를 한 것이 맞느냐.'는 질문에 각자 '예'라고 답하였으므로, 공판준비기일에서 원진술자의 진술에 의하여 그 비디오테이프에 녹음된 각자의 진술내용이 자신들이 진술한 대로 녹음된 것이라는 점이 인정되었다고 할 것이어서, 이 사건 비디오테이프는 그 증거능력이 인정된다고 할 것이다.

같은 취지에서 이 사건 비디오테이프를 유죄의 증거로 삼은 원심의 조치는 옳고, 거기에 비디오테이프의 증거능력에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고

할 수 없다.

피고인이 상고이유에서 들고 있는 대법원판결들은 이 사건과 사안을 달리하여 원용하기에 적절하지 않다.

2. 증인의 증언능력은 증인 자신이 과거에 경험한 사실을 그 기억에 따라 공술할 수 있는 정신적인 능력이라 할 것이므로, 유아의 증언능력에 관해서도 그 유무는 단지 공술자의 연령만에 의할 것이 아니라 그의 지적수준에 따라 개별적이고 구체적으로 결정되어야 함은 물론 공술의 태도 및 내용 등을 구체적으로 검토하고, 경험한 과거의 사실이 공술자의 이해력, 판단력 등에 의하여 변식될 수 있는 범위 내에 속하는가의 여부도 충분히 고려하여 판단하여야 한다(대법원 1999. 11. 26. 선고 99도3786 판결 등 참조).

위 법리에 비추어 기록을 살펴보면, 이 사건 및 비디오테이프 촬영 당시 피해자 1은 만 4년 6개월 남짓, 피해자 2는 만 3년 7개월 남짓 된 여아들이나 피해자들이 경험한 사실이 '피고인이 피해자들의 팬티를 내리고 손으로 음부를 만졌다.'는 비교적 단순한 것으로서 피해자들 연령 정도의 유아라고 하더라도 별다른 사정이 없는 한 이를 알고 그 내용을 표현할 수 있는 범위 내의 것이라고 보여지고, 피해자 1은 상담자인 ▽▽▽가 '할아버지가 서서 했어, 앉아서 했어?'라는 유도성 질문을 하였음에도 스스로 '누워서요.'라고 하거나 '바닥에'라고 하는 등 질문에서 주어지지 않은 제3의 답변을 자발적으로 끄집어내고 있으며, 피해자 2는 반복하여 '원장 할아버지가 (성기 부분을) 때렸다.'고 진술하고 있는데 이는 그 연령의 유아 수준의 표현이라고 보여지며, 그 외 피해자들의 진술내용과 진술태도, 표현방식 등을 종합해 보면, 피해자들의 증언능력이나 그 진술의 신빙성이 인정된다고 할 것이다.

같은 취지에서 피해자들의 진술을 이 사건 범죄사실을 인정하는 자료로 삼아 유죄를 인정한 원심의 조치는 옳은 것으로 수긍이 가고, 거기에 채증법칙을 위배하여 사실을 오인하거나 심리를 미진한 위법 또는 유아진술의 신빙성에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

3. 원심은, 그 채용 증거에 의하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 피해자들의 상처부위 및 정도, 진단경위 등에 비추어 피고인의 추행으로 피해자 1은 처녀막열상흔의 상해를, 피해자 2는 소아외음부염의 상해를 각 입은 사실을 인정하였는바, 기록에 비추어 살펴보면, 이와 같은 원심의 사실인정과 판

단은 옳고, 거기에 채증법칙을 위배하여 사실을 오인하거나 심리를 미진한 위법이 있다고 할 수 없다.

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

재판장 대법관 윤재식 _____

주 심 대법관 고현철 _____

 대법관 변재승 _____

 대법관 강신욱 _____

【대상판결 2】

대 법 원

판 결

사 건	2000도159 판결 미성년자의제강제추행
피 고 인	○○○
상 고 인	피고인
변 호 인	변호사 ○○○
원 심 판 결	○○지법 1999. 12. 16. 선고 ** * ***** 판결
판 결 선 고	2000. 3. 10.

주 문

원심판결을 파기한다. 사건을 ○○지방법원 본원 합의부에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 판결에서 채용하고 있는 증거들을 종합하여, 피고인이 1997년 8월 일자불상경 피고인의 집에서 피해자(당시 생후 30개월 가량)의 하의를 벗기고 피고인의 성기를 피해자의 음부 등에 비벼대는 등 강제로 추행하였다는 이 사건 공소사실을 유죄로 인정하고 있다.

2. 기록에 의하면, 이 사건은 피해자의 법정대리인 모 공소의 1이 1998. 4. 24. 피고인에 대한 고소를 제기하여 수사가 개시된 사건으로서 피고인은 경찰, 검찰, 제1심 및 원심에 이르기까지 일관하여 이 사건 공소사실을 부인하고 있는데, 원심이 유죄의 증거로 채용한 증거들은 원심 증인 피해자, 공소외 1, 2의 각 진술, 제1심 제3회 공판조서 중 증인 공소외 1의 진술기재, 압수된 녹음테이프(증 제1호)에 대한 제1심의 검증결과 중 피해자의 진술 부분, 수사기관 작성의 공소외 1, △△△에 대한 각 진술조서의 진술기재가 있을 뿐이다.

가. 먼저 원심이 들고 있는 유죄의 증거들 중 공소외 1의 수사기관에서부터 원심법정에 이르기까지의 진술은 모두 1998. 4. 12.피해자로부터, 피해자가 피고인으로부터 공소사실 기재와 같은 내용의 추행을 당하였다는 이야기를 들었다는 것인바, 이러한 공소외 1의 공판기일에서의 진술은 형사소송법 제310조의2 소정의 공판준비 또는 공판기일 외에서의 타인의 진술을 내용으로 하는 이른바 전문진술이라고 할 것이고, 공소외 1의 수사기관에서의 진술을 기재한 조서는 그와 같은 전문진술이 기재된 조서로서 이른바 재전문증거라고 할 것이다.

이와 같은 전문진술이나 재전문진술을 기재한 조서는 형사소송법 제310조의2의 규정에 의하여 원칙적으로 증거능력이 없는 것인데, 다만 전문진술은 형사소송법 제316조 제2항의 규정에 따라 원진술자가 사망, 질병, 외국거주 기타 사유로 인하여 진술할 수 없고 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때에 한하여 예외적으로 증거능력이 있다고 할 것이고, 전문진술이 기재된 조서는 형사소송법 제312조 또는 제314조의 규정에 의하여 각 그 증거능력이 인정될 수 있는 경우에 해당하여야 함은 물론 나아가 형사소송법 제316조 제2항의 규정에 따른 위와 같은 요건을 갖추어야 예외적으로 증거능력이 있다고 할 것인바, 여기서 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때라 함은 그 진술을 하였다는 것에 허위개입의 여지가 거의 없고, 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우를 가리킨다할 것이다(대법원 1995. 6. 13. 선고 95도523 판결, 1997. 4. 11. 선고 96도2865 판결, 1999. 2. 26. 선고 98도2742 판결, 1999. 11. 26. 선고 99도3786 판결 등 참조).

그런데 기록에 의하면, 피해자는 원심법정에 증인으로 출석하여 이름과 나이

등을 묻는 재판장의 질문에만 대답하였을 뿐, 피고인이나 피고인의 가족을 알고 있느냐는 질문에 대하여는 모른다고 하거나 대답하기 싫다고 하였음을 알 수 있다. 이와 같은 경우 원진술자인 피해자는 원심법정에서의 진술 당시 자신이 과거에 경험한 사실을 그 기억에 따라 진술할 수 있는 증언능력을 결여하였다고 볼 수 있거나 적어도 원진술자가 요증사실에 관하여 실질적으로 증언을 거부한 것과 마찬가지로 볼 수 있으므로, 원진술자가 진술할 수 없는 사유가 있는 경우에 해당한다고 볼 수 있다고 할 것이다.

그러나 기록에 의하면, 공소외 1은 피해자가 이 사건이 발생한 후 7개월 가량이 지난 후에 성행위를 연상케 하는 이상한 행동을 하다가 공소외 1로부터 질문을 받고서야 피고인으로부터 추행을 당한 사실을 이야기하였다고 진술하고 있고, 공소외 1이외에 피해자로부터 그와 같은 내용의 이야기를 들었다는 사람은 아무도 없으며, 더욱이 공소외 1은 피해자로부터 그와 같은 이야기를 들었다는 1998. 4. 12. 남편인 공소외 2와 상의하거나 피고인에게 추궁이나 항의도 하지 아니한 채 바로 피고인의 처인 공소외 3에게 연락하여 피해자의 피해사실을 알리고 각자 남편에게는 알리지 말고 해결하자고 하면서 액수를 말하지는 아니하였으나 교외에서 살 수 있도록 도와달라고 하여 금전적인 보상을 요구하였으며, 그 다음날에도 다시 공소외 3에게 전화하여 금 200만 원 내지 300만 원의 보상을 요구하다가 공소외 3이 이에 응하지 아니하자, 같은 달 14일 ▽▽ 여성의 전화 부설 성폭력상담소를 찾아가 상담을 하고 형사고소에 관한 안내를 받은 다음, 같은 달 24일에 이르러서야 형사고소를 제기하였음을 알 수 있다. 이와 같은 사정에 비추어 보면 피해자가 공소외 1에게 그와 같은 내용의 이야기를 하였다는 데에 허위개입의 여지가 전혀 없다고 할 수 없을 뿐만 아니라, 그 밖에 기록상 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있다고 볼 자료도 없어, 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌다고 단정할 수도 없다고 할 것이다.

그러므로 공소외 1의 제1심 및 원심법정에서의 진술과 수사기관에서의 진술을 기재한 조서는 모두 형사소송법 제316조 제2항의 요건을 갖추지 못하여 형사소송법 제310조의2의 규정에 의하여 증거로 할 수 없다고 할 것이다.

나. 다음으로 피해자의 아버지인 공소외 2의 원심법정에서의 진술과 ▽▽ 성폭력상담소 상담원인 △△△의 검찰에서의 진술을 기재한 조서는, 공소외 2나 △△△이, 공소외 1이 피해자로부터 들었다는 피해자의 피해사실을, 공소

외 1로부터 다시 전해 들어서 알게 되었다는 것을 그 내용으로 하고 있는바, 이러한 공소외 2의 원심법정에서의 진술은 요증사실을 체험한 자의 진술을 들은 자의 공판준비 또는 공판기일 외에서의 진술을 그 내용으로 하는 이른바 재전문진술이라고 할 것이고, △△△의 검찰에서의 진술조서는 그와 같은 재전문진술을 기재한 조서라고 할 것이다.

그런데 형사소송법은 전문진술에 대하여 제316조에서 실질상 단순한 전문의 형태를 취하는 경우에 한하여 예외적으로 그 증거능력을 인정하는 규정을 두고 있을 뿐, 재전문진술이나 재전문진술을 기재한 조서에 대하여는 달리 그 증거능력을 인정하는 규정을 두고 있지 아니하고 있으므로, 피고인이 증거로 하는 데 동의하지 아니하는 한 형사소송법 제310조의2의 규정에 의하여 이를 증거로 할 수 없다할 것인바, 공소외 2의 원심법정에서의 진술과 △△△의 검찰에서의 진술을 기재한 조서는 재전문진술이거나 재전문진술을 기재한 조서이므로 이를 증거로 할 수 없음이 명백하다고 할 것이다.

다. 한편 피해자의 원심법정에서의 진술에는 이 사건 공소사실에 관한 내용이 전혀 포함되어 있지 아니하므로, 이 사건 공소사실을 인정할 증거로서의 가치가 없다.

라. 다만 압수된 녹음테이프에 대한 제1심의 검증결과에 의하면, 그 녹취 당시 공소외 1이 피해자에게 "성룡이 아저씨가 쉬 닦아준다고 고추로 잠지에 다가 대고 흔들었다"는 내용으로 이야기할 것을 구체적으로 유도하였는데, 피해자는 이에 대하여 처음에는 얘기하기 싫다거나 엄마는 몰라도 된다는 식으로 대답을 회피하다가, 공소외 1이 대답을 잘해야 색연필을 사러 가고 다음에 학교 가자는 등으로 회유하면서 같은 내용의 질문을 반복하자 결국 공소외 1이 유도하는 바에 따라 공소사실과 같은 취지의 대답을 하였음을 알 수 있다.

그러나 피해자는 1995. 3. 8.생으로 위 녹취 당시 만 3세 1개월 남짓한 유아 이었고, 그 후 원심법정에서 진술함에 있어서도 그의 의사를 언어로써 제대로 표현하지 못한 점에 비추어, 과거 자신이 경험한 사실을 기억하여 그 기억에 따라 진술할 수 있는 능력이 성인이나 보다 나이가 든 아동에 비하여 미약하다고 보여지는데, 공소외 1이 위와 같이 피해자와의 대화를 녹취한 것은 이 사건이 발생하였다는 때로부터 7개월가량이 지난 1998. 4. 20.일뿐만 아니라, 공소외 1이 피고인의 처 공소외 3에게 피고인의 피해자에 대한 수행

사실을 들어 금전보상을 요구한 후에 그 증거자료를 확보하기 위한 것이었으며, 더욱이 그 녹취 과정에서 공소외 1이 피해자에게 편향되고 유도적인 질문을 반복하여 피해자로부터 그 유도에 따라 대답을 하게 하였음을 알 수 있고, 기록상 그 녹취 당시를 제외하고는 피해자가 같은 내용의 이야기를 하였음을 알 수 있는 자료가 없는 점 등에 비추어 보면, 피해자로서는 그 녹취에 이르기까지 공소외 1의 영향을 받아 진술이 왜곡되었을 가능성을 배제할 수 없다.

그렇다면 피해자의 증언능력 유무와는 상관없이 사건이 있는 때로부터 7개월가량이 경과된 후에 공소외 1의 편향되고 유도적인 반복 질문에 따라 비로소 이루어진 단 1회의 피해자의 진술만으로 피고인에 대한 이 사건 공소사실을 인정하는 데 합리적인 의심을 배제한 정도의 증명에 이르렀다고 볼 수는 없다고 할 것이다.

3. 그럼에도 불구하고 원심이 증거능력이 없거나 공소사실에 대한 합리적인 의심을 배제할 정도의 증거가 없는 증거들을 종합하여 피고인에 대한 이 사건 공소사실을 유죄로 인정하여 처단한 것은, 전문진술 또는 재전문진술의 증거능력에 관한 법리를 오해하고, 형사재판에 있어서의 증명의 정도에 관한 법리를 오해한 위법을 저지른 것이라고 하지 않을 수 없다. 상고이유 중 이 점을 지적하는 부분은 이유 있다.

4. 그러므로 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단케 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 관여 법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 이용우 _____

주 심 대법관 이용훈 _____

 대법관 김형선 _____

 대법관 조무제 _____

성폭력 피해생존자의 인권을 존중하는 대법원 판결을 기대한다!

성폭력은 피해생존자의 인권을 침해하는 사회적 범죄행위로, 특히 여성과 어린이의 자유롭고 안전한 삶을 위협하고 있다.

다행히 우리사회에서도 90년대 이후 문제의 심각성을 인식하고 성폭력특별법 등 관련 법과 제도들이 마련되고 있다. 그러나 아직도 성폭력범죄 피해생존자들은 피해자이면서도 오히려 “혹시 유발하지 않았나?”, 심지어 “즐기지 않았나?”하는 의심과 비난을 받고 있다. 성폭력 고소율 6.1%(1998, 한국형사정책연구원), 기소율 43%(2004, 법무부)라는 사실은 피해생존자들의 현실이 얼마나 열악한지 가늠할 수 있게 한다.

특히 우리나라 형법은 여자들이 '완강히 저항'하지 않는 한 합의에 의한 성관계로 파악한다. 따라서 폭행과 협박 상태에서 죽을 각오로 저항하지 않으면 강간으로 입증받기 어렵다. 그 이외에도 장애인이라 하더라도 항거불능 상태였음을 입증해내야 하는 문제나 부부사이에 가장 치욕스러운 경험이라고 호소하는 아내강간은 1970년 대법원 판례이후 강간 성립 자체를 부정당하고 있다. 또한 어린이 성폭력의 경우에는 단 하나의 증거일 수 있는 피해어린이의 진술이 일관성이 없다는 이유로 인정받지 못하고 있다. 이와 같이 법 자체를

매우 협소하게 이해하거나 피해자에게 불리한 방식으로 해석되는 방식은 이제는 사법체계 내에서 관행으로까지 굳어져 다른 성폭력 사건의 불기소와 무죄판결에까지 큰 영향을 미치고 있다.

한국성폭력상담소는 지난 15년 동안 53,000여회 상담사례를 지원하면서 이와 같은 성폭력에 관한 법적 규정과 판단으로 인해 성폭력 피해생존자들이 제2의 고통을 받고 있음을 상담 현장에서 너무도 많이 보아왔다. 또한 2003년 본 상담소에서 실시한 <법조인의 성별의식 조사>연구에서 법조인들의 객관성이 사실상 남성중심적 사회문화에 토대를 두고 있으며 이에 따라 성폭력 피해생존자들의 경험과 의식을 반영하지 못하고 있음을 확인한 바 있다.

이제는 법원이 성폭력 사건의 재판 과정에서 “객관성”이라는 이름으로 얼마나 많은 피해여성들을 고통으로 몰아넣고 있는지를 성찰해야 한다. 그동안 우리의 법체계가 피의자(피고인)의 인권을 중심으로 고려하였다면, 이제 피해자의 인권을 돌아보아야만 한다. 무엇보다 남성 중심적인 우리사회의 잘못된 통념에 가려져 들리지 않았던 피해자의 목소리와 절규에 귀기울여야 한다.

우리는 그 변화의 일환으로 대법원 판례 바꾸기를 강력하게 요청한다. 대법원 판결의 경우, 하급심의 판결에 준거가 되고 검찰의 기소 여부에 큰 영향을 주고 있다는 점을 고려할 때, 대법원의 판례는 해당 사건에 대한 판결 그 이상의 의미를 갖고 있다고 할 수 있다. 그러하기에 성폭력 피해의 특수성을 전혀 고려하지 못하는 다음과 같은 대법원 판례는 성폭력에 대해 둔감했을 뿐 아니라, 결과적으로 성폭력을 묵인, 조장하는 결과를 낳았다고 생각한다.

- (1) 폭행과 협박을 매우 협소하게 판단하는 강간죄의 최협의설
- (2) 항거불능 상태임을 입증해야 하는 장애인 성폭력
- (3) 성폭력 성립 자체를 부정당하는 아내강간
- (4) 진술의 일관성이 부족하다는 이유로 인정받기 어려운 어린이성폭력

앞으로 우리는 성폭력 피해생존자와 반성폭력활동가, 그리고 법조인들이 함께 각 주제별 워킹그룹을 통한 평석자료집을 발간할 것이다. 그리고 이 자료는 존엄, 정의, 고귀, 위엄, 그리고 여성의 색깔로 상징되는 “자주색 봉투”에 담겨 향후 매월 정기적으로 대법원을 비롯한 전국의 각 법원과 검찰청의 법조인에게 배달될 것이다. 또한 더 많은 사례 수집과 주제 발굴로 내용을 내실화시키고 동시에 토론회, 언론 기고와 같은 다양한 방법들을 동원하여 대법원 판례 바꾸기 운동을 전개해 나갈 것이다.

우리는 이 운동이 법조인들에게 성편향적이었던 사법 관행을 돌아보고 성찰하는 계기를 줄 수 있기를 기대한다. 그리고 우리나라 형사사법체계가 피해생존자의 권익을 보장하는 출발점이 될 수 있기를 희망한다. 아울러 이 운동이 성폭력 없는 자유롭고 평등한 세상을 향한 커다란 울림이 되어, 오히려 피해자를 비난하는 잘못된 우리사회의 인식을 변화시키고 성폭력 근절을 위한 작은 실천들을 이끌어 갈 수 있으리라 믿는다.

2006. 7. 24

사단법인 한국성폭력상담소

성폭력 조장하는
대법원 판례 바꾸기

판례/바꾸기/운동/ 9차 자료집
“ 최협의설 ” 비판(9)
아동성폭력에 대한 쟁점(2)

- ☐ 발 행 일 2007년 3월 30일
- ☐ 발 행 인 이 미 경
- ☐ 발 행 처 사단법인 한국성폭력상담소
(121-884) 서울 마포구 합정동 366-24 2층
Tel. 02-338-2890 | Fax. 02-338-7122
E-mail. ksvrc@korea.com
web-site. <http://www.sisters.or.kr>
- ☐ 편집책임 자주
- ☐ 인 쇄 카피플러스(02-322-1049)

성폭력 조장하는
대법원 판례 바꾸기

판/례/바/꾸/기/운/동/ 열번째 자료집
“ 최협의설 ” 비판(10)
아동성폭력에 대한 쟁점(3)

주최 : (사)한국성폭력상담소

후원 : 서울특별시 여성발전기금

성폭력 조장하는 대법원 판례 바꾸기 10차 자료집

목 차

성폭력 조장하는 대법원 판례 바꾸기 운동 소개	1
최협의설의 의미와 비판	4
- 이정훈(중앙대 법과대학 교수)	
- 대법원 2006도5979 판결	13
성폭력 피해 아동의 진술에 대한 판단기준	19
- 도영오(본 상담소 법정지원팀)	
아동성폭력사건지원을 통해본 수사 및 재판과정에서의 문제점	33
- ‘신부에 의한 유아성폭력사건’을 중심으로 -	
- 고혜경(사.부산성폭력상담소 상담실장)	
<부록> 어린이성폭력 피해생존자 권리헌장	40
성폭력을 조장하는 대법원 판례바꾸기 운동 취지문	48

성폭력 조장하는 대법원 판례 바꾸기란?

“성폭력을 조장하는 대법원 판례바꾸기 운동”은 그동안 피해자의 특수성을 고려하지 않고 진행된 대법원 판례가 성폭력문제 해결과 피해자의 권리회복에 둔감했을 뿐만아니라, 결과적으로 성폭력을 조장하는 결과를 낳았다고 보고, 법조인들의 성편향적인 사법관행 성찰과 대법원 판례의 변화를 촉구하는 운동입니다.

이 운동은 뜻을 함께하는 법조인, 학자, 반성폭력활동가들의 참여로 매월 대법원 판례 평석문을 발간하여 존엄, 정의, 고귀, 위엄, 그리고 여성의 색깔로 상징되는 “자주색 봉투”에 담겨 대법관을 비롯한 헌법재판관과 전국 각 법원, 검찰청에 배달될 것입니다.

2006년 7월에 시작된 이 운동은 판례평석 이외에도 토론회, 언론기고 등의 다양한 방법으로 앞으로 1년 동안 지속적으로 펼쳐집니다.

1차 자료집 (2006년 7월)

- 성폭력을 조장하는 대법원 판례바꾸기 운동 취지문
- 강간죄의 폭행,협박의 정도에 관한 판례의 입장에 대하여 / 조인섭(변호사)
- 최협의설 판례평석-92도259 / 이경환(본 상담소 법정지원팀)
- ‘의제화간’의 메커니즘 : 강간죄 해석에 있어서의 최협의 폭행,협박설 비판
/ 신윤진(본 상담소 법정지원팀)
- 디딤돌 판결 - 2004고합228 / 서울북부지방법원 제11형사부

2차 자료집 (2006년 8월)

- "성폭력 조장하는" 대법원판례 ? / 한인섭(서울대 법대 교수)
- 강간죄 폭행,협박의 최협의설에 대한 판례평석- 90도 2224
/ 장임다혜(본 상담소 법정지원팀)

3차 자료집 (2006년 9월)

- 존엄, 정의의 자춧빛 메시지로 / 이미경(본 상담소 소장)
- 최협의설에 따른 판례 평석-2005도3071 / 조민영(변호사)
- 판례 속에 드러난 강간죄 법리의 문제점 / 레떼(본 상담소 법정지원팀)
- 최협의설 적용을 완화된 판결

4차 자료집 (2006년 10월)

- 최협의설을 인용한 대법원 판례의 문제점과 개선방향에 대한 소고 - 2004도2611
/ 박용철(서강대 법학과 조교수)
- 상담사례를 통해 본 최협의설의 문제점 / 이경환(본 상담소 법정지원팀)
- 미국 주형법 강간죄 개정과 관련 판례 검토 / 장임다혜(본 상담소 법정지원팀)

5차 자료집 (2006년 11월)

- 최협의설의 자성? - 2005도3071판결의 의미와 시사점 / 이호중(외대 법대 교수)
- 형사절차에서의 제2차 피해, 그리고 최협의설 / 윤주호(본 상담소 법정지원팀)

6차 자료집 (2006년 12월)

- 강간죄 구성요건 해석에 있어 최협의설의 문제점-2001도230판결 / 이유정(변호사)
- 최협의설의 존재 이유? - 2001도4462 판례평석 / 이주희(본 상담소 법정지원팀)

7차 자료집 (2007년 1월)

- 최협의설을 존속시키는 두 가지 심리적 지지기반 / 이경환(본 상담소 법정지원팀)
- 아내강간-남성편향의 '과소 범죄화' 극복하기 / 조국(서울대학교 법과대학 교수)
- 아내강간, 강제추행 - 어떻게 바라볼 것인가? / 윤주호(본 상담소 법정지원팀)

8차 자료집 (2007년 2월)

- 다양한 목소리로 희망을 담아 / 이미경(본 상담소 소장)
- 최협의설 옹호론에 대한 재반론 / 이경환(본 상담소 법정지원팀)
- 성추행의 개념에 대한 판례의 입장에 대하여 -대법원2006도6791호 판결을 중심으로 / 조인섭(변호사)

9차 자료집 (2007년 3월)

- 강간죄에 대한 대법원 판례 비판 / 황성기(동국대학교 법대 부교수)
- 아동의 증언능력에 대한 인정 여부 / 원혜욱 (인하대학교 법학과 교수)

최협의설의 의미와 비판

이정훈(중앙대 법과대학 교수)

<목 차>

1. 들어가는 말

2. 폭행, 협박 및 강간의 의미

- (1) 보호법익의 관점에서 본 강간 개념의 해석상 문제점
- (2) 최협의 폭행, 협박 개념의 문제점
- (3) 강제추행죄와의 관계

3. 가해자의 주관적 관점을 통해 본 최협의설의 문제점

4. 대상판결에 대한 평가

1. 들어가는 말

강간죄가 성립하기 위해서는 가해자에 의한 폭행, 협박이 존재하고, 이러한 폭행, 협박을 통해 피해자의 의사가 제압된 상태에서 간음이 이루어져야 한다. 강간죄는 여성의 성적 자기결정권을 보호법익으로

하므로 피해자인 여성의 의사에 반하는 성교행위에 대하여 형사처벌을 통해 이를 보호하고자 하는 것이다. 그런데 보호법익상 ‘성적 자기결정권’은 결국 의사의 자유를 전제로 하는 것이므로 의사에 반하지 않는 성교행위는 강간죄로 포섭되지 못한다. 결국 강간죄 성립 여부의 핵심은 여성의 ‘성교에 대한 승낙 내지 거부 의사’의 존재 여부에 의하여 결정된다고 할 수 있다. 그런데 피해자인 여성의 ‘의사’의 존재 여부는 강간죄의 성립 여부를 결정하는 중요한 요소가 되어 자칫 억울한 가해자가 발생할 수 있는 여지 즉 형사처벌 여부를 피해자의 의사에 의하여 좌우되는 결과가 발생하게 되므로 가능한 한 제한적으로 판단하여야 하는 요구도 있다 할 수 있다. 이런 의미에서 간음 이전의 행위로서 ‘폭행, 협박’의 존재는 피해자의 의사 존재 여부를 판단할 수 있는 중요한 근거가 될 수 있다. 그런데 판례는 강간죄가 성립하기 위한 ‘폭행, 협박’의 개념을 매우 엄격하게 파악하고 있고 실제 사례에서 지나치게 피고인에게 유리한 해석을 전개하여 오히려 피해자에게 불리한 법 적용이 이루어지고 있다는 비판을 받고 있다. 즉 판례는 일관되게 “강간죄가 성립하려면 가해자의 폭행·협박은 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이어야 하고, 그 폭행·협박이 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이었는지 여부는 그 폭행·협박의 내용과 정도는 물론, 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 판단하여야 한다”고 판시하여 소위 최협의의 폭행, 협박 개념을 유지하고 있다.

본 대상판결은 이전의 판례와 마찬가지로 최협의의 폭행, 협박개념에 입각하고는 있으나 피해자에 대한 심리적 압박의 내용과 정도를 고려하여 강간죄 내지 강제추행죄의 성립을 긍정하고 있다는 점에서 주목할 만하다. 이하에서는 강간죄의 구성요건 해석을 통하여 판례가 유지하고 있는 최협의설의 의미를 검토해보고자 한다.

2. 폭행, 협박 및 강간의 의미

(1) 보호법익의 관점에서 본 강간 개념의 해석상 문제점

통설은 강간의 개념을 ‘상대방의 반항불능 또는 현저한 반항곤란을 이용하여 부녀의 의사에 반하여 부녀를 간음 하는 것’이라고 정의하고 있다. 이러한 개념 정의에 의하면 강간은 ① 피해자 여성의 의사에 반한 간음과 ② 피해자의 반항불능 또는 현저한 반항곤란상태의 이용이라는 두 가지 개념요소를 가지고 있는 것으로 보인다.

①의 요건에 따르면 결국 강간이 성립되기 위해서는 피해자 여성의 의사에 반하여야 하며, 피해자 여성의 의사에 반하지 않는다면 강간이 되지 않고, 소위 화간이라고 하여 구성요건해당성이 없는 것으로 파악된다. 그런데 문제는 피해자 여성의 동의나 반항의사에도 불구하고 강간이 성립하기 위해서는 ②의 요건이 충족되어야만 한다는 것이다. 즉 피해자가 동의하더라도 피해자의 반항불능 또는 현저한 반항곤란상태가 존재하였다면 적어도 미수범의 성립 여지는 남아 있고, 아울러 피해자가 동의하지 않더라도 피해자의 반항불능 또는 현저한 반항곤란상태가 존재하지 않았다면 강간이 인정되지 않는다는 것이다. 결론적으로 통설에 의하면 강간이 인정되기 위해서는 피해자 여성의 반항의사보다는 피해자의 반항불능 또는 현저한 반항곤란 상태가 인정되어야만 한다는 것이 더욱 중요시 된다는 점이다. 이러한 점에서 강간죄의 경우에는 간음 이전의 ‘폭행, 협박’이 어느 정도로 이루어졌는가에 대한 판단보다는 ‘강간’이 인정되기 위해서 피해자가 어떠한 상태에 빠져 있었는지가 더욱 중요함을 알 수 있다. 그럼에도 불구하고 통설 및 판례는 ‘폭행, 협박’의 정도에 대한 판단을 통해 강간죄 성립 여부를 결정하는 것으로 보인다.

그러나 본 죄의 보호법익은 여성의 성적 자기결정권이며 강간죄의 성립 여부에 있어서도 여성의 의사가 가장 중요한 판단기준으로 고려

되어야 한다. 그럼에도 불구하고 통설 및 판례에서는 여성의 의사보다는 간음 이전의 ‘강제성’이라는 측면이 오히려 더욱 부각되어 있는 측면이 있다. 이러한 점에서 폭행, 협박의 개념을 최협의로 파악하는 통설 및 판례의 입장은 본 죄의 보호법익의 관점에서는 주객이 전도된 듯한 느낌이 든다. 즉 폭행, 협박으로 인하여 피해자의 간음에 대한 정상적인 사고 판단의 결여, 즉 항거불능 내지 현저히 곤란한 심리 상태에서 성교행위가 이루어 졌다면 이는 피해자의 의사에 반한 간음행위이며 강간죄에 있어서 구성요건적 행위의 한 요소인 ‘강간’이 성립한다고 보아야 할 것이다. 강간이라는 구성요건적 행위의 인정에 있어서 폭행, 협박이 피해자의 항거불능 내지 현저한 곤란을 야기할 만한 것일 필요는 없는 것이다.

(2) 최협의 폭행, 협박 개념의 문제점

현재 통설과 판례의 의하면 강간죄의 성립 여부에 있어서는 ‘폭행, 협박’의 존재 여부가 형사처벌에 있어서 가장 핵심적인 판단 요소가 된다.

통상 폭행이란 사람에 대한 유형력의 행사를 의미하고 협박이란 상대방에게 해악을 고지하는 것을 의미한다. 다만 그 정도에 대하여 통설 및 판례는 ‘상대방의 항거를 완전히 불가능하게 하거나 현저하게 곤란하게 하는 정도’에 이르러야 한다고 본다. 소위 최협의설의 입장이다. 문제는 어느 정도가 상대방의 항거를 불가능 내지 현저하게 곤란하게 하는 것인지에 대한 판단이 쉽지 않다는 것이다. ‘상대방의 항거불능 내지 현저한 곤란’이라는 요소는 결국 피해자의 의사에 반한다는 것을 입증하기 위한 판단기준이 될 수는 있을 것이다. 즉 가해자와 피해자와의 관계 및 성폭행 이후에 피해자가 겪어질 사회적 부담감 등을 고려할 때 피해자가 명백한 항거의사를 표시하지 않았다고 하더라도 행위수단의 강제성을 고려하여, 만약 그 행위수단 및 정도가 사회적으

로 용인할 수 없을 정도의 침해를 야기할 수 있는 폭행 내지 협박에 해당한다면 피해자의 성적 의사결정의 자유를 침해한 것이라고 인정할 수 있는 여지가 있는 것이다.

그런데 최협의설의 입장에서는 피해자의 ‘진지한 거부 의사’가 있음에도 불구하고 폭행 내지 협박이 ‘상대방의 항거불능 내지 현저한 곤란’에 이르러야 한다고 보고 있는데 이 점에 대해서는 의문이 있다. 피해자의 진지한 거부 의사가 존재함에도 불구하고 이를 무시하고 폭행이나 협박에 이른다면 그 정도가 반드시 ‘항거불능 내지 현저한 곤란’에 이르러야 할 필요는 없다. 피해자는 진지한 거부 의사를 통해 상대방의 성교의사에 동의하지 않는다는 태도를 보였고 이러한 피해자의 의사를 무시하고 폭행 내지 협박이 있었다고 한다면 그 정도가 항거불능 내지 현저한 곤란을 야기시킬 만한 것이 아니더라도 피해자의 입장에서는 상당한 위축 내지 심리적 압박을 받게 되는바, 이때 이미 피해자 여성의 성적 자기결정권에 대한 침해를 야기한 행위가 존재하였다고 볼 수 있고, 이후 피해자의 적극적인 반항행위에 의하여 간음이 이루어지지 않더라도 강간미수에 대한 책임을 면할 수 없다. 이러한 의미에서 대법원 2005. 7. 28. 선고 2005도3071 판결에서 “사후적으로 보아 피해자가 성교 이전에 범행현장을 벗어날 수 있었다거나 피해자가 사력을 다하여 반항하지 않았다는 사정만으로 가해자의 폭행, 협박이 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도에 이르지 않았다고 선불리 단정하여서는 안된다”고 판시한 것은 나름대로 의미있는 판결이라고 평가할 수 있다.

(3) 강제추행죄와의 관계

강간죄와 동일하게 성적 자기결정권을 보호법익으로 하는 강제추행죄에 있어서도 폭행, 협박의 개념에 대한 견해의 대립이 존재한다. 다수의 견해는 강제추행죄에 있어서의 폭행, 협박의 정도도 강간죄와

동일하게 상대방의 반항불능 또는 항거의 현저한 곤란이라고 본다. 이에 반하여 일반인으로 하여금 항거를 곤란하게 할 정도이면 족하거나 상대방의 의사에 반하는 폭행, 협박이면 족하다는 견해도 있다. 판례는 “강제추행죄에 있어서 폭행 또는 협박을 한다 함은 먼저 상대방에 대하여 폭행 또는 협박을 가하여 그 항거를 곤란하게 한 뒤에 추행행위를 하는 경우만을 말하는 것이 아니고 폭행행위 그 자체가 추행행위라고 인정되는 경우도 포함되는 것이라 할 것이고, 이 경우에 있어서 폭행은 반드시 상대방의 의사를 억압할 정도의 것임을 요하지 않고 다만 상대방의 의사에 반하는 유형력의 행사가 있는 이상 그 힘의 대소강약을 불문한다”고 판시하고 있다.

생각건대 동일한 성적 자기결정권의 침해에 대한 죄로서 강제추행죄가 강간죄보다 형량이 낮은 것은 폭행, 협박의 정도의 차이가 있어서라고 보다는 ‘추행’이라는 행위가 ‘강간’이라는 행위보다 불법의 정도가 낮기 때문이며, 따라서 폭행, 협박의 정도도 강간죄와 강제추행죄를 다르게 판단할 이유는 없다고 보여진다. 그렇다고 해서 다수의 견해처럼 강제추행죄의 ‘폭행, 협박’을 강간죄와 마찬가지로 최협의로 파악할 이유도 없다. 오히려 강간죄의 폭행, 협박 개념을 강제추행죄의 수준에 맞추는 것이 오히려 더 합당해 보인다. 왜냐하면 ‘항거불능 내지 현저한 곤란’은 폭행, 협박의 개념만이 아니라 ‘강간’이라는 개념의 해석에 있어서도 중요하기 때문이다. 굳이 강간 이전의 폭행, 협박의 성립 여부를 판단하기 위한 요소로 인정하기 보다는 ‘강간’의 성립 여부에 대한 판단 요소로서 받아들이는 것만으로도 충분하다고 생각된다. 즉 강간죄에 있어서 폭행, 협박은 협의로 판단하더라도 ‘강간’이 인정되기 위해서는 항거불능 내지 현저한 곤란의 상태에 피해자가 있어야 하므로 굳이 폭행, 협박의 개념 속에 이를 포섭할 필요는 없다고 보여진다. 대법원 2000. 6. 9. 선고 2000도1253 판결에서 “강간죄는 부녀를 간음하기 위하여 피해자의 항거를 불능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행 또는 협박을 개시한 때 그 실행의 착수가 있다고 보아야

할 것이고, 실제로 그와 같은 폭행 또는 협박에 의하여 피해자의 항거가 불능하게 되거나 현저히 곤란하게 되어야만 실행의 착수가 있는 것은 아니다”고 판시하고 있는데, 이 판결의 의미를 폭행, 협박의 정도에 대한 판단보다는 오히려 폭행 내지 협박과 강간 사이의 인관관계에 대한 문제로 파악하더라도 동일한 결론에 이를 수 있으므로 굳이 폭행, 협박의 정도에 대한 문제로 집착할 필요는 없다 할 것이다.

3. 가해자의 주관적 관점을 통해 본 최협의설의 문제점

본죄가 성립하기 위해서는 가해자에게 폭행, 협박으로 피해자를 간음한다는 사실에 대한 인식과 의사가 있어야 한다. 간음이 피해자의 의사에 반한다는 것도 인식해야 하므로 만일 간음에 여자가 동의한 것으로 오인한 경우에는 구성요건적 착오로서 고의가 부정된다고 보는 것이 다수의 견해이다. 즉 강간죄에 있어서 피해자의 승낙을 구성요건을 조각하는 양해로 파악하는 것이다.

그러나 피해자가 간음에 동의하였다고 하여 강간죄의 구성요건을 조각하는 것은 적절하지 않다. 피해자는 간음 이전에 폭행, 협박에 대하여도 동의하였다고 볼 수는 없기 때문이다.

따라서 폭행, 협박을 한 이후 간음에 대하여 피해자의 승낙이 있는 경우에는 ‘강간’이 성립하지는 않지만 폭행, 협박이 있음을 근거로 강간미수가 성립할 수는 있다고 보아야 한다.

그런데 문제는 강간미수죄가 성립하기 위해서는 간음 이전에 폭행, 협박이 존재해야 하는데, 그 폭행, 협박의 정도가 항거불능 내지 현저히 곤란한 정도에 이르러야 한다면 피해자가 적극적으로 반항하지 않는 경우 결국 폭행, 협박의 존재 마저도 부인할 수 있게 하는 요소가 되므로 결국 무죄가 된다는 결론에 이르게 된다는 것이다. 즉 행위당

시 가해자에게 강간의 고의가 있는지를 판단할 때 현행의 판례의 태도와 같이 “피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 판단”할 때 피해자가 간음당시 적극적으로 저항하지 않은 경우 가해자의 입장에서는 피해자의 반항이 없었음을 이유로 한 최협의의 폭행, 협박의 고의를 부정할 수 있는 것이다. 그렇다고 한다면 강간 미수죄로도 의율할 수 없는 결과가 된다.

생각건대 폭행, 협박으로 피해자의 의사에 반하여 간음하겠다는 인식과 의사가 있다면 그것으로 강간죄의 고의는 인정된다고 보아야 하고 그 폭행 내지 협박의 정도에 대한 인식은 강간죄의 성립에 아무런 영향이 없다고 할 것이다.

4. 대상판결에 대한 평가

본 대상판결은 유부녀인 피해자에 대하여 혼인 외 성관계 사실을 폭로하겠다는 등의 내용으로 협박하여 피해자를 간음 또는 추행한 경우 이러한 협박이 피해자를 단순히 외포시킨 정도를 넘어 적어도 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도의 것이었다고 보기에 충분하다는 이유로, 강간죄 및 강제추행죄가 성립한다고 한 사례이다.

그런데 본 대상판결은 이전의 판례와는 다르게 강제추행죄에 있어서의 폭행, 협박의 개념을 “폭행 또는 협박이 항거를 곤란하게 할 정도일 것을 요한다”고 판시한 점이다. 이 점은 피해자의 의사에 반하는 유형력의 행사가 있는 이상 그 힘의 대소 강약을 불문한다고 보았던 이전의 판례와는 다르게 폭행, 협박의 개념을 더욱 좁게 파악하고 있다고 판단된다. 이러한 취지가 앞으로도 계속 유지될런지에 대해서는 아직 쉽게 예단할 수는 없으나 본 판결만을 본다면 강간죄 또는 강제추행죄에 있어서의 폭행, 협박개념이 더욱 엄격하게 해석되고 있다는

점을 다시 한 번 확인할 수 있다.

다만 사안에서 지속적인 심리적 압박이 존재하고 이로 인해 간음 내지 추행에 피해자가 동의하였더라도 강간죄 내지 강제추행죄에 있어서의 협박이 존재한 것으로 파악하였는데, 실제 폭행이 수반되지 않은 협박의 범위를 상당히 넓게 인정하였다는 점에서 본 대상판결은 나름 대로 긍정적인 평가를 할 수 있겠다.

그러나 적극적으로 피해자의 의사가 본 죄 성립에 어떠한 영향을 미치는지에 대한 판단을 전혀 하지 않았고 지속적인 심리적 압박상태를 야기한 것을 협박으로 인정했을 뿐 실제 간음과 추행에 동의하였던 피해자의 심리상태에 대한 평가도 전혀 나타나지 않은 점에 있어서는 여전히 의문이 남는다. 사실관계에서 보면 옛애인과의 성관계에 대한 협박 그 자체로는 항거를 현저히 곤란하게 협박으로 보기 어렵고 피해자가 적극적으로 대처할 수 있었다는 점에서는 원심의 주장이 오히려 설득력이 있어 보인다. 본 사안은 협박이 존재하였고 이로 인하여 간음 내지 추행에 이르는 과정에서 피해자의 항거불능의 심리상태가 유지되었다는 점이 중요하다. 즉 폭행과 협박과 존재하였고 이후 간음 내지 추행에 이르는 과정에서 상당한 시간적 간격이 존재한다고 하더라도 피해자의 항거불능 내지 현저히 곤란한 심리상태가 계속 유지되고 있었으므로 인과관계가 인정되어 강간죄 내지 강제추행죄가 성립한다고 보는 것이 보다 정확한 판단이라고 할 수 있다. 이러한 의미에서 폭행, 협박과 간음 내지 추행 사이에 시간적 간격이 있다고 할 지라도 강간죄 내지 강제추행죄가 성립한다는 본 대상판결은 결론에 있어서는 정당하나 그 결론에 이르는 과정에서 여전히 최협의의 폭행, 협박 개념에서 그 정당성을 유지하고자 한 것에 대해서는 아쉬움이 남는다.

대 법 원

판 결

사 건 2006도5979 판결 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에 관한
법률위반(주거침입강간등)(인정된죄명:주거침입)·강간·공갈
피 고 인 ○○○
상 고 인 피고인 및 검사
변 호 인 변호사 ○○○
원심판결 ○○고등법원 2006. 8. 23. 선고 **** * **** 판결
판결선고 2007. 1. 25.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 ○○고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 본다.

1. 피고인의 상고에 대하여

가. 원심은, 그 채용증거들에 의하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 피고인이 피해자의 옛 애인 및 ‘사진 찍은 자’로 1인 2역을 수행하면서 설령 그 정을 알지 못하는 피해자로부터 승낙을 얻고 피해자의 주거에 들어갔다고 하더라도, 그 승낙의 의사표시는 기망 및 협박에 의한 것으로서 무효라는 등 그 판시와 같은 이유로 판시 각 주거침입의 범죄사실과 3회에 걸쳐 합계 88만 원을 갈취하였다는 판시 각 공갈의 범죄사실을 모두 유죄로 인정하였다.

원심판결이 인용한 제1심판결의 채용증거들을 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 이와 같은 사실인정과 판단은 정당하고, 원심판결에는 상고이유의 주장과 같이 채증법칙을 위반하거나 주거침입죄의 성립에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

이 부분 상고이유의 주장은 이유 없다.

나. 10년 미만의 징역형이 선고된 이 사건에서 형이 너무 무겁다는 주장은 적법한 상고이유가 될 수 없다.

이 부분 상고이유의 주장도 이유 없다.

2. 검사의 상고에 대하여

가. 강간죄가 성립하려면 가해자의 폭행·협박은 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이어야 하고, 그 폭행·협박이 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이었는지 여부는 그 폭행·협박의 내용과 정도는 물론, 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 판단하여야 한다(대법원 1992. 4. 14. 선고 92도259 판결, 2004. 6. 25. 선고 2004도2611 판결 등 참조).

또한, 상대방에 대하여 폭행 또는 협박을 가하여 추행행위를 하는 경우에 강제추행죄가 성립하려면 그 폭행 또는 협박이 항거를 곤란하게 할 정도일 것을 요하고(대법원 1983. 6. 28. 선고 83도399 판결, 2006. 2. 23. 선고 2005도9422 판결 등 참조), 그 폭행·협박이 피해자의 항거를 곤란하게 할 정도의 것이었는지 여부 역시 그 폭행·협박의 내용과 정도는 물론, 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 추행 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 판단하여야 한다.

따라서 가해자가 폭행을 수반함이 없이 오직 협박만을 수단으로 피해자를 간음 또는 추행한 경우에도 그 협박의 정도가 위와 같은 정도의 것이었다면 강간죄 또는 강제추행죄가 성립하는 것이고, 협박과 간음 또는 추행 사이에 시간적 간격이 있더라도 협박에 의하여 간음 또는 추행이 이루어진 것으로 인정될 수 있다면 달리 볼 것은 아니며, 한편 유부녀인 피해자에 대하여 혼

인 외 성관계 사실을 폭로하겠다는 등의 내용으로 협박을 행사하여 피해자를 간음 또는 추행한 경우에 있어서 그 협박이 위와 같은 정도의 것이었는지 여부에 관하여는, 일반적으로 혼인한 여성에 대하여 정조의 가치를 특히 중시하는 우리 사회의 현실이나 형법상 간통죄로 처벌하는 조항이 있는 사정 등을 감안할 때 혼인 외 성관계 사실의 폭로 자체가 여성의 명예손상, 가족관계의 파탄, 경제적 생활기반의 상실 등 생활상의 이익에 막대한 영향을 미칠 수 있고 경우에 따라서는 간통죄로 처벌받는 신체상의 불이익이 초래될 수도 있으며, 나아가 폭로의 상대방이나 범위 및 방법(예를 들면 인터넷 공개, 가족들에 대한 공개, 자녀들의 학교에 대한 공개 등)에 따라서는 그 심리적 압박의 정도가 심각할 수 있으므로, 단순히 협박의 내용만으로 그 정도를 단정할 수는 없고, 그 밖에도 협박의 경위, 가해자 및 피해자의 신분이나 사회적 지위, 피해자와의 관계, 간음 또는 추행 당시와 그 후의 정황, 그 협박이 피해자에게 미칠 수 있는 심리적 압박의 내용과 정도 등 모든 사정을 종합하여 신중하게 판단하여야 한다.

나. 원심은 이 사건 강간 및 강제추행 부분의 각 공소사실에 대하여, 피해자의 진술에 의하더라도, 피해자는 옛 애인으로 행세한 피고인과 그 얼굴을 정확히 보지 못한 상태에서 1회 성관계를 가진 후 여전히 옛 애인으로 행세하는 피고인으로부터 전화로 ‘피고인을 만나기 위하여 애를 업고 모텔로 들어가는 피해자의 모습과 피고인과 만났던 모텔 방호수를 사진으로 찍은 사람이 피해자와의 성관계를 요구한다’는 말을 듣는 등 마치 사진 찍은 자의 성관계 요구에 불응하면 사진이 피해자의 집으로 보내지고 옛 애인과 성관계를 가진 사실이 남편과 가족들에게 알려질 듯한 태도에 협박받아 ‘사진 찍은 자’로도 행세하는 피고인으로부터 간음 및 추행을 당하게 되었고, 그 외에는 피고인으로부터 별다른 폭행이나 협박을 받은 적이 없을 뿐만 아니라 위 각 간음 및 추행 현장에서도 피고인으로부터 어떠한 폭행이나 협박을 당하지도 않았다는 것이므로, 위와 같은 협박은 피해자의 의사에 반하는 정도라고 볼 수는 있을지언정 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것(강간죄)이라거나 또는 피해자의 항거를 곤란하게 할 정도의 것(강제추행죄)이라고 보기 어렵다는 이유로 무죄를 선고하였다.

다. 그러나 기록에 의하면, ① 피해자는 19**. **. **.생으로 과거 공소외인이라는 남자와 교제하면서 임신하기도 하였으나 공소외인이 연락을 끊어 헤어진 후 1994. 2.경 남편과 혼인하여 이 사건 당시 남편과 사이에 11세, 9세, 3세의 아들 셋을 두고 있는 평범한 가정주부인 사실, ② 이 사건 직전 피해

자는 옛 애인 공소외인으로 행세하는 피고인에게 속아 어두운 모텔방에서 우연히 1회 성관계를 맺기는 하였으나, 그 후 옛 애인으로 행세하는 피고인으로부터 '제3자가 피고인을 만나기 위하여 애를 업고 모텔로 들어가는 피해자의 모습과 모텔 방호수를 사진으로 찍었다고 하면서 돈은 필요 없고 성관계를 요구한다'라는 말을 듣는 등 마치 '사진 찍은 자'의 성관계 요구에 불응하면 사진이 피해자의 집으로 보내지고 옛 애인과 성관계를 가진 사실이 남편과 가족들에게 알려질 듯이 협박받아, 아무런 저항도 하지 못한 채, '사진 찍은 자'로도 행세하는 피고인으로부터 이 사건 간음 및 추행을 당한 사실, ③ 옛 애인으로 행세하는 피고인은 피해자에게 '사진 찍은 자'의 성관계 요구를 전달한다고 하면서 '그 부하가 10명쯤 되는데 그 사람들에게 다 당하는 것보다 1명에게 당하는 것이 낫지 않느냐'(수사기록 31면의 뒷장, 138면, 215면 피해자 진술 참조), '그 사람 성질을 건드리지 마라'(공판기록 92면, 97면 피해자 진술 참조)라고 말하는 한편, '나는 어차피 이민가면 그만이지만 여기에 남아 있는 너는 계속 그 사진 찍은 자에게 괴롭힘을 당할 것이다'(수사기록 196면, 214면 피해자 진술, 공판기록 45면 피고인 진술 각 참조)라고 말하기도 하였으며, '사진 찍은 자'로 행세하면서 피해자를 간음한 후에는 남편이 출근하고 자녀들이 등교하여 3살짜리 아들만을 데리고 있는 피해자에게 전화하여 '사진 찍은 자'의 거둬진 성관계 요구를 전달한다고 하면서 이에 불응하는 피해자에 대하여 '사진 찍은 자를 집으로 보내겠다'고 말하기도 하여(수사기록 217면, 공판기록 98면 피해자 진술 참조), 결국 09:30경 내지 10:30경 아침시간대에 수회에 걸쳐 피해자의 주거를 침입하면서까지 피해자를 간음한 사실, ④ 피고인은 실제로 피해자의 집으로 전화하여 피해자의 아들에게 피해자 남편의 휴대전화번호를 물어보기도 하고, '사진 찍은 자'로 행세하면서 새벽에 피해자의 집에 전화하기까지 한 사실(수사기록 218면, 공판기록 94면 피해자 진술), ⑤ 피해자는 피고인의 위와 같은 협박에 의하여 옛 애인과의 혼전 성관계까지 모두 폭로될지도 모른다는 등의 압박감을 갖게 됨에 따라 생면부지의 '사진 찍은 자'로 행세하는 피고인과 성관계를 갖게 되었고 그 후에도 사진의 존재는 물론 기왕의 성관계까지 모두 폭로되어 남편과 시댁에 알려지거나 가정이 파탄될 것이 두려워 계속되는 성관계 요구를 더욱 거절할 수가 없었다고 진술하고 있는 사실, ⑥ 피해자는 피고인과의 성관계 사실이 시어머니와 남편에게 알려지자 2005. 11. 12.경에는 수면제를 먹고 자살을 기도하기도 한 사실 등을 알 수 있다.

이러한 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 피고인의 협박 내용이 혼인 외 성관계 사실을 폭로하겠다는 취지의 것 이외에도 마치 '사진 찍은

자'가 수명의 부하를 거느리고 있다거나 그 성질을 건드리지 마라는 등 여러 내용을 포함하고 있는 점, 피고인은 실제로 피해자의 가족이 출근이나 등교한 직후 아침시간대에 피해자와 3살짜리 아들만 있는 피해자의 집까지 찾아가 수회에 걸쳐 피해자를 간음하였으며 때로는 피해자의 아들에게 피해자 남편의 휴대전화번호를 물어보거나 새벽에 피해자의 집에 전화하기까지 한 점, 피고인은 수회에 걸쳐 피해자와 통화하거나 피해자를 간음하는 과정에서 피고인의 1인 2역 행동에 쉽게 속아 넘어가 심한 압박감에 시달리고 있는 피해자의 심리상태를 교묘하게 간파하여, 상황과 필요에 따라 “때로는 ‘사진 찍은 자’로, 때로는 옛 애인으로” 행세하면서, 피해자가 성관계에 불응할 경우 성관계 사실을 폭로하거나 ‘사진 찍은 자’가 마치 자신의 폭력조직 부하들을 동원하여 피해자의 신체 등에 위해를 가할 수도 있다는 것을 암시하는 등의 방법으로 피해자를 협박하고 ‘사진 찍은 자’로 행세하면서 수회에 걸쳐 피해자를 간음 또는 추행하기에 이른 점, 한편 피해자로서는, 자신을 협박하고 있는 ‘사진 찍은 자’가 폭력조직을 거느리고 있는 것으로 오인하고 있는 데다가 그 정확한 신원을 전혀 모르고 있는 관계에 있어 ‘사진 찍은 자’는 성관계를 폭로하더라도 아무런 피해를 입지 않은 채 피해자만이 심각한 불이익을 당하게 될 상황에 처해 있고, 따라서 ‘사진 찍은 자’의 계속되는 협박에 피해자가 불응할 경우 언제든지 협박의 내용과 같은 성관계 폭로가 현실화될 수 있을 것이라는 위협을 더욱 크게 느꼈을 것으로 예상되는 점 등, 이 사건 협박의 내용과 정도, 협박의 경위, 이 사건 ‘사진 찍은 자’와 피해자의 신분이나 사회적 지위, 피해자와의 관계, 피해자의 가족상황, 간음 또는 추행 당시와 그 후의 정황, 이 사건 협박이 피해자에게 미칠 수 있는 심리적 압박의 내용과 정도를 비롯하여 기록에 나타난 모든 사정을 종합하여 볼 때, 피고인의 위와 같은 협박은 피해자를 단순히 외포시킨 정도를 넘어 적어도 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도의 것이었다고 보기에 충분하다고 할 것이므로, 강간죄 및 강제추행죄가 성립된다고 봄이 상당하다.

라. 그럼에도 불구하고, 원심은 피고인의 이 사건 협박이 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것(강간죄)이거나 또는 피해자의 항거를 곤란하게 할 정도의 것(강제추행죄)이라고 보기 어렵다는 이유로 이 부분 각 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였으니, 원심판결에는 강간죄와 강제추행죄에 있어서의 협박의 정도에 관한 법리를 오해한 위법이 있고(원심이 원용하고 있는 [대법원 1998. 7. 28. 선고 98도1379 판결](#) 및 [대법원 2002. 3. 12. 선고 2001도6960 판결](#)의 사안들은, 그 협박의 표면적인 일부 내용을 제외하고는 협박의 전체적인 내용 및 정도, 협박의 경위, 가해자와 피

해자의 신분이나 사회적 지위, 피해자와의 관계, 간음 당시와 그 후의 정황, 성관계 폭로 위협에 따른 압박감의 내용과 정도 등에 있어서 이 사건 사안과는 다르다고 할 것이므로, 위 대법원판결들은 이 사건에 원용하기에 적절하지 아니하다), 이러한 위법은 판결에 영향을 미쳤음이 분명하다.

이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

3. 결 론

그러므로 원심판결 중 유죄 부분에 대한 피고인의 상고는 모두 이유 없고, 무죄 부분에 대한 검사의 상고는 이유 있으나, 원심판결의 각 공소사실은 모두 **형법 제37조** 전단의 경합범으로서 하나의 형이 선고되어야 하므로 원심판결을 전부 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장	대법관	고현철	_____
주심	대법관	김지형	_____
	대법관	양승태	_____
	대법관	전수안	_____

성폭력 피해 아동의 진술에 대한 판단기준

도영오(본 상담소 법정지원팀)

<목 차>

I. 서론

II. 법원이 제시하고 있는 진술 외적 기준

1. 피해 아동 보호자의 태도와 영향력
 - (1) 판례
 - (2) 분석
2. 피해 발생 후 피해아동의 행동
 - (1) 판례
 - (2) 분석
3. 피해 아동 진술의 일관성과 기억력
 - (1) 판례
 - (2) 평가

III. 결론

I. 서론

성폭력의 유형이 날이 갈수록 다양해짐에 따라 성폭력의 피해자의 범위 역시 성인이 아닌 아동에까지 넓어지고 있는 것이 현실이다. 이에 따라 법원 역시 아동이 피해자인 성폭력 사건을 나름의 기준으로

유무죄 여부를 판단해오고 있다. 특히 서울고등법원 2004.9.22. 선고 2004노1858 판결에서는 아동 성폭력 사건에 있어서 결정적인 증거가 되는 피해 아동의 진술에 대한 증명력의 판단에 있어서 “일반적으로 경험칙상 아동의 진술이 성인의 진술보다 신빙성이 낮다고는 말할 수 없고 오히려 경우에 따라서는 아동의 진술의 신빙성이 더 높을 수도 있는 것이지만, 한편 아동의 진술은 성인의 그것에 비하여, 관찰의 부정확, 인식력·기억력 및 표현력의 부족, 주위 사람들의 영향에 의한 보다 높은 왜곡가능성 등이 있다는 것은 부인할 수 없다 할 것이다. 그러나 아동도 어느 정도까지는 자신이 경험한 사실을 그 정신적 연령에 맞는 수준에서 실제적 진실에 부합되게 기억하고 진술할 수 있음은 분명하다고 할 것이고, 다만 개괄적인 질문에 대하여 자신이 스스로 사건의 실체를 기억해내어 이를 정확히 표현하기는 어렵고 보다 구체적인 내용의 질문을 받고서야 기억을 회복시켜 이를 진술할 수 있는 성향이 있다는 등의 특성이 있다는 점은 아동의 진술이 신빙성 있는지 여부를 판단할 때 반드시 고려하여야 할 사정이라고 할 것이다.”라고 판시하여 아동 진술의 증명력 판단에 대한 기준을 제시하고 있다.

그러나 아동 진술의 증명력이 진술 자체에 의하여 판단이 이루어지기도 하나, 진술 이외의 다른 요소에 의하여서도 그 판단이 이루어지기 마련이다. 특히 피해 아동 진술의 경우 진술의 구체성이나 내용의 깊이가 성인인 피해자보다 낮을 수밖에 없으므로 진술 이외의 요소가 진술의 증명력 판단에 더 큰 영향을 끼친다고 할 것이다. 따라서 최근에 일어난 사건들 중 피해 아동의 진술에 대한 증명력이 인정되지 않은 사건들을 바탕으로 하여 우리 법원이 아동 진술의 증명력 판단에 있어서 어떠한 외부적 기준을 사용하여 왔는지 살펴보고 그것이 타당한 기준인지를 판단해보고자 한다¹⁾.

1) 아래에서 제시하는 판결문들은 대부분 확정되지 아니한 채 대법원에 상고심 계속 중이므로, 이 글에서는 개개의 판결에 대한 타당성을 검토하기 보다는 아동성폭력에서 주로 문제되는 상황과 주의해야할 아동성폭력의 특성에 대해 좀 더 초점을 맞추고자 한다.

II. 법원이 제시하고 있는 진술 외적 기준

1. 피해 아동 보호자의 태도와 영향력

(1) 판례

① 서울고등법원 2004.9.22. 선고 2004노1858 판결에서는 피해자의 아버지가 피고인인 사건에서 “피해자도 원심 법정에서 진술하면서 B가 자신에게 피고인이 고추장난(뒤에 보는 것처럼 피해자는 이를 성기를 자극시켜 놀이하는 정도로 이해하는 듯함)했다고 말하라고 시킨 사실은 없다고 하면서도, C가 고추장난 했다고 말하는데 잘 모르겠으면 오빠인 ∇∇∇(다른 피해자, 작성자 주)를 따라하라고 시킨 적은 있으며(공판기록 제558면, 이하 공판기록은 ‘공’이라고만 표시한다), 실제로 2003. 9. 22. 경기도 아동학대예방센터에서 상담원과 상담시 인형놀이를 하면서 피고인과 고추장난한 것처럼 흉내 낸 것은 오빠인 ∇∇∇를 따라서 한 것이고(공 제568면), 또한 피해자들이 A(피해자의 모, 작성자 주)와 함께 XX네 집에서 머물고 있을 당시 이모인 B가 와서 피고인이 “고추장난, 이렇게 했지”라고 하면서 고추장난 하는 모습을 보여준 적이 있다고 진술하여(공 제562면), C가 피해자들에게 피고인으로부터 강제추행을 당하였다고 진술하도록 시켰다는 취지의 오빠인 ∇∇∇의 진술이 사실에 부합하는 주장일 가능성을 강하게 뒷받침하고 있다...(중략)...한편 위 각 진술은 모두 피해자가 피고인의 보호를 갑자기 벗어나 A의 사실적 지배하에 있으면서 그와 동조한 B, C 등의 감독을 받는 동안에 이루어진 것으로 보이는바, 앞서 본 바와 같은 아동 진술의 특수성을 고려한다고 하더라도 피해자의 진술내용과 그 정황 등에 비추어 볼 때 피해자가 실제 경험한 사실을 있는 그대로 자의에 따라 진술하고 있다고 보기에는 상당한 의문이 든다.”고 판시하였다.

② 대전고등법원 2006.8.25. 선고 2006노48 판결에서는 “한편, 이 법

원이 대전성폭력상담소장에게 보낸 사실조회에 대한 회보서에 따르면, 피해자가 피고인을 범인으로 지목하게 된 것은 보호자인 피해자의 할머니가 주도적으로 피고인을 범인으로 특정한 뒤로 보이고 어른들의 지적이 피해자의 진술에 영향을 주었을 가능성을 배제할 수 없다는 것 이어서, 피해자의 진술만으로는 도저히 피고인이 공소사실과 같은 범행을 저질렀다고 인정할 수 없다.”고 판시하고 있다.

③ 서울고등법원 2006.11.16. 선고 2005노2398 판결에서는 "그와 같은 범인지목 과정에 A의 원심증언 중 피해자가 발음이 분명하지 않은 조음장애를 가지고 있어 남들은 피해자의 말을 알아듣지 못할 수 있지만 자신은 무슨 말인지 바로 알아듣고, 최초로 피해사실을 듣기 전에 피해자를 많이 야단쳐서 동인이 심리적으로 위축되어 있는 상태였는데, 피해자가 “엄마 말하면 야단 안 칠거야”라고 하면서 피해사실을 말하기 시작했다는 취지의 진술 내용까지 보태어 보면, 이 사건은 처음부터 피해자가 스스로 먼저 성추행사실을 알리고 범인으로 피고인을 지목한 것이 아니고 그 어머니인 A로부터 심한 질책이나 추궁을 받는 과정에서 피해자의 최초 피해사실에 대한 진술이 나왔다는 점에서 피해자가 상황을 모면하려고 즉흥적으로 행한 허위고백이 아닌가 하는 가능성을 일단 의심할 수 있다...중략...피해자의 모가 동석하더라도 아동의 진술이 오염되는 것을 방지하기 위하여 아동의 시야 밖에 위치하여야 하는 것이 바람직함에도, 오히려 수시로 피해자의 모가 아동의 옆에 와서 관여하고, 원하는 답변을 유도하기 위하여 격려하는 한편 피해자가 손동작으로 추행행위를 묘사할 때 이를 따라 하는 등의 행동을 전혀 제지하지 않고 방치한 상태에서 이 사건 추행사실이 존재하였다는 것을 당연한 사실로 전제하고, 그 범인도 피고인이라는 것을 줄곧 암시하는 내용의 유도적이고 폐쇄적인 질문을 계속함으로써 피해자 진술의 신빙성과 정확성에 대한 검토는 거의 없었다고 볼 수 있고, 그와 같은 상태는 피해자에 대한 제2회 경찰조사에서도 크게 개선되지 않은 채 피해자의 진술이 이루어졌고, 원심법정증언도 중요부분에 대

하여는 경찰에서의 진술을 확인하는 정도에 그쳤다는 점에서 보면 피해자의 진술은 그 신빙성을 담보할 만한 상황에서 나온 것이라고 보기에 부족하다...중략...피해자의 진술은 동인이 성추행을 당하였다고 확신하는 A에 의하여 반복적으로 질문과 추궁을 당하여 무의식적으로 학습된 결과에 기인한 것일 수 있는 가능성을 완전히 배제하기 어렵다."라고 판시하고 있다.

④ 대전고등법원 2007.1.19. 선고 2006노335 판결에서는 “이 사건이 문제된 경위를 보더라도, 피해자의 어머니가 혹시라도 피해자에게 문제가 있을 수도 있다고 걱정하며 대화하는 과정에서 자신의 이름을 아는 선생님이 교실에 들어온 일이 있다는 말을 단서로 캐묻는 과정에서 범행이 드러났다는 것인데, 피해자는 처음에 어머니에게는 구체적인 상황을 이야기하지 않았다는 것이고 상담소에서 비로소 말하였다는 것 이어서, 어머니의 자녀에 대한 지나친 걱정과 추궁이 나이 어린 피해자로 하여금 당시 상황에 대한 혼란과 착각을 불러 일으켰을 가능성도 있다고 보인다. 피해자의 어머니는 피고인이 범인이라는 확신을 가지고 이 사건의 전 과정에 깊숙이 개입하여 왔는데, 인지능력과 판단능력이 미숙한 피해자로서는 어머니의 태도에 영향을 받아 어머니의 뜻에 따라 진술하였을 가능성도 있다.”고 판시하고 있다.

(2) 분석

아동성폭력은 피해자인 아동이 성폭력의 의미를 이해할 능력이 없거나, 성폭력임을 인식하더라도 가해자의 협박 또는 두려움에 의해 사건이 쉽게 보고되지 않는 특성이 있다. 따라서 아동성폭력은 사건의 발견이 피해아동 스스로의 보고에 의하기 보다는 어머니 등 보호자가 아동의 행동이 이상하거나, 목욕 등을 시키는 과정에서 몸의 이상 등을 발견하여 이루어지는 경우가 많다. 이 경우 아동은 보호자에게 있었던 일을 쉽게 설명하려 하지 않거나, 설명을 할 수 있는 표현능력의 부족하기 때문에, 주로 보호자의 적극적인 질문에 의해 사건이 드러나

게 된다. 이와 같이 피해 아동의 보호자가 최초 발견자이자 사건을 진행하는 주도적인 역할을 하기 때문에 법원은 오히려 피해자인 아동의 진술이 보호자의 진술에 의하여 왜곡될 수 있다고 판단하는 것으로 보인다.

그러나 아동 역시 어느 정도까지는 자신이 경험한 사실을 그 정신적 연령에 맞는 수준에서 실제적 진실에 부합되게 기억하고 진술할 수 있음은 분명하다. 다만, 나이가 어린 아동일수록 개괄적인 질문에 대하여 자신이 스스로 사건의 실체를 기억해 내어 이를 정확히 표현하기는 어렵고, 보다 구체적인 내용의 질문을 받고서야 기억을 회복시켜 이를 진술할 수 있는 성향이 있다.²⁾ 그리고 이러한 특성이 있는 아동에 대하여 가장 수월하고 정확한 대화방법을 가져 피해 아동의 정확한 기억을 이끌어 낼 수 있는 것이 바로 그 아동의 어머니 등 보호자라고 할 것이다.

물론 피해 아동의 보호자가 피고인과 개인적인 원한관계 등의 감정이 있는 경우에는 위와 같은 피해 아동의 특성을 이용하여 증명력이 없는 진술을 유도할 가능성을 배제할 수 없다. 그리고 피해 아동에 대한 사건으로 인하여 감정이 격해진 상태에서 선불리 피고인을 범인이라고 판단하고 그에 맞추어 진술을 유도하는 경우도 있을 것이다. 그러나 피해 아동을 절대적으로 보호하고자 하는 보호자의 심리와 피해 아동과 가장 효율적으로 의사소통을 할 수 있는 보호자의 지위 등을 고려해볼 때 위와 같이 왜곡된 진술유도는 예외적인 것이라고 할 수 있으며, 수사 과정에서 수사 당사자가 보호자의 감정을 누그러뜨리고 객관적인 태도를 취하게 함으로서 선부른 진술 유도를 막을 수도 있다. 따라서 피해 아동과 보호자 사이의 대화과정을 전문적으로 심리하지 아니한 채, 피해 아동의 보호자가 피해 아동의 진술에 적극적인 태도를 보였다는 것만으로 피해 아동이 한 진술의 증명력이 없다고 판단하는 것은 피해 아동과 그 보호자 사이의 관계가 갖는 특성을 간과한

2) 여훈구, 유아의 증언능력 유무의 판단기준, 형사판례연구 14(2006), 199면 이하

것이라고 판단된다.

2. 피해 발생 후 피해이동의 행동

(1) 판례

① 대전고등법원 2007.1.19. 선고 2006노335 판결은 “당시 피해자의 담임교사이던 XXX도, 피해자가 밝고 명랑한 아이인데 범행이 있었다는 시기에든 수업태도나 생활태도에 특별한 변화가 없었다고 진술하고 있다...중략...결론적으로, 피해자의 진술만으로 이 사건 공소사실을 합리적 의심 없이 유죄로 인정하기 어렵다.”고 판시하고 있다.

② 수원지방법원 2007.2.14. 선고 2006고합404 판결은 “피해자의 주장과 같이 피고인이 이 사건 범행의 범인이라면 범인이 계속 다니는 교회를 피해자가 범행 이후에도 다닐 수 있을지 의문인 점, (ii) 더구나 XXX, XXX 등의 진술대로 피해자가 가족들만 있어 안전한 집에서조차 문을 잠글 정도로 심한 정신적인 충격을 받았다면 분명 피고인을 최초로 보았을 때 놀람공포감 등을 느끼고 목사님이나 부모님 혹은 다른 어른들에게 이 사건 범행 사실을 알렸거나 그 다음부터 교회에 나가지 않았을 것으로 보이는 점...중략...등에 비추어 볼 때, 이를 그대로 믿어 피고인이 이 사건 범행의 범인이라고 단정하기 어렵다.”고 판시하고 있다.

(2) 분석

성폭력 피해 아동이 성폭력의 피해자로서 그 가해자에 대한 공포심을 가지고 있는 것은 당연하다. 하지만, 성폭력 피해 아동은 성폭력 사건 이전부터 부모나 사회로부터 주어진 의무-예를 들면 학교에 가서 정상적인 학교생활을 하는 것, 교회에 가서 예배에 참석하는 것-의

위반을 성인보다 훨씬 두려워하는 것도 사실이다. 때문에 성폭력 피해 아동의 경우 가해자를 피하고자 하는 마음과 자신에게 부여된 의무를 잘 이행해야 한다는 생각이 충돌하게 되며, 많은 경우 가해자와의 재접촉을 두려워함에도 불구하고 자신의 의무를 다하기 위해 학교나 교회에 가서 자신의 생활을 하곤 한다. 이는 아동이 성인에 비해 자신이 피해를 당한 사실을 표현하고 그 구제를 요구할 수 있는 능력이 떨어지기 때문에 나타나는 당연한 결과이기도 하다.

물론 성폭력 피해 아동이 자신의 할 일을 다 하기 위해 학교나 교회에 간다고 하더라도 가해자와의 재접촉에 대한 불안감이 표출될 수 있다. 그리고 법원은 이러한 불안감 표출여부에 대한 판단을 부모나 교사의 관찰에 상당부분 의존하고 있다. 그러나 맞벌이 부부가 급격하게 증가하고 있는 현대 사회에서, 그리고 상황이 좋아졌다고는 해도 한 학급에 30명 이상인 현실에서, 물론 피해 아동의 부모나 교사가 피해 아동에 대해 가장 잘 알 수 있는 사람들이지만 부모나 교사가 피해 아동의 행동을 100% 관찰하고 있다고 보는 것은 문제가 있다. 오히려 어린 아동의 경우 주변 사람들이 성폭력의 가능성을 항상 염두에 두고 있는 것이 아니기 때문에 걷는 모습이 이상하거나 잘 뛰어놀지 못하는 모습을 보더라도 별로 신경을 쓰지 않거나 다른 원인을 생각하는 경우가 대부분이다. 따라서 피해 아동이 성폭력사건 이후에도 학교나 교회 같이 의무적으로 가야하는 곳을 가고, 교사 등의 사람들에게 의해서 피해 아동의 불안심리 표출이 발견되지 아니하였다고 하더라도, 이것만을 이유로 피해 아동이 성폭력 피해를 당했었다는 진술의 신빙성을 배척하는 것은 피해 아동의 심리를 이해하지 못한 채 경솔한 판단이 될 우려가 있다.

또한, 가해자가 피해 아동과 원래부터 친밀한 관계이고, 성폭력이 피해 아동에 대한 관심 내지 사랑의 표현 수단으로 포장되는 경우³⁾

3) 아동 성폭력 가해자는 성폭력의 의미를 이해할 능력이 부족한 피해 아동의 특성을 이용하여, 자신의 몸이 아프니 도와달라고 하거나 추행행위가 피해 아동에 대한 사랑의 표시인 것처럼 기망하는 경우가 많다.

피해 아동은 추행행위를 싫어하면서도 그러한 행동을 하지 않는 경우에는 가해자에 대한 친밀한 모습을 유지하는 등 양가감정을 가질 수 있다. 이러한 특성을 무시한 채 성폭력 이후에 피해 아동이 보인 한두 가지의 행동들을 성인 성폭력 피해의 판단 기준을 적용하여 신빙성 부정의 근거로 삼는 것은 문제가 있다.

3. 피해 아동 진술의 일관성과 기억력

(1) 판례

① 서울고등법원 2004.9.22. 선고 2004노1858 판결에서는 서문에서와 같이 피해 아동이 한 진술의 증명력을 판단함에 있어서 필요한 일반적인 기준을 제시한 후 “이 사건에 돌이켜 보건대, 이 사건 당시 피해자 △△△은 불과 만 3세 4월 남짓에서 만 5세 1월 남짓밖에 되지 않는 어린 나이였는바, 피해자 △△△이 경찰 및 원심 법정에서 약 2년여의 장기간에 걸쳐 행하여진 피고인의 강제추행행위에 대하여 진술하면서 피고인이 자신과 ▽▽▽을 상대로 고추장난을 하였느냐는 질문에 대하여는 모두 그렇다는 취지로 답변을 하고 있기는 하나, 앞서 본 바와 같이 고추장난의 구체적인 방법 등에 대하여는 전혀 그 내용을 진술하지 못하고 있으며,”라고 판시하고 있다.

② 전술한 대전고등법원 2006.8.25. 선고 2006노48 판결의 원심인 대전지방법원 2006.1.25. 선고 2004고합447 판결⁴⁾⁵⁾에서는 “□□□의 진

4) 이 판결문은 피해 아동의 진술에 대해 ① 범행 장소의 특정, ② 범행 방법의 특정, ③ 범인의 특정으로 세분화 하여 그 진술의 증명력을 부정하고 있다. 판결문 기재에 있어서 이와 같이 세분화하여 증명력이 부정된 이유를 설시하는 것은 바람직한 일이다.

5) 참고로 판결문에도 기재되어 있다시피 이 사건의 최초 수사는 2003.7.7.에 이루어졌으며, 사법경찰리가 작성한 피해자진술조서는 2003.9.1.에, 현장조사는 2003.9.3.에, 범인의 지목은 2003.9.23.에 이루어졌으나, 어찌된 일인지 검찰에

술태도를 살펴보면, 전반적으로 산만하고 주의력이 부족한 면을 보이고 있으며, 거짓진술을 한 것을 고백하고 진술을 반복하는 데 대하여 별다른 죄의식을 느끼지 않고 있는 듯 한 모습도 엿보여, 그 진술을 그대로 믿어도 좋을 것인지 의심하지 않을 수 없고, 최초 피해신고가 이루어진 2003. 7. 7. 제과점 앞에서 범인과 만나기로 했다는 □□□의 진술 역시 범인이 나타나지 않은 점에 비추어 본다면 거짓일 가능성도 있다고 보여지는 점까지 감안한다면, 전반적으로 □□□의 진술을 신용하기 어렵다고 할 것이다.”고 판시하였다.

③ 대전고등법원 2007.1.19. 선고 2006노335 판결은 “피해자는 피해를 당한 경위에 대하여 일관성 있는 진술을 하지 아니하고 있고, 녹화되어 있는 피해자의 진술태도를 보더라도 적극적으로 상황을 설명하지 아니하고 수동적으로 구체적인 질문에 짧게 답변하는 모습을 보여주고 있어, 피해자의 어린 나이를 감안하더라도 그 진술내용을 액면 그대로 받아들이기 어려운 측면이 있다.”고 판시하고 있다.

④ 수원지방법원 2007.2.14. 선고 2006고합404 판결에서는 “만 8세의 ◇◇◇이 범행 후 수개월이 지난 후 피고인을 범인으로 지목하는 것은 (i) 피해자가 범인의 얼굴을 인식하고 기억하는 지적, 언어적 표현 능력에는 상당한 개인적 편차가 있어 일률적으로 평가할 수는 없으나, 피해자는 스트레스나 흥분 등의 심리적 영향이나 폭력 등으로 인하여 심리적으로 안정된 사람보다 정확하지 못한 기억을 가질 수 있으며, 더욱이 피해자의 범인에 대한 기억은 시간이 경과함에 따라 희미해지므로 범인에 대한 확인이 늦게 이루어질수록 범인식별의 오류 가능성이 크다는 점, (ii) 특히 몇 개월 지난 이후 범인을 지목하는 것은 성인의 경우에도 쉽지 않은 일인데, 하물며 범행 당시 ◇◇◇은 만 8세에 불과했고 ◇◇◇ 주장의 범행 일시와 피고인을 지목한 시간 사이에 수개월 정도의 시간 차이가 있음에 미루어 볼 때, ◇◇◇이 범인식별에

서의 현장탐문은 경찰조사로부터 1년 이상이 지난 2004.12.7.에 이루어졌고, 법원에서의 증인신문은 2005.8.18.에 이르러서야 이루어졌다. 이에 비추어볼 때 위 기간 동안 피해 아동이 사건에 대한 기억을 제대로 있었을지는 의문이다.

오류를 저질렀을 가능성을 배제할 수 없는 점에 비추어 볼 때,...중략...이를 그대로 믿어 피고인이 이 사건 범행의 범인이라고 단정하기 어렵다.”고 판시하고 있다.

(2) 평가

아동진술/증언의 특성은 진술의 요소인 지각, 기억, 표현의 각 능력이 미발달되었고 미성숙하다는 점을 들 수 있다. 또한 아동의 기억능력은 기억의 상실과 왜곡이 성인에 비해 빠르고, 체험시와 진술시의 보유간격이라든지, 외부로부터의 유도과 암시 등에 의한 기억내용에 대한 왜곡현상 등이 나타난다. 이와 같이 기억능력이나 언어능력이 미발달된 아동을 조사한다는 것은 쉬운 일이 아니며, 아동이 진술한다 하더라도 경험한 사실을 정확하게 진술하지 않을 수도 있고, 또는 기억을 하지 못하다가 조사자의 구체적인 질문을 받고서야 기억을 회상하여 진술하는 경우도 있다.⁶⁾

따라서 아동 성폭력에 있어 피해 아동의 진술에 성인 피해자와 동일한 정도의 일관성과 구체성을 요구하는 것은 과도할 수 있다. 어느 정도 나이가 있거나 표현능력이 발달한 아동의 경우에는 일관되고 구체적인 진술을 하는 경우도 있지만, 그렇지 못하다고 하여 그 진술이 거짓임이 항상 증명되는 것은 아니다. 특히 진술의 일관성 여부는 아동의 심리상태 및 진술 당시의 상황에 따라 영향을 받기 쉽기 때문에, 수사 및 재판 과정에서 일관성이 유지되지 않을 경우, 단지 그 사실만으로 진술의 신빙성을 배척하기 보다는 진술 당시의 상황을 면밀히 살펴 진술의 변화가 오게 된 원인을 살펴보는 신중함이 요구된다고 할 수 있다.

6) 박종선, 형사절차상 아동증인에 대한 조사방법, 형사정책연구 제18권 제2호 (2006), 273면

III. 결론

판례는 대법원 2000.3.10. 선고 2000도159 판결과 대법원 2004.9.13. 선고 2004도3161 판결에서 성폭력피해아동의 진술에 대한 법리를 나름대로 정리하였고, 이 기준판결에 대한 분석은 지난 <대법원판례바꾸기 9차 자료집>에서 이루어졌다. 그리고 이번 호에서는 위 대법원 판결들이 최근에 진행 중인 하급심 판결에 어떠한 영향을 끼치고 있는지를 알아보았다.

아동 성폭력사건은 대부분의 경우 다른 참고인·증인이나 증거가 없는 사건들이며, 수사와 재판은 사건이 발생하고 한참의 시간이 지나서야 이루어지는 것이 현실이다. 이러한 상황에서 수사기관과 법원은 피해 아동의 진술에 상당부분 의존을 할 수 밖에 없는 입장이다. 이러한 특성으로 인해 법원에서는 대전지방법원 2006.1.25. 선고 2004고합447 판결과 같이 성폭력 피해 아동의 진술에 대한 판단을 일정한 기준을 설정하여 그 기준에 따라 판단하고 있기도 하다.

하지만 위와 같은 판단기준 상황에 따라 유동적인 것일 뿐만 아니라 지나치게 일반적인 기준인 관계로 사건에 따라, 그리고 그 사건의 재판을 담당하고 있는 재판부에 따라 피해 아동의 진술이 신빙성이 있는지에 대한 판단이 달리 나타나 성폭력 피해 아동에 대한 2차 피해는 물론 나아가 사법제도 전반에 대한 불신을 야기하기도 한다.

그렇다면 성폭력 피해 아동의 진술에 대한 신빙성 여부를 어떻게 판단하여야 할 것인가? 우선 최초 수사단계에서부터 아동에 대한 전문가가 개입하여 수사기관이 피해 아동의 진술을 듣는 과정에 참여를 할 수 있어야 한다. 성폭력 피해 아동의 진술이 신빙성을 부여받지 못하는 가장 큰 이유는 수사기간과 재판이 장기화됨에 따라 피해 아동의 진술이 번복되기 때문이다. 그런데 이러한 진술 번복은 아동의 기억이 희미해지는 것도 원인이지만, 최초 진술을 확보함에 있어서 매우 비과

학적인 진술 청취가 이루어져 피해 아동의 주변인의 의사에 따라 진술이 이루어지기 때문이기도 하다. 특히 법원은 성폭력 피해 아동 지원을 위한 단체들 소속의 아동심리전문가 피해 아동의 진술에 관여한 경우 전문가의 개입에도 불구하고 그 진술이 편향적이라는 이유로 피해 아동 진술의 신빙성을 부정하곤 하였다. ‘과학수사’라는 명제는 단지 물적 증거에 대해서만 적용되는 말이 아니다. 아동, 그것도 나이 어린 아동일수록 아동의 진술에 관한 전문가가 전문적인 장비를 동원하여 그 진술을 들을 수 있어야 한다. 그러므로 최초로 피해 아동의 진술을 청취할 때 진술 과정에서 아동 심리에 대한 전문가가 참여하여 아동에 대한 질문과 답변이 피해 아동의 언어로, 순수하게 피해 아동의 기억에 따라 이루어지도록 하여야 할 것이다. 이를 위해서 경찰이나 검찰에 법원이 신뢰할 수 있는 공인된 아동 심리 및 수사에 대한 전문가의 배정과 이들의 참여에 의한 아동 성폭력 사건의 수사가 필요하다.

법원에서 역시 아동 심리에 대한 전문가가 필요하다. 법원의 경우 피해 아동의 진술이 믿을만한 것인지 여부를 판단하기 위하여 피해 아동을 증인석에 세우거나, 비디오에 의한 증인 신문을 실시하기 마련인데, 이러한 상황에서 피해 아동이 느끼는 긴장감과 중압감은 상상을 초월하기 마련이다. 특히 변호사의 반대신문이 이루어지는 때에는 더하다고 할 수 있다. 이러한 상황에서 우리 법은 피해 아동에 대한 신뢰관계인의 동석 제도를 마련하고 있지만, 이 제도가 아동 전문가의 해석을 통한 전문적이면서도 객관적, 중립적인 피해 아동의 진술 분석을 보장하지는 않는다. 따라서 아동에 대한 사건을 심리함에 있어서 법원 소속 또는 법원과 일정한 관계가 있는 아동 심리에 대한 전문가가 그 재판에 관여할 수 있는 제도가 마련될 필요가 있다.

그리고 피해 아동의 진술이 진실한지 여부를 판단함에 있어서 대법원이 그 기준을 체계화해야 할 필요가 있다. 지금까지의 판례를 보면 대법원이나 하급심 모두 피해 아동의 진술이 믿을 만 한 경우에는 왜 믿을만한지만 기술하고 있으며, 믿기 어려운 경우에는 왜 믿기 어

려운지에 대하여만 실시하고 있을 뿐, 전반적인 판단 기준을 구체적으로 실시하고 있지는 아니하다. 물론 기준이 지나치게 구체적으로 설정될 경우에는 하급심의 진술에 대한 판단권한을 침해할 우려가 없는 것은 아니나, 사건마다 재판부의 판단에 사후적으로 맞춘 듯 한 기준의 적용은 재판에 대한 불신을 키울 뿐이다. 따라서 이제는 법원에서 성폭력 피해 아동의 진술이 믿을만한지에 대해 판단하기 위한 일반적인 기준과 기본적인 체크리스트가 만들어져야 할 것이다.

성폭력 피해 아동의 진술에 대해 판단한다는 것은 피해자가 아동인 이상 피해자의 표현력과 이해력, 사회에 대한 경험이 부족하기에 참 어려운 일이다. 하지만, 법원은 성폭력 피해 아동이 성폭력 사건을 당한 이상 이에 대하여 판단을 내려야 할, 모두가 신뢰할 수 있는 판단을 내려야 할 의무가 있다. 그러므로 이러한 의무에 충실하기 위하여 전술한 제도들의 개선과 기준의 마련이 시급하다고 할 것이다.

아동성폭력사건지원을 통해본

수사 및 재판과정에서의 문제점

- '신부에 의한 유아성폭력사건'을 중심으로 -

고혜경(사.부산성폭력상담소 상담실장)

<목 차>

1. 들어가며

2. 무엇이 피해아동을 힘들게 하는가?

- (1) 고소의 어려움
- (2) 진술의 반복 : 아동인권이 무시되는 수사방식
- (3) 수사 미흡과 불공정성
- (4) 피해아동의 진술을 인정하지 않는 판단기준
- (5) 유아의 특성이 반영되지 않은 판단기준
- (6) 전문가의 의견이 존중되지 않는 판단기준

3. 대안찾기, 분주해야할 발걸음!

1. 들어가며

아동성폭력사건의 발생 후 고소 및 수사과정, 형사절차과정에서의 문제점에 대해 문제제기한 것은 어제, 오늘의 일이 아니며 이를 개선하기 위한 반성폭력운동계와 여성운동계의 활동은 지속적으로 이루어졌다. 이의 결실로 일정 정도의 제도적 성과와 수사, 형사절차상 담당자들의 인식 변화를 이뤄내기도 하였다.

그러나 여전히 아동성폭력 피해아동과 가족은 사건 이후의 처리과

정에서 고통을 호소하고 있고 실제로 피해자의 치유에 상당한 영향을 미치는 법적 결과는 피해자나 반성폭력운동계에게 실망감과 분노감을 자아내는 경우가 허다하다. 그래서 피해아동 부모의 경우 가해자를 직접 응징하겠다는 등의 극단적이고 피해자 및 가족에게까지 해가 될 수 있는 자력구제방법까지 생각하게 하는 경우가 발생한다. 그러므로 수사 및 형사절차과정의 개선과 성폭력가해자에 대한 양형의 개선은 피해자뿐 아니라 우리 사회 전반에 영향을 끼치는 중요한 문제이며 시급히 개선되어야 할 중요사안이다.

이에 본 원고에서는 ‘신부에 의한 유아성폭력사건’을 중심으로 부산성폭력상담소에서 아동성폭력피해자의 사건 지원과정에서 접하고 느낀 수사 및 형사절차 과정에서의 문제점을 정리해보고자 한다.

먼저, ‘신부에 의한 유아성폭력사건’에 대한 이해가 필요할 것이다. 이 사건은 2003년 3월경 신부에 의해 다수의 유아들이 성폭력을 당한 사건으로, 신부는 아이들의 몸을 만지고 자기 성기를 입에 넣게 하고, 아이들 앞에서 성적 행위를 보여주는 등 성추행을 하였던 사건이다. 이 사건은 경찰에 고소하였으나 검찰에 의해 ‘증거불충분으로 인한 혐의없음’ 결정으로 인해 기소가 되지 못하였고, 이에 피해자측은 헌법재판소에 불기소에 대한 헌법소원을 신청, 현재도 진행 중인 사건이다. 또한, 국가 대상 손해배상소송도 진행 중이다.

이 사건은 ‘신부’라는 사회적 지도층에 의한 성폭력이란 점, 사회적 약자인 다수 유아에게 행해진 아동성폭력이란 점으로 인해 사회적 관심을 불러일으킨 사건이었으며, 전국 성폭력상담소, 여성단체를 중심으로 공동대책위가 구성되어 지원한 사건이다. 그리고 이 사건은 종교적 차원의 대응과, 여성단체에 대한 역고소⁷⁾가 이뤄지는 등 한 개인의 성폭력사건으로서의 성격을 넘어서 일파만파 사회적 파장을 일으킨 사건이었다.

7) 가해신부는 1 사건으로 부산성폭력상담소를 명예훼손으로 역고소를 하였으며, 이는 검찰에 의해 기각되었다. 현재는 이에 대한 민사소송을 제기한 상태이다.

그러나 이 글에서는 수사와 형사절차 과정에서의 문제점을 제기하는 것으로 한정하고자 한다.

2. 무엇이 피해아동을 힘들게 하는가?

(1) 고소의 어려움

‘신부에 의한 유아성폭력사건’의 경우 피해아동의 성폭력사실을 부모가 인지하고, 개인적으로 해결하고자 하였으나 여의치 않아 고소까지 이른 사건이다. 피해아동들이 다수였는데, 이 중 1명이 먼저 고소하고 이후 발견된 3명의 아동이 추가고소를 하였으며, 3명의 아동이 참고인 진술을 하였다. 그러나 추가고소를 할 때 경찰은 ‘고소장을 누군가 써준 것이 아닌가, 1차 고소장의 내용과 같다’며 고소장을 즉시 접수하지 않았다. 3명의 피해아동들의 피해사실이 1차 고소아동과 가해자가 같고 피해내용도 유사하기에 고소장의 내용은 유사할 수밖에 없음에도 불구하고, 경찰은 고소를 받아주지 않아 공동대책위의 항의 후 접수가 되는 우여곡절을 겪기도 하였다.

그러나 이러한 고소 접수의 문제는 비단 이 사건만은 아니다. 또 다른 사건의 경우, 한부모인 엄마가 늦게까지 일을 할 수 밖에 없어 아이를 맡긴 집에서 성추행이 발생하였는데, 이를 고소하고자 하자 경찰이 증거가 없느니, 엄마가 이상하다느니 하며 고소를 즉각 접수하지 않은 경우도 있었다.

(2) 진술의 반복 : 아동안전이 무시되는 수사방식

‘신부에 의한 유아성폭력사건’의 경우 피해아동들이 전문상담원의 상담을 받고 지역에서 정신과 검사를 받았으나, 경찰은 ‘전문가’에 의한 상담이 필요하다고 하며 아동들을 서울까지 데리고 가서 상담을 하

였다. 아침 일찍 예약된 상담으로 인해 피해아동들은 새벽부터 비행기를 타고 가서 상담을 받아야 했다.

이는 피해아동의 조건을 배려하지 않는 수사방식의 문제점이기도 하지만 무엇보다 반복되는 진술의 고통을 피해아동들에게 준다는 점이다. 유아 뿐 아니라 성인에게도 진술의 반복은 쉽지 않은 부분이다. 그럼에도 경, 검찰은 아동들에게 계속 진술을 반복시킨 것이다.⁸⁾

다른 사건에서도 이러한 진술의 반복은 이뤄진 경우들이 많다. 경찰이 6세 된 피해아동이 진술을 제대로 하지 못한다고 2시간이 넘게 수사한 경우도 있다. 아이가 힘들어하고 이에 대해 항의하는 데도 받아들여지지 않았다.

(3) 수사 미흡과 불공정성

대개 고소를 하면 짧게는 한 달 내에, 길게는 몇 달이 걸려 검찰로 사건이 넘어가기도 한다. ‘신부에 의한 유아성폭력사건’은 2003년 4월 초순에 고소하여 7월에 경찰이 무혐의 의견으로 사건을 검찰에 송치하였으며, 2004년 1월 검찰의 불기소 결정이 이뤄져 10개월 정도의 시간이 소요되었다.

그러나 고소 이후 담당경찰서가 정해지는데 오랜 시간이 걸렸으며, 고소 직후 고소사실을 알고 있는 가해자에 대한 압수수색 또한 즉각 이뤄지지 않았다. 또한, 고소를 접수하고 초기 수사를 했던 경찰서에서 피해아동의 최초 상담과정이 녹화된 비디오테이프이 삭제되는 있을 수 없는 일이 발생하였다.

그리고 그 이후에도 피해아동들은 진술조사, 피해현장 조사, 부모 조사 등 수 차례나 조사를 받았지만, 가해자는 2-3차례 정도의 수사밖에 받지 않은 것으로 나타났다. 정작 조사를 엄중히 받아야 할 가해자

8) 당시 법무부 강금실 장관은 아동성폭력발생시 진술녹화 비디오를 증거로 채택한다는 지침을 내렸으며, 비슷한 시기에 발생한 유사한 유아성폭력사건의 경우 이의 적용을 받아 진술을 반복적으로 하지 않았던 것을 상담을 하며 경험한 바 있다.

보다 피해자에 대한 수사가 더 많이 이뤄졌다는 것은 수사의 부당함이 드러나는 부분이다.

그 외에도 피해아동이 지목한 증거물품들을 증거로 채택하지 않거나, 임의로 선택하여 정확한 증거물을 확보하지 않은 점⁹⁾ 등 많은 문제점을 나타냈다.

(4) 피해아동의 진술을 인정하지 않는 판단기준

범죄피해자는 사건의 가장 중요한 증인이자 참고인임이 마땅하다. 그러나 성폭력사건의 경우 피해아동의 진술은 조사 과정에서 경찰 및 검찰에 의해 신뢰받지 못하는 것이 현실이다. 피해 아동들이 구체적이고 일관성 있게 진술하지 못할 경우 신빙성이 떨어진다고 간주되고, 반대로 조리 있게 진술하면 ‘학습된 것’이라거나 ‘어른으로부터 교육받은 것’이라는 오해를 받는다.

‘신부에 의한 유아성폭력사건’의 경우도 아이들은 일관되게 성폭력 사실을 이야기함에도 불구하고, 그것은 일관성으로 인정받지 못한 채, 그리고 유아의 특성에 맞게 그 진술을 이해받지도 못한 채 결론이 나 버렸다.

(5) 유아의 특성이 반영되지 않은 판단기준

이 사건이 검찰에 의해 기각된 이후, 피해아동측은 2004년 4월에서 민사소송을 제기하였고, 2006년 10월 기각되는 아픔을 겪었다.

민사소송 판결문은 마치 검찰의 불기소 의견서를 보는 듯했는데, 재판 과정동안 밝혀진 사실에 대한 언급조차 없었으며, 피해아동에 대한 이해가 전혀 없는 상태였다.

한 예를 들어 보자면, 판결문에서 몇 가지 의문점이 있다고 하면서

9) 피해아동이 가해신부가 똥꼬에 넣었다고 하는 쇠막대기 상자를 찾아냈으나, 경찰은 그 중 임의로 선택한 한 개의 쇠막대기를 국립과학수사연구소에 보내어 혈흔 반응 검사를 한 것으로 나타났다.

‘원고 000은 그 또래 수준의 표현으로 적어도 어디에서 누구에게 어떤 성추행을 당했는지를 단순히 이야기할 수 있을법한데, 처음에는 괴물에게 어떤 괴롭힘을 당했던 것 정도로 표현한 것으로 보이는 점’을 들고 있다. 그러나 이러한 판단은 전혀 유아의 특성을 이해하지 못하는 판단이다. 만 3세 아이가 육하원칙에 따라 이야기할 것이라는 것은 잘못된 편견이며, 아동은 처음 자신이 그동안 불러온 대로 또는 들은 바대로 어떤 사람을 표현하기 마련이다. 또한, 유아 및 아동의 경우 특히 가해자에 대한 공포감으로 성폭력사실을 모두 드러내기 어려워 할 수 있음을 잘 모르는 것이다. 아이들은 피해 과정에서 심한 공포를 경험하고, 가해자들이 ‘부모에게 이야기하면 나쁜 어린이’라고 하거나 협박이 더해지는 경우¹⁰⁾ 그 공포는 더욱 심해진다. 이러한 충격이 피해 아동에게 어떤 영향을 미치는지 전혀 고려하지 않음으로써 피해 아동들은 더욱 위축되게 된다.

이러한 부분은 재판부의 판결문 뿐 아니라 경찰, 검찰 수사에서도부터 나타나는 공통적인 문제이며, 이로 인해 불기소라는 결과가 나온 것이라고 해도 과언이 아닐 것이다.

(6) 전문가의 의견이 존중되지 않는 판단기준

이 사건은 초기 피해아동을 진료한 정신과 전문의의 소견서, 이후 일주일간 입원한 피해아동들을 관찰한 정신과 전문의에 의한 소견서 등이 전혀 반영되지 않았다. 두 전문의는 모두 그 지역에서 성폭력사건의 경험을 많이 가진 전문의였으며, 심리검사 결과도 모두 성폭력 후유증을 피해아동들이 보인 것으로 나타났으나, 이를 모두 무시한 것이다.

10) 이 사건의 경우, 가해자는 피해아동들에게 ‘만약 엄마아빠에게 말하면 엄마아빠가 죽게 된다’는 등의 협박을 받았다.

3. 대안찾기, 분주해야할 발걸음!

이상으로 ‘신부에 의한 유아성폭력사건’에서 나타난 수사 및 재판과정에서의 문제점을 살펴보았다. 사실 이 몇 장의 종이로 다할 수 없는 이야기와 아픔이 있었다. 그리고 성폭력 피해 자체로, 나아가 그보다 더한 2차적 성폭력에 의해 고통 받은 우리 아이들과 가족이 있다. 아직도 하고 싶은 그러나, 하지 못한 말들을 할 수 있는 날이 오기를 바란다. “너희를 괴롭힌 그 사람은 이제 벌을 받았어....”

2005년 말 범죄피해자보호법이 제정되고, 경찰, 검찰 모두 피해자 인권을 지키겠다고 말한다. 그것은 피해자 인권 중심의 인식전환이 이뤄지고 성폭력의 특성에 대한 이해가 높아져야 한다. 그러기위해 성폭력 전담 사법부의 구성도 한 방안이 될 것이다. 시작은 구체적 실천방안에서부터 이뤄져야 하며, 피해자가 진정 원하는 것을 잘 파악할 때 가능하다.

성폭력특별법을 제정하고도 이미 10여년이 넘는 세월이 지났고, 사건 하나 터지면 국회에 특별법 개정안이 여남은 개가 상정되지만, 우리의 현실은 여전히 아프다. 이러한 현실의 개선을 위한 반성폭력운동의 발걸음은 여전히 빨라야하고 분주해야할 것이다.

■ 부록

어린이성폭력 피해생존자 권리헌장¹¹⁾

전 문

모든 어린이는 나이, 성별, 경제력, 신체적 정신적 능력, 종교 등과 상관없이, 인격적 존재로서 대우받을 권리를 가진다. 나아가 자신의 능력과 소질을 발달시킬 권리가 있으며, 이를 위한 교육적 기회와 사회적 지원 및 배려를 받을 권리를 가진다. 어느 누구도, 어떤 식으로든 어린이의 의사에 반해 어린이의 심신을 해치는 행위를 가할 수 없다. 모든 어린이는 성적 학대로부터 보호받고 자유로울 권리가 있다. 따라서 어느 누구도 어린이 자신이 원하지 않는 행위를 요구하거나 어린이의 몸을 함부로 만질 수 없다.

만일 어린이의 이러한 권리가 성적 폭력에 의해 침해당했을 경우, 부모와 사회 그리고 국가는 다음과 같은 의무와 책임을 지니며, 피해를 입은 어린이는 부모와 사회 그리고 국가에게 다음과 같은 의무와 책임의 이행을 요구할 권리를 가진다.

성폭력 피해를 입은 어린이가 침해당한 권리를 회복하기 위해 부모와 사회 그리고 국가는 자신이 할 수 있는 모든 최선의 노력을 다해야만 한다. 더불어 어린이 성폭력 피해자가 피해의 기억과 감정으로부터 자유로워질 수 있는 모든 노력과 지원을 해야한다. 피해로 인해 다른 권리들이 침해받지 않게 하고,

11) “어린이성폭력 피해생존자 권리헌장”은 전국성폭력상담소·피해자보호시설협의회가 <어린이성폭력 피해자 지원을 위한 토론 및 성폭력 수사·재판 시민감시단 발족식>(2004. 10)에서 제정, 발표한 내용이다. 여기에서 어린이는 13세 미만의 아동을 말한다.

또 다른 폭력으로부터 안전하게 하기 위한 최대한의 조치와 방안을 마련해야 하며 이를 위한 가능한 모든 지원이 이루어져야 한다.

모든 어린이들은 이상의 권리를 존중받고, 나아가 원치 않는 폭력으로부터 자유로울 수 있는 사회와 환경 속에 자라날 권리가 있다.

어린이성폭력 피해생존자의 권리 - 수사/공판 과정에서의 권리

1. 내가 어리다고 나의 말을 무시하거나 의심하지 말아주세요. 나도 나에게 일어난 일을 말할 수 있는 능력을 가졌어요.

1. 나에게 일어난 일을 어떻게 해결해줘야 하는지 잘 아는 사람을 만나게 해주세요.

1. 내가 왜 모르는 어른들 앞에서 이야기를 해야 하는지, 어떤 어른들인지 내가 이해하기 쉬운 말로 설명해주세요.

1. 나에게 그 때 왜 도망치거나 소리치거나 싫다고 말하지 않았느냐고, 그 상황으로부터 벗어나기 위해 얼마나 노력했느냐고 묻지 마세요. 그 일은 내가 원한 것이 아니었어요. 그게 중요해요.

1. 나의 이름이나 얼굴, 학교 등을 함부로 아무에게나 알리지 말아주세요.

1. 나를 또 다른 위협과 폭력 속에 놓아두지 마세요. 나는 안전할 권리가 있어요.

1. 낯선 곳, 낯선 사람들 앞에 혼자 가서, 기억하기 싫은 일을 말하는 것은 너무 힘들어요. 내가 이야기해야할 땐 무섭지 않은 곳에 아는 어른과 같이 있는 상황에서 말할 수 있게 해주세요.

1. 내가 이해할 수 있는 말로 질문해주세요.

1. 내가 이해할 수 있는 말로 설명해주세요.

1. 무조건 예, 아니오 둘 중 하나로 답하라고 하지 마세요. 그렇게 답하기 어려운 질문이 너무 많아요.

1. 그 일과 관련된 것 말고, 나에 대한 다른 것들을 자꾸 물어오는 것은 싫어

요.

1. 그 일을 자꾸 기억하고 말하는 게 너무 싫고 힘들어요. 한번만 말하게 해주세요.

1. 나의 이야기도 어른들 말처럼 중요한 말로 인정해주세요. 어리지만 나도 나에게 있었던 일을 기억하고 말할 줄 알아요.

1. 너무 많은 사람들이 내 이야기를 듣고 있는 게 싫고 무서울 때가 있어요. 그럴 때는 따로 이야기하게 해주세요.

1. 다른 어른들이 아무리 많아도 나한테 나쁜 짓을 한 사람은 정말 무서워요. 그 사람 앞에서는 말이 안 나와요. 그 사람을 나가라고 해주세요.

1. 나에게 나쁜 짓을 한 사람이 어떤 벌을 받았는지 나에게 알려주세요.

1. 나에게 나쁜 짓을 한 사람이 내가 일러서 벌 받았다고 나한테 찾아올까 봐 무서워요. 그 사람이 어디에 있는지 모르니까 더 무서워요. 그 사람이 어디에 있는지 내가 알 수 있게 해주세요.

어린이성폭력 피해생존자의 권리 - 진료과정에서의 권리

1. 나를 병원에 데려갈 때는 내가 왜 병원에 가야 하는지 쉬운 말로 자세히 설명해주세요.

1. 나한테 일어난 일에 대해 어떻게 될 치료해줘야 하는지 잘 아는 사람을 만나게 해주세요.

1. 병원에서 뭘 하는지도 모르는 채 검사 받고 치료받는 것은 싫어요. 내가 어떤 검사를 받고 치료를 받는지, 내가 이해할 수 있는 말로 설명하고 알려주세요.

1. 내가 아픈지, 혹시 아플 수 있는지, 아프면 얼마나 어떻게 아플지 미리 쉬운 말로 알려주세요.

1. 무서운 병원에서 나 혼자 의사선생님에게 검사 받게 하지 말아주세요. 내가 아는 어른이 내가 검사받고 치료받는 동안 내 옆에 함께 있게 해주세요.

어린이성폭력 피해생존자의 권리 - 일상적 권리

1. 나한테도 잘못이 없었는지 의심하거나, 나 때문에 그런 일이 생긴 것처럼 혼내지 마세요.
1. 나에게 일어난 일이 나쁜 일이니 말하지 말라고 하지 말아주세요. 말하고 싶은 사람에게 말하고 싶을 때는 말 할 거예요.
1. 나를 이상한 아이처럼 대하지 마세요. 내가 나쁜 일을 한 게 아니에요.
1. 나한테 일어난 나쁜 일 때문에 내가 커서 이상한 사람이 될 것이라고 생각하지 마세요.
1. 어른들이 보기에 이해하기 힘들다고, 내 말을 의심하지 말아주세요.
1. 힘든데 참으라고, 잊어버리라고 하지 마세요.
1. 내가 너무 아프고 힘들어서 아프고 힘들다고 막 표현할 때, 나를 이상한 아이로 생각하지 말아주세요.
1. 내 마음에 대해 맘대로 생각하고 이야기하지 말아주세요. 아프지 않아 보인다고 안 아픈 게 아니에요.
1. 내가 힘든걸 말하고 싶을 때 옆에서 따뜻하게 들어주세요.
1. 내가 힘들고 아플 때는 내가 어떻게 해야 하는지 알려주거나, 나를 도와줄 수 있는 사람을 만나게 해주세요.
1. 나는 힘든 일을 잘 이겨내고 있어요. 나한테도 사람들한테도 칭찬받고 싶어요.

어린이성폭력 피해생존자의 권리 - 교육과정에서의 권리

1. 나에게 있었던 일 때문에 친구들이랑 학교에서 공부하는 게 어렵지 않게 해주세요.
1. 내가 원하지 않으면 내 친구나 선생님들이 나에게 있었던 나쁜 일을 알지 못하게 해주세요.
1. 그때 있었던 나쁜 일 때문에 친구들과 같이 잘 놀기 어렵거나 공부하기 어

려울 때, 또는 아프거나 힘들 때, 내가 어떤 어려움 때문에 친구들과 잘 놀기 어렵거나 공부하기 어려운지, 내가 어떻게 아픈지, 나의 마음을 잘 이해하고 어떻게 도와줘야 하는지 아는 선생님들의 도움을 받게 해주세요.

어린이성폭력 피해생존자의 권리 - 보도(과정)에서의 권리

1. 나에게 있었던 나쁜 일에 대해서 내가 말하고 싶을 때는 말하게 해주세요.
1. 나에게 있었던 나쁜 일에 대해서 내가 말하고 싶지 않으면 말하지 않게 해주세요.
1. 나에게 묻지도 않고 내가 한 이야기를 TV나 신문에 말하지 말아주세요.
1. 내가 말하겠다고 하고 말했더라도, 나중에 그게 싫어지면 TV나 신문에 말하지 말아주세요.
1. 나의 힘든 마음을 보기보다 호기심으로만 보는 어른들에게는 얘기하고 싶지 않아요.
1. TV나 신문에 내 이야기를 말할 때는 그게 내 이야기인지 사람들이 알게 하지 말아주세요.
1. 내 이야기를 TV나 신문에서 말했을 때, 어떤 일이 생기는지, 나쁜 일이 생길 수 있으면 그게 무엇인지 미리 쉽게 설명해주세요.
1. TV나 신문에서 내 이야기를 다룰 때, 나를 아주 불쌍하거나 이상한 아이처럼 보여주지 말아주세요.
1. 내가 얼마나 힘든 지, 그 사람이 뭘 잘못했는지도 보여주고, 내가 얼마나 잘 이겨내고 있는지, 내가 얼마나 씩씩한 아이인지도 보여주세요.
1. 내가 거짓말을 하고 있는지 확인하거나 의심하는 질문은 하지 말아주세요.

어린이성폭력 피해생존자 보호자의 권리

어린이성폭력 피해생존자 보호자의 권리 - 수사/공판과정에서의 권리

1. 아이가 피해에 대해 말했을 때, 혹은 아이의 언행을 통해 피해 사실을 인지했을 때, 이에 대한 조사와 재판을 요구할 수 있는 권리
1. 어린이성폭력에 대한 교육을 받은 담당자에게 수사/공판 받을 권리
1. 고소시 자신과 아이의 신분이 외부로 노출되지 않고 보호받을 권리
1. 수사, 재판 과정에서 편안한 환경에서 진술, 증언할 수 있도록 가족, 변호사, 상담원 등과 함께 배석할 권리
1. 예, 아니오를 선택하도록 강요받는 질문을 받지 않을 권리.
1. 사건과 관련된 질문만 받을 권리
1. 어린이를 보호하기 위한 언행들의 진위를 의심받지 않고 존중받을 권리
1. 단지 심문이나 증인으로서만이 아니라, 피해 어린이의 보호자로서 공판의 주체로서 인정받을 권리
1. 가해자의 신병변화시 통지를 받고, 이를 알 권리
1. 가해자로 인한 정신적, 신체적, 경제적 피해의 책임을 가해자에게 묻고 보상을 요구할 권리
1. 성폭력 피해에 대한 사건이 진행되고 있거나, 성폭력 피해자가 자신의 피해를 공표하였다는 이유만으로 가해자에 의한 명예훼손, 무고죄 등의 2차 피해를 당하지 않을 권리

어린이성폭력 피해생존자 보호자의 권리 - 진료과정에서의 권리

1. 어린이 성폭력에 대한 교육을 받은 의료진을 연계 받을 권리
1. 병원에서 검사받는 동안 친절하고 세심하게 배려 받을 권리
1. 모든 검사과정, 서류, 절차 등에 관해 쉬운 말로 설명을 들을 권리
1. 진료 이후 어린이에게 예상되는 증상들을 미리 충분히 설명 듣고 알 권리

1. 성폭력 피해에 관련된 증거물 수집과 진단서 발부를 요청할 권리
1. 진료결과에 대한 기록을 발부 받을 권리

어린이성폭력 피해생존자 보호자의 권리 - 일상적 권리

1. 고정된 성폭력피해자 보호자상을 강요받지 않을 권리
1. 어린이 성폭력 피해자의 피해에 대한 책임을 추궁당하거나 비난받지 않을 권리
1. 성폭력 피해 어린이와 마찬가지로 피해로 인한 힘든 감정과 어려움을 이야기하고 존중받을 권리
1. 불면, 불안, 악몽, 두려움, 초조함, 분노 등 어린이의 피해로 인한 증상들을 갖고 표현할 권리 그리고 이러한 행동들이 비정상적인 행동으로 간주되지 않을 권리
1. 가족이나 친구 등 주변인으로부터 정서적으로 지지 받을 권리
1. 피해를 극복하고 어려움을 이겨내기 위해 필요로 되는 모든 정보와 지지를 주변, 관련 단체, 사회로부터 제공받을 권리
1. 사건에 대해 소위 '객관성'의 잣대로 평가되지 않을 권리
1. 성폭력상담소에서 비밀을 보장받으며 전문적 상담을 받을 권리

어린이성폭력 피해생존자 보호자의 권리 - 보도(과정)에서의 권리

1. 취재와 인터뷰에 응하지 않을 권리
1. 동의 없이 인터뷰 당하지 않을 권리
1. 인터뷰를 동의하였다 하더라도 인터뷰 이후 이의 언론보도를 거절할 수 있는 권리
1. 사건보도 시 자신의 신분이 노출되지 않고 보호받을 권리
1. 피해자의 인격권과 사생활을 침해받지 않을 권리
1. 인터뷰 전 보도 이후 예상되는 2차 피해에 대해 충분히 설명 받을 권리
1. 보도과정에서의 2차 피해를 입었을 때 문제제기 할 권리

- 1. 남성중심적 통념에 근거한 인터뷰 질문을 받지 않을 권리
- 1. 사건의 본질과 상관없는 영상이나 멘트로 대상화되거나 왜곡되지 않을 권리
- 1. 성폭력 사건의 대상으로서가 아닌 인격적 주체로서 배려 받고 존중받을 권리
- 1. 단지 취재의 대상으로서가 아니라, 보도내용과 방식에 대해 적극적으로 참여하고 의견을 개진할 권리
- 1. 보도과정에서 피해자의 인권을 침해받지 않을 권리가 알 권리나 표현의 자유와 비교되지 않을 권리
- 1. 취재와 인터뷰에 응할 권리

성폭력 피해생존자의 인권을 존중하는 대법원 판결을 기대한다!

성폭력은 피해생존자의 인권을 침해하는 사회적 범죄행위로, 특히 여성과 어린이의 자유롭고 안전한 삶을 위협하고 있다.

다행히 우리사회에서도 90년대 이후 문제의 심각성을 인식하고 성폭력특별법 등 관련 법과 제도들이 마련되고 있다. 그러나 아직도 성폭력범죄 피해생존자들은 피해자이면서도 오히려 “혹시 유발하지 않았나?”, 심지어 “즐기지 않았나?”하는 의심과 비난을 받고 있다. 성폭력 고소율 6.1%(1998, 한국형사정책연구원), 기소율 43%(2004, 법무부)라는 사실은 피해생존자들의 현실이 얼마나 열악한지 가늠할 수 있게 한다.

특히 우리나라 형법은 여자들이 '완강히 저항'하지 않는 한 합의에 의한 성관계로 파악한다. 따라서 폭행과 협박 상태에서 죽을 각오로 저항하지 않으면 강간으로 입증받기 어렵다. 그 이외에도 장애인이라 하더라도 항거불능 상태였음을 입증해내야 하는 문제나 부부사이에 가장 치욕스러운 경험이라고 호소하는 아내강간은 1970년 대법원 판례이후 강간 성립 자체를 부정당하고 있다. 또한 어린이 성폭력의 경우에는 단 하나의 증거일 수 있는 피해어린이의 진술이 일관성이 없다는 이유로 인정받지 못하고 있다. 이와 같이 법 자체를

매우 협소하게 이해하거나 피해자에게 불리한 방식으로 해석되는 방식은 이제 사법체계 내에서 관행으로까지 굳어져 다른 성폭력 사건의 불기소와 무죄판결에까지 큰 영향을 미치고 있다.

한국성폭력상담소는 지난 15년 동안 53,000여회 상담사례를 지원하면서 이와 같은 성폭력에 관한 법적 규정과 판단으로 인해 성폭력 피해생존자들이 제2의 고통을 받고 있음을 상담 현장에서 너무도 많이 보아왔다. 또한 2003년 본 상담소에서 실시한 <법조인의 성별의식 조사>연구에서 법조인들의 객관성이 사실상 남성중심적 사회문화에 토대를 두고 있으며 이에 따라 성폭력 피해생존자들의 경험과 의식을 반영하지 못하고 있음을 확인한 바 있다.

이제는 법원이 성폭력 사건의 재판 과정에서 “객관성”이라는 이름으로 얼마나 많은 피해여성들을 고통으로 몰아넣고 있는지를 성찰해야 한다. 그동안 우리의 법체계가 피의자(피고인)의 인권을 중심으로 고려하였다면, 이제 피해자의 인권을 돌아보아야만 한다. 무엇보다 남성 중심적인 우리사회의 잘못된 통념에 가려져 들리지 않았던 피해자의 목소리와 절규에 귀기울여야 한다.

우리는 그 변화의 일환으로 대법원 판례 바꾸기를 강력하게 요청한다. 대법원 판결의 경우, 하급심의 판결에 준거가 되고 검찰의 기소 여부에 큰 영향을 주고 있다는 점을 고려할 때, 대법원의 판례는 해당 사건에 대한 판결 그 이상의 의미를 갖고 있다고 할 수 있다. 그러하기에 성폭력 피해의 특수성을 전혀 고려하지 못하는 다음과 같은 대법원 판례는 성폭력에 대해 둔감했을 뿐 아니라, 결과적으로 성폭력을 묵인, 조장하는 결과를 낳았다고 생각한다.

- (1) 폭행과 협박을 매우 협소하게 판단하는 강간죄의 최협의설
- (2) 항거불능 상태임을 입증해야 하는 장애인 성폭력
- (3) 성폭력 성립 자체를 부정당하는 아내강간
- (4) 진술의 일관성이 부족하다는 이유로 인정받기 어려운 어린이성폭력

앞으로 우리는 성폭력 피해생존자와 반성폭력활동가, 그리고 법조인들이 함께 각 주제별 워킹그룹을 통한 평석자료집을 발간할 것이다. 그리고 이 자료는 존엄, 정의, 고귀, 위엄, 그리고 여성의 색깔로 상징되는 “자주색 봉투”에 담겨 향후 매월 정기적으로 대법원을 비롯한 전국의 각 법원과 검찰청의 법조인에게 배달될 것이다. 또한 더 많은 사례 수집과 주제 발굴로 내용을 내실화시키고 동시에 토론회, 언론 기고와 같은 다양한 방법들을 동원하여 대법원 판례 바꾸기 운동을 전개해 나갈 것이다.

우리는 이 운동이 법조인들에게 성편향적이었던 사법 관행을 돌아보고 성찰하는 계기를 줄 수 있기를 기대한다. 그리고 우리나라 형사사법체계가 피해생존자의 권익을 보장하는 출발점이 될 수 있기를 희망한다. 아울러 이 운동이 성폭력 없는 자유롭고 평등한 세상을 향한 커다란 울림이 되어, 오히려 피해자를 비난하는 잘못된 우리사회의 인식을 변화시키고 성폭력 근절을 위한 작은 실천들을 이끌어 갈 수 있으리라 믿는다.

2006. 7. 24

사단법인 한국성폭력상담소

성폭력 조장하는
대법원 판례 바꾸기

판례/바꾸기/운동/ 10차 자료집
“ 최협의설 ” 비판(10)
아동성폭력에 대한 쟁점(3)

- ☐ 발 행 일 2007년 4월 30일
- ☐ 발 행 인 이 미 경
- ☐ 발 행 처 사단법인 한국성폭력상담소
(121-884) 서울 마포구 합정동 366-24 2층
Tel. 02-338-2890 | Fax. 02-338-7122
E-mail. ksvrc@korea.com
web-site. <http://www.sisters.or.kr>
- ☐ 편집책임 자주
- ☐ 인 쇄 카피플러스(02-322-1049)

성폭력 조장하는
대법원 판례 바꾸기

판/례/바/꾸/기/운/동/ 열한번째 자료집
“ 최협의설 ” 비판(11)
비장애인 중심의 성폭력 판단기준 비판(1)

주최 : (사)한국성폭력상담소

후원 : 서울특별시 여성발전기금

성폭력 조장하는

대법원 판례 바꾸기 11차 자료집

목 차

성폭력 조장하는 대법원 판례 바꾸기 운동 소개	1
강간죄의 성립요건인 폭행·협박의 의미	4
- 김성천(중앙대 법과대학 교수)	
- 대법원 2005도3071 판결	17
성폭법 제8조 ‘항거불능’에 대한 판결 비평	20
- 염형국(공익변호사그룹 공감 변호사)	
- 대법원 2003도5322 판결	43
성폭력을 조장하는 대법원 판례바꾸기 운동 취지문	47

성폭력 조장하는 대법원 판례 바꾸기란?

“성폭력을 조장하는 대법원 판례바꾸기 운동”은 그동안 피해자의 특수성을 고려하지 않고 진행된 대법원 판례가 성폭력문제 해결과 피해자의 권리회복에 둔감했을 뿐만아니라, 결과적으로 성폭력을 조장하는 결과를 낳았다고 보고, 법조인들의 성편향적인 사법관행 성찰과 대법원 판례의 변화를 촉구하는 운동입니다.

이 운동은 뜻을 함께하는 법조인, 학자, 반성폭력활동가들의 참여로 매월 대법원 판례 평석문을 발간하여 존엄, 정의, 고귀, 위엄, 그리고 여성의 색깔로 상징되는 “자주색 봉투”에 담겨 대법관을 비롯한 헌법재판관과 전국 각 법원, 검찰청에 배달될 것입니다.

2006년 7월에 시작된 이 운동은 판례평석 이외에도 토론회, 언론기고 등의 다양한 방법으로 2007년 6월까지 앞으로 1년 동안 지속적으로 펼쳐집니다.

1차 자료집 (2006년 7월)

- 성폭력을 조장하는 대법원 판례바꾸기 운동 취지문
- 강간죄의 폭행.협박의 정도에 관한 판례의 입장에 대하여 / 조인섭(변호사)
- 최협의설 판례평석-92도259 / 이경환(본 상담소 법정지원팀)
- '의제화간'의 메커니즘 : 강간죄 해석에 있어서의 최협의 폭행.협박설 비판
/ 신윤진(본 상담소 법정지원팀)
- 디딤돌 판결 - 2004고합228 / 서울북부지방법원 제11형사부

2차 자료집 (2006년 8월)

- "성폭력 조장하는" 대법원판례 ? / 한인섭(서울대 법대 교수)
- 강간죄 폭행.협박의 최협의설에 대한 판례평석- 90도 2224
/ 장임다혜(본 상담소 법정지원팀)

3차 자료집 (2006년 9월)

- 존엄, 정의의 자춧빛 메시지로 / 이미경(본 상담소 소장)
- 최협의설에 따른 판례 평석-2005도3071 / 조민영(변호사)
- 판례 속에 드러난 강간죄 법리의 문제점 / 레떼(본 상담소 법정지원팀)
- 최협의설 적용을 완화한 판결

4차 자료집 (2006년 10월)

- 최협의설을 인용한 대법원 판례의 문제점과 개선방향에 대한 소고 - 2004도2611
/ 박용철(서강대 법학과 조교수)
- 상담사례를 통해 본 최협의설의 문제점 / 이경환(본 상담소 법정지원팀)
- 미국 주형법 강간죄 개정과 관련 판례 검토 / 장임다혜(본 상담소 법정지원팀)

5차 자료집 (2006년 11월)

- 최협의설의 자성? - 2005도3071판결의 의미와 시사점 / 이호중(외대 법대 교수)
- 형사절차에서의 제2차 피해, 그리고 최협의설 / 윤주호(본 상담소 법정지원팀)

6차 자료집 (2006년 12월)

- 강간죄 구성요건 해석에 있어 최협의설의 문제점-2001도230판결 / 이유정(변호사)
- 최협의설의 존재 이유? - 2001도4462 판례평석 / 이주희(본 상담소 법정지원팀)

7차 자료집 (2007년 1월)

- 최협의설을 존속시키는 두 가지 심리적 지지기반 / 이경환(본 상담소 법정지원팀)
- 아내강간-남성편향의 '과소 범죄화' 극복하기 / 조국(서울대학교 법과대학 교수)
- 아내강간, 강제추행 - 어떻게 바라볼 것인가? / 윤주호(본 상담소 법정지원팀)

8차 자료집 (2007년 2월)

- 다양한 목소리로 희망을 담아 / 이미경(본 상담소 소장)
- 최협의설 옹호론에 대한 재반론 / 이경환(본 상담소 법정지원팀)
- 성추행의 개념에 대한 판례의 입장에 대하여 -대법원2006도6791호 판결을 중심으로 / 조인섭(변호사)

9차 자료집 (2007년 3월)

- 강간죄에 대한 대법원 판례 비판 / 황성기(동국대학교 법대 부교수)
- 아동의 증언능력에 대한 인정 여부 / 원혜옥(인하대학교 법학과 교수)

10차 자료집 (2007년 4월)

- 최협의설의 의미와 비판 / 이정훈(중앙대 법과대학 교수)
- 성폭력 피해 아동의 진술에 대한 판단기준 / 도영오(본 상담소 법정지원팀)
- 아동성폭력사건지원을 통해본 수사 및 재판과정에서의 문제점
- '신부에 의한 유아성폭력사건'을 중심으로 / 고혜경(사.부산성폭력상담소 상담실장)
- <부록> 어린이성폭력 피해생존자 권리현장

강간죄의 성립요건인 폭행·협박의 의미

김성천(중앙대 법과대학 교수)

<목 차>

1. 사실관계

2. 판결요지

3. 평석

- (1) 강간죄에서 폭행·협박의 의미
- (2) 폭행·협박의 정도에 관한 학설
- (3) 폭행·협박의 정도에 대한 판례의 입장
- (4) 데이트 강간과 일반 강간
- (5) 법원의 편견
- (6) 대안적 해석론

4. 맺음말

◆ 대상판례 : 대법원 2005. 7. 28. 선고 2005도3071 판결

1. 사실관계

피해자는 이른바 노래방 도우미로서 피고인이 운영하는 노래방에

와서 피고인 및 그 일행들의 유흥을 돈우는 일을 하다가 피고인의 일행들이 먼저 귀가한 후 1시간 더 연장하자는 피고인의 요청에 따라 피고인과 단둘이 노래방에 있던 중, 피해자가 울면서 하지 말라고 하고 “사람 살려”라고 소리를 지르는 등 반항하였음에도, 피고인이 피해자를 소파에 밀어붙이고 양쪽 어깨를 눌러 일어나지 못하게 하는 등 피해자의 반항을 억압하고는 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입하였다.

2. 판결요지

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 안된다.

피고인이 강간범의를 확정적으로 드러내기 이전에 피해자가 노래방에서 벗어날 기회가 있었다거나 옷이 벗겨진 구체적인 경위를 기억하지 못한다는 것만으로 피해자의 일관된 진술을 쉽사리 배척할 수는 없을 뿐만 아니라, 공소외 1, 공소외 2, 공소외 3은 “이 사건 후 노래방에 갔더니 피해자가 울면서 옷을 입고 있었고, 그 후 피고인은 ‘술 한 잔 먹고 실수를 하였다, 미안하다’고 하면서 피해자에게 그녀가 요구하는 금원의 일부를 지급할 의사를 표시하기도 하였다.”고 진술하여 피해자 진술의 신빙성을 뒷받침하고 있다.

그렇다면 이 사건 공소사실에 부합하는 피해자의 진술은 신빙성이 있고, 그에 의하여 인정되는 사실을 위의 법리에 비추어 살펴보면 피

해자가 당시 피고인과 단둘이 노래방 안에 있었던 점을 고려할 때 피고인의 폭행으로 인하여 피해자는 항거하기 현저히 곤란한 상태에 이르렀던 것으로 봄이 상당하다.

또한, 비록 피해자의 외음부찰과상, 외음부습진이 일반적으로는 강간행위 이외의 원인에 의하여서도 생길 수 있는 것이기는 하지만, 피해자의 진술에 의하면 이 사건 발생 후 너무 아파서 잠을 자지 못하여 이 사건 당일 바로 치료를 받은 결과 외음부찰과상 등으로 진단되었다는 것이고, 다른 원인에 의하여 발생한 것이라고 의심할 만한 자료도 없는 이상, 피해자의 외음부찰과상 등은 이 사건 범행으로 인하여 입은 것이라고 할 것이다.

3. 평석

(1) 강간죄에서 폭행·협박의 의미

형법 제297조는 “폭행 또는 협박으로 부녀를 강간”하는 행위를 처벌대상으로 하고 있다. 여기서 폭행과 협박은 위계와 함께 대표적인 자유침해 수단이다. 이들은 모두 가해자가 원하는 방향으로 ① 피해자가 의사결정을 하도록(의사결정의 자유 침해) 또는 ② 의사결정을 하도록 만들지는 않더라도 어쨌건 시키는 대로 행동하도록(의사에 따른 행동의 자유 침해) 만드는 방법이다.

이 가운데 위계(속임수)를 사용해서 원하는 행위를 이끌어내어 성적 자기결정권을 침해하는 경우는 형법이 그리 심하게 처벌하지 않고 있다. 혼인빙자 등 간음죄(형법 제304조)가 바로 이러한 유형에 속하는데 2년 이하의 징역이나 500만원 이하의 벌금에 처하도록 규정되어 있다. 그러나 성적 자기결정권을 침해하는 수단으로 폭행이나 협박이 동원되는 경우에는 3년 이상(15년 이하)의 징역에 처하도록 되어있다. 월

싨 강하게 처벌하는 것이다. 형량이 무려 7배를 넘는다¹⁾).

그렇게 강력하게 처벌하는 것은 그만큼 불법의 크기가 더 크기 때문이다. 속임수를 사용하는 것보다 폭행·협박을 사용하는 것이 훨씬 더 흉악하다는 말이다. 따라서 그저 ‘귀찮다’ 또는 그냥 ‘하기 싫다’는 정도의 반대의사를 무시하고 성관계가 이루어지는 경우까지 강간이라고 하기는 힘들어 보인다. 예를 들어 부인이 졸려서 오늘은 그냥 자자고 하는데 남편이 그래도 한 번 하자고 하면서 억지로 밀어붙여서 성관계가 이루어진 경우를 혼인빙자 등 간음의 경우보다 7배 이상 강력하게 형사처벌할 이유는 없을 것이기 때문이다

그렇다고 해서 반항이 불가능할 정도의 극심한 폭행이나 협박을 동원해서 강제로 간음한 경우만을 강간이라고 하는 것도 곤란하다. 그것은 피해여성으로 하여금 거의 맞아 죽을 것을 요구하는 것이나 다름이 없는 일이기 때문이다.

강간죄의 구성요소인 폭행·협박은 자유침해의 수단으로 위계(속임수)가 동원된 경우보다 성적 자기결정권 침해 행위의 불법의 크기를 7배 이상으로 늘려주는 인자로서의 의미를 가지고 있다.

(2) 폭행·협박의 정도에 관한 학설

그러면 어느 정도의 폭행·협박이 동원되어야 강간이라고 할 수 있을 것인가? 의사의 자유를 침해하는 수단으로서의 폭행·협박을 그 정도에 따라 분류한다면 ① 반항이 불가능하게 할 정도의 폭행·협박,

1) 두 가지 이상 범죄의 형의 경중은 형벌의 종류가 같을 경우에는 長期(형벌의 상한선)를 서로 비교하도록 규정되어 있다(형법 제50조 제2항). 따라서 강간죄의 형이 혼인빙자 등 간음죄의 그것보다 7배를 넘는다는 것은 제297조의 장기(15년)가 제304조의 장기(2년)의 7.5배임을 의미한다. 그리고 이것이 강간죄가 혼인빙자 등 간음죄의 경우보다 항상 7배 이상 강력하게 처벌됨을 의미하는 것은 아니다. 구체적 형량은 법정형의 범위(예를 들어 강간죄의 경우 3년 이상 15년 이하) 내에서 판사가 범인의 연령·성행·지능·환경, 범행의 동기, 범행 후의 정황 등을 모두 고려해서 정하도록 되어 있기 때문에(형법 제51조) 어느 범죄의 형량이 어떤 범죄보다 항상 얼마나 많이 또는 적게 나온다는 것은 일률적으로 말할 수 없는 일이다.

② 반향이 현저하게 곤란할 정도의 폭행·협박, ③ 반항하기가 약간 곤란할 정도의 폭행·협박 그리고 ④ 반향이 얼마든지 가능한 폭행·협박 등 네 단계로 나눌 수 있을 것이다. 폭행·협박으로 인정될 수 있는 범위가 ①의 경우가 제일 좁고 ④의 경우가 제일 넓으므로 이들 네 가지 유형에 제목을 붙인다면 ① 최협의의 폭행·협박, ② 협의의 폭행·협박, ③ 광의의 폭행·협박 그리고 ④ 최광의의 폭행·협박이 될 것이다.

그런데 반향이 불가능할 정도의 폭행·협박이 동원되어야 강간죄가 성립된다고 하는 견해는 현재 지지자를 찾아볼 수가 없다²⁾. 지금 가장 많은 지지를 받고 있는 견해(통설)는 ① 반향이 현저하게 곤란할 정도의 폭행·협박이 있었으면 강간이 성립된다는 학설³⁾이다. 이에 비해 ② 폭행·협박이 있었으면 그것의 정도와 관계없이 강간죄가 된다는 견해⁴⁾는 소수설이다. 이들 두 학설에 제목을 붙이자면 ① 협의설과 ② 최광의설이라고 하는 것이 적절해 보인다. 하지만 이를 각각 ① 최협의설과 ② 협의설로 부르고 있기도 하므로 그러한 방식의 학설명칭은 혼란스러워 피하는 것이 좋을 듯하다. 따라서 여기서는 ① 통설과 ② 소수설로 부르기로 한다.

(3) 폭행·협박의 정도에 대한 판례의 입장

대상판례에서 보아서 알 수 있듯 대법원은 통설과 같은 입장이다⁵⁾.

-
- 2) 과거에는 그러한 견해도 있었다: 유기천, 형법학 각론강의 (상), 일조각, 1982, 122면.
- 3) 김성천·김형준, 형법각론, 동헌출판사, 2006, 232면; 김일수·서보학, 형법각론, 박영사, 2004, 159면; 배종대, 형법각론, 홍문사, 2003, 230면; 이재상, 형법각론, 박영사, 2004, 159면; 이정원, 형법각론, 법지사, 2003, 183면; 이형국, 형법각론연구 I, 법문사, 1997, 264면; 임웅, 형법각론, 법문사, 2005, 163면; 정성근·박광민, 형법각론, 삼지원, 2006, 171면; 진계호, 형법각론, 대왕사, 1996, 177면.
- 4) 박상기, 형법각론, 박영사, 2005, 150~151면.
- 5) 대법원 1979. 2. 13. 선고 78도1792 판결; 대법원 1988. 11. 8. 선고 88도1628 판결; 대법원 1990. 12. 11. 선고 90도2224 판결; 대법원 1991. 5. 28. 선고

가해자의 폭행·협박이 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도에 이를 것을 요구하고 있는 것이다. 그러면서 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 한다는 입장이다.

이와 같은 종합적인 검토 결과 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행·협박이 없었던 것으로 판단된 경우를 두 가지 예로 들어 보자

[대법원 1990. 12. 11. 선고 90도2224 판결] ① 피해자가 기숙사로 가던 중 피고인을 우연히 만나 별다른 강압이나 저항 없이 다방에서 커피를 마시며 이야기를 나누고, 다시 길 건너 생맥주집으로 자리를 옮겨 함께 있다가 같이 나왔고, ② 기숙사에 이르러 전등이 고장나 텔레비전 불빛만으로 어두운 방안에 함께 들어갔고, 그곳에서 피고인이 갑자기 피해자를 방바닥에 눕히고 몸으로 짓누르며 내의를 벗기어 간음하려 하였으나 거부의 의사표시는 하였지만 그 외에는 별다른 저항이나 고함을 지르지 않았고, ③ 그 후 밤늦은 23:00경까지 약 2시간 가까이 그곳에서 피고인과 함께 머물다가, 그곳에서 나온 후 별다른 저항 없이 피고인의 자취방으로 또다시 따라 갔다. 이와 같은 사실관계에 대하여 대법원은 “전후의 사정이 그와 같다면 피고인에 의한 유형력의 행사가 피해자의 반항을 현저히 곤란케 할 정도에까지 이른 것은 아니라고 봄이 상당하다”고 판단하였다. (이하 [기숙사 성폭력 사건]이라 부른다.)

[대법원 1999. 9. 21. 선고 99도2608 판결] 피고인은 1997. 6.경 친구의 소개로 피해자(여, 19세)를 만나 사귀면서 같은 달 24. 01:00경 같이 술을 마신 뒤 여관에 들어가 한 방에서 같이 잠을 자다가 성교를 시도

91도546 판결; 대법원 1992. 4. 14. 선고 92도259 판결; 대법원 2004. 6. 25. 선고 2004도2611 판결; 대법원 2005. 7. 28. 선고 2005도3071 판결; 대법원 2007. 1. 25. 선고 2006도5979 판결.

하였으나 피해자가 적극적으로 거부하므로 성교를 포기하고 잠만 같이 잔 일이 있었고, 그 후 같은 해 7. 2. 18:00경 피해자로부터 호출기에 의한 연락을 받고 만나 호프집에서 같이 술을 마신 뒤 여관에서 같이 잠을 자기로 하여 그 날 23:30경 피해자가 여관비를 계산하여 여관에 들어갔는데, ① 피고인은 피해자의 어깨를 감싸고 침대에 앉아 텔레비전을 보다가 피곤하여 먼저 침대에 누워 잠을 잤고, 피해자는 피고인이 잠든 뒤에 그 옆에 엎드려 잠을 잤으며, ② 피고인이 아침에 깨어보니 피해자가 옆에서 잠을 자고 있어서 순간적으로 욕정을 느껴 피해자의 옷을 벗기고 성교하려고 하자 피해자가 잠에서 깨어나 하지 말라고 하면서 몸을 좌·우로 흔드는 등 거부하였으나 몸을 일으켜 그 장소에서 탈출하려고 하거나 소리를 질러 구조를 요청하는 등 적극적인 반항은 하지 않았고, ⑤ 피고인이 피해자의 몸을 누른 채 한 번만 하게 해달라고 애원하듯이 말하면서 피해자의 반항이 덜해지자 피해자의 다리를 벌려 성교를 시도하였으나 잘 되지 않자 피해자의 다리를 올려 성교하던 도중 호출기가 여러 번 울리자 더 이상 계속하지 않았고, 이로 인하여 피해자에게 약 2주간의 치료를 요하는 질 열상을 입혔으며, ⑥ 그 후 피고인은 피해자에게 연락할 때까지 잘 지내라고 하면서 피해자와 같이 여관에서 나왔다. 이러한 사실관계에 대하여 대법원은 “피고인이 피해자를 간음하게 된 경위와 피해자와의 관계, 당시의 정황 등 모든 사정을 종합할 때 피고인은 피해자의 의사에 반하는 정도의 유형력을 행사하여 피해자를 간음한 것에 불과하고, 그 유형력의 행사가 피해자의 반항을 현저히 곤란하게 할 정도에 이른 것은 아니므로 피고인의 행위는 강간치상죄에 해당하지 않는다”고 보았다. (이하 [여관 성폭력 사건]이라 부른다.)

한편 대법원이 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행·협박이 있었던 것으로 판단한 경우를 예로 들자면 대상판례와 아래의 판례가 있다.

[대법원 2007. 1. 25. 선고 2006도5979 판결] ① 피해자는 과거 乙과

교제하면서 임신하기도 하였으나 乙이 연락을 끊어 헤어진 후 남편과 혼인하여 이 사건 당시 남편과 사이에 아들 셋을 두고 있는 평범한 가정주부인데, ② 이 사건 직전 피해자는 옛 애인 乙로 행세하는 피고인에게 숙아 어두운 모텔방에서 우연히 1회 성관계를 맺기는 하였으나, 그 후 옛 애인으로 행세하는 피고인으로부터 ‘제3자가 피고인을 만나기 위하여 애를 업고 모텔로 들어가는 피해자의 모습과 모텔 방호수를 사진으로 찍었다고 하면서 돈은 필요 없고 성관계를 요구한다’라는 말을 듣는 등 마치 ‘사진 찍은 자’의 성관계 요구에 불응하면 사진이 피해자의 집으로 보내지고 옛 애인과 성관계를 가진 사실이 남편과 가족들에게 알려질 듯이 협박받아, 아무런 저항도 하지 못한 채, ‘사진 찍은 자’로도 행세하는 피고인으로부터 이 사건 간음 및 추행을 당하였고, ③ 옛 애인으로 행세하는 피고인은 피해자에게 ‘사진 찍은 자’의 성관계 요구를 전달한다고 하면서 ‘그 부하가 10명쯤 되는데 그 사람들에게 다 당하는 것보다 1명에게 당하는 것이 낫지 않느냐’, ‘그 사람 성질을 건드리지 마라’라고 말하는 한편, ‘나는 어차피 이민가면 그만이지만 여기에 남아 있는 너는 계속 그 사진 찍은 자에게 괴롭힘을 당할 것이다’라고 말하기도 하였으며, ‘사진 찍은 자’로 행세하면서 피해자를 간음한 후에는 남편이 출근하고 자녀들이 등교하여 3살짜리 아들만을 데리고 있는 피해자에게 전화하여 ‘사진 찍은 자’의 거듭된 성관계 요구를 전달한다고 하면서 이에 불응하는 피해자에 대하여 ‘사진 찍은 자를 집으로 보내겠다’고 말하기도 하여, 결국 수회에 걸쳐 피해자의 주거를 침입하면서까지 피해자를 간음하였으며, ④ 피해자는 그 후에도 사진의 존재는 물론 기왕의 성관계까지 모두 폭로되어 남편과 시댁에 알려지거나 가정이 파탄될 것이 두려워 계속되는 성관계 요구를 더욱 거절할 수가 없었고, ⑥ 피고인과의 성관계 사실이 시어머니와 남편에게 알려지자 수면제를 먹고 자살을 기도하기도 하였다. (이하 [옛 애인 사칭 성폭력 사건]이라 부른다.)

이러한 사실관계에 대한 대법원의 판단은 이러하다. 피고인의 협박

내용이 단순히 혼인 외 성관계 사실을 폭로하겠다는 취지의 것에 그치는 것이 아니라, 피해자와 통화하거나 피해자를 간음하는 과정에서 피고인의 1인 2역 행동에 쉽게 속아 넘어가 심한 압박감에 시달리고 있는 피해자의 심리상태를 교묘하게 간파하여, 상황과 필요에 따라 “때로는 ‘사진 찍은 자’로, 때로는 ‘옛 애인’으로” 행세하면서, 피해자가 성관계에 불응할 경우 성관계 사실을 폭로하거나 ‘사진 찍은 자’가 마치 자신의 폭력조직 부하들을 동원하여 피해자의 신체 등에 위해를 가할 수도 있다는 것을 암시하는 등의 방법으로 피해자를 협박하고 ‘사진 찍은 자’로 행세하면서 수회에 걸쳐 피해자를 간음 또는 추행하기에 이른 점, ‘사진 찍은 자’의 계속되는 협박에 피해자가 불응할 경우 언제든지 협박의 내용과 같은 성관계 폭로가 현실화될 수 있을 것이라는 위협을 더욱 크게 느꼈을 것으로 예상되는 점 등, 이 사건 협박의 내용과 정도, 협박의 경위, 이 사건 ‘사진 찍은 자’와 피해자의 신분이나 사회적 지위, 피해자와의 관계, 피해자의 가족상황, 간음 또는 추행 당시와 그 후의 정황, 이 사건 협박이 피해자에게 미칠 수 있는 심리적 압박의 내용과 정도를 비롯하여 기록에 나타난 모든 사정을 종합하여 볼 때, 피고인의 위와 같은 협박은 피해자를 단순히 외포시킨 정도를 넘어 적어도 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도의 것이었다고 보기에 충분하다고 할 것이므로, 강간죄 및 강제추행죄가 성립된다고 봄이 상당하다.

(4) 데이트 강간과 일반 강간

앞에서 예로 든 판례 가운데 ‘피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행·협박이 없었던 것으로 판단된 경우’는 모두 이른바 데이트 강간의 사례이다. 반면 ‘피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행·협박이 있었던 것으로 판단된 경우’는 모두 낯선 남자에 의한 강간사건이었다.

피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행·협박이 있었다

고 해서 강간죄의 성립을 인정한 [대상판례]와 [옛 애인 사칭 성폭력 사건]의 판단결과와 논리구조에는 문제가 없다고 생각된다.

문제는 데이트 강간과 같은 아는 사람에 의한 폭력적 강제 간음 행위를 대법원이 강간죄로 인정하는데 인색하다는 점이다. 보통 강간 행위의 가해자는 생면부지인 사람이 아니라 평소에 알고 있던 사람이다. 아는 사람에 의한 강압적 간음행위를 강간으로 인정하지 않는 것은 대부분의 강간행위에 대하여 면죄부를 주는 것이 되어 심히 부당하다.

가만히 살펴보면 일반적으로 우리나라 법원은 정당방위 같은 것을 잘 인정하지 않는 등 피고인의 무죄를 인정하는데 인색한 경향을 가지고 있다. 그런데 유독 강간죄 등 성폭력 범죄와 관련해서는 반대로 피고인에게 대단히 관용적인 면모를 보이고 있다. 여성의 성적 자기결정권을 애써 무시하고자 하는 대한민국 사회의 비뚤어진 심보가 법원에 강한 영향을 미치고 있는 것이 아닌가 하는 생각이 든다.

(5) 법원의 편견

대법원이 반향을 현저히 곤란하게 만들 정도의 폭행·협박이 있었는데 이를 판단하는 기준으로 제시하고 있는 내용은 ‘① 폭행·협박의 내용과 정도는 물론 ② 유형력을 행사하게 된 경위, ③ 피해자와의 관계, ④ 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 피해자가 성교 당시 처하였던 구체적인 상황을 기준으로 판단하여야 한다’는 것이다.

여기서 특히 문제되는 부분이 ‘피해자와의 관계’와 ‘성교 당시와 그 후의 정황’이다. ‘피해자와의 관계’에 주목하라는 것은 가해자와 피해자가 평소에 잘 알고 지내던 사이인 경우에는 마치 피해자가 가해자의 뜻을 받아들여 저항을 심하게 하지 않았을 것이라고 생각하는 편견을 가지라고 하는 것처럼 들린다. 아는 사이에서 벌어진 강제적 간음 행위에 대해서는 웬만해선 강간으로 인정하지 않는 대법원의 경향을 보

면 그러한 우려를 할 수밖에 없도록 만든다.

한편 ‘성교 당시의 정황’ 가운데 법원이 항거를 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행·협박이 존재했다는 표지로 즐겨 이용하는 것이 소리를 질러 구조를 요청했는가 하는 부분이다. 대상판결에서 피해자는 소리를 지르면 반항하였고 강간죄의 성립이 인정되었다. 반면 고함을 지르며 구조를 요청하지 않았던 [기숙사 성폭력 사건]과 [여관 성폭력 사건]은 강간죄의 성립이 부인되었다.

대법원이 소리 지르면서 극렬하게 저항하지 않는 사안에 대해서는 언제나 현저히 항거가 곤란하게 할 폭행·협박이 있었다고 보지 않는 듯 하지만 꼭 그런 것은 아니다. [옛 애인 사칭 성폭력 사건]의 피해자는 고함치며 반항하지 않았지만 강간죄의 성립이 인정되었기 때문이다. 물론 그 사건의 원심은 그와 같은 반항이 없었기 때문인지 강간죄의 성립을 부인했었다. 그런데 그 사건은 폭행이 아니라 협박을 강간의 수단으로 사용한 경우이다. 폭행이 수단이었던 경우에는 거의 항상 소리지르며 저항하였는가 하는 점이 판단기준이 되는 것으로 보인다.

하지만 소리를 지르며 외부의 도움을 요청한다는 것은 사실 아는 사이에는 하기 힘든 행동이다. 상대방과의 관계를 종국적으로 정리를 한다는 결심이 없다면 할 수 없는 일이기 때문이다. 상대방과의 친분 관계는 유지할 생각이지만 성관계는 가질 생각이 없다면 가해자의 강압행위에 저항을 하기는 하겠지만 고함을 질러 다른 사람의 도움을 요청하지는 않을 것이다.

게다가 밀폐된 공간에서 소리를 질러 외부의 도움을 요청하는 것은 사실상 효과도 없는 일이다. 대상판례의 경우에 피해자가 노래방 안에서 ‘사람 살려’라고 소리를 지르며 저항하였지만 어느 누구의 도움도 받을 수 없었다. 소리를 지르는 것이 효과적으로 강간을 피할 수 있는 방법도 아닌 상태에서 소리를 지르지 않았다는 이유로 항거가 현저하게 곤란했던 사안이 아니라고 판단하는 것은 부당하다고 생각한다.

또한 항거를 현저히 곤란하게 만들 정도이었는데에 대한 판단은 강간죄가 기수에 이르는 순간(삽입시기)까지의 상황만을 토대로 판단하여야 한다. 일단 항거하기 힘든 폭행·협박에 의하여 강간의 기수단계까지 도달하였다면 그것으로서 강간죄가 성립하였다는 판단을 해야 한다. ‘성교 당시와 그 후의 정황’을 근거로 강간을 부인하는 것은 곤란하다.

일단 강압에 의하여 성기가 삽입되면 강간죄가 성립되는 것이므로 그 이후에 성교과정에서 서로 대화를 나누었다거나, 피해자가 가해자에게 질외사정을 해달라고 부탁을 하였다거나, 성교 도중에 삽입을 여러 차례하였다거나, 피해자가 성교 후에 가해자의 담배를 꺼내서 피웠다는 등의 사유를 근거로 이미 성립된 강간을 부인⁶⁾할 수는 없는 일이다.

(6) 대안적 해석론

반항을 현저히 곤란하게 만들 정도의 폭행·협박이 있었는가를 판단하는 기준으로 대법원이 제시하고 있는 내용인 ① 폭행·협박의 내용과 정도, ② 유형력을 행사하게 된 경위, ③ 피해자와의 관계 그리고 ④ 성교 당시와 그 후의 정황 등 네 가지 가운데 ③과 ④는 판단기준에서 제외되어야 한다.

③은 가해자와 피해자가 서로 아는 사이라는 점을 근거로 피해자가 성관계에 동의를 했을 것이라는 선입견을 가지도록 만들기 때문이다. ④는 강간죄가 이미 기수에 이른 이후의 상황이므로 피해자의 성적 자기결정권을 강압적으로 침해하였는가를 판단하는데 동원되어야 할 사항이 아니다.

현재 대법원의 판단은 ‘반항을 현저히 곤란하게 만들 정도의 폭행·협박’이 있어야 강간죄가 성립된다고 하는 기준 자체에 문제가 있는

6) 대법원 1991. 5. 28. 선고 91도546 판결; 대법원 1992. 4. 14. 선고 92도259 판결 등이 바로 그러한 사유를 근거로 강간죄의 성립을 부정하였다.

것이 아니라, 그 정도의 강압이 있었는가를 판단하기 위한 구체적인 검토기준에 불필요한 내용이 들어가 있다는 점에 문제가 있다고 생각된다.

강간죄의 성립 여부는 ① 폭행·협박의 정도가 피해자의 반항을 현저히 곤란하게 만들 정도에 이르렀고 ② 이를 통해 피해자의 성적 자기결정권을 침해하는 간음이 이루어졌는가에 따라 판단되어야 한다.

4. 맺음말

대법원은 ‘반항을 현저히 곤란하게 만들 정도의 폭행·협박’으로 피해자의 성적 자기결정권을 침해하여 간음하는 행위를 강간으로 평가하고 있다. 대상판례는 그 기준에 따라 가벌성이 인정되었다. 그와 같은 결론은 타당하다. 그러나 그러한 결론에 이르는 논리의 구성에는 약간의 문제가 있다.

첫 번째 문제점은 가해자와 피해자 사이의 관계를 고려하여 아는 사람 사이에서 벌어진 강압적 성관계에 대해서는 거의 강간죄의 성립을 인정하지 않고 있다는 점이다.

두 번째 문제는 강간죄의 기수시기(성기의 삽입) 이후에 있었던 일을 강간죄 성립 여부를 판단하는데 포함시키고 있다는 점이다. 성기의 삽입이 이루어진 이후에 대화를 하였다거나 질외 사정을 부각하였다거나 하는 것은 피해를 최소화하기 위해서 필요한 일임에도 이를 근거로 강간죄의 성립을 부정하는 것은 끝까지 저항하여 더 큰 범죄의 피해자가 될 것을 강요하는 것이나 마찬가지이다.

강간죄의 성립 여부는 가해자가 사용한 폭행·협박이 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도에 이르렀는가 그리고 이를 통해 피해자의 성적 자기결정권이 침해되었는가 하는 점만을 근거로 판단되어야 한다.

대 법 원

판 결

사 건	2005도3071 판결 강간치상
피 고 인	○○○
상 고 인	검사
변 호 인	변호사 ○○○
원 심 판 결	○○고등법원 2005. 4. 28. 선고 **** * * 판결
판 결 선 고	2005. 7. 28.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 ○○고등법원으로 환송한다.

이 유

1. 원심의 판단

원심은, 이 사건 공소사실에 부합하는 피해자의 진술은 피고인이 노래방의 방실 밖으로 나간 일이 있음에도 피해자가 그대로 머물러 있었던 점, 피고인이 피해자를 때리거나 위협적인 말로 협박하지는 않았던 것으로 보이는 점, 피해자가 그녀의 옷이 벗겨진 경위에 관하여 다소 일관성 없게 진술하고 있는 점, 피해자의 주장대로 피고인이 양손이나 몸으로 피해자의 어깨부위를 강하게 눌렀다면 피해자의 어깨부위 등에 멍이 드는 등 상당한 정도의 상해를 입었을만한데 그와 같은 상처가 없는 점, 성행위 당시 피해자가 몸을 일으켜 그 장소를 탈출하려고 하거나 소리를 질러 구조를 요청하는 등 적극적으로 반항한 흔적을 찾아볼 수 없는 점, 피해자가

피고인의 성기를 잡거나 피고인이 성기를 피해자의 입 안에 넣었을 때 피해자로서는 보다 적절하게 피고인에게 대항하여 그 자리를 모면할 수 있었을 것으로 보임에도 그와 같이 행동하지 않은 점, 공소외 1, 공소외 2가 이 사건 노래방에 들어와서 성교가 중단되었을 당시 피해자가 공소외 1등에게 피고인으로부터 강간을 당하였다고 말하지 않았던 점 등에 비추어 그대로 믿기 어렵거나 그것만으로는 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행·협박을 받았다고 인정하기에 부족하고, 공소외 1, 공소외 2, 공소외 3의 진술은 성교 후의 정황에 관한 것이거나 피해자로부터 피고인에게 강간을 당하였다는 말을 전해 들었다는 것에 불과하며, 피해자가 입었다는 외음부찰과상, 외음부습진은 다른 원인에 의하여도 발생할 수 있는 것이어서 피고인과의 이 사건 성관계로 인하여 발생한 것이라고 단정할 수도 없다는 이유로, 이 사건 공소사실에 관하여 무죄를 선고한 제1심판결을 유지하였다.

2. 이 법원의 판단

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 안된다.

기록에 의하면, 피해자는 이른바 노래방 도우미로서, "피고인 운영의 노래방에 와서 피고인 및 그 일행들의 유흥을 돕는 일을 하다가 피고인의 일행들이 먼저 귀가한 후 1시간 더 연장하자는 피고인의 요청에 따라 피고인과 단둘이 노래방에 있던 중, 피해자가 울면서 하지 말라고 하고 '사람 살려'라고 소리를 지르는 등 반항하였음에도, 피고인이 피해자를 소파에 밀어붙이고 양쪽 어깨를 눌러 일어나지 못하게 하는 등으로 피해자의 반항을 억압하고는 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입하였다."고 일관되게 진술하고 있는바, 위와 같은 피해자의 진술은 피고인이 강간범의를 확정적으로 드러내기 이전에 피해자가 노래방에서 벗어날 기회가 있었다거나 옷이 벗겨진 구체적인 경위를 기억하지 못한다는 것만으로 쉽사리

배척할 수 있는 내용이 아닐 뿐만 아니라, 공소의 1, 공소의 2, 공소의 3은 "이 사건 후 노래방에 갔더니 피해자가 울면서 옷을 입고 있었고, 그 후 피고인은 '술 한 잔 먹고 실수를 하였다, 미안하다'고 하면서 피해자에게 그녀가 요구하는 금액의 일부를 지급할 의사를 표시하기도 하였다."고 진술하여 피해자 진술의 신빙성을 뒷받침하고 있다.

그렇다면 이 사건 공소사실에 부합하는 피해자의 진술은 신빙성이 있고, 그에 의하여 인정되는 사실을 위의 법리에 비추어 살펴보면 피해자가 당시 피고인과 단둘이 노래방 안에 있었던 점을 고려할 때 피고인의 폭행으로 인하여 피해자는 항거하기 현저히 곤란한 상태에 이르렀던 것으로 봄이 상당하다.

또한, 비록 피해자의 외음부찰과상, 외음부습진이 일반적으로는 강간행위 이외의 원인에 의하여서도 생길 수 있는 것이기는 하지만, 피해자의 진술에 의하면 이 사건 발생 후 너무 아파서 잠을 자지 못하여 이 사건 당일 바로 치료를 받은 결과 외음부찰과상 등으로 진단되었다는 것이고, 다른 원인에 의하여 발생한 것이라고 의심할 만한 자료도 없는 이상, 피해자의 외음부찰과상 등은 이 사건 범행으로 인하여 입은 것이라고 할 것이다.

그럼에도 이와 견해를 달리하여 이 사건 공소사실을 무죄로 본 원심의 판단은 채증법칙을 위반하였거나 강간치상죄의 성립에 관한 법리를 오해한 위법이 있고, 이를 지적하는 검사의 상고이유의 주장은 이유 있다.

3. 결 론

그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 더욱 심리한 후 판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 관여 대법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 강신욱 _____

주 심 대법관 김영란 _____

 대법관 고현철 _____

 대법관 윤재식 _____

성폭법 제8조 '항거불능'에 대한 판결 비평

염형국(공익변호사그룹 공감 변호사)

<목 차>

- I. 문제제기
- II. 장애인에 대한 성폭력 처벌 규정의 체계
- III. 대법원 및 하급심 판결의 태도
 - 1. 성폭법 제8조 해석에 관한 대법원의 태도(대법원 2003도5322 판결)
 - 가. 공소사실의 요지
 - 나. 원심의 판단
 - 다. 대법원의 판단
 - 2. 하급심 판결에 대한 검토
 - 가. 성폭법 제8조상의 '항거불능'을 인정하지 않은 경우
 - 나. 성폭법 제8조상의 '항거불능'을 인정한 경우
- IV. 법원 판결 태도에 대한 비판
 - 1. 성폭법 제8조의 입법취지
 - 2. 형법 제299조의 '항거불능'과의 관계
 - 가. 형법 제299조의 '항거불능'에 대한 법원의 해석
 - 나. 구성요건 형식상의 차이
 - 다. 평등의 원칙 위반
 - 3. 처벌상의 공백이 발생
 - 4. 명확성의 원칙에 위반
 - 5. 정신지체장애여성의 특수성을 도외시
- V. 성폭법 제8조에 관한 해석론상·입법론상 대안
 - 1. 해석론상 대안
 - 2. 입법론상 대안
 - 가. 친고죄의 문제
 - 나. 성폭법 제8조의 문제

I. 문제제기

‘50대의 중년의 남자가 14살 짜리 정신지체장애를 가진 동거녀의 딸을 4년간이나 상습적으로 성폭행을 하였다. 동거녀의 딸인 피해자는 초등 3~4학년의 지능이 있고 학습능력만 떨어질 뿐 사회적 성숙도는 다른 학생과 비슷하다. 윗사람의 성행위 요구에 대해 충분히 반항하거나 싫다는 의사를 표현할 능력이 떨어져 성폭행을 쉽게 당할 수 있더라도 자기방어를 전혀 할 수 없는 것은 아니다. 그렇기 때문에 가해자를 처벌하여서는 안된다.’

위 사례는 가상의 사안이 아니다. 실제 2005년 4월 20일 부산고등법원에서 이러한 근거로 가해자에게 무죄를 선고하였다. 피해자는 가해자로부터 무려 4년간이나 지속적으로 성폭행을 당하였지만 가해자는 어떠한 처벌도 받지 않는 이러한 상황이 우리나라 여성장애인 성폭력 문제의 심각성을 그대로 드러내는 것이 아닌가 싶다.

여성장애인에 대한 성폭행상담 건수가 해마다 증가하고 하고 있다⁷⁾. 여성장애인은 성폭력에 대한 인지능력과 대처능력이 미흡하여 성폭력에 쉽게 노출되고 있으며, 특히 잘 아는 사람⁸⁾에 의하여 지속적, 반복적⁹⁾으로 성폭행을 당하는 비율이 높다는 점에 그 심각성이 있다. 장애인에 대한 성폭력을 방지하고 가해자를 처벌하기 위하여 ‘성폭력 범죄의처벌및피해자보호등에관한법률’(이하 ‘성폭법’이라 함) 제8조에서

7) 여성장애인의 성폭력 상담건수가 2001년 1044건, 2003년 1759건, 2004년 3242건, 2005년 4106건(한국여성장애인연합 부설 6개 성폭력상담소 통계결과)으로 해마다 증가하고 있어 여성장애인에 대한 성폭력도 점점 증가하고 있음.(2006. 3. 15. 오마이뉴스)

8) 가해자 중 피해자가 아는 사람이 76.4%(자원봉사:2.3%, 근친:8.4, 친/인척:2.3%, 동급생/선후배:7.4%, 이웃:45.8%, 교사/강사:3.7%, 성직자:1.9%, 직장:3.7%, 인터넷(채팅):0.9%)를 차지하였다.(장명숙, “여성장애인 성폭력 문제의 특성 연구, 성공회대NGO대학원, p55, 2005)

9) 피해의 지속성과 관련하여, 1년 이상 - 5년 이하가 50%, 2회 - 10회가 23.2%, 1회가 14.8%, 5년 이상도 12%를 차지했다.(장명숙, 앞의 논문, p60)

는 ‘신체장애 또는 정신상의 장애¹⁰⁾로 항거불능인 상태에 있음을 이용하여 여자를 간음하거나 사람에 대하여 추행한 자는 형법 제297조(간음) 또는 제298조(강제추행)에 정한 형으로 처벌한다.’라고 규정하고 있다.

그런데 법원은 여성장애인, 특히 정신지체 여성¹¹⁾에 대한 성폭력 사건에서 성폭법 제8조의 ‘항거불능상태’를 엄격히 인정하는 취지로 판결함으로써 동 조항의 입법취지가 몰각되고 있다. 이하에서는 먼저 장애인에 대한 성폭력을 처벌하는 규정의 체계를 살펴보고, 대법원, 하급심 판결의 태도 및 이에 대한 비판적 검토를 거쳐 해석론상 그리고 입법론상의 대안을 제시하고자 한다.

II. 장애인에 대한 성폭력 처벌 규정의 체계

장애인 성폭력에 관한 처벌은 장애인의 연령과 가해자의 성폭력 행위태양 등에 따라 형법, 성폭법, 청소년의 성보호에 관한 법률(이하 ‘청소년성보호법’이라 함)에서 규율하고 있다.

먼저 장애인에 대한 성폭력 처벌에 관한 직접적인 규정으로 성폭법 제8조가 있다. 이 규정은 피해자의 연령에 관계없이 피해자가 ‘신체장애 또는 정신상의 장애로 항거불능 상태임을 이용하여 간음 또는 강제추행’을 한 경우에 대해서 처벌할 수 있도록 한 특별규정이다. 형법상의 성범죄에 대한 처벌규정과 달리, 성폭법상의 범죄는 개인적, 사

10) 동조는 애초에 ‘신체장애’만을 항거불능으로 인정하였으나, 후에(1997. 8. 22.) 정신상 장애인 보호의 강화라는 측면에서 장애인의 범위를 정신상 장애까지 확대하였다.

11) 피해 여성장애인 중 대부분은 정신지체 여성이다. 구체적으로 피해 여성장애인의 유형을 살펴보면, 정신지체장애가 63%, 지체장애가 10.7%, 뇌병변장애가 6.9%, 청각, 언어장애가 6.5%, 정신장애가 5.1%, 시각장애와 중복장애가 각 3.2%, 발달장애가 1.4%를 차지하고 있다.(장명숙, 앞의 논문, p34). 뒤에서 보는 바와 같이 성폭법 제8조와 관련한 판례 사안 대부분의 피해자도 정신지체 여성이다.

회적으로 매우 중대한 범죄행위임에도 피해자가 수치심이나 보복에 대한 두려움, 고소의 의미에 대한 부지로 인하여 고소권을 제대로 행사하지 못하는 불합리한 점 때문에 비친고죄로 규정하였다.

만 13세 미만의 장애인¹²⁾에 대한 성폭력을 처벌하는 규정은 형법 제305조, 성폭법 제8조의 2가 있다. 행위태양 별로 살펴보면, 가해자가 폭행, 협박으로 만 13세 미만의 장애인을 강간, 강제추행, 준강간, 준강제추행을 했을 경우 성폭법 제8조의 2 제1항, 제3항, 제4항에 의하여, 가해자가 위계, 위력으로 간음, 추행을 했을 경우 동조 제5항에 의하여 각 처벌되고, 폭행, 협박, 위계, 위력 이외의 방법으로, 예컨대 피해자로부터 사전 동의를 받는 등으로 간음, 추행을 했을 경우 형법 제305조에 의하여 처벌된다. 위 성폭법에 규정된 범죄는 비친고죄이고, 형법에 규정된 범죄는 친고죄이다.

만 13세 이상 만19세 미만의 장애인에 대한 성폭력을 처벌하는 규정은 청소년성보호법 제10조에 있다. 청소년에 대한 강간, 강제추행, 준강간, 준강제추행, 위계 또는 위력에 의한 간음, 추행은 동법에 의하여 처벌된다. 형법과 마찬가지로 친고죄이나, 형사소송법상의 고소기간인 6월과는 달리 고소기간을 2년으로 규정하고 있다.

그 외에 미성년자(만19세 이상 만20세 미만) 장애인 또는 심신미약의 상태에 있는 장애인을 위계 또는 위력으로 간음 또는 추행을 한 경우 형법 제302조에 의하여 처벌되고, 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 간음 또는 추행을 한 경우에는 형법 제299조로 의율되고, 폭행 또는 협박으로 강간, 강제추행한 경우에는 동법 제297조, 제298조에 의하여 각 처벌된다.

12) 물론 13세 미만 미성년 장애인이 신체장애 또는 정신상 장애로 항거불능상태에 있었다면 폭행, 협박, 위계, 위력 유무와 상관없이 성폭법 제8조가 적용될 것이다. 다만 아래에서 보는 바와 같이 대법원이 항거불능상태를 엄격히 해석하여 동법의 적용범위를 한정시키고 있는바, 법원은 다른 형법 또는 특별법 규정에 해당된다는 취지의 판시를 하거나, 검사가 애초에 주의적으로 성폭법 제8조 위반을, 예비적으로 형법 내지 청소년성보호법 위반으로 공소를 제기하고 있다.

III. 대법원 및 하급심 판결의 태도

1. 성폭법 제8조 해석에 관한 대법원의 태도(대법원 2003도5322 판결)

가. 공소사실의 요지

이 사건 공소사실의 요지는 "피고인은 2003. 3. 29. 14:20경 ○○시 ○○동 ○○아파트 xx동 xx호 피해자(여, 37세)의 집 안방에서, 정신분열병을 앓고 있는 피해자에게 험악한 인상을 지으며 주먹으로 때릴 듯한 태도를 보여 그녀의 반항을 억압한 후, 피해자의 팬티를 벗기고 그녀의 가슴과 음부를 수회 만지며 상체를 껴안아 넘어뜨린 뒤 피해자를 간음하려고 하였으나, 그녀가 크게 소리를 질러 피해자의 딸인 공소외 1이 오는 바람에 그 뜻을 이루지 못하여 미수에 그쳤다."라는 것이다.

나. 원심의 판단

원심은, 그 채택 증거들에 의하면, 피해자는 지능이 매우 낮은 정신분열병 환자로서 약 10년간 ○○시 ○○동의 ○정신과의원에서 의료보호환자로 치료를 받아 오고 있는데, 집에서 남편의 도움을 받아 겨우 살림만 하고 다른 사회생활은 불가능한 정신장애 2 내지 3급 수준의 정신지체 장애인인 사실, 피해자는 이로 인하여 이 사건 당시 피고인이 약간의 겁을 주자 정신이 빠진 사람이 되어 별다른 반항을 하지 못한 사실 등이 인정된다는 이유로, 피고인에 대한 판시 범죄사실을 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률 제8조, 제12조에 의율하여 유죄로 인정한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

다. 대법원의 판단

성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률 제8조는 신체장애 또는 정신상의 장애로 항거불능인 상태에 있음을 이용하여 여자를 간음하거나 사람을 추행한 자를 형법 제297조, 제298조의 강간 또는 강제

추행의 죄에 정한 형으로 처벌하도록 규정하고 있고, 위 법률 제12조에 의하여 제8조의 미수범도 처벌되는바, 위 법률 제8조에 정한 죄는 정신적 또는 신체적 사정으로 인하여 성적인 자기방어를 할 수 없는 사람에게 성적 자기결정권을 보호해 주는 것을 보호법익으로 하고 있고, 위 법률규정에서의 항거불능의 상태라 함은 심리적 또는 물리적으로 반항이 절대적으로 불가능하거나 현저히 곤란한 경우를 의미한다고 보아야 할 것이므로(대법원 2000. 5. 26. 선고 98도3257 판결 참조), 위 법률 제8조의 구성요건에 해당하기 위해서는 피해자가 신체장애 또는 정신상의 장애로 인하여 성적인 자기방어를 할 수 없는 항거불능의 상태에 있었어야 하고, 이러한 요건은 형법 제302조에서 미성년자 또는 심신미약자에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음 또는 추행을 한 자의 처벌에 관하여 따로 규정하고 있는 점에 비추어 더욱 엄격하게 해석하여야 할 것이다.

그런데 이 사건 공소사실은 피고인이 정신분열병을 앓고 있는 피해자에게 험악한 인상을 지으며 주먹으로 때릴 듯한 태도를 보여 피해자의 반항을 억압한 후 상체를 껴안아 넘어뜨린 뒤 피해자를 간음하려고 하였으나 피해자가 크게 소리를 질러 피해자의 딸이 오는 바람에 그 뜻을 이루지 못하고 미수에 그쳤다는 것으로서, 피해자가 정신분열병이라는 정신상의 장애로 인하여 항거불능의 상태에 있었다는 것인지가 공소사실 자체에서는 분명하게 드러나 있지 않다.

나아가 기록에 의하면, 피해자는 지능이 낮고, 10년 전부터 정신분열병에 대한 치료를 받고 있으며, 집에서 무거운 빨래를 하거나 밖에 나가서 고가의 물건을 사거나 복잡한 일은 할 수 없고, 다른 사람의 간단한 위력의 행사에 의해서도 겁을 많이 먹는 사실, 그러나 피해자는 식사를 준비하고 가벼운 빨래를 하는 등의 집안 살림이나 가게에 가서 식료품을 사오는 일은 할 수 있고, 사람을 알아보는 데에도 문제가 없어 남편 외의 다른 남자가 성관계를 요구하면 이를 거부할 정도의 의식은 가지고 있는 사실, 피해자는 이 사건 당시의 상황과 관련한

여, 피해자의 남편이 집에서 하던 전자제품 납땜 작업과 관련하여 4년 전부터 알고 지내던 피고인이 사건 당일 집에 찾아와서는 피해자의 남편에게 맡긴 일이 다 되었는지 확인해 보겠다면서 안방으로 들어가기에 피해자도 뒤따라 들어가자, 피고인이 안방에 있던 피해자의 딸에게 작은 방에 가 있으라고 소리쳐 피해자의 딸은 작은 방으로 건너갔고, 그 후 피고인이 피해자에게 옷을 벗으라고 하여 싫다고 하자 피고인이 얼굴에 인상을 쓰고 때릴 것 같은 태도를 보이면서 빨리 벗으라고 하여 상의를 전부 벗었으며, 피고인이 피해자의 가슴과 음부를 만지다가 하의를 벗으라고 하여 어쩔 수 없이 하의를 벗자, 피고인이 피해자의 상체를 껴안고는 누우라고 하기에 피해자는 힘을 주어 싫다고 하면서 하지 말라고 여러 차례 애원하였는데도, 피고인은 피해자의 상체를 거세게 껴안고 넘어뜨린 뒤 피해자를 간음하려고 하였고, 그 때까지 피해자는 제발 좀 하지 말라고 큰소리로 계속 말하다가 더 큰 소리로 딸을 부르자 피고인이 행위를 중단하고는 작은 방으로 건너갔다고 진술하고 있는 사실, 피고인 역시 그가 눈에 힘을 주고 인상을 부라리며 말을 듣지 않으면 마치 때릴 듯이 손을 들었다가 내리는 등의 행동으로 피해자에게 겁을 주면서 옷을 벗으라고 하였고, 옷을 벗은 피해자에게 누우라고 하였으나 피해자가 "안돼요. 싫어요. 이러지 말아요."라면서 반항하기에 피해자의 말을 무시하고 힘으로 바닥에 넘어뜨렸으며, 바닥에 눕힌 피해자를 간음하려고 하였으나 피해자가 몸을 뒤트는 바람에 여의치 않던 중 피해자의 딸이 건너오는 기척이 들려 행위를 중단하였다고 진술하고 있는 사실 등을 알 수 있다.

이 사건 공소사실을 위와 같은 피해자의 이 사건 당시의 정신상 장애의 정도 및 상태, 사건 당시 피고인이 피해자에게 행사한 유형력의 내용과 그 결과, 피고인의 범행이 미수에 그치게 된 경위 등에 비추어 살펴보면, 이 사건은 정신상의 장애가 있기는 하였으나 그로 인하여 항거불능의 상태에 있었던 것은 아닌 피해자를 피고인이 폭행·협박 또는 위력으로써 반항을 쉽게 억압한 뒤 피해자를 간음하려다가 그

뜻을 이루지 못한 것으로 볼 수는 있을지언정, 피해자가 정신상의 장애로 인하여 항거불능인 상태에 있음을 이용하여 피고인이 피해자를 간음하려다가 미수에 그친 것이라고 볼 수는 없으므로, 피고인의 행위가 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률 제8조, 제12조의 구성요건에 해당한다고 할 수 없다.

2. 하급심 판결에 대한 검토

가. 성폭법 제8조상의 '항거불능'을 인정하지 않은 경우

1) 부산고법 2005. 4. 20. 선고 2004노315

피고인이 피고인의 집에 세 들어 살던 내연녀의 딸인 2급 정신지체장애아인 피해자를 약 4년 간에 걸쳐 8회 간음한 사안에서, 피해자는 학습능력이 초등학교 3-4학년 수준에 불과하지만 글을 읽고 쓸 줄 알고, 등학교도 스스로 하는 등 일상생활에 큰 장애가 없으며, 사회적 성숙도에 있어서 동료학생들과 비슷하고, 학교 재학 중 성교육을 받은 바 있으며, 범행 한달 후 생리가 나오지 않는다고 말하여 병원에 가서 임신사실을 확인하고 낙태수술을 받았고, 각 범행 당시의 경위와 내용을 대부분 기억하는 점 등을 이유로, 피해자가 반항하기가 어렵고 약간의 위협이나 폭행이 있더라도 쉽게 강간당할 수 있다는 취지에 불과할 뿐 피해자가 성적인 자기방어를 할 수 없는 상태에 있었다는 의미로 보이지 않는다고 하여, 피해자에게 정신상 장애가 있다는 점은 인정되나, 이로 인하여 항거불능 상태에 있었다는 점은 인정할 수 없다고 하였다.

2) 청주지법 2004. 6. 22. 선고 2003고합48

피고인이 지능지수 61 정도의 정신지체장애인인 피해자(27세)를 피고인의 집 안방으로 유인하여 술을 혼합한 음료수를 강제로 먹이고 방

문을 잠가 피해자가 나가지 못하게 하여 간음하려고 하였지만 미수에 그치고(제1행위), 간음할 것을 마음먹고 피해자의 옷을 벗기려고 하자 피해자가 소리를 지르며 거부함에도 불구하고 억지로 옷을 벗긴 다음 간음(제2행위)한 사안에서 ‘피고인은 기본적인 의사소통 및 한 자리 숫자의 덧셈, 뺄셈을 할 수 있고, 밥을 하고 빨래를 하는 등 집안 살림을 다른 사람이 시키는 경우에 할 수 있으나 스스로 하지 못하며, 자신이 싫어하는 것에 대하여 거부할 수 있는 의사능력을 가지고 있지만 다만 수 차례 요구할 경우 쉽게 저항을 포기할 가능성이 있다는 사실을 인정할 수 있는데, 당시 피해자의 정신상의 장애의 정도 및 상태, 피고인이 피해자에게 행사한 유형력의 내용 등을 살펴보면, 피해자는 정신상 장애가 있긴 하였으나 그로 인하여 항거불능의 상태에 있었던 것은 아니다’라고 판시하였다.

3) 광주고법 2004. 5. 25. 선고 2004노202

피고인이 같은 마을에 거주하는 정신장애로 인하여 판단능력이 부족한 피해자(15세)와 같이 걸어서 집으로 가던 중 피해자를 양손으로 껴안고 넘어뜨려 피해자를 간음한 사안에서 피해자는 지능이 낮고 정신지체장애가 있으나, 집안 살림이나 가게에서 생필품을 사오는 일을 할 수 있고, 추상적인 대화는 어려우나 일상적인 대화는 가능하고 자신의 의사를 표현할 수 있는 능력이 있으며, 성관계 과정을 비교적 상세히 기억하는 등 성관계 의미를 이해하고 있고, 성관계를 거부할 의사를 표시할 수 있으며, 성관계를 해서는 안된다는 성적인 규범의식도 보유하고 있다는 점에서 정신상의 장애가 있었지만 그로 인하여 항거불능 상태에 있던 것은 아니라고 하였다.

나. 성폭법 제8조상의 ‘항거불능’을 인정한 경우

1) 서울중앙지법 2005. 3. 31. 선고 2004고단8192

피고인이 2004. 5.경 서울 ○○구 소재 노인정 부엌에서 음식을 만들다가, 피해자가 부엌 안으로 들어오는 것을 보고 피해자에게 그녀가 전날 넘어진 외할아버지를 부축한 이야기를 하면서 “어제 고생했지, 00이 이쁘다”고 말하면서 입으로 피해자의 볼에 입을 맞추는 등 장애인인 피해자에 대하여 추행한 사안에서 10여 년 동안 같은 동네에서 이웃지간으로 거주해온 피해자(20세)가 정신지체 2급으로 지능지수 40(동작성 43, 언어성 48), 사회적 연령 약 9세에 불과하여 기본적인 이해, 언어, 사회적 능력이 제한적이어서 정신상의 장애로 향거불능인 상태에 있음을 이용하여 추행하였음을 인정하였다.

2) 수원지법 2004. 8. 27. 선고 2004고합 112

피고인은 모 장애인복지회 재활작업장 사무장으로 근무하는 자인바, 재활작업장 내 자신의 숙소에서, 인터넷 포르노 사이트를 보다가 같은 재활작업장에서 생활하는 피해자(22세)가 화장실에 갔다 오는 것을 발견하고 순간적으로 욕정을 일으켜 피해자를 자신의 방으로 불러들여 위 포르노 사이트를 보여주면서 추행 및 간음을 한 사안에서 피해자가 좌측 상하지 부전증의 소아마비 증세로 신체적 거동이 불편하고, 지능지수 46, 사회적 연령 약 5.8세에 불과하여 기본적인 이해, 언어, 사회적 능력이 극히 제한적이어서 신체장애 및 정신상의 장애로 향거불능인 상태에 있음을 이용하여 추행 및 간음을 하였음을 인정하였다. 법원은 이와 같이 판단하면서 피해자의 신체장애 및 정신상 장애에 관해 구체적으로 적시하고 있다.

‘구체적으로 피해자의 정신장애에 따른 사회적응능력 정도를 살펴보면, 피해자는 2003. 4.경부터 이 사건 재활작업장에 취업하여 기숙사 생활을 하면서 단순작업을 하는 일을 하였는데, 가끔 집에 오고갈 때는 혼자 집과 위 재활작업장을 오고가지는 못하고 피해자의 부모 또는 사무장인 피고인이 데려다 주었고, 다만 위 재활작업장에 취업하기 전에 ○○시에 있는 ○○재활원에 다닐 때에는 부모의 반복적인 훈련을

통해 일부 구간인 ○○시내에서 집으로 돌아오면서 부모가 가르쳐 준 버스 번호를 기억해서 그 버스를 타고 집까지 오기도 하였으며(집에서 ○○재활원에 갈 때는 부모가 데려다 주고 ○○재활원에서 집에 올 때 ○○재활원에서 ○○시내까지는 셔틀버스를 타고 옴), 위 재활작업장에서 일할 때 함께 일하던 △△△로부터 핸드폰으로 문자 메시지를 보내는 법을 배워 피해자의 부모 또는 피고인에게 문자 메시지를 보내기도 하였으나 자음과 모음을 조합하는 능력이 부족하여 어법 및 철자가 정확하지 못하였고, 위 재활작업장에서 생활하면서는 뭐든지 본인이 하고 싶은 대로만 하려고 하고 이를 못하게 하면 고집을 부리거나 때를 쓰는 등의 행동을 하였으며, 이 사건 법정에 증인으로 출석하여 증언하는 모습을 통해 보면 거동이 불편하여 걸음걸이가 원활하지 못하고, 변호인 등의 질문에 그 질문의 취지를 정확히 이해하는지도 의문스러우며, 답변을 하더라도 발음이 부정확하여 알아듣기 어려울 정도이다.

위와 같은 사정을 종합적으로 고려해 볼 때, 피해자는 일반적인 장애등급 기준뿐만 아니라 실제상으로도 정신적으로 그 사회성 능력이 약 5.8세 정도의 어린아이에 불과한 수준에 있는 것으로 판단되는데, 그와 같은 연령의 정신 수준 및 그와 더불어 좌측 상하지 부전증으로 인한 2급 수준의 지체장애 등의 상태에 있었던 점에 비추어 볼 때, 피해자는 단순히 성적 자기결정능력이 미약한 상태에 있었던 것에 불과한 것이 아니라, 남녀 간의 성행위가 갖는 사회적인 의미를 제대로 이해하지 못하고 피고인의 판시 범행에 대하여 성적으로 자기 자신을 방어할 수도 없는 상태에 있었던 것으로 판단되며, 적어도 위와 같은 신체장애 및 정신상의 장애로 인하여 반향이 현저히 곤란한 상태에 있었다고 봄이 상당하다.’

3) 서울남부지법 형사합의11부 2005. 3. 25. 선고

피고인이 같은 동네에 사는 정신지체장애인 피해자(13세)를 꺾어 2차례 성관계를 갖고 10차례 성추행한 사안에서 피해자가 한글 자·모음

을 완전히 이해하지 못하고 숫자 50까지도 개념이 없는 사실과 피고인이 ‘오징어 먹자’는 등으로 꺾어 단기간에 2차례 간음, 10차례 추행하는 동안에도 성이나 성행위에 대한 의미조차 제대로 이해하지 못한 채 별다른 거부의 의사 표시 없이 대부분 순순히 응한 것으로 보아 ‘성적 자기결정능력’이 없어 자기방어가 불가능한, ‘항거불능 상태’에 있었다고 봐야 한다고 보고 있다.

IV. 법원 판결 태도에 대한 비판

1. 성폭법 제8조의 입법취지

성폭법 제8조는 비장애인에 비해 장애인을 성폭력 범죄로부터 두텁게 보호하기 위한 특별규정으로서, 신체적 또는 정신적 장애로 인하여 성적인 자기방어를 할 수 없는 사람에 대하여 성적 자기결정권을 보호하는데 그 입법취지가 있다.

대부분의 정신지체 여성들의 사회적 연령이 만13세 미만으로서 성적 자기결정권의 의미를 이해하지 못한 상태에서 간음을 당하고 있다. 형법 제305조에 의하면 13세 미만의 부녀를 간음하거나 13세 미만의 사람에게 추행을 한 자는 피해자의 동의 여부를 불문하고 처벌된다. 성폭법 제8조·형법 제305조 양 규정 모두 성적 자기결정권에 대한 인식이 미흡하여 성적인 자기방어를 기대하기 어려운 13세미만의 미성년자나 장애인의 성적 자기결정권을 보호하는데 입법취지를 같이 하고 있다.

그러나 대법원은 성폭법 제8조 규정에서의 항거불능의 상태라 함은 ‘심리적 또는 물리적으로 반항이 절대적으로 불가능하거나 현저히 곤란한 경우를 의미한다’고 보아 매우 좁게 해석하고 있다. 대법원은 성폭법 제8조 상의 ‘항거불능’의 의미를 형법 제299조상의 ‘항거불능’의

개념과 동일시하면서 형법 제302조의 심신미약자에 대한 간음죄와의 체계상 항거불능을 인정하기 위해서는 더욱 엄격한 해석이 요구된다고 하고 있다. 대법원의 견해에 의하면 성폭법 제8조를 적용하기 위해서는 성폭력 피해자가 심리적 또는 물리적으로 반항이 절대적으로 불가능하거나 정신적으로 신체적으로 성적 자기방어를 전혀 할 수 없는 심신상실의 상태였음을 입증하여야 한다. 저항여부가 성폭력을 결정하는 핵심적인 기준이 되는 한 피해자는 자신의 장애가 얼마나 무력한지를 증명해야 하고, 자신의 의견을 말할 수도 없고, 어떠한 행위도 할 수 없는 존재가 되어야 그 피해를 인정받게 된다.¹³⁾

판례의 견해에 의하면 성폭법 제8조의 적용범위는 지극히 협소할 수밖에 없고, ‘항거불능’이라는 문구는 많은 경우에 있어서 피해자가 ‘항거불능상태’에 있었다고 인정할 만한 증거가 없다는 이유로 가해자에게 무죄판결을 내리는 근거가 되고 있다. 정신지체여성 중에 범행 당시의 경위와 내용을 거의 기억하지 못하고,¹⁴⁾ 기본적인 의사소통도 불가능하며, 한자리 숫자의 덧셈, 뺄셈도 할 수 없으며, 집안 살림이나 가게에서 생필품을 사오는 일을 할 수 없고, 성관계를 해서는 안된다는 성적인 규범의식도 보유하지 못한 정도의 장애를 가지고 있는 여성의 비율은 극히 낮기 때문이다.

이처럼 법원에서 성폭법 제8조의 입법취지를 살리지 못함으로 인하여 정신지체장애 여성의 성적 자기결정권은 가해자에 의해 짓밟히고 있고, 오히려 이러한 법원의 판결로 말미암아 어떠한 범죄보다도 중한 처벌이 필요한 성폭력 가해자들이 처벌되지 않는 어처구니없는 상황이 발생하고 있다.

정신지체장애를 가진 여성이 어느 정도의 일상적인 생활이 가능하고 성적 규범 의식을 갖고 있다고 하더라도, 성폭력 가해자가 대부분 아는 사람이고 거부감 없이 쉽게 다가올 수 있는 상황에서 가해자가

13) 배복주, ‘공감+ 공감’ 성폭력피해 장애여성 지원을 위한 법률매뉴얼

14) 이러한 사안에서 다른 증거가 없는 경우 오히려 증거불충분으로 무죄를 선고하는 사례가 많다.

간음 내지 추행하고자 순간 정신지체장애 여성은 비장애인과는 달리 저항의사를 형성하기가 거의 불가능하다. 설사 피해자가 저항의사를 표현하였다고 하더라도 이를 항거불능상태를 부정하는 근거로 보는 것은 부당하다. 피해자가 간음 또는 추행 당시 거부의를 표시하고 약간의 반항을 하였다고 하더라도 이는 신체 침해행위에 대한 본능적·말초적 반작용에 불과해 성적인 자기방어에서 나온 행위라고 볼 수 없다.¹⁵⁾

2. 형법 제299조의 ‘항거불능’ 과의 관계

가. 형법 제299조의 ‘항거불능’에 대한 법원의 해석

형법 내지 특별법에서 성폭력과 관련하여 항거불능을 구성요건으로 한 규정은 형법 제299조와 성폭법 제8조가 있다. 대법원은 앞서 살펴본 바와 같이 성폭법 제8조 상의 ‘항거불능’의 의미를 형법 제299조 상의 ‘항거불능’의 개념과 같게 보고 있다.

‘형법 제299조는 사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 간음 또는 추행을 한 자를 같은 법 제297조, 제298조의 강간 또는 강제추행의 죄와 같이 처벌하도록 규정하고 있는바, 이 죄가 정신적 또는 신체적 사정으로 인하여 성적인 자기방어를 할 수 없는 사람에게 성적 자기결정권을 보호해 주는 것을 보호법익으로 하고 있고, 같은 법 제302조에서 미성년자 또는 심신미약자에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음 또는 추행을 한 자의 처벌에 관하여 따로 규정하고 있는 점 등에 비추어 보면, 형법 제299조에서의 항거불능의 상태라 함은 위 제297조, 제298조와의 균형상 심신상실 이외의 원인 때문에 심리적 또는 물리적으로 반항이 절대적으로 불가능하거나 현저히 곤란한 경우를 의미한다고 보아야 할 것이다.(대법원 98도3257 판결)’

15) 서울남부지법 형사 합의 11부 판결, 2005. 3. 25. 선고

나. 구성요건 형식상의 차이

문리해석상 형법 제299조는 ‘심신상실 또는 항거불능’이라고 규정하여 항거불능의 원인을 제한하지 않고 있어 비장애인도 포괄할 수 있는 반면에, 성폭법 제8조는 ‘신체적·정신상 장애’로 항거불능의 사유를 제한하고 있고, 형법상 준강간죄와는 달리 항거불능이 ‘신체적·정신상의 장애’라는 구성요건을 보완하는 요건으로 규정되어 있어 양 조문에서 ‘항거불능’이라는 문구의 역할이 서로 다르다.

성폭법 제8조가 당초의 입법취지 및 실질적 실효성을 갖기 위해서는 비록 형법 제299조와 같이 ‘항거불능’ 상태를 규율하고 있다고 하더라도, 성폭법 제8조는 형법상의 준강간에 대한 추가적 규정으로서 논리적·목적적 해석상 ‘항거불능’에 대한 인정범위를 형법보다 넓게 인정할 필요가 있다.

다. 평등의 원칙 위반

전술한 바와 같이 대법원이 성폭법 제8조의 ‘항거불능’의 개념에 대해 취하고 있는 해석은 형법 제299조 준강간죄에서의 ‘항거불능’의 개념과 동일하다. 그러나 대법원의 형법상 준강간죄의 ‘항거불능’과 성폭법 제8조의 ‘항거불능’을 동일하게 해석하는 것은 평등의 원칙에 반하는 해석이다. 평등의 원칙은 본질적으로 같은 것을 다르게 취급하거나, 본질적으로 다른 것을 같게 취급하는 것을 금지하는 것인바, 장애인과 비장애인은 성폭력에 대한 저항능력에 있어서 현저하게 차이가 있으므로 항거불능의 개념을 비장애인과는 다르게 해석하는 것이 오히려 평등의 원칙에 합치한다고 할 수 있다. 즉 형법 제299조의 준강간죄와 동일한 개념을 사용한다고 해서 항거불능의 개념을 획일적으로 해석하는 것은 합리적 사유 없이 장애인을 차별하는 것이다. 따라서 장애인들에게 적용될 법의 해석에 있어서도 그들이 장애인이라는 사실이 충분히 고려되어야 하고, 항거불능의 개념 역시 비장애인보다 완화된 해

석을 하여야 할 것이다.

3. 처벌상의 공백이 발생

법원은 비록 성폭법 제8조의 항거불능을 엄격히 해석하여 동법으로 처벌될 수는 없을지라도 일부판결에서 비장애인에 대한 최협의 폭행, 협박의 정도를 장애인의 경우에 완화하여 강간죄를 인정하거나, 위력에 의하여 심신미약의 상태에 있는 장애인을 간음한 것으로 형법 제302조에 해당한다는 견해¹⁶⁾를 취하고 있어 일면 처벌상의 공백은 없는 것으로 볼 수 있다. 그러나 성폭법 제8조가 형법상의 강간죄의 형량과 동일하다고 하더라도 형법상의 범죄와는 달리 비친고죄로 규정되어 있는데, 형법상의 강간죄 및 심신미약자간음죄는 친고죄여서 강간죄를 인정한다고 하더라도 대부분의 장애인에 대한 성폭력 사건에서는 고소가 없거나 고소가 취소되는 경우가 많아¹⁷⁾ 처벌이 불가능하다. 또한 정신상 장애로 인한 항거불능을 부정하고 심신미약 상태를 인정하여 가해자가 위계 또는 위력을 행사하였다면 형법 제302조로 처벌될 것이나, 동규정은 성폭법 제8조에 비하여 형량이 너무 낮고 또한 친고죄라는 문제점과 아울러, 가해자의 위계 또는 위력이 없는 경우에는 가해자를 처벌할 수 있는 규정이 없어 처벌상의 공백이 발생한다.

16) 검사가 성폭법 제8조 위반으로 공소제기를 하였는데, 법원이 항거불능상태를 부정하고 형법 제302조에 해당한다고 하여 유죄판결을 할 수 있는지에 관하여, 법원은 성폭법 제8조와 형법 제302조는 서로 구성요건을 달리하므로 성폭법 제8조의 구성요건이 충족되지 않는다고 하여 형법 제302조로 규율할 수 없다고 판단하고 있다.(부산고법 2005. 4. 20. 선고 2004노315). 그렇다면 검사가 예비적으로 형법 제302조로 공소제기하지 않는 이상 피고인은 무죄판결을 받을 수밖에 없다.

17) 대구고판 2004. 7. 8. 선고 2004노124, 광주고판 2004. 5. 25. 선고 2004노202. 참조

4. 명확성의 원칙에 위반

성폭법 제8조상의 ‘항거불능’에 관한 하급심 판결은 ‘항거불능’ 조항이 법원의 시각에 따라 얼마든지 달리 해석될 수 있음을 보여주고 있다. 물론 사안마다 구체적인 피해자의 상황이나 피해사실이 다를 수는 있다. 그러나 ‘피해자가 반항하기가 어렵고 약간의 위협이나 폭행이 있더라도 쉽게 강간당할 수 있다. 성관계를 거부할 의사를 표시할 수 있더라도 쉽게 저항을 포기할 가능성이 있고, 대부분 순순히 가해자의 간음 요구에 응한다’고 하는 유사한 상황에서 위에서 살펴본 바와 같이 하급심 재판부 별로 성폭법 제8조상의 ‘항거불능’의 인정여부에 관하여 인정하는 판례와 인정하지 않는 판례로 의견이 엇갈린다는 것이다. 이처럼 유사한 상황에서 재판부마다 결론이 달라지게 되어 ‘항거불능’이라는 개념이 법원의 해석에 의하여 오히려 불명확해지게 되는 상황을 초래하고 있다.

5. 정신지체장애여성의 특수성을 도외시

정신지체장애인은 정신발육이 항구적으로 지체되어 지적 능력의 발달이 불충분하거나 불완전하고 자신의 일을 처리하는 것과 사회생활에의 적응이 상당히 곤란한 사람으로 ‘지능지수가 70이하인 사람’이다.¹⁸⁾ 장애인복지법시행규칙 별표 1에 장애등급표가 있어 정신지체장애를 그 정도에 따라 3급으로 구분을 해놓았으나, 그에 따른 장애등급은 의미가 없는 경우가 많다. 장애등급과 관련하여 대전지방법원 2004 고합54 판결에서는 피해자가 3급 정신지체장애인이었음에도 항거불능 상태를 인정한 반면에, 대법원 2004도1449 판결은 1급 정신지체장애인에 대해서도 항거불능 상태를 인정하지 않았다.

18) 장애인복지법 제2조 제2항 이하

정신지체 여성장애인은 육체적인 발육은 비장애인 성인과 다를 바가 없으나, 지적 능력이 매우 낮은 수준이기 때문에 자신에게 가해지는 성폭력에 대한 인지능력과 대처능력이 매우 부족하다. 그리하여 이들에게 성폭력이 가해질 시 동시에 그것은 이미 방어할 수 없는 입장에 선다는 것을 의미한다. 그것은 이미 주어져있는 드러난 외관상의 건강해 보이는 신체와는 전혀 무관하다. 건강해 보이는 신체는 ‘지능지수 70이하’라는 기준이 적용될 때 아무런 작용을 하지 못한다. 그 신체는 그가 10대 혹은 20대 혹은 30대 선상에서 반항할 수 있어 보이는 힘의 작용에 아무런 권한이 없다. 가해자가 성폭력 하고자 하는 그 순간부터 정신적 장애를 지닌 여성장애인은 이미 항거불능의 상태에 있는 것이다. 상담소에 왔을 당시에는 이미 성폭력으로 인하여 낙태의 경험이 있거나 아이를 낳아 입양한 경험이 있는 피해자들이 또 다른 가해자에 의해서 성폭력 피해를 당하고 상담하는 예가 허다하다.¹⁹⁾

V. 성폭법 제8조에 관한 해석론상·입법론상 대안

성폭력 범죄는 인간의 가장 본질적인 자기정체성을 침해하는 범죄로서, 성폭력만큼 개인의 인간으로서의 존엄성을 짓밟는 범죄도 없다. 따라서 성폭력 가해자에 대한 강력한 처벌을 통해 피해자의 인권을 보호하는 것이 형사사법의 원리에 부합할 것이다. 특히 장애여성에 대한 성폭력은, 가해자가 장애여성이 성폭력에 대한 인지능력과 대처능력이 미흡하다는 점을 잘 알고 이를 이용한다는 점에서 그 불법성이 중대하므로 장애여성을 성폭력으로부터 보호하기 위한 특별한 노력이 요구된다.

19) 장명숙, ‘여성장애인 성폭력 문제의 특성 연구’, 성공회대 NGO대학원 석사학위 논문, p13, 2005

1. 해석론상 대안

대법원이 성폭법 제8조 소정의 항거불능 상태를 심리적 또는 물리적으로 반항이 절대적으로 불가능하거나 현저히 곤란한 경우를 의미한다고 해석하는 것은 위 조항을 지나치게 엄격하게 해석하여 처벌의 공백이 생겨 장애인의 성적 자기결정권을 보호할 수 없다는 문제점이 있다. 즉 성폭법 제8조는 폭행·협박에 의한 것이 아닌 신체장애 또는 정신상의 장애 자체로 항거불능 상태에 있을 것을 요하므로 일반적인 정신지체장애인의 경우에는 일정한 사회생활이 가능하고, 타인에 의한 위험에 대해 어느 정도의 반항도 가능하다는 점에서 성폭법 제8조의 보호를 받을 수가 없게 된다.

법원은 위 조항을 비장애인의 시각에서 바라볼 것이 아니라 장애인, 특히 정신지체장애를 가진 여성의 시각에서 그들의 특수성을 고려하여 성폭법 제8조의 ‘항거불능상태’를 완화하여 해석하여야 한다.²⁰⁾ 서울남부지법 형사 합의11부 2005. 3. 25. 선고는 ‘피해자가 정신상의 장애로 성(性)이나 성행위에 대한 개념이 없거나 미약하여 간음과 추행의 의미를 제대로 이해하지 못했다면 자기결정능력이 없으므로 성적인 자기방어가 불가능한 항거불능 상태에 있었다고 봐야 한다’고 하여 성폭력특별법 제8조에서의 ‘항거불능’에 대하여 완화하여 해석하고 있다. 이처럼 ‘항거불능’ 상태를 완화하여 해석하는 것이 성폭법 제8조의 입법취지에 부합하는 정당한 해석이라고 할 것이다.

20) 성폭법 제8조는 신체적, 정신적 장애로 인하여 성행위에 대한 저항의사를 표현할 수 없거나 진지하게 표현할 수 없는 장애인을 보호하기 위한 규정이라는 점을 적극적으로 고려하여, 항거불능의 의미를 대법원과 같이 ‘심리적 또는 물리적으로 반항이 절대적으로 불가능하거나 현저히 곤란한 경우’라고 엄격하게 해석할 것이 아니라, ‘정상적인 판단능력이 부족하여 상대방의 성적 요구에 대해 합리적인 반항을 하지 못하는 상태’로 완화하여 해석하는 것도 한 방법이다. 김해정, 앞의 논문, p375.

2. 입법론상 대안

가. 친고죄의 문제

성폭법 제8조의 문제해결은 형법 제302조와 맞물려서 이루어져야 한다. 성폭법 제8조에 관한 대법원의 판결이유에서 ‘이 사건은 정신상의 장애가 있기는 하였으나 그로 인하여 항거불능의 상태에 있었던 것은 아닌 피해자를 피고인이 폭행·협박 또는 위력으로써 반항을 쉽게 억압한 뒤 피해자를 간음하려다가 그 뜻을 이루지 못한 것으로 볼 수는 있을지언정, 피해자가 정신상의 장애로 인하여 항거불능인 상태에 있음을 이용하여 피고인이 피해자를 간음하려다가 미수에 그친 것이라고 볼 수는 없으므로,’ 판시하고 있듯이 대부분의 검찰 또는 재판부에서 정신지체 여성의 성폭력 사건을 성폭법 제8조로 의율하지 않고 형법 제302조의 심신미약자간음죄로 의율하고 있기 때문이다.

현행법에 의하면 심신미약자간음죄를 포함하여 형법에서 규정하고 있는 성폭력범죄는 광범위하게 친고죄가 인정되고 있다. 친고죄에 해당하는 범죄의 피해자 및 고소권자가 고소를 하지 않으면 수사를 개시할 수 없으므로 결국 가해자를 처벌할 수가 없다. 그리하여 여성장애인, 특히 정신지체여성의 성폭력 피해에 대하여 수사기관에 고소하여 가해자에 대한 수사 및 재판이 개시되더라도 많은 경우 법정대리인 혹은 사실상의 대리인인 부모²¹⁾가 피해자를 대신하여 합의금을 받고 합의서를 제출하여 가해자가 처벌을 면하는 경우가 많다.

현행법이 이처럼 성폭력범죄에 대하여 넓게 친고죄로 규정한 이유는 피해자의 명예와 인격을 보호하기 위한다는 것이다. 하지만 친고죄 규정이 피해자의 명예와 인격을 보호하기 위한 것이라는 당초의 취지

21) 성폭력피해자가 미성년자인 경우에는 부모가 법정대리인으로서 고소 및 고소취하가 가능하지만 정신지체여성이라고 하더라도 성년인 경우에는 명시적인 위임이 있어야 그러한 고소 및 고소취하가 가능하므로 수사 또는 재판 중에 합의서가 제출되는 경우에 반드시 피해자 본인의 명시적 의사를 확인할 필요가 있다.

와 달리, 친고죄 규정으로 인하여 성폭력 피해자는 다른 범죄의 피해자와 달리 피해사실을 자발적으로 수사기관에 고소하여야만 하기 때문에 피해사실을 드러내는 과정에서 심리적인 갈등을 겪게 되고, 고소를 한 이후에도 피해자와 그 가족들은 끊임없이 가해자와 그 가족들로부터 고소 취하 요구에 시달리는 경우가 다반사로 일어나고 있다. 성폭력범죄의 처벌 여부가 피해자의 의사에 달려있다는 사실은 가해자로부터 어떠한 수단을 동원해서라도 고소취소를 받아내야 한다는 동기를 제공하고, 고소취소를 하지 않는 피해자는 성폭력 한번 당해서 팔자 고쳐보려고 한다는 비난을 당하기도 한다.

즉 친고죄 규정은 그 취지와 정반대로 성폭력이 은폐되고, 피해자인 여성의 의사여부에 따라 처벌여부가 결정되어 피해자에게 과도한 심리적 부담을 주며 가해자에게는 형사처벌에서 벗어날 수 있는 여지를 넓게 인정하는 결과를 낳고 있다. 경우에 따라서는 피해자가 자신의 프라이버시를 지키기 위해 성폭력 사건이 외부로 드러나지 않기 원하는 경우도 있을 수 있다. 하지만 이러한 경우에도 “처벌의 위협은 피해자의 고소와 무관하게 항시적으로 존재”할 필요가 있다.²²⁾ 따라서 성폭력범죄, 특히 정신지체여성에 대한 성폭력범죄에 대한 친고죄 규정은 반드시 폐지되어야 한다.

나. 성폭법 제8조의 문제

성폭법 제8조는 ‘신체장애 또는 정신상의 장애로 항거불능인 상태에 있음을 이용하여 여자를 간음하거나 사람에게 대하여 추행한 자는 형법 제297조(강간) 또는 제298조(강제추행)에 정한 형으로 처벌한다’고 규정하고 있다. 대법원은 성폭법 제8조의 ‘항거불능’을 심리적 또는 물리적으로 반항이 절대적으로 불가능하거나 현저히 곤란한 경우를 의미

22) 이유정, 법여성학적인 관점에서 본 성폭력 특별법 10년, 성폭력특별법 시행 10주년 기념 토론회

한다고 보아 위 조항을 지나치게 좁게 해석함으로써 여성장애인의 성을 보다 보호하려고 제정된 법취지를 몰각하여 오히려 여성장애인의 성적 자기결정권을 침해하는 결과를 낳고 있다. 대법원에서 이러한 해석을 바꾸지 않는 한 법원에서 정신지체 여성에 대한 성폭력 가해자가 성폭법 제8조로 처벌되기는 사실상 어려운 실정이다. 물론 형법 제302조 미성년자 등에 대한 간음죄 등 형법 규정 적용이 가능하기는 하지만 이는 형량이 5년 이하의 징역으로서 비교적 낮을 뿐 아니라 친고죄로 규정되어 있어서 고소가 없거나 고소취소가 된 경우에는 처벌은 불가능해져 법의 사각지대가 발생하게 된다.

따라서 성폭법 제8조상의 ‘항거불능’ 개념에 대한 해석상의 논란에서 벗어나기 위해서는 위 조항을 개정하는 것도 대안일 수 있다. 법을 개정하는 경우에 여성계의 주장대로 위 조항을 ‘신체장애 또는 정신상의 장애를 이용하여 여자를 간음하거나 사람에게 대하여 수행한 자는 형법 제297조(강간) 또는 제298조(강제추행)에 정한 형으로 처벌한다’고 하여 아예 ‘항거불능’ 개념을 삭제하는 것도 방법일 수 있다.²³⁾ 일부에서 이 요건을 삭제하면, 정신장애가 있는 자와 성관계를 가지는 모든 상대방이 정신장애인의 장애 정도, 강제력, 유형력의 행사유무 및 그 정도, 정신 장애인의 동의, 비동의 여부 등과는 상관없이 동조에 의해 처벌받게 되므로, 오히려 여성장애인의 성적 자기결정권을 침해하는 결과가 발생할 수 있다는 비판이 있다.²⁴⁾ 그러나 ‘장애를 이용하여’라는 문구에서 장애인의 동의를 얻지 않은 경우로 한정된 것이라고 할 수 있고, 현재 대법원에서 장애와 항거불능을 분리해서 해석하기 때문에 성폭력 가해자를 처벌하지 못하고 있는 것이므로 정신지체여성은 정신상의 장애 자체로 항거불능이라는 점을 고려하면 그 비판은 타당하지 않다.

위 조항에 관하여 2005년 5월 24일 박세환 의원 등 25인의 의원이

23) 그러나 형법 제302조와의 관계상의 문제가 여전히 남는다.

24) 박순배, 앞의 논문, p9

개정안을 발의한 바 있는바, 위 개정안은 현행 ‘항거불능’ 대신에 신체 장애 또는 정신상의 장애로 ‘정상인과 같은 합리적 또는 진지한 저항이 곤란하거나 불가능한 상태’에 있음을 이용하여 간음 또는 추행한 경우를 처벌하도록 하고 있다.²⁵⁾

대부분의 검찰 또는 재판부에서 정신지체 여성의 성폭력 사건을 성폭법 제8조로 의율하지 않고 형법 제302조의 심신미약자간음죄로 의율하고 있기 때문에 성폭법 제8조 개정은 형법 제302조와 맞물려서 이루어져야 한다. 따라서 성폭법 제8조를 개정하려고 하는 경우에 동시에 형법 제302조의 심신미약자간음죄를 폐지하고 성폭법 제8조를 ‘신체장애 또는 정신상의 장애가 있는 자를 위계 또는 위력으로 간음하거나 추행한 자는 형법 제297조(강간) 또는 제298조(강제추행)에 정한 형으로 처벌한다’고 규정하게 되면 성폭법 제8조의 해석상의 문제, 심신미약자간음죄가 친고죄이고 처벌이 미약하다는 문제를 해결할 수 있을 것이다.

25) 이 개정안에 대하여 여성장애인성폭력상담소에서는 ‘합리적 또는 진지한 저항’은 항거불능이 의미하는 바와 크게 다르지 않고, 성폭행이 이루어지는 상황에서 장애여성이 심각하게 항거를 하여야만 가해자의 죄가 인정된다고 보는 것 자체가 남성 중심, 비장애 중심의 사고라고 분다며 지적하고 있다.

대 법 원

판 결

사 건 2003도5322 판결 【성폭력범죄의처벌및피해자
보호등에관한법률위반(장애인에대한준강간등)】
피 고 인 ○○○
상 고 인 피고인
변 호 인 법무법인 ○○종합법률사무소
담당변호사 ○○○외 2인
원 심 판 결 ○○고등법원 2003. 8. 21. 선고 **** * **** 판결
판 결 선 고 2003. 10. 24.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 ○○고등법원에 환송한다.

이 유

1. 공소사실의 요지

이 사건 공소사실의 요지는 "피고인은 2003. 3. 29. 14:20경 ○○시 ○○동
○○아파트 XX동 XX호 피해자(여, 37세)의 집 안방에서, 정신분열병을 앓고
있는 피해자에게 험악한 인상을 지으며 주먹으로 때릴 듯한 태도를 보여
그녀의 반항을 억압한 후, 피해자의 팬티를 벗기고 그녀의 가슴과 음부를
수회 만지며 상체를 껴안아 넘어뜨린 뒤 피해자를 간음하려고 하였으나,
그녀가 크게 소리를 질러 피해자의 딸인 공소외 1이 오는 바람에 그 뜻을

이루지 못하여 미수에 그쳤다."라는 것이다.

2. 원심의 판단

원심은, 그 채택 증거들에 의하면, 피해자는 지능이 매우 낮은 정신분열병 환자로써 약 10년간 ○○시 ○○동의 ○정신과의원에서 의료보호환자로 치료를 받아 오고 있는데, 집에서 남편의 도움을 받아 겨우 살림만 하고 다른 사회생활은 불가능한 정신장애 2 내지 3급 수준의 정신지체 장애인인 사실, 피해자는 이로 인하여 이 사건 당시 피고인이 약간의 집을 주자 정신이 빠진 사람이 되어 별다른 반항을 하지 못한 사실 등이 인정된다는 이유로, 피고인에 대한 판시 범죄사실을 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률 제8조, 제12조에 의율하여 유죄로 인정한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

3. 이 법원의 판단

그러나 이러한 원심의 사실인정과 판단은 수긍하기 어렵다.

성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률 제8조는 신체장애 또는 정신상의 장애로 항거불능인 상태에 있음을 이용하여 여자를 간음하거나 사람을 추행한 자를 형법 제297조, 제298조의 강간 또는 강제추행의 죄에 정한 형으로 처벌하도록 규정하고 있고, 위 법률 제12조에 의하여 제8조의 미수범도 처벌되는바, 위 법률 제8조에 정한 죄는 정신적 또는 신체적 사정으로 인하여 성적인 자기방어를 할 수 없는 사람에게 성적 자기결정권을 보호해 주는 것을 보호법익으로 하고 있고, 위 법률규정에서의 항거불능의 상태라 함은 심리적 또는 물리적으로 반항이 절대적으로 불가능하거나 현저히 곤란한 경우를 의미한다고 보아야 할 것이므로(대법원 2000. 5. 26. 선고 98도 3257 판결 참조), 위 법률 제8조의 구성요건에 해당하기 위해서는 피해자가 신체장애 또는 정신상의 장애로 인하여 성적인 자기방어를 할 수 없는 항거불능의 상태에 있었어야 하고, 이러한 요건은 형법 제302조에서 미성년자 또는 심신미약자에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음 또는 추행을 한자의 처벌에 관하여 따로 규정하고 있는 점에 비추어 더욱 엄격하게 해석하여야 할 것이다.

그런데 이 사건 공소사실은 피고인이 정신분열병을 앓고 있는 피해자에게
협박한 인상을 지으며 주먹으로 때릴 듯한 태도를 보여 피해자의 반항을
억압한 후 상체를 껴안아 넘어뜨린 뒤 피해자를 간음하려고 하였으나 피해
자가 크게 소리를 질러 피해자의 딸이 오는 바람에 그 뜻을 이루지 못하고
미수에 그쳤다는 것으로서, 피해자가 정신분열병이라는 정신상의 장애로
인하여 항거불능의 상태에 있었다는 것인지가 공소사실 자체에서는 분명하
게 드러나 있지 않다.

나아가 기록에 의하면, 피해자는 지능이 낮고, 10년 전부터 정신분열병에
대한 치료를 받고 있으며, 집에서 무거운 빨래를 하거나 밖에 나가서 고가
의 물건을 사거나 복잡한 일은 할 수 없고, 다른 사람의 간단한 위력의 행
사에 의해서도 겁을 많이 먹는 사실, 그러나 피해자는 식사를 준비하고 가
벼운 빨래를 하는 등의 집안 살림이나 가게에 가서 식료품을 사오는 일은
할 수 있고, 사람을 알아보는 데에도 문제가 없어 남편 외의 다른 남자가
성관계를 요구하면 이를 거부할 정도의 의식은 가지고 있는 사실, 피해자
는 이 사건 당시의 상황과 관련하여, 피해자의 남편이 집에서 하던 전자제
품 납땜 작업과 관련하여 4년 전부터 알고 지내던 피고인이 사건 당일 집
에 찾아와서는 피해자의 남편에게 말긴 일이 다 되었는지 확인해 보겠다면
서 안방으로 들어가기에 피해자도 뒤따라 들어가자, 피고인이 안방에 있던
피해자의 딸에게 작은 방에 가 있으라고 소리쳐 피해자의 딸은 작은 방으
로 건너갔고, 그 후 피고인이 피해자에게 옷을 벗으라고 하여 싫다고 하자
피고인이 얼굴에 인상을 쓰고 때릴 것 같은 태도를 보이면서 빨리 벗으라
고 하여 상의를 전부 벗었으며, 피고인이 피해자의 가슴과 음부를 만지다
가 하의를 벗으라고 하여 어쩔 수 없이 하의를 벗자, 피고인이 피해자의
상체를 껴안고는 누우라고 하기에 피해자는 힘을 주어 싫다고 하면서 하지
말라고 여러 차례 애원하였는데도, 피고인은 피해자의 상체를 거세게 껴안
고 넘어뜨린 뒤 피해자를 간음하려고 하였고, 그 때까지 피해자는 제발 좀
하지 말라고 큰소리로 계속 말하다가 더 큰 소리로 딸을 부르자 피고인이
행위를 중단하고는 작은 방으로 건너갔다고 진술하고 있는 사실, 피고인
역시 그가 눈에 힘을 주고 인상을 부라리며 말을 듣지 않으면 마치 때릴
듯이 손을 들었다가 내리는 등의 행동으로 피해자에게 겁을 주면서 옷을
벗으라고 하였고, 옷을 벗은 피해자에게 누우라고 하였으나 피해자가 "안돼
요. 싫어요. 이러지 말아요."라면서 반항하기에 피해자의 말을 무시하고 힘
으로 바닥에 넘어뜨렸으며, 바닥에 눕힌 피해자를 간음하려고 하였으나 피
해자가 몸을 뒤틀는 바람에 여의치 않던 중 피해자의 딸이 건너오는 기척

이 들러 행위를 중단하였다고 진술하고 있는 사실 등을 알 수 있다.

이 사건 공소사실을 위와 같은 피해자의 이 사건 당시의 정신상 장애의 정도 및 상태, 사건 당시 피고인이 피해자에게 행사한 유형력의 내용과 그 결과, 피고인의 범행이 미수에 그치게 된 경위 등에 비추어 살펴보면, 이 사건은 정신상의 장애가 있기는 하였으나 그로 인하여 항거불능의 상태에 있었던 것은 아닌 피해자를 피고인이 폭행·협박 또는 위력으로써 반항을 쉽게 억압한 뒤 피해자를 간음하려다가 그 뜻을 이루지 못한 것으로 볼 수는 있을지언정, 피해자가 정신상의 장애로 인하여 항거불능인 상태에 있음을 이용하여 피고인이 피해자를 간음하려다가 미수에 그친 것이라고 볼 수는 없으므로, 피고인의 행위가 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제8조, 제12조의 구성요건에 해당한다고 할 수 없다.

그런데도 원심은 피고인의 행위를 위 법률 제8조, 제12조에 의율하여 유죄로 인정한 제1심판결을 그대로 유지하였으니, 원심판결에는 위 법률 제8조에 관한 법리를 오해함으로써 법령의 적용을 그르친 위법이 있다 할 것이고, 이는 판결 결과에 영향을 미쳤음이 분명하다.

4. 결 론

그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장	대법관	변재승	_____
주심	대법관	고현철	_____
	대법관	강신욱	_____

성폭력 피해생존자의 인권을 존중하는 대법원 판결을 기대한다!

성폭력은 피해생존자의 인권을 침해하는 사회적 범죄행위로, 특히 여성과 어린이의 자유롭고 안전한 삶을 위협하고 있다.

다행히 우리사회에서도 90년대 이후 문제의 심각성을 인식하고 성폭력특별법 등 관련 법과 제도들이 마련되고 있다. 그러나 아직도 성폭력범죄 피해생존자들은 피해자이면서도 오히려 “혹시 유발하지 않았나?”, 심지어 “즐기지 않았나?”하는 의심과 비난을 받고 있다. 성폭력 고소율 6.1%(1998, 한국형사정책연구원), 기소율 43%(2004, 법무부)라는 사실은 피해생존자들의 현실이 얼마나 열악한지 가늠할 수 있게 한다.

특히 우리나라 형법은 여자들이 '완강히 저항'하지 않는 한 합의에 의한 성관계로 파악한다. 따라서 폭행과 협박 상태에서 죽을 각오로 저항하지 않으면 강간으로 입증받기 어렵다. 그 이외에도 장애인이라 하더라도 항거불능 상태였음을 입증해내야 하는 문제나 부부사이에 가장 치욕스러운 경험이라고 호소하는 아내강간은 1970년 대법원 판례이후 강간 성립 자체를 부정당하고 있다. 또한 어린이 성폭력의 경우에는 단 하나의 증거일 수 있는 피해어린이의 진술이 일관성이 없다는 이유로 인정받지 못하고 있다. 이와 같이 법 자체를

매우 협소하게 이해하거나 피해자에게 불리한 방식으로 해석되는 방식은 이제 사법체계 내에서 관행으로까지 굳어져 다른 성폭력 사건의 불기소와 무죄판결에까지 큰 영향을 미치고 있다.

한국성폭력상담소는 지난 15년 동안 53,000여회 상담사례를 지원하면서 이와 같은 성폭력에 관한 법적 규정과 판단으로 인해 성폭력 피해생존자들이 제2의 고통을 받고 있음을 상담 현장에서 너무도 많이 보아왔다. 또한 2003년 본 상담소에서 실시한 <법조인의 성별의식 조사>연구에서 법조인들의 객관성이 사실상 남성중심적 사회문화에 토대를 두고 있으며 이에 따라 성폭력 피해생존자들의 경험과 의식을 반영하지 못하고 있음을 확인한 바 있다.

이제는 법원이 성폭력 사건의 재판 과정에서 “객관성”이라는 이름으로 얼마나 많은 피해여성들을 고통으로 몰아넣고 있는지를 성찰해야 한다. 그동안 우리의 법체계가 피의자(피고인)의 인권을 중심으로 고려하였다면, 이제 피해자의 인권을 돌아보아야만 한다. 무엇보다 남성 중심적인 우리사회의 잘못된 통념에 가려져 들리지 않았던 피해자의 목소리와 절규에 귀기울여야 한다.

우리는 그 변화의 일환으로 대법원 판례 바꾸기를 강력하게 요청한다. 대법원 판결의 경우, 하급심의 판결에 준거가 되고 검찰의 기소 여부에 큰 영향을 주고 있다는 점을 고려할 때, 대법원의 판례는 해당 사건에 대한 판결 그 이상의 의미를 갖고 있다고 할 수 있다. 그러하기에 성폭력 피해의 특수성을 전혀 고려하지 못하는 다음과 같은 대법원 판례는 성폭력에 대해 둔감했을 뿐 아니라, 결과적으로 성폭력을 묵인, 조장하는 결과를 낳았다고 생각한다.

- (1) 폭행과 협박을 매우 협소하게 판단하는 강간죄의 최협의설
- (2) 항거불능 상태임을 입증해야 하는 장애인 성폭력
- (3) 성폭력 성립 자체를 부정당하는 아내강간
- (4) 진술의 일관성이 부족하다는 이유로 인정받기 어려운 어린이성폭력

앞으로 우리는 성폭력 피해생존자와 반성폭력활동가, 그리고 법조인들이 함께 각 주제별 워킹을 통한 평석자료집을 발간할 것이다. 그리고 이 자료는 존엄, 정의, 고귀, 위엄, 그리고 여성의 색깔로 상징되는 “자주색 봉투”에 담겨 향후 매월 정기적으로 대법원을 비롯한 전국의 각 법원과 검찰청의 법조인에게 배달될 것이다. 또한 더 많은 사례 수집과 주제 발굴로 내용을 내실화시킴과 동시에 토론회, 언론 기고와 같은 다양한 방법들을 동원하여 대법원 판례 바꾸기 운동을 전개해 나갈 것이다.

우리는 이 운동이 법조인들에게 성편향적이었던 사법 관행을 돌아보고 성찰하는 계기를 줄 수 있기를 기대한다. 그리고 우리나라 형사사법체계가 피해생존자의 권익을 보장하는 출발점이 될 수 있기를 희망한다. 아울러 이 운동이 성폭력 없는 자유롭고 평등한 세상을 향한 커다란 울림이 되어, 오히려 피해자를 비난하는 잘못된 우리사회의 인식을 변화시키고 성폭력 근절을 위한 작은 실천들을 이끌어 갈 수 있으리라 믿는다.

2006. 7. 24

사단법인 한국성폭력상담소

성폭력 조장하는
대법원 판례 바꾸기

판례/바꾸기운동/ 11차 자료집
“ 최협의설 ” 비판(11)
비장애인 중심의 성폭력 판단기준 비판(1)

- ☐ 발 행 일 2007년 5월 30일
- ☐ 발 행 인 이 미 경
- ☐ 발 행 처 사단법인 한국성폭력상담소
(121-884) 서울 마포구 합정동 366-24 2층
Tel. 02-338-2890 | Fax. 02-338-7122
E-mail. ksvrc@korea.com
web-site. <http://www.sisters.or.kr>
- ☐ 편집책임 자주
- ☐ 인 쇠 카피플러스(02-322-1049)

성폭력 조장하는
대법원 판례 바꾸기

판례/바꾸기/운동/ 마지막 자료집
“ 최협의설 ” 비판(12)
비장애인 중심의 성폭력 판단기준 비판(2)

주최 : (사)한국성폭력상담소

후원 : 서울특별시 여성발전기금

성폭력 조장하는

대법원 판례 바꾸기 마지막 자료집

목 차

성폭력 조장하는 대법원 판례 바꾸기 운동 소개	1
판례바꾸기 운동, 새로운 시작 - 이미경(본 상담소 소장)	4
법원의 내적 변화를 위한 제안 – 최협의설의 극복을 위하여 - 이경환(본 상담소 법정지원팀)	7
성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률 제8조(장애인에 대한 준강간)에 대한 법원의 태도분석 - 장애여성공감	28
- 대법원 2004도1449 판결	37
대법원 판례, 누구의 경험인가 - 자주(본 상담소 활동가)	41
성폭력을 조장하는 대법원 판례바꾸기 운동 취지문	43

성폭력 조장하는 대법원 판례 바꾸기란?

“성폭력을 조장하는 대법원 판례바꾸기 운동”은 그동안 피해자의 특수성을 고려하지 않고 진행된 대법원 판례가 성폭력문제 해결과 피해자의 권리회복에 둔감했을 뿐만아니라, 결과적으로 성폭력을 조장하는 결과를 낳았다고 보고, 법조인들의 성편향적인 사법관행 성찰과 대법원 판례의 변화를 촉구하는 운동입니다.

이 운동은 뜻을 함께하는 법조인, 학자, 반성폭력활동가들의 참여로 매월 대법원 판례 평석문을 발간하여 존엄, 정의, 고귀, 위엄, 그리고 여성의 색깔로 상징되는 “자주색 봉투”에 담겨 대법관을 비롯한 헌법재판관과 전국 각 법원, 검찰청에 배달될 것입니다.

2006년 7월에 시작된 이 운동은 판례평석 이외에도 토론회, 언론기고 등의 다양한 방법으로 2007년 6월까지 1년 동안 지속적으로 펼쳐집니다.

1차 자료집 (2006년 7월)

- 성폭력을 조장하는 대법원 판례바꾸기 운동 취지문
- 강간죄의 폭행.협박의 정도에 관한 판례의 입장에 대하여 / 조인섭(변호사)
- 최협의설 판례평석-92도259 / 이경환(본 상담소 법정지원팀)
- '의제화간'의 메커니즘 : 강간죄 해석에 있어서의 최협의 폭행.협박설 비판
/ 신윤진(본 상담소 법정지원팀)
- 디딤돌 판결 - 2004고합228 / 서울북부지방법원 제11형사부

2차 자료집 (2006년 8월)

- "성폭력 조장하는" 대법원판례 ? / 한인섭(서울대 법대 교수)
- 강간죄 폭행.협박의 최협의설에 대한 판례평석- 90도 2224
/ 장임다혜(본 상담소 법정지원팀)

3차 자료집 (2006년 9월)

- 존엄, 정의의 자춧빛 메시지로 / 이미경(본 상담소 소장)
- 최협의설에 따른 판례 평석-2005도3071 / 조민영(변호사)
- 판례 속에 드러난 강간죄 법리의 문제점 / 레떼(본 상담소 법정지원팀)
- 최협의설 적용을 완화한 판결

4차 자료집 (2006년 10월)

- 최협의설을 인용한 대법원 판례의 문제점과 개선방향에 대한 소고 - 2004도2611
/ 박용철(서강대 법학과 조교수)
- 상담사례를 통해 본 최협의설의 문제점 / 이경환(본 상담소 법정지원팀)
- 미국 주형법 강간죄 개정과 관련 판례 검토 / 장임다혜(본 상담소 법정지원팀)

5차 자료집 (2006년 11월)

- 최협의설의 자성? - 2005도3071판결의 의미와 시사점 / 이호중(외대 법대 교수)
- 형사절차에서의 제2차 피해, 그리고 최협의설 / 윤주호(본 상담소 법정지원팀)

6차 자료집 (2006년 12월)

- 강간죄 구성요건 해석에 있어 최협의설의 문제점-2001도230판결 / 이유정(변호사)
- 최협의설의 존재 이유? - 2001도4462 판례평석 / 이주희(본 상담소 법정지원팀)

7차 자료집 (2007년 1월)

- 최협의설을 존속시키는 두 가지 심리적 지지기반 / 이경환(본 상담소 법정지원팀)
- 아내강간·남성편향의 '과소 범죄화' 극복하기 / 조국(서울대학교 법과대학 교수)
- 아내강간, 강제추행 - 어떻게 바라볼 것인가? / 윤주호(본 상담소 법정지원팀)

8차 자료집 (2007년 2월)

- 다양한 목소리로 희망을 담아 / 이미경(본 상담소 소장)
- 최협의설 옹호론에 대한 재반론 / 이경환(본 상담소 법정지원팀)
- 성추행의 개념에 대한 판례의 입장에 대하여 -대법원2006도6791호 판결을 중심으로 / 조인섭(변호사)

9차 자료집 (2007년 3월)

- 강간죄에 대한 대법원 판례 비판 / 황성기(동국대학교 법대 부교수)
- 아동의 증언능력에 대한 인정 여부 / 원혜옥(인하대학교 법학과 교수)

10차 자료집 (2007년 4월)

- 최협의설의 의미와 비판 / 이정훈(중앙대 법과대학 교수)
- 성폭력 피해 아동의 진술에 대한 판단기준 / 도영오(본 상담소 법정지원팀)
- 아동성폭력사건지원을 통해본 수사 및 재판과정에서의 문제점
- '신부에 의한 유아성폭력사건'을 중심으로 / 고혜경(사.부산성폭력상담소 상담실장)
- <부록> 어린이성폭력 피해생존자 권리현장

11차 자료집 (2007년 5월)

- 강간죄의 성립요건인 폭행·협박의 의미 / 김성천(중앙대 법과대학 교수)
- 성폭법 제8조 '항거불능'에 대한 판결 비평 / 염형국(공익변호사그룹 공감 변호사)

■ “성폭력을 조장하는 대법원 판례바꾸기운동” 1년을 정리하며

판례바꾸기 운동, 새로운 시작

이미경(본 상담소 소장)

안녕하십니까? 산과 들에 진한 초록 물결이 가득한 계절입니다. 올해도 어김없이 찾아온 한 여름 무더위에 건강한 나날이시길 기원합니다.

한국성폭력상담소가 “성폭력을 조장하는 대법원 판례바꾸기 운동”의 일환으로 시작한 자쫓빛 메시지를 열두번째로 보내드립니다. 이 운동은 하급심의 판결에 준거가 되는 대법원 판결이 성폭력 피해의 특수성을 제대로 고려하지 못해, 결과적으로 성폭력을 묵인, 조장하는 결과를 낳고있다는 문제의식에서 출발했습니다. 이 평석자료집은 존엄, 정의, 그리고 여성의 색깔로 상징되는 자주색 봉투에 담겨 전국의 법조인, 경찰에게 배달되었습니다. 우리는 자료집에 변호사 및 법학자 중심의 학술적인 글뿐만 아니라, 성폭력 피해생존자를 비롯한 각계의 다양한 목소리를 싣고자 노력하였습니다. 왜냐하면 성폭력에 대한 잘못된 편견을 깨기 위해서는 법의 언어와 논리를 넘어서, 다양한 입장과 고민들을 함께 나누는 것이 중요하다고 보기 때문입니다.

그동안 판례평석을 통해 최협의설 비판, 아내강간·아동성폭력에 대한 쟁점논의, 비장애인 중심의 성폭력 판단기준 비판 등을 해왔습니다.

다. 특히 성폭력의 판단기준을 성적자기결정권의 침해여부가 아니라, 폭행과 협박에 ‘사력을 다해’ 저항했는지의 여부로 삼는 법원의 태도는 과연 객관적이고 공정한 것인지 되묻지 않을 수 없습니다. 더구나 이러한 최협의설은 성폭력 판결 전반에 위력적인 영향을 미치고 있기에 매 자료집마다 중요하게 다루었습니다. 7차 자료집에서부터는 최협의설 비판과 함께 새로운 주제를 확대해 연재했습니다. 아내강간 문제는 성폭력 성립자체를 부정하는 1970년 대법원 판례이후 다뤄지지 않아 판례평석을 1회에 그쳐야했습니다. 아내강간에 대한 문제제기나 논쟁이 자유롭지 못한 사회전반적인 분위기로 인해 이들의 고통과 분노는 외면되고 있는 현실입니다. 또한 아동성폭력문제는 각종 언론매체와 정부에서 강경대응을 외치고 있지만, 아직도 법원의 판단은 유일한 증거인 피해어린이의 진술을 신빙성이 없다며 배척하는 수준에 머물러 있습니다. 그리고 장애인 성폭력의 경우, 항거불능 상태를 입증할 것을 요구하고 있어, 전형적인 비장애인의 관점에서 재판이 이루어지고 있음을 비판했습니다.

지난 1년 동안 매달 자료집을 잘 받아보셨는지요? 무엇보다 판례평석문에 담은 비판과 의견을 어떻게 보셨는지 궁금합니다. 저희 활동가들은 설레임과 기대를 안고 자료집을 보내왔고, 석달 전에는 법조인들의 의견을 알아보고자 설문엽서를 동봉했었습니다. 그런데 유감스럽게도 세 분만 답신을 보내와 전체적인 현황파악에 어려움이 있었습니다. 하지만, 그동안 몇몇 법조인들께서 이 운동의 취지에 공감한다는 격려의 편지와 따뜻한 마음을 담은 후원금을 보내주시기도 했습니다. 또 소속기관에서 피해생존자를 위한 제도적 장치마련을 하겠다며 상담소에 의견을 문의하신 분도 있었습니다. 이러한 반응은 대법원판례바꾸기운동에 커다란 응원이었고 활력소가 되었습니다. 감사드립니다.

이번 호를 마지막으로 판례평석 자료집 발송 운동은 마무리하고자 합니다. 그러나 판례바꾸기운동을 여기에서 중단한다는 것은 아닙니다. 오히려 새로운 시작을 하고자합니다. 최근 물리적 폭력이나 직접 협박

을 동원하지 않은 정신적 압력에 의한 강간을 인정한 전향적인 판결이 내려져 반가운 마음입니다. 그러나 지난 6월에는 술따르기 강요가 성희롱이 아니라는 성편향적 판결이 나와, 대법원이 오히려 시대를 역행하고 있지않나 우려가 됩니다. 따라서 우리 활동가들은 더욱 지혜와 힘을 모아 지속적으로 이 운동을 개선해갈 것입니다. 오는 가을에는 <성폭력을 조장하는 대법원판례바꾸기를 위한 대토론회(가제)>를 개최하여, 그동안의 대법원 성폭력사건 판례평석들을 정리하고, 생존자와 각계의 목소리를 모아낼 계획입니다. 또한 열두차례 시리즈로 연재한 평석문을 좀 더 많은 분들과 공유하고 의견을 나눌 수 있도록 단행본으로 묶어내는 방안도 모색중입니다.

그동안 바쁘신 중에도 우리 대법원의 판례를 변화시켜야 한다는 의지와 열정으로 흔쾌히 이 운동에 동참해주신 필자들에게 깊이 감사드립니다. 또한 처음에는 재정적 여건으로 200여 분에 한정했던 자료집을 법조인과 경찰, 학자 등 800여분에게 확대하여 보내드릴 수 있도록 후원해 준 서울시(여성발전기금)에 감사드립니다. 또한, 이 운동에 여러 모로 응원과 지지를 해주신 강지원 변호사님을 비롯한 자문위원님들, 기획단계부터 평석판례까지 전과정을 함께 한 본 상담소 법정지원팀의 이경환님과 실무를 맡아 진행한 활동가 자주, 모두 수고하셨습니다.

반성폭력운동 현장의 작은 목소리에서 시작된 이 “자줏빛 메시지”가 성폭력을 수사하고 재판하는 분들에게 피해생존자의 목소리를 알리는데 작으나마 역할을 했으리라 믿습니다. 우리는 이 메시지를 접한 분들이 성폭력에 대한 인식과 태도를 성찰하고 작은 실천을 시작하게 되기를 기대합니다. 나아가 자줏빛 메시지가 점점 세상 속으로 퍼져나가 성폭력피해 생존자의 권리를 보장하고 존중하는 힘찬 울림이 될 수 있기를 희망합니다.

법원의 내적 변화를 위한 제안 - 최협의설의 극복을 위하여

이경환(본 상담소 법정지원팀)

<목 차>

I. 판례바꾸기 운동 1년, 최협의설 비판 1년

- (1) 최협의설을 비판한 20개의 글
- (2) 변화의 가능성들
- (3) 최협의설 vs. 협의설 - 단순한 ‘정도’의 문제?

II. ‘비동의’에 대한 신빙성 판단과 폭행·협박의 최협의 여부 판단의 구별

- (1) 법원의 모순적인 판결내용
- (2) 피해자에 대한 의심과 비난을 포장하는 최협의설의 기능
- (3) 변화를 위한 제안

III. 피해여성의 관점과 경험을 존중하는 성폭력 판단기준의 정립

- (1) 기존 판단기준의 문제점
- (2) 유형별로 살펴본 판단기준의 문제

IV. 결

I. 판례바꾸기 운동 1년, 최협의설 비판 1년

(1) 최협의설을 비판한 20개의 글

2006년 7월부터 시작된 판례바꾸기 운동이 어느덧 1년이라는 시간을 맞이하였다. 최협의설 비판 역시 처음부터 지금까지 계속 지속되어 모두 20개의 글을 남기게 되었다¹⁾. 다른 주제들과는 달리 최협의설에 대해서만 지속적으로 다루는 것에 대해, 다른 주제들이 상대적으로 덜 중요하게 여겨지지 않을까 하는 우려와, 최협의설에 대해 1년이라는 기간 동안 지속적으로 분석할 내용이 있을 것인지에 대한 현실적인 고민까지 여러 가지 어려움이 있었으나 끈질긴 노력을 통해 최협의설의 문제점을 다양한 차원에서 짚어보는 좋은 계기를 마련하였다고 생각한다.

20개의 최협의설 비판글들은 기본적으로 판례평석의 형태가 많았으나, 평석의 형식에 구애받지 않은 편지글도 있었으며²⁾, 내용에 있어서도 독일법 및 미국법과의 비교법적인 고찰을 한 글들과³⁾ 최협의설 옹호론에 대한 반론과 최협의설을 유지하고 있는 실무에 대한 비판 등⁴⁾이 있었다. 또한 판례평석의 경우 무죄 판결만을 대상을 한 것이 아니라 원심을 파기하고 유죄를 인정한 판결도 분석의 대상으로 삼아 그 의미와 한계를 검토하기도 하였고⁵⁾, 1차 자료집과 3차 자료집에서

- 1) 3차 자료집에 실린 검찰측의 항소이유서를 포함하여, 11차 자료집까지 총 16명의 필자가 20개의 최협의설 비판글을 기고하였다.
- 2) 한인섭, 「“성폭력 조장하는” 대법원 판례?」, 2차 자료집; 레떼, 「판례 속에 드러난 강간죄 법리의 문제점」, 3차 자료집
- 3) 박용철, 「최협의설을 인용한 대법원 판례의 문제점과 개선방향에 대한 소고 - 2004도2611」, 4차 자료집; 장임다혜, 「미국 주형법 강간죄 개정과 관련 판례 검토」, 4차 자료집
- 4) 이경환, 「최협의설 옹호론에 대한 재반론」, 8차 자료집; 이경환, 「최협의설을 존속시키는 두 가지 심리적 지지기반」, 7차 자료집
- 5) 조민영, 「최협의설에 따른 판례 평석-2005도3071」, 3차 자료집; 이호중, 「최협의설의 자성? - 2005도3071판결의 의미와 시사점」, 5차 자료집; 이정훈, 「최협의설의 의미와 비판」, 10차 자료집; 김성천, 「강간죄의 성립요건인 폭행·협박의 의

는 최협의설 극복의 가능성을 담고 있는 디딤돌 판결과 최협의설 적용을 완화한 판결을 소개하기도 하였다.

(2) 변화의 가능성들

이번 판례바꾸기 운동을 통하여 최협의설의 다양한 문제점들이 지적되고, 그에 따라 최협의설을 굳건히 유지하고 있는 대법원이 ‘성폭력을 조장’한다는 비판을 받기도 하였으나, 다른 한편으로 최협의설을 극복할 수 있는 변화의 가능성도 많이 소개되었다.

특히 1차 자료집에서 소개된 디딤돌 판결인 서울북부지방법원 제11형사부의 2004고합228 판결과 3차 자료집에서 소개된 검찰측 항소이유서는 명시적으로 최협의설의 문제점을 지적하며 강간죄의 구성요건을 최협의로 해석하고 있는 판례가 변경되어야 한다고 주장하여 주목을 받았으며, 대법원 2005. 7. 28. 선고 2005도3071 판결은 “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 안된다”고 판시하여 비록 최협의설을 유지하고는 있으나 최협의설의 가장 큰 문제점 중 하나로 지적되고 있는 저항요건에 대해 새로운 해석의 가능성을 보여주어 무려 3개의 글에서 분석이 되기도 하였다. 또한 그 밖의 다른 글에서 소개된 대법원 판결들⁶⁾ 역시 성폭력 피해 여성에 대한 통념과 편견을 극복하는 판단기준을 제시하여⁷⁾ 변화의 가능성을 엿보게 하였다.

그러나 이처럼 법원과 검찰 내부에서도 최협의설에 대한 문제의식이 표출되고, 개별적인 판결들을 통하여 진일보한 판단이 행해지고 있

미」, 11차 자료집

6) 대법원 2005. 7. 29. 선고 2004도5868; 대법원 2004. 8. 20. 선고 2004도3164

7) 이 점에 대하여는 ‘III. 피해여성의 관점과 경험을 존중하는 성폭력 판단기준의 정립’에서 후술함.

음에도 최협의설이 여전히 확고한 대법원 판결로써 판단의 기준으로 적용되는 한, 위와 같은 변화의 가능성들은 단지 일회적인 것으로만 그칠 것이며 여전히 수많은 억울한 피해자들을 양산하게 될 것이다⁸⁾. 따라서 우리는 위와 같은 모습에서 변화의 가능성을 보지만, 그러한 가능성을 넘어 최협의설에 대한 전면적인 극복을 주장하는 것이다.

(3) 최협의설 vs. 협의설 - 단순한 '정도' 의 문제?

지난 1년간의 판례바꾸기 운동을 통하여 계속 설명된 바이지만, 다시 한 번 강조하자면 최협의설을 비판하고 협의설을 주장하는 것은 단지 폭행·협박의 정도를 넓혀 강간죄 성립을 쉽게 하자는 것에 그치는 것이 절대 아니다. 법원의 합리성이 성별권력에 의하여 차별화 된 경험을 '사회통념'으로 중립화하는 것에 대한 성찰 없이는 최협의설을 협의설로 수정한다고 하더라도 여전히 억울한 피해자와 수사·공판과정에서의 2차 피해를 야기하게 될 것이다⁹⁾. 최협의설의 근본적인 문제는 그것이 법원이 상정하는 성폭력의 기본형¹⁰⁾을 구성하게 되며, 평소 품행이 의심스럽거나 사건 전후의 정황상 '전형적인 강간 피해자상'에 부합하지 않거나, 납득할만한 충분한 저항이 없는 경우 등에 피해자에 대한 의심과 비난을 폭행·협박의 정도의 문제로 치환하여 판결에 영향을 미치기 때문이다. 따라서 최협의설의 문제를 극복하기 위해서는 한편으론 협의설로의 판례변경이나 감경적 구성요건에 대한 입법적 개선(외적인 변화)을 필요로 하지만, 다른 한편으론 성폭력을 피해자의

8) 개별적인 판결의 변화만으로는 최협의설에 동조하거나 성폭력에 대한 편견을 가진 사람들의 변화를 이끌어 낼 수 없으며, 최협의설은 법원의 판결에서만 문제되는 것이 아니라 신고를 고민하는 단계에서부터 검찰의 수사종결시까지도 영향을 미치는 것이므로 근본적인 변화가 요구된다. 이 점에 대하여는 이경환, 「최협의설을 존속시키는 두 가지 심리적 지지기반」, 7차 자료집 참조.

9) 이에 대해서는 장임다혜, 「미국 주형법 강간죄 개정과 관련 판례 검토」, 4차 자료집 중 1979년 러스크 판결에 대한 평가 부분을 참조.

10) 성폭력에 직면한 피해자는 당연히 극렬한 저항을 해야 하고, 이를 제압하기 위해서는 강력한 강제력이 사용될 수밖에 없다는 가정.

관점과 경험에 기반하여 이해하고, 그에 기반한 현실적인 판단기준을 정립하는 등의 근본적인 변화(내적인 변화) 또한 요구된다고 할 수 있다. 이하에서는 이러한 법원의 내적인 변화를 위하여 최협의설을 유지하고 있는 현 상황에서도 적용할 수 있는 실무적인 개선책을 제시해보고자 한다.

II. ‘비동의’에 대한 신빙성 판단과 폭행·협박의 최협의 여부 판단의 구별

(1) 법원의 모순적인 판결내용

판례는 원칙적으로 피해자가 성교에 대해 ‘비동의’하였다는 점에 대한 신빙성 판단(이하 ‘신빙성 판단’이라 함)과 가해자가 행사한 폭행·협박이 최협의의 그것에 해당하는지에 대한 판단(이하 ‘최협의 판단’이라 함)을 구분하는 것으로 보인다. 이는 판례¹¹⁾에서 피해자가 거부의 의사표시를 하거나 일부 반항을 한 사실을 인정하면서도 “피고인은 다만 피해자의 의사에 반하는 정도의 유형력을 행사하여 피해자를 간음하려 하였음에도 불구하고, 그 유형력의 행사가 피해자의 반항을 현저히 곤란케 할 정도에까지 이른 것은 아니라고 봄이 상당하다 할 것이다.”라고 두가지를 구분하여 실시하는 것에서 알 수 있다.

그러나 판례를 구체적으로 살펴보면 신빙성 판단과 최협의 판단은 구별되지 않고 혼재되어 이루어지는 경향이 더 강한 것을 확인할 수 있는데, 대표적으로 판례가 강간죄가 성립하기 위한 판단기준으로 제시하고 있는 다음과 같은 문구에서도 찾아볼 수 있다.

11) 대법원 1990. 12. 11. 선고 90도2224; 1999. 9. 21. 선고 99도2608; 2004. 6. 25. 선고 2004도2611 판결 등

11. 성폭력 조장하는 대법원 판례바꾸기

“강간죄가 성립하려면 가해자의 폭행·협박은 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이어야 하고, 그 폭행·협박이 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이었는지 여부는 그 폭행·협박의 내용과 정도는 물론, 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 판단하여야 한다.”¹²⁾(밑줄은 필자)

위 문구는 거의 대부분의 강간죄 판례에서 반복하여 실시하고 있는 문구인데, 판례에서 들고 있는 ‘유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정’의 내용들은 엄밀히 볼 때 폭행·협박의 정도를 구분하는데 적용되는 것이 아니라 ‘강제로 간음을 당하였다고 주장하는(비동의)’ 피해자 진술의 신빙성을 탄핵하는 내용임에도, 이를 ‘폭행·협박의 정도’의 문제로 치환하고 있다¹³⁾.

또한 대법원 2005. 7. 28. 선고 2005도3071 판결의 1, 2심과 상고심을 대비하여 보면, 피고인이 행사한 강제력이 ‘피해자를 소파에 밀어붙이고 양쪽 어깨를 눌러 일어나지 못하게 하는’ 것이라는 점은 모두 동일하게 인정하나, 주변 정황에 대한 피해자 진술의 신빙성을 인정하는지 여부에 따라 1, 2심은 위 강제력이 최협의로 이르지 못한다고 판단하였고, 대법원은 최협의로 이른다고 판단하여 최협의 판단을 신빙성

12) 대법원 1992. 4. 14. 선고 92도259; 2004. 6. 25. 선고 2004도2611; 2007. 1. 25. 선고 2006도5979 판결 등

13) 2005도3071 판결은 위 문구와 비슷하지만 미묘한 차이가 있는 판단기준을 제시하고 있다.

“ 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...”(밑줄 및 강조는 필자)

같은 판단요소를 열거하고 있지만 그것은 폭행·협박의 ‘정도’를 판단하는 기준이 아니라 ‘존재 여부’를 판단하는 기준으로 언급되고 있다. 위에서 열거된 제반 요소들이 신빙성을 판단하는 주된 기준이 된다는 점에서 위와 같은 설시가 더 정확한 것으로 생각된다.

판단에 연동시키고 있다. 이처럼 최협의 판단이 신빙성 판단과 구별되지 않고 혼재되어 있다는 점은, 위 경우와 거의 비슷한 강제력을 행사하였으나 피해자의 태도가 ‘전형적인 강간 피해자상’에 부합하지 않는다는 정황을 열거하면서 최협의에 이르지 못하였다고 무죄를 선고한 대법원 2004. 6. 25. 선고 2004도2611 판결과 비교해보더라도 쉽게 알 수 있다.

(2) 피해자에 대한 의심과 비난을 포장하는 최협의설의 기능

위에서 본 것과 같이 판례는 ‘동의를 의한 성교행위(소위 ‘화간’)와 ‘비동의를 있었으나 최협의의 폭행·협박에 이르지 못한 경우(소위 ‘강간’)를 엄격히 구별하지 않고 있다¹⁴⁾. 그리고 판례가 최협의설에 의해 무죄를 선고하는 사안은 대부분 피해자 진술의 신빙성을 탄핵하는 내용¹⁵⁾을 열거하고는 결론에 있어서만 ‘폭행·협박이 최협의에 이르지 않았다.’라고 하면서 최협의설을 등장시키고 있다. 즉, 최협의설은 ‘폭행·협박의 정도’에 대한 학설이지만 실제로 최협의설을 통해 검증하는 내용은 피해자라고 주장하는 사람이 ‘전형적인 강간 피해자상’에 부합하는지 여부와 ‘강제로 간음을 당하였다’는 진술에 대한 신빙성 판단이라고 보아도 무방하며, 판례가 실제로 관심을 가지는 것은 ‘폭행·협박의 정도’가 아니라 ‘진정한 피해자 여부’인 것이다¹⁶⁾.

판례는 위와 같은 최협의설의 활용을 통해 실제로는 피해자가 름

14) 현실적으로 두 경우를 엄격히 구별하기 어렵고, 두 경우 모두 무죄에 해당하기 때문에 법률적으로 구분의 필요성이 없다는 반론도 가능하나, 화간과 강간은 그 개념적인 의미뿐만 아니라 현실적으로도 큰 차이를 가지며, 특히 판단 기준과 판단의 초점이 틀러지기 때문에 이를 혼용하는 것은 비판받아 마땅하다.

15) 피해자가 강제로 당한 것이 아니라 서로 합의 하에 성교행위를 하였다고 의심되는 정황들.

16) 즉, 객관적으로 가해진 폭행·협박의 정도가 미약하더라도 피해자가 진정으로 동의 없이 간음을 당하게 된 것이라면 최협의의 폭행·협박으로 해석하는 태도로서 이경환, 「최협의설을 준수시키는 두 가지 심리적 지지기반」, 7차 자료집에서 언급한 ‘사실상 처벌론’과 연결된다.

싸롱 호스티스¹⁷⁾이거나 노래방 도우미¹⁸⁾라는 점을 문제삼고, 피해자가 피고인과 단 둘이 술집에 가고 어두운 방에 함께 간 점¹⁹⁾ 또는 여관에 따라간 점²⁰⁾을 지적하고, 다른 사람에게 구조요청을 하지 않았다는 점²¹⁾을 언급하면서 사실은 피해자가 ‘진정한 피해자’인지 의심하고, 피해자의 행실 또는 행동을 비난하면서도 외형적으로는 ‘설령 의사에 반하였다고 하더라도 폭행·협박이 최협의에 이르지 않았다.’라고 결론을 내려 화살을 다른 곳으로 돌리는 것이다. 이것이 최협의설이 수행하고 있는 실질적인 기능이며, 최협의설 비판론이 지적하고자 하는 바이다.

(3) 변화를 위한 제안

‘피해자의 의사에 반하는 유형력의 행사’를 성교행위에 있어 흥분을 더하려는 사도-마조히즘적인 행동으로 간주하지 않는 한, 최협의설은 이론적으로 볼 때, 성교행위에 대한 피해자의 비동의가 있었음을 인정 한 다음 단계에서만 문제될 수 있다. 그러나 신빙성 판단과 최협의 판단이 혼재되어 있는 지금의 현실에서는 최협의설은 단순히 폭행·협박의 정도를 구분하는 학설이 아닌 피해자의 행실을 평가하고, 정조를 보호하기 위해 최선의 노력을 다했는지 심사하며, 범행 이후의 피해자의 행동에 대해 비난을 가할 것인지를 결정하는 광범위한 기준으로 활용되고 있다.

이러한 문제점을 개선하기 위해 협의설로의 판례변경이나 입법론적 해결이 물론 필요하긴 하지만, 최협의설을 유지하고 있는 현 상황에서 신빙성 판단과 최협의 판단을 가능한 구분하여, 최협의설은 피해자의 비동의가 인정된 이후에 그야말로 폭행·협박의 정도에 대한 판단이 문제될 경우에만 적용하며, 특히 ‘피해자 진술의 신빙성이 의심

17) 대법원 1992. 4. 14. 선고 92도259

18) 대법원 2005. 7. 28. 선고 2005도3071 판결의 1, 2심

19) 대법원 1990. 12. 11. 선고 90도2224

20) 대법원 2001. 4. 27. 선고 2001도230

21) 대법원 1990. 9. 28. 선고 90도1562; 1991. 5. 28. 선고 91도546

되며, 설령 의사에 반하였다 하더라도 폭행·협박이 최협의에 이르렀다고 볼 수 없다.’와 같은 방식으로 만연히 보충적인 논거로 활용하는 것을 자제하는 것이 필요하다. 이와 같이 신빙성 판단과 최협의 판단을 구별하면 최협의설은 폭행·협박의 정도를 판단하는 기준으로 엄격하게 한정되게 되고, 피해자 및 가해자 진술의 신빙성을 판단하는 과정과 기준이 겹으로 드러나게 되어 그에 대한 비판과 토론이 가능해지며, 차츰 판단기준을 세밀화하고 발전시키는 계기가 될 수 있을 것이다. 그리고 결과적으로는 최협의설의 뒤에 숨어 있는 피해 여성에 대한 의심, 비난, 편견과 같은 암묵적 판단들에 대해 점검하고 성찰하는 기회가 되어야 한다.

III. 피해여성의 관점과 경험을 존중하는 성폭력 판단기준의 정립

(1) 기존 판단기준의 문제점

판례에서 드러나는 기존의 성폭력 판단기준을 살펴보면, ① 기준이 세밀화되어 있지 못하고 뭉뚱그려져 있고²²⁾, ② 각각의 판단요소들이 어떻게, 어느 정도로 평가되어야 하는지에 대해 불분명하고 심지어 판례에 따라 모순적이기도 하며, ③ ‘사회통념’과 ‘일반인’을 강조하여 중립적인 시각을 주장하나 실제로는 여성의 관점과 경험을 무시하고, 남성의 시각에서 해석된 피해자의 모습을 중요한 기준으로 삼고 있다는 점²³⁾에서 문제점이 드러난다.

22) 이호중은 이러한 판단기준에 대해 “이것은 사실 너무 포괄적이어서 판단기준을 제시한 것이라고 말하기도 민망하다.”라고 평가하고 있다. 이호중, 「최협의설의 자성? - 2005도3071판결의 의미와 시사점」, 5차 자료집

23) 이에 대해서는 이호중, 「최협의설의 자성? - 2005도3071판결의 의미와 시사점」, 5차 자료집 참조.

신빙성 판단과 최협의 판단이 혼재되어 성폭력 사건을 검토하는 여러 가지 판단요소들을 ‘종합적 판단’이라는 미명 아래 최협의 판단기준으로만 실시하고 있는 판례의 문제점은 앞에서 언급한 바와 같다. 판례가 종합적인 판단기준만을 제시하고 개별적인 요소들이 성폭력의 존부를 인정하는데 어떤 영향을 미치는지에 대해 설명하지 않으며, 특히 의심되는 정황판례의 논증 형태는 분석이나 비판을 매우 힘들게 하는 문제가 있다. 또한 이처럼 판단기준이 모호해지면 그만큼 법관 개인의 성별 권력에 의해 차별화된 인식 또는 경험이 개입될 가능성이 커지게 된다. 이하에서는 판례에서 드러나거나 수사과정에서 일반적으로 고려되는 여러 가지 판단 요소들을 유형적으로 검토하여 어떤 점이 문제가 되고, 어떻게 개선이 되어야 하는지에 대해 살펴보기로 한다.

(2) 유형별로 살펴본 판단기준의 문제

가. 피해 여성이 여관에 따라 들어간 경우

법원이나 수사기관은 여관이나 모텔이라는 장소를 ‘성관계에 대한 동의’ 또는 더 나아가 ‘의사에 반하는 유형력의 행사에 의하더라도 성관계에 대해 동의한 것’이라고 강하게 추정하는 듯하다. 그러나 피해 여성이 여관에 들어가게 되는 맥락은 매우 다양하다. 바깥이 춥거나 술이 취한 상태에서 쉬기 위해, 또는 편하게 술을 더 마시기 위해 자발적으로 들어가기도 하며, 때로는 가해자가 잠깐 가져올게 있다고 하거나 집이라고 속이는 방법²⁴⁾으로 들어가는 경우도 있다. 경우에 따라서는 가해자에 대해 좋아하는 마음을 가지고 일정 정도의 스킨십을 예상하면서 들어가는 경우도 있을 것이다. 그러나 이 모든 경우에도 피해자는 여전히 여관 안에서도 자신의 성적 행동을 결정할 권리를 가지며, 단지 여관 안에 있다는 이유만으로 권리의 포기가 의제되어 성관계에 동의한 것으로 간주되어서는 안된다. 그럼에도 불구하고 법원이

24) 대법원 2001. 10. 30. 선고 2001도4462

나 수사기관은 여관에 들어가게 된 맥락보다는 여관에 들어갔다는 사실 그 자체에 집중하고, 심지어는 피해자의 설명을 무시하기도 한다²⁵⁾.

여성의 행동을 이와 같이 해석하는 지점에서 여성의 성적 자기결정권에 대한 잘못된 이해가 드러난다. 강간죄에 있어 여성의 성적 자기결정권은 오로지 ‘남성이 적극적으로 성관계를 시도하려는 상황에서 수동적으로 이를 받아들일 것인지 여부’를 결정하는 한정된 동의권으로만 축소되는 것이다. 그리고 그 한정된 동의권은 남성의 오해를 조금이라도 불러일으키는 경우 바로 확정적인 동의로 추정되며, 철회하더라도 철회의 진의를 의심받는 권리이다. 이러한 의미의 성적 자기결정권이라면 ‘정조’와 다를 것이 무엇이 있는지 반문하지 않을 수가 없다.

또한 가해자와 아는 관계에 있는 피해자로서는 기본적으로 가해자의 말과 행동에 대해 의심하기보다는 신뢰하며 받아들이기 쉽고, 비록 가해자가 예상치 못한 성적 접촉을 시도하더라도 이를 성폭력의 시도라고 해석하기 보다는 한순간의 실수이거나 말 또는 간단한 행동을 통해 제지할 수 있는 상황이라고 인식하는 것이 자연스럽다. 따라서 여관을 인식하더라도 가져올 것이 있다거나, 집이라고 말하는 가해자의 말을 믿거나, 의심이 들어도 통제불가능한 상황이 쉽게 발생하지 않을 것이라 예상하기 때문에 이러한 경우 여관에 들어가지 않았어야 한다거나²⁶⁾ 심지어 구조를 요청했어야 한다고 주장하는 법원의 태도가 오히려 비현실적인 것이라 할 것이다.

나. 별다른 강압이나 저항 없이 술을 함께 마시며 함께 있었던 경우

25) 대법원 2004. 8. 20. 선고 2004도3164

26) 이런 경우 대부분의 남성은 “나를 의심하는 것이냐.”, “나를 짐승으로 생각하냐.”라는 식으로 오히려 피해자를 비난한다. 실제로 많은 여성들은 그런 상황을 직간접적으로 경험하기 때문에 성폭력이 예견되는 상황에서도 결정적인 징후가 포착되지 않는한 이를 회피할 생각을 못하게 되며, 자신의 느낌이 과잉반응이 아닌가 하는 자기 검열을 하는 경우가 많다. 이러한 여성의 경험을 무시하고 성폭력 발생의 책임을 소극적으로 행동한 피해자에게 전가하는 것은 부당한 결론이다.

피해자가 가해자와 밤늦게 술을 마시고 폐쇄된 공간에 함께 머물렀다는 사실에서 성관계에 대한 동의를 의제하는 것 역시 위에서 살펴본 것과 같이 여성의 성적 자기결정권을 부당하게 축소하고, 피해자에게 과도한 방어 의무를 부담하게 하는 것이다. 특히 대법원 1990. 12. 11. 선고 90도2224 판결에서 “별다른 강압이나 저항없이” 다방에서 커피를 마시고 생맥주집에서 21:00까지 머물렀다는 점을 지적한 것은, 성폭력이 예비, 음모의 단계에 이르기 전에도 피해자의 저항이 요구된다는 것인지 의문이 아닐 수 없으며, 또한 판결문 내에서 피해자가 왜 가해자를 따라 방에 들어갔고 전등이 고장난 방에 가해자와 함께 있게 되었는지에 대해 설명하는 부분이 있음에도 이를 최협의 판단의 근거로 삼은 점은 피해자의 생각이나 경험을 완전히 무시한 결론으로 강력하게 비난받아 마땅하다.

다. 피해 여성이 가해자에게 연락하여 만났거나, 먼저 스킨십을 시도한 경우

여성의 성적 자기결정권은 자신이 호감을 가지는 사람에게 접근하고, 스킨십을 먼저 시도할 권리를 포함하는 것이므로, 이러한 행동이 비난의 근거로 사용되어서는 안된다. 또한 이렇게 표출된 호감은 당연히, 피해자 스스로의 생각이나 상대방의 반응에 따라 더 커질 수도, 철회될 수도 있는 유동적인 것이다.

법원은 위와 같은 호감이 있었고, 표출이 된 경우에는 합의에 의한 성관계의 가능성 또한 있는 것이므로 이를 검토할 필요가 있다고 항변할 수 있으나, 신빙성 판단과 최협의 판단이 혼재된 지금의 최협의설 판결에서는 피해자의 비동의를 인정하면서도 위와 같이 표출된 호감으로 인해 최협의가 아니라고 판단함으로써 잘못된 결론²⁷⁾을 도출한다는

27) 피해자가 사건 전에 표출한 호감은 사건 당시 진정한 ‘비동의’ 의사가 있는지 여부를 판단하는 하나의 고려요소가 될 수는 있다(2차 피해의 우려가 없는 한에서). 피해자와 가해자의 관계 및 행동으로 볼 때 ‘비동의’가 인정되지 않는다면, 강간을 당하였다는 피해자 진술의 신빙성을 문제삼아 무죄를 선고하면 된다. 그러나 사건 당시 피해자의 거부의 의사표시나 일정한 저항으로 인해 ‘비동의’가 인정된 상황에서 위 사유가 폭행·협박의 정도 판단의 요소가 되어 최협의를 부정하는 근

점에서 비판받아야 한다.

또한 위와 같은 사정이 있는 경우에 주의해야 할 것은, 이러한 경우 피해자가 진술의 일관성이 없거나 심지어 거짓말을 하게 되는 원인이 되기도 한다는 점이다. 물론 진술의 일관성이 없고, 일부 진술이 거짓말로 드러날 경우 신빙성에 큰 타격이 되겠지만, 성폭력 사건에서 피해자가 쉽게 비난받고 억지스러운 화간의 스토리가 공공연하게 주장되는 사실을 아는 피해자로서는 충분한 법적 조력을 받지 못한 상황에서 위와 같은 사정에 대해 왜곡하여 진술할 가능성이 있다. 이러한 경우 진술의 일관성이 없거나 거짓말이 드러나더라도 사건과의 관련성 및 중요성을 고려하여 신빙성 배척에 좀 더 유의할 필요가 있다²⁸⁾.

라. 사건 도중 가해자가 자리를 비웠을 때 그대로 머무르는 경우

강간에 대한 범의가 표출되지도 않은 상황에서 도망가거나 구조를 요청하라고 요구하는 것은 완전히 비현실적인 것임에도, 판례는 그러한 것을 요구하기도 하며²⁹⁾, 때로는 왜 도망갈 수 없었는지에 대한 합리적인 피해자의 설명이 있음에도 이를 무시하기도 한다³⁰⁾. 또한 판례는 마치 가해자의 눈빛만 봐도 성폭력의 범의를 알 수 있는 것처럼 성폭력 상황이 사전에 쉽게 예견된다고 가정하는 듯하나, 가.항에서 살펴 보았듯이 가해자와 피해자가 서로 아는 사이인 경우에는 제3자가 생각하는 것보다 성폭력의 발생가능성에 대해 더욱 둔감해지기 쉬운 것이 현실이다. 그리고 피해자가 종업원이거나 노래방 도우미인 경우와 같이 가해자가 손님인 경우에는 어느 정도의 부당한 스킨십이나 언행에 대해서는 문제제기를 하거나 피신을 할 수 없이 참고 견뎌야 하는 경우도 있다. 이러한 맥락을 이해하는 것은 그리 어려운 일이 아니며

거로 사용된다면, 이는 최협의설을 부당하게 남용하는 것이다. 범행 이전의 피해자와 가해자의 관계가, 어떻게 범행 시점의 폭행·협박의 ‘정도’를 판단하는 기준이 될 수 있는지 의문이다.

28) 이에 대하여는 차.항에서 후술.

29) 대법원 2005. 7. 28. 선고 2005도3071 판결의 1, 2심.

30) 대법원 2004. 8. 20. 선고 2004도3164의 원심.

2005도3071 판결이 실시하는 바와 같이 ‘피해자가 성교 당시 처하였던 구체적 상황을 기준으로 판단’하면 될 일이다.

마. 성폭력 도중에 가해자와 피해자가 대화를 나눈 경우

가해자와 피해자가 서로 아는 사이이며, 성폭력이 우발적이지 않고 계획적으로 일어난 경우 가해자는 이를 다소 폭력적인 연애평의 일부로 인식할 수도 있다. 가해자는 피해자도 자신을 좋아할 것이라고 착각을 하거나 아니면 피해자의 거부의를 인식하였더라도 이를 무시하고 자신이 바라는 바를 강제하면서도 그것이 범죄에 해당하지는 않는다고 자기합리화를 하는 것이다³¹⁾. 따라서 성폭력을 ‘거친 성관계’로 인식하는 가해자로서는 성폭력 도중에 피해자를 사랑한다고 말할 수 있고, 질외사정 여부를 물을 수도 있는 것이다³²⁾. 그리고 성폭력을 당하고 있는 피해자로서는 차선의 대책으로서 가해자를 화나게 해서 더 큰 신체의 위협을 가져오지 않기 위해 이러한 대화에 응할 수 있으며 이를 비난하는 것은 부당하다³³⁾.

바. 옆방에 소리가 들리거나 상처가 남을 정도로 저항하지 않은 경우

이 점에 대해서는 2005도3071 판결에서 적절하게 실시하고 있듯이, “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 안된다.”

이미 물리적인 폭력을 당하고 있는 피해자에게 성적 자기결정권의

31) 이는 우리 사회의 성별권력에 의해 여성의 언어와 행동들이 남성중심적 시각에서 해석되기 때문이고, 피해자의 ‘은폐된 합의’를 의제함으로써 폭력적인 섹슈얼리티를 성폭력의 범주에서 제외하게 되는 것이다. 이호중, 「최협의설의 자성? - 2005도3071판결의 의미와 시사점」, 5차 자료집 참조.

32) 92도259

33) 이상돈, 「강간치상죄의 성립요건」, 고시계, 1999. 6., 62면. 조민영, 「최협의설에 따른 판례 평석 - 2005도3071」, 4차 자료집에서 재인용

보호를 위해 생명이 위협할 수도 있는데 저항할 것을 요구하는 것은 비현실적이며, 가해자와의 완력 차이로 인해 이미 공포에 질려 저항을 할 수 없는 경우도 있다는 점은 너무나 당연함에도 피해자의 저항요건에 대해 위와 같은 판시가 이제야 나왔다는 점은, 반대로 그동안의 성폭력 관련 판결이 얼마나 문제가 많았는지를 반증한다고 볼 수 있다. 저항요건이 완전히 폐기되지 않은 점에서는 아쉬움이 남지만 위와 같은 내용만 주의하여도 많은 변화가 있으리라 생각되며, 이후의 판례에서 적극적으로 인용하여 확고한 기준으로 정립되길 기대한다.

사. 성폭력을 전후하여 주변인에게 구조를 요청하지 않은 경우

성폭력은 피해자가 비난받기 쉬운 범죄이며, 특히 요즘과 같이 다른 사람이 위험에 처한 곤경에도 선뜻 나서는 사람이 없는 사회분위기 속에서 자신의 성폭력 피해 사실을 밝히면서 구조를 요청하는 것은 쉬운 일이 아니다. 성폭력이 진행 중인 과정인 때에 구조를 요청하거나, 아니면 가해자가 모르는 사람이어서 즉각적인 도움을 통해 가해자를 검거하거나 증거를 확보해야 하는 경우에는 구조를 요청할 수도 있겠으나, 이미 성폭력이 종료되었고, 가해자도 아는 사람인 경우에는 신뢰할 수 없는 낯선 사람³⁴⁾에게 도움을 요청하는 것이 오히려 더 큰 위험³⁵⁾을 가져올 수도 있다는 점에서 피해자의 입장에서는 합리적인 선택에 따라 범행 직후에도 구조를 요청하지 않을 수 있다³⁶⁾. 또한 많은 성폭력 피해 여성들이 피해 사실을 주변에 알리는 것을 두려워하며, 알리더라도 어머니나 여자형제, 동성친구 등 극히 일부의 사람에게만

34) 여관 주인들의 경우에는 자신의 여관에서 문제가 생기는 것을 원치 않는 이해관계가 있기 때문에 최대한 조용히 무마하기 위해 피해자의 구조요청을 거절하거나, 심지어 추후의 수사재판 과정에서 허위의 진술을 할 수도 있다.

35) 또 다른 성폭력 피해를 입게 되거나, 원치 않게 자신의 성폭력 사실이 다른 사람들에게 알려지는 일 등.

36) 이유정은 이러한 모습도 ‘합리적인 강간 피해자 유형’으로 이해될 수 있다고 한다. 이유정, 「강간죄 구성요건 해석에 있어 최협의설의 문제점 - 2001도230판결」, 6차 자료집; 92도259 판결에 대한 비판적인 평석으로는 이경환, 「최협의설 판례평석-92도259」, 1차 자료집 참조.

알리게 되며, 성폭력 사실이 알려진 경우 이혼을 당하는 사례³⁷⁾도 많다는 점을 감안하면 성폭력을 당한 직후 시아버지와 통화가 되었을 때 구조요청을 하지 않은 것을 최협의 판단의 근거로 제시한 판례³⁸⁾의 태도는 전혀 현실과 맞지 않다고 하겠다.

아. 강간 후 피해자가 가해자를 따라 가는 경우

피해자가 성폭력 이후에도 가해자의 지배범위로부터 벗어나지 않고 함께 밥을 먹거나, 가해자의 숙소로 가거나, 가해자의 차를 타는 경우에도 이러한 행동이 발생하게 되는 다양한 맥락이 있다. 물론 다른 범죄의 피해자인 경우에는, 범죄 이후의 정황에 불과한 이러한 사정을 수사기관 및 법원 등 제3자가 납득할 수 있도록 논리적으로 설명해야 하는 부당한 의무를 부담하지 않는다. 일부 판례는 성폭력 이후의 정황에 대해서 범행 이후의 정황일 뿐이라고 하여 고려의 대상에서 제외하기도 하는데 원칙적으로 이러한 태도가 타당하다고 생각된다.

그러나 범행 전후의 상황이 피해자 진술의 신빙성을 검토하는데 있어 판단자료가 되는 경우에는 피해자에게 2차 피해를 가하지 않는 범위 내에서 간접적인 정황의 하나로 검토될 수는 있을 것이다³⁹⁾. 피해자는 이미 성폭력을 당하고 차비도 없는 상황에서 집에 돌아가기 위해 가해자의 차를 탈 수도 있고⁴⁰⁾, 낯선 곳에서 도움을 받을 곳이 없고 길도 몰라 성폭력 이후에도 가해자에게 의존할 수도 있다⁴¹⁾. 또는 갑작스럽게 성폭력이라는 신체에 직접적으로 가하여진 엄청난 피해를 입은 상태에서 혼란스럽거나 심리적 갈등으로 인해 설명하기 어려운

37) 공익소송 사례분석팀, 「상당사례를 통해 본 공소시효의 문제점」, 공소시효배제 입법 토론회 자료집 참조.

38) 대법원 1991. 5. 28. 선고 91도546

39) 그러나 이는 간접적인 정황일 뿐이며, 특히 범행 이후의 정황일 뿐이므로 범행 이후 피해자의 행동이 다소 이해가 되지 않는 점만으로, 범행 당시에 있어 피해자와 가해자가 공통적으로 인정하는 ‘비동의’ 여부 또는 유형력의 존재를 뒤집는 근거로 사용되어서는 안된다.

40) 최협의설 적용을 완화한 판결, 3차 자료집

41) 대법원 2004. 8. 20. 선고 2004도3164

행동을 할 수도 있다. 특히 피해자가 가출을 하거나, 미성년이거나, 가해자에 대해 깊은 신뢰감을 가진 상태였거나, 임신이 우려되거나, 부모나 친구 등 도움을 요청할 수 있는 사람이 주변에 없는 경우 등에는 이런 혼란스러운 행동이 일어날 가능성이 더욱 커진다. 법원은 이런 다양한 가능성을 염두에 두고 피해자의 진술을 청취해야 하며⁴²⁾, 단순히 '전형적인 피해자상'에 부합하지 않는다는 이유만으로 성폭력 사실을 배척하는 우를 범하여서는 안된다.

자. 임신 또는 성관계 사실이 알려진 이후에 고소가 된 경우

범행 직후에 고소가 이루어지지 않고 지연되는 경우, 특히 성폭력 사실이 부모님에게 알려진 이후 또는 임신 사실이 밝혀진 이후의 고소는 전형적으로 피해자의 진정성을 의심케 하는 요소가 된다. 그러나 사.항에서 살펴보았듯이, 피해자는 성폭력 사실을 주변에 알리는 것을 꺼려하는 것이 일반적이며, 피해자가 미성년이거나, 학교 또는 직장에 다녀 수사공판과정을 비밀리에 진행하는 것이 어려운 상황이거나, 가해자가 피해자와 가까운 인물이어서 고소를 할 경우 주변 사람들에게 피해 사실이 알려지는 것이 불가피한 경우 등에는 당연히 고소를 결심하기까지 시간이 걸리게 된다⁴³⁾. 가해자와 피해자가 아는 사이인 경우에는 피해자는 고소까지 가지 않고 당사자간의 합의나, 학교·직장 등에서의 징계 등 별도의 절차를 통해 사건 해결을 시도할 수도 있는데 이것이 잘 진행되지 않을 경우 역시 고소가 지연되는 원인이 되기도 한다. 임신이나 부모에게 알려져서 고소가 이루어지는 경우에도, 피해자는 애초에 성폭력 사실을 알리지 않고 은폐하려 하였다가 그런 사정이 생겨 어쩔 수 없이 고소를 하게 되는 경우도 있으므로 당연히

42) 성폭력 피해로 인해 1차적으로 위축되고, 특히 일반인에게는 생소한 수사공판 과정을 거치면서 의심과 비난의 눈초리를 경험하면서 2차적으로 위축이 되는 피해자로서는 자신의 행동에 대해 다른 사람에게 설명하는 것이 힘들 수도 있다. 그러나 이런 점은 수사공판 과정에서 거짓말의 징표로 받아들여지기도 한다.

43) 고소를 결심하기까지 수십 년이 걸려서 공소시효가 도과되는 사례도 적지 않다. 공소시효 자료집 참조.

진정성이 의심되는 것은 아니라 할 것이다. 이처럼 고소가 지연될 수 있는 현실적인 조건들과 다양한 맥락이 충분함에도, 그에 대한 면밀한 검토 없이 고소가 지연되었다는 사실만으로 신빙성 판단에 결정적인 영향을 미치는 것은 부당하며, 특히 고소 지연 역시 범행 이후의 정황에 해당하므로 이를 범행 당시에 있어서의 최협의 판단의 근거로 삼는 것은 허용될 수 없다.

차. 피해자 진술의 일관성이 없거나 거짓말을 하는 경우

진술의 일관성과 거짓말을 하는지 여부는 진술의 신빙성을 판단하는데 중요한 자료가 된다. 그러나 성폭력 피해자라 할지라도 항상 진술이 일관되거나 전혀 거짓말을 하지 않는 것은 아니다. 성폭력으로 인한 충격으로 범행 직후에는 기억이 분명하지 않다가 시간이 지나고 마음이 안정되면서 구체적인 정황이 기억나기도 한다. 그리고 특히 어떻게 맞았고, 어떻게 옷이 벗겨졌는지와 같은 정황들은 성폭력을 당하는 정신없는 피해자의 입장에서 정확히 기억하기 힘든 부분일 수 있어 그에 대한 진술이 일관되지 못할 수도 있다.

또한 피해자가 혹시라도 자신에게 가하여질지 모르는 비난을 지나치게 의식하여 사실을 과장하거나 거짓말을 하게 되는 경우도 있다. 예를 들어, 앞서 살펴본 것과 같이 피해자가 가해자에게 먼저 연락을 해서 만나게 된 경우나, 함께 술을 마신 경우, 술에 취해 있었던 경우, 피해자의 직업이 남들에게 밝히기 곤란한 경우 등 이미 고소단계에서부터 수사공판 단계에 이르기까지 2차 피해를 경험한 피해자는 위와 같은 부수적인 정황들에 대해 거짓말을 할 수도 있다.

그러나 이처럼 일부 진술이 일관되지 못하거나 거짓말을 한 경우라도, 성관계에 대한 비동의를 있었고 강제력이 행사되었다는 점과 같은 구성요건적 사실에 대해 일관되고 진실된 진술을 하고 있다면, 위와 같은 사정만으로 전체 진술의 신빙성을 배척하여서는 안된다. 가해자는 그 심리적 특성상 자신을 방어하기 위해 거짓말을 할 수도 있다

는 점에 대해서는 일반적으로 쉽게 인정하나, 피해자의 경우에는 사실을 왜곡하거나 거짓말을 할 수도 있다는 점은 예상하지 못하는데, 성폭력 사건의 경우에는 이러한 맥락이 있다는 점을 감안하여 판단을 해야 할 것이다.

(3) 변화를 위한 제안

‘임신 사실이 밝혀진 이후에 고소를 하게 된 것이면 허위 고소이다.’라는 식의 명제가 성립한다면 판결을 하기가 훨씬 수월해지겠지만, 성폭력의 존부를 검토하는 각각의 판단요소들은 다양한 맥락과 가능성을 가지므로 어떤 사실의 존재가 곧바로 피해자 진술의 신빙성을 인정하거나 배척하는 결론으로 이어지는 것은 위험하다. 특히 위에서 살펴본 것과 같이 성폭력을 의심케하는 여러 가지 정황들이 사실은 피해 여성의 관점과 경험을 고려하지 않은 편견의 산물이라는 점을 감안할 때 성폭력 사건의 판결에 있어 위 요소들을 언급할 경우에는 훨씬 세밀하고, 치밀한 논증이 뒷받침되어야 할 것이다.

또한 위에서 살펴본 각각의 요소들은 신빙성 판단의 자료가 될 수는 있어도 최협의 판단의 자료가 되는 것은 부당하다. 폭행·협박의 정도가 최협의에 이르는지에 대한 판단은 강제력의 내용과 물리적인 정도, 가해자와 피해자의 나이, 신체적 조건, 완력의 차이 등⁴⁴⁾을 고려하면 족하며, 특히 시간·장소적으로 볼 때 성폭력 상황에 국한하여 판단하여야 한다.

이와 같이 성폭력과 관련된 각각의 판단요소들을 피해 여성의 시각으로 바라보고, 여성의 경험을 근거로 하여 맥락을 파악하며, 그러한 과정을 통해 성폭력의 판단기준을 더욱 구체화하고 현실화할 수 있을

44) 이러한 요소들은 물리적으로 행하여진 유형력의 크기로는 판단할 수 없는 심리적 강제의 여부를 판단하는 근거가 된다. 1979년 러스크 판결에서 피해자는 가해자에게 죽이지 말아달라고 애원하고 두려움에 눈물을 흘렸으나 그것은 말에 의한 위협 때문이 아니라 “그의 눈에서 보였던 어떤 표정”때문이었다고 증언했다. 장임다혜, 「」, 4차 자료집 참조.

것이다. 그리고 이러한 주장은 결코 가해자의 진술은 무시하고, 피해자의 진술만 일방적으로 신빙해야 한다는 의미가 아니며, 성별권력에 의해 남성 중심적이었던 법원의 판단기준을 진정한 의미에서 ‘중립적’으로 수정하려는 노력을 이해되어야 할 것이다. 그리고 이런 변화는 최협의설을 폐기하고 협의설을 도입하는데 있어 반드시 수반되어야 할 법원의 내적 변화이다.

IV. 결

판례바꾸기 운동과 함께 최협의설 비판 역시 이번 자료집을 끝으로 일단 종결되지만, 노력해야 할 부분은 아직도 많이 남아 있다. 최협의설은 아직까지도 대법원의 확고한 입장이며, 피해자의 구체적인 상황을 고려하는 개별적인 판결들이 나오고 있기도 하지만 성폭력 피해자에 대한 잘못된 편견과 남성 중심적 시각이 반영된 판결들도 여전히 많다.

다시 한 번 요청하지만 수사기관과 법원은 최협의설에 대한 지금까지의 비판과 제안에 대해 귀를 기울여야 한다. 대법관들이 판례변경으로 해결해야 하는 문제라거나, 국회의원들이 입법적으로 해결해야 한다는 남의 일로 인식해서는 안된다. 바로 현재 최협의설에 따른 수사과 판결로 인해 진짜 피해자들이 고통받고 있고, 그 책임은 대법원이나 국회에 있는 것만이 아니라 우리 모두에게 있는 것이다.

또한 최협의설의 변경만으로 모든 문제가 해결되는 것이 아니라 보다 근본적인 변화를 위해 법원이 여성의 시각과 경험을 이해하고 받아들이는 필요가 있다. 남성과 여성의 언어, 경험이 차별화 되어 있다는 점을 인식하지 못하고, ‘중립성’의 의미에 대해 깊이 성찰해보지 않은 법원은 결코 ‘중립적’일 수 없다. 성폭력 사건이 당사자간의 상반된 진술만 있어서 판단이 힘들다고 푸념하기 이전에, 남성과 여성의 언어,

경험, 맥락, 관계맺음의 방식 등을 숙고하여 판단기준을 세밀화하며, 논증의 과정을 판결문에 현출하여 비판과 토론의 대상으로 삼는 노력이 요구된다고 할 것이다.

성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률 제8조 (장애인에대한 준강간)에 대한 법원의 태도분석⁴⁵⁾

장애여성공감

<목 차>

1. 법원의 태도

2. 법원의 태도에 대한 비판

3. 개선방향

- (1) 항거불능에 관한 대법원 판례의 변경필요성
- (2) 친고죄 규정의 폐지여부
- (3) 결론

1. 법원의 태도

(1) 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률 제8조는 신체장애 또는 정신상의 장애로 항거불능인 상태에 있음을 이용하여 여자를 간음하거나 사람에게 대하여 추행한 자는 형법 제297조(강간) 또는 제298조

45) 이 글은 <"공감+공감" 성폭력 피해 장애여성 지원을 위한 법률매뉴얼> (장애여성공감 장애여성성폭력상담소, 아름다운재단 공익변호사그룹 공감, 2005년)에 수록된 글입니다(편집자주).

(강제추행)에 정한 형으로 처벌한다고 규정하고 있습니다. 위 규정 중 실제 사건에서 가장 쟁점이 되고 있는 부분은 피해자가 항거불능 상태에 있었는지의 여부입니다.

항거불능의 개념에 대해 대법원은 “성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률 제8조는 신체장애 또는 정신상의 장애로 항거불능인 상태에 있음을 이용하여 여자를 간음하거나 사람을 추행한 자를 형법 제297조, 제298조의 강간 또는 강제추행의 죄에 정한 형으로 처벌하도록 규정하고 있고, 위 법률 제12조에 의하여 제8조의 미수범도 처벌되는 바, 위 법률 제8조에 정한 죄는 정신적 또는 신체적 사정으로 인하여 성적인 자기방어를 할 수 없는 사람에게 성적 자기결정권을 보호해 주는 것을 보호법익으로 하고 있고, 위 법률규정에서의 항거불능의 상태라 함은 심리적 또는 물리적으로 반항이 절대적으로 불가능하거나 현저히 곤란한 경우를 의미한다고 보아야 할 것이므로, 위 법률 제8조의 구성요건에 해당하기 위해서는 피해자가 신체장애 또는 정신상의 장애로 인하여 성적인 자기방어를 할 수 없는 항거불능의 상태에 있었어야 하고, 이러한 요건은 형법 제302조에서 미성년자 또는 심신미약자에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음 또는 추행을 한 자의 처벌에 관하여 따로 규정하고 있는 점에 비추어 더욱 엄격하게 해석하여야 한다.” (대법원 2003. 10. 24. 선고 2003도5322판결) 고 판시하고 있습니다.

(2) 그리고 법원은 구체적인 사건에 들어가서는 우선 피해자의 연령을 기준(약 15세)으로 15세 미만의 장애인에 대해서는 어느 정도의 일상적 사회생활이 가능하더라도 항거불능 상태를 인정하는 반면, 피해자의 연령이 18세 이상이었던 경우에는 혼자서 교통편을 이용할 수 있는지, 경제생활을 할 수 있는지, 의사소통은 어느 정도 가능한지 등 일정한 사회생활이 가능한지 여부, 그 외에도 범행의 경위, 피해자의 교육정도, 장애등급, 피고인과의 관계 등을 종합적으로 고려하여 항거불능 상태를 판단하였습니다. 특히 피해자가 큰 무리없이 사회생활을

해나가거나, 피고인과 피해자의 사이가 매우 절친했다는 등의 사정은 법원이 피고인에 대해 무죄를 선고하는 데에 중요하게 고려되고 있습니다.

(3) 법원이 일부 판결에서 피해자의 항거불능 상태를 부정한 근거 몇 가지를 예시하면 다음과 같습니다.

1. 피해자가 ○○구청으로부터 매월 받는 생계주거비 898,000원과 남편인 김용호가 받는 월급 60만원 상당을 관리하고 있는 점
2. 몸이 불편한 곳이 없냐는 경찰의 질문에 “아이를 낳지 못하게 복강경수술을 하였다”고 진술하여 복강경을 이용하여 난관수술을 시행한 사실을 이해하고 있는 점
3. 피해자는 일반 중학교를 졸업하는 등 일정한 교육을 받은 사실
4. 버스를 타고 혼자서 이 법원에 증인으로 출석한 점
5. 은행에서 돈을 인출할 수 있는 점
6. 글을 쓰지는 못하나 어느 정도 읽을 수 있고, 추상적인 대화는 어려우나 일상적인 대화는 가능하며, 자신의 의사를 표현할 수 있는 능력이 있는 점,
7. 공소외 ○○○와 결혼하여 2명의 자녀를 두고 있는 점
8. 피해자는 1988년 받은 사회성숙도검사에 따르면 사회지수가 26.9로서 훈련가능 등급(사회지수 25 내지 54)에 해당하는 점
9. 장애인복지법 시행규칙은 피해자와 같은 정신지체 3급 장애인을 ‘지능지수가 50 이상 70 이하인 사람으로 교육을 통하여 사회적 직업적 재활이 가능한 사람’으로 규정하고 있는 점
10. 이 사건 당시 정신지체아를 위한 공립 특수교육기관인 △△△△학교의 고등부 3년에 재학하면서 혼자서 학교버스를 이용하여 통학해 온 점

(4) 그리고 장애등급과 관련하여서, 대전지방법원 2004고합54 판결에서는 피해자가 3급 정신지체장애인이었는데도 항거불능 상태를 인정한 반면 대법원 2004도1449 판결은 1급 정신지체장애인에 대해서도 항거불능 상태를 인정하지 않았습니다. 이는 결국 법원이 항거불능 상태를 인정할 때 장애등급을 크게 고려하지 않고, 사회생활의 가능 여부, 사리분별의 정도 등을 함께 고려하여 구체적 사건마다 개별적으로 판단하고 있음을 의미합니다.

2. 법원의 태도에 대한 비판

법원의 태도에 의하면 피해자가 성년인 정신지체 장애인인 경우에 다음과 같은 문제점이 생깁니다.

먼저 법원이 성폭법 제8조 소정의 항거불가능한 상태를 심리적 또는 물리적으로 반항이 절대적으로 불가능하거나 현저히 곤란한 경우를 의미한다고 보는 것은 위 조항을 지나치게 엄격하게 해석하여 처벌의 공백이 생겨 장애인의 성적 자기결정권을 보호할 수 없다는 문제점이 있습니다.

즉 성폭법 제8조는 폭행, 협박이 아닌 신체장애 또는 정신장애로 항거불능 상태에 있을 것을 요하므로 2급 혹은 3급의 정신지체장애인의 경우에는 일정한 사회생활이 가능하고, 타인에 의한 위험에 대해 어느 정도의 반항도 가능하다는 점에서 성폭법 제8조의 보호를 받기가 어려워집니다.

물론 형법 제297조 강간죄, 제298조 강제추행죄, 제302조 미성년자 등에 대한 간음죄에 의한 보호가 가능하기는 하지만 이 규정들을 적용하는 것도 쉽지는 않습니다. 즉 성폭력에 대한 정신지체 장애인의 반항이라는 것은 보통 사람들에 비해 현저하게 약한 것이어서 이들의 반

항은 폭행, 협박까지 할 필요도 없이 단순한 위력 또는 위계만으로도 용이하게 억압될 수 있을 것입니다.

결국 이들을 위력 또는 위계에 의해 간음 또는 강제추행한 경우 형법 제302조 미성년자등에 대한 간음으로 밖에 처벌할 수 없고, 이는 형량이 5년 이하의 징역으로서 비교적 낮을 뿐 아니라, 이마저 친고죄로 규정되어 있어서 고소가 없거나 고소취소가 이루어질 경우 처벌은 불가능해집니다. 따라서 대법원의 해석에 의하면 형법상 친고죄인 준강간죄를 비친고죄로 전환한 성폭법 제8조의 입법취지가 완전히 몰각 되게 되는 문제점이 있습니다.

뿐만 아니라 대법원이 형법 제302조 미성년자등에 대한 간음죄에서의 위계를 “간음행위 자체에 대한 오인, 착각, 부지”를 일으키는 행위라고 해석하고 있으므로 유혹에 의해 정신지체 장애인을 간음한 자를 위 규정에 의해 처벌할 수 없게 됩니다. 따라서 위 규정에 의한 처벌의 범위는 더욱 제한되게 됩니다. 결국 대법원이 성폭법 제8조를 위와 같이 해석하는 한 성년의 정신지체 장애인은 거의 무방비로 성폭력의 위협에 노출된다는 문제점이 발생합니다.

다음으로 법원이 항거불가능성을 판단하면서 피고인과의 관계를 고려하는 점 역시 적절치 않다고 생각합니다. 항거불가능성이란 피해자 자신만의 객관적인 상태에 의해 결정되는 것이지 피해자와 다른 사람과의 관계에 의해 결정되는 것이 아니기 때문입니다. 성폭법 제8조 소정의 항거불가능성이 신체장애 또는 정신장애로 인한 것이라면 그것은 누가 피해자를 간음했는지 여부와는 전혀 관계없는 것입니다. 피해자가 피고인과 친밀한 관계에 있어 피해자가 처벌을 원하지 않는다는 사실은 친고죄에 있어서는 소송조건에 해당하고, 비친고죄에 있어서는 양형에 있어서의 참작사유에 해당한다고 보아야 합니다. 다만 피해자와 피고인이 친밀한 관계가 인정된다면 피해자의 진정한 의사에 의해 성행위가 있었는지 여부가 신중하게 심리되어야 할 것입니다.

한편, 2년 전에 항거불능의 개념을 종전의 판례보다 넓게 해석한

판결이 나왔다는 기사가 보도된 적이 있습니다(문화일보 2005년 1월 15일자). 그 내용은 다음과 같습니다.

『장애인 성폭행 사건에서 성폭력특별법에 규정하고 있는 ‘항거 불능’ 상태를 적용할 수 없더라도 가해자의 폭행이나 협박이 있었다면 그 정도가 다소 약하더라도 형법상 강간죄로 처벌할 수 있다는 법원 판단이 나왔다.

형법상 강간죄가 성립되기 위해서는 일반인의 경우 가해자의 폭행이나 협박이 피해자의 항거를 현저히 불가능하게 해야 한다는 것이 대법원 판례다. 그러나 이번 판결은 가해자의 폭력이나 협박이 약하더라도 피해자가 장애인이라는 점을 감안하면 가해자를 엄벌에 처할 수 있다는 취지여서 주목된다.

서울고법 형사7부(노영보 부장판사)는 15일 정신지체 2급 장애인 여성 A(사건 당시 22세)씨를 성폭행한 혐의(강간등 상해)로 기소된 B(25)씨에 대한 항소심에서 원심대로 징역 3년을 선고했다. 재판부는 판결문에서 “강간죄에서 폭행이나 협박은 피해자의 항거를 불능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이어야 하지만 폭행 및 협박의 내용과 정도는 물론이고 폭행 경위, 피해자와의 관계, 피해자의 연령이나 지능 등을 종합해 판단해야 한다”며 “정신지체 2급 장애인인 피해자로 하여금 항거를 현저히 곤란하게 하기에 충분하다고 판단되므로 강간죄가 인정된다”고 밝혔다.

재판부는 그러나 “검사는 피고인의 범죄가 성폭력특별법 제8조와 9조에 있는 신체장애 또는 정신상의 장애로 항거불능 상태에 있음을 이용해 여자를 간음하거나 사람을 추행한 경우에 해당한다고 주장하며 항소했다”며 “하지만 피해자는 사건 당시 정신상의 장애가 있었지만 고등학교를 졸업하는 등 평소 자신의 신체를 조절할 능력도 충분히 있는 점, 피해자 스스로 옷을 벗은 점 등을 보면 성적인 자기 방어를 할 수 없는 항거불능의 상태에 있었던 것은 아니었다”고 성폭력특별법을 적용하지 않은 이유를 설명했다.

피고인 B씨는 전화통화 등으로 알게 된 A씨를 지난해 8월 서울 남부터미널에서 만나 서초동의 한 모텔로 데리고 가 주먹으로 머리를 수회 때리면서 피해자의 옷을 벗기고 강간, 2주간의 치료를 요하는 상해를 입힌 혐의로 기소돼 1심에서 징역 3년을 선고받았다.(문화일보 2005년 1월 15일자)』

하지만 이 판결을 유심히 살펴보면 사실관계의 특수성으로 인해 피고인에게 유죄가 선고된 것이지 법원이 성폭법 제8조의 항거불능의 개념을 넓게 해석했기 때문은 아니라는 사실을 알 수 있습니다. 왜냐하면 보도된 판결은 피고인에 대해 형법상 강간이 성립된다고 판단했을 뿐, 성폭법 제8조 위반죄가 성립된다고 판시한 것은 아니기 때문입니다. 게다가 이 판결이 성폭법 제8조의 항거불능에 관한 기존의 대법원 판례의 태도를 그대로 인용하고 있다는 점을 고려할 때, 위 판결이 항거불능의 개념을 넓게 해석했다고 보기는 어려울 것입니다. 결국 이 사건에서 피고인이 피해자에게 폭행·협박을 행사하지 않았다면 이 사건 역시 피고인에게 유죄가 선고되기는 어려운 사건이 아니었나 추측해 봅니다.

3. 개선방향

(1) 항거불능에 관한 대법원 판례의 변경필요성

대법원이 성폭법 제8조의 ‘항거불능’의 개념에 대해 취하고 있는 해석은 형법 제299조 준강간죄에서의 ‘항거불능’의 개념과 동일합니다. 그러나 대법원의 형법상 준강간죄의 ‘항거불능’과 성폭법 제8조의 ‘항거불능’을 동일하게 해석하는 것은 평등의 원칙에 반하는 해석입니다. 즉, 평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의

미하는 것이 아니라 합리적 근거없는 차별을 하여서는 안된다는 상대적 평등을 의미합니다. 따라서 평등의 원칙은 본질적으로 같은 것을 다르게 취급하거나, 본질적으로 다른 것을 같게 취급하는 것을 금지합니다. 그런데 장애인도 비장애인에 비하여 성폭력에 대해 저항할 수 있는 힘이 현저하게 떨어진다는 점에서 장애인은 비장애인과 본질적으로 다르다고 할 수 있습니다. 따라서 그들에게 적용될 법의 해석에 있어서도 비장애인의 경우와는 다르게 해석되어야 하고, 항거불능의 개념 역시 비장애인보다 완화된 해석을 하여야 할 것입니다. 결국 현재 대법원이 취하고 있는 해석 방법은 평등의 원칙에 반할 소지가 있으므로 조속히 변경되거나, 빠른 시일 내에 입법에 의해 성폭법 제8조의 ‘항거불능’과 다른 표현으로 개정되는 게 바람직하다고 생각합니다.

(2) 친고죄 규정의 폐지여부

몇몇 성범죄를 친고죄로 규정한 취지는 형사절차의 공식처리에 의해 받게 되는 피해자의 2차적인 피해가 피고인의 처벌에 의해 얻는 효과보다 더 크다고 인정되는 경우, 피해자에게 소송의 진행을 차단시킬 수 있는 권한을 부여함으로써 그러한 2차 피해를 방지하려는 데에 있습니다. 그러나 성범죄의 피해자 내지 고소인·고발인은 피해신고를 주저하는 경향이 있기 때문에 애초에 의도했던 피해자의 명예와 사생활보호라는 원래의 목적을 달성하기보다는 친고죄 규정이 성범죄 증가의 원인이 된다는 역기능이 생기고 있다는 점은 무시할 수 없습니다.

그러나 2차 피해의 방지가 오로지 친고죄 규정에 의해서만 가능한 것은 아닙니다. 피해자의 2차 피해 방지는 소극적으로 피해자에게 고소권을 부여함으로써 해결할 것이 아니라 적극적으로 형사절차를 개선하고 피해자 지원체계를 확립함으로써 달성되도록 하는 것이 오히려 바람직합니다. 따라서 현행 형법이나 성폭법상의 친고죄 규정의 폐지 문제를 진지하게 검토해 볼 필요가 있습니다. 다만 우리나라처럼 여성

이 자신의 권리에 대한 인식이 낮고, 피해 자체를 수치로 여기는 사회 환경에서 성범죄에 있어서 친고죄를 전면적으로 폐지하는 것은 신중하게 판단해야 할 것입니다. 참고적으로 독일에서는 친고죄 제도가 성폭력 범죄에 대해서는 적용되지 않는다고 합니다.

한편, 친고죄 폐지와 관련하여, 위에서 언급한 바처럼 대법원이 성폭법 제8조 ‘항거불능’의 개념을 엄격하게 해석하는 데에 대한 해결책으로서 형법 제302조 위계에 의한 간음죄를 비친고죄로 개정하는 방법을 생각해 볼 수 있습니다. 그러나 법익침해의 정도에 있어서 형법 제302조 위계에 의한 간음죄보다 형법 제297조 강간죄 및 제299조 준강간죄가 더 중대하므로, 형법 제302조 위계에 의한 간음죄를 비친고죄로 개정하면서 강간죄가 준강간죄를 친고죄로 규정하는 것은 타당하지 않습니다. 게다가 성폭법 제8조가 형법상 친고죄인 준강간죄를 피해자가 장애인의 경우에 비친고죄로 전환한 규정이므로 강간죄 및 준강간죄까지 비친고죄로 개정할 경우에는 성폭법 제8조의 독자적 의의가 상실됩니다. 따라서 형법상의 성범죄에 있어서 친고죄를 폐지할 때에는 특별법과의 관계까지 심도있게 검토되어야 할 것입니다.

(3) 결론

결국 아직 성폭법 제8조가 개정되지 않고, 성범죄에 있어서 친고죄 규정을 당장 폐지하는 것이 어려운 현재 상황에서는 대법원이 ‘항거불능’의 개념을 현재와는 다르게 해석하는 것이 가장 시급하고도 현실적인 해결책이 될 수 있을 것입니다. 앞으로 이에 대한 대법원의 판례 변경, 나아가 성폭법 제8조가 합리적으로 개정되고, 친고죄 제도에 대한 재검토가 이루어지기를 촉구합니다.

대 법 원

판 결

사 건	2004도1449 판결 【성폭력범죄의처벌및피해자 보호등에관한법률위반(장애인에대한준강간등)】
피 고 인	○○○
상 고 인	피고인
변 호 인	법무법인 ○○ 담당변호사 ○○○
원 심 판 결	○○고등법원 2004. 2. 9. 선고 **** * **** 판결
판 결 선 고	2004. 5. 27.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 ○○고등법원에 환송한다.

이 유

1. 원심의 판단

원심은 그 설시 증거들에 의하여 피고인이 1998. 9. 중순 21:30경 거제시 소재마을회관 내 이장 집무실에서 정신지체장애 1급인 피해자 공소외인(여, 17세)를 1회 간음한 사실을 인정한 다음, 이러한 피고인의 행위가 정신상의 장애로 항거불능인 상태에 있음을 이용하여 여자를 간음한 경우에 해당한다고 판단하여 피고인을 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률(이하 '법'이라 한다) 제8조 위반의 죄로 처단하였다.

2. 상고이유 제2점에 대한 판단

검사가 작성한 피해자에 대한 진술조서는 형사소송법 제312조 제1항 본문에 따라 공판준비 또는 공판기일에서의 원진술자인 피해자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에만 증거로 할 수 있고, 다만 형사소송법 제314조에 따라 원진술자인 피해자가 사망, 질병, 외국거주 기타 사유로 인하여 진술을 할 수 없는 때에는 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여진 때에 한하여 증거로 할 수 있는 것인바, 이 사건의 경우, 검사 작성의 피해자에 대한 진술조서들은 위의 규정에 따라 증거로 할 수 있는 사유가 갖추어지지 아니하였고 피고인이 증거로 함에 동의한 바가 없었음에도 불구하고 원심이 이를 유죄의 증거로 삼은 조치 및 ○○○, ○○○, ○○○의 각 제1심 법정진술과 검사 작성의 각 진술조서의 기재, ○○○, ○○○의 각 원심 법정진술 중 각 피해자로부터 그가 말하는 것을 들었다는 내용을 진술한 부분 역시 형사소송법 제316조 제2항에 해당하지 아니하여 증거로 할 수 없음에도 불구하고, 원심이 위 각 부분을 유죄의 증거로 삼은 조치 등이 각각 전문진술의 증거능력에 관한 법리를 오해한 잘못에 해당함은 상고이유에서 지적하고 있는 바와 같다.

그러나 녹음·녹화테이프에 대하여 검증을 실시하여 테이프에 녹음·녹화된 대화 또는 진술의 내용을 녹취서로 작성한 다음 이를 검증조서의 일부로서 첨부하였다면, 증거자료가 되는 것은 여전히 테이프에 녹음·녹화된 대화나 진술의 내용이라고 할 것이므로, 그와 같은 테이프의 녹음·녹화 내용이나 그에 대한 검증조서의 기재는 실질적으로는 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 대신하여 진술을 기재한 서류와 다를 바 없어, 피고인이 그 테이프를 증거로 할 수 있음에 동의하지 않은 이상, 형사소송법 제311조 내지 제315조에 규정한 것이 아니면 이를 유죄의 증거로 할 수 없는바(대법원 1996. 10. 15. 선고 96도1669 판결 및 1997. 3. 28. 선고 96도2417 판결 각 참조), 이 사건의 경우 녹화테이프나 그에 대한 검증조서(녹취록)에 기재된 진술에 대하여 성립의 진정을 인정하는 피해자의 법정진술은 없었으나, 위 검증조서의 기재에 의하면 변호인이 위 녹화테이프의 검증기일에서 테이프 자체를 증거로 함에 동의한 사실을 알 수 있어, 녹화테이프에 대한 검증조서에 첨부된 녹취록의 피해자 진술에 대하여도 증거로 함에 관한 동의가 있었던 것으로 보아야 할 것이므로, 원심이 제1심법원의 녹화테이프에 대한 검증조서의 기재를 증거로 삼은 데 무슨 잘못이 있다고 할 수 없고, 나아가 이를 ○○○의 검찰 진술과 제1심·원심 법정진술 중 각 전문진술 부

분을 제외한 나머지 부분과 ○○○의 검찰 진술·제1심 법정진술, 피고인의 검찰 진술, 제1심·원심 법정진술(피고인은 전체적으로는 이 사건 공소사실을 부인하고 있으나, 그의 진술 중 피해자의 정신상태 등에 대한 부분은 유죄의 증거로 볼 수 있고, 다른 일시에 피해자를 추행하였다고 한 부분 등도 유죄의 간접증거로 삼을 수 있다.) 등 기록상 나타난 다른 증거들이나 정황들과 모아 보면, 피고인이 내세우는 여러 사정들을 감안하더라도 피해자가 피고인을 간음하였다고 본 원심의 사실인정이 잘못되었다고 하기 어렵다.

따라서 원심의 사실인정에 상고이유 제2점에서 주장하는 바와 같이 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고는 볼 수 없다.

3. 상고이유 제1점에 대한 판단

법 제8조는 신체장애 또는 정신상의 장애로 항거불능인 상태에 있음을 이용하여 여자를 간음하거나 사람을 추행한 자를 강간 또는 강제추행의 죄에 정한 형으로 처벌하도록 규정하고 있는바, 위 죄는 정신적·신체적 사정으로 인하여 성적인 자기방어를 할 수 없는 사람에게 성적 자기결정권을 보호해주는 것을 보호법익으로 하고 있으므로, 여기에서 항거불능의 상태라 함은 심리적 또는 물리적으로 반항이 절대적으로 불가능하거나 현저히 곤란한 경우를 의미한다고 보아야 할 것이고, 이러한 요건은 형법 제302조에서 미성년자 또는 심신미약자에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음 또는 추행을 한 자의 처벌에 관하여 따로 규정하고 있는 점에 비추어 더욱 엄격하게 해석하여야 한다(대법원 2000. 5. 26. 선고 98도3257 판결 및 2003. 10. 24. 선고 2003도5322 판결 참조).

기록에 의하면, 피해자는 저능아이기는 하나 7~8세 정도의 지능은 있었고, 평소 마을 어귀에 있는 요트 경기장 등을 돌아다니며 시간을 보내는 등 자신의 신체를 조절할 능력도 충분히 있었으나, 평소 겁이 많아 누가 큰 소리를 치면 겁을 먹고 시키는 대로 하였던 점, 피해자 스스로 피고인이 나 오라고 하였을 때 안 나가면 경찰차가 와서 잡아가므로 안 나갈 수 없었고, 옷을 벗으라고 하였을 때 벗지 않으면 피고인이 손바닥으로 얼굴을 때리므로 무서워서 옷을 벗지 않을 수 없었으며, 아버지에게 이르면 때려준다고 하여 아무에게도 이야기할 수 없었다는 취지로 진술하고 있는 점 등

으로 보아, 피해자는 지능이 정상인에 미달하기는 하나 사고능력이나 사리
분별력이 전혀 없다고는 할 수 없고, 성적인 자기결정을 할 능력이 있기는
하였으나, 다만 그 능력이 미약한 상태에 있었던 데 불과하고, 피고인이 피
해자의 그러한 상태를 이용하여 가벼운 폭행과 협박·위계로써 피해자의 반
항을 손쉽게 억압하고 피해자를 간음하게 된 것으로 볼 여지가 충분하다.

결국, 피해자는 형법 제302조에서 말하는 심신미약의 상태에 있었다고 볼
수는 있겠으나, 법 제8조에서 말하는 항거불능의 상태에 있었다고 단정하
기는 어렵다 할 것임에도, 원심은 피해자의 신체적·정신적 상태에 관하여는
심리하지 아니한 채 만연히 그가 항거불능의 상태에 있다고 속단하여 피고
인을 법 제8조 위반의 죄로 처단하고 말았으니, 이러한 원심의 조치에는
같은 조 소정의 '항거불능'에 관한 법리를 오해하고 심리를 다하지 아니한
끝에 사실을 잘못 인정하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있고, 이 점
을 지적하는 상고이유 제1점의 주장은 이유 있다.

4. 결 론

따라서 원심판결을 파기하고, 사건을 원심법원에 환송하기로 하여 주문과
같이 판결한다.

재판장 대법관 이용우 _____

주 심 대법관 박재윤 _____

 대법관 조무제 _____

 대법관 이규홍 _____

대법원 판례, 누구의 경험인가⁴⁶⁾

자주(본 상담소 활동가)

90년대 초반, 성폭력 사건들이 사회적 파장을 일으키면서 ‘성폭력’ 문제가 여성 운동의 주요 이슈로 대두됨과 동시에, 성폭력 특별법을 비롯한 법제화 운동이 본격화되었다. 그로부터 약 15년이 지난 지금, 성폭력 사건에 있어서 법적 절차는 (녹록치 않은 법적 현실과는 별도로) 사건 해결을 위한 비중 있는 선택지가 되었으며 성폭력 사건을 지원하는 상담소에서도 법적 지원은 핵심적인 지원방식으로 자리 잡았다. 이러한 방식이 법의 권위를 승인하면서 여성 주체와 법(가부장적 국가)의 의존성을 재생산한다는 함정에도 불구하고 거대하고 비가시적인 성폭력에 맞서는 가시적이고도 개별적인 투쟁으로서 여전히 유효한 측면이 있다.

문제는 과연 법이 성폭력 피해 경험을 어떻게 인식하고 있으며 그것이 피해생존자의 언어로 서술되고 있는가 하는 것이다. 피해생존자는 자신의 경험이 법이라는 공식적인 언어체계로 진입하게 되면서 오히려 자신의 경험이 소외되는 것을 느끼고 피해자는 ‘진정한(?)’ 피해자로 거듭나야 하는 순간을 마주하게 된다. 그런 의미에서 객관적이고 중립적인 양 근엄한 재판부의 판결문 내용을 살펴보면 그들이 객관성이, 그들의 중립성이 사실상 가부장적 문화에 기인한 특정 계층의 경험에 토대를 두고 있다는 것을 발견할 수 있다. 이러한 남성 중심적 해석 체계 내에서 여성의 목소리는 배제되고 여성의 경험은 충돌하게

46) 이 글은 <이대대학원신문 56호> 「기획여성정책란」에 기고했던 글입니다.

된다.

가장 대표적인 예로, 형법에서는 성폭력에 대한 구성요건으로 ‘폭행’, ‘협박’ 규정을 두고 있는데, 이를 해석하는데 있어서 법원은 ‘가해자의 폭행, 협박은 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것’을 요구하고 있다. 이것은 여성들이 겪는 성폭력에 대한 다양한 경험을 설명하지 못할 뿐 아니라, ‘여성이 저항하는 한 성폭력은 불가능하다’, ‘여성의 단순 거부 의사는 진정한 거부가 아닐 수 있으며 이는 강력한 항거를 통해 알 수 있다’는 성폭력에 대한 통념을 재생산한다. ‘아내 강간’ 문제 역시 현행법상 충분히 성립 가능한 범죄이지만 사회적으로나 법적으로 ‘혼인관계’는 성폭력의 치외법권 지대가 되며 기혼 여성의 성적자기결정권은 무시된다. 마찬가지로 장애 여성의 성폭력을 판단하는 기준인 ‘항거불능’ 조항을 지나치게 엄격하게 해석하는 관행은 비장애 남성의 시각을 그대로 적용한 탓이다. 판결문에는 “경험칙상”이라는 용어가 자주 등장하는데, 도대체 누구의 경험에 비추어 이야기하는 것인지 법조인에게 묻지 않을 수 없다.

지난 1년간 법조인을 대상으로 진행한 “대법원 판례 바꾸기” 운동은 이러한 문제제기에서 출발하였으며 이는 단순히 재판부의 좀 더 합리적인 판단을 요구하는 것이 아니라 우리 사회의 다양한 경험과 배제되어 있던 소수자의 시각을 반영해야 한다는 성찰을 촉구하는 것이다.

물론, 법은 성폭력 사건에서 유일한 해결책도, 판단기준도 아니다. 또한 법의 언어로 여성의 경험을 서술하다는 것은 애초부터 불가능한 것일 수 있으며 결국 제 3자에게 판단을 맡겨야 하는 한계도 존재한다. 그럼에도 피해생존자들에게 법적 절차를 밟는다는 것은 자신의 경험을 새롭게 해석하고 구성하는 또 하나의 과정이며 따라서 판결문에서 어떻게 자신의 피해를 규정하고 서술하는가는 결코 사소한 문제일 수 없다. 그런 의미에서 판결문은 법조인들만의 영역이 아니라 우리가 개입해야 할 정치적 투쟁의 장이다.

성폭력 피해생존자의 인권을 존중하는 대법원 판결을 기대한다!

성폭력은 피해생존자의 인권을 침해하는 사회적 범죄행위로, 특히 여성과 어린이의 자유롭고 안전한 삶을 위협하고 있다.

다행히 우리사회에서도 90년대 이후 문제의 심각성을 인식하고 성폭력특별법 등 관련 법과 제도들이 마련되고 있다. 그러나 아직도 성폭력범죄 피해생존자들은 피해자이면서도 오히려 “혹시 유발하지 않았나?”, 심지어 “즐기지 않았나?”하는 의심과 비난을 받고 있다. 성폭력 고소율 6.1%(1998, 한국형사정책연구원), 기소율 43%(2004, 법무부)라는 사실은 피해생존자들의 현실이 얼마나 열악한지 가늠할 수 있게 한다.

특히 우리나라 형법은 여자들이 '완강히 저항'하지 않는 한 합의에 의한 성관계로 파악한다. 따라서 폭행과 협박 상태에서 죽을 각오로 저항하지 않으면 강간으로 입증받기 어렵다. 그 이외에도 장애인이라 하더라도 항거불능 상태였음을 입증해내야 하는 문제나 부부사이에 가장 치욕스러운 경험이라고 호소하는 아내강간은 1970년 대법원 판례이후 강간 성립 자체를 부정당하고 있다. 또한 어린이 성폭력의 경우에는 단 하나의 증거일 수 있는 피해어린이의 진술이 일관성이 없다는 이유로 인정받지 못하고 있다. 이와 같이 법 자체를

매우 협소하게 이해하거나 피해자에게 불리한 방식으로 해석되는 방식은 이제 사법체계 내에서 관행으로까지 굳어져 다른 성폭력 사건의 불기소와 무죄판결에까지 큰 영향을 미치고 있다.

한국성폭력상담소는 지난 15년 동안 53,000여회 상담사례를 지원하면서 이와 같은 성폭력에 관한 법적 규정과 판단으로 인해 성폭력 피해생존자들이 제2의 고통을 받고 있음을 상담 현장에서 너무도 많이 보아왔다. 또한 2003년 본 상담소에서 실시한 <법조인의 성별의식 조사>연구에서 법조인들의 객관성이 사실상 남성중심적 사회문화에 토대를 두고 있으며 이에 따라 성폭력 피해생존자들의 경험과 의식을 반영하지 못하고 있음을 확인한 바 있다.

이제는 법원이 성폭력 사건의 재판 과정에서 “객관성”이라는 이름으로 얼마나 많은 피해여성들을 고통으로 몰아넣고 있는지를 성찰해야 한다. 그동안 우리의 법체계가 피의자(피고인)의 인권을 중심으로 고려하였다면, 이제 피해자의 인권을 돌아보아야만 한다. 무엇보다 남성 중심적인 우리사회의 잘못된 통념에 가려져 들리지 않았던 피해자의 목소리와 절규에 귀기울여야 한다.

우리는 그 변화의 일환으로 대법원 판례 바꾸기를 강력하게 요청한다. 대법원 판결의 경우, 하급심의 판결에 준거가 되고 검찰의 기소 여부에 큰 영향을 주고 있다는 점을 고려할 때, 대법원의 판례는 해당 사건에 대한 판결 그 이상의 의미를 갖고 있다고 할 수 있다. 그러하기에 성폭력 피해의 특수성을 전혀 고려하지 못하는 다음과 같은 대법원 판례는 성폭력에 대해 둔감했을 뿐 아니라, 결과적으로 성폭력을 묵인, 조장하는 결과를 낳았다고 생각한다.

- (1) 폭행과 협박을 매우 협소하게 판단하는 강간죄의 최협의설
- (2) 항거불능 상태임을 입증해야 하는 장애인 성폭력
- (3) 성폭력 성립 자체를 부정당하는 아내강간
- (4) 진술의 일관성이 부족하다는 이유로 인정받기 어려운 어린이성폭력

앞으로 우리는 성폭력 피해생존자와 반성폭력활동가, 그리고 법조인들이 함께 각 주제별 워킹그룹을 통한 평석자료집을 발간할 것이다. 그리고 이 자료는 존엄, 정의, 고귀, 위엄, 그리고 여성의 색깔로 상징되는 “자주색 봉투”에 담겨 향후 매월 정기적으로 대법원을 비롯한 전국의 각 법원과 검찰청의 법조인에게 배달될 것이다. 또한 더 많은 사례 수집과 주제 발굴로 내용을 내실화시킴과 동시에 토론회, 언론 기고와 같은 다양한 방법들을 동원하여 대법원 판례 바꾸기 운동을 전개해 나갈 것이다.

우리는 이 운동이 법조인들에게 성편향적이었던 사법 관행을 돌아보고 성찰하는 계기를 줄 수 있기를 기대한다. 그리고 우리나라 형사사법체계가 피해생존자의 권익을 보장하는 출발점이 될 수 있기를 희망한다. 아울러 이 운동이 성폭력 없는 자유롭고 평등한 세상을 향한 커다란 울림이 되어, 오히려 피해자를 비난하는 잘못된 우리사회의 인식을 변화시키고 성폭력 근절을 위한 작은 실천들을 이끌어 갈 수 있으리라 믿는다.

2006. 7. 24

사단법인 한국성폭력상담소

성폭력 조장하는
대법원 판례 바꾸기

판례/바꾸기/운동/ 마지막 자료집
“ 최협의설 ” 비판(12)
비장애인 중심의 성폭력 판단기준 비판(2)

- ☐ 발 행 일 2007년 6월 30일
- ☐ 발 행 인 이 미 경
- ☐ 발 행 처 사단법인 한국성폭력상담소
(121-884) 서울 마포구 합정동 366-24 2층
Tel. 02-338-2890 | Fax. 02-338-7122
E-mail. ksvrc@korea.com
web-site. <http://www.sisters.or.kr>
- ☐ 편집책임 자주
- ☐ 인 쇄 카피플러스(02-322-1049)