

성폭력의
법적 판단과
성인지 감수성

한국양성평등교육진흥원

KOREAN INSTITUTE FOR GENDER EQUALITY
PROMOTION AND EDUCATION

성폭력의 법적 판단과 성인지 감수성

<성폭력의 법적 판단과 성인지 감수성>은 법원이 판시한 '성인지 감수성'을 둘러싼 오해와 진실을 살펴보고, 성인지 감수성이 성폭력 사건의 실제적 진실을 밝히는데 어떻게 기여하는지를 판례 분석을 중심으로 정리한 교육자료입니다. 이는 전문강사 등 성인지 교육의 교수자가 반드시 숙지해야 할 내용으로서, 성폭력 사건에 대한 가해자 입장의 해석을 변화시키고 피해자 중심주의에 대한 저항과 오해를 적절히 다루는 데 도움이 될 것입니다.

01. 들어가며	04
02. 성폭력에 대한 통념으로부터 자유롭지 않은 법	06
03. 성폭력 판단기준 : 그동안의 문제	10
04. 법원의 판결의 변화 : '최협의' 폭행 협박의 기준 완화	20
05. 성폭력 판단에서 편견을 배제할 책임, '성인지 감수성'	26
06. 나가며	48
부록 성인지 감수성에 대한 오해 Q&A	50

01

들어가며

2018년 4월, 대법원은 처음으로 성폭력 판단의 심리 기준으로 '성인지 감수성'을 언급했습니다. 대법원은 "성희롱 관련 소송을 심리할 때는 그 사건이 발생한 맥락에서 성차별 문제를 이해하고 양성평등을 실현할 수 있도록 '성인지 감수성'을 잃지 않아야 한다"고 하면서, "이는 「양성평등기본법」 제5조1항에 따라 법원이 국가기관으로서 양성평등 실현을 위해 노력해야 할 지점"이라고 판시했습니다. 이는 법원이 성폭력 사건에 대한 판단을 보다 객관적이고 정교하게 하도록 최대한 선입견을 배제하고 피해자가 처한 상황과 성폭력이 발생한 맥락을 파악해야 한다는 점을 분명히 한 것입니다.

그런데 법원의 이러한 입장에 대하여 우려의 목소리도 존재합니다. 법원이 증거를 기초로 하여 이성과 합리성으로 성폭력 사안을 판단하는 것이 아니라 증거도 없이 '감수성'에 기대어 판단한다는 것입니다. 그러나 이는 사실이 아니며 성인지 감수성에 대한 이해가 충분하지 않아 생긴 오해입니다.

이 글에서는 성인지 감수성을 둘러싼 오해와 진실을 살펴보고자 합니다. 이를 위해 우선 그동안 법원이 성폭력을 어떻게 판단해 왔는지 검토하고, 성인지 감수성이 성폭력 사건의 실제적 진실을 밝히는데 구체적으로 어떻게 이바지하는지 살펴보겠습니다. 그리고 이를 통해 법원이 성인지 감수성을 가지고 성폭력 사건을 판단한다는 것이 어떤 의미인지에 대해 이야기해보려고 합니다.

02

성폭력에 대한 통념으로부터 자유롭지 않은 법

법은 모든 사람에게 동일하게 적용되는 객관적이며 합리적인 사회 규범이라고 기대됩니다. 그렇지만 법 역시 사람이 만들고 적용하고 해석하는 제도이기 때문에 이 과정에서 그 사회의 지배적인 문화나 가치, 관행 등이 반영되기 마련입니다. 당연히 그 사회에 존재하는 선입견이나 통념도 포함됩니다.

예컨대 인종차별이 만연한 사회에서는 법이 소수인종에 대한 차별을 정당화하기도 하고, 노동자의 인권보다 기업의 성장이 더 중요하다고 믿는 사회에서는 법이 나서서 노동자에 대한 기업의 인권침해를 용인하고 묵인하기도 합니다. 이러한 사회에서 인종차별이나 노사문제에 관련한 사안에 대해 기계적으로 법을 적용하고 법적 객관성 또는 합리성을 기준으로 판단할 경우, 그 판단은 편향된 객관성일 수밖에 없어서 결과적으로 그 사회의 소수자에게 부당한 법 적용이나 집행이 될 수 있습니다.

성폭력의 경우도 마찬가지입니다. 성폭력에 대한 법적 판단에도 그 사회가 성폭력을 대하는 태도나 성폭력에 대한 통념, 성차별적 문화가 반영됩니다. 성차별이 만연하고 성폭력에 대해 관대한 분위기, 성폭력 피해자를 의심하고 비난하는 문화가 뿌리 깊은 사회에서는 성폭력에 대한 법적 판단에도 그러한 문화나 분위기가 그대로 반영되기 마련입니다.

즉, 성폭력 피해자를 의심하고 비난하는 분위기와 가해자에 대한 온정주의가 뿌리 깊은 한국사회에서 기계적으로 법을 적용하고 법적 객관성, 합리성을 기준으로 성폭력을 판단할 경우, 그 객관성이나 합리성은 가해자 중심적인 객관성일 수밖에 없습니다. 이는 결과적으로는 피해자에게 부당하고 성차별적인 법집행일 수밖에 없습니다.¹⁾

1) 조순경(2002) “성폭력 피해 사실 공개의 공익적 의미: 성폭력 관련 법 체계와 법 집행에 있어서의 적극적 조치를 제안하며”, 「성폭력 가해자의 명예훼손, 무엇이 문제인가?」토론회 자료집 (2002.10.22.), 민변여성인권위원회·성폭력 가해자 억고소 대책회의·성폭력추방운동에 대한 명예훼손 억고소 공동대책위원회.

03

성폭력 판단기준: 그동안의 문제

강간죄 성립에서 '최협의'의 폭행·협박 적용

그동안 법원은 성폭력에 관대한 분위기, 성폭력 피해자를 의심하고 비난하면서 가해자에게는 온정적인 우리 사회의 태도나 문화를 충분히 고려하지 않고 성폭력을 판단해 왔습니다. 그 결과 성폭력에 대한 법적 판단에서 피해자의 경험은 충분히 이해되거나 설명되지 못했습니다.

위와 같은 법원의 태도는 강간죄에 대한 판단에서 분명히 드러납니다. 강간죄가 성립하기 위해서는 '폭행 또는 협박으로' 상대방을 강간한 경우여야 하는데 여기서 폭행 또는 협박은 '최협의'의 폭행 협박, 즉 '상대방의 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 정도'여야 합니다.

법원은 강간 사건에서 폭행·협박의 정도가 '피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도로 행사되었는지' 판단하기 위해 그 폭행·협박의 내용과 정도는 물론 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 선고 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 검토하게 됩니다(대법원 2004. 6. 25. 선고 2004도2611 판결 등 참조). 이때 법원은 위 사정을 '합리적인 일반인의 경험칙'에 기초하여 해석하고 판단하는데, 문제는 객관적이고 중립적으로 보이는 '합리적 일반인의 경험칙'에 실제로는 성폭력에 관대한 분위기, 성폭력 피해자를 의심하고 비난하는 태도, 가해자에 대해 온정적인 문화가 그대로 반영되어 있으며, 그와 같은 관점에서 구성된 성폭력에 대한 통념이 성폭력 판단의 전제가 된다는 것입니다.

따라서 성폭력 피해자에 대한 통념에서 벗어난 행동이나 태도를 보이는 피해자는 법적 판단 과정에서 피해를 의심받게 됩니다. 예컨대 성폭력이라는 ‘끔찍한 일’을 당한 피해자는 평소와 다름없이 일하거나 일상생활을 할 수 없을 것이라는 인식은 대표적인 피해자에 대한 통념입니다. 그러한 통념은 성폭력 피해자가 피해 이후 가해자와 대화를 나누거나, 피해를 드러내지 않고 평소와 다름없이 일상을 이어갈 경우, 이는 피해자답지 않다고 의심하는 근거로 작동합니다. 피해자다움에 대한 통념이 피해자 진술의 신빙성을 배척하는 강력한 근거가 되는 것입니다. 이처럼 통념을 기준으로 성폭력 상황을 해석하고 판단하는 법원의 심리 과정에서 정작 피해자의 경험은 주변화되고 비가시화됩니다.

‘합리적 일반인’의 경험적 기준

이와 관련하여 장다혜는 강간죄 판례 분석을 통해 성폭력에 대한 법적 판단의 근거인 ‘합리적인 일반인의 경험적’이 남성·가해자 중심적 관점에서 구성된 것임을 지적했습니다.²⁾ 신윤진도 강간죄 판례 분석을 통해 성폭력에 대한 통념이 성폭력에 대한 구체적인 판단에 작동하고 있다는 점을 밝히면서 이는 법원이 성폭력이 발생하는 맥락에 대한 이해 부족을 드러내고 있는 것이라고 지적했습니다.³⁾

2) 장다혜(2002) “단순 강간의 형사사법상 판단기준에 관한 연구 -법 적용 및 해석에서 합리성을 중심으로-”, 이화여자대학교 대학원 여성학과 석사학위 청구논문(미간행).

3) 신윤진(2007), “의제화간의 메커니즘”, 『성폭력, 법정에서 서다: 여성의 시각에서 본 법 담론』, 한국성폭력상담소, 서울: 푸른사상.

위 연구들에서 지적하고 있듯이 법원은 아래와 같은 성폭력에 대한 대표적인 통념에 기초하여 성폭력 사안을 파악하고 해석하였으며 성폭력 판단의 근거로 삼아왔습니다.

- 성폭력은 낯선 사람에 의해 발생한다(따라서 가까운 사람 사이에서의 성적 행동은 성폭력이 아닐 가능성이 높다).
- 상대와 모텔 등 숙박업소에 들어갔다면 이는 성관계에 동의한 것이다.
- 성폭력이라는 ‘큰일’을 당한 피해자는 평소와 다름없이 일을 하거나 일상생활을 할 수 없다(따라서 피해 이후에도 가해자와 일상적인 대화를 나누거나, 정상적으로 일상을 이어간다면 성폭력 피해자라 보기 어렵다).
- 성폭력 피해를 당했다면 바로 주변에 알리거나 신고하는 것이 당연하다(따라서 그렇게 하지 않는 피해자는 성폭력 피해자라고 보기 어렵다).
- 성매매에 관련 직종에 종사하는 여성의 성폭력 피해주장은 신뢰하기 어렵다.

위 연구들⁴⁾에 따르면 ① 그동안 법원은 강간죄 판단에서 피고인과 피해자가 강간 전에 이미 알고 있는 사이거나 친밀한 관계⁵⁾인 경우, 강간을 주장하는 피해자의 진술을 신뢰하지 않는 경우가 많았습니다. 특히 피해자와 피고인이 연인관계였으며 강간 이전 가해자와 피해자 사이에 이미 성관계 경험이 있을 경우⁶⁾에는 심지어 폭행 또는 협박이 존재했다는 것이 입증된다고 할지라도 ‘강간당했다는

4) 아래에서 소개하는 판례는 위 장다혜(2004), 신윤진(2007)의 연구를 요약 정리한 것입니다.

5) 대법원 1999. 9. 21. 선고, 99도2608 판결 강간치상; 대법원 1992. 4. 14. 선고, 92도259 판결 강간치상; 대전지법 1995. 2. 22. 선고, 94고합566판결,

6) 대법원 1990. 9. 28. 선고, 90도1562 판결; 대전지방법원홍성지원 1988. 6. 24. 선고, 88고합18 판결; 서울고법 1996. 5. 30. 선고, 96노606 판결, 강간; 서울남부 1997. 3. 28. 선고, 96고합448 판결, 강간치상·강간·절도·주거침입·폭행.

피해자의 진술에 신빙성이 없다고 판단하기도 했습니다.

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... (대법원 2001.10.30. 선고, 2001도4462 판결)

피고인이 피해자와 함께 여관에 들어갈 때에 특별히 강제력을 행사한 사실이 없다면 피고인으로서 여관에 들어가는 것에 대하여 피해자가 묵시적으로 동의하였다고 생각하는 것이 일반적일 것이다. 따라서 피고인으로서 여관에 들어가는 것에 동의한 피해자에게 특별히 폭행, 협박을 가하여 강제로 성교를 하려고 시도하였다고 보기는 어렵다. 오히려 피고인의 변호대로 피고인으로서 피해자와 함께 술도 마시고 노래방을 가려다가 여관에 오게 되었으므로 피해자가 성교하는 것에도 당연히 동의하리라고 생각하는 것이 일반적이며 그와 같이 생각하여 성교를 하려고 시도하다가 의외로 피해자가 거절하고 반항하자 화가 나 피해자를 폭행하고 피해자를 여관방에 놓아 둔 채 그대로 나온 것으로 보인다. 이에 대하여 피해자는 피고인이 여관방에서 바로 자신을 폭행하여 강간을 시도하였다고 진술하지만 위와 같은 경우에 비추어 볼 때 위 피해자의 진술은 선뜻 이를 믿기 어렵고 달리 피고인이 피해자의 반항을 억압할 정도로 폭행, 협박하여 강간을 시도하였다고 볼만한 증거가 없다(서울고등법원 1998.12.2. 선고, 98노2355 판결).

또한 ② 피해자가 자발적으로 가해자와 접촉했다면 그것은 피해자가 가해자에게 성교에 응하겠다는 빌미를 제공한 것으로 보았습니다.⁷⁾ 특히 법원은 피해자가

7) 대법원 1999. 9. 21. 선고, 99도2608 판결, 강간치상; 대법원 1990. 12. 11. 선고, 90도2224, 판결, 강간치상; 대법원 2001. 10. 30. 선고, 2001도4462 판결, 강간·절도; 서울고법 1981. 9. 18. 선고, 81노1370 판결, 강간치상(예비적, 미성년자간음)피고사건; 수원지법 성남지원 1996. 6. 5. 선고, 95고합122 판결, 강간치상, 준강간, 도로교통법위반; 부산지법 1984. 8. 9. 선고, 84고합604 판결, 강간치상피고사건; 서울지법 남부지원 1985. 11. 29. 선고, 85고합907 판결, 강간치상피고사건; 서울고법 1998. 12. 2. 선고, 98노2355 판결, 강간치상(인정된 죄명, 상해)

피고인과 함께 여관 등 숙박업소에 들어간 경우 여관에 같이 들어갔다는 것을 이미 성관계에 대해 암묵적 동의를 한 것이라고 전제하고, 더욱 부정적으로 판단했습니다.

피해자가 강간을 당한 이틀 후인 1989.9.10. 23:00경 동해시내에서 약 4km 이상 떨어진 인적이 드문 무릉계곡 산장휴게소로 강간범인이라는 피고인을 불러내어 30분 내지 1시간 동안 단둘이 이야기를 나누었다는 것은, 설사 원심이 판시한 바와 같이 피해자가 남편과 평소 절친한 친구이고 성격도 암전하던 피고인으로부터 강간을 당한 것을 납득할 수 없어서 번민한 끝에 피고인을 조용히 만나 강간을 한 이유를 따져보기로 작정한 끝에 취한 행동이라고 하더라도, 강간을 당한 피해자로서는 좀처럼 취하기 어려운 거동임이 경험법칙상 명백하므로, 이와 같은 사정을 피해자의 진술의 신빙성에 대한 탄핵사유로 삼는 것이 부당하다고 할 수 없다(대법원 1992. 9. 1. 선고 92도1405 판결).

③ 이뿐 아니라 그동안 법원은 강간 후 피해자가 가해자에게 크게 문제를 제기하지 않고 헤어진다거나 혹은 다시 만나는 행위를 했을 때 피해자의 진술을 신뢰할 수 없다고 보기도 했습니다.⁸⁾ 또한, 강간 피해자가 가능한 모든

8) 대법원 1999. 9. 21. 선고, 99도2608 판결(“피고인은 피해자에게 연락할 때까지 잘 지내라고 하면서 피해자와 같이 여관에서 나온 사실 등을 인정하였다...”); 대법원 1992. 4. 14. 선고, 92도259 판결(“피해자와 가해자 공통의 진술에 의하면, 피해자는 강간 이후 가해자의 담배를 피웠다. 다만, 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...)”); 대법원 1990. 9. 28. 선고, 90도1562 판결(“피해자는 이 사건 제2공소사실인 7.18. 22:00경 피고인의 하숙방에서의 강간에 대하여, 그 날 피고인이 전화로 만나자고 해서 다방에 나갔더니 강제로 하숙방에 끌고 가 강간을 하였다고 진술하였으나, 수일 전에 자기를 강간한 피고인을 만나지 않으면 아니 될 특별한 사정도 없이 간단히 만났다는 점...”); 대법원 1990. 12. 11. 선고, 90도2224 판결(“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 감응하려 하였으나 그때마다 피해자의 거부로 그 뜻을 이루지 못하였다는 것이다”); 대법원 1992. 9. 1. 선고, 92도1405 판결, 강간치상(“피해자가 강간을 당한 이틀 후인 1989.9.10. 23:00경 동해시 내에서 약4km이상 떨어진 인적이 드문 무릉계곡 산장휴게소로 강간 범인이라는 피고인을 불러내어 30 분 내지 1시간 동안 단 둘이 이야기를

수단과 기회를 이용하여 주변인들에게 구조요청을 하였는지를 피해자가 가해자와의 성관계를 원치 않았음을 보여주는 중요한 기준으로 보면서, 강간 이전에 주변인들에게 “구조요청을 함으로써 피고인에게서 벗어날 수 있음에도 불구하고”, “손쉬운 구조요청의 기회”를 이용하지 않았다는 것은 경험칙상 쉽게 이해가 가지 않는다는 이유로 피해자의 진술을 부인하기도 했습니다.⁹⁾

피해자는 이 사건 제1공소사실인 1989.7.13.01:00경 00여관 202호실에서 강간에 대하여, 당시 공소장 기재와 같이 피고인의 피해자의 손목을 비트는 등 강제로 여관에 끌고 들어가서 강간을 하였다고 진술하고 당시 여관주인이 방을 안내하였지만 창피해서 구조를 요청하지 아니하였다는 것인 바, 대학4학년인 피해자가 강간의 위험을 느끼면서도 손쉬운 구조요청의 기회를 이용하지 아니하였다는 것은 우리의 경험칙상 쉽게 납득이 가지 아니하는 것이다(대법원 1990. 9. 28. 선고 90도1562 판결)

나누었다는 것은, 설사 원심이 판시한 바와 같이 피해자가 남편과 평소에 절친한 친구이고 성격도 양전하던 피고인으로부터 강간을 당한 것을 납득할 수 없어서 번민한 끝에 피고인을 조용히 만나 강간을 한 이유를 따져보기로 작정한 끝에 취한 행동이라고 하더라도, 강간을 당한 피해자로서는 좀처럼 취하기 어려운 거동임이 경험법칙상 명백하므로, 이와 같은 사정을 피해자의 진술의 신빙성에 대한 탄핵사유로 삼는 것이 부당하다고 할 수 없다”).

9) 대법원 1990. 9. 28. 선고, 90도1562 판결, 비슷한 판례로 대법원 1991. 5. 28. 선고, 91도546 판결, 강간치상·강간(강간도중 시아버지로부터 걸려온 전화를 받았음에도 불구하고 구조요청을 하지 않음); 대법원 1999. 9. 21. 선고, 99도2608 판결, 강간치상(거부의사를 표현하였으나 몸을 일으켜 그 장소에서 탈출하려고 하거나 소리를 질러 구조를 요청하는 등 적극적인 반항은 하지 않음); 대전지방법원 홍성지원 1988. 6. 24. 선고, 88고합18 판결, 강간(“피해자가 첫 번째 강간을 당한 후 피고인과 함께 그녀의 집 안방에 있을 때 세 들어 사는 부부가 밖에서 돌아와 피해자의 방을 두드리면서 그녀를 불렀음에도 불구하고 그들에게 피고인의 범행 사실을 알리거나 구원을 요청한 바 없다고 스스로 진술하는 바, 이는 경험칙상 수긍이 안가는 진술이다”); 서울남부 1997. 3. 28. 선고, 96고합448 판결, 강간치상·강간·절도·주거침입·폭행(“피해자는 피고인이 때리는 것이 두려워 여관 주인이나 종업원에게 구조요청을 하지 못하였다는 것인바, 야간에 주침을 경험하는 34세의 성인 여자인 피해자가 아침9시에 갑자기 강간을 당할 위기에 빠져 대로로 끌려가면서도 타인에게 전혀 구조요청을 시도하지 아니하였다는 것은 우리의 경험칙상 쉽게 납득이 가지 않아 이를 그대로 믿기 어렵다”) 등이 있다.

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(대법원 2001. 10. 30. 선고, 2001도4462 판결).

④ 또한, 강간 후 피해자가 주변인들에게 바로 구조요청을 하지 않았을 때 역시 법원은 그러한 피해자의 태도가 성폭력 피해자의 태도와 전혀 어울리지 않는다면 피해자의 피해 주장을 신뢰하지 않았습니다.¹⁰⁾

범행장소 또한 다수의 사람이 기숙하는 곳으로서 피해자가 얼마간의 반항을 하여도 주위에서 곧 알아차릴 수 있는 상황이었는 데도 그 밖에서 연탄불을 갈고 있던 공소외인도 피해자의 거부의 의사표시나 다투는 소리 이외에는 별다른 저항이나 고함을 알아차리지 못하였다는 것이고(대법원 1990. 12. 11. 선고 90도2224 판결).

옆집사람이 집에 있다는 것을 알았음에도 불구하고 알몸 상태의 남자가 방에서 밖으로 나가는 것을 보고서 소리를 질러 이웃에 구조를 요청하지 않았다는 점과 피고인이 방을 나간 짧은 순간에 동거남에게 전화를 걸어 구조요청을 하고 더 이상 도움을 요청하지 않은 점은 도저히 납득할 수 없다(대전지방법원 1995. 2. 22. 선고, 94고합566판결).

법원은 피해자의 어떠한 행위를 ‘구조요청’으로 볼 것인가에 대해 엄격하게 보아, 피해자의 거부 의사표시나 다투는 소리는 구조 요청으로 인정하지 않았고, 멀리 떨어져 있는

10) 법원 2001. 10. 30. 선고, 2001도4462 판결; 이와 비슷한 판례로 대전지법 홍성지원 1988. 6. 24. 선고, 88고합18 판결, 강간(“피고인이 간후에도 아무런 도움을 요청하지 않은 채 그대로 잠을 잤다는 것이 경험칙상 도저히 수긍이 가지 않는 진술이다”), ④ 부산지법 1984. 8. 9. 선고, 84고합604 판결, 강간치상피고사건(“강간 후 함께 산에서 내려오다가 순찰중인 순경을 만나 검문을 당했는데 그녀가 그때 아무런 말없이 피고인의 옆에 서 있었 고...”) 등이 있다.

친밀한 사람에게 구조요청을 하고 이웃에게 도움을 요청하지 않는 행위 역시 구조 요청으로 인정하지 않았습니다.

⑤ 그리고 법원은 강간이 발생한 후 고소가 신속하게 이루어지지 않았을 때 피해자 진술을 신뢰하지 않았습니다.¹¹⁾

⑥ 피해자의 품행이나 과거 성경험이 피해자 진술의 신빙성을 평가하는 데에 매우 큰 영향을 미치는 것으로 나타났습니다.

그러나 위와 같은 법원의 태도는 성폭력이 발생하는 맥락과 당시 상황에 처한 피해자의 구체적인 경험을 전혀 반영하지 못하고 있습니다. 실제로 성폭력은 학교, 직장, 가족 관계 등 아는 사람에 의해 발생하는 경우가 대다수이고¹²⁾, 따라서 신고 후 해당 관계에 미칠 영향 등을 고려하지 않을 수 없는 피해자는 피해 직후 바로 신고를 결심하지 못하는 경우도 많습니다. 게다가 직장이나 학교 등에서 알게 된

11) 부산지법 1984. 8. 9. 선고, 84고합604 판결, 강간치상피고사건(“피해자가 5일간 피고인 집에 머무르다가 집에 옷 가지러 간다고 하면서 나간 뒤 그녀의 오빠로부터 심한 꾸중을 듣고 이 사건 고소를 하기에 이르르게 되었음”); 서울고등법원 1981. 9. 18. 선고, 81노1370 판결(“피해자의 진술에 의하더라도 피해자는 이 사건 전날에도 집에 들어가지 아니하고 당시 피고인이 근무하던 신세계공업사의 기숙사에서 다른 여자종업원 2명 및 피고인을 포함한 공원 수 명과 함께 같이 잤으며 이 건 다음날에도 집에 들어가지 않고 다른 곳에서 자고 3일간 계속하여 귀가하지 않다가 어머니로부터 추궁당한 끝에 공장의 숙소에서 잤다고 거짓말을 하였으나 그것이 거짓임이 탄로되자 비로소 이 건을 발설하고 이 사건 고소를 제기케 되었다는 것이며...”)

12) 한국성폭력상담소의 <2018년 상담통계>에 따르면 '아는 사람에 의한 피해가 86.5%'로 나타났습니다(http://www.sisters.or.kr/load.asp?sub_p=board/board&b_code=7&page=1&f_cate=&sid=4848&board_md=view).

사람으로부터 성폭력 피해를 당한 경우, 신고로 인해 오히려 학업이나 고용에 불이익을 입을 가능성도 존재¹³⁾ 하기 때문에 피해 당시 적극적으로 거부 의사를 표시하기 쉽지 않은 경우도 많습니다. 그리고 그러한 이유로 피해 직후 바로 피해 사실을 신고하지 못하는 경우도 많습니다. 또한, 오히려 피해자의 행실을 비난하거나 피해를 의심하는 사회 분위기 속에서 피해자는 피해를 밝히기 주저하기도 합니다. 그런 탓에 피해자는 신고 여부 등 대응방법을 결심하기 전까지는 힘들어도 평소와 다름없이 행동할 수밖에 없습니다. 즉, 피해자의 태도가 위 성폭력에 대한 통념에 부합하지 않는다고 해서 성폭력 피해가 없었다거나 피해자의 진술을 신뢰할 수 없다고 함부로 판단해서는 안 됩니다.

그런데도 그동안 법원은 성폭력 판단에서 위와 같은 고정관념을 ‘합리적인 일반인의 경험칙’이라고 보고, 그에 부합하지 않는 피해자의 반응이나 행동을 ‘피해자답지 않다고 판단하여 그 진술의 신빙성을 배척해왔습니다. 이러한 성폭력에 대한 판단 과정에서 피해자의 관점과 경험은 비가시화되고 주변화되는 것입니다. 그 결과 성폭력에 대한 재판은 가해자가 아니라 ‘피해자 재판’이 되었습니다. 그리고 이는 결국 많은 성폭력 사건의 가해자에게 면죄부를 주는 결과로 이어졌습니다.

13) 서울여성노동자회의 <2016년 직장 내 성희롱 문제제기로 인한 불이익 조치 경험 설문조사>에 따르면 직장 내 성희롱 발생 후 피해자의 72%가 퇴사하는 것으로 나타났습니다.

04

법원의 판결의 변화 : '최협의' 폭행 협박의 기준 완화

위와 같은 법원의 태도는 '통상적인 성폭력 피해자라면 이렇게 행동할 것'이라는, 이른바 '피해자다움'이란 관점에 갇혀 성폭력 피해자의 고통을 외면해왔다는 비판을 받았습니다. 반성폭력 운동 단체들과 연구자들, 성폭력 피해자들은 성폭력에 대한 잘못된 통념을 그대로 답습하고 있는 법원의 성폭력 판단 기준을 문제 삼으면서, 피해자가 당시 처한 구체적인 상황과 경험을 고려하여 성폭력 사건을 맥락적으로 판단해야 한다는 점을 적극적으로 제기했습니다.

이에 법원의 성폭력 판단에서도 조금씩 변화가 나타나기 시작했습니다. 우선 법원은 강간죄 성립에 요구되는 '항거를 현저히 곤란하게 할 정도의 유형력 행사', 즉 폭행·협박의 정도에 대한 해석을 조금씩 넓혀가기 시작했습니다.

강간죄를 구성하는 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행 협박이 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 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 협박에 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 협박에 해당한다고 판단된다(서울북부지방법원 2004.10.22.선고, 2004고합228판결).

2004년 서울북부지방법원은 피고인이 자신의 처남과 동거하고 있던 피해자를 강간하였고, 이때 피해자가 피해 당시 ‘하지 말라’고 저항했으나, 피고인이 때릴 듯이 겁을 주어 두렵고 자포자기한 상태에서 그 이상 저항하지 못했다고 주장한 사안에 대하여, 기존 판례의 태도에서 진일보한 판단기준을 제시하였습니다. 위 법원은 “범죄에 직면한 피해자가 보이는 반응과 피해를 입은 후 피해자가 보이는 반응은 다양할 수 있으므로, 이는 나이, 성별, 성격, 문화적 배경, 개인적 경험, 범죄 전후의 정황 등을 고려하여 판단하여야 한다”라고 보고, “피해자가 두려움 때문에 자포자기하여 적극적으로 저항하지 못한 사정에 대하여 강간죄의 폭행, 협박은 당시 정황에서 피해자가 가해자의 폭행, 협박에 저항할 경우 더 강한 폭행이 초래될 것으로 예상하였고 그 판단에 상당한 이유가 있었는가를 기준으로 판단해야 한다”라고 보았습니다. 그리고 위와 같은 입장에서 피고인의 행위를 “피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행 협박에 해당한다”라고 판단했습니다.

또한, 법원은 위 판결에서 피해자가 8개월이 지난 후 고소한 점에 대하여 “이는 피고인으로부터 성폭행당한 사실이 드러날 경우 시덱과의 관계라 불편해질 것을 우려하여 참았던 것이므로, 그 정황을 이해할 수 있다”라고 하여, 기존 판결과 달리 즉시 신고하지 않은 피해자의 행동을 경험칙에 어긋나는 것으로 판단하지 않았습니다.

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.

(중략) 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 (중략)

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(대법원 2005. 7. 28. 선고2005도3071 판결).

위 판결 이후 대법원도 가해자의 폭행·협박이 있었는지에 대하여 더욱 적극적인 해석을 내놓았습니다. 대법원은 2심 법원이 성폭력 피해자가 그 장소를 탈출하려고 하거나 소리를 질러 구조를 요청하지 않았고, 그 자리를 모면할 수 있었을

것으로 보이는데도 그와 같이 행동하지 않았다는 점을 근거로 피고인에게 무죄를 선고한 사안에 대하여, “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”라는 것을 분명히 했습니다(대법원 2005. 7. 28. 선고 2005도3071 판결).

유부녀인 피해자에 대하여 혼인 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(대법원 2007.1.25. 선고, 2006도5979판결).

유부녀인 피해자에 대하여 혼인 외 성관계 사실을 폭로하겠다는 등의 내용으로 협박을 하여 피해자를 간음 또는 추행한 사안에서, 대법원은 “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 판단해야 한다”라는 기준을 제시하였습니다(대법원 2007.1.25. 선고, 2006도5979판결).

이러한 법원의 태도는 ‘통상적인 성폭력 피해자라면 어떠한 것이다’라는 성폭력에 대한 통념에 의존하여 피해자의 행위를 평가하고 판단했던 기존의 태도와 달리 성폭력 피해자가 처한 구체적인 상황과 맥락을 고려하고 그것을 판단의 기초로 삼고 있다는 점에서 의미 있는 변화입니다.

2018년 대법원의 ‘성폭력 관련 소송의 심리를 할 때에는 성인지 감수성을 잃지 말아야 한다’라는 판시도 위와 같은 판결의 흐름 속에서 도출된 것입니다. 이는 법원이 더는 이른바 ‘피해자다움’이란 통념에 갇혀 성폭력 피해자의 고통을 외면하는 잘못을 되풀이해서 안 된다는 것을 분명히 한 것입니다. 아래에서는 2018년 4월 대법원판결 이후 사회적으로 많은 기대와 우려를 불러일으키고 있는 ‘성인지 감수성’에 대하여 구체적으로 살펴보겠습니다.

05

성폭력 판단에서 편견을 배제할 책임, '성인지 감수성'

성별에 따른 불평등과 차별을 인식해야 할 책임

2018년 4월 대법원은 법원이 성희롱 관련 소송의 심리를 할 때는 그 사건이 발생한 맥락에서 성차별 문제를 이해하고 양성평등을 실현할 수 있도록 '성인지 감수성'을 잃지 않아야 한다고 판시하면서 성폭력에 대한 심리 기준을 제시했습니다. 위 판례에서 언급된 '성인지 감수성'에서 '성인지'란 성별에 따른 불평등 및 차별의 요소에 대한 인식 및 이해를 의미하는 개념으로, 대법원판결에서 새롭게 제시된 것이 아니라 이미 국내외 법 정책 분야에서 널리 쓰이는 개념입니다. 예컨대 예산이 여성과 남성에게 미치는 영향을 분석하고 이를 국가와 지방자치단체의 재정운용에 반영하는 것을 '성인지 예산'(양성평등기본법 제16조)이라고 하고, 성별 상황과 특성을 알 수 있도록 성별로 구분한 통계를 '성인지 통계'(제17조)라고 합니다. 사회 모든 영역에서 법령, 정책, 관습 및 각종 제도 등이 여성과 남성에게 미치는 영향을 인식하는 능력을 증진시키는 교육을 '성인지 교육'(제18조)이라고 하는 등, '성인지'라는 개념은 법이나 제도의 이해가 특정 성별의 요구만을 반영하지 않도록, 그리고 주변화된 집단의 경험이 배제되지 않게 하도록 가져야 하는 인식 및 이해라는 의미로 널리 쓰이고 있습니다.

'성인지 감수성' *gender sensitivity*은 성별에 따른 권력 불평등 및 차별의 요소를 인식하고 이해하는 민감성 또는 능력을 의미합니다. 이는 예술가에게 요구되는 '감성'이나 '감수성'과 다르며, 특수한 상황에 처한 타인의 행동을 이해할 수 있는 '인지능력'에 가깝습니다. 법관에게 있어

성인지 감수성은, 피해자가 성폭력 등 피해 당시 및 그 전후 상황에서 보이는 언동을 그가 처한 물리적, 사회적 성차별 상황의 맥락 하에 평가함으로써, 피해자 진술의 신빙성 판단을 그르치지 아니하고 정확하게 사실인정을 해낼 수 있는 능력이라고 볼 수 있습니다.¹⁴⁾

대법원 판례에서 성인지 감수성이 언급된 맥락은 피해자 진술의 신빙성 판단에 관한 것입니다. 피해자 진술의 신빙성 판단은 증거인 피해자 진술의 증명력에 관한 것인데, 성폭력 사건의 경우 피해자 진술이 결정적인 증거이거나 유일한 증거인 경우가 많기 때문에 피해자 진술의 신빙성 인정은 매우 중요합니다. 그런데 그간 법원은 통념에 부합하지 않는 피해자의 반응이나 행동을 ‘피해자답지 않다’라며 그 진술의 신빙성을 배척하면서 범죄사실 자체를 인정하지 않는 경우가 많았습니다. 이에 법원은 그에 대한 반성적 고려하여 ‘성인지 감수성’이라는 심리기준을 제시한 것입니다. 법원은 이를 통해 성폭력 사건을 심리할 때 통념에 기대어 함부로 피해자의 진술을 배척해서는 안 된다는 것을 분명히 했습니다.

구체적으로 대법원은 “법원이 성희롱 관련 소송의 심리를 할 때에는 그 사건이 발생한 맥락에서 성차별 문제를 이해하고 양성평등을 실현할 수 있도록 ‘성인지 감수성’을

‘피해자다움’과 성인지 감수성

잃지 않아야 한다”라면서 “우리 사회의 가해자 중심적인 문화와 인식, 구조 등으로 인하여 피해자가 성희롱 사실을 알리고 문제를 삼는 과정에서 오히려 부정적 반응이나 여론, 불이익한 처우 또는 그로 인한 정신적 피해 등에 노출되는 이른바 ‘2차 피해’를 입을 수 있다는 점을 유념하여야 하고, 피해자는 이러한 2차 피해에 대한 불안감이나 두려움으로 인하여 피해를 당한 후에도 가해자와 종전의 관계를 계속 유지하는 경우도 있고, 피해사실을 즉시 신고하지 못하다가 다른 피해자 등 제3자가 문제를 제기하거나 신고를 권유한 것을 계기로 비로소 신고를 하는 경우도 있으며, 피해사실을 신고한 후에도 수사기관이나 법원에서 그에 관한 진술에 소극적인 태도를 보이는 경우도 적지 않으므로, 이와 같은 성희롱 피해자가 처하여 있는 특별한 사정을 충분히 고려하지 않은 채 피해자 진술의 증명력을 가볍게 배척해서는 안 된다”라고 판시했습니다.

또한, 대법원은 “성폭행 피해자의 대처 양상은 피해자의 성정이나 가해자와의 관계 및 구체적인 상황에 따라 다르게 나타날 수밖에 없으므로 개별적, 구체적인 사건에서 성폭행 등의 피해자가 처하여 있는 특별한 사정을 충분히 고려하지 않은 채 피해자 진술의 증명력을 가볍게 배척하는 것은 정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따른 증거판단이라고 볼 수 없다”라고 하였습니다(대법원 2018. 4. 12. 선고 2017두74702 판결, 대법원 2018. 10. 25. 선고 2018도7709 판결 등 참조).

14) 이숙연, “성인지 감수성에 대한 단상”, 법률신문, 2019. 2. 21.
(<https://m.lawtimes.co.kr/Content/Opinion?serial=150947>)

즉, 법원은 성인지 감수성이라는 심리 기준을 제시하여 그동안 성폭력 통념에 기초하여 평가되었던 성폭력 피해자의 행동과 반응, 태도 등을 피해자가 당시 처한 구체적인 상황과 입장에서 살펴볼 필요가 있다는 것을 분명히 하였습니다. 법원이 성폭력 사건의 중요한 증거인 피해자의 진술을 비롯하여 이를 보충하는 정황들, 예컨대 가해자와 피해자의 평소 관계, 피해 이후 피해자의 태도, 신고 경위 등을 살펴볼 때 피해자가 처한 상황을 좀 더 면밀하게 살펴보아야 한다는 것입니다.

성인지 감수성과 성폭력 판단

아래에서는 ‘성인지 감수성’이라는 심리기준이 성폭력 사안에 대한 심리에서 구체적으로 어떻게 작동하는지에 대해 검토해 보겠습니다. 이를 위해 각급 법원이 같은 사실관계를 어떻게 다르게 해석하고 판단했으며 이때 그 판단의 근거를 무엇으로 삼고 있는지에 대하여 살펴보겠습니다.

1) 성희롱 교수 해임 사건

이 사건은 대학교수가 제자들을 성희롱했다는 이유로 징계 해임되었는데, 해당 교수가 불복하여 법원에 징계 처분의 취소를 구한 사건입니다. 이 사건은 대학교수의 학생들에 대한 언동이 성희롱에 해당하는지 그리고 그에 대한 피해자 진술의 증명력을 인정할 수 있는지가 쟁점이 되었습니다.

2심 서울고법 2017. 11. 10. 선고 2017누34836 판결	3심 대법원 2018. 4. 12. 선고 2017두74702 판결
<p>제1-3 징계사유 가운데 소위 ‘백허그’를 하였다 것은, 교수인 원고가 많은 학생들이 수업을 받는 실습실에서 그러한 행위를 시도하였다는 것을 상상하기 어려울 뿐만 아니라, 위 피해자가 <u>의명으로 이루어진 강의평가에서 이에 대한 언급 없이 원고의 교육방식을 긍정적으로 평가한 점 등에 비추어 볼 때 발생사실 자체를 인정하기 어렵다.</u> 다만 원고가 위 피해자의 손 위로 마우스를 잡거나 어깨동무를 하는 등의 불필요한 신체적 접촉을 한 사실은 인정할 수 있지만, 이는 원고의 적극적인 교수방법에서 비롯된 것이고 위 피해자가 그 후에도 계속하여 원고의 수업을 수강한 점 등에 비추어 볼 때 일반적으로 평균적인 사람의 입장에서 성적 굴욕감이나 혐오감을 느낄 수 있는 정도에 이른 것이라고 보기 어렵다.</p> <p>제1-2, 제1-4 징계사유와 같은 말을 한 사실은 인정할 수 있고 이는 부적절한 면이 없지 않지만, 원고는 평소 위 피해자를 비롯한 소속 학과 학생들과 격의 없고 친한 관계를 유지하면서 자주 농담을 하거나 가족 이야기, 연애상담을 나누기도 한 점, 원고와 위 피해자의 대화 가운데 극히 일부분을 전체적인 맥락을 고려하지 않은 채 문제 삼는 것은 부적절하다는 점 등을 고려하여 보면 이는 피해자인 여학생의 입장에서 성적 굴욕감이나 혐오감을 느꼈다고 보기 어렵다.</p>	<p>원심이 이에 관하여 원고가 평소 학생들과 격의 없고 친한 관계를 유지하면서 자주 농담을 하거나 가족 이야기, 연애상담을 나누기도 한 점 등을 이유로 들고, 제1-3 징계사유와 관련하여 원고가 피해자에 대하여 불필요한 신체 접촉을 한 사실이 인정되더라도 이는 원고의 적극적인 교수방법에서 비롯된 것이고 피해자가 성희롱 사실 이후에도 계속하여 원고의 수업을 수강한 점 등을 이유로 들어 원고의 행위가 일반적이고 평균적인 사람의 입장에서 성적 굴욕감이나 혐오감을 느낄 수 있는 정도에 이른 것이라고 보기 어렵다고 판단한 부분은 수긍할 수 없다. 이와 같은 이유 설시는 자칫 법원이 성희롱 피해자들이 처한 특별한 사정을 고려하지 않은 채 <u>은연중에 가해자 중심적인 사고와 인식을 토대로 평가를 내렸다는 오해를 불러일으킬 수 있어 적절하지 않다.</u></p>

제3-1 내지 5 징계사유에 관한 피해자 소외 2의 진술은 다음과 같은 이유로 신빙성을 인정하기 곤란하다. 그리고 그 진술 내용에 의하더라도 원고의 강의에 대한 학생들의 평가가 매우 좋았던 점, 원고가 평소 친밀감의 표현으로 다수의 제자들을 향하여 팔을 벌려 안으려는 듯한 자세를 취한 것을 과장한 것이 아닌가 의심이 드는 점, 위 피해자가 원고에게 보보를 한 것은 그녀의 친구들이 벌인 장난 가운데 일어난 일로서 원고가 이를 강요하였다고 볼 수 없는 점 등에 비추어 볼 때 그 징계사유를 모두 인정할 수 없다.

첫째로, 피해자 소외 2는 최초 소외 1의 부탁을 받고 자신의 성희롱 사건도 함께 신고하게 된 것인데, 자신의 피해사실에 대하여는 형사고소 이후 수사기관이나 법원에서 진술을 거부하면서도 소외 1의 피해사실에 대하여는 증인으로 출석하여 자유롭게 진술하고 있는데, 이를 성희롱 내지 성추행 피해자로서의 대응이라고 볼 수 있을지 의문이다.

둘째, 위 피해자가 자신의 진술서를 작성한 것은 2014. 12. 17. 무렵인데, 그 기재 내용은 2013년부터 2014년 전반기까지 일어난 일들이어서 소외 1의 권유 또는 부탁이 없었다라면 과연 한참 전의 원고 행위를 비난하거나 신고하려는 의사가 있었는지 의심스럽다.

법원이 성희롱 관련 소송의 심리를 할 때에는 그 사건이 발생한 맥락에서 성차별 문제를 이해하고 양성평등을 실현할 수 있도록 '성인지 감수성'을 잃지 않아야 한다(양성평등기본법 제5조 제1항 참조). 그리하여 우리 사회의 가해자 중심적인 문화와 인식, 구조 등으로 인하여 피해자가 성희롱 사실을 알리고 문제를 삼는 과정에서 오히려 부정적 반응이나 여론, 불이익한 처우 또는 그로 인한 정신적 피해 등에 노출되는 이른바 '2차 피해'를 입을 수 있다는 점을 유념하여야 한다. 피해자는 이러한 2차 피해에 대한 불안감이나 두려움으로 인하여 피해를 당한 후에도 가해자와 종전의 관계를 계속 유지하는 경우도 있고, 피해사실을 즉시 신고하지 못하다가 다른 피해자

등 제3자가 문제를 제기하거나 신고를 권유한 것을 계기로 비로소 신고를 하는 경우도 있으며, 피해사실을 신고한 후에도 수사기관이나 법원에서 그에 관한 진술에 소극적인 태도를 보이는 경우도 적지 않다.

이와 같은 성희롱 피해자가 처하여 있는 특별한 사정을 충분히 고려하지 않은 채 피해자 진술의 증명력을 가볍게 배척하는 것은 정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따른 증거판단이라고 볼 수 없다.

셋째, 위 피해자는 이전에는 원고와 격의 없이 지내다가 이 사건 해임처분이 있은 이후로는 원고를 만나는 것을 피하고 있는 것으로 보이는데, 이로 미루어 볼 때 위 피해자가 자신의 피해사실에 대하여 수사기관 등에서 진술을 거부한 이유는 자신의 신고로 인한 책임추궁이 두려기 때문으로 의심된다.

넷째, 위 피해자는 원고에 대한 형사고소를 하지 않을 것을 약속하는 각서를 작성하여 주는 대신 원고에게도 자신에 대한 법적 대응을 하지 않도록 요구하여 그러한 내용의 원고 명의 각서를 공중사무소에서 인증받기까지 하였는데, 이는 통상 피해자가 단순히 가해자를 용서하는 합의를 하여주는 행동이라고 보기에는 이례적이다.

원고의 행위가 성희롱에 해당하는지 여부는 가해자가 교수이고 피해자가 학생이라는 점, 성희롱 행위가 학교 수업이 이루어지는 실습실이나 교수의 연구실 등에서 발생하였고, 학생들의 취업 등에 중요한 교수의 추천서 작성 등을 빌미로 성적 언동이 이루어지기도 한 점, 이러한 행위가 일회적인 것이 아니라 계속적으로 이루어져 온 정황이 있는 점 등을 충분히 고려하여 우리 사회 전체의 일반적이고 평균적인 사람이 아니라 피해자들과 같은 처지에 있는 평균적인 사람의 입장에서 성적 굴욕감이나 혐오감을 느낄 수 있는 정도였는지를 기준으로 심리 판단하여야 옳았다.

이 사건 2심 법원은 피해자가 해당 교수에 대한 강의평가에 대해 피해에 대한 언급 없이 교육방식을 긍정적으로 평가한 점, 피해자가 피해 이후에도 계속하여 해당 교수의 수업을 수강한 점, 다른 피해 학생이 신고하자고 하자 비로소 신고하는 등의 피해자의 태도나 행동이 피해자답지 않으므로 해당 교수의 언동이 성희롱에 해당한다고 보기 어렵다는 취지로 판단하였으나, 대법원은 성희롱 피해자가 처하여 있는 특별한 사정을 고려할 때 피해자 진술의 신빙성이 충분히 인정된다고 보고 해당 교수에 대한 대학의 징계가 적법하다고 판단했습니다.

그러나 대법원은 이 사건을 2심과 달리 판단했습니다. 이 사건에 대하여 대법원은 최초로 성폭력 심리기준으로 '성인지 감수성'을 제시하면서, 교수와 제자라는 권력 관계, 신고할 경우 피해자가 겪을 수도 있는 성적이나 진로에 대한 불이익, 성폭력 피해자의 심리 상태 등을 적극적으로 고려하여 피해자 진술의 신빙성을 판단했습니다. 2심 판결이 피해자가 신고하지 않고 있다가 다른 피해자의 신고 권유한 것을 계기로 비로소 신고를 한 사실이나, 피해자가 피해 사실을 신고한 후에도 수사기관이나 법원에서 그에 관한 진술에 소극적인 태도를 보인 사실 등을 근거로 피해자 진술의 신빙성을 의심하여 해당 대학교수에 대한 징계사유가 인정되지 않는다고 판단한 것과 달리, 대법원은 위와 같은 사정을 2차 피해에 대한 불안감이나 두려움을 가질 수 있는 성폭력 피해자로서 보일 수 있는 반응이라고 판단하고 성희롱 피해자가 처하여 있는 특별한 사정을 충분히 고려하지 않은 채 피해자 진술의 증명력을 가볍게 배척하는 것은 정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따른 증거판단이라고 볼 수 없다고 판단했습니다.

2) 남편의 친구로부터 성폭력 피해를 당한 사건

이 사건은 남편의 친구로부터 성폭력 피해를 당한 사안입니다. 이 사건은 성폭력 피해를 당하였다고 주장하는 피해자 진술의 신빙성을 인정할 수 있는지가 쟁점이 되었습니다.

2심 대전고법 2018. 5. 4. 선고 2017노477 판결	3심 대법원 2018. 10. 25. 선고 2018도7709 판결
<p>(1) 피해자와 피고인의 문자메시지 내역이 삭제되어 그 내용을 확인할 수 없고, 피해자가 피고인으로부터 폭행을 당한 다음 날 피고인과 식사를 하고, 그 무렵부터 네 번 정도 더 피고인을 만나 자신의 일상에 관한 이야기를 하였다. 모텔 CCTV 영상에서 피해자가 모텔에 들어가는 과정에서 겁을 먹었다는 사정이 보이지 않고, 오히려 모텔에 가기 직전에 남편 공소와 2에게 '졸려서 먼저 자겠다'는 내용의 카카오톡 메시지를 보냈을 뿐, 수사기관이나 남편에게 피고인의 협박사실을 알리지 않았다. 이러한 점에 비추어, 피고인이 피해자를 계속하여 협박하였고 이로 인해 피해자가 모텔로 들어갈 때까지 외포된 상태에 있었는지 의문이 든다.</p> <p>(2) 피해자가 모텔에서 피고인과 성관계를 가진 후 피고인에게 생리대에 관하여 이야기하였고, 화장실에서 샤워하고 나와 피고인과 담배를 피우며 남편 등 가정 관련 대화를 10여 분 하다가 모텔에서 나온 것은, 성관계를 갖기 위해 피해자를 협박한 사실이 없고 자유로운 의사에 따라 성관계를 한 것이라는 피고인의 주장에 더 부합하는 측면이 있고, 위 모텔 CCTV 영상에서 피해자가 모텔에서 나와 차를 타고 돌아갈 때 강간을 당했다거나 외포된 상태에 있다는 사정이 확인되지 않는 점에 비추어, 피고인이 실제로 피해자를 폭행·협박하였고 이로 인하여 피해자가 항거가 불가능하게 되거나 현저히 곤란하게 되어 간음에 이른 것인지 의문이 든다.</p>	<p>피해자 진술의 신빙성에 관하여 본다.</p> <p>(가) 기록과 대조하여 살펴보면, 피해자의 위와 같은 진술 내용은 수사기관에서부터 제1심 법정에 이르기까지 일관될 뿐만 아니라 매우 구체적임을 알 수 있다. 또한 위 진술이 경험칙에 비추어 비합리적이거나 진술 자체로 모순되는 부분을 찾기 어렵다.</p> <p>(나) 원심이 피해자 진술의 신빙성을 배척하는 이유로 들고 있는 사정들은, 피해자가 처한 구체적인 상황이나 피고인과 피해자의 관계 등에 비추어 피해자의 진술과 반드시 배치된다고나 양립이 불가능한 것이라고 보기 어렵다.</p> <p>그럼에도 원심이 그러한 사정들을 근거로 피해자 진술의 신빙성을 배척한 것은 성폭행 피해자가 처하여 있는 특별한 사정을 충분히 고려하지 않음으로써 성폭행 사건의 심리를 할 때 요구되는 '성인지 감수성'을 결여한 것이라는 의심이 든다.</p> <p>① 피고인과 피해자의 진술에 의하더라도 당시 피해자는 피고인과 맥주를 마시고 이야기만 하다가 나오기로 하고 모텔에 갔다는 것이고, 모텔 CCTV 영상에 의하더라도 당시 피해자가 피고인과의 신체 접촉 없이 각자 떨어져 앞뒤로 걸었던 것뿐이다. 그럼에도 이러한 사정을 들어 피해자가 겁을 먹은 것처럼 보이지 않고 나아가 모텔 객실에서 폭행·협박 등이 있었는지 의문이 든다고 판단한 것은 납득하기 어렵다.</p>

(3) 피해자는 공소외 2가 베트남에서 귀국하여 바로 집에 들렀을 당시에 곧바로 강간피해 사실을 말하지 않고 그날 저녁 경에 비로소 말하였다는 것인데, 공소외 2와 피고인이 어렸을 때부터 친구였고 조직폭력단체 내에서의 위상도 비슷하거나 공소외 2가 더 높아, 피해자가 공소외 2에게 피해 사실을 얘기할 경우 피고인에게 어떠한 조치를 가할 수 있을 것으로 보임에도 즉시 얘기하지 않은 것은, 피고인의 계속된 협박 등으로 강간을 당할 수밖에 없을 정도로 외포된 상태였다는 피해자의 진술에 부합하지 않는다.

② 피해자의 집과 범행 장소인 이 사건 모텔은 매우 가까운 곳에 위치하고 있었다. 이동에 소요되는 시간과 피해자가 당일 공소외 2에게 카카오톡 메시지를 보낸 시각, 위 모텔 주차장에 도착한 시각 등을 고려해 보면, 피고인과 피해자가 모텔에 가기로 예정된 상태에서 피해자가 공소외 2에게 앞서 본 바와 같은 내용의 메시지를 보낸 것이라고 단정할 수 없다. 더욱이 피고인도 당일 피해자의 집 앞에서 만났을 때는 모텔에 가기로 하였던 것은 아니라고 진술하였다. 물론 피해자가 위 메시지를 보낼 당시 이미 피고인의 전화를 받고 집 앞에서 만나기로 하였기 때문에 미리 공소외 2에게 앞으로 전화를 받지 못하는 사정을 꾸며서 알린 것일 가능성도 있다. 하지만 피해자의 입장에서 늦은 밤에 피고인과 단둘이 만난다는 사실을 남편에게 일부러 알릴 수도 없는 노릇이므로 이는 오히려 자연스러운 것이라고 볼 수 있다.

피해자는 공소외 2가 베트남에 있는 내내 공소외 2와 카카오톡으로 대화를 주고받고 영상통화를 해왔음에도 공소외 2에게 피고인으로부터 이 사건 폭행을 당한 사실이나 공소외 2의 사생아에 관한 이야기를 들은 사실 등 피고인에 대한 일체의 언급을 하지 않았다.

③ 피해자가 이 사건 폭행을 당한 날부터 2017. 4. 14.까지 피고인과 주고받은 휴대전화 메시지를 모두 삭제한 것은 사실이다.

이에 대해 피해자는 경찰에서 피고인이 만날 때마다 자신에게 보낸 문자를 모두 지우라고 해서 피고인이 보는 자리에서 모두 지운

것이라고 일관되게 진술하였고, 경찰 수사에서 메시지 등을 복원할 수 있다는 이야기를 듣고 자신의 휴대전화를 자진하여 제출하기까지 하였다.

④ 피고인과 피해자는 서로 남편의 친구, 친구의 처 사이로서 2016. 12.경 피해자와 공소외 2가 이사 가기 전까지 한 동네에 살면서 부부동반으로 만나기도 하고, 피고인의 처와 피해자는 자주 어울리며 친하게 지냈다. 그러므로 피해자가 피고인과 만나 피해자의 가족이나 일상에 관하여 대화를 하는 것은 오히려 자연스럽고, 피해자가 피고인과 대화하면서 별다른 의미를 두지 않고 대답해주었다고 하여 그것이 피해자 진술의 신빙성을 배척할 만한 사정이라고 볼 수 없다.

⑤ 피해자가 모텔에서 피고인과 성관계를 가진 후 피고인과 생리대에 관하여 이야기하거나 샤워 후에 피고인과 담배를 피우며 남편 등 피해자의 가정에 관한 대화를 10여 분 하다가 모텔에서 나온 것도 피해자 진술의 신빙성을 부정할 만한 사정이라고 보기에 부족하다. 강간을 당한 피해자의 대처 양상은 피해자의 성정이나 구체적인 상황에 따라 각기 다르게 나타날 수밖에 없다.

피해자는 이전부터 계속되어 온 피고인의 협박으로 이미 외포된 상태에서 제대로 저항하지 못한 채 피고인으로부터 강제로 성폭행을 당하였다는 것이고, 수치스럽고 무서운 마음에 반항을 하지 못하고 피고인의 마음이 어떻게 변할지 몰라 달랬다는 것이므로, 피해자로서는 오로지 피고인의 비위를 거스르지

않을 의도로 위와 같은 대화를 하였던 것으로 보이고, 이러한 사정이 성폭행을 당하였다는 피해자의 진술과 양립할 수 없다고 보기 어렵다.

⑥ 공소외 2는 베트남에서 귀국한 당일 잠깐 집에 들러 옷만 갈아입고는 다시 집을 나가 광주에 있는 장례식에 가는 상황이었으므로, 피해자가 이 사건 강간피해 사실을 공소외 2가 귀국하여 집에 도착한 즉시 말하지 않고 그날 저녁에 공소외 2가 장례식장에서 돌아온 이후에야 말하였다는 사정이 피해자 진술의 신빙성을 배척할 만한 사정이라고 볼 수 없다.

⑥ 공소외 2는 베트남에서 귀국한 당일 잠깐 집에 들러 옷만 갈아입고는 다시 집을 나가 광주에 있는 장례식에 가는 상황이었으므로, 피해자가 이 사건 강간피해 사실을 공소외 2가 귀국하여 집에 도착한 즉시 말하지 않고 그날 저녁에 공소외 2가 장례식장에서 돌아온 이후에야 말하였다는 사정이 피해자 진술의 신빙성을 배척할 만한 사정이라고 볼 수 없다.

원심 실시와 같이 공소외 2가 과거 조직폭력단체 내에서 피고인과 위상이 비슷하거나 더 높았다고 하더라도, 공소외 2가 피고인과 친구 사이이고, 이미 약 7년 전에 조직폭력단체에서 탈퇴한 점을 고려하면, 공소외 2가 피고인에게 어떠한 조치를 취할 수 있었다고 단정할 수 없고, 설령 공소외 2가 어떠한 조치를 취할 수 있었다고 하더라도 피해자가 남편인 공소외 2에게 강간피해 사실을 곧바로 말하지 않은 것을 두고 피해자 진술의 신빙성을 배척하는 사유로 삼은 것은 납득하기 어렵다.

이 사건 2심 법원은 피해자가 강간을 당했다고 하면서도 피해 이후 샤워를 하고, 가해자와 가정 관련 대화를 하고 함께 담배를 피운 점 등이 '강간을 당한 직후의 행동으로 보기 어렵다'라며 '피해자다움'을 무죄 판단 기준으로 삼았습니다.

그러나 1심과 2심 판결을 뒤집고 피고인에게 유죄를 선고한 대법원은 “성폭행 피해자의 대처 양상은 피해자의 성정이나 가해자와의 관계 및 구체적인 상황에 따라 다르게 나타날 수밖에 없고”, “피해자 진술이 경험칙에 비추어 비합리적이거나 진술 자체로 모순되는 부분이 없고, 또한 허위로 피고인에게 불리한 진술을 할 만한 동기나 이유가 분명하게 드러나지 않는 이상, 그 진술의 신빙성을 특별한 이유 없이 함부로 배척해서는 아니 되고, 개별적, 구체적인 사건에서 성폭행 등의 피해자가 처하여 있는 특별한 사정을 충분히 고려하지 않은 채 피해자 진술의 증명력을 가볍게 배척하는 것은 정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따른 증거판단이라고 볼 수 없다”고 하면서,

위와 같은 사정이 피해자가 처한 구체적인 상황이나 피고인과 피해자의 관계 등에 비추어 피해자의 진술과 반드시 배치된다거나 양립이 불가능한 것이라고 보기 어렵다고 판단했습니다.

대법원은 오히려 위와 같은 사정들을 근거로 피해자 진술의 신빙성을 배척한 것은 성폭행 피해자가 처하여 있는 특별한 사정을 충분히 고려하지 않음으로써 성폭행 사건의 심리를 할 때 요구되는 '성인지 감수성'을 결여한 것이라고 하면서, 피해자에게 일관되게 나타나는 '피해자다움'은 없으며, 이는 유무죄 판단의 기준이 될 수 없다는 점을 분명히 했습니다.

3) 성폭력 피해자를 무고죄로 고소한 사건

이 사건은 피해자(무고죄 사건의 피고인)가 강제추행 혐의로 가해자를 고소하자, 가해자가 피해자를 무고죄로 역고소한 사건입니다. 이 사건 1심과 2심 법원은 사건 전후 피해자의 태도가 성폭력 피해자답지 않았다는 점을 문제 삼아 피해자에 대한 무고죄 혐의를 유죄로 인정하였으나, 대법원은 '피해자임을 주장하는 자가 처하였던 특별한 사정을 충분히 고려하지 아니한 채 진정한 피해자라면 마땅히 이렇게 하였을 것이라는 기준을 내세워 피해를 입었다는 점 및 신고에 이르게 된 경위 등에 관한 진술을 쉽게 배척해서는 안 된다'라고 판단하고 피해자에게 무죄를 선고했습니다.

2심 대법고법 2018. 5. 4. 선고 2017노477 판결	3심 대법원 2019. 7. 11. 선고 2018도2614 판결
<p>1) 피고인이 강제추행으로 고소한 내용에 대하여 공소외인은 수사기관에서 무혐의처분을 받았고, 피고인이 제기한 재정신청마저 기각되었다.</p> <p>2) 피고인이 공소외인과 단둘이서 4시간 동안이나 함께 술을 마시고 그 후 상당한 시간 동안 산책을 하기도 했는데, 그 과정에서 피고인이 성적 수치심을 느꼈다고 볼 만한 사정을 찾아볼 수 없고 오히려 피고인은 공소외인에 대하여 호의적인 태도를 가졌던 것으로 보인다.</p> <p>3) 피고인과 공소외인이 술집에서 나온 뒤의 상황이 촬영된 CCTV 영상에는 공소외인이 피고인을 추행하였다고 볼 만한 장면을 찾아볼 수 없고, 오히려 피고인과 공소외인이 자연스럽게 신체적인 접촉을 하는 듯 한 장면이 다수 나타난다.</p> <p>4) 피고인의 고소내용 자체에 의하더라도 공소외인이 당시 피고인에게 어떠한 유형력을 행사하거나 협박성 발언을 한 것은 아니다.</p> <p>5) 만약 피고인이 갑작스러운 공소외인의 행위로 인해 실제 두려움을 느꼈다면 주변에 도움을 요청하였을 것인데, 그와 같이 대처하지 아니하고 공소외인과 헤어질 당시 공소외인이 뒤따라오는 상황에서 단순히 택시를 타고 떠났다는 것은 쉽사리 납득하기 어렵다.</p> <p>6) 한편 피고인은 고소에 이르게 된 동기에 대하여 단지 공소외인이 무고대상 사건 범행에 대하여 자신에게 진심으로 사과하지 않았기 때문이라고 일관되게 주장하고 있으나, 이 사건</p>	<p>원심이 유죄인정의 근거로 밝힌 사정들은 피고인의 고소내용이 객관적으로 허위임을 뒷받침하는 논거로 삼기에 적절하다고 보기 어렵다.</p> <p>피고인이 입맞춤 등을 당하기 이전에 공소외인과 사이에 손을 잡는 등 다른 신체접촉이 있었다거나 공소외인의 유형력 행사나 협박성 발언이 있었는지, 피고인이 강제추행을 당한 직후 공포감을 느끼어 주변에 도움을 요청하였는지 등은 피고인이 공소외인으로부터 일순간에 기습추행을 당하였는지 여부와 직접적인 관련이 없기 때문이다.</p> <p>나아가 설령 피고인이 이 사건 당일에 일정 수준의 신체접촉을 용인한 측면이 있다 하더라도, 피고인은 신체의 자유와 자기결정권을 갖는 주체로서 언제든 그 동의를 번복할 수 있을 뿐 아니라 자신이 예상하거나 동의한 범위를 넘어서는 신체접촉에 대해서는 이를 거부할 자유를 가지므로, 피고인이 주장하는 기습추행이 있기 전까지 공소외인과 사이에 어느 정도의 신체접촉이 있었다고 하여, 입맞춤 등의 행위에 대해서까지 피고인이 동의하거나 승인을 하였다고 인정하기는 어렵다.</p> <p>그 밖에 공소외인이 사건 당일에 피고인에게 보낸 문자메시지 내용이 여러 가지 의미로 해석 가능한 점이나, 공소외인이 피고인을 무고죄로 고소하는 과정에서 자신의 고소대리인을 통하여 개진하였던 주장과 이 사건 제1심 법정에서 증언한 내용이 다르다는 점 역시 피고인이 공소외인으로부터 기습추행을 당하였다는 것이</p>

당일의 바로 다음날인 2014. 5. 27.경 공소외인이 무릎까지 꿇고 피고인에게 사과를 한 것으로 보이는 점에 비추어 보면, 고소 동기에 대한 피고인의 위 주장도 험사리 납득하기 어렵다.

객관적 진실에 반하는 허위사실이라고 단정하기 어렵게 한다. 반면 원심이 피고인에게 무고의 동기가 있다고 본 사정은 무고죄 성립의 근거로 삼을 만한 것이 되지 못한다.

이 사건 1심과 2심 법원은 피해자가 사건 당시 피고소인에 대하여 호의적인 태도를 보였던 사실, 기습추행 전에 자연스러운 신체 접촉이 있었던 사실, 당시 피해자가 두려움을 느꼈다면 주변에 도움을 요청하였을 것인데 그와 같이 대처하지 아니한 사실 등을 들어 기습추행을 당했다는 피해자의 주장이 허위라는 취지로 판단했습니다.

그러나 대법원은 피해자임을 주장하는 사람이 신고한 성폭력 사실이 불기소 처분 또는 무죄판결이 선고된 경우, 반대로 이러한 신고 내용이 객관적 사실에 반하여 무고죄가 성립하는지 여부를 판단할 때에도, '성폭행 피해자의 대처 양상은 피해자의 성격이나 가해자와의 관계 및 구체적인 상황에 따라 다르게 나타날 수밖에 없고 따라서 개별적, 구체적인 사건에서 성폭행 등의 피해자가 처하여 있는 특별한 사정을 충분히 고려하지 않은 채 피해자 진술의 증명력을 가볍게 배척해서는 안 된다는 법리가 적용되어야 한다고 보았습니다. 즉, 대법원은 입맞춤 등 기습추행을 당하기 이전에 가해자와 손을 잡는 등 다른 신체접촉이 있었다거나 피해자가 강제추행을 당한 직후 주변에 도움을 요청하지 않은 사정 등은 피해자가 가해자로부터 일순간에

기습추행을 당하였는지 여부와 직접적인 관련이 없으므로 고소내용이 객관적으로 허위임을 뒷받침하는 논거로 삼기에 적절하다고 보기 어렵다고 판단하고 피해자에게 무죄를 선고했습니다.

4) 도지사예 의한 위력 성폭력 사건

이 사건은 도지사가 수행 비서를 위력으로 성폭력 한 사건으로 1심 법원은 피해자의 피해 이후의 행동이 성폭력 피해를 당한 일반적인 피해자라면 도저히 보일 수 없는 행동이라고 판단하고 피해자 진술의 신빙성을 배척하여 피고인에게 무죄를 선고하였습니다. 그러나 2심 법원은 피해자 진술의 신빙성, 증인들 진술의 신빙성, 피해자가 허위 진술하거나 피고인을 무고할 동기나 이유가 있는지, 피해자가 피해를 밝히고 고소에 이르게 된 경위, 피고인 진술의 신빙성, 피고인이 피해자에게 명시적인 동의를 구했는지 등을 자세히 심리하여 1심 판결을 뒤집고 피고인에게 유죄를 선고했습니다. 이후 대법원도 2심 판결을 그대로 확정했습니다.

1심 서울서부지방법원 2018. 8. 14. 선고, 2018고합75 판결	2심 서울고등법원 2019. 2. 1. 선고 2018 노2354 판결
<p>피해자가 피해가 발생한 때로부터 몇 시간이 지난 후인 당일 아침에 피고인을 위해 다른 직원 등을 동원해 인근의 식당을 물색하려고 애쓰는 점, 간음 사건이 발생한 당일 저녁에 피해자가 피고인을 동행하여 와인바에 가서 담소를 나누는 점,</p> <p>러시아에서 귀국한 당일 가해자가 이용했던 미용실을 이용한 점,</p> <p>피해 이후에도 평소와 다름없이 가해자를 적극 지지하는 취지로 대화를 나누는 점 등은 피해자가 피고인으로부터 위력에 의한 간음 피해를 당했다는 증언 진술을 그대로 믿기 어려운 상황임을 부정할 수 없다.</p>	<p>피고인의 변호인들은 피해자가 도저히 위력간음 피해를 당한 피해자라고 볼 수 없는 행동을 하였으므로 피해자 진술은 신빙성이 없다는 취지의 주장을 한다. <u>성폭행 피해자의 대처 양상은 피해자의 성정이나 피해자와 가해자와의 관계에 따라 다르게 나타날 수밖에 없는데, 피고인 변호인들의 이 부분 주장은 그 주장자체로 특정하게 정형화한 성범죄 피해자의 반응만을 정상적이라고 보는 편협한 관점에 기반한 것으로서 그자체로 받아들이기 어렵다고 할 것이다.</u></p> <p>피고인의 변호인들은 피해자가 피해를 입고도 피고인으로부터의 도피 또는 회피 없이 당일 아침부터 평소와 다름없이 근접거리 수행을 하고 식당을 찾는 등 보통 이상의 열의를 가지고 피고인에 대한 진심어린 배려를 한 점에 비추어 간음피해를 당한 진정한 피해자로 보기 어렵다는 취지의 주장을 한다.</p> <p><u>살피건대 당시 피고인의 순방에 동행한 사람들 중 피해자만이 비서실 소속이었던 데다가 피고인의 식사메뉴를 확인 보고하는 등의 업무는 수행비서 본연의 업무에 속하는 것이고, 피해자가 수행비서로서의 업무를 중단한 채 홀로 귀국하는 등 즉각적인 조치를 취하지 않기로 한 이상 비록 그것이 간음 피해를 입은 당일 아침이라 하더라도 수행비서로서 피고인을 위하여 식당과 식사메뉴 등을 알아볼 수밖에 없었을 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면 피해자가 피고인의 수행비서로서 업무를 성실히 수행하였다고하여, 그러한 피해자의 행동이</u></p>

	<p>실제로 간음 피해를 당한 피해자의 모습이라고 보기 어렵다고 할 수 없다.</p> <p>당시 피해자는 피고인의 지시로 통역관 부부와 함께 와인 바에 가게 된 것이다.</p> <p>피해자가 서울에 아는 미용실이 없었고 미용실 가까이에 약속이 있었던 차에 전에 방문한 적이 있는 미용실에 간 것이고, 미용사에게 일이 적성에 잘 맞는다는 말을 하였더라도 그러한 사정만으로 피해자가 성폭력 피해를 당한 일반적인 피해자라면 도저히 보일 수 없는 행동을 한 것이라고는 보기 어렵다.</p> <p>피고인의 변호인들은 피해자가 피해 이후에도 피고인과 가까운 동료에게 이모티콘을 사용하거나 친근감을 표시하는 문자메시지를 주고받았다며 성범죄 피해자라면 도저히 보일 수 없는 행동을 하였다는 취지의 주장을 한다.</p> <p>그러나 피해자가 피고인 뿐 아니라 다른 사람들에게도 특별한 의미를 부여하지 않고 일상적 습관적으로 사용하는 것에 불과한 것으로 볼 수 있는 점을 고려하면, 피해자가 피고인에게 특별히 친근감을 표시하고 있다고 보기 어렵다.</p>
--	--

이 사건에서 주요 쟁점이 되었던 부분은 피해자 진술의 신빙성 판단과 관련하여 피해자의 피해 전후의 행동과 태도가 성폭력 피해자로서 할 수 있을 만한 것인지였습니다. 1심 법원은 피해자가 피해가 발생한 때로부터 몇 시간이 지난 후인 당일 아침에 피고인을 위해 다른 직원 등을 동원해 인근의 식당을 물색하려고 애쓴 점, 간음 사건이 발생한 당일 저녁에 피해자가 피고인을 동행하여 와인바에 가서 담소를 나눈 점, 러시아에서 귀국한 당일 가해자가 이용했던 미용실을 이용한 점, 피해 이후에도 평소와 다름없이 가해자를 적극 지지하는 취지로 대화를 나눈 점 등을 들어 이러한 행동이 ‘피해자답지 않다’라고 판단하고 이를 피해자 진술의 신빙성을 배척하는 근거로 삼았습니다.

그러나 2심 법원은 성폭행 피해자의 대처 양상은 피해자의 성격이나 가해자와의 관계 및 구체적인 상황에 따라 다르게 나타날 수밖에 없고 따라서 개별적 구체적인 사건에서 성폭행 등의 피해자가 특별한 사정을 충분히 고려하지 않은 채 피해자 진술의 증명력을 가볍게 배척해서는 안 된다는 대법원의 법리를 다시 한번 확인하면서, ‘피해 이후 피해자의 행동이 ‘피해자답지 않다’라며 피해자의 진술은 신빙성이 없다는 취지의 피고인 측 주장은 그 주장 자체로 특정하게 정형화된 성범죄 피해자의 반응만을 정상적인 태도라고 보는 편협한 관점에 기반한 것’이라고 지적했습니다. 그리고 이러한 관점에 기초하여 “피해자의 피해 이후의 행동이 성폭력 피해를

당한 일반적인 피해자라면 도저히 보일 수 없는 행동을 한 것이라고 보기 어렵다”고 판단했습니다.

위 판결 내용을 종합해보면, 성인지 감수성을 심리 기준으로 제시하며 피해자 진술의 신빙성을 판단한 법원들은 우리 사회에 존재하는 성폭력 피해자에 대한 선입견과 ‘피해자다움’에 관한 통념을 최대한 배제하고 피해자가 처한 구체적인 상황을 고려하여 피해자의 반응이나 행동을 파악하고자 했다는 것을 확인할 수 있습니다.

06

나가며

법원이 말하는 '성인지 감수성'이란 성폭력 사안에 대한 법적 판단에서 무조건 피해자의 말을 믿어야 한다는 것이 아닙니다. 성인지 감수성을 가지고 성폭력 사안을 심리한다는 것은 성폭력 피해자가 처해있는 구체적인 상황, 가해자와의 관계, 사건이 발생하게 된 경위 등을 심리과정에서 충분히 고려하여 판단하여야 한다는 의미이며, 이는 성폭력과 성폭력 피해자에 대한 통념에서 자유롭지 못했던 법원이 성폭력 사건 심리에 있어 지향하여야 할 기준을 제시한 것이라는 점에서 의미가 있습니다.

성인지 감수성은 성폭력 피해자에 대한 통념과 왜곡된 상에서 탈피해 성폭력 사건의 실제적 진실을 발견하기 위해 꼭 필요한 심리기준이라고 해도 과언이 아닙니다. 성인지 감수성은 법원이 보다 정확하게 사안을 파악하고 이를 바탕으로 공정한 판결을 실현하는데 이바지할 수 있는 유용한 도구가 될 것입니다.

부록

성인지 감수성에 대한 오해 Q&A

‘감수성’으로 재판을 하나요?

‘감수성’이라는 단어가 보통 ‘문학적 감수성’, ‘감수성이 풍부하다’와 같은 용례로 쓰이는 경우가 많은 탓에, 법원이 성폭력 사건의 심리 기준으로 제시하고 있는 ‘성인지 감수성’은 법원이 이성이나 합리적 기준이 아니라 ‘감정’ 또는 ‘감성’으로 법적 판단을 한다는 것으로 종종 오해됩니다. 그러나 여기서 성인지 감수성이란 성별에 따른 권력 불평등 및 차별의 요소를 인식하고 이해하는 민감성 또는 능력을 의미합니다. 이는 ‘감성’이나 ‘감정’과 다르며, 특수한 상황에 처한 타인의 행동을 이해할 수 있는 ‘인지능력’이라고 볼 수 있습니다.

법원이 어떤 사안의 실제적 진실을 파악하기 위해서는 해당 사안에 대한 민감한 인식과 충분한 이해가 필요합니다. 즉 사안에 대한 감수성이 요구된다는 것입니다. 예컨대 인종차별 사안을 심리할 경우 법원은 인종차별이 발생하는 구조와 맥락, 차별을 당하는 소수인종의 경험에 대한 인식이 있어야 그 사건의 본질을 더욱 정확히 파악할 수 있습니다. 또한, 장애인에 대한 부당한 처우와 관련한 사안을 심리할 경우, 법원은 장애인에 대한 사회적 차별, 장애인을 바라보는 시각, 비장애인 중심으로 설계된 사회에서 장애인의 경험에 대한 구체적인 인식이 있을 때, 해당 사건의 실제적 진실에 더 가까이 다가갈 수 있습니다.

성폭력 사안도 마찬가지입니다. 법원이 성폭력 사안을 심리할 때 성인지 감수성을 바탕으로 성폭력이 발생하는

맥락과 원인, 성폭력에 대한 뿌리 깊은 편견과 피해자에 대한 비난이 만연한 사회에서 피해자의 구체적인 경험을 인식하고 이해한다면, 해당 사건의 본질을 정확히 파악하고 이를 기초로 하여 더욱 공정하게 심리할 수 있습니다.

피해자의 진술만 믿고 증거가 없어도 유죄 판단을 한다는 건가요?

그렇지 않습니다. 성인지 감수성은 피해자의 말이 무조건 진실이라고 보는 것이 아닙니다. 형사재판에서 범죄사실의 인정은 법관이 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 하게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하며, 이때 피해자 진술뿐 아니라 증인들 진술, 피해자가 허위 진술하거나 피고인을 무고할 동기나 이유가 있는지, 피해자가 피해를 밝히고 고소에 이르게 된 경위, 피고인 진술 등을 종합적으로 고려하여 판단하게 됩니다. 물론 형사재판의 대원칙인 무죄추정의 원칙이나 증거재판주의가 배척되는 것도 아닙니다.

다만 성인지 감수성은 법원이 보다 객관적이고 정교하게 성폭력 사건을 심리하고 판단하기 위해 최대한 선입견을 배제하고 피해자가 처한 상황과 성폭력이 발생한 맥락에서 피해자 진술의 신빙성을 판단해야 한다는 기준을 제시한 것입니다. 즉, ‘피해자다움’의 통념에 부합하지 않는다는 이유로 피해자 증언을 함부로 배척해서는 안 된다는 것입니다.

성폭력의 법적 판단과 성인지 감수성

기 획 한국양성평등교육진흥원
개 발 김두나 / 공익인권변호사모임 희망을만드는법
제작년도 2019
발행기관 한국양성평등교육진흥원