

성폭력의 법적 문제와 대책

한 인 섭

서울대학교 법대

최근의 성폭력특별법의 제정에도 불구하고 성폭력범죄에 대한 형사법적 대응은 여전히 미흡하다. 법해석과 적용에 있어 가부장적, 남성중심적 접근이 지배하고 있기 때문이다. 구체적으로 보호법익에 있어 정조를 중시하는 관점이 잔존하고 있고, 강간의 해석에 있어 배우자간 및 성전환자 강간에 대한 제외, 폭행 및 협박개념의 제한에서 볼 수 있듯이 피해자여성에게 불리한 견해가 지배적이다. 더욱 문제는 성폭력죄를 친고죄로 함으로써 범죄자를 방치하는 결과를 초래한다는 점이다. 형사절차도 남성적 태도가 지배적이어서, 여성에게 입증상 곤란과 심리적 부담을 더한다. 앞으로 형법과 형사절차에서 입법과 판례는 보다 피해자 중심, 여성 중심의 해석에 의해 대체되어야 하며, 그럼으로써 가해자 처벌과 피해자 보호가 실효성을 거둘 수 있을 것이다.

핵심어 : 성폭력·강간·형법

여성학적 의미에서 국가는 남성이다.

— 캐더린 맥키넨¹⁾

1. 서 론

우리 사회의 성폭력의 심각성에 대해서는 공식 통계와 실태조사에서 명확히 확인된다. 80년대 이래 성폭력은 양적 증가는 물론이고 가족편전의 강도강간, 인신매매, 청소년매춘 등 지속적인 물의를 빚어내고 있다. 성폭력과 관련된 담론에 있어서도 성폭력과 성고문, 그리고 성희롱 등 다양한 면모를 보이면서 사회적 쟁점으로 계속 자리잡았다. 1993년 말 제정되고 1994. 4월 시행된 <성폭력범죄자의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률>(이

하 '성폭력법'이라 함)도 이러한 심각한 상황에 대한 특별한 대책이 필요하다는 사회적 공감의 산물이다. 심각한 범죄문제에 대해서는 형벌의 증가로 대처하는 것이 기존의 형사정책이었던 데 반해, 이 법률에서는 그러한 정책의 한계를 인식하고 가해자 처벌에 못지 않게 피해자보호에 중점을 두고 있으며, 피해자의 보호와 부조를 위한 민간과 정부의 노력을 강조하는 특색을 보이고 있다. 그 뒤 1995년 형법이 개정되었으나, 성폭력과 관련해서는 章名이 '정조에 관한 죄'에서 '강간과 추행의 죄'로 바뀐 것 이외에 어떤 실질적 변화는 없는 셈이다. 따라서 그동안 지적되어온 여러 입법론상의 문제는 이어지는 성폭력법과 형법의 개정 과제로 남아있다.

법률의 결함도 문제지만, 법률의 적용과 해석은 더욱 문제점을 증폭시킨다. 현행 판례와 사법관행은 성폭력과 관련하여 남성중심적 소비니즘을 그대로 드러내고 있다. 여성학적 의미에서 볼 때 법은 남성적 속성을 갖는다는 지적은 성폭력의 분야에서 특히 두드러지는 것이다. 여성에 대한 심각한 범죄가 남성적 기준, 남성적 시각에서 해석·재단되고, 아동에 대한 범죄가 성인의 시각에서 재단되는 강자중심의 법의 모습이 여기에 적나라하게 드러난다. 형법이론적으로도 남성중심적 통념에 의거한 학설에 대해 본격적인 문제제기가 이루어지지 않았기에, 과거의 이론들이 별다른 이의없이 답습되어온 것이다. 본고는 성폭력관련 법률과 판례에서 보이는 해석론적 문제점을 드러내고, 성폭력을 다루는 형사절차에서 남성중심적 편향을 지적함으로써, 앞으로의 해석론의 변화와 입법론을 위한 디딤돌로 삼고자 한다.

2. '정조'와 '성적 자기결정권': 보호법익의 문제

1995년 형법개정시에 성폭력범죄에 대한 개정 내용은 章의 명칭을 '정조에 관한 죄'를 '강간과 추행의 죄'로 바꾼 것이다. 필자는 이러한 정조에 관한 죄라는 명칭과 그것의 의미에 대해 다음과 같이 지적한 바 있다.

우선 성폭력범죄가 정조의 침해를 본질로 한다고 해석하게 되면, 가해자는 정조침해로 처벌받아야 하지만, 피해자는 범죄의 결과 정조침해를 당한, 다시말해 더럽혀진 여성이라는 잠재적 비난의 소지가 생겨난다. 사회적

인식이 설사 그러하다고 하더라도, 법체제는 이들 범죄의 피해자를 특수한 형태의 폭행을 당한 피해자로 명확히 선언할 필요가 있다.

성폭력범죄의 본질은 피해자의 정조침해라기보다는 강제력의 행사를 통해 피해자의 성적 자기결정권을 박탈했고, 그로 인해 육체적·정신적 타격과 사회적 문제를 야기했다는 것에서 구해져야 한다. 따라서 성적 자기결정권의 박탈이 초점인 것이다. 그렇다면 형법 제32장의 표제는 성적 자유침해의 죄, 혹은 더 줄여서 성적 침해의 죄로 함이 타당하다고 본다.

정조라는 용어를 쓸 때 생겨나는 불합리한 점 중의 하나는, 피해자의 정조관념 내지 피해자의 지위·직업에 불필요하게 관심을 쏟게 된다는 것이다. 평소 피해자의 성관계가 문란하지 않는가, 매춘을 직업으로 삼는 여성이 아닌가에 대한 추궁이 그것이다. 현실적으로 재판과정에서 피해자가 유흥업소·종업원이나 과거 전력이 복잡하면, 피해자에게 불리한 방향으로 재판이 진행될 우려가 있다. 심지어 이 점을 악용하여 가해자가 다른 어떤 종류의 범죄자보다 법정에서 당당하게 임하는 기현상이 생겨나기도 한다.

그 사람이 누구이고, 현재 어떤 지위·직업을 갖고 있든간에 자신이 원하지 않는 성적 관계를 갖지 않을 자유가 있는 것은 당연하다. 본 장에 속한 범죄는 기본적으로 성적 폭력범죄이며, 피해자는 그 폭력의 희생자라는 인식이 확고히 정리되어야 하며, 그를 위해서 정조라는 말은 부적합한 것으로 생각된다.²⁾

- 1) 여성법학자들은 법언어와 법적 논증이 성적으로 중립적이지 않다고 주장한다. 법언어는 남성의 관점, 남성의 이미지, 남성의 경험으로 가득차 있다는 것이다. 법규범으로 채택된 것은 남성적 속성이라는 것이다. 박은정, "여성주의와 비판적 법이론", 한국법철학회 편, 현대법철학의 흐름, 법문사, 1996, 288쪽 참조.
- 2) 법무부, 형법개정공청회 자료집(1992. 8)에서 한인섭의 토론요지, 235-236.

정조에 관한 죄란 성적 순결을 보호하기 위한 범죄라는 인상을 준다는 비판을 받아들여 개정형 법에서 성적 자기결정의 자유를 보호하는 범죄로서 '강간과 추행의 죄'라는 중립적 명칭으로 바꾼 것은 진일보한 것이다.

성폭행 관련 범죄의 보호법익이 성적 자기결정권이라는 데 대해서는 이론의 여지가 없다. 폭행과 협박, 위계와 위력, 지위라는 강제력을 이용하여 저지르는 범죄이므로, 이는 풍속범죄나 가정범죄가 아니다. 오늘날 성풍속에 대하여는 자유화와 국가간섭의 역할축소의 방향으로 가고 있는 반면, 성적 자기결정의 침해에 대하여는 더욱 엄격하게 대처하고 있는 추세이다.

정조가 아니라 성적 자기결정을 보호법익으로 한다면 다음과 같은 판단에 이르게 된다.

(1) 평소의 정조관념, 성적 사생활과 강간죄는 논리적으로 관련이 없다. 정조관념이 약한 매춘여성이나 남성편력이 복잡한 부녀라 할지라도 강간죄의 객체로 됨에 전혀 지장이 없다. '음행의 상습없는 부녀'와 그렇지 않은 부녀를 구분하는 형법상의 규정은 성폭력과 관련해서는 모두 폐지되어야 할 것이다. 구체적인 상황에서 폭행이나 협박으로 인해 간음행위가 이루어졌는가 문제시될 뿐이므로, 피해자의 평소 행적이나 환경을 문

재삼을 필요가 없다.³⁾

수사와 공판시에 피해자의 직업, 행적, 성력(sexual history) 등을 문제삼는 경우를 자주 볼 수 있다. 이는 피해자가 주장하는 진실을 평가하기 위한 유용한 방법일 수 있다. 피해자측의 증거 가치를 삭감시키고, 피해자가 금전 기타 목적으로 피고인과의 접촉을 유도하고 강간죄로 덮어씌우는 경우에 하나의 유용한 변론방법으로서 의미를 지닐 수도 있다. 그러나 그러한 접근방법은 피의 사실과 무관한 피해자의 사생활의 비밀과 자유를 침해할 소지가 적지 않다. 성평과 초상권의 침해로 말미암은 피해는 실질적이다. 유흥업소에 종사하는 여성들이 피해자가 된 경우에는 그들에 대한 편견과 예단을 기초로 한 불리한 결정이 내려지기 쉽다.⁴⁾ 형사절차가 피해자에게 부당한 심리적인 압력을 가하는 것으로 변질될 수도 있으므로 이러한 신문은 피의 사실과의 관련성이 인정되는 범위 내에서만 허용되어야 할 것이다. 외국에서도 그러한 신문을 제한하는 예가 적지 않은데, 이는 피해자의 프라이버시 보호와 사법적 피해자화를 줄이기 위한 조치로 바람직하다고 할 것이다.

(2) 부녀에 대한 강간, 사람에 대한 강제추행의 주체는 모든 사람이다. 이와 관련하여 배우자강간

3) '음행의 상습없는 부녀'라는 표현은 형법 제242조(음행매개) "영리의 목적으로 미성년자 또는 음행의 상습없는 부녀를 매개하여 간음하게 한 자는 3년이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다"; 제304조(혼인빙자등에 의한 간음) "혼인을 빙자하거나 기타 위계로서 음행의 상습없는 부녀를 기망하여 간음한 자는 2년이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다"는 규정에서 찾아볼 수 있다. 여기서 음행의 상습이란 말은 불특정, 다수인을 상대로 합부로 성생활을 하는 습벽이 있는 부녀를 말하며, 직업적인 매춘부를 염두에 둔 규정이다. 정조관념이 없고 도덕적으로 비난받을 난잡한 성생활을 하는 자에 대하여 법적 보호상의 차별을 규정하는 점에서, 부녀의 정조가 하나의 법익가치로서 인정된다고 할 수 있다.

4) 1988년 대구에서 발생한 두 경찰관의 강모씨 윤간피고사건이 그 예이다. 1988년 12월 5일 대구의 한 파출소의 순경 백모와 경장 김모가 다방종업원이었던 강씨를 윤간하였고, 강씨는 그들에게 성병까지 옮아 고통을 견디다 못해 두 경찰관을 고소하였다. 그러나 검찰은 오히려 강씨를 무고죄 혐의로 6개월간 구속 수감하였다. 그동안 두 경찰관은 위증증인을 내세우는 등 온갖 발뺌과 협박을 서슴치 않았다. 강씨는 1989년 7월 15일 대구지방법원 항소부와 1990년 11월 27일 대법원에서 무고혐의에 대해서는 무죄판결을 받았으나 두 경찰관은 처벌되지 않았다. 여성단체와 인권단체가 개입했기 때문에 무고의 혐의라도 벗을 수 있었으나, 그럼에도 가해자인 경찰의 처벌이 이루어지지 않았음을 보면 국가기관의 범죄에 대한 비호적 태도를 역력히 엿볼 수 있는 대목이기도 하다. 대구여성회, [성폭력관련 특별법 제정을 위한 공청회 자료집], 1992; 대한변협, [인권보고서], 제4집, 1989 참조.

이 성립될 수 있는가 하는 문제가 대두된다. '부부관계의 특수성'을 강조하는 견해에 따르면 배우자간은 성립될 수 없지만, 모든 사람이 가지는 '성적 자기결정권'을 강조하게 되면, 누구나 '폭력 또는 협박'으로부터 자신의 성적 자유를 침해당하지 않을 권리를 가진다고 해야 한다. 후자에 따르면 배우자라 할지라도 '폭행 또는 협박'으로 상대방의 성적 자유를 침해할 수는 없는 것이다. 배우자간의 성립에 대해서는 후술하지만, 보호법익에 충실한 해석을 하자면 배우자간도 성립가능하다.

(3) 형법 제304조의 '혼인을 빙자하거나 기타 위계로서 음행의 상습없는 부녀를 기망하여 간음한 자'를 처벌하는 혼인빙자동간음죄 규정은 폐지되어야 할 것이다. 이 규정은 부녀를 기망하여 혼전성교를 하는 행위를 처벌하고자 함이었으나, 어떤 강제력의 행사가 수반되지 않으며, 성행위 자체는 쌍방의 합의에 의한 것이다. 따라서 성적 자기결정권에 침해가 있는 것은 아니므로, 폐지해도 무방하다는 것이다.

(4) 형법상의 성폭력 조항은 어떤 여성이든, 어떤 사람이든, 성적 접촉을 강제받지 않을 신체적 자유가 보장되어 있다는 데서 출발해야 한다. 피해자들은 어떤 특수한 '성관계'를 맺은 것이 아니라, 크고 작은 성적 '폭력'의 희생자로 간주되어야 한다. 성폭력의 결과 피해자는 '더럽혀진' 것이 아니라 폭력의 '고통'을 겪은 자라는 이야기이다.

성폭력에 대한 사회적 관념이 달라지지 않고는 만연하는 성폭력범죄의 해결은 지난할 것이다. 성폭력의 희생자들이 '쉬쉬해야 하는' 풍토하에서 범죄에 대한 효과적인 예방책을 만들어갈 수 없을 것이기 때문이다. 폭력의 희생자로서 사회에 널리 알리고도 아무런 수치심이나 불이익을 느낄 필요가 없는 사회가 되어야 한다. 성폭력범죄를 성적

자기결정권이 침해당한 자로 파악하는 것은, 성폭력의 가해자와 피해자에 대한 사회적 통념을 바꾸는 데 일조할 수 있다. 적어도 법집행기관은 성폭력범죄의 보호법익에 맞추어 법을 해석, 적용하는데 일관성을 보여야 할 것이다.

3. 형법상 강간죄와 강제추행죄의 입법·해석론상 문제

(1) 강간죄의 객체로서의 婦女

형법상 강간죄의 객체는 '부녀', 강제추행죄의 객체는 '사람'으로 되어 있다. 강간죄의 객체가 부녀로 한정된 것과 관련하여 ▲배우자간 ▲여성으로 성전환한 자의 간음 ▲동성간의 간음 ▲남성이 강간의 객체가 될 수 없는 이유의 타당성 등이 문제시될 수 있다. 이 중 전 2자에 대해서만 살펴보기로 한다.

먼저 혼인중의 부녀가 강간과 강제추행의 객체가 되는가 하는 문제와 관련하여, '부부관계의 특수성'을 고려하여 강간의 객체가 될 수 없다는 견해가 통설·판례의 입장이다.⁵⁾ 한편 현행법상 강간죄가 당연히 성립한다는 견해⁶⁾, 강간은 곤란하지만 강요죄는 성립한다는 견해도 있다. 하지만 통설과 판례의 견해는 다음 이유로 부당하다고 본다.

첫째, 부부관계의 특수성의 의미가 모호하다. 부부관계는 가장의 지배권에 복종한다는 것으로 해석될 수는 없으며, 혼인중 양성의 평등과 행위의 자유는 기본적으로 인정되어야 하는 것이다. 물론 결혼한 당사자는 상호 충실의무가 인정되고, 그 속에는 성적 충실의무가 인정되며, 그것을 위반했을 경우에는 간통죄로 처벌되는 등 형사법의

5) 강제추행의 객체가 될 수 있는가에 대해서는 찬반 양론이 대립하고 있다.

6) 유기천, 형법학(각론강의 상), 일조각, 1982, 124; 이영란, 성폭력특별법에 대한 형법적 고찰, 인권과정의, 1994/6, 54쪽.

개입을 받게 된다. 부부간에는 서로 성교를 구할 권리와 그에 응할 의무가 있다는 표현도 등장한다. 하지만 이러한 권리·의무는 일반적으로 그렇다는 것이지, 어떠한 상황에서나 적용될 것은 아니다. 강간죄의 경우는 폭력으로 성적 자유를 침해하는 것이며, 그 폭력도 통설·판례에 따르면 항거불능 또는 현저한 항거곤란의 정도를 요하는(즉 상대방의 의사를 완전히 무시하고 강제하는) 것이다. 부부관계의 특수성이란 것이 상대의 의사를 제압하고 폭력으로 성행위를 강요할 만한 특수관계에 있다고 보는 것은 가부장적 법해석에 다르다.

둘째, 배우자 강간의 실태를 보면, 형사법적 개입이 이루어져야 할 정도의 심각한 사안들이 적지 않게 발견된다. 배우자에 대한 성폭력은 배우자에 대한 육체적 폭력과 정신적 학대의 연장선상에서 이루어진다는 것이다. 가령 술주정과 상습폭력의 마지막 단계로 가학적·변태적 성행위를 강요하는 예도 있고, 흥기를 휘두르다 성관계를 하는 경우, 폭력의 마지막 단계를 성관계로 장식하는 경우 등이 적지 않게 발견된다. 이 때 남성은 구타사실을 얼버무리거나 무마하기 위한 수단으로 생각할 수도 있지만, 피해자인 여성의 입장에서는 인간적인 모멸감과 수치심이 극도에 달하며 남편과의 친밀한 관계를 이어갈 수 없게 한다.⁷⁾ 통설에 따르면 구타후의 성적 폭력까지 ‘부부관계의 특수성’의 미명하에 아무런 처벌을 받지 않도록 하는 불합리를 안고 있다.

셋째, 현행 강간죄 규정에는 혼인중의 배우자를 제외한다는 규정이 없다. 독일형법의 경우에는

‘부녀에게 혼인의 성교를 강요한 자’(제177조)라고 명시하고 있다. 그러나 독일의 경우에도 혼인 중 성교의 강요가 처벌되지 않는 것이 아니다. 폭행·협박으로 처에게 성행위를 강요한 경우에는 제178조의 성적 강요죄가 성립될 수 있다.⁸⁾ 이러한 독일법의 규정을 참고하여 우리의 경우에도 강간은 안되지만 강요죄(제324조)는 될 수 있다는 해석론도 있지만⁹⁾ 그러한 견해는 독일법의 규정과 해석을 지침으로 한 데 불과하며, 우리 법과는 상반되는 것이다. 우리 법은 ‘혼인의 성교’라는 표현을 두고 있지 않으므로, 모든 부녀(배우자를 포함하여)를 대상으로 한다고 보아야 할 것이다.

한편 판례의 태도는 1970. 3. 10, 70도29 물 통해 살펴볼 수 있다. 피해부녀가 남편을 간통죄로 고소함과 동시에 이혼소송을 제기한 상태에서 남편이 처를 폭력으로 간음한 사례인데, 그에 대해 1심과 항소심은 법률상 부부의 신분관계를 해소한 경우에는 강간죄가 성립함은 물론, 이혼소송을 제기한 상태이거나 별거상태에 있는 경우에는 “상대방에 대한 정교송낙의 철회 내지 정교권포기의 의사 표시를 철회한 상태에 있었으므로 그러한 상태하에 있는 부녀를 간음하기 위하여 폭력으로 반항을 억압하고 강제로 그를 간음한 이상 강간죄에 해당한다”고 판시하였다.¹⁰⁾ 즉 실질적으로 부부관계가 없는 상태에서는 강간이 성립할 수 있다는 것이다. 법률상 부부라 할지라도 부부관계를 해소하는 중에 있거나, 가정의 파탄으로 부부관계의 실질을 갖지 못한 경우에는 최소한도로 상호간에 성교를 구할 권리와 그에 응할 의무를 인정하지 않는 것이 당연한 것이다.¹¹⁾ 반면 부부관계를 유지하고 있

7) 김혜선, 아내구타의 발생과 지속과정에 관한 연구, 한양대학교 박사학위논문, 1995, 118-122 참조.

8) 김일수, 한국형법 III, 박영사, 1993, 373.

9) 김일수, 앞의 책, 373; 그와 부(夫)에게 처에 대한 폭행, 협박의 권리는 없다고 보아 폭행, 협박죄로 처벌되어야 한다는 견해는 황산덕, 형법각론, 205.

10) 대법원은 “본건 간음사건이 일어나기 이틀 전에 서로 새출발을 하기로 협의를 한 후 고소를 취하하였다”는 사실 관계에 의거하여, 그들 사이에 실질적인 부부관계가 없다고 단정하기 어렵다고 보아 강간으로 판결한 원심판결을 위법이라고 하였다. 실질적인 부부관계가 유지되고 있는 이상 배우자는 강간의 객체가 될 수 없다는 것이다.

는 동안은 “정교의 승낙 내지 정교권의 포기”로 이해되어 강간죄가 성립할 수 없다고 추론된다. 그러나 부부관계가 정교의 일반적인 승낙이나 정교권의 자유로운 행사의 포기를 의미할 수는 있어도, 구체적인 상황하에서의 모든 정교권의 처분을 상대방에게 일임한 것으로 해석될 수는 없다. 가령 부부간의 폭행과 상해도 형법상 범죄가 되듯이, 부부간에 ‘폭력적 수단을 통한 간음’까지 승낙한 것으로 볼 수는 없기 때문이다. 요컨대 강간죄의 객체에 배우자를 제외할 이유는 납득하기 어렵다. 양보하더라도 최소한도로 혼인관계가 파탄에 이르러 처가 남편에 대해 정교의사의 철회를 명확히 표현했거나 별거나 이혼준비를 하는 중이라면 법적으로 부부관계를 유지하고 있다 하더라도 강간죄가 성립하지 않을 이유가 없는 것이다.

최근에 문제시된 사례로 여성으로 성전환한 자를 강제로 범한 사례에서 강간죄가 성립할 것인가 하는 쟁점이 있다. 대법원은 피해자를 형법 제297조의 객체로 되는 부녀라고 할 수 없다는 이유에서 강간의 무죄를 선고하였다.¹¹⁾ 법원은 남편의 구별에 대하여 ‘발생학적인 성인 성염색체의 구성을 기본적인 요소로 하여 성선, 외부성기를 비롯한 신체의 외관은 물론이고 심리적, 정신적인 성, 그리고 사회생활에서 수행하는 주관적, 개인적인 성역할 및 그에 대한 일반인의 평가나 태도 등 모든 요소를 종합적으로 고려하여 사회통념에 따라 결정하여야 할 것이다’는 판단기준을 제시한 다음, 위 피해자가 어릴 적부터 여성으로서의 성적 귀속감을 느끼고 지난 수년간은 여장남자로서 행세하

여 오다가 여성으로의 성전환수술을 받아 외관상으로는 여성적인 신체구조를 갖추게 되어 보통 여자와 같이 남자와 성생활을 할 수 있으며 성적 쾌감까지 느끼고 있으나, 여성의 내부성기인 난소와 자궁이 없기 때문에 임신 및 출신이 불가능한 상태라고 판단한다. 다만 진성반음양, 또는 가성반음양이라고는 인정되지 아니한다고 하였다.

성전환자에 대한 법적 성을 결정짓는 것은 민법 영역에서는 친족관계, 혼인법, 친자법 등 가족법의 핵심에 관련되며, 공법상 의무부담(특히 병역의무)에서 차이를 보이기도 하는 등 대단히 중요한 문제이다. 현재 법적인 성은 남성과 여성으로 구분될 뿐인데, 이는 생물학적·심리학적 성의 다양성과 반드시 일치하지는 않는다고 지적된다. 법적 성이 가진 다양한 효과 때문에 어떤 획일적인 기준으로 정해질 수 있는 것은 아니며, 그 점에서 ‘모든 요소를 종합적으로 고려하여 사회통념에 따라’ 성을 결정해야 한다는 판단기준은 수긍할 수 있다고 생각된다. 하지만 구체적 적용에 있어 판례는 종합적 판단에 입각해 있다기보다는, 성염색체의 구성, 여성으로의 생식능력에 주로 의거하여 여성이 아닌 남성으로 판정하였음은 문제라 하지 않을 수 없다. 이 사건 피해자의 경우 ▲여성으로의 성적 귀속감을 오래전부터 가져왔던 점, ▲성전환수술을 하고 여성으로의 성적 외관을 갖추었으며 다시 남성으로 재전환될 가능성이 없는 점, ▲여성으로서의 사회적 역할을 하고 있는 점 등이 중요한 요소로 고려되어야 한다. 이 사건에서 가해자는 피해자를 여성으로 인식하고 강간했으므

11) 일본 판례의 경향도 우리와 유사하지만 보다 적극적인 인상을 준다. 처에게 폭행과 학대를 예사로 하다 파탄에 빠진 상태에서 남편이 친가로 도피한 처를 강제로 자택으로 끌고오다 제3자와 공동으로 유간한 사건에서, “혼인 중 부부가 서로 성교섭을 구하고 그에 응할 관계에 있음은 말할 것도 없지만, 여기서 혼인중이란 실질적으로도 혼인이 계속되고 있음을 가리키고, 법률상으로는 부부라 해도 혼인이 파탄에 이르러 부부의 실질을 잃고 이름뿐인 부부에 지나지 않는 경우에는 위의 관계는 없다. 이 때 남편이 폭행 또는 협박으로 처를 간음할 때는 강간죄가 성립하고, 공동으로 유간한 경우에는 남편에게는 물론 강간죄의 공동정범이 성립한다”는 것이다. 廣島高松江支判, 1987. 6. 18, 高刑集40卷1號, 71쪽(西田典支, 判例刑法各論, 有斐閣, 1993에서 재인용)

12) 대판 1996. 6. 11, 96도791 (원심판결 서울고등법원 1996. 2. 23, 95도2876).

로, 여성의 외관을 갖추었음은 의심할 나위가 없다. 피해자 역시 여성으로의 성적 결정권을 침해당했다는 의식을 갖고 있으며, 객관적으로도 남성성기의 여성성기(질)에의 삽입이 이루어진 것이다.¹³⁾ 여성의 내부성기(난소, 자궁)나 임신, 출산 가능성은 그야말로 부차적 요소일 뿐이다. 초경기 이전의 여성이나 폐경기 이후의 여성은 물론 자궁절제수술을 했거나 내부성기의 기능장애가 있어 임신, 출산을 할 수 없는 경우를 생각해 보면 그렇다. 더구나 스스로 성전환을 하여 여성적인 정체감을 갖고 있는 자를 '부녀'가 아니므로 강간의 객체가 될 수 없다고 보는 것은 당사자의 인권(행복추구권)을 침해하는 것이다. 물론 사회통념이 성전환자를 여성으로 인지할 것인가 하는 문제는 있으나, 적어도 피해법익의 보호를 중심으로 하는 형법영역의 특성을 존중한다면, 본 사건과 같은 경우는 여성으로 보는 것이 온당하다고 본다. 강간 등 성폭력을 생물학적 성(sex)의 관점¹⁴⁾에서가 아니라 사회적 성(gender)의 관점에서 이해하고자 할 때, 이러한 결론은 더욱 타당성을 더하는 것이다. 독일과 프랑스 등에서도 최근 성전환자의 법적 성을 여성으로 인정한 판결이 형성되고 있음도 주목할 만하다.¹⁵⁾

(2) 폭행과 협박의 개념

강간과 강제추행죄는 '폭행 또는 협박'을 요건으로 하고 있다. 이 폭행 또는 협박을 해석함에 있어, 강간의 경우는 '상대방의 반항을 불가능케 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것'이어야 한다는 것이 통설·판례이다. 비록 피해자의 의사에 반하여 유형력을 행사하여 간음한 사실이 명백한 경우에도, "그 유형력의 행사가 피해자의 반항을 현저히 곤란케 할 정도"에까지 이른 것은 아니라면 강간이 성립하지 않는다는 것이 판례의 확고한 입장이다.¹⁶⁾ 그리고 폭행·협박이 피해자의 항거를 불가능케 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이었는지 여부는 유형력을 행사한 당해 폭행 및 협박의 내용과 정도는 물론이고, 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교당시의 상황 등 제반 사정을 종합하여 판단하여야 한다는 것이 판례의 입장이다. 그에 대해 최근 강간죄의 보호법익이 성적 자기결정권이라면 강간죄의 성립여부는 여성의 의사를 중심으로 판단되어야 하며, 폭행·협박이 있으면 족하고 그 정도는 중요하지 않다는 견해가 대두되고 있다.¹⁷⁾

한편 강제추행의 경우 폭행·협박의 개념에 대해서는 강간죄에서와 마찬가지로 상대방의 반항을 불가능케 하거나 또는 현저하게 곤란하게 할

13) 비슷한 논거로 성전환자를 강간죄의 객체로 볼 수 있다는 견해는 박상기, 형법각론, 박영사, 1996, 158쪽 참조.

14) 비유하자면 강간을 수컷의 암컷에 대한 자연스런 성적 충동을 강제적인 방법으로 표현한 것으로 해석할 수는 없는 것이다.

15) 홍춘의, "성전환과 호적 정정", 판례월보 제308호, 14-23 참조. 이 글은 성전환자의 호적정정신청에 대한 항고심 결정(광주지법 1995. 10. 5. 95보10 결정)에 대한 평석인데, 법원의 결정이 발생학적 요소에 입각하여 당사자의 신청을 기각한 것을 비판하고 있다. 이 논문에 소개된 바, 프랑스에서는 '처음의 성에 수반되는 특징을 전부 가지지 않고, 그의 사회적 행동과 일치하는 반대의 성에 근접하는 신체적 외관을 가지는 데 이른 때에는 사생활존중의 원칙에 의하여 민사신분의 변경을 하는 것은 정당하다'고 판시하며, 독일에는 '특별한 경우에 있어 성명의 변경 및 성의 확인에 관한 법률'이 제정되어 있다.

16) 대판 1990. 12. 11. 90도2224.

17) 이같은 취지는 안경환, 법이라는 이름의 전차, 교육과학사, 1992, 160쪽; 한인섭, 성폭력특별법과 피해자보호: 그 문제점과 개선점, 인권과정의, 1994/6, 58쪽; 박상기, 형법각론, 박영사, 1996, 159쪽 등에서 피력되고 있다.

정도에 이를 것을 요한다는 견해(이재상, 김종원, 정성근, 황산덕)와 강간죄의 폭행·협박과 폭행죄·협박죄의 그것의 중간정도, 즉 일반인으로 하여금 항거에 곤란을 느끼게 할 정도면 족하다는 견해(서일교, 이진호)가 대립하고 있다. 판례는 강제추행죄에서 추행을 1) 상대방에 대하여 폭행·협박을 가하여 추행행위를 하는 경우와 2) 폭행행위 자체가 추행행위로 인정되는 경우를 모두 강제추행으로 인정하고 있다. 전자의 경우에 폭행·협박은 항거곤란의 정도를 요하지만, 후자의 경우에 있어 폭행은 ‘반드시 상대방의 의사를 억압할 정도의 것임을 요하지 않고 다만 상대방의 의사에 반하는 유형력의 행사가 있는 이상 그 힘의 대소강약을 불문한다’고 판시하고 있다.¹⁸⁾

우선 강간죄의 폭행·협박의 개념을 가장 협의의 범주로 제한한 것은 항거불능 또는 현저한 항거곤란의 정도가 아니고서는 피해자의 의사에 반하여 강간하는 것이 불가능하다는 사고를 반영한 것으로 생각된다. 그런데 이러한 사고는 ‘웬만해서는 강간이 불가능하다는’ 선입견과 ‘여성의 거부의 언동은 액면 그대로 해석될 수 없다’는 편견을 반영한 것이다. 즉 여성의 노(no)는 노(no)가 아니라 가장된 예스(yes)라는 사고가 그러한 판단 속에 들어있는 것이다. 확설과 판례가 폭행·협박의 기준을 이렇게 협소하게 해석하게 되면, 여성을 잠재적 피해자로서가 아니라 범죄의 원인제공자 혹은 방조자로 보게 할 위험성을 내포하고 있다. 성폭력행위를 조장한 데 대한 책임의 일부를 여성이 나누어야 한다는 범죄유발이론을 정당화하는

결과를 초래하며, 가해자의 변명과 중화를 가능케 하는 논거를 제공하기도 하는 점에서 이러한 견해는 부정되어야 한다.

강간죄에서 폭행·협박을 현저한 항거곤란의 정도로 할 경우 구체적으로는 다음과 같은 문제점을 보이고 있다.

첫째, 반항의 사실과 반항의 증거를 요건으로 함으로써 강간죄의 유죄입증을 그만큼 어렵게 한다. 강간이 성립하기 위한 판례의 기준을 따르자면, 피해자는 간음을 당하려 할 때 거부적 언동으로는 부족하고 “몸부림을 치고 저항”하여야 하며¹⁹⁾, “여관주인이 방을 안내할 때는 창피를 무릅쓰고 구조를 요청하여야 하며,²⁰⁾ 시아버지로부터 전화가 걸려온 것을 받았을 때는 시아버지에게 적극적으로 구원을 요청하여야 한다.”²¹⁾ 성교를 마치고 함께 산에서 내려오다가 순찰중인 순경을 만나 검문을 당할 때 “아무런 말없이 피고인의 옆에서 있어”서는 안되며 즉각 경찰에게 알려 구조를 청하는 등 조치를 취해야 한다.²²⁾ 이러한 판례의 경향은 피해자가 처한 상황과 심리상태를 전적으로 무시한 것이다. 여관주인이 누구 편이 되어 줄지도 모르며, 시아버지와 며느리의 특수한 관계에 대한 피해자측의 불안감에 대한 인식도 없다. 피해자의 진술이 “행위에 대한 피해의식으로 과장되거나 다분히 주관적 평가나 감정에 치우칠 우려가 있다”고 하여 배척하고 있는 것도 같은 맥락에서 이해될 수 있다.

여성 피해자가 제대로 저항하지 못하는 이유에 대한 피해자학적 이해가 필요하다. 피해자는 갑작

18) 대판 1994. 8. 23, 94도630; 대판 1992. 2. 28, 91도3182. 이 사건은 피고인이 피해자를 “팔로 힘껏 껴안고 강제로 두차례 입을 맞춘 사안인데, 강제로 껴안고 입맞추는 자체를 폭행=추행으로 본 것이다. 피해자의 집 방 안에서 갑자기 피해자의 상의를 걷어올려서 유방을 만지고, 하의를 끄집어 내리는 등”의 행위 역시 폭행=추행으로 본 판례는 대판 1994. 8. 23, 94도630.

19) 대판 1990. 12. 11, 90도2224.

20) 대판 1990. 9. 28, 90도1562.

21) 대판 1991. 5. 28, 91도546.

22) 부산지법 1984. 8. 9, 84고합604.

스런 공격에 제대로 대비되어 있지 않으며, 범죄 공포는 마치 최면상태처럼 몸을 마비시킨다. 폭력을 수반하는 강간범죄는 죽음의 공포와 연결되며, 성기노출자를 대면할 때 죽음과 같은 아찔한 질식 감정을 불러일으킬 수 있다.²³⁾ 한편 여성은 상황에 대하여 공격적인 대처방법을 사회화하지 않은 까닭에 테러에 가까운 폭력에 저항하며 극복할 육체적 능력도 정신적 자제도 부족한 경우가 대부분이다. 외부인이 보기에 사소한 것처럼 보이는 공격 행위도 피해자에게 넘어설 수 없는 장벽으로 느끼는 것은 가해자와 피해자의 육체적·심리적 능력이 이처럼 다르기 때문이다. 한편 정조관념이 사회적으로 주입되고 정조의 박탈이 대단한 고통을 조성하는 사회환경 속에서 피해자인 여성은 필요한 사회적 지원이나 상담을 얻기도 어렵다. 외전상 가해자에게 그다지 저항을 하지 않았던 것처럼 보이는 여성이 사건후 자살을 기도하는 것은 이러한 전반적인 조건을 염두에 두어야 이해할 수 있는 것이다. 저항의 정도에 집착하는 견해가 여성의 실존에 대한 몰이해에서 비롯됨을 알 수 있는 것이다.

둘째, 완전히 자유로운 성관계와 항거불능의 성폭력 간의 중간지대를 강간이 아닌 것으로 처리해 버리는 문제를 안고 있다. 명백히 성관계를 원치 않은 의사표현을 한 경우에도 반항이 억압되는 정도가 아니라면 형법적으로 문제되지 않음으로써, 반사회적 성폭력 중 상당부분이 법적으로 허용되어 버리는 것이다.

셋째, 피해자의 거부적 언동을 액면 그대로 받아들이지 않게 되면, 가해자가 피해자의 의사를 자의적으로 해석하여, 적당한 정도의 강압과 폭력 행사를 용인하는 결과를 초래할 수 있다. 피해자

는 화간이었다는 누명을 쓰지 않기 위해서는 상당한 위협을 각오하고 강력히 맞서야 한다. 여성의 의사를 무시하고 집요하게 달라붙는 상대방에 대해서 때로는 인간관계의 손해를 감수하면서 때를 차게 관계를 끊거나, 강력한 수단을 구사해야만 비로소 그 진의를 이해할 수 있게 하는 남성위주의 해석논리를 법원이 그대로 수용하는 것은 대단히 잘못된 것이다. 가해자와 피해자의 상황해석이 심각한 차이를 보일 때, 피해법익의 보호를 사명으로 하는 법은 (잠재적) 가해자 편이 아니라, (잠재적) 피해자 편에 상황을 해석해야 할 것이다.

넷째, 피해자와의 관계나 성교당시의 정황을 고려한다는 판례의 입장은 피해여성에게 대단히 불리하게 작용하는 경우가 적지 않다. 이제까지의 판례에 따르면 실제로 카바레에서 함께 춤추다 피해자가 거절하고 들어가지 않으려는 데도 강제로 피해자를 여관으로 끌고가 방문을 잠그고 계속 강제로 간음하려던 경우를 “피해자가 피고인과 만나 함께 놀다가 큰 저항없이 여관방에 함께 들어갔다”²⁴⁾고 판시한다. 또한 같이 술을 먹다가 술에 취하여 몸을 제대로 가누지 못하는 피해자를 여관으로 강제로 데리고 들어간 후 피고인이 화장실에 있던 중 정신을 차려 출입문을 열고 여관 1층 복도까지 도망한 피해자를 끌고 2층으로 올라와 술에 취하여 제대로 반항하지 못하는 피해자를 간음한 행위 역시 “여관방에 투숙하여 별다른 저항이나 마찰없이 성행위”를 한 것²⁵⁾으로 판시하고 있다. 이는 피해자와 피고인이 아는 사이였고, 같이 술을 마시거나 놀았던 정황을 고려하여 강간사실을 인정하지 않는 것이다. 반면 피고인이 경영하는 속셈학원의 강사로 범행 사흘전에 채용된 피해자를 불러내어 호텔 일식당에서 식사를 한 다음

23) 한국여성단체연합 공개토론회 자료집(현행 성폭력관련법 무엇이 문제인가) 중 손덕수 교수의 발표 참조, 1992. 5. 28 기독교회관.

24) 대판 1993. 4. 27, 92도3229.

25) 대판 1985. 10. 8, 85도4537.

피해자 몰래 예약해놓은 호텔 객실앞까지 피해자를 유인하여 들어가지 않으려는 피해자를 붙잡아 떠미는 등 강제로 객실안으로 끌고 들어간 후 피해자를 못나가게 하면서 여러 차례에 걸쳐 억압하고 간음하려 한 행위는 강간죄를 인정한다. 이는 피고인에게 유인당해 끌려가게 된 경위, 피고인의 완강한 반항, 집요한 강제력의 행사 등을 고려한 것이다. 특히 판례는 “강사로 채용되어 아직 첫 출근도 하지 아니한 상태에서 피고인에게 유인되어 정조를 유린당할 상황에까지 이르게 된 것이고, 피해자의 나이가 20세로서 겨우 성년에 이른 데다가, 아직 아무런 성경험이 없는 처녀의 몸이었던 점”을 강조한다.²⁶⁾ 즉 강간 여부를 결정하는 중요한 요소로 판례는 피고인-피해자의 관계가 일천하다는 점, 성에 대해 잘 모를 어린 연령이라는 점, 처녀라는 점을 내세운 것이다. 앞의 사례와 비교해보면 같이 술마시거나 같이 춤추는 등 피고인-피해자의 관계가 있었고, 나이도 적지 않으며, 성경험없는 처녀도 아닌 부녀에 대한 보호의 필요성은 훨씬 적다고 간주하는 셈이다. 평소관계와 성교당시의 정황을 고려한다는 것이 피해자의 성력이 많을수록, 아는 사이일수록 피해자에게 불리하게 해석되어 버리는 것이다. 그러나 이러한 판례의 경향은 평소 모르는 사이가 아니라 아는 사이에서 이루어지는 성폭력의 비율이 더욱 높다는 사실, 그리고 아는 사이에서는 보다 다양한 심리적 강제와 사회적 영향력과 폭행·협박을 뒤섞는다는 사실을 무시하고 있다. 또한 성적 자기결정권이 아니라 정조(성적 순결)를 중시하는 경향으로 인

해, 피해여성에게 대단히 불리하게 작용한다. 그리고 가해자가 피해자를 주도적으로 유인한 경우가 아닌 앞의 두 사례와 유사한 사례에서 법원의 판단은 매우 가해자편에 유리하게 내려지는 것이다.

이러한 불합리점을 제거하기 위해서는 피해자의 태도(항거불능 또는 현저한 항거곤란의 정도)가 아닌 가해자의 강제력 행사 여부에 맞추어 폭행·협박의 개념을 재설정해야 한다. 구체적으로는 해석론적 방법과 입법론적 방법이 있다.

해석론적으로는 폭행·협박의 개념을 통상의 폭행·협박과 같이 해석하는 것이다. 통상 폭행·협박의 개념은 4가지의 다른 범위를 가진 것으로 해석하는데, 이러한 구분은 독일법의 해석론을 일본과 한국에서 이의없이 따온 데서 유래한 것으로 보인다. 그런데 독일법의 경우 ‘폭행 또는 신체나 생명에 대한 현존하는 위협에의 협박’²⁷⁾으로 규정하여 폭행의 개념을 생명·신체에 대한 현재의 위협을 초래하는 정도로 명확히 한정하고 있다. 그렇다고 그 정도에 이르지 않는 보다 경미한 폭행·협박이 우리처럼 처벌되지 않는 것이 아니라, 6월 이상 5년이하의 자유형에 처할 범죄(제177조 2항)로 규정하고 있다. 그런데 우리는 독일법의 해석론을 받아들이면서, 제177조 2항의 규정은 받아들이지 않고 있어 입법론적 불비를 보이고 있다.²⁸⁾ 독일형법 제177조 1항의 폭행·협박은 동조 2항의 규정 때문에 협의의 범주로 해석해도 문제가 없으나, 독일법과 같이 폭행개념에 어떤 제한문구도 없고, 경미한 폭행에 대한 별도의 규정도 없는 우리 법

26) 대판 1995. 5. 12, 95도425.

27) mit Gewalt oder durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben, 제177조 강간죄 : 같은 규정으로 제249조의 강도죄.

28) 독일형법 제177조 2항은 폭행·협박의 정도가 다소 경미한 경우에 강간죄의 법정형을 감경하는 것이다. 예컨대 강간의 가해자와 피해자가 과거부터 성관계를 가져온 경우, 가해자의 차에 동승하고 범행현장에 도착한 경우, 여관에 스스로 따라 들어간 경우에는 생명, 신체에 대한 항거곤란의 정도에 이르지 않는 유흥력 행사를 통해 간음이 이루어진 것으로 이해될 수 있다는 것이다. 박상기, “강간죄와 폭행·협박의 정도”, 판례월보, 1996/2, 62쪽.

에서는, 위 폭행·협박 개념을 독일과 같이 한정하는 것은 대단한 문제를 초래하는 것이다.²⁹⁾ 폭행의 개념을 이렇게 협소하게 해석함으로써 성적 폭력 중 상당수가 처벌되지 못하게 하는 이러한 해석론은 이제 폐기되지 않으면 안된다.

입법론적 대안은 '부녀의 의사에 반하여 강간'하거나 '타인의 의사에 반하여 추행'한 행위를 처벌하는 규정을 신설하는 것이다. 이를 비동의간음이라 부를 수 있다. 이 비동의간음은 항거곤란의 정도는 아니었지만 피해자의 동의없이 간음·추행한 경우, 항거곤란의 입증은 어렵지만 동의가 없었음을 입증하기는 용이한 경우, 저항의 외적 표시를 남길 여지 없이 상황적 강제에 의해 당한 경우에도 가해자를 처벌할 수 있는 것이다. 피해자와의 성교정도에 다소의 유형력을 행사한 경우 그 정도가 피해자의 반항을 대단히 곤란하게 할 정도가 아니면 강간죄가 성립하지 않는다는 것이 판례의 경향³⁰⁾이지만, 이를 비동의간음죄로 처벌하기에는 전혀 무리가 없다. 상황적으로 반항하기 곤란한 경우 역시 최소한 비동의간음으로 처벌할 수 있는 경우가 적지 않을 것이다.³¹⁾

비동의간음죄의 신설주장에 대하여 제기되고 있는 반론은 대체로 다음과 같은 것이다. 개념의 불명확성, 실무상 입증의 곤란성, 처벌여부가 피해자의 의사에 전적으로 좌우된다는 점, 구체적인 사실관계에서 피해자도 책임있다는 피해자도발이론 등이 그것이다.³²⁾ 하지만 이러한 논거는 비동의간음죄의 경우에 특수한 비판으로 될 수는 없다고 여겨진다. 첫째 죄형법정주의의 요청상 가능한 명확한 개념을 통해 해석의 자의석을 줄여야 한다는 점은 타당하지만, 형법 구성요건 가운데 주요부분이 불확정개념을 널리 구사하고 있음도 부정될 수 없다. 촉탁, 승낙, 음란, 위계, 협박 등의 불명확한 개념이 널리 쓰이고 있는 것이 현실이며, 이러한 개념은 해석론과 판례에 의해 구체화되어질 따름이다. 같은 폭행이란 개념 속에서도 4가지의 다른 범주로 해석될 정도로 불명확한데, 이러한 개념들에 비해 '동의'가 유달리 불명확하다는 논거는 성립될 수 없다. 동의의 여부에 관한 다툼이 있는 경우, 구체적인 상황과 당사자의 주장을 바탕으로 합리적으로 판단을 내릴 수 있으리라 본다. 둘째 실무상 입증의 곤란성은 밀실범죄인 성폭력범죄

29) 강도죄의 폭행·협박은 '상대방의 반항을 불가능하게 하는 정도'로 해석하여 죄형의 폭행·협박개념을 구사한다. 그러나 그 정도에 이르지 못하고 의사자유를 제한하는 정도는 공갈죄로 처리될 가능성이 있는 점에서, 강도죄의 해석을 그렇게 해도 입법론적 불비는 생기지 않는다. 그러나 강간죄는 항거곤란의 폭행·협박에 이르지 않으면, 간음행위가 있는 이상 강제추행죄로 처벌될 수도 없게 되고, 폭행 부분만 따로 떼내어 폭력행위등 처벌에 관한 법률로 처벌할 수도 없다는 판례까지 있어, 결국 불벌되는 결과를 빚어낸다.

30) 부산지법 1984. 8. 9. 84구합604. 판결에서는 피해자와 피고인이 우연히 만나 대화를 나누다, 피해자가 다방에서 이야기하자고 하였으나 피고인이 저 위쪽에 밝고 조용한 곳이 있다고 하면서 그녀의 팔목을 붙잡고 철길에서 200미터 가량 떨어진 산속 아카시나무숲에 이르렀을 때 그녀가 그만 올라가자고 하여 그곳에 앉아 30여분가량 서로의 집안 이야기를 하다가 피고인이 피해자를 쓰러뜨리고 성교를 하려는 데 그녀가 비명을 지르자 손바닥으로 그녀의 입을 막은 다음 1회 성교한 사실, 성교를 마치고 함께 산에서 내려오다가 순찰중인 순경을 만나 검문을 당했는데 그녀가 그 때 아무런 말없이 피고인의 옆에 있었고, 그 뒤 몇차례 더 만나 성교한 사실을 인정하였다. 따라서 피해자가 '첫 성교에 처음부터 순순하게 응한 것이 아니고 다소 거부적 언동을 하였으나. 여러가지 사정에 비추어 볼 때 위 거부적 언동만으로는 피고인의 성교요구에 대하여 진실한 의사에 따른 반항을 하였다고 보기 어렵고, 피고인이 위 성교과정에서 다소의 유형력을 행사하였으나 그 정도가 피해자의 반항을 대단히 곤란하게 할 정도라고 볼 수 없으므로 피고인의 위 행위를 가리켜 법률상 강간죄가 성립된다 할 수 없다'고 판시하고 있다. 여기서 거부적 언동을 진실한 의사로 보지 않은 점, 다소의 유형력의 행사로 반항곤란의 결과가 초래되지 않는다고 판단하는 점은 남성위주의 법해석의 대표적인 예라고 할 수 있다. 순찰중인 경찰을 만났다고 곧바로 피해사실을 신고한다는 것이 얼마나 가능한지도 의문이며, 신고하지 않았다고 강간이 아닌 증거로 삼는 것 역시 피해자의 입장을 전적으로 무시한 판단이다.

전반에 해당하는 것이며, 입증곤란이란 증거법상의 문제를 형법과 혼동할 필요는 없으리라 생각된다. 셋째, 피해자의 의사는 범죄성 여부 및 정도를 구분하는 기준으로서 널리 인정되고 있다. 넷째, 피해자에 대한 비난은 가능하지만, 상황적, 윤리적 책임과 법적 책임은 구분되어야 한다. 가령 초미니 스커트를 입고 밤늦게 돌아다니다 성폭력 범죄를 당했다면, 피해자를 사회적으로 비난할 수 있을지언정 법적인 관점에서 가해자의 범죄성을 부인하는 사유로 될 수 없음은 물론이다. 요컨대 비동의간음죄의 규정은 성적 자기결정권의 측면을 명확히 인정할 수 있을 뿐 아니라, 수사 공판절차에서 피해자의 사기를 고무하고 가해자의 사기를 꺾는 역할을 할 수 있을 것이다. 혹은 폭행·협박의 정도가 의사를 억압하는 정도보다 경미하였다면, 그에 대해 완화된 형벌로 처벌하는 독일식의 조문을 둘 수도 있을 것이다.

(3) 간 음

강간과 강제추행은 모두 폭행·협박을 수단으로 하여 상대방의 자유의사를 억압하여 행하여지는 점에 대해서는 동일하다. 양자의 차이는 강간은 부녀를 간음할 목적으로 하는 것임에 반하여, 강제추행은 사람에 대하여 추행을 목적으로 하는 데 있다.³³⁾ 강간에서 姦淫이라 함은 남성 성기를 여성의 성기에 삽입하는 성교행위를 말한다.³⁴⁾ 그런데 여기서 성기삽입은 남성성기의 여성성기에의 삽입으로 제한된다. 그러한 행위의 성질에 비추어 강간의 객체는 부녀에 국한되며, 강간의 실행주체는 남성에 한한다. 부녀는 남성과 공동으로, 혹은 남성의 신체를 이용하여 강간의 법적 주체가 될 수 있을 뿐이라는 것이다.

이와 관련하여 행위의 객체를 부녀로 한정함은 “부녀에게만 남자에 비하여 법률상 특권을 주는

31) 예컨대 서울지법 1985. 11. 29, 85고합907 판결 참조. 이 사건은 남동생의 취직을 부탁하러 목공소에 찾아온 피해자를 보고 갑자기 욕정을 일으킨 피고인이 피해자를 방안으로 밀어넣은 다음 그녀를 겨안고 스커트를 벗기려 하는데 피해자가 소리치겠다며 반항하자 피고인이 “너는 유부녀이고 나는 총각이니 들키면 누가 망신이나”고 하면서 그녀의 스커트와 팬티를 벗겨 밖에 놓아둔 다음 피해자를 그곳에 남겨둔채 밖에 나가 20여분간 술을 마시고 나서 다시 방에 내려와 보니, 피해자가 그곳 종업원의 트레이닝 하의를 입은 채 빨리 옷을 달라고 말하므로, 피고인은 그곳의 문이 열려 있었고 피해자가 옷도 입고 있었으므로 나가버렸어도 될 텐데 그냥 남아 있는 것으로 보아 그녀도 피고인과 관계를 맺고 싶은 것으로 생각하고 그녀를 방에 밀어넣고 트레이닝 하의를 벗긴 후 그녀를 간음한 사실, 그런데 피해자는 다음날 남편에게 사실을 고백하고 피고인을 강간죄로 고소하였다는 것이다. 그런데 판례는 간음당시 피해자가 다소 거부적인 언동을 하기는 하였으나, 피고인이 그녀의 반항을 억압하거나 끈다 하게 할 정도의 어떤 다른 폭행이나 협박을 한 사실은 없었고, 피해자가 트레이닝 하의를 찾아입고서도 방문이 열려 있었는데도 그 자리를 피하지 않았고, 트레이닝 하의를 입고 나가면 남편으로부터 의심받을까 두려워 그곳을 피해가지 않았다는 피해자가 다음날 남편에게 간음사실을 고백하였다는 점 등을 들어 피고인이 피해자의 반항을 현저히 끈다하게 하거나 억압할 정도로 폭행 또는 협박을 가하였다고는 볼 수 없다고 판시한다. 그러나 이러한 판결이야말로 가장 남성중심, 가해자 중심의 편협한 이해에 기초하고 있다. 처음부터 피해자는 어떤 성관계를 맺을 의사가 없었음은 명백하다. 피고인은 피해자를 방안으로 밀어넣고 들키면 끈다한 약점을 이용하여 협박하고, 의복을 강제로 벗겼다. 그것이 현저한 합계곤란이 아니라면 도대체 어느 정도가 되어야 강간이 될 수 있는가. 자기 옷도 아닌 남자의 옷을 벗어입고서도 도망가지 않았다고 성관계에 대한 동의가 있는 것으로 간주되는가. 다음날 남편에게 고백할 정도의 수치심이 없는 여자가 수치심을 자극하는 가해자의 언동에 억압당하지 않았을 것이라는 가정은 정말 판결한 판사의 양식을 의심케 한다. 그런데 이같은 판결이 부지기수라는 데 문제의 심각성이 있는 것이다.

32) 이영란, “성폭력특별법의 형법적 고찰”, 한국피해자학회 제 3회 학술회의 발표원고(1994. 4. 23), 26쪽.

33) 대판 1968. 9. 24, 68도1039.

34) 김일수, 앞의 책, 375쪽.

반면에 남자는 그 범죄의 주체로서만 한정하여 남자이기 때문에 형법상 남자가 불이익한 대우를 받게 되어 있으므로” 남녀양성의 평등원칙을 규정한 헌법위반이라는 주장이 제기된 적이 있었다.³⁵⁾ 그에 대해 대법원은 헌법상의 평등규정이 일반사회관념상 합리적인 근거있는 차등까지를 금하는 것은 아니라고 전제한 다음, 강간죄에서 그 객체를 부녀로 한 것은 “남녀의 생리적·육체적 차이에 의하여 강간이 남성에 의하여 감행됨을 보통으로 하는 실정에 비추어 사회적·도덕적 견지에서 피해자인 부녀를 보호하려는 것이고, 이로 인하여 일반사회관념상 합리적인 근거없는 특권을 부녀에게만 부여하고, 남성에게 불이익을 주었다고는 할 수 없다”고 판시하였다. 마치 병역법에서 남자에게만 병역복무의무를 인정한 것이 헌법상의 평등원칙에 위반한 규정으로 볼 수 없는 것과 마찬가지로 하는 것이다.

이러한 판례를 통해 볼 때 강간을 강제추행과 구별하는 것은 남녀의 생리적·육체적 차이에 의거하여 성기중심적인 기준을 따르고 있음을 알 수 있다. 실제로 피해자의 육체와 정신, 그리고 반사회성의 정도를 감안하면 강간을 강제추행으로부터 분리하여 가중처벌하는 것은 충분한 근거와 역사성을 지니고 있다고 할 수 있다. 다만 남성성기의 여성성기에의 삽입이라는 협소한 범주로 간음을 설정하는 것은 하나의 문제로 지적될 수 있다. 예컨대 폭력을 사용하여 구강성교, 항문성교를 감

행하는 것은 강간이 아니라 강제추행으로 처리될 뿐이다. 또한 동성간의 폭력적 성행위는 모두 강제추행으로 처리된다. 동성간 성행위에 대해서는 일반 형법상의 특별한 규정은 없고, 군형법 제92조에서 “鷄姦 기타 醜行을 한 자는 1년이하의 징역에 처한다”고 규정하고 있을 뿐이다.³⁶⁾ 여기서 제간, 즉 동성간의 간음행위를 추행과 별도로 문제삼을 수 있는 가능성을 제공한다. 불법성의 정도를 비추어 볼 때 구강성교, 항문성교의 강제는 강간에 준하는 정도의 평가를 받도록 하는 것이 입법론상 권장될 수 있다. 성폭력법의 제정운동 단계에서 이러한 행위를 準強姦 혹은 重強制醜行으로 규정하자는 제안이 나왔는데, 그런 견지에서 타당성이 인정될 수 있다. 다른 나라의 진보적 법제에서도 같은 취지의 내용을 볼 수 있다.

(4) 강간 등 상해치사상죄에서 예견가능성의 평가

형법상 강간치사상죄는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다(구형법 제301조). 1995년 개정형법에서는 이를 보다 세분하여 치상과 치사를 구별하고, 고의와 과실을 구별하여 강간치상의 경우에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처하고(301조), 강간치사의 경우는 무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다(301조의 2).

상해의 결과에 대해 판례는 반드시 외관상의 상

35) 대판 1967. 2. 28, 67도1 사건 변호인의 상고이유에서.

36) 이 조항은 폭력이 수반되지 않는 성적 행위를 문제삼는 것이며, 폭력을 통한 간음과 추행은 형법상 강간죄와 강제추행죄로 처벌될 것이다. 또한 이 조항은 비친고죄라는 특색을 보이고 있다. 이러한 점을 감안하여 판례는 이 조항의 입법취지를 “군내부의 건전한 공적 생활을 영위하기 위한 이른바 軍隊家庭의 성적 건강을 유지하기 위한 것”으로 보고 있다. 대판 1973. 9. 25, 73도1915 참조.

37) 이재상, 형법각론, 박영사, 1996, 158.

38) 강간치상죄의 상해가 상해죄의 상해와 법정형과 죄질을 달리하므로 달리 해석되어야 한다는 견해는 오영근, 형사판례연구 3, 1995, 152-3; 이재상, 형법각론, 박영사, 1996, 158쪽; 이영진, 강간치상죄에 있어서 경미한 상해의 취급, 판례월보 1996/10; 반면 상해개념을 통일적으로 이해해야 한다는 입장으로는 김상희, 강간치상죄에 있어서의 상해의 인정범위, 판례월보, 1995/9 참조.

처가 있을 것을 요하지는 않으며, 성병감염, 처녀막파열, 보행불능, 수면장애, 식욕감퇴 등 기능의 장애를 일으키거나, 히스테리 등 정신적 증상을 야기한 경우도 포함시키고 있다.³⁷⁾ 그러나 강간치상의 경우 상해의 개념은 상해죄에서의 상해개념보다 협소하게 규정하는 특색을 보인다. 상처의 부위 및 상처의 정도(그중에서도 상처를 치료할 필요가 있는가)를 중시함으로써, 상해의 개념을 보다 엄격하게 한정하는 태도를 보이는데, 이는 강간치상죄의 경우 법정형이 대단히 무겁게 되어 있어 경미한 상처 혹은 치료의 필요없이 회복가능한 상처는 제외하는 것이 구체적 타당성이 있다는 데서 비롯되는 것으로 보인다.³⁸⁾

폭력이 수반되는 범죄의 피해를 육체적·정신적·사회적 피해로 나누어 보면 성폭력의 경우 신체적 피해에 못지 않게 정신적 피해가 많이 발생하며, 그것도 단기적 피해에 머물지 않고 장기적 후유증을 남기고 있다. 정신적 피해에 대한 실태조사를 보면 불면증, 기분침체, 우울, 순결, 정조상실로 인한 고통 등으로 나타났고, 또 강간의 경우 피해자로 하여금 자포자기 심리에 젖어 실제로 매춘으로 유입되는 계기로 작용하기도 한다. 강간의 경우에는 또한 신체의 상처를 동반하거나, 임신 등의 신체적 피해를 야기하기도 한다. 사회적 피해로서는 인간관계의 손상, 행동장애, 이사 등의 결과를 초래하며, 대남성관계에 있어 남자혐오 내지 기피증, 결혼기회의 차단과 제한 등의 결과를 가져온다.³⁹⁾ 수치심과 절망감에서 자살의 충동을 느끼거나, 실제로 자살을 기도했다는 반응도 상당수에 달하고 있다. 성폭력으로 인한 자살(미수, 기수)의 사례도 드문 일이 아니다.

이러한 피해실태 및 피해의식의 실태에 대한 조사는 강간치상, 치사죄의 해석에 있어 기존의 통념적 해석에 대해 몇가지 의문점을 던진다.

피해자가 강간을 당한 수치심에서 자살한 경우 강간치사의 책임을 인정할 수 없다는 것이 통설·판례의 입장이다. 그러나 인과관계는 인정하기 어렵겠지만, 실제의 사례로 보거나 우리의 성관념에 비추어 볼 때 자살이 예견가능성이 없는 결과라고 무조건 단정지를 수 있을지는 의문이다.

본격적으로 문제되는 것은 폭행이나 간음을 피하기 위해, 혹은 강간현장을 모면하기 위해 탈출하다가 죽거나 부상당한 경우를 강간치사·치상으로 볼 것인가 하는 점이다. 판례는 강간을 당하려 하자 급박한 현장을 피하기 위하여 창문을 박차고 뛰어나가다 죽기에 이르러 경우에 강간과 사망 사이에 상당인과관계를 인정한다.⁴⁰⁾

하지만 강간을 피하기 위해 탈출하다가 치사상(致死傷)한 모든 경우에 상당인과관계를 인정하는 것은 아니다. 여관방에서 강간하려다 계속 접을 주면서 “피해자의 핸드백을 걸고 여관방의 화장실문을 열어놓고 소변을 보면서 피해자에게 나가면 죽인다고 한 사실”을 인정하면서도, 방문을 통해 빠져나가다가는 피고인에게 잡힐 것 같은 생각이 들자 다급한 나머지 유리창문을 통해 뛰어내리다 상해를 입은 사건에서 “피해자가 여관방 창문을 통해 아래로 뛰어내릴 당시에는 피고인이 소변을 보기 위하여 화장실에 가 있는 때여서 피해자가 일단 급박한 위태상태에서 벗어나 있었을 뿐 아니라” “4층에 위치한 방에서 밖으로 크게 뛰어 내리는 경우에는 크게 다치거나 생명을 잃을 수도 있는 점을 감안하면 이러한 상황에서 피해자가 4

39) 심영희, 여성의 사회참여와 성폭력, 나남, 1992, 262-3.

40) “피고인이 강간을 하기 위하여 폭행을 가하고 팬티를 잡아채어 찢는 등 강간의 실행에 착수하자 정조를 유린당할 것에 대한 극도의 흥분과 공포심에 사로잡힌 나머지 급박한 현장을 피하기 위하여 窓門을 박차고 뛰어 나가기에 이르러 급기야는 죽음에까지 이르렀다”는 사실관계를 인정한 후, 피고인의 간음행위와 피해자의 사망 사이에 상당인과관계가 있다. (대판 1968. 5. 21, 68도419)

층에서 창문을 넘어 뛰어내리라고 예견할 수 없다고 봄이 경험칙에 부합한다”고 판시하였다.⁴¹⁾

이러한 판례의 경향은 지지될 수 없다. 강간에 대한 극도의 공포감은 피고인의 선행행위로 말미암은 것이다. 피해자의 도주가능성은 객관적으로도 입증되며, 그랬기에 피고인은 피해자의 핸드백을 빼앗고 또 화장실에 문을 연 채로 소변을 보며 감시하였고, 나가면 죽인다고 협박한 것이다. 조그마한 객실과 객실 속의 화장실이 얼마나 떨어져 있기에 “급박한 위태상태에서 벗어나 있었다”고 단언할 수 있는 것인가.

다른 탈출구가 봉쇄되어 있는 상황에서 생명의 위험을 무릅쓰고 탈출하기 위해 窓門을 선택하는 것은 성폭력의 피해를 살상보다 중히 여기는 사회에서 실제로 드문 일이 아니다. 앞서 언급한 대판 1985. 10. 8, 85도1537 판결을 다시 살펴보자면, 술에 취한 피해자를 여관으로 강제로 데리고 들어간 후 제대로 반항도 못하는 피해자를 간음하였는데, 피해자가 더이상의 강간을 모면하기 위하여 “피고인을 밀어내면서 피고인에게 마실 물을 떠달라고 말하여 피고인이 화장실에 물을 뜨러 간 사이에 동녀가 그 방 출입문을 안에서 잠그고 구내전화를 통하여 여관종업원에게 구조요청을 한 후”에 피고인이 방문을 잡아흔들자 그에 겁을 먹은 피해자가 강간을 모면하기 위하여 3층에서 창문을 넘어 난간으로 따라 도망하다 떨어져 중상해를 입었다. 그런데 대법원은 이미 구조요청까지 한 후라면 일

반경험칙상 창문을 넘어 탈출하는 것을 예견할 수 없다고 판시한다.⁴²⁾ 하지만 처음 강간당하려 할 때 이미 여관 1층까지 도망간 적이 있고, 방문을 잠그고 있었다면 탈출을 위한 어떤 행동을 할지 모르고 그 과정에서 다칠 수도 있음은 누구나 예견할 수 있는 것이다. 구조요청을 했다는 것은 그만큼 절박성을 느끼고 있었다는 것이며, 구조자가 아직 도착하지 않은 상태에서 가해자가 먼저 다가오면 공포심은 더욱 커질 수 있는 것이다. 이러한 판례에서 나오는 ‘일반경험칙’은 일상생활의 경험과도 명백히 배치되며, 합리적인 것으로 볼 수도 없을 진대, 과연 경험칙에 대한 판단이 어떻게 형성된 것인지 궁금할 따름이다. 일반경험칙에 비추어 볼 때, 이같은 비극적 결과에 대한 예견가능성은 쉽사리 인정될 수 있는 것이다.

4. 성폭행 범죄유형의 문제점과 개선

성폭력에 대한 형법규정의 미흡함을 특별법 형식으로 개선하려는 노력이 성폭력법의 제정으로 나타났는데, 이 법의 시행과정에서 몇가지 문제점이 지적되었다. 그에 따라 정부와 각당은 성폭력법의 개정안을 마련하였다. 이하에서는 시행상 드러난 문제점과 신한국당의 개정안⁴³⁾을 중심으로 몇가지를 지적하고자 한다.

(1) 신한국당안은 성폭력범죄의 범주에 형법

41) 대판 1993. 4. 27, 92도3229. 참고로 이 사건의 항소심인 서울고법 1992. 11. 20, 92노3092 판결은 “피해자가 여관 방에까지 끌려들어가게 된 경위, 위 방에서 피고인의 피해자에 대한 협박 및 강간하려 한 행위의 경위 및 정도, 피해자가 시종일관 남편있는 몸이라면서 거절 및 반항하였던 점, 피고인이 일시 강간행위를 멈추고 소변을 보러 갔으나 그 때에도 피고인은 피해자가 도망하지 못하도록 피해자의 핸드백을 자신의 목에 걸고 가면서 피해자에게 나가면 죽인다고 말한 점, 여관방의 구조로 보아 피해자가 출입문으로 탈출하기 불가능하였던 점 등 모든 상황을 종합해보면, 피고인은 피해자가 강간당하지 않기 위하여 반항하면서 경우에 따라서는 방의 유리창문을 통하여 아래로 뛰어내리는 등 탈출을 시도할 가능성이 있고 그러한 경우 피해자가 다칠 수도 있다는 예견이 가능하다”고 하여 강간치상의 죄책을 인정하였다.

42) 원심은 예견가능성을 인정하여 강간치상죄로 처단하였다.

43) 신한국당 여성국에서 1996. 10월에 준비 확정안을 발함.

제242조(음행매개), 제243조(음화 등의 반포), 제244조(음화등의 제조) 및 제245조(공연음란)의 죄를 삭제하였다. 이는 성폭력법이 '성'에 대한 제반 규정을 담는 것이 아니라, 성적 '폭력'행위를 중심으로 한 것이므로 당연한 개정이라 할 것이다. 강제적 성과 합의적 성의 구분, 개인적 법익과 사회적 법익의 구분을 존중한다면, 이로써 성폭력법은 성적 자기결정권의 보호의 방향으로 더욱 다듬어진 셈이다.

(2) 친족관계에서 이루어진 성폭력범죄에 대한 기본규정은 동법 제7조인데, 여기서는 행위의 주체로 '존속 등 연장의 친족'을 규정하고 있으며(제1항, 제2항), 친족의 범위는 4촌 이내의 혈족으로 한다(제3항). 이 때의 존속 혹은 친족은 사실상의 관계에 의한 존속 또는 친족을 포함한다는 규정을 두고 있다(제4항). 성폭력법의 제정을 전후하여 가족관계 내의 성폭력이 심각한 사회문제로 대두되었고, 그 중 김보은 사건에서 보듯이 의붓아버지, 의붓친족에 의한 성폭력이 문제시되어 제4조의 '사실상의 관계'가 포함된 것은 명백하다. 반인륜적 성폭력을 저지르고도 피해자의 입만 봉해버리면 아무런 법적 제재를 받지 않아 피해자의 인권보호에 결정적인 결함을 보여준 것에 대한 반성에서, 이 조항을 비친고죄로 한 것도 하나의 의미 있는 진전이라 할 수 있다.

그런데 입법취지와는 상관없이 의붓아버지가 의붓딸을 성폭행한 경우 의붓아버지가 성폭력법상의 '존속 또는 친족'에 해당하는가가 법적 쟁점으로 대두되었다. 대법원은 일부 하급심판결과는 달리 제7조 4항의 사실상의 관계에 의한 존속의

뜻을 "자연혈족의 관계에 있으나 법정절차의 미이행으로 인하여 법률상의 존속으로 인정되지 못하는 자(예컨대 인지 전의 혼인의 출생자의 생부) 또는 법정혈족관계를 맺고자 하는 의사의 합치 등 법률이 정하는 실질관계는 모두 갖추었으나 신고 등 법정절차의 미이행으로 인하여 법률상의 존속으로 인정되지 못하는 자(예컨대 사실상의 양자의 양부)"를 말한다고 하고, 이러한 실질관계가 없거나 법률상 인척에 불과한 경우에는 포함되지 않는다고 한다. 그리하여 의붓딸을 성폭행하여 성폭력법 제7조로 기소된 사안에 대하여 존속 또는 친족에 해당되지 않는다고 판시⁴⁴⁾하고, 고소한 어머니가 소를 취하한 이상 공소를 기각하여야 한다고 판시하였다.⁴⁵⁾ 대법원의 입장에 따른다면, 제7조 4항의 존속에는 자연혈족인 자 또는 법정혈족관계에 대한 의사의 합치가 있을 경우에 한하여 포함할 수 있다는 것이다. 의붓아버지는 "존속관계와 유사한 외관"을 갖고 있음에 불과하므로, "동거녀의 딸이거나 피해자 어머니의 배우자로서 인척관계에 불과한 경우에는 적용할 수 없다"고 밝혔다. 한편 자기 호적에 입적시킨 의붓딸을 성폭행한 의붓아버지는 "피해자를 호적상 출생자로 등재만 하고 입양신고를 하지 않았다 하더라도 입양하려는 의사를 갖고 있었던 만큼 입양의 효력이 인정되어 특별법에 의한 처벌이 가능하다"고 한 판결도 있다. 의붓아버지를 특별법 위반으로 처벌하기 위해서는 자연혈족 관계이거나 입양의사가 객관화되어야 한다고 보는 것이다.

그러나 이러한 판결의 경향은 대단한 문제를 안고 있다. 먼저 이 판결은 특별법으로 친족강간을

44) 대판 1996. 2. 23. 95도2914. 이 사건의 원심은 의붓아버지의 성폭행은 성폭력법 제7조 4항에 해당한다고 판시하였다. ; 대판 1996. 2.23. 95도2646. 이 사건에는 제1심은 의붓아버지의 성폭행이 성폭력법 위반이라고 보았으나, 원심은 제1심판결을 파기하였다. 하급심과 대법원 사이에 상당한 견해차가 노출되었음을 볼 때, 이 문제의 해석은 일률적인 답을 내릴 수 없는 것임을 알 수 있다.

45) 성폭력특별법 제7조는 비친고죄이다. 그런데 이 법이 적용되지 않게 되면 친고죄인 강간 등의 범죄로 처리될 수밖에 없는데, 고소를 취하해버릴 경우 처벌할 방도가 없게 된다.

규정한 입법취지에 완전히 반하는 것이다. 성폭력 관련 상담소들의 통계에 따르면, 친족성폭력은 가해자가 같은 공간에서 생활하므로 피해횟수가 빈번하고, 아버지의 절대적인 권위로 강제하므로 가해가 용이하며, 피해가 어린 시절부터 시작되어 가해자의 성폭력에 거부하거나 저항할 수 없는 무기력상태에 놓이게 되어 피해가 장기간 반복하여 일어나는 문제를 갖고 있음을 지적한다. 자신의 생활과 정서에 대해 통제력을 행사하는 자에 대해 고소한다는 것은 거의 생각하기 어렵고, 또 친족상간을 금기시하는 전통의 압력하에서 이를 사회문제화하기도 그만큼 어렵다. 친족성폭력을 비친고죄로한 것은 이같은 친족성폭력의 특성을 감안하고 피해자보호를 꾀한 것인데, 이같은 대법원판결은 특별법제정의 취지와 배경을 전혀 고려하지 않았다는 비판을 면할 수 없다.

판례의 해석원칙은 죄형법정주의에 터잡고 있다. 형법법규는 그 규정내용이 명확해야 할 뿐 아니라 그 해석에 있어서도 엄격함을 요하고 유추해석은 허용되지 않음은 당연하다. 여기서 제7조 4항의 '사실상의 관계에 의한 존속'이 의붓아버지를 포함할 수 있는가에 대하여, 판례는 동조 3항에서 친족의 범위를 4촌이내의 혈족에 국한함을 들어 부정적으로 해석하고 있다. 의붓아버지가 혈족에 해당하지 않는다는 것이다. 그러나 의붓아버지가 의붓딸과 동거하면서 사실상의 존속으로 불리며 존속으로 기능하는 것이 보통이다. 민법적인 직계 존속이나 민법적인 친족 개념을 기계적으로 적용하여 '사실상'의 의미를 해석하려는 태도는 본법의 취지에도 맞지 않다. '사실상의 관계에 의한 존속'은 현행 가족법상의 존속을 가리키는 것이 아니라 일반시민들의 법감정과 법의식 속에 살아있는 존

속관념을 기초로 한 것이며, 그러한 존속의 반인륜적 성폭력에 대한 가중된 불법인식을 존중하여 만들어진 조문으로 해석되어야 할 것이다. 전통가족법에 대한 법제사적 지식을 갖고 임할 때 전통적 법의식에 기초를 둔 이러한 사실상의 존속개념의 외연을 확장하기가 어렵지 않다.⁴⁶⁾ 따라서 판례의 경향은 해석론적으로도 지지되기 곤란하다.

그렇다고 해도 법률문구가 입법취지를 오해의 여지 없이 명확하게 반영하지 못한 결함은 인정되는 만큼, 입법론적으로는 개정이 필요함은 당연하다. 신한국당안은 친족의 범위를 '4촌이내의 혈족과 2촌이내의 인척'으로 확장하여 그 문제점을 해결하였고, 존속 등 연장의 친족에 의한 범죄뿐 아니라 "친족관계에 있는 자"간의 범죄도 처벌대상으로 하였다. 친족간 성폭행이 주로 4촌 이내의 친인척관계 사이에서 일어나는 현실과 가족적 공동생활에서 발생하는 성폭행에 대한 특별한 규율의 필요성을 생각해볼 때 이러한 개정안의 취지는 타당하다. 다만 제4항의 '사실상의 관계에 의한 친족'의 개념속에 여전히 애매함이 남아있는 만큼, 가능하면 "법률상의 친족이 아니라도 동거제부모나 동거증인 사실상의 양부모"와 같은 개념으로 명확히 하는 것이 더욱 바람직할 것이다.⁴⁷⁾

(3) 성폭력법 제8조는 장애인에 대한 준강간, 준강제추행에 대한 규정을 두고 있다. 이 조항에 따르면 '신체장애로 항거불능인 상태에 있음을 이용하여 여자를 간음하거나 사람에 대하여 추행한 자'를 벌한다. 그런데 2명이 '정신장애인'을 상습적으로 성폭행한 자에 대해서는 '신체장애인'이 아니어서 성폭력법이 적용될 수 없다는 판결이 나왔다.⁴⁸⁾ 판례에서 인정된 사실관계는 '피해자가 정신지체로 인하여 2급의 장애인판정을 받았고 평소

46) 이러한 관점에서 판례의 경향을 탁월하게 비판한 심희기, "의붓아버지와 성폭력법상의 '사실상의 관계에 의한 존속'", 그리고 친족강간의 범주확정문제", 판례월보, 1996/8, 39-49 참조.

47) 심희기, 앞의 논문, 49쪽에서의 주장임.

48) 서울지법 형사합의21부, 1996. 11. 1.

말을 더듬고 발음이 정확하지 않는 등의 언어장애가 있는 등 그 지력이 매우 낮은 상태에 있다가 이 사건 당시 별다른 항거를 하지 못하고 피고인들로부터 간음을 당하였다'는 것이다. 재판부는 성폭력법 제8조의 제목이 '장애인'에 대한 준강간이어서 그 입법취지는 장애인복지법에서 규정하는 장애인을 전부 포함하는 것이 아닌가 하는 생각이 들기도 하나, 조문에서 '신체장애인'으로 규정하는 이상 법조문을 엄격하게 해석해야 하는 죄형법정주의 원칙상 정신장애인을 이 조항에 포함할 수 없다고 판시하였다.

판결에서 지적한 바와 같이 이러한 범죄는 형법 제299조의 준강간에 해당한다. 그런데 형법 제299조 역시 친고죄로 되어 있고, 피해자의 아버지와 피해자가 고소를 취하한 이상 공소기각사유에 해당한다. 여기서 성폭력법 제8조의 비친고죄의 실효성이 보여지는 것이다. 장애자의 항거불능상태를 이용하여 상습적으로 간음하는 자의 불법성이 매우 높고, 고소권 행사의 실제적 어려움을 반영하여 장애자간음의 비친고죄화를 규정한 것이다. 하지만 조문이 '항거곤란한 상태'에 있는 장애자의 보호라는 입법취지에 충분히 부합하는 모습으로 규정되지 않은 문제점이 발견된다. 그런 점에서 죄형법정주의의 원칙에 따르면 유추해석을 할 수 없다는 재판부의 태도가 부당하다고 볼 수는 없다.

하지만 조문의 입법취지와 제목, 그리고 정신장애와 신체장애에 대한 보다 입체적 이해에 기초하여 다른 해석을 하는 것은 불가능할까. 조문의 취지가 항거불능상태에 놓인 장애인의 보호에 있음은 두말할 것도 없다. 제목에서도 '장애인'이라고 하고 있지, 유독 신체장애만을 한정하여 규정하고

있지 않다. 또한 정신과 신체가 유기적인 일체일 뿐 아니라, 정신장애는 신체에 대한 통제력을 제대로 행사할 수 없게 한다. 2명이 상습적으로 성폭행을 하는데도 항거할 능력이 없는 장애인을 신체 외형상의 장애가 없다는 이유로 성폭력법을 적용할 수 없다는 해석은 부적절하다. 항거하기 어려운 신체상태는 정신적 장애로 인해 초래될 수 있는만큼 당연히 이 규정에 해당될 수 있으며, 고소능력을 제대로 못갖춘 상태에서 비친고죄로 한 취지에 비추어 볼 때 더욱 그러하다.

물론 해석론상의 애매성과 불합리를 타개하기 위해 개정안으로 "신체 또는 정신상의 장애"로 바꾼 것은 바람직하다. 입법의 변화를 기대하면서도, 법원의 조문형식에 집착하여 목적론적 해석을 도외시하는 태도가 죄형법정주의 원칙인지 생각해볼 필요도 있는 것이다.

(4) 최근 서울대 성희롱사건을 계기로 성희롱은 커다란 사회적 이슈로 등장하였다.⁴⁹⁾ 이 사건은 현재 1심에서의 성희롱의 인정과 항소심에서의 부정⁵⁰⁾으로 현재 대법원에 계류중이다. 사실의 존재 여부에 대한 입증의 논란은 있을지라도 이 사건은 적어도 직장내 성희롱의 문제를 인식하고, 실태조사와 대응방안이 광범위하게 다루어지는 계기가 되었음은 분명하다.

성희롱의 실태에 대한 경험적 조사에서는 우리 사회의 성희롱이 대단히 광범위하며 피해자와 직장분위기에 미치는 피해도 대단히 큰 것으로 나타났다.⁵¹⁾ 피해자는 육체적·정신적 휴유증과 자존감의 상실, 자기비하의식을 갖게 되기도 하고, 업무능력의 저하와 전직이나 퇴사 등을 경험하곤 한다. 성희롱은 직장내의 위계에 의한 권력과 사회적으로 부여되는 성별에 의한 차별의 산물이다.

49) 이 사건에 대한 피해자의 입장과 공동대책위원회의 활동에 대해서는 「침묵에서 외침으로」, 성희롱사건자료집, 1994 참조.

50) 항소심판결에 대한 비판으로 장윤경, 「성희롱재판, 형평성 잃은 시대착오적 판결」, 나라정책연구원, 나라의 길, 1995/9, 79-92.; 박원순, WIN, ; 공대위 심포지움 자료집

문제는 성희롱을 사소한 일, 직장생활의 윤활유로 이해하고 보고, 성차별적 직장환경에 대해 어느 정도는 수인해야 할 의무가 있다고 보는 시각이다. 이러한 시각이 매우 남성중심적 소비니즘을 보여준다는 말할 것도 없다. 가해자에게 일상적인 것, 사소한 것으로 보이는 장난이 피해자에게는 대단히 큰 문제임을 직시할 필요가 있는 것이다. 성희롱의 여부와 기준획정에 있어 피해자의 경험과 느낌을 존중하여야 한다는 것은 이러한 관점에서 타당성이 인정된다.⁵¹⁾

신한국당의 개정안에서는 직장내 성희롱을 폭력성을 가진 성범죄로 규정하고, 그에 대한 형사처벌 규정을 신설했다는 점에서 주목을 끈다. 즉 개정안 제11조의 2(業務上關係로 인한 性的表現 등)에서 “자기 또는 다른 사람의 性的 욕망을 유발하거나 만족시킬 目的으로 業務 고용 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람에 대하여 지속적이고 반복적인 性的 표현이나 행동

을 한 者는 1年이하의 懲役 또는 300萬원이하의 罰金에 處한다”고 규정하고 있는 것이다. 이는 성희롱을 형사적 범죄로 격상함으로써 사회적 경각심을 높여 바람직한 직장문화를 만들어가려는 것이다. 그리고 성적 목적을 갖고 지속적이고 반복적인 성표현과 행동을 한 경우에는 단지 민사적 손해배상의 영역을 넘어서 형사법적 처벌사안으로 보는 것이다. 성희롱의 목적성, 지속반복성과 함께 친고죄화함으로써 그 남용의 소지도 막을 수 있다고 본다. 다만 목적성의 입증과 관련한 문제가 생겨날 수 있으므로 목적성에 대한 부분은 삭제하고 고의성만 있으면 족하다는 쪽으로 개정되어야 할 것이다. 물론 앞으로 성희롱에 대한 규제방안이 보다 세분화되고, 감독자책임을 인정하는 방향으로의 입법과 해석론적 진전이 이루어져야 할 것이다.

형법 및 특별법상의 친고죄와 비친고죄

	비친고죄	친고죄
형 법	301 : 강간상해, 치상 301의 2 : 강간살인, 치사	297 : 강간, 298 : 강제추행 299 : 준강간, 준강제추행 300 : 강간, 강제추행미수 302 : 미성년자간음 303 : 업무상위력간음 304 : 혼인빙자간음 305 : 13세미만자간음, 추행
성 폭 력 특 별 법	5 : 특수강도강간, 추행 6 : 특수강간, 추행 등 7 : 친족관계에 의한 강간, 추행 8 : 장애인에 대한 준강간, 추행 9 : 강간상해, 치상 10 : 강간살인, 치사	11 : 업무상위력추행 13 : 공중밀집장소추행 14 : 통신매재이용음란

51) 예컨대 장필화 외, 직장내 성희롱에 대한 이해와 대처방안의 모색-지침서 개발을 중심으로-, 이화여자대학교 한국여성연구원, 1994. 12. ; 한국여성민우회, 직장내 성희롱에 관한 조사, 1993. 참조.

52) 장필화 외, 앞의 글, 15쪽 참조.

5. 친고죄 규정의 문제점과 개선방안

친고죄는 '피해자 및 고소권자의 고소 없이는 공소를 제기할 수 없는' 범죄를 말한다. 현행 형법은 강간치사상죄를 제외한 대부분의 성폭력범죄에 대해 親告罪로 규정하고 있다. 성폭력법은 행위의 경중에 따라 보다 중한 범죄(특수강간강간, 특수강간, 친족관계에 의한 강간, 장애인에 대한 준강간, 강간치사상 등)는 비친고죄로, 보다 경미한 범죄(업무상위력 등에 의한 추행, 공중밀집장소에서의 추행, 통신매체이용음란 등)은 친고죄로 하고 있다.

문제는 형법 제297조의 (보통)강간, 298조의 (보통)강제추행 및 그에 상응하는 범죄를 친고죄로 존치하고 있다는 점이다. 그 근거는 아마도 '우리의 성문화에 비추어, 그리고 피해자 보호의 관점에서⁵³⁾ 바람직한 것으로 주장되고 있는 것 같다. 성폭력의 사실이 사법처리과정에서 알려짐으로써 피해자가 입게 될 명예손상 등의 불이익을 방지하기 위한 것⁵⁴⁾이라는 주장도 같은 취지이다. 그러나 이 두가지 근거는 모두 대단한 문제를 안고 있다고 보여진다.

첫째 우리의 성문화 자체가 바람직한 입법의 근거가 되기에는 너무나 왜곡되어 있음을 감안해야 한다는 것이다. 성이 개방되었다고 해도, 남성의 성적 일탈은 사회적으로 제도화되어 있고 관용되어지는 반면, 여성의 성적 일탈은 거의 용납되지 어렵다. 성폭력의 경우 가해자가 오히려 큰소리지

고, 피해자는 얼굴과 이름도 감추어야 하는 것이 우리의 성문화의 현주소이다. 따라서 오도된 성문화를 법의 기초로 삼는 것은 바람직한 태도가 아니다.

둘째, 피해자의 인격과 명예 등은 물론 보호받아야 한다. 성폭력 피해자에게 향해지는 잘못된 사회적 눈초리와 편견이 극심한 우리의 풍토에서 그 필요성은 너무도 절실하다. 그러나 피해자의 보호는 저질러진 중대한 범죄에 대한 고소권한을 피해자에게 맡기는 조치가 아니라, 형사절차의 개선과 피해자를 부조하기 위한 사회적 지원체계의 확립을 통해 이루어져야 하는 것이다.

성폭력범죄를 친고죄로 함으로써 생기는 문제점을 구체적으로 적시하면 다음과 같다.

▲친고죄의 법적 효과는 '고소없이 기소하지 못한다'는 것이다. 성폭력범죄가 밀실범죄로서 피해자의 진술 없이는 증거를 확보하기 어렵다고 하지만, 반드시 그런 것은 아니다. 경찰이 현행범으로 체포할 수도 있으며, 목격자의 증언을 확보하거나, 여죄(餘罪)의 추궁과정에서 성폭력사실에 대한 자백을 얻어낼 수도 있으며, 정황을 종합하여 증거를 확보할 수도 있다. 그런데 범인임을 확실히 하고도, 피해자의 고소 없이는 중대한 범죄를 저지른 용의자를 소추할 수 없다는 문제가 생긴다.

▲고소권을 행사할 능력이 취약한 자에 대한 성폭력이 이루어졌을 경우 불기소처분을 내릴 수밖에 없는 경우가 다수 생겨난다.

판례에 따르면, 정신장애자에 대한 준강간은 성폭력법 제8조의 '신체장애인'에 해당하지 않는다

53) 법무부 형법개정 공청회 자료 <형법개정안에 대한 의견>에서 이재상 교수의 의견을 부분발제한 것임, 1992, 41쪽.

54) 김일수, 한국형법 III, 각론(상), 박영사, 1994, 379쪽. 판례에 따르면 "강간죄를 친고죄로 규정한 입법취지는 강간죄가 기소되어 사회에 공표되면 피해자에게 수치심을 일으키게 하여 그 명예를 손상케 할 염려가 크기 때문에 어디까지나 피해자의 의사나 감정 및 명예를 존중하는 의미에서 피해자 기타 일정한 자의 고소를 기다려 공소를 제기할 수 있도록 한 것"(서울고법 1974. 6. 18, 73노54)이라고 한다.

고 한다. 이 경우 정신장애자에 대한 성폭행은 친고죄로 될 것인데, 정신장애인이 제대로 고소권을 행사하기 어려운 경우가 많을 것이다.

더욱 문제는 '13세미만의 부녀에 대한 강간, 13세미만의 사람에 대한 추행'(형법 제305조)도 친고죄로 되어 있다. 그런데 고소를 하기 위해서는 '고소의 의미와 고소에 따르는 이해관계를 인식할 수 있는 사실상의 의사능력(고소능력)'이 있음을 요하는 데, 성폭행을 당하는 아동의 경우 이러한 고소능력이 없어, 처벌의 의사표시를 한다고 해도 유효한 고소로 간주될 수 없는 경우가 생겨난다.⁵⁵⁾ 아동에 대한 성폭행을 아동의 의사나 법정대리인의 의사에 맡겨버림으로써, 수많은 아동성폭행에 대해 형사법적 대응이 대단히 곤란해지는 것이다.⁵⁶⁾

▲ 강간이나 강제추행을 인지하고도 고소가 없을 때 수사기관은 처벌을 가능케 하기 위해 비친고죄인 강간치상의 죄로 기소하는 등의 방법을 구사하기도 한다. 이 경우 상해의 개념은 상해죄의 그것보다 엄격하게 해석하는 것이 판례의 경향으로 보인다.⁵⁷⁾ 또한 치상의 점이 받아들여지지 않으면,

면, 공판단체에서 告訴의 追完의 필요성이 생겨나는데, 우리 판례는 이 경우 고소의 추완을 인정하지 않고, 공소기각결정을 내린다.⁵⁸⁾ 강간치상죄의 법정형은 강간죄보다 매우 높아, 경미한 상처에 대해서까지 강간치상으로 일률적으로 문의하는 것은 형량의 타당성을 기할 수 없는 경우가 생겨날 것을 감안하면, 강간죄의 친고죄화로 인해 생겨나는 또하나의 부작용을 볼 수 있다.

▲ 고소권자는 고소한 이후에도 제1심판결이 선고되기 전까지는 언제든지 고소를 취하할 수 있다. 실제로 가해자와의 합의를 중용하기 위해 형사고소가 악용될 수 있으며, 그렇지 않은 경우에도 합의금을 높이기 위해 고소했다는 의심을 받을 수 있다. 확고한 의사를 갖고 고소한 피해자도 가해자측의 합의를 위한 접촉과 심지어 사실상의 협박상황 속에 놓여지기도 한다. 만약 친고죄가 아니라면 그러한 가능성은 훨씬 줄어들 것이다.

▲ 우리 사회 일각에서는 '정숙한 여자는 피해를 당했을 때 그 사실을 숨기려 하지 고소하지 않을 것이다'라는 통념이 있다. 고소한 여자를 덜 정숙한 여자로 봄으로써 성폭력이 사회문제, 법적 문

55) 이러한 취지에서 공소를 기각한 판례로는 가령 대전고법 1992. 11. 20. 형사부판결, 92노38이 있다. 이 판결은 '나이가 7세 6개월인 아동피해자의 진술 중 "다시는 저를 귀찮지 못하게 해 주세요"라는 부분만으로는 미성년자의 제강제추행의 점에 대한 고소의 의사가 명확하다고 보기 어렵고, 위 진술을 피고인의 처벌을 원하는 의사표시로 본다 하더라도 피해자에게 고소능력이 있다고 볼 수 없다'고 한다.

56) 성폭력특별법에 대한 신한국당의 개정안에서 13세미만의 아동에 대한 강간이나 추행을 비친고죄로 한 것은 이런 취지에서 타당하다고 하지 않을 수 없다.

57) 예컨대 대판 1994. 11. 4. 94도1311 참고. 이 판결에서는 피해자를 강간하려다가 미수에 그치고 그 과정에서 피해자의 목과 가슴 부분에 동전 크기의 멍을 들게 하여 통증을 느끼도록 하여 약 7일간의 가료를 요하도록 하였다. 검사는 피고인을 강간치상죄로 기소하였으나, 대법원은 '그 상처가 굳이 치료를 받지 않더라도 일상생활을 하는데 아무런 지장이 없고 사일이 경과함에 따라 자연적으로 치유될 수 있는 정도라면 그로 인하여 신체의 완전성이 손상되고 생활기능에 장애가 왔거나 건강상태가 불량하게 변경되었다고 보기는 어려워 강간치상죄의 상해에 해당하지 않는다'고 판시했다. 강간죄의 폭행에는 언제나 경미한 상해가능성을 포함하는 것이며, 강간치상과 강간의 법정형의 차이가 크다는 점이 감안된 것으로 보인다. 이 판례에 대한 분석으로는 오영근, "상해치상죄에서 상해의 개념", 형사판례연구 [3], 박영사, 1995 참조.

58) 소수행위의 추완을 인정하는 견해는 백형구, 부정하는 견해는 신동운, 이재상 교수. 배종대/이상돈은 '폭력범죄의 일종인 강간죄나 강제추행죄 등에는 피해자, 피고인의 동의를 조건으로 인정하여야 한다. 그러나 개인적 성격이 강한 비폭력적인 친고죄(예컨대 모욕죄)에는 인정하지 않는 것이 바람직하다'고 한다(156). 하지만 그러한 구분이유에 대한 설명이 없어 아쉽다.

제로 등장하는 것을 막는 이러한 사고방식은 사실 남성지배를 강화하는 가부장적 이데올로기의 한 표현이다. 이는 고소한 여자를 돈을 노려서 고소하는 것으로 수상쩍게 보게 만들고, 심지어 고소한 피해자를 무고죄로 맞고소하는 경향도 있다. 성폭력범죄를 비친고죄로 하게 되면, 고소자에 대한 잘못된 편견을 씻어내는 데 일조할 수 있다.

▲성폭력범죄를 친고죄로 규정함으로써 누가 가장 큰 이익을 얻는가. 그것은 물론 가해자이다. 가해자는 범죄를 저지르고도, 피해자의 수치심과 용기의 결여, 법집행기관의 무관심과 불이해로 인해, 대부분 처벌되지 않을 것이다. 고소율이 2-3%에 불과하다는 조사연구의 결과가 이를 뒷받침한다. 친고죄의 요건으로 인해 실제로 강간과 추행 사실이 밝혀지고도, 고소가 없어 기소할 수 없거나 처벌할 수 없는 예가 적지 않은 것이다.

가해자는 피해자가 범죄고소를 할 수 없도록 피해자의 수치심을 극대화시키는 방법을 구사하기도 한다. 예컨대 성폭행장면을 사진촬영한다든가, 가족들이 보는 앞에서 강간을 한다든가 하는 것이다. 이러한 범행은 피해자의 성적 침해는 물론 사생활의 평화와 안전, 가족관계에까지 결정적인 영향을 미친다.

▲여성은 사회생활에서 대립, 투쟁, 승리의 가치보다 인내와 양보, 순종과 배려의 가치를 존중하도록 사회화된다. 그런데 법적 분쟁은 대단히 투쟁과 갈등, 승리의 가치를 추구하는 과정이며 보다 남성적인 세계라 할 수 있다. 이러한 법적 분쟁이 주는 긴장을 견디내기 쉽지 않다. 법집행과정에서 만나게 되는 집단은 대부분 남성들이며, 여성이 당한 육체적·정신적 고통을 잘 배려하고 이해하도록 훈련되어 있지 않다. 법집행기관과의 대면은 피해자에게 안심과 격려가 되기보다, 또다른 긴장과 수치심으로 몰아넣게 될 가능성이 많다.

▲성폭력범죄에서 피해자의 몸은 가장 중요한

증거 중의 하나일 것이며, 피해자의 진술은 중요한 증거가 될 것이다. 많은 경우 피해자의 의사에 반하여 기소되거나 유죄로 하기 어려운 경우가 적지 않을 것이다. 따라서 피해자가 진정 가해자의 처벌을 원치 않을 경우에는 처벌하기 곤란한 경우가 대부분일 것이므로, 굳이 친고죄로 할 필요는 없는 것이다.

▲친고죄의 규정취지는 '피해자의 명예보호나 침해이익의 경미성'을 감안하여 피해자의 의사를 존중하자는 것이다. 이러한 설명에 부합되는 조항은 가령 형법 제308조의 사자명예훼손죄(死者名譽毀損罪), 제311조의 모욕죄일 것이다. 이들 범죄는 2년이하, 1년이하의 경미한 범죄이며, 법의 침해를 받았는가의 여부는 당사자의 판단에 의존할 것이기 때문이다. 그러나 강간과 추행의 죄가 여기에 속한다고 볼 수 없다. 우선 침해이익이 대단히 중대하며, 그 때문에 법정형도 3년이상, 10년이하 등으로 높게 규정되어 있다. 둘째 성폭력범죄는 폭력범죄이며 폭력범죄의 피해자가 그 명예가 침해되어야 할 논리적 이유는 없다. 명예보호를 적용하게 되는 것은 우리의 잘못된 성관념에 기인한 것이며, 논리적으로는 폭력범죄의 피해자가 수치스러워해야 할 이유는 없는 것이다. 간통죄의 경우도 친고죄로 함을 들어 성범죄 일반은 친고죄화하는 것이 맞다는 주장도 제기될 수 있다. 그러나 간통죄는 비폭력적 방법으로 이루어지며, 침해이익도 가정의 평온이라는 간접적인 것이며, 때문에 법정형도 2년이하로 되어 있는 등 경미한 범죄에 속한다고 볼 수 있다. 명예보호를 그렇게 중시한다면, 더욱 수치스러운 결과를 초래하는 집단강간을 성폭력법에서는 비친고죄로 전환한 이유는 무엇인가. 또한 성폭력법에서는 폭행·협박보다 경미한 수단을 구사하고, 침해이익도 비교적 경미한 범죄에 한하여 친고죄로 하고 있는 것도 의미있는 기준으로 참고될 수 있다. 집단강간이 비친고죄로 된 것은 범죄의 중대성을 고려했기 때

문이라면, 그러한 취지가 보통 강간 및 추행에 미치지 않아야 할 이유가 없다. 실제로 명예보호가 필요하다면, 그것은 중대한 범죄를 가능한 법이 취급하지 않음을 원칙으로 해서가 아니라, 형사절차에서 비밀을 보장해줄 법적 장치를 완비함으로써 달성해야 하는 것이다.

▲ 성폭행을 당한 자제로 수치스러워하는 풍조도 차츰 변화하고 있으며, 강간죄 등을 비친고죄화해야 한다는 주장이 여론의 동의를 얻어가는 추세에 있다. 여론조사의 결과가 그것을 반영한다. 여성단체들도 친고죄 조항 폐지에 목소리를 같이하고 있다.

▲ 외국의 경우에도 강간죄 및 강제추행죄 등을 친고죄로 하고 있는 경우가 드물다.⁵⁹⁾ 구미 각국에서 이들 범죄를 친고죄로 규정한 예가 없다.

요컨대 강간과 강제추행 및 그에 준하는 성폭력 범죄는 모두 비친고죄로 전환되어야 한다. 성폭력 범죄의 개정시에 반드시 반영되어야 할 것이며, 궁극적으로는 형법 제306조의 친고죄 규정이 폐지되어야 할 것이다.⁶⁰⁾

6. 형사절차상의 문제와 피해자의 권리

범죄예방을 위한 관건이 형량의 강화보다는 범죄자에 대한 체포·유죄율을 제고하는 데 있다는 것은 오늘날 범죄학적 통설이다. 그러기 위해서는 신고·고소율을 높일 필요가 있으며, 신고를 장려

하는 사회적 분위기와 신고에 대해 호의적으로 임하는 법집행기관의 태도가 중요하다. 미성년자와 정신장애자 등에 대한 교육과 치료를 담당하는 시설의 책임자는 자기보호하에 있는 자가 성폭력피해자인 사실을 안 때에는 이를 신고해야 할 의무를 부과하는 것도 이러한 관점에서 이해될 수 있다.⁶¹⁾

여기서 성폭력사건을 취급하는 경찰, 검찰의 자질 확립이 당면의 과제로 등장한다. 수사관들은 다른 사건과 같은 차원에서 이러한 사건을 취급하는 경향이 있으며, 피해자가 처한 심리적 상황과 사회적 어려움을 제대로 알지 못해 결과적으로 사법피해를 초래하기도 한다. 남성의 편견이 여과되지 않고 표출될 때, 그렇지 않아도 신뢰의 위기를 겪은 여성들에게 불쾌한 경험을 더하며 앞으로는 다시 신고하지 않겠다는 부정적 교훈도 줄 수 있다. 따라서 사법피해를 막기 위해 수사관들의 교육과 재교육이 반드시 이루어져야 한다. 또한 여성수사관들이 충원될 필요도 있으며, 초기단계에는 교육을 제대로 받은 특수반을 운영하면서, 그들의 경험과 성과를 점차 일반화하는 방법도 생각할 수 있다.

성폭력피해자는 형사절차에서 프라이버시가 침해되고 정신적·심리적 고통을 경험하게 된다. 피해자에 대한 배려가 부족한 데다가, 검사와 피고인 위주로 짜여져있는 기존의 소송구조하에서 피해자는 증거의 대상이거나 재판결과를 수동적으로 받아들일 수밖에 없는 입장에 서게 되는 것이

59) 일본의 경우에는 강간과 강제추행의 경우 친고죄로 하며, '2인이상이 현장에서 공동으로 범한' 경우에는 비친고죄로 한다는 규정이 1948년 개정시에 추가되었다. 그에 비해 우리는 '흉기 기타 위험한 물건을 휴대하거나 2인이상이 합동하여' 강간이나 강제추행을 한 때에는 비친고죄로 하여 일본보다 약간 비친고죄의 범위를 확대하고 있다. 하지만 1994년의 신법이 1948년 일본규정과 유사한 내용으로 한 것으로 자족할 일이 아니다.

60) 형법 제297조 내지 제305조 가운데 친고죄가 존치되어야 할 것은 제304조의 혼인빙자등에 의한 간음죄밖에 없을 것으로 본다. 그런데 1992년 법무부의 형법개정안에서는, 혼인빙자간음의 경우에는 피해자의 '의사를 제압하였다고 할 수 없고, 진실을 전제로 한 혼전성교의 강제는 도덕과 윤리의 문제에 불과할 뿐 아니라 형법이 개인간의 사생활 영역까지 규제할 필요가 없다는 이유로 삭제해야 한다'는 의견이 다수의견이 되어 폐지하기로 한 바 있다. 법무부, 형법개정법률안 제안이유서(1992. 10), 155-156 참조.

61) 가령 신한국당 개정안 제22조의 3 참조.

보통이었다. 근대적 형사절차에서 피해자는 한낱 주변적인 지위를 갖는데 지나지 않았다.

우리의 법제는 물론 그보다 나아진 측면이 있다. 피해자의 법정진술권(헌법 제27조 5항, 형소법 제294조의 2)의 보장이 그 대표적인 예이다. 이 규정에 따라 피해자는 자신을 증인으로 신문할 것을 신청할 수 있고, 신문기회에 당해 사건에 대한 의견을 진술할 수 있다. 하지만 이 경우에도 피해자는 피고인과 대면하는 괴로움에다가 피고인의 변호인의 반대신문을 감당해야 한다. 피고인에게는 변호인의 조력을 받을 권리가 인정되는 데 반해, 피해자는 법정에서 누구의 도움도 없이 임해야 하는 것도 대단한 부담을 안겨줄 수 있다. 거기다 현재 수사와 재판의 담당자들이 피해자의 입장에서 우호적인 태도를 보이기보다는, 몸에 밴 위압적 태도와 사무적인 처리방식으로 임할 경우 피해자는 상당한 위축감과 보이지 않는 상처를 입기 쉽다. 그에 대한 대책의 일환으로 형사절차에서 피해자의 법적 지위의 보호 및 권리가 논의되고 있다.

피해자의 절차상의 권리는 대략 다음과 같은 차원에서 논의될 수 있다. 첫째 보호를 구할 권리, 둘째 알 권리 내지 정보청구권, 셋째 편안하고 안전하며 인격적으로 대우받을 권리, 넷째 절차형성에 있어서 적극적으로 참여할 권리 등이 그것이다. 이런 관점에서 성폭력법의 규정을 검토해보기로 하자.

첫째 보호를 구할 권리는 이 법률에서 상당부분 보장되고 있다. 증인에 대한 신변안전조치, 출판물 등으로부터 피해자의 보호(제20조) 및 공무원의 피해자신원 및 사생활비밀누설의 금지(제21조), 심리의 비공개(제22조) 등이 그것이다. 이 규정들은 범죄자로부터, 그리고 사회일반으로부터 피해자의 안전과 프라이버시를 보호하려는 취

지에서 제정된 것이다.

이러한 규정은 물론 바람직하지만, 피해자의 신체와 명예에 대한 소극적인 보호에 국한된 한계를 지니고 있다. 현재의 규정만으로는 몇번이고 반복되는 신문의 고통, 피고인과 대면함으로써 생기는 공포감이나 보복의 위협, 형사절차가 주는 압박감과 불안감을 해소할 수 있는 제도적 방안이 강구되어 있지 않다. 사실 이러한 점은 피해자로 하여금 형사절차를 기피하게 만드는 주요한 이유들이라고 볼 때 보다 적극적인 보호방안이 마련되어야 한다.

반복되는 신문의 고통을 줄이기 위해서는 형소법상의 증거보전절차(제184조)와 증인신문절차(제221조의 2)를 활용할 수 있도록 해야 할 것이다. 또한 녹음테이프 및 비디오 테이프를 통한 신문과 그것을 증거로 채택할 수 있도록 하는 규정이 마련되어야 할 것이다. 피고인과의 대면의 두려움을 해소하기 위해서는 필요한 경우 증인신문을 공판정 밖의 독립된 방에서 폐쇄회로 모니터를 이용하여 신문하는 방법이나 공판정에 일방통행식 거울(one-way mirror)을 설치한다든지 하는 기법이 활용될 수 있다.⁶²⁾

형사절차에서의 불안감과 압박감을 해소하기 위해서는 편안하고 정중하게 대우받을 권리가 법적으로 보장되어야 한다. 특히 사건의 본질과 무관한 피고인의 성력에 대한 신문을 받지 않아야 할 것이다. 법정신문을 위해 기다리는 피해자를 위한 법정대기실도 갖추어져야 한다. 이같은 조치는 매우 사소한 것으로 비쳐질 수도 있지만, 피해자에게 적지 않은 심리적 위안을 줄 수 있을 것으로 기대된다.

형사절차에 임하는 대부분의 피해자들은 지식과 경험이 부족하기 마련이다. 따라서 피고인에게 변호인의 조력을 받을 권리가 인정되듯이, 피해자

62) 이재상/이호중, 형사절차상 피해자의 보호, 한국형사정책연구원, 1993 참조.

에게도 변호인의 조력을 받을 권리가 인정되어야 한다. 모든 피해자에게 이 권리를 확대하기 위한 첫 단계로서 성폭력피해자에게 이 권리를 인정하는 것은 대단히 의미있는 것으로 생각된다. 피해자측 변호사에게는 피해자신문에의 참여권, 질문 허용에 대한 이의신청권이 인정될 수 있으며, 공판절차에의 참여권이 보장되어야 한다. 피해자의 변호인은 사선변호인을 원칙으로 하지만, 예외적으로 일정한 요건하에서는 국선변호를 인정하는 방안이 법제화되어야 한다.⁶³⁾

변호인이 법적 부조를 하는 자라면, 심리적·정서적 지원을 위한 피해자동행인⁶⁴⁾ 내지 피해자원조자(victim assistant)의 규정도 신설되어야 한다. 이들은 피해자를 도와 증거를 확보하고, 손해배상소송에 대한 지원을 하며, 피해로부터의 회복을 위해 도움을 제공하는 자이다.⁶⁵⁾

사실 변호사와 피해자와의 거리감도 때로는 상당할 것으로 생각되는 만큼 이같은 제도는 수사절차에의 접근을 용이하게 하는데 기여할 것으로 예상된다. 이와 관련하여 신한국당의 개정안에서는 '성폭력범죄의 피해자를 증인으로 신문하는 경우에는 검사 또는 피해자의 신청에 의하여 피해자와 신뢰관계에 있는 자를 동석하게 할 수 있다'(제22조의 2)고 규정하고 있으며, 수사기관이 피해자를

조사할 경우에도 '피해자의 신청에 의하여 피해자가 지정하는 자를 동석할 수 있다'고 규정하고 있다.

오늘날 피해자는 소극적인 의미에서 보호의 대상에 머무르지 않고, 적극적으로 형사절차에 참여하고 절차와 실체형성에 기여하는 주체적 지위를 보장받아야 한다. 개별 국가차원에서, 그리고 유엔에서 이러한 노력은 피해자보호법, 피해자의 권리장전 혹은 '범죄 및 권력남용의 피해자를 위한 재판의 기본원칙 선언'(1985년) 등으로 가시화되고 있다.⁶⁶⁾

피해자의 참여를 실질적으로 보장하기 위해서는 피해자가 필요한 정보를 취득할 수 있어야 한다. 피해자는 어떤 절차에 따라 신고 또는 고소할 수 있고, 신고·고소를 위해 어떤 증거를 확보해야 하며, 앞으로의 절차진행은 어떻게 되어질지 사전에 알 수 있어야 한다. 또한 피해자가 법률상의 어떤 보호를 받을 수 있고, 어떤 권리가 있는지에 대한 적절한 정보가 주어져야 한다.⁶⁷⁾

피해자는 자신의 피해사건이 현재 어떤 단계에서 어떻게 다루어지고 있는지 고지받을 수 있어야 할 것이다. 형소법에서는 검사의 의무사항으로 고소·고발사건의 신속한 처리(제257조), 기소 및 불기소처분 등의 고소인 등에의 통지(제258조), 불

63) 이재상/이호중, 앞글, 15쪽.

64) 독일 형소법은 1987년 개정을 통해 피해자가 증인으로 신문받는 경우에 피해자의 신청에 의하여 그의 신뢰를 받는 자의 同席 여부를 신문자의 재량으로 허용할 수 있도록하고 있다(StPO 제 406조의 f 제 3항). 이러한 동석은 경찰에 의한 피해자신문과 검사, 법원에서 모두 인정된다. 이재상/이호중은 이 규정을 우리의 형사절차에 도입해야 한다고 주장하고 있다. 이재상/이호중, 앞의 글, 98-99쪽 참조.

65) 스웨덴, 노르웨이, 덴마크의 법제에서 이러한 동행자 및 원조자제도를 볼 수 있다. 피해자원조자의 주요 역할은 예심 및 공판절차에서 피해자에게 도움과 지원을 제공하고 피해자의 관심과 이익을 보살피는 것이다. 이들의 활동에 따른 댓가는 국가에 의해 지불된다. Joutsen, M. & Shapland, J. (1989), Changing Victim Policy: The United Nations Victim Declaration and Recent Development in Europe, Helsinki Institute for Crime Prevention and Control, p. 18.

66) Fattah, E. ed. (1989), The Plight of Crime Victims in Modern Society, London: Macmillan, p. 347 이하 참조.

67) 이러한 알 권리 내지 정보권의 요구를 충족시켜주기 위한 한 방법으로 피해자의 보호와 권리에 관한 안내책자를 만들어, 수사기관 및 상담기관에서 배포하도록 하는 것이다. 또한 피해자의 법적 질문에 답변하기 위한 상담창구도 개설되는 것이 바람직할 것으로 보인다.

기소처분의 경우에 고소인 등에의 이유고지(제 259조) 등의 규정을 두고 있다. 하지만 공판절차에서는 자기가 관련된 사건이면서도 피해자는 주변적인 존재로 머물게 된다. 하지만 피해자의 정보권을 인정할 경우, 형사절차의 각 단계별로 주요 내용을 피해자에게 고지하여야 할 것으로 본다. 예컨대 공판기일, 공소취하, 공소장 변경, 그리고 가장 중요한 것으로 재판결과를 통지받을 수 있는 권리가 인정되어야 한다. 나아가 피고인의 기록열람권에 상응하여 피해자에게도 소송기록 열람동사권을 인정해야 한다고 본다. 피해자의 입장에서 피고인 측으로부터의 부당한 공격 내지 책임전가식 변호에 대해 스스로의 이익을 방어하기 위해, 혹은 더 나아가 자신의 절차참여를 보다 효율적으로 하기 위해 소송기록 열람이 필수적일 수 있기 때문이다.⁶⁸⁾

공판단계에서 피해자의 소송참여는 실체적 진실의 추구에 필요할 뿐 아니라 피해자 자신에게도 큰 의미를 떨 수 있다. 범죄로 인해 생겨난 증상들-가령 고립감과 혼돈감, 공포감, 사회적 신뢰의 상실과 불안정감-은 소송에의 적극적 참여를 통해 치유될 가능성이 큰 것으로 평가되고 있다. 소송참여는 자신의 의사를 표현하고 자기의 아픈 이야기에 귀를 기울여주는 청중과의 교감을 통해 사실과 그 성격을 정리하고 상황에 대한 통제력을 다시 확보할 수 있게 되는 것이다. 많은 조사연구에서는 피해자가 가장 원하는 바가 가해자의 엄벌이 아니라 참여를 통해 자기의견을 표현하는 데 있음을 보여준다.

이러한 견지에서 형소법상의 법정진술권 규정(제 294조의 2)의 의의가 인정된다. 법원은 피해

자의 신청이 있는 경우 피해자에 대한 증인신문을 해야 하며, 그 경우에 피해자에게 당해 사건에 관한 의견을 진술할 기회를 주어야 한다. 범죄피해자는 원래 증인의 지위를 가지지만 이 규정을 통해 단순히 법원에 대해 자신의 체험사실을 보고하는 지위를 넘어서서 당해 사건에 대한 의견진술권까지 허용된 것이다.⁶⁹⁾ 앞으로 이 규정을 피해자의 소송참여를 위한 징검다리로서 삼아, 피해자의 의견이 정중히 청취되고 피해자를 친절하고 인격적으로 대할 수 있는 법정분위기를 정착시켜가야 할 것이다.

현행 형사절차에서 피해자 일반의 형사사법에 대한 가장 큰 불만 가운데 하나는 검사의 공소권 행사를 통제할 수 있는 장치가 제대로 없다는 데 있다. 검사의 불기소처분에 대한 피해자의 재정신청제도는 검찰권 남용을 방지하기 위함도 있지만 피해자 이익을 보호하기 위한 장치로서의 의미를 지니고 있다. 이러한 재정신청의 범위가 극히 제한되어 있는 데서 문제가 생겨난다. 이러한 범위 제한은 검찰권의 집중적 강화를 기도한 73년 형소법개정의 산물이다. 검사의 기소독점·편의주의에 대한 불만은 최근 헌법재판소의 헌법소원대상 가운데 검사의 불기소처분이 압도적인 데서도 잘 여진다. 재정신청제도는 비단 성폭력범죄에 적용되어야 할 뿐 아니라, 형소법 개정을 통해 모든 형사사건에 확대하여야 한다.⁷⁰⁾

7. 원상회복과 손해진보에 대한 피해자의 권리보장

범죄피해자는 신체의 훼손, 경제적 손실, 장단

68) 하나의 입법례는 독일 형소법 제 406조의 e가 있다. 동규정은 정당한 이익이 있는 경우 변호사를 통해 소송기록을 열람할 수 있다. 입법론으로 피해자의 열람동사권을 주장하는 것으로 이재상/이호중, 앞의 글, 179쪽 이하.

69) 신동운, 형사소송법, 법문사, 1993, 473쪽.

70) 신동운, 앞의 책, 181쪽; 이재상/이호중, 앞의 글, 162쪽. 정종섭, "사법제도발전위 개혁안, 국민을 위한 것인가?", <경실련> 시민입법공청회 자료집(1994. 4. 1), 35쪽. 사실 범죄피해자에게 공정한 사건처리에 대한 기대는 공무원의 직권남용에 못지 않게 강도, 강간, 명예훼손 등 개인적 범죄를 침해당한 경우에 크다고 볼 수 있다.

기의 정신적 충격 등을 경험하게 된다. 또한 형사 절차에 협력하는 데 따른 직·간접의 비용도 적지 않을 것으로 생각된다. 예컨대 진단서 발급 등 증거수집을 위한 비용과 육체적·정신적 상처를 치료하기 위한 치료비, 형사절차에 참여함으로써 생기는 시간과 비용 등이 어떤 형태로든 보상(내지 배상)되어야 할 것이다. 이를 피해자의 배상을 받을 권리(right to reparation)로 관념할 수도 있을 것이다.⁷¹⁾

민형사의 이원적 법체계하에서 피해자의 재산적·정신적 피해에 대해서는 불법행위로 인한 손해배상소송에 의하여 배상받는 것이 원칙이다. 그러나 피해자의 입장에서는 형사소송과 동시에 민사소송에 참여해야 하는 부담감과 소송지연에서 오는 폐해가 적지 않을 것이다. 이러한 문제를 해결하기 위해 현행 訴訟促進 등에 관한 特例法에서는 배상명령절차를 도입하고 있다. 배상명령은 피해자에게 형사절차에서 피고인에 대한 손해배상을 청구할 수 있도록 하는 제도를 말한다. 이 제도는 소송경제를 도모하고 판결의 모순을 피할 수 있을 뿐 아니라 신속한 원상회복을 가능케 한다는 잇점을 가지고 있다.

현행법상의 배상명령은 그 신청대상범죄의 범위에 상해와 폭행죄, 그리고 재산범죄를 포함시키는 데 그치고 있는 문제가 있다. 성폭력범죄가 그 심각성의 면에서나 피해자의 심리적 부담의 면에서 배상명령을 배제할 이유가 없으므로 법개정을 통해 배상명령을 받을 수 있도록 해야 할 것이다.

⁷²⁾ 또한 현행법상의 배상명령의 활용빈도가 낮은 주요한 이유중의 하나는 법관의 업무과중과 아울러 피해자 등 신청권자가 이 제도를 잘 알지 못한 탓이라고 보여진다. 따라서 성폭력에 대한 배상명령이 도입될 경우, 피해자에게 공소제기사실을 고

지하면서 동시에 피해자의 권리의 하나로 배상명령을 신청할 수 있음을 알려주어야 할 것이다. 아울러 배상신청에 있어 변호인선임권을 인정해야 할 것으로 본다.⁷³⁾

민사소송과 배상명령의 결합 중의 하나는 범죄자가 無資力일 경우 피해변상을 받을 수 없다는 점이다. 이런 경우에 피해자의 어려운 처지와 피해로부터의 신속한 회복을 촉진하기 위해 각국에서는 범죄피해자에 대한 보상제도를 실시하고 있다. 이 제도는 1963년 영국에서 처음 실시된 이래 각국의 입법과 규정속에 도입되고 있으며, 보상대상이 되는 범죄도 살인과 상해의 결과를 야기시킨 범죄로부터 오늘날 그 범위가 확대되어가는 추세에 있다. 우리의 경우 1987년에 犯罪被害者救助法을 제정 실시해오고 있다. 이 법률에 의한 구제는 범죄로 인해 생명을 잃은 자의 유족이나 重障害을 당한 자가 가해자의 不明 또는 無資力의 사유로 인하여 피해의 전부 또는 일부를 배상받지 못하고 그 생계유지가 곤란한 사정이 있거나 형사절차에의 참여와 관련하여 피해를 입은 경우에 가능하다고 규정하고 있다. 현행법상 성폭력범죄의 피해는 구조대상에 포함되어 있지 않다. 앞으로 피해자구조제도는 더욱 확대되어야 하며, 확대를 위한 첫 단계로서 성폭력피해를 추가하는 것이 바람직하다. 또한 생계유지가 곤란한 경우는 국가보상제도의 원취지에 부합하지 못하므로, 그 요건은 삭제하는 것이 좋다고 본다.

성폭력법 제 33조는 담당의료기관의 지정과 그 기관의 의료서비스의 종류를 규정하고 있다. 하지만 의료서비스의 제공에 따른 비용에 관한 내용이 포함되어 있지 않으므로, 그 비용은 피해자의 부담으로 할 수밖에 없다. 적어도 성폭력의 심각성을 인지하고 피해자보호를 위한 법률을 만든다고

71) Fattah, E. ed., 앞의 책, 350쪽.

72) 민주당안과 성폭력특위안에 포함되어 있었음.

73) 이재상/이호중, 앞의 글, 213쪽 참조.

할 때 이러한 증거확보와 치료에 소요되는 비용은 국가부담으로 하는 정도의 입법적 의지를 보여야 하리라 본다.

8. 피해자를 위한 상담과 보호

성폭력법의 주요 목적은 성폭력범죄를 예방하고 그 피해자를 보호하려는 것이다. 오늘날 성폭력 범죄가 비정상적 일탈자에 의한 우발적 범죄로 해석될 수 없다면, 범죄대책도 가해자의 처벌강화에 못지 않게 성폭력을 조장하는 사회문화적 환경의 개선에 역점을 두어야 함은 두말할 여지가 없다. 퇴폐향락업소의 증가는 인신매매와 매매음의 온상이며, 포르노 기타 음란물들은 성폭력을 조장한다. 여성을 성적 대상으로 전락시키고 예측을 당연시하는 가부장적 사회구조는 성에 관한 평등한 담화의 발전을 효율적으로 통제해왔다. 이렇게 볼 때 고착화되어있는 성차별적 규범과 매매음, 인신매매, 성폭력 등의 현상은 상호 분리된 것이 아니라 일련의 연속선상에서 파악되어야 할 것이다.

성폭력법은 성폭력범죄를 예방하고 그 피해자를 보호하고 유해환경을 개선하기 위한 법적·제도적 장치를 마련하기 위한 국가와 지방자치단체의 의무를 규정하고 있다(제3조). 그러나 구체적 장치로써 이 법률에 규정하고 있는 것은 상담소 및 보호시설의 설치운영과 의료보호에 관한 것뿐이다. 이같이 단편적인 조치만으로 피해자의 필요가 충족될 수는 없는 것이며, 성폭력예방의 목적을 달성하기란 요원할 것이다. 이 법에서 규정한 목적이 장식문구에 머무르지 않기 위해서는, 교육·문화·의료·사회복지에 관한 포괄적인 접근이 이

루어져야 할 것이다. 법률로써 이 목적을 다 이룰 수는 물론 없겠지만, 법이 입법자의 의지를 드러내고 현상변화의 한 의미있는 계기를 제공할 수 있음이 무시되어서는 안된다.⁷⁴⁾ 바로 이런 점에서 현행 법은 구조적 인식과 대안에의 비전이 결여된 법으로 혹평받아 마땅할 것이다.

피해상담과 보호지원에 대한 현행법상의 기본적인 문제의 하나는 국가기관의 주도하에서, 국가기관의 관점과 통제의 틀 속에서 활동할 수 있도록 규정되어 있다는 점이다. 즉 민간상담소 설치, 운영을 위해서는 일정한 시설기준과 자격요건을 갖춘 종사자를 갖추어야 하고, 이를 당국에 申告해야 한다(제23조). 그리고 사회복지법인 등이 보호시설을 설치, 운영하기 위해서는 시·도지사의 許可를 받아야 한다(제25조). 이같은 申告·許可制는 이 문제에 관심을 가진 민간단체의 자생적 발전에 장애가 되며, 자율성을 억압할 소지도 적지 않다. 국가 또는 지방자치단체는 자체적으로 성폭력피해상담소를 설치·운영하면 될 것이고(제23조 1항), 민간단체의 활동을 제약하거나 간섭할 이유가 없다. 국가적 지원을 기대하는 민간단체라면, 법인의 형태로 혹은 신고와 허가를 받아 지원을 신청하고 대신 국가는 경비보조(제30조) 기타 지원 부분만큼의 감독권(제28조)을 행사하면 족할 것이다. 국가기관과 독립적으로 활동하기를 원하는 민간단체의 경우 그 설치와 운영을 자율성에 맡기는 것이 민주국가의 기본원칙임은 말할 것도 없다.

유사명칭사용금지(제32조)조항도 그 취지는 이해할 수 있으나, 일종의 년센스에 불과한 규정이 다. 가령 성폭력피해자를 헌신적으로 돕겠다는 의

74) 입법과정에서 여성단체를 중심으로 제기한 '성폭력특별위원회'의 구성이 좌절된 데에서도 입법자의 소극적 태도를 볼 수 있다. 앞으로 '사회기관이나 단체, 연구집단에서 피해자들이 자신있게 피해경험을 노출시킬 수 있는 장을 만들어, 그들과 함께 피해보호책을 찾고 이를 실행하는 과정에서 성폭력과 관련된 여성의 경험을 총체적으로 밝히고, 그것을 바탕으로 잠재적인 피해자인 전체 여성을 위해 성폭력예방을 위한 대책을 세우는 일이 필요하다. 정부차원의 특별위원회는 이러한 목적에 봉사할 수 있을 것이다. 심영희, 성폭력의 실태 및 대책에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1990, 217쪽 참조.

지를 지닌 젊은이들이 XX성폭력피해상담소의 이름을 걸고 좋은 활동을 하겠다는 것을 어떤 근거에서 처벌할 수 있는가. 이들이 그 이름을 사칭하여 범죄적 목적에 이용할 때는 당해 형법규정으로 처벌하면 그만이다. 이렇게 감독, 금지조항을 통해 활동에 대한 통제와 명칭에 대한 독점권을 행사하자는 것⁷⁵⁾은 성폭력피해자를 위해서도 그리 도움이 되지 못할 경우가 적지 않을 것이다. 왜냐하면 피해의 종류와 強度, 피해예방과 구제를 위한 방책은 사례마다 너무나 다양하며, 이것을 몇몇 상담·보호기관을 통해 다 해결될 수는 도저히 없을 것이다. 가령 가정내 성폭력, 직장내 성폭력과 성모욕, 아동에 대한 성적 학대, 수용시설에서의 성폭력, 일회적 성폭력과 연속적인 성폭력 등의 양태에 대해 다양한 관심과 접근을 구사하는 다양한 단체를 필요로 한다. 선진각국에서도 피해자에 대한 보호와 지원체계의 구축에 있어서 민간단체의 주도하에 이루어지고 있으며, 이러한 활동은 본래 민간단체가 할 때 더욱 실질적인 기여를 할 수 있는 것이다.⁷⁶⁾

국가중심적 형사정책은 민간단체들에 대해 보조적이고 의존적인 역할을 부여하는 데 그치는 경향이 있다. 하지만 국가시책이 항상 올바른 것도 아니며, 사회성원들의 합의를 잘 이끌어낸다는 보

장도 없다. 민간단체는 국가에 대한 의존적 지원자의 역할도 할 수 있으며(소위 관변단체), 대등한 관계에서 협력. 견제할 수도 있으며(소위 시민단체), 나아가 비판과 반대의 입장에 치중할 수도 있다(소위 재야단체). 대부분의 단체를 국가의 감독과 통제의 틀 속에 편입시키려는 것은 대안의 선택폭을 줄이게 되고, 다양한 실험여지를 제약하며, 피해자의 구체적 요구에도 그만큼 잘 대응하기 곤란해지게 된다.⁷⁷⁾

민간단체의 경우에도 활동의 자율성을 확보하기 위해서는 관의 보조에 기대는 의존적 태도를 불식해야 할 것이다. 실제로 자원봉사 및 재산의 사회환원과 같은 자발적인 형태의 민간투자의 전통이 정착되어 있지 않은 것이 우리의 사정이다. 그래서 재원조달을 위해 국가예산에 의존하는 경향이 생겨나는데, 그러다보면 재원뿐 아니라 업무면에서도 국가의 감독·통제를 받지 않을 수 없게 되어, 초기의 뜻이 다소 변질될 우려도 없지 않다.⁷⁸⁾ 앞으로 민간단체는 전문적인 역량의 함양과 함께 제정의 자립을 도모하기 위한 각별한 노력을 경주해야 할 것이다. 특히 관료적이고 남성중심적으로 이루어져 있는 형사사법기관의 변화를 촉구하기 위해서는 이같은 자립성의 확보가 대단히 중요한 과제로 다가오지 않을 수 없다.⁷⁹⁾

75) 이렇게 통제확보와 독점적 명칭 이용을 강조하면서도, 정작 상담·보호기관에 대한 경비보조에 대해서는 '할 수 있다'고 하여 의무사항으로 묶어놓지 않고 있다.

76) 영국의 대표적인 민간단체로써 Victim Support, 독일의 Weisser Ring 등이 있으며, 이러한 단체는 다른 나라에서도 얼마든지 볼 수 있다. 또한 지역단위, 피해종류에 따라 다양한 부조 프로그램과 지원단체가 활동하고 있다. Guidelines for Victim Support in Europe : Report of the first European conference of victim support workers, Utrecht : Vereinigung Landelijke Organisatie Slachtofferhulp, 1989 참조.

77) 한인섭, 교정교화분야의 민간참여에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1993, 53쪽.

78) 서구의 경우 범죄피해자를 지원하기 위한 활동은 애초에 피해자운동(victim movement)로 출발했고, 기존의 성차별적 환경과 정부시책에 대한 적극적인 개혁을 지향하는 모습을 보였다. 그러다 정부보조와 지원을 받으면서 오늘날 다수의 피해자조직은, 특히 거대한 조직일수록, 정부시책에 순응하는 쪽으로 또 보수적인 방향으로 회귀하게 되었음을 유의해야 할 것이다. Elias, R. (1990), "Which Victim Movement? The Politics of Victim Policy", A. Lurigio et al. (eds.), Victims of Crime, London : Sage 참조.

79) 성폭력가해자의 처벌과 피해자 보호를 위해 최근 민간여성단체들은 괄목할만한 활동을 수행해왔다. 부친성고문 사건, 변월수, 강정순 씨 피해사건, 보은, 진관 사건, 서울대 조교성희롱사건 등. 이같은 사례에서 민간단체들이 관변단체의 성격을 띠고 있었다면, 현재와 같은 성과를 거둔다는 것은 기대할 수 없었을 것이다.

9. 맺음말

현행 형법과 성폭력법 등 성폭력을 다루는 법제와 그 적용에 있어서는 여전히 남성위주의 관점이 지배적이며, 그로 인해 법이 피해자보다는 가해자에게 유리하게 작용하고 있는 모순을 보이고 있다. 성에 대한 법적 개입은 전통적인 가족주의적·가부장적 관점에 입각해서가 아니라, 남녀평등과 성적 자기결정권의 관점에서 재정리되어야 하리라 본다. 강제적 성에 대해서는 국가개입을 철저히 하는 반면, 동의적 성에 대해서는 사회성원의 자율에 맡기는 것이 앞으로의 방향이라 생각된다. 여기서 강제적 성은 물리적인 측면뿐 아니라, 다양한 심리적 상황적 측면을 포함하는 방향으로의 나아가야 할 것이다.

끝으로 강조할 것은 성폭력의 피해자를 보는 사회적 시각이 바뀌어야 한다는 것이다. 성폭력의 피해자는 버림받은 자, 더럽혀진 자, 심지어 꼬리친 자가 아니다. 그는 본질적으로 강제당한 자이며, 살아남은 자(survivor)이며, 도움을 필요로 하는 이웃이다. 그가 자기의 피해를 자기의 내면으로 감추지 않고 사회적 문제의 일환으로 문제화할 때, 그는 불의에 맞서 싸우는 자이며 타인의 유사한 피해를 줄여가기 위한 개혁자이기도 하다. 범죄의 공포와 맞서, 왜곡된 인식의 장벽을 넘어서 문제를 제기하는 자가 승리자가 될 수 있도록 법적·사회적 지원과 연대가 요청된다 할 것이다. 성폭력 관련 실정법과 판례 역시 과거의 남성위주의 쇼비니즘에서 벗어나, 사회전반의 의식과 관행의 변화에 촉매가 될 수 있도록 진일보해야 할 것이다.

Sexual Assault and Legal Construction : A Critique

In Sup, Han
College of Law
Seoul National University

The legal response to sexual assault is still not satisfactory though Sexual Assault Act 1994 entered into force. Male-oriented, patriarchal perspectives prevail in the legal construction of sexual assault cases. In determining whether a victim has been raped or not, the factors such as victim's sexual history and the degree of resistance tend to be seriously taken. Other examples are marital rape exception, transsexual-rape exception, and narrowed definition of assault or intimidation in rape. In Korea, an accusation is required to prosecute the alleged criminal in rape cases., and such precondition may be harmful to crime prevention. The criminal procedures involved are also male-oriented. At the criminal investigation and trial, some female victims may experience serious psychological suffering which may be called secondary victimization. The current judicial attitude to sexual assault has to be subject to change in response to victim's needs and experiences.

Key Words : sexual assault·rape·law