

특 집

성폭력범죄 피해자 진술의 신빙성 판단: 전 OO지사 사건의 판결문에 적시된 바를 중심으로*

정도희**

〈국문초록〉

우리 형사소송법에 의하면 “사실의 인정은 증거에 의하여야”(제307조 제1항)하고, “범죄사실의 인정은 합리적인 의심이 없는 정도의 증명에 이르러야” 하며(동조 제2항), “증거의 증명력은 법관의 자유판단에 의한다”(제308조). 재판부의 성폭력범죄 피해자 진술의 신빙성 판단에 따라 가해자의 유무죄판단은 갈린다. 이러한 예로 근래의 전 OO지사 사건의 1심 판결과 항소심 판결은 피해자 진술의 신빙성에 대해 상반된 입장을 보였는데, 이 과정에서 ‘피해자다움’과 ‘성인지감수성’을 언급하고 있다. 본고에서는 이 사안의 1심 법원, 항소심 법원, 대법원 판결문에서 재판부가 적시한 사실관계를 바탕으로 하여, 피해자 진술의 신빙성 판단을 검토하고, 성폭력 범죄피해자 진술의 신빙성의 판단에 대한 첨언을 더하였다.

주제어: 성인지감수성, 피해자다움, 피해자 진술의 신빙성, 성폭력범죄, 형사소송법

* 본고는 필자가 2019년 11월 1일 <2019년 계명대학교 여성학연구소 추계학술대회>에서 발표한 <성폭력범죄의 피해자 진술의 신빙성>을 수정하여 작성하였습니다. 학술대회 토론을 통하여 발표문을 논문으로 발전시킬 수 있도록 도움을 주신 전북대학교 법학전문대학원 신옥주 교수님과 익명의 심사자님들께 특별한 감사를 표합니다. 본고는 특정 사안의 1심, 항소심, 대법원 판결문을 입수하여 각 “판결문”에 적시된 재판부의 피해자 진술의 신빙성 판단을 연구 대상으로 하여, 판례의 직접 인용이 많은 점에 대하여 독자의 양해를 구하고 싶습니다.

** 경상대학교 법과대학 법학과 부교수(doheejeong@gmail.com)

© 2019 계명대학교 여성학연구소

1. 서론

우리 형사소송법은 증거재판주의(제307조)와 동시에 자유심증주의(제308조)를 규정한다. 이에 의하면, “사실의 인정은 증거에 의하여야”(제307조 제1항)하고, “범죄사실의 인정은 합리적인 의심이 없는 정도의 증명에 이르러야”(동조 제2항) 하며, 이러한 “증거의 증명력은 법관의 자유판단에 의한다”(제308조). 따라서 증거능력이 있는 증거의 실질적인 가치는 법관이 평가한다.

그런데 흔히 았은 경우로, 성폭력범죄는 그 특성상 공소사실을 입증할 수 있는 직접 증거가 피해자의 진술이 전부이곤 하다. 이러한 경우, 재판부가 성폭력범죄 피해자와 역으로 가해자의 진술의 신빙성을 인정하는지 여부는 유무죄 판결을 가름 짓는 주요한 요소이다. 근래에 발생한 비근한 예로, 전 OO지사 사건을 들 수 있다. 이 사건의 1심과 항소심에서 재판부는 피해자 진술의 신빙성에 대해 극명하게 상반된 입장을 보였는데, 이러한 논증의 과정에서 ‘피해자다움’과 동시에 ‘성인지감수성’의 고려가 언급되었다.

본고에서는 법원의 진술의 신빙성 판단을 중심으로, 전 OO지사 사건을 분석하고, 검토하고, 이를 비판하며, 성폭력범죄 피해자 진술의 신빙성 판단에 대한 첨언을 더하고자 한다. 다만, 공개된 1심 법원(이하, ‘1심’), 항소심 법원(이하, ‘항소심’), 대법원 판결문에 적시된 바(사실관계, 재판부의 판시사항, 판결요지, 이유 부분 등)만을 본고의 연구대상으로 하였고, 그 외 비공개 심리에서의 논의 등은 포함되지 않았다.

2. 진술의 신빙성 관련 판결문 검토

1) 개요

자칫 드러나기 어려울 뻔했던 이 사안은 피해자가 언론사 뉴스에 출연하여 피고인(전 OO지사)의 성폭력범죄를 공개적으로 폭로함으로써 세간에 알려졌다. 당시 피고인은 OO지사이자 여권의 유력한 차기 대권주자였고, 외관상 호감을 주는 외모를 가졌으며, 두터운 지지층을 가진 정치인이었다. 이러한 이유 때문인지, 피해자는 성폭력범죄 피해를 폭로한 이후, 사실은 피해자와 피고인과 불륜 관계였고, 피해자가 꽃뱀이라는 식의 근거 없는 소문에 2차 피해를 입었다.

법원의 판례에 적시된 사실관계를 보면, 피해자는 2017년 2월경에서 2017년 4월경까지 피해자는 피고인의 대선 경선패프 홍보기획팀에서 업무를 담당하였고, 2017년 7월경 OO도청 지방별정직에 임용되어 2017년 12월경까지 피고인의 수행비서 직무를, 2017년 12월경부터 2018년 3월 6일까지 정무비서 업무를 담당하다 동일 피고인의 사임에 따라 면직되었다. 1심 판결문에 적시된 공소사실에 의하면, 피해자는 수행비서로 직무를 수행하던 기간과 면직된 이후 피고인으로부터 업무상 위력에 의한 간음, 추행, 강제추행의 피해를 입은 것으로, 사안을 순서대로 열거하면, ① 2017년 7월 29일경 강제추행(러시아 보트)(이하 '1번 사안'), ② 2017년 7월 30일 경 피감독자간음(러시아 호텔)(이하 '2번 사안'), ③ 2017년 8월 10일경 강제추행(KTX 열차 내)(이하 '3번 사안'), ④ 2017년 8월 12일경 강제추행(호프집 2층 화장실 복도)(이하 '4번 사안'), ⑤ 2017년 8월 13일경 피감독자간음(서울 엠베서더 호텔)(이하 '5번 사안'), ⑥ 2017년 8월 16일경 강제추행(호텔 내 중식당)(이하 '6번 사안'), ⑦ 2017년 8월 중순 내지 말경 강제추행(충남도청 도지사 집무실)(이하 '7번 사안'), ⑧ 2017년 9월 3일경 피감독자간음(충남도청 도지사 집무실)(이하 '8번 사안')

독자간음(스위스 호텔)(이하, '8번 사안'), ⑨ 2017년 11월 26일경 성폭력 범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(업무상 위력 등에 의한 추행)(카니발 승합차 내)(이하 '9번 사안'), ⑩ 2018년 2월 25일경 피감독자간음(마포 오 피스텔)(이하 '10번 사안')이다. 이 사안들에서 업무상 위력의 존재와 행사가 문제되어, 주로 피고인에게 위력이 존재했는지, 위력이 행사(작동)되었는지 여부를 중심으로 논의가 이루어졌다. 그렇지만 판결문에서 나타난 피해자 진술의 신빙성 판단은 필자의 관심을 이끌어내기 충분했는데, 1심과 항소심은 신빙성 판단에 대하여 상반되는 결론을 보이기 때문이다. 이에 본고에서 피해자 진술의 신빙성에 대한 법원의 설시를 중심으로 대상 판례를 살펴보게 되었다.¹⁾

2) 1심 판결(서울서부지방법원 2018.8.14. 선고 2018고합75 판결)

주목할 점은 이 사안에서 피고인은 피해자와의 성관계와 신체접촉은 인정한다는 것이다. 그러면서도 각각의 행위에는 업무상 위력은 존재하지 않았고, 존재했다고 가정하더라도 위력은 행사한 바가 없으며, 그 위력과 성관계, 신체접촉 사이에는 인과관계가 없다고 주장하는 것이다. 전형적인 “애정관계”라는 프레임에서 이 사안에서의 피고인의 무죄를 주장하려 한 것이다. 피고인은 피해자에 대한 본인의 행동이 피해자와의 애정관계에서의 성관계와 신체접촉인 것으로 ‘인지’했고, 피고인에게는 위력에 의하여 피해자가 제압당할 상황이 있는 상태라는 인식, 위력을 이용하여 간음, 추행한다는 의사가 없었기 때문에, 피고인의 범의도 인정될 수 없다고 주장한다(1심 판결문 9-10면). 이러한 피고인의 주장을 수용한 것인지, 1심은 피고인이 정치적 위력, 권세 등을 이용하여, 피해자 의사를 제압해서, 피해

1) 필자가 과거 정도희(2019)에서 업무상 위력에 의한 간음 관련 판례로 사실관계와 판결요지를 소개한 바 있다.

자의 성적 자기결정권을 침해하여 부적절한 관계를 가진 것으로 인정할 증거가 없다고 본다. 또한 위력은 있었으나 작동(행사)한 것으로 볼 증거가 부족하다고 보고, 위력과 간음 사이 인과관계도 인정하지 않고, 피고인에게 무죄를 선고한다.

이러한 1심에서 피해자 진술의 신빙성에 관한 설시를 보면, 성폭력범죄에서도 합리적 의심의 여지없는 높은 증명력이 요구되며, 성폭력범죄 피해자 진술의 신빙성 판단은 논리와 경험칙에 근거하되, 진술의 합리성, 객관적 상당성, 피해자의 성품을 고려해야 한다고 한다. 그러면서 강조하기를, 법원이 성폭력범죄 사안에서 피해자의 처지를 고려하여 '성인지 감수성'을 고려해야 한다고 설시한다.²⁾

그런데 1심은 성폭력범죄 사안에서 법원이 판단의 전제로 삼아야 할 요소로, 소극적 태도를 보일 수 있는 피해자의 처지를 고려하는 “성인지

2) 1심은 “...특히 그 판단에 이르는 증거평가를 함에 있어서 피해자가 처해 있는 특별한 사정을 충분히 고려한 성인지 감수성적 관점을 유지하면서(즉 일견 피해자가 보인 범행 전후의 언행에 통념적 관점에서 볼 때에는 다소의 모순이나 비합리성이 있다고 하더라도, 성폭력범죄의 피해자이기 때문에 느끼거나 가질 수 있는 심리적 곤경이나 수치심 혹은 트라우마 등으로 인한 것인지 여부를 신중히 살펴 보아야 한다)...(1심 판결문 17면)고 하며, “법원이 성폭력 등 관련 소송의 심리를 할 때에는 그 사건이 발생한 맥락에서 성차별 문제를 이해하고 양성평등을 실현할 수 있도록 ‘성인지 감수성’을 잃지 않아야 한다. 그리하여 우리 사회에 잔존하는 가해자 중심적인 문화, 인식, 구조 등으로 인해 피해자가 피해사실을 알리고 문제를 삼는 과정에서 오히려 부정적 반응이나 여론, 불이익한 처우 또는 그로 인한 정신적 피해 등에 노출되는 이른 바 ‘2차 피해’를 입을 수 있다는 점을 유념하여야 한다. 피해자는 이러한 2차 피해에 대한 불안감이나 두려움으로 인하여 피해를 당한 후에도 가해자와 중전의 관계를 계속 유지하는 경우도 있고, 피해사실을 즉시 신고하지 못하다가 다른 피해자 등 제3자가 문제를 제기하거나 신고한 후에도 수사기관이나 법원에서 그에 관한 진술에 소극적인 태도를 보이는 경우도 적지 않다. 이와 같은 피해자가 처해 있는 특별한 사정을 충분히 고려하지 않은 채 피해자 진술의 증명력을 가볍게 배척하는 것은 정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따른 증거판단이라고 볼 수 없다고 할 것이다.”(1심 판결 16, 17면)라고 설시한다.

감수성”을 강조하면서도, 정작 피해자의 진술의 신빙성은 쉽게 배척하는 판단을 보인다. 예컨대, 2번 사안에서 러시아 호텔에서 피고인이 피해자에게 맥주를 방으로 가져오라고 한 후 피해자를 껴안고 피해자가 수차례 거절하는 의사를 표시했고, 피해자는 당시 거절의 의사표시로, “고개를 떨어뜨리고 있었고 ‘아닌데요, 아닌데요’ 등을 중얼거렸다는 취지”로 진술한다(1심 판결문 32면 각주19번). 이러한 피해자 진술의 취지는 “나를 안게” 등과 같은 피고인의 부당한 요구에 소극적으로 대처하는 것 외에 다른 방법이 없었고 이것이 할 수 있는 최대한의 의사표시라는 것으로 해석된다. 그러나 이러한 진술을 두고 1심은 당시 피해자가 음주로 정상적인 사고를 할 수 없거나 업무로 심리적으로 위축된 상태가 아니었다고 보고(1심 판결문 35면), 피해자 진술의 신빙성을 배척한다. 또한 거절 의사표시로 ‘아니요’라고 중얼거려서 피고인도 이를 거절로 인식했을 것이라는 피해자의 주장에 대하여, 1심은 “남녀가 단둘이 호텔방에서 성적 접촉을 하기에 이르렀을 때의 태도를 평소 업무태도와 비교하여 피고인이 피해자의 거절 의사를 인식하였을 것이라고 추정하기는 어렵다”(1심 판결문 36면)며 1번 사안에 이어 2번 사안이 발생하였는데, 이에 소극적으로 대응한 것을 이해되지 않는 것으로 실시한다. 또한 피해자가 간음 피해를 당한 후 ‘무슨 조선시대인가, 말투랑 행동이 왜 저러지, 자기가 무슨 왕이야’라는 생각을 했다는 진술과, 피고인의 권세에 제압당해 혼란스러워서 도망칠 수 없었다는 취지의 진술이 불일치하는 것으로 보기도 한다(1심 판결문 38-39면). 피해자가 간음 피해를 당한 이후에도 수행비서로서 책임감으로 피고인을 보좌하는 업무를 계속했다는 진술에 대해서도, 1심은 피해자가 피고인이 좋아하는 순두부집을 찾고,³⁾ 피해자가 주장한

3) 이 부분에 대해서는 판결문에 적시된 것과 언론에 보도된 비공개심리 피해자의 증언과 상이하고, 피해자는 순두부는 다른 공무원이 제안한 것으로 주장하여 사실관계가 다르다는 논란이 있는 것으로 보인다(『한겨레』, 2018.8.20).

간음 피해 당일 피고인과 와인 바에 동행하며, 피고인이 이용하던 미용실에서 머리를 손질한 것을 볼 때, 피해자가 피해를 입었다는 진술을 믿기 어렵다고 본다(1심 판결문 40, 41면).

3번 사안에서도 1심은 피고인이 뺨에 입맞춤을 하여 뺨을 도려내고 싶은 느낌이 들었다는 피해자의 진술은 믿기 어렵다고 보고(1심 판결문 104면), 4번 사안에서도 추행이었다는 피해자의 진술보다 설령 신체접촉이 있었더라도 애정관계에 따른 것이었다는 피고인의 주장(1심 판결문 105면)이 오히려 신빙성이 있다고 본다.

5번 사안에서도 서울 엠배서더 호텔에서 ‘씻고 오라’는 피고인의 지시를 듣고 피해자가 용건을 묻지도 않았고 샤워 후 피고인의 객실에 들어간 것을 단순히 짐을 풀고 오라는 뜻으로 이해했다는 피해자의 진술을 믿기 어렵다고 하여(1심 판결문 48-49면) 피해자는 이를 지시로 받아들인 것으로 보이나, 1심은 피해자가 주장하는 간음 피해의 유일한 직접 증거인 피해자 진술의 신빙성을 부정한다.

8번 사안에서도 피고인은 스위스 호텔에서 피해자에게 담배를 가져오라고 지시하고 ‘침대로 오라’고 지시하였는데, 피해자가 고개를 젓고 바다를 보며 ‘아니요, 모르겠어요, 아닌 것 같아요’라고 수회 거절하였는데, 이에 대해 피고인 측은 피해자가 속옷 차림으로 찾아와서 성관계에 이른 것 뿐이라는 취지로 주장한다(1심 판결문 51-52면).⁴⁾ 피해자는 피고인의 ‘…….’라는 문자에 피해자는 압박감을 느껴서 피고인의 방에 갈 수밖에 없었다는 취지로 진술하나, 1심 법원은 취침하는 새벽에 보낸 ‘…….’ 문자에 두려움을 느꼈다는 것을 믿기 어렵다고 본다(1심 판결문 55면).

9번 사안에서도 피해자의 진술은 카니발 차량 내에서 피고인에게 추행

4) 이 부분에 대해서도 속옷차림이었다는 피해자는 아예 그런 속옷을 가지고 있지 않아서 판결문에 적시된 바와 사실관계가 다르다는 논란이 있는 것으로 보인다 (『동아일보』, 2019.2.21).

을 당하는 중에 운전자가 이를 알아챌까 두려워 피해자 스스로 벨트를 풀었다는 것인데, 이에 대해 피고인은 피해자 스스로 벨트를 풀고 지퍼를 내려 신체를 만지게 한 것일 뿐이라고 주장한다(1심 판결문 61면). 이에 대해 1심 법원은 성폭력범죄 피해자가 피해가 발생한 상황에서 당황스러움과 수치심으로 감추려 할 수는 있어도 이러한 추행이 계속되는 중에 벨트를 풀어준 행동은 설명하기 어렵고, 피고인의 행동을 중얼거림으로도 거절하지 않았다는 점 등을 들어 피해자가 성적 자기결정권을 침해당했다고 보기 어렵다고 한다(1심 판결문 64면).

10번 사안에서도 마포 오피스텔로 불러 피고인이 미투운동을 피해자에게 물으며 피해자의 심리상태를 확인하고, 피해자에게 “나를 안으라”고 요구하고 주저하자 간음했다는 것인데, 피고인은 피해자에게 우리 관계는 다르다는 취지로 말했다는 것이고 성관계를 한 것이라고 주장한다(1심 판결문 66-67면). 피해자는 피고인의 요구에 ‘바로 못갈 것 같다, 너무 오래 걸릴 것 같다, 늦을 것 같다’라고 나름의 거절을 표시했다고 했으나, 1심은 심야에 KTX를 타고 대전에서 서울까지 급히 가는 피해자의 행동과는 모순이 있다고 본다(1심 판결문 73면).

요컨대, 1심은 피해자의 진술은 진술 자체는 대체로 일관되고 상세하다고 보면서도, 전체 정황과 다른 증거들을 종합적으로 놓고 볼 때, 믿기 어렵다고 판단한다(1심 판결문 77-78면). 심지어 피해자의 심리상태에 대한 가정적인 판단으로 그루밍, 학습된 무기력, 해리, ‘긴장성 부동화’ 또는 ‘심리적으로 얼어붙음’, 피해자로서의 방어기제 등을 검토하고 이를 부정한다(1심 판결문 92-96면). 1심은 피해자가 성폭력범죄 피해를 입고도 수행비서의 역할에 충실한 것을 두고 피해자의 방어기제가 드러나지 않은 것이고 피고인과의 관계가 상호적이라는 것을 배제할 수 없다는 결론을 내린다(이수진, 2019: 10). 더구나 피해자가 또다른 가해자인 운전사의 성희롱에는 강하게 대처하면서 피고인에게 약한 모습을 보인다고 보고, 이는 피

고인과의 특정 관계에 대해서만 성적 자기결정권을 “선택적으로” 행사한 것으로 본다(이수진, 2019: 11).

요컨대, 1심은 성폭력범죄 사안에서 피해자의 처한 상황을 고려하는 성인지 감수성이 필요함을 실시하면서도 피해자 진술의 신빙성을 배척한다. 자유심증주의 하에서 피해자의 진술은 다소 모순되고 애매하더라도 주요 부분이 일관된다면 그 신빙성을 쉽게 배척하지 말아야 하는데, 1심은 오히려 피고인의 진술의 신빙성을 인정하는 쪽을 택한다. 예컨대 2번 사안에서도 피고인이 피해자와 맥주를 마시며 성관계 이후 전 대통령의 일화를 이야기했다는 주장을 “직접 경험하지 않고서는 임의로 작출 하기는 어려운 내용을 나름 구체적으로 일관성 있게 진술”한다고 보고(1심 판결문 43면), 8번 사안에서도 피고인은 ‘올래?’라고 피해자에게 지시가 아니라 피해자 의사를 질문한 것이고(1심 판결문 54면) 피해자가 속옷차림이었던 것으로 주장한다. 이에 대해 당시 피해자는 어떤 옷차림이었는지 기억하지 못한다고 진술하나, 1심은 “당시 피해자의 복장에 관한 피고인의 주장이 이 부분 공소사실에 관하여 합리적 의심의 여지가 존재하는지 여부를 고려할 때에 일고의 가치도 없어 배척할 정도라고 단언하기 어려운 측면이 있다”라고 본다(1심 판결문 56-57면). 또한 1심 판결문에 의하면, 1심은 “설령 피고인을 흠모하는 지지자의 심리상태에 피고인이 편승하였다 하더라도 이는 상호적인 것으로 볼 여지가 없지 않”다고 실시하는데(1심 판결문 97면), 이러한 1심 법원의 태도는 편향적이어서 마치 일반 대중의 높은 지지를 받던 피고인에게 지나친 관용을 베푸는 것이 아닌가 하는 인상마저 준다.

3) 항소심 판결(서울고등법원 2019.2.1. 선고, 2018노2354 판결)⁵⁾⁶⁾

항소심은 1심의 태도와는 사뭇 다른 견지를 취한다. 항소심 법원은 “피고인과 피해자의 관계가 사적인 관계라고 볼만한 아무런 근거가 없”고, 오히려 1심이 피해자의 진술의 신빙성을 속단한 것으로 보고, 피해자가 평소와 다름없이 업무를 수행한 것을 두고 피해자의 행동으로 볼 수 없다는 “피해자다움”이라는 편견에 근거하여 판단한 것으로 본다(항소심 판결문 2-3면). 항소심은 7번 사안을 제외하고는 모두 피고인의 유죄로 인정하는데, 다음과 같이 피해자 진술의 신빙성에 대하여 항소심 또한 1심과 같이 성폭력 사안에서 고려해야 할 ‘성인지 감수성’을 강조한다. 항소심은 피해자의 진술에 대하여 “객관적으로 보아 도저히 신빙성이 없다고 볼 만한 별도의 신빙성 있는 자료”가 없는 한 함부로 배척하지 말 것을 설시한다. 그리고 진술 내용에서 주요 부분이 일관성이 있고, “경험칙에 비추어 비합리적이거나” 진술 자체가 모순되는 것이 아닌 경우에는 진술의 신빙성을 배척하지 말아야 하는 것으로 판단한다. 또한 성폭력 사안에서 피해자의 처

5) 항소심 재판부는 1심 재판부에 비해 사실관계를 자세히 적시하지는 않는다. 활자화된 판결문만을 대상으로 한 본 연구의 어려움이 여기에 있다. 연구자로서는 드러난 판결문 외엔, 항소심 비공개심리 과정에서 1심 판결문에 적시된 사실관계가 어떻게 반박되었는지 알 수 없어서, 본고의 사실관계는 불가피하게 오로지 판결문에 적시되어 있는 바를 논의의 대상으로 하였음을 밝힌다.

6) 익명의 심사자의 의견에 의하면, 여성단체 공대위 등의 기자회견과 변호사 의견서 등을 통해 피해자는 해당 순두부집을 찾은 적이 없고 피의자 측 보좌진이 순두부집을 찾았다고 증언한 바가 있다고 하고, 피고인이 주장한 속옷을 가지고 있지 않다고 했다고 한다. 각주 5번에서 상술하였듯 본고는 판결문에 적시된 바를 대상으로 논의하고 있는데, 이러한 본고의 취지는 성폭력범죄 피해자 진술의 신빙성을 배척하는 판례의 태도를 비판하고, 법관의 자유심증주의 하에서 성폭력범죄 피해자의 처지를 이해하는 것이 법관이 고려해야 할 경험칙이라는 것을 확인하는 것이다. 따라서 본고에서 판결문상 언급된 사실관계를 인용하였고, 판결문에 적시된 바와 실제 사실이 다른 부분이 존재한다면 이것은 연구 환경의 제약으로 양해를 구하고 싶다.

한 상황을 고려하고, 양성평등을 실현하기 위하여 “성인지 감수성”을 고려할 것을 강조한다.⁷⁾

항소심은 개별 쟁점마다 피해자 진술의 신빙성을 검토한다. 1번 사안에서 항소심은 피해자는 피고인이 허리를 감싸 안았다는 취지의 진술을 항소심에서 허리인지 어깨인지 기억이 안 난다고 했지만, 이러한 피해자 진술은 피고인이 옆에 앉는 것을 인식하지 못한 상태에서 몸이 밀착되어 허리에 피고인의 손이 들어와 놀랐다는 취지로, 피해자가 매우 구체적이고 상세하게 묘사하여 진술에 신빙성이 있다고 보고(항소심 판결문 22면), 피고인의 추행행위로 인정한다(항소심 판결문 30면).

- 7) 항소심은 “...피해자를 비롯한 증인들의 진술이 대체로 일관되고 공소사실에 부합하는 경우 객관적으로 보아 도저히 신빙성이 없다고 볼 만한 별도의 신빙성 있는 자료가 없는 한 이를 함부로 배척하여서는 안 된다. 또한 피해자 등의 진술은 그 진술 내용의 주요한 부분이 일관되며, 경험칙에 비추어 비합리적이거나 진술 자체로 모순되는 부분이 없고, 또한 허위로 피고인에게 불리한 진술을 할 만한 동기나 이유가 분명하게 드러나지 않는 이상, 표현상의 차이로 인하여 사소한 부분에 일관성이 없는 것처럼 보이는 부분이 있거나 최초의 단정적인 진술이 다소 불명확한 진술로 바뀌었다고 하여 그 진술의 신빙성을 특별한 이유 없이 함부로 배척해서는 안 될 것이다. 한편, 공소사실을 인정할 증거로 사실상 피해자의 진술이 유일한 경우에 피고인의 진술이 경험칙상 합리성이 없고 그 자체로 모순되어 믿을 수 없다고 하여 그것이 공소사실을 인정하는 직접증거가 되는 것은 아니지만, 이러한 사정은 법관의 자유판단에 따라 피해자 진술의 신빙성을 뒷받침하거나 직접증거인 피해자 진술과 결합하여 공소사실을 뒷받침하는 간접정황이 될 수 있다. 그리고 법원이 성폭행이나 성희롱 사건의 심리를 할 때에는 그 사건의 발생한 맥락에서 성차별 문제를 이해하고 양성평등을 실현할 수 있도록 ‘성인지 감수성’을 잃지 않도록 유의하여야 한다. 우리 사회의 가해자 중심의 문화와 인식, 구조 등으로 인하여 성폭행이나 성희롱 피해자가 피해사실을 알리고 문제를 삼는 과정에서 오히려 피해자가 부정적인 여론이나 불이익한 처우 및 신분 노출의 피해 등을 입기도 하여 온 점 등에 비추어 보면, 성폭행 피해자의 대처 양상은 피해자의 성정이나 가해자와의 관계 및 구체적인 상황에 따라 다르게 나타날 수밖에 없다. 따라서 개별적, 구체적인 사안에서 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...(후략)”(항소심 판결문 16-18면)라고 실시한다.

2번 사안에서 항소심은 “피해자는 이 부분 피해사실의 주요 부분에 관하여 검찰이래, 당시 범정에 이르기까지 일관되게 진술하고 있는데다가 그 진술내용을 보더라도 피해자가 피고인의 방으로 가게 된 경위와 당시 상황, 피고인이 피해자에 대하여 한 구체적인 행동이나 말, 이에 대응한 피해자의 구체적인 행동이나 말, 당시 피해자가 느낀 감정 등에 관하여 매우 구체적이며, 직접 경험하지 않고서는 도저히 진술 할 수 없는 매우 세부적이고 비정형적인 사항까지 상세하게 묘사하고 있고, 진술내용 자체로 비합리적이거나 모순되는 부분이 없다. 또한 피해자는 자신의 기억이 부족한 부분이나 피고인의 간음행위가 반복됨에 따라 다소 혼동되는 부분이 있을 수 있다는 점까지 솔직하게 시인하고 있고, 피고인의 행위나 자신의 대응 방법 등에 관하여 과장하는 진술을 하지도 않고 있다”(항소심 판결문 33-34면)고 본다.

3번 사안과 4번 사안에서도 항소심은 “피해자의 위와 같은 피해 진술은 그 내용이 주요 부분에서 일관성이 있고, 사건 당시의 상황, 피고인이 한 추행행위의 세부적인 내용, 당시 피고인과 피해자의 상호적인 행동과 반응, 당시 피해자가 느낀 감정 등에 관하여 매우 구체적이며, 직접 경험하지 않고서는 진술하기 어려운 세부적이고 비정형적인 사항까지 상세하게 묘사하고 있다. 또한 진술내용 자체로 비합리적이거나 모순되는 부분이 없고, 앞선 살핀 바와 같이 피해자가 피해사실을 폭로하게 된 경위가 매우 자연스러운 것으로 보이며, 피해자가 피고인을 무고할 목적 등으로 허위의 피해사실을 지어내어 진술하였다거나 피고인을 무고할 만한 동기나 이유가 있다고 볼 만한 아무런 자료가 없다”(항소심 판결문 66-67면, 71면)고 본다.

5번 사안에서 피고인 측은 피해자가 앰배서더 호텔에 투숙하기 전 호프 집에서 강제추행 피해를 입은 상태였는데, 피해자 스스로도 피고인이 서울에서 숙박하자 했을 때 원치 않는 성관계를 할 수 있다고 생각하면서도 만

실이라고 하면서까지 운전기사를 제외하고 둘이 호텔에 투숙한 것을 근거로 피해자 진술의 신빙성이 없다고 주장한다(항소심 판결문 78면). 그러나 항소심은 피해자의 진술로 비추어 볼 때, 피해자는 피고인의 지시에 따라 서울에서 투숙하게 된 것이고, 운전기사가 숙박할 수 있는 호텔이 아니어서 만실이라고 했다고 피해자가 진술한 바 있는데, 이러한 피해자 진술의 신빙성을 인정한다(항소심 판결문 79-81면). 8번 사안과 9번 사안에서도 마찬가지로 피해자 진술의 일관성을 인정한다.

항소심은 피해자가 검찰 제1회 진술에서 간음과 추행피해를 입고도 수행비서를 그만두지 않은 점에 대하여 진술한 부분, “……. 여자로서 창피한 부분도 있었다. 지금 미투의 상황에서는 얘기할 수 있지만, 피고인의 밑에서는 당신의 행동이 그르다고 얘기를 못 한다. 한국사회가 가지고 있는 여성 성폭행 피해자에 대한 편견과 여자에 대한 부정적인 인식, 그리고 말도 안 되는 2차 피해, 앞으로 제가 살면서 감내해야 되는 수많은 미래에 대한 변화들, 두려움들, 그것보다 더 두려운 것은 피고인이었다. 제 안전을 보호받기 위해서 그 수많은 것들과 그런 것들을 감내하면서까지 방송에 나와서 얼굴을 드러내고 실명을 드러냈던 이유, 이 거대한 조직이 가지고 있는 힘이 너무 크다”(항소심 판결문 106면)라고 하여 피해자의 심경을 수긍하고 ‘성인지 감수성’을 고려하여 피해자의 관점에서 피해자의 진술의 신빙성을 평가한다.

그리고 항소심은 1심과는 달리, 피고인 진술의 신빙성을 배척하고, 이를 피해자 진술의 신빙성을 뒷받침하는 간접 증거로 활용한다. 검찰에서 진술한 연인관계는 “호감과 합의에 의하여 서로 간에 성관계를 맺은 관계”라는 의미의 연인관계라고 했을 뿐 통상적인 연인관계임을 부인하고 자신이 인정하는 네 번의 성관계와 관용차량 내에서의 접촉 외에 다른 접촉은 없었다고 하는 등 그 진술의 취지가 계속 변경된 것으로 본다(항소심 판결문 67-68면). 또한 5번 사안에서 피고인은 호텔에 투숙하고 피해자와 성관계

를 하게 된 경위에 대해 진술을 계속 반복하여 항소심은 피고인 진술의 신빙성을 인정하기 어렵다고 본다(항소심 판결문 87면). 6번 사안에서도 진술내용과 진술의 취지가 계속 변경되어 항소심은 피고인 진술의 신빙성을 배척한다(항소심 판결문 90면). 9번 사안에서도 도청 공무원이 운전하는 차량에서 피해자가 피고인과 교감하며 스스로 벨트를 풀고 지퍼를 내렸다는 피고인 진술의 신빙성을 배척한다(항소심 판결문 116면).

4) 대법원 판결(대법원 2019.9.9.선고 2019도2562 판결)

대상 판결에서 대법원은 증거의 증명력은 법관의 자유판단에 있음을 확인하고, 다만 그 판단은 논리와 경험칙에 합치되어야 하며, 형사재판에서 유죄의 심증형성의 정도는 합리적 의심의 여지는 없는 정도여야 하며, 그렇다고 해서 모든 가능한 의심을 배제할 정도를 요구하는 것은 아님을 명확히 한다. 또한 증명력이 있는 증거를 합리적 근거 없는 의심으로 배척하는 것은 자유심증주의의 한계를 벗어난 것으로, “피해자 등의 진술은 그 진술 내용의 주요한 부분이 일관되며, 경험칙에 비추어 비합리적이거나 진술 자체로 모순되는 부분이 없고, 또한 허위로 피고인에게 불리한 진술을 할 만한 동기나 이유가 분명하게 드러나지 않는 이상, 그 진술의 신빙성을 특별한 이유 없이 함부로 배척해서는 아니” 됨을 설시한다. 더불어, 1심과 항소심에서 강조한 ‘성인지 감수성’을 성폭력범죄 사안에서 고려해야 함을 강조하며, 상고를 기각한다.⁸⁾

8) 대법원은 “법원이 성폭행이나 성희롱 사건의 심리를 할 때에는 그 사건이 발생한 맥락에서 성차별 문제를 이해하고 양성평등을 실현할 수 있도록 ‘성인지 감수성’을 잃지 않도록 유의하여야 한다. 우리 사회의 가해자 중심의 문화와 인식, 구조 등으로 인하여 성폭행이나 성희롱 피해자가 피해사실을 알리고 문제를 삼는 과정에서 오히려 피해자가 부정적인 여론이나 불이익한 처우 및 신분 노출의 피해 등을 입기도 하여 온 집 등에 비추어 보면, 성폭력 피해자의 대처 양상은 피해자의 성정이나 가해자와의 관계 및 구체적인 상황에 따라 다르게 나타날 수밖에 없다.

5) 소결

상술한 바대로, 1심은 ‘피해자다움’을 판단의 근거로 들어 10개의 쟁점에 대해 모두 무죄로 본 반면, 항소심은 이러한 1심의 판결은 편견에 근거한 사실을 인정함으로써, 사실오인과 위력의 협소한 해석을 한 법리오해를 바탕으로 한 심리미진이 있었던 것으로 본다. 더불어 피해자가 도지사 집무실에서 있었다고 주장하는 강제추행의 공소사실을 제외하고 9개의 사실에 대해서는 유죄로 판시한다. 대법원도 이러한 항소심의 태도를 유지한다.

1심은 피해자의 진술이 일관성이 인정되지 않고 사실 확인이 불일치한 부분도 있으므로, 신빙성을 증명하기 어렵다고 한다. 반면, 항소심은 오히려 피해자의 진술이 지속적으로 일관되고 구체적이고 피고인을 무고할 만한 특별한 이유가 보이지 않아서 신빙성을 인정할 수 있다고 한다(이수진, 2019: 17). 항소심은 1심에서 피해자 진술의 신빙성을 의심받아서 배척되었던 사실관계들을 검토하여 이를 배척할 이유가 없다고 본 것으로 생각된다. 그런데 그 근거를 분명하게 판결문에 적시하지는 않아서 아쉬움을 남긴다. 1심과 항소심이 특별히 피해자 진술의 신빙성에 대해 상반된 결론을 내린 것은, 생각건대, 근본적으로 성폭력범죄 피해자 진술의 신빙성을 판단하는 기준이 명확하지 않은 것이 그 이유일 것으로 생각되어, 기준 설정이 필요해 보인다.

따라서 개별적, 구체적인 사건에서 성폭행 등의 피해자가 처하여 있는 특별한 사정을 충분히 고려하지 않은 채 피해자 진술의 증명력을 가볍게 배척하는 것은 정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따른 증거판단이라고 볼 수 없다”라고 설시한다.

3. 사안의 쟁점

1) 형사절차에서 피해자와 진술증거 일반론

(1) 범죄 피해자와 성폭력범죄 피해자 권리

형사법의 영역에서 피해자는 직접적인 법의 침해를 당한 ‘직접피해자’에 한정하고 ‘간접피해자’는 포함하지 않는다. 형사절차에서 피해자의 권리는 다수 입법화되어 있다. 예컨대, 피해자의 고소권자(형사소송법 제223조)이고, 헌법상 재판절차에서 진술권(헌법 제27조 제5항)을 가지며, 범죄 피해구조청구권(헌법 제30조)을 가진다. 더불어 검사의 불기소처분에 대한 불복수단으로 재정신청(형사소송법 제260조)을 할 수 있고, 배상명령(소송촉진등에 관한 특별법 제25조, 제26조)을 신청할 수 있으며, 형사절차의 진행 상황을 통지(형사소송법 제259조의2)받을 수 있다. 또한 재판절차에서 신뢰관계인과 동석(제163조의2)할 수 있기도 하다. 그러나 그럼에도, 피해자는 형사소송의 주체도, 당사자도 아니다. 사안에 이해관계가 있는 자에 불과하고, 따라서 수사단계에서는 참고인, 공판절차에서 증인으로 진술할 수 있을 뿐이어서, 종래 지적되던 ‘소외된 자’, ‘주변인’에 머무름을 벗어난 것은 아니다.

일반 범죄 피해자에 비하여 성폭력범죄 피해자의 경우는 사회적인 편견까지 더해져서 그 처지는 더욱 열악하다. 1986년 부천경찰서 성고문사건에서 성폭력범죄 피해자에 대한 편견을 고스란히 드러낸 어느 국회위원의 발언은 다양한 선행연구에서 이미 수차례 인용된 바 있다.⁹⁾ 근래 성폭력 관련 입법이 이루어지고, 범죄 피해자의 권리가 명문화되었음에도 성폭력 범죄의 특성상 피해자가 오히려 2차 피해를 입기 쉽고, 비난을 받으며, 그

9) 1986년 8월 6일 국회속기록 11면에 기록된 당시 김종위 의원의 발언은 이미 다수의 문헌에서 인용된 바 있다(예컨대, 조국, 2004: 77).

목소리를 내기 어려운 경우가 빈번하다(조국, 2004: 77).

성폭력범죄는 암수범죄가 많다는 것은 이미 널리 알려진 사실이다. 2008년 기준 여성 대상 성폭력범죄(강간과 강제추행)의 ‘추정범죄처리율’이 12.5%로, 암수범죄율이 87.5%로 추정될 정도이다(황지태, 2010: 34). 현실은 여전히 피해자로 하여금 피해 사실 신고에 주저함이 들게 한다. 다행스럽게도 근래 시작된 미투 운동으로 인하여, 피해 사실을 드러낼 수 있는 분위기로 변화되고 있는 중이다.

(2) 진술증거

진술증거란, 사람의 진술이 증거가 되는 것으로, 범죄의 흔적이 사람의 시각에 남아 있어서 그 내용을 외부적으로 표현하여 법관에게 전달해야 하는 경우 사용된다. 이는 구두에 의한 진술증거와 서면에 의한 진술증거가 있다. 피고인의 구두진술, 증인의 증언이나 피고인의 구두진술은 전자에 해당하고, 피의자신문조서, 피의자진술서, 참고인진술조서, 참고인진술서 등이 후자에 해당한다(신동운, 2014: 1100-1101; 정웅석·최창호, 2017: 517-528). 이러한 진술증거는 어떻게 전달했는지, 직접인지 아니면 매개체를 통해서인지 여부에 따라 본래증거와 전문증거로 나누어 살펴볼 수 있다.

성폭력범죄에서 진술증거가 중요한 것은, 성폭력범죄의 속성상 가해자와 피해자가 단둘이 있는 공간에서 발생하거나, 혹은 다수가 있어도 피해자 본인 외에는 인지하지 못한 사이 이루어져서, 피해자의 진술 외에는 다른 직접 증거가 없는 경우가 드물지 않기 때문이다. 물론 형사사건에서 직접증거가 존재하지 않는 다른 사안의 경우도 많지만, 성폭력범죄 사안의 경우, 그러한 경우가 더 빈번하다고 볼 수 있다.

2) 자유심증주의와 피해자 진술의 신빙성

(1) 증거법의 두 원칙 - 증거재판주의와 자유심증주의

현행 형사소송법은 증거재판주의(제307조)를 규정하여, “사실의 인정은 증거에 의하여야” 함(동조 제1항)을, “범죄사실의 인정은 합리적인 의심이 없는 정도의 증명에 이르러야” 함(동조 제2항)을 명시한다. 즉, 공소 범죄사실 등 주요사실을 인정하는 데에는 증거능력이 인정되고, 적법한 증거조사에 의한 증거에 의해 증명해야 한다(정웅석·최창호, 2017: 520). 더불어, 형사소송법은 자유심증주의를 규정하여 “증거의 증명력은 법관의 자유판단에 의”한다(제308조). 증거의 증명력은 증거능력이 있는 것을 전제로 하여, 요증사실을 증명할 수 있는 증거의 실질적 가치이다(신동운, 2014: 1384). 이것은 증거가 진실할 가능성을 말하는 신빙성과, 증거의 신빙성을 전제로 해서 요증사실의 존재를 인정하게 하는 혐의의 증명력으로 구분할 수 있다(신동운, 2014: 1384; 정웅석·최창호, 2017: 519). 상술하였듯 자유심증주의는 증거의 증명력을 법관의 주관적인 판단에 맡기는 것이다. 그러나 이것이 곧 법관의 자의를 의미하는 것은 아니어서, 자유판단도 객관적이고 합리적이어야 하며, “논리와 경험칙”에 부합하여야 한다(정웅석·최창호, 2017: 688). 결국 법관의 자유판단을 제한하는 것은 “논리와 경험칙”이고, 법관은 “논리와 경험칙”에 따라 사실인정을 해야 한다(신동운, 2014: 1383).

판례도 사실심 법관이 증거판단에 대해 전권을 가진다 하더라도 그 판단은 실제 진실의 규명과 함께 기본적인 인권 보호를 위한 형사소송의 기본원칙에 부합하면서 논리와 경험칙의 제한을 받는다고 실시한다(대법원 2007.9.7. 선고 2007도3031 판결 등). 또한 “자유심증주의를 규정한 형사소송법 제308조가 증거의 증명력을 법관의 자유판단에 의하도록 한 것은 그것이 실제적 진실발견에 적합하기 때문이라 할 것이므로, 증거판단에 관한

전권을 가지고 있는 사실심 법관은 사실인정에 있어 공판절차에서 획득된 인식과 조사된 증거를 남김없이 고려하여야 한다. 형사재판에 있어 심증형성은 반드시 직접증거에 의하여 형성되어야만 하는 것은 아니고 간접증거에 의할 수도 있는 것이며, 간접증거는 이를 개별적, 고립적으로 평가하여서는 아니 되고 모든 관점에서 빠짐없이 상호 관련시켜 종합적으로 평가하고, 치밀하고 모순 없는 논증을 거쳐야 한다. 증거의 증명력은 법관의 자유판단에 맡겨져 있으나 그 판단은 논리와 경험칙에 합치하여야 하고, 형사재판에 있어서 유죄로 인정하기 위한 심증형성의 정도는 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도여야 하나, 이는 모든 가능한 의심을 배제할 정도에 이를 것까지 요구하는 것은 아니며, 증명력이 있는 것으로 인정되는 증거를 합리적인 근거가 없는 의심을 일으켜 이를 배척하는 것은 자유심증주의의 한계를 벗어나는 것으로 허용될 수 없다 할 것인바, 여기에서 말하는 합리적 의심이라 함은 모든 의문, 불신을 포함하는 것이 아니라 논리와 경험칙에 기하여 요증사실과 양립할 수 없는 사실의 개연성에 대한 합리성 있는 의문을 의미하는 것으로서, 피고인에게 유리한 정황을 사실인정과 관련하여 파악한 이성적 추론에 그 근거를 두어야 하는 것이므로 단순히 관념적인 의심이나 추상적인 가능성에 기초한 의심은 합리적 의심에 포함된다고 할 수 없다”(대법원 2004.6.25. 선고, 2004도2221 판결)고 실시한다.

즉, 판례에 의하면, 유죄 심증형성의 정도는 “합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도”여야 하고, 심증형성은 직접증거는 물론, 논리와 경험칙에 위반되지 않는 한 간접증거에 의해서도 형성된다. 더불어, 하나하나의 간접사실 사이에 모순이나 저축이 없어야 한다. 판례는 살인죄와 같은 중범죄에서도 이러한 맥락에서 간접증거만으로 심증을 형성할 수 있으나 간접증거에 의해 주요사실의 전제가 되는 간접사실을 인정하는 데에 그 증명에서 합리적인 의심의 여지가 없어야 하고 서로 논리적으로 모순, 저축되지 말아야 하며, 논리와 경험칙에 뒷받침되어야 한다고 본다(대법원

2011.5.26. 선고, 2011도1902 판결).

그렇다면 관례에서 논리와 경험칙은 무엇을 의미하는가? 사전적 의미로는, 논리는 “말이나 글에서 사고나 추리 따위를 이치에 맞게 이끌어가는 과정이나 원리”이며, 경험법칙은 “늘 경험하는 바에 따라, 세상에서 일반적으로 널리 인정하고 있는 사리판단의 법칙”이다. 법관의 자유판단은 이치와 경험에 따른 일반적인 사리판단에 맞게 하여야 한다는 것이다. 형사소송법 교과서의 개념을 보아도 논리법칙은 “논리학상의 공리로서 자명한 사고법칙”이며, 경험법칙은 “개별적인 체험의 관찰과 그 일반화에 의하여 경험적으로 얻어진 법칙”이다(이재상, 2018: 554).

관례는 일관성이 없거나 애매, 모순되거나 객관적 합리성이 없는 진술은 논리법칙에 반하는 것으로 보고 신빙성을 배척한다(이재상, 2017: 556)(대법원 1987. 2. 24. 선고, 80도3222 판결 등). 그러나 그 진술 내용의 주요부분이 일관성이 있고 진술이 모순되지 않으면 진술의 신빙성을 배척하지 않고 증거의 증명력 뿐 아니라 사실인정의 전제인 증거의 취사선택도 법관의 자유판단에 의한다고 본다(대법원 2018.5.11. 선고, 2018도3577 판결; 대법원 2009. 8. 20. 선고 2008도12112 판결; 대법원 2014. 12. 24. 선고 2014도10034 판결 등).

요컨대, 증거법은 양대 지주로 증거재판주의와 자유심증주의를 두고 양자의 조화를 꾀하고 있다. 사실인정은 증거에 의하여야 하고 그것은 합리적인 의심이 없을 정도의 증명에 의하여야 하며, 증명력은 법관의 자유로운 판단에 의하되, 이것은 논리와 경험칙에 의하여 제한된다.

2) 성폭력범죄와 진술의 신빙성 판단

진술의 신빙성 판단은 진술만이 유일한 직접증거인 경우 더욱 의미가 있고, 성폭력범죄 사안이 특히 그러하다. 관례는 성폭력범죄 피고인이 고

의를 부정하고 피해자와 피고인의 주장이 대립하는 경우, 피해자의 진술을 토대로 공소사실을 유죄 인정하려면 피해자 진술은 “진실성과 정확성에 거의 의심을 품을 만한 여지가 없을 정도”의 증명력이 요구되는 것으로 본다. 그러면서도 증인의 주요 부분의 진술이 일관성이 있다면 설령 사소한 상황에 대해 다소 일관성이 없다고 해서 그 진술의 신빙성을 배척해서는 안된다고 본다(제2작전사령부 보통군사법원 2018년 2월 6일 선고, 2017고 99 판결). 이것은 재판부가 증인의 처한 상황을 고려하는 것으로 생각된다. 이렇게 “처한 상황”을 고려하는 것은 애매하거나 모순된 진술이 기재된 검사 작성 피의자신문조서의 경우도 마찬가지인데, 판례는 피의자가 신문 과정에서 범행을 부인하여 애매하거나 모순된 진술을 할 수 있다고 예상되므로 설령 이러한 진술이 있다고 해서 바로 신문조서의 신빙성을 배척할 수 없다고 본다(대법원 1984.7.10. 선고, 84도846 판결). 이 또한 진술의 신빙성 판단에 피의자의 상황을 고려한 것이라고 볼 수 있다.

자유심증주의의 취지는 논리와 경험칙에 따른 법관의 합리적인 판단을 통해 실제적 진실 발견을 용이하게 하는 것이다. 이러한 취지로, 판례는 금전거래가 없는 A와 B가 변제기나 이자 약정도 없이 수억 원의 돈을 빌린 것을 경험칙에 반한다고 본다(대법원 2015.8.20. 선고, 2013도11650 판결). 과거 금전 거래 관계가 없던 사람들 사이에는 상식적으로 불가능한 거래라는 뜻이다.

이러한 관점에서 생각하면, 성폭력범죄 사안에서 법관에 특히 고려해야 할 경험칙은 우리 사회에서 성폭력범죄 피해자가 처하는 처지에 대한 고려일 것이다. 성폭력범죄 사안에서 수사기관조차 무고의 가능성을 고려하여, 피해자 진술의 신빙성을 의심하는 경우도 빈번하다. 피해자에 대한 불신으로 피해자를 오히려 이른바 ‘꽃뱀’으로 의심하는 시선으로 바라보기도 한다. 예컨대, 수사기관은 숨지 않고 당당하게 진술하고 소극적 의미의 “성적 자기결정권”¹⁰⁾을 행사하는 피해자를 의식하고(조소연, 2015: 26)

무고죄의 피의자로 왜곡하는 경우도 발생한다. 이러한 현실을 볼 때, 성폭력범죄의 재판단계는 물론이거니와, 수사 단계에서도 성인지 감수성이 강조되어야 할 것이다. 피해자의 무고를 고려할 것이 아니라, 피해자가 처한 상황을 고려해야 할 것이다.

3) 피해자 진술의 신빙성의 판단척도와 제언

(1) “피해자다움”의 한계

본 대상판결에서도 피고인 측은 피해자가 위력간음의 피해자라고 보기 어려운 행동들을 했기 때문에 피해자 진술은 신빙성이 없다는 취지의 주장을 한다(항소심 판결문 40면 이하). 이에 항소심은 피해자의 대처는 “피해자의 성정이나 피해자와 가해자의 관계 및 구체적인 상황”에 따라 차이가 있어서 정형화된 피해자 반응을 정상적인 것으로 보는 것은 편협한 태도라고 본다. 구체적인 쟁점으로, 첫째, 간음 피해를 입은 당일 피해자가 피고인을 위해 순두부집을 찾은 것은 피고인 측은 “간음피해를 당한 진정한 피해자로 보기 어렵다”라는 취지로, 피해자다운 행동으로 보기 어렵다는 취지의 주장을 한다. 그러나 항소심은 피해자가 성폭행 사건으로 대한민국이 흔들릴 수 있다고 생각하여 “나는 이걸 잊어야 해, 일과 사건을 분리시켜야만 해”라고 생각해서 버틴 것으로 진술하였고, 실제 순두부집을 찾은 것은 러시아 순방 중에 수행비서로서 행한 업무이므로 이를 두고 피해자의 모습이 아니라고 단정할 수 없다고 본다. 둘째, 피고인 측은 피해자

10) 형법 제2편 제32장 ‘강간과 추행의 죄’는 성적 자유 또는 성적 자기결정권의 침해를 그 내용으로 한다. 판례에 의하면, 여기서 성적 자유는 “적극적으로 성행위를 할 수 있는 자유가 아니라 소극적으로 원치 않는 성행위를 하지 않을 자유”이고, “성적 자기결정권”은 “성행위를 할 것인가 여부, 성행위를 할 때 상대방을 누구로 할 것인가 여부, 성행위의 방법 등을 스스로 결정할 수 있는 권리”이다 (대법원 2019.6.13. 선고, 2019도3341 판결).

가 간음 당일 피고인과 와인 바에 간 것도 피해자의 모습이라고 보기 어렵다는 취지의 주장을 한다. 그러나 항소심은 피고인과 단둘이 아닌 통역관 부부가 동석한 자리였고, 이를 근거로 하여 피해자로 보기 어렵다고 볼 수 없다고 본다. 셋째, 피고인 측은 피고인에게 이모티콘을 사용하는 등 성폭력범죄 피해자의 행동으로 보이지 않는다고 주장하나, 항소심은 이는 피해자가 특별한 의미 없이 일상적으로 사용하는 것으로 이를 근거로 피해자 진술의 신빙성을 배척하기는 어렵다고 본다. 다섯째, 피고인 측은 피고인이 이용하는 미용실에서 피해자가 머리손질을 한 것은 “피해자답지” 못하다는 주장을 하나, 항소심은 피고인의 오래된 팬이 운영하는 미용실에서 “수행비서 역할이 너무 적성에 잘 맞고 일하는 게 너무 즐겁고 행복하다”라는 말을 했더라도 이를 가지고 피해자 진술의 신빙성을 배척하기 어렵다고 본다(항소심 판결문 41-45면).

이러한 전형적인 “피해자다움”에 대한 요구는 성폭력범죄 판례에서 나타나곤 한다. 근래의 예로 2014년 대법원은 40대 남성 피고인의 수차례에 걸친 간음으로 인하여 10대 청소년이 임신 후에도 형사사건 후 구속 중인 피고인에게 서신을 보내고 피고인의 집에서 기거한 것을 두고 전형적인 피해자로 보이지 않는다고 판시한다(대법원 2014.11.13. 선고, 2014도9288 판결). 피고인이 공소사실을 부인하는 가운데, 피해자가 만일 이러한 사랑한다는 내용을 가득 담은 서신을 쓰지 않거나, 허위 내용의 문자 메시지를 보내지 않으면 피고인이 화를 낼 것이 짐작되어 피고인의 비위를 맞추려 시키는 대로 보냈다고 진술하나, 법원은 피해자가 본인의 추행피해나 강간 피해를 알리지 않고 피고인을 계속 만날 사실은 납득이 불가능하다고 판단한다. 더불어 “상위권의 학업 성적에다가 성교육을 여러 번 받은 중학교 3학년생이던 피해자가 키스만으로 임신이 된다고 믿었다거나 그에 따른 임신중절비용이 걱정되어 피고인을 계속 만날 수밖에 없었다는 진술도 납득하기 어렵다…….”(대법원 2014.11.13. 선고, 2014도9288 판결)고 판단하

며 피해자 진술의 신빙성을 배척한다.

이와 같은 (가) “피해자다움”에 대해서는 이를 (판단기준에서) 제거해야 하는지, (나) 단지 이를 근거로 하는 진술강요나 질문으로 야기하는 2차 피해에 유의해야 하는 것인지(이수진, 2019: 52) 의견은 나뉜다. 우리 형사소송법은 재판장이 “소송관계인의 진술 또는 신문이 중복된 사항이거나 그 소송에 관계없는 사항일 때에는 소송관계인의 본질적 권리에 해하지 아니하는 한도에서 이를 제한할 수 있음”을 규정한다(형사소송법 제299조). 또한 형사소송규칙은 증인신문에서 “위협적이거나 모욕적인 신문”을 해서는 안 됨을 규정한다(제74조 제2항 제1호). 사안과는 직접적인 관련성 없이, 피해자에게 2차 피해를 유발할 수 있는 불필요한 질문을 금지하는 취지로 보인다. 미국 연방증거규칙(Federal Rules of Evidence) 제412조는 특정한 경우 이외에는 성폭력범죄 피해자의 성관계이력과 성적 성향을 증거로 쓸 수 없음을 규정하여(제412조)(정도희, 2009: 202-208), 사안과 직접 관련성이 없는 질문을 배제한다. 상술한 후자의 견해는 사안과 직접 관련성이 없는 질문을 배제한다면, 2차 피해를 야기하지 않는다면, 피해자다움을 제거할 필요까지는 없다는 것으로 보인다. 그러나 그럼에도 “피해자답다”는 표현은 적절하지 못한다. 사전적 의미로, ‘피해자다움’은 ‘피해자답다’의 명사형이다. ‘-답다’는 “성질이나 특성이 있음”의 뜻을 더하여 형용사를 만드는 접미사이다(네이버 사전, 2019). 이러한 단정적인 표현은 우리 주위에 흔한데, 예컨대, ‘여자답다’ 즉, 여자의 성질이나 특성이 있다는 의미로 강요받던 말이기도 하다. ‘피해자답다’는 것은 피해자가 피해자의 성질이나 특성이 있다는 것을 의미한다. 피해자가 피해를 적극적으로 선택한 것도 아니고, 피해자의 객체가 된 것인데, 피해자에게 어떠한 성질이나 특성을 기대한다는 것이 적절하지 않아 보인다.

‘피해자다움’이 피해자는 이리이러해야 한다는 피해자 판단 기준으로 삼는 것은 옳지 않다. A의 행동이 A1하는 것이 자연스럽고, A1해야 하는

데 B하기 때문에 A가 자연스럽게 못하다는 추정은 이해되는 면이 있다. 그러나 이 때 ‘피해자다움’은 단순히 이러한 정도의 의미가 아니다. ‘피해자다움’은 피해자는 A1만을 보여야 한다는 엄격한 ‘정형화’이다. 즉, A1을 안보이면 피해자가 진짜 피해자가 아닌 가짜 피해자로 단정되는 꼴이 된다. A1은 피해자를 진짜 피해자로 인정할 수 있는 합리적인 요소일 뿐, A1이 반드시 필요한 것은 아니다. 사람이 배가 고파면 밥을 먹는다. 지극히 자연스럽다. 하지만 배가 고파도 당장 밥을 먹지 않을 수 있다. 그 사정은 밥을 사먹을 돈이 없을 수도 있고, 미루고 싶은 귀찮음 때문일 수도 있다. 밥을 안 먹은 것만으로 함부로 ‘저 사람 배가 불렀네’고 판단하기 어렵다.

판례는 피해자(고소인) 진술이 피고인의 진술과 상반되어도 그 진술내용이 “합리적이고 이치에 맞는다면” 유력한 직접증거로 신빙성이 있다고 본다(대법원 1995.2.24. 선고, 94도2092 판결). 모든 판례에서 진술의 신빙성 평가에 피해자다움이 반드시 언급되는 것은 아니다(최성호, 2019: 388). 그러나 다수의 판례에서 이미 정형화된 피해자를 설정하고 피해자를 비난하는 틀로 활용되는 경우가 발견된다(김선희, 2019: 8)는 사실을 기억해야 할 것이다.

영미에서는 경찰에 즉시 신고하는 행위도 피해자다운 행동이라고 보는 ‘신속한 고소의 원칙’(Prompt Outcry, Fresh Complaint)에 의하여, 성폭력범죄 피해자는 즉각 고소해야 진술의 증거능력이 인정될 수 있다. 그러나 피해자 각자의 사정으로 인하여 피해 직후 신고하지 않는 피해자도 많은 지적이 가능하다.¹¹⁾ 성폭력범죄는 가해자가 면식범이 경우가 많고, 따

11) 국제경찰장회의(International Association of Chiefs of Police, IACP)에 의하면, 피해자의 신고 지연(delayed reporting)은 성폭력범죄에 매우 흔하게 발생한다. 그 이유는 여러 가지인데, “피해경험으로 인한 트라우마, 두려움, 충격, 부인, 자기비난과 더불어 피해자 자신이 경험한 피해 사건이 성폭력범죄(sexual assault)가 맞는지 여부에 대한 불확실성” 때문이다(IACP, Sexual Assault Response Policy and Training Content Guidelines, 14면(출처: <https://www.theiacp.org/resources/sexual-assault-response-policy-and-training-content-guidelines>, 검색일: 2019.10.29).

라서 피해자가 즉각적인 반응하거나 고소를 하기 어려운 경우를 배제할 수 없다. 친족 또는 아동 피해자이거나, 신뢰관계인이거나 피감독 관계에 있던 경우도 그러할 수 있다. 그래서 전형적인 ‘피해자다움’ 모습을 설정하는 것은 어려운 것으로 생각된다. 이러한 ‘피해자다움’에 대한 통념과 집착은 피해자의 진술을 편견을 가지고 대하게 하고, 진술의 신빙성을 약화시킨다(김선희, 2019: 11). 다시 말해서, 다양한 성격과 환경과 개인적인 이력을 가진 모든 사람에게 적용할 수 있는 피해자의 전형성이란 것이 과연 존재하는지 의문이다. 피해자 진술의 신빙성을 판단하려면 사회적 인식 내지 통념에 바탕을 둔 ‘피해자다움’의 구상을 벗어나 그 외의 타당한 신빙성 척도를 마련해야 할 것이다.¹²⁾

2) 피해자 진술의 신빙성 판단과 ‘성인지 감수성’

상술한 바대로 본 대상판결에서는 피해자 진술의 신빙성 판단 기준으로, 성인지 감수성을 실시하고 있다. 성인지 감수성을 언급한 대표적인 대법원 판례로, 첫 번째, 대학교수의 언행이 성희롱에 해당하는지와 피해자 진술의 증명력 인정 여부가 문제된 사안(1번 사안), 두 번째, 남편의 친구에게 간음 피해를 입은 피해자 진술의 신빙성이 문제된 사건(2번 사안), 세 번째, 성폭력고소에 관한 무고죄 성립이 문제된 사건(3번 사안)과 본 대상판결이다.

1번 사안은 대학교수가 평소 같은 학과 여학생에게 “뽀뽀를 해주면 추천서를 만들어 주겠다”라거나 “남자 친구와 왜 사귀냐, 나랑 사귀자”, “나랑 손잡고 밥 먹고 가고 데이트 하자”, “엄마를 소개시켜 달라”는 등 부적절한 발언을 하고, 수업시간에 백허그 자세로 실습을 지도하는 등 부적절

12) 이와 같은 신빙성 판단의 척도에 대한 구체적인 제안은 지면의 제약으로 본고에서 다루지 않고, 후속 연구과제로 남기고자 한다.

한 신체접촉을 하는 등 14건의 성희롱이 인정되어 해당 대학에서 해임된 사건이다(대법원 2018.4.12. 선고, 2017두74702 판결). 대법원은 이 사안에서 성인지 감수성을 실시하였는데, 이는 가부장적 인식에서 벗어나 남녀를 동등하게 바라보는 시각으로, 성희롱을 판단할 때 양성평등의 관점에서 이해하려는 시도로 보인다(전병주 외, 2018: 140). 대법원은 가해자 중심적인 우리 사회의 문화로 인하여 피해자가 입을 수 있는 2차 피해를 유념해야 함을 실시하며, 이러한 2차 피해에 대한 불안감으로 피해 후 신고하지 못하고 가해자와 종전의 관계를 유지하기도 하고, 신고 후 진술에 소극적이기도 한 피해자의 사정을 고려할 것을 실시한다. 성희롱 피해자의 처해 있는 상황을 고려하는 것, 다시 말해서 성인지 감수성을 고려하는 것이 성희롱 사안에서 법관이 진술의 신빙성을 판단할 때 논리와 경험칙에 부합하는 것임을 인정한다.

다음은 남편의 친구에게 간음 피해를 입은 사안으로, 이 사안에서 대법원은 원심이 성폭력범죄 피해자가 처한 특별한 사정을 충분히 고려하지 않아서 사건의 심리를 할 때 요구되는 '성인지 감수성'을 결여했다고 본다(대법원 2018.10.25. 선고, 2018도7709 판결). 위의 사안과 마찬가지로, 성폭력범죄 사안에서 성인지 감수성을 법관이 고려하는 것이 논리와 경험칙에 부합하는 것임을 인정한다.

마지막으로, 강제추행의 무고가 문제된 사안으로,¹³⁾ 이 사안에서 대법원은 피고인이 설령 공소외인(강제추행 가해자)의 강제추행이 있기 이전에 어느 정도의 신체접촉을 용인하였어도 이를 반복할 수 있고, 자신이 생각한 범위를 넘어서는 행위를 거부할 수 있다고 하면서, 앞서 두 사안에서

13) 이 사안 공소사실 요지는, 피고인(강제추행 피해자)이 공소외인으로 하여금 형사처분을 받게 할 목적으로, 술집에서 피고인 옆에 앉아 허리를 감싸 안았고, 걸어가면서 손을 잡았으며, 소파에 앉아 일어나려는 순간 끌어 앉혀서 목에 팔을 두르고 강제로 입을 맞추는 등 추행했다는 허위 내용으로 고소하여 공소외인을 무고했다는 것이다.

와 마찬가지로, 성폭력의 구체적 사건에서 피해자가 처한 특별한 사정을 고려하지 않고서 피해자의 진술의 증명력을 배척하는 것은 정의와 형평에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 의한 증거판단이 아니라고 하면서, 무고죄에 대해서도 마찬가지로 고려되어야 한다고 본다. 성폭행 등의 피해를 입었다는 신고사실에 관하여 불기소처분 내지 무죄판결이 내려졌더라도, 그 자체로 무고를 했다는 적극적인 근거로 보아서 신고내용을 허위로 단정해서도 안 되고, 개별적, 구체적 사안에서 피해자라고 주장하는 자가 처했던 특별한 사정을 고려하지 않고서 진정한 피해자라면 마땅히 이렇게 했을 것이라는 기준을 내세워서 성폭행 등의 피해를 입었다는 점과 신고에 이르게 된 경위 등에 대한 변소를 가볍게 배척해서는 안 된다고 본다(대법원 2019.7.11. 선고, 2018도2614 판결).

이처럼 성희롱, 성폭력범죄 사안에서 상술한 대법원 판결들은 물론, 수많은 하급심에서도 성인지 감수성을 고려해야 함을 실시한다. 법관의 자유 판단에 제한을 가하는 경험칙의 하나로 성인지 감수성을 인정한 것으로 해석할 수 있다. 즉, 성희롱, 성폭력범죄 사안에서는 피해자가 처해있는 상황을 고려하는 것이 성희롱, 성폭력범죄를 다루는 법관의 보편타당한 경험칙으로 인정된 것으로 생각된다. 이는 시대의 흐름을 반영한 매우 적절한 변화로 보아도 무방할 것이다.¹⁴⁾

3) 피해자 진술의 신빙성 판단에 대한 제한

성폭력범죄 피해자 법률조력은 종전의 아동성폭력범죄 피해자에 대한 제한적인 조력이 확대되어, 2013년 7월 1일 성인 성폭력범죄 피해자에 대한 국선변호사제도의 시행까지 이어졌다.¹⁵⁾ 이외에 성폭력범죄 피해자에

14) 다만, '성인지 감수성'의 개념이 다소 모호해서 법원에 따라 달라지고 있다는 비판도 제기되고 있는데, 그 의미를 고려하면 '양성 평등 관점' 혹은 '평균의 피해자 관점' 등 관례에서 실시하기에 적절한 용어로 수정하는 것도 제한해볼 만하다.

대한 조력으로 진술조력인 제도가 있다. 이는 피해자의 진술 외에는 다른 직접 증거가 없는 성폭력범죄 사건에서 의사소통이 어려운 13세 미만 아동이나 재판에서 장애인의 진술이 일관성이 인정되지 않는 경우가 있어서 이를 방지하기 위하여 2012년 12월 19일 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법의 개정으로 도입된 것이다(김창균·김유정, 2018: 89).¹⁶⁾ ‘진술’의 중요성은 성폭력범죄 사안에서 이미 강조한 바이다. 생각건대, 13세 미만 아동과 의사소통에 어려움이 있는 장애인에서 그 대상을 확대하여, 모든 성폭력범죄 피해자를 대상으로 진술조력인 제도를 확대하는 것이 필요하다고 본다. 법관의 자유판단에 의한 진술의 신빙성을 배척당하기 쉬운 것은 성인의 경우도 없지 않기 때문에, 직접증거가 피해자 진술이 유일한 경우가 많은 성폭력범죄에서 진술을 보조하는 역할을 둘 필요성이 있다. 종전에 아동 등을 대상으로 하였던 진술조력인을 성인피해자에게도 확대해야 한다는 이러한 주장에 대해 자칫 성인인 피해자를 성인으로서 합리적인 판단능력이 없는 것으로 간주하는 것이 아닌지 비판이 있을 수 있다. 그러나 성폭력범죄 피해자의 진술의 신빙성을 높이기 위해 최대한 법제도의 틀 안에서 가능한 조력을 다할 필요가 있다고 본다. 성폭력범죄와 같이 일반범죄에 비해 사회적 인식과 통념이 강하게 작용하여 특수성을 인정할 수 있는 범죄에 대해서는 이러한 진술조력인 제도는 의무화되어야 한다.

더불어, 증인의 신빙성 판단을 위해서는 “진실성”(veracity), “객관성”(objectivity), “실측적인 민감성”(observational sensitivity)을 그 요소로 한다(김희균, 2010: 343). 예컨대, 사건 E가 일어났다고 메리(Mary)가 신고하는 경우, “메리는 E가 일어났다고 믿는지(Does Mary believe that event E occurred)”, “메리가 그녀가 획득한 구체적인 증거에 기반을 두고

15) 성폭력범죄 피해자 법률조력에 대하여 정도희(2011), 167면 이하; 정도희(2018), 151면 이하 참조.

16) 모든 피해자와 증인, 가해자에게도 확대할 것을 주장하는 견해도 있다(김창균·김유정, 2018: 106).

확신하고 있는지(Did Mary base her belief on the sensory evidence she obtained)”, “E가 실제로 일어났는지(Did event E actually occur)”이다 (Schum, 2007: 256). 영미에서는 신빙성 판단을 위해서 구체적인 질문 목록을 설정하여 이를 활용한다고 하는데(김희균, 2010: 344-345),¹⁷⁾ 이러한 목록을 마련할 필요가 있다. 또한 미국의 경우처럼, 공판준비기일에서 증인의 신뢰성을 평가할 수 있는 “공판 전 신뢰성 판단기일”(pre-trial reliability hearing)을 별도로 마련하자는 제안(김희균, 2010: 349)도 긍정할 만하다고 본다. 궁극적으로 피해자 진술의 신빙성 합리적인 판단을 돕기 위한 구체적인 구상이 필요하다.

더불어 피해자 진술의 신빙성을 판단하는 것이지, 피해자라는 사람의 신빙성을 판단하는 것이 아니다. 그의 과거 이력은 사안과 관련이 없다. 경찰에게는 피해자의 명예와 사생활의 평온의 보호에 관한 법률상, 조리상의 의무가 인정된다. 예컨대 판례는 경찰관의 과실로 경찰서 출입 기자들에게 성폭력범죄 피해자인 학생의 신상이 적힌 서류를 유출하여 이것이 언론에 보도된 사안에서 “경찰관은 그 직무를 수행함에 있어 헌법과 법률에 따라 국민의 자유와 권리를 존중하고 범죄피해자의 명예와 사생활의 평온을 보호할 법규상 또는 조리상의 의무가 있고, 특히 이 사건과 같이 성폭력범죄의 피해자가 나이 어린 학생인 경우에는 수사 과정에서 또 다른 심리적·신체적 고통으로 인한 가중된 피해를 입지 않도록 더욱 세심하게 배려할 직무상 의무가 있”(대법원 2008.6.12. 선고, 2007다64365 판결)음을 실시하며 국가배상책임을 인정한다. 따라서 적어도 성폭력범죄의 수사 단계에서 성폭력범죄 피해자의 무고나 가해자에 대한 명예훼손부터 의심하지 않아야 함은 물론, 성폭력범죄 피해자를 보호하고 형사절차 단계마다 피해자가 갖는 권리를 보장하는 것에 보다 집중해야 할 것이다. 적어도 피해자가 무고

17) 각각의 질문은 예컨대 “지각능력이 있었는가?”, “객관적인 시각에서 지각이 가능한 상황이었는가?”, “예전에 한 진술과 같은 내용의 진술인가?” 등이다.

의 두려움에 위축되어 피해를 신고하지 못하는 경우는 방지되어야 하며, 성폭력범죄 피해자를 위축되게 하는 무고와 더불어 사실적시에 의한 명예훼손을 차단할 대비책이 함께 강구되어야 할 것이다.¹⁸⁾

4. 결론

성폭력범죄 피해에 대한 용기 있는 ‘미투’로 인하여 서서히 이루어지고 있는 사회의 인식 변화는 여성에 대한 폭력과 성폭력범죄를 방지하고 처벌하기 위한 입법의 노력으로 이루어졌다. 2018년 12월 여성폭력방지기본법(법률 제16086호, 2018.12.24. 제정, 2019.12.25. 시행)이 제정되어, 2019년 12월 시행 예정이기도 하다.

또한 현행 형법(법률 제15793호, 2018.10.16. 일부개정, 2018.10.16. 시행)은 업무상 위력에 의한 간음의 경우, 7년 이상의 징역 또는 3천 만원 이하의 벌금으로 상향 조정하고(제303조 제1항), 현행 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법은 업무상 위력에 의한 추행의 경우, 3년 이하의 징역 또는 1500만원 이하의 벌금으로 상향 조정되었다(제10조).

본 사안에 대한 1심 법원과 항소심 법원은 성폭력범죄 사안에서 법관이 피해자 진술의 신빙성을 판단할 때, 법관의 자유판단을 제한하는 논리와 경험칙의 하나로 ‘성인지 감수성’을 실시한다. 성폭력범죄 사안에서 ‘성인지 감수성’의 의미는 “피해자의 처지와 피해자가 처한 상황에 대한 고려”로 요약할 수 있겠다. 그러나 1심 법원은 가해자 중심적인 사회 분위기 속에서 2차 피해의 두려움으로 인해 대처가 소극적일 수 있는 피해자의 처지

18) 예컨대, 사실 적시에 의한 명예훼손의 처벌을 방지하고자, 형법 제307조 제1항 ‘명예훼손’의 구성요건에 ‘비방의 목적’을 추가하자는 제안도 있다(표창원의원 대표발의, 형법 일부개정법률안(의안번호: 12510호), 2018.3.16).

를 고려한 것으로 보기는 어렵다. 결과적으로 1심 법원은 스스로 실시한 성인지 감수성을 고려한 판결이라고 보기 어려운 반면, 항소심 법원은 “성인지 감수성”이라는 경험칙을 제시하며 피해자 진술의 신빙성을 인정한다. 요컨대, 자유심증주의에 의하여, 진술의 신빙성 판단은 법관의 자유판단에 의하고, 논리와 경험칙을 그 제한원리로 하는데, 성폭력범죄 사안에서 법관이 가져야할 경험칙으로 성인지 감수성을 강조한 것으로 대상판결의 의의가 있다.

우리 사회에는 다양한 통념이 존재한다. 비근한 예로 결혼 후 “아이가 없는 부부는 이혼하기 쉽다”는 생각도 사회적 통념의 하나로 지적되곤 한다(김미영·김미란, 2015: 44). 고착화된 통념이라는 것은 많은 경우 당사자에게 저주 같은 족쇄가 되어버린다. 성폭력범죄 피해자 진술의 신빙성을 ‘피해자다움’에서 찾는 것도 그러한 하나의 통념이라고 할 수 있다. 생각건대, ‘성인지 감수성’을 하나의 경험칙으로 고려하는 법원의 판단은 환영할 일이며, 이러한 태도는 재판단계는 물론, 성폭력범죄에 관한 형사절차의 전반에 반영되어야 할 것으로 생각된다.

참고문헌

- 김미영·김미란(2015), “기혼 무자녀 여성의 ‘가족실천’을 통해서 본 생애과정의 탈규범화”, 『젠더와문화』 제8권 제2호, 33-69쪽.
- 김선희(2019), “성범죄재판에서 ‘피해자다움’이란 있는가?: 좁은 의미의 피해자다움의 논리에 대한 비판적 논의”, 『여성학논집』 제36집 제1호, 3-25쪽.
- 김창균·김유정(2018), “진술조력인의 역할 제고방안”, 『법과정책』 제24권 제2호, 85-114쪽.
- 김희균(2010), “증인의 신용성 판단기일의 도입에 관한 연구”, 『홍익법학』

제11권 제1호, 331-354쪽.

신동운(2014), 『신형사소송법』, 파주: 법문사.

이수진(2019), “성폭력범죄에서 피해자 진술의 이해 - ‘2018고합75 판결’과 ‘2018노2354 판결’ 이슈를 중심으로 -”, 『법학연구』 제60권 제3호, 35-62쪽.

조국(2004), 『형사법의 성편향』, 서울: 박영사.

조소연(2015), “‘피해자 중심주의’를 피해자의 관점으로 다시보기”, 한국성폭력상담소 2015 성평등한 사회를 위한 성폭력 판례뒤집기 대토론회 자료집 발표문(2015.10.23).

진병주·곽현주·김현주(2018), “성희롱 판단기준에 대한 판례 고찰: 대법원 2018.4.12. 선고, 2017두74702판결을 중심으로”, 『경찰학연구』 제18권 제2호, 127-148쪽.

정도희(2009), “형사절차에서 피해자의 권리 보호”, 서울대학교 법학과 박사학위논문.

_____ (2011), “피해자변호인제도의 도입과 실현방향”, 『피해자학연구』 제19권 제2호, 167-187쪽.

_____ (2018), “현행 피해자변호사제도의 근거 규정에 관한 제언”, 『피해자학연구』 제26권 제1호, 151-171쪽.

_____ (2019), “체육계 성폭력의 실태와 대응방안”, 『법학연구』 제58호, 287-308쪽.

정웅석·최창호(2017), 『형사소송법』, 서울: 대명출판사.

최성호(2019), “피해자다움을 위한 변론: 왜 우리는 성범죄 재판에서 고소인의 피해자다움을 물어야하는가?”, 『법철학연구』 제22권 제1호, 381-456쪽.

Schum, D. A.(2007), “Assessing the Competence and Credibility of Human Sources of Intelligence Evidence: Contribution from Law and Probability”, Law, Probability and Risk, 6. pp. 247-274

〈언론자료〉

『동아일보』, 2019.2.21, “OOO(가해자 성명 생략(필자 주)) 부인 OOO(가해자의 부인 성명 생략(필자 주)) OOO(피해자 성명 생략(필자 주))은 불륜 vs 대책위 슬립 연애…피고인 주장 그대로”.

『한겨레』, 2018.8.20, “[단독]OOO(피해자 성명 생략(필자 주))‘비공개증언’ 공개…침실 침입 순두부는 거짓”.

〈인터넷 자료〉

네이버사전(2019), “-답다”, <https://ko.dict.naver.com/#/entry/koko/7c0a26dd06b648259a77cd2080b4d134>(검색일: 2019.10.29).

IACP(International Association of Chiefs of Police)(2019), “International Association of Chiefs of Police Sexual Assault Response Policy and Training Content Guidelines”, <https://www.theiacp.org/sites/default/files/all/i-j/IACP%20Sexual%20Assault%20Response%20Policy%20and%20Training%20Content%20Guidelines,2017.3.23.pdf>(검색일: 2019.10.29).

(논문 투고일: 2019.10.31, 심사 확정일: 2019.12.01, 게재 확정일: 2019.12.15)

〈Abstract〉

The Court's Rulings on the Credibility of a Victim's Statement on Sexual Abuse

Jeong, Dohee*

The Korean Criminal Procedure Act stipulates the principle of free evaluation of evidence (Article 308) and evidence trialism (article 307). According to the act, “accreditation of facts shall be by evidence” (article 307 subparagraph 1), “accreditation of criminal facts shall lead to a degree of reasonable doubt” (article 2 of the same article), and “proof of evidence shall be by the judge’s free judgment” (article 308). The judgment regarding the perpetrator's guilt depends on whether the court judges that the statements of the victims of sexual crimes are credible. An example is the recent case of a former governor of OO Province, in which appeals were made concerning the credibility of the victim’s statement, referring to the terms “victims” and “gender sensitivity.” This paper reviews court’s verdict of the credibility of the victim’s statement, based on the facts indicated in the first instance court in the case, the appeals, and the Supreme Court ruling, and adds several important suggestions regarding the standard that the court judges the credibility of the victim’s statement.

Key words: gender sensitivity, credibility of victim’s statement, victimism, sexual abuse, Korean Criminal Procedure Act

* Associate Professor, College of Law, Gyeongsang National University