

문서번호 : 18-11-여성위-02  
 수 신 : 각 언론사  
 발 신 : 민주사회를 위한 변호사모임 여성인권위원회 (위원장 : 위은진)  
 제 목 : [민변 여성위][의견서] 안희정 전 지사 형사 항소심 의견서  
 전송일자 : 2018. 11. 23.(금)  
 전송매수 : 총 44매

## 의견서

사 건 2018노2354 강제추행, 피감독자간음, 성폭력범죄의처벌등에관한특별법위반(업무상위력등에의한추행)

피고인 안희정

제출자 민주사회를 위한 변호사모임 여성인권위원회

민주사회를 위한 변호사모임 여성인권위원회(이하 '본 위원회'라고 합니다)는 위 사건에 관하여 다음과 같이 의견을 밝힙니다.

## 다 음

1) 민주사회를 위한 변호사모임은 기본적 인권의 옹호를 위한 변론 등 법률지원 사업, 법률 및 제도에 대한 연구와 조사사업 등을 목적으로 설립된 변호사단체로, 모임 내에는 15개의 위원회가 있습니다. 여성인권위원회는 2000년에 만들어져 현재 198명의 위원이 양성평등과 여성인권 향상을 위한 다양한 활동을 하고 있습니다.

## I. 의견서 제출 경위 및 취지

올해 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”면서 성인지 감수성의 중요성을 강조한 바 있습니다(대법원 2018. 10. 25. 선고 2018도7709 판결; 대법원 2018. 4. 12. 선고 2017두74702 판결). 이 사건 원심 역시 ‘판단에 있어서의 고려사항’ 중 하나로서 성인지 감수성을 특별하게 언급하면서, “피해자는 ... 피해를 당한 후에도 가해자와 중전의 관계를 계속 유지하는 경우도 있고, ... 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”라는 판시를 하기도 하였습니다(판결문 16쪽).

그런데 이 사건 원심이 이와 같이 성인지 감수성에 따른 사건의 이해를 중요한 고려사항 중 하나로 언급하였음에도 불구하고, **많은 사람들은 이 사건 원심의 판결이유 중 상당 부분이 실제 현실에서의 여성들의 경험이나 인식, 위력에 의한 성폭력의 현실과는 많은 괴리가 있고, 판결의 논리를 이해하기 어렵다는 반응을 보였습니다.** 예컨대 이 사건 원심 판결에 관한 비판적인 기사 목록을 간략히 살펴보다라도 아래와 같습니다.

- 한국일보 2018. 8. 28.자 기사, 최문선, 「위력은 소리내지 않는다」
- 헤럴드경제 2018. 8. 22.자 기사, 유은수, 「No라고 말할 수 없는 관계도 있다」
- 주간경향 2018. 8. 22.자 기사, 배명훈, 「안희정의 ‘가해자다움’, 김지은의 ‘피해자다움’」
- 한국일보 2018. 8. 22.자 및 2018. 9. 5.자 기사, 장정일, 「남자들이

상상할 수 없는 것」

- 경향신문 2018. 8. 20.자 기사, 김민아, 「재판부는 안희정에게 묻지 않았다」
- 경향신문 2018. 8. 19.자 기사, 이진희, 「다시 태어날 수 있는 권력이 만든 무죄」
- 경향신문 2018. 8. 16.자 기사, 윤조원, 「법원은 안희정을 심판하지 않았다」
- 경향신문 2018. 8. 15.자 기사, 최태섭, 「한국에선 절대 위력의 피해자가 되지 말 것」
- 경향신문 2018. 8. 21.자 기사, 정희진, 「‘안희정 무죄’의 세 가지 위력」
- 경향신문 2018. 8. 24.자 기사, 김영민, 「위력이란 무엇인가」
- 한겨레21 2018. 8. 27.자 기사, 「위력 유죄판결, 피고인을 검증했다」
- 한겨레신문 2018. 8. 24.자 기사, 「안희정에게 무죄 준 ‘위력’ 개념, 132명에게 물어봤다」

위 기사들은 단순히 피고인이 유죄라고 생각하였는데 이 사건 원심 판결의 결론이 무죄로 선고되어 비판적인 논조를 취한 것이 아니라, 이 사건 판결에서 판단된 위력의 의미와 행사 여부의 판단 기준, 피해자의 반응에 대한 평가 등이 성인지 감수성의 측면에서 보았을 때 문제가 많음을 지적하고 있는 것이며, 같은 취지에서 일반 국민들 중 상당수 역시 이 사건 원심 판결 내용에 대해 실망하고 좌절하였습니다.2)

2) 물론 이 사건 원심 판결의 결론을 지지하고, 판결이유도 타당하다고 평가한 사람들도 상당수 있습니다만, 이 의견서에서 지적하고자 하는 것은 결론에 대한 찬반 여부가 아니라 그 판결이유가 성인지 감수성 측면에서 설득력을 가지지 못한 문제점에 대한 것이므로, 이 사건 원심 판결을 지지하는 사람들에 대해서는 특별히 더 나아가 언급하지는 않겠습니다.

단순히 유무죄 판단의 결론이 옳고 그른지 여부를 떠나서, 유무죄 판단의 근거로 제시한 판결이유가 성인지 감수성을 제대로 반영하지 못한 것으로 평가될 경우, 그 판결은 설득력을 가지지 못하게 되며 이는 재판부에 대한 불신, 더 나아가 성폭력 사건에 대한 사법시스템 자체에 대한 불신으로 이어져 성폭력 피해자들이 사법시스템에 의한 정상적인 사건해결을 기피하고, 아예 사건해결 노력 자체를 포기하게 되는 부정적인 결과가 야기될 수 있습니다.

이 사건은 올해 미투 운동으로 알려지게 된 사건들 중 가장 많은 사회적 관심을 받은 사건 중 하나입니다. 미투 운동으로 인하여 성폭력 문제에 대한 사회적 관심이 고조된 이 시점에서 이 사건 판결 내용은 단순히 한 개별사건에 대한 사법적 판단을 넘어 성폭력 사건의 판단기준, 성인지 감수성에 기초한 사실관계 인식 등에 대한 중요한 사회적 논의와 학습의 장으로 기능하고 있습니다. 또한 미성년·장애인 피해자가 아닌 성인 피해자에 대한 위력에 의한 간음·추행 사건은 그 동안 판례가 많이 축적되지 않아 위력의 의미와 행사 여부에 대한 판단기준이 명확하게 정립되어 있지 않은 상황이어서, 이 사건은 이러한 판단에 있어 선례로서 중요한 의미도 가지고 있습니다.

본 위원회는 성폭력 피해자 지원, 제도 개선 연구, 성폭력·성희롱 예방교육 등을 수행하면서 성폭력·성희롱 사건에 대한 판단에 성인지 감수성이 제대로 반영되도록 많은 노력을 기울여 온 바 있습니다. 본 위원회는 이 사건이 가지는 위와 같은 사회적·법리적 중요성을 깊이 인식하면서, 본 위원회가 지금까지의 여러 활동을 통하여 축적하여 온 경험과 지식에 비추어 인지하고 있는 이 사건 원심 판결의 문제점에 대한 의견을 항소심 재판부

에 개선하고자 합니다. 다만 본 위원회는 이 사건 피해자를 직접 대리하고 있지 않으며, 피해자 측을 통해 공유 받은 이 사건 원심 판결문과 수사·공판 과정에서의 피해자 진술 내용 이외의 다른 수사·공판기록 내용을 검토한 것이 아니므로, 본 위원회의 의견에 분명한 한계가 있음을 인지하고 있습니다.<sup>3)</sup> 본 위원회는 이 사건의 구체적인 증거관계나 기록 내용을 알지도 못하면서 이 사건의 결론을 단정 짓거나 이 사건 원심 판결의 내용을 함부로 재단하려는 의도는 없으며, 단지 본 위원회가 제기하는 문제점이나 의문점들에 대하여 항소심에서 좀 더 면밀한 심리가 이루어지고, 이를 통해 어떤 결론이든 성인지 감수성 측면에서 타당하고 설득력 있는 판결이 선고될 수 있기를 희망하는 취지에서 아래와 같은 의견을 개선한다는 점을 밝힙니다.

본 위원회는 별도의 판결분석팀을 조직하여 수차례 토의를 통하여 이 사건 원심 판결문의 내용을 분석하였으며, 공동작업으로 의견서 초안을 작성한 다음 작성된 의견서에 대해 본 위원회 소속 변호사 및 외부 전문가들의 의견을 청취한 뒤, 이 모든 의견을 종합하여 마무리 된 의견서를 제출하는 것입니다.

비록 직접당사자가 아닌 제3자의 의견에 불과하지만, 아무쪼록 위와 같은 의견서 작성 과정 및 의견 제출 취지를 감안하시어 항소심 심리 과정에 있어 본 위원회의 의견을 참작하여 주시기를 희망합니다.

## II. 이 사건 원심 판결의 근본적 문제점

3) 따라서 본 위원회는 이번 의견서에서도 원심 판결의 모든 판단내용에 대해 의견을 개선하는 것이 아니라, 본 위원회가 적절하게 의견을 제시할 수 있는 쟁점으로 한정하였습니다.

## 1. 위력의 ‘행사’ 여부에 대한 판단의 오류

### 가. 이 부분 판결 요지 및 문제점

이 사건 원심은 피고인과 피해자 사이에 위력이 존재하였는지 여부와 관련하여, (1) 피고인이 도지사이고 사회적 영향력이 강한 유력 정치인이었던 점, (2) 피해자와 같은 별정직 공무원들은 신분보장의 정도가 약하고 지자체장인 피고인과의 결속력이 강한 점, (3) 수행비서의 경우 상명하복의 수직적 관계에 있으며, 특히 상사가 사회적으로 유명한 정치인인 경우 그 종속성이 더 높은 점, 4 피해자가 피고인의 첫 번째 여성 수행비서로서 부담감이 있었으며, 이후 정치권에서 활동하려고 할 경우 피고인의 평가 또는 평판이 중요한 점 등을 근거로 “피해자가 피고인의 수행비서 및 정무비서로 근무하던 동안에는 업무상 수직적, 권력적 관계로 인하여 피해자의 자유의사를 제약하기에 충분할 정도의 지위·직책·영향력 등 위력에 의한 간섭·추행죄에 있어서의 위력이 피고인에게 존재하였다”라고 인정하였습니다(판결문 24~26쪽). 그러나 그 다음 단계의 판단으로 ‘위력의 일반적 행사 혹은 위력의 존재감 남용 여부’라는 표제 아래 “피고인에게 정치적·사회적 지위나 영향력이 존재하는 자체만으로 일반적으로 피해자의 자유의사를 제약할 수 있을 정도의 상황에 이르렀다거나, 피고인이 평소 고압적이고 권위적인 태도로 피해자를 비롯한 도청 소속 공무원을 하대하는 등 위력의 존재감이나 그 지위(직책)를 남용하였다고 보기는 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다”라고 판시하면서 위력의 행사 사실을 부정하였습니다(판결문 26쪽).

이러한 판시에 대하여, 과연 사회적·경제적·정치적인 지위나 권세와 같은 무형적인 위력의 ‘존재’와 ‘행사’를 구분하는 것이 형법상 위력의 해석에

부합하는 것인지, 나아가 위력이 '존재'함에도 불구하고 '행사'되지 않았다는 판단이 현실적·법리적으로 가능한 것인지 많은 의문이 제기되었습니다. 이는 일반국민들이 이 사건 원심 판결의 결론을 납득하기 어렵다고 본 가장 큰 이유이기도 합니다.<sup>4)</sup> 이하에서는 이 사건 원심이 위력의 행사 여부 판단에 있어 어떤 오류를 범하였는지에 대해 말씀드리겠습니다.

**나. 사회적·경제적·정치적인 지위나 권세와 같은 무형적인 위력은 별도의 '위력 행사 행위'가 없더라도, 그 존재만으로도 추행 또는 간음의 수단으로 이용될 수 있습니다.**

**1) 사회적·경제적·정치적인 지위나 권세와 같은 무형적인 위력의 경우 특별히 위력의 존재를 확인시키는 언급 등 별도의 '위력 행사 행위'가 없더라도, 그러한 지위와 권세를 가진 사람이 상대방의 의사를 무시하고 추행이나 간음에 나아가면 그것이 곧 '위력을 이용한 추행 또는 간음'에 해당한다고 보아야 합니다.** 지위나 권세는 그 존재 자체로서 영향력을 가지며, 위력 관계에 놓여 있는 사람은 그 상대방이 그와 같은 지위나 권세를 가지고 있다는 점을 누구보다도 잘 알고 있기 때문에, 위력을 가지고 있는 사람으로서 굳이 자신의 지위나 권세를 확인시키거나 특정한 방식으로 사용할 필요가 없는 것입니다.

예컨대, 군대에서 사단장이 좋은 대학을 나온 병사에게 주말에 자신의 아들 과외를 해달라고 할 때, 사단장이 병사의 보직을 좌우할 수 있는 권한이 있음을 상기시키거나 과외를 해주지 않으면 어떤 불이익을 주겠다는 말을

4) 한겨레 2018. 8. 24.자 기사, 「안희정에게 무죄 준 '위력' 개념, 132명에게 물어봤다」; 경향신문 2018. 8. 15.자 기사, 「한국에선 절대 '위력'의 피해자가 되지 말 것」

하지 않았더라도, 사단장이 과외를 요청하였다는 사실 그 자체만으로 병사에게는 저항하기 어려운 위력의 행사가 되는 것입니다.<sup>5)</sup>

**2) 사회적·경제적·정치적인 지위나 권세와 같은 무형적인 위력이 존재하는 경우 위력의 존재 이외에 별도의 특별한 위력 행사 행위를 구성요건으로 요하지 않는다는 점은 기존의 판례를 통해서도 확인할 수 있습니다.**

피고인이 연예기획사 대표이고 피해자는 피고인 운영의 연예기획사에 고용된 가수인 사건에서, 법원은 연예기획사 대표라는 지위를 이용하여 피해자를 추행하기로 마음먹은 피고인이 피해자의 옷 속으로 손을 넣어 피해자의 가슴과 허벅지, 음부 등을 만졌다는 사실을 범죄사실로 판시하였을 뿐, 피고인이 어떠한 행위를 통하여 연예기획사 대표 지위라는 위력을 행사하였는지에 대해서는 특정하여 언급하지 않았습니다(의정부지방법원 2017. 1. 24. 선고 2016노3012 판결).<sup>6)</sup> 또한, 피고인이 OO시 지적장애인복지협회 회장 및 지적장애인자립지원센터의 센터장으로 근무하고, 피해자는 피고인으로부터 고용되어 센터 직원으로 근무하였던 사건에서, 법원은 마찬가지로 피고인이 협회장으로서의 지위나 권세를 이용하여 피해자를 간음 내지 추행하기로 마음먹고 피해자로 하여금 옷을 벗게 한 뒤 피해자 성기에 손가락을 넣어 추행한 사실을 범죄사실로 판시하였으며, 별도로 위력을 어떻게

5) 조선법제편찬위원회의 「형법 기초요강」 및 임상섭의 「형법요강해설」을 보더라도, 그 입법취지는 “우리나라의 전통적 미풍에 비추어 부녀의 정조는 재산권은 물론이고 때로는 생명권보다 소중한 것임에도 불구하고 **강자의 지위에 있는 자가 약자의 지위에 있는 부녀의 정조를 농락하는 소행에 대하여는 그(것이) 강간이 아닌 이상 아무런 처벌규칙도 없는 것이 우리 형법법규이다. 그러므로 이러한 행위를 처벌키 위함이다**”라고 설명되고 있어, ‘강자의 지위’ 자체를 처벌의 근거로 삼았다는 점을 확인할 수 있습니다.

6) 이 판결은 대법원 2017. 4. 14. 선고 2017도2699 판결에 의하여 그대로 확정되었습니다.

행사하였는지에 대해서는 언급하지 않았습니다(전주지방법원 2016. 2. 17. 선고 2015고단1032 판결).<sup>7)</sup>

최근에 판결이 선고된 대사관 대사에 의한 간음 및 추행 사건에서도, 법원은 대사인 피고인이 코이카 직원이었던 피해자에 대하여 관리·감독 권한이 있고 그로 인하여 피해자가 피고인의 비위를 맞추지 못하면 인사 등의 불이익을 받을 것을 염려하는 관계였다는 점을 판시하였을 뿐, 피고인이 위력을 구체적으로 어떻게 행사하였는지 여부는 쟁점으로 삼지 않았습니다(서울중앙지방법원 2018. 9. 12. 선고 2017고단9145 판결).

즉, 위와 같은 판례들의 판단구조를 살펴보면, 위력의 '존재'와 '행사'를 구별된 개념으로 인식하거나 이를 분설하여 독립적인 구성요건 요소로 판단하고 있지 않고 있습니다.

**3) 한편, 원심이 '위력의 행사' 요건을 강조하는 취지가, 범행 당시 행위자가 자신의 사회적 지위·직책·영향력을 행사할 수 있음을 보이거나 또는 조건적으로 그러한 권한 등을 행사하여 피해자를 불이익하게 할 수 있음을 언급하여야 한다는 것이라면, 이는 위력을 행사하는 것만이 아닌 사실상 '협박'이 있을 것을 요구하는 것과 다를 바가 없게 됩니다.**

이러한 해석은 위력에 의한 간음 또는 추행을 인정하는 것을 극히 어렵게 만들 뿐만 아니라, 위력이 작동하는 현실과도 맞지 않으며 위력에 의한 간음·추행죄를 입법한 입법취지에도 반하는 것이 됩니다.

7) 이 판결은 대법원 2018. 5. 11. 선고 2018도2024 판결로 확정되었습니다.

**다. 이 사건 원심이 위력의 일반적 행사 혹은 위력의 존재감 남용 여부를 따지거나, 인과관계를 요건으로 하는 것은 위력에 의한 간음·추행의 인정범위를 비합리적으로 축소시키는 것으로서 부당합니다.**

**1) 이 사건 원심은 위력의 존재를 인정하면서도, 그와 같은 위력이 피해자의 자유의사를 '일반적으로' 제압할 정도에 이르렀다거나, 위력의 존재감이나 그 지위를 남용하였다고 보기 어렵다고 판시하고 있습니다(판결문 26쪽). 그러나 위력의 존재를 인정하거나 그 행사 여부를 판단함에 있어서 피해자의 자유의사를 일반적으로 제압할 정도에 이르러야 한다거나, 위력의 존재감을 남용하여야 한다는 요건은 그 어디에서도 찾아볼 수 없으며, 이 사건 원심의 독단적인 견해에 불과합니다.**

이 사건 원심이 피해자 자유의사의 '일반적인' 제압 여부를 살핀 것은 피고인과 피해자의 관계를 업무적인 것과 비업무적인 것으로 구분한 다음, 업무적인 관계에서는 위력이 존재하지만 성적 관계와 같은 비업무적 관계에서는 위력이 존재하지 않는다는 점을 부각시키기 위한 것으로 해석됩니다.<sup>8)</sup> 그러나 **업무적인 관계로 인하여 형성된 위력이 비업무적인 관계에서는 작동하지 않는다는 가정은 완전히 비현실적일 뿐만 아니라, 기존의 판례에도 반하는 해석입니다.** 앞서 살펴본 연예기획사 대표 사건이나 장애인복지협회 회장 사건, 대사관 대사 사건 모두 업무적인 관계로 인한 위력을 이용한 것이지 피해자의 의사를 '일반적으로' 제압할 수 있는 또 다른 종류의 위력을 이용하였다고 인정된 것이 아닙니다.

8) 이러한 해석은 원심이 위력의 존재를 인정하면서도 굳이 "피해자가 피고인의 수행비서 및 정무비서로 근무하던 동안에는"이라는 문구를 추가한 것을 통해서도 뒷받침 됩니다(판결문 26쪽).

이 사건 원심은 업무적인 관계와 비업무적인 관계를 구분한 것의 연장선에서, 업무적인 관계에서 형성된 위력이 비업무적인 관계에 대해서도 영향을 미치기 위해서는 위력의 존재감을 남용한 사실이 인정되어야 한다는 독자적인 기준을 설정한 것으로 보입니다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 업무적 관계와 비업무적 관계를 나누어 위력을 판단하는 것 자체가 잘못된 것이며, 더 나아가 위력 행사를 인정하기 위하여 평소 위력의 존재감이나 지위를 남용하였을 것을 요구하는 것은 현실과도 맞지 않고 근거도 없는 것으로서 부당합니다. 피해자들은 가해자가 언제든지 위력을 통해 불이익을 줄 수 있다는 가능성 그 자체를 두려워하는 것이지, 이전에 실제로 위력을 남용하였는지와 같은 실증적인 근거가 있어야만 의사가 제압되는 것이 아니기 때문입니다.9)

2) 한편, 이 사건 원심은 “위력에 의한 간음·추행죄로 처벌하기 위해서는, ① 위력이 존재할 뿐만 아니라, ② 그 위력이 행사되어야 하고, ③ 행사된 위력과 간음·추행행위 사이에 인과관계가 인정되어야 하며, ④ 그로 인해 피해자의 성적 자기결정권이 침해되는 결과가 발생해야 한다.”라고 구성요건을 실시하였습니다(판결문 31쪽).

그러나 위력에 의한 간음·추행죄에서 위력과 간음·추행은 ‘수단·행위’<sup>10)</sup>의

9) 특히 원심이 실시한 내용 중, ① 피고인이 평소에 특별히 부당한 대우를 하였거나 인사권을 남용한 사실이 없거나 ② 평소에 ‘고생했어요 / 감사합니다 / ~가요 / ~쥬요’와 같이 나이와 직급이 낮은 피해자를 존중하는 표현을 종종 사용하였다거나, ③ 경선캠프 내에서 권위적이라거나 관료적이지 않고, 참모진과 소통하는 정치인으로서의 태도를 취했다거나, ④ 피고인이 피해자에게 의견을 물어보거나 배려와 응원을 보내기도 하고 자신의 정치적 포부를 공유하기 위한 감상을 전하기도 하는 등 소통을 하였다는 점 등은 이 사건 범행 당시의 위력 행사 여부와는 무관하며, 범행사실과 얼마든지 양립 가능하므로 고려의 대상이 될 수 없습니다.

10) 강간죄에 있어서 폭행 또는 협박, 그리고 업무상위력간음죄에 있어 위계 또는 위

관계에 불과할 뿐 ‘원인-결과’의 관계로 볼 수 없으며, 또한 성적 자기결정권은 위력에 의한 간음·추행죄의 보호법익일 뿐 성적 자기결정권이 침해되는 결과가 발생하여야 범죄 성립이 인정되는 구성요건의 일부에 해당하지 않는다는 점에서 원심은 위력에 의한 간음·추행죄의 구성요건을 잘못 적용하였습니다.

위력을 간음 또는 추행 행위의 수단으로 볼 것인지, 아니면 원인으로 볼 것인지는 일견 큰 차이가 없는 것으로 보여질 수도 있으나, 법리적으로 볼 때 분명한 차이가 있습니다. 단적으로 대법원은 위력에 의해 피해자의 자유의사가 현실적으로 제압될 것까지 요하는 것이 아니라고 판시하고 있는데 (대법원 2007. 8. 23. 선고 2007도4818 판결 등), 위력을 ‘원인’으로 보게 되면 그 ‘결과’인 간음 또는 추행 행위가 가능하도록 결정적인 역할을 해야 하는 것으로 보아 피해자의 의사를 현실적으로 제압할 것을 요구하게 될 수 있는 것입니다. 결국 이 사건 원심이 위력을 간음 또는 추행의 수단이 아닌 원인으로 판시한 것은, 위력 행사 여부를 가능한 좁게 인정하려는 태도의 연장선에서 발생한 오류라고 할 수 있습니다.

## 2. 무죄 판결과 결정적으로 모순되는 사정들에 대한 판단 부재

가. 피고인은 피해자의 폭로 직후 ‘합의에 의한 관계였다는 비서실의 입장은 잘못’이라는 입장 표명을 한 바 있으나, 이 사건 원심은 이에 대하여 어떠한 언급도 하지 않았습니다.

피고인은 피해자가 언론 인터뷰를 통해 이 사건에 대해 폭로한 직후 비력은 모두 행위수단으로 해석되고 있습니다(주석 형법, 제4판, 제297조, 249쪽, 제303조 342쪽).

서실에서 피고인과 피해자의 관계가 합의에 의한 관계였다는 입장을 표명한 것에 대하여, 다음날인 2018. 3. 6. 본인이 직접 페이스북에 글을 올려 '합의에 의한 관계였다는 비서실의 입장은 잘못'이라는 입장을 밝혔습니다.<sup>11)</sup>

이와 같은 피고인의 입장 표명은, ① 사건이 폭로된 직후 **피고인이 밝힌 첫 번째 입장 표명**이었다는 점, ② 피고인 본인이 직접 스스로 밝힌 입장이라는 점, ③ 법률검토나 주변의 조언을 충분히 받지 않은 상태에서 사과를 한 것으로서 진정성이 담보된다는 점, ④  **입장을 보류하거나 해석의 여지를 남기는 내용이 아니라 합의에 의한 관계였다는 것을 명확하게 부인하는 취지**라는 점 등에 비추어 볼 때, 충분히 신뢰성이 있고 이 사건에 대하여 가지는 의미가 매우 큼니다.

그러나 피고인은 검찰 조사 단계에서 위와 같은 입장을 손바닥 뒤집듯이 변경하였고, 이 사건 원심은 위와 같은 피고인의 입장 표명에 대해서는 아무런 언급도 하지 않은 채 피고인의 주장을 그대로 받아들였습니다.

성폭력 가해자가 사건 이후 피해자에게 미안하다고 사과를 하였다가도 법적으로 문제가 되면 '도의적인 차원의 사과였을 뿐이다'와 같은 변명하는 것이 일반적인 양태인데, 이 사건에서는 한 걸음 더 나아가 피고인 스스로 합의에 의한 관계가 아니었음을 인정하였음에도 이를 뒤집는 행태를 법원이 용인한 것입니다. 이처럼 중요한 의미를 가지는 피고인의 첫 입장 표명과 관련하여 이 사건 원심이 아무런 언급도 하지 않은 점은 굉장히 큰 문제이며, 항소심에서는 이 부분에 대한 정확한 판단이 이루어져야 할 것입

11) MBC 뉴스 2018. 3. 6. 자 기사, 「안희정 “합의에 의한 관계 아니다”... 페이스북 전문」

니다.

**나. 피고인이 먼저 피고인과 피해자의 관계가 미투 운동의 대상이 되는지 질문한 사정은 둘 사이의 관계의 성격을 보여주는 중요한 사정임에도, 이 사건 원심은 별다른 판단을 하지 않고 무시하였습니다.**

이 사건 공소사실 중 2018. 2. 25.경 위력에 의한 간음과 관련하여, 피해자의 진술에 따르면 피고인은 피해자에게 '요즘 미투에 대해 이야기가 많은데, 내가 너한테 상처가 된 걸 알았다, 미안하다, 괜찮니'라는 말을 하였고, 피고인의 눈빛과 말에 압도당한 피해자는 '미투하지 않겠다'라는 취지로 말하였다고 합니다. 그리고 피고인의 주장에 따르면, 피고인은 피해자에게 '너와 사랑을 했던 것이 미투 운동의 대상이 되는 것일까?'라는 취지로 물었고 피해자는 '미투와 우리의 관계는 다르다'는 취지로 말하였다고 합니다(판결문 65~66쪽). 즉, 어느 쪽 주장에 의하더라도 **피고인이 먼저 피해자와의 관계가 미투 운동의 대상이 되는지에 대해 질문**하였다는 사정은 동일하게 인정됩니다.

그런데 피고인의 주장에 따르면, 피해자는 첫 번째 간음이 있던 날에도 먼저 '지사님, 외로우시죠'라는 취지의 문자메시지를 보내고, 피고인의 호텔 방에서도 '지사님 외로우실 때는 어떻게 하세요, 제가 옆에서 많이 힘이 되어 드릴게요'라는 말을 먼저 하면서 유혹을 하였고(판결문 32쪽), 스위스에서도 피해자가 끈이 달린 실크 소재의 속옷(슬립)에 팬티만 입은 채 맨발로 피고인의 방으로 올 정도로 적극적인 모습을 보였으며(판결문 50쪽), 심지어 피고인이 부인과 잠을 자고 있는 객실로 피해자가 몰래 들어와 피고인 부부를 보고 있다가 나간 사실까지 있다는 것입니다(판결문 80쪽). 이러한

주장에서 추론되는 피고인과 피해자의 관계는 미투 운동과는 전혀 연결되는 접이 없어 피고인이 미투 운동을 언급할 이유가 전혀 없습니다. 그럼에도 피고인이 피해자와의 관계가 미투 운동의 대상이 되는지에 대해 질문을 하였다는 사정은, 피고인 주장과는 달리 **피해자와의 관계에서 성폭력의 요소가 존재하여 피고인이 미투 운동의 대상이 될 수도 있다는 의구심이나 두려움을 가지고 있었던 것으로밖에 해석할 도리가 없습니다.**

즉, 피고인이 주장하는 바에 따른 피해자와의 관계는 아무리 나쁘게 보더라도 나이 많은 유부남과 나이 어린 직장 하급자와의 불륜 관계로서 도덕적인 비난의 대상이 될 뿐 성폭력 사실을 폭로하는 미투 운동과는 전혀 관련성이 없는데, 피고인이 이를 먼저 언급하였다는 것은 피해자와의 관계가 피고인 주장과는 달랐을 가능성을 강력하게 시사하는 것입니다.

그럼에도 불구하고 이 사건 원심은 피고인이 미투 운동을 먼저 언급한 사정을 중요하게 고려치 않고 그와 관련된 판시를 전혀 하지 않았습니다.

**다. 피고인 주장에 따르면 피해자는 먼저 유혹적인 말을 하고 속옷 차림으로 피고인을 찾아오는 등 적극적인 모습을 보였다고 하나, 실제로는 피고인이 관계를 주도하였음을 알 수 있어 피고인 주장과 괴리가 있음에도 이 사건 원심은 이를 고려하지 않았습니다.**

앞서 살펴본 바와 같이, 피고인의 주장에 따르면 피해자는 피고인에게 먼저 '지사님 외로우실 때는 어떻게 하세요, 제가 옆에서 많이 힘이 되어 드릴게요'와 같은 유혹적인 말을 하고, 피고인이 불렀을 때 실크 소재 속옷에 팬티만 입은 채로 방에 찾아오는 등 적극적인 모습을 보였다고 합니다.

그런데 실제 피고인과 피해자의 관계를 살펴보면, 피고인이 주장하는 피해자의 모습과는 굉장히 큰 괴리를 발견할 수 있습니다.

순번	간음	간음에 이르게 된 경위
1	2017. 7. 30. 간음 (러시아 호텔) (판결문 32쪽)	(피해자) 피고인이 방으로 맥주를 가지고 오라고 함. '내가 너무 외로우니 안아달라'고 수차례 말함 (피고인) <b>피고인이 맥주를 같이 마시자며 피해자를 방으로 부름.</b> '내가 자네를 가져도 되겠는가?'라고 물어봄
2	2017. 8. 13. 간음 (서울 AA호텔) (판결문 44쪽)	(피해자) 피고인이 서울 숙박 지시. '씻고 오라'고 말했고 방에서는 '나를 안게'라고 말하고 응하지 않자 세계 안은 다음 간음 (피고인) <b>서울에서 자고 가기로 하여</b> AA호텔에 투숙하고는 자연스럽게 성관계에 이침
3	2017. 9. 3. 간음 (스위스 호텔) (판결문 50쪽)	(피해자) 피고인이 담배를 가지고 오라고 지시. 방에서 '침대로 오라'고 요구 (피고인) <b>피고인이 피해자를 방으로 불렀는데</b> 피해자가 속옷 차림으로 옴
4	2018. 2. 25. 간음 (마포 오피스텔) (판결문 65쪽)	(피해자) 피고인이 피해자를 부름. 미투 대화를 한 뒤 '나를 안으라'고 함 (피고인) <b>피고인이 피해자를 마포 오피스텔로 오라고 연락.</b> 미투 대화를 나눈 뒤 자연스럽게 성관계를 가짐

위 표는 4번의 간음과 관련하여 피해자가 피고인이 있는 곳으로 가서 간음에 이르게 된 경위를 피해자 주장과 피고인 주장 모두 정리한 것입니다. 위 표에서 보는 바와 같이 **피고인의 추장에 의하더라도 피해자를 먼저 부**



른 것은 항상 피고인이었으며, 피해자는 단 한 번도 먼저 적극적으로 피고인과의 성관계를 요구한 사실이 없습니다.

피고인과 그 부인의 주장에 따르면 피해자가 피고인 부부가 잠을 자고 있는 객실에 새벽 4시경 몰래 들어와 내려다보기까지 하였다는 것인데, 이 정도로 집착적인 모습을 보였다는 피해자가 단 한 번도 피고인에게 먼저 성관계를 요구한 사실이 없고 오로지 수동적으로 피고인이 불러주기만을 기다렸다는 점은 서로 모순되며 이해하기 어렵습니다.

그러나 이 사건 원심은 이와 같은 모순이나 괴리에 대해서는 별다른 관심을 가지지 않았는바, 항소심에서는 이러한 점을 고려하여 피고인 주장의 신빙성에 대한 제대로 된 검토가 이루어져야 할 것입니다.

### 3. 피고인 진술과 피해자 진술에 대한 극명하게 다른 불공평한 판단기준

**가. 성폭력 사건의 특성상 피해자 진술의 신빙성뿐만 아니라 피고인 진술의 신빙성 역시 중요한 비중을 두고 살펴볼 필요가 있습니다.**

무죄 추정의 원칙이 적용되고 검사에게 유죄의 증명 책임이 부여되는 현행 형사소송법 구조 하에서는, 피해자의 진술로서 피고인이 유죄임을 합리적 의심에 배제할 정도로 인정할 수 있는지 여부를 판단하기 위해 피해자 진술의 신빙성을 주된 판단 대상으로 삼고 증명 책임의 정도를 엄격하게 요구하는 것이 원칙적으로는 타당하다고 볼 것입니다.

그러나 사건에 대한 물리적인 증거가 거의 없고 서로 상반되는 피고인과의

피해자의 진술만이 전부인 경우가 많은 성폭력 범죄의 특성에 비추어 볼 때, 사건의 실체적 진실은 피고인의 진술 아니면 피해자의 진술 둘 중 하나에 있을 가능성이 크기 때문에, 피해자 진술의 신빙성뿐만 아니라 피고인 진술의 신빙성 역시 중요한 비중을 두고 살펴볼 필요가 있습니다.

대법원도 성폭력 사건의 특성을 감안하여 피해자 진술의 신빙성을 판단함에 있어, “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 된다”라고 판시하고 있습니다(대법원 2006. 11. 23. 선고 2006도5407 판결).

**나. 이 사건 원심은 경험칙에 어긋나고 자체 모순이 있음에도 피고인 진술을 맹목적으로 옹호하는 판단을 하였습니다.**

1) 이 사건 원심은 피해자 진술의 경우 특별히 모순되거나 비합리적인 내용이 없음에도 세세한 잣대를 들이대어 의심하고 신빙성을 부정한 반면, 피고인 진술에 대해서는 경험칙에 어긋나고 진술 자체로 모순되는 내용이 있음에도 가능성이 조금이라도 있으면 문제가 없다고 판단하는 식으로 극명하게 다른 판단기준을 적용하고 있습니다.

2) 예컨대, 첫 번째 간음인 2017. 7. 30. 러시아 호텔에서의 간음의 경우 당시에는 피해자가 수행비서가 된지 한 달도 지나지 않은 시점이었으며(판결문 36쪽), 당시까지 피고인이 피해자에게 특별히 호의를 베푼 사실도 없는

점(판결문 37쪽), 피고인과 피해자의 나이 차이가 20살 이상인 점, 피해자가 피고인을 수행한 첫 해외일정이었다는 점 등 **둘 사이의 친밀한 교감이 형성될 여지가 없었음을 고려해 볼 때**, 피해자가 피고인과 함께 맥주를 마시다가 갑자기 '지사님 외로우실 때는 어떻게 하세요, 제가 옆에서 많이 힘이 되어 드릴게요'와 같은 말을 하면서 피고인과의 성관계에 적극적으로 응하였다는 피고인의 주장은 쉽게 납득하기 어렵습니다.<sup>12)</sup> 더구나 피고인의 주장대로라면 피해자가 적극적인 의사를 표시하면서 성관계에 응했다는 것인데, **피고인이 그 이후 피해자에게 '미안하다'라고 말하고 같은 취지의 문자 메시지를 수회 보낸 것은 경험칙에도 어긋나고 피고인이 주장한 피해자의 모습과도 모순됩니다.**

그럼에도 이 사건 원심은 이와 같이 경험칙에 반하고 그 자체로 모순적인 피고인의 진술에 대해서는 지적을 하지 않고, 오히려 피고인이 사과한 것에 대해 '피해자의 심정을 다독이고 무마하여 문제가 일어나지 않도록 하기 위한 저의가 있었을 것으로 보인다'라고 하면서도, '다른 한편으로 도지사와 비서라는 지위와 20살 이상 차이에서 오는 사회적·도덕적 죄책감에 따른 사과라고 볼 측면도 없지 않다'라고 판단하여 피고인의 사정을 맹목적으로 배려하는 판단을 하였습니다.

3) 한편, 피고인은 2017. 9. 3. 스위스 호텔에서 있었던 간음과 관련하여,

12) 이 사건 원심은 피고인과 피해자 사이에 별다른 교감이 없었다는 점을 인정하면서도 오히려 이를 피해자 진술의 신빙성을 부정하는 근거로 언급하고 있습니다(판결문 38~39쪽). 그러나 논리적으로 볼 때 상호 교감이 거의 없었다는 점은 교감이 필요 없는 위력에 의한 간음이 있었다는 피해자 주장에 더욱 부합하며, 20살 이상 차이 나고 유부남이며 공적인 업무로 함께 출장을 온 상황에서 맥주를 마시다가 갑자기 교감이 형성되어 합의에 의한 성관계에 이르렀다는 피고인의 주장과는 배치되는 사정이므로, 원심의 판단은 잘못된 것입니다.

새벽에 피해자를 피고인의 방으로 불렀는데, 피해자가 끈이 달린 실크 소재의 속옷과 팬티만 입은 채 맨발로 피고인의 방으로 왔다고 주장합니다.

**경험칙에 비추어 볼 때 공무로 출장을 간 해외의 호텔에서 피해자가 속옷과 팬티, 맨발의 차림으로 층을 달리하는 객실을 방문하였다는 것은 도저히 납득하기 어렵습니다.** 그런데 이 사건 원심은 그와 같은 행위가 어렵다는 점을 인정하면서도, 피해자가 당시 입었던 의상을 특정하지 못하고,<sup>13)</sup> 심야시간에 속옷 차림으로 1개 층을 내려와 복도를 잠시 걸어 피고인의 방에 들어가는 행동이 아예 불가능하다고 단정하기 어렵다고 하면서 피고인의 주장을 옹호하였습니다.

**다. 이 사건 원심은 피해자가 피고인에 대해 허위로 불리한 진술을 할 동기나 이유가 분명히 드러나지 않았음에도, 막연한 사정만을 근거로 피해자를 과도하게 의심하고 이를 피해자 진술의 신빙성 판단에 반영하였습니다.**

앞서 살펴본 바와 같이, 이 사건 원심은 피고인의 주장에 대해서는 너무나 관대하고 수용적인 입장을 취한 반면, 피해자의 주장에 대해서는 별다른 근거도 없이 과도하게 의심하는 이중적인 잣대를 보였습니다.

13) 1년 전의 특정 시점에 입은 의상의 종류를 특정하지 못하는 것은 경험칙상 매우 자연스러운 일임에도 원심은 이를 '선뜻 납득하기 어렵다'고 판단하였습니다(판결문 55쪽). 한편 원심은 피해자가 간음 전후에 옷을 벗게 된 경위와 다시 옷을 입은 경위는 기억하면서도 의상을 기억하지 못한 것이 이상하다는 취지로 판시하고 있으나, 옷을 벗고 입은 경위는 성폭력 행위의 일부분으로서 피해자에게 의미를 가지는 내용이나, 그 날 입은 의상이 무엇인지는 성폭력과 관련하여 별다른 의미가 없는 정보이므로 이를 기억하지 못하는 것은 자연스러운 일입니다.

특히 피해자에 대한 과도한 의심이 두드러지는 판단 내용은 텔레그램 메시지 삭제 부분입니다. 이는 거의 모든 공소사실에 대해 피해자를 의심하는 근거로 언급되었는데, 문제는 텔레그램 메시지가 누구에 의해 삭제되었고, 어떤 내용이 삭제되었는지가 전혀 밝혀지지 않았음에도 일방적으로 피해자에게만 불리하게 해석되었다는 점입니다. 기술적으로 피고인이 메시지를 삭제하는 것도 가능하고, 실제로 피고인이 여러 차례 피해자에게 문자를 삭제하라고 지시한 사실까지 있음에도, 이 사건 원심은 피해자가 어떤 의도를 가지고 메시지를 삭제하였을 것이라는 전제 아래 피해자에 대한 부정적 판단의 근거로 제시하였습니다. 특히 피고인은 자신의 휴대전화를 폐기하여 증거로 제출조차 하지 않았는데, 이러한 사정이 공평하게 고려되지 않고 일방적으로만 해석되는 것은 부당합니다.

또 다른 사례로는 피해자와 운전비서 P사이의 갈등에 대한 해석 부분입니다. 이 사건 원심은 피해자가 P로부터 성희롱, 성추행 피해를 당한 뒤 이를 문제제기 하여 일응의 사과를 받았다는 점을 기초로 피해자가 성적 주체성을 갖추고 성적 자기결정권을 인지하면서 자기 책임 아래 이를 행사할 수 있는 충분하고 성숙한 능력이 있는 사람이라고 평가하였습니다(판결문 78쪽). 그러면서 이러한 피해자의 모습은 검사가 주장하는, 피고인과의 관계에서 여리고 소심하며 결단력이 없는 자세의 소지자의 모습과 거리가 멀고, 심지어 피해자가 대상과의 관계적 특성에 따라 성적 자기결정권을 선택하여 행사하는 것으로 볼 여지마저 있다고 판시하였습니다(판결문 78쪽). 한마디로 피해자의 원래 성격대로라면 피고인에 대해 얼마든지 적극적으로 저항할 수 있었고, 그렇게 하지 않은 것은 피해자의 선택이었다는 의미입니다.

그러나 상급자도 아니고 피해자에 대하여 어떤 불이익한 조치를 할 권한도 없는 운전비서에 대해 문제제기를 하는 것과 피해자에 대한 모든 처우를 좌지우지 할 수 있고 유력한 차기 대통령 후보이며 원심 스스로 위력의 존재를 인정한 피고인에 대한 문제제기와 비교를 하는 것은 그 자체로 부당하여 더 나아가 살피볼 필요조차 없습니다. 원심의 논리대로라면 남자친구에게 피곤하다는 이유로 성관계를 거절한 적이 있는 여성은 성적 주체성과 성적 자기결정권을 갖추고 있으므로, 직장 내 상사로부터는 절대로 성폭력을 당할 여지가 없다고 보는 것과 다를 바가 없습니다.

더구나 이 사건 원심이 원심 공판 당시 피해자가 증언을 하면서 정조 개념에 대하여 비판적인 취지로 설명한 것을 근거로 성적 주체성을 갖추고 있어 피고인에게도 저항할 수 있었다고 판단한 것은, '성폭력 피해자는 법정에서 당당하게 증언할 리가 없다'는 잘못된 편견의 산물에 불과합니다.

이와 같은 편견과 피해자에 대한 부당한 의심은 이 사건 전반에 대한 원심의 판단에 영향을 미쳤을 것이므로, 항소심에서는 이러한 오류가 반드시 시정되어야 합니다.

### III. 개별 공소사실에 관한 이 사건 판결의 문제점

#### 1. 2017. 7. 30. 위력에 의한 간음의 점(러시아 호텔)

가. 위력이 존재하는 관계에서 업무 외적인 친분 관계나 이성적인 교감 없이 성관계가 이루어졌다면, 이는 위력 관계에 있는 피고인의 요청을 거절하지 못하고 응한 것으로 보아야 합니다.

1) 이 사건과 같이 피고인과 피해자가 서로 아는 관계에서 여러 차례의 간음 및 추행 피해가 있는 경우, 형법적으로는 각각의 행위가 별개의 범죄로서 개별적으로 범죄 성립 여부를 판단하는 것이 맞습니다. 그러나 일용 개별적으로 보여지는 각각의 행위들이지만, 실제 피고인과 피해자의 관계 속에서는 앞의 행위가 뒤의 행위 상황에서 각 당사자들의 인식과 행동에 지대한 영향을 미치고 있습니다. 따라서, 실제적 진실을 발견하고 피고인과 피해자 진술의 신빙성을 판단하기 위해서는 개별 공소사실의 각 행위들 전후의 맥락을 면밀히 연결하여 유기적이고도 종합적인 해석을 해야 합니다.<sup>14)</sup> 그 중에서도 2017. 7. 30.자 간음은 피고인과 피해자 사이의 첫 번째 간음으로서 이후의 피고인과 피해자의 관계를 규정하거나 피해자의 행동을 이해하는 데 중요한 의미를 가지므로 신중한 해석이 필요합니다.

2) 또한 2017. 7. 30.자 간음을 해석하는 데 있어 중요한 점은 위력이 현실에서 작동하는 방식에 대한 이해입니다. 일반적인 강간죄의 경우에는 단순히 피해자가 성관계에 동의하지 않았다는 점을 넘어 피해자의 저항을 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행 또는 협박이 요구되기 때문에, 그러한 정도의 폭행 또는 협박의 존재를 증명하기 위하여 피해자가 얼마나 적극적으로 거절의 의사표시를 하거나 저항행위를 하였는지에 초점을 맞추어 판단하는 경우가 많습니다.

그러나 위력에 의한 간음·추행의 경우 위력의 존재로 인하여 애초에 피해자의 거절이나 저항이 어려운 상황이 존재하기 때문에, 범행 당시에 외부

14) 그러나 이 사건 원심 판결의 내용을 살펴보면, 문제된 간음 및 추행 행위들을 공소사실별로 완전히 분절하여 서로 전혀 연관이 없는 것처럼 전제한 뒤 판단하였음을 알 수 있습니다. 먼저 있었던 간음이나 추행 행위를 감안하는 경우에도 ‘이전에 추행을 당했는데 왜 미리 조심하지 않았는가?’와 같이 단편적이고 비현실적으로 고려하였습니다. 이에 대해서는 뒤에서 자세히 말씀드리겠습니다.

적으로 드러난 피해자의 거절의 의사표시나 저항행위 이외에 피해자가 위력에도 불구하고 자유의사를 표출할 수 있는 상황이었는지, 겉으로 드러난 피해자의 의사가 충분한 자유의사를 반영한 것인지 여부를 신중하게 심리할 필요가 있습니다. 예컨대 사단장이 병사에게 주말에 자신의 아들 과외를 부탁하여 병사가 단순히 ‘예’라고 대답한 경우, 사단장의 강요 또는 직권남용 여부를 판단하기 위해서는 병사가 왜 좀 더 적극적으로 거절의 의사표시를 하지 않았는지 의심하기 보다는, 병사의 ‘예’라는 대답이 자유의사를 반영한 것인지 여부에 초점을 맞추어 심리해야 하는 것과 마찬가지입니다.

서울중앙지방법원은 대사관 대사에 의한 위력에 의한 간음 사건에서, “피고인 스스로도 인정하듯이 이 사건 발생 전에는 피해자와 사이에 업무적인 관계 이외에 어떠한 친분 관계도 없었다. 피고인이 에디오피아에 먼저 와 있던 피해자에게 현지에서 가볼 만한 곳을 안내해 달라고 하여 단 둘이 만난 적은 있으나 이러한 사정만으로 사적 친분이 발생하였다고 보기는 어렵다. 나아가 피고인과 피해자 사이에 이성적인 호감이 발생하였다고 볼 만한 아무런 사정이 나타나지 않는다”라고 판시하면서, 피해자가 어떠한 거절의 의사표시도 하지 않고 단순히 “다리 자세를 바꾸면서 자연스럽게 피고인의 손을 치우거나 ‘슬슬 발걸음을 옮기는 정도’의 행동을 하며 그 상황을 모면”하려 하고, 간음 당시에도 별다른 저항행위 없이 “다리를 벌리지 않은 채 곳곳하게 붙이고 있는 상태에서 멍하니 있었음”에도 불구하고 피해자의 자유의사가 제압된 상태였다는 점을 인정한 바 있습니다(서울중앙지방법원 2018. 9. 12. 선고 2017고단9145 판결).<sup>15)</sup>

3) 이처럼 위력이 현실에서 작동하는 방식을 염두에 두고 이 사건의

15) 이 사건의 피해자는 32세의 여성으로 코이카 사무소 부소장으로 근무하던 사람으로서 나이가 어리거나 사회 경험이 없는 경우가 아니었습니다.

2017. 7. 30.자 간음을 살펴보면, 피고인과 피해자 사이에 간음에 이를 만한 어떠한 친분 관계나 교감이 형성되어 있지 않다는 점을 주목할 필요가 있습니다.

피해자는 수행비서 역할을 맡은 지 한 달도 채 되지 않았고 사적인 여행이 아닌 국제적인 행사에 처음 수행을 한 상황이었습니다. 더구나 업무가 완전히 완료된 날도 아닌 바로 다음 날 공식 일정이 예정되어 있던 상황이기도 하였습니다. 이러한 상황에서 피고인 스스로도 인정하는 바와 같이 그 전까지 피해자에 대한 어떠한 사적인 배려나 친분 관계도 없었는데, 피고인과 피해자의 나이 차이, 피고인의 혼인 상태, 피고인과 피해자의 업무상 관계 등을 모두 뛰어 넘어 피해자의 온전한 자유의사로 성관계에 동의하였다는 점이 어떻게 인정될 수 있는지 의문이 야닐 수 없습니다.

피고인 스스로의 주장에 의하더라도 피고인과 피해자는 단지 함께 맥주를 마시던 중에 피해자가 ‘지사님, 외로우실 때는 어떻게 하세요, 제가 옆에서 많이 힘이 되어 드릴게요’라고 말을 한 뒤 피고인이 ‘내가 자네를 가져도 되겠는가?’라고 물어서 피해자가 ‘네(좋아요)’라고 승낙을 하였다는 것인데, 피고인과 피해자의 관계를 감안하여 보면 위와 같은 대화만으로 자유의사가 반영된 충분한 교감이 형성될 수 있다고 보는 것은 비현실적입니다.

**나. 사후적으로 보아 더 적극적으로 거절하거나 저항할 수 있었다고 보아 피해자 진술의 신빙성을 부정하여서는 안됩니다.**

대법원은 강간죄 사건에서, “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 설블리 단정하여서는 안된다”라고 판시하고 있으며(대법원 2005. 7. 28. 선고 2005도3071 판결), “성폭행 피해자의 대처 양상은 피해자의 성정이나 가해자와의 관계 및 구체적인 상황에 따라 다르게 나타날 수밖에 없다”라고 하면서 **피해자의 반응이나 대처 방식을 일률적인 틀에 맞추어 재단하는 것을 경계하고 있습니다**(대법원 2018. 4. 12. 선고 2017두74702 판결; 대법원 2018. 10. 25. 선고 2018도7709 판결). 이러한 대법원의 판시에 덧붙여, 위력에 의한 간음·추행의 경우 위력의 존재로 인하여 애초부터 피해자의 적극적인 거절이나 저항이 어려운 사정을 감안하면, **피해자의 거절이나 저항이 소극적이라는 이유만으로 피해자 진술의 신빙성을 쉽게 배척하여서는 안됩니다.**

그런데 이 사건 원심은 피해자가 고개를 숙인 채 가로챘고 ‘아니다’라고 말하는 정도의 소극적인 대처만을 하였고, 아예 방을 나가거나 피고인의 접근을 막는 손짓을 하지 않은 점을 문제 삼았습니다(판결문 34쪽). 특히 같은 날 러시아 상트페테르부르크 강가에서 요트를 타던 중 피고인으로부터 불쾌한 첫 신체접촉을 당하였던 피해자가 무의식적으로나마 피고인을 경계, 회피하지 않고 소극적으로만 대응한 것도 이해하기 어려운 측면이 있다고 지적하였습니다(판결문 35쪽).

그러나 한 번 만난 뒤 다시는 보지 않을 수 있는 관계가 아니라 업무적으로 바로 다음 날에도 계속해서 마주쳐야 하는 상하급자의 관계에서는 상급자가 아무리 비합리적인 말이나 행동을 한다고 하여 하급자가 방을 나가 버리는 식의 행동을 하는 것이 얼마나 어려운지는 경험칙상 명백합니다. 물론 그러한 상황에서 자리를 박차고 나가는 피해자도 있을 수는 있겠지만,

그러한 반응이 유일한 ‘피해자다운 행동’으로 해석되어서는 안됩니다. 더구나 위력에 의한 간음·추행은 강간이나 강제추행과는 달리 물리적인 유형력이 아예 행사되지 않거나 미약하게 행사되는 경우가 대부분이어서, 피고인이 ‘장난’이나 ‘친근감의 표시’로 변명할 여지가 항상 존재합니다. 사후적인 관점에서 볼 때는 성폭력이라는 범죄 상황에서 왜 과감한 대처를 하지 못했는지 의문을 가질 수 있겠으나, 그 당시의 시점으로 판단하면 범죄 상황인지 여부조차 인식을 못하기 때문에<sup>16)</sup> 사후적으로 판단하는 것과 같은 대응을 하지 못하는 것이 오히려 일반적입니다. 이 때문에 대법원도 사후적인 관점에서의 평가를 경계한 것입니다.

실제로 이 사건 피해자는 샤프테데르부르크 강가의 추행행위에 대하여 ‘너무 놀라서 왜 그러시지? 실수하신 건가?’라는 생각이 들었다고 증언한 바 있습니다(피해자에 대한 증인신문 녹취서 29쪽). 이처럼 피해 사실을 제대로 인지하지도 않은 상태에서는 방을 나가는 행위가 과잉대응이 아닌지 걱정될 수밖에 없으며, 이후에도 업무를 해야 하는 상황에서 그 뒷수습을 어떻게 할지도 문제가 되므로 소극적인 반응만을 한 것이 결코 피해자로서 자연스럽지 못한 행동으로 평가되어서는 안됩니다. 특히 당시 피해자는 수행비서가 된지 한 달도 되지 않아 처음으로 피고인을 수행하여 해외 출장

16) 미투 운동을 촉발시킨 서지현 검사는 JTBC와의 인터뷰 당시 성추행 상황에 대하여 “사실은 제가 결코 현실적으로 일어나는 일이라고 생각이 되지 않아서요. 내가 환각을 느끼는게 아닐까 생각했습니다.”라고 언급하기도 하였습니다.

<https://m.news.naver.com/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=102&oid=437&aid=0000173789>

서지현 검사 외에도 많은 성폭력 피해자들은 ‘내가 꿈을 꾸는 줄 알았다’, ‘지금 이게 뭐지?’라는 생각이 들어 제대로 항의하지 못했다’와 같은 내용을 호소하는 경우가 많습니다. 이처럼 일상적인 상황 속에서 아는 사람에 의해 가해가 이루어지는 직장 내 성폭력(위력에 의한 간음·추행)의 경우에는 피해자들이 성폭력 피해 사실을 인지하는 것부터 어려움을 겪고 시간이 소요되는 것이 일반적입니다.

을 온 상황이었기 때문에, 도움을 요청할 수 있는 사람이 주변에 있지도 않았고 어떻게든 다음 날에도 업무를 수행해야 하는 처지에 있었습니다. 그리고 피해자 스스로도 차기 대통령 후보로 대우를 받고 있는 피고인의 해외 일정이 피해자의 문제제기나 행동으로 인해 큰 차질이 생기거나 국제적인 문제로까지 비화될 가능성을 고려하여 부담을 느낄 수밖에 없는 상황이었다는 점을 고려할 필요가 있습니다.

**다. 성폭력 문제를 공론화 할 것인지 결정하지 못한 피해자가 아무 일도 없었던 것처럼 행동하는 것은 자연스러운 반응입니다.**

이 사건 원심은 피해자가 첫 간음 사건 이후 피고인을 위하여 순두부집을 물색하거나, 다른 도청 직원들이 발레 공연을 보러 간 사이에 피고인과 동행(단 둘이 있었던 것이 아니라 통역인 부부가 함석하였습니다)하여 와인 바에서 담소를 나눈 사실을 들어 피해자 진술의 신빙성을 의심하였습니다(판결문 39쪽). 그러나 이와 같은 판단은 법률적 지식이 없는 일반 국민들의 경험칙에도 크게 어긋나는 것으로서 많은 일반 국민들의 실소를 자아냅니다.

“피해자는 이러한 2차 피해에 대한 불안감이나 두려움으로 인하여 피해를 당한 후에도 가해자와 종전의 관계를 계속 유지하는 경우도 있다”는 대법원 판례(대법원 2018. 4. 12. 선고 2017두74702 판결)를 언급한 것은 바로 이 사건 원심입니다(판결문 16쪽). 그런데 이 사건 원심은 스스로 언급한 대법원 판례와 전혀 다른 판단을 한 것입니다.

주변의 조언이나 도움을 구할 수 없는 해외에 있었고, 자신이 선블리 문

제제기를 할 경우 그 파장이 얼마나 클지 잘 알고 있는 피해자로서는 일단 문제제기를 할 것인지 결정하기 이전에는 아무 일도 없었던 것처럼 행동하는 것이 너무나 자연스럽습니다. 또한 이는 2차 피해나 성폭력 피해로 인한 고통을 회피하기 위한 피해자의 생존 전략이기도 합니다. 이러한 피해자의 반응은 이 사건 원심이 참고한 전문심리위원의 성폭력 피해자 수용 단계에 대한 의견(판결문 39쪽 각주 31) 중 ‘재조직 단계’가 아닌 ‘반동단계’ 중 ‘부인’(denial)<sup>17)</sup>에 가까우며, 이 사건 피해자는 해외 출장이라는 특수한 상황에 있었기 때문에 다른 사람들에게 피해 사실을 들키지 않기 위해 ‘충격단계’를 빠르게 지나 몇 시간만에 ‘부인’의 태도를 취하는 것이 현실적으로 충분히 가능합니다.<sup>18)</sup>

식당을 찾고 예약하는 업무는 수행비서인 피해자의 업무이고, 식당 선정 시 상급자인 피고인의 입맛을 고려하는 것은 너무나 당연한 일이므로, 평소와 같이 업무를 하여야 하는 피해자가 피고인이 좋아하는 순두부 집을 찾기 위해 노력한 것은 피해자가 겪은 성폭력 피해 사실과 상충되거나 모순되지 않습니다. 또한 피고인과 와인바에 동석한 것은 단 둘이 있었던 자리도 아니고 통역인 부부까지 합석한 자리였기 때문에, 특별한 의미를 부여하거나 성폭력 피해자로서 부자연스러운 반응이라고 생각할 여지가 더더욱 없습니다.

17) 피해자가 자신이 당한 행위를 성폭력이 아니라고 생각하거나, 피해 사실 자체가 실제로 일어난 일이 아니라는 식으로 생각하면서 고통을 경감시키려는 피해자의 자기방어기제 중 하나입니다. 이 사건 원심은 피해자의 행동이 ‘부인과 억압’의 방어기제가 작동한 것이라고 단정하기 어렵다고 판시하고 있으나(판결문 94쪽), 별다른 근거도 없이 일방적인 결론을 내리고 있어 납득하기 어렵습니다.

18) 전문심리위원이 제시한 성폭력 피해자의 수용 단계에 대한 이론은 평균적인 사례를 제시하는 것일 뿐 모든 피해자에게 동일하게 적용된다고 볼 수도 없지만, 설령 이 사건 피해자에게 적용할 수 있는 이론이라고 하더라도 피해자의 행동이 전혀 부자연스러운 것이 아니라는 취지입니다.

## 2. 2017. 8. 13. 위력에 의한 간음의 점(서울 AA호텔)

이 사건 원심은 2017. 8. 13.자 간음 당시 AA호텔에 투숙하는 과정에서 피해자가 운전비서에게 AA호텔이 거의 만실이라고 알리면서 다른 숙소를 알아보도록 한 합리적인 이유나 경위가 무엇인지 의문이라고 판시하고 있습니다(판결문 46쪽).

피해자는 이와 관련하여 다음과 같이 증언한 바 있습니다. ① AA호텔을 잡기 전에 다른 호텔을 알아보았을 때 만실이라는 이야기를 들은 사실이 있다. ② 운전비서의 숙소를 구하는 것은 수행비서의 업무가 아니다. ③ 비용의 문제로 AA호텔은 운전비서가 머물 수 있는 호텔이 아니었으며, 이전에도 운전비서는 항상 따로 호텔을 사용하였다. ④ 피해자는 ‘운전비서가 숙소를 따로 쓰는 것에 대해서 약간은 그런 게 있어서 제가 우회적으로 표현한 것도 있어요’라는 취지로 설명하였다. ⑤ 수행비서이기 때문에 피해자는 피고인과 다른 숙소에서 숙박할 수 없었다. ⑥ 피해자는 AA호텔에 숙박한 비용조차 출장 경비 처리를 하지 못하여 개인 비용으로 부담하였다(이상 피해자에 대한 증인신문 녹취서 49쪽, 162~165쪽).

위와 같은 피해자의 증언을 종합하여 보면, 예산상의 한계로 인한 비용 처리 문제로 운전비서가 같은 숙소를 잡을 수 없는 상황(피해자조차 AA호텔 숙박비용을 출장비로 처리하지 못하였습니다)에서, 돈 문제를 들먹이면서 다른 곳에서 숙박하라고 하는 것이 적절치 않아 상대방을 배려하는 차원에서 만실에 가까우니 다른 곳을 잡으라고 이야기 한 것으로 충분히 이해됩니다. 애초에 계획된 정상적인 출장이었다면 운전비서의 숙박은 수행비서인 피해자가 아닌 도청 차원에서 별도로 잡았을 것이므로 피해자가 만실

이니 아니니 이야기할 필요조차 없었겠지만, 피고인의 요구로 갑작스럽게 서울에서 숙박을 하게 된 상황이므로 피해자는 운전비서의 숙박에 대해서도 언급을 할 수밖에 없게 되었으므로, 이런 상황에서 피해자가 적당히 둘러대어 원래 업무처리방식과 같이 운전비서가 다른 곳에 숙박을 할 수 있도록 한 것은 자연스럽게 이해될 수 있는 것입니다.

만약 이러한 피해자의 행동이 부자연스럽고 이해하기 어려운 것으로 평가되기 위해서는, 원래 운전비서도 피고인, 피해자와 같은 숙소에 묵는 것이 일반적인데 피해자가 만실이라고 언급하여 이례적으로 운전비서가 따로 숙박하게 되었다는 전제가 성립되어야 합니다. 그러나 그러한 사실관계가 확인된 일이 없음에도, 이 사건 원심은 아무런 근거도 없이 피해자를 의심하고 있습니다. 애초에 운전비서가 (비용이 비싼) 같은 숙소를 쓰는 것이 일반적이지 않다면, 피해자가 만실이라고 언급하였든 하지 않았든 그것이 문제되거나 피해자를 의심할 근거가 될 수는 전혀 없는 것입니다. 더구나 운전비서가 같은 숙소에 묵는 것이 일반적이라면, 이미 2017. 7. 30. 러시아에서 다른 도청 직원들도 함께 숙박하고 있는 호텔에서 간음이 있었는데, 피해자가 거짓말을 하면서까지 일반적인 경우와 달리 의심을 받을 여지가 생길도록 운전비서를 다른 숙소로 가게 하지는 않았을 것입니다.

이처럼 이 사건 원심은 피해자의 진술이 경험칙에 비추어 자연스럽게 문제될 여지가 없음에도 불구하고, 부당한 의심을 하면서 피해자 진술을 배척한 잘못이 있습니다.

### 3. 2017. 9. 3.경 위력에 의한 간음의 점(스위스 호텔)

**가. 이 사건 원심은 피해자가 피고인의 방으로 가기 전 R에게 조언을 구한 행위가 피고인의 합의에 의한 성관계 주장과 배치된다는 점을 제대로 감안하지 못하였습니다.**

원심은 2017. 9. 3.경 스위스 호텔에서 피고인이 담배를 달라고 방으로 부른 후 피해자가 R에게 어떻게 하나고 물어 R이 ‘들어가지 마라’는 취지로 조언해 주었고, 이에 피고인의 요구에 대처할 수 있는 시간적 여유가 있어 종전보다 명시적으로 거절의사를 표현할 여지가 있었으며, 객실 앞에 담배를 두고 오는 방식으로 간음을 피할 수 있었음에도 불구하고 그러지 아니하였으므로 위력으로 간음을 당하였다는 피해자 진술을 납득하기 어렵다고 판단하였습니다(판결문 56쪽).

그러나 만약 피해자가 피고인과 연인관계이거나 적어도 성관계에 관한 의사 합의가 있는 사이였다면 피고인이 방으로 불렀을 때 즉각적으로 응하지 않고 R에게 연락하여 ‘어떻게 하느냐?’고 물으며 난처한 상황에 처하였음을 알릴 이유가 없습니다. 오히려 피해자가 유부남인 피고인과 합의에 의해 성관계를 갖는 내연관계에 있었다면 R에게 피고인이 방으로 부른다는 사실을 알리지 않는 것이 자연스럽습니다. 따라서 원심이 피해자가 방으로 가기 전 지인에게 연락하여 ‘들어가지 마라’는 조언을 받았다는 부분은 배척하지 아니하면서, 오히려 그렇기 때문에 피고인의 부름에 대처할 시간적 여유가 있어 명시적으로 거절의사를 표현할 수 있었지 않았냐고 하며 뒤 이은 성관계를 합의에 의한 것이라고 판단하는 것은 앞뒤가 맞지 않습니다.

한편, 피해자의 증언에 따르면 당시 R은 ‘들어가지 말거나 거절하라’고



이야기를 했는데, 이 때 거절하라고 한 것은 담배를 갖다 주는 것을 거절하라는 것이 아니라 만약에 행위를 요구했을 때 거절하라고 한 취지였고, 그래서 피해자는 피고인이 성관계를 요구하였을 때 이전보다 좀 더 강하게 ‘아니에요, 모르겠어요. 아니에요’라면서 표현을 하였다고 합니다. 또한, 전 날인 2017. 9. 2.에도 같은 장소인 스위스 호텔에서 피고인이 무언가를 갖다 달라고 하여 피해자가 전달하였는데 피고인이 성관계를 요구하지 않은 적이 있으며, 그 외에도 피고인이 맥주나 담배를 방으로 갖다 달라고만 하고 성관계를 시도하지 않은 경우가 있었다고 증언하였습니다(피해자에 대한 증인신문 녹취서 62쪽).

이 당시 피해자는 이미 두 차례의 간음 피해와 여러 차례의 추행 피해를 당한 상황이지만 이를 공론화 하거나 문제제기를 할 마음은 먹지 못하였던 상황으로서, 피고인과의 관계에 있어서도 **“피해를 당한 후에도 가해자와 종전의 관계를 계속 유지”**(대법원 2018. 4. 12. 선고 2017두74702 판결)하려는 심리 상태에 있었다는 점을 전제로 피해자의 행동을 이해해야 합니다. 이러한 심리상태의 피해자로서는 한편으로는 피고인에게 또 다른 피해를 당할지도 모른다는 우려를 하면서도, 다른 한편으로는 대놓고 피고인의 지시를 거절하거나 피고인을 회피함으로써 평소와 다른 모습을 보이는 것에도 부담을 느끼는 모순적인 입장에 놓여 있습니다. 이 사건 원심은 피해자가 수행비서 업무 초기에도 피고인 방문 앞에 담배를 두고 오는 경우가 있었다고 언급하였는데(판결문 56쪽 각주 58), 그 때는 방문 앞에 담배를 두고 오는 것이 정당화 될 만한 다른 사정이 없었는지 살펴볼 필요가 있으며, 이미 전날에도 피고인의 담배 심부름을 방으로 직접 하였던 피해자로서는 바로 다음 날 티가 나게 행동을 달리 하기 어려웠을 수 있다는 점을 감안하여야 합니다.

**나. 이 사건 원심은 합리적인 근거도 없이 피고인이 보낸 “..”라는 텔레그램 메시지에 지나친 의미를 부여하고 피해자의 설명을 부당하게 배척 하였습니다.**

이 사건 원심은 피고인이 “..”라는 텔레그램 메시지를 보낸 것과 관련하여, “피고인은 피해자에게 담배 외에도 성관계 등을 바라며 문자메시지를 보낸 것으로 보인다”라고 판단하였습니다(판결문 53~54쪽).

원심은 피고인이 앞뒤 문맥 없이 “..”라고 메시지를 보낸 적이 드물었던 것으로 보이고, 한 번도 아닌 여러 번 반복하여 “..”라고 메시지를 보낸 점에 근거하여 위와 같이 해석하였으나, 이러한 사정들을 감안하더라도 과연 “..”라는 메시지 속에서 성관계를 바라는 의사가 합리적으로 도출될 수 있는지 의문이 아닐 수 없습니다. 실제로 이 부분 판결 내용은 일반 국민들에게도 가장 납득하기 어려운 내용으로 비판의 대상이 된 바 있습니다.

먼저 피고인과 피해자 사이에 “..”라는 메시지를 성관계 요구를 암시하는 둘 만의 암호로 합의하였는지 여부를 살펴보면, 다른 간음 행위 당시 이러한 메시지를 사용한 사실이 없고, 피해자가 “..”라는 메시지에 대해 계속 반응을 하면서 의미를 이해하지 못하는 모습을 보인 점 등에 비추어 볼 때, 이는 성관계를 암시하는 상호간에 합의된 메시지는 아닌 것으로 판단됩니다. 그렇다면 합리적으로 이해되기는 어려우나 원심의 판단대로 적어도 피고인은 성관계를 바라는 의사로 “..”라는 메시지를 보냈다고 가정하더라도, 과연 피해자가 피고인의 그러한 의사를 이해할 수 있었는지를 살펴보겠습니다. 이 당시 피고인과 피해자 사이에 오고 간 텔레그램 메시지를 보면, 피해자는 “..”라는 메시지에 대하여 “냉?”, “다른 건요”와 같이 무슨 의미인

지 몰라 반문하거나, 담배 이외의 다른 지시가 있는지 확인하는 모습을 보였을 뿐입니다(판결문 53쪽).

한편, 이 사건 원심은 “피해자는 피고인이 보내는 ‘..’라는 의미가 불쾌함이나 ‘침묵’을 표현한 것으로 무섭고 굉장한 압박감을 줘서 피고인의 방으로 갈 수밖에 없었다는 취지로 증언·진술하고 있으나 ... 피고인이 보낸 ‘..’만으로 무섭고 두려움을 느꼈다는 피해자의 증언·진술을 그대로 믿기 어렵다”라고 판시하고 있습니다(판결문 54쪽).

즉, 원심은 피해자가 무섭다거나 두려움을 느꼈다고 언급한 내용을 마치 ‘공포감’과 같이 해석하여 그와 같이 느낄 이유가 없다고 판단한 것으로 보입니다. 그러나 피해자는 이와 관련하여 “불쾌하거나 제가 대답이 느리거나, ‘..’은 무서운 느낌이에요”(피해자에 대한 증인신문 녹취서 61쪽), “‘뭐 시키실 일이 있나, 뭐지, 뭐가 불편하신가’ 그런 생각은 했었지요”(피해자에 대한 증인신문 녹취서 193쪽)라고 설명함으로써, **피해자가 느낀 감정이 공포감 같은 것이 아니라 상급자가 자신의 대답이나 업무 처리에 대해 불만족스러운 의사(‘불쾌’, ‘불편’)를 표시하는 상황으로 받아들였음을 알 수 있습니다.**<sup>19)</sup> 그럼에도 원심은 이러한 피해자의 자연스러운 설명을 부당하게 배척하고, 성관계를 원하는 의사표시로 과도한 논리미약의 해석을 하거나 피해자 진술의 신빙성을 부정하는 근거로 해석하는 잘못을 범한 것입니다.

#### 4. 2018. 2. 25.경 위력에 의한 간음의 점(서울 오피스텔)

19) 이와 같이 인지하는 상황에서 피해자가 피고인의 담배 요구를 묵살하거나, 방 앞에만 두고 오는 선택을 하기가 어려웠을 것이라는 점은 더욱 쉽게 이해될 수 있습니다.

가. 이 사건 원심은 ‘지금은 너무 늦은 것 같아요’라는 메시지의 거절의 의미를 부당하게 배척하고, 재판부가 자의적으로 생각하는 행위태양만을 합리적인 반응으로 상정하는 오류를 범하였습니다.

피고인이 피해자에게 ‘오피스텔로 오라’고 지시하고, 이에 대해 피해자가 ‘지금은 너무 늦은 것 같아요’라면서 거절의 의사표시를 한 것과 관련하여, 이 사건 원심은 이러한 표현이 과연 거절의 의사표시였다고 볼 수 있는지의 문이라고 판단하였습니다(판결문 71쪽). 그러나 **늦은 시각에 밖으로 나오라는 요구에 ‘너무 늦었다’고 답하는 것은 사회통념상 명백한 거절의 의사표시입니다.** 이 사건 원심은 ‘필요한 게 있으신가요?’와 같은 간단한 답변만으로도 거절의 의사와 우려의 표시를 전달할 수 있었을 것이라고 하나, ‘필요한 게 있으신가요?’라는 답변이야말로 피고인이 어떤 내용이든 필요한 사항을 요구할 경우 그 지시를 이행하겠다는 의사로 해석될 수 있어 피해자의 답변 보다 더 적절한 거절의 의사표시로 볼 수 있는 것인지 의문입니다.

설령 ‘필요한 게 있으신가요?’와 같은 답변이 더 적절한 거절의 의사표시라고 가정하더라도, 피해자의 합리적인 대응방식을 재판부가 인정하는 특정한 행위만으로 한정된 뒤 그와 같이 행동하지 않은 피해자를 의심하는 것은 부당합니다. 합리적이라고 판단될 수 있는 대응방식은 다양하게 존재할 수 있으며, 가사 피해자가 그 당시에는 판단을 잘못하여 최선의 합리적인 대응을 하지 못하였다더라도 피해자의 행동은 그 당시를 기준으로 평가되어야 하며, 무조건 피해자에게 최선의 선택을 요구하는 것은 과도하고 비현실적인 요구가 아닐 수 없습니다.

한편 원심은 피해자가 피고인의 부름에 대해 거절의 의사표시를 하였다

고 주장하면서도, 카카오택시 택시를 불러 오피스텔 앞에서 내린 뒤 뛰어서 로비로 들어간 것이 서로 모순된다고 지적합니다(판결문 71쪽). 그러나 처음에는 서울에 오라는 지시에 대해 거절의 의사표시를 하였지만 피고인이 자꾸 요구하고 재촉하여 어쩔 수 없이 빨리 가려고 하였다는 피해자의 설명<sup>20)</sup>이 자연스러우며 피해자가 일관되게 주장한 피고인의 위력적인 모습과도 부합합니다.

더구나 원심이 의심하는 바와 같이, 피해자가 피고인과 불륜 관계이고 성관계에도 적극적으로 카카오택시 택시를 타고 오피스텔 앞에서도 뛰어서 들어갈 정도였다면, 그렇게 적극적으로 뛰어 들어 온 피해자를 앞에 두고 피고인이 미투 운동을 언급하는 일은 있을 수 없는 일입니다. 피고인을 만나기 위해 대전에서 한 걸음에 달려 온 피해자에게, 피고인이 대체 무슨 이유로 피해자가 피고인과의 관계를 성폭력을 폭로할지도 모른다고 생각하여 미투 운동에 관한 언급을 한다는 것입니까? 피고인이 이 날 간음을 하기 전에 미투 운동에 대해 이야기 하였다는 사정은 원심의 판단과 정면으로 배치됩니다.

**나. 이 사건 원심은 2018. 2. 25.자 간음과 관련성도 없는 2018. 2. 24.부터의 피해자의 행적을 문제 삼고, 부당하게 피해자를 의심하고 있습니다.**

20) 피해자는 대전에서 서울 오피스텔에 가게 된 경위에 대해 “너무 가기 싫었는데, 앉아 있다가 기차 하나를 보내고, 지사님께 다시 한 번 “제가 너무 늦을 것 같은데요” 그랬더니 기다릴 테니 오라고 하셔서 KTX에 바로 오는 KTX에 어쩔 수 없이 탔고, 거기서 제가 “기차표를 못 끊었어요. 이것 좀 끊어주세요”라고 그렇게 해서 기차표를 과징금을 물면서 그렇게 탔어요”(피해자에 대한 증인신문 녹취서 244쪽)라고 설명하고, 오피스텔 앞에서 댄 경위에 대해서는 “지사님이 빨리 오라고 어디냐고 빨리 오라고 재촉하셨으니까요”(피해자에 대한 증인신문 녹취서 245쪽)라고 설명하였는데, 이러한 피해자의 설명은 자연스러우며 처음에는 서울에 올라가는 것을 거절하였다는 피해자 진술과도 부합합니다.

이 사건 원심은 판결문의 여러 쪽을 할애하여 피해자가 AK 촬영 현장에 방문한 것이 스스로의 의지에 의한 것이었는지 여부와 대전에서 가족들과의 저녁식사가 미리 예정되어 있었던 것인지 여부에 대해 판단하고 있습니다(판결문 66~68쪽).

그런데 이 사건 원심은 위 내용이 어떤 점에서 피해자를 의심하는 근거가 되는지에 대해 명시적으로 밝히고 있지 않습니다. 단순히 사실관계와 피해자의 진술 내용과는 다르기 때문에 피해자 진술의 신빙성 판단에 부정적인 영향이 있다는 것인지, 아니면 피해자의 행적이 피해자 스스로 피고인을 만나기 위해 서울까지 왔다가 갑자기 생긴 약속으로 인하여 대전에 가게 되었다는 것을 의미한다는 것인지 알 수 없습니다.

후자의 취지라면, 앞서 살펴본 바와 같이 그와 같이 피고인에 대해 적극적으로 피해자에게 피고인이 미투 운동을 언급하였다는 것은 매우 모순됩니다. 더 나아가 피해자가 피고인을 만나기 위해 일부러 AK 촬영 장에 방문하였다면 이를 피고인에게 알리고 나중에 따로 만나자는 약속을 하는 것이 자연스러운데, 이와 관련된 피고인의 주장이 전혀 없다는 점도 배치됩니다. 그리고 단순히 피해자의 진술이 사실관계와 다르다는 정도의 취지라면, 이 부분 사실관계는 피해자의 간음 피해와 직접적으로 관련이 있는 내용도 아니어서 이를 근거로 피해자 진술의 신빙성을 부정하는 것은 역시 타당하지 않습니다.

**이처럼 이 사건 원심은 합리적인 근거도 없이 피해자를 과도하게 의심하는 모습을 계속 보이고 있는데,** 피해자가 2018. 2. 25.자 간음 피해 직후 BF에게 메시지를 보내면서 피해사실에 대하여 언급하지 않았다는 지적 또한

피해자가 피해 직후 항상 주변 사람들에게 피해를 호소해야 하는 것은 아니므로 부당합니다. 그리고 피해자가 오피스텔을 나와 영등포 일대를 걸어 다녔다는 시간 동안 피해자가 데이터 통신을 사용하였는데 피해자가 누구와 데이터 통신을 주고받았는지 답변하지 못하므로 피해자가 의심스럽다고 언급한 것 역시 데이터 통신의 경우 반드시 누군가와 통화 등 연락을 하였다는 증거가 될 수 없고, 설령 피해자가 누군가와 통화를 하였다고 하더라도 그 통화 상대방을 기억하지 못한다는 이유만으로 피해자를 의심하는 것은 논리비약으로서 부당합니다. 피해자가 피해 직후 오피스텔을 나오는 엘리베이터 안에서 귀걸이를 착용한 점이 의심스럽다고 판단한 것 역시, 피해자는 귀걸이를 착용한 것이 아니라 습관적으로 거울을 보면서 귀를 만진 것이라고 주장하고 있고, 그 사실 여부가 불분명 함에도 일방적으로 피해자에게 불리한 사실로 판시하였다는 점에서 부당합니다.

#### 5. 2017. 11. 26.경 위력에 의한 추행의 점(카니발 차량 안)

이 사건 원심은 2017. 11. 26. 카니발 차량 안에서 있었던 추행과 관련하여, “추행 사실을 두려워해야 하는 주체는 피해자가 아니라 피고인임이 분명”하다고 전제하면서, 성폭력 피해자는 피해를 감수하고라도 자신이 성폭력을 당하는 모습을 타인에게 보여주지 않으려는 심리를 가질 수 있기는 하나, 피해자가 피고인의 행동을 단순하게라도 저지할 필요가 있었고, 짧은 비명 소리나 나지막하게 저항하는 목소리만으로도 피고인의 추행을 저지할 수 있었던 상황으로 보이며, 피해자가 당한 추행 중 가장 심각한 음부를 만지는 추행행위를 스스로 용이하게 해주었다는 점에서 운전기사에게 노출되는 것을 우려하여 스스로 안전벨트를 풀었다는 피해자 진술을 믿기 어렵다고 판단하였습니다(판결문 62~63쪽).

그러나 **“추행 사실을 두려워해야 하는 주체는 피해자가 아니라 피고인임이 분명”하다는 원심의 전제부터 잘못된 것입니다.** 가해자는 추행 사실을 들켜더라도 추행이 아니라고 변명할 여지를 남겨두거나 그러한 변명을 관철시킬 권력을 가지고 있고, 피해자를 침묵시키거나 피해자의 피해 호소를 허위의 것으로 둔갑시킬 수 있는 영향력이 있어 운전기사가 있는 차량 안의 상황에서도 별다른 두려움을 갖지 않는 경우가 많습니다. 단적으로, 최근 유죄가 인정된 대사관 대사의 추행 사건도 회식 이후 운전기사가 운전하는 대사관 관용차 뒷좌석에서 대사가 피해자와 나란히 앉아 가던 중 추행을 하였던 사건이었습니다(서울중앙지방법원 2018. 9. 12. 선고 2017고단9145 판결).

반면, 직장 내 성폭력 사건이 공론화될 경우 2차 피해를 입고 회사를 떠나는 쪽은 대부분 피해자인 여성입니다. 서울여성노동자회가 직장 내 성희롱 피해자들을 대상으로 실시한 설문조사에 의하면, 대상자의 57%가 성희롱 문제 제기 이후 파면, 해임, 해고, 그 밖의 신분상실에 해당하는 신분상의 불이익과 집단 따돌림과 폭행, 폭언, 그 밖의 정신적·신체적 손상 등의 2차 피해를 입었고, 대상자의 72%가 퇴사한 것으로 나타났습니다.<sup>21)</sup> 이러한 불합리한 현실 때문에, 대다수의 직장 내 성폭행 피해자들은 사건을 공론화하는 것에 두려움을 느끼며, 특히 같은 직장의 동료인 경우에는 가해자인 상급자의 영향력을 무시할 수 없고 피해자에 대해 적대적으로 변할 가능성도 충분히 많기 때문에 더더욱 피해 사실을 노출하지 않으려고 노력하는 것이 일반적입니다.

21) 김양지영(충청남도여성정책개발원 연구위원), “직장 내 성희롱은 노동재해, 피해자에게 작업중지권을”, ‘미투를 넘어 안전하고 평등한 일터로’ 자료집, 2018. 4. 10., 16쪽

이와 관련하여 피해자도 같은 맥락에서 “저에 대한 소문이라든가 말씀드렸듯이 뭔가 해결책이 없는 상황에서 뭔가가 이루어지면 저랑 지사님 공동 운명체니까 자해 같은 느낌이 들었던 것 같아요. 사람들의 시선도 무섭고 두려웠던 거지요”라고 설명한 바 있습니다(피해자에 대한 증인신문 녹취서 214쪽).

특히 피해자는 당시 이미 추행보다 더 피해가 큰 간음 피해도 여러 차례 당한 상태였습니다. 더 큰 피해인 간음 피해조차 공론화할 용기를 내지 못 하였던 피해자가 추행 피해에 대하여 자신을 도와줄지 않을지 잘 알지도 못하는 운전기사만을 믿고 피해사실을 노출시킨다는 것은 현실적으로 매우 기대하기 어려운 일입니다. 당시의 상황은 피해자가 미리 예상하거나 계획한 상황이 아니었기 때문에, 혹시라도 운전기사에게 추행 사실이 노출될 경우 그 사태가 어떤 식으로 번지게 될지 전혀 예측할 수 없었으며, 아무런 준비도 없이 무차별적으로 피해 사실이 유포될 경우 피해자는 성폭력 피해 그 자체보다 더한 2차 피해를 당할 것이 우려될 수밖에 없기 때문에, 당시의 피해자로서는 추행 피해가 노출되지 않도록 하는 것이 굉장히 중요할 수밖에 없습니다.

이처럼 추행 피해를 운전기사에게 노출되지 않도록 하는 것이 최우선 과제로 인식되는 상황에서는, 사후적으로는 다소 비합리적으로 보일 지라도 차악(次惡)의 선택<sup>22)</sup>으로서 안전벨트를 스스로 푸는 행동을 할 수 있는 것입니다. 이 사건 원심은 피해자가 피고인의 행동을 단순하게 저지하거나 짧은 비명소리, 나지막하게라도 저항하는 목소리를 내었어야 한다고 판시하나

22) 피해자는 이미 더 큰 피해인 간음 피해까지 당한 상황이었으므로, 추행 행위는 운전기사에게 노출됨으로써 더 큰 2차 피해를 당하는 것을 피하기 위해 피해자가 어쩔 수 없이 감수할 수 있는 것으로 인식하였을 여지가 있습니다.

(판결문 63쪽), 이러한 방안은 모두 운전기사에게 추행 사실이 노출될 수 있고 그 여파를 감당할 결심이 되지 않은 상황에서는 피해자가 선택할 수 없는 것입니다.

이 사건 원심은 위와 같은 직장 내 성폭력의 현실이나 피해자의 심리 상태 등을 면밀히 고려하지 않고, 피고인이 피해자 보다 더 두려워할 것이라는 편견에 기반하여 잘못된 판단을 하였습니다.

## 6. 각 강제추행의 점

이 사건 원심은 각 강제추행의 점에 대하여 증거관계에 비추어 신체접촉 사실 자체가 증명되었다고 보기 어렵다는 이유로 피해자의 주장을 배척하였습니다. 따라서 이 부분은 증거관계에 대한 판단이 무엇보다 중요한데, 증거기록을 전혀 접하지 못한 본 위원회가 이에 대하여 의견을 개진하는 것은 적절치 못하다고 보입니다.

다만, 그럼에도 불구하고 지적하고 싶은 점은 피고인의 항변 내용입니다. 만약 피고인과 피해자의 관계가 피고인 주장과 같이 합의에 의한 관계였고 피해자의 태도가 그토록 적극적이었다면, 피고인과 피해자는 간음 행위 외에도 집무실이나 차량 안 등 단 둘이 있는 여러 상황에서 다양한 수위의 성적 접촉을 하였을 가능성이 매우 큼니다. 그렇다면 피고인으로서는 그러한 접촉 행위를 일일이 구별하여 진술하지는 못하더라도 피해자와의 사이에서 어떤 식으로 신체접촉이 있었는지, 특히 기억에 남는 피해자의 행동이나 대화 내용 등에 대하여 구체적인 진술을 하는 것이 자연스럽습니다.

그러나 판결문을 통해 확인되는 피고인의 주장은, 각 강제추행의 점에 대하여 신체접촉 자체가 없었거나, 설령 접촉이 있었다더라도 애정에 기한 합의된 신체접촉이었다는 것으로서 너무나 소극적인 내용이며(판결문 9쪽), 피해자 주장에 대한 소극적이고 방어적인 변명 이외에 피고인이 먼저 새로운 사실을 언급한 내용이 전혀 없는 것으로 보입니다.

항소심 공판 과정에서는 이러한 점을 감안하여 증거관계에 대한 판단이 잘못된 것이 없는지 면밀히 심리하여 주시기 바랍니다.

#### IV. 결론

이상 살펴본 바와 같이, 이 사건 원심 판결은 성인지 감수성의 관점에서 살펴보았을 때 성폭력 피해자에 대한 잘못된 편견에 기반한 중대한 오류를 여러 곳에서 범한 것으로 생각합니다. 아무쪼록 본 위원회의 이 의견서를 참고하시어 충실하고 면밀한 심리가 진행되고 이를 통해 실체적 진실의 발견 및 설득력 있는 판결이유가 작성될 수 있기를 간절히 희망합니다.

마지막으로 실체적 진실 발견 외에도 항소심 공판 과정에서 피해자가 2차 피해를 겪지 않도록 귀 재판부의 각별한 관심과 주의를 요청 드립니다. 대표적인 것이 원심에서의 피고인 아내의 증인신문 절차입니다. 피고인 아내는 이 사건 공소사실과 직접 관련된 내용을 경험하거나 목격한 사실이 없으며, 단지 간접적으로 피고인과 피해자 사이의 관계를 추단할 수 있거나 피해자 진술의 신빙성을 가늠할 수 있는 내용에 대해 증언하였을 뿐입니다. 이와 같이 간접적인 의미만 있는 내용도 이 사건과 관련성이 있는 것으로 보는 것이 타당한지도 의문이지만, 설령 관련성을 인정하더라도 원심 재판

부가 증인신문을 비공개로 전환하지 않음으로써 사실상 피고인과 동일하게 볼 수 있는 피고인의 아내가 일방적으로 피해자를 매도하고 비난하는 내용을 여과 없이 공개하고 그 내용이 언론에 대대적으로 유포되도록 사실상 허용한 것은 굉장히 심각한 2차 피해라고 볼 수밖에 없습니다.

법원은 지난 2011년 성폭력 피해자가 재판부로부터 모욕적인 증인신문을 받았다는 유서를 남기고 자살한 뼈아픈 사건을 겪은 바 있습니다.<sup>23)</sup> 이후 증인보호관 제도, 피해자 변호사 제도 등 공판 과정에서의 피해자 보호를 위한 여러 제도가 마련되었으나, 여전히 재판부의 관심과 주의를 요하는 부분이 많이 있습니다. 이 사건이 단지 대중들에게 흥미로운 가십거리로 소비되지 않도록, 그 과정에서 피해자가 성폭력 피해 보다 더한 2차 피해를 겪는 일이 없도록 적절한 조치를 부탁드립니다.

2018. 11. 23.

제출자

민주사회를위한변호사모임 여성인권위원회  
서울 서초구 법원로4길 23 대덕빌딩 2층  
위원장 위은진

서울고등법원

제12형사부

귀중

23) 뉴스스 2011. 9. 20.자 기사, 「이은재 “법원, 성폭행 피해자 보호해야”」