

이화여자대학교 대학원

2003학년도

석사학위 청구논문

단순강간(simple rape)의
형사법상 판단기준에 관한 여성주의적 연구
-법 적용 및 해석에서의 '합리성(reasonableness)'을 중심으로-

여 성 학 과

장 다 혜

2004

단순강간(simple rape)의
형사법상 판단기준에 관한 여성주의적 연구
-법 적용 및 해석에서의 '합리성(reasonableness)'을 중심으로-

이 논문을 석사학위 논문으로 제출함

2004년 1월

이화여자대학교 대학원

여 성 학 과 장 다 혜

장 다 혜의 석사학위 논문을 인준함

지도교수	조 순 경	

심사위원	김 은 실	

	양 현 아	

	이 영 란	

이화여자대학교 대학원

목 차

논 문 개 요	2
 I. 서론	1
A. 문제제기 및 연구목적	1
B. 기존논의 검토 및 개념적 틀	6
1. 강간법에 관한 기존 논의	6
2. 성적 자기결정권에 관한 기존 논의 검토	13
3. 여성의 성적 자기결정권 침해 행위로서 강간	19
C. 연구과정 및 연구방법	23
 II. 형법상 강간죄의 판단기준	27
A. 법원의 명시적 판단기준	27
1. 강간죄의 구성요건인 “폭행 또는 협박”	27
2. 어떤 증거가 ‘진실’로 인정되는가? : 경험칙에 기초한 합리성	31
B. 강간죄에 대한 ‘합리적’ 판단을 구성하는 요소들	38
1. 강간 발생 이전 피고인과 피해자의 관계	39
2. 피해자와 가해자의 최초 접촉상황 : 강간 전 피해자의 ‘자발성’	40
3. 강간 후 피해자의 태도	41
4. 강간 당시 주변인들에 대한 피해자의 구조요청	42
5. 강간 도중 피고인에 대한 피해자의 태도	44
6. 강간직후 신속한 고소 여부	45
7. 피해자의 과거 품행 — 피해자의 성력 (sexual history)	46
 III. 형법상 강간죄 적용에서 구현되고 있는 법의 ‘합리성’	63
A. 강간죄의 보호법익과 강간죄 적용 사이의 괴리	63
1. 형법상 강간죄 : 여성의 성적 자기결정권 침해	63

2. 법적으로 인정되는 강간 : 단순강간(simple rape)이 배제되는 메커니즘	67
가. 성관계의 경험과 가능성 : 피해자와 피고인의 관계	70
(1) 이는 관계에서의 강간(acquaintance rape)	70
(2) 아내강간과 이는 관계에서의 강간 사이의 공통된 맥락 : 성관계의 경험과 가능성	72
(3) 성관계의 경험 혹은 가능성의 확장 : 강간/피해자의 품행과 '보호할 가치 있는 정조'	76
나. 이성애 섹슈얼리티 구조에서의 강간과 성관계의 구분	79
다. '단순강간'으로의 범주화	82
B. 단순강간 판례에서 구현되고 있는 '법의 합리성'	84
1. 성별화된 범죄로서의 강간	85
2. 남성의 언어와 관점에 따라 구성되는 여성의 강간 피해경험	88
가. 남성의 시각과 언어로 구성된 '침해'의 내용	89
나. 피해자의 경험이 배제된 '피해자다움' : '피해자다움'에 대한 법원의 요구	91
다. 합리성에 대한 법원의 문제구성방식	94
3. 성별화된 '합리성' : 비어있는 권리인 '여성의 성적 자기결정권'	100
IV. 여성의 경험과 언어에 기초한 합리성의 구성을 위하여	104
A. 페미니스트 법학의 전제와 방법론에 대한 고민	104
B. 미국에서의 강간죄 구성요건에 관한 '합리적' 해석의 변화	107
1. 1970년대 중반이전 : 저항요건 및 확증요건의 요구	108
2. '강제력'과 '비동의'에 관한 해석의 변화: 저항요건의 폐지	110
가. '강제력 요건(forcible compulsion)'의 해석과 한계	111
(1) '강제적 강요' 요건의 확장과 실패	111
(2) '합리적 공포' 기준의 한계	118
나. '비동의(nonconsent)' 요건에 대한 해석과 한계	129
(1) 고의의 판단기준인 '동의에 대한 합리적 신뢰'에 대한 비판	129
(2) '저항요건'으로의 회귀	131
3. 여성의 경험과 언어에 기초한 '동의'의 해석	139
C. 여성의 경험과 언어에 기초한 '합리성' 구성의 가능성	144

V. 결론	147
-------------	-----

참고문헌	154
판례	162
Abstract	165

표 목 차

<표 1> 법원의 명시적 판단기준에 따른 단순강간 판례 및 사건개요	33
<표 2> 법원의 강간죄판단기준인 '합리성'의 판단요소에 따른 단순강간 판례 분류	49
<표 I> 단순강간판례 중 강간죄 성립 인정 판례의 사건 개요 및 특징	151

논 문 개 요

본 연구는 강간죄의 추상적인 구성요건을 구체적인 현실에 적용할 때 ‘합리적으로 판단’함에도 불구하고 성적 자기결정권이라는 보편적인 권리를 보호법익으로 제시하고 있는 형법상의 강간죄에서 특정한 종류의 강간이 체계적으로 배제되고 있는 현실에 대한 문제제기로 출발한다.

본 연구는 구체적인 여성의 경험을 통해 현실에서부터 문제를 출발하고, 현실의 구체적인 지점에서 법의 변화를 사고하고자 하는 페미니스트 법학의 문제의식에 기반하여 진행되었다. 법의 영역에 여성주의가 적극적으로 개입하면서 여성의 경험을 보충하는 것이 아니라 여성의 시각과 언어를 통해 기존의 법 언어와 법체계를 새롭게 구성하고자 하였다.

현행 형법에서 제기하는 강간죄의 구성요건은 “폭행·협박”의 강제력과 그의 기준인 ‘피해자의 저항’으로 확인되는 ‘동의여부’이다. 이러한 강간죄의 추상적인 구성요건을 구체적인 현실에 적용·해석할 때 형법은 ‘합리적으로 판단’할 것을 요구한다. 그러나 중립적이고 객관적으로 기대되는 법의 합리적인 판단에 의해 구체적인 사건들을 판단할 때, 이는 관계거나 물리적인 강제력을 입증하기 어렵거나 피해자가 매춘여성인 강간 사건들의 경우 피해자의 의사에 반해 강요된 성관계임에도 불구하고 강간죄로 처벌받기 어렵다. 형법상 강간죄가 보편적인 성적 자기결정권을 보호하고자 하는 목적을 가지고 있음에도 불구하고 특정한 종류의 강간을 법의 영역에서 배제하는 합리성의 ‘메커니즘’이 존재하는 것이다.

구체적인 강간죄 성립 여부를 검토할 때 법원은 피해자와 피고인의 관계, 피해자와 가해자의 최초 접촉상황에서 피해자의 ‘자발성’ 여부, 강간도중 피고인에 대한 피해자의 태도, 강간 후 피해자의 태도, 강간 당시 피해자의 주변인들에 대한 ‘구조요청’ 여부, 강간직후 ‘신속한 고소’ 여부, 피해자의 과거 품행과 성력(sexual history)의 합리적 판단의 요소가 있다. 그러나 구체적인 판례를 통해 보았을 때, 다른 요소들보다 강간죄 성립여부에 큰 영향을 미치는 요소는 피해자와 피고인과의 관계이다. 판례들을 분석한 결과, 이성간에 성관계의 경험이나 가능성이 있는 관계에서 강제적 성행위가 강간으로 인정되지 않는다. 이는 법원이 ‘강제적 성관계와 합의에 의

한 성관계가 구별하기 어렵다고 판단하기 때문인데 이러한 인식은 한국사회의 성별화된 이성애적 섹슈얼리티 구조 속에서 성(性)에 관한 사회적·문화적 맥락과 현행 법체제 내에서의 성(性)에 관한 태도와 연관되어 있다. 남성적인 법의 언어와 관점에서 여성의 성적 자기결정권은 여성의 경험으로 설명되지 못한다.

이러한 법적 현실에서 아내강간이나 비동의 간음죄 등의 특정 종류의 강간이 법에서 성립할 수 있도록 구성요건을 추가하는 것으로는 형법상 강간죄와 관련된 문제를 완전히 해결할 수 없다. 이 때 에스트리치의 '단순강간'은 어느 관계에서 일어나는 물리적 강제력이 없는 강간이 형법상 강간죄에서 배제되는 데에 성관계의 경험 혹은 그 가능성과 관련된 하나의 메커니즘이 작동한다는 것을 보여주는 데에 유용한 범주이다. '단순강간'의 범주를 통해 법원이 강간의 경험을 누구의 시각과 언어로 판단하고 해석하고 있는지를 분명하게 보여줄 수 있다. 법의 '합리성'은 여성의 섹슈얼리티와 관련된 영역에서, 특히 성관계의 경험이 있거나 그러한 경험의 가능성이 있는 단순강간의 경우에 더욱 남성의 경험과 관점에 기반하여 구성된다. 이러한 '법의 합리성'이 작동될 때 강간에 관한 여성의 경험은 지속적으로 대상화된다.

본 논문에서는 여성의 성적 자율성(sexual autonomy)과 몸의 통합성(bodily integrity)을 침해하는 모든 행위를 규제할 수 있도록 여성의 시각과 언어에 기초한 성적 자기결정권과 법의 합리성을 구성할 수 있는지 그 가능성을 검토해 보았다. 이를 위해 미국 강간법에서 강간죄의 구성요건, 특히 '동의'를 둘러싼 역사적 변화를 살펴보았다. 미국 페미니스트들의 <강간법개정운동>으로 1970년대 주형법의 변화를 1980년대 주 최고법원들이 해석하는 과정에서 강제적 요건에 관한 해석의 확대나 비동의요건에 관한 다양한 해석이 시도되어 왔다. 그러나 성별화되어 있는 '법의 합리성'과 남성중심적인 법언어에 대한 고려없이 강간죄의 구성요건에 대한 해석을 변화시키는 것으로는 여성의 경험에 기초한 성적 자기결정권을 실현할 수는 없다. '여성이 동의하지 않은 강제적 성행위를 강간으로 인정한 강간법과 판례 등의 등장은 이러한 문제를 극복할만한 실마리를 던져준다. 이는 단지 단순강간을 형법상 강간죄로 인정했다는 것만을 의미하지 않으며, 기존의 여성의 '동의'에 대한 형법의 개념과 평가를 변화시킨다. 이는 곧 그동안 법에서 동의할 수 있는 주체로 인정하지 않았던 여성을, 성적 자기결정권을 가지고 동의하거나 거부할 수 있는 주체로 인정했음을 의미하는 것이다.

본 논문에서는 여성의 경험과 관점을 기반해 구성된 언어를 통해 '법의 합리성'을 구성하는

것은 단지 여성의 경험을 첨가하는 것이 아니라 기존의 법의 남성적 가치와 언어를 변화시키기 위한 가능성을 검토할 필요성을 제기한다. 이것이 법의 영역에 여성주의가 적극적으로 개입하면서 법의 남성적 가치와 언어를 변화시키기 위한 방법이 될 수 있을 것이다.

주제어 : 단순강간(simple rape), 법의 합리성(reasonableness), 성적 자기결정권, 형사법에서의 판단기준, 형법상 강간죄

I. 서론

A. 문제제기 및 연구목적

1990년대부터 한국 여성단체들은 본격적으로 형법 내 성폭력 관련 조항의 개정 및 특별법 제정을 위한 운동을 벌여왔으며, 1993년 <성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률>의 제정, 1995년 <형법>의 개정, 1999년 <남녀차별금지및구제에관한법률>이 제정되는 성과를 이끌어내었다. 그러나 이러한 법조문의 변화에도 불구하고, 한국의 법 현실에서 여전히 강간죄나 강간치상죄 등 성폭력 범죄의 위법성을 법적으로 인정받는 일은 어려우며¹⁾, 심지어 성폭력이 발생했을 때 피해자가 가해자를 처벌하기 위해 법에 호소하는 일조차 피해자를 비난하는 사회적 시선과 수사 등 형사절차상의 문제²⁾로 인해 힘든 상황이다. 왜 현행법을 통해 강간 등 성폭력의 문제를 해결하려고 할 때 여전히 이러한 어려움이 존재하고 있는가? 사실 그간 성폭력 관련법의 제·개정 과정을 통해 강간죄에 대한 사법기관이나 일반 사람들의 인식이 변해왔으며, 낯선 사람에 의해 물리적인 폭력이 수반되어 발생하는 강간의 경우에는 큰 어려움 없이 신고하고 재판 받을 수 있을 뿐만 아니라 유죄판결도 받을 수 있게 되었다. 그러나 문제는 여전히 발생하는 강간의 대부분을 차지하는 ‘아는 관계에서의 강간’을 법적으로 문제삼기 어렵다는 데에 있다³⁾. 심각한 가정폭력 문제인 아내강간은 그동안 여성운동가들과 학자들의 지속적인 문제제기에도 불구하고 ‘부부사이의 특수성’이라는 모호한 이유로 형법상의 강간죄로 인정되지 않으며, 데이트

-
- 1) 자세한 내용은 박은정(1996a), 최은순(1993), 배은경(1997), 한인섭(1994), 최일숙(1999) 등을 참조할 것.
 - 2) 자세한 내용은 조중신(2003), 표창원(2003), 정현미(1999), 한국형사정책연구원(1999a) 등을 참조할 것.
 - 3) 한국성폭력상담소에 의하면 연간 상담건수 중 아는 사람에 의한 성폭력이 전체의 70%를 차지한다고 한다. 자세한 내용은 한국성폭력상담소 홈페이지(<http://www.sisters.or.kr/protection/pilsu2.html>)를 참조. 러셀(Russell)이 1978년 샌프란시스코에서 실시한 연구조사에 따르면, 전체 강간의 82%가 아는 사람에 의해 일어나며 이 중 경찰에 신고되는 것이 10% 미만이다(Russell and Howell, "The Prevalence of Rape in the United States Revisited", at 688; Estrich(1995:32)에서 재인용) 이명선(1989)은 강간을 경험한 자신의 연구대상 중 88%가 아는 관계에서 발생한 사례라는 점을 보여주면서, 일반적으로 강간은 낯선 관계에서보다 주로 아는 관계에서 일어나고 있음을 지적한다. 에스트리치(1987; 이영란 역, 1996:30-6) 또한 경찰에 신고된 사례들 중 낯선 이에 의한 강간이 차지하는 비율이 매우 높으나, 의식 조사를 통해 보았을 때 아는 관계에서 발생하는 강간이 전체의 82%를 차지한다는 러셀의 조사를 인용하면서, 아는 관계에서 일어난 강간을 ‘강간죄’로 인식하거나, (인식한다 해도) 신고하기 힘들다는 사실을 보여주고 있다.

강간(date rape)이나 친밀한 관계에서의 강간(intimacy rape) 등 아는 사람에 의한 강간(acquaintance rape)에 대한 사회적 인식이 확산되고 있음에도 불구하고 여전히 법적으로는 강간죄가 성립하기 어려운 것이 현실이다.

최근 미국 캘리포니아주 대법원의 판례에서 비롯된 일리노이주의 새로운 강간법⁴⁾은 이러한 한국의 법 현실에 시사하는 바가 크다. 일리노이주의 새로운 강간법에 의하면, “성관계 혹은 성적 접촉에 대해 동의한 사람이 성관계 혹은 성적 접촉의 과정에서 동의를 철회한 후에도 상대방이 성행위를 중단하지 않는다면 강간으로 처벌받는다”⁵⁾. 이는 단순히 아는 관계일 뿐만 아니라 심지어 성관계에 동의한 사람과의 관계에서도 “피해자가 동의하지 않는 성관계는 강간이다”라는 강간의 실질적 정의를 확인시켜준 것이며, 강간 피해자의 ‘동의여부’는 ‘피해자의 저항’이 아니라 “안 돼”라는 말로 충분하게 되었다는 것(“no” means “no”)을 의미한다.

그렇다면 한국에서는 아는 관계에서 일어나는 ‘피해자의 의사에 반한’ 성관계가 현행 형법상의 강간으로 성립될 수 있는가? 독일이나 미국 등과 마찬가지로 우리나라 현행 형법의 강간죄는 ‘원치 않는 성관계를 하지 않을 권리인 개인의 성적 자기결정권(a right to sexual autonomy - the right to self-determination in matters of sexual life)을 보호법익으로 하고 있다. 이는 곧, 가해자와 원래 아는 사이였는지 혹은 가해자에게 얼마나 적극적으로 저항했는지의 여부에 관계없이, “원치 않는 성관계였다”는 사실만으로 법리상 강간죄가 성립해야 함을 의미한다. 그러나 실제 법이 해석·적용되는 현실에서는 강간죄 성립의 요건인 피해자의 ‘동의없음/원치않음’을 입증하기 위해서 “그 성관계를 원치 않았다”는 피해자의 의사표시만으로는 충분치 않다.

피해자가 대부분 여성이고 가해자가 남성인 강간 등의 성폭력은 여성과 남성의 관점과 경험의 차이가 큰 영역인 동시에 어떤 면에서는 여성과 남성의 이해가 완전히 대립되는 영역이다 (Forell & Matthews, 2002:7-8). 가해자와 피해 여성 둘만 있는 은폐된 공간에서 발생하는 강간 범죄의 특성상(심영희, 1992) 범죄입증 증거가 대부분 당사자들의 진술인 상황에서, 원치 않는 성관계

4) “New rape law in Illinois protects people who change mind during sex(AP)”
(<http://cnews.canoe.ca/CNEWS/World/2003/07/29/149066-ap.html>)

5) Section 5. Sec. 12-17. Defenses. (c) **A person who initially consents to sexual penetration or sexual conduct is not deemed to have consented to any sexual penetration or sexual conduct that occurs after he or she withdraws consent during the course of that sexual penetration or sexual conduct.**(강조는 인용자)
(<http://www.legis.state.il.us/legislation/publicacts/fulltext.asp?Name=093-0389>)

로 인해 성적 자기결정권이 침해되었음을 어떻게 입증·판단할 것인가는 법에서 중요한 쟁점이다. 이러한 입증 및 판단에 있어 형법은 ‘보편적인 인권’을 위해 ‘보편적인 기준’에 입각하여 ‘객관적’이고 ‘합리적으로’ 사건을 판단할 것이라 기대된다. 실제 객관적인 법의 판단 및 적용을 위해 현행형법에서는 죄형법정주의(형법 제1조 1항, 12조 1항, 13조 1항)라는 장치를 마련하고 있다. 법률에 규정된 죄에 대해서만 처벌할 수 있다는 죄형법정주의는, 절대군주의 권력남용과 자의적 법 적용을 제한함으로써 근대적 질서를 확립하고자 했던 역사적 배경 속에서 객관적인 기준으로 제시되었다. 그러나 이성(reason)을 바탕으로 객관적이고 보편적인 기준이 제시될 수 있다는 믿음 아래 법의 존재가 정당화되었으나, 추상적으로 명문화된 규정만으로 구체적이고 다양하게 변화하는 현실을 규율할 수는 없다. 추상적인 법규정을 구체적인 현실에 적용할 때의 기준이 바로 ‘합리성(reasonableness)⁶⁾’이다. 일반적으로 특정 행위의 위법성을 결정할 때, 법은 ‘행위자가 합리적으로 행위했는지’의 여부를 묻으며, 법 집행자는 기본적으로 이러한 ‘합리성’에 의해 불가치적이고 중립적으로 판단할 것이라고 기대된다. 그러나 실제 피해여성과 가해남성의 경험과 관점이 상반되는 강간사례, 특히 흥기의 사용 등 물리적인 폭력이나 협박이 존재하지 않거나 알고 있는 가해자에 의해 발생하는 ‘단순강간(simple rape)⁷⁾’ 사례 판단 과정에서 법의 ‘합리성’은 과연 불가치적이고 (특히) 성 중립적으로 구현되고 있는가?

본 연구는 강간죄가 성적 자기결정권이라는 보편적인 권리를 보호법익으로 제시하고 있음에도 불구하고 강간의 대부분을 차지하는 ‘단순강간’ — 이는 사람에 의해 발생하고⁸⁾ 가시적이고 중요한 물리적 강제력이 행사되지 않은 강간 — 이 왜 현행 법체계에서 강간죄로 인정되기 어려운가라는 질문에서 출발한다. 강간죄의 추상적인 구성요건을 구체적인 현실에 적용할 때 ‘합리성’에 근거한 객관적이고 중립적인 판단이 어떻게 성별적으로 작동하며, 피해 여성의 경험이 (보편 합리, 이성이 아닌) ‘특수’, ‘예외’, ‘비합리’로 해석되는 권력 작동 양상은 구체적으로 어떠한가?

6) 이때의 합리성은 자신에게 가장 유용하고 이익이 되는 것을 선택한다는 효용 극대화의 개인주의적 합리성(rationality)이라기 보다는 일반적이고 상식적인 경험칙에 기반한 합리성(순리성, reasonableness)을 의미한다. 자세한 내용은 박효중(1994)를 참조할 것.

7) 용어에 대한 설명은 I 장의 D의 핵심용어정리를 참조할 것.

8) 여기에는 아는 관계에서 발생한 강간(acquaintance rape)이나 친밀한 관계에서의 강간(intimacy rape), 데이트 강간, 혹은 아내 강간 등이 모두 포함된다.

본 연구는 법에서의 객관성을 지지해주는 법사상이나 인식론이 사실상 성차별을 재생산하고 있다고 비판해온 여성주의 인식론 및 페미니스트 비판 법학과 기본 문제의식을 같이한다. 그동안 많은 페미니스트들과 페미니스트 법학자들에 의해 법의 남성중심성에 대한 비판이 전개되어 왔다. 이러한 비판은 사실상 근대적 자유주의 법체계가 기반하고 있는 객관성과 보편성의 세계에 대한 비판이다. 페미니스트 인식론에 따르면, 세상을 통해 얻는 지식이란 결국 특정한 역사적 시공간 안에서 상황지어진(situated) 주체에 의해서 생산되어지는 것이기 때문에 보편성을 확보하는 전제로서의 객관성이 확보될 수 있다는 주장은 근대의 환상이며 어떤 종류의 신념일 뿐이다(Harding, 1993; Haraway, 1991). 페미니즘의 이러한 비판은, 가부장적인 사회에서 통용되는 보편성, 객관성, 합리성이 사실은 매우 성별화(gendered)되어있다는 자각에서 출발한다. 일반적으로 법은 그러한 보편적인 객관성을 바탕으로 성 중립적이고 합리적인 삶의 원리를 제공하는 것으로 간주되며, 이에 비해 여성은 비합리적, 주관적, 상황적, 유동적 특성이 있는 존재로 여겨진다. 이 단순하지만 유효한 특성화는 이성/감정, 능동/수동, 독립/의존과 같은 남성과 여성간의 이분법에 기반하고 있다.⁹⁾ 이러한 상황 속에서 만약 여성과 남성의 체험이 구조적으로 상이하게 조직되어 있다면, 남성의 체험과 삶의 세계 — 그들의 경제활동, 가족체험, 성적 욕구 — 가 ‘인간’의 것으로 법에 반영되어 있을 것이다(양현아, 2003).

그러나 자유주의적 법체계 자체가 구조적인 불평등을 내재하고 있으며 객관성과 중립성은 남성의 경험과 언어로 구성되어 있다는 분석은 이데올로기적인 층위에서만 가능하고 또 의미 있다. 구체적인 현실에서 법은 그러한 객관성·중립성을 일관성 있게 실행·관철한다기 보다는 일종의 복잡한 사회적 실천으로 이해되어야 한다(Olsen, 1984:400-1). 남성의 경험과 언어로 구성된 법 자체의 가부장성에도 불구하고 한국 사회에서 법의 제·개정을 위한 여성단체들의 적극적인 운동을 통해 성희롱과 같이 실제 그동안 법의 영역에서 배제되어 온 여성의 성폭력 경험이 문제화되고 법제화되어 온 현실은 이러한 시각을 통해 설명될 수 있다. 법을 다양한 권력이 충돌하는 장(field)이자 복잡한 사회적 실천으로 보는 관점은, 여성주의적 관점이 기존 법학에 적극적으로 개입할 수 있는 여지를 만들어 준다. 여성주의 인식론에 기반하여 법의 ‘합리성’을 재검토함으로써 성적 불평등과 억압구조를 구성·유지·강화시키는 법 역할을 중단시키고 여성의 관

9) Carol Smart, "The Woman of Legal Discourse," *Social & Legal Studies*(Sage: London), vol.1 (1992), pp.29-44; 양현아(2003)에서 재인용.

점에서 법 원리를 해석하고 여성의 경험에 비추어 현실을 분석하며 여성의 이익과 욕구를 반영하는 정책을 고민할 수 있도록 하는 것(박은정, 1996a:20-1)이 여성주의적 관점에서 법에 개입하는 목적이다.

본 논문은 강간죄의 추상적 구성요건을 구체적인 현실에 대입하는 과정에서 법원이 구현하는 ‘합리적 판단’이 어떻게 성별화되어 드러나는가를 구체적인 판례들을 통해 분석하고, 그 대안으로 여성의 경험과 관점이 어떻게 법의 ‘합리성’으로 구성될 수 있는지를 검토하려고 한다. 이를 통해 성별화 되어 있는 죄인 강간죄 구성요건 해석 및 적용의 변화와 여성주의적인 대안을 모색함으로써, 남성의 경험과 관점에서 구성되어 왔던 법 해석 및 판단의 기준을 변화시킬 수 있는 가능성을 검토해보려고 한다.

본 논문의 구체적인 내용은 다음과 같다.

2장에서는 현행 형법상 강간죄의 판단기준을 분석할 것이다. 우선 법원이 강간죄 조항에 명시된 추상적인 범죄구성요건인 “폭행·협박”을 구체적인 현실에 적용·해석할 때 무엇을 ‘합리적 판단’으로 제시하고 있는지를 법학이론 및 대법원 판례를 중심으로 살펴본다. 그리고 1980년대 중반부터 2000년대까지 법원에서 강간죄 성립을 부정했던 강간관련 판례들을 분석하여, 법원이 ‘합리적 판단’을 위해 고려하고 있는 판단요소들을 유형화할 것이다.

3장에서는 우선 형법상 강간죄가 보호법익으로 제기하고 있는 성적 자기결정권과 강간죄의 관계와 그 함의를 살펴보고, 보편적 권리로서의 성적 자기결정권이 강간죄 정의의 핵심임에도 불구하고 특정한 종류의 강간이 형법상 강간죄의 범주에서 체계적으로 배제되고 있는 현실에 대해 문제를 제기할 것이다. 그리고 구체적인 판례에서의 강간죄 성립에 있어 이렇듯 배제의 방식으로 작동하는 합리성의 메커니즘이 무엇인지에 대해 분석할 것이다. 이러한 메커니즘을 드러내기 위한 ‘단순강간(simple rape)’이라는 범주와 그 유의미성을 제시하고, 이를 통해 강간죄에 대한 ‘합리적 판단’이 구체적인 판례들 속에서 어떤 식으로 구현되고 있는지, 그리고 그러한 법적 ‘합리성’의 언어가 왜 피해자의 강간 피해경험을 설명하지 못하는지를 한국사회의 성(性)에 관한 사회적·문화적 맥락과 현행 법 체제 내에서의 성(性)에 관한 태도와 연관지어 살펴볼 것이다.

4장에서는 여성의 섹슈얼리티와 관련한 법에서의 합리성과 그러한 법의 언어와 가치가 성별화되어 있을 때 페미니스트들이 여기에 어떻게 개입해야 하는가 라는 질문을 전제로, 여성의 성적 자율성(sexual autonomy)과 몸의 통합성(bodily integrity)을 침해하는 모든 행위를 규제할 수 있도록 ‘법의 합리성’을 여성의 시각과 언어를 통해 재구성할 가능성을 검토하고자 한다. 이를 위해 미국 강간법에서의 형법상 강간죄 구성요건인 ‘강제력’과 ‘동의’에 관한 해석이 역사적으로 어떻게 변화해 왔는지를 살펴볼 것이다. 여기서는 강간죄의 구성요건들을 ‘단순강간’ 범주에 속하는 구체적인 상황에 적용할 때 합리성이 어떻게 구현되고 있는지, 특히 여성의 ‘비동의’ 구성요건을 중심으로 합리성이 어떻게 해석되고 있는지에 분석의 초점을 맞추고자 한다.

B. 기존논의 검토 및 개념적 틀

1. 강간법에 관한 기존 논의

국내에서 성폭력 관련법에 관한 논의가 활발하게 이루어졌던 것은 1980년대 후반이었다. 1986년 부천서 성고문사건, 1988년 변월수씨 사건, 1990년 김부남씨 사건, 1991년 보은·진관 사건 등에 관한 재판이 진행되면서 강간에 대한 사회적인 문제제기가 있었다. 이러한 사건들은 한국의 형법이 강간당한 여성의 경험과 여성의 성(sexuality)을 어떻게 취급하고 있는가를 분명히 보여주었고, 이를 계기로 법에서의 강간 등 성폭력 관련법에 관한 연구들이 진행되었다. ‘정조를 보호법’으로 하는 성폭력 관련 당시 형법이 성폭력 문제를 해결하기는커녕 오히려 가부장적 성 인식을 더욱 공고히 하고 있다는 문제의식 속에서, 1991년부터 ‘한국여성의전화연합’과 ‘한국성폭력상담소’를 위시한 여성단체들은 ‘성폭력특별법제정운동’을 적극적으로 전개하기 시작했고, 성폭력 관련법에 대한 논의 역시 성폭력특별법의 제·개정 과정에서 활발히 진행되었다.

한국사회의 페미니스트 연구에서 성폭력 관련법에 대한 가장 큰 문제의식은 강간과 합의된 성관계를 구분하는 형법상의 기준이 여성의 성폭력 피해 경험과 고통에 적합하지 않다는 것이었다. 법원은 강간죄의 구성요건인 “폭행·협박”을 “피해자의 반항을 현저히 곤란하게 할 정도

의 폭행·협박“으로 해석함으로써, 강간과 일반적인 성관계를 구분하는 실질적인 기준을 여성의 ‘동의’유무가 아니라 여성의 ‘저항’정도로 만들어왔다. 이러한 태도는 강간죄를 판단함에 있어서 여성의 경험과 고통을 삭제해버리는 결과를 가져올 뿐만 아니라 피해자에게 ‘강간당했음’을 입증해야 하는 책임을 부당하게 지우는 것이다(박선미, 1989; 심영희, 1989; 배은경, 1997). 강제적 성을 정상적 성행위로 인식하는 한국 사회 문화의 섹슈얼리티 구조(장필화, 1999)가 이러한 강간죄의 형법상 기준과 법원의 태도와 결합해 성폭력 피해의 낮은 신고율, 검찰의 낮은 기소율, 그리고 기소된 사건의 가벼운 형량이라는 불합리한 결과를 가져오는 것이다(박선미, 1989:295). 이러한 현실은 한국 법원이 여성의 ‘성적 자기결정권’의 관점에서가 아니라 남성적 시각에서 보호되어야 할 성인 ‘정조의 보호’ 관점에서 성폭력의 위법성을 이해하고 있음을 보여준다(배은경, 1997).

이러한 현실인식 하에서 페미니스트 연구들은 ‘정조’가 아니라 ‘성적 자기결정권’의 침해로, 그리고 ‘저항’이 아니라 여성의 ‘동의’를 기준으로 성폭력을 재 정의할 것을 제안해왔다. 여기서 강간은 “당사자의 성에 관계없이, 또한 피해자의 저항형태나 정도에 관계없이 **상대방의 의사에 반한 강제적 성행위**”(이명선 1989:11, 강조는 인용자)이며 성폭력은 “상대방의 동의 없이 성적 자기결정권을 침해한 모든 행위(민경자, 1999:59)”를 지칭한다. 저항이 아닌 ‘여성의 의사에 반한 행위’로 강간을 포함한 성폭력을 개념화해야 한다(심영희, 1992; 박선미, 1989; 최은순, 1993; 한인섭, 1994; 배은경, 1997)는 문제의식 하에서, 성폭력관련법에 관한 연구들은 다음과 같은 법적인 변화를 주장했다.

첫째, 상대방의 동의 없는 성적 자기결정권 침해인 강간을 규제할 수 있도록 ‘비동의간음죄’를 신설하자는 주장¹⁰⁾이 그것이다. ‘비동의간음죄’는 항거곤란의 정도는 아니었지만 피해자의 동의 없이 간음·추행한 경우, 그리고 항거곤란을 입증하기는 어렵지만 동의가 없었음을 입증할 수 있는 경우, 저항의 외적 표시를 남길 여지가 없이 공포심에 짓눌려 당한 경우 등에도 가해자를 처벌할 수 있도록 하기 위한 조항이다(한인섭, 1994:37). 바트(Bart)는 이성애적 성을 ①합의적 성(남성, 여성 모두 똑같이 원하는 경우)으로부터, ②이타적 성(여성이 “안 돼”라고 거절하는 것에 대해 남자에게 미안하게 느끼거나 죄스럽게 느끼기 때문에 응하는 경우), ③순응적 성(안 함으로써 오는 결과가 함으

10) <성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률>이 제정되었던 1993년 이전에 이미 여성단체들에 의해 ‘비동의간음죄’ 신설 주장이 제기되어, 1993년 이후 이 ‘비동의간음죄 신설’에 관한 논의가 법학 내에서 활발히 진행된 바 있으며(최은순, 1993; 한인섭, 1994; 이영란, 1994), 최근까지 ‘비동의간음죄 신설’에 대한 논쟁이 지속되고 있다(서보학, 1998; 이상돈, 2003; 조국, 2003).

로써 오는 결과보다 나빠서 하는 경우), ④강간으로 나가는 연속선으로 개념화해야 한다고 지적한다¹¹⁾. 켈리(Kelly) 역시 많은 여성들이 비동의적인 성을 경험하고 있음에도 불구하고 이러한 경험이 강간으로 명명되고 있지 않다는 사실을 경험연구를 통해 밝혔다¹²⁾. 이처럼 현실에서 많은 여성들은 동의에 의한 성관계와 강간 사이의 연속선상에 있는 어딘가에 위치할 수 있는 비동의적인 성을 경험하고 있다(박선미, 1989:297). 최은순(1993:100)은 현행 형법이 이러한 비동의적인 성 중 일부만을 범죄로 규정하고 있다고 비판한다. 한인섭(1994:36-7) 역시, 현행 성폭력 관련법이 성폭력을 ‘항거불능 혹은 현저한 항거곤란의 폭행·협박’으로 규정함으로써 동의적 성과 물리적 강제에 의한 성 간의 중간지대를 무시한다고 지적하면서, 데이트 강간과 가정·직장 내의 성폭력을 문제삼는다. 즉, 법원이 남녀가 함께 여관에 들어갔거나 과거에 성관계 경험이 있는 경우 그 당시 피해 여성의 상황적 동의가 있었을 것이라고 간주함으로써, 여성의 성에 대한 자기결정권을 무시한다는 것이다. 이러한 법적 현실 속에서 비동의간음죄의 신설은 강간죄가 보호한다고 선언한 여성의 성적 자기결정권이 실제로 법 적용을 받을 수 있도록 하는 하나의 방법이 될 수 있을 것이다(한인섭, 1994:37).

그러나 비동의간음죄에 대해 반대하는 입장은 개인간의 사적인 관계에 국가의 형벌권이 과도하게 개입하는 것을 경계한다. 이러한 입장은 다시 크게 두 가지로 나눌 수 있다. 우선 첫 번째 반대 입장은 비동의간음과 같이 그 행위양태가 다양하고 외연이 불분명한 행위는 명확성을 본질적 요소로 갖는 형법상의 범죄로 규정되기 어려우며¹³⁾, 피해자의 동의여부가 구성요건이 될 경우 범죄행위자의 처벌 여부가 피해자의 의사에 따라 좌우된다는 ‘불합리한’ 결과(이영란, 1994:28)를 가져올 수 있다는 것이다. 여기서의 쟁점은 비동의간음이 과연 ‘추상적이며 모호한 마음의 상태를 기준으로 하기 때문에 형법상의 규제대상이 되기에 적합하지 않은가’이다. 그러나 형법상 강간을 제외한 다른 범죄(예를 들어 절도죄 등)에서는 ‘동의’ 여부, 즉 ‘상대편의 의사에 반하

11) Bart, P. (1983), "Womens of Right: Trading for Safety, Rules and Love", in *The New Women's Times Feminist Review*(Now/Dec), pp. 98-111; 심영희(1992:206-7)에서 재인용.

12) Kelly, L., (1987), "Sexual violence as a Continuum", in *Women, Violence and Social Control* (Hanmer and Maynard(eds), 1987), London: Humanities Press International, Inc.; 심영희(1992:207)에서 재인용.

13) 서보학, 「성폭력 범죄와 형법 정책」, 《현상과 인식》 제22권 1·2호(1998. 7), p. 57; 조국(2003:68)에서 재인용. 이에 대해서는 이영란(1994:28) 역시 “비동의간음 개념의 불명확성으로 인해 죄형법정주의에 위배될 수지가 있으며 실무 상 입증의 곤란이 있다”고 주장한다.

는 것만으로도 죄가 성립하는 “(협의의) 폭행·협박” 기준이 사용되고 있다. 즉, ‘피해자의 의사에 반하는 성교’인 비동의간음이 형법상의 다른 범죄에 비해 특별히 불명확한 외연을 가지고 있는 것은 아니라는 것이다. 그럼에도 불구하고 유독 강간죄를 판단할 때만 ‘의사에 반하였다는 것이 불명확하게 여겨지는 것은¹⁴⁾, 남성중심적인 성문화에서 여성이 성적인 호(好)/불호(不好)를 선택할 수 있는 주체로 받아들여지지 않고 있다는 사회·문화적 맥락을 보여주는 반증이다. 이러한 사회·문화적 맥락에 비추어볼 때 ‘비동의간음죄 신설’ 주장은 ‘여성의 성적 자기결정권’을 보호법익으로 하는 강간죄가 ‘피해자의 동의여부’가 아니라 ‘피해자의 저항여부 혹은 정도’를 사실상의 기준으로 삼고 있는 현실의 모순을 극복하기 위한 제안으로 볼 수 있다.

비동의간음죄 신설에 대한 또 다른 반대 입장은, 남성중심적인 성문화에서 여성의 성적 주체성과 이에 기반한 자기 결정을 구성하는 것은 형법적 차원이 아니라 사회·문화적 차원에서 이루어져야 할 문제이며, 과도한 형법의 개입이 오히려 여성 주체성의 영역을 축소시킬 수 있다는 전제에서 출발한다. 이상돈(2003:401-7)에 의하면, 비동의간음은 가해남성과 피해여성 사이에 ‘의사소통적 장애’가 발생한 상황이고 의사소통 방식은 곧 문화이기 때문에 형법상 법익개념에 담기 어렵다¹⁵⁾. 이러한 문화적인 영역에 형법이 개입하려는 이유는 보호해야 할 대상으로서 여성에 관한 성 역할 고정관념 때문이며, 그로 인해 성 평등한 성적 자기결정권의 실현이 불가능하다는 것이다. 조국(2003:67-9) 역시 여성의 성적 자기결정권에 대한 어떠한 침해도 형법을 통해 막아줘야 한다는 시각이 오히려 가부장적인 관념의 산물일 수도 있다는 점을 지적하면서, 항거

14) 에스트리치(Estrich, 1987:94)는 단순강간사건의 피해자가 “안 된다”라는 말 이상을 해야 한다는 요건은 사실상 형법에서 전례가 없는 것이라는 점을 지적한다. 다른 범죄들의 경우는 동의하지 않았다는 변론(consent defense)을 하는 것으로 충분하다. 다른 어떤 범죄도 그것을 실제적인 신체적 저항을 명령하는 것으로 정의하고 있지 않다. 예를 들어, 침입죄의 경우 일반적으로 표시를 한다거나 말로 경고하는 것만으로도 피해자의 비동의 의사표시 책임을 충족시키기에 충분하다. 강도사건의 경우 피해자가 범죄에 동의했다는 주장은, 오직 그 재산의 소유자가 적극적으로 절도의 계획과 실행에 가담했을 때만이 받아들여진다. 이 때 단순히 ‘수동적인 복종(submission)’이나 ‘수동적인 인정(assent)’은 ‘동의’로 간주되지 않는다. 그러나 강간죄의 경우, 피해자의 수동적인 복종이나 인정은 오히려 가해자와의 성관계에 대한 동의의 의사표시로 받아들여진다.

15) 조국(2003:68) 역시 비동의간음죄를 형법에 신설했을 때, 남녀간의 의사소통이 제대로 이루어지지 않은 사례까지 형사상으로 처벌될 수 있다는 점을 우려한다. 조국은, 합의에 따라 ‘입맞춤과 농도 짙은 애무’를 교환한 후 피고인의 성교요구를 피해자가 거부하였음에도 불구하고 피고인이 폭행 또는 협박 없이 성교를 감행했던 1992년의 ‘In re M.T.S. 판결’을, 피고인과 피해자 사이에 합의에 의한 애무가 진행되고 있었으나 애무에서 성교로 나아갈 것인가에 대해 남녀 사이의 의사소통이 제대로 이루어지지 않았던 것이며 남성이 여성의 거절의사를 의례적인 것으로 착오했던 사건임에도 불구하고 강간의 유죄를 선고한 것에 대해 ‘우려’를 표시한다.

곤란한 정도가 아닌 강제력으로 피해자의 동의 없이 간음·추행한 경우와 저항의 외적 표시를 남길 여지없이 공포심에 짓눌려 강간당한 경우 가해자를 처벌할 수 있도록 강간죄의 해석(‘진지한 저항’의 요건이나 ‘합리적 공포’의 요건을 통해)을 완화하는 것으로 현재 강간죄의 문제를 해결할 수 있다고 주장한다. 그러나 이는 조국 스스로 지적한 대로 여성이 상대방에게 강제적 성행위를 강요받는 상황에서 성교를 거절할 수 있을 뿐만 아니라 그 상황을 종료시킬 수 있다라는 전제 아래에서 가능하다(조국, 2003:69).

그러나 여기서 상기해야 할 것은 애초에 비동의간음죄 신설의 주장이 제기된 역사적·정치적 맥락이다. 이 주장은 여성이 거부했음에도 불구하고 이루어진 강제적 성행위가 형법상 강간죄로 처벌받지 않는 현실에 대한 문제제기에서 출발했다. 즉 현행 형법상 강간죄에는 감경적 구성요건이 없고 현실적으로도 강간죄가 인정되는 범위가 매우 좁기 때문에, 여성의 거부 의사표시에도 불구하고 ‘합법적으로’ 강간할 수 있는 불합리한 현실에 대한 문제의식에서 ‘비동의간음죄’가 강간죄의 감경적 구성요건으로 제시된 것이다. ‘비동의간음죄 신설’ 주장 자체가 성적 자기결정권을 보호하기 위한 강간죄가 그 입법취지와 달리 여성에게 불리하게 적용되고 있는 구체적인 현실의 문제를 수정하기 위해 제기되었다는 맥락을 고려하지 않은 채, 보편적 성적 자기결정권에 대한 이론적 논의를 전제로 비판을 전개하는 것은 적절치 않다.¹⁶⁾

둘째, ‘아내강간’을 처벌해야 한다는 것이다(이명선, 1989; 최은순, 1993; 이영란, 1994; 조국, 2001). 아내강간을 인정하지 않는 태도는 강간을 성적 자기결정권의 침해가 아닌 정조에 관한 침해로 보는 행위일 뿐이며(유기천, 1983; 최은순, 1993; 조국, 2001), 혼인 계약의 내용에 강요된 동침까지 포함된다고 할 수는 없으므로 부부관계가 해소되어 가는 경우는 물론 그렇지 않은 때에도 아내에 대한 강간죄의 성립을 인정해야 한다는 것이다(유기천, 1983:124). 그러나 한국 법학자들 대부분은 아내강간을 법적으로 처벌하는 것에 대해 반대하고 있으며, 다만 현실에서 발생하는 ‘심각한’ 아내 강간 문제를 해결하기 위해, 아내에 대한 폭행·협박에 의한 성교를 형법 제324조인 강요죄(김일수·서보학, 2003:156) 혹은 폭행죄·협박죄 및 상해죄(정성근·박광민, 2002:159; 황산덕, 1983:214)로

16) 사실 강제적인 성관계가 상대방의 동의 없이 억지로 한 성관계를 의미함에도 불구하고 ‘강제’와 ‘동의’를 구분한다는 점에서 “비동의간음”과 강간을 구분하는 것은 형용모순이다. 성적 자기결정권을 보호법적으로 하는 형법상의 강간죄가 그 입법취지에 맞게 죄의 성립여부를 여성의 의사를 중심으로 판단한다면, ‘강간죄’와 구분되는 별도의 ‘비동의간음죄’가 형법상에 신설될 필요 자체가 없어질 것이다. 다만, 현실적으로 비동의간음죄의 신설을 통해 폭행 또는 협박이 있는 경우와 없는 경우의 양형을 다르게 부과함으로써, 폭행 또는 협박 없는 비동의간음죄가 지금보다 쉽게 성립하도록 할 수 있을 것이다.

차별할 수 있다고 주장한다. 그러나 부부관계에 동거의무가 포함되어 있다고 하더라도 이러한 법 해석은 여성에게 폭행 또는 협박에 의해 강요되거나 강제된 성관계까지 ‘동거 의무’로 강요하는 결과를 가져오며, 이는 헌법상 보장된 평등권과 행복추구권, 그리고 자기결정권에 반하는 해석일 뿐이다.

물론 이러한 제안들은 현행 형법상 강간죄의 유죄성립이 어려운 이는 관계에서의 강간과 물리적인 ‘폭행·협박’이 없거나 입증하기 어려운 강간을 법의 영역에서 다루기 위한 시도들이다. 그리고 이렇게 구체적인 입법제안이 시급한 현실적인 문제를 해결하는 데 매우 유용할 것임에는 틀림없다. 그러나 형법상 강간죄의 유죄성립여부를 판단할 때 특정한 유형의 강간사건이 체계적으로 배제되고 있다는 사실에 주목할 필요가 있다. 즉, 법원이 강간죄 성립여부를 판단할 때 이는 관계에서의 강간이나 물리적인 ‘폭행·협박’ 없는 강간이 체계적으로 배제되고 있다는 것이다. 이러한 상황에서 현행 강간죄 판단의 메커니즘에 대한 비판과 수정 없이 특수한 유형의 강간죄 조항을 단지 추가하는 논의로는 강간죄의 성별적 작동을 변화시키기 어렵다.

뿐만 아니라 이렇게 특수한 유형의 강간죄 조항을 추가하자는 주장은, 여성에 대한 보호 대 (vs.) 평등 구도에 갇힌 과도한 논쟁을 불러온다. 평등을 주장하는 입장에서는 사적 영역에서의 권리인 성적 자기결정권 행사과정에 형법이 (강간죄를 통해) 과도하게 개입하는 것은 여성에 대한 특별보호일 뿐이며, 이러한 특별보호는 ‘성적 자기결정권’을 향유함에 있어서 여성의 ‘능력’이 남성보다 모자란다는 것을 전제로 하기 때문에 여성에 대한 사회적 고정관념을 강화하고 여성을 불평등한 상태로 묶어두는 결과를 가져온다고 비판한다. 그러나 이러한 사적 영역/공적 영역, 혹은 자유/보호 식의 논의들은 사적 영역에서 관찰되는 권력관계를 비가시화할 뿐만 아니라 법이라는 공적 영역에서 특정 종류의 강간(이는 관계에서의 강간이나 폭행·협박 없는 강간)이 체계적으로 배제되는 메커니즘을 문제화하기 어렵다. 즉, 폭행·협박 없는 강간 혹은 아내강간, 데이트 강간 등 각각의 강간죄에 대한 입법적 검토보다는 이러한 강간이 어떠한 방식으로 체계적으로 배제되고 있는지에 대해 분석할 필요가 있다는 것이다. 문제를 평등과 보호, 자율적 영역과 공적 영역을 양자택일적 구도 속에 위치짓기 보다는 피해자의 동의여부를 어떻게 판단하는가를 쟁점화하는 것이 이러한 전체적인 메커니즘의 문제를 드러낼 수 있다.

위와 같은 종류의 강간들이 하나의 동일한 메커니즘을 통해 체계적으로 배제되고 있음을 문제화하기 위해서는 이들을 통칭하는 개념으로 범주화하는 것이 필요하다. 이를 위해 본 연구는

어떻게 남성 규범이 강간에 관한 법에 영향을 미치는가를 명확히 보여주고 있는 수잔 에스트리치(Susan Estrich)의 연구 — 논문 “Rape(1986)”과 책 *Real Rape*(1987) — 에 기대고 있다. 에스트리치는 모든 강간을 동등하게 다룬다는 법의 주장에도 불구하고, 강간법을 실제 사건에 적용할 때에 법이 “동의 없는 성관계”인 강간에 관한 두 가지 범주를 만들어왔다는 사실을 보여준다. 첫 번째 범주는 신체적이고 물리적인 강제력을 사용하거나 이를 이용해 위협하는, (주로 2명 이상의) 낯선 사람에 의해 일어나는 강간이다. 에스트리치는 이러한 강간을 ‘가중강간(aggravated rape)’으로 범주화하면서, 이러한 가중강간만이 법에서 “진짜강간(real rape)”으로 받아들여진다고 주장한다. 그러나 아래의 판례분석을 통해서도 알 수 있지만, 이러한 가중강간의 경우라도 피해자의 품행이나 성력(性慾) 등에 따라 강간으로 인정되지 않는 예가 적지 않게 존재한다. 또 다른 범주는 바로 ‘단순강간(simple rape)’인데, 여기에는 아는 사람에 의해 일어나며 무기나 가시화된 신체적·물리적 강제력(force)이 없거나 강제력이 있었음을 입증하기 어려운 경우가 포함된다¹⁷⁾. 여성이 동의하지 않았음에도 불구하고, 심지어 이를 표현하기 위해 적극적으로 항의를 했음에도 불구하고, 강간으로 인정받지 못하는 경우가 많다. 이러한 상황에서 가해자가 여성의 신체적 저항을 강제적으로 억압하지 않았다면 좀처럼 강간죄의 유죄는 인정되지 않는다. 즉, 여성의 의사와 관계없이 특정한 상황에서, 특히 현재 친밀한 관계에 있는 사람이나 과거 친밀했던 사람, 이웃, 동료, 혹은 아는 사람에 의한 성관계는 주로 강간으로 인정되지 않는다. 또 아는 관계에서 일어난 강간사건의 대부분은 물리적 강제력이 없다. 이는 피해자들이 아는 사람에 대한 신뢰와 친밀성에 대한 기대 때문에 자신의 경험을 ‘폭력’이라고 즉각적으로 인지하지 못하거나 즉시 대응하지 못하는 경우가 대부분이기 때문이다. 이 ‘단순강간’이라는 범주를 통해, 왜 현행 법 체제에서 특정 종류의 강간이 강간죄로 인정되기 어려운가, 왜 강간죄의 적용 및 법 해석에 있어 피해 여성의 경험과 입장이 지속적으로 배제되는가, 그리고 객관적이라고 여겨지는 법에서의 ‘합

17) 에스트리치는 배심원들이 단순강간에 비해 가중강간의 경우에 유죄로 평결할 의향이 4배 더 많다는 통계를 보여주며 단순강간의 사례들을 제시한다. Kalven & Zeisel, *The American Jury*, Boston : Little Brown, 1966; Estrich, 1995:15-6에서 재인용. 한편 여기서 ‘단순강간’과 ‘가중강간’의 용어는 심각성의 ‘정도’를 위계화 하는 것이기보다는 강간이 발생하는 상황을 기술적으로 분류한 것이다. ‘단순강간’이라는 용어는 일반적으로 강간을 인정할 때 요구되는 추가적으로 가중되는 요소가 없음을 의미한다. ‘단순강간’이라는 용어를 사용하는 전제는 어떠한 강간의 경험들 사이에 더 중하고 덜 중하다는 위계가 없다는 것이다. 그러므로 ‘단순강간’과 ‘가중강간’ 사이에 어떤 것이 더 중한 죄이며 덜 중한 죄라는 식의 위계는 없다.

리적 판단이 누구의 시각과 언어로 어떤 경험을 기준으로 구현되고 있는가에 대한 전체적인 메커니즘을 파악할 수 있을 것이다.

2. 성적 자기결정권에 관한 기존 논의 검토

여성운동과 여성학 내에서 성폭력에 관한 가장 중요한 화두는 ‘성폭력 개념의 확장 및 재개념화’였다. 여성운동가들과 여성학자들은 성폭력을 여성에 대한 폭력(violence against women)으로 위치시켰으며, 성폭력 개념은 “상대방의 의사에 반한, 즉 동의 없는 성적 행위”로 확장되어 왔다. 페미니스트들은 정조에 관한 죄 이해되어 온 성폭력을 재개념화하기 위해 ‘성적 자기결정권’ 개념을 통해 반성폭력운동이 옹호하고자 하는 가치를 새로이 만들고자 했다. 그리고 이러한 논의를 바탕으로 법에서의 성폭력 개념을 성적 자기결정권 침해로 재정의하고 범죄유형을 확장시켜 성희롱까지도 포함하는 법 규정을 만들기 위한 성폭력 관련법 개정운동이 계속되어 왔다.

그러나 자유주의적 법체계 내의 권리개념인 ‘성적 자기결정권’의 침해로 성폭력을 재개념화하려는 시도는 자율적 영역과 공적인 영역, 혹은 자유와 보호 식의 이분법적인 논의에 묶이기 쉽다. 자유주의적 법 체제 속에서는, 모든 개인이 자신의 이익을 추구하고 서로의 이해가 충돌할 때에는 국가에 의해 중재를 받는 개인들로 사회가 구성되어 있다고 보며, 이 때 섹슈얼리티 문제는 사회적인 규제가 사라지고 성적 자유가 시작되어야 하는 ‘사적 영역’에서의 문제로 개념화된다. 그렇기 때문에 자유주의 법 체제 속에서 섹슈얼리티에 관한 권리는 개인의 인격권이자 자유권의 일종인 ‘성적 자기결정권’이라는 개인적 권리 개념으로 설명된다.

성적 자유주의자들은 남녀가 모두 동등한 성적 자기결정권을 가지고 있다고 전제한다. 이상돈(1999)의 논의는 이러한 성적 자유주의 논리에서 성적 자기결정권이 어떻게 이해되고 있는지를 잘 보여준다. 이상돈(1999:387)은 성폭력특별법의 제·개정 등 성폭력 범죄에 대한 형법정책이 국가가 여성에 대해 특별한 ‘우선적 보호조치’를 강화하는 방향으로 이루어지고 있다고 비판한다. 여성만이 객체가 되는 강간죄가 남녀모두 객체가 되는 강제추행죄보다 무겁게 처벌되고 있는데, 이는 성적 자기결정권을 향유하는 여성의 능력이 남성의 능력보다 모자라다고 전제하는 특별보호이기 때문에 사회적으로 불평등한 젠더(gender)에 기반한 성별성을 강화할 뿐이라는 것이다. 즉, 여성에 대한 특별보호가 남녀에게 평등하게 주어져야 할 성적 자기결정권을 불평등하게 만

들으로써 '강한 남자 - 약한 여자'라는 성 고정관념을 재생산한다고 본다(이상돈, 1999:391). 그렇기 때문에 이상돈(1999:392)은 강간죄의 객체를 여성으로 한정시켜서는 안되며, 마찬가지로 이유로 성 폭력특별법 상의 장애여성에 관한 특별보호 역시 폐지되어야 한다고 주장한다. 그리고 여성들이 강간에 의한 성적 침해를 여성의 사회적 인격에 대한 훼손으로 의미화 하는 것이나 여성단체들이 '피해자 유발론, 정조 이데올로기, 저항의 미약에 대한 비난 등으로 자신의 피해를 알린다는 결심을 하기 힘들다'고 주장하는 것은 '성 의식이 해방되지 못한' 여성상을 전제로 한 주장이기 때문에 남성중심적이라고 비판한다(이상돈, 1999:399).

사실상 이러한 성적 자유주의적인 주장은, 섹슈얼리티에 관한 태도에서는 보수적인 성적 도덕주의자들과 거의 차이가 없다. 이들은 비슷하게 섹슈얼리티를 사회에 의해 인정 또는 억압되는 자연적이고 본질적인 욕망으로 사고하며, 단지 자유와 사회적 규제 사이의 선을 어디에 그어야 하는가에 대해 일치하지 않을 뿐이다. 성적 자유주의자들에 의하면 사회적 규제는 당사자들의 동의를 요구하는 정도에 한정되어야 한다. 성적 자유의 영역은 모든 합의에 의한 성적 행위로 확장되어야 하기 때문이다. 반면 성적 보수주의자들에게는 성적인 자유가 혼인 내의 생식적인 성관계로 한정된다. 그렇기 때문에 사회적 규제는 이 영역 바깥의 섹슈얼리티 전부를 금지해야 한다고 본다(Olsen, 1984:389).

그러나 중요한 쟁점은 자유와 보호, 자율과 규제 사이의 선을 어디에 긋는가가 아니다. 섹슈얼리티¹⁸⁾는 자연적인 욕망이자 생리적인 현상으로서 사회구조와 분리될 수 있는 자율적 영역이 아니라 역사적이고 사회적인 구성물이다¹⁹⁾. 성별 불평등한 가부장적 사회이자 이성애 관계가

18) 섹슈얼리티는 섹스(sex)와 젠더(gender)와 다른 개념으로 개념화되지만, 이 세 가지 범주는 서로 연관을 가진다. 섹스(sex)는 일반적으로 여성과 남성의 생물학적인 범주로 적용되면서 변화할 수 없는 자연적인 특질을 가리키며, 일련의 행동양식에 따라 문화적으로 구성되는 젠더(gender)와는 구별된다. 그러나 또 다른 의미에서 섹스(sex)는 성교(coitus)의 의미로, 1965년판 옥스퍼드 영어 사전에서 나타나지 않았던 sex의 이러한 의미는 1975년판에서야 "성적 본능, 욕망 혹은 그러한 표현"과 함께 나타났고 충동(drive) 혹은 본능(instinct)과 함께 언급되었다. 이 섹스(sex)의 한 가지 의미는 젠더(gender)와 연관되며, 또 다른 의미는 섹슈얼리티(sexuality)와 연관된다.(Caplan, 1987:1-2)

19) 이러한 입장에 관하여는 장(윤)필화(1999), 「성(Sexuality)에 관련한 여성 해방론의 이해와 문제」, 『여성·몸·성』, pp. 16-47; 김은실 (1998), 「대중문화와 성적 주체로서의 여성의 재현」, 한국여성학회, 『한국여성학』 제14권 1호 (1998), pp. 41-77; Weeks, J. (1986), *Sexuality*, London: Tavistock Publications; 서동진, 채규형 역 (1994), 『섹슈얼리티:성의 정치』, 서울: 현실문화연구; Foucault, Michel (1976), *L'histoire de la sexualite - La volonte de savoir*, 이규현 역(1990), 『성의 역사-앎의 의지』, 서울: 나남. 등을 참조.

규범인 사회에서, 특정한 남성중심적 이성애 섹슈얼리티(heterosexuality) 구조는 성적 관계에서 권력을 성별위계적으로 구성할 뿐만 아니라 남성성(masculinity)을 이성(reason)으로 동일시하는 반면 여성성(femininity)은 비합리성과 무질서(unreason)로 구체화하면서 젠더와 지식 구성의 과정에도 영향을 미친다(Seider, 1987). 이러한 상황에서, 객관적 이성과 합리성의 영역으로 여겨지는 자유주의적 법체계에서의 성적 자기결정권은 남성과 여성에게 평등하게 주어진 권리가 아니다. 맥키닌(MacKinnon, 1993)은 섹슈얼리티를 남성권력의 사회적 구성으로서의 섹슈얼리티, 즉 남성에 의해서 정의되고 여성을 억압하며 젠더의 의미를 구성하는 것으로 다루어야 한다고 주장한다. 이렇게 할 때, 섹슈얼리티를 젠더 불평등한 상황 하에서 만들어진 것이면서 동시에 성 불평등 구조의 역동성을 드러내는 것으로 정의하는 것이 가능해진다는 것이다. 남성과 여성의 성적 사회화 과정 자체가 이미 권력 관계로서 성적 관계를 내포하고 있다. 장(윤)필화(1999)는 한국 사회의 섹슈얼리티가 공식적인 성과 비공식적인 성 규범의 이중체계와 남성성과 여성성의 이중구조를 가지고 있다고 주장한다. 이러한 구조 속에서 여성 섹슈얼리티는 순결과 정조 개념이 적극적으로 결합하여 “성적 욕구가 없다” 또는 “충족시키기 어려운 성욕을 갖는다”라는 모순적인 이분법적 구조로 구성된다(장(윤)필화, 1999:45). 불평등한 성별구조와 이성애적 남성 섹슈얼리티 중심 구조 속에서, 여성의 섹슈얼리티에 관한 경험이나 언어는 주변화되거나 배제된다. 이러한 맥락에서 성적 자유주의자들이 평등한 성적 자기결정권을 현실로 가정하는 것은 오히려 이러한 불평등한 구조를 비가시화하고 공고히 하는 결과를 낳을 수 있다.

그러나 상황은 그리 단순하지 않다. 예를 들어, 강간죄의 대상이 부녀로 한정되어 있는 맥락은 “여성에게만 처녀성과 정조를 지켜야 한다는 전통적 이중성윤리의 통념을 반영한 것”²⁰⁾일 뿐만 아니라 여성의 성적 자기결정권을 성기삽입 중심의 남성 섹슈얼리티를 기준으로 바라보고 있는 문화적 태도를 보여주는 것이 분명하다. 그러나 여성의 남성에 대한 강간, 동성간의 강간 등과 같은 침해행위를 합리적 이유 없이 서로 달리 취급함으로써 ‘법 앞의 평등’에 위배되었던 문제를, 당사자의 성별과 관계없이 강간죄를 적용함으로써²¹⁾ 해결할 수 있다는 최은순(1993:104)의 주장은 가능하지 않다. 왜냐하면, 여성의 섹슈얼리티를 배제하거나 주변화 해왔던 사회·문

20) 한국여성개발원, 『여성폭력방지 종합대책(시안): 성폭력·가정폭력을 중심으로』(2001. 8. 27.), p. 32; 조국(2003:12)에서 재인용.

21) 이에 대한 자세한 내용은 이명선, 1989; 최은순, 1993; 이상돈, 1999; 조국, 2003 등을 참조할 것.

화적 맥락에서 남성의 여성에 대한 강간과 여성의 남성에 대한 강간, 동성간의 강간 등은 같은 (same) 의미를 갖는 침해행위가 아니기 때문이다.

자유주의 법체계 내에서 강간죄를 통한 여성의 성적 자기결정권 주장 역시 마찬가지이다. 그동안 페미니스트들은 과거 전통적인 여성에 관한 성적 폭력의 정의인 ‘정조에 관한 침해’ 개념을 대체할 수 있는 것으로서 ‘성적 자기결정권 침해’ 개념을 제시하였다. 그러나 ‘성적 자기결정권’이 여성의 성적 자율성이라는 관점에서 폭력을 재정의할 수 있는 적극적인 개념으로 페미니스트들에 의해 적극적으로 수용되었음에도 불구하고, 실제로는 이러한 주장이 여성의 성적 자율성을 신장시키는 방향으로 나아가는 것이 아니라 오히려 ‘모든 사람에게 이미 성적 자기결정권이 동등하게 주어져 있다고 보는 성적 자유주의의 전제를 강화하면서, 피해 여성의 경험과 관점이 성적 자기결정권의 내용에서 배제되는 효과를 낳아 왔다. 신상숙(2000)은 이러한 문제를 자유주의에 기반한 권리 담론의 한계이자 딜레마로 설명한다. 성적 자기결정권이 국가의 개입이 최소화되어야 할 개인적 자유권의 일종으로 상정되어 왔기 때문에, 성폭력을 ‘성적 자기결정권 침해에 대한 국가 사법권의 개입’을 촉구함으로써 해결하려는 노력이 반드시 여성 개인의 성적 자율성을 신장시키는 방식으로 작동하지는 않을 수 있다고 우려하는 것이다(신상숙, 2000:38-9).

페이트만(Pateman, 2001)의 논의는 근대 자유주의적 국가 체계 내에서 여성의 문제가 부족한 여성의 권리를 채우는 것으로 되지 않는다는 점을 잘 보여준다. 페이트만은 근대법의 이론적 배경인 ‘사회 계약’에 은폐된 ‘성적 계약(sexual contract)’이 존재하며, 이를 통해 남성이 여성에게 행사하는 가부장적 권리나 성행위의 권리가 정당화된다고 주장한다. 프로이트의 표현을 빌리자면 아버지의 질서에서 벗어난 아들들이 스스로의 자유를 확보하기 위해 맺은 원초적 계약에는 사회적 계약만이 존재하는 것이 아니라 여성의 예속에 관한 성적 계약이 존재한다는 것이다. 페이트만은 고전적 사회계약이론을 ‘성적 계약’을 통해 재조명하면서 사회적 계약을 통해 개인적 자유가 명백히 보장된 시민적 질서에 통합된 것처럼 보이는 ‘여성의 권리’에 내포된 모순을 분명히 보여준다. 이러한 성적 계약의 관점에서 페이트만은 강간에 대한 설명을 시도한다.

강간 — 강제로 성적 복종을 요구하는 것 — 은 과연 (최소한 혼 외에서 이루어지는) 범죄행위일까? 어떤 페미니스트들은 강간은 섹스가 아니고 폭력일 뿐이라고 주장한다. 그러나 이러한 접근은 성을 예속으로부터 분리시키는 것을 강화할 뿐이다. 동의가 없는 곳에는 섹스가

아니라 폭력만이 존재한다고 하기 때문이다. 성을 배제해버릴 수도 있었지만, 그러나 여성이 과연 성관계를 가질 때 동의를 했는지 아니면 남성에 의한 강제였는지를 구분하는 것은 쉽지 않으며, 남성들이 왜 자본주의 시장에서 여성의 성적 복종을 구매하는가에 대한 문제들도 여전히 남아 있다. ... 근대 계약론적 가부장제는 여성의 자유를 부정한 동시에 그것을 전제한다 (Pateman, 2001:310-9).

페이트만의 주장에 따르면, 민주적 시민권이 기본적으로 언어적 동의에 의한 사회계약에 기초한다고 보는 근대 자유주의적 가부장제 사회에서 성행위 당시 여성의 동의 혹은 비동의를 전제되는 동시에 부정된다. 즉, 형법상 강간죄는 성적 자기결정권을 전제로 한 여성의 동의를 근대법체계 속에 위치시키는 듯 하지만, 동시에 법은 강제적 성행위에 대한 여성의 비동의를 고려하지 않고 강간죄 성립 여부를 판단한다. 그렇기 때문에, '여성의 동의 없이 성적인 자기결정권을 침해한 것'으로 성폭력(혹은 강간)을 정의하는 것은 유효하지도 올바르지도 않은 전략이다. 페이트만에게 문제는 "동의를 존재했다/존재하지 않았다"에 관한 것이라기보다는 여성의 '동의'가 어떻게 구성되고 있는가에 관한 것이다. 이러한 페이트만의 통찰은 자유주의적 사고의 근저에 놓여 있는 근본전제를 비판하고 "자유주의적 법형식주의(liberal legalism)"의 전통적 법적 실천의 구조적 틀을 비판한다.

그런데 어떤 페미니스트들은 법적인 소송이 "사회적 변화를 이끌어 낼 수 없는데, 그 이유는 법의 패러다임을 지지하고 의존할 때 가부장제의 패러다임은 지지되고 강화되"기 때문이라고 주장한다. 그렇다면 이러한 페이트만의 비판이 갖는 함의 역시 "법이 근본적으로 가부장적이고, 객관성과 중립성은 남성 규범이며, 법적 권리에 대한 호소를 통해 갈등을 해결하는 것은 남성적인 접근이며 제한적인 결과를 낳을 뿐"이라는 주장으로 이해되어야 하는가? 페미니스트의 투쟁이 자유주의 체계에서의 평등권에 대한 요청이나 성적 자기결정권에 대한 요청으로 한정된다면 더 넓은 개혁을 위한 "전쟁을 포기하고 있는 것"이며, 이러한 개혁은 오직 "더 넓은 경제적, 사회적, 그리고 문화적 변화의 맥락에서만 발생할 수 있는" 것인가?

물론 가부장제를 제거하기 위해서, 당연히 "법적인 남성권력 패러다임은 반드시 도전되어지고 변형되어야 한다". 일상을 변화시킬 수 있는 문화적인 인식구조, 여성이 스스로를 정체화할 수 있는 문화적 권력을 확보하는 것은 중요하다. 위의 비판과 주장은, 법의 가부장적이고 남성 중심적인 가치와 언어를 드러내고 문제화하는 데 유용한 것임에 틀림없다. 하지만 본 논문

서는 오히려 법이 '근본적'으로 가부장적이지는 않다는 올슨(Olsen)의 주장에 더 주목한다. 객관성과 중립성은 "남성 규범"이자 이데올로기이며, 구체적인 현실에서 법은 객관적이거나 중립적이지 않다. 자유주의적 법학자들은 선언된 법적 권리와 현실 간의 불일치를 안정시키는 것 이상으로는 법을 객관적이고 중립적으로 만들 수 없다. 구체적인 현실 속에서 법은 언제나 남성의 경험과 가치만이 통용되는 고정적이고 보편적이며 본질적으로 균질한 영역이 아니다. 페이트만은 근대적 사회계약에 숨어있는 '성적 계약'이 여성(Woman)을 예측한다고 주장하면서, 여성(Woman)에 대하여 이야기하는 것과 구체적인 삶의 맥락 속에 존재하는 여성들(women)에 대하여 이야기하는 것이 분명 항상 일치하는 것은 아니라고 지적한 바 있다(Pateman, 2001:37). 이러한 법에 대한 관점을 전제로, 현실에서 남성의 시각과 언어로 드러나는 법의 영역에 개입할 수 있다.

올슨(Olsen, 1984)은 자유주의 법체계 내의 '권리'를 주장하는 담론에서 섹슈얼리티의 핵심 문제는, 여성이 사회가 여성들의 성적 표현에 대해 부과하고 있는 도덕적 규제로 인해 억압받는 동시에 사회가 성적 자유의 이름으로 남성들에게 허용하는 성적 공격과 폭력에 의해 억압받는다는 사실에 있다고 지적한다. 권리에 관한 이론적 틀 속에서는 가치들의 근본적인 충돌을 넘어설 수 없기 때문에, 권리에 기반한 이론은 법적 판단을 위한 적절한 기반을 제공하지 못한다. 이러한 담론의 구조 속에서 결국 자유와 보호 중 어떤 가치를 선택하든 의사 결정자에게는 딜레마가 남을 수밖에 없다는 것이다(Olsen, 1984:388-9). 올슨은 그럼에도 불구하고 법체계 내에서 권리를 주장하는 것이 갖는 유용성에 주목하면서, 권리를 기술(description)로서 권리, 주장으로서 권리, 그리고 분석적 도구로서 권리로 나누어 설명한다. 우선 '기술(description)'로서 여성이 권리를 가진다는 개념은 여성에게 공정한 사회적 실천이 될 수 있으며, 이에 기반하여 "여성이 X할 수 있는 권리를 가진다"라는 주장은 (만약 X할 권리가 부인된 여성이 법원에 성공적으로 호소할 수 있다면) 여성을 위한 정부의 제도들을 활성화할 수 있도록 법적인 절차 등을 수정하는 것이 가능하도록 한다. 둘째, '주장'으로서 여성이 권리를 가진다는 개념은 우리가 살고 있는 사회의 불평등한 특성과 우리가 변화시키길 원하는 사람들간의 관계의 특성에 대한 주장이다. 즉 "여성이 권리를 가진다"는 주장은 인류가 타자들에 대해 어떻게 행동해야 하는가에 관한 윤리적인 주장인 것이다. 이는 여성의 자기 가치를 주장하는 것이며, 여성의 도덕적 가치와 자격을 확인하는 것이다. 이러한 권리에 대한 주장은 긍정적인 정서적 민족을 가져다 준다²²⁾. 그러나 올슨은, 기술

22) 올슨(Olsen, 1984:391)은 '권리주장'의 정서적인 측면을 강조하면서, "권리"라는 단어에서 감정적인 가치

로서 그리고 주장으로서 권리개념과 달리, 이러한 권리개념이 분석적인 도구로서 사용될 때 페미니스트들이 어떤 어려운 문제에 대답할 수 없도록 만든다고 지적한다. 예를 들어 행동의 자유에 관한 여성들의 권리는 보호에 관한 권리와 서로 같등하며, 실질적 평등에 대한 그들의 권리는 형식적 평등과 충돌한다(Olsen, 1984:391-2). 성적 자기결정권에 관한 논의가 자유와 보호의 선긋기 논쟁으로 환원되는 이유도 이러한 맥락에 있다. 따라서 올슨(1984:392)은 페미니스트들이 구체적인 정치적 성과들을 얻기 위해 활동하며, 이를 위해서 권리주장을 분석적 도구가 아니라 권고로서 그리고 기술로서 사용해야 한다고 주장한다.

다시 말하자면, 중요한 것은 자유와 보호 사이에 선을 긋고 둘 중 하나를 선택해야 한다는 방식의 논리구조 자체에서 벗어나 섹슈얼리티의 내용과 의미 자체에 대한 고민을 하는 것이다. 가부장제 사회에서 여성 섹슈얼리티는 남성의 섹슈얼리티와 동등하게 다루어지지 않기 때문에, 여성의 성적 자기결정권의 실천은 남성과 같지 않으며 또한 남성과 같은 방식으로 공권력에 의한 자율권의 규제²³⁾를 겪지 않는다. 이는 젠더와 섹슈얼리티 자체가 남성의 가치와 관점, 그리고 경험만이 사회의 정상적인 가치와 관점, 경험으로 받아들여지는 체계를 통해서 구성되는 것이기 때문에, 생물학적인 여성이 성희롱의 가해자가 되는 사건과 생물학적인 남성이 성희롱의 가해자가 되는 사건을 동일한 문제로 볼 수 없는 것과 마찬가지로이다. 그렇기 때문에 여성의 성적 자기결정권을 주장하는 것은 단지 ‘권리’를 주장하는 것이 아니라 자율성의 의미 자체를 완전히 재구성하는 효과를 가질 수밖에 없으며, 또한 가져야 한다.

3. 여성의 성적 자기결정권 침해 행위로서 강간

법적으로 강간은 여성의 의사에 반해(“against her will”) 강요(coercion) 혹은 유형력(force)에 의해 이루어진 성행위를 의미한다. 맥키넨(1989)은 ‘여성의 의사에 반해’라는 말 자체가 “강제”를 지칭하는 것이라며, 이러한 법적 정의는 동어반복일 뿐이라고 지적한다. 강간과 합법적인 성행위를 가르는 중요한 기준은 여성의 ‘동의’이다. 그러나 맥키넨은 자유주의 법 체제의 성별 불평

를 제거하는 것은 어려운 동시에 무익한 일이라고 주장한다.

23) 신상숙(2000:37)은 향후 반성폭력 운동이 경계해야 할 것으로 성적 자율성에 관한 국가적 개입이 결국 조직적 통제의 논리로 변화할 수 있는 문제에 대해 지적하는데, 이는 여성의 성적 자기결정권의 실천이 남성의 것과 마찬가지로일 것이라는 가정에서 비롯된 판단이다.

등한 구조 속에서 여성의 ‘동의’란 “여성들이 자신들과의 성행위에 정말로 진심으로 동의한다고 보는 남성들의 경험”을 반영하여 구성된다는 사실을 지적한다. 그에 따르면, 이성애 남성의 섹슈얼리티가 중심을 차지하고 있는 구조 속에서 강요된 성행위는 남성과 여성이 성적 관계를 맺는 데 있어서 예외적인 것이 아니며, 오히려 성의 사회적 의미를 형성한다고 간주된다. 성별 불평등한 사회구조에서 ‘정상적’ 성행위와 강제적 성행위(강간) 사이에는 일련의 연속선이 존재한다. “강간은 성관계와 구별되는 것으로 정의되지만, 여성이 남성 지배 하에서 그 두 가지를 구별하기란 어려운 일이다”(MacKinnon, 1989:174). 그렇기 때문에 맥키넨은 강간을 섹슈얼리티와 젠더 간의 관계 속에서 해석할 때 ‘무엇이 이성애인가’를 제시하지 않을 수 없다고 주장한다.

맥키넨의 이러한 주장은 불평등한 성별권력 관계와 섹슈얼리티 사이의 연관관계와 여성에게 불평등한 이성애 섹슈얼리티에 관한 통찰을 준다. 그리고 이는 한국의 형사법 체계 내에서 강간과 합법적인 성행위를 구별하는 과정에서 법의 ‘합리적 판단’이 작동하는 원리와 결과들을 고찰하게 해준다. 여성 섹슈얼리티가 여성의 언어와 시각으로 구성되어 있지 않는 한국 사회에서의 성적 지형은, ‘자발적 섹슈얼리티’와 ‘강제적인 폭력’의 경계를 구분하는 권한이 그 경험을 하는 여성에게 주어져 있지 않은 현실을 보여준다. 남성의 시선을 통해 여성의 행위를 판단하고 남성의 언어로 여성의 경험을 설명하는 문화 속에서, 법적으로 여성의 성적 자기결정권을 실현하는 것은 전혀 가능하지 않는 것처럼 보인다.

그러나 구체적인 현실에서는 남성의 시각과 언어로 구성된 법의 영역이 반드시 남성에게만 유리하게 작동하는 것은 아니다. 폭력에 관한 여성의 경험을 법의 언어로 전환함으로써 과거의 일상적 경험을 법체계 내에서 ‘문제’로 등장시켰던 성희롱(sexual harassment)의 예처럼, 이미 여성운동의 개입을 통해 법의 균열이 드러났던 사례들이 현실에 있다. 따라서 법의 남성중심성을 미리 전제하기보다, 오히려 자유주의적 법 체제가 법을 중립적 조정자의 위치에 두면서도 동시에 남성 경험을 통해 여성 섹슈얼리티 침해를 다룬다는 맥키넨의 통찰이 구체적인 현실에서 어떻게 작동되고 있는지를 분석해 볼 필요가 있다. 섹슈얼리티의 내용과 의미는 현실적인 차원에서 맥락화(contextualizing)를 통해 구성되는 것으로 파악되어야 한다(Caplan, 1987:25). 그럴 때, 한국 사회에서의 법이 기대고 있는 비균질적인 자유주의 패러다임과 여성 섹슈얼리티에 관한 법적인 태도의 연관관계를 볼 수 있으며, 나아가 형법상 강간죄가 보호하려는 ‘여성’의 성적 자기결정권을 여성주의적으로 해석하고 전유할 수 있는 가능성을 찾을 수 있다.

‘성적 자기결정권’은 성적 자율성과 주체성에 관한 권리이다. 성적 자율성은 성적 접촉을 거절할 자유를 보호받는 것을 통해 실현된다. 그러나 이러한 자율성은 단지 성행위에 관한 것 뿐 아니라 원하는(willing) 파트너와 정서적 친밀함(intimacy)을 나누고 성적 만족을 얻으려는 우리의 자유까지 포함한다(Schulhofer, 1998:15). 몸의 통합성(bodily integrity)을 전제한 성적 자기결정권은 강간이 ‘동의’ 없는 성행위라는 것을 설명해주는 기준이다. 성적 자기결정권을 구성하는 자율성, 프라이버시권 등은 페미니즘 내에서 지속적으로 논쟁되어 온 개념이다. 법적인 성적 자기결정권이 보편적으로 통용되는 권리가 아니라는 증거는 앞에서 언급한 페미니스트 연구들을 통해 이미 여러 차례 제시되어 왔다. 이러한 성적 자기결정권을 적극적으로 해석하기 위해서는, 모든 국민이 보편적인 법률적, 정치적 주체가 아니라 다양한 사회적 실천과 갈등을 통해 구성되는 정체성을 가진 존재라는 인식이 필요하다.

강간죄의 보호법익인 ‘성적 자기결정권’을 여성주의적으로 해석하기 위해서는, 이 때의 성적 자기결정권이 ‘여성’의 성적 자기결정권이라는 점에서 출발해야 한다. 혹자는 강간죄의 객체가 ‘부녀’로 한정되어 있다는 사실이 평등한 성적 자기결정권의 실현에 장애가 된다면, 강간죄의 객체를 남녀 모두로 확장해야 한다고 주장한다. 미국이나 프랑스 등 외국의 강간법에서도 ‘평등한 법의 적용’을 위해 강간법에서의 보호대상을 여성이 아닌 보편적인 인간으로 개정해왔다. 이러한 비판과 변화는 역사적으로 강간죄가 다른 성적 자기결정권의 침해와 달리 객체를 여성으로 한정하고 있는 이유가 여성의 ‘출산능력’과 연관되어 왔다는 문제의식에서 나온 것이다. 그러나 현실에서 강간 사건의 피해자는 대부분 여성이고 가해자는 남성이며, 사회적인 젠더/섹슈얼리티 구조 속에서 강제적 성행위에 관한 경험은 성별화되어 있다. 그럼에도 불구하고 강간으로 침해되는 ‘성적 자기결정권’을 남녀를 불문한 보편적 권리로 상정한다면 이는 구체적인 여성의 경험을 왜곡하는 효과를 가져온다.

여기서 ‘여성’의 성적 자기결정권이라는 개념은, 보편적인 여성범주를 가정한 것이라기보다는 성별화되어 있는 젠더와 섹슈얼리티의 사회적인 구조와 맥락 속에서 성적 자기결정권의 구체적인 의미를 파악하기 위한 것이다. 벨란트(Berlant, 1990)는, 성적 침해에 관한 고통을 보편화하여 설명하는 것은 사회적 약자의 경험을 배제할 뿐 여성들이 견뎌야 할 진정한 고통의 조건을 만족스럽게 설명하지 못한다고 지적한다. 구체적인 여성들이 겪는 고통은 여성들이 욕망하고 가치를 두도록 배워온 젠더와 섹슈얼리티의 사회적인 구조와 맥락 속에서 인식된다. 만약 그러한

구체적인 맥락을 무시하고 ‘여성’ 범주를 가정한다면 이미 성별화된 사회에서 구성된 규범적인 여성상을 재생산할 수 있다.

그러기 때문에 강간으로 침해되는 ‘여성의 성적 자기결정권’에 대한 적극적 해석은, 그동안의 추상적인 성적 자기결정권을 중심으로 한 ‘성폭력 개념의 확장과 재개념화’를 통해서 얻어지기 어렵다²⁴⁾. 보편화된 권리로 추상화된 성적 자기결정권이 아니라 구체적인 피해의 경험을 통한 구체적인 여성의 성적 자기결정권으로 해석하는 것이 필요하다.

강간의 역사는 강간이 어떻게 ‘인식’되어 왔는가에 관한 역사이다. 비가렐로(Vigarello, 2002)는 ‘강간당한 여자가 어떻게 사회적으로 인지되어왔는가에 대한 질문을 통해 강간의 역사를 보았다. 피해자로도 인식되지 않았던 ‘강간당한 여자가 사회적으로 인식되어 온 변화의 역사²⁵⁾를 통해 강간당한 여성의 경험을 여성의 시각과 언어를 통해 보는 것이 왜 중요한지를 알 수 있다. 법의 언어와 법이 기반하고 있는 경험에 여성의 경험을 개입시키려는 시도는 단지 한 경험이 ‘첨가’되는 것이 아니다. 강간의 역사는, 여성의 경험을 통해 ‘여성의 성적 자기결정권에 관한 침해’를 설명할 때 남성의 언어와 경험으로 구성된 법의 인식체계에 관한 변화가 수반될 수밖에 없음을 보여준다. ‘여성의 성적 자기결정권’을 여성의 경험을 통해 구체화할 때 형법 내에서 강간죄의 구성요건인 ‘강제’와 ‘동의’의 개념 역시 여성의 경험을 통해 설명될 수 있을 것이다.

24) 이러한 고민은 배지선(2003)의 성찰을 통해 얻었는데, 배지선은 1990년대 한국 반성폭력 운동이 ‘성폭력 개념의 확장’을 통해 여성에 대한 억압과 차별을 급진적으로 문제 제기할 수 있었으나 개념의 확장만으로는 설명할 수 없는 경험이 존재하는 현실을 지적하면서, 개별 피해자들의 경험의 차이와 맥락을 삭제하지 않는 풍부한 경험 해석의 언어가 필요하다고 주장한다.

25) 프랑스 앙시앵 레짐 시대의 판례들은 기본적으로 ‘창녀’들에 대한 강간을 중요하지 않은 것으로 취급했으나, 이를 ‘기혼창녀’와 ‘미혼창녀’로 구별하여 ‘미혼창녀’를 강간하는 것을 보다 심각하지 않은 것으로 간주했다(Vigarello, 2002:75) 또한 그 시대의 법관들을 어린이 강간 피해자가 ‘방탕한 아이’인지에 대해 고민해야 했다. 1763년 같은 공장에서 일하는 한 노동자가 11살 어린 여자아이를 작업장의 문을 걸어 잠그고 강간한 혐의로 고소되었지만, 그 아이가 “자기 오빠와 히히덕거리는 것” 본적이 있다는 이웃의 증언에 의해 무죄로 풀려났다(Vigarello, 2002:126-7). 이러한 사건들은 여성이 독립적인 주체로 인지되거나 인정되지 않는 상황에서 18세기까지는 ‘여성’에 대한 ‘강간’이란 개념이 고안되지 않았음을 보여준다. 18세기와 19세기 초 교육의 중요성이 부각되고 ‘어린이’라는 개념이 발명되면서 ‘어린이 강간’의 특수성이 부각되었고, 의학과 심리학의 발달로 정상인에 대비되는 ‘비정상적’인 강간범의 특질과 변태적 성행위들이 발명되었다. 그러나 성인 여성에 대한 강간에 대한 유죄 선고는 거의 이루어지지 않았다. 프랑스에서 19세기에 강간범죄신고가 증가할수록 폭력범죄신고가 감소했다는 것은, 역으로 사회적으로 인지되는 중산층 이상의 정숙한 미혼여성, 혹은 기혼여성에 대한 강간을 제외한 ‘여성’에 대한 ‘강간’이 그동안 여성의 몸이나 섹슈얼리티에 대한 폭력이 아니라 그냥 폭력으로 인식되었다는 사실을 드러내는 것이다.

C. 연구과정 및 연구방법

본 논문의 연구대상을 강간죄(형법 제 297조)로 삼은 이유는 다음과 같다. 첫째, 성폭력은 대부분의 피해자가 여성이고 가해자가 남성이며, 여성과 남성의 관점과 경험의 차이가 큰 영역인 동시에 심지어 여성과 남성의 이해가 어떤 면에서는 완전히 대립하는 성별화된(gendered) 영역이기 때문에(Forell & Matthews, 2002:7-8) 법의 해석과 판단에서 드러나는 성 편향(性偏向)을 보다 분명히 보여줄 수 있다. 둘째, 반(反)성폭력 운동이 여성문제를 우리 사회의 중심문제로 부각시키는 역할을 해내었다고 평가되는(민경자, 1999) 맥락에는, 성폭력이 그 사회에서 발생하는 여성에 대한 폭력뿐만 아니라 사회에서의 여성의 위치를 그대로 보여주는 사회적 문제라는 전제가 깔려 있다. 성폭력은 단지 사회적 규범으로부터의 이탈행위가 아니라 가부장적 사회 속에서 여성의 종속과 억압을 반영하는 극단적인 형태(최은순, 1993)라는 것이다. 그러므로, 한 사회가 성폭력을 어떻게 정의하고 다루는가를 보면 그 사회에서의 성적 위계와 성별 불평등을 가늠해볼 수 있다. 셋째, 강간죄는 형법 제23장의 <강간 및 추행에 관한 죄> 및 <성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률> 제2조에 정의된 ‘성폭력범죄’의 출발점이므로 강간죄에 대한 분석은 여타의 ‘성폭력범죄’의 분석을 위한 전제가 된다(조국, 2003:9).

특히 본 연구에서는 강간죄의 판례 및 사례, 법 이론을 분석함에 있어 여성에게 불리하게 판단되어 온 특정 부류의 강간 사건들을 ‘단순강간(simple rape)’이라는 범주화를 통해 분석하였다. ‘단순강간’이란 여성이 알고 있는 누군가에 의해 일어나는, 강간의 대부분을 차지하는 강간이며 흥기 등의 가시적인 물리력(force)을 사용하지 않은 강제적 성행위를 의미한다. 다양한 성폭력 사례 중 단순강간을 중심으로 분석하는 첫 번째 이유는 기존의 강간죄 적용에서 대개 강간죄 혹은 강간치상죄 등이 성립되지 않았던 대부분의 사례가 ‘단순강간’ 범주에 속하기 때문이다. 예를 들어, 단순강간의 경우 물리적 혹은 가시적 폭행 또는 협박이 존재하지 않아 기존 판례에서 요구하는 ‘폭행 또는 협박의 정도’를 충족시키지 못하거나, 가해자와 이는 관계거나 친밀한 관계였기 때문에 가해자가 피해 여성의 동의가 있었다고 오인(誤認)할만한 여지가 있었다고 판단되는 상황이 대부분이다. 이러한 상황에서 가해자를 고소한 피해자는 이른바 ‘꽃뱀’으로 취급된다. 두 번째 이유는 단순강간의 경우 합의에 의한 성관계와 강제적 성관계의 구분이 항상 문제

시되기 때문이다. 그러한 구분이 여성이 무엇을 강간으로 경험하는가와 별개로 구성되는 과정을 살펴봄으로써, 여성의 섹슈얼리티에 관한 한국사회의 문화적 맥락을 보다 분명하게 보여줄 수 있을 것이다. 마지막 이유는 본 연구가 90년대 여성운동으로 인해 확장된 성폭력의 개념으로 성별위계구조에 대한 문제제기를 한다기보다는 특정 맥락에 놓여 있는 단순강간의 문제를 특화시켜 제기하기 위한 목적을 가지고 있기 때문에, 성폭력이라는 범주 안에 존재하는 다양한 피해 경험들을 각기 다른 맥락에 따라 고려할 수 있도록 '단순강간' 범주에 속하는 강간만을 대상으로 한정시켰다.

본 연구에서는 강간죄 판단에 있어 객관적인 기준으로 제시되는 법의 '합리성'을 다루는데, 여기서 '합리성'은 철학에서의 개인주의적 합리주의(rationalism)에 기초한 합리성(rationality)이라기 보다는 법적인 합리성(reasonableness), 일반 상식과 '경험칙'에 기반한 합리성을 의미한다. 법에서 "reasonable"은 합리적이라는 용어 이외에 '상당한' 혹은 '타당한' 정도로 해석될 수 있다. 미국과 한국의 형법에서 모두 합리성의 요청은 주로 유죄의 증명력을 입증할 때 요구된다. 한국의 형법에서 대법원 판례는 유죄를 입증하기 위해서 다음과 같은 기준을 제시하고 있다. "형사재판에 있어서 사실의 인정은 증거에 의하여야 하는바, 유죄의 인정은 법관으로 하여금 **합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 할 수 있는 증명력을 가진 증거에 의하여야 할 것이므로, 이와 같은 증명력을 가진 증거가 없다면 설사 피고인에게 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단될 수밖에 없는 것이다**"(강조는 인용자)²⁶⁾. 미국의 경우에도 '합리적인 의심(reasonable doubt)'을 형사재판에서 피고인에게 유죄 결정을 내리기 위해 배심원이 심증을 형성하는 정도를 나타내는 용어로 사용하고 있다. 즉 배심이 유죄의 평결(verdict)을 내리기 위해서는 피고인이 유죄임이 '합리적인 의문'의 여지없이 입증되어야 하며, 단순히 유죄의 증거가 우월하다는 것(preponderance of evidence)으로는 부족하다는 것이다. 이 때, 「합리적인 의문/의심」이란 이성에 의해 발견되는 의문이며, 단순한 상상적 기능의 의문과는 다르다.²⁷⁾ 즉, 추상적인 범죄의 구성요건을 구체적인 사실관계에 적용할 때 불가피하게 생기는 공백을 메우기 위한 기준으로 제시되는 것이 바로 합리성이다. 그러나 무엇이 과연 '합리적(reasonable)' 판단'인가는 여러 가지 사정에 따라 다르며 이를 고정시키는 것은 법적 정의실

26) 대법원 1992.9.1. 선고, 92도1405 판결.

27) 법률영한사전, p. 485.

현을 위해 불가능한 일이다. 법에서의 “합리성”은 인식론적·방법론적인 개념어가 아니라 법 현실을 반영할 수 있도록 바르고 적당하게, 혹은 이성(理性)에 일치하도록 판결하라는 명령이자 요청이다. 그렇기 때문에 일반인의 법 감정과 법 현실을 반영하는 개념인 ‘합리성’은 시대에 따라 그 내용이 변화하는 유동적인 개념인 것이다. 즉, 법의 합리성은 그 자체로 특정한 내용을 제시하거나 지시하지 않는 법의 판단 원리이자 원칙이다.

본 연구에서는 한국 현행 형법에서의 강간죄의 판단 및 해석 기준을 검토하기 위해, 주로 현재 법원의 결정에 영향을 미치는 주요 판례(각 심급별 판결문)와 재판기록을 중심으로 검토 대상으로 하였다. 분석자료는 주로 판례공보, 법원공보, 대법원 판례집, 하급심 판결집과 한국형사정책연구원 등 법학연구소에서 편찬한 《판례연구》, 인터넷종합법률서비스 넷로(<http://www.netlaw.co.kr>), 로앤비(<http://www.lawnb.com>) 등을 통해 수집한 강간죄, 강간치상죄, 그리고 성폭력특별법 관련 — 주로 ‘단순강간’ 범주에 속하는 — 판례들이다. 본 연구에서 분석하고 있는 대법원 판례들 중 대부분은 대법원 판결의 참조 판례로 인용되고 있는 것들로서, 현재 대법원의 판단 기준에 충실히 따르고 있는 판례들이다. 이를 통해 강간죄 판단기준에 대한 대법원의 입장을 알 수 있다. 1993년 이후 형법의 개정과 성폭력 관련법의 제정, 그리고 주요한 사건과 판결들을 이끌어냈던 사회적 분위기의 변화 등이 있었으며, 그러한 분위기가 법원이 강간 사건을 판단하는 데에 일정정도 영향을 미쳤으나, 판단기준 자체에는 큰 변화가 없어 1980년대 후반의 사례부터 최근의 사례까지 모두 분석대상에 포함시켰다. 또한 대법원 판례 이외, 항소(抗訴)나 상고(上告)가 없어 지방법원 혹은 고등법원의 판례만 남아있는 경우 지방법원이나 고등법원 판례를 분석 대상으로 삼았으며 대법원에서 파기 환송된 사례에 판결을 내린 고등법원 판례까지 포함시켰다. 덧붙여 특정 쟁점에 대한 법원의 입장과 태도를 보다 분명히 보여준다고 판단될 경우 혹은 대법원 판례만으로 정확한 사건의 개요와 정황을 판단할 수 없을 경우 고등법원의 판례를 포함시켰다. 여기서 특히 1심 판례인 지방법원 판례를 중요한 연구대상 중 하나로 포함시킨 이유는, 어렵게 고소를 결심한 단순강간사건의 피해자들이 1심을 통해 기존의 사회적 통념 — ‘단순강간’은 ‘진짜’ 강간으로 보기 어렵다 — 를 확인하고 쉽게 항소를 포기하기 때문에 1심 판례만 남아 있는 ‘단순강간’ 사례일수록 현행 형법상 강간죄 적용의 문제를 더욱 분명하게 보여줄 것이라고 판단했기 때문이다.

1980년대와 2000년대의 강간죄 관련 한국의 판례 태도를 비교해 보았을 때, 판단기준으로 제시된 것에는 변화가 없었음에도 불구하고 2000년대 판례의 경우 과거에 비해 강간죄 유죄성립에 요구되는 정황상의 요건이 덜 엄격해진 것이 사실이다. 즉, 어느 정도 강간죄 구성요건의 해석상 변화가 있을 것으로 예상할 수 있다. 그러나 대륙법체계의 특성상 본 연구에서 검토한 판례만을 통해 그 변화의 원인까지 유추할 수는 없었다. 또한 과거에 비해 강간죄의 유죄판결에 필요한 요건이 엄격하게 요구되지 않는다 하더라도, 강간죄가 인정된 사건들의 대부분은 피해자가 어린 나이이고 가해자가 다른 범죄의 전과를 가지고 있거나 강간죄 이외의 다른 범죄와 병합재판을 하고 있는 경우였다. 그럼에도 불구하고 한국 판례를 분석할 때 주로 문제점을 지적하는 방식으로 서술되어 판례태도의 역동적인 역사적 변화를 드러내지 못했다는 점에서 분석의 한계가 있다.

강간죄의 구성요건인 '동의(consent)'와 '강제력(force)'에 관한 해석상의 변화를 보기 위해 본문의 IV장에서는 미국의 강간죄(특히 단순강간에 관한) 판례를 검토해 보았다. 미국 판례를 선정하는 이유는, 첫째, 미국의 강간죄 구성요건이 한국과 유사하게 '강제력'과 '동의'²⁸⁾이기 때문이며, 둘째로 커먼로(common law) 체계의 특성상 다른 판례와 법학저널의 판례 평석이나 논문 등을 인용하여 서술할 정도로 상세히 서술된 판결문을 통해 사건의 내용과 법원의 판단 및 해석의 근거, 그리고 그러한 해석에 관한 역사적인 변화 등에 대해 자세히 알 수 있었기 때문이다. 뿐만 아니라 주(州)별로 법과 판례에 차이가 있고 7-80년대 법개정 이후 판례를 통한 해석의 변화가 뚜렷이 나타났기 때문에 법의 변화와 다양한 해석을 풍부하게 볼 수 있다. 미국의 판결문은 대부분 미국 및 캐나다의 판례검색 사이트(<http://www.lexis.com>)를 통해 검색한 판결문 원문을 통해 수집했으며, 분석의 대상을 선정할 때에는, (1985년도까지의 판결에 관하여) 에스트리치(Estrich, 1987)의 저서인 *Real Rape*와 (2000년대까지의 판결에 관하여) 맥키넨(MacKinnon, 2001b)의 저서 *Sex Equality: Rape Law*, 그리고 대학별로 발행되는 법학 평론 잡지들을 참고하였다. 또한 미국의 판례 및 법 논의의 맥락을 알기 위해 미국의 법문화와 정서, 용어 사용의 문맥적인 정보, 법문화 및 법체계를 이해할 수 있는 각종 자료(미국법에 관한 입문서나 신문이나 방송의 뉴스기사 등)를 참조하였다.

28) 한국의 경우, '폭행 또는 협박'의 강제력을 판단할 때 피해자의 저항여부와 정도를 기준으로 삼음으로써 피해자의 의사를 확인한다. 이 때 피해자의 '비동의' 의사는 강간죄의 성립에 필요한 충분조건은 아니나 주변의 정황을 통해 반드시 제시되어야 하는 필요조건이다. 여기에 대해서는 III장의 판례분석을 통해 자세히 설명하겠다.

II. 형법상 강간죄의 판단기준

현행 형법은 어떤 기준으로 강간죄의 성립여부를 판단하는가? 법적으로 강간이란 그것이 성관계처럼 보일 때에는 범죄로 간주되지 않는 성적 범죄라는 맥키넨(MacKinnon, 2001:57)의 말처럼, 강간죄의 쟁점은 그것이 성관계인가 강간인가의 여부에 있다. 그리고 강제적 성관계였는지 여부를 가르는 기준으로서 현행 형법이 제시하고 있는 것은 “폭행 또는 협박”, 즉 강제력 요건이다. 그러나 이러한 강제력 요건의 해석에는 피해자의 비(非)동의 요건 — 저항 — 이 포함되어 있다. 그리고 법원이 이러한 추상적인 범죄구성요건을 구체적인 개별 강간사건에 적용할 때, 강제력과 비동의를 해석·판단하는 기준이 바로 ‘합리성’에 기초한 경험칙이다.

이 장에서는 1980년대 중반부터 2000년대까지 형법상 강간죄와 강간치상죄, 그리고 성폭력 특별법 위반 사건의 판례들 중, 어느 관계에서 일어나거나 물리적인 폭행이 존재하지 않았거나 폭행·협박을 입증하기 어려워 유죄선고를 받지 못했던 강간사건에 관한 판례들을 대상으로 강간죄 성립 여부의 판단기준을 분석해보고자 한다.²⁹⁾

A. 법원의 명시적 판단기준³⁰⁾

1. 강간죄의 구성요건인 “폭행 또는 협박”

형법상 강간죄 성립의 쟁점은 사건 당시 일어난 성관계가 화간(和姦)인가 강간(強姦)인가의 여부에 있다. 다른 범죄와 달리 대부분의 피고인(가해자)들은 행위자체를 부인하기보다는 성행위가 있었음은 인정하지만 강압적이거나 강제적인 것이 아니라 합의에 의한 것이었다고 주장한다. 그렇기 때문에 강간죄에서 중요한 쟁점은 그것이 합의에 의한 성교인가, 아니면 강압적으로 일어

29) 이후 인용될 판례 앞에 붙은 ‘원번호(①,②,③...)’는 부록의 <표1, 2>, <표3>에 표기되어 있는 대로 표시하였다. 분석을 통해 표로 분류한 판례가 아닌 경우에는 ‘원번호’를 표시하지 않았다.

30) <표1> 법원의 명시적 판단기준에 따른 단순강간 판례 및 사건개요를 참조할 것.

난 성교인가를 판단하는 것이다. 그리고 현행 형법상 강간죄에서 성관계가 피해 여성의 의사에 반해 강압적으로 일어났는지 여부를 판단하는 기준으로 명문화되어 있는 것이 강제력(유형력)의 유무 혹은 정도이다. 강간죄(형법 제297조)의 구성요건 중 ‘폭행(暴行) 또는 협박(脅迫)’이 바로 이 강제력에 해당한다.³¹⁾

그렇다면, 이 추상적인 구성요건인 ‘폭행·협박’은 구체적인 사건을 다룰 때 어떻게 해석되는가? 1979년 이전까지는 강간죄의 ‘유형력’을 강도죄(형법 제333조)와 마찬가지로 ‘상대방의 반항을 불가능하게 할 정도’의 폭행으로 한정시켜 ‘최협의의 폭행’³²⁾ 개념으로 해석했던 것이 대법원의 태도였다³³⁾. 그러나 이러한 해석은 피해자 보호에 한계가 있어³⁴⁾, 이후에는 ‘폭행·협박의

31) 형법 제297조는 <폭행 또는 협박으로 부녀를 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다>고 규정하고 있다.

32) 형법상의 폭행의 개념은 다음과 같이 4종류로 분류된다. ①‘최광의의 폭행’은 대상과 관련 없이 유형력을 행사하는 경우를 의미하는데, 사람과 물건에 대한 유형력 행사를 모두 포함한다, ②‘광의의 폭행’은 사람에 대한 직·간접적인 유형력의 행사를 말한다, ③‘협의의 폭행’은 사람의 신체에 대한 유형력의 행사를 의미하고 상대방의 의사에 반하는 정도의 것이면 족하며, 폭행죄(형법 제260조)의 폭행이 여기에 속한다, ④‘최협의의 폭행’은 상대방의 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 가장 강력한 유형력의 행사를 말하며, 강도죄(형법 제333조)와 강간죄(형법 제297조)가 여기에 속한다.

33) 서울고등법원 1967. 12. 12. 선고, 67노252 판결, 폭력행위등처벌에관한법률위반피고사건을 참조할 것. 본 판결의 쟁점은 “강간죄에 있어 폭행·협박의 의미”이다. 본 재판에서 서울고등법원은 “피고인의 항거불능의 협박에 인한 것인지 여부를 오인의 경험칙과 논리칙에 비추어 검토하여 보면 피고인이 전과 자로서 제방을 배회하는 불량 폭력배이고 본건 범행 전 약 4시간 전에 피해자에게 간음을 요구하였으나 거절하였다는 이유로 피해자를 10여회 구타하였다 하더라도 피해자에 있어 항거할 수 없을 정도의 현실적인 외포를 느껴서 정조를 버렸다고는 인정하기에 부족하고 또한 피고인이 간음을 요구하자 이에 불응하니 “나의 요구에 불응하면 칼로 목을 찔러 죽인다”고 위협하였다고 하더라도 피고인이 동 범행 당시 칼이나 기타 흉기를 준비하여 현실적인 위해를 느끼게 한 것이 아닌즉 피해자에게 있어 현실적인 위해를 피할 길이 없어서 피고인의 요구에 응하였다고 할 수 없으며 피해자가 피고인과 위 간음을 한 후 울었다고 하더라도 처녀가 정교 후 우는 것은 꼭 폭행이나 협박에 못 이겨 간음한 경우만이 아니라 할 것이니 이로써 곧 위 간음행위가 항거할 수 없을 정도의 피고인의 협박에 인한 것이라고 인정할 수 없으며, 동 범행이 피고인이 피해자에게 항거할 수 없을 정도의 현실적인 위해를 느끼게 하여 피해자에 있어 이 위해를 피할 길이 없어 부득이 위 간음에 이른 것이라고 인정하기에는 부족하고 달리 피고인이 항거할 수 없을 정도의 폭행, 협박을 가하여 위 범행을 하였다고 인정하기에 넉넉한 자료가 없으니 원판결이 이 사건 공소사실중 동 범행부분에 대하여 유죄의 증거가 부족하다하여 무죄를 선고한 것이 타당하고 사실오인이 있어 판결에 영향을 미친 바 없으므로 이점에 대한 검사의 항소는 이유 없다고 할 것이다”라고 판시하여 강간죄의 무죄를 선고하였다.

34) 형법상의 강도죄(強盜罪) 역시 강간죄와 마찬가지로 “폭행 또는 협박”을 수단으로 할 경우 성립하며, 이 때의 강제력 역시 상대방의 반항과 의사를 불가능하게 할 정도의 ‘최협의의 폭행’으로 해석된다. 그러나 자유권(성적 자기결정권)을 보호법익으로 하는 강간죄와 달리 강도죄의 보호법익은 재산권과 자유권이며, 강도죄에 비해 강간죄는 ‘최협의의 폭행’을 상대방의 반항과 의사를 불가능하게 할 정도만이 아니라 현저히 불가능하게 하는 경우도 포함하고 있다. 왜냐하면 강도죄의 경우 공갈죄(恐嚇罪)와 같이 폭행·협박의 정도를 약하게 요구하는 보충적 범죄규정을 가지고 있으나, 보충적 규정이 없는 강간죄의

정도를 “피해자의 항거를 불가능하게 하는 것에 한정치 않고 현저히 곤란하게 할 정도”³⁵⁾까지를 포함하는 것으로 확장하여 해석하게 되었다.

강간죄가 성립하려면 가해자의 폭행, 협박은 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이어야 하고, 그 폭행, 협박이 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이었는지 여부는 그 폭행, 협박의 내용과 정도는 물론, 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 판단하여야 할 것이다.³⁶⁾

일반적으로 형법에서는 ‘최협의의 폭행·협박’을 상대방의 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행·협박으로 한정시키고 있으나, 이 때 상대방의 반항이 현실적으로 있었을 것을 요구하지는 않는다. 즉, 강제력은 상대방의 현실적 또는 가상적 반항을 불가능하게 하는 육체적인 강제력뿐만 아니라 심리적 강제효과를 가진 모든 수단을 의미하는 것이다(이재상, 2000:287-8). 그러나 이렇듯 형법에서의 강제력에 대한 포괄적인 해석에도 불구하고, 유독 강간죄의 경우 유죄가 성립하기 위해서는 ‘폭행·협박’을 구성요건으로 하는 다른 범죄와 달리 강제력을 입증하기 위한 보충 요건을 필요로 한다.

‘폭행·협박’의 강제력을 상대방의 현실적 또는 가상적 반항을 통해 확인하는 것은, 이를 통해 피해자의 의사, 즉 동의/비동의를 확인하기 위한 것이다. 특히 강간이 여성의 의사에 반해 일어난 강압적 성행위를 의미한다는 점을 고려한다면, 성관계가 강압적인 것인가 아니면 합의에 의한 것인가의 기준은 ‘여성의 의사’에 달려있다는 것을 알 수 있다. 그런데 강간죄의 경우 피해자가 동의하지 않았음을 강제력을 통해 해석할 때, 단지 상대방의 현실적 또는 가상적 반항을 불가능하게 하는 육체적·심리적 강제력만을 요구하는 것이 아니라 피해자가 반드시 가해자에게 ‘저항행위를 했어야 한다’고 전제한다(강구진, 1987:179; 이재상, 2000:147; 정성근, 1996:184).

폭행·협박의 정도를 강도죄의 그것과 동일한 정도로 요구하면 피해자 보호에 미흡할 수밖에 없기 때문이다(이재상, 2000:177; 정성근·박광민, 160; 진계호, 1996:177).

35) 강구진, 1983:176; 정성근, 1996:224; 정영석, 1983:262; 황산덕, 1983:220; 김일수·서보학, 2003:142; 서일교, 1982:79; 이재상, 2000:155; 진계호, 1996:179; 박상기, 1999:146; 배중대, 1996:199 참조.

36) 이러한 대법원의 입장에 관해서는 대법원 1979. 2. 13. 78 도 1792; ①대법원 1991. 5. 28. 91도546; ⑤대법원 1992. 4. 14. 92도259; 대법원 1972. 2. 13. 78도1792; 대법원 1988. 11. 8. 88도1628; ⑦대법원 2001. 10. 30. 2001도4426; ⑨대법원 2001. 2. 23. 2000도5395 등을 참조할 것.

그렇다면 유독 강간죄에서 ‘강제력’ 요건에 피해자의 저항행위를 보충적으로 요구하는 이유는 무엇인가? 이에 대해 법학에서는 “부녀의 성적 자유를 보호하기 위해 폭행·협박의 정도를 낮게 잡는다면 화간과 강간의 경계를 분명치 않게 되는 상황이 발생하여 피해자의 마음먹기에 따라서 화간이 강간으로 둔갑되는 일이 있어서는 안 된다”(배종대, 1996:200; 진계호, 1996:178)는 이유를 제시한다. 즉, 피해자의 저항행위가 입증되지 않는다면 “강제적 성관계와 합의에 의한 성 관계를 구분하기 힘들다”는 것이다.

이로 인해 강간죄는 다른 범죄와 달리 강간 피해자에게 과도한 책임을 부과한다. 가령 폭력이나 협박을 수단으로 다른 사람으로부터 돈이나 물건을 강제적으로 빼앗는 절도죄의 경우, 일반적으로 유죄성립을 위해 필요한 ‘강제’는 말이나 몸짓으로 위협하는 정도의 실제적이거나 적극적인 것이면 된다. 즉 명백한 신체적 폭력이나 물리적 저항이 반드시 요구되는 것은 아니다. 심지어 재물을 가져가기 위해 혹은 지갑을 잡아채기 위해 그리고 도망가기 위해 팔을 “가볍게 끌 어당기는 것” 정도면 충분한 강제를 구성한다(이재상, 2000:287-8; Forell & Matthews, 2000:226). 그러나 여전히 강간죄는 인간에 대한 다른 범죄와는 매우 다르다. 포렐과 매튜스(Forell & Matthews)는 강간죄와 다른 범죄의 차이를 다음과 같이 분명히 지적한다.

현재 아는 사이인 사람에게 술 마시기 위해 방문했다가 강도당한 여성은 그녀가 강탈당하는 것에 대해 동의하지 않았다는 사실을 증명할 필요가 없다 ; 도둑의 집을 방문했던 것은 정당 화될 필요가 없다. 피해자가 술을 마셨거나 사치스럽게 옷을 입었거나 자발적으로 도둑과 연 관되었다는 이유로 강도가 선물이 되지는 않는다. 그러나 강간에 될 때는 어떤 아는 사람도 그녀가 취했다는 것, 그녀의 옷 입는 방식, 그리고 그들이 서로 아는 사이였다는 것에 불과 한 사실을 지적할 수 있다. 그리고 법은 성교의 동의 증거로서 그것을 수용할 것이다(Forell & Matthews, 2000:226-7).

그렇다면 법원은 강간죄의 추상적 구성요건인 ‘폭행·협박’이라는 강제력 요건과 피해자의 ‘비동의’를 확인하기 위한 저항 요건을 구체적인 사실관계 속에서 어떻게 해석하는가? 구체적인 사건의 해석은 “모든 사정을 종합하여 판단한다”고 말해지며, 이 추상적인 표현을 보편적인 법적 판단 근거로 위치시키는 것이 바로 ‘합리성’이다.

2. 어떤 증거가 ‘진실’로 인정되는가? : 경험칙에 기초한 합리성

형사법 체계에서 범죄의 유죄를 인정하기 위해서는 반드시 증거가 요구된다(형사소송법 제307조³⁷⁾). 이때의 증거가 법관에게 사실이라는 신뢰성을 주기 위해서는 “합리적”으로 볼 때 의심의 여지가 없어야 한다. 즉, 합리적인 의심의 여지없이 진실한 것이라는 확신을 법관이 가진다면 그 증거는 ‘증명력’ 있는 증거로 유죄 판단의 근거가 될 수 있다. 대법원의 다음 판결에서 보듯이, 판단의 ‘객관적’ 기준으로서 제시되고 있는 것은 ‘합리성’이다.

형사재판에 있어서 사실의 인정은 증거에 의하여야 하는바, 유죄의 인정은 법관으로 하여금 **합리적인 의심의 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 할 수 있는 증명력을 가진 증거에 의하여야 할 것이므로, 이와 같은 증명력을 가진 증거가 없다면 설사 피고인에게 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단될 수밖에 없는 것이다.**(대법원 1992.9.1. 선고, 92도1405 판결, 강조는 인용자)

그런데 이 때 증거(피해자 진술 등)가 가지는 유죄 증명력을 판단하는 기준인 ‘합리적 의심’이 들지 않을 정도의 확신은 법관의 자유로운 판단에 맡겨져 있다(형사소송법 제308조). 즉, 어느 증거를 신뢰하여 범죄사실을 인정할 것인가에 대한 판단이 법관에게 일임되는 것이다³⁸⁾. 이 때 자유로운 판단이라 하더라도 법관의 자의적인 판단을 허용하는 것은 아니고 경험법칙·논리법칙에 합치되어야 한다. 다시 말하자면, 법관은 이러한 자유심증주의에 따라 경험칙에 의거해 ‘합리적 의심의 여지’를 판단하고 그 증거자료가 진실인지의 여부를 판단한다³⁹⁾. 유죄의 증거는 단지 우월한 증명력을 가진 정도로는 부족하고 법관으로 하여금 합리적인 의심의 할 여지가 없을

37) 형사소송법 제307조는 「사실의 인정은 증거에 의하여야 한다」고 규정하고 있다.

38) 이를 “자유심증주의”라 하는데, 이것은 일정한 증거가 있으면 반드시 어떤 사실을 인정하여야 한다거나, 일정한 증거가 없으면 어떤 사실을 인정할 수 없다고 하는 “증거법정주의”와는 반대되는 것이다. 형사소송법은 실체적 진실 발견을 목적으로 하고 있으므로 형식적인 증거법정주의보다 자유심증주의 쪽이 더 우월한 제도임은 부정할 수 없다. 하지만 자유심증주의는 증거의 증명력만을 법관의 자유로운 판단에 맡기는 것이지, 증거가 될 수 있는 능력(증거 능력)까지 법관의 판단에 일임하는 것은 아니다(증거능력은 형사소송법에서 규정하고 있다).(법률용어사전, 2002:1238-9)

39) ⑧ 대법원 1990. 9. 28. 선고, 90도1562 판결을 참조할 것. 이 판례는 폭행에 의하여 강간당하였다는 피해자의 진술이 경험칙상 납득할 수 없다고 하여 증명력을 배제한 사례로서, 형사재판에 있어서 유죄의 증거의 증명력 정도를 판시하고 있다.

정도의 확신을 생기게 할 수 있는 증명력을 가진 것이어야 한다. 따라서 어떤 증거가 법적으로 진실하다는 증명력을 가지기 위한 기준은 ‘합리성’인 것이다. 이 때 법에서의 합리성은 근대적 합리주의(rationalism)에 기반한 개인주의적인 합리성(rationality)이라기보다는 보편적 상식과 경험에 근거한 일반 법칙인 경험칙(經驗則)⁴⁰⁾으로서의 합리성(reasonableness)이다.

이러한 법의 합리성은 법원의 판단에 객관성을 부여해주는 것으로 받아들여진다. 법관은 이 경험칙에 기초한 합리성을 근거로 구체적인 사건에서 제시된 증거 중 어떤 것을 ‘진실한 것’으로 채택하고 인정한다. 여기서 법적 판단은 일견 공정하게 정의를 실현하기 위한 객관적이고 중립적인 방법론에 기대고 있는 것으로 보이며, ‘합리성’은 개념적으로 그리고 실제로 존재하는 기준처럼 가정된다. 그러나 여기서 ‘합리성’을 판단하는 기반이 되는 사회 공동체의 일반적·상식적 ‘경험칙’은 단일하지 않고 고정된 것도 아니다. 한 사회 공동체 자체가 단일한 정체성에 기반하고 있지 않기 때문에, 그 사회의 일반적 상식은 모순적인 가치들이 공존하는 불일치를 담고 있기도 하고 사회변화의 역사적인 맥락에 따라 유동적인 것이기도 하다. 즉, 경험칙에 기초한 ‘합리성’은 그 자체가 사회·문화적 맥락과 역사적인 변화 속에서 구성되는 것이다.

<표 1>은 형법상 강간죄의 판단기준인 “폭행·협박의 정도”와 “유죄의 증명력”에 관한 법원의 판시사항에 따라 판례들을 분류하고 사건의 개요와 판시사항을 소개한 것이다. 판시사항에서의 판단기준과 그 판단의 내용을 분류하였다. 여기서 제시하고 있는 판례들은 강간죄의 성립이 부정되어 피고인이 무죄 선고를 받은 판례들이다. 각 판례에는 번호를 매겨 <표 2>에서 각 판례들의 판단기준에 따른 세부 분류를 파악할 때 쉽게 찾을 수 있도록 하였다.

40) 경험칙이란 일반적이며 상식적인 법칙으로, 경험에 의하여 알게 된 지식이나 법칙을 말한다. 반드시 학리상의 어려운 법칙에 한하는 것이 아니라 일상생활에서 수학·자연과학에 이르기까지 모든 사물·현상의 일반적 성질 및 인과관계에 관한 지식·법칙이다. 법관은 특별한 학식이나 경험에 의하여 감정해야 할 것을 제외한 사실의 인정에 있어 경험칙을 따라야 한다(법률용어사전, 2002:1239).

<표 1> 법원의 명시적 판단기준에 따른 단순강간 판례 및 사건개요

(강간죄성립을 부정한 판례를 중심으로)

판단 기준	판단 내용	판례	사건개요
폭 행 · 협 박 의 정 도	폭 행 정 도 미 약	① 대법원 1991. 5. 28. 선고, 91도546 판결, 강간치상, 강간	전화통화를 통해 피해자를 알게 된 피고인은 통화내용 중 음담패설을 녹음하여 피해자를 협박하여 강간하기로 결심, 집을 보러 온 사람으로 거짓말을 하여 집안으로 들어가 폭행 및 협박으로 강간하였다. 1심과 2심 모두 강간치상죄의 성립을 인정하였으나, 대법원은 “당초 간음을 시도한 방에서 피해자가 ‘여기는 죽은 시어머니를 위한 제청방이니 이런 곳에서 이런 짓을 하면 벌 받는다’고 말하여 안방으로 장소를 옮기게 된 사정 등으로 미루어 본다면 피해자에게 가한 폭행 또는 협박이 그 반향을 현저히 곤란하게 할 정도에까지 이른 것이라고 보기는 어렵다” 하여 강간죄에 관한 법리오해 등의 위법을 이유로 원심판결을 파기하였다.
		② 대법원 1999. 9. 21. 선고, 99도2608 판결, 강간치상	사귀는 관계인 피해자와 피고인이 함께 술을 마신 후 여관방에서 함께 자고 아침에 일어나 피고인이 옆에서 자고 있던 피해자의 옷을 벗기고 피해자가 거절함에도 불구하고 강제로 성행위를 시도하였다. 1심, 2심, 그리고 대법원 모두 “간음 당시 행사한 유형력이 피해자의 의사에 반하는 정도에 불과하고 피해자의 반향을 현저히 곤란하게 할 정도에 이르지 않았다”고 보아 강간치상죄의 성립을 인정하지 않았다.
		③ 대법원 1990. 12. 11. 선고, 90도 2224, 판결, 강간치상	피고인이 평소 안면 있는 피해자를 버스정류장에서 만나 기숙사 방으로 유인하여 불을 끄고 양손으로 껴안아 눕힌 다음, 주먹으로 얼굴을 한 차례 세게 때려 반향을 억압하고 강간하려다 미수에 그친 채 상해를 입게 하였다. 1심과 2심 모두 강간치상죄의 성립을 인정하였으나, 대법원은 “다만 피해자의 의사에 반하는 정도의 유형력을 행사하여 피해자를 간음하려 하였음에도 불과하고, 그 유형력의 행사가 피해자의 반향을 현저히 곤란케 할 정도에까지 이른 것은 아니”라고 판단하여 원심판결을 파기하였다.
		④부산지법 1984. 8. 9. 선고, 84고합 604 판결, 강간치상피고사건	피고인은 낙동강 제방을 지나가는 피해자를 우연히 만나 데이트를 하다가 피해자를 인적이 드문 산속으로 유인해 쓰러뜨리고 피해자가 비명을 지르자 입을 틀어막고 뺨을 한 차례 때리며 강간하였다. 법원은 “피고인이 피해자와의 성교 과정에 다소의 유형력을 행사하였다 하여도 그 정도가 피해자의 반향을 대단히 곤란하게 할 정도가 아니면 강간죄는 성립되지 아니한다”고 판시하고 강간죄 무죄를 선고하였다.

판단 기준	판단 내용	판례	사건개요
폭 행 · 협 박 의 정 도	협 박 정 도 미 약	⑤ 서울지방법원남부지원 1985. 11. 29. 선고, 85고합907 판결, 강간치상피고사건	피고인은 평소에 알고 지내던 피해자가 남동생의 취업을 부탁하기 위해 자신을 찾아오자 "너는 유부녀이고 나는 총각이니 들키면 누가 망신이나"로 수치심을 이용하여 위협하고 강간하였다. 법원은 "피해자가 피고인의 말에 주관적으로 수치심을 느껴 소리치지도 못하고 반항을 억압당하였다고 하더라도 그것만으로는 강간죄에서 요구되는 협박으로 볼 수 없다"고 판시하고 강간치상의 무죄를 선고하였다.
		⑥ 대법원 1992. 4. 14. 선고, 92도259 판결 강간치상	피고인은 자신의 동거녀와 함께 술집에서 호스티스를 하고 있으며 같은 아파트 옆방에서 함께 세 들어 살고 있는 피해자에게 "소리를 지르면 칼을 가져와 죽여 버리겠다"고 협박하고 강간하였다. 1심과 2심 모두 강간치상죄의 성립을 인정하였으나, 대법원은 "간음 당시의 상황이나 전후 사정에 비추어 협박이 피해자의 항거를 불능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도에까지 이른 것이라고 보기에는 미흡한 것이 아닌가 하는 의문이 있다" 하여 원심판결을 심리미진 등 위법으로 파기하였다.
유 죄 의 증 명 력	피 해 자 진 술 의 신 빙 성	⑦ 대법원 2001. 10. 30. 선고, 2001도4462 판결, 강간·절도	피고인은 컴퓨터 채팅을 통해 만난 피해자에게 여관을 자신이 거주하고 있는 곳이라고 속이고 데려와 강간하였다. 강간 후 피고인은 피해자가 화장실에 간 틈을 이용하여 피해자의 지갑에서 현금 23만원을 절도하여 도주하였다. 1심과 2심 모두 강간죄와 절도죄성립을 인정하였으나, 대법원은 "강간 및 절도의 공소사실에 부합하는 피해자의 진술의 신빙성에 의문이 있어 공소사실에 대하여 합리적인 의심이 없을 정도로 증명되었다고 보기 어렵다"는 이유로 원심판결을 심리미진 또는 채증법칙을 위반한 사실오인으로 파기하였다.
		⑧ 대법원 1990. 9. 28. 선고, 90도1562 판결, 강간치상, 강간·폭력행위등처벌에관한법률위반, 폭행	피고인은 애인관계인 피해자를 강제로 팔목을 비틀어 여관으로 끌고 가 강간하였으며, 며칠 후 다시 자신의 하숙집으로 끌고 가 강간하고 담뱃불로 피해자의 몸에 자신의 성(姓)을 새겼다. 1심과 2심 모두 강간치상죄 등의 성립을 인정하였으나, 대법원은 "폭행에 의하여 강간당하였다는 피해자의 진술이 경험칙상 납득할 수 없다"는 이유로 피해자 진술 및 상해의 증명력을 배척하여 원심판결을 파기하였다.
		⑨ 서울고법 1981. 9. 18. 선고, 81노1370 판결, 강간치상(예비적, 미성년자간음) 피고사건	피고인은 자신이 취직을 시켜주겠다고 하여 찾아온 피해자(17세)를 집까지 데려다주겠다고 속여 여인숙으로 끌고 가 강간하였다. 1심과 2심 모두 강간죄 성립을 인정하였으나, 대법원은 "강간피해자의 일관된 진술을 믿을 수 없으며, 피고인과 피해자가 동숙하게 된 경위와 동숙 장소의 정황에 비추어 볼 때 화간이었음을 인정할 것"이라고 판시하고 원심판결을 파기하였다.

판단 기준	판단 내용	판례	사건개요
유 죄 의 중 명 령	피 해 자 진 술 의 신 빙 성	⑩ 대전지법 홍성 지원 1988. 6. 24. 선고, 88고합18 판 결, 강간	피해자와 애인관계인 피고인이 집에 혼자 있던 피해자를 “극약을 먹여 죽여 버리겠다”는 등의 협박과 폭행으로 강간하였다. 법원은 “유일한 증거인 피해자의 진술이 일관성이 없고 참고인 또는 증인들의 진술 내용과 어긋나며 피고인과 피해자의 교제경위 및 평소 관계, 성교전후의 정황 등에 비추어 볼 때, 위 피해자의 진술은 신빙성이 없다”며 무죄를 선고하였다. 이후 항소가 없어 무죄 판결이 확정되었다.
		⑪ 수원지법 성남 지원 1996. 6. 5. 선고, 95고합122 판결, 강간치상, 준 강간, 도로교통법 위반	피고인은 함께 술을 마신 피해자를 데려다주겠다고 속이고 차안에서 강간하여 상해를 입히고, 반항하다가 정신을 잃은 피해자를 여관으로 끌고 가 다시 강간하였다. 법원은 “강간으로 인한 상해를 입었다는 피해자의 진술에 신빙성이 없고, 이를 인정할 충분한 증거가 없다”며 무죄를 선고하였다. 항소하였다.
		⑫대전지법 1995. 2. 22. 선고, 94고 합566판결, 강간치 상, 폭력및처에관 한법률	피고인은 자신의 셋방에서 술에 취해 자고 있는 피해자에게 접근하여 옷을 벗기고 가슴이 답답하여 뒤척이는 피해자의 팔을 잡고 누르는 등 강간하려 하였다. 피해자는 피고인이 자신을 강간하기 위해 집에 들어와 옷을 벗고 자신의 방의 나가는 것을 목격하고 자신의 동거남에게 연락하여 도움을 요청한 뒤 피고인이 다시 방으로 들어오자 자는 척하고 피고인이 자신에게 강제로 성교를 하려고 하자 몸을 뒤척이면서 피하려고 했으며, 피해자의 동거남이 도착하여 피고인의 강간시도는 미수에 그쳤다. 법원은 “피고인과 피해자의 교제경위와 관계, 피해자가 고소를 하게 된 경위, 성교 전후의 정황 등에 비추어 강간당하였다는 피해자 진술의 신빙성을 배척하고 강간치상의 집에 관하여 무죄를 선고”하였다. 이후 항소가 없어 무죄 판결이 확정되었다.
		⑬서울고법 1996. 5. 30. 선고, 96노 606 판결, 가.강간	피고인은 2년간 사귀어 온 피해자가 피고인의 친구와 결혼하기로 했다는 말을 듣고 피해자의 머리를 자동차에 수회 부딪히게 하는 등 폭행을 하고 피고인이 시키는 대로 하지 않으면 피해자의 약혼자에게 자신과의 관계를 폭로하겠다고 협박한 후 4일 동안 피해자를 경기도와 강원도 일대의 여관으로 끌고 다니며 피해자의 반항에도 불구하고 3회 강간하였다. 1심은 강간죄를 인정하였으나, 고등법원은 “피고인과 피해자가 처음 성관계를 맺게 된 과정, 그 후 약 2년 동안 사귀어 온 과정, 위 8.8.부터 12까지의 여행 및 성관계에 있어서의 피고인의 폭행 협박 여부 등에 관한 피해자의 진술에 신빙성이 없고, 이를 인정할 충분한 증거가 없다”는 이유로 강간의 무죄를 선고하였다.

판단 기준	판단 내용	판례	사건개요
유 죄 의 증 명 력	피 해 자 진 술 의 신 빙 성	⑭서울고법 1998. 12. 2. 선고, 98노 2355 판결, 강간치상(인정된 죄명, 상해)	피고인은 피해자와 친구와 함께 식사와 술을 하고, 친구와 헤어진 후 피해자와 함께 다시 술을 마시고 노래방으로 가던 중 피해자를 여관으로 끌고 가 강간하려 했으나, 피해자가 반항을 하며 피고인의 머리채를 잡아당기자 피해자의 머리를 전화기로 때리는 등 폭행을 하였다. 1심은 강간치상죄의 성립을 인정하였으나, 고등법원은 “피해자는 피고인이 여관방에서 바로 자신을 폭행하여 강간을 시도하였다고 진술하지만 위와 같은 경위에 비추어 볼 때 위 피해자의 진술은 선뜻 이를 믿기 어렵고 달리 피고인이 피해자의 반항을 억압할 정도로 폭행, 협박하여 강간을 시도하였다고 볼만한 증거가 없다”고 판시하고 강간치상죄 성립을 부정하고 상해죄만을 인정했다.
		⑮서울남부 1997. 3. 28. 선고, 96고합448 판결, 강간치상·강간·절도·주거침입·폭행	피고인은 4개월 정도 사귀어온 애인인 피해자가 자신을 멀리하자 96년 7월부터 9월말까지 피해자가 운영하는 가게에 찾아가 협박하고 여관으로 끌고 가 강간하였으며, 빌린 돈을 돌려주겠다고 피해자를 불러내어 피해자의 돈을 절취하고 강간하였으며, 같이 술을 마시고 난 뒤 피해자를 폭행·협박하여 강간하였다. 법원은 “피해자가 주장하는 범죄사실 전부를 그대로 자백하는 피고인의 검찰에서의 진술이 그 일부 내용에 있어 객관적 진실에 반할 뿐 아니라, 그 자백의 근거가 된 피해자의 진술내용이 도무지 그대로 믿기 어려운 점이 많아 그에 대응하는 피고인의 자백마저 전체적으로 신빙성이 없는 것으로 인정 된다”는 이유로 그 증거능력을 배척하고 무죄를 선고하였다.
		⑯대법원 1992. 9. 1. 선고, 92도1405 판결, 강간치상	피해자는 남편이 술에 취해 제방 독에 쓰러져있다는 소식을 남편의 친구인 피고인에게 듣고 피고인과 동행하였는데, 제방 독에 이르자 피고인이 피해자를 땅바닥에 쓰러뜨리고 돌맹이로 협박하여 강간하였다. 1심은 강간죄 성립을 부정하였으나 2심은 인정하였다. 대법원은 “피고인과의 성행위가 있었음을 인정할 유력한 물적 증거에 관하여 사법경찰이 앞에서 구체적으로 한 진술을 검사 앞에서 반복하는 등 신빙성이 없는 피해자의 진술 등에 의하여 강간치상죄를 유죄로 인정함으로써 증거의 증명력에 관한 법리오해 등으로 채증법칙을 위반하여 사실을 잘못 인정한 위법이 있다” 하여 원심판결을 파기하였다.
		⑰대구고법 1986. 6. 1. 판결, 85노 1059 선고, 강간치상피고사건 (원삼: 대구지법 1985. 5. 8. 판결, 84고합798 선고)	피고인은 자신의 차를 택시로 오인하고 탄 피해자를 끌고 가 강간하였다. 1심과 2심 모두 “피해자가 강간당한 후 즉시 피고인을 유인하여 자신의 거주지 관할 파출소까지 함께 오게 하여 피해신고를 하였다는 경우, 그런 정도의 재치가 있는 여자라면 범행현장에 이르기까지의 여러 가지 정황 등에 비추어 충분히 강간을 모면할 수 있을 것으로 보이므로 피고인의 폭행, 협박으로 항거불능의 상태에서 강간을 당하였다는 피해자의 진술은 전후가 모순되어 믿기 어렵고 객관적인 상황 및 경험칙 등에 맞지 않아 신빙성이 없다”고 판단하고 무죄를 선고하였다.

판단 기준	판단 내용	판례	사건개요
유죄의 증명력	피 해 자 진 술 의 신 빙 성	①9 대법원 2001. 2. 23. 선고, 2000도 5395 판결, 강간	피고인은 함께 승용차에 타고 있던 다방 종업원인 피해자에게 성관계를 요구하며 옷을 벗으라고 하였으나 거절하자 심한 욕설을 하고 피고인의 무릎으로 피해자의 허벅지를 내리눌러 반항을 억압한 다음 강간하였다. 1심과 2심 모두 강간죄 성립을 인정하였으나, 대법원은 “형사재판에서 범죄사실의 증명은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 수 없을 정도로 고도의 개연성에 대한 확신을 가지게 하여야 하고, 피고인에 대하여 유죄의 의심이 간다는 사정만으로 유죄로 인정할 수는 없는 것이다. 결국, 이 사건 공소사실은 합리적인 의심이 없을 정도로 증명되었다고 보기 어려운데도 피고인이 다방종업원인 피해자를 강간하였다는 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결을 채증법칙을 위반하여 사실을 오인하였다”는 이유로 원심을 파기하였다.
		②0대전지법 1993. 6. 4. 선고, 92고합 625 판결, 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수강간 등)	피고인 2명은 구인광고를 보고 찾아온 피해자 2명(17세, 18세)과 함께 식사를 하고 술을 마시던 중 피해자들이 술에 취하자 이들을 산장으로 데리고 가 각각 강간하고 다시 서로 바꾸어 강간하였다. 법원은 “피고인 2명이 피해자 2명을 서로 바꾸어 거듭 간음함에 있어 어느 정도의 협박 또는 유형력의 행사가 있었다 하더라도, 피해자들이 다른 사람에게 구원을 요청하거나 도망할 기회가 있었음에도 불구하고 그대로 있었고, 피해자 중 1명이 이 사건으로 처녀성을 상실하였다고 진술하다가 전에 윤락행위를 한 사실이 밝혀지자 진술을 번복한 점 등에 비추어 피해자들의 진술에 신빙성이 없고, 달리 피해자들의 반항을 억압할 정도의 유형력의 행사가 있었다고 인정되지 않는다”고 하여 피고인 2명에게 특수강간죄의 무죄를 선고하였다.
위 법 성 조 각	고 의 없 음	①8부산지법 1991. 8. 20. 선고, 91고합 291 판결, 특정범죄가중처벌등에관한법률위반 (특수강간치상)	피고인은 ‘술집접대부’인 피해자와 성매매로 1회 성교를 하고 다시 성교를 요구했으나 피해자가 거절하자 소지하고 있던 과도를 목에 들이대고 말을 듣지 않으면 찌르겠다고 하면서 겁을 주어 항거를 억압한 후 소지하고 있던 비닐테이프를 피해자의 두 손을 묶고 음란 비디오테이프에서 본 바와 같은 자세로 강간하려 하였으나 피해자가 피고인의 과도 잡은 손을 뿌리치면서 방 밖으로 도망감으로써 미수에 그치고 피해자는 과도에 찢려 상해를 입었다. 법원은 “강간치상죄는 강간죄와 마찬가지로 폭행 또는 협박으로 부녀자를 강간하려 한 경우에 성립하는 고의범으로서 피해자가 성교행위를 승낙하고 있는 경우에는 구성요건 해당성이 없어 범죄가 성립할 수 없음은 물론 피해자가 겉으로는 승낙하지 않고 있다고 하더라도 내심의 진의는 승낙하고 있는 것이라고 행위자가 오신하여 성교를 하려고 한 과정에서 상해를 입힌 경우에도 강간치상죄의 고의는 조각되므로 처벌할 수 없다”고 판시하여 특수강간치상죄의 무죄를 선고했다.

B. 강간죄에 대한 ‘합리적’ 판단을 구성하는 요소들⁴¹⁾

물리적인 강제력이 존재하지 않거나 입증하기 어려운 이는 관계에서 발생하는 강간의 경우, 대부분의 가해자는 피해자와의 성행위 자체는 인정하나 그것이 강간이 아니라 합의에 의한 성관계였다고 주장한다. 따라서 이러한 상황에서 강간죄가 성립되기 위해서는 “폭행·협박”이라는 강제력의 존재여부를 입증하는 것이 매우 중요해진다. 앞에서 보았듯이 대법원은 이때의 “폭행·협박”을 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 최협의의 개념으로 해석하며, “폭행·협박” 등의 강제력을 증명하기 위해서는 ‘피해자의 저항’이 있었어야 한다고 요구한다. 그러나 피해자의 저항에 대한 물리적 증거를 제출하는 것은 어려운 일이다. 특히 가해자와 피해자 둘만 있는 공간에서 주로 발생하는 강간사건의 특성상, 증거는 주로 사건 당사자의 진술과 주변적인 정황에 한정된다. 설사 상해의 증거나 성교의 증거가 있더라도 각각의 증거만으로는 그 성교의 강압성을 입증하지 못하기 때문에 이를 직접적인 강간의 증거로 판단하는 일은 드물다. 이처럼 가해자의 행위가 아닌 피해자의 저항이 “폭행·협박”을 판단하는 기준이 되는 상황에서, 강간사실에 대한 입증책임은 대부분 피해자 자신에게 부과된다. 법원은 강간죄 성립여부를 판단하기 위해 자신이 저항했음을 주장하는 피해자의 진술이 ‘합리적’으로 진실하다고 믿을 수 있는지에 대해 끊임없이 판단하며, 결국 재판의 초점은 (가해자 진술이 아닌) 피해자 진술의 신빙성 여부에 맞추어지게 된다.

이 때 법원이 피해자 진술의 신빙성을 확증하는 것으로서 고려하는 요건⁴²⁾에는 피해자와 피고인의 관계, 피해자와 가해자의 최초 접촉상황에서 피해자의 ‘자발성’ 여부, 강간도중 피고인에 대한 피해자의 태도, 강간 후 피해자의 태도, 강간 당시 피해자의 주변인들에 대한 ‘구조요청’ 여부, 강간직후 ‘신속한 고소’ 여부, 피해자의 과거 품행과 성력(sexual history) 등이 있다.⁴³⁾

41) <표 2> 법원의 강간죄판단기준인 ‘합리성’의 판단요소에 따른 단순강간 판례 분류를 참조할 것.

42) 이러한 피해자 진술의 신빙성에 대한 확증요건은, 비록 명문화된 규정으로 요구되고 있지는 않으나, 각급 법원이 판결을 내릴 때 관행적으로 중요한 판단의 기준으로 삼는 강간죄에 관한 기존의 대법원 판례에 나타난 태도를 통해 특징적인 요소들로 자리 잡고 있다.

43) 일반적으로 강간죄의 판례에서 피해자 진술의 신빙성을 판단함에 있어 중요한 영향을 미치는 요소는 ‘일관성’이며, 법원은 피해자의 진술에 일관성이 없을 경우 그 신빙성을 부정한다. 그러나 본 논문에서는 다음과 같은 이유로 ‘피해자 진술의 일관성’을 합리성의 판단요소로 포함시키지 않았다. 우선, 법원이 ‘일관성’을 판단할 때 중요하게 검토하는 피해자 진술이 강간 당시 피고인이 피해자의 옷을 벗긴 순서⁽¹⁹⁾ 대법원 2001. 2. 23. 선고, 2000도5395 판결, 강간; ⑰ 대구고법 1986. 6. 1. 판결, 85노1059 선고, 강간

1. 강간 발생 이전 피고인과 피해자의 관계

강간 피해자 진술의 신빙성 판단에 큰 영향을 미치는 요소는 ‘강간 발생 이전 피고인과 피해자의 관계’이다. 피고인과 피해자가 강간 전에 이미 알고 있는 사이거나⁴⁴⁾ 친밀한 관계⁴⁵⁾였다면, 강간을 주장하는 피해자의 진술은 법원의 신뢰를 받기 어렵다. 법원은 특히 피해자와 피고인이 연인관계였으며 강간 이전 가해자와 피해자 사이에 이미 성관계 경험이 있을 경우⁴⁶⁾, 심지어 폭행 또는 협박이 존재했다는 것이 입증된다고 할지라도 “강간당했다는 피해자의 진술에 신빙성이 없다”고 판단하였다.

치상피고사건(원삼:대구지법 1985. 5. 8. 판결, 84고합798 선고); ⑨ 서울고법 1981. 9. 18. 선고, 81노1370 판결, 강간치상(예비적,미성년자간음)피고사건 등)나 강간 후 피해자의 속옷 등을 어떻게 했는지(⑩ 대법원 1992. 9. 1. 선고, 92도1405 판결, 강간치상 등)에 관한 것인 경우가 있다. 그러나 이러한 진술의 중요성에 대해 법원마다 해석이 다르며(⑪ 판례의 경우, 강간을 당한 후 피고인의 정액이 묻었을 것이라 추정되는 피해자의 속옷에 관한 진술의 일관성이 없는 점에 대해, 고등법원은 “강간을 당한 공포와 경악에 휩싸여 세부적인 부분을 빠뜨리고 진술하지 아니하거나 지엽적인 부분에 관하여 다소 내용이 엇갈리게 진술할 수도 있을 것”이라고 판단하고 대법원은 “피고인과의 성행위가 있었음을 인정할 수 있는 유력한 물적 증거가 될 수 있는 팬티에 관한 진술의 반복은 피해자의 진술에 대한 신빙성을 의심할만한 사유가 된다”고 판단한다), 이를 제외한 피해자의 나머지 진술과 주변 증언들은 일관성이 있는 경우가 대부분이다. 또한 법원이 피해자 진술의 일관성을 문제 삼는 사례들 중에는 피해자가 자신의 성관계 경험 유무에 관한 진술을 반복한 예들(⑫ 대전지법 1993. 6. 4. 선고, 92고합625 판결, 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수강간등); ⑬ 대전지법 홍성지원 1988. 6. 24. 선고, 88고합18 판결, 강간 등)이 있는데, 피해자들이 자신이 ‘처녀’임을 주장하다가 진술을 반복한 이러한 사례의 경우는 반복된 진술의 내용 자체가 강간 사건과는 큰 연관이 없다고 할 수 있다. 여기서의 ‘피해자 진술의 비일관성’은 강간을 당한 후 충격을 받은 피해자의 심리상태에서 기인하거나 수사기관의 편견에 대한 방어기제일 수 있다. 그럼에도 불구하고 법원이 이러한 지엽적인 피해자 진술을 다른 증거보다 더 중요하게 보는 이유는 이 장에서 본 연구자가 분류하고 있는 ‘합리적 판단’의 구성요소와의 연관성 속에서 검토해 볼 수 있을 것이다.

44) ① 대법원 1991. 5. 28. 선고, 91도546 판결 강간치상, 강간; ② 대법원 1990. 12. 11. 선고, 90도2224, 판결 강간치상; ③ 대법원 2001. 10. 30. 선고, 2001도4462 판결, 강간·절도; ④ 서울고법 1981. 9. 18. 선고, 81노1370 판결, 강간치상(예비적,미성년자간음)피고사건; ⑤ 수원지법 성남지원 1996. 6. 5. 선고, 95고합122 판결, 강간치상, 준강간, 도로교통법위반; ⑥ 부산지법 1984. 8. 9. 선고, 84고합604 판결, 강간치상피고사건; ⑦ 서울지법 남부지원 1985. 11. 29. 선고, 85고합907 판결, 강간치상피고사건; ⑧ 대전지법 1995. 2. 22. 선고, 94고합566판결, 강간치상, 폭력맞처에관한법률; ⑨ 서울고법 1998. 12. 2. 선고, 98노2355 판결, 강간치상(인정된 죄명, 상해); ⑩ 대법원 1992. 9. 1. 선고, 92도1405 판결, 강간치상.

45) ① 대법원 1999. 9. 21. 선고, 99도2608 판결 강간치상; ② 대법원 1992. 4. 14. 선고, 92도259 판결 강간치상; ③ 대전지법 1995. 2. 22. 선고, 94고합566판결, 강간치상, 폭력맞처에관한법률.

46) ① 대법원 1990. 9. 28. 선고, 90도1562 판결; ② 대전지방법원홍성지원 1988. 6. 24. 선고, 88고합18 판결; ③ 서울고법 1996. 5. 30. 선고, 96노606 판결, 가. 강간; ④ 서울남부 1997. 3. 28. 선고, 96고합448 판결, 강간치상·강간·절도·주거침입·폭행.

“피고인과 피해자는 1987.9. 말경부터 서로 알게 되어 피고인이, 혼자 집에 있는 일이 많은 피해자의 집에 자주 놀러와 비독을 함께 두고 테이프와 책, 생일 선물 등을 서로 교환하고 음란비디오까지 피해자의 집 안방에서 둘이서만 볼 정도로 친숙해졌고 같은 해 11. 하순경에는 피해자의 집 안방에서 정교관계까지 갖게 되자 피고인은 피해자와 결혼할 생각으로 피해자의 어머니로부터 결혼승낙을 받아내려고 하였으며 동네사람들도 대부분 두 사람이 연애하고 있는 사이로 알고 있었던 사실… 이러한 피고인과 피해자의 교제경위와 관계, 이 사건 성교전후의 정황에 비추어 보면 피해자의 위 공소사실에 부합하는 진술을 믿기 어렵다 할 것이다(⑩ 대전지방법원홍성지원 1988. 6. 24. 선고, 88고합18 판결)” (강조는 인용자)

2. 피해자와 가해자의 최초 접촉상황 : 강간 전 피해자의 ‘자발성’

피해자 진술의 신빙성 여부는 피해자가 가해자와 최초로 접촉한 상황이 자발적이었는가의 여부와도 관련된다. 최근 법관들을 대상으로 한 설문조사에 따르면, 40대 이상의 남성 판·검사 일수록 ‘성폭력을 방지할 수 있는 최선책은 여자가 스스로 조심하는 것’이라고 생각하는 경향이 높다(한국성폭력상담소, 2003:30). 피해자가 가해자와의 만남에 아무런 거리낌 없이 응하여 함께 술을 마시거나 담배를 피거나 노래방에 갔다면, 즉 피해자가 자발적으로 가해자와 접촉했다면 그것은 피해자가 가해자에게 성교에 응하겠다는 빌미를 제공한 것으로 여겨진다. 만약 피해자가 강간 직전 가해자와의 만남을 자발적으로 했다면, 그러한 피해자의 행동은 법관에게 “강간당한 피해자의 행동으로는 합리적으로 납득되지 않는 것”으로 간주되는 것이다⁴⁷⁾.

우선 피고인이 채팅에서 만난 모르는 남자를 영어회화를 배울 욕심에 밤늦은 시간에 바로 만났다가, 노래방에 같이 가면서 짐과 책 등을 가지러 숙소에 들어갔다 오자는 피고인 말을 믿고 의심 없이 따라 들어갔다는 점도 납득하기 어렵거니와… (⑦ 대법원 2001.10.30. 선고, 2001도4462 판결)

47) ② 대법원 1999. 9. 21. 선고, 99도2608 판결, 강간치상; ③ 대법원 1990. 12. 11. 선고, 90도2224, 판결, 강간치상; ⑦ 대법원 2001. 10. 30. 선고, 2001도4462 판결, 강간·절도; ⑨ 서울고법 1981. 9. 18. 선고, 81노1370 판결, 강간치상(예비적, 미성년자간음)피고사건; ⑩ 수원지법 성남지원 1996. 6. 5. 선고, 95고합122 판결, 강간치상, 준강간, 도로교통법위반; ④ 부산지법 1984. 8. 9. 선고, 84고합604 판결, 강간치상피고사건; ⑤ 서울지법 남부지원 1985. 11. 29. 선고, 85고합907 판결, 강간치상피고사건; ⑭ 서울고법 1998. 12. 2. 선고, 98노2355'판결, 강간치상(인정된 죄명, 상해).

이 사건 피해자는 사건 당일 근무처 기숙사로 가던 중 우연히 만나 별다른 강압이나 저항 없이 부근 다방에서 커피를 마시며 40여분 정도 이야기를 나누고, 다시 그길 건너 생맥주집으로 자리를 옮겨 21:00경까지 그곳에서 머물다가 같이 나왔고 피고인이 그 친구인 공소 외 박충현이 피해자에게 사과할 것이 있다 하여 같이 갈 것을 제의하자 그를 따라 그 바로 옆 판시 기숙사에 이르러, 전등이 고장 나 텔레비전 불빛만으로 어두운 방안에 함께 들어갔고... 피고인이 피해자를 간음하려 한 때의 상황이나 전후의 사정이 그와 같다면 피고인은 다만 피해자의 의사에 반하는 정도의 유형력을 행사하여 피해자를 간음하려 하였음에도 불과하고, 그 유형력의 행사가 피해자의 반항을 현저히 곤란케 할 정도에까지 이른 것은 아니라고 볼 이 상당하다 할 것이다. 원심이 위와 같은 사정을 살피지 아니한 채, 피고인의 행위에 대한 피해의식으로 과장되거나 다분히 주관적 평가나 감정에 치우칠 우려가 있는 피해자의 진술에 치중하여, 피고인이 피해자의 반항을 억압하여 강간하려 하였다고 인정한 제1심판결을 유지하였음은 채증법칙위배나 강간치상죄에 있어서의 폭행에 관한 법리오해의 위법이 있다 할 것이므로, 이를 지적하는 논지는 이유 있다. (③대법원 1990. 12. 11. 판결, 90도2224 선고)

판례 ②, ⑦, ⑨, ⑬, ⑮에서 볼 수 있듯이 법관들은 함께 여관에 들어간 경우에 대해 더욱 부정적으로 판단한다⁴⁸⁾. 이는 법관들이 대부분의 정상적인 판단력을 가진 여성들이라면 ‘여관을 성관계 하는 장소로 알고 있으리라고 전제하고, 따라서 여관에 같이 들어갔다는 것은 이미 성관계에 대해 암묵적 동의를 한 것으로 판단하기 때문이다. 그런데 이렇게 피해자와 가해자의 접촉 과정에서 피해자가 자발적이었던 판례를 보면 대부분 피해자와 가해자가 이는 관계⁴⁹⁾거나 데이트를 하는 등의 친밀한 관계인 경우이다.

3. 강간 후 피해자의 태도

법원은 강간 후 피해자가 ‘수치스럽고 끔찍한 행위’를 자신에게 저지른 가해자에게 크게 문제를 제기하지 않고 헤어진다거나 혹은 다시 만나는 행위를 했을 때 피해자의 피해 진술을 신

48) 한국성폭력상담소(2003:60)에 따르면, ‘여관에 함께 들어간 것’이 판결에 부정적인 영향을 미친다는 응답을 한 이가 전체 중 97.44%를 차지했다. 즉, 거의 대부분의 법관이 사건의 판결에 부정적인 영향을 미친다고 응답하고 있으며, 다른 정황들에 비해서도 부정적인 영향이 큰 것으로 나타났다.

49) 법원은 “채팅에서 만난 모르는 가해자”라고 판단하지만, 최근 젊은 세대(10대 혹은 20대정도)는 ‘인터넷 채팅’을 통해 사귀거나 친분을 쌓는 것에 익숙하며 온라인(on-line)상의 친분을 오프라인(off-line)에서 이어가는 것이 어색하지 않은 경험을 가진 이들이다. 판례 ⑦의 피해자 역시 10대로 이러한 문화적 경험을 공유하고 있는 이로써, 가해자와는 (모르는 사이가 아니라) 채팅으로 통해 만난 ‘안면 있는 관계’인 것이다.

되하지 않는다⁵⁰⁾. 그런데 강간 후 피해자가 이러한 태도를 보이는 것은 대부분 피해자와 피고인의 관계가 안면이 있거나 친밀하거나 혹은 애인관계 등 아는 관계일 때 나타난다. 또한 피해자가 강간이라는 ‘엄청난 피해’를 당했음에도 불구하고 “강간 후 그냥 잠을 잔” 경우에도 법원은 피해자의 강간 주장의 신빙성이 없다고 판단한다⁵¹⁾. 또한 강간 후 피해자가 주변인들에게 태연하거나⁵²⁾ 너무 화를 내며 피고인에게 욕을 하는 태도⁵³⁾를 보이는 경우에도 역시 법원은 피해자의 강간에 관한 진술을 신뢰할 수 없다고 판단하고 있다.

4. 강간 당시 주변인들에 대한 피해자의 구조요청

- 50) ② 대법원 1999. 9. 21. 선고, 99도2608 판결(“피고인은 피해자에게 연락할 때까지 잘 지내라고 하면서 피해자와 같이 여관에서 나온 사실 등을 인정하였다...”); ④ 대법원 1992. 4. 14. 선고, 92도259 판결(“피해자와 가해자 공통의 진술에 의하면, 피해자는 강간 이후 가해자의 담배를 피웠다. 다만, 피고인의 진술에 의하면 피해자가 성교 후 피고인의 담배를 꺼내어 피웠다는 것이고, 이에 대하여 피해자는 성교 후 피고인이 피해자에게 담배를 주고 불을 붙여주었다고 진술하고 있으며(수사기록 39면, 공판기록 59, 318, 321면...)”); ⑧ 대법원 1990. 9. 28. 선고, 90도1562 판결(“피해자는 이 사건 제2공소사실인 7.18. 22:00경 피고인의 하숙방에서의 강간에 대하여, 그 날 피고인이 전화로 만나자고 해서 다방에 나갔더니 강제로 하숙방에 끌고 가 강간을 하였다고 진술하였으나, 수일 전에 자기를 강간한 피고인을 만나지 않으면 아니 될 특별한 사정도 없이 간단히 만났다는 점...”); ③ 대법원 1990. 12. 11. 선고, 90도2224 판결(“그곳에서 나온 이후에도 피해자 자신의 기숙사나 집으로 돌아가지 아니한 채 뚜렷한 이유나 별다른 저항 없이 도보로 이, 삼십분 정도의 거리에 있는 피고인의 자취방으로 또다시 따라 갔고, 안집과 1미터의 마루를 사이에 두고 있는 그 자취방에서 같이 밤을 보내면서 피고인이 여러 차례 피해자를 간음하려 하였으나 그때마다 피해자의 거부로 그 뜻을 이루지 못하였다는 것이다”); ⑩ 대법원 1992. 9. 1. 선고, 92도1405 판결, 강간치상(“피해자가 강간을 당한 이틀 후인 1989.9.10. 23:00경 동해시 내에서 약4km이상 떨어진 인적이 드문 무릉계곡 산장휴게소로 강간 범인이라는 피고인을 불러내어 30분 내지 1시간 동안 단 둘이 이야기를 나누었다는 것은, 설사 원심이 판시한 바와 같이 피해자가 남편과 평소에 절친한 친구이고 성격도 암전하던 피고인으로부터 강간을 당한 것을 납득할 수 없어서 번민한 끝에 피고인을 조용히 만나 강간을 한 이유를 따져보기로 작정한 끝에 취한 행동이라고 하더라도, 강간을 당한 피해자로서는 좀처럼 취하기 어려운 거동임이 경험법칙상 명백하므로, 이와 같은 사정을 피해자의 진술의 신빙성에 대한 탄핵사유로 삼는 것이 부당하다고 할 수 없다”).
- 51) ⑩ 대전지법 홍성지원 1988. 6. 24. 선고, 88고합18 판결, 강간; ⑪ 수원지법 성남지원 1996. 6. 5. 선고, 95고합122 판결, 강간치상, 준강간, 도로교통법위반(두 판례 모두 “피해자가 강간을 당한 후 잠을 잤다”).
- 52) ⑨ 서울고법 1981. 9. 18. 선고, 81노1370 판결, 강간치상(예비적,미성년자간음)피고사건. (“여인숙 종업원의 증언에 의하면 피해자가 혼자서 복도로 나와 화장실의 방향을 물어 가르쳐줄 당시 피해자의 태도가 강제로 끌려온 사람 같지 않고 태연하였으며 두 사람 사이는 애인관계로 보였다는 것”)
- 53) ⑨ 대법원 2001. 2. 23. 선고, 2000도5395 판결, 강간 (“여관주인의 증언에 의하면 피해자가 여관에 왔다가 나갈 때까지 피고인에게 두려움을 느끼는 것으로는 보이지 않았고, 오히려 피해자는 화가 난 상태로 욕설을 퍼부었으며...”).

법원은 강간 피해자가 가능한 모든 수단과 기회를 이용하여 주변인들에게 구조요청을 하였는가의 여부를 피해자가 가해자와의 성관계를 원치 않았음을 보여주는 중요한 기준으로 본다(한국형사정책연구원, 1999a:82). 법원은 강간 이전 주변인들에게 “구조요청을 함으로써 피고인으로부터 벗어날 수 있음에도 불구하고”, “손쉬운 구조요청의 기회”를 이용하지 않았다는 이유로 피해자의 진술을 부인한다⁵⁴⁾. 또한 강간 후 피해자가 주변인들에게 바로 구조요청을 하지 않았을 때 역시 법원은 피해자의 강간피해 주장을 신뢰하지 않는다⁵⁵⁾. 그런데 이런 경우 대부분 피해자와 피고인과의 관계는 단순히 아는 관계라기보다는 연인관계인 경우가 많다.

뿐만 아니라 법원은 피해자의 어떠한 행위를 ‘구조요청’으로 볼 것인가에 대해 엄격하게 해석하는 경향이 있다. 피해자의 거부 의사표시나 다투는 소리⁵⁶⁾는 구조요청을 이끌어내는 반향

54) ⑧ 대법원 1990. 9. 28. 선고, 90도1562 판결, “피해자는 ... 당시 여관주인이 방을 안내하였지만 창피해서 구조를 요청하지 아니하였다는 것인바, **대학 4학년생인 피해자가 강간의 위험을 느끼면서도 손쉬운 구조요청의 기회를 이용하지 아니하였다는 것은 우리의 경험칙상 쉽게 납득이 가지 아니하는 것이다.** 또 피해자는...피고인의 하숙집 주인에게 구조를 요청하지 아니하였다는 점에 이르기까지 강간행위를 인정하는 데는 어느 것이나 쉽게 수긍이 가지 않는 사항들이다. ...화상을 입고 담뱃불로 온몸을 지지는 데도 하숙집 주인에게 구조를 요청하지 아니하였다는 것은 쉽게 납득이 가지 않는 일이다. ...세상에 알려지는 것이 무서워서 위와 같은 피해사실을 신고하지 아니하였다고 하는 것도 여러 정황에 비추어 가볍게 수긍되지 아니한다.”(강조는 인용자)

비슷한 판례로 ① 대법원 1991. 5. 28. 선고, 91도546 판결, 강간치상·강간(강간도중 시아버지로부터 걸려온 전화를 받았음에도 불구하고 구조요청을 하지 않음); ② 대법원 1999. 9. 21. 선고, 99도2608 판결, 강간치상(거부의사를 표현하였으나 몸을 일으켜 그 장소에서 탈출하려고 하거나 소리를 질러 구조를 요청하는 등 적극적인 반향은 하지 않음); ⑩ 대전지방법원 홍성지원 1988. 6. 24. 선고, 88고합18 판결, 강간(“피해자가 첫 번째 강간을 당한 후 피고인과 함께 그녀의 집 안방에 있을 때 세 들어 사는 부부가 밖에서 돌아와 피해자의 방을 두드리면서 그녀를 불렀음에도 불구하고 그들에게 피고인의 범행 사실을 알려거나 구원을 요청한 바 없다고 스스로 진술하는 바, 이는 경험칙상 수긍이 안가는 진술이다”); ⑮ 서울남부 1997. 3. 28. 선고, 96고합448 판결, 강간치상·강간·절도·주거침입·폭행(“피해자는 피고인이 때리는 것이 두려워 여관 주인이나 종업원에게 구호요청을 하지 못하였다는 것인바, 야간에 주점을 경영하는 34세의 성인 여자인 피해자가 아침9시에 갑자기 강간을 당할 위기에 빠져 대로로 끌려가면서도 타인에게 전혀 구조요청을 시도하지 아니하였다는 것은 우리의 경험칙상 쉽게 납득이 가지 않아 이를 그대로 믿기 어렵다”) 등이 있다.

55) ⑦ 대법원 2001. 10. 30. 선고, 2001도4462 판결, 강간·절도 “전화벨이 울리는 바람에 피고인이 먼저 여관을 나갔음을 확인하고서도 안부를 묻는 종업원의 전화에 오히려 괜찮다고 하였다는 피해자의 행동이나 태도는 강간당한 후의 것으로는 전혀 어울리지 않고, 만일 피해자의 주장과 같이 심하게 구타를 당하고 강간까지 당하였다면 당연히 도움을 청하였을 법한 데도 피해자는 그러한 행동을 취하지 않았다.” 이와 비슷한 판례로 ⑩ 대전지법 홍성지원 1988. 6. 24. 선고, 88고합18 판결, 강간(“피고인이 간 후에도 아무런 도움을 요청하지 않은 채 그대로 잠을 잤다는 것이 경험칙상 도저히 수긍이 가지 않는 진술이다”), ④ 부산지법 1984. 8. 9. 선고, 84고합604 판결, 강간치상피고사건(“강간 후 함께 산에서 내려오다가 순찰중인 순경을 만나 검문을 당했는데 그녀가 그때 아무런 말없이 피고인의 옆에 서 있었고...”) 등이 있다.

으로 인정되지 않고, 멀리 떨어져 있는 친밀한 사람에게 구조요청을 하고 이웃에게 도움을 요청하지 않는 행위⁵⁷⁾ 역시 구조 요청으로 인정되지 않으며, 피해자가 주변인에게 도움을 요청했으나 두려움을 느끼지 않는 것으로 보였다면⁵⁸⁾ 그것 역시 구조 요청으로 인정되지 않는다.

5. 강간 도중 피고인에 대한 피해자의 태도

법원은 강간 도중 피해자가 침묵하거나 피고인과 대화를 하면 이를 성행위에 대한 승낙으로 판단하는 경향이 강하다(한국형사정책연구원, 1999a:84). 판례①의 경우, 대법원은 “당초 간음을 시도한 방에서 피해자가 ‘여기는 죽은 시어머니를 위한 제청방이니 이런 곳에서 이런 짓을 하면 벌 받는다’고 말하여 안방으로 장소를 옮기게 된 사정 등으로 미루어 본다면 피해자에게 가한 폭행 또는 협박이 그 반항을 현저히 곤란하게 할 정도에까지 이른 것이라고 보기는 어렵다”고 판단했다. 또한 판례⑥에서 대법원은 “피해자가 강간 도중 피고인에게 ‘언니(피고인의 동거녀인 공소외 윤OO)가 알면 어떻게 하려고 그러느냐, 언니를 사랑하면서 이럴 수 있느냐고 하자, 피고인이 ‘너는 ××(피해자의 동거남)을 사랑하느냐고 하여 피해자가 ‘그렇다’고 하자, 피고인이 ‘나는 네가 좋으니 ××하고 헤어지고 나하고 살자’는 등의 대화’를 하였던 사실과 피고인이 절외사정 여부

56) ③ 대법원 1990. 12. 11. 선고, 90도2224, 판결, 강간치상 “...당시 범행 장소 또한 다수의 사람이 기숙하는 곳으로서 피해자가 얼마간의 반항을 하여도 주위에서 곧 알아차릴 수 있는 상황이었는 데도 그 방 밖에서 연탄불을 갈고 있던 공소 외인도 **피해자의 거부의 의사표시나 다투는 소리 이외에는 별다른 저항이나 고함을 알아차리지 못하였다**는 것이고...”(강조는 인용자)

57) ⑫ 대전지법 1995. 2. 22. 선고, 94고합566판결, 강간치상, 폭력및처에관한법률 “...옆집사람이 집에 있다는 것을 알았음에도 불구하고 알몸 상태의 남자가 방에서 밖으로 나가는 것을 보고서 소리를 질러 이웃에 구호를 요청하지 않았다는 점과 **피고인이 방을 나간 짧은 순간에 동거남에게 전화를 걸어 구호요청을 하고 더 이상 도움을 요청하지 않은 점은 도저히 납득할 수 없다**...”(강조는 인용자) 비슷한 판례로 ⑦ 대법원 2001. 10. 30. 선고, 2001도4462 판결, 강간·절도(강간을 당한 후 여관종업원 등에게 구조요청을 하지 않았으나, 이는 사람에게 전화를 하여 구조를 요청한 사례)

58) ⑨ 대법원 2001. 2. 23. 선고, 2000도5395 판결, 강간 “...**여관에 먼저 들어온 피해자가 도망가야 한다면 도와달라고 하였다거나**(수사기록 17쪽, 이하 ‘수 몇 쪽’이라고 표시한다.), 피해자가 먼저 203호실로 올라가고 피고인이 숙박부에 인적사항을 적고 뒤따라 올라간 뒤 곧바로 **피해자 혼자 내려와 내실에서 휴대폰으로 아는 남자에게 전화하여 자신을 데려가 달라는 부탁을 하였다**는 진술(수 17쪽)이 있을 뿐이다. 피해자가 여관에 왔다가 나갈 때까지 피고인에게 두려움을 느끼는 것으로는 보이지 않았고(수 18쪽), 피고인이 203호실에서 피해자를 뒤따라 내려와 여관 내실에 들어가 있는 피해자에게 여관 방에 올라 가 자고 가라고 말하고, 피고인이 아침에 데려다 주겠다는 말을 한 것 외에 달리 피해자를 협박하거나 행패를 부린 일이 없고, 피해자가 자신을 데리러 온 남자 친구의 승용차를 타고 간 뒤 피고인도 그대로 여관을 나갔다는 것이며...”(강조는 인용자).

를 묻자 피해자가 질의사정을 하라고 했던 행위를 성교의 승낙행위로 추정했다. 또한 법원은 강간 도중 피해자가 위협에 못 이겨 “피고인의 성기를 만져 받기를 돕는 행위”를 했다면, 이 또한 성교의 승낙 행위로 추정한다⁵⁹⁾).

6. 강간직후 신속한 고소 여부

법원은 강간이 발생한 후 고소가 신속하게 이루어지지 않았을 때 피해자 진술을 신뢰하지 않는다. 판례^{④60)}와 판례^{⑨61)} 경우 강간 이후 피해자들이 집에 들어가지 않다가 집으로 들어가 서야 비로소 고소를 하게 되었는데, 이로 인해 법원은 피해자의 진술을 신뢰하지 않았다. 또한 사례^{②0)}의 경우도, 피해자들이 강간 발생 이후 80일이 지난 이후에야 고소를 하였는데 이 역시 피해자 진술의 신빙성을 떨어뜨리는 요인이 되었다⁶²⁾. 위의 판례에서 피해자는 모두 10대로 나이가 어렸고, 그 외에 신속한 고소가 이루어지지 않는 사례들은 피해자와 피고인과 연애 관계에 있는 경우였다⁶³⁾.

59) ① 대법원 1991. 5. 28. 선고, 91도546 판결 강간치상, 강간; ⑥ 대법원 1992. 4. 14. 선고, 92도259 판결 강간치상 (두 판례에서 모두 피고인의 위협으로 피해자가 피고인의 받기를 도왔다고 진술)

60) ④ 부산지법 1984. 8. 9. 선고, 84고합604 판결, 강간치상피고사건(“피해자가 5일간 피고인 집에 머무르다가 집에 옷 가지러 간다고 하면서 나간 뒤 그녀의 오퍼로부터 심한 꾸중을 듣고 이 사건 고소를 하기에 이르르게 되었음”).

61) ⑨ 서울고등법원 1981. 9. 18. 선고, 81노1370 판결 (“피해자의 진술에 의하더라도 피해자는 이 사건 전날에도 집에 들어가지 아니하고 당시 피고인이 근무하던 신세계공업사의 기숙사에서 다른 여자종업원 2명 및 피고인을 포함한 공원 수 명과 함께 같이 잤으며 이 건 다음날에도 집에 들어가지 않고 다른 곳에서 자고 3일간 계속하여 귀가하지 않다가 어머니로부터 추궁당한 끝에 공장의 숙소에서 잤다고 거짓말을 하였으나 그것이 거짓임이 탄로되자 비로소 이 건을 발설하고 이 사건 고소를 제기케 되었다는 것이며...”)

62) ②0 대전지방법원 1993. 6. 4. 선고, 92고합625 판결 “...피해자들은 위와 같은 일이 있는 후 **피고인들로부터 강간을 당하였다고 경찰관서 등에 신고를 하지 아니하고**, 김○녀는 위 레스토랑에, 기○녀는 김◆남 경영의 노래방에서 근무를 하면서 김○녀는 윤○남과, 기○녀는 김◆남와 각 정교관계를 수회 맺었으며, 그 후 피해자들은 그들의 의사에 따라 위 레스토랑과 노래방 등을 그만두고 나와 김○녀는 논산읍에 있는 카페 명가에서 윤락행위를 하여 왔고 기○녀는 대전 유성구에 있는 룸살롱 예성에서 근무하다 김◆남로부터 수술비를 받아 임신중절수술을 받은 후 계속 그 곳에서 근무하였으며 **이 사건이 발생한 후 80일이 지난 이후에야 이 사건에 대한 고소가 이루어진 사실**을 인정할 수 있다.”(강조는 인용자)

63) ⑧ 대법원 1990. 9. 28. 선고, 90도1562 판결, 강간치상,강간,폭력행위등처벌에관한법률위반,폭행; ⑬ 서울고법 1996. 5. 30. 선고, 96노606 판결, 가.강간; ⑮ 서울남부 1997. 3. 28. 선고, 96고합448 판결, 강간치상·강간·절도·주거침입·폭행 을 참조할 것.

7. 피해자의 과거 품행 — 피해자의 성력 (sexual history)

법원이 '합리성'을 입증할 수 있는 판단요소 중 가장 중요하게 보는 요건은 피해자의 과거 품행과 성력이다. 물론 형법상 강간죄에서의 대상은 여성이라는 한정만 있을 뿐, 다른 명문화된 제한요건은 없다⁶⁴⁾. 그러나 실제 강간 사건 판단 시에는 피해자의 품행이나 과거 성경험은 피해자 진술의 신빙성을 평가하는 데에 매우 중요한 영향을 미친다.

피해자가 술집 호스티스⁶⁵⁾이거나 주점을 운영⁶⁶⁾하거나 다방 종업원⁶⁷⁾ 등 성매매와 관련된 직종에 종사한다면, 법원은 피해자의 강간피해 주장을 신뢰하지 않는 경향이 있다. 또한 법원은 해당 강간 사건과 관련 없는 피해자의 '성행'을 피해자 진술의 신빙성 판단에 중요한 요소로 여긴다. 피해자가 과거에 '성매매를 한 경험이 있다'는 사실⁶⁸⁾뿐만 아니라 '가정주부로서⁶⁹⁾, 학생으로서⁷⁰⁾ 적절치 못한 행동'을 했다는 사실마저도 피해자 진술의 신뢰성을 떨어뜨리는 것으로

64) 형법상 강간죄에서는 객체를 단지 부녀로만 한정하고 있을 뿐이다. 즉, “부녀인 이상, 기혼·미혼, 성년·미성년을 묻지 않는다. 부녀가 음행의 상습이 있거나 매춘부이거나, 행위자와 성관계를 맺고 있던 자이거나 불문하며 모두 강간의 객체가 될 수 있다(이재상, 2000:154 ; 김일수·서보학, 2003:156).

65) ⑥ 대법원 1992. 4. 14. 선고, 92도259 판결 강간치상.

66) ⑮ 서울남부 1997. 3. 28. 선고, 96고합448 판결, 강간치상·강간·절도·주거침입·폭행.

67) ⑲ 대법원 2001. 2. 23. 선고, 2000도5395 판결, 강간.

68) ⑳ 대전지방법원 1993. 6. 4. 선고, 92고합625 판결 “...특히 피해자 김OO는 뒤에서 보는 바와 같이 이 미 16세에 여관에서 윤락행위를 하였다는 이유로 경찰에게 단속받은 적이 있었으므로 그 진술을 믿기 더욱 어렵다... 사건 이후 카페나 룸살롱에서 근무한 피해자들의 행적에 나타난 피해자들의 성행, 특히 피해자 김OO는 경찰 및 검찰 그리고 이 법정에서 진술할 때 이 사건으로 인하여 처녀성을 상실한 듯한 취지로 진술하였으나 16세인 1991.10.경 서울 영등포구 대림2동에 있는 쉐린저 레스토랑에서 종업원으로 근무하면서 화대 금 80,000원을 받고 보성장 여관에서 윤락행위를 한 사실로 경찰에 단속된 사실이 밝혀지자 위 진술을 반복한 점 등에 비추어 볼 때, 피해자들이 피고인들의 폭행 또는 협박으로 인하여 그 반향이 현저히 곤란할 정도의 상태에 처하여 강간당하였다는 점에 부합하는 피해자들의 위 각 진술은 믿기 어렵다.”(강조는 인용자)

69) ⑰ 대구고법 1986. 6. 1. 판결, 85노1059 선고, 강간치상피고사건(원삼:대구지법 1985. 5. 8. 판결, 84고합798 선고) “...사실혼 관계에 있는 남편과 자녀 2명이 있는 가정주부가 넉넉하지 못한 살림에 혼자서 21:30경 쇼핑하러 나왔다가 혼자 다방에서 차를 마시고 그 주장대로 00:30경 어디인지도 자세히 모르는 남의 가정집에 방문한다는 것도 납득이 가지 않고... 젊은 여자가 밤늦게 집을 나와 술을 먹고 (피해자는 술을 마신 적이 없다고 주장하나, 피고인은 피해자가 자기 차를 타기 이전에 술기운이 있었다고 진술하고 있으며, 피해자로부터 신고 받은 파출소 순경도 당심 법정에서 이 신고 시에 피해자에게서 술냄새가 났을 뿐만 아니라, 평소에도 술집에 잘 다니는 여자라고 증언하고 있다)...” ; 비슷한 판례로 ① 대법원 1991. 5. 28. 선고, 91도546 판결, 강간치상, 강간(“가정주부임에도 불구하고, 피고인과 전화를 통해 음담패설을 주고받음”)가 있다.

70) ⑦ 대법원 2001. 10. 30. 선고, 2001도4462 판결, 강간·절도 “...피해자가 대학입시를 준비 중이고, 지방에 홀로 사는 어머니로부터 생활비를 송금 받는다고 하면서도, 볼보승용차를 소유하고 있는 등 이에

간주된다.

<표 2>는 <표 1>에서 보여주고 있는 판례들의 구체적인 내용을 분석한 결과를 강간죄의 구성요건에 대한 ‘합리적인 판단’의 공통된 요소들을 중심으로 유형화하여 분류한 것이다. 법원이 구체적인 사건에 대해 판단할 때 중요하게 고려하는 요소들을 중심으로 표를 구성하였다. 분량상 무리가 없는 한 판례에서 사용된 문장을 그대로 옮기려고 노력하였다.

어울리지 않는 생활환경을 가지고 있는 점도 지적하지 않을 수 없다.”

<표 2> 법원의 강간죄판단기준인 ‘합리성’의 판단요소에 따른 단순강간 판례 분류

(강간죄성립을 부정한 판례들을 중심으로)

	피고인의 폭행·협박	피해자의 비동의 혹은 저항	피해자와 피고인의 관계	최초의 접촉 시 피해자의 자발성
① 대법원 1991. 5. 28. 선고, 91도546 판결 강간치상, 강간	피고인이 수차례 폭행하고 피해자의 나체사진을 찍어 협박	피해자가 피고인을 과도로 찌르는 등 완강히 저항	전화를 통해 음담패설을 나눌 정도로 사귀어 옴	피고인이 집을 보러 온 것으로 거짓으로 속여 집안으로 들어감 (자발적이지 않음)
② 대법원 1999. 9. 21. 선고, 99도2608 판결 강간치상	피고인이 피해자의 몸을 움직이지 못하도록 내리누르며, 한번만 하게 해달라고 애원하듯 말함	피해자가 하지마라고 하며 몸을 좌우로 흔드는 등 거부의를 밝힘	친구의 소개로 약 한달 가량 사귀어 온 관계	피고인이 피해자로부터 호출기로 연락을 받고 만나 함께 술을 마시고, 여관에서 같이 잠을 자기로 하여 피해자가 여관비를 계산하여 여관에 들어감
③ 대법원 1990. 12. 11. 선고, 90도2224, 판결 강간치상	피고인이 자신의 기숙사 방에서 불을 끄고 피해자를 양손으로 껴안아 눕힌 다음, 주먹으로 얼굴을 한 차례 세게 때려 반항을 억함	피해자는 거부의 의사 표시를 밝히고 피고인과 다투었음	같은 직장에서 근무하는 서로 안면 있는 관계	피해자는 기숙사로 가던 중 피고인을 우연히 만나 별다른 강압이나 저항 없이 함께 차를 마시고 술을 하였고, 피고인이 친구의 기숙사로 같이 갈 것을 제의하자 그를 따라 기숙사에 함께 가서 전등이 고장나 텔레비전 불빛만으로 어두운 방안에 함께 들어감
⑥ 대법원 1992. 4. 14. 선고, 92도259 판결 강간치상	피해자를 피고인의 방으로 끌고 가 쓰러뜨리고 목을 누르면서 ‘소리를 지르면 칼을 가져와 죽여 버리겠다’고 협박	-	피해자는 함께 술집 호스티스로 일하는 ‘언니’의 동거인인 피고인과 같은 아파트 옆방에서 살면서 서로 친숙하게 지낸 관계	-

강간도중 피해자의 피고인에 대한 태도	강간 후 피해자의 태도	주변인에 대한 피해자의 구조요청	강간 후 신속한 고소 (신고)	피해자의 과거 품행 (성력)
· 피고인을 설득하여 장소를 옮김 · 가해자의 성기를 만 져 받기를 도움	-	강간도중 시아버지로 부터 걸려온 전화를 받았음에도 불구하고 구조요청을 하지 않 음	-	가정주부임에도 불구 하고, 피고인과 전화 를 통해 음담패설을 주고받음
-	피고인은 피해자에 게 연락할 때까지 잘 지내라고 하면서 피해자와 같이 여관 에서 나옴	거부의사를 표현하였 으나 몸을 일으켜 그 장소에서 탈출하려고 하거나 소리를 질러 구조를 요청하는 등 적극적인 반항은 하 지 않음	(이 사건 고소도 피해자의 자발적인 의사보다는 피고인 이 어머니의 주도로 이루어졌음)	-
-	피해자는 피고인의 별다른 감시나 방해 없이 밤늦게까지 기 숙사 방에서 머물렀 으며, 그 후에도 피고인의 자취방에 서 같이 밤을 보내 면서 피고인의 간음 시도를 지속적으로 거부함	범행장소가 다수의 사람이 기숙하는 곳 으로서 주위에서 곧 알아차릴 수 있는 상 황이었는데도 다른 사람들이 피해자의 거부의 의사표시나 다투는 소리 이외에 는 별다른 저항이나 고함을 알아차리지 못하였음	-	-
㉠ 가해자의 성기를 만 져 받기를 도움 ㉡ 피해자가 성교 도중 피고인에게 “언니가 알 면 어떻게 하려고 그러 느냐, 언니를 사랑하면 서 이럴 수 있느냐” 등 의 대화를 나눔 ㉢ 피고인이 질외사정 할지 여부를 묻자, 피해 자가 질외사정을 선택 함	강간 후 피해자가 피고인이 원하는 담 배를 펴	-	-	피해자는 술집 호스 티스이며, 남자와 동 거 중임

	피고인의 폭행·협박	피해자의 비동의 혹은 저항	피해자와 피고인의 관계	최초의 접촉 시 피해자의 자발성
⑦ 대법원 2001. 10. 30. 선고, 2001도4462 판결 강간·절도	피고인은 자신의 손으로 피해자의 머리채를 잡아 침대에 밀어 넘어뜨리고, 소리를 지르지 못하게 입을 막고, 주먹으로 머리를 수회 때리며 "죽여 버리겠다"고 협박	-	컴퓨터 채팅을 통해 알게 된 관계	피해자가 채팅에서 만나 영어공부를 하려는 의도로 피고인을 밤늦은 시간에 바로 만났다가, 노래방에 같이 가면서 짐과 책 등을 가지러 숙소에 들어갔다 오지는 피고인 말을 믿고 의심 없이 따라 들어갔다는 점
⑧ 대법원 1990. 9. 28. 선고, 90도 1562 판결 강간, 강간, 폭력행위등처벌에관한법률위반, 폭행	피해자는 피고인에게 팔목을 심하게 비틀린 채 끌려 다니다가 여관에 끌려 들어가 강간을 당했으며, 마찬가지로 피고인의 하숙집에 강제로 끌려 들어가 강간을 당하고 담배 불로 온몸을 지지는 화상을 입었음	-	· 연인관계였으며, 몇 차례 성관계의 경험이 있음 · (하숙집 주인의 증언) 피해자가 그간 네 차례 정도 증인의 집에 와서 피고인과 함께 지냈으며, 이틀간 묵고 간 적이 있음. · (피고인 친구의 증언) 피고인과 피해자는 서로 사랑하는 사이라고 진술	-
⑨ 서울고법 1981. 9. 18. 선고, 81노 1370 판결 강간(예비적), 미성년자 간음, 피고사건	피고인은 소리를 지르는 피해자의 목을 오른손으로 세계 조르고 왼손으로 입을 틀어막으면서 내말을 듣지 않으면 죽여 버리겠다고 위협함	피해자는 피고인에게 "아저씨, 순결만을 빼앗지 말아 달라, 순결을 빼앗으면 내일 죽여 버리겠다"고 두 손으로 빌면서 애원하고 구원을 요청하는 소리를 지름	· 피고인과 약 1년 전에 같은 공장에 함께 근무한 일이 있어 잘 아는 사이 · 이 사건 전날에도 피고인이 근무하던 공장 기숙사 방에서 피해자와 그 외 다른 공원들이 함께 잔 사실이 있음	· 피고인이 취직시켜주겠다고 하여 피해자가 피고인을 스스로 찾아와 식당에서 만남 · 피고인 혼자 먼저 들어와 숙박비로서 금반지를 맡겨 그것의 진부를 확인한 후 그 여인숙 밖에 있던 피해자와 함께 들어왔는데 그 당시 위 여인숙에 들어오는 피해자의 태도는 자유스러웠음

강간도중 피해자의 피고인에 대한 태도	강간 후 피해자의 태도	주변인에 대한 피해자의 구조요청	강간 후 신속한 고소 (신고)	피해자의 과거 품행 (성력)
-	-	여관종업원이 여관을 나가는 남자의 행동에 이상한 생각이 들어 인터폰을 했으나 피해자가 아무 일 없다고 함. 피해자의 주장과 같이 심하게 구타를 당하고 강간까지 당하였다면 당연히 도움을 청하였을 법한 태도 피해자는 그러지 않음	-	피해자가 대학입시를 준비 중이고, 지방에 홀로 사는 어머니로부터 생활비를 송금 받는다고 하면서도, 볼보승용차를 소유하고 있는 등 이에 어울리지 않는 생활환경을 가지고 있는 점도 지적하지 않을 수 없음.
-	(두 번째 강간 사건에 대하여) 수일 전에 자기를 강간한 피고인을 만나지 않으면 아니 될 특별한 사정도 없이 간단히 만났다는 점	당시 방을 안내한 여관주인과 피고인의 하숙집 주인에게 창피해서 구조를 요청하지 않았다는 피해자의 주장에 대해, 대학 4학년인 피해자가 강간의 위험을 느끼면서도 손쉬운 구조요청의 기회를 이용하지 아니하였다는 것은 경험칙상 쉽게 납득이 가지 않음	피해자의 어머니는 며칠 전에 피고인과 피해자가 동침한 사실을 미리 알고 있었다는 것인데 세상에 알려지는 것이 무서워서 위와 같은 피해사실을 신고하지 아니하였다고 하는 것도 여러 정황에 비추어 가볍게 수긍되지 않음	-
-	(여인숙 종업원) 피해자가 혼자서 복도로 나와 화장실의 방향을 물어 가르쳐줄 당시 피해자의 태도가 강제로 끌려온 사람 같지 않고 태연하였으며 두 사람 사이는 애인관계로 보였다는 것	· 여인숙의 주인 가족들은 8호실을 사용하고 있었는데 그날 밤 위 3호실에서 고함지르는 소리를 전혀 들은바 없음 · (여인숙 종업원) 방안에서도 고함소리나 싸우는 소리를 들은바 없음	피해자가 어머니로부터 추궁당한 끝에 공장의 숙소에서 잤다고 거짓말을 하였으나 그것이 거짓임이 탄로되자 비로소 이 사건을 발설하고 이 사건의 고소를 제기함	피해자는 사건 전날에도 집에 들어가지 아니하고 피고인의 기숙사에서 다른 공원들과 함께 잤으며 사건 다음날에도 집에 들어가지 않고 다른 곳에서 자고 3일간 계속하여 귀가하지 않음

	피고인의 폭행·협박	피해자의 비동의 혹은 저항	피해자와 피고인의 관계	최초의 접촉시 피해자의 자발성
⑩ 대전지방법원 홍성지원 1988. 6. 24. 선고, 88고 합18 판결, 강간	피고인은 혼자 집에 있던 피해자에게 할 말이 있다면서 안방으로 유인한 후 안방 문을 잠그고 나서 ‘죽인다, ‘불을 지르겠다, ‘담배 불로 실명 시키겠다’고 위협하고 주머니에서 알약을 보여주며 ‘이 극약을 먹여 죽여 버리겠다’며 위협함. 반항한다는 이유로 주먹으로 수차례 폭행	(친구증언) 피고인의 위협과 폭행으로 성교를 강요하는 바람에 하는 수 없이 시키는 대로 했고 너무 무서워서 소리도 못 질렀다는 말을 들었으며 이 사건이 나던 날 밤에 피해자의 입술이 터져 있는 것을 보았다는 내용의 진술을 함	· 약 4개월 전 서로 알게 되어 피고인과 애인관계였으며 이미 둘 사이에 성관계 경험 있음 · 피고인은 피해자와 결혼할 생각으로 피해자의 어머니로부터 결혼승낙을 받아내려고 하였다고 진술함	-
⑪ 수원지법 성남지원 1996. 6. 5. 선고, 95고합122 판결, 강간치상, 준강간, 도로교통법위반	피고인이 피해자를 택시 타는 곳까지 데려다주기로 하고 차에 태워 가는 도중 고가다리 밑 한적한 곳으로 데려가 의자를 뒤로 젖히고 양 팔목을 잡고 양쪽 무릎을 눌러 강제로 다리를 벌림	피해자가 술을 마신 상태에서 자신에게 강제로 성행위를 하려는 피고인을 밀쳐내기 위해 힘을 쓰다가 정신을 잃었다고 진술함 (준강간 주장)	피해자는 4일 전 전화통화를 통해 피고인을 알게 된 관계. 사건 당일 함께 식사와 술을 하고 노래방으로 가 노래하고 술을 마셨다고 진술	피고인이 저녁을 사주겠다고 전화를 하여 만나 식사를 하고 술을 마심
⑫ 대전지법 1995. 2. 22 선고, 94고합56판결, 강간치상, 폭처법	피고인은 사건 당일 자고 있던 피해자가 몸을 뒤척이자 양팔을 누르며 반항하지 못하게 하면서 성교를 계속 하려고 함	사건 당일 피해자는 술에 취한 상태에서 정신병원에서 조제해 준 약을 먹고 잠을 자다가 이상한 느낌이 들어 깨어보니 알몸인 남자가 방을 나가 재빨리 전화로 구조요청을 하고 다시 피고인이 들어오자 자는 척 하면서 몸을 좌우로 뒤척이며 성교를 못하게 하는 등의 행위를 함	피해자가 운영하던 룸카페에 피고인이 단골 손님으로 자주 드나들어 약2년 전부터 알고 지낸 사이. 피고인은 피해자가 카페를 그만두자 집으로 안부전화를 하거나 찾아 가곤 하였으며, 피해자는 피고인을 “너”, “OO이”라고 부르며 반말을 하는 등 친근하게 대해 주었던 사실	-

강간도중 피해자의 태도	강간 후 피해자의 태도	주변인에 대한 피해자의 구조요청	강간 후 신속한 고소 (신고)	피해자의 과거 품행
-	· 피고인이 간 후에도 부부에게 이무런 도움도 청하지 않은 채 그대로 잠을 잤다는 것이 경험 칙상 도저히 수궁이 가지 않는 진술임 · 후에 최OO이 피해자에게 무 슨 일이라고 묻자 피해자가 아 무런 대답도 하지 않고 더욱 큰 소리로 울기만 한 사실	피해자가 첫 번째 강간을 당한 후 피고인과 함께 그녀의 집 안방에 있을 때 세 들어 사는 부부가 밖 에서 돌아와 피해자의 방을 두드 리면서 그녀를 불렀음에도 불구하고 그들에게 피고인의 범행사실을 알리거나 구원을 요청한 바 없다 고 스스로 진술하는 바, 이는 경험 칙상 수궁이 안기는 진술임	-	-
- (준강간)	피해자 남편의 증언에 의하면, 새벽에 피해자가 바지를 거꾸로 입고 들어와 그 이유를 물었더 니 ‘죽고 싶다’고만 하면서 ‘우 선 잠자고 나서 이야기를 하자’ 고 하여 다음날 강간사실을 들 었다고 진술하였는데, 강간 후 홍분하고 경황이 없는 상황에 있었다면 귀가하여 남편에게 강 간사실에 대해 이야기를 하지 않고 잠을 청했다는 사실에 납 득이 하질 않는 점	- (준강간)	강간을 당하였 다고 주장하는 EO 이후 즉시 피고인을 고소 하지 않고 있 다가 4일이나 지나서야 피고 인에 대한 고 소장을 제출한 점	-
피해자가 강 간 도중 자는 척하면서 눈 을 감고 있었 기 때문에 강 간하려는 사 람이 피고인 인지 알지 못 했다고 진술 하였으나, 일 반적인 경험 칙에 비추어 믿을 수 없음	같은 날 피고인과 피해자가 맥 주를 시켜 먹으며 다정하게 이 야기를 한 사실을 인정할 수 있 는 바, (피해자의 동거남이 피고인을 놀이터로 데리고 나가자 피고인 이 “죽을 죄를 지었다”고 말해 동거남이 “피해자가 고소하면 벌을 달게 받아야 할 것 아니냐 고 하자 피고인이 “죄를 받겠 다”고 말한 사실이 있음)	피해자가 거주하는 집이 벽돌로 벽을 쌓고 슬레이트로 지붕을 얹 은 가건물로서, 벽이 얇아 조그만 소리도 옆방에 들릴 정도로 허술 한 구조이며, 옆집사람이 집에 있 다는 것을 알았음에도 불구하고 알몸 상태의 남자가 방에서 밖으 로 나가는 것을 보고서 소리를 질 러 이웃에 구호를 요청하지 않았 다는 점과 피고인이 방을 나간 짧 은 순간에 동거남에게 전화를 걸 어 구호요청을 하고 더 이상 도움 을 요청하지 않은 점은 도저히 납 득할 수 없음	피고인의 처가 피해자와 피고 인의 관계를 의심하고 겁을 주자 피해자가 파출소까지 찾 아가고서도 피 고인을 고소하 지 않고 있다 가 10여일이 지나서야 비로 소 고소장을 제출한 사실	

	피고인의 폭행·협박	피해자의 비동의 혹은 저항	피해자와 피고인의 관계	최초의 접촉 시 피해자의 자발성
④ 부산지법 1984. 8. 9. 선고, 84고합604 판결, 강간치상피고사건	피고인은 피해자에게 조용한 곳으로 가서 이야기를 하자며 철길 옆 인적이 드문 산길로 유인해 피해자를 땅바닥에 쓰러뜨리고 몸 위에 걸터앉아 치마를 걷어 올리고 피해자가 소리를 지르며 반항하자 피해자의 뺨을 1회 때리며 한 손으로는 피해자의 입을 틀어막고 한 손으로는 속옷을 벗기고 강간함	피해자는 소리를 치며 반항하였음	낙동강 제방으로 놀러 온 피고인이 마찬가지로 놀러 온 피해자에게 말을 걸어 각자의 친구들과 함께 어울리다가, 피해자와 피고인만 데이트를 하게 된 경우	피고인이 친구와 함께 집으로 가려는 피해자에게 좀 더 이야기를 하자고 하자 피해자는 피고인과 함께 남음
⑤ 서울지법 남부지원 1985. 11. 29. 선고, 85고합907 판결, 강간치상피고사건	휴일 직원들이 없는 목공소로 피해자가 찾아오자 피고인은 갑자기 욕정을 일으켜 불을 끄고 피해자를 방안으로 밀어 넣은 다음 옷을 벗기려 하는데 피해자가 소리치겠다고 반항하자 피고인이 “너는 유부녀이고 나는 총각이니 듣기면 누가 망신이나”고 하면서 그녀의 스커트와 팬티를 벗겨 그곳 지하실 출입구 계단 옆에 놓아둔 다음 약 20분 정도 술을 마시고 나서 다시 지하실로 내려와 보니, 피해자가 가지 않고 있어 피고인은 그녀도 피고인과 관계를 하고 싶었던 것으로 생각하고 그녀를 강간함	피해자는 강간을 하려는 피고인에게 소리치겠다고 반항했으며, “남편이 알면 쫓겨난다”고 거부 의 운동을 했음	피해자는 피고인과 같은 건물에 세 들어 살고 있는 이웃으로 약 9개월 정도 알아왔으며, 한 달 전 피해자의 남동생 취직을 부탁한 바 있고 밤늦게 생맥주집으로 가서 함께 술을 마신 적이 있으며, 목공소에서 종업원들과 함께 화투놀이까지 한 일이 있어서 평소 잘 알고 지내던 사이임.	피해자가 남동생의 취직을 부탁하기 위해 피고인이 운영하는 목공소로 피고인을 찾아감
⑬서울고법 1996. 5. 30. 선고, 96노606 판결, 가.강간	피해자가 다른 사람과 약혼한다는 이야기를 듣자 피고인이 피해자의 뺨을 때리고 승용차에 피해자의 머리를 수회 부딪치게 하는 등 폭행하고, 약혼자에게 자신과의 관계를 알리겠다고 협박한 후 4박 5일 동안 피해자를 끌고 경기도와 강원도 일대의 여관을 전전하며 피해자의 반항을 억압하고 3회 강간함	몸부림치면서 완강히 저항하였음	약 2년 동안 결혼을 전제로 사귀어온 관계	-

강간도중 피해자의 피고인에 대한 태도	강간 후 피해자의 태도	주변인에 대한 피해자의 구조요청	강간 후 신속한 고소 (신고)	피해자의 과거 품행 (성력)
-	피고인이 피해자를 집 부근 까지 데려다 주면서 수회에 걸쳐 다음날 만나자고 하였 으나 피해자는 약속만 하고 자리에 나가지 않았음. 그 후 피고인이 피해자의 근무 처로 찾아가 피해자를 만나 여인숙에서 성교하고 그 후 피고인의 집에서 다시 1회 성교한 이래 5일간 피고인의 집에서 피고인과 지냄	강간 후 함께 산 에서 내려오다가 순찰중인 순경을 당 만나 검문을 당 했는데 그녀가 그때 아무런 말 없이 피고인의 옆에 서 있었음	피해자가 5일간 머무르다 가 집에 옷 가지러 간다고 하면서 나간 뒤 그녀의 오 빠로부터 심한 꾸중을 듣 고 이 사건 고소를 하기에 이르게 됨	-
피고인이 피해자의 하 의를 벗긴 다음 자리 를 비운 20여분 동안 그 뒤에 일어날 사태, 즉 피고인의 이건 행 위가 충분히 예상됨에 도 불구하고 피해자가 트레이닝 하의를 찾아 입고서도 지하실의 출 입문과 뒷문이 모두 열려 있었음을 알면서 그 자리를 피하지 않 았던 점	당시 트레이닝 하의를 입고 나가면 남편으로부터 의심 받을까 두려워서 그곳을 피 해 나가지 않았다는 피해자 가 바로 다음날 남편에게 이 건 간음사실을 모두 고백하 였던 점	-	피해자는 그 다음날 바로 그녀의 남편에게 이와 같 은 사실을 모두 고백함과 동시에 피고인을 강간죄로 고소함 (당시 반향을 억압 당할 정도로 수치심을 느 꼈다는 피해자가 그 다음 날 피고인을 고소하여 스 스로 그와 같은 사실을 공 개하였다는 점)	-
-	-	-	피해자가 지체 없이 피고 인을 고소한 것이 아니라, 11일이 지난 후에야 피고 인을 고소했다는 점	-

	피고인의 폭행·협박	피해자의 비동의 혹은 저항	피해자와 피고인의 관계	최초의 접촉 시 피해자의 자발성
⑭ 서울고법 1998. 12. 2. 선고, 98노2355 판결, 강간치상(인정된 죄명, 상해)	함께 술을 마시고 노래방을 찾았다 니던 중 피고인이 피해자의 목살을 잡아끌어 여관에 밀어 넣고 침대에 눕혀 피해자의 양팔을 누르고 주먹 으로 머리를 때리고 그곳에 있던 전화 수화기로 머리를 때리는 등 폭행하고 강간을 시도함	피해자는 강간 하러 하는 피 고인의 머리채 를 잡아당겨 반항하였음	피고인은 약 3 개월 전 친구 소개로 피해자 를 알게 되었 으며 평소 여 러 차례 만나 왔음	피고인, 피고인의 친구, 피해자 3명이 함께 음 식점에서 식사와 술을 한 후, 친구와 헤어지 고 피해자와 피고인은 다시 호프집에서 함께 술을 마시고 노래방에 가려함
⑮ 서울남부 1997. 3. 28. 선고, 96고합448 판결, 강간치상·강간·절도·주거침입·폭행	피해자가 피고인을 멀리하자 (1) 피해자가 운영하는 술집으로 가 가게를 불사르고 죽이겠다고 겁을 준 후 여관으로 끌고 가 정을 통할 것을 요구하였으나 거절당하자 발로 피해자를 폭행하고 강간하고, (2) 빌린 돈을 돌려주겠다고 하면서 피해자를 전화로 불러낸 후 함께 술을 마시다가 취한 상태인 피해자를 여관으로 유인하여 정을 통할 것을 요구하였으나 거절당하자 욕설로 끌고 가 폭행하고 말을 듣지 않으면 죽이겠다고 협박하여 피해자를 강간하고, (3) 피해자의 가게로 찾아가 가게 문을 닫지 않으면 죽이겠다고 겁을 준 후 피해자를 여관방으로 끌고 가 반항하는 피해자의 목을 조르고 폭행하여 피해자를 강간하고, (4) 피해자를 택시에 태워 말을 듣지 않는다고 목을 조르고 뺨을 수회 때려 겁을 준 후 여관으로 끌고 가 강간하고, (5) 피해자가 가게로 찾아가 출입문을 부수고 침입하고, 2층 다락방에서 잠자는 피해자에게 정을 통할 것을 요구하였으나 거절당하자 목을 조르고 폭행하여 강간하는 등 총 7회 강간함		피고인과 피해자는 4개월 정도 애인관계였음 피고인과 피해자 사이에 성관계 경험 있음 (1996. 3. 말경부터 이 사건으로 구금되기 전까지 사이에 피해자와 1주일 2회 내지 3회 성관계를 가져왔다고 진술)	-
⑯ 대법원 1992. 9. 1. 선고, 92도1405 판결, 강간치상	피고인이 제방 독에서 신발을 잃어버렸다면 찾는 척 하다가 갑자기 피해자를 끌어안고 옆으로 밀어 넘어뜨린 다음, 손으로 그녀의 목을 조르고 주먹만 한 돌맹이를 집어들고 죽인다면 겁을 주는 등 하여 그녀의 반항을 억압함		피고인은 피해자의 남편과 절친한 친구관계	피고인이 피해자의 집으로 찾아와, 피해자의 남편이 술에 취하여 제방 독에 쓰러져있으며 피해자를 제방 독 밑으로 유인함

강간도중 피해자의 태도	강간 후 피해자의 태도	주변인에 대한 피해자의 구조요청	강간 후 신속한 고소 (신고)	피해자의 과거 품행 (성력)
-	-	여관 종업원의 증언에 의하면 피 고인과 피해자가 함께 여관방에 있을 때 특별히 이상하다는 느낌 이 없었고 피해자로서는 도움을 요청할 시간이 충분하였는데도 특별히 도움을 요청하는 등의 행 동이 없었다는 점	-	-
-	강간을 당한 뒤 약 10일 후인 같은 해 8. 1.부터 같은 달 3일 까지 피 고인과 함께 서해안 해수욕장으로 놀러가서 여관 등지에서 피고인과 함께 투숙하고, 다시 같은 달 중순 경 속초로 놀러가서 여관 등지에서 피고인과 함께 투숙한 것은, 도저 히 저항하기 어려운 폭행이나 협박 에 의하여 강간의 피해를 당한 성 인의 태도로 보기 어렵다	피해자는 피고인이 때리는 것이 두려워 여관 주인이나 종업원에 게 구조요청을 하지 못하였다는 것인바, 야간에 주점을 경영하는 34세의 성인 여자인 피해자가 아 침9시에 갑자기 강간을 당할 위 기에 빠져 대로로 끌려가면서도 타인에게 전혀 구조요청을 시도 하지 아니하였다는 것은 우리의 경험칙상 쉽게 납득이 가지 않아 이를 그대로 믿기 어려움	강간을 당하 고 그 즉시 수 사 기 관 에 신고하여 피 고인의 처벌 을 구하지 아 니함	피 해 자 는 야 간에 주 점을 경영 하는 34세 의 성인 여 자임
-	피해자가 강간을 당한 이틀 후 인 적이 드문 곳으로 강간 범인이라는 피고인을 불러내어 30분 내지 1시 간 동안 단 둘이 이야기를 나누었 다는 것은, 설사 원심이 판시한 바 와 같이 피해자가 남편과 평소에 절친한 친구이고 성격도 얌전하던 피고인으로부터 강간을 당한 것을 납득할 수 없어서 번민한 끝에 피 고인을 조용히 만나 강간을 한 이 유를 따져보기로 작정한 끝에 취한 행동이라고 하더라도, 강간을 당한 피해자로서는 좀처럼 취하기 어려 운 거동임이 경험법칙상 명백함	-	-	-

	피고인의 폭행·협박	피해자의 비동의 혹은 저항	피해자와 피고인의 관계	최초의 접촉 시 피해자의 자발성
⑰ 대구고법 1986. 6. 1. 판결 85노 1059 선고, 강간 치상피고사건 (원 삼:대구지법 1985. 5. 8. 판결 84고 합798 선고)	피해자가 택시가 아닌 줄 알고 하차시켜 달 라고 해도 피고인이 응하지 않고 여관으로 끌고 갔으나 피해자가 계속 거부하자, 피고인 은 피해자의 입을 틀 어막는 등 폭행과 협 박으로 차에 강제로 승차시킨 후 한적한 곳에까지 와서 차를 멈춘 후 그 차안에서 피고인이 자기의 목을 조르고 얼굴을 때려 겁에 질려 항거 불능 케 되었음	피해자가 영업용 택시인줄 알고 피고인의 차 앞 좌 석에 타고난 뒤 **동으로 간다고 하고나서 보니 자 가용 승용차이어서 차를 세워달라고 하였으나, 피고 인이 세워주지 아니하여 그녀가 내리겠다며 승용차 의 문을 열자, 피고인이 욕 설을 하며 그녀를 잡아당 기며 속력을 내어 운전함. 피고인이 피해자를 처음 여관으로 끌고 들어가려 하였으나 피해자가 심하게 반항을 하면서 고함을 질 러 그 뜻을 이루지 못함	낮선 관계 (피해자가 피고인의 승용차를 택시로 오인하여 승차함)	피해자가 손을 들 기에 피고인의 승 용차 앞좌석에 (자 발적으로) 승차함. [피고인이 피해자 에게 어디 가느냐 고 물으니 그녀가 사내에 술 한잔 먹 으로 간다고 말하 여, 피고인의 내심 으로는 그녀가 화 류계 여성인 것으 로 생각하여 승용 차를 계속 운전하 여]
⑱ 부산지법 1991. 8. 20. 선고 91고 합291 판결, 특정 범죄가중처벌등에 관한법률위반(특 수강간치상)	피고인은 피해자와 성 교를 마친 후 한 번 더 성교를 요구하였으 나 피해자가 거절하자 음란비디오테이프에서 본 바와 같은 자세로 성교를 해보아야겠다 고 생각하고 과도로 위협한 후 비닐테이프 로 피해자의 두 손을 묶으려 하였으나 피해 자가 이를 뿌리치면서 나가버리는 바람에 잘 못하여 피해자의 손가 락에 상처만 입혔을 뿐 실패하고만 사실 등이 인정됨	피고인이 과도로 위협하면 서 두 손을 비닐 테이프로 묶으려고 하자 피해자가 피고인의 과도 잡은 손을 뿌리치면서 방밖으로 도망 감	· 피고인과 피해자 가 만난 것은 주점 의 손님과 접대부 의 관계 (피고인은 술집에서 '술집접대 부'인 피해자에게 화대를 주고 성매 매를 하였음) · 피고인과 1회 성 교를 하였음	· 피고인은 술집에 가서 접대부인 피 해자와 동석하여 음주를 하다가 상 당히 취한 상태에 서 피해자에게 화 대를 지급하고 여 관에 데리고 가서 1회 성교를 한 사 실, · 피해자는 당시 피고인이 상당히 취한 상태에 있었 는데도 화대를 지 급받고 따라 나섰 음

강간도중 피해자의 피고인에 대한 태도	강간 후 피해자의 태도	주변인에 대한 피해자의 구조요청	강간 후 신속한 고소 (신고)	피해자의 과거 품행 (성력)
-	파출소까지 피고인을 유인하여 피해사실을 신고까지 할 수 있는 재치가 있는 여자가 어쩔 수 없이 여관까지는 갔다하더라도, 여관 종업원들에게 구원을 요청하는 등 하여 이를 모면하지 못하고 다시 승차하여 범행 현장까지 끌려가 강간을 당하였다는 것은 전후가 모순됨	피해자가 피고인으로 부터 욕설, 얼굴을 때리는 폭행, 승용차에서 못 내리게 하는 감금 등을 당하였다면 여관종업원이 들을 수 있는 지척거리에서 그들에게 기지를 발휘하여 그 구조의 요청을 할 수 있을 터인데 [구조요청을 하지 않은 것]은 통상인으로서의 선뜻 이해가 되지 않는 처사라 아니할 수 없음	신속하게 고소함 (강간 직후피고인을 붙잡을 속셈으로 혼자 산다는 말을 하여 피고인을 안심시킨 다음, 집으로 데려달라고 하여 동네 파출소앞에 이르러 그녀가 이곳이라고 지적하여 피고인이 차를 세우자 파출소에 신고하였음)	· 사실혼 관계에 있는 남편과 자녀 2명이 있는 가정주부가 넉넉하지 못한 살림에 혼자서 21:30경 쇼핑하러 나왔다가 혼자 다방에서 차를 마시고 그 주창대로 00:30경 어디인지도 자세히 모르는 남의 가정집에 방문한다는 것도 납득이 가지 않음 · 젊은 여자가 밤늦게 집을 나와 술을 먹음 (피해자는 술을 마신 적이 없다고 주장하나, 피고인은 피해자가 자기 차를 타기 이전에 술기운이 있었다고 진술하고 있으며, 피해자로부터 신고 받은 파출소 순경 박○섭도 당시 법정에서 이 신고 시에 피해자에게서 술 냄새가 났을 뿐만 아니라, 평소에도 술집에 잘 다니는 여자라고 증언하고 있음)
-	-	-	-	· 피해자는 술집접대부이고 · 피고인과 1회 성교를 하였을 뿐만 아니라 그 후 성교가 끝난 뒤에도 귀가하지 아니하고 계속 피고인의 옆에 누워 있었다는 것인바 사정이 그러하다면 피고인으로서의 비록 피해자가 걸으려는 한 번 더 성교하는 것을 거부하고 있었다 하더라도 피해자의 내심의 진의는 그렇지 않다고 오신하기에 충분하다고 할 것

	피고인의 폭행·협박	피해자의 비동의 혹은 저항	피해자와 피고인의 관계	최초의 접촉 시 피해자의 자발성
①9 대법원 2001. 2. 23. 선고, 2000 도5395 판결, 강 간	피고인은 승용차 조수석에 함 께 타고 있는 피해자에게 성관 계를 요구하며 옷을 벗으라고 하였으나 거절하자 심한 욕설 을 하며 피해자를 눕히고 자신 의 무릎으로 피해자의 허벅지 를 내리눌러 반항을 억압한 다 음 강간함	-	피고인은 다방에서 커피를 주문한 손님 이었으며, 피해자는 그 다방종업원임 (평소 안면 없는 관 계)	피해자는 피고인이 술을 함께 마시자 고 하여, 영업이 끝 난 후 따로 피고인 을 만나 술을 마심
②0 대전지법 1993. 6. 4. 선고, 92고 합625 판결, 특정 범죄가중처벌등에 관한법률위반(특 수강간 등)	피해자들은 위 율곡산장에 들 어가기 전 피고인들로부터 직 접적인 폭행을 당하지는 않았 으나 위 산울림식당으로 가는 차 속에서 피고인들로부터 "공 주에 올 때는 마음대로 들어왔 으나 나갈 때는 마음대로 못 나간다"라는 등의 말을 하여 이에 겁을 먹었다고 진술	피고인들로부터 강간을 당할 때 몸부림을 치며 반 항 하였으나 힘이 부족하고 술에 취하여 더 이상 반항할 수 없었다고 진술	피해자들은 17, 18세 의 미성년자들로서 고등학교 2학년, 3학 년에 재학 중 가출 을 하여 피고인 1명 이 경영의 레스토랑 의 구인광고를 보고 취업하기 위해 찾아 감 (평소 안면 없는 관계)	피해자 1명이 피고 인의 레스토랑에서 일하기로 한 후 피 고인들이 식사하러 가자는 권유에 식 사를 하면서 같이 술을 마셨음

강간도중 피해자의 피고인에 대한 태도	강간 후 피해자의 태도	주변인에 대한 피해자의 구조요청	강간 후 신속한 고소 (신고)	피해자의 과거 품행 (성력)
-	여관 주인의 증언에 의하면 피해자가 여관에 왔다가 나갈 때까지 피고인에게 두려움을 느끼는 것으로는 보이지 않았고, 오히려 피해자는 화가 난 상태로 욕설을 퍼부었으며 피고인이 여관방에서 피해자를 뒤따라 내려와 여관 내실에 들어가 있는 피해자에게 여관방에 올라 가 자고 가라고 말하고, 피고인이 아침에 데려다 주겠다는 말을 한 것 외에 달리 피해자를 협박하거나 행패를 부린 일이 없음	여관 주인의 증언에 의하면 여관에 먼저 들어온 피해자가 도망가야 한 다면서 도와달라고 하였고, 피해자가 먼저 여관방으로 올라가고 피고인이 숙박부에 인적사항을 적고 뒤따라 올라간 뒤 곧바로 피해자 혼자 내려와 내실에서 휴대폰으로 아는 남자에게 전화하여 자신을 데려가 달라는 부탁을 하였다는 진술	-	피해자가 다방종업원이라는 사실 (다방종업원이 술집 등에서 손님들과 술을 마시며 함께 있어주는 대기를 받는 이른바 티켓영업은 물론, 경우에 따라서는 윤락행위까지 하려고 피고인의 승용차에 동승한 것으로 볼 여지가 있음)
-	피고인들이 각각 피해자들과 정교관계를 맺은 후 이야기를 하기 위해 다른 방으로 갔을 때 피해자들은 혼자 또는 둘만이 있었으나 도망하거나 구조를 요청하지 아니하고 그 후 돌아온 피고인들에게 다시 각각 강간을 당한 사실	피해자들도 현관 입구에서 만난 여관종업원에게 구조를 요청한 적이 없는 사실, 여관방에서 피고인들이 여관종업원에 술과 안주를 주문하는 동안 피해자들은 여관종업원에게 구조를 요청한 적이 없음	피해자들은 강간 후 80일이 지난 이후에야 이 사건에 대한 고소가 이루어진 사실	이 사건 이후 카페나 룸살롱에서 근무한 피해자들의 행적에 나타난 피해자들의 성행, 이중 한 피해자는 16세에 윤락행위를 한 사실

III. 형법상 강간죄 적용에서 구현되고 있는 법의 ‘합리성’

앞의 II장에서는 현행 형법상 강간죄의 판단기준을 살펴보았다. 법원은 강간죄를 판단하기 위해 “폭행·협박”의 정도를 검토하고 이를 “합리적으로 판단”하기 위해 다양한 요소와 구체적 사건 정황을 대입하는 작업을 한다. 그리고 법원 판단이 ‘객관적’이라는 믿음은 어떤 고정된 판단기준이 있고 그 기준이 개별 사건에 일관되게 적용될 것이라는 가정에 기반하고 있다. 하지만 과연 법원이 강간죄를 해석·판단·적용하는 과정에서 이와 같은 ‘합리성’의 이상이 실제로 구현되고 있는가? III장에서는 이 문제를 검토하기 위해, 강간죄가 보호하려고 하는 법익인 ‘성적 자기결정권’이 구체적인 강간 판례에서 일관되게 실현되어 왔는지를 강간죄 성립 메커니즘을 통해 살펴볼 것이다.

A. 강간죄의 보호법익과 강간죄 적용 사이의 괴리

1. 형법상 강간죄 : 여성의 성적 자기결정권 침해

폭행 또는 협박으로 부녀를 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다. (형법 제297조)

미수범은 처벌한다. (형법 제300조)

제297조의 죄는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다. (형법 제306조)

현행 형법은 강간을 “폭행 또는 협박으로 부녀를 간음”하는 행위로 규정하고 있다. 그러나 이것은 강간의 정의 — 강간이 왜 범죄인가 — 라기 보다는 강간죄가 성립하기 위한 법적 구성요건⁷¹⁾을 명시한 것에 불과하다. 그렇다면 형법상 강간죄는 어떠한 권리를 보호하기 위해 규정

71) 형법상 죄가 성립하기 위해서는 객관적 구성요건과 주관적 구성요건이 모두 충족되어야 한다. 객관적 구성요건은 법조문에 명시된 불법구성요건으로서 위법한 행위를 유형적으로 규정한 것이다. 주관적 구성요건은 어떤 행위가 불법구성요건을 실현한다는 인식과 그러한 행위를 실행하려는 의사인 ‘고의(故意)’를 의미한다. 한국과 같은 대륙법 체계에서는 죄형법정주의의 원칙에 따라, 구체적인 사실관계가 법률이 규정한 범죄의 추상적 구성요건에 해당하는지를 판단함으로써 죄의 성립여부(유·무죄 여부)를

된 죄인가?

현행 형법 체계 안에서 강간은 ‘자유에 대한 죄’로 분류된다⁷²⁾. 강간이 침해하는 것은 성적 자유 — 개인의 성적 자기 결정의 자유이다(이재상, 2000:151; 김일수·서보환, 2003:152; 정성근·박광민, 2002:156; 박상기, 1999:144; 배종대, 1996:198). 이 때 성적 자기결정의 자유는 인간의 인격적 자유에 속하는 것이지만, 엄격히 말하면 인격적 자유보다는 넓은 개념이다. 그것은 성생활의 여부와 방식을 스스로 결정할 자유뿐만 아니라 인격적 성숙을 기초로 한 성생활의 가능성을 포함하는 개념이기 때문이다⁷³⁾. 즉, 형법에서 강간죄를 규정함으로써 보호하려는 법익은 누구나 성행위 여부 및 방식을 스스로 결정할 수 있어야 한다는 개인의 성적 자기결정권⁷⁴⁾이다⁷⁵⁾. 이에 따르면 형법에서 규정하고 있는 강간죄는 ‘상대방의 동의⁷⁶⁾없이 성교(성기삽입)를 함으로써 상대방의 성적 자기결정권을 침해하는 죄’라고 정의할 수 있다.

이 때 강간죄의 특징 중 하나는 그 보호법익이 모든 개인의 성적 자기결정권이 아니라는 데 있다. 같은 행위라 할지라도 피해자가 남성인가 여성인가에 따라 형벌 법규가 전혀 다르게 적용되는 전형적인 예가 강간죄 조항이다(윤후정·신인령, 2001:146). 강간죄의 객체는 오직 ‘부녀’에만 한정되기 때문에, 강간죄의 보호법익은 ‘여성’의 성적 자기결정권으로 한정된다. 현행 형법에서는 성적 자기결정의 자유를 침해하는 고유한 형태의 범죄를 강제추행죄(제298조)로 보고, 강간죄(제297조)는 ‘부녀’를 간음함으로써 ‘부녀’의 성적 자유를 현저히 침해하였기 때문에 그 불법성이

판단하는 것이다[구성요건해당성(構成要件該當性)].

72) 일본형법의 경우, ‘강간과 추행의 죄’를 개인의 자유와 관련된 법이라기보다는 사회적 법익에 대한 죄(외설·간음 및 중혼의 죄 제176조 내지 181조)로 규정하고 있다. 독일형법은, 종래 ‘강간과 추행의 죄’를 풍속에 대한 범죄로 규정하여 사회적 법익에 관한 것으로 규정했던 것을, 1973년의 형법개정에 의해 성적 자기결정에 대한 죄로 고쳐서 개인적 법익에 대한 죄로서의 성격을 뚜렷이 했다. 그러나 규정의 체계와 내용에 비추어 볼 때, 아직도 개인적 법익의 보호뿐만 아니라 사회질서도 보호하는 범죄라고 이해할 수 있는 여지가 남아 있다. 한국형법의 경우, 강간죄를 형법각칙 제22장 ‘성 풍속을 해하는 죄’와 구별하여 순수히 ‘개인의 자유를 보호하는 범죄’로 규정한 점에 특색이 있다(이재상, 2000:156).

73) Maurach/Schroeder/Maiwald 1, S.165.; 이재상(2000:151-2), 배종대(1996:196)에서 재인용.

74) 그러나 ‘강간과 추행의 죄’가 성생활에 있어서의 자기 결정을 포괄적으로 보호하지는 않는다. 즉, 강간에 관한 법은 성행위를 할 자유를 보호한다기 보다는 원치 않는 성행위를 하지 않을 소극적 자유를 보장한다는 의미이다(이재상, 2000:152; 정성근·박광민, 2002:155).

75) 헌재결 1990. 9. 10. 89헌마82(판례집310); 박상기(2000:144)에서 재인용.

76) 강간의 개념을 ‘상대방의 동의 없는 성적 자기결정권 침해’로 해석하는 것은, 여성의 정조에 대한 침해로 받아들여 온 법 현실에 대한 비판의 맥락에서 등장했다. 그러나 동시에, 이러한 해석은 여성의 성적 자기결정권 실현을 ‘남성의 성관계 제안에 대한 여성의 동의’ 정도의 소극적 의미로 축소하는 효과를 갖기도 한다.

가중되는 가중적 구성요건으로 본다(유기천, 1983:121)⁷⁷⁾.

이러한 강간죄의 특징은 강간죄가 ‘죄’로 구성되어온 역사적인 맥락에서 기인한다. 성에 관련된 범죄 중 최초로 범죄로 규정된 것이 강간죄이다. 강간은 고대부터 처벌되어 왔다. 로마법에서는 강간죄를 폭행 범죄로, 게르만 법에서는 여성의 성적 명예에 대한 침해와 동시에 강도와 공통되는 범죄로 파악했다(정성근·박광민, 2002:155-6). 강간죄를 폭행죄로 혹은 재산을 폭력으로 강탈하는 강도죄로 파악했던 사실은, 여성에 대한 강간을 남성의 재산이나 몸에 관한 침해로 여겼던 가부장제 사회의 문화적 맥락을 보여준다. 여성은 남성에게 소유되고 종속된 보조물일 뿐 독립된 존재가 아니었으며, 그렇기 때문에 강간은 남성 대 남성의 재산침해였다⁷⁸⁾. 그 후 역사적인 변화를 거쳐 성에 관한 범죄는 (기독교든 유교든 공통적으로) 종교적 죄악이나 도덕적 잘못을 근거로 처벌되게 되었다. 이러한 시각에서는 강간의 가해자뿐만 아니라 폭력을 당한 피해자도 마찬가지로 ‘더럽혀진 존재’로 여겨졌다.

한편 현재 강간법의 보호법익으로 제시되는 성적 자기결정권 개념은 개인주의적 자유주의에 기초한 근대 법사상에 기반하여 고안된 것이다. 그러나 형법에서 성적인 폭력이 ‘성적 자기결정권’ 개념과 연관된 것은 20세기 중반에 일어났던 페미니스트 운동의 영향 때문이었다. 성폭력으로 인한 ‘침해’를 “여성의 정조에 대한 남성 소유권의 침해”로 바라보는 시각에 반발한 페미니스트들은, 세계 곳곳에서 관련법 개정 운동과 강간유죄판결을 위한 법적 투쟁을 전개했다. 미국의 경우 1970년 이후에 전개된 페미니스트들의 ‘강간법 개정운동’을 통해, 그간 강간죄의 유죄입증을 위해 요구되었던 저항요건 — “피해자가 지쳐서 더 이상의 저항을 할 수 없을 때까지 모든 육체적인 힘을 다해 저항해야 한다는 최대한의 저항” — 과 피해자 진술의 신빙성을 입증하기 위한 확증요건이 법 조항에서 명시적으로 삭제되었다. 그리고 강간죄의 구성요건인 상대방의

77) 윤후정·신인령(2001)은 여성만을 강간죄의 객체로 한정해 남성에게 저질러지는 성범죄보다 가중 처벌하는 배경에는 궁극적으로 이중기준의 성윤리가 자리 잡고 있다고 본다. 여성의 정조를 강조해온 사회적 분위기로 인해 강간당한 여성이 성적 자유의 침해로서의 피해감정 뿐만 아니라 죄의식, 자기비하, 자기부정 등의 정신적 피해를 입게 되는 맥락을 지적하는 것이다. 그러나 동시에 여성만을 보호대상으로 하는 것은 오히려 성윤리의 이중기준을 공고히 할 수 있는 위험성도 지적하고 있다. 하지만 여기서 더욱 중요한 것은, 강간죄가 보호하고자 하는 ‘여성’을 법에서 어떻게 구성하고 있는가 이다.

78) 고대의 여성의 ‘치녀성’은 아버지의 재산이자 다른 부계혈통과의 연대를 위한 매개물이었다. 중세시대에 강간죄가 성립하려면 피해 여성은 몸의 검사를 통해 처녀임을 인정받아야만 했다. 처녀가 아닌 여성으로써 강간을 당한 여자들, 예를 들어 수녀, 가정부, 과부, 첩, 매춘여성들이 가해자를 고소한다 해도 그들은 처벌받지 않았다. 즉, 당시 강간죄는 여성의 몸이나 섹슈얼리티를 보호하기 위한 것이 아니라 여성의 ‘치녀성’, 곧 남성의 재산권을 보호하기 위한 것이었다(Brownmiller, 1975).

‘비동의(nonconsent)’와 ‘강제력(force)’만이 실질적인 판단의 대상이 되도록 법 개정과 판례의 변화를 위해 노력해 왔다. 한국과 마찬가지로 대륙법체계인 프랑스의 경우, 1978년 강간사건의 피해자들이 재판을 통해 (강간범이 아니라) 강간 자체를 고발하고 이것이 집단적인 움직임으로 확산되어 가면서, 강간죄의 개념이 여성의 몸과 성적 자율권에 대한 범죄로 변화되었다. 페미니스트들의 활발한 법개정 운동을 통해 1992년 성폭력을 다루는 장(障)의 명칭이 ‘풍기 문란’에서 ‘성적인 침해’로 바뀌었고, “폭력, 강제, 위협 혹은 술수를 사용해 저질러진 모든 침해 행위”를 성폭력의 구성요건으로 정하는 규정이 추가되었다. 프랑스와 미국 모두 성 평등에 대한 고려로 강간죄의 피해자를 여성으로 한정시키지 않고 ‘상대방’ 혹은 ‘인간(person)’이라는 용어를 사용하였다. 강간죄의 당사자를 개인으로 지칭함으로써 성폭력을 동등한 개인 대 개인의 문제로 상정한 것이다. 한국의 경우, “강간당한 여성”이 사회적으로 인지되기 시작했던 것은 자신을 강간했던 남성에게 대항했던 피해 여성들의 재판⁷⁹⁾에 의해서였는데⁸⁰⁾, 이러한 사건들의 재판은 ‘성폭력’에 대해 문제 제기해 온 여성단체들의 운동을 “성폭력특별법제정운동”과 “형법 개정운동”으로 이끌었다. 당시 법개정운동 과정에서 여성단체들은 형법에서 강간죄의 보호법익으로 제시하고 있는 ‘정조’를 대체하는 것으로 ‘성적 자기결정권’을 제시하였다. 이러한 노력의 결과로 1993년 형법개정을 통해 성폭력을 다루는 법의 명칭이었던 <정조에 관한 죄>가 삭제되긴 했으나, 이를 대체하는 보호법익인 ‘성적 자기결정권’이 아닌 <강간과 추행에 관한 죄>로 명칭이 바뀌었다. 하지만, 앞서 보았듯이 이미 판례나 법학이론을 통해 강간죄의 보호법익은 성적 자기결정권으로 제시되고 있으며, 강간이 침해하는 것이 여성의 성적 자기결정권임이 인정되고 있다.

절대 다수의 피해자가 여성인 강간죄를 ‘정조’가 ‘성적 자기결정권’ 침해로 개념화하는 것은 여성을 남성에게 종속된 존재가 아니라 권리를 지닌 완전한 주체로 상정한다는 것을 의미한다. 개인의 성적 자기결정권 개념은 (남자) 가족의 사회적 명예에 대한 손상이 아닌 개인의 구체적인

79) 자신을 강간하려고 했던 상대방의 혀를 절단하여 기소되었던 1988년 변월수 씨의 사건과 어릴 적 자신을 강간했던 이웃집 아저씨를 살해하고 기소된 후 재판에서 “나는 사람을 죽인 것이 아니라 짐승을 죽였다”고 당당히 말한 1991년 김부남씨 사건, 어린 시절부터 자신을 강간해 온 의붓아버지를 남자친구와 함께 살해한 1992년 김보은씨·김진관씨 사건이 그것이다. 이 사건들이 쟁점이 되었던 큰 이유는, 강간 피해자의 고통을 구체적으로 드러내는 사건들이기도 했을 뿐만 아니라 기존에 암묵적으로 묵인되거나 방치되어온 강간하는 남성들에게 살해하거나 상해를 입힘으로써 저항했기 때문이었다.

80) 그와 비슷한 시기에 공권력에 의한 강간 등 성폭력 사건들이 공론화 되어 활발히 문제 제기되었으나, 이는 “강간당한 여자”에 대한 쟁점보다는 “공권력의 야만성”을 쟁점화 한 사건들로 평가할 수 있다.

피해를 지적할 수 있도록 해주며, ‘미풍양속’이나 정조와 결부된 ‘도덕성’에 대한 기준으로부터 성폭력에 대한 평가를 분리시켜준다. 강간을 성적 자기결정권의 침해로 정의하는 것은 여성의 ‘도덕성’이나 ‘품행’, 그 여성이 어떤 남성과의 관계에 있는지에 대한 고려 없이 성적인 침해의 존재여부만을 평가한다는 의미이다.

이처럼 형사법 상의 강간이 여성의 성적 자기결정권 침해로 정의된다면, 여성의 의사에 반하여 — 동의 혹은 합의 없이, 강요에 의해 — 일어난 성관계는 모두 강간죄의 적용을 받는 것이 당연하다. 그러나 현실에서는 여성에 의사에 반해 일어난 성관계의 대부분에 대해서 강간죄가 성립하지 않는다.

2. 법적으로 인정되는 강간 : 단순강간(simple rape)이 배제되는 메커니즘

II장에서 살펴보았듯이, 법원은 여성의 성적 자기결정권을 침해한 강간을 범죄로서 처벌하기 위해 해당 사건에서의 폭행·협박의 정도가 ‘피해자의 항거를 불능케 하거나 곤란케 할 정도로 행사되었는가’를 ‘합리적’으로 판단하며, 이를 위해 당시 모든 정황들 — 특히 피해자와 피고인의 관계, 피해자와 가해자의 최초 접촉상황에서 피해자의 ‘자발성’ 여부, 강간도중 피고인에 대한 피해자의 태도, 강간 후 피해자의 태도, 강간 당시 피해자의 주변인들에 대한 ‘구조요청’ 여부, 강간직후 ‘신속한 고소’ 여부, 피해자의 과거 품행과 성력(性歴) 등을 검토한다. 법원이 이러한 판단기준 하에서 ‘합리적’으로 “폭행·협박” 등의 강제력을 판단한 사례들을 살펴보면 다음과 같다.

㉠ 대법원 1999. 4. 9. 선고, 99도519 판결

…피고인이 사 가지고 온 맥주를 마시며 피해자에게 마시라고 하다가 욕정을 일으켜 **피고인의 몸에 새겨진 문신을 보고 겁을 먹은 피해자에게 자신이 전과자라고 말하면서 캔 맥주를 집어던지고 피해자의 뺨을 한 번 때리면서** 성행위를 요구한 사실…

㉡ 대법원 2000. 6. 9. 선고, 2000도1253 판결

…피고인은 침대에서 일어나 나가려는 **피해자의 팔을 뉘아채어 일어나지 못하게 하고**, 갑자기 입술을 빨고 계속하여 저항하는 피해자의 유방과 엉덩이를 만지면서 피해자의 팬티를

벗기려고 하였다는 것인바...

㉔ 대법원 2000. 8. 18. 선고, 2000도1914 판결

...피고인이 피해자를 여관방으로 유인한 다음 방문을 걸어 잠근 후 피해자에게 성교할 것을 요구하였으나 피해자가 이를 거부하자 "옆방에 내 친구들이 많이 있다. 소리지르면 다 들을 것이다. 조용히 해라. 한 명하고 할 것이냐? 여러 명하고 할 것이냐?"라고 말하면서 성행위를 요구한 사실, 다른 사람의 출입이 곤란한 심아의 여관방에 피고인과 피해자 단둘이 있는 상황인 점,...

㉕ 서울남부 1997. 3. 28. 선고, 96고합448 판결, 강간 치상·강간·절도·주거침입·폭행

1) 1996. 7. 5. 07:00경 피해자가 운영하는 주점에 찾아가 피해자에게 따라오지 않으면 가게를 불사르고 죽이겠다고 겁을 준 후, 09:00경 피해자를 여관으로 끌고 가 정을 통할 것을 요구하였으나 거절당하자 발로 피해자의 배를 걷어차고 떠밀어 침대에 눕힌 다음 베개로 입을 틀어막고 양손을 머리 위로 올린 채 무릎으로 짓눌러 반항을 억압한 후 1회 간음하여 강간하고, 2) 7. 16. 16:00경 빌린 돈을 돌려주겠다고 피해자를 전화로 불러낸 후 피고인의 일행 등과 어울려 술을 마시다가 피해자가 화장실에 간 사이에 피해자의 손가방에서 피해자 소유의 현금을 절취하고, 18:00경 술을 마시고 취한 상태인 피해자를 유인하여 정을 통할 것을 요구하였으나 거절당하자 피해자를 위 여관 방실의 욕실로 끌고 가 플라스틱 바가지로 머리를 3회 때려 정신을 잃게 하고 잠시 후 정신을 차린 피해자에게 말을 듣지 않으면 죽이겠다고 협박하여 이에 반항을 포기한 피해자를 1회 간음하여 강간하고, 4) 7. 21. 08:00경 피해자가 운영하는 주점에 찾아가 가게문을 닫지 않으면 죽이겠다고 겁을 준 후 피해자를 여관으로 끌고 가 반항하는 피해자의 목을 조르고 허리띠를 풀어 휘둘러 이에 겁을 먹고 반항을 포기한 피해자를 1회 간음하여 강간하고, 5) 8. 초순 04:00경 피해자가 운영하는 주점에서 피해자에게 찾아가 가게문을 닫도록 강요하고서는 피해자를 택시에 태워 끌고 가 말을 듣지 않는다고 목을 조르고 뺨을 수회 때려 겁을 준 후, 05:00경 여관으로 끌고 가 피해자의 머리를 물을 채운 욕조에 2회 처박는 등 폭행하여 겁에 질려 반항을 포기한 피해자를 1회 간음하여 강간하고, 6) 8. 20. 07:00경 여관에서 주먹으로 피해자의 머리를 3회 때리고 목을 조르고 베개로 입을 틀어막는 등 폭행하여 이에 반항을 포기한 피해자를 1회 간음하여 강간하고, 7) 8. 23. 13:00경 주점에 찾아가 출입문을 부수고 침입하고, 2층 다락방에서 잠자는 피해자에게 정을 통할 것을 요구하였으나 거절당하자 목을 조르고 플라스틱 상으로 가슴을 마구 때려 이에 겁에 질려 반항을 포기한 피해자를 1회 간음하여 강간하고, 8) 8. 25. 17:00경 주점에서 피해자에게 자주 전화하지 않는다는 이유로 맥주병을 깨어들고 죽이겠다고 겁을 준 후 목을 조르고 발로 전신을 걷어치는 등 하여 피해자를 폭행하고, 9) 9. 23. 16:00경 여관방에서 피해자와 함께 술을 마시다가 욕정을 느껴 피해자와 정을 통하고자 하였으나 피해자가 이를 거부하자 말을 듣지 않는다고 맥주병으로 피해자의 오른쪽 무릎을 1회 내리쳐 반항을 포기한 피해자의 가슴을 입으로 물어뜯고는 피해자를 1회 간음하여 강간하고, 이로 인하여 피해자에게 약 10일간의 치료를

요하는 우측 유방 피하출혈상 등을 가하였다는 것이다.⁸¹⁾

위의 사례들 중 “피해자의 저항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 유형력이 행사되었다”고 법원이 인정한 것은, 놀랍게도 가장 심한 물리적 폭행이 반복적으로 이루어진 판례 ⑮를 제외한 나머지이다. 판례 ㉑, ㉒, ㉓ 모두 직접적이고 적극적인 피해자의 저항이나 흥기 등의 물리적인 폭력을 이용한 가해자의 행위가 없었던 사례이다. 그러나 법원은 늦은 밤 여관에 들만 있었던 상황으로 인해 가해자의 언행이 ‘피해자의 저항을 곤란케 하는 유형력’이 될 수 있다는 사실을 인정하였으며(판례㉓), 가해자의 몸에 있는 문신이나 전과자라고 말하며 맥주 캔을 던지는 행위, 뺨을 한 대 때리는 행위(판례㉑) 등과, 마찬가지로 가해자가 피해자의 팔을 낚아채고 일어나지 못하게 하면서 성적 접촉을 시도하는 것 자체(판례㉒)가 ‘저항을 불가능하게 하는 강제력’이 된다는 사실을 인정하였다. 그러나 판례 ⑮는 물리적인 폭행과 협박, 불법적인 가택침입과 절도 등이 반복적으로 이루어졌음에도 불구하고, 그 폭행과 협박이 피해자의 저항을 불가능하게 하거나 곤란케 할 정도의 것으로 인정받지 못했다. 이는 법원이 구체적인 강간사실에 대해 강간죄 성립 여부를 판단할 때 그 ‘합리적 판단’이 균일하고 일관된 방식으로 적용되고 있지 않다는 사실을 보여준다.

피고인이 전과자거나 다른 범죄 행위로 재판중이며 그러한 경력의 피고인을 피해자가 잘 알지 못했던 판례 ㉑, ㉒, ㉓과 달리 판례 ⑮에 대해 강간죄가 성립하지 않은 것은, 이 사건의 피해자가 피고인과 “4개월 정도를 사귀어 온 관계”였고 사귀는 동안 피고인과 “1주일에 2회 내지 3회 성관계를 가져 왔”기 때문이었다. 법원은 “정상적인 성인인 피해자가 한 남자로부터 매주 2회씩 성관계를 강요받으며 수개월간 견디어 오다가 그 중 일부에 대하여만 강간당하였다고 주장함은 지극히 이례적인 일”이라고 평가하면서 강간을 주장하는 피해자 진술을 신뢰할 수 없다고 판단했다. 형법상 강간죄가 원치 않는 성관계를 하지 않을 자유권(성적 자기결정권)을 보호법익으로 한다는 정의에 비추어 보면, 판례 ⑮의 피해자가 원치 않는 성관계를 피고인의 폭행과 협박에 의해 강요받았음에 분명하다. 그러나 극심한 “폭행·협박”이 있었고 이를 입증할 신체적 상해가 있었음에도 불구하고, 법원은 피해자와 피고인이 이미 성관계를 한 경험이 있다는 이유

81) 위의 ㉑, ㉒, ㉓ 판례의 상세한 내용은 부록 <표3> 단순강간판례 중 강간죄 성립 인정 판례의 사건 개요 및 특징을 참조할 것.

로 강간죄 성립을 인정하지 않았다.

가. 성관계의 경험과 가능성 : 피해자와 피고인의 관계

(1) 아는 관계에서의 강간(acquaintance rape)

늦은 밤 인적이 드문 어두운 골목에서 낯선 사람이 칼 등의 흉기를 들고 피해자를 폭행하고 협박해 일어나는 범죄가 강간이라는 일반적인 통념이 있다. 그러나 1990년 한국형사정책연구원의 연구에 따르면 강간의 80.1%, 강간미수의 78.1%, 어린이 성추행의 74.3%가 피해자가 알고 있는 사람에 의해 일어나며⁸²⁾, 1992년 한국여성개발원의 조사 연구 역시 강간, 강간미수, 윤간 등이 아는 사람에 의해 범해지는 비율이 67.1%에 달하고 있음을 보여준다.⁸³⁾ 여기서 ‘아는 사람’이란 단순히 안면이 있는 관계부터 친밀한 관계에 있는 사람들, 친인척이나 근친, 배우자까지도 포함하는 개념이다. 이는 비단 한국만의 특징이 아니다. 1998년 Patricia Tjaden과 그녀의 동료가 진행한 여성 8천명과 남성 8천명을 대상으로 한 설문조사에 따르면, 설문에 응한 여성 중 강간 피해경험을 가진 여성의 86%는 그들이 알고 있는 사람에 의해 강간당했다.⁸⁴⁾ 또한 『미국에서 일어나는 강간(Rape in America)』이라는 잡지에 실린 한 보고에 따르면, 강간 피해 여성 중 단지 22%만이 본 적도 만난 적도 없는 전혀 알지 못하는 사람들로부터 피해를 당한다고 한다. 그리고 “전체 강간 피해자의 9%는 그녀의 남편이나 전남편으로부터, 10%는 남자친구나 전 남자친구로부터, 그리고 21%는 친구나 이웃과 같은 친척 외의 아는 사람으로부터 강간을 당했다”(표창

82) 심영희·윤성은·김선영·박선미·강영수·조정희, 『성폭력의 실태 및 대책에 관한 연구』, 한국형사정책연구원, 1990, pp. 95-6; 조국(2002b:191)에서 재인용.

83) 이경자·윤영숙·서명선, 『성폭력의 예방과 대책에 관한 연구』, 한국여성개발원, 1992, p. 63; 위의 글, p. 191에서 재인용. 이에 비해 검찰이 매해 발행하는 《범죄분석》 통계에 따르면 1987년 전체 성폭력 피해자의 48.4%만이 가해자가 아는 관계의 사람이라고 응답했다. 본문에서 제시하고 있는 통계와 수치상의 차이가 나는 이유는, 신고된 성폭력 관련 사건을 대상으로 한 《범죄분석》 통계와 달리 본문에서 인용한 통계는 일반여성들을 일대일 개별면접을 통해 이루어진 연구조사에 근거한다는 데에 있다. 일반적으로 아는 관계에서 일어난 성폭력에 대해 여성들은 스스로 그것이 성폭력이라고 인식함에도 불구하고 신고를 회피하는 경향이 있는데, 이는 다른 사람들이 그것을 성폭력이라고 믿어 줄 것 같지 않기 때문이다.

84) Tjaden, Patricia, Nancy Thoennes, *National Institute of Justice, Center for Disease Control and Prevention, and Center for Policy Research. Stalking in America: Findings for the National Violence against Women Survey*. Washington, D.C.: U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, National Institute of Justice, 1998; Forell & Matthews(2000:224)에서 재인용.

원, 2003:28). 그러나 이렇게 이는 관계에서 일어나는 강간이 전체 발생하는 강간의 대부분을 차지함에도 불구하고, 강간에 관한 통념에 부합하는 낯선 사람에 의한 강간(stranger rape, street rape)에 비해 기소율이 낮고, 강간의 유죄가 성립하기 어려우며, 처벌도 미약하다(심영희, 1996:156). II장에서 강간관련 판례를 분석한 결과에서도 확인되었듯이, ‘피고인과 피해자의 강간 이전 관계’는 법원이 구체적인 상황에 추상적인 기준을 적용할 때 ‘합리적 판단’을 구성하는 중요한 요소 중 하나이다.

그런데 위에서 살펴본 판례에서 보면, ‘피해자와 피고인의 강간 이전 관계’가 ‘합리적 판단’을 구성하는 여러 요소 중 하나라기보다는 다른 판단 요소들을 검토하는 데에 중요한 영향을 미치는 핵심적인 요소임을 알 수 있다. 예를 들어 판례 ①⁸⁵⁾의 경우, “피고인이 피해자를 수 차례 폭행하고 피해자의 나체사진을 찍어 협박”하고 “피해자가 피고인을 과도로 피고인의 등을 찌르는 등 완강히 저항하는” 등 ‘피해자의 항거를 불능케 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행·협박’이 존재했으며, “피고인이 집을 보러 온 것으로 거짓으로 속여 집안으로 들어갔”기 때문에 ‘피해자와 피고인이 최초로 접촉했을 때 피해자가 자발적’이지도 않았다. 그럼에도 불구하고 법원이 이 사건에서 강간죄 성립을 인정하지 않았던 것은, 피해자가 피고인과 “전화를 통해 음담패설을 나눌 정도로 친한 관계”였고 강간 도중 “시아버지에게 전화가 왔을 때 구조요청을 하지 않았”기 때문이었다. 이 때 피해자가 강간 도중 시아버지에게 구조요청을 하지 못한 이유는 피고인이 (칼을 들고 침입한 낯선 사람이 아니라) “이는 관계”였기 때문이다. 판례 ③⁸⁶⁾의 경우, “피고인이 피해자의 뺨을 때리고 승용차에 피해자의 머리를 수회 부딪히게 하는 등 폭행하고, 약혼자에게 자신과의 관계를 알리겠다고 협박한 후 4박 5일 동안 피해자를 끌고 경기도와 강원도 일대의 여관을 전전하며 피해자의 반항을 억압할 정도”의 폭행이 존재했고 이러한 폭행 사실로 인해 <폭력행위등처벌에관한법률> 위반으로 유죄판결을 받았으며, 약혼자에게 폭로하겠다고 협박한 사실 역시 법원에 의해 인정받았다. 그런데도 법원은 “**피고인과 피해자가 처음 성관계를 맺게 된 과정, 그 후 약 2년 동안 사귀어 온 과정을 미루어 보았을 때 피해자의 진술에 신빙성이 없어(강조는 인용자)**” 피고인에게 강간죄에 대해서 무죄를 선고했다. 즉, 피해자와 피고

85) ① 대법원 1991.5.28. 선고, 91도546 판결.

86) ③ 서울고법 1996. 5. 30. 선고, 96노606 판결, 강간·폭력행위등처벌에관한법률위반. 당시 고등법원은 강간죄에 관해서 무죄선고를 내렸으나 폭처법 위반으로 피고인에게 유죄를 선고했다.

인이 친밀하거나 데이트를 하는 관계라면, 특히 피해자와 피고인이 이전에 성관계를 한 적이 있다면, 폭행 또는 협박 등의 다른 여타의 범죄 성립 요건이 충족된다 하더라도 강간죄를 인정받기 어렵다는 것이다.

그렇다면 이처럼 ‘피해자와 피고인의 강간 이전 관계’가 다른 판단 요소에 비해 강간죄 성립 여부에 더 큰 영향을 미치는 이유는 무엇이며, 데이트 강간(date rape)이나 친밀한 관계에서의 강간(intimacy rape)은 왜 형법상 강간죄로 인정받기 어려운가? 이 문제는 현행 형법상 강간죄의 적용대상에 아내를 제외한다는 규정이 명문화되어 있지 않음에도 불구하고 실제 판례에서는 아내 강간이 인정되지 않는 이유와 연관되어 있다.

(2) 아내강간과 아는 관계에서의 강간 사이의 공통된 맥락 : 성관계의 경험과 가능성

현행 형법의 법규정에는 강간죄의 객체인 여성(부녀)에서 아내가 제외된다는 내용이 없다. 그러나 법원과 대부분의 법학자들은 “부부관계의 특수성을 고려할 때 처(妻)는 본죄의 객체가 될 수 없다(이재상, 2000:155)”고 해석한다.

처가 다른 여자와 동거하고 있는 남편을 상대로 간통죄 고소와 이혼소송을 제기하였으나 그 후 부부간에 다시 새 출발을 하기로 약정하고 간통죄 고소를 취하하였다면 그들 사이에 **실질적인 부부관계가 없다고 단정할 수 없으므로 설사 남편이 강제로 처를 간음하였다 하여도 강간죄는 성립되지 아니한다.** (대법원 1970. 3. 10. 선고 70 도 29 판결) (강조는 인용자)

1970년대에 대법원이 “실질적 부부관계에서 설사 남편이 아내를 강간했다고 하더라도 강간죄가 성립하지 않는다”고 판시한 이후, 아내 강간은 <가정폭력범죄의처벌등에관한특례법>에서도 제외되었으며 성폭력특별법 제7조 ‘친족에 의한 강간’에도 포함되지 않았다(조국, 2003:17). 이 때 아내강간이 성립되지 않는 근거로 제시되는 것은 혼인계약으로 성립된 부부관계에서 ‘동거의 무(민법 제826조 1항)’의 특수성이다. 즉 부부가 갖는 ‘성관계의 의무’에 ‘폭행·협박’에 의해 강제되거나 강요된 성관계까지 포함시키고 있는 것이다. 이러한 시각은 심지어 아내를 구타하거나 학대하는 남편에 의해 자행되는 아내 강간까지도 묵과하는 태도를 가져온다. 대부분의 다른 나라들은 아내 강간에 부여되어 왔던 면책특권을 폐지하는 경향을 보이고 있다. 미국은 *People v.*

Libertá 판결⁸⁷⁾ 이후 대부분의 주(州) 형법상 강간죄에 명시되어 있던 “배우자가 아닌” 피해당사자라는 규정을 삭제하였으며, 독일은 1997년 강간죄 규정 중 “혼인 외 성교”라는 문언을 삭제함으로써 강간죄의 객체에 법률상의 아내를 포함될 수 있도록 만들었다(조국, 2003:23). 그러나 이렇게 명문화된 아내강간의 면책특권은 폐지되었지만, 현실적으로 아내강간이 성립하기 위해서는 대개 여전히 피해자가 (강간 자체를 포함한) 극단적인 신체적 상해로 고통받아야 하며 부부가 별거 중이어야 한다.

아내강간에 대한 이러한 태도는 아내를 남편의 소유물로 보는 시각, 혼인의 프라이버시를 주장하며 사적영역 내에서의 인권침해를 사적인 문제로 치부하는 태도(조국, 2001:11-4)를 드러낼 뿐 아니라, 형법상 강간죄가 실제로 보호하고 있는 것은 여전히 여성의 성적 자기결정권이 아니라 ‘정조(chastity)’라는 점을 보여주기도 한다. 정조는 여성 자신이 아니라 그 여성과 관계 맺고 있는 남성이 소유하는 권리이다. 가부장제 사회에서 여성의 정조는 부계혈통계승의 순수성을 보장해 주는 기반이며, 따라서 그 여성의 자궁을 빌려 그의 혈통을 이어야 하는 남성으로부터가 아니라 그 외의 다른 남성으로부터만 보호되어야 한다. 남편에 의한 아내강간이 원치 않는 성관계를 하지 않을 권리인 ‘성적 자기결정권’을 침해함에도 불구하고 법적으로 강간죄가 성립되지 않는 것은, ‘남편’으로부터는 여성의 정조를 보호할 필요가 없기 때문이다.

아내 강간에 대한 형법의 태도는, 형법이 보호법익으로 제시한 여성의 성적 자기결정권 — 섹슈얼리티와 몸에 관한 통합성에 관한 권리가 현실의 여성들에게 없다는 것을 단적으로 보여준다. 여기서 권리의 주체는 여성이 아니라 그 여성과 관계 맺고 있는 남성이다. 결국 어떤 여성과 성관계를 맺은 경험이 있거나 성관계를 맺을 가능성이 있는 남성은 그 여성의 섹슈얼리티와 몸에 관한 ‘결정권’을 행사할 수 있으며 법은 이를 보장하는 방식으로 해석되고 적용된다.

아내강간을 강간죄에서 배제하는 것이 법원의 ‘합리적 판단’이라면, 연애 관계나 친밀한 관계에서 발생하는 데이트 강간(date rape)이나 친밀한 관계에서의 강간(intimacy rape) 역시 성립하기 어렵다. 왜냐하면 남녀간에 연애관계나 친밀한 관계란 (아내 강간과 마찬가지로) 성관계를 맺은 경

87) 474 N.E.2d 567 (N.Y., 1984). *Libertá* 판결에서 뉴욕항소법원은, “강간은 단순히 당사자가 동의하지 않는 성행위가 아니다. 강간은 피해자의 신체적 통합성(bodily integrity)을 침해하고 종종 장기간의 심각한 육체적·정신적 피해까지 초래하는 모멸적·폭력적 행위이다. 그러한 행위에 대해 동의를 암시하는 것 자체가 비합리적이며 어리석은 일이다. ... 혼인 증명서가 남편이 형사면책을 갖고서 아내를 강간할 수 있는 자격증으로 파악되어서는 결코 안 된다. 기혼 여성도 미혼여성과 마찬가지로 자신의 신체를 통제할 수 있는 권리를 갖는다. id. at 573.

힘이 있거나 그러한 가능성이 존재하는 관계이기 때문이다.

…우선 피고인은 … **그간 피해자와 합의로 십여 차례 더 육체관계를 맺었으며**…

피고인의 하숙집 주인은 제1심 법정에서 피해자가 **그 간 네 차례 정도 증인의 집에 와서 피고인과 함께 지냈는데 어떤 때는 이틀 간 묵고 간 적이 있고, 두 번 정도 식사도 함께 하였으나 이 사건 고소 전날이외에는 다투는 것을 보지 못하였다**고 진술하고, 피고인의 대학 친구인 증인 이○○도 제1심 법정에서 **피고인과 피해자는 서로 사랑하는 사이로 느꼈다**고 진술하여 피고인으로부터 강간당하였다고 하는 피해자의 진술에 대한 신빙성을 흐리게 하고 있다. (⑧ 대법원 1990. 9. 28. 선고, 90도1562 판결) (강조는 인용자)

위의 판례는 전형적인 데이트 강간 사건이다. 데이트 강간이란 ‘이성간의 데이트 중에 상대방으로부터의 강요나 조종에 의해 일어나는 성관계’로, 성적 친밀감이 있는 관계에서 남성이 여성의 동의 없이 강제로 성관계를 하는 것을 의미한다. 위의 판례에서 피고인과 피해자는 서로 연인관계였으며, 피해자의 어머니가 피고인의 가정환경과 학벌을 문제삼으며 교제를 반대하는 상황에 처해 있었다. 이들은 과거에 피고인의 하숙집이나 여관 등에서 성관계를 가진 적이 있었다. 하지만 위의 판례에서 피해자가 피고인을 강간으로 고소한 세 차례의 성관계는 폭행과 물리적 강요까지 수반된 강제적 성관계였다. 피고인은 “피해자의 팔목을 심하게 비틀어 끌고 다니다가 여관으로 끌고 들어가 강간했”으며, 그 과정에서 피해자는 “발톱에 멍이 들고 발에 물집이 생기는” 등의 상처를 입고 “가방도 찢겨지는” 등의 피해도 입었다. 며칠 후 있었던 두 번째 강간에서 피고인은 다방으로 나온 피해자를 “강제로 피고인의 하숙집에 끌고 가 강간을 하였다”. 다시 며칠 후 피고인은 피해자를 “그녀의 집으로부터 강제로 하숙집으로 끌고 가 강간을 했으며”, 심지어 “자신의 이니셜을 새긴다는 명목으로” “담뱃불로 피해자의 온몸을 지졌다”. 그러나 이러한 신체적 상해의 증거가 존재함에도 불구하고, 대법원은 피해자와 피고인이 연인관계였으며 과거에 합의 하에 성관계를 한 적이 있다는 이유로 피해자의 진술에 신빙성이 없다는 판단을 내렸다. 이처럼 법원은 연인관계에 있는 두 남녀가 과거에 합의 하에 성관계를 가진 경험이 있다면, 그 여성이 그 남성에게 의해 원하지 않은 성관계를 강요당했고 심지어 “폭행·협박”이 수반되었다 하더라도 이를 강간으로 인정하지 않는다. 아무리 심한 폭력이 존재했다 하더라도 그것이 성관계를 한 경험이 있는 연인 관계에서 일어난다면 그 폭력은 합의에 의한 것으로 간주

된다.

그런데 대부분의 강간이 이는 관계에서 발생한다는 통계가 보여주는 것은, 피해자가 가해자를 알고 있기 때문에 오히려 더 쉽게 폭력에 노출된다는 사실이다. 평소에 이는 관계이기 때문에 피해자가 새벽에 가해자를 자신만 있는 방안으로 들어오도록 허락하거나, 같이 커피나 술을 마신다⁸⁸⁾. 그리고 이러한 상황을 이용하는 가해자에 의해 강간 사건이 일어난다. 이렇게 평소의 신뢰를 이용해 발생하는 강간의 경우 강제력이 물리적으로 가시화되지 않거나 강제력의 존재를 입증하기 어렵다. 뿐만 아니라 부부관계나 애인관계에서라면 강제적인 성행위도 ‘있을 수 있는’ 과도한 성행위 혹은 변태적 성행위⁸⁹⁾로 인식되기 때문에, 법관들은 이는 관계에서 발생하는 구체적인 강간 사건을 다루면서 강제력의 요소를 ‘발견’하지 못하기도 한다. 그래서 대부분의 데이트 강간이나 친밀한 관계 등 이는 관계에서의 강간은 신체적 위해 혹은 이에 대한 명시적인 위협이 없는 비동의간음(nonconsensual sex)의 양상을 띤다(Pineau, 1996:1).

‘성관계 경험이 있는’ 관계에서 발생하는 강제적 성행위를 강간으로 인정하지 않는 법원의 태도는 ‘성관계의 가능성이 있는’ 관계에서의 강제적 성행위를 판단할 때에도 이어져, 마찬가지로 “유형력의 정도가 항거 곤란할 정도는 아니”라고 판단한다⁹⁰⁾. 비슷한 정도의 유형력이 행사

88) 대법원 1990. 12. 11. 선고, 90도2224 판결; 대법원 2001. 4. 27. 선고, 2001도230 판결; 서울고등법원 1998.10.22. 98노1492 등을 참조.

89) 정춘숙은 2000년 발생했던 아내에 의한 폭력남편 살해사건이 이슈가 되었던 당시, 살해 당시 남편이 아내를 위협하여 강간하려고 했던 사실에 대해 남편에 의한 ‘아내 강간’이나 ‘아내에 대한 성적인 학대’로 언어화되지 못하고 ‘변태적 성행위’로 명명되었던 사실에 주목한다. 이러한 명명은 아내강간을 여성의 성적 자기결정권을 침해하는 ‘강간’이 아닌 비정상적인 남성의 일탈적 성행위로 해석하게 만든다는 것이다(정춘숙, 2003:97).

90) ② 대법원 1999. 9. 21. 선고, 99도2608 판결 강간치상 (피해자와 피고인이 친구의 소개로 만나 사귀어 온 관계이나 피해자가 성관계를 거부하고 있는 상태였다. 하지만 법원은 피해자의 의사에 반하는 정도의 유형력을 행사하여 피해자를 간음하려 하였음에도 불과하고, “그 유형력의 행사가 피해자의 반항을 현저히 곤란케 할 정도에까지 이른 것은 아니”라고 판단하고 무죄를 선고했다); ③ 대법원 1990. 12. 11. 선고, 90도2224, 판결, 강간치상 (피해자와 피고인은 서로 아는 관계였고, 주변 사람들에게 의해 애인 관계라고 소문이 난 사이였다. 피고인이 피해자의 의사에 반해 강간하였으나, 법원은 “다만 피해자의 의사에 반하는 정도의 유형력을 행사하여 피해자를 간음하려 하였음에도 불과하고, 그 유형력의 행사가 피해자의 반항을 현저히 곤란케 할 정도에까지 이른 것은 아니”라고 판단하고 무죄를 선고했다); ④ 부산지법 1984. 8. 9. 선고, 84고합604 판결, 강간치상피고사건 (피고인이 우연히 만난 피해자에게 접근하여 데이트를 하다가 피해자의 반항에도 불구하고 강간한 사건이나, 법원은 “다만 피해자의 의사에 반하는 정도의 유형력을 행사하여 피해자를 간음하려 하였음에도 불과하고, 그 유형력의 행사가 피해자의 반항을 현저히 곤란케 할 정도에까지 이른 것은 아니”라고 판단하여 무죄를 선고했다) 등을 참조할 것.

되었더라도 피해자와 피고인의 연령 차이가 크고 피해자의 과거 품행에 ‘하자’가 없으며 반대로 피고인에게에는 전과가 있거나 다른 범죄 혐의가 있는 등의 문제가 있다면 법원은 이 두 사람 사이에 ‘성관계의 가능성’이 없다고 판단하고 강간죄의 유죄를 인정한다⁹¹⁾. 이처럼, 성관계의 경험이나 가능성이 존재하는 관계에서는 강간죄가 성립하기는 어렵다.

(3) 성관계의 경험 혹은 가능성의 확장 : 강간/피해자의 품행과 ‘보호할 가치 있는 정조’

피해자가 과거 또는 현재 성매매 경험이 있거나 과거 품행이 문란하거나 그럴 것이라고 추정되는 경우 법원은 강간죄의 유죄판결을 내리지 않는 경향이 있는데, 이 역시 성관계의 경험 또는 가능성이 존재하는 관계에서의 강간을 강간죄에서 배제하는 ‘합리성’의 맥락과 연결된다. 즉, 모든 남성과 성관계를 맺을 가능성이 있는 매춘 여성에 대해서는 강간과 성관계를 구분할 수 없다고 보는 것이다.

⑱ 부산지법 1991. 8. 20. 선고, 91고합291 판결, 특정범죄가중처벌등에관한법을 위반 (특수강간 치상) “...피고인은 전에 음란비디오테이프에서 본 바와 같은 자세로 성교를 해보아왔다고 생각하고 피해자를 **과도로 위협한 후 비닐테이프로 피해자의 두 손을 묶으려 하였으나** 피해자가 이를 뿌리치면서 나가버리는 바람에 잘못하여 **피해자의 손가락에 상처만 입혔을 뿐** 실패하고만 사실 등이 인정되는바...”

위 판례 ⑱에서 흥기를 이용한 폭행이 입증되었음에도 불구하고 특수강간치상(흥기사용)의 무죄가 성립된 이유는, 피해자가 매춘 여성(술집 접대부)이기 때문이었다. 가해자는 자신이 본 포르노를 실행하기 위해 특수강간의 고의를 가지고 과도와 테이프를 미리 준비해오기까지 했음에도 불구하고, 법원은 이 같은 가해자의 치밀함을 ‘다만 “음란비디오테이프에서 본 바와 같은 자세로 [접대부와] 성교를 하려 했던”(강조는 인용자) 시도로 정상화한다. 법원은 “성교가 끝난 뒤에도 귀가하지 아니하고 계속 피고인의 옆에 누워 있다는 것인바 사정이 그러하다면 피고인으로서 비록 피해자가 겉으로는 한번 더 성교하는 것을 거부하고 있었다 하더라도 피해자의 내심의 진의는 그렇지 **않다고 오신(誤信)하기에 충분하다고 할 것**”(강조는 인용자)이라 판단했는데, 그

91) ㉠ 대법원 1999. 4. 9. 선고, 99도519 판결, 강간치상·절도 (원심: 서울고법 1999. 1. 13. 선고, 98노2304 판결, 강간치상, 절도

이유는 “피고인과 피해자가 만난 것은 주점의 손님과 접대부의 관계로서 엮기” 때문이었다. 매춘 여성을 대상으로 음란비디오테이프에서 보는 것을 해보려는 시도는, 그녀가 그러한 행위에 동의하는가의 여부와 관련 없이 용인될 수 있는 것으로 간주되며 따라서 ‘특수강간의 고의’로 인정되지 않는 것이다.

과거에 한번이라도 ‘매춘’ 경험이 있다면 그 여성 또한 언제나 성행위에 동의할 준비가 되어 있는 것으로 간주된다. 피고인들이 경영하는 레스토랑에 취직하기 위해 찾아온 미성년자인 피해자 2명을 강간한 사건⁹²⁾에서 강간을 주장하는 피해자들의 진술이 의심받게 된 것은, 강간 사건과 아무런 관련이 없지만 피해자 중 한 명이 어린 나이에 ‘매춘’ 경험이 있기 때문이었다.⁹³⁾

‘매춘 여성은 강간의 피해자가 될 수 없다’는 이러한 법원의 태도는 ‘매춘 여성에게는 보호해야 할 정조가 없다’는 전제와 연관된다. 매춘 여성은 항상 성행위에 동의한다고 간주되고 동의하지 않을 수 없다(MacKinnon, 2001a:63). 매춘 여성은 모든 남성과 ‘성관계를 할 가능성’이 있는 여성들이기 때문이다.

피해자의 과거 품행이 ‘깨끗하지 않았거나’ 올바르지 못하다는 판단의 의미는 다른 남성들과 ‘성관계를 할 가능성’이 존재한다는 것이다. 피해자의 과거 품행이나 성력(性力)이 강간죄 성립여부에 중요한 영향을 미치는 것은 이 때문이다. 강간죄 성립여부를 ‘합리적으로 판단’하는 다른 요소들이 충족되더라도, 피해자의 품행과 관련된 요건이 충족되지 않는다면 강간죄가 성립하지 않을 가능성이 훨씬 높다. 예를 들어 판례 1794의 사건에서, (1)피고인은 낯선 사람이었고 [: 피해자와 피고인과의 관계], (2)피해자가 피고인의 승용차를 택시로 오인하여 탑승하였을 뿐이며 [: 최초의 접촉 시 피해자의 자발성] (3)피고인이 피해자를 여관으로 끌고 가려고 하자 적극적으로 저항해 여관으로 끌려 들어가는 것을 막았으며 [: 피해자의 저항], (4) 심지어 강간직후 곧바로 피해자가 피고인을 유인해 고소하여 [: 신속한 고소], (5)즉각적으로 수집된 다양한 실질적 증거들(속옷과 상해자국, 질 내에 있던 정충 등)을 법원에 제시했다. 그러나 이러한 모든 요소들에도

92) ②0 대전지법 1993. 6. 4. 선고, 92고합625 판결, 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수강간등).

93) ⑥ 대법원 1992. 4. 14. 선고, 92도259 판결 또한 발생한 강간 사건의 상황과 전혀 관련이 없는 피해자의 상황(피해자가 술집 호스텔스이며 현재 남성과 동거하고 있다는 사실)을 판결문에서 명시하고 있다. “...기록에 의하면 피해자는 룸싸롱에서 일하는 호스텔스로서 1990. 8.월경 판시 방 2개 짜리 아파트를 빌려서 그 이래 공소의 조OO과 동거하여 오다가...”

94) ⑪ 대구고법 1986. 6. 1. 판결, 85노1059 선고, 강간치상피고사건(원삼:대구지법 1985. 5. 8. 판결, 84고합798 선고)

불구하고 가정주부인 피해자의 평소 품행 때문에 가해자의 진술(“피해자가 비교적 순순히 응했다”, 강조는 인용자)이 믿을 만한 것으로 받아들여졌다⁹⁵⁾.⁹⁶⁾

사건과 직접적 관련이 없는 피해자의 과거 성력이나 품행을 문제삼는 것은 외국의 경우 이미 법이나 판례 등으로 금지하고 있다. 미국의 경우, 70년대 페미니스트들의 지속적인 문제제기를 받아들여 성폭력 범죄 피해자의 과거 성관계 이력이나 성향이 형사재판에서 고려되는 것을

95) 위의 글. “... 젊은 여자가 밤늦게 집을 나와 술을 먹고(피해자는 술을 마신 적이 없다고 주장하나, 피고인은 피해자가 자기 차를 타기 이전에 술기운이 있었다고 진술하고 있으며, 피해자로부터 신고 받은 파출소 순경 박○○도 당심 법정에서 이 신고 시에 피해자에게서 술 냄새가 났을 뿐만 아니라, 평소에도 술집에 잘 다니는 여자라고 증언하고 있다) ...여기에 **피해자의 평소 품행**과 피해자의 상처가 가벼운 점 및 피해자가 비교적 순순히 응해 주었다는 피고인의 변소 등을 보태어 보면...”(강조는 인용자)

96) 다음 두 개의 대법원 판례는 이러한 법원의 태도를 분명히 보여준다. 아래의 두 사례는 모두 강간 혹은 강제추행으로 인해 피해자들이 사망에 이른 사건으로, 강간 혹은 강제추행과 사망사이에 인과관계가 있다는 것을 입증하기 위해 예측가능성 여부를 쟁점으로 판결을 내린 사례들이다.

① ... 피고인은 위 피해자가 자신은 처녀이기 때문에 피고인의 요구에 응할 수 없다고 하였음에도 이를 묵살하고... 위 피해자가 더 이상 위 객실 안에 있다가는 자신의 순결을 지키기 어렵겠다는 생각이 들어 위 객실을 빠져나가려 하였으나...

...위 피해자가 위 호텔 객실까지 끌려 들어가게 된 경위, 위 객실 내에서 피고인이 위 피해자를 강간하려고 유형력을 행사한 정도 및 그 시간, **위 피해자가 피고인에게 자신이 처녀라고 말하며 피고인의 요구를 거절하고 완강히 반항하였던 점**, 피고인이 위 피해자를 강간하려다 일시 그 행위를 멈추고 전화를 걸기는 하였으나 위 객실의 구조상 피고인이 출입문을 막고 있어 위 피해자가 출입문을 통하여는 위 객실을 탈출하기가 어려웠던 점 등 모든 상황을 종합하여 보면, 피고인으로서 위 피해자가 피고인으로부터 강간을 당하지 않기 위하여 반항하면서 경우에 따라서는 위 객실의 창문을 통하여 아래로 뛰어내리는 등 탈출을 시도할 가능성이 있고 그러한 경우 위 피해자가 사망할 수도 있다는 예견도 가능하였다고 봄이 상당하므로... (대법원 1995. 5. 12. 선고, 95도425 판결)(강조는 인용자)

② ...피고인의 위 추행행위와 피해자의 사망 사이에 상당인과 관계가 있는지 나아가 피고인이 당시 피해자의 사망이라는 결과를 예견할 수 있었는지 여부에 관하여 보건대, 위에 든 증거에 의하면 피해자가 피고인의 추행을 피하기 위하여 달리는 차에서 뛰어내려 그 충격으로 사망한 사실은 인정되나 **통상의 주점의 호스테스로 종사하는 여자가 남자들과 함께 수 시간 동안 술을 마시고 술값을 구하러 가는 남자들을 따라 차를 타고 가다가 남자의 일행 중 하나가 유방을 만지고 허벅지를 문지르는 등의 추행을 한다고 하여 이를 피하고자 죽음을 무릅쓰고 빨리 달리는 차에서 뛰어내리라는 것은 예견하기가 어렵고...** (대구고등법원 1987. 10. 21. 선고, 87노1313 판결¹⁾) (강조는 인용자)

여기서 ‘처녀’였던 사례① 피해자의 사망은 강간치사로 인정되었으나, 술집 호스테스였던 사례② 피해자의 사망은 강제추행치사로 인정되지 않았다. 매춘여성은 보호할만한 섹슈얼리티를 가지고 있지 않으며, ‘손님’(한번이라도 손님이었던 자)과의 관계에서는 특히 자신의 성적 자기결정권을 주장할 수 없다. 성적 도덕과 관련된 이중규범은 강간죄의 객체를 모든 여성이 아닌 ‘남성이 보호할 만한’ 여성으로 한정시킨다. 성적 자기결정권은 ‘보편적’으로 적용되는 권리가 아니다.

제한하는 “강간방지법(rape shield law)”을 제정하였다⁹⁷⁾. 그 외의 영미권 국가에서도 이와 유사한 입법적 조치가 취해졌으며, 프랑스의 경우에는 판례를 통해 유사한 입장을 취하고 있다(조국, 2002a:184). 그러나 이러한 국제적 흐름에도 불구하고 한국 판례에서는 여전히 피해자의 과거 성력과 품행이 매우 중요한 확증요건으로 고려되고 있다.

나. 이성애 섹슈얼리티 구조에서의 강간과 성관계의 구분

그런데, 과거에 성관계의 경험이 있거나 미래에 성관계의 가능성이 있는 관계에서 일어난 강제적 성행위를 강간으로 인정하지 않는 법원의 태도 이면에는, ‘강제적 성관계와 합의에 의한 성관계’를 구별하기 어렵다는 전제가 놓여 있다. 맥키넨이 주장하듯이, 강제력이 사용되었다는 증거가 불충분한 강간 사건들이 대부분 무죄선고를 받는 사실은, 역설적으로 법이 범죄가 아니라고 용인하는 성행위에 실제로는 대단히 많은 강제력이 수반될 수 있다는 점을 드러낸다(MacKinnon, 2001a:59). 남성 중심적인 성별위계구조 속에서 규범으로 존재하는 이성애 섹슈얼리티(heterosexuality)는, 여성을 추격하고 공격하는 행위를 정상적인 남성 섹슈얼리티 모델로 만든다. 이 모델 속의 구애과정에서 여성의 역할은 ‘피하려는 목적을 가지고 있지만 마침내 잡히고 마는 먹이’이다. 만약 필요하다면 강제력에 의해 그녀의 저항은 억압되어야 한다. 여성의 저항은 ‘진짜(real)’가 아니며 남성을 성적으로 고무시키기 위해 고안된 ‘게임’에서의 규칙일 뿐이다. 이성애 섹슈얼리티의 구조에 따르면 남성의 성 충동은 본질적으로 정복하는 충동이며, 여성의 성 충동은 정복당하려는 충동이다. 여성의 저항은 남성을 격려하기 위한 것이기 때문에, 여성의 성적 쾌락과 고통 사이에는 밀접한 연관이 존재한다. 이러한 논리는, 여성이 강간당하고 구타당하고 성적으로 굴욕 당하고 폭행 당하는 것을 ‘정말로 즐긴다’는 편견을 뒷받침한다. 남성 섹슈얼리티에 관한 이데올로기와 실천 모두 폭력적이고 강압적이고 충동적이며, 이에 반해 여성은 남성의

97) “연방증거규칙(Federal Rules of Evidence)” 제412조는, 성범죄 피해자의 성관계 이력과 성향은 (1) 피해자에게서 채취된 정자가 피고인의 것이 아니라거나, 피해자가 입은 상처 등이 피고인에 의해 가해진 것이 아니라는 것을 입증하기 위한 경우, (2) 피고인이 피해자의 동의를 입증하기 위한 경우, (3) 피해자의 성관계 이력과 성향 증거의 배제가 피고인의 헌법상의 권리를 침해하는 경우 이외에는 사용될 수 없도록 규정하고 있다(Mueller, C. B. & Kirkpatrick, L. C (1995), Federal Rules of Evidence, pp. 98-103; 조국(2002a:184)에서 재인용).

성적 요구란 자연적인 것이고 피할 수 없으며 오직 정복당하는 것에 '동의함'으로써 그리고 남성에 대한 그들의 순종을 '즐감'으로써만 성적 쾌락을 얻을 수 있다고 배워왔다(Jackson, 1987:56-8). 공격적인 남성성과 수동적인 여성성의 성별화된(gendered) 각본 속에서 이성에 섹슈얼리티는 공격과 억압을 성애화(eroticization)하며 성의 이중규범을 지속적으로 재생산한다.

이처럼 이성에 성관계 자체가 이미 강제적 성행위를 정상화하고 있기 때문에, 법원은 여성이 원치 않는 성관계를 강요당했다고 하더라도 이를 정상적인 성관계로 범주화하는 경향이 있다. 가령 판례 ⑧에서는 심지어 신체적 상해(담뱃불에 의한 화상)가 입증되었음에도 불구하고, 법원은 이 상처가 “서로가 상대방의 사람임을 나타내는 징표로 몸에 상대방의 성(姓)을 새기기로 하여 피고인이 먼저 피해자의 몸에 피고인의 성인 ‘감’자를 새겼는데 피고인의 몸에도 피해자의 성을 새기려고 하자 피해자가 강력히 반대하므로 이에 이르지 못하였을 뿐 강간의 수단으로 가한 상처가 아니”라고 하는⁹⁸⁾ 피고인의 주장을 인정했다. 이러한 폭력적인 행위가 합의에 의한 정상적 성관계의 한 과정으로 판단되기도 하는 것이다.

판례 ⑬⁹⁹⁾은 이성에 관계에서의 정상적 성관계에 강제적 성행위가 포함되어 있다는 사실을 분명히 보여준다. 판례 ⑬의 피고인은 피해자가 피고인의 친구와 결혼하기로 했다는 말을 듣고 피해자의 머리를 자동차에 수회 부딪히게 하는 등 폭행을 하고 피고인이 시키는 대로하지 않으면 피해자의 약혼자에게 자신과의 관계를 폭로하겠다고 협박한 후 4박 5일 동안 피해자를 경기도와 강원도 일대의 여관으로 끌고 다니며 피해자의 반항에도 불구하고 수 차례 강간하였다. 그러나 피고인이 피해자에게 강제적 성행위를 강요한 것은 폭행 후 일어났던 4박 5일간의 강간에만 한정된 것이 아니었다. 피해자가 피고인과 ‘연애’를 시작하게 된 이유부터가 “피고인이 피해자를 강간하고 이로 인해 피해자가 임신되었기 때문”이었고, 그 후 피고인은 “피해자를 거의 매일 찾아와 피해자에게 ‘다른 놈을 만나면 몽키 스페너로 머리통을 날려보낸다, 너 결혼하면 그 날이 장례식이 되는 줄 알아라’ 등의 협박을 하여 피해자는 강간당한 사실이 알려지길 두려워하여 할 수 없이 피고인을 만나기는 하였으나 피해자로서는 피고인을 결혼상대자로 생각하지 아니하였고 2년 동안 한번도 피고인과 성관계를 맺은 일이 없고 피고인을 만나고 있는 것을 어느 누구에게도 말한 일이 없었다.” 이처럼 근 2년 동안 피해자는 피고인과 만났던 관계를 연애편계

98) 대법원 1990. 9. 28. 선고, 90도1562 판결.

99) ⑬서울고법 1996. 5. 30. 선고, 96노606 판결, 가. 강간.

로 생각하지 않았는데도, 법원은 “피고인과 결혼할 사이로서 약 2년 간 사귀어 온 피해자가 피고인의 친구와 결혼하기로 하였다는 말을 듣고 충격을 받아 피해자에게 폭행을 행사하였다”라는 피고인의 주장을 피해자의 주장보다 더 신뢰하여 강간협약에 대해 무죄판결을 내렸다. 강제적 성행위를 연애관계에서의 합의된 성관계로 보는 법원의 태도는 비단 이 사례에만 한정되지 않는다.

판례 ⑮100)의 경우에도 피고인과 피해자가 연애하는 기간동안 일어났던 수 차례의 폭행과 협박, 주거 침입 등으로 인한 강간에 대해 강간죄 성립여부를 검토한 사건이지만, 법원은 연애하는 기간동안 애인인 피고인에 의해 피해자의 의사에 반하여 일어난 강제적 성관계를 강간이라고 판단하지 않았다. 원치 않는 성관계를 하지 않을 형법상의 성적 자기결정권은, 애인 또는 남편에게 성행위를 강요당한 피해자에게는 존재하지 않는 권리일 뿐이다. 성별 불평등한 사회에서 이성애 섹슈얼리티의 구조는 여성의 섹슈얼리티를 남성의 섹슈얼리티에 종속되거나 그에 비해 주변적인 것으로 밀어내거나 아예 없는 것으로 취급한다. 성에 대한 여성의 욕구나 실천이 남성의 섹슈얼리티를 중심으로 설명되기 때문에, 남성이 강압적으로 성행위를 요구한다면 여성의 거부 의사표시나 저항은 궁극적으로 남성의 욕구에 순응하기까지의 하나의 과정일 뿐이라고 간주된다. 그러기 때문에 과거 남성과 여성사이에 존재했던 친밀함은 미래의 성관계에 대한 여성의 암묵적 동의를 암시하는 것으로 간주되며, 강간 도중의 여성의 거부 의사표시나 저항은 무시된다. 이러한 맥락에서 법원은 “밤늦게 술도 마시고 화투놀이를 한 적도 있는 등 평소에 잘 알고 지내던 관계¹⁰¹⁾” 혹은 “같은 집에서 살고 있으면서 친숙하게 지낸 관계¹⁰²⁾”라면, 가해자

100) ⑮서울남부 1997. 3. 28. 선고, 96고합448 판결, 강간치상·강간·절도·주거침입·폭행.

101) ⑤ 서울지법 남부지원 1985. 11. 29. 선고, 85고합907 판결, 강간치상피고사건 “...피해자는 이 사건 간음행위가 있었던 위 목공소 건물의 1층에 2년전부터 세들어 살고 있는 가정주부로서, 금년 봄부터 위 건물 지하실에서 소파제작업을 시작한 피고인과는 이 사건이 있기 한달전인 8. 초순경 피해자의 남동생을 위 목공소에 취직시켜 달라고 피고인에게 부탁한 바도 있고 밤늦게 생맥주집에 함께 가서 술을 마신 적이 있으며 또한 위 목공소에 내려와 종업원들과 화투놀이까지 한 일이 있어 서로 평소에 잘 알고 지내던 사이인바...”(강조는 인용자)

102) ⑥ 대법원 1992. 4. 14. 선고, 92도259 판결, 강간치상“...피해자는 룸싸롱에서 일하는 호스티스로서 1990. 8.월경 판시 방 2개짜리 아파트를 빌려서 그 이래 공소의 조OO과 동거하여 오다가, 1990. 12. 31. 경 같은 룸싸롱에서 호스티스로 일하면서 평소 피해자가 언니라고 부르던 공소의 윤OO에게 위 아파트의 방 1칸을 빌려주었고, 그 무렵부터 피해자는 위 아파트의 큰방에서 위 조OO과 함께, 피고인은 그 옆 작은방에서 위 윤OO과 함께 각 동거하여 오면서 서로 친숙하게 지낸 사이임이 엿보이고(수사기록 49면, 85내지 88면),...”(강조는 인용자)

의 주장대로 피해자가 유혹했거나 적어도 성관계에 대한 암묵적인 합의가 있을 것이라고 보는 것이다(전정주, 1997:223).

다. '단순강간'으로의 범주화

지금까지 검토한 아내강간이나 데이트 강간, 친밀하거나 알고 있는 관계에서 발생하는 강간 등 이는 관계에서의 강간이거나 매춘 여성에 대한 강간 등은 모두, 피해자와 가해자와의 관계에서 '과거에 성관계 경험'이 있거나 '미래에 성관계 가능성이 있는 관계로 간주되어 대부분 강간죄가 인정되기 어렵다는 공통적인 특징이 있다. 이는 이성애 섹슈얼리티의 성별화된 구조 속에서 강제적 성행동이 이미 정상적인 남성 섹슈얼리티 실천의 일부이기 때문이다. 가부장제 사회에서 여성의 섹슈얼리티와 경험은 배제되고 주변화되기 때문에, '강제적 성관계와 합의에 의한 성관계를 구별하는 것은 흔히 '어렵다고 여겨질 뿐 아니라 그 구별의 기준 자체가 여성의 동의에 있지 않다.

이는 한국의 법 현실에 관한 연구조사에서도 확인할 수 있다. 최근 한국성폭력상담소에서 실시한 '법조인의 성 인식'에 관한 설문조사에 따르면, 성폭력 판단에 부정적인 영향을 미치는 요소는 '피해자와 가해자가 최초로 접촉한 상황이 자발적이었는가의 여부'와 '피해자와 가해자의 관계' 등으로 나타났다.¹⁰³⁾ '물리적 강제력'에 관한 연구조사 결과, 법조인들은 폭력(강제력) 개념을 단지 물리적인 힘의 행사·위협뿐만 아니라 '언어적·심리적인 폭력을 포함하는 넓은 개념'으로 해석하여 기존의 강간 사건에 관한 대법원 판례보다 완화된 판단기준이 필요하다는 점을 인식하고는 있으나, 여전히 실제 한국의 법 적용현실을 고려할 때는 '강제력'을 물리적 강제력의

103) 한국성폭력상담소는 성폭력의 판단에 영향을 미치는 주변 정황들을 분류하고 각 정황별로 사건의 판결에 미치는 영향을 조사하였다. 조사결과, 성폭력 사건의 판결에 미치는 부정적 영향이 가장 큰 변수는 '피해자가 가해자와 여관에 함께 들어갔다'였으며, 다음으로 '피해 당시 피해자가 주변에 도움을 요청하지 않았다', '피해자는 가해자와 사귀는 사이다', '피해자가 가해자와 함께 술을 마셨다'의 순서로 부정적인 영향을 미친 것으로 나타났다(한국성폭력상담소, 2003:56-67). 즉, 가해자와 피해자의 이전 관계 자체가 강간의 유죄판결여부에 불리한 영향을 미치며, 강간사건이 발생할 당시 가해자와 피해자의 첫 만남이 자발적일수록 — 예를 들어 함께 술을 마셨다거나 여관에 들어가는 등 — 피해자의 강간 주장이 인정되지 않는다. 이처럼 중요하게 고려되는 정황변수 자체가 성별적으로 선택된다는 점에 더하여, 판사나 검사들이 구체적인 강간 사건에서 이러한 정황변수(예를 들어 피해자의 구조요청)를 판단할 때에도 그 해석이 남성의 시각에 의존하는 편파성을 보인다는 점 역시 문제적이다.

행사 혹은 협박으로 보는 것이 정당하다고 대답하고 있다(한국성폭력상담소, 2003:51-4). 특히 ‘강제력(유형력)’을 판단하는 기준인 피해자의 저항이나 거부 의사는 “상대방인 남성이 이를 거부 의사로 명확히 받아들여질 정도를 요구한다(앞의 글:55). 피해자와 가해자가 최초로 접촉한 상황이 자발적이었다면, 이는 피해자와 가해자가 강간 발생 이전에 이미 알고 있는 관계였음을 의미한다. 성관계의 경험이 있거나 가능성이 있다고 여겨지는 이성관계에서 강제적 성행위는 정상적 성관계의 범주로 이해되며, 이 때 여성의 거부 의사는 “진정한 내심”이 아니라고 판단된다. 이러한 연구 결과는 한국의 법 현실에서 피해자와 가해자가 사이에 성관계의 경험이나 가능성이 있는 관계에서의 강간은 여전히 형법상 강간죄로 인정되기 어렵다는 것을 보여준다.

1960년대 시카고대학의 해리 칼벤(Harry Kalven)과 한스 자이젤(Hans Zeisel)이 했던 미국 배심원에 대한 연구에 따르면, 부가적인 폭력(총, 칼 혹은 구타)을 동반하여 행해지거나, 여러 사람에게 의한 것, 혹은 피해자와 피고인간에 서로 관계가 없었던 경우가 그렇지 않은 경우보다 유죄로 판결될 가능성이 4배 더 높다고 한다¹⁰⁴). 에스트리치(1985·1986)는 그러한 가중 상황이 있는 강간을 ‘가중강간(aggravated rape)’, 그렇지 않은 나머지 강간 모두를 ‘단순강간(Simple rape)’으로 명명·분류함으로써, 남성 규범이 강간에 관한 법에 핵심적인 영향을 미쳐 왔다는 사실을 명확히 보여준다. 그에 따르면 모든 강간을 동등하게 다룬다는 법의 주장에도 불구하고, 법이 실제로 강간법을 적용할 때에는 “동의 없는 성관계”인 강간에 관해 두 가지 범주를 만들어왔다는 것이다. 미국 각 주의 검사나 배심원 등을 대상으로 실시되었던 대부분의 연구조사들은 강간의 유죄 판결과 기각 여부에 영향을 미치는 요소로 첫째, ‘피해자와 가해자간의 관계, 그리고 그들이 최초로 접촉한 상황이 자발적이었는지 여부’, 둘째, ‘피의자가 이용한 강제력의 정도와 피해자 저항 정도’, 즉 물리적 강제력의 사용 여부 등을 들고 있다(Estrich, 1995:41-3). 이는 피해자와 가해자가 아는 관계이며 물리적인 강제력을 주장하거나 입증하기 어려운 “단순강간”의 범주에 속하는 사건들은 강간죄가 기각될 가능성이 높다는 현실을 보여준다.

‘단순강간’이라는 에스트리치의 개념은, 이는 관계에서 일어나는 물리적 강제력 없는 강간이 형법상 강간죄에서 배제되어 온 메커니즘을 문제화하고자 할 때 유용한 범주가 될 수 있다. 또한 이 ‘단순강간’ 범주는 법원이 강간의 경험을 누구의 시각과 언어로 판단·해석하고 있는지를

104) Harry Kalven & Hans Zeisel, *The American Jury*, Boston:Little Brown, 1966, pp. 249-54; Estrich(1986, 43-4)에서 재인용.

보다 분명하게 보여줄 수 있다. 에스트리치(1995:50-3)는 법원이 '단순강간'에 대해 다음과 같은 편견을 갖고 있다고 지적한다. 첫째, 법원은 피해자와 가해자 사이에 이전 관계가 있는 사건은 공적 소송제도에서 다룰 문제가 아닌 순전히 '사적인 분쟁'으로 간주하며, 둘째 '단순강간' 사건들은 낯선 사람에 의한 강간 사건에서는 제기되지 않는 권리주장 — 가해 남성의 피해 여성에 대한 권리주장 — 이 개입된 경우가 많기 때문에, 법원은 이를 덜 심각한 사건이며 피고인의 책임도 적다고 여긴다는 것이다. 이는 만약 한 여성이 과거에 성관계에 동의했다면, 상대방 남성은 그 여성에 대해 성적 욕구를 충족시킬 권리를 계속 해서 갖는다는 의미이다. 즉, 여성의 몸은 남성의 재산에 불과하게 된다는 것이다. 셋째, 낯선 사람에 의한 사건과는 달리 종종 피해 여성이 강간을 유발한 잘못이 있다고 문제된다. 마지막으로, 이는 사람에 의한 공격은 강간이든 폭행이든 간에 덜 위협적이라고 간주되기 때문에 더 가벼운 처벌(혹은 무죄)을 받을 수 있다고 한다. 법원의 이러한 편견은 실상 법원이 누구의 시각으로 강간사건을 판단하고 있는가를 극명하게 보여준다. '아는 사람에 의한 공격이 덜 위협적'이라고 판단하는 것은 공격하는 가해자의 경험·관점일 뿐이다. 피해 여성의 입장에서는 아는 사람에 의한 강간이 더 위협적이며 더 고통스러울 수 있다.

그런데 이러한 '단순강간'이라는 범주는, 기존의 관점에서 보면 '폭행·협박을 수반하는 낯선 사람에 의한 강간'과 '정상적인 이성애 성관계' 사이의 중간 지대에 존재하는 것처럼 보인다. '강제적 성행위인가, 합의에 의한 성행위인가'를 둘러싼 단순강간의 쟁점은 법에서 여성의 '비동의'를 무엇을 통해 어떻게 판단하고 해석하는가와 연관된다. 이를 분석함으로써 강간죄 성립여부에 대한 법원의 '합리적 판단'이 어떻게 '단순강간'을 강간죄에서 배제하는 방식으로 구현되고 작동하는지를 알 수 있다. 아래에서는 '단순강간' 범주에 속하는 판례들을 살펴봄으로써, 왜 현행 법 체계에서 특정 종류의 강간이 지속적으로 배제되어 왔는지, 강간죄의 적용 및 법 해석 과정에서 피해 여성의 경험과 입장이 어떻게 배제되는지, 그리고 '객관적'이라고 여겨지는 법원의 '합리적 판단'이 누구의 시각과 언어로, 어떤 경험을 기준으로 행해져 왔는지를 살펴볼 것이다.

B. 단순강간 판례에서 구현되고 있는 '법의 합리성'

1. 성별화된 범죄로서의 강간

특이하게도, 피해자가 대부분 여성인 범죄들이 존재한다. 포렐과 매튜스(Forell & Matthews, 2000)는 성희롱, 강간, 스토킹 등의 영역이 그러하다고 지적했다. 이러한 범죄들은 모두 섹슈얼리티와 관련된 범죄들, 즉 성적인 공격(aggression)으로 인해 권리 침해가 발생한 사건들이다. 그런데 이러한 성적 공격에 대해 여성과 남성의 삶에 대한 경험과 관점은 판이하게 다르다¹⁰⁵⁾. 실제 많은 경험 연구들이 성희롱, 강간, 스토킹(stalking) 등의 구성요소에 대한 남성과 여성의 인식이 현저히 다를 것을 보여주고 있다. 한국형사정책연구원이 실시한 ‘범죄의 심각성에 관한 연구’ 보고서, 성과 관련한 범죄의 경우에 남자와 여자의 지각차이가 크다는 사실을 보여준다¹⁰⁶⁾. 범죄 지각에 있어서의 성차는, 절도와 강간이 함께 일어난 폭력이거나 미성년자에 대한 강간 같이 보편적으로 심각하다고 말해지는 범죄보다, 폭력 등이 사용되지 않은 강간이라든지 성매매 등과 같이 일반적으로 흔히 일어나는 범죄일수록 그 차이가 컸다(한국형사정책연구원, 1999b:68-70)¹⁰⁷⁾.

105) 예를 들어 가정 내에서 발생한 살인사건들은, 남성과 여성이 친밀한 관계 있는 사람을 살해하게 되는 이유가 극적으로 다르다는 사실을 보여준다 — 남자는 질투와 통제의 필요에서 살인을 하고, 여자는 자신을 방어하기 위해 살인을 한다. 또한 어떤 행동은 여성의 인격을 손상시키고 여성에게 권한을 빼앗지만, 종종 남성들에게는 정반대의 효과를 낳기도 한다. 여성들은 그들을 향한 성적 공격의 행동을 불필요할 뿐 아니라 해로운 것으로 판단한다. 그러나 이와는 반대로, 많은 남성들은 여성들에게 그러한 행위를 하는 효과가 해롭지 않을 것이라고 판단하고, 결국엔 그들이 환영받을 것이라고 믿는다. 여성들이 이는 사람에 의해 강간을 당했다고 느끼는 상황을, 남성은 유혹이라고 생각한다.(Forell & Matthews, 2000:7)

106) 범죄의 심각성에 대한 지각의 차이를 성별로 조사한 한국형사정책연구원(1999b)의 연구조사에 따르면, 포주가 ‘윤락행위’를 알선하는 범죄에 대해 남성 응답자자의 경우 기하평균이 95.952인 반면 여성 응답자의 경우 기하평균이 168.382였고, 강제로 여자의 가슴과 엉덩이를 만지는 강제추행의 경우 남성 응답자가 기하평균이 70.599인데 비해 여성 응답자는 106.435로 크게 높았다. 또한 여자가 술 취해 잠든 사이 가슴과 엉덩이를 만지는 준강제추행의 경우 남성 응답자가 64.514였는데 비해 여성 응답자는 100.020으로 기하평균의 차가 매우 크다는 것을 알 수 있다. 그 외 혼인빙자간음과 간통의 경우 남성 응답자가 각각 81.020과 74.715인데 비해 여성응답자는 142.271과 135.435로 크게 높은 것으로 나타났다. 즉, 여성응답자는 위와 같은 성 관련 범죄에 대해 남성응답자에 비해 범죄의 심각성을 훨씬 높게 자각하고 있다는 것을 알 수 있다. (한국형사정책연구원, 1999b:71-3)

107) 한국 형사정책연구원의 위 조사 결과 중 0.1%수준에서 유의미한 평균치의 차이를 보인 문항을 살펴보면, 포주가 윤락행위를 알선한 경우, 강제추행, 여자가 술에 취해 잠든 사이 가슴과 엉덩이를 만진 행위, 혼인을 빙자하여 간음한 행위, 간통행위 등이 남녀별로 강한 의견차이를 보이는 것으로 나타났다. 1%수준에서 유의미한 문항을 살펴보면, 단순강간, 헤어지자는 애인을 강제로 자신의 집에 가두어 못나가게 하는 행위, 강간치상 등이 남녀별로 유의미한 차이를 보이는 것으로 나타났다. 5%수준에서 유의미한 변수는, 초등학교 여학생을 꼬여서 성관계를 맺은 행위, 여자에게 100만원을 빼앗고 강간한 행위, 상대방이 싫어하는데도 불구하고 지속적으로 전화를 걸어 괴롭히는 행위 등이 남녀별로 유의미

단순강간사건에서, 당시 발생한 모든 사실관계 자체에 대해서는 대개 피해자와 피고인의 진술이 일치하지만 피해자는 그것을 ‘강간’으로 의미화 하고 피고인은 그것을 ‘합의된 성관계’로 의미화 하는 극단적인 관점 차이가 나타나는 상황 역시, 이러한 성폭력에 대한 남성과 여성의 인식 차와 연관이 있다. 맥키넨(2001a:66)은 ‘강간을 당하기보다는 강간을 하기 쉽다’는 남성들의 경험이 그들의 인식론적 지위의 물적 조건들을 형성하고 있다고 지적한다. 이에 반해 여성들의 경우 절반 이상이 적어도 일생에 한번은 강간을 당했거나 당할 뻔했던 피해의 경험을 가지고 있다는 것이다. 강간이 빈번히 발생하는 문화에서 남성과 여성의 이러한 물적 조건의 차이는, 성적인 행위, 성적 접근, 혹은 성적 공격 등에 대한 남녀간의 인식 차이를 가져온다. 앞서 검토했던 많은 사례들에서도 알 수 있듯이, ‘단순강간’의 범주에 속하는 사건들에서 남성과 여성의 사실관계 자체에 대한 진술은 거의 차이나지 않는다. 차이가 나는 것은 그러한 사실관계 — 특히 여성의 거부 의사 — 에 대한 ‘인식’과 ‘관점’의 차이이다.

혹자는 이러한 인식의 차이로 인해 남녀간의 ‘의사소통’이 실패하고 그로 인해 이는 관계에서의 강간이 일어난다고 말하기도 한다. 즉, 남성이 그녀가 동의하지 않고 있다는 것을 인식하지 못하는 경우 혹은 여성이 그 남성과의 성관계를 거절했으나 그것이 분명하게 남성에게 전달되지 않았던 경우 등에서 단순강간이 발생한다는 것이다. 이런 시각에서는 단순강간에 관한 형법의 개입과 처벌은 과도한 것으로 본다. 그리고 단순강간이 여성과 남성사이의 잘못된 의사소통(miscommunication)으로 인해 발생할 수도 있다는 이 같은 가정은 쉽게 설득력을 얻는다. 그러나 정확히 말하자면, 성에 관한 인식과 경험의 성차가 여성의 동의여부에 대한 오해를 불러온다는 것은 대부분 거짓이다. 맥커우와 센(McCaw와 Senn, 1998)은 이는 관계에서의 강간과 강제적 성관계(coercive sex)가 대부분 남녀간의 잘못된 의사소통으로 인해 일어난다는 가설에 대해 직접 조사를 한 바 있다. 이 ‘잘못된 의사소통 가설(the Miscommunication Hypothesis)’ 속에는 성관계에 대한 여성의 관심에 대한 남성의 과대평가, 여성의 거절에 대한 남성의 잘못된 해석, 그리고 원치 않는 남성의 성적 제안을 거절하는 것에 대한 여성의 거리낌 등이 포함된다. 맥커우와 센은 이성애 관계의 의사소통에서 자신의 욕구를 표현하고 다른 사람의 욕구를 추측하는 상호작용을 이해하는 데에 중요한 성별의 차이를 발견할 것이라고 가정하고, 데이트하는 동안 발생하는 성

한 차이를 보이는 것으로 나타났다(위의 글, 68-70쪽).

적 갈등을 묘사한 시나리오를 여성들과 남성들에게 해석하도록 했다. 그러나 연구 결과 이성간의 잘못된 소통은 거의 발견되지 않았다. 한 가지 예외가 있다면, 남성들이 무저항을 동의로 해석하는 경향이 있는 반면 여성들이 무저항을 거절과 동의 사이의 어떤 것으로 해석하는 경향이 있다는 점뿐이었다. 대부분의 남성들은 여성이 성관계를 거절하는 의사표시와 행위 등의 방식을 성관계를 거절하는 것으로 이해했다. 다시 말해, 여성들이 강제적이라고 이해하는 것에 대해 대부분의 남성들도 마찬가지로 강제적이라고 이해한다는 것이다. 이러한 연구 결과는 “남성들이 자신의 의도와 관계없이 자신도 의식하지 못하는 사이에 여성에게 성관계를 협력하도록 위협하는 것이 아니(McCaw & Senn, 1998:621)”며 실제로는 자신이 무엇을 하는지에 대해 알고 있다는 사실을 보여준다. 즉, “여성들은 강제로 경험하지만 남성들은 합의되었다고 믿는 방식의 성적 상황에서의 의사소통에 대한 성별 차이가 존재한다(ibid, at 621)”는 증거는 발견되지 않았다.

그렇다면 섹슈얼리티에 관한 남성과 여성의 경험과 관점의 차이는 무엇을 의미하는가? 다음의 사례를 보자.

K는 친구와 낙동강 제방에 놀러갔다. 그리고 그곳을 지나가는 J와 그녀의 친구에게 "아까씨 참 예쁘다, 시간이 있으면 이야기 좀 하자"며 말을 걸었다. J와 함께 있던 친구가 "시간 없어" 하면서 고함치며 거절하자, K는 "이 가시내가 어디에서 고함을 치느냐"고 하며 때리려 했다. 그러자 J는 K에게 "친구가 화가 나서 고함친 것이니 이해해 달라"고 말하며 말렸고, 이를 계기로 K와 K의 친구, J와 J의 친구는 제방에서 앉아서 이야기를 하게 되었다. 10분 동안 이야기를 하다가, K가 여기에서 이리저 말고 사람 많은 곳으로 가서 이야기하자고 제안하여, K와 J, 그들의 친구는 근처 다방으로 들어가 함께 차를 마시며 이야기를 했다. 그 후 J의 친구가 집이 멀다는 이유로 저녁 9시 정도에 자리에서 일어났고, 이들은 모두 다방을 나오게 되었다. J와 J의 친구가 버스를 타고 집에 가려고 하자, K는 J에게 좀더 이야기를 하자며 J의 손을 잡고 버스를 타지 못하게 말렸다. 결국 J의 친구는 K의 친구와 함께 버스를 타고 떠났고 K와 J는 그 자리에 남게 되었다. J가 "그러면 다방으로 돌아가서 다시 이야기를 하자"고 하자, K는 "더 좋은 곳으로 가자"며 "저 위쪽에 밝고 조용한 곳이 있다"고 말하며 그녀의 팔뚝을 붙잡고 갔다. 그들이 철길에서 200미터 가량 떨어진 산 속 아카시아 나무숲에 이르렀을 때, 그녀가 그만 올라가자고 하여 그곳에 앉아 30분 가량 서로의 집안 이야기를 한참 나누었다. 11시 40분 정도에 갑자기 K는 J를 땡바닥에 쓰러뜨리고 팬티를 벗긴 후 피고인의 성기를 삽입하려고 하였다. 이에 J가 비명을 지르자 손바닥으로 그녀의 입을 막은 다음 그녀의 성기에 자신의 성기를 삽입하였다. 성행위가 끝난 뒤 그들은 함께 산에서 내려왔고, 순찰중인 순경을 만나 검문을 당했지만 그녀는 그때 아무런 말없이 K의 옆에 서 있었다. 그 날 새벽 2시 30분 경, K는 J를 그녀의 집까지 데려다주었고, 그녀에게 몇 차례에 걸쳐 다음날 만나자고

줄라대었다. J는 한참을 대답하지 않다가, 결국 다음날 다방에서 만나자고 약속을 했다. 그러나 다음날 그녀는 약속장소에 나가지 않았다.¹⁰⁸⁾

위의 사례는 단순강간의 전형적인 사례이다. J(피해자)는 K를 강간죄로 고소하였고, 재판 과정에서 사실관계 자체에 대한 J와 K의 진술은 일치했다. 그렇다면 K는 J의 의사표시(비명과 거부 행위)를 동의로 ‘오해’했는가? K가 성기를 삽입하려고 했을 때 J가 비명을 지르는 등 “거부적인 언동을 하기는 했지만” 그녀의 입을 막고 성교를 멈추지 않고 계속 했다는 진술에서 보듯이, K는 분명 피해자의 비명을 자신의 행위에 동의하지 않는 행동이라고 인식하였다. 단지 그는 이러한 피해자의 비동의 의사표시를 자신의 행동을 멈춰야 할만한 요소로 간주하지 않았을 뿐이다. 즉, 피해자의 비동의 의사표시를 무시하는 것을 강간의 요소로 보지 않은 것이다. 피해자의 거부 의사나 저항을 무시하는 행위는 이성애 성관계의 낭만화된 각본 속에서 단지 “약간 난폭한 성관계(excess of sex)”에 불과한 것으로 받아들여진다. 그러나 강간의 정의에 비추어 볼 때 이러한 행위는 당연히 강간이다. 여기서 남성과 여성의 차이는 상대방의 동의/거부의사가 성 행동에서 어떤 의미와 중요성을 갖는가에 있다.

남성과 여성의 경험과 인식이 상반되는 강간이나 스토킹, 성희롱 등의 범죄에서 남성과 여성의 이해는 서로 충돌한다. 상반되는 인식과 이해 사이에서, 법은 남성이나 여성 둘 중 어느 한 쪽의 관점과 언어를 통해 구성된 경험을 채택하게 된다. 우리 사회가 여전히 남성중심적이라는 사실을 고려한다면, 여성과 남성의 인식과 이해가 충돌하는 상황에서는 거의 자동적으로 남성의 이익과 남성적 가치가 여성의 것보다 우선된다. 특히 피고가 남성이 경우 전형적으로 더욱 그러하다(Forell & Matthews, 2000:7-8). 현행 형사법체제에서의 강간죄 조항과 단순강간 판례들은 이를 분명히 보여준다.

2. 남성의 언어와 관점에 따라 구성되는 여성의 강간 피해경험

강간 경험 자체가 사회문화적으로 성별화되어 구성된다고 할 때, 법원은 누구의 시각에 따

108) ④ 부산지방법원 1984. 8. 9. 선고, 84고합604 판결, 강간치상피고사건. 아래에 쓰여진 피해자와 가해자 입장에 대한 내용은 피해자와 가해자 각각의 관점을 중심으로 하여 판례에 나온 사실관계를 토대로 재구성한 것이다.

라 강간 경험을 ‘합리적으로 판단’하는가? 법원이 추상적인 강간죄의 구성요건을 구체적인 사건에 적용하는 과정에서 수행하는 ‘합리적 판단’은, 남성중심적이고 성별위계적인 사회에서 섹슈얼리티가 놓여있는 문화적 맥락과 연관된다.

가. 남성의 시각과 언어로 구성된 ‘침해’의 내용

현행 형법상 강간죄는 ‘강제력(폭행 또는 협박)이 동반된 성기삽입행위’만을 규제한다. 이는 강간으로 인한 피해가 ‘남성의 성기가 여성의 성기로 삽입되는 것’에서 발생한다 의미이다. 이렇게 강간죄를 남성 성기의 삽입으로 한정시킨 것은 강간죄가 만들어진 역사적인 맥락과 연관된다. 이미 오래 전부터 여성에 대한 강간을 국가 혹은 왕권이 개입해서 처벌했던 이유는, 강간이 침해하는 것이 여성의 몸이나 여성의 권리가 아니라 여성의 정조이며, 이는 곧 남성의 아이를 출산할 수 있는 여성의 몸에 대한 남성의 소유권 침해이기 때문이었다. 강간은 피해자 여성에 대한 범죄라기보다는 그녀의 ‘순결’과 ‘정조’라는 이름으로 상징되는 결혼관계 및 친족관계에 대한 범죄였고, 그녀가 속한 가문의 명예에 대한 훼손이었으며, 아버지 혹은 남편의 권리에 대한 침해였다.

그렇다면 성적 자기결정권을 보호법익으로 내세우고 있는 현행 형법에서의 강간죄는 과거와 달리 여성 자신의 몸과 섹슈얼리티에 대한 침해를 문제시하는가? 1995년 형법상 ‘정조에 관한 죄’가 ‘강간과 추행에 관한 죄’로 개정됨에 따라 형법에서 ‘정조’에 대한 직접적인 언급은 사라졌음에도 불구하고 여전히 실제 강간 사건을 다룰 때 문제시하는 것이 여성의 순결과 정조라는 사실은, 형법상 강간죄가 체계적으로 배제하고 있는 것이 무엇인지를 보여준다. 강간으로 인해 발생하는 침해가 ‘여성의 정조 침해’일 때, 강간죄는 정조가 악한 여성(일부일처제 질서에 속해 있음에도 불구하고 이 질서를 충실히 따르지 않는 여성들, 예를 들어 주부임에도 불구하고 다른 남자와의 성적인 관계를 가진 여성)이나 정조를 보호할 필요가 없는 여성들(일부일처제 질서에 속해 있지 않은 여성들, 예를 들어 매춘여성)을 보호하지 않는다. 또한 아내는 남편에게만은 정조를 지킬 필요가 없으므로, 아내를 강간한 남편에 대해서는 강간죄가 성립하지 않는다. 현행 형법은 아내강간을 강간죄의 대상으로 포함시키지 않고 있으며, 이론상으로는 형법학 내에서 매춘여성에 대한 강간을 인정하고 있으나¹⁰⁹⁾ 앞서 언급되었던 실제 판례를 통해 보았듯이 현실적으로는 강간죄로 처벌되기 어렵

다.

‘성기삽입’만이 강간으로 인정된다는 것은 강간죄가 여성의 출산능력에 대한 남성의 소유권을 보호하고 있다는 사실을 보여준다. 이는 강간죄의 객체로 명시되어 있는 ‘여성’의 개념을 통해 보다 분명히 드러난다. 1996년 대법원은, 남성의 성기를 가지고 태어났으나 성전환수술을 통해 여성의 몸이 되었으며 이미 여성으로서 사회적인 삶과 성적인 삶을 영위해 왔던 피해자가 강간죄의 객체인 ‘부녀’에 해당하지 않는다고 판시했다(대법원 1996. 6. 11. 선고, 96도791판결). 피해자는 “어릴 때부터 여자 옷을 즐겨 있거나 고무줄 놀이와 같이 여자가 주로 하는 놀이를 즐겨하는 등 여성의 생활을 동경하고 여성으로서의 성의 귀속감을 느껴왔으며”, 그러던 중 “1991년에서 1992년에 걸쳐 … 여성으로 성전환수술을 받고”, “(여성 성기와 유방을 갖는 등) 외관상 여성적인 신체구조를 갖추고”, “(여성으로서) 성적 쾌락까지 느끼며 남성과 성생활을 하기도 하고, 남자들을 상대로 윤락행위를 하여 생계를 영위하는 등” “여성으로서 사회생활을 하고 있었다”. 사건 당일에도 피해자는 (매춘을 하기 위해) 호객행위를 하던 중 알지 못하는 3명의 남성들에게 납치되어 합동강간을 당했으며 얼굴에 상처를 입었다. 피해자가 겪은 일은 폭행으로 인한 상해를 동반한 강간사건이었으며, 실제 강간치상죄가 성립되는 데에 어려운 점이 없었다. 그러나 법원은 다음과 같은 이유로 강간죄가 성립할 수 없다고 판시했다.

... 위 길00은... 여성으로의 성전환수술을 받음으로써 여성으로서 질 구조를 갖추고 유방이 발달하는 등 외관상으로는 여성적인 신체구조를 갖추게 되어 보통의 여자와 같이 남자와 성생활을 할 수 있으며 성적 쾌감까지 느끼고 있으나 **여성의 내부성기인 난소와 자궁이 없기 때문에 임신 및 출산은 불가능한 상태라는 것이다...**¹¹⁰⁾ (강조는 인용자)

즉, 강간죄에서 ‘여성’을 보호하고자 하는 핵심적인 이유는 ‘임신 및 출산의 생식능력’에 있다. 강간으로 인해 발생한 피해가 여전히 여성의 자신의 몸과 섹슈얼리티에 대한 것이 아니라,

109) 형법 제297조의 ‘부녀’는 모든 여성을 의미하며, 그가 기혼이든, 미혼이든, 생식능력이 없는 유아이든 늙은 부녀이든 불문한다고 보는 것이 법 이론상 통설이다. 종래에는 ‘정조관념이 없는 여자’도 강간죄의 객체가 될 수 있는가에 대하여 논란이 있었지만, 강간죄가 여성의 정조를 보호하기 위한 것이 아닌 한 간음의 상습이 있는 자인가는 강간죄의 객체가능성의 판단에 중요하지 않다는 데 의견이 일치한다(정현미, 1996:172-3).

110) 대법원 1996. 6. 11. 선고, 96도791 판결.

남성 혈연을 중심으로 구성된 가족 및 친족관계에서 중요한 역할을 차지하는 여성의 출산과 연관되고 있는 것이다. 따라서 출산을 위한 생물학적 조건을 갖추지 못한 여성은 이러한 이익을 보호하려는 강간죄의 보호를 받을 필요가 없다.¹¹¹⁾ 강간죄에서 침해로 규정하고 있는 것이 '남성 성기가 여성 성기로 삽입되는 경우'에 한정되는 것은 그 때문이다.

맥키넨은 이러한 강간의 정의가 이미 남성이 정의한 '피해(상실)' 개념에 초점이 맞추어져있다고 비판한다. 물론 여성들이 강요된 성기삽입을 혐오하는 것은 당연하나, 여성의 성이나 쾌락, 혹은 그에 대한 폭행에 있어서 성기삽입이 차지하는 중요성은 남성보다 여성에게 훨씬 덜 중요할지도 모른다는 것이다(MacKinnon, 2001:58). 현행 형법은 남성 성기가 아닌 다른 것에 의한 삽입의 경우 강간죄가 아니라 상대적으로 양형이 낮은 강제추행죄(형법 제298조)로 처벌하고 있다. 여기서 물체(콜라병 등과 같은)에 의한 삽입보다 성기의 삽입이 더 심각하고 위험하다고 보는 것은 과연 누구의 관점인가? 강간이 가져오는 피해를 여성의 성적 존엄이나 통합성(integrity)에 대한 것이 아니라 여성에 대한 일부일처주의(한 남자에 의한 독점적 접근)로 구성하는 것은 남성의 시각이자 이해(interest)일 뿐이다. 강간죄는 여성의 성적 자기결정권을 보호법적으로 표방하고 있지만 그 피해의 실질적인 내용은 (여성 자신이 아니라) 남성의 시각과 언어를 통해 구성된 여성의 경험인 것이다.

나. 피해자의 경험이 배제된 '피해자다움' : '피해자다움'에 대한 법원의 요구

판례 ⑨에서 대법원이 강간을 인정하지 않게 된 결정적 근거로 제시하는 것은 강간 직후 여관 주인이 목격한 피해자의 행동이 "피해자답지 못했다"는 점이었다.

- (경찰진술) "피해자가 여관에 왔다가 나갈 때까지 피고인에게 두려움을 느끼는 것으로는 보

111) 최근 법원은 가족법 판례를 통해 "당초의 성별호적신고는 향후 성 의식이 확립되어 그 사람의 궁극적인 성으로 확정될 성을 고려하지 아니한 생물학적인 성의 징표에 의존하여 외부성기만을 보고 한 잘못된 것(부산가정법원 2002. 7. 3. 선고, 2001호파997, 998 결정)"으로 보고 호적상 성별 정정과 개명을 허가했다. 이러한 법원의 태도는 성전환자에 대한 사회 문화적 인식 변화에 의해 가능해진 것이라 할 수 있지만, 이러한 판단이 형법상 강간죄가 아닌 가족법의 호적상 문제에 대해 내려졌다는 것은 강간죄에서 구성하고 있는 여성개념이 다른 법에서의 여성개념보다 더욱 여성의 생식능력과 연관된 것이라는 사실을 보여주는 반증이라고도 볼 수 있다.

이지 않았다.”

- (경찰진술) “피고인이 203호실에서 피해자를 뒤따라 내려와 여관 내실에 들어가 있는 피해자에게 여관방에 올라가 자고 가라고 말하고, 피고인이 아침에 데려다 주겠다는 말을 한 것 외에 달리 피해자를 협박하거나 행패를 부린 일이 없고, 피해자가 자신을 데리러 온 남자 친구의 승용차를 타고 간 뒤 피고인도 그대로 여관을 나갔다”

- (제1심 증언) “여관방에서 카운터로 내려온 피해자가 뒤따라 온 피고인에게 돈 이야기를 비치면서 피고인이 염치가 없을 정도로 말을 했고, 피해자를 데리러 온 차량이 여관 앞에 도착하자 피고인에게 다시 욕설을 하면서 여관을 나갔다.”

- (제1심 증언) “피해자가 여관에 들어오면서부터 나갈 때까지 두려워하거나 긴장한 것 같지는 않았고, 오히려 피해자는 화가 난 상태이고 피고인은 말을 제대로 하지 못하였다”

- (제2심 증언) “피해자가 내실에서 자신을 데려가 달라고 전화하여 차량이 도착하자 여관을 나가면서 피고인에게 창피를 주는 내용의 욕설을 하였다”

- (제2심 증언) “피고인이 피해자가 여관방에서 나가지 못하게 하거나, 내실로 들어가지 못하게 하거나, 또는 여관을 나가지 못하게 하는 등의 행동을 한 사실이 없음”

- (제2심 증언) “피해자가 여관에 들어올 때 머리나 옷매무새가 흐트러지지 않았고”,

- (제2심 증언) “피해자가 먼저 여관에 걸어 들어오고 피고인이 잠시 후 따라 들어왔는데, 피해자가 도망갈 수 없을 정도로 급박한 상황이 아니고 도망가려면 충분히 도망갈 수 있었다”¹¹²⁾

이 사례에서 강간을 당한 후 여관으로 끌려온 피해자는 여관주인에게 “도망가야 한다면 도와달라고 하였”고 “피해자가 먼저 203호실로 올라가고 피고인이 숙박부에 인적사항을 적고 뒤따라 올라간 뒤 곧바로 피해자 혼자 내려왔”으며 여관주인이 있는 “내실”로 돌아와 “휴대폰으로 아는 남자에게 전화하여 자신을 데려가 달라는 부탁”을 하였다. 그리고 자신을 강간한 가해자에게 욕설을 퍼붓는 등 가해자와 함께 있는 것을 원치 않는다는 태도는 분명히 보여주었다. 그런데도 대법원은 이러한 사실관계보다 여관주인이 피해자의 어떤 행동을 통해 유추한 피해자에 대한 평가를 우선적으로 수용했다. 여관주인은 피해자가 “두려워하거나 긴장한 것 같지는 않았다”고 진술했는데, 이는 피해자가 피고인에게 “화가 난 상태”에서 “피고인에게 창피를 주는 내용의 욕설”을 하였기 때문이었다. 이러한 여관 주인의 판단은 대법원이 피해자의 진술에 대해

112) ① 대법원 2001. 2. 23. 선고, 2000도5395 판결, 강간.

“합리적인 의심”을 하게 했는데, 이는 법원이 생각하는 통상적인 강간 직후의 “피해자다운 태도”(피해자가 두려움에 온 몸이 얼어붙는다던가 울음을 터뜨리는 행동 등)와는 거리가 멀었기 때문이었다.

강간죄의 성립여부를 결정할 때 법원이 제기하는 경험칙에 기반한 ‘합리적’인 질문은 “강간의 피해자의 행동으로 (합리적으로) 납득할 만한 행동인가”, “그 사건의 강간 피해자가 얼마나 ‘피해자다운가’”이다. 기존의 강간 신화(myth)¹¹³⁾와 여성 섹슈얼리티에 대한 왜곡된 남성적 상상에 기반한 “피해자다움”은, 현실에 존재하는 구체적이고 복합적인 피해자의 경험을 법적으로 인정되는 ‘진실’의 경계 바깥으로 밀어낸다. 법원이 요구하는 “피해자다움”은 여성 섹슈얼리티와 여성성에 관한 한국 사회의 이중적 태도를 그대로 보여준다. 강간 전/후의 피해자 태도에 대한 고정관념이 모순적이라는 사실 역시 이러한 이중적 태도의 맥락에서 설명될 수 있다. 강간 전에는 피해자의 적극적인 저항이 매우 중요한 강간 성립 기준이지만, 강간 후에는 강간당한 피해자가 가해자에게 욕설을 퍼붓는 등 분노를 표현하는 것이 항거(저항)의 연장이 아니라 반대로 피해자가 강간당하지 않았음을 보여주는 증거로 간주되는 것이다. 법원의 이러한 모순적 입장은, 강간 전까지는 자신을 강간하려는 사람에게 적극적으로 저항할 수 있는 강인함과 대범함을 가진 여성이 강간 후에는 바로 몇 분전과 달리 두려움에 몸을 굳히고 울음을 터뜨리는 등 아무런 항거를 못하는 연약한 여성이어야 한다는 모순적인 피해자 이미지를 전제할 뿐이다. 법원이 “피해자다움”이라는 모순적 잣대를 가지고 강간과 성교를 구분하는 것은, 특정 사실들을 인식하고

113) 이는 Beverly J. Ross가 제시한 강간에 대한 잘못된 관념 17가지로 정리해 볼 수 있다. (1) 여성은 강간당하고 싶은 환상을 갖고 있다, (2) 여성이 성교에 대하여 “안 돼”라고 말할 때, 그녀가 진정으로 뜻하는 것은 “좋아”이다, (3) 여성이 강간을 당할 것이라면 그녀는 그것을 즐기는 것이 낫다, (4) 여성은 종종 성폭행과 강간을 도발·유혹한다, (5) 고상한 여성은 강간당하지 않는다, (6) 혼외 성교에 동의한 적이 있는 사람은 난잡한 사람이며, 성교를 요구하는 어떤 남성에게 대해서도 동의할 개연성이 있다, (7) 흑인 여성은 난잡하다, (8) 여성이 진정 강간당하지 않으려고 한다면 강간을 막을 수 있다, (9) 강간당한 여성의 자연스러운 반응은 즉각 경찰에 신고하는 것이다, (10) 강간하는 남성은 정신병이 있거나 정서적으로 질병이 있는 사람이며, 보통 남성은 강간을 하지 않는다, (11) 여성은 자신이 알지 못하는 사람에게 의해서만 강간당한다, (12) 혼외 성교에 동의한 적이 있는 여성은 진실을 말할 것이라고 믿을 수 없다, (13) “나쁜 성격(bad character)”을 가진 여성은 기꺼이 무차별적 혼외 성교를 맺을 개연성이 있고, 따라서 진실을 말할 것이라고 믿을 수 없다, (14) 여성, 적어도 일정 부류의 여성은 강간당해 마땅하다, (15) 강간을 신고하는 여성은 피고인, 남성 일반, 남편 또는 과거의 연인에 대한 악의로 가득 차 있거나, 또는 자신이 성교에 동의하였기에 부모, 남편, 연인으로부터 징벌을 받는 것을 두려워하기에 종종 허위 고소를 한다, (16) 여성이 강간당했다고 의식적으로 거짓말하지 않는 경우에도 강간은 그녀의 환상 속에서만 존재하는 것일 수 있다, (17) 극단의 강제력이 사용되지 않는 한 동의 없는 성교라도 그것은 단지 성교일 뿐이다 (Beverly J. Ross, “Does Diversity In Legal Scholarship Make a Difference?: A Look At the Law of Rape”, 100 *Dick L. Rev.* 795, pp. 808-810, 1996; 조국(2002b:187-8)에서 재인용).

해석하며 ‘피해’를 규정하는 법체계 자체가 현재의 성문화에 영향을 받고 있다는 것을 보여준다. 남성 중심의 성문화에서 성적 자기결정권 개념은 ‘남성의 제안에 대한 여성의 동의여부’라는 소극적 의미로 제한되며, 이 제한적인 권리를 보호한다는 강간죄의 해석과 적용마저 남성의 시각과 언어를 통해 이루어지고 있는 것이다.

피해 여성의 동의여부를 ‘저항의 정도’를 통해 파악하려는 법의 태도는, 곧 그 피해여성의 저항이 ‘상대방인 남성이 보기에’ 저항으로 인식·작용할 수 있는 정도였는지를 묻는 것이다. 여성이 성교에 대해 거부 의사를 밝혔더라도, 법원은 여성의 강간 전후 혹은 강간도중 행위, 강간 사건과 관련 없는 과거 그 여성의 품행 등을 심문함으로써 여성의 거부 의사를 받아들이지 않은 가해 남성의 행위를 이해하고 정당화한다. 법은 여성의 성적 수동성을 당연한 것으로 받아들이고 여성이 자신의 성적 욕구에 대해 스스로 알 수 없거나 혹은 성적 욕구를 그대로 표현하지 못한다고 전제한다. 이미 형법 자체가 여성을 자신의 섹슈얼리티와 몸의 통합성에 권리를 가진 주체가 아니라 남성과의 성적인 관계 속에서 수동적이고 대상화된 존재로 취급하고 있다. 남성의 섹슈얼리티 경험을 정상화하고 있는 사회·문화적 맥락 속에서, 여성의 섹슈얼리티는 여성 자신의 경험으로 언어화될 수 없고 여성의 경험은 정상적 규범의 ‘예외’로서 주변화 된다. 이러한 상황 속에서는 ‘성적 자기결정권’의 내용이 ‘자신이 원하는 성적 실천을 할 수 있는 권리’로서 구성·작동되기 어렵다. 결국 형법상의 강간죄가 보호하고자 하는 보편적인 성적 자기결정권은, 여성의 입장에서 볼 때는 이미 비어있는 개념이다.

다. 합리성에 대한 법원의 문제구성방식

강간죄 성립여부에 관한 쟁점이 그것이 피해자의 의사(will)에 반한 강제적 성행위인가 합의에 의한 성행위인가의 구분에 있기 때문에, 피해자의 거부가 당시 존재했는가는 강간죄를 판단할 때 매우 중요한 요소이다¹¹⁴⁾. 그러나 여성이 “안 돼”라고 거부 의사를 표시했다 하더라도, 그것이 진심이었는지 판단하기 어렵다고 여겨진다¹¹⁵⁾. 이는 단순히 몇몇 여성들이 거짓말을 할

114) II장에서 설명했듯이, 현행 형법에서는 이러한 피해자의 거부 의사를 판단하는 요소로 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 하는 “폭행·협박의 정도”를 제시한다.

115) 그렇기 때문에 법원은 “피해자가 겉으로는 승낙하지 않고 있다고 하더라도 내심의 진의는 승낙하고 있는 것이라고 행위자가 오인하여 성교를 할 수 있다”고 하며 강간의 고의를 조각하기도 한다. 자세

수도 있다는 가능성을 의미하는 것이 아니다. 정확히 말하자면, **일반적으로** 여성들이 아는 남성에게 “안 돼”라고 말할 때 여성들은 스스로 말하고 있는 것이나 원하고 있는 것을 모르고 있다고, 혹은 진정으로 말하고 있지 않다고 여겨진다는 것이다. 그렇기 때문에 법원은 피해자가 성관계에 동의하지 않았음(비동의)을 피해자의 ‘안 된다’는 거부의사표시가 아니라 ‘피해자의 실질적 저항’을 통해 확인한다. 이렇게 피해자의 거부의사표시만으로는 피해자의 진실을 신뢰하지 못한다는 사실은, 법원이 사실상 여성 일반에 대한 불신을 가지고 있음을 보여준다.

여성에 대한 이 같은 불신은, 여자들이 성행위에 동의하고서도 나중에 강간 혐의를 ‘날조’해서 뒤집어씌울(MacKinnon, 2000:74) 수도 있다는 남성들 사이에 만연한 공포와 같은 맥락에 있다. “‘꽃뱀’이 상대방 남자로부터 강간당했다고 무고할 위험성”에 대한 걱정¹¹⁶⁾이나 “부녀의 성적 자유도 보호되어야 하지만, 피해자의 마음먹기에 따라서 화간이 강간으로 둔갑되는 일 또한 있어서는 안 된다”는 우려(배종대, 1996:200; 진계호, 1996:178)는 법이 가진 여성에 대한 불신의 다른 표현이다. 강간죄 개혁운동(Rape Law Reform Movement)이 벌어지기 이전의 미국 강간판례에서 역시 여성에 대한 이러한 불신은 직접적인 언어로 표출된다.

확증의 규칙이 없다면 “모든 남성은 비열한 여성의 증언에 따라, 그것도 전혀 진실성이 없는 증언에 따라 고소당하여 유죄평결을 당할 위험에 있는 것이다.”(Davis v. State, 120 Ga. 433, 48 S.E. 180, 191(1904))

확증의 규칙은 “법정에 오는 행실이 나쁜 젊은 소녀나 여성들”의 “심리적인 콤플렉스” 때문에 필요한데, 이들의 심리적인 콤플렉스는 “남성들에 의한 성적인 공격이라는 거짓고소를 꾸미는” 형태를 띠고 있다.(State v. Wulff, 194 Minn. 271, 260 N.W. 515,516 (1935))

확증이 필요한 까닭은 “성적이 문제의 사건들은 특별히 성적 신경증, 환상, 질투, 악의 또는 단순히 그 여성이 이제는 부끄러워하는 그런 행동을 인정하지 않으려는 것 등등에서 비롯되는 의도적으로 꾸며진 거짓고소의 위험에 놓이기 쉽다는 것 때문이다.”(Power v. State, 43 Ariz. 329,332, 30 P. 2d 1059, 1060 (1934))¹¹⁷⁾

한 내용은 부산지법 1991. 8. 20. 선고, 91고합291 판결을 참조할 것.

116) 여성에 대한 불신은 형법수업에서 쓰이는 ‘교과서’에서도 노골적으로 등장한다 : “강간당한 여자의 입장뿐만 아니라 강간범으로 몰려 평생을 마치게 되는 남자의 입장도 생각해 봐야 할 것인데, 성 교섭을 자의로 한 여자(예: 이른바 꽃뱀)가 상대방 남자로부터 강간당했다고 무고할 위험성을 염두에 두어야 하며, 이러한 위험성을 피하기 위해서 “여자로 하여금 강간시도에 대하여 강하게 저항하였음을 입증해야 할 책임을 부담”시켜야 한다(임웅, 2000:155). 성 교섭을 자의로 하고도 나중에 강간당했다고 주장하는 여자를 ‘꽃뱀’이라고 부르는 태도는 대부분의 남자들이 가지고 있는 불안에서 기인한다.

하지만 이러한 불신은 오히려 강제적이고 공격적인 남성 섹슈얼리티를 정상화해온 이성애 섹슈얼리티의 각본에서 기인한다. 남성 중심적인 성문화 각본에 의해 여성의 비동의 혹은 거부나 저항 정도는 이성애 성교를 완성시키는 데에 있어 중요하지 않으며, 단지 ‘게암’을 더욱 즐기게 하기 위해 필요한 과정으로 취급된다. 이러한 여성에 대한 불신이 보여주는 것은, 법이 ‘무엇을 강간행위로 구성할 것인가’와 ‘무엇을 상호적인 성교 행위로 구성할 것인가’를 끊임없이 혼동하고 있다는 사실이다. 이는 여성성의 본질이 “저항하는 것” 혹은 “복종하는 것”인 반면 공격적으로 정해진 목표를 향해 지속하는 것은 남성성의 본질이라고 보는 문화적 전제 때문이다. 성관계의 경험이 있거나 그러한 가능성이 있는 관계에서의 강간 — 단순강간 — 이 형법상 강간죄로 처벌받지 않는 이유도 여기에 있다.

단순강간 사건에서 현행 형법상 강간죄성립을 판단할 때, 법원은 단순히 피해자의 거부 의사만이 아니라 더 나아가 그 거부 의사를 상대방 남성이 받아들일 정도로 전달하는 행동(저항)을 했어야 한다고 요구한다. 가해 남성의 경험과 시선으로 피해 여성의 행위를 평가하기 때문에, 그 저항이 강간죄의 유죄를 성립시킬 정도가 되기 위해서는 강간 당시 ‘피해자의 필사적인 저항’으로도 부족하고, 상대 남성이 그것을 진지한 저항으로 받아들일 만한 주변 정황이 요구된다. 피해자의 거부 의사를 좀처럼 신뢰하지 않는 이 같은 태도는, 한국의 법원이 피해 여성이 아닌 가해 남성의 경험과 시각에 입각하여 강간 사건을 바라보고 판단하고 있다는 사실을 보여준다.

1998년 피해 여성 김OO는 약 3개월 전 친구의 소개로 알게 된 피고인 박OO와 그의 친구를 만나 음식점에서 식사를 하면서 술을 마셨다. 그의 친구와 헤어진 후 피해자와 가해자는 다시 호프집에서 소주를 마시고 노래방으로 3차를 가기 위해 자리를 뒀다. 노래방을 찾아다니던 와중 박OO는 갑자기 그녀의 목살을 잡아끌어 여관으로 끌고 가, 침대에 눕혀 두 손으로 피해자의 양 팔을 누르고 강간을 시도하였다. 피해자가 반항하자 박OO는 주먹으로 피해자의 머리를 여러 번 때리고 그 곳에 있던 전화 수화기로 피해자의 머리를 여러 번 때려 상처를 입혔으나, 피해자가 계속 반항하는 바람에 강간은 미수에 그쳤다. 그런데 가해자는 이러한 피해자 주장과는 달리, ‘피해자가 여관에 가지는 자신의 제안에 승낙했고 성관계를 하기 위해 피해자를 침대 위로 밀어 넘어뜨리자 피해자가 반항하면서 자신의 머리채를 잡아당겼기 때문에 이에 화가 나 피해자의

117) Estrich(1995:98)에서 재인용.

뺨을 1대 때린 후 집으로 돌아갔다고 주장하였다. 고등법원은 이 사건을 “피고인이 피해자가 여관방에 함께 들어온 것으로 보아 성교하는 것에 동의한 것으로 생각하고 성교를 하려고 시도하다가, 피해자가 의외로 거절하며 반항하자 이에 화가 나 피해자를 폭행한¹¹⁸⁾” 사건으로 결론짓고, 강간치상죄가 아닌 상해죄를 선고하였다¹¹⁹⁾.

함께 술을 마시고 노래방을 가려다가 여관에 갔던 피해자의 행동이 상대방 남성에게는 성관계에 대한 암묵적 동의로 받아들여지는 것이 성별화된 이성애 사회의 ‘경험칙’이다. 즉, 강제적 성관계를 정상적인 것으로 간주하는 사회·문화적 맥락 속에서, 이미 상대방 남성에게는 강간 이전에 보였던 피해자의 행위가 성관계에 동의한 것으로 받아들여지므로, 그 후 강간에 대한 저항 행위는 오히려 (남성이) 납득하기 힘든 것이 된다. 이렇게 성관계와는 아무런 관련 없는 피해자의 행위(함께 술을 마시고 노래방에 가는 것에 동의하는 행위 등)를 성관계에 대한 동의로 받아들이는 것은, 상대방 남성의 입장에 입각한 판단이다. 실제 피해자는 (갑자기 여관으로 끌고 갔다는 피해자의 진술로 미루어보아) 단지 함께 술을 마시고 노래방에 가려고 했던 것뿐이지 성관계를 전혀 생각하지 않았을 수 있으며, 설사 여관으로 들어가기 전까지 가해자와의 성관계를 고려했다고 하더라도 여관에서 그 결정을 바꾸었다면 그것 역시 피해자의 ‘비동의 의사’임이 분명하다. 그러나 법원이 고려하는 것은 여관으로 가기 전까지의 피해자 행동이 상대방 남성에게 어떻게 받아들여졌는가이다. 게다가 이후 가해자의 폭행(머리를 전화기로 때리는 등의 행위)이 강간 시도와 함께 이루어졌기 때문에 피해자에게는 강간을 하기 위한 폭행으로 받아들여지는 것이 당연한데도, 법원은 이러한 남성의 행위를 ‘피해자가 반항하자 간음 시도를 중지하고 단지 그러한 저항에 분노하여 피해자에게 폭행을 휘둘렀다’는 방식으로 분리하여 판단하였다.

또한 법원이 여관에 함께 들어간 여성의 행위를 성관계에 동의한 행위로 ‘추장’하는 것 역시 법원이 남성의 관점과 언어를 통해 여성의 강간 피해경험을 해석·판단하고 있음을 보여준다.

118) ⑭ 서울고법 1998. 12. 2. 선고, 98노2355'판결, 강간치상(인정된죄명,상해).

119) 위의 글. “... 피고인이 피해자와 함께 여관에 들어갈 때에 특별히 강제력을 행사한 사실이 없다면 피고인으로서 여관에 들어가는 것에 대하여 피해자가 묵시적으로 동의하였다고 생각하는 것이 일반적일 것이다. 따라서 피고인으로서 여관에 들어가는 것에 동의한 피해자에게 특별히 폭행, 협박을 가하여 강제로 성교를 하려고 시도하였다고 보기는 어렵다. 오히려 피고인의 변소대로 피고인으로서 피해자와 함께 술도 마시고 노래방을 가려다가 여관에 오게 되었으므로 피해자가 성교하는 것에도 당연히 동의하리라고 생각하는 것이 일반적이며 그와 같이 생각하여 성교를 하려고 시도하다가 의외로 피해자가 거절하고 반항하자 화가 나 피해자를 폭행하고...” (강조는 인용자)

대부분의 여성은 상대 남성이 자신의 동의 없이는 성행위를 하지 않을 것이라고 '신뢰'하는 반면, 남성은 '아니까/친하니까' 자신과 성관계를 할 것이라고 자의적으로 '추정'한다. 그렇기 때문에 판례 ②의 경우처럼 여성은 성행위를 하지 않을 것이라든 전제 하에서 함께 여관으로 가서 잠을 자는 것이 가능한 일이라고 생각하며, 남성은 상대방의 거부에도 불구하고 자행한 강제적 성행위가 합의에 의한 것이라 확신하고 강간 후 아무 일도 없었다는 듯이 "연락할 때까지 잘 지내라"고 인사할 수 있는 것이다¹²⁰⁾. 이 사건에서 법원이 피해자의 주장을 신뢰하지 않은 것은, 피해자의 저항은 '증거' 없이는 인정하지 않으면서 피해자의 동의는 남성의 시각에서 구성된 '경험착'에 따라 얼마든지 '유추'하고 '가정'해버리는 태도에서 비롯된다. 한 번이라도 성관계를 한 적이 있는 여성이라면 그 후 모든 성관계를 수락할 것이라는 추정, 결혼한 관계라면 무조건 성관계에 동의해야 한다는 가정은, 말 그대로 확인되지 않는 일방의 '가정'이고 '추정'일 뿐이다.

대부분의 단순강간 판례에서 남성과 여성의 사실관계에 대한 진술은 거의 차이나지 않는다. 하지만 같은 경험에 대해 남성과 여성은 다른 판단을 하는데, 이는 강간(특히 여성의 거부 의사)에 대한 인식·경험·관점의 성별적인 차이에서 기인한다. 그리고 법원은 이러한 단순강간에서 여성의 거부 의사, 행위, 그리고 경험들을 판단할 때 '합리적으로' 남성의 관점과 언어를 통해 판단한다. 이는 판례 ⑥¹²¹⁾에서 분명히 드러난다.

120) ② 대법원 1999. 9. 21. 선고, 99도2608 판결, 강간치상. “피고인은 1997. 6경 친구의 소개로 피해자(여, 19세)를 만나 사귀면서 같은 달 24. 01:00경 같이 술을 마신 뒤 여관에 들어가 한 방에서 같이 잠을 자다가 성교를 시도하였으나 피해자가 적극적으로 거부하므로 성교를 포기하고 잠만 같이 잔 일이 있었고, 그 후 같은 해 7. 2. 18:00경 피해자로부터 호출기에 의한 연락을 받고 만나 호프집에서 같이 술을 마신 뒤 여관에서 같이 잠을 자기로 하여 그 날 23:30경 피해자가 여관비를 계산하여 여관에 들어갔는데, 피고인은 피해자의 어깨를 감싸고 침대에 앉아 텔레비전을 보다가 피곤하여 먼저 침대에 누워 잠을 잤고, 피해자는 피고인이 잠든 뒤에 그 옆에 엎드려 잠을 잔 사실, 피고인은 아침에 깨어 보니 피해자가 옆에서 잠을 자고 있어서 순간적으로 욕정을 느껴 피해자의 옷을 벗기고 성교하려고 하자 피해자는 잠에서 깨어나 하지 말라고 하면서 몸을 좌·우로 흔드는 등 거부하였으나 몸을 일으켜 그 장소에서 탈출하려고 하거나 소리를 질러 구조를 요청하는 등 적극적인 반항은 하지 않은 사실, 피고인은 피해자의 몸을 누른 채 한 번만 하게 해달라고 애원하듯이 말하면서 피해자의 반항이 덜해지자 피해자의 다리를 벌려 성교를 시도하였으나 잘 되지 않자 피해자의 다리를 올려 성교하던 도중 호출기가 여러 번 울리자 더 이상 계속하지 않았고, 이로 인하여 피해자에게 약 2주간의 치료를 요하는 질 열상을 입힌 사실, 그 후 피고인은 피해자에게 연락할 때까지 잘 지내라고 하면서 피해자와 같이 여관에서 나온 사실 등을 인정한 다음, 피고인이 피해자를 간음하게 된 경위와 피해자와의 관계, 당시의 상황 등 모든 사정을 종합할 때 피고인은 피해자의 의사에 반하는 정도의 유형력을 행사하여 피해자를 간음한 것에 불과하고, 그 유형력의 행사가 피해자의 반항을 현저히 곤란하게 할 정도에 이른 것은 아니므로 피고인의 행위는 강간치상죄에 해당하지 않는다고 판단한 것은 옳고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 채증 법칙 위반이나 법리오해의 잘못이 없다.” (강조는 인용자)

(3) 피고인의 진술에 의하면 이 사건 성교 직전에 피고인의 성기가 발기되지 아니하자 피해자가 피고인의 성기를 손으로 만져서 발기시켜 주었다는 것이고, 이에 대하여 피해자는 피고인이 성기가 발기가 되지 않는다면 피해자의 손을 끌어다가 성기를 만지게 하였다고 진술하고 있으며 (수사기록 60, 91면),

(4) 피해자의 진술에 의하더라도 피해자가 성교 도중 피고인에게 언니(피고인의 동거녀인 공소외 윤OO)가 알면 어떻게 하려고 그러느냐, 언니를 사랑하면서 이럴 수 있느냐고 하자, 피고인이 나는 OO(피해자의 동거남)이를 사랑하느냐고 하여 피해자가 그렇다고 하자, 피고인이 나는 네가 좋으니 OO이하고 헤어지고 나하고 살자는 등의 대화를 나누었다는 것이고 (수사기록 92면, 공판기록317면),

(5) 피해자의 진술에 의하더라도 피고인이 성교도중 성기를 피해자의 질 내에 여러 번 삽입하였다는 것이며 (공판기록 324면),

(6) 피고인의 진술에 의하면 피고인이 성교도중 피해자에게 질 외에 시정할지를 묻자, 피해자가 질 외에 시정하여 달라고 하여 피고인이 피해자의 배 위에 시정하였다는 것이고, 이에 대하여 피해자도 대체로 같은 취지의 진술을 하고 있고 (수사기록 12, 92면, 공판기록 318면)¹²²⁾

법원은 같은 행위에 대해 피해자와 가해자가 다르게 경험·기억·진술하고 있을 때 주로 가해 남성의 입장에서 그것을 판단한다. 위에서 보듯이, 피해자가 상대방 남성의 성기를 만지는 행위, 가해자가 질 외 사정에 대해 물었을 때 질 외 사정을 해달라고 말한 행위, 피해자가 가해자에게 말을 건 행위는 모두 가해자에게 강제로 강간당하는 도중에 원치 않는 상태에서 한 행위임에 틀림이 없다. 특히 피해자가 한 말들 — “언니(피고인의 동거녀인 공소외 윤OO)가 알면 어떻게 하려고 그러느냐?”, “언니를 사랑하면서 이럴 수 있느냐?”, “자신은 OO(피해자의 동거남)을 사랑한다” 등 — 은 모두 피해자가 자신을 강간하는 상대방을 질책하기 위해 한 말이라는 점이 분명히 드러난다. 그러나 법원은 이러한 피해자의 태도를 피해 여성의 입장에서 ‘질책의 말로 판단하는 것이 아니라 ‘가해자에게 말을 걸었던 것’으로 판단한다. 질 외 사정을 원하냐는 질문에 어쩔 수 없이 질 외 사정을 하라고 말한 피해자의 행동이, 가해자가 제시한 여러 성행위 중 하나의 성행위를 ‘선택’하는 동조의 태도로 간주되는 것이다¹²³⁾.

121) ⑥ 대법원 1992. 4. 14. 선고, 92도259 판결, 강간치상.

122) 위의 글.

123) 박상기(1991:195)는 이러한 피해자의 심리를 심리학에서의 ‘회피-회피갈등(回避-回避葛藤, avoidance-avoidance conflicts)’이론으로 설명한다. 이는 원하지 않는 대안간의 선택이 불가피한 상황

남성들에게는, 특히 단순 강간인 경우 더욱, 강간에 대한 묘사와 성행위에 대한 묘사가 그다지 구분되지 않는다(MacKinnon, 2001:74). 남성 주도하의 성의 패러다임 속에서는 강요된 성행위도 성행위의 일종이라고 가정된다¹²⁴). 목을 눌러고 협박당해 상처를 입었어도 “그러한 상처는 피고인이 피해자와의 성교도중 걱정애 못 이겨 만든 상처일 가능성도 배제할 수 없다¹²⁵)”라는 것이다. 현재의 성문화에서 성행위 자체가 이미 어떤 측면에서는 폭력과 구분되지 않기 때문에 그 상처들 간의 차이는 거의 찾기 어렵다고 여겨진다. 결국 강간죄는, 강요된 성행위도 성행위이며 여성의 자유의사에 의해 동의가 이루어졌다는 가정 아래, 남성의 관점에서 정의되고 판결된다. 이는 여성의 욕망에 대한 **남성의** 느낌과 판단이 그녀를 폭행 당한 것으로 간주할 것이냐 아니냐를 결정함을 의미한다(MacKinnon, 2001:72, 강조는 인용자).

강간법은 여성의 성적 자기결정권을 보호하려는 목적을 가지고 있다. 그렇다면 일련의 행위는 여성의 성적 자기결정권을 침해했는지의 기준에서 판단되어야 하며, 피해 여성의 경험을 중심으로 해석되어야 한다. ‘누구도 그녀(혹은 그)의 의사에 반해 성관계를 맺도록 요구해서는 안 된다’는 요구는 인간 존엄의 근본적인 내용이다(Forell & Matthews, 2000:225). 그러나 현행 강간죄의 유죄성립 판단에서, 문제시되는 초점은 피해 여성의 행동에 있는 반면 그녀의 행동에 대한 판단은 남성의 시각에서 이루어진다. 만약 범죄 성립의 쟁점이 피고인이 알거나 생각하거나 혹은 의도한 것에 있다면, 이러한 경향은 이해할 만한 것일지도 모른다. 그러나 강간죄의 쟁점은 남성 기준에 의한 ‘여성 행위의’ 적절성이다(Estrich, 1986). 일반적으로 남성 기준에 의거하여 ‘경험칙에 기초한 합리성’이 구성·작동되는 것이다.

3. 성별화된 ‘합리성’ : 비어있는 권리인 ‘여성의 성적 자기결정권’

을 설명하는데, 하나의 대안을 선택하지 않을 경우 똑같이 원하지 않는 다른 대안의 선택에 접근하게 된다는 것이다.

124) 강간범들이 강간한 상대 여성이 그의 행위를 좋아했다고 믿는 전형적인 태도를 보이는 것은 이러한 맥락과 연결된다. “아마도 강간범이 그 피해자에 대해 가장 많이 사용하는 한마디 외침은 ‘나쁜 년…갈 보…너도 원했다는 걸 네 자신이 알잖아. 너도 원하고서’일 것이다. 그리고는 ‘자, 자, 너 정말 좋았잖아, 그렇지 않아?’라고 하는 것이다.” (Nancy Gager and Cathleen Schurr, *Sexual Assault: Confronting Rape in America*, New York: Grosset and Dunlap, 1976, p. 244; MacKinnon(2001:74)에서 재인용).

125) ⑥ 대법원 1992. 4. 14. 선고, 92도259 판결 강간치상.

여성의 성에 관한 법인 강간죄에서 단순강간을 배제하는 형법상의 체계의 메커니즘을 살펴 보면, 형법상 판단기준인 ‘합리성’의 구현과 작동이 성별화 되어있음을 알 수 있다. 이는 가치중립적이고 보편적인 형법상 개념인 ‘성적 자기결정권 침해’에 대한 ‘합리적 판단’이 여성을 완전한 주체로 간주하지 않고, 구체적인 개인의 피해를 드러내지도 못하며, 사실(fact)에만 근거해서 성적인 침해만을 평가하는 것이 아니라 오히려 여성의 도덕성이나 품행, 남성과 어떤 관계에 놓여 있는지에 따라 다르게 적용·평가된다는 것을 의미한다. 그렇다면 강간죄는 여성의 성적 자기결정권을 보호한다기 보다는 오히려 남성의 성적 자유권의 범위를 규정하고 있다고 볼 수 있다. 법원은 구체적인 사건을 다룰 때 (가해) 남성의 관점에서 피해 여성의 행위를 판단·의심·평가한다. 피해자의 거부 의사 가해자에 의해 무시되고 그럼으로써 강간이 발생했음에도 불구하고, 사회 통념과 마찬가지로 법원 역시 피해자의 거부 의사만으로는 그것이 합의된 성행위인지 강제적인 성행위인지를 구별할 수 없다고 주장한다. 그리고 객관적인 것처럼 보이는 ‘합리적인 일반인의 경험칙’에 기초해 강간죄의 구성요건을 판단하는 과정에서, 여성의 섹슈얼리티를 둘러싼 불평등한 사회·문화적 각본에 따라 피해자의 행위를 평가한다.

공격적 남성성과 수동적 여성성이라는 성 고정관념은 성의 이중 규범을 법안에 지속시킨다. 남성들에게 성관계(sex)는 성취이다. 그들은 성교를 통해 무언가를 얻는다. 하지만 여성들에게 성관계(sex)는 무언가를 포기해야 하는 어떤 것이다. 남성의 성적인 성취를 위해, ‘어떤’ 여성들은 항상 그 남성들과 성관계를 할 준비가 되어 있어야 한다. 이를 위해 여성은 두 가지 범주 — 처녀와 창녀, 순결이 반드시 보호되어야 하는 “좋은 여자”와 비난받지 않고 착취할 수 있는 “나쁜 여자” — 로 이분화 된다. 이러한 이중규범은 철저히 남성이 여성을 바라보는 시선에 입각한 것이다¹²⁶⁾.

이 같은 각본 속에서 여성의 성적 자기결정권은 다른 근대적 인권의 보편적인 특성과는 달리 남성과의 관계 속에서 규정된다. 아내는 남편과의 관계에서 성적 자기결정권을 행사할 수 없으며, 연인관계의 여자도 상대 남성과의 관계에서 마찬가지이다. 특정한 범주의 여성들은 모든 남성의 섹슈얼리티를 위한 대상이어야 하기 때문에 어떤 남성과의 관계에서도 성적 자기결정권을 주장할 수 없다. 이는 강간죄가 보호하는 여성의 성적 자기결정권이 피해 여성과 피해 남성

126) 이에 대한 논의는 Olsen(1984), 장필화(1999) 등을 참조.

간의 관계에 의해 한정된다는 사실을 보여준다. 성별 불평등한 사회에서 성행위를 할 것인가 혹은 어떤 상대와 어떤 방식으로 성행위를 할 것인가를 결정할 수 있는 자유란 여성에게는 사실상 존재하지 않는다. 법이 피해자의 비동의 의사만으로는 강간죄 성립을 인정하지 않고 피해자의 강간당시 행위나 심지어 과거의 행위까지도 문제삼는 이유는 바로 여기에 있다 — 강간죄가 보호하고자 하는 여성의 성적 자기결정권은 여성에게 있는 것이 아니며, 여성을 주체로 구성되지도 않는다. 그렇기 때문에 보편적 인권의 일부로서 개인의 자유권을 보호하는 강간죄가 실제 보호하는 것은 여성의 성적 자기결정권이 아니다. 결국 형법의 강간죄 자체가 여성의 주체성을 부인하고 여성의 몸을 대상화하고 있는 것이다(Olsen, 1984). 어떤 성관계가 합의에 의한 것인가 혹은 강제로 일어난 것인가를 합리적으로 판단하는 기준에서 여성의 관점, 경험, 해석은 배제되고 삭제된다. 그리고 이는 남성들에 대한 여성들의 불평등을 표현하고 강화함으로써 순환하며 강화된다. 법적으로 무혐의 처리된 강간은 여성을 이등시민으로 전락시키는 결과를 가져오는 것이다(MacKinnon, 2001:75). 이러한 문제가 형법상 강간죄의 정의를 보다 철저하게 ‘합리적’으로 적용하는 것으로 해결될 수 있는가?

여기서 법에서의 ‘합리성’ 자체에 대한 질문이 필요하다. 구체적인 사건을 판단하는 과정에서 법원이 “일반적인 경험칙에 비추어 보아 그러한 행동이 합리적인가?”라는 물음에 대한 답을 구하는 순간, 앞서 지적한 사회·문화적 맥락은 언제든 다시 소환될 것이기 때문이다. 여기서 법에서의 ‘합리성’이 고정되고 균질적인 개념이 아니라는 사실에 주목할 필요가 있다. 법에서의 ‘합리성’은 “법이 기초한 그 사회의 보편적 가치와 일반적 상식과 경험들에 따라 판단하라”는 명령이자 요청이다. 법적 판단에서 구현되는 합리성은 법에서 추구하고자 하는 가치에 기반하고 있으며 또한 앞선 판례들의 판단에 기반하고 있다. 페미니스트 인식론이 비판해왔듯이 사회적인 경험에 기반해 형성되는 지식(합리적인 상식)이 사회·문화적 권력의 움직임에 의해 생성된다는 점을 염두에 둘 때, 법이 표방하는 보편성과 객관성은 끊임없는 예외의 등장으로 지연될 수밖에 없는 기획이다. 기준과 가치로서의 ‘합리성’이 남성성(masculinity)을 체현하고 있다는 주장(Seidler, 1987)은, 강간법 적용 과정에서 구현되고 있는 합리성이 누구의 시각과 언어로 강간의 경험을 설명하고 있는가를 통해 확인될 수 있다. ‘합리성’의 명령이 내포하고 있는 가치들과 법의 객관성에 대한 믿음들을 의심하면서, 법이 누구의 시각에서 무엇을 ‘합리성’으로 구현하는가를 고민해야 한다. 그리고 합리성 구현의 메커니즘 속에서 여성의 경험이나 관점이 지속적으로 주변화되

고 비가시화되는 과정을 드러낼 필요가 있다.

여성인권에 대한 논의는 이제까지 비가시화 되었던 여성의 권리가 가시화되는 과정이자 우리사회의 사회적 약자인 여성에 대한 폭력과 억압의 사회적·문화적·역사적 권력을 고발하는 과정이고, 또 그 권력을 해체하는 과정이다. 여성인권의 논의는 인권/정의 그 자체의 영역을 새롭게 확장시키는 것으로 이해되어야 한다(김은실, 2000: 192-3). 여성의 섹슈얼리티가 남성의 성적 시선에 의한 대상으로만 존재하는 사회¹²⁷⁾에서 여성의 성적 자기결정권을 구성하고 이를 보호하려는 시도가 끊임없이 여성의 섹슈얼리티를 대상화하는 시선들에 결박될 가능성이 높다 하더라도, 그러한 폭력을 문제화하는 노력을 중단할 수는 없다. 우리는 법에서 구성되는 합리성이 여성의 경험을 대상화시키고 주변화시켜 온 과정을 드러내고 기존의 법에서의 '합리성'이나 이를 바탕으로 정의되는 권리 개념을 해체하고 여성의 관점과 언어를 개입시킴으로써 기존의 지형을 변화시킬 가능성을 모색할 수도 있을 것이다. 여성의 섹슈얼리티와 경험을 설명할 수 있는 언어가 없고 법이 '합리적 판단'의 이름으로 여성 경험을 대상화·주변화시키는 사회에서, 여성의 몸과 섹슈얼리티에 대한 폭력에 대해 문제제기하기 위해서는 결국 다시 다양한 축들이 경험하는 구체적인 경험의 장으로 돌아가야 한다.

127) 형법관련수업에서 판례강독을 할 때 강사가 다른 판례와 달리 유독 강간죄 관련 판례를 읽지 않고 넘어간다는 법학도의 말을 들은 적이 있는데, 이는 여성의 섹슈얼리티가 사회적으로 인식·유통되는 방식이 오직 한가지뿐이라는 사실을 다시 한번 확인하게 해준다. 여성의 섹슈얼리티가 드러나는 방식은, 여성 자신이 소유한 완전하고 전체적인 욕망이나 그에 기반한 성적 행위 전반이 아니라 남성의 시선을 통해 여성의 몸 일부(유방, 성기, 엉덩이)라는 기호를 통해서이다. 즉, 여성의 섹슈얼리티는 항상 남성적 시선의 대상이자 객체로 존재하고 설명된다. 이러한 성적 기호들 사이에서 여성에 대한 성적인 폭력을 설명하는 언어들은 사실상 성행위와 성관계에 대한 설명으로 환원되어 버린다. 형법 교육과정에서 강간 판례가 강독되지 않는 것, 성폭력 사건을 문제화하는 대자보가 '선정적'이라고 여겨지는 것, 성폭력 피해 진술을 들은 남성이 그 피해자에게 성관계를 제의해 오는 경우가 적지 않다는 것 등은, 강간 사건에 대한 서술이 여성에 대한 폭력이 아니라 '좀 난폭한 성관계'(excess of sex)에 대한 포르노식 묘사로 받아들여지는 사회적 맥락을 반영하는 예이다.

IV. 여성의 경험과 언어에 기초한 합리성의 구성을 위하여

A. 페미니스트 법학의 전제와 방법론에 대한 고민

구체적인 단순강간의 사건을 법의 ‘합리성’의 언어로 설명하기 시작할 때, 구체적인 피해 여성의 행위와 경험은 법의 시선에 의해 대상화되고 주변화되며 비가시화된다. 앞에서 보았던 단순강간의 판례들에서 본 ‘법의 합리성’은 남성의 관점과 언어를 ‘일반적인 경험적’으로 제시하면서 여성의 경험을 대상화한다. 여성의 “성적 자기결정권”이라는 개념은 강간법 안에서 전혀 반영되지 않는다. 결국 앞에서 판례를 분석한 바에 따라 ‘단순강간’을 법의 언어로 다시 정의를 하자면, “여성이 상대방과의 성관계에 ‘동의를 하지는 않았지만, 그렇다고 ‘강제적’이었다고도 보이지 않거나 강제적이었다는 그 여성의 주장을 믿기 어려운 성관계”이다. 그리고 “‘강제적’이었다고 보이지 않거나”, “강제적이었다는 주장을 믿기 어렵다”는 판단은 그동안 구성되어 온 ‘법의 합리성’에 영향을 받는다. 법에서 객관적인 기준으로 통용되는 ‘합리성’은 특히 여성의 섹슈얼리티와 관련된 영역에서 보다 분명하게 남성의 경험과 관점에 기반하여 구성된다. 이러한 ‘합리성’에 기반한 법의 언어를 통해 강간에 관한 여성의 경험은 대상화되어왔다.

그동안 많은 페미니스트들과 페미니스트 법학자들에 의해 법의 남성중심성에 대한 비판이 전개되어왔다. 일반적으로 법은 그러한 보편적인 객관성을 바탕으로 성중립적이고 합리적인 삶의 원리를 제공하는 것처럼 특징지어진다. 그러나 몇 백년전 근대법 앞에 “모든 인간은 법 앞에서 평등하다”며 보편적인 평등과 자유의 원리를 외쳤던 이후부터 20세기에 들어오기까지만 해도 여성은 법적인 주체가 아니었다. 어린아이와 마찬가지로 재산을 소유할 수 없었으며, 그녀가 소유물이었다. 여성이 현재의 법적인 지위를 가지고 공적 영역으로 진출하게 된 것은 그리 오래된 일은 아니다. 현재 한국의 국회의원비율에서 남성은 94.1%(지방의회 96.1%)를, 남성변호사 비율은 전체 변호사의 94.5%(2003년), 남성검사는 97.6%(2000년), 남성판사는 전체의 92.6%(2000년), 남성 법학교수는 전체법학교수의 97%(2002)를 차지한다는 통계는 법을 제정, 해석, 적용하는 등 법을 대변하는 주체(subject)가 남성이라는 점을 분명히 보여준다. 어떤 맥락에서, 필경 사회의, 그리고 법의 일반적 “우리” 그리고 “사람들”이 의미하는 것은 “남자들”일 것이라는 것은 피할 수

없는 사실이다.

남성들의 생리기능이 대부분의 스포츠를 정의하고, 그들의 건강상 필요가 보험 적용 범위를 주로 정의하며, 그들의 사회적으로 계획된 일대기가 작업장에서의 기대와 성공적인 경력 패턴을 정의하고, 그들의 시각과 관심이 학문적 지질을 정의하며, 그들의 경험과 집념이 장점을 정의하고, 그들의 군사적 서비스가 시민권을 정의하며, 그들의 존재가 가족을 정의하고, 서로 공존하는 데 있어서의 그들의 무능함 -- 그들의 전쟁과 지배 -- 이 역사를 정의하며, 그들의 이미지가 신을 정의하고, 그들의 생식기가 성(sex)을 정의한다.¹²⁸⁾

맥키넨의 이러한 성찰은 보편적이며 성중립적일 것 같은 가치와 언어들 속에 존재하는 남성 편향을 보이게 해준다. 법 규정의 언어와 그 언어를 해석하는 권한이 남성들에게 있는 상황에서, 법의 합리성은 남성의 경험과 관점을 통해 작동한다. 특히 여성의 섹슈얼리티와 관련된 문제에서는 더욱 그러하다. 심지어 현실 세계에서 여성의 섹슈얼리티에 대한 풍부한 언어가 없는 가운데, 여성의 성적 자기결정권이 법적 영역에서 등장하는 것은 오직 남성의 성적 접근에 대한 ‘동의’ 혹은 ‘거부’의 언어뿐이다. 심지어 동의나 거부의 구분 역시 여성의 경험이나 관점이 아닌 남성의 관점에 의한 여성의 행위에 대한 판단을 통해 이루어지기 때문에 여성단체들의 ‘동의’의 의미를 성적 결정권의 영역으로 넓히려는 시도 역시 앞에서 보았듯이 어렵다.

그러나 다양한 권력이 충돌하는 장(場, field)인 법의 영역에서 ‘합리성’은 고정된 본질적인 요소라기보다는 역사적·사회적 맥락에 따라 구성되어 온 것이다. 또한 비록 성적 폭력과 지배가 우리사회에서 성애화되어 있고 성(sex)이 남성 지배적 문화에 의해서 정의되고 만들어지지만, 구체적인 여성의 경험으로서 섹스는 더 복잡하다.

이러한 맥락에서 페미니스트 법학의 접근방법은 실제문제에서 출발하여 실천적이며 실용적인 논증방법에 사용하는 것이다(Bartlett, 1990). 구체적인 여성의 경험을 통해 현실에서부터 문제를 출발하고, 현실의 구체적인 지점에서 법의 변화를 사고하는 것이 페미니스트 법학이다(박은정, 1996a; 1996b). 법의 영역에 여성주의가 적극적으로 개입하면서 법의 남성적 가치와 언어를 변화시키기 위한 방법을 고안해야 한다. 객관적이고 보편적인 해답을 찾으려는 기존 법학의 태도를

128) Catharine A. MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State*, at 224 (1989); Wildman(2000:1805)에서 재인용.

통해서는 현실의 문제, 특히 법에서 주변화되거나 비가시화되는 여성의 문제를 해결할 수는 없다. 경험의 요소와 특정한 관점의 요소를 부정적으로 취급하면서 중립성을 특징으로 하는 것처럼 보이는 법언어가 오히려 여성의 시각과 경험을 배제하고 있다(박은정, 1996b). 페미니스트 법학의 고민은 여성의 경험을 보충하는 것이 아니라 여성의 시각과 언어를 통해 기존의 법 언어와 법체계를 새롭게 구성하고자 하는 데에 있다. Scott(1989)이 지적했듯, 여성의 경험과 시각, 그리고 언어가 범주로서 남성적인 개념에 포함되는 것은 기존의 남성적 언어로 설명되지 않는 균열의 지점을 가져오는 것이다.

여기서의 여성이란 범주와 그 여성의 경험은 본질적이거나 근본적이지 않지만 동시에 집합적인(collective) 것이다. “주체들이 담론적으로 구성되고 경험이 언어적인 사건”이라는 Scott(1991)의 말은 이를 잘 보여준다. 이는 어느 경험도 고정된 의미에서의 질서에 한정되지는 않지만, ‘담론’이라는 말 자체가 공유되는 것을 포함하는 만큼 “경험이 개인적인 동시에 집단적(Scott, 1991:793)”이며 고정되지 않은 특정한 맥락에 따라 이해되어야 한다는 것을 의미한다. 양현아(2003)는 법에 반영하고, 법을 분석, 비판, 재구성할 ‘여성의 시각’이란 페미니스트 법학의 이론과 방법론에 있어 중심적인 문제이며, 페미니스트 법학의 방법론은 그동안 법에서 무관심하거나 배제되어 온 여성의 입장, 체험, 고통을 어떻게 법에 내재적으로 포섭하여 법의 남성중심성을 극복할 수 있는가에 관한 문제를 제기한다고 지적한다. 양현아는 리듬과 톤과 결을 가진 보다 원초적 상태, 아직 제도화되지 않은 낮은 지위이며 육성(肉聲)인 여성의 ‘목소리’라는 은유를 통해 여성의 입장, 체험, 고통, 그리고 기쁨 등의 경험이 본질적인 것이나 고정된 것이 아니며 맥락에 따라 그 결이 달라진다는 점을 지적했다.

이 장에서는 여성의 성적 자율성(sexual autonomy)과 몸의 통합성(bodily integrity)을 침해하는 모든 행위를 규제할 수 있도록 여성의 시각과 언어에 기초한 성적 자기결정권과 법의 합리성을 구성할 수 있는지 그 가능성을 검토해 보려고 한다. 이를 위해 다양한 권력과 담론이 각축하는 법의 장(場)에서 강간죄 해석의 ‘합리성’을 둘러싼 법언어와 지형의 변화에 구체적으로 검토할 것이다. 이러한 변화 속에서 강간죄를 둘러싼 구체적인 경험과 맥락을 통해 남성 편향적인 ‘법의 합리성’의 균열의 틈새를 찾아볼 것이다.

여기에서는 미국 강간법의 구성요건 해석을 둘러싼 구체적인 변화의 맥락들을 살펴볼 것이다. 그 변화하는 강간죄의 구성요건들을 구체적인 사건에서 적용할 때, 합리성이 어떻게 구성되

고 있는지, 특히 여성의 '비동의' 구성요건을 중심으로 합리성이 어떻게 해석되고 있는지를 분석함으로써, 여성의 경험과 언어에 기초한 합리성의 구성이 과연 가능한지를 살펴보고자 한다. 미국의 구체적인 판례들을 통한 구성요건의 변화를 볼 것이며, 그 판례들은 마찬가지로 사회적으로 논쟁적인 이슈로 제기되었던 단순강간의 사례로 한정시켰다.

B. 미국에서의 강간죄 구성요건에 관한 '합리적' 해석의 변화

여기서는 미국 각 주의 강간법 규정의 변화와 이를 해석해 온 주대법원의 판결의 변화를 보려고 한다. 미국은 1970년대 중반이후 현재까지 페미니스트들의 법개정 운동을 통해 성별 불평등한 강간법의 문제를 해결하기 위한 시도가 이루어졌으며, 눈에 띄는 변화들 - 대부분은 부정적이었지만, 간혹 긍정적인 변화들 - 이 존재해왔다.

미국 커먼로(common law)에서 강간죄는 고전적으로 세 가지의 구성요건에 의해 정의되어져 왔다. 강제력(force), 비동의(without consent/nonconsent), 그리고 성기삽입(sexual intercourse)이 그것이다(MacKinnon, 2001b:801). 하지만 주마다 각각의 구성요건을 어떻게 해석하고 판단하는지, 그리고 어떤 요소를 주로 고려하는지에 대해서는 조금씩 차이가 있다. 예를 들어, 뉴저지주는 강제된 성관계 자체를 금지한다. 미시간주, 코네티컷주, 일리노이주의 경우, 법을 통해 강제된 성관계 자체를 금지하긴 하지만, 대개 당시 '동의'가 존재했다고 신뢰했다는 피고인의 주장을 항변으로 인정한다(판례해석을 통해 추가된 요건이다). 메인주는, "한 사람이 우연히 혹은 악의가 없었다하더라도 다른 사람에게 성교에 복종하도록 강제할 수 없다"는 이유로, 실제 신체적 강제력만을 강간죄 성립을 위한 구성요건으로 결정한다. 여기서는 피고인이 피해자의 비동의를 인식했는가의 여부, 피해자의 공포, 혹은 외부의 위협에 대한 정신적 상태에 관한 추가증거가 요구되지 않는다. 영국이나 알래스카주의 경우 비동의적인 성관계 자체를 금지하나, 강제력의 증거가 피해자의 비동의를 입증해야 할 것과 (때때로) 피해자가 동의했다고 생각한 남성의 신뢰가 비합리적(unreasonable)이었다는 사실이 증명해야 할 것을 요구한다. 그 외 대부분의 주(예를 들어, 캘리포니아주, 노스캐롤라이나주, 캔자스주 등)에서는 여전히 강제력과 비동의 모두를 보여주어야 한다고 요

구한다(앞의글, 801-2). 이러한 차이는 주로 실제 강간의 정의와 연관되어 여성의 동의를 어떻게 판단하는가에 대한 각 주의 차이 때문에 발생하는 것이다. 여성의 동의에 대한 해석 및 판단은 미국에서 강간죄의 역사적 변화의 축이기도 하다.

1. 1970년대 중반이전 : 저항요건 및 확증요건의 요구

1970년대 중반이전 미국 커먼로워의 태도는 에스트리치가 지적했듯이 "강간에 대한 잘못된 답"을 제시하는 것이었다. 당시 법원은 강간죄의 중요한 구성요소인 여성의 비동의(nonconsent)를 증명하는 데에 "최대한의(to the utmost)" 피해자의 저항을 요구했다¹²⁹⁾. 주목할 만한 것은 이러한 피해자의 "최대한의 저항"은 단순강간일수록 더 많이 요구되었다는 사실이다. 즉, 낯선 사람에 의한 강간이거나 혹은 흑인 남성에게 의한 백인 여성에 대한 강간일 경우 저항요건을 엄격히 요구하지는 않았다¹³⁰⁾(Estrich, 1995:79-83). 이 "최대한의 저항"에 관한 법원의 요구는 1950년대와 1960년대에 이르자 일반적으로 적당한 조건의 저항요건¹³¹⁾으로 대체되었다(앞의글, 87-8). 그러나 저항요건

129) *Reynolds v. State*, Neb. 90.92, 42 N.W. 903,904 (1889)(여성의 '비동의'를 강간의 필요요건으로 확인. "저항은 최대한이어야"한다); *Brown v. State*, 127 Wis. 193,106 N.W.536 (1906)(피해자가 충분히 자신의 반대의사를 피력하지 못한 것을 이유로 피고인의 유죄판결을 파기함. 이 때 반대의사란 "최대한의 저항"을 의미한다); *King v. state*, 210 Tenn. 150,158, 357 S.W.2d 42,45(1962)("강제력으로 압도되거나 공포로 무감각해지거나 EH는 기진맥진하여 또는 살해나 중대한 신체적 해악에 대한 두려움으로 저항을 멈출 때까지 가능한 한 모든 방법으로 저항을 계속하여야 한다."); *People v. Dohring*, 59 N.Y. 375,384 (1874) ("자신에게 그럴만한 능력과 힘이 있을 때, 이런 행위가 행해져서는 안된다고 생각하면서 그렇게 강하게 반항하지 않는 여성이 있을 수 있겠는가?...그 경우 능력껏 저항하지 않는다면, 그녀가 전적으로 마지못해 응한 것이라고는 할 수 없지 않을까?"); *Perez v. State*, 94 S.W. 1036,1038 (Tex. Crim. App. 1906) ("비록 얼마간의 강제력이 사용되었다 해도, 만약 여성이 그런 상황에서 발휘할 수 있는 모든 힘을 다해 저항하지 않는다면 그것은 강간죄로 성립될 수 없다") (Estrich, 1995; MacKinnon, 2001b; 조국, 2003에서 재인용, 강조는 인용자)

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

131) *Stattenwhite v. Commonwealth*, 201 Va. 478,111 S.E.2d 820 (1960) ("여자가 저항이 쓸모없고 심각한 신체적 손상을 가져올 것이라고 합리적으로 믿을 만한 경우에는 육체적 힘을 최대한 동원해서 저항하도록 요구되지 않는다"); *People v. Tollack*, 233 P.2d 121 (Cal. App. 1951); *State v. Herfel*, 39 Wis.2d 513,518-19, 182 N.W.2d 232,235 (1971)에서 모두 최대한의 저항을 요구하지 않고, 선의적 저항이 전반적인 상황에서 추정된다고 보았다. Note, "Towards a Consent Standard in the Law of Rape," in *University of Chicago Law Review*, 43 (1976), at 620; id, at127에서 재인용.

이 약화되면서 여성의 비동의를 확증하기 위한 확증요건에 대한 요구가 더욱 강해졌다.

형사재판에서 유죄판결을 뒷받침하기 위해서는 합리적인 의심의 여지없이(beyond a reasonable doubt) 유죄에 대한 법관의 확신이 존재해야 한다. 이에 더해 강간죄의 경우 다른 범죄와 달리 유죄판결을 뒷받침하기 위해 피해자의 증언이 확증되어야 한다고 요구되었다¹³²⁾. 법원은 여성의 비동의 의사표시를 넘어서 그녀가 내심 진정으로 동의하지 않았음을 보여주는 여러 정황상의 증거(확증요건)를 요구하는데, 이것이 충족되어야 피해자의 비동의 의사가 법관에 의해 신뢰된다. 이러한 확증요건에는 신속한 고소¹³³⁾, 피해자와 가해자 첫 만남의 자발성 여부뿐만 아니라 심지어 피해자의 품행¹³⁴⁾이나 성력¹³⁵⁾까지도 포함된다(앞의글, 95-6). 피해자와 가해자의 이전 관계, 특히 이들의 과거 성관계 여부도 중요한 확증요건이다.

이러한 확증요건의 요구는 법이 성관계와 강간의 구별을 어려워하고 있음을 드러낸다. 특히 성관계의 경험이 있거나 그러한 가능성이 있는 관계에서 발생하는 단순강간의 경우는 이러한 확증요건의 요구에 의해 강간죄 유죄평결을 받기 어렵다¹³⁶⁾(앞의글, 119-111). 이는 법이 여성의

132) 심지어, 몇몇의 주 재판관할에서는 이러한 확증요건이 공식적으로 적용되었다(id, at 97).

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

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

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

136) *Bedgood v. State*, 115 Ind. 275, 17 N.E. 621, 623-4 (1888) (여성의 집에 강제로 3명의 남성이 들어가 그 여성을 집단강간한 사건. 그 남성들 중 한 명이 피해자와 이전에 관계를 가졌던 것을 이유로 법원은 “이전에 알고 지냈던(혹은 친하게 지냈던) 사람이 폭력을 휘두를 가능성이 거의 없다”는 가정 하에 그 사건에 대한 피해자의 주장을 신뢰하지 않고 유죄판결을 파기하였다); *People v. Biescar*, 58 Cal. App. 722, 275 P. 851 (Cal. App. 1929) (피고인이 함께 차를 타고 술마시던 여성을 강간한 것을 유죄선고를 받았으나 이를 파기한 사건. 재판에서 판사는 피해자가 몇일 전에 참석했던 ‘거칠고 난잡할’ 것으로 추정되는 밤샘파티에 대한 반대신문을 허용했으나, 피고인의 숙소에 다른 여성들이 방문했

강간경험을 ‘약간 거친 성관계’ 정도로 치부하는 남성의 입장을 통해 바라고 있다는 것을 보여 준다¹³⁷⁾.

2. ‘강제력’과 ‘비동의’에 관한 해석의 변화: 저항요건의 폐지

1970년대는 페미니스트들의 “강간법 개정운동(Rape Law Reform Movement)”이 활발했던 시기였다. 이 때에 왜곡된 여성 섹슈얼리티에 대한 사고와 성적 도덕의 이중규범, 강간신화에 기반하고 있는 1970년대 중반까지의 강간법에 대한 강력한 비판이 제기되었다. 페미니스트들은 강간죄가 가지고 있는 성 불평등적인 요소를 제거하기 위한 운동을 전개했고, 이러한 ‘강간법 개정운동’의 결과 1974년 미시간 주를 시작으로 모든 미국의 재판관할에서 —common law이던지 statutory law이던지 간에— 명시적인 저항 요건들을 폐지했다¹³⁸⁾.

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

던 것에 대한 반대심문을 허용하지 않았다) 등을 참조할 것(id, at 113-4).

137) 이러한 확증의 요건이 부족하다는 이유로 유죄판결이 파기된 사례에서, 법원은 피해자의 거짓고소로 고통을 받을지도 모르는 남성의 입장에 선다. *State v. Anderson*, 272 Minn. 384, 137 N.W.2d 781, 782 n.2 (1965) (“성적인 문제의 사건들은 특별히 성적 신경증, 환상, 질투, 악의 또는 그 여성이 단지 지금은 수치스러워하는 행동을 인정하지 않으려는 것에서 비롯된 의도적으로 꾸며진 거짓고소의 위험에 놓이기 쉽기 때문이다.”); *Davis v. State*, 120 Ca.433, 48 S.E. 180, 181 (1904) (“모든 남성들은 비열한 여자의 증언에 따라, 그것도 전혀 진실성없는 증언에 따라 고소당하여 유죄평결을 당할 위험에 있는 것이다.”); 뉴욕주의 *People v. Masse*, 5 N.Y.2d 217, 156 N.E.2d 452, 182 N.Y.S.2d 821 (1959)와 *People v. Deitsch*, 237 E.Y. 300, 142 N.E.670 (1923) (뉴욕주에서는 공격의 모든 요소를 보강증거로 제시할 것을 법적으로 요구했음에도 불구하고, 삽입의 의학적 증거, 즉각적인 신고, 기회제공에 대한 증언등을 요구했다) 등을 참조할 것(id, at 98-99).

138) Alaska stat. §11.41.470(4)(A); Ill. Rev. State. ch. 38, para. 12-17; Mich. Comp. Laws Ann. §750.520(i); Minn. Stat. Ann. §609.347(2); Ohio Rev. Code Ann. §2907.02(C); Pa. Stat. Ann. tit. 18, §3107; R.I. Gen. Laws §11-37-12; Vt. Stat. Ann. tit. 13, §3254 등을 참조할 것; 조국(2003:34)에서 재인용.

가. '강제력 요건(forcible compulsion)'의 해석과 한계

1962년 미국법연구회(American Law institute)에서 초안을 잡은 <모범형법전(Model Penal Code)>은 과거 강간법의 법리가 피해자 여성의 행위만을 부적절하게 강조하였음을 비판하면서, 강간죄의 성립 요건에서 '비동의'의 요건(저항요건)을 삭제하고 강간죄를 오직 가해자의 강제력(force)에 초점을 맞추어 정의하였다(조국, 2003:33). <모범형법전>의 제안자들은 강간을 "남성들이 여성에게 강제력을 사용함으로써 혹은 죽음, 심각한 상해 또는 극심한 고통이나 납치 등을 하겠다는 위협을 사용함으로써 강제로 성교행위를 하도록 하는 경우"로 정의하였다. 마찬가지로 1984년 펜실베이니아 주의 상급법원은, 여성의 '비동의'를 포함한 커먼로의 강간에 대한 정의로 인해 "여성이 최대한으로 저항해야 한다고 요구하는 것으로 해석되어 왔던 구성요건인 '동의의 결여'가 과도하게 강조"되어 왔다고 비판했다¹³⁹⁾. 그리고 전통적인 강간의 구성요건 중 '여성의 비동의'를 아예 제외하거나 적어도 그에 대한 강조를 줄임으로써, 기존의 저항요건으로 인해 피해자에게 가해졌던 불합리함을 개선하고자 하였다. 펜실베이니아주뿐만 아니라 다른 많은 주에서도 <모범형법전>을 쫓았으며(Estrich, 1995:144), 비동의 요건에 대한 강조를 줄이고 "강제적 강요" 또는 "강제적 강요에 대한 위협" 등의 강제력 요건을 강간죄의 중요하고 핵심적인 부분으로 부각시켰다. 이는 강제력을 이용한 다른 범죄(절도죄 등)에 비해 피해자의 동의여부에 과도하게 의미를 부여하는 강간죄를 다른 범죄와 유사하게 만들려는 시도인 동시에, 그동안 피해자의 행위와 진술 등에 집중되어 있던 강간죄 구성요건의 판단을 가해자의 행위로 분산시키려는 것이다.

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

(1) '강제적 강요' 요건의 확장과 실패

펜실베이니아주는 1985년 *Commonwealth v. Mlinarich* 판결¹⁴⁰⁾을 통해 법규정상의 "강제적 강

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

140) 345 Pa. Super. 269; 498 A.2d 395; 1985 Pa. Super. LEXIS 8465 (1985)

요”에 대한 해석을 시도했다. 중간항소법원(the intermediate appellate court)은 펜실베이니아주의회에 의해 정의된 강간죄 규정¹⁴¹⁾에 따라 ‘강제적 강요’를 “합리적인 결의(reasonable resolution)를 가진 사람의 저항을 억압할 정도의 실질적인 신체적 강요 혹은 폭력 혹은 신체적 강요와 폭력에 대한 위협”으로 해석했다¹⁴²⁾.

‘강제적 강요’ 요건을 해석한 *Minarich* 판결에서, 펜실베이니아 주 항소법원은 피고가 자신이 보호하는 13살 소녀에게 그녀의 남동생 반지를 훔친 것을 추궁하며 그 벌로 성교를 요구한 행위에 대한 강간죄¹⁴³⁾의 유죄평결을 파기하였다. 그 이유는 *Minarich* 사건에서 피고는 자신이 보호하는 13살 소녀에게 행사한 강제력은 신체적인 폭력이나 그에 대한 위협이 아니라 “만약 그녀가 옷을 벗고 성교하는 것을 거절하면 그녀를 보호소(detention home)로 돌려보내겠다”는 협박이었기 때문이다. 이 사건의 쟁점은 “소녀를 보호소로 돌려보내겠다”는 협박이 18 Pa. Cons. Stat. §3121의 “합리적인 결의를 가진 사람의 저항을 억압할 정도의 강제적 강요 혹은 이에 대한 위협”에 해당하는가“에 관한 것이었다.

주의회의 법개정이 폭력적이지 않은 위협행위에 의해 유발된 성교행위를 강간범죄 내로 포 함시키려는 목적을 가지는가?..[우리는 주의회가 “강제적 강요”를 “신체적인 강요 혹은 폭력”으로 한정시키려 했다고 판단한다.¹⁴⁴⁾

여기서 항소법원은 종교적 권위와 도덕적인 설득에 의한 강제적 성행위가 ‘강제적 강요’에 해당하지 않는다고 판시한 *Commonwealth v. Biggs* 판결¹⁴⁵⁾을 인용하면서, ‘강제적 강요’를 오로

141) Penn, Con, Stat. Ann. §3121.

142) *West v. State*, 1986 Ark. LEXIS 2189; 71 A.L.R.4th 457, at 18.

143) 18 Pa. Cons. Stat. §3121.

144) 1985 Pa. Super. LEXIS 8465, at 2.

145) 320 Pa.Super. 265, 467 A.2d 31 (1983). “1979년 1월 15일부터 1980년 12월 6일까지 항소인은 그의 17살짜리 딸 Marion과 몇 차례 성교를 했다. Marion은 그렇게 했던 이유를 그녀의 아버지가 그녀에게 성서에서 “만약 어머니가 더 이상 어머니로서의 역할을 제공하지 못했을 때, 그것은 가장 나이가 많은 딸에게 책임이 넘어간다. 만약 그녀가 더 이상 그것을 할 수 없을 때, 가족에서 가장 나이 어린 딸이 그것을 넘겨받아야 한다”고 말했기 때문이라고 들었다. 그는 또한 그녀에게 만약 그녀가 이 사건들에 대해 누구에게 말한다면, 그는 사람들에게 그가 찍었던 그녀의 누드 사진을 보여줄 것이라고 말했다. 그러나 그는 결코 그녀를 때리거나, 치거나, 두들겨 패지 않았으며, 그는 그렇게 하겠다는 위협도 하지 않았다. 성교가 합리적인 정신을 가진 사람에 의해 저항을 못하게 할 강제적 강요를 통해 이루어졌다는 어떠한 증거도 없었다. 기록은 피고가 그의 딸을 성교에 참여하도록 유발하기 위해 결

지 신체적 강요나 신체적 강요에 대한 위협으로 한정하여 해석하였다¹⁴⁶⁾.

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

그렇다면 “강제적 강요”를 ‘신체적인 강요’ 혹은 ‘신체적인 강요에 대한 위협에만 1한정시키지 않고 해석의 범위를 확장하여 심리적인 강요까지 포함시킨다면 *Minarich* 판결의 한계가 극복될 수 있는가?

1년 후인 1986년 *Commonwealth v. Rhodes* 판결¹⁴⁷⁾은 “강제적 강요”를 신체적인 상해나 폭력 혹은 이에 대한 위협으로 해석하던 펜실베이니아주 법원의 태도를 변화시킨 대표적인 사례이다.

Rhodes 판결에서 피해자는 8살짜리의 어린 소녀이며, 항소인(가해자)는 어린이 피해자와 그의 가족을 3년 동안 알았고, 피해자가 Nicky(Nicolas의 애칭)로 알고 있었던 20살짜리 남자였다. 항소인은 피해자를 폐기된 더러운 빌딩으로 유인해, 그녀에게 누우라고 지시하고 질성교와 항문성교

코 강제력이거나 강제력을 행사하겠다는 협박을 사용한 적이 없었다는 것을 명백히 보여주었다. 오히려 그는 성교를 위한 성서적 근거를 주장했으며, 그의 딸의 침묵이 강제력에 의한 위협이 아니라 수치에 의한 위협에 의한 것이라고 확신했다. 이러한 행동이 비난할 만 함에도 불구하고, 이것은 강제적 강요의 위협에 의한 성교를 금지하는 형법에 의해 금지될 수 없다.”(MacKinnon(2001b:803)에서 재인용)

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

147) 510 Pa. 537; 510 A.2d 1217; 1986 Pa. LEXIS 897 (1986).

를 시도하여 상해를 입혔다¹⁴⁸⁾. 이 사건에 대해 중간항소법원은 항소인에게 강간죄에 관한 무죄를 선고했으나¹⁴⁹⁾, 펜실베이니아주 최고법원은 어린 나이의 피해자가 법적으로 동의할 수 있는 능력이 충분치 않기 때문에 증거가 강제적 강요와 이에 대한 위협에 의한 강간 범죄를 구성하는 데에 충분하다며 중간 항소재판의 무죄결정을 파기했다. 이 판결을 통해 주 최고법원은 강간죄에서의 “강제적 강요”를 다음과 같이 해석한다.

[우리는 [형법]에서 사용되는 “강제적 강요”를 사람의 의지에 반하여 성행위를 강요하는 신체적 강제 혹은 폭력, 뿐만 아니라 도덕적·심리적·지적 강제력까지 포함하는 개념으로 해석한다...피고가 강제적 강요에 의해(§3121(1)), 혹은 합리적 결의를 가진 사람의 저항을 억압할 정도의 강제적 강요에 대한 위협에 의해(§3121(2))¹⁵⁰⁾ 성행위를 강요했음을 합리적 의심의 여지없이 보여주는 충분한 증거가 있는지를 결정할 때, 배심원은 총체적인 상황(the totality of the circumstances)을 기초로 판단한다. 판단에 영향을 미치는 요소들에는 피해자와 피고인의 나이, 피해자와 피고의 정신상태 및 신체상태, 그 사건이 일어났다고 주장되었던 곳의 물리적 환경과 분위기, 피고가 가지는 권위나 피해자에게 가지는 지배 혹은 관리의 통제력의 정도, 피해자가 강박 하에 있었는지 여부 등이 있다. 이러한 판단요소들은 연관되어 있다.¹⁵¹⁾

148) 1986 Pa. LEXIS 897, at 1-3.

149) 항소인은 강간, 법정강간(statutory rape), 비자발적 변태 성교(involuntary deviate sexual intercourse), 강제추행(indecent assault), 공연음란죄(公然淫亂罪, indecent exposure), 미성년자에 대한 위법행위(corruption of minors)에 대한 유죄판결을 받았고, 중간항소법원(the intermediate appellate court)은 이 중 강간죄의 유죄를 확정하기에 증거가 불충분하다고 판단하였다(id, at 1). 여기서 의제강간(擬制強姦)으로 해석되는 법정강간이란 주(state)에 따라 16, 17, 또는 18세 이하의 부녀와 간음한 성인남자에게 적용되는 성립되는 범죄이다. 펜실베이니아주는 다음과 같이 규정한다. 18 Pa.C.S.A. §3122. Statutory rape (A person who is **18 years of age or older** commits statutory rape, a felony of the second degree, when he engages in sexual intercourse with **another person not his spouse who is less than 14 years of age**.) (강조는 인용자) 한국의 경우, 피해자가 13세 이하일 경우 적용되는 미성년자의제강간·강제추행죄가 있는데, 이는 13세 미만의 어린이를 그 정신적 능력의 미숙으로 인하여 간음, 추행에 대한 승낙의사가 없다고 보아 이에 대하여는 폭행, 협박, 위계, 위력 등의 수단을 묻지 아니고 무조건 강간죄나 강제추행죄에 준하여 처벌하기 위한 것이다.

150) §3121(2)에서는 “합리적인 결의(reasonable resolution)를 가진 사람이 저항을 억압당하는 정도의 강제적 강요 혹은 이에 대한 위협”이라는 표현이 명문화되어 있다. <모범형법전>은 “통상의 결의(ordinary resolution)를 가진 여성의 저항을 막을 정도의 위협으로 그녀를 강제로 복종시키는 것”이라는 용어를 사용해, 제3급 중범의 ‘중간음죄(gross sexual imposition)’로 처벌한다. 펜실베이니아 주의회는 “중간음죄”에 의한 성교를 ‘강제적 강간’보다 낮은 등급으로 분류하는 것을 거부하고, §3121(2) 조항을 신설했다. 그리고 이 조항에서 “합리적인 결의의 사람”이라는 구문의 사용함으로써, 주의회는 저항을 억압하는 강제적 강요에 대한 ‘위협’의 사용에 관하여 객관적인 기준을 소개한다. id, at 27-8. (강조는 인용자)

151) id, at 28-9.

주 최고법원은 “어른보다 더 어리고, 작고, 심리적·감성적으로 덜 성숙하고 덜 세련된” 어린이에게 성적 행위의 수행에 복종하도록 지시했다는 상황 자체가 본질적으로 ‘강제적 강요’에 해당하며, 특히 아이가 어른을 알고 있었으며 신뢰하고 있었다는 사실이 더욱 이러한 요건을 충족시킨다고 판단했다¹⁵²⁾. 신체적 위협이 없었던 이 사건에서 주 최고법원이 강제적 요건의 해석을 확장할 수 있었던 근거는 ‘아이의 무력함’이었다¹⁵³⁾.

이러한 강제력 요건의 확장된 해석은 어떠한 측면에서 *Minarich* 판결에서 보여준 기계적인 강제력의 요건 적용 및 판단을 극복했다고 할 수 있다. *Rhodes* 판결은 *Minarich* 판결에서 보인 ‘강제적 강요’의 개념을 ‘신체적 강제’로만 한정시키는 불합리성을 ‘심리적, 도덕적, 지적인 강제’로 확장시키면서 극복하려고 하였다. 강제력을 물리적으로 측정 가능해야 하는 것으로 가정하던 *Minarich* 판결에서 ‘심리적, 도덕적, 지적인 강제를 측정하기 어렵다는 이유로 제외했던 것과 달리, *Rhodes* 판결은 “(사용되거나 위협이 된) 강제적 강요가 ‘도덕적, 심리적 혹은 지적 강제력’을 구성할 때 그 강제력은 보다 덜 명확하지만 증명하기 어려운 것은 아닐 것¹⁵⁴⁾”이라고 주장한다. 이를 위해 *Rhodes* 판결은 *Minarich* 판결이 단호히 배제했던 동의의 문제를 다시 들여온다. 물리적으로 측정되지 않는 ‘도덕적, 심리적 혹은 지적 강제력’의 존재를 입증하기 위해, 주 최고법원은 “사람의 의사에 반해 성교를 하도록 강요하기 위해 사용된” 강제력이라는 법적 용어를 다시 확인하고 “각 사건에서 배심의 의무는 피해자 혹은 피고가 그 또는 그녀의 의사에 반해 어떤 것(각각 성교를 하는 것 혹은 범행을 자백하는 것)을 하도록 강요당했는지 여부에 대해 결정하는 것”에 있다고 주장한다(*§3121(1)*).¹⁵⁵⁾ 하지만 그 때의 성교가 피해자의 의사에 반하는 행위인지를 판단할 때 펜실베이니아주 최고법원은 강제력과 강제력의 위협 정도가 상황에 따라 당사자들에 따라 상대적이기 때문에 피해자와 피고인 “둘 모두의”의 조건과 상황, 그 사건이 발생했던

152) id. at 31.

153) Wharton’s Criminal Law, Torcia, C. (14th Ed.) §288을 인용하면서 주 최고법원은 강간의 정의에서 요구된 “강제력”은 성기 삽입의 행위에 내재한 강제력이 아니라, 실제로 피해자의 저항을 막거나 억압하기 위해 위협하거나 사용된 강제력이라고 판시했다. 하지만 그러한 강제력을 협소하게 해석하지 않고 펜실베이니아주 최고법원은 강간법의 재검토를 통해 강제적 강요를 “신체적 강제력 혹은 폭력뿐만 아니라 사람에 의지에 반해 성교를 하도록 그 사람을 강제하기 위해 사용된 도덕적, 심리적, 혹은 지적 강제력”까지 포함시킴으로써 발전을 가져왔다.

154) 1986 Pa. LEXIS 897, at 29.

155) id. at 29-30.

장소의 환경과 분위기 등을 종합하여 총체적으로 판단해야 한다고 주장한다¹⁵⁶⁾. 그리고 이러한 판단이 자의적이고 일관성 없이 이루어지지 않도록 주 최고법원은 “객관적인 기준”으로서 “합리적인 결의를 가진 사람¹⁵⁷⁾”을 제시한다. 이러한 태도는 강간죄의 구성요건 중 피해자의 비동의를 위한 강제로 저항요건이나 확증요건을 요구했던 커먼로의 고전적인 강간죄의 한계와 ‘강제력 요건’을 ‘신체적인 강제’만으로 해석한 *Mlinarich* 판결의 한계를 극복하는 것으로 보인다.

그러나 *Rhodes* 판결에서 주 최고법원이 “도덕적, 심리적 혹은 지적 강제력”까지 포함하는 개념인 강제적 강요를 판단하기 위해 종합적으로 판단한 내용과 조건은 어린이의 ‘취약성(vulnerability)’이다(MacKinnon, 2001b:805). 이러한 점은 *Rhodes* 판결을 인용했던 300개 이상의 판결들을 통해서 볼 수 있는데, 실제 *Rhodes* 판결과 이를 인용한 판결에서, (피해자가 느꼈다고 주장하는) 심리적 강제력이 인정된 경우는 대부분 권위를 이용한 어른이 미성년자인 피해자에게 성적 폭력을 행사한 사건에 한정되었다¹⁵⁸⁾.

Rhodes 판결을 인용하고 있는 다른 사례들과 마찬가지로 1986년 *Commonwealth v. Meadows* 판결¹⁵⁹⁾ 역시 미성년자이자 청각장애인인 피해자를 성인인 가해자(항소인)가 강간한 사건¹⁶⁰⁾이다. 23살인 항소인은 고소인인 15살이고 청각장애인인 Becky M.와 아는 관계였다¹⁶¹⁾. 주 최고

156) id, at 28-9.

157) id. at 27.

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

159) 498 A.2d 395 (Pa. Super. Ct. 1985)

160) 1986년 6월 8일, Becky와 항소인은 헛간 뒤에서 만났다. 그리고 자발적으로 애무의 행위를 하게 되었다. [(애무를) 중단한 후에 그들은 5분 정도 진흙탕(dirt field) 주변을 산책했다.] Becky는 항소인과 다시 키스하게 되었고, 자발적으로 땅에 눕게 되었다. 항소인은 그 이후 자신은 Becky와 합의에 의한 성교를 했고 그녀가 어떤 방법으로도 반대하거나 이의를 제기하지 않았다고 주장했다. 그러나 Becky는 항소인이 그녀의 지퍼를 내리는 동안 그녀는 “안돼(NO)”와 “떨어져(OFF)”를 소리내어 말했다고 증언했다. 또한 그녀가 항소인을 격렬하게 밀어내었지만 그의 몸을 그녀의 몸으로부터 떨어지게 할 수 없었다고 증언했다. 성교가 끝난 후, 둘은 Becky의 부모님의 집으로 돌아왔다. Becky는 그녀가 다시 항소인에게 키스했다는 사실을 인정하였다. 그러나 그녀는 이제 그가 두려웠기 때문에 키스했다고 말했다. 그녀는 사실상 항소인이 그녀에게 성관계를 강요했다고 말했다. id. at 356-8.

161) 그는 그녀를 자주 방문했었는데, 그 과정에서 그녀는 그에 대해 강한 애정을 가지게 되었고 심지어 그를 그녀의 남자친구(boyfriend)로 생각하기도 했다. (그녀는 자신이 그의 방문을 고대했으며 그에게 몇 가지 수화를 가르치기도 했다고 증언했다.)

법원은 *Rhodes* 판결을 인용하면서, 피해자인 *Becky*의 진술과 사건조사보고서에서 다음과 같은 “심리적, 도덕적 혹은 지적 강요의 강제적 강요”에 관한 요소들을 발견할 수 있다고 판단한다. “항소인은 23살이며... 피해자는 단지 15살이다. 피해자는 **청각 장애인**이다. 진술서는 분명히 **피해자가 항소인과 의사소통을 하는 것에 어려움을 겪었다는 사실**을 분명히 나타낸다. 진술서는 또한 피해자가 항소인에게 “청소년기의 미숙한 열중(adolescent crush)”의 감정을 가졌던 것을 보여준다. 그리고 강간은 **피해자가 도움을 요청할 수 없는 한적한 장소에서** 발생했다...그렇기 때문에 강간죄의 유죄를 확정한다.¹⁶²⁾”(강조는 인용자) 주 최고법원은 심리적, 도덕적 혹은 지적 강요의 강제적 강요”의 개념이 적용되려면 피해자가 법적으로 불완전한 주체(미성년자)거나 장애를 가지고 있는 등의 취약성을 가져야 한다는 것을 다시 한번 확인했다¹⁶³⁾.

일반적으로, 어른과 미성년자의 관계에서, 미성년자 집단은 취약하기 때문에 보호가 필요하다고 여겨진다. 심리적 강제를 “강제적 강요”로 인정된 경우가 피해자가 미성년인 (동시에, 가해자가 어른인) 사례에 한정된다는 것은, 이러한 “강제적 강요”의 확장된 해석의 근거가 ‘취약성’에 대한 보호의 논리에 있다는 것을 보여준다. 이는, 강간당한 여성의 고통과 경험이 스스로의 몸에 대한 권리의 침해라는 측면에서가 아니라 (미성년자에게 기대되는) 보호가 필요한 ‘취약성’이라는 언어의 틀(frame)을 통해서만 법의 영역에서 제기될 수 있다는 점을 드러낸다. 결국 보호받을 취약한 존재라는 사실이 인정되지 않으면 법의 보호를 받기 어려운 것이다¹⁶⁴⁾. 이렇게 ‘강제적

162) id. at 368-9.

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

164) 미성년자의 집단적 ‘취약성’만을 제기함으로써 강간당한 여성이 겪은 침해를 보호하지 못하는 모순적인 상황을 잘 보여주는 사례가 1992년 오하이오주의 *State v. Schaim* 판결(65 Ohio St. 3d 51; 1992 Ohio 31; 600 N.E.2d 661 (Ohio 1992); 1992 Ohio LEXIS 2504)이다. 피고인 Eric Schaim은 그의 양딸과 관련된 강제적 강간으로 기소되었다. 피해자인 그의 양딸 Rhonda는 그녀가 10대가 되기 전부터 일정한 형태의 성적 학대를 했으며, 그녀가 20살이 될 때까지 그러한 성적 학대가 지속되었다고 증언했다. 처음에 등을 문지르는 것으로 시작한 성적 학대는, 그녀가 10살 내지 11살 정도가 되자 성적 애무의 형태로 변화하였다. 그녀가 10대 중반이 되었을 때 성적 학대의 형태가 쿤닐링구스(cunnilingus) 여성 성기에 대한 구강성교)나 유사한 다른 형태의 성적 행위로 다양하게 단계적으로 확대되었다. 피고는 이러한 성적 행위를 Rhonda가 잘못된 행동을 할 때 체벌의 형태로, 혹은 특전에 대한 보상의 형태로 요구했다. Rhonda가 20살이 되었을 때 피고는 2차례에 걸쳐 그녀와 질 성교를 했다. 그리고 그는 이 2차례의 강제적 강간(forcible rape)으로 기소되었다. 오하이오주 최고법원은 이사건의 쟁점을 R.C. 2907.02(A)(2)에 의해 요구되는 강제력 요건에 관한 것이라고 판단하고 이러한 피해자의 증언이 “고의적으로 다른 사람에게 강제력 혹은 강제력의 위협을 수단으로 복종하도록 강요하는 성적 행위”에 대한

강요' 요건을 충족하기 위해 피해자가 보호받을 만한 존재여야 한다는 보호의 논리는, 과거 커먼로의 강간죄에 대한 태도와 다르지 않다.

강간죄에서 '저항요건의 폐지'가 재판과정에서 또 다른 인권의 침해를 야기하는 성차별적인 법현실을 극복하는 데에 있다면, 강간죄의 문제는 단지 저항요건이나 확증요건을 여성에게 부과하는가의 여부에만 한정되지 않는다. 문제는 저항이나 확증이 있어야만 그 여성의 성적 자율성에 관한 침해를 인정하는 사회문화적 맥락이며 사회의 성별권력구조에 있다. 이러한 구조적 상황에서 여성은 성적 주체로서 인정받지 못하고 보호받아야 할 대상이거나 성적인 대상이 된다. 이러한 규범적 여성상에 대한 문제제기 없이 단지 저항요건을 요구하게끔 했던 피해자의 '비동의 요건'을 삭제하고 '강제력 요건'만을 고려하는 시도로는 커먼로(common law)의 전통적 강간죄 판단에서 피해 여성을 끊임없이 변화시키는 저항요건과 확증요건을 폐지시킴으로써 달성하려던 성평등을 위한 목표는 이루어지기 어렵다.

문제는 '강제적 강요'의 개념적인 확장 자체가 아니라 성별화된 강간의 현실에서 그 '강제적 강요'가 어떻게 설명되고 해석되어지는가이다. 즉, 강제력 요건을 누구의 관점과 경험에 의해 무엇을 판단하고 있는가, 누구의 언어로 누구에게 질문하는가에 대한 물음을 제기하는 것이 필요하다.

(2) '합리적 공포' 기준의 한계

형법에서의 합리성은 유죄판결을 위한 객관적인 기준으로 제시된다. 한국과 마찬가지로, 미

유죄를 입증하지 못한다고 판시했다. 주 최고법원은 피해자가 4살짜리 아이였던 *State v. Eskridge* 판결(38 Ohio St.3d 56, 526 N.E.2d 304, (1988); id. at 7)을 인용하면서, "피해자가 어린 아이인 경우 부모가 이들에게 미치는 영향이 막대하고 어린이들이 그들의 부모에 대해 의존하기 때문에 부모에게 저항할 수 있는 실제적인 힘이 없기 때문에, 이러한 상황에서 강제력의 최소 정도라도 강제적 강간의 요소를 만족시킨다. ... 하지만 이와 같은 논리는 어른의 경우에는 적용되지 않는다"고 주장했다. 물론 오하이오주 최고법원의 경우 "강제력"의 요건을 신체적 강제력으로 한정시켜 해석한다는 점에서 *Rhodes* 판결과는 차이가 있지만, 4살짜리 아이의 취약성과 20살 여성의 취약성을 비교하면서 (당연하게도) 성인여성의 취약성이 인정되지 않는다는 이유로 유죄판결을 파기하는 방식의 "취약성"의 논리적 틀을 통한 해석은 *Rhodes* 판결과 유사하다. *Schaim* 판결에서 보여지듯이, 이러한 이론적인 틀로는 장기간 성적 학대에 시달려온 피해자의 행위에 대한 맥락을 설명할 수 없기 때문에 결국 장기간 아동성폭력 및 강간의 피해여성의 인권 침해가 법에 의해 방조되는 납득하기 어려운 결과가 발생하게 된다. 강간 범죄를 보호가 필요한 '취약성'의 논리적 틀로 이해하는 것은, 결과적으로 여성의 몸과 섹슈얼리티에 관한 침해에 대한 법의 보호를 실질적으로 불가능하게 만들뿐이다.

국의 형사법 체계에서도 유죄를 입증할 정도로 증거가 충분한가에 대한 법원의 기준은 “사실 확인자(fact finder: 배심)가 합리적 의심의 여지없이 피고가 유죄라는 결론을 내릴 수 있을 정도로 증거가 충분한가”의 여부에 있다. 특히 강간죄의 경우, 성차별적인 저항요건과 확증요건의 폐지 이후 ‘어떻게 강제력 요건을 객관적으로 판단할 수 있을 것인가’에 대한 고민의 대안으로 이러한 합리성이 제시되었다.

미국법원은 [강제력을 행사하겠다는 위협이 성립하기 위해서] 피해자가 즉각적이고 심각한 신체적 해악을 두려워하는 상태에 놓여야 하고, 피해자의 공포(fear)는 객관적으로 보아 합리적이어야 한다는 입장을 취하고 있다. (‘합리적 공포(reasonable fear)’의 요건) 그런데 ‘강제력 행사의 위협’이 반드시 명시적일 필요는 없고 가해자의 언동에 의해 암시적으로 행해질 수 있다¹⁶⁵⁾.(조국, 2003:38-9)(강조는 인용자)

이러한 합리성의 기준은 물리적 폭력이 없는 ‘강제적 강요의 위협’으로 강제적 성교가 성립한 사례들에 적용이 된다. 그리고 이렇게 신체적 강압이 아닌 강제적 강요의 위협만이 존재한 상황에서 이루어진 강간들은 주로 이는 관계에서 발생하는 단순강간의 사례들일 경우가 대부분이다. 그렇다면 저항요건과 확증요건을 대체하는 “강제적 강요”의 개념확장을 지지해주는 ‘합리성의 기준(합리적 두려움의 요건)’은 과거 커먼로에서의 강간죄가 가졌던 성차별적인 측면을 개선하는가?

(가) *State v. Alston* 판결¹⁶⁶⁾

1984년 노스캐롤라이나주 최고법원의 결정인 *State v. Alston* 판결은 전형적인 데이트 강간으로 단순강간의 사례이다¹⁶⁷⁾. 노스캐롤라이나 주 최고법원은 피고인 Alston에게 2급 강간¹⁶⁸⁾과

165) 캘리포니아주 형법은 강간죄에서 필요한 ‘협박(duress)’을 “통상의 민감성(susceptibility)을 가진 합리적인 인간을 강제하는 데 충분한 강제력(force), 폭행(violence), 위협 또는 보복의 직접적 또는 암시적 위협”이라고 정의하고 있다. Cal. Penal Code §261(b), §262(c); 조국(2003:39)에서 재인용.

166) 312 S.E.2d 470 (N.C. 1984)

167) 피고인 Edward Alston과 고소인이자 증인인 Cottie Brown은 6개월 동안 합의한 성관계를 맺어왔다. Brown은 [그들이 나눈] 성관계에 대해 증언했는데, 그들의 관계를 때때로 즐긴 적도 있지만 대부분 피고가 그녀의 옷을 벗기고 성교를 하는 동안 수동적인 태도를 유지했다고 말했다. 그녀는 때때로 그들의 합의에 의한 성관계에서 “다소의 폭력”이 있었다고 증언했다. 피고는 피해자가 돈을 주지 않는 다거나 그가 원하는 것을 하는 것에 대해 거부했을 때 그녀를 몇 번 때린 적이 있다.(돈 주기를 거부

납치에 대해 증거불충분을 근거로 상급법원과 항소법원(The Court of Appeals)¹⁶⁹⁾에서 내린 유죄 판결을 파기하고 무죄선고를 내렸다. *Alston* 판결에서의 문제는 ‘동의’가 아니라 ‘강제력’이었다 (Estrich, 1995:148). 노스캐롤라이나주 최고법원은 “피해자에 의해 신체적 저항이 없었더라도 성교

해서 때렸을 때 피고는 [동거하던 공간에서] 나왔다.) 피해자는 그에게 그들의 관계를 끝내기를 원한다는 말을 하지 못했는데, 그 이유는 그가 화낼까봐 무서워서였다. (그녀가 *Alston*과 동거하던 곳에서 나온 후인) 6월 15일 피고가 학교에서 그녀 앞에 나타나 그녀의 길을 막고 그녀의 새로운 주소를 알려달라고 요구했다. 그녀가 그에게 이야기해주길 거절했을 때, 그는 그녀의 팔을 움켜쥐고 그녀가 그와 함께 가야 한다고 말했다. 그녀는 그의 말을 들었다. 그들이 그 주변을 걷고 있을 때, 피고는 그녀의 얼굴을 (손으로 움켜쥐며 자신에게) “고정시키고” 그녀의 어머니에게 그가 “장난하는 것이 아님을 보여주겠다”고 협박했다. 피고는 다시 그녀가 어디로 이사갔는지 물었고, 그녀는 만약 그녀가 그에게 새 주소를 말해준다면, 그녀를 가도록 내버려두겠다고 물었다. 피고는 그들의 관계가 끝났다고 물었고 그녀는 그렇다고 말했다. 그리고 나서 그는 자신이 그녀와 다시 성교할 권리를 가진다고 말했고, Brown은 아무런 대답도 하지 않았다. [그들은 전에 성관계를 한 적이 있는 그들의 친구 집으로 갔다]. 왜 그녀가 떠나려고 했냐는 질문을 받았을 때, Brown은 대답했다. “갈 수 있는 곳이 아무 곳도 없었어. 몰라. 나는 그냥 몰랐어”. 피고는 그녀에게 “준비되었는지”를 물었고, 그녀는 그에게 “아니, 나는 그와 성관계를 갖고 싶지 않아”라고 말했다. 그는 그녀를 앉아있었던 의자로부터 끌어내려 그녀의 옷을 벗기기 시작했다... 그녀는 그녀의 바지를 다시 위로 잡아당겨 옷을 바로 했다. 피고는 다시 그녀의 바지와 블라우스를 벗겼다. 그는 그녀에게 침대로 가서 누우라고 말했다. 그녀는 그 요구에 응했고 피고는 그녀의 다리를 벌리고 성교를 했다. Brown은 스스로가 그를 밀어내려고 하지 않았다고 증언했다. 그녀는 성교하는 동안 울었다. 성교 후 그들은 대화를 했다. 피고는 그녀에게 그가 그녀가 살고 있는 곳에 대해 거짓말을 하지 않을 것이라고 확신하길 바란다면 만약 그녀가 그에게 말하지 않는다면 그녀를 그냥 두지 않을 것(let her up)이라고 말했다. [Brown은 그 날 후 경찰에 신고했다. 피고는 6월 15일 이후 Brown에게 계속 전화를 했으나, 그녀는 그를 만나기를 거부했다. 어느 날 저녁, 그는 공중전화 부스에서 전화를 해서 그녀에게 그가 이야기를 해야 한다고 말했다. 그가 그녀의 아파트에 왔을 때 그는 그녀의 문을 차면서 위협했고, Brown은 그를 안으로 들어오도록 했다. 일단 안으로 들어오자 그는 단지 그가 그녀와 대화하고자 했다고 이야기를 하면서, 그러나 그는 그녀를 만난 후에 다시 성관계를 하기 원한다고 이야기를 했다. Brown은 그녀가 앉아서 그를 쳐다보자, 그가 그녀에게 키스하기 시작했다고 말했다. 그녀는 그를 밀쳐냈으며, 그는 그녀를 잡고 침실로 끌고 갔다. 그는 구강성교를 했고, 그녀는 그녀가 그와 싸우려고 노력하지 않았는데, 그녀가 그것을 즐기고 있다는 사실을 알았기 때문이라고 증언했다. 아침까지 둘은 함께 머물렀으며, 밤에 몇 번의 성교를 했다. Brown은 그 사건을 경찰에 즉시 말하지 않았는데, 그 이유가 그녀 스스로가 당황하고 있었기 때문이었다. id. at 472-3.

168) G.S. § 14-27.3. Second-degree rape

(a) A person is guilty of rape in the second degree if the person engages in vaginal intercourse with another person:

- (1) By force and against the will of the other person; or
- (2) Who is **mentally disabled, mentally incapacitated, or physically helpless**, and the person performing the act knows or should reasonably know the other person is **mentally disabled, mentally incapacitated, or physically helpless**.

(b) Any person who commits the offense defined in this section is guilty of a Class C felony.

(강조는 인용자)

169) 61 N.C.App. 454, 300 S.E.2d 857

의 행위가 그녀의 의사에 반해 이루어진 증거가 입증될 수 있다. 그러나 그것은 2급 강간의 유죄를 성립하도록 하는 강제력의 요건을 입증하는 데에는 불충분하다”¹⁷⁰⁾고 판시했다.

[이 사건에서] 피해자의 동의가 없다는 사실에 대한 충분한 증거는 있지만, 피고에 의한 강제력이나 위협으로 인해 피해자가 ‘피고인과 성교하지 않으면 상해를 입을 것’이라 믿었다는 실질적인 증거가 없었다. 비록 Brown의 피고에 대한 일반적인 두려움(*general fear*) 이 강간 이전의 [연애기간동안의] 그의 행동으로 의해 판단되었던 것이라고 하더라도, 6월 15일 있었던 성행위에 ‘저항하고자 하는 피해자의 의지’[피해자의 결의]를 억압하는 강제력 혹은 위협이 사용되었다는 근거로 ‘일반적인 두려움’을 제시하는 것은 강간죄의 유죄를 입증하기에 충분하지 않다.¹⁷¹⁾(강조는 인용자)

주 최고법원은 피고의 성교 전 행위가 피해자를 저항하지 못하게 하는 강제력의 위협이라고 인정하지 않았다. 법원이 학교 밖에서 피고가 Brown의 팔을 움켜쥐고 얼굴을 고정시키는 등 사용했던 강제력과 위협들이 “비록 두려움을 자아내는 것이기는 하지만”, “성교행위와는 무관한 것”이라고 판단했다. 이러한 판단의 이유는 피해자가 그녀가 가진 두려움의 원인이 단지 피고인이 그 날 한 행동 때문이라기보다는 그 이전 그와의 관계에서 있었던 경험 때문이라고 증언했기 때문이다¹⁷²⁾.

피고인의 행동에 대한 Brown의 반응은 전적으로 [과거 연애기간 중] 그들이 합의에 의한 성관계를 맺을 때의 반응과 같았다. [과거] 그들이 합의에 의해 성관계를 할 때 Brown은 대부분 피고가 그녀의 옷을 벗기고 성교를 하는 동안 수동적인 태도를 유지했고, 때때로 그들의 합의에 의한 성관계에서 “다소의 폭력”이 있었다고 증언했다. 6월 15일 Brown의 행동 역시 ... 그녀가 증언했던 이전의 합의된 성관계를 구성하는 행동이었다. 그러므로, 피고인이 당시 그녀를 강간하려는 고의를 가지고 있었다는 실질적인 증거는 없다.¹⁷³⁾

여기서 법원이 합의에 의한 성관계와 강간을 나누는 기준은 무엇인가? Brown은 Alston의 지속적인 폭력과 강간을 견디다 못해 그에게 아무 말도 없이 몰래 그들이 동거했던 집을 빠져

170) *id.* at 470.

171) *id.* at 476.

172) *id.* at 476.

173) *id.* at 475.

나와 숨었다. 주 최고법원의 법관들이 “**합의**에 의한 성행위의 양식(강조는 인용자)”이라고 해석했던 행위는 분명 (Brown이 실제로 도망쳐야 할 정도로) 동의된 행위가 아니었다. 그들이 연애하는 관계에서 있었던 “약간의 폭력”을 수반했던 성관계는 사실상 ‘동의없이’ ‘강제력을 이용하여’ ‘성교’했다는 점에서 데이트관계에서 일어난 강간이다. 그러나 법원은 Alston의 관점과 경험에서 Brown이 ‘거부’하고 ‘울었으며’ Brown에게 ‘폭력을 당한 것’이 그들이 나누었던 성행위의 양식이라고 판단하고, “Alston이 그녀가 그와의 합의에 의한 성관계를 하지 않았다고 생각할 이유가 아무것도 없다¹⁷⁴⁾”고 주장한다. 그리고 이 사건이 “동의없이 이루어졌고” Brown에게 피고에 대한 ‘일반적인 두려움’이 있었다는 것을 인정하면서도, “강제력도 없었던” 사건이라는 모순적인 판단(Estrich, 1995:149-50)을 내린다.

Alston과의 이전 관계에서 비롯된 Brown의 ‘일반적 두려움’이 강제적 성행위에 대한 저항을 억압하는 ‘합리적 두려움’으로 인정되지 않는 이유는, 법에서 (신체적이든 심리적이든 간에) 강제력과 이것이 유발하는 두려움의 합리성(reasonableness of the victim’s fear)을 정의하고 설명하는 경험의 남성의 것이기 때문이다. 그렇기 때문에 Alston과의 관계에서 ‘몰래’ 도망칠 정도로 그의 폭력과 일상화된 강제적 성행위로 인해 만들어진 Brown의 ‘두려움의 경험’을 그가 다시 그녀에게 같은 행위를 하려는 상황에서 그녀의 저항의사를 억압하는 강제력으로 판단하지 않는다.

에스트리치(1995:151)는 이러한 방식의 강제력 구성이 여성의 비동의를 ‘극도의 저항을 입증하는 것’으로 요구했던 이전 법의 태도와 다를 바 없다고 지적한다. 강간죄의 구성요건이 지속적으로 남성의 경험과 관점에 기초한 언어로 구성되는 동안, 그 어떤 구성요건의 해석이든 지속적으로 강간 등의 폭력으로 인한 여성의 고통의 경험을 무시하는 결과를 가져온다. 결국 강간의 문제를 제기하는 순간, ‘저항요건’이든 ‘강제적 강요 요건’이든 간에, 강간죄 판단의 초점은 언제나 피해자에게 맞추어지게 된다. 강제력의 존재여부에 대한 결론은 남성이 정당하게 행동했는가에 대한 질문의 답으로 도출되는 것이 아니라 여성 피해자가 정당하게 행동했는가에 대한 것으로 나타난다.

Alston 사건처럼 가해자와의 이전 관계로 인해 피해자가 위협을 느끼는 경우도 있지만, 현재의 사회문화적 맥락 속에는 ‘강간 자체에 대한 두려움’이 여성에게 그러한 강제력이 되는 경우

174) id, at 475.

도 존재한다. Buchwald(1993:188)는 강간문화(rape culture) 속에서 여성들의 심리적인 영역 안에 성적 공격에 대한 두려움이 일상적으로 존재한다고 주장한다. 이로 인해 여성들은 자신이 공격 당할지도 모른다는 두려움 속에 지속적으로 놓이며, 자신의 행동-말이나 옷입는 방식, 행동의 양식 등-을 스스로 검열하게 된다. “강간문화는 바로 협박의 문화”라는 Buchwald을 말을 빌리자면, 강간법에서 요구되는 강요의 위협은 이미 강간 자체의 행위 혹은 강간의 가능성에 포함되어 있다.

특이하게도 법원이 이러한 강간 자체의 행위나 강간의 가능성에 내포되어 있는 ‘폭력에 대한’) 위협’을 강간죄가 아닌 다른 범죄에서 인정하기도 한다. 1983년 테네시주 최고법원의 *State v. Witherspoon* 판결에서의 쟁점은, “피고인이 피해여성에게 와서 방향을 물어보면서 차문을 열도록 유인한 후, 차 문을 닫지 못하게 서서 그녀의 돈이 든 가방을 움켜쥐었던 행동이, 강도죄의 유죄확증을 위해 요구되는 ‘돈을 강탈하는 것을 가능케 할 정도의 피해자에게 두려움을 불러일으켰다’는 상관관계를 입증할 수 있는가”였다. 피해 여성은 “그 당시 나는 돈이 있다는 것도 있었다. 내가 생각할 수 있었던 유일한 것은 그가 나를 강간하려 한다는 것이었다”라고 진술했다. 그리고 법원은 “피해자가 ‘두려움’에 질렸는지 여부를 판단하는 기준은 주관적”(강조는 인용자)이라며 피해여성의 강간에 대한 두려움을 강도죄에서 요구하는 두려움으로 인정하고 강도죄 유죄평결을 지지했다.¹⁷⁵⁾ 그러나 강간죄에서의 ‘합리적인 두려움’을 판단할 때는 다른 죄와 달리 더욱 엄격한 기준을 요구된다. 1979년 고립된 장소에서 피해자에게 모텔대행업자라고 신분을 속인 그녀보다 훨씬 몸집이 큰 가해자와 단 둘만이 있는 상황에서 피해자가 두려움을 가지는 것이 합리적이지 않다고 판단한 *Goldberg v. State* 판결¹⁷⁶⁾이나 1975년 실험중인 심리학자로 자신을 속여 그의 아파트로 유인한 후 성교를 거절하는 그녀에게 자신이 강간이나 살인을 할지도 모른다는 암시를 주었던 것이 ‘합리적 두려움’을 형성하는 것으로 판단하지 않았던 *People v. Evans* 판결¹⁷⁷⁾에서는 모두 ‘강간에 대한 두려움’ 자체를 ‘합리적인 두려움’으로 인정하지 않았다(Estrich, 1995:159-61).

객관적인 판단의 기준으로 여겨지는 ‘합리적 두려움’은 그것이 여성의 섹슈얼리티와 관련된

175) 648 S.W.2d 279 (Tenn. Crim. App. 1983); Estrich(1995:165)에서 재인용.

176) 41 Md. App. 58,395 A. 2d 1213 (Md. Spec. App. 1979)

177) 85 Misc.2d 1088, 379 N.Y.S.2d 912 (N.Y. Sup. Ct. 1975), *aff'd*, 55 A.D.2d 858, 390 N.Y.S.2d 768 (N.Y.App. Div. 1976)

죄일 때와 그렇지 않을 때 그 해석과 적용이 다르게 판단된다. 이러한 차이는 특히 섹슈얼리티에 관하여 남성적 욕망과 쾌락, 경험의 중심성이 강하다는 것을 보여준다. 공격적이고 강제적인 남성 섹슈얼리티를 정상화하는 사회에서, 이성애적 성관계시 강제적 성에 대해 가지는 여성의 두려움은 정상적인 성행위의 과정일 뿐이다. 이러한 사회에서 ‘합리적 두려움’을 판단하기 위한 질문은 “그 여성이 두려워하였는가”라기보다는 “여성이 두려워할 만하다고 합리적으로 남성의 경험에서 판단할만한가”이다.

(나) *Rusk v. State* 판결¹⁷⁸⁾

1979년 *Rusk v. State* 판결과 1981년 *State v. Rusk*¹⁷⁹⁾의 소수의견은, 강간문화 속에 살고있는 여성의 경험과 관점이 ‘합리적인 두려움’의 내용을 설명하지 못한다는 것을 보여준다¹⁸⁰⁾. *Rusk* 사건은 법학자들에 의해서도 매우 활발하게 논란이 된 신체적인 폭행이 없는 단순강간의 사례이다. 이 사건의 쟁점은 ‘신체적 폭행이 없음에도 불구하고’ 피해자에게 행사된 강제력(의 위협)을 어떻게 판단하는가에 있다¹⁸¹⁾.

178) 43 Md. App. 476; 406 A.2d 624; 1979 Md. App. LEXIS 398 (1979), *rev'd*, 289 Md. 230; 424 A.2d 720; 1981 Md. LEXIS 165 (1981)

179) 289 Md. 230; 424 A.2d 720; 1981 Md. LEXIS 165 (1981)

180) 1979년 *Rusk v. State* 판결은 여성의 경험이 볼티모어 형사법원에서 2급 강간과 폭행으로 유죄선고를 받았던 항소인인 Edward Salvatore Rusk가 ‘강간의 유죄를 입증하는 증거 불충분’을 이유로 항소한 것에 대한 판단이었다. 1979년 판결은 메릴랜드주의 특별항소법원(Court of Special Appeals of Maryland)에 의해 양 방(en banc)의 형식으로 공청되었는데, 이는 평상시의 인원수에 의하여 구성된 배심원단에 의해서가 아니라 메릴랜드주 특별항소심법원, 메릴랜드주 최고법원인 항소법원 등 모든 상소법원들의 판사들에 의해 소송이 심리되었음을 의미한다(Estrich, 1995:151-2). 특별항소법원은 8 : 5로 유죄판결을 파기하였다. 그러나 1981년 메릴랜드주의 최고법원인 항소법원(Court of Appeals)은 4 : 3으로 다시 피고인의 강간죄 유죄 판결을 유지했다(id, 152).

181) 피해자 Pat은 친구와 함께 술집(bar)을 방문했다가, 자신의 친구와 인사를 나누는 항소인 Rusk를 처음으로 만나 약 5분 내지 10분 정도 대화를 나누었다. 대화가 끝난 뒤, 그녀는 떠날 준비를 했고 항소인이 집까지 태워주기를 부탁하자 그녀는 동의를 하고 항소인의 집으로 갔다. 그들이 항소인의 집으로 도착한 후, 항소인은 그의 아파트로 함께 올라가자고 요청했고 그녀는 거절했다. 그는 계속 해서 그녀에게 함께 올라가자고 졸라댔고, 그녀는 두려움을 느끼기 시작했다. 그녀가 그에게 함께 가지 않을 것이라는 그녀의 결심을 설득하려고 애쓰자, 항소인은 그녀의 차에서 차 열쇠를 빼고 그녀의 쪽으로 문을 열며 “이제 올라가겠느냐?(Now will you come up?)”라고 말했다. 그 후 피해자는 그에게 그녀가 그러겠다고 말했다. 그녀의 진술에 의하면, “그 때에 (올라가겠다고 했던 이유는), 그가 나의 차 열쇠를 가지고 가서 무서워지기 시작했기 때문이었다. 나는 무엇을 해야 할지 몰랐다. 나는 심지어 그곳에 대해서도 알지 못했다. 그곳은 도시 안 어디였다. 나는 도망가야 할지 아닐지도 알지 못했다. 나는 정말, 그 순간, 무엇을 해야할지 생각하지 못했다. 이제, 나는 내가 경적을 울렸어야 했다는 것을 안다. 나는 도망가야만 했었다. 내가 (그 때에) 할 수 있었던 수백만 가지의 일들이 있었다. 그 때에는, 나는 너무

메릴랜드주의 강간죄에서 중요한 구성요건은 강제력이다. 메릴랜드주의회는 *Hazel v. State* 판결¹⁸²⁾ 이후 Md. Code, Art. 27, §463의 2급 강간죄의 규정에 “(1) **다른 사람의 의사에 반해 혹은 동의없이 강제력이나 강제력의 위협에 의해 질삽입 성교**”(강조는 인용자)에 포함시켰다. 비 동의를 통해 강제력을 정의하지만 상대방의 ‘동의여부’에 대해 강조함으로써 저항이나 확증요건에 관한 요구가 부가되지 않도록 하기 위해, 메릴랜드주 특별항소법원은 *Winegan v. State* 판결¹⁸³⁾을 인용하면서 이러한 강제력의 판단기준으로 다음과 같은 ‘객관적인 기준’을 제시하려고 한다.

피해자의 강간에 관한 주장이 상처나, 타박상 혹은 흐트러진 옷에 의해 입증되지 못할 경우, 피해자의 동의가 없었다고 판단하기 위해서는 당시 피해자가 가진 두려움이 **합리적인 판단 (reasonable apprehension)에 기초한 두려움(fear)**이라는 입증이 필요하다. ... 피고의 행위나 위협으로 인해 야기된 피해자의 내심-피해자가 놓여있는 상황과의 연관 속에서의 두려움이 충분히 진지하고 합리적인 것이라면 그러한 행위와 위협은 강제력과 마찬가지로의 행위이다.¹⁸⁴⁾(강조는 인용자)

메릴랜드주 특별항소법원과 항소법원의 소수의견을 낸 3명의 판사들은 이 사건에서 성행위

두려워서 그런 것들 중 어느 것도 하지 못했다.(id, at 2)” 그들이 아파트로 올라왔을 때, 항소인은 욕실로 들어갔다 나왔고 그동안 피해자는 혼자 있었다. 하지만 그동안 피해자는 그곳을 탈출하려는 어떠한 시도도 하지 않았다. 항소인 그녀를 침대로 끌고가 그녀의 블라우스를 벗기기 시작했을 때 그녀는 스스로 그녀의 바지를 벗고 그의 옷도 벗겼다. 그녀는 “그가 (그녀에게) 그렇게 하도록 요청했기 때문에” 그렇게 했다고 진술했다. 그들이 옷을 벗은 후, 피해자는 항소인에게 자신을 떠나게 해달라고 애원하면서, “시내로 가면 원하는 것을 함께 할 다른 여자들을 얻을 수 있다”라고 말했지만, 그는 계속 “아니야”라고 말했다. 그 순간부터, 그녀는 정확히 묘사하기 어렵지만 “정말 두려워졌다”고 증언했다. “그 때 나는 정말 무서웠다. 그 이유는, 당신들도 알다시피, 무슨 말을 들었는지를 내가 묘사할 수 없기 때문이다. 그것은 말이라기 보다는 그의 눈에서 보였던 어떤 표정 때문이었다. 그래서 나는 그 순간 말했다. 내가 무슨 말을 하는지도 몰랐지만, 나는 ‘만약 내가 당신이 원하는 것을 한다면, 나를 죽이지 않고 보내주겠냐’고 말했다. 그 순간 나는 그가 무엇을 하려고 하는지를 알지 못했기 때문에, 울기 시작했다. 내가 울자, 그는 나의 목에 그의 손을 놓고 가볍게 목을 조르기(lightly to choke me) 시작했다. 그리고 나는 ‘만약 내가 당신이 원하는 것을 하면, 나를 가게 해줄겠냐?’로 물었고, 그는 ‘그러겠다’라고 대답했다. 그 이후 나는 그가 원하는 대로 (구성성교와 질성교를) 했다.(id. at 5)”

182) 221 Md. 464, 469, 157 A.2d 922, 925 (1960). *Hazel* 판결에 따르면, “강제력은 (강간)범죄의 본질적인 요소이며, 유죄를 확정하기 위해서는 피해자가 저항하고 그녀의 저항이 강제력에 의해 억압되거나 혹은 그녀가 그녀의 안전에 대한 위협으로 저항을 억압당해야 했다는 결론을 이끌어내도록 증거가 있어야 한다.” 이 판결이후 강간의 구성요건 중 강제력과 동의의 결여를 구분하여 판단하게 되었다.

183) 10 Md. App. 196, 200, 201, 268 A.2d 585 (1970)

184) 1979 Md. App. LEXIS 398, at 8.

에 대한 신체적인 저항이 없었다고 판단하고, 저항 혹은 탈출의 시도를 억압당할 정도의 두려움이 존재했는지 여부에 대해 검토한다. 특별항소법원은 “피해자가 합리적으로 두려워할 만 했는가”라고 질문을 던진 후, ① “피고가 차의 열쇠를 가져한 행위가 그녀의 차량으로 그곳을 빠져나가지 못하게 했을 수도 있으나 거리에서나 혹은 집안에서 도움을 요청해 피하는 것은 그다지 어려운 일이 아니고¹⁸⁵⁾, ② 늦은 밤 도시에 대한 다소 낮은 부분이 존재했다는 상황은 “**통상의 21살의 (기혼)여성의** 의사를 억압할 정도로 충분히 두렵지 않다¹⁸⁶⁾”(강조는 인용자)고 판단되고, ③ 피고에 의한 “가볍게 목을 조르는 행위”는 사실 “진한 애무”일 수 있기 때문에 충분히 두렵지 않았다고 판단되며¹⁸⁷⁾, ④ “그가 보는 방식”을 Hazel 판결에 의해 요구되는 두려움(fear)으로 인정할 수 없기¹⁸⁸⁾ 때문에, “강간에 대한 피해자의 저항을 억압당할 정도로 합리적인 어떠한 두려움도 찾지 못했다”는 이유로 유죄판결을 파기한다¹⁸⁹⁾.

놀랍게도, 특별항소법원과 항소법원의 소수의견은 모두 합리적 두려움을 판단하는 근거로 “평범하고, 지적인 21살의 건강한 여성¹⁹⁰⁾”의 기준을 내세운다. 이는 마치 여성의 경험을 기준으로 ‘합리적 두려움’을 판단하는 것으로 보인다. 그러나 법원은 “평범하고 지적인 21살의 건강한 여성”의 관점에서 합리적인 두려움을 판단하는 것이 아니라 상대 남성의 관점에서 ‘평범하고 지적인 21살의 건강한 여성이 어떻게 행동하는 것이 합리적인가’에 대해 질문한다. 법원은 그 여성이 “만약 내가 당신이 원하는 것을 한다면, **나를 죽이지 않고** 보내주겠나?”(강조는 인용자)고 물어보면서 두려움에 질려 울고 있는 상황에서 상대방의 “가볍게 목을 조르는 행위” “진한 애무”로 판단했다. 이러한 판단은 과연 그 울고 있는 여성의 경험인가, 아니면 “가볍게 목을 조르는” 남성의 경험인가? 법원이 Rusk의 관점으로 피해자의 두려움을 평가한다. 법원이 ‘합리적인 두려움’을 판단하는 기준으로 가져오는 것은 남성의 관점이고 경험이다. 실제 Rusk에게 그 날 있었던 일은 ‘일종의 거친 성관계’였을 뿐이었다¹⁹¹⁾. Rusk 사건에서 법원은 “가해자의 눈에 나

185) id. at 7.

186) id. at 9.

187) id. at 9.

188) id. at 7.

189) 1979 Md. App. LEXIS 398, at 14; 1981 Md. LEXIS 165, at 33-4 (Cole, J., dissenting).

190) 1979 Md. App. LEXIS 398, at 10; 1981 Md. LEXIS 165, at 33 (Cole, J., dissenting)

191) 그는 피해자를 강간하고 난 이후 피고가 피해자를 강간한 이후 그녀를 그녀의 차에까지 데려다 주고 다음에 또 만날 수 있는지를 묻는 등(id. at 5) 그날 밤에 있었던 모든 일이 데이트였던 것처럼 행동했다.

타난 어떤 표정을 보고 두려워지기 시작했다”는 피해자의 증언이 두려움의 존재를 입증한다고
으로 판단하지 않았다. 그러나 강간문화에 대한 Buchwald의 통찰에 따르면, 피해자의 이러한
반응은 ‘강간당할 것에 대한 두려움’에서 비롯되는 것이다. 피해자가 두려워하며 “당신이 원하는
것¹⁹²⁾”라고 말했던 표현은 강간을 의미하는 것이었다¹⁹³⁾. 피해자가 강간에 대한 두려움을 갖는
것은 여성의 섹슈얼리티를 대상화하고 피해자화(victimized)하는 강간문화 속에서 오히려 당연하
다는 의미에서 ‘합리적인’ 행동일 것이다.

Rusk 사건에서 벌어졌던 모든 상황은 이성애 데이트의 관계에서 벌어지는 남녀간의 의사소
통의 실패인가? “피해자가 울면서 ‘만약 내가 당신이 원하는 것을 하면, 나를 가게 해줄겠나?’로
물었을 때 ‘그렇게 하겠다’로 대답하며” 그 순간을 이용했던 Rusk가, 피해자의 일련의 반응을
자신과의 성관계를 원하고 있음을 보여주는 한 표현이라고 생각했다고 믿기는 어렵다. 오히려
Rusk는 피해자의 거절 의사를 의식했음에도 불구하고 그것을 무시해도 ‘큰 문제가 아닌 것’으로
생각하고 피해자의 몸과 섹슈얼리티에 대한 폭력을 행사한 것이다. Rusk의 행위에 대한 특별항
소법원의 무죄판결은, 강간을 정상적인 성애(sexuality)로 범주화하고 구성하는 효과를 가진다. 이
러한 남성성과 남성 섹슈얼리티의 정상화 과정은 여성의 경험을 드러내는 언어를 ‘합리성’의 영
역 바깥으로 밀어낸다.

1979년 Rusk 판결은 여성의 경험을 배제하는 법의 합리성의 구성에 대한 비판없이 저항요건
을 폐지하는 등의 요건상 변화만을 통해 고전적 커먼로의 오류를 해소하려는 시도가 실패할 수
밖에 없는 프로젝트라는 사실을 보여준다. Rusk 판결에서 강제력 요건이 주요한 쟁점임에도 불
구하고 모든 판단의 초점은 피해자에게 있다.

그녀의 “나는 정말 무서웠다”라는 말이 ‘동의’나 ‘단순한 거리낌’을 ‘강제력’에 의한 어쩔 수 없
는 복종으로 변형시킬 수는 없다. [피고에 대한 그녀의 순종을 강제적 강요에 대한 위협으로

192) 1979 Md. App. LEXIS 398, at 5.

193) 심문과정에서 상담원이 “그녀가 무엇을 두려워했는지 묻자, Pat는 ”그“라고 대답했다. 그리고 그가
무엇을 하려하기 때문에 그녀가 두려워했는가에 대해 묻자, 그녀는 ”나를 강간하는 것, 그러나 나는
그렇게 말하지 않았다. 그것은 그가 열쇠를 가져갔을 때, 그가 나를 쳐다보는 방식이었고, ‘위로 올라
가자, 위로 올라가’라고 말했던 것이었다. 나는 잘못되었다는 것을 알았다. 나는 단지 “당신은 나를 강
간하려고 하는가?”라고 말하지 않았을 뿐이다”라고 대답했다.(1979 Md. App. LEXIS 398, at 26
(Wilner, J., Dissenting))

판단하는 것은 여성을 유혹하는 모든 남성들을 강간범으로 만들 것이다. 그녀는 단지 무서움에 얼어붙는 것이 아니라 ‘자극심이 있는 여성들의 자연스러운 본능’에 충실하게 낮선 사람이나 원치 않는 친구가 그녀에게 가하는 성폭행을 막았어야 한다. 그녀는 스스로 ‘그런 성행위가 자연스런 자존심에 비추어 볼 때 정말 역겹고 싫은 것’이라고 여기고 있다는 사실을 분명히 나타냈어야 한다. 그녀는 피고인이 그의 목적을 달성시키기 위해 물리적인 힘을 행사하겠다는 의도를 객관적으로 보여주지 않았다면 저항했어야 한다.¹⁹⁴⁾ (강조는 인용자)

어떤 강제력이 문제가 되는지를 입증하는 방식은 결국 피해자의 저항에 따라 정의되는 것이다. “피해자가 합리적으로 두려워할 만한” 상황임을 입증하기 위해서 피해자는 피고가 욕실에 가있는 동안 왜 피해자는 탈출을 시도하지 못했는가? 피고가 차의 키를 빼앗을 때 경적을 울리거나 비명을 질러 주변인들에게 도움을 요청하지 않았는가? 등의 질문에 답해야 하는 것이다. 이러한 태도는 Rusk가 강간범인가보다는 Pat이 진짜 피해자인가의 문제에 초점을 둘 뿐이다¹⁹⁵⁾.¹⁹⁶⁾

후에 Rusk 사건은 1981년 메릴랜드주 항소법원의 *State v. Rusk* 판결에 의해 2급 강간의 유죄가 인정되었다. 항소법원과 특별항소법원의 소수의견도 피해자가 가졌던 두려움의 합리성에 대해 판단했다. 그러나 1981년 판결은 Rusk에게 무죄를 선고했던 1979년 *Rusk v. State* 판결과 판단의 기준이 같았음에도 불구하고, “피해자가 두려워했으며 성교에 동의하지 않았고 피고의 행동이 합리적으로 피해자의 두려움을 유발하는 강제력이 된다”는 배심의 논리를 지지했다. 하지만 강제력 요건에 대한 해석이 쟁점이었던 Rusk 판결에서 이러한 유죄판결은 피해자의 증언에 나타난 객관적이고 유일한 신체적인 강제력인 ‘가벼운 목조름’을 과도하게 확대 해석함으로써 가능해졌다. 사실상 둘이 옷을 벗고 침대에 들어가가기까지는 전혀 강제력이 쓰이지 않았다. ‘가벼운 목조름’은 그녀가 침대에서 울기 시작했을 때 발생한 것이지, 강간의 원인으로 발생한

194) 1981 Md. LEXIS 165, at 33 (Cole, J., dissenting)

195) id. at 46-9(Cole, J., dissenting)에서의 논쟁을 참조할 것.

196) *State v. Rusk* 판결은 다음과 같이 판시하였다. “이 사건에서 본질적으로 사실의 쟁점은 법적인 명령을 통한 통제에 입각하여 사건을 해결할 수 있는 지점인 설득이 끝나고 강제력이 시작되는 지점이 어디인가에 있다. 신체적인 해악에 대한 두려움을 상대방이 가지게 하기 위해 강제력의 위협이 특정한 방식으로 이루어질 필요는 없다. 사실, 말보다 행동이 위협적일 수 있다. 피해자가 동의하도록 압박 당하는 동안 도움을 요청하기 위해 비명을 지르거나 도망치려고 시도하지 않았다는 사실은, 그녀가 폭력의 두려움에 의해 억압당한 곳에서는 검토할 필요가 없는 사항이다(1981 Md. LEXIS 165, at 1)”.

것이 아니다(Estrich, 1995:156). 강간 자체에 대해 두려움을 갖는 여성의 경험과 관점의 언어를 배제한 상태로 '두려움'의 기준이나 내용이 구성되었을 때, 피해자가 Rusk에 의해 당한 강제력의 존재와 내용을 설명하지 못한다.

나. '비동의(nonconsent)' 요건에 대한 해석과 한계

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

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

(1) 고의의 판단기준인 '동의에 대한 합리적 신뢰'에 대한 비판

미국의 대부분의 주는 강제력과 비동의 요건을 동시에 모두 판단한다. 하지만 영국이나 알래스카주 등의 경우처럼 강간법에서 '비동의요건'만을 명시하는 주들이 있다. 그러나 이러한 주에서도 완전히 강제력에 관한 요구를 완전히 배제하지는 않기 때문에, 동의의 결여를 강제력의 증거를 통해 보여줘야 하는 경우가 발생하기도 한다. 또한 이러한 '비동의요건'을 판단할 때 동의에 대한 남성의 신뢰가 비합리적(unreasonable)이었다는 사실을 입증해야 하는 경우도 있다.

에스트리치는 강간사건의 쟁점을 피고의 고의(*the mens rea*)로 형성하는 것이 피해자의 행위와 태도에 대해 강조를 상대적으로 축소시킴으로써 여성에 대해 진보적인 발전이 될 수 있을 것이

라고 주장해왔다(Estrich, 1986:1094-1132). 이렇게 피고의 고의를 중요한 재판의 쟁점으로 삼는 태도는 몇몇 재판관할에 존재한다. 캘리포니아주의 경우 이러한 요소를 피고의 상대방의 동의에 대한 “합리적인 신뢰”라고 표현하고 영국이나 캐나다의 경우에는 “진지한 혹은 정직한 신뢰”라고 표현한다. 하지만 피고의 행위가 아닌 피고의 고의(정신적 상태)에 대한 질문으로 옮기는 것이 강간당한 여성에 대한 재판이 그 여성에게 초점을 맞추는 것을 막기 위한 방법이 되지 않는다. 오히려 범죄의 정신적 요소(고의)를 부인하거나 동의에 대한 오인된 신뢰(또한 소위 사실이 되는 동의 사실에의 착오)를 주장하는 것은 강간주장에 대한 피고인의 방어(혹은 확정적인 방어) 수단이 된다.

피고의 고의에 재판의 쟁점을 두는 것은 오히려 피해자의 ‘동의’에 대한 판단의 권한을 가해자에게 두는 결과를 가져온다. 왜냐하면 가해자의 인식이 성관계가 강간인지 화간인지 여부를 정의할 때 판단요소가 되는 곳에서는, 피고인이 피해자의 동의에 대한 신뢰를 주장하는 것만으로 강간죄 성립을 무효화할 수 있다. 비록 성관계가 강요되었고 여성이 그 성관계 혹은 강제를 원하지 않았더라도, 만약 가해자가 피해자가 동의했다고 (잘못) 믿었다면, 강간은 일어나지 않은 것이 되는 것이다¹⁹⁷⁾.(MacKinnon, 2001b:831-2)

이러한 결과가 발생하는 이유는, 법에서 피고인에게 “강간의 고의가 없었다는 것을 확실하게 입증하라”고 요구하는 것이 아니라 “피고인이 피해자의 동의에 대해 합리적으로(혹은 진정으로) 신뢰했는가?”를 질문하기 때문이다. 여기서 비동의 요건을 판단할 때 “동의에 대한 남성의 신뢰가 비합리적이었는지”를 파악하는 것은 “상대방이 동의하지 않았다는 것을 인식시킬 정도로 저항했는가”의 다른 말이다. 여기서 다시 합리성에 관한 질문은 가해자의 고의에 대한 것이 아닌 피해자의 행위에 대한 것이 된다.¹⁹⁸⁾ 결국 동의인가 아닌가의 결정 권한은 ‘남성’에게 주

197) 이러한 사례로 *People v. Mayberry* 판결(542 P.2d 1337 (Cal. 1975)P과 영국판례인 *Regina v. Morgan* 판결(A.C. 182, 2 All E. R. 347 (1976)), *Regina v. Cogan* 판결(2 All E.R. 1059(C.A. 1975))이 있다. 아내강간 사례로도 유명한 판례인 *Regina v. Morgan* 판결에서 법원은 강간죄 성립을 위해 특정한 고의가 요구된다고 판시했다. 이 사건에서 “피고인 피해자의 남편은 그녀의 친구들에게 그녀의 아내가 ‘변태적(kinky)’이며 강제당하는 것이 그녀가 ‘성적으로 흥분되는’ 방법이라고 말하고, 친구3명을 시켜 아내를 강간”하였다. 배심은 “진지한 신뢰(honest belief)가 고의를 부인한다”며, “비록 비합리적이었지만, 동의에 대한 신뢰가 정직하게(honestly) 지지”되었다고 판단하고, 친구의 초대로 친구의 아내를 강간한 피고들에게 무죄를 선고하였다.

198) 매사추세츠주는 동의에 대한 합리적이고 선하고 믿을만한 신뢰를 강간에 대한 방어로 인식하지 않는 몇 안 되는 주중에 하나이다. *Commonwealth v. Ascolillo*, 541 N.E.2d 570 (Mass. 1989) 판결은 피해자의 동의의 결여 및 결정적인 강제력, 폭력, 그리고 위협의 증거가 있었던 사례이다. 당시 the supreme Judicial Court는 만약 피고가 합리적으로 그리고 진정으로 피해자가 동의했었다고 믿었다면

어진다.

(2) '저항요건'으로의 회귀

1992년 펜실베이니아주 상급법원(Superior Court)의 *Commonwealth v. Berkowitz* 판결¹⁹⁹⁾은 같은 주의 1986년 *People v. Barnes* 판결²⁰⁰⁾과는 상반된 것이었으며, 더 이상 “저항요건의 폐지 원칙”을 적용하는 것 자체를 무의미하게 만든 대표적인 판례이다.

Barnes 판결²⁰¹⁾에서 법원은 “강간죄의 유죄입증을 위해 피해자의 저항행위가 과도하게 요구되어야 하는 것이 아니며, 그 상황에 따라 상대방의 의사표시에 따라 충분하다”고 판결을 내렸다. *Barnes* 사례²⁰²⁾는 전형적인 단순 강간의 판례인데, *Berkowitz* 사례와 비슷한 요소를 많이 가

피고는 무죄라는 사실을 배심원에게 실시할 것을 거절한 것은 옳은 것이라고 지지했다. 비슷한 판례로, *Commonwealth v. Simcock*, 575 N.E.2d 1137 (Mass. App. Ct. 1991) 판결 —동의에 대한 선택 신념 신뢰가 방어가 아니라고 말한 판사에 대한 기피신청을 넘어 유죄를 선고— 이 있다.(MacKinnon, 2001b:833)

199) 415 Pa. Super. 505; 609 A.2d 1338; 1992 Pa. Super. LEXIS 1377 (1992), *aff'd in part*, 641 A.2d 1161 (Pa. 1994)

200) 42 Cal. 3d 284; 721 P.2d 110; 228 Cal. Rptr. 228; 1986 Cal. LEXIS 219 (1986).

201) 항소인인 Barnes는 배심원에 의해 캘리포니아 형법 §261(2) 강간과 §236 불법감금에 대해 유죄평결을 받았다. 이 판결에 대해 Barnes는 항소하였고, 항소 법원(the court of appeal)은 피해자의 저항요건을 명시한 구형법 §261의 적용을 따라 실질적인 증거에 의해 입증되지 않았다는 선고를 파기했다. 항소법정에서 항소인은 이 법 하에서 증거가 강간에 대한 그의 유죄를 입증하는 것으로 불충분하다고 주장했다.

202) 피해자인 Marsha M.은 사건이 일어났던 해(1982년)의 약4년 전부터 Barnes를 알았다. 그들은 이웃이었고 아는 관계였다. 사건 전, Marsha M.은 마리화나를 사기 위해 그의 집을 방문한 적이 있었고, 사건발생 2주 전 그녀의 집에서 함께 와인을 마시기도 했다. 강간 사건이 발생한 날(1982년 5월 27일) 오후 10시경에도 Barnes는 Marsha M.에게 전화해서 함께 술을 마시자며 그녀를 초대했다. Marsha M.은 망설이다가 마리화나를 사기 위해 그의 집밖에서 만날 약속을 하고 새벽 1시경 그의 집을 방문했다. 그들은 Barnes의 집 정문에서 만났고 그는 그녀에게 집으로 안으로 들어가 약간의 마리화나를 같이 피우자고 제안했다. Marsha M.은 아침 일찍 일어나야 한다며 거절했으나 결국 그의 제안에 따라 집안으로 들어가 “평범한 대화”를 나누며 마리화나를 함께 피웠다. Barnes는 약간의 코카인도 제공했지만, 그녀가 거절하며 “서둘러 떠나야 한다고 계속 말했다”. 10내지 15분 후, Barnes는 Marsha M.을 껴안기 시작했을 때, 그녀는 그를 밀어냈으며, 그에게 멈추라고 말했다. 하지만 Barnes는 그녀의 거절을 진지하게 받아들이지 않고 계속 그녀에게 접근거렸다. Marsha M.은 그에게 일찍 일어나야 하기 때문에 그가 그녀에게 마리화나를 주고 그녀가 갈 수 있도록 해주기를 원한다고 반복해서 말했다. 그리고 그녀는 작별인사를 하고 자리에서 일어났고, 그 순간까지 분위기는 그리 나쁘지 않았다. 하지만 그녀가 집을 나가기 위해 정문으로 나갔을 때 갑자기 Barnes는 화를 내기 시작했고 그녀와 말싸움을 하기 시작했다. (그녀는 마치 그가 “강간범 혹은 어떤 것”인 것처럼 행동했었다고 말했다. Marsha는 항소인의 행동을 “정신 이상”인 것처럼 성격 묘사를 했다.) 문을 어떻게 열지 몰라 Marsha M.은 그에게 문을 열어달라고 부탁했으나, Barnes는 단지 그냥 서서 그녀를 보고 있었다. (Marsha는 몇 번을 그가

지고 있다. 둘이 서로 안면있는 관계라는 점에서도 그렇지만, 물리적인 강제력이 없었고 비슷한 상황에 대해 가해자와 피해자의 경험해석이 다르다는 점에서도 그렇다.

Barnes는 사건이 발생했던 그 날 밤의 모든 과정을 “합의된 성관계”라고 주장했으며, 실제로 그렇게 이해했다. 그는 “Marsha에게 ‘공짜로’ 약간의 마리화나를 주었고 마리화나를 함께 피웠기 때문에”²⁰³⁾ Marsha가 자기와 성행위를 한 것이 그에 대한 어떤 종류의 보상이라고 생각하고 있었다. 그는 Marsha에게 “성적으로 그녀에게 매혹되었고 그녀가 그렇게 빨리 떠나기를 원치 않았다”고 말했고, 아무런 논쟁없이 함께 성관계를 했다고 주장했다.²⁰⁴⁾ 정문에서 그녀가 집으로 돌아가는 것을 막았던 그의 행동에 대해 Marsha가 위협적이라고 느낀 것과 달리, Barnes는 그 상황을 “계속 이야기를 했다(they continued to talk)”고 표현했다.

처음 Barnes가 항소를 했을 때 항소법원은 아래와 같은 이유로 유죄판결을 파기하였다.

머리를 들어올리면서 (마치 때릴 것처럼) 등을 곳곳이 세웠다고 증언했다. 그녀는 이러한 제스처에 위협을 느꼈으며, 그가 그녀를 칠 것이라고 믿었다.) 20분간의 논쟁 끝에 Marsha M은 그를 설득했고, Barnes는 그녀가 떠날 수 있도록 해주겠지만, 우선 그의 신발을 신을 필요가 있다며 그의 방으로 되돌아갔고 Marsha는 따라갔다. 하지만 그들이 방으로 다시 돌아간 후 Barnes는 계속 불평을 해댔고 신발을 신는 동안 계속 화를 내며 그녀에게 설교를 하기 시작했다. (몇 번 항소인은 말하기를 멈추었고, 그녀를 “기묘하게(funny)” 바라봤다.) 그리고 그는 그녀에게 자신이 “남자”라고 말하고 그의 팔에 있는 근육을 보여주면서 그녀를 협박하기 시작했다. 그는 그녀의 스웨터 목깃을 움켜잡고 그녀에게 그가 그녀를 한 손으로 잡을 수 있으며 그녀를 던져버릴 수 있다고 말했다. 싸우려는 태도를 보이면서, 그는 “너 이거 보여? 나는 남자야. 너는 나를 남자처럼 존중해야해. 나는 아이가 아니야”라고 말했다. 그리고 Barnes는 그의 과거 성폭력 사실들(sexual exploits)을 말했다. 그는 말했다: “나는 암캐(bitch)들을 내가 원하는 어떤 것이든 하게 했어. 나는 암캐들이 나를 빨도록 한 적이 있지... 나는 그들이 그렇게 하게 했어. 나는 너를 내가 원하는 어떤 것이든지 하게 할 수 있어. 알아들어?” 어떤 순간에 Barnes는 “네가 나의 좋은 면을 보는 데에 매우 익숙해져있다. 이제 너도 나쁜 면을 알게 되었다”라고 말했다. 그리고 나서 그는 조용해졌고 그녀를 노려보았다. Marsha는 Barnes가 자신을 폭행할 것이라고 생각했고 그에게 그가 그녀를 때리는 것을 원하는지에 대해 물으며, 그녀가 그와 싸울 수 없다고 말했다. (그들이 방에 다시 들어온 지 40분이 지난 후) Barnes는 갑자기 태도를 바꾸어 Marsha를 다정스럽게 껴안기 시작했다. Marsha는 (잠박에 나가기 위해) 그들이 함께 그녀의 집으로 가자고 제안했으나, Barnes는 그녀에게 그의 부모님이 집으로 돌아올 것에 대해 걱정하지 말라고 말했다. 그는 계속해서 그녀를 껴안고 그녀에게 말을 하였다. 몇 분 후, Barnes는 “나는 바로 지금 어떤 것을 해야만 한다”고 말했고, Marsha에게 그녀의 옷을 벗으라고 말했다. 처음에 Marsha는 거절했으나 Barnes는 그녀에게 그를 당황하게 한다면 몇 가지 유형의 제스처를 취하기 시작하자, 그녀는 옷을 벗기 시작했다. 성교행위는 한 시간동안 지속되었으며(이 과정에서 Marsha가 키스를 되돌리는 일도 있었다), 그 후 그와 Marsha는 둘 다 잠이 들었다. Marsha가 새벽 4시 정도에 깨어나 항소인을 부추겨 그녀를 나갈 수 있도록 했고, 그녀가 집으로 돌아오자마자 그녀는 즉시 병원에 진찰을 요청하고 The Sexual Trauma Center로 가서 성병 검진을 받았다. 그리고 그 다음날 경찰에 신고하였다.⁴² Cal. 3d 284, at 288-291.

203) id, 291.

204) 그는 그녀가 그렇게 급하게 떠난 것에 대해 의아했다고 진술했다. id, at 291

(이 사건에서) (1) Marsha를 성행위에 동의하도록 강요한 신체적인 강제가 없었으며, (2) Marsha가 자신의 옷을 스스로 벗었고 항소인의 접근에 대한 **명시적인 거절이나 무시할 수 없는 저항(measurable resistance)없이** 그의 요구에 응했고, (3) 항소인이 **Marsha의 거절이나 수동적인 저항과 관계없이** 그녀와 성교를 하려고 했다는 결론을 합리적인 의심의 여지 없이(beyond a reasonable doubt) 내릴 정도로 신뢰할만한 증거가 수사기록에 있지 않다. (4) 이 사건에서의 수사기록은 "단지 **Marsha의 저항행위가 전달되지 못했다는 주장**"만을 보여 줄 뿐이다.²⁰⁵⁾ (강조는 원문)

그러나 주 최고법원은 항소법원이 "주의회가 형법§261(2)의 저항요건을 폐지한 법개정의 의미를 이해하지 못했다"며 "구 형법§261의 구성요건을 적용하는 오류를 저질렀다"고 지적하고 피고인인 Barnes에게 강간죄의 유죄를 선고했다. 주 최고법원은 다음과 같은 판단의 기준을 제 기했다.

§261(2)을 성립하게 하는 유죄의 증거가 충분한지를 판단하기 위해서 법원은 피해자를 두렵게 한 강제력이나 언어적 혹은 비언어적 협박이 있었다는 사실을 보여줄 정황을 찾아야 한다. 또한 **고소인의 행위와 그 강제력의 정도에 따라** 그녀의 두려움이 진심이었고 합리적으로 근거있는 것인지를 평가되어야 한다.... 이를 판단하기 위해 심판관(배심원)은 가해자로 지칭된 자의 행위 혹은 피해자로 추정된 자 중 하나에만 초점을 맞추는 것이 아니라 둘 모두의 반응에 무게를 둬으로서 동의에 관해 판단해야 한다.²⁰⁶⁾

이러한 기준을 구체적인 사실관계에 적용했을 때 주 최고법원은 Barnes의 말보다는 Marsha의 증언을 더 신뢰하며, "§261(2)의 규정하에서 불법적인 신체적 상해와 즉각적인 두려움에 의해 강간의 구체적인 증거를 제시하고 있다²⁰⁷⁾"고 평가했다. 주 최고법원은 지속적으로 "가야 한다"고 말했던 Marsha의 증언을 신뢰했으며, 그 정도의 언어적 거부행위를 통해 Marsha의 비동의를 확인하였다("그녀는 그녀가 떠날 수 있도록 마약 거래를 하지는 그녀의 바램을 반복해서 말했다. 그녀는 첫 번째 항소인의 신체적 접근에 대해 그를 밀어내고 그에게 멈추라고 말함으로써 거절했다."). 주 최고법

205) id, at 293.

206) id, at 304.

207) id, at 305.

원은 “서로 대화를 나누었다”라는 Barnes의 증언보다는 “가해자가 화를 내고 어떤 제스처(등을 세우는)를 했다”라는 Marsha의 증언을 더 신뢰했다. 그리고 “가해자가 화를 낸 것과 어떤 제스처(등을 세우는)”를 피해자의 비동의 의사를 억압하기 위해 사용된 강제력으로 인정했다. 또한 “만약 그와의 성교를 허용하지 않는다면 항소인으로부터 신체적 폭력을 당할 것이라는 Marsha의 두려움은 성실했고 합리적이었다고 합리적으로 결론을 내렸다”²⁰⁸⁾ 그리고 오히려 항소인이 “그의 성적 접근에 대한 Marsha의 거절과 떠나게 해 달라는 반복적인 요구를 종합해서 그의 위협적인 행동이 그녀의 의사를 존중하기보다는 억압할 수 있다는 사실을 깨달았어야 했다”며, 그것을 알아채지 못했던 항소인의 태도가 오히려 ‘비합리적’이었다고 비판한다²⁰⁹⁾.

법원이 같은 행위에 대해 진술한 피해자와 항소인의 경험 중 피해자인 Marsha을 더 ‘합리적’이라고 판단할 수 있었던 것은 여성의 경험을 통해 강간 이전의 일련의 과정을 바라보았기 때문이었다. 법원은 물리적인 폭력이 존재하지 않아도 피해자가 공포를 느낄 수 있다는 것을 인식했으며, 그러한 공포로 인해 신체적으로 저항하지 못했다는 것도 인식했다. 그리고 “집에 가야 한다”는 피해자의 표현을 거부의 의사표시로 이해했으며, 이러한 비동의에 대한 판단을 통해 강간죄의 성립여부를 판단했다.

Barnes 판결에서 주 최고법원은 저항요건을 폐지하려는 주의회의 목적이 단지 명시적인 저항요건의 규정상 폐지하는 데에 있는 것이 아니라 성차별적인 강간죄의 적용과 판단의 문제를 시정하려는 데에 있다는 점을 정확히 이해했다. 그렇기 때문에 피해 여성의 경험이 배제되었던 이전판례와 달리 피해자의 관점과 언어를 기준으로 합리성을 판단할 수 있었던 것이다.

그러나 8년 후인 1992년 Berkowitz 판결에서 주 상급법원은 Barnes 판결과 정반대의 해석을 내렸다. Berkowitz 판결의 내용을 한마디로 설명하자면, “‘안돼’라는 비동의만으로 실질적인 강제력을 입증하는 데에 충분치 않다(no" is not alone sufficient to prove use of actual force)²¹⁰⁾”라는 것이다. Berkowitz 판결 역시 대표적인 단순 강간 사건이며, 안면있는 관계에서의 강간 사건이며, 비동의간음 사건이다²¹¹⁾. 이 판결은 현재 미국의 다수 관할이 채택하고 있는 입장을 보여준다.

208) id, at 305.

209) id, at 305.

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

211) 1988년에 대학 내 기숙사에 발생한 이 사건의 항소인과 피해자는 모두 (사건당시) 대학교 2학년이었다. 그 둘은 서로 친구의 친구였기 때문에, 안면이 있는 관계였다. 사건 당일, 피해자는 자신의 기숙사

Berkowitz 사건에서 배심은 항소인에게 강간과 강제추행의 유죄를 평결했다. 이 사건의 쟁점은 신체적인 강제력이 없는 상황에서 이 사건에서 일어난 강제적 성관계가 피해자가 “마지막해 복종”하도록 했던 “합리적인 결의의 사람이 저항을 못하게 하는 강제적 강요의 위협”이 존재하는가에 관한 것이었다. 배심은 피해자의 비동의를 강제력을 입증한다고 판단했다.

강간은 신속했고 피해자는 신체적으로 억압되었다. 그녀가 피고를 알고 있었기 때문에, 피해자는 그에게 두려움을 가지거나 그를 의심해야 할 어떠한 이유도 없었으며, 그녀의 언어적 저항행위는 비동의를 입증할 수 있다. 더욱 중요한 것은, 그녀가 실제로 동의를 하지 않았다는 사실이 충분히 의미가 있다는 것이다. 그녀의 곤경에 대해 완전히 깨달을 시간을 가지기 전에 피고가 그녀를 누르고 침대로 밀고 그녀에게 삽입했다. 만약 법이 동의를 결여보다 적극적인 저항을 요구한다면, 빠른 삽입은 가장 폭력적인 공격에 면역을 주는 것이며, 목적을 추구한 강간범에게 부조리한 보상을 주는 결과를 낳을 것이다. 확실히 피해자는 그녀의 반대 의사에 대해 전달했다. 펜실베이니아주 법은 그녀가 “단지 안돼라고 말할” 수 있다고 말한다. [피해자]는 “안돼”라고 말했다. 그녀는 반복해서, 분명하게 그리고 단호하게 그것을 말했다.

에서 약간의 술을 마시고 그녀의 남자친구를 만나기 위해 기숙사의 라운지로 갔다가, 한참을 기다리게 되자 자신의 친구의 방을 방문했다. 방에 들어갔을 때 자고 있는 사람을 보고 친구인줄 알고 깨웠으나, 그는 친구의 룸메이트인 항소인이었다. 그녀가 방을 나가려 하자 항소인은 잠시 놀자(hang out)고 권했고 그녀는 “시간을 보낼 필요가 있었기 때문에” 방에 남아 함께 이야기를 하기 시작했다. 항소인은 그녀에게 그에게 등을 문질러 주기를 부탁했지만 그녀는 그를 “신뢰하지” 않는다고 설명하면서 거절했다. 다시 항소인은 그녀에게 그의 침대 위에 앉으라고 권했지만, 대신 그녀는 바닥에 앉았다. 잠시 후, 항소인은 침대에서 벗어나 바닥으로 내려왔고, “기회를 엿보다”가 그녀에게 키스를 하기 시작했다. 피해자는 “이봐, 나는 갈꺼야. 나는 나의 남자친구를 만나러 가야해”라고 말함으로써 거부 의사를 밝혔지만, 항소인은 그녀의 셔츠와 브라를 들어올렸고 그녀를 애무하기 시작했다. 피해자는 계속해서 “안돼”라고 말했다. 대략 30초 가량의 키스와 애무 후에, 항소인은 “그의 바지를 벗고, 그는 그의 몸을 약간 위로 움직이는 식의 행동을 하였다.” 피해자는 여전히 “안돼”라고 말했지만, “실제 움직일 수는 없었는데, 항소인이 그녀의 몸으로 위치를 옮겼고 그래서 그녀의 위에 있었기 때문이었다.” 그리고 나서 항소인은 그녀의 입에 그의 성기를 집어넣으려 애썼다. 피해자는 육체적으로 저항할 수 없었지만, “꾸짖는” 방식으로 “안돼. 나는 갈꺼야. 나를 가게 해줘”라고 말하면서, 약간 구두로 항의를 계속할 수 있었다. 그들이 일어서기 전까지 10 혹은 15초 이상이 지났다. 항소인은 피해자의 “가야 한다”는 지속적인 불평을 무시했고, 문까지 두발로 걸어가 밖에서 아무도 들어오지 못하게 하기 위해 문을 잠갔다. 그 후 피해자는 항소인에 의해 침대로 “밀었고(push)”, 항소인은 그녀의 sweatpant를 벗기고 그녀의 다리 한 쪽으로부터 속옷을 벗기고 성기를 삽입하였다. 피해자는 침대에 있는 동안 육체적으로 저항하지 않았는데, 성기삽입 약30초 후 항소인은 그의 성기를 뺐으며 피해자의 배 위에 사정했다. 그리고 난 후 즉시 항소인은 피해자에게서 떨어지고, “와우, 나는 우리가 단지 정신을 잃었던 것이라고 생각해”라고 말했다. 이에 대해 피해자는 “아니. 우리가 정신을 잃었던 것이 아니라, 네가 정신을 잃었던 거지”라고 반박했다. 피해자는 재빨리 옷을 입고, 그녀의 학교 책들을 움켜쥐고 라운지에서 그녀를 기다리고 있는 그녀의 남자친구에게 달려 내려갔다. 일단 거기에 가지마자, 피해자는 울기 시작했다. 그녀의 남자친구와 그녀는 그의 기숙사 방으로 갔다. 그녀의 남자친구는 피해자가 그녀의 배에 묻은 항소인의 정액을 닦아내는 것을 본 후에, 경찰에게 연락했다. (1992 Pa. Super. LEXIS 1377, at 1-7)

그녀는 빠르게 강제로 강간당했으며, 법의 보호를 받을 가치가 있다.²¹²⁾

그러나 펜실베이니아주 상급법원은 배심이 판단했던 ‘비동의’만으로 강제력을 입증할 수 없으며, 이 사건에서 피해자에게 어떠한 신체적인 강제나 협박이 없었다는 판단이 합리적이라고 판시하고 피고인에게 무죄를 선고하였다. 주 상급법원이 문제로 삼은 것은 가해자의 행위에 대한 피해자의 다음과 같은 진술이었다.

“그의 몸으로 피해자의 등을 밀어내는 식의 행동을 했다. 그것은 [정확히 말하자면] 완전히 밀어붙이는 행위는 아니었다. 그것은 일종의 기대는 행동이었다.” 그 다음 항소인은 “**눈치를 보다가**” 그녀에게 키스를 하기 시작했다.²¹³⁾

항소인은 나는 침대에 눕혔다. 이 때 그는 나를 침대로 던지지 않았다. 설명하기 힘든데, 그것은 일종의 밀기(push)같은 거였지만...” 그녀는 침대에서 튀어 오르지 않았다(bounce off). “그것은 일종의 낭만적인 느낌의 느린 행위가 아니었지만, 빠른 밀어붙임도 아니었다. 그것은 그 중간 정도의 어떤 것이었다.”²¹⁴⁾

피해자는 침대에 있는 동안 육체적으로 저항하지 않았는데, 그것은 항소인이 그녀의 몸 위에 있었고 “그녀가 어떤 곳으로든 갈 수 없을 것 같기 때문”이었다. 그녀는 소리를 칠 수도 없었다, 그것은 “지금 일어나는 일이 꿈에서 일어나는 어떤 것 같았기” 때문이었다.²¹⁵⁾

항소인은 그의 손을 사용해서 그녀의 질 속으로 그의 성기를 “**이끌었다(guide)**”. 항소인이 그녀의 안으로 들어온 이후, 그 때에, 피해자는 다시 “안돼, 안돼.”라고 말하기 시작했다. “**부드럽게 일종의 웅얼거리는 방식으로(softly in a moaning kind of way)** ...단지 너무 무서웠기 때문에...”²¹⁶⁾ (강조는 인용자)

주 상급법원은 무서웠다거나 “몸이 놀려 움직일 수 없었다”는 그녀의 진술은 제외한 채, 그녀의 설명이 강제력이 없었다는 것의 증거라고 설명한다. “항소인이 피해자의 몸을 ‘미는’ 행위가 *Rough* 판결에서 피해자가 바닥에 피해자가 바닥에 때려눕혀지고, 맞은 정도의 폭력이 아니었고, 항소인이 피해자에게 ‘키스하면서 몸으로 누른 정도’는 *Meadows* 판결²¹⁷⁾처럼 피해자의 신

212) id, at 21-22.

213) id, at 4.

214) id, at 5.

215) id, at 5.

216) id, at 5-6.

217) 381 Pa.Super. 354, 356-60, 553 A.2d 1006, 1008-09 (1989)

체적 저항에도 불구하고 바닥에 ‘고정되었던’ 것 정도가 아니었으며, 구강성교를 거절하고 피해자와 함께 일어나 문을 잠근 행위는 *Rhodes* 판결처럼 ‘고립된 공간으로 데리고 가 피해자를 차에 가둔’ 정도가 아니었다. 뿐만 아니라 피해자를 침대 위에 ‘낭만적인 방식이 아니지만 또한 빠른 밀어붙임도 아닌 방식으로 놓은 것’은 *Irvin* 판결처럼 피고자의 손에 의해 피해자의 고향이 막히고 질식되는 정도의 것도 아니다.”

물론 펜실베이니아주 대법원은 *Rhodes* 판결을 통해 “강간을 피해자에 대한 신체적 상해에 의해서가 아니라 피해자의 의지에 미치는 영향에 의해서 정의”해왔고, 펜실베이니아주의회에 의해 “피해자가 기소 시 행위자에게 **저항할 필요가 없다**”²¹⁸⁾(강조는 인용문)라고 명시적으로 요구하고 있다. 하지만, 주 상급법원은 피해자의 비동의가 있었음에도 불구하고 “합리적으로 보기에” 어느 정도까지는 이루어져야 하는 저항이나 강제력이 없었기 때문에, “피해자가... 그 또는 그녀의 의지에 반해서 성교를 강요당했는가에 관한 질문이 남을 수밖에 없는 것”²¹⁹⁾(강조는 인용자)이라고 판단한다. 즉, 비동의에 대한 판단을 위해 강제력만이 아니라 ‘저항’요건까지도 필요하다고 판단하는 것이며, 이러한 상급법원의 태도는 강간죄성립을 위한 저항요건을 다시 불러오는 것이다. 그렇기 때문에 주 상급법원은 “그녀가 결코 비명을 지르거나 도움을 청하려고 시도하지 않았다”는 사실을 지적하면서 ‘구조요청’에 관한 확증요건도 요구한다²²⁰⁾. 대학 기숙사에서 오후에 일어난 일이기 때문에 도움요청을 하는 것이 합리적임에도 불구하고, 도움을 요청하지 않은 사실은 피해자가 ‘동의를 하지 않았음에도 불구하고 강제로 성관계를 한 것은 아니라는 사실’을 합리적으로 만들어준다는 것이다.²²¹⁾

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

219) *id.* at 24.

220) *id.* at 12.

221) 펜실베이니아주 상급법원은 사건과 직접적으로 연관이 없는 과거의 피해자와 피고인간의 관계에 대한 이 정황을 중요한 판단의 근거로 활용한다. 그리고 이러한 정황은 피해자를 불리하게 만들었다. 피해자는 사건이 발생하기 대략 2주전에, 그녀가 <‘안돼’는 때때로 “예”를 의미하는가?>라는 제목의 학교 세미나에 참여한 적이 있다는 사실을 증언하였다. 다른 이야기를 하는 와중에, 강사는 인간 성기의 평균 길이와 둘레에 대한 이야기를 했다. 세미나 후, 피해자와 그녀의 친구 몇몇은 세미나의 주제에 대해 항소인과 그의 룸메이트인 피해자의 친구와 함께 스피커폰을 통해서 토론을 했다. 피해자는 그 전화를 통한 대화가 이루어지는 동안, 항소인에게 그의 성기의 길이에 대해 질문한 적이 있었다. 피해자에 따르면, 항소인은 피해자가 “여기로 와서 그것을 확인하라”고 제안하는 것으로 응답했다. 그녀는 거절했다. 그리고 이 사건이 발생하기 전 피해자와 항소인은 2번정도 더 만난 적이 있었는데, 모두 이 사건이 일어나던 날과 유사한 방식으로 피해자가 약간의 술을 마시고 항소인의 방에 우연이 들렀기 때문에 일어난 만남이었다. 이 두 번의 방문 중 한번 피해자는 그의 침대에 누웠던 적이 있었다. 항소인의 증언

이렇게 강간죄 성립을 위한 저항요건과 확증요건이 다시 요구되는 이유는 법원이 가해 남성의 입장에서 피해자의 행위를 판단하기 때문이다. 그로 인해 가해남성의 입장에서 피해자가 동의하지 않았음을 보여줄 수 있는 저항행위와 주변 정황에 관한 확증 요건이 더 요구되는 것이다. 상급법원은 가해남성의 입장에서 피해자 행위에 대한 피해자와 항소인의 각각 다른 진술 중 피해자의 행위에 대한 항소인의 평가가 더 ‘합리적’이라고 판단한다. 항소인은 피해자의 행위에 대해 단지 ‘추정’하고 ‘유추’하면서 “피해자가 그와의 성적 관계를 추구하기를 원한다고 어렵게 이 느꼈고”, “그러한 생각이 그녀가 (다시 술을 마신 후) 그의 방에 잠깐 들르고 그를 깨웠을 때 확인되었다고 믿었다²²²⁾”고 진술했다. 피해자가 “너무 무서웠기 때문”에 크게 말해지 못했던 거부 의사표시에 대해 항소인은 “요염하고 열정적으로 신음하며” “안돼”라고 말했다고 주장했다²²³⁾. 이 때 법원은 심지어 피해자의 거부 의사의 존재에 대해 피해자와 항소인의 그 진술이 일치함에도 불구하고 거부 의사표시가 있었다는 사실보다는 거부 의사를 “열정적인 표현”으로 해석한 항소인의 태도에 더 집중한다.

항소인에 의하면, 둘이 침대에 눕고 나서, 피해자는 그가 그녀의 옷을 벗기는 것과 그녀에게 들어가는 것을 도왔다. 그는 그녀가 침대에 있는 동안에도 계속해서 “안돼”라고 말했다고 시인했다. 그러나 조심스럽게 그 말들이 “열정적으로 끔찍대며 말해졌다”라고 설명하면서 그의 동의에 대한 추정을 적절하게 설명했다. 항소인에 의하면, 그가 “그녀의 얼굴에서 표정이 없는 것을 보았을 때(blank look on her face), 그는 즉시 물러나서 “무엇이 잘못되었느냐, 무슨 일이 있느냐, 무엇이 잘못되었느냐?”라고 물었다. 그리고 난 후 그는 더 이상 그를 “통제”할 수 없었기 때문에 그녀의 배 위에 사정했다.²²⁴⁾(강조는 인용자)

위에서 볼 수 있듯이 실제 항소인 증언의 대부분이 피해자의 행동에 대한 항소인의 자의적

에 따르면, 그녀는 다시 한번 그에게 성기의 크기에 대해 물었다고 했으나, 피해자는 그것을 기억하지 못한다고 증언했다(id, at 6-8) 본 사건과 직접적인 연관없는 피해자와 피고인간의 관계 역시 또 다른 확증요건이다.

222) id, at 8.

223) 그는 “그가 최초의 신체적 접촉을 시작했다고 증언했지만, 피해자가 그의 키스를 열정적으로 되돌림으로써 그의 접근에 따뜻하게 반응했다고 덧붙였다. 그는 그녀가 지속적으로 “안돼...라고 속삭였다”고 시인했다. 그러나 그녀가 “요염하게... 열정적으로...” 신음하는 동안 그렇게 했다고 주장했다. 그는 그러한 항의를 격려의 은근한 행위로 받아들였다. id, at 8-9.

224) id, at 9.

인 해석일 뿐이다. 항소인조차 피해자의 “안돼”라는 말을 들었다고 증언했음에도 불구하고, 그러한 거절의 의사표시를 거부 의사라고 받아들이지 않고 “열정적으로 끔찍대며 말해졌다”, “요염하게... 열정적으로...” 신음하는 동안 그렇게 했다”라고 추정한 것일 뿐이다. 강간이 끝난 뒤, 피해자의 표정에 대한 항소인의 진술은 이 사건이 분명한 강간 사건임을 보여준다. 그럼에도 불구하고 주 상급법원이 그러한 항소인의 ‘자의적인’ 해석이 더 합리적이라고 평가하는 이유는 가해 남성의 입장에서 피해 여성의 행위를 판단하기 때문이다.

Berkowitz 판례에서 알 수 있듯이, 비동의를 강간의 요건으로 판단하지 않는 법원의 태도는 1970년대 폐지되었던 저항요건이나 확증요건을 다시 고려하게끔 하는 결과를 가져온다는 점을 보여준다.²²⁵⁾ 결국 *Berkowitz* 판례에서 주 상급법원은 실제 (오후 기숙사에서 도움을 요청한다거나 비명을 지른다거나 가해자를 밀치지 식의) 저항을 하지 않았기 때문에 피해자를 강제적 강요를 받지 않았다고 판단한 것이다. 법원은 강제적 강요가 없는 곳에는 저항요건 폐지 원칙을 적용할 수 없다고 결론지었다. 즉, “비동의만으로는 강간을 입증하는 데에 충분치 않다”고 판결함으로써, 1970년대 폐지되었던 “저항요건”을 다시 불러들인 것이다.

3. 여성의 경험과 언어에 기초한 ‘동의’의 해석

아래의 주 형법의 개정은 강간죄에서 ‘동의’를 판단할 때 ‘합리성’의 다른 해석의 가능성을 보여준다. 2003년 7월 일리노이주에서 1961년의 형법상 강간법을 개정²²⁶⁾하여, “처음에 성교 후

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

226) 2003 ILL. ALS 389; 2003 Ill. Laws 389; 2003 ILL. P.A. 389; 2003 ILL. SB 406, public act 93-0389.

은 성적 접촉에 동의한 사람이 성교 혹은 성적 접촉 도중 동의를 철회하면, 어떠한 성교나 성행위에도 동의하지 않은 것으로 간주한다²²⁷⁾”라는 규정을 추가했다. 즉, 성교나 혹은 성적 접촉에 대해 동의한 사람이 그 과정에서 동의를 철회한 후에도 상대방이 성행위를 중단하지 않는다면 강간이 성립한다는 것이다. 이 같은 일리노이주의 강간법 개정은 1991년 캘리포니아주에서 제기된 강간사건에서 주 최고법원이 “성교 도중 동의를 철회했음에도 불구하고 상대방이 성행위를 계속한다면 그것은 강간이다”라고 판결을 내린 것에 영향을 받았다²²⁸⁾.

이는 그동안 페미니스트들이 주장해 온 “여성의 ‘안돼(no)’는 ‘안돼(no)’를 의미한다”라는 말이 법적으로 인정되었음을 의미한다. 다시 말하자면, 강간죄의 ‘비동의 요건’이 강제적 성관계인 강간의 가장 중요한 구성요건으로 인정받은 것을 의미하는 것이다. 이 법의 통과 이후 강간의 구성요건인 동의여부를 어떻게 볼 것인가에 대한 논란이 미국에서 지속되고 있다²²⁹⁾.

강간의 구성요건 중 “동의”에 관한 일리노이주의 태도는 동의에 관한 또 다른 판례인 1992년 뉴저지 주의 *State in the interest of M.T.S* 판결²³⁰⁾과 맥을 같이 한다. *In re M.T.S* 판결은 피해자와 항소인인 가해자가 모두 10대인 사건이며, 안면있는 관계에서 발생한 단순강간 사건이다²³¹⁾. 뉴저지의 성폭행 관련법은 “물리적 강제력 혹은 강제를 이용한 성기삽입”을 2급 성폭력

227) 2003 ILL. ALS 389, at 99.

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

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

230) 129 N.J. 422; 609 A.2d 1266; 1992 N.J. LEXIS 420 (1992)

231) 15세인 C.G.는 그녀의 엄마, 3명의 형제자매와 가해자인 항소인 17세인 M.T.S와 그의 여자친구를 포함한 몇몇의 다른 사람들 등 총 10명의 사람들과 3개의 침실이 있는 집에서 함께 거주했다. 살고 있었다. 사건이 일어나던 당시 총 10명의 사람들이 3개 침실이 딸린 시내의 집에서 거주했다. 사건 당일 일찍, C.G.는 M.T.S가 그녀에게 서너 번 그가 “그녀의 침실을 방문해 놀라게 할 것”이라고 말하는 것을 들었지만, 그전에도 그런 말을 농담처럼 했고 그녀에게 자주 집적거렸기 때문에 그의 말을 진지하게 믿지 않았다¹⁾. 2층의 방을 혼자 사용하고 있던 C.G.는, 사건 당일 새벽 1시 반경에 욕실을 사용하기 위해 깨어 일어났을 때, 그녀는 M.T.S가 완전히 옷을 입은 채 그녀의 방문간에 서있는 것을 보았다. 그러나 [그것이 별일이 아니라고 생각하고 다시 잠자리에 들었다]. 그 다음 C.G.는 그날 아침 그녀의 위에 있는 M.T.S와 함께 깨어났고 그녀의 속옷과 팬티는 벗겨져 있다는 사실을 알았다고 주장했다. 그녀는 “그의 성기가 그녀의 질 안에 있었다”라고 말했다. C.G.가 무슨 일이 일어났는지를 깨닫자마자, 그녀는 즉시 M.T.S의 뺨을 한번 때렸고, “그에게 (그녀에게서) 떨어지고 밖으로 나가라고 말했다”고 진술했다. 그녀는 비명을 지르거나 울지 않았다. 그녀는 M.T.S가 맞은 후 일분이 안되어 그것에 따랐다고 증언했다; C.G.에 따르면, “그는 그녀에게서 바로 떨어졌다”. 그녀는 그녀가 깨어나기 전 M.T.S.

범죄로 규정한다²³²). *In re M.T.S* 사례에서는 동의가 없었지만, 동시에 피고가 부가적인 강제력이나 위협을 사용했다는 어떤 증거도 없는 성기 삽입이 있었다. *In re M.T.S* 판결의 쟁점은 “단순히 ‘신체적 강제력’의 요소가 성폭행의 결과를 이루는데 필수적인 강제력 이상이 아닌 것을 수반하는 비동의적 삽입행위(non-consensual penetration)에 의해서 충족되는가 여부²³³)”였다. 뉴저지주 최고법원은 이러한 쟁점을 “이는 관계에서 강제적인 성관계와 합의된 성관계를 어떻게 구분할 것인가”라고 판단하였다.

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

가 얼마나 오랫동안 그녀의 안에 있었는지를 알지 못한다고 말했다. C.G.에 따르면 M.T.S.는 “그녀가 그것을 원하는 것이나 그녀의 방으로 들어와 그에게 오라고 말하는 것이 없이” 그녀와 성교를 실행했다. 그녀의 말에 따르면, C.G.는 다른 방법으로는 M.T.S.에 의해 상처를 입지 않았다. 다음날 C.G.는 그녀의 엄마에게 말했고 그녀의 엄마는 M.T.S.를 내쫓은 뒤 경찰에 고발하였다.(id. at 5-6) 그러나 M.T.S.는 같은 사건에 대해 다음과 같이 말했다. M.T.S.에 따르면, 그와 C.G.는 오랫동안 좋은 친구였으며, 그들의 관계는 “더 많이 가까워지고 있었다”. 그는 C.G.의 집에서 그 사건이 발생하기 전부터 약 5일 동안 살았다; 그는 그 사건 이전 3일 동안 그들은 “키스하고 껴안았던” 적이 있었으며 성교를 하는 것에 대해 토론한 적이 있었다고 증언했다. M.T.S.가 C.G.에게 첫 번째로 키스했을 때, 그는 그녀가 “그가 그렇게 하는 것을 원하지 않았지만, 후에 그녀가 했다”라고 말했다. 그는 C.G.가 반복적으로 그가 그녀의 방으로 예고했던 방문을 하도록 자극했다고 말했다. 당일 사건에 대해 M.T.S.는 C.G.가 욕실로 갈 때 그가 그녀의 방으로 들어갔으며, C.G.가 돌아온 후 함께 키스하기 시작했고 침대에 누웠으며, 서로 옷을 벗고 약 5분동안 계속 해서 키스하면서 서로를 애무했다고 말했다. 그 다음 M.T.S.는 성교를 시도했는데 몇 번의 삽입 후 C.G.가 그를 밀어내며 “그만해, 떨어져”라고 말했다고 증언했다. M.T.S.에 따르면, 약 1분후 그가 C.G.에게 무엇이 잘못되었냐고 물었지만, 그녀는 그의 뺨을 손으로 치고 “네가 어떻게 나를 이용할 수 있거나 그와 같은 어떤 것을 할 수 있느냐”고 말했다고 증언했다. M.T.S.는 그가 옷을 입으면서 C.G.에게 진정하라고 말했고, 그러나 그녀는 그에게 그녀에게서 떨어지라고 말하고 울기 시작했다. 그가 방을 나가기 전에 그는 C.G.에게 “나는 나의 진짜 여자 친구에게 갈 꺼다. 나에게 말걸지 마라... 나는 어떤 것도 너와 함께 하기를 원하지 않는다, 내 인생에서 나가라... 것에 대해 어떤 누구에게도 말하지 마라... 모든 것이 엉망이 될 것이다.”라고 말했다고 했다. 그리고 그는 아래층으로 내려가 잠자리에 들었다.

232) N.J.S.A. 2C:14-2c An actor is guilty of sexual assault if he commits an act of sexual penetration with another person under any one of the following circumstances:

(1) The actor uses **physical force or coercion**, but the victim does not sustain severe personal injury;

Sexual assault is a crime of the second degree.(강조는 인용자)

233) 1992 N.J. LEXIS 420, at 1.

여부이다.²³⁴⁾

모든 증언을 검토한 1심 배심은 피해자가 M.T.S.와의 키스와 진한 애무에는 동의를 했지만, 그럼에도 불구하고 그녀가 실제 성적 행위에 동의하지 않았다는 사실을 발견하였다. 그리고 배심은 “주가 합리적인 의심의 여지없이 2급 성폭행을 입증했다”고 결론내렸다. 이 때 배심은 N.J.S.A. 2C:14-2c(1)의 “신체적 강요(physical force)”을 “피해자의 동의없이 성교를 하는 것에 의해” 충족되는 것으로 판단했다. 그러나 그 용어가 성교를 완성시키는 데 필요한 ‘강제력 이상의 강제력’을 요구하는 규정이라고 판단한 항소법원(the Appellate Division)은 강제력이 없다는 이유로 2급 성폭력에 관한 배심의 유죄평결을 파기하였다²³⁵⁾. 주 최고법원은 이러한 항소법원의 판단이 강제력을 과도하게 요구한다고 비판하고 다음과 같이 판시했다.

동이가 결여된 성교는 강간죄의 요소인 “신체적 강요”를 충족시킨다. ‘신체적 강요’는 “비동의를 억압하기 위해 사용되는” 것으로 해석될 수 있다. 이러한 정의는 강간죄의 강제력을 다른 폭력 범죄에 수반되는 강제력과 같게 하는 것이며 성폭력이 요구하는 성교 행위시의 강제력 정도를 설명한다.²³⁶⁾

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

최고법원은 강간죄 구성요건 판단을 변화되어 왔던 역사적인 맥락과 저항요건 폐지의 목적과 의의에 대해 고려함으로써 다음과 같은 결론을 얻는다. “피해자는 더 이상 저항할 것을 요구받지 않아야 한다. 즉 불법적인 성기 삽입에 대해 어떠한 저항이나 설명도 할 필요가 없다. 피해자로 추정되는 사람은 재판을 받지 않으며, 그 혹은 그녀의 대응이나 방어의 행위는 중요하지

234) id. at 2.

235) id. at 9-10.

236) id. at 11.

않은 것이 된다. 그러므로 우리는 강간을 입증하기 위해 피해자가 그 성행위에 자발적이지 않았으며 그것을 원치 않았다는 것 이외에 신체적 강제력을 추가적으로 요구하는 태도는 강간법의 입법상의 목적에 일치하지 않는다고 판단한다.”²³⁷⁾ *In re M.T.S* 판결은 “강간의 정의가 완전히 강간 피해자의 경험과 인식에 상응해야 한다”고 해석한 것이다.

강제력은 독립적인 요건으로서가 아니라 피해자의 동의와의 관련 속에서 판단되고 결정되어야 한다. 이 때의 피해자 동의는 당연히 피해자 그 자신의 진술을 통해서 판단해야 한다... 비록 “동의없음”과 “그녀의 의사에 반하여”라는 용어가 종종 전통적인 강간의 정의 하에서 입증 책임과 행위 책임이 피해자에게 부과되어 왔던 적도 있으나, 피해자의 동의없음은 강간의 성립여부를 판단하는 중요한 기준이다. [이 사건에서] 동의능력이 인정되는 나이인 피해여성은 여성은 적극적으로 그리고 확실하게 그녀의 의사에 반한 성기삽입에 관한 동의를 철회했다.²³⁸⁾

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

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

237) *id.*, at 36-7.

238) *id.* at 15.

C. 여성의 경험과 언어에 기초한 '합리성' 구성의 가능성

1970년대 이후 미국의 강간법과 관련 판례들은, 전통적 커먼로에서의 강간법의 구성요건 중 “여성의 의사에 반해”로 표현되는 ‘비동의 요건’이 피해자의 저항에 대한 입증과 이를 위한 확장요건(신속한 고소, 강간 전 만남의 자발성 등)으로 해석되는 것을 막기 위해 노력해왔다[저항요건 폐지(no resistance requirement)의 원칙]. 앞서 보았던 강제력 요건의 강화, 그리고 강제력에 대한 확장되는 해석(심리적인 강제까지 포함), 강제력을 판단하기 위한 ‘합리적인 두려움(reasonable fear)’ 기준의 적용은 강간죄 판단의 쟁점을 가해자의 행위로 옮기려는 시도였다. 그러나 강제력요건을 판단·해석할 때 (가해) 남성의 시각과 경험을 통해 피해자의 행위를 평가했기 때문에, 저항요건이 폐지되기 전과 비슷하게 피해자는 자신의 두려움과 고통을 설명하고 입증해야 했다. 피해자의 ‘동의’여부를 판단할 때 그 초점을 가해자의 ‘고의’로 옮겨보려는 에스트리치(1995)의 시도 역시 질문의 방향을 가해자에게 옮기기 위한 노력의 일환이었다. 그러나 질문이 구성되는 성별화된 맥락에 대한 고민없이 가해자의 고의를 고려하는 것은 가해자에 대한 질문의 내용을 ‘그의 의도’가 아니라 ‘피해자의 동의에 대한 그의 믿음’의 진정성으로 대체한다. 피해자가 동의했다고 믿은 그의 신뢰가 입증되기 위해 여전히 피해자 행위가 판단의 대상이 되는 것이다.

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

이러한 맥락은 한국의 강간 판례 분석을 통해서도 발견된 것이었다. 성적 자기결정권이라는

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

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

이러한 법의 변화는 단지 단순강간을 형법상 강간죄로 인정했다는 것만을 의미하지 않는다. 성중립적인 것으로 여겨졌던 가치와 언어들 속에 여성의 언어와 경험이 개입한다면, 그것은 단지 여성의 경험을 첨부하는 것이 아니라 기존의 남성편향적 언어와 가치를 변화시키는 일이다. 여성, 동성애자, 장애인 등 정상성의 범주에서 배제되어 온 사회적 약자들에 대한 억압의 문제가 제기될 때 근대적 보편성에 기반한 남성 이성애자 비장애인 중심의 인권의 개념과 충돌할 수밖에 없으며, 이들의 억압 문제가 기존의 인권개념에 포함될 때 그 인권개념을 둘러싼 권력지형에 변화를 가져올 수밖에 없다(정희진, 2003). 강간죄의 구성요건인 ‘비동의’ 요건을 피해 여성의 관점과 언어를 통해 입증하는 것은, 기존의 여성의 ‘동의’에 대한 형법의 개념과 평가를 변화시킨다. 이는 곧 그동안 법에서 동의할 수 있는 주체로 인정하지 않았던 여성을, 성적 자기결정권을 가지고 동의하거나 거부할 수 있는 주체로 인정했음을 의미하는 것이다.

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

어를 변화시키기 위한 가능성이다.

V. 결론

그동안의 많은 페미니스트 연구들은 보편적인 객관성을 바탕으로 성중립적이고 합리적인 삶의 원리를 제공하는 것처럼 보이는 법의 남성중심성에 대한 비판을 전개해왔다. 본 연구는 구체적인 여성의 경험을 통해 현실에서부터 문제를 출발하고, 현실의 구체적인 지점에서 법의 변화를 사고하고자 하는 페미니스트 법학의 문제의식에 기반하여 진행되었다. 법의 영역에 여성주의가 적극적으로 개입하면서 여성의 경험을 보충하는 것이 아니라 여성의 시각과 언어를 통해 기존의 법 언어와 법체계를 새롭게 구성하고자 하였다.

본 연구는 강간죄의 추상적인 구성요건을 구체적인 현실에 적용할 때 ‘합리적으로 판단’함에도 불구하고 성적 자기결정권이라는 보편적인 권리를 보호법익으로 제시하고 있는 형법상의 강간죄에서 특정한 종류의 강간이 체계적으로 배제되고 있는 현실에 대한 문제제기로 출발한다.

현행 형법에서 제기하는 강간죄의 구성요건은 “폭행·협박”의 강제력과 그의 기준인 ‘피해자의 저항’으로 확인되는 ‘동의여부’이다. 이러한 강간죄의 추상적인 구성요건을 구체적인 현실에 적용·해석할 때 형법은 ‘합리적으로 판단’할 것을 요구한다. 그러나 중립적이고 객관적으로 기대되는 법의 합리적인 판단에 의해 구체적인 사건들을 판단할 때, 이는 관계거나 물리적인 강제력을 입증하기 어렵거나 피해자가 매춘여성인 강간 사건들의 경우 피해자의 의사에 반해 강요된 성관계임에도 불구하고 강간죄로 처벌받기 어렵다. 형법상 강간죄가 보편적인 성적 자기결정권을 보호하고자 하는 목적을 가지고 있음에도 불구하고 특정한 종류의 강간을 법의 영역에서 배제하는 합리성의 ‘메커니즘’이 존재하는 것이다.

구체적인 강간죄 성립 여부를 검토할 때 법원은 피해자와 피고인의 관계, 피해자와 가해자의 최초 접촉상황에서 피해자의 ‘자발성’ 여부, 강간도중 피고인에 대한 피해자의 태도, 강간 후 피해자의 태도, 강간 당시 피해자의 주변인들에 대한 ‘구조요청’ 여부, 강간직후 ‘신속한 고소’ 여부, 피해자의 과거 품행과 성력(sexual history)의 합리적 판단의 요소가 있다. 그러나 구체적인 판례를 통해 보았을 때, 다른 요소들보다 강간죄 성립여부에 큰 영향을 미치는 요소는 피해자와 피고인과의 관계이다. 판례들을 분석한 결과, 이성간에 성관계의 경험이나 가능성이 있는 관계에서 강제적 성행위가 강간으로 인정되지 않는다. 이는 법원이 ‘강제적 성관계와 합의에 의

한 성관계가 구별하기 어렵다고 판단하기 때문인데 이러한 인식은 한국사회의 성별화된 이성애적 섹슈얼리티 구조 속에서 성(性)에 관한 사회적·문화적 맥락과 현행 법체제 내에서의 성(性)에 관한 태도와 연관되어 있다. 성별 불평등한 구조 속에서 여성의 섹슈얼리티가 주변화되고 배제된다. 이러한 사회문화적 맥락 속에서 법에서의 여성의 성적 자기결정권은 구체화되지 못하고 강간의 피해 경험은 남성의 경험과 시각에서 언어화된다.

이러한 법적 현실에서 아내강간이나 비동의간음죄 등의 특정 종류의 강간이 법에서 성립할 수 있도록 구성요건을 추가하는 것으로는 형법상 강간죄와 관련된 문제를 완전히 해결할 수 없다. 이 때 에스트리치의 '단순강간'은 아는 관계에서 일어나는 물리적 강제력이 없는 강간이 형법상 강간죄에서 배제되는 데에 성관계의 경험 혹은 그 가능성과 관련된 하나의 메커니즘이 작동한다는 것을 보여주는 데에 유용한 범주이다. '단순강간'의 범주를 통해 법원이 강간의 경험을 누구의 시각과 언어로 판단하고 해석하고 있는지를 분명하게 보여줄 수 있다. 법의 '합리성'은 여성의 섹슈얼리티와 관련된 영역에서, 특히 성관계의 경험이 있거나 그러한 경험의 가능성이 있는 단순강간의 경우에 더욱 남성의 경험과 관점에 기반하여 구성된다. 이러한 '법의 합리성'이 작동될 때 강간에 관한 여성의 경험은 지속적으로 대상화된다.

그렇다면 여성의 섹슈얼리티와 관련한 법에서의 법적 합리성과 그러한 법의 언어와 가치가 성별화되어 있을 때 페미니스트들이 여기에 어떻게 개입해야 하는가? 여기에서는 여성의 성적 자율성(sexual autonomy)과 몸의 통합성(bodily integrity)을 침해하는 모든 행위를 규제할 수 있도록 여성의 시각과 언어에 기초한 성적 자기결정권과 법의 합리성을 구성할 수 있는지 그 가능성을 검토해 보았다. 이를 위해 미국 강간법에서 강간죄의 구성요건, 특히 '동의'를 둘러싼 역사적 변화를 살펴보았다. 미국 페미니스트들의 <강간법개정운동>으로 1970년대 주형법의 변화를 1980년대 주 최고법원들이 해석하는 과정에서 강제적 요건에 관한 해석의 확대나 비동의요건에 관한 다양한 해석이 시도되어 왔다. 그러나 성별화되어 있는 '법의 합리성'과 남성중심적인 법언어에 대한 고려없이 강간죄의 구성요건에 대한 해석을 변화시키는 것으로는 여성의 경험에 기초한 성적 자기결정권을 실현할 수는 없다.

여기서 '여성이 동의하지 않은 강제적 성행위'를 강간으로 인정한 *In re M.T.S* 판결과 일리노이주 형법상 강간죄는 이러한 법의 '합리성' 구성이 어떠한 변화를 가져올 수 있는지를 보여준다. *In re M.T.S* 판결과 일리노이주 형법상 강간죄는 여성의 관점과 경험을 기준으로 '동의'를

판단한다. 이러한 법의 변화는 단지 단순강간을 형법상 강간죄로 인정했다는 것만을 의미하지 않으며, 기존의 여성의 '동의'에 대한 형법의 개념과 평가를 변화시킨다. 이는 곧 그동안 법에서 동의할 수 있는 주체로 인정하지 않았던 여성을, 성적 자기결정권을 가지고 동의하거나 거부할 수 있는 주체로 인정했음을 의미하는 것이다.

여성의 경험과 관점을 기반해 구성된 언어를 통해 '법의 합리성'을 구성하는 것은 단지 여성의 경험을 첨가하는 것이 아니라 기존의 법의 남성적 가치와 언어를 변화시키기 위한 가능성을 검토할 수 있도록 한다. 이는 객관적이고 보편적인 해답을 찾으려는 기존 법학의 태도가 주변화되거나 비가시화되는 여성의 문제를 해결할 수 없다는 문제의식 하에 여성의 시각과 언어를 통해 기존의 법 언어와 법체계를 새롭게 구성할 수 있도록 한다. 여성의 경험과 시각, 그리고 언어가 범주로서 남성적인 개념에 포함됨으로써 기존의 남성적 언어로 설명되지 않는 군열의 지점을 가져오는 것이다. 이것이 법의 영역에 여성주의가 적극적으로 개입하면서 법의 남성적 가치와 언어를 변화시키기 위한 방법이 될 수 있을 것이다.

연구의 과정 속에서 본 논문에 관한 애초의 기획은 큰 문제의식을 제외하고 대부분 수정되었다. 연구 초기의 문제의식은 미국에서 활발히 논의되고 있는 판단기준으로서의 '합리적 인간'에 관한 고민으로부터 출발했다. 그러나 한국의 판례를 검토하는 과정에서 객관적 기준으로서의 '합리성'이란 개념이 절차법상으로 존재할 뿐 실제 현행 형법에서 의미있는 개념으로 받아들여지거나 활용되지 않는다는 현실을 인식하게 되었다. 이러한 현실 인식 속에서 법의 영역에서 기준으로 제시되고 있는 합리성은 하나의 단일한 개념이라기보다는 일반적인 상식에 기초한 경험칙이며 사회적인 실천을 통해 구성되는 기준이라고 결론내렸다. 그리고 이러한 법에서의 '합리성'에 관한 설정을 통해 연구의 쟁점은 강간죄의 적용을 통해 법의 합리성이 어떻게 구성되고 있는가에 대한 것으로 변화되었다.

다양한 한국의 강간 판례들을 분석하면서 여성의 섹슈얼리티에 관한 문화적 맥락과 이러한 맥락을 재생산하는 성별 불평등한 구조 속에서 남성적 법언어로 구성된 강간죄의 보호법익인 '성적 자기결정권'이 실제 구체적인 여성의 강간경험을 설명할 수 있을까라는 고민과 부딪혔다. 특히 자유주의 법체계에서 여성의 성적 자기결정권을 주장하는 것에 대한 한계를 지적한 미국 페미니스트 연구가들의 글들을 접하게 되면서, 자기결정권이나 자율성, 권리 자체에 대한 정리

되지 않는 고민들을 시작하게 되었다. 그러나 동시에 강간 판례들을 통해 볼 수 있는 현행 형법에서의 비균질적인 지점에도 주목하게 되었다. 그래서 이러한 균열의 지점을 통해 여성의 언어로 남성적인 법을 변화시킬 수 있는 가능성에 대한 고민을 하게 되었다.

이러한 고민의 과정을 거치면서 한국과 미국의 판례에 관한 분석의 태도와 논문의 쟁점도 변화하게 되었지만, 짧은 연구기간과 연구자의 이론적 배경의 부족으로 인해 이러한 고민들이 하나의 쟁점을 중심으로 정리되지 못하여 결국 하나의 주장을 차분히 전개하는 논문이 아니라 산발적이고 정리되지 않는 논문이 나오게 되었다. 또한 여성주의 인식론과 방법론을 통해 법의 영역에 접근하는 것에 관해 구체적인 연구방법 자체에 대한 고민이 부족하여 설득력있는 판례 분석의 방법을 고안하지 못했다.

이 논문에서 에스트리치의 '단순강간' 개념을 현행 형사법의 영역에 도입될 수 있도록 재구성해보려고 시도했으나 그러한 고민을 더 발전시키지 못했는데, 앞으로 강간이나 성폭력 등의 커다란 개념에 관한 새로운 범주화를 통해 구체적인 성폭력과 섹슈얼리티의 맥락을 보여주는 연구들이 필요할 것이다. 또한 현실적으로 단순강간은 일상적인 성관계와 구분되기 어렵다고 여기는 것은 비단 법만의 문제가 아니라 성별 불평등한 사회를 살고 있는 여성들도 그러하다. 여성들이 이러한 경험을 강간이라고 인식하는 과정에서 많은 경우 가부장적인 관계망이 작동한다. 어머니를 통해, 오빠를 통해, 남편이나 남자친구를 통해 여성들은 자신의 특정한 경험을 범죄로 인한 피해로 인식하기도 한다. 이러한 상황에서 성폭력의 고통에 대한 여성의 언어는 가부장적인 질서 속에 편입되어 버릴 수 있다. 여성들이 자신의 고통스러운 어떤 경험을 강간으로 의미화하는 과정에 대한 고찰을 통해 여성의 성적 자기결정권에 관한 언어에 대한 고민을 구체화시킬 필요가 있다. 본 논문에서는 여성들이 특정한 경험을 강간이라고 인식하는 과정에 대한 고려는 하지 않았으며, 다만 성적 자기결정권에 관한 언어를 구체화시킬 필요성에 대해 제기한다.

부 록 <표 1> 단순강간판례 중 강간죄 성립 인정 판례의 사건 개요 및 특징

쟁점	판례 (하급심)	사건개요	특징
폭 행 · 협 박 의 정 도	㉠ 대법원 1999. 4. 9. 선고, 99도 519 판결, 강간치상·절도 (원심: 서울고법 1999. 1. 13. 선고, 98노 2304 판결, 강간치상, 절도)	늦은 밤 평소에 안면있는 피고인이 피해자의 승낙 혹은 묵인하에 피해자가 숙식하는 O다방 내실로 들어와 사가지고 온 맥주를 마시며 피해자에게 마시라고 하다가 피해자에게 “연애 한번 하자”고 하였으나 피해자가 싫다고 하자 피고인의 몸에 새겨진 문신을 보여주고 겁을 먹은 피해자에게 자신이 전과자라고 말하면서 캔맥주를 집어던지고 피해자의 뺨을 한 번 때리면서 피해자를 폭행·협박하여 반항을 억압하고 강간하였다. 1심과 2심, 대법원 모두는 “피해자의 연령이 어린 점 및 다른 사람들의 출입이 없는 새벽에 건물 내실에서 피고인과 피해자가 단둘이 있는 상황인 점 등 기록에 나타난 모든 사정을 종합하여 판단했을 때 피고인이 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도의 유형력을 행사한 사실은 충분히 인정이 된다고 보아야 한다”고 판시하고 강간치상의 유죄를 인정하였다.	<본 판례에서 법원의 유죄판단에 긍정적인 영향을 준 요소> · 피해자의 연령이 어린 점(17세) · 신속한 고소(피고인이 범행 후 란다방을 나갔다가 전화를 하자 겁이 나서 바로 경찰에 신고를 한 점) · 피고인이 검찰 및 원심법정에서 피해자의 음부등을 만지는 등 강제로 추행한 점을 인정하였고 검찰에서는 위 추행에 이어 옷을 모두 벗고 삽입을 시도한 점까지는 인정하고 있는 점 · 다른 사람들의 출입이 없는 새벽에 건물 내실에서 피고인과 피해자가 단둘이 있는 상황이 피해자에게 항거를 현저히 곤란하게 할 정도의 것이라고 법원이 인정한 점 · 피고인이 전과경력이 있으며, 강간재판 역시 다른 피해자에 대한 범죄인 절도죄와 병합하여 이루어지고 있었던 점 <일반적인 단순강간판례에서 유죄성립에 부정적인 영향을 미친 요소> · 최초 접촉의 피해자 자발성(피해자가 문을 열어줘 피고인이 늦은 밤에 내실로 들어옴) · 피해자와 피고인이 평소 안면있는 관계 (→ 최초 접촉의 피해자 자발성에 대한 정당화 근거로 피해자와 피고인의 평소 관계가 제시됨)
	㉡ 대법원 2000. 6. 9. 선고, 2000도 1253 판결, 강간미수·공갈	피해자의 어머니와 안면있는 피고인이 새벽 2시경 피해자의 집에서 술에 취한 채 피해자의 방으로 들어가 피해자의 팔을 잡아 침대에 눕히고 몸으로 눌러 그녀의 반항을 억압한 후 유방과 엉덩이를 만지면서 속옷을 벗겨 간음하려고 하였으나 피해자가 강력히 반항하는 바람에 그 뜻을 이루지 못하고 미수에 그쳤다. 2심은 “피고인은 술에 만취하여 피해자를 간음할	<본 판례에서 법원의 유죄판단에 긍정적인 영향을 준 요소> · 피해자의 연령이 어린 점(19세) · 피해자와 안면있는 관계가 아니었다는 점(피해자의 어머니와 아는 관계) · 최초의 접촉 상황에서 피해자가 자발적이지 아니었다는 점(피해자가 자고 있는 방에 들어와 강간을 시도) · 피해자가 계속 저항했으며 피고인을 뿌리치고 동생 방으로 건너갔던 점 · 피고인이 강간미수 이외에 공갈죄로 병합재판을 받고 있었던 점

쟁점	판례 (하급심)	사건개요	특징
폭 행 · 협 박 의 정 도		의사로 피해자의 반항을 억압할 정도의 유형력을 행사할 상태가 아니었으며 그정도의 유형력이 행사되지 않았다”며 강간죄의 성립을 부정했으나, 대법원은 “피고인은 피해자의 의사에 반하여 피해자의 반항을 억압하거나 현저하게 곤란하게 할 정도의 유형력의 행사를 개시하였다고 보아야 할 것이고, 당시 피고인이 술에 많이 취하여 있어 피해자가 마음대로 할 수 있었다고 생각하였거나 피해자가 피고인을 뿌리치고 동생 방으로 건너갔다고 하더라도 이러한 사정은 피고인이 술에 취하여 실제로 피해자의 항거를 불능하게 하거나 현저히 곤란하게 하지 못하여 강간죄의 실행행위를 종료하지 못한 것에 불과한 것이지, 피고인이 강간죄의 실행에 착수하였다고 판단하는 데 장애가 되는 것은 아니다”로 판시하여 원심을 파기하고 강간미수를 인정하였다.	· 강간이 성립하지 않고 미수에 그쳤다는 점: 피해자의 항거가 불능하게 되거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행·협박을 요구하는 강간죄와 달리, 강간미수의 경우 부녀를 간음하기 위하여 피해자의 항거를 불능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행 또는 협박을 개시한 때에 그 실행의 착수가 있다고 보아야 할 것이고, 실제로 그와 같은 폭행 또는 협박에 의하여 피해자의 항거가 불능하게 되거나 현저히 곤란하게 될 것을 요구하지 않는다. <일반적인 단순강간판례에서 유죄성립에 부정적인 영향을 미친 요소> · 피해자가 “피해자의 가슴과 엉덩이를 만질 때에는 술주정하는 것으로 생각하였으며, 힘이 흐느적거리며 만졌기 때문에 피해자가 마음대로 할 수 있었다고 생각하였고, 위와 같은 일이 있었던 이후에도 피고인은 아무 일이 없었던 것처럼 행동하였고 피해자를 포옹한 적이 여러 번 있었다”고 진술한 점(2심에서는 피해자의 반항을 억압할 정도의 유형력을 행사하지 않았다는 근거로 받아들여짐) · 피고인이 술에 취해 있었던 점
	㉔ 대법원 2000. 8. 18. 선고, 2000도1914 판결, 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률위반(강간 등), 도로교통법위반	피고인이 나이가 어린 피해자를 여관으로 유인하여 문을 걸어 잠근 후 피해자에게 성교할 것을 요구하였으나 피해자가 이를 거부하자 “옆방에 내 친구들이 많이 있다. 소리지르면 다 들을 것이다. 조용히 해라. 한 명하고 할 것이냐? 여러 명하고 할 것이냐?”라고 말하면서 피해자의 반항을 억압하고 강간하였다. 1심, 2심, 대법원 모두 “피해자의 항거를 현저하게 곤란하게 할 정도의 유형력을 행사한 것으로 인정하여” 강간죄의 유죄를 선고하였다.	<본 판례에서 법원의 유죄판단에 긍정적인 영향을 준 요소> · 피해자의 연령이 어린 점 · 다른 사람의 출입이 곤란한 심야의 여관방에 피고인과 피해자 단둘이 있는 상황에서 피고인이 방문을 걸어잠근 점 · 피고인이 성폭력특별법상 강간죄 이외에 도로교통법위반으로 병합재판을 받고 있었던 점

쟁점	판례 (하급심)	사건개요	특징
폭 행 · 협 박 의 정 도	◎판주고법 1983. 5. 26. 선고, 82노 852 판결, 강간치상피고사건	피고인은 피해자의 남편이 멸치잡이를 나가고 집에 피해자 혼자있다는 사실을 알고서 강간할 생각으로 돈을 빌려 달라고 말을 하여서 피해자를 밖으로 유인한 다음 "사실은 돈을 빌리러 온 것이 아니고 하룻밤 정도는 할 수가 있는 일이 아니오"라고 말을 하므로 피해자가 겁을 먹고 옆집 피고인의 어머니를 부르려고 하자 "소리치면 죽여버려"라고 말을 하면서 부르크 담을 양손으로 잡고 가지 않으려고 버티고 있던 피해자의 입을 왼손으로 막고 오른손으로 팔과 옆구리를 잡아 끌어 선창쪽으로 약 10미터 정도 강제로 끌고 가므로 만일 선창까지 끌려갔다가는 죽을 지도 모른다는 생각에 순간을 모면하려고 집으로 가자고 피고인을 달래자 도망가지 못하게 한 쪽 팔을 잡고 위 방으로 들어오므로 "사람은 다 실수가 있는 법인데 오늘 저녁에 일은 없었던 것으로 할 것이니 집으로 돌아가시오"라고 피해자가 사정을 하여도 "한번 방에 들어온 이상 그냥 갈 수가 없다" "이 소문이 나면 너 죽고 나 죽는다"라고 폭행, 협박하면서 심하게 반항하는 위 피해자를 강제로 방바닥에 눕혀 항거불능케 한 다음 강간하였다. 1심은 피고인을 자신의 집으로 데리고 간 피해자의 태도 등을 고려할 때 "피해자의 반항을 억압할 정도의 강제력을 행사하지 않았다"는 이유로 피고인에게 강간치상죄의 무죄를 선고하였으나, 고등법원은 "피고인은 범행당일 술을 먹고 피해자 집에 들어와 소리치면 죽인다고 위협하면서 성교를 요구해오자, 피해자가 도망가려 할 때 피고인은 피해자의 입을 틀어막고 부르크 담벽에 밀어 부치면서 약 10미터 정도 끌고가 상해를 가하고 소리치면 죽인다고 위협을 하므로 피해자는 가정주부로서 부끄럽고 무서워서 피고인을 방으로 유인하여 피고인의 요구에 응해 준 사실을 인정할 수 있으므로, 위와 같은 정황이라면 피고인은 피해자의 반항을 억압할 정도의 강제력을 행사하였다고 볼 수 있다"며 유죄를 인정하였다.	<본 판례에서 법원의 유죄판단에 긍정적인 영향을 준 요소> · 피고인이 전과가 있는 점(피고인은 1976년 대전지방법원 서산지원에서 폭력행위등처벌에관한법률 위반죄로 징역 10월에 2년간 그 형의 집행을 유예받은 자임) · 피해자가 가정주부라는 점(피해자가 가정주부로서 부끄럽고 무서워서 피고인의 성교 요구에 응함) · 최초의 접촉상황에서 피해자가 자발적이지 않았다는 점(피고인은 피해자의 남편이 멸치잡이를 나가고 집에 피해자 혼자있다는 사실을 알고서 강간할 생각으로 돈을 빌려 달라고 말을 하여서 피해자를 밖으로 유인함) · 피고인이 피해자에게 전치 7일간 상박부 및 흉부타박상을 가했던 점(상해진단서가 있음) <일반적인 단순강간판례에서 유죄성립에 부정적인 영향을 미친 요소> · 피고인은 피해자의 옆 집에 사는 이웃으로, 피해자와 피고인이 평소 안면있는 관계라는 점 · 강간 도중의 피고인에 대한 피해자의 태도 (자신을 강간하려는 피고인을 집으로 가자고 달래어 자신의 집으로 데리고 감) · 피고인이 술에 취해 있던 점

참고문헌

1. 국내문헌

- 강구진 (1983), 『형법강의 각론 I』, 서울: 박영사.
- 국매애 (2003), 「직장 내 성희롱 규제의 실효성 제고를 위한 사용자 책임 강화 방안」, 이화여자대학교 대학원 여성학과 석사학위 청구논문, 미간행.
- 김문현 (2001), 「男女平等에 관한 美國 法女性學的 視角들에 관한 一考察」, 한국공법학회, 《공법연구》 제29집 3호, pp. 223-242.
- 김상희 (1994), 「강간치상죄에 있어서의 상해의 인정범위」, 한국형사정책연구원, 《형사판례연구》 4, 박영사.
- 김선옥 (1996), 「공·사영역에 대한 법여성학적 고찰」, 이화여대 한국여성연구원, 《여성학논집》 제13집.
- 김은실 (1998), 「대중문화와 성적 주체로서의 여성의 재현」, 한국여성학회, 《한국여성학》 제14권 1호 (1998), pp. 41-77.
- _____ (2000), 「인권·문화·여성 : 여성인권을 논하기 위한 문화비판시론」, 철학문화연구소, 《철학과현실》 44 (2000).
- 김일수 (1996), 「합동강간치상자의 불능미수 - 대법 1996. 6. 11, 96도791」, 고려대학교 법학연구소, 『판례연구』 제8집 (1996. 9),
- 김일수·서보학 (2003), 『제5판 (새로쓴) 형법각론』, 박영사.
- 민경자 (1999), 「성폭력 여성운동사」, 한국여성의전화 엮음, 『한국여성인권운동사』, 한울 아카데미, pp. 17-105.
- 박미숙 (2000), 「성폭력관련법률의 체계화 방안 - 성폭력특별법에 나타난 정책방향을 중심으로」 한국형사정책학회, 《형사정책》 제12권 제2호, pp. 237-259.
- 박상기 (1994), 「강간죄의 폭행·협박의 정도」, 한국형사정책연구원, 《형사판례연구》 4, 박영사.
- _____ (1999), 『형법각론』, 서울: 박영사.
- 박선미 (1989), 「여성학적 관점에서 본 강간범죄의 재판과정」, 한국형사정책학회, 《형사정책》 제4호, pp. 289-316.
- 박은정 (1994), 「여성주의와 법이론」, 법 및 사회철학 한국학회 편, 《법철학과 사회철학》 제4집, 교육과학사, pp. 56-92.
- _____ (1996a), 「양성 평등의 법철학적 접근」, 조형 엮음, 『양성평등과 한국 법체계』, 이화여자대학 출판

부.

- _____ (1996b) 「여성주의와 비판적 법이론」, 한국법철학회 엮음, 『현대법철학의 흐름』, 법문사, pp. 271-322.
- 박효종 (1994), 「정의의 원리와 개인주의적 합리성의 연계의 적실성에 관한 비판적 고찰 : 사회계약론적 관점을 중심으로」, 한국정치학회, 《韓國政治學會報》 28집 2호, pp. 2429-2461.
- 배종대 (1996), 『개정판 형법각론』, 홍문사.
- 배지선 (2003), 「'성폭력' 개념 확장과 '성폭력' 경험 인식 과정에 관한 연구」, 이화여자대학교 대학원 여성학과 석사학위 청구논문, 미간행.
- 서일교 (1982), 『형법각론』, 박영사.
- 신상숙 (2001), 「성폭력의 의미구성과 '성적 자기결정권'의 딜레마」, (사)한국여성연구소, 《여성과사회》 제13호 (2001년 하반기), 창작과 비평사, pp. 6-43.
- 심영희 외 (1989), 『성폭력의 실태 및 대책에 관한 연구』, 한국형사정책연구원.
- _____ (1992), 『여성의 사회참여와 성폭력』, 나남.
- _____ (1996), 「권력·성: 몸의 권리와 성 관련법의 개선안」, 조형 엮음, 『양성평등과 한국 법체제』, 이화여대출판부.
- _____ (1998), 『위험사회와 성폭력』, 나남.
- 양현아 (2003), 「법여성학의 방법론과 쟁점 : 여성들의 '목소리'와 법」, 서울대학교 BK21 법학연구단 공익인권법연구센터, 2003년 제4차 학술회의 <한국 법여성학의 전망과 과제> 발표문 (2003. 11. 5.)
- 오영근 (1993), 「강간치상죄에서 상해의 개념」, 한국형사정책연구원, 『형사판례연구 3』, 박영사.
- 오정진 (1999), 「비판 페미니즘 법학 -미국의 경우를 중심으로」, 법과사회이론연구소 편, 《법과사회》 제16·7합본호, 창작과비평사.
- 유기천 (1983), 『형법학(각론강의 상)』, 일조각.
- 윤후정·신인령 (2001), 『법여성학: 평등권과 여성학』, 이화여자대학교 출판부.
- 이명선 (1989), 「강간에 대한 여성학적 접근」, 이화여자대학교 대학원 여성학과 석사학위 청구논문, 미간행.
- 이상돈 (2003), 『법철학』, 박영사.
- 이영란 (1993), 「성폭력특별법의 형법적 고찰」, 한국피해자학회, 《피해자학연구》 1994 제3호, pp. 19-31.
- 이은영 (1993), 「법여성학의 위상과 이념」, 《법과사회》 제8호, 창작과비평.
- _____ (1999), 『법여성학강의』, 박영사.
- 이재상 (2000), 『제4판 형법각론』, 박영사.

- ____ (2002), 『第4版 刑法總論』, 박영사.
- 임 응 (2000), 『刑法各論(上)』, 법문사.
- 장(윤)필화 (1999), 『여성/몸/성』, 또하나의 문화.
- 전희경(시타) (2003), 「가해자 중심 사회에서 성폭력 사건의 ‘해결’은 가능한가: KBS 노조간부성폭력사건의 여성인권쟁점들」, 한국여성의전화 기획, 정희진 엮음, 『성폭력을 다시 쓴다 : 객관성, 여성운동, 인권』, 한울아카데미, pp. 38-82.
- 정성근·박광민 (2002), 『형법각론』, 삼지원.
- 정성근 (1996), 『형법각론(全訂版)』, 법지사.
- 정영석 (1983), 『형법각론(5訂版)』, 법문사.
- 정춘숙 (2003), 「아내폭력 피해여성의 정당방위: 저를 죽이고 살리는 것은 남편의 마음이었습니다」, 한국여성의전화 기획, 정희진 엮음, 『성폭력을 다시 쓴다 : 객관성, 여성운동, 인권』, 한울아카데미, pp. 83-119.
- 정현미 (1996), 「성전환수술자의 강간죄의 객체 여부」, 한국형사정책연구원 『형사판례연구 6』, 박영사.
- ____ (2000), 「성폭력범죄 형사절차상 이차적 피해」, 한국피해자학회, 《피해자학연구》 제8호, pp. 162-200.
- 정희진 (2003), 「인권, 보편성과 특수성의 딜레마?: 여성주의 시각에서 본 인권」, 한국여성의전화 기획, 정희진 엮음, 『성폭력을 다시 쓴다 : 객관성, 여성운동, 인권』, 한울아카데미, pp. 235-251.
- 조 국 (2001), 「‘아내 強姦’의 成否와 強姦罪에서 ‘暴行·脅迫’의 程道에 대한 再檢討」, 한국형사정책학회, 《형사정책》 제13권 1호(2001/6).
- ____ (2002a), 「여성주의 관점에서 본 성폭력 범죄」, 서울대학교 《法學》 제43권 제2호(2002/6), pp. 165-186. [
- ____ (2002b), 「형사절차에서 성폭력범죄 피해여성의 처지와 보호방안」, 한국형사정책학회, 《형사정책》 제14권 제2호, pp. 185-209.
- ____ (2003), 『刑事法の 性偏向』, 박영사.
- 조근태 (2002), 『법률용어사전』, 현암사.
- 조순경 (2000), 「한국 여성학 지식의 사회적 형성 : 지적 식민성 논의를 넘어서」, 한국산업사회연구회, 《경제와 사회》 45(2000.3), 한울, pp.172-197.
- ____ (2002), 「성폭력 피해사실 공개의 공익적 의미: 성폭력 관련 법체계와 법집행에 있어서의 적극적 조치를 제안하며」, <성폭력 가해자의 명예훼손, 무엇이 문제인가?> 토론회 자료집 (2002. 10. 22), 성폭력가해자억고소대책위원회 외 주최, 미간행, pp. 83-118.
- 조은·조주현·김은실 (2002), 『성해방과 성정치』, 서울대학교출판부.

- 조중신 (2003), 「수사과정에서의 성범죄 피해자 보호에 관한 대책」, 여성인권을 찾는 시민감시단 교육(2003. 8. 8), 한국성폭력 상담소, 미간행.
- 조주현 (1997), 「국내 성폭력 관련 연구의 동향」, 성폭력문제연구소 편 『국내외 성폭력 연구동향 및 지원 체계』, 한국성폭력상담소, pp. 53-66. (사단법인 한국성폭력상담소 부설 성폭력문제연구소 개소 기념세미나 자료집)
- 진계호 (1996), 『제3판 형법각론』, 대왕사.
- 차재호 (2000), 「판사의 판결에 영향을 미치는 개인적 요인(범죄피해 경험, 경력, 가치관 등)에 관한 연구」, 청소년보호위원회.
- 최일숙 (1999), 「여성에 대한 폭력 - 성폭력과 가정폭력을 중심으로」, 법과사회이론연구소 편, 《법과사회》 제16·7합본호, 창작과비평사.
- 최희경 (1993), 「페미니스트 인식론 연구」, 이화여대 여성학과 석사학위 논문, 미간행.
- 표창원 (2003), 「형사절차와 피해자」, 여성인권을 찾는 시민감시단 교육(2003. 8. 9), 한국성폭력 상담소, 미간행.
- 한국형사정책연구원, 『형사판례연구』, 서울: 박영사.
- _____ (1999a), 연구보고서 99-02 『성폭력범죄 형사절차상 피해자 보호』, 한국형사정책연구원.
- _____ (1999b), 정책연구보고서 99-22 『범죄의 심각성에 관한 연구』, 한국형사정책연구원.
- 한인섭 (1994), 「성폭력특별법과 피해자보호 : 그 문제와 개선점」, 한국피해자학회, 《피해자학연구》 1994 제3호, pp. 33-52
- 황산덕 (1983), 『형법각론(5全訂版)』, 법문사.

2. 외국문헌

- Barnett, Hilaire A. (1998), *Introduction to Feminist Jurisprudence*, Cavendish.
- Bartlett, Katharine T. (1990), "Feminist Legal Methods", in *Harvard Law Review* Vol. 103 no. 4 (February, 1990), at 829.
- Berlant, Lauren (2000), "The subject of true feeling : pain, privacy and politics", in *Transformations : thinking through feminism*, at (Ahmed, Sara ed. [et al.], 2000), Routledge.
- Brownmiller, Susan (1975), *Against Our Will: Men, Women, and Rape*, 일월서각편집부 엮음, 『성폭력의 역사』, 일월서각.
- Buchwald, Emilie (1993), "Raising Girls for the 21st Century", in *Transforming A Rape Culture*, at 179 (Buchwald, Emilie & Fletcher, Pamela R. & Roth, Martha eds., 1993), Milkweed Editions.

- Caplan, Pat (1987), "Introduction", in *The Cultural Construction of SEXUALITY*, at 1 (Caplan, Pat ed., 1987), Tavistock Publications.
- Estrich, Susan (1986), "Rape." in *Yale Law Journal* 95 (May, 1986), at 1087. (95 *Yale Law Journal* 1087)
- _____ (1987), *Real Rape*, Cambridge : Harvard University Press; 이영란 역(1995), 『법 앞에서 불평등한 여성들-법은 여성을 어떻게 차별하는가』, 교육과학사.
- Friedman, Lawrence M, 서원우·안경환 역 (1987), 『미국법입문』, 한국학술진흥재단, 서울 : 대학교과서주식회사.
- Frug, Mary Joe (1992), "Commentary - A Postmodern Feminist Legal Manifesto(An Unfinished Draft)" in *Harvard Law Review* Vol. 105 (1992), at 1045.
- Forel, Caroline A. & Mathews, Donna M. (2000), *A Law of Her Own : The Reasonable Woman as a Measure of Man*, New York University Press.
- Foucault, Michel (1976), *L'histoire de la sexualite - La volonte de savoir*, 이규현 역(1990), 『성의 역사 - 삶의 의지』, 나남
- Harding Sandra (1991), *Whose Science? Whose Knowledge?: Thinking from Women's Lives*, Open University Press.
- _____ (1993), *What Is "Strong Objectivity"?: Rethinking Standpoint Epistemology*, Ithaca, New York: Cornell Univ. Press.
- Haraway, Donna J. (1991), "Situated Knowledge: The Science Question in Feminism and the Privilege of Partial Perspective", in *Simians, Cyborgs, and Women: The Reinvention of Nature*, Routledge.
- Jackson, Margaret (1987), "'Facts of life' or the eroticization of women's oppression? Sexology and the social construction of heterosexuality" in *The Cultural Construction of SEXUALITY*, at 52 (Caplan, Pat ed., 1987), Tavistock Publications.
- Mackinnin, Catharine A. (1989), "Rape: on coercion and consent" in *Toward a Feminist of the State*, Harvard University Press, pp. 171-183; 엄용희 역(2001a), 「강간: 강요와 동의에 대하여」, 『여성의 몸, 어떻게 읽을 것인가?-성의 상품화, 그리고 저항의 가능성』, 한울, pp. 56-77.
- _____ (1993), "Does Sexuality Have a History?", in *Discourses of Sexuality: From Aristotle to AIDS* (Ratio, Institute for the Humanities Series), at 117 (Stanton, Donna C. ed., 1993), University of Michigan Press.
- _____ (2001b), *Sex Equality: Rape Law*, Foundation Press.
- McCaw, Jodee M. & Senn, Charlene Y. (1998), "Perception of Cues in Conflictual Dating Situations," in *Violence Against Women* Vol. 4 Issue 5 (Oct 98), at p609, 16p. (4 *Violence Against*

Women 609).

- Olsen, Frances (1984), "Statutory Rape: A Feminist Critique Of Rights Analysis" in *Texas Law Review* 68 (November, 1984), at 387. (63 *Texas L. Rev.* 387)
- Pateman, Carole (1998), *The Sexual Contract*, Oxford: Polity Press; 이충훈·유영근 역 (2001), 『남과 여, 은폐된 성적 계약』, 이후.
- Pineau, Lois (1996), "Date Rape : A Feminist Analysis" in *Date Rape: Feminism, Philosophy, and The Law*, at 1 (Leslie Francis ed., 1996), The Pennsylvania University Press.
- Seidler, Victor J. (1987), "Reason, desire, and male sexuality", in *The Cultural Construction of SEXUALITY*, at 83 (Caplan, Pat ed., 1987), Tavistock Publications.
- Schulhofer, Stephen J. (1998), *Unwanted Sex: the culture of intimidation and the failure of law*, Harvard University Press.
- Scott, Joan W. (1986), "Gender: A Useful Category of Historical Analysis", in *Gender and the Politics of History*, at 28 (1999, Revised Edition), Columbia University Press. *American Historical Review*, Vol. 91, No. 5 (December 1986))
- _____ (1989), "The Sears Case", in *Gender and the Politics of History*, at 167 (1999, Revised Edition), Columbia University Press.
- _____ (1991), "the Evidence of Experience" in *Critical Inquiry* 17, University of Chicago Press, pp. 773-797.
- _____ (1999), "Some More Reflections on Gender and Politics", in *Gender and the Politics of History*, at 199 (1999, Revised Edition), Columbia University Press; 배은경 역(2001), 「젠더와 정치에 대한 몇가지 성찰」, (사)한국여성연구소, 《여성과사회》 제13호 (2001년 하반기), 창작과 비평사, pp. 210-249.
- Smart, Carol (2002), *Feminism and the Power of Law : Sociology of Law and Crime*, London, New York : Routledge.
- Sokolow, Brett (2000), "Sexual Violence: The Legal Front" in *Just Sex: Students Rewrite the Rules on Sex, Violence, Activism, and Equality*, at 211 (Gold, Jodi & Villari, Susan eds., 2000), Rowman & Littlefield Publishers, INC.
- Vigarello, Georges (1998), *Histoire du viol*, Paris: Editions du Seuil; 이상해 역(2002), 『강간의 역사』, 당대.
- Weinberg, Joseph & Biernbaum, Michael (1993), "Conversations of Consent: Sexual Intimacy without Sexual Assault", in *Transforming A Rape Culture*, at 89 (Buchwald, Emilie & Fletcher, Pamela R. & Roth, Martha eds., 1993), Minneapolis: Milkweed Editions.
- Weeks, J. (1986), *Sexuality*, London: Tavistock Publications; 서동진, 채규형 역 (1994), 『섹슈얼리티 : 성의

정치, 서울: 현실문화연구.

- West, Robin (1988), "Jurisprudence And Gender" in *Feminist Legal Theory - FOUNDATION* at 75 (D. Kelly Weisberg ed., 1993), Philadelphia: Temple University Press. (55 U. CHI. L. Rev 1)
- Wildman, Stephanie M. (2000), "Ending Male Privilege : Beyond The Reasonable Woman" in *Michigan Law Review*, Vol. 98 Issue 6(May, 2000), at 1797. (98 Mich. L. Rev. 1797)

3. 자료집

- 한국성폭력상담소 (2003a), <법조인의 성별의식과 양성평등교육 실태 및 대안모색을 위한 토론회> 자료집, 한국성폭력상담소 주최.
- _____ (2003b), <여성인권을 찾는 시민감시단 보고서 - 성폭력관련 공판에서의 2차 피해와 피해자권리>, 미간행.
- 한국여성의전화연합 (2001), <검찰 수사상 성폭력피해자 인권보장을 위한 토론회> 자료집 (2001. 11. 27), 미간행.

4. 사이트

일리노이주 공법 (AN ACT in relation to criminal law)

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

법률정보사이트 Law and Business(로앤비)

<http://www.lawnb.com/main/main.asp>

인터넷 종합 법률 정보 서비스 NET LAW(네티로)

<http://www.netlaw.co.kr>

미국과 캐나다의 법과 판례 검색 사이트 LexisNexis

<http://www.lexis.com>

미국법 검색 사이트 FindLaw

<http://www.findlaw.com>

미국 법대의 법학저널 및 미국 판례 검색 사이트 WestLaw

<http://web2.westlaw.com>

한국 성폭력 상담소 홈페이지

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

판례

1. 국내판례

대법원 1970. 3. 10. 70 도 29

대법원 1979. 2. 13, 78 도 1792

대법원 1985. 10. 8. 85도1537, 강간치상; 서울고등법원 1985. 6. 13. 85노851, 강간치상

대법원 1987. 7. 7, 86도586 강간치상

대법원 1989. 1. 31, 88도831 강간치상

대법원 1990. 9. 28. 90도1562, 강간치상, 강간, 폭력행위등처벌에관한법률위반, 폭행; 서울고등법원 1990. 5. 17. 90노908, 강간치상, 강간, 폭력행위등처벌에관한법률위반, 폭행

대법원 1990. 12. 11. 90도2224, 강간치상; 서울고등법원 1990. 8. 24. 90노1502, 강간치상

대법원 1991. 4. 9, 91 도 288 강간치상

대법원 1991. 5. 28. 91도546, 강간치상, 강간

대법원 1992. 4. 14, 92도259 강간치상; 서울고등법원 1991.12.27. 91노3107, 강간치상

대법원 1992. 9. 1. 92도1405, 강간치상; 서울고등법원 1992. 5. 8. 91노4343, 강간치상

대법원 1997. 9. 5, 97도1725 강간치상

대법원 1999. 4. 9, 99도519 강간치상·절도; 서울고등법원 1999. 1. 13. 98노2304, 강간치상, 절도

대법원 1999. 9. 21, 99도2608 강간치상; 고등군사법원 1999.5.11. 99노160, 강간치상

대법원 2000. 6. 9. 2000도1253, 강간미수·공갈

대법원 2000. 8. 18. 2000도1914, 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률위반(강간등)

대법원 2001. 2. 23, 2000도5395 강간

대법원 2001. 10. 30. 2001도4462, 강간·절도

대구고등법원 1972. 4. 27. 71노585, 강간치상피고사건

서울고등법원 1981. 9. 18. 81노1370, 강간치상(예비적, 미성년자간음)피고사건

광주고등법원 1983. 5. 26. 선고, 82노852 판결, 강간치상피고사건

대구고등법원 1986. 6. 1. 85노1059, 강간치상피고사건; 대구지방법원 1985. 5. 8, 84고합798 강간치상피고사건

서울고등법원 1996. 5. 30. 선고, 96노606 판결, 강간·폭력및처벌에관한법률
 서울고등법원 1998. 2. 18. 97노1000, 강간
 서울고등법원 1998. 12. 2. 98노2355, 강간치상(인정된죄명,상해)
 부산지방법원 1984. 8. 9. 84고합604, 강간치상피고사건
 서울지방법원남부지원 1985. 11. 29. 85고합907, 강간치상피고사건
 대전지방법원홍성지원 1988. 6. 24. 88고합18, 강간
 부산지방법원 1991. 8. 20, 91고합291 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수강간치상)
 대전지방법원 1993. 6. 4. 92고합625, 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수강간등)
 대전지방법원 1995. 2. 22. 선고, 94고합566판결, 강간치상, 폭력및처벌에관한법률
 수원지방법원 성남지원 1996. 6. 5. 선고, 95고합122 판결, 강간치상, 준강간, 도로교통법위반
 서울지방법원 남부지원 1997. 3. 28. 선고 96고합448 판결, 강간치상·강간·절도·주거침입·폭행

2. 미국판례

Commonwealth v. Berkowitz, 415 Pa. Super. 505; 609 A.2d 1338; 1992 Pa. Super. LEXIS 1377 (1992), *aff'd in part*, 641 A.2d 1161 (Pa. 1994)
Commonwealth v. Biggs, 467 A.2d 31 (Pa. Super. Ct. 1983)
Commonwealth v. Meadows, 498 A.2d 395 (Pa. Super. Ct. 1985)
Commonwealth v. Mlinarich, 345 Pa. Super. 269; 498 A.2d 395; 1985 Pa. Super. LEXIS 8465 (1985)
Commonwealth v. Rhodes, 510 Pa. 537; 510 A.2d 1217; 1986 Pa. LEXIS 897 (1986)
Commonwealth v. Stambaugh, 512 A.2d 1216 (Pa. Super. 1986)
People v. Barnes, 42 Cal. 3d 284; 721 P.2d 110; 228 Cal. Rptr. 228; 1986 Cal. LEXIS 219 (1986)
People v. Libertá, 474 N.E.2d 567 (N.Y., 1984)
Rusk v. State, 43 Md. App. 476; 406 A.2d 624; 1979 Md. App. LEXIS 398 (1979)
State in the interest of M.T.S., 129 N.J. 422; 609 A.2d 1266; 1992 N.J. LEXIS 420 (1992)
State v. Alston, 312 S.E.2d 470 (N.C. 1984)
State v. Rusk, 289 Md. 230; 424 A.2d 720; 1981 Md. LEXIS 165 (1981)
State v. Schaum, 65 Ohio St. 3d 51; 1992 Ohio 31; 600 N.E.2d 661; 1992 Ohio LEXIS 2504 (Ohio 1992)

West v. State, 290 Ark. 329; 719 S.W.2d 684; 1986 Ark. LEXIS 2189; 71 A.L.R.4th 457 (1986)

Abstract

Toward Feminist Intervention in the "Reasonable" Application of a Law to "Simple Rape"

Chang, Da-Hye

Department of Women's Studies
The Graduate School
Ewha Woman's University

This study is an examination of why specific kinds of rape against women are excluded by the so-called "reasonable" application of a law. A acquaintance rape or intimacy rape, which occupy about 70 percents of the whole rapes, is said to be not "Real Rape". As a crime, rape is viewed more ambiguously than many other offense. Just saying "no" to sex in our society is not enough to make unwanted intercourse rape under the law. A law against rape still seems to fail to protect women from sexual overreaching and abuse after a decade of repeated attempts at ambitious reform. rape reflects deep divisions in our attitudes about sexuality and gender. The male gaze and language in gender inequality of our society define what a woman experiences.

The goal is to frame "a right to sexual autonomy" and "the reasonableness in the criminal law" from a woman's perspective, experience and language, and demand that women be treated with respect for their bodily integrity and free agency in the application of a rape law.

I point that For rape law the standard to give a decision upon rape focuses

on the victim and is defined by how men want women's behavior to be perceived by making an analysis of the rape cases in criminal law. By categorizing invisible rape in Criminal Law into "simple rape", it is possible to analyze the mechanism of the "reasonableness" of decision on rape in criminal law system.

"Simple rape" as category makes us see that despite the law's claim of equal treatment of all rapes, in application the law has excluded specific kinds of nonconsensual sex. "appropriate" men are given broad sexual access to women with whom they are acquainted, regardless of the women's wishes. "appropriate" men are given broad sexual access to women with whom they are acquainted, regardless of the women's wishes. It is connected with the construction of sexuality in gender inequality. Men's sexuality is defined as natural, urgent, and aggressive and is bounded, both in law and in culture, by the limits of women's consent. Thus even while women's sexuality is denied or problematized, the culture (and the law) tend to assign to women the responsibility for regulating heterosexual sex by resisting male aggression.

In U.S.A, there is the wave of rape law reform by eliminating legal obstacles to proving that the crime occurred, such as required evidence of the victim's resistance, or corroboration beyond the victim's own testimony. A result of an examination of rape cases, However, seems that it is difficult to reform the rape law without questioning the very understanding her 'consent' and rape itself.

In a sense, *In re M.T.S* case that referred to the reformed sexual assault statute as "reflecting an emerging awareness that the definition of rape should correspond fully with the experiences and perspectives of rape victims." see us possible to define "rape" from a woman's perspective, experience and language. From woman's experience and language, sexual penetration without a woman's consent is rape. By involving woman's experience to the law, I argue that there are possibilities of construction of "a right to sexual autonomy" and "the reasonableness in the criminal law" from a woman's perspective.